

# Bettina Heiderhoff

---

## Information als Mittel des Verbraucherschutzes im europäischen Verbrauchervertragsrecht : Eine Geschichte der Pyrrhussiege

---

Silesian Journal of Legal Studies 2, 26-44

---

2010

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej [bazhum.muzhp.pl](http://bazhum.muzhp.pl), gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.

# INFORMATION ALS MITTEL DES VERBRAUCHERSCHUTZES IM EUROPÄISCHEN VERBRAUCHERVERTRAGSRECHT – EINE GESCHICHTE DER PYRRHUSSIEGE

## I. INFORMATION UND VERBRAUCHER

### 1. GEGENSTAND VON INFORMATIONSPFLICHTEN

Liest man in der Presse von Informationspflichten gegenüber dem Verbraucher, so geht es fast immer um Produktinformationen. Welche Energieklasse hat der Kühlschrank? Handelt es sich bei den Bananen um ein biologisches Produkt? Wie viele Kalorien, wie viel Zucker, wie viel Fett enthält der Schokoladenriegel? Die EU ist auf diesem Gebiet sehr aktiv. Solche Informationspflichten sind nicht vertraglicher, sondern produktbezogener Art. In Deutschland sind sie öffentlich-rechtlich geregelt. Ihre Verletzung mag indirekt auch eine Vertragsverletzung darstellen können – aber die gesetzlichen Regelungen sind darauf nicht unmittelbar gerichtet. Sie sind somit nicht Gegenstand dieses Beitrags.

An Information- bzw. Fehlinformation denkt man außerdem häufig im Zusammenhang mit der Werbung. Darf die Werbung behaupten, der süße Kinderjoghurt sei gesund? Im Lauterkeitsrecht haben Informationspflichten ebenfalls eine wichtige Bedeutung, und sie haben hier auch ihre erste intensive europäische Prägung erhalten. Aus dem Lauterkeitsrecht kommen viele Grundsätze, die oft versehentlich unverändert in das Vertragsrecht übernommen werden. Denn zwar mischt das Richtlinienrecht oft vertragliche und wettbewerbsrechtliche Regelungen – sie unterliegen deshalb aber doch nicht den gleichen Grundsätzen (vgl. dazu auch Busch u.a., 2009: S. 154). Die berühmteste Figur ist das Verbraucherleitbild des *EuGH*. Es geschah im Lauterkeitsrecht, dass der *EuGH* den unterdurchschnittlichen Verbraucher, den einige Mitgliedsstaaten kannten, „abschaffte“ und den eher intelligenten Verbraucher zum Maßstab für die Grenze von zulässiger und unzulässiger Werbebotschaft machte (vgl. nur *EuGH* Urte. vom 13.1.2000, Rs. C-220/98, Slg. 2000, S. 117, Erwägung 31 (*Estée Lauder*); näher Heiderhoff, 2004: S. 282 f.). Die oft kritiklose Übernahme dieses Begriffs in das Vertragsrecht zeigt eine für das Gemeinschaftsrecht über lange Jahre allgemein ganz typische Problematik auf: Zwischen Lauterkeitsrecht und Vertragsrecht wurde dort oftmals nicht so trennscharf unterschieden, wie es im nationalen Recht üblich ist (wie hier Busch, 2008: S. 158; aus dem Bereich des Verbrauchsgüterkaufs (Wirkung der Garantie) etwa

---

<sup>1</sup> Professor Doctor, Universität Hamburg, Deutschland.

(Medicus, 2000: S. 229 f.)). Auch das Lauterkeitsrecht soll jedoch zunächst nicht Gegenstand dieses Beitrags sein.

*Vertragliche Informationspflichten* sind Pflichten, die zwischen den Parteien eines privaten Vertrags bestehen. Sie haben nicht notwendig einen anderen Gegenstand als die öffentlich- und wettbewerbsrechtlichen Produktinformationen. Im Recht der EU ist der Gegenstand vertraglicher Informationspflichten allerdings oft eher auf die Vertragsbedingungen gerichtet als auf das Produkt selbst. Vertragliche Informationspflichten können sich auf vertragliche Rechte jeder Art und insbesondere auf Widerrufsrechte richten. Sie können aber, wie der DCFR jetzt ausdrücklich ausspricht (DCFR Principles, para 8), auch den Vertragsgegenstand selbst betreffen. Dann muss also beispielsweise der Verkäufer dem Käufer bestimmte Informationen über die Kaufsache geben.

Die vertraglichen Informationspflichten haben bis heute zu vielen offenen Fragen geführt. Zwar ist theoretisch recht gut durchdrungen, was mit ihnen erreicht werden soll und kann (dazu sogleich 2.). In der Anwendung durch den Gesetzgeber und insbesondere in der Rechtssetzung der EU spiegeln sich diese Erkenntnisse aber nur teilweise wider (dazu unten III.). Nicht abschließend geklärt ist auch, welche Rechtsfolgen einer Durchsetzung von Informationspflichten am besten dienen (dazu unten V.). Informationspflichten können eine echte vertragliche Verpflichtung eigener Art darstellen und ihre Verletzung somit eine Pflichtverletzung im eigentlichen Sinne. Das bedeutet für das deutsche Recht, dass sich an die Verletzung der Informationspflicht nach § 280 Abs. 1 BGB Schadensersatzansprüche knüpfen können, wenn nicht der Unternehmer fehlendes Verschulden nachweist. Ob die Verletzung von Informationspflichten so einschneidende Rechtsfolgen hat, ist allerdings nicht immer einfach und wohl auch nicht immer gleich zu beurteilen. Außerdem ist die Schadensersatzpflicht weniger effektiv als man zunächst denken könnte. Denn durch die Verletzung von Informationspflichten entsteht bei weitem nicht immer ein Schaden.

Die geplante Rahmenrichtlinie im Verbraucherschutz (Vorschlag für eine Richtlinie des europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher vom 8.10.2008, KOM(2008) 614) und der fast fertig gestellte CFR geben Anlass zu einem Überblick).

## **2. ZWECK UND WIRKSAMKEIT VON INFORMATIONSPFLICHTEN ALS MITTEL DES VERBRAUCHERSCHUTZES**

Der Zweck der Informationspflichten besteht darin, die Rechtsstellung des Verbrauchers zu stärken (ganz deutlich wieder der DCFR Principles, para 3). Information ist ein Mittel des Verbraucherschutzes – jedenfalls, wenn man diesen weit versteht. Der Verbraucher kann bei Abschluss eines Vertrags auf unterschiedliche Weise geschützt werden. Auch das Recht der EU nutzt unterschiedliche Schutzinstrumente. Schutz im engen Sinne wird dem Verbraucher zuteil, wenn das Vertragsrecht Normen vorsieht, die ihm besondere Rechte zusprechen. Deutlich sichtbar ist das im Verbrauchsgüterkaufrecht. Dort hat der Verbraucher großzügige Gewährleistungsrechte, die zudem mit gewissen Beweiserleichterungen versehen sind. Solche Rechte sind, um den vorgesehenen Schutz auch wirklich ausnahmslos zu gewähren, meist zwingend ausgestaltet. In der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter) ist es dem Unternehmer verwehrt, sich

auf eine in AGB oder individuell vereinbarte Verkürzung der zweijährigen Gewährleistungsfrist zu berufen. Das Widerrufsrecht ist ein weiteres zwingendes Instrument, welches darauf ausgerichtet ist, den Verbraucher zu schützen.

Aber auch die Information des Verbrauchers über den Vertragsgegenstand und über seine vertraglichen Rechte ist ein wesentliches Schutzinstrument. Der Schutz durch Information bietet gegenüber dem Schutz durch zwingendes Recht große Vorteile. Er basiert auf der Überlegung, dass die Unterlegenheit des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer dadurch entsteht, dass der Informationsstand des Verbrauchers niedriger ist (das kann in manchen Vertragssituationen noch verstärkt der Fall sein, so beim Fernabsatz, dazu (Mota Pinto, 2003: S. 157 ff.)). Indem das Machtgefälle zwischen den Vertragspartnern durch Information des Verbrauchers verringert wird, lässt sich die Vertragsgerechtigkeit wieder herstellen. Denn die nun gleich (oder ähnlich) starken Parteien werden einen gerechten Vertrag aushandeln. Der Schutz durch Information läuft so nicht Gefahr, die Vertragsfreiheit der Parteien wesentlich zu beschränken. Die Aushandlung des Vertragsinhalts bleibt ganz ihnen überlassen, es herrscht Privatautonomie. Das ist nicht nur abstrakt zu begrüßen, weil unsere Privatrechtsordnung auf dem Gedanken der Privatautonomie beruht, sondern es bringt dem Verbraucher Vorteile: Er kann bewusst die Wahl treffen, ob er ein Produkt besonders günstig, dafür aber ohne Gewährleistung oder lieber zu einem etwas höheren Preis, dafür aber mit umfassenden Gewährleistungsrechten erwerben will (grundlegend: Dauner-Lieb, 1983).

Leider steht diesem an sich höchst überzeugenden Gedanken ein schwerwiegender Nachteil gegenüber. Vielfach scheitert die Idee der Information nämlich daran, dass die Informationsfähigkeit des Verbrauchers begrenzt ist. Tatsächlich ist oftmals eine überaus hohe Informationsfähigkeit und Reflexion nötig, um eine vernünftige Entscheidung zu treffen. Das lässt sich an dem bereits erwähnten Beispiel der Entscheidung über den Ausschluss oder die Verkürzung der Gewährleistung gut zeigen: Wenn der Unternehmer dem Verbraucher anbietet, das gebrauchte Fahrzeug zu einem um 20% herabgesetzten Kaufpreis zu erwerben, falls er im Gegenzug mit dem Ausschluss der Gewährleistung einverstanden sei, dann werden nur wenige Verbraucher es verstehen, die verlockende momentane Einsparung im Kaufpreis in ein Verhältnis zu dem Risiko zu setzen, welches im Verlust der Gewährleistungsrechte liegt. Dabei ist dies ein ganz einfacher, griffiger Fall. Geht es um Konditionen bei Krediten oder bei Teilzeitwohnrechten, wird dem Verbraucher eine noch viel höhere Analyseleistung abverlangt. Selbst die informationswilligen und grundsätzlich informationsfähigen Verbraucher können durch Informationspflichten daher nicht immer so gestärkt werden, dass sie in der Lage sind, einen gerechten Vertrag mit dem Unternehmer auszuhandeln (zu dieser Problematik Heiderhoff, 2004: S. 269 f.).

Aber das Problem geht noch tiefer. Viele Verbraucher, und zwar vor allem die besonders schwachen Verbraucher (niedriger Bildungsstand, hohes Alter, Jugend etc.) lassen sich durch Information nämlich überhaupt kaum unterstützen. Das bedeutet, dass ein Verbraucherschutzsystem, welches nur auf das Instrument der Information setzt, die schutzwürdigsten Verbraucher schutzlos lässt.

## **II. INFORMATIONSPFLICHTEN IN DEN NATIONALEN RECHTSORDNUNGEN DER MITGLIEDSTAATEN UND IN DEUTSCHLAND**

### **1. UNTERSCHIEDLICHE SICHTWEISEN**

Informationspflichten sind nicht erst mit den europäischen Richtlinien entstanden, und sie sind nicht auf den Bereich des Verbraucherschutzes beschränkt. Wenn in Deutschland eine Schadensersatzpflicht eintritt, weil der Verkäufer dem Käufer arglistig eine bestimmte Eigenschaft der Kaufsache verschwiegen hat, steckt dahinter eine Informationspflicht ((Palandt/Ellenberger, 2009, § 123 BGB Rn. 5 ff.); ähnlich ist es im französischen, österreichischen und italienischen Recht, vgl. mit einer genaueren Analyse in deutscher Sprache (Fleischer, 2001: Vierter Teil)). Jedoch ist es sicher hilfreich zu wissen, dass die Informationspflichten der Richtlinien nicht auf einer allgemein anerkannten, gleichsam gemeineuropäischen Basis entwickelt werden konnten. Vielmehr lassen sich in Europa sehr unterschiedliche Haltungen gegenüber den Informationspflichten erkennen. Hier ist nicht Raum für eine genauere Analyse, aber es sei doch wenigstens darauf hingewiesen, dass die Informationsdoktrin besonders dem englischen Recht sehr fremd war (und auch ist). Dabei ist im englischen Recht nicht nur der verbraucherschützende Aspekt der Informationspflichten so nicht anerkannt gewesen – auch die allgemeinen vertraglichen Informations- und Offenbarungspflichten sind bis heute lückenhaft und unterscheiden sich deutlich von der in den meisten kontinentalen Rechtsordnungen vertretenen Haltung (am bekanntesten ist das Beispiel des Grundstückskaufvertrags, dazu (Atiyah, 1995: S. 249); vgl. aktuell auch (Chen-Wis hart, 2008: S. 205)).

Solche Unterschiede sind keine Feinheiten. Dahinter steckt ein völlig verschiedener Blick auf die vertragliche Situation, in welcher das englische Recht die Kräfte der Parteien freier spielen lässt als das insofern sehr viel „fürsorglicher“ ausgerichtete kontinentale System (grundlegend – nur zum deutschen Recht – Enderlein, 1996).

### **2. DEUTSCHES RECHT**

Im deutschen Recht herrscht ein für den Kontinent letztlich typischer, gemischter Ansatz. Im Grundsatz gilt zwar, dass jede Partei sich ihre Informationen selbst verschaffen muss (z.B. *caveat emptor*), auf der anderen Seite haben sich früh Aufklärungs- und Informationspflichten ausgebildet (zu allem Grigoleit, 1997: insbes. S. 5 ff.). Diese sind stets damit gerechtfertigt worden, dass sie der Privatautonomie dienen. Denn wie bereits angedeutet kann die Privatautonomie nur dann als Garant für gerechte Verträge fungieren, wenn Verträge zwischen gleichstarken Kräften abgeschlossen werden (zurückgeführt werden diese Gedanken, jedenfalls für die Nachkriegszeit, auf Schmidt-Rimpler, AcP 1941). Eine uninformierte Vertragspartei kann ihre Vertragsfreiheit nicht nutzen, um für die Gerechtigkeit des Vertrags zu sorgen. Ihr kann ein unerwünschter Vertragsinhalt aufoktroiert werden (zusammenfassend zu allem Meller-Hannich, 2005: S. 180 ff.).

Heute besteht eine große Vielfalt von Informationspflichten, die sich nur schwer systematisieren lassen (Hoffmann, 2005: S. 830 ff. systematisiert nach dem geschütz-

ten Personenkreis und dem Zeitpunkt der Informationserteilung). Im vorliegenden Zusammenhang ist es von besonderem Interesse, welche Rechtsfolgen sich an die verletzen Informationspflichten knüpfen. Dies kann hier nur verkürzt aufgezeigt werden. Für den „Klassiker“ der Informationspflichten, nämlich das *arglistige Verschweigen*, ergeben sich hierbei gleich vielfältige Ergebnisse. Denn das arglistige Verschweigen hat im Rahmen vieler Tatbestände des BGB Bedeutung. Es ist immer dann gegeben, wenn eine Vertragspartei eine Information verschweigt, die sie nach den Grundsätzen von Treu und Glauben hätte offen legen müssen (Jauernig/Jauernig, 2007: § 123 Rn. 4). Dieser ursprünglich aus § 242 BGB abgeleitete Gedanke wurde schon in den Motiven zum BGB erwähnt (Motive zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Band I, S. 208) und ist von der Rechtsprechung in umfangreicher Kasuistik konkretisiert worden (zum Überblick nur Palandt/Ellenberger, 2009: § 123 Rn. 5 ff.). Allgemein gilt, dass die betroffene Partei aufklären muss, wenn sie in Kauf nimmt, dass die Information für den Entschluss des anderen Teils von Bedeutung sein kann (BGH JZ 2004, 40; BGHZ 123, 363; MünchKommBGB/Kramer, Band 1, 2006: § 123 Rn. 18).

Die so geartete Verletzung von Informationspflichten führt, wenn sie „erfolgreich“ ist und einen Irrtum hervorruft, zunächst dazu, dass der Vertrag nach § 123 BGB anfechtbar ist. Das arglistige Verschweigen hat aber auch in vielen anderen Normen eine Bedeutung. Daran knüpft sich zum einen eine Erweiterung der allgemeinen Gewährleistungsrechte. Meist sind der Rücktritt vom gesamten Vertrag und ein Anspruch auf Schadensersatz ohne weiteres und ohne Fristsetzung möglich, wenn arglistig getäuscht wurde (BGH NJW 2007, S. 835). Teils löst die arglistige Täuschung bzw. das arglistige Verschweigen aber auch Gewährleistungsrechte überhaupt erst aus. So ist es im Kaufvertrag bei Eigenschaften der Kaufsache, die an sich für den Käufer hätten erkennbar sein müssen (siehe § 442 BGB). Schließlich kann das arglistige Verschweigen als solches als Vertragsverletzung nach § 280 Abs. 1 BGB in Verbindung mit §§ 241 Abs. 2 oder 311a BGB zu einem Schadensersatzanspruch führen (BGH NJW 2009, S. 2298; NJW 2007, S. 3057; MünchKommBGB/Kramer, Band 2, 2007, § 241 Rn. 167).

Ganz anders ist es mit den Informationspflichten des Verbraucherschutzrechts. Bei diesen gibt es auf der einen Seite besondere Regelungen. So beginnt nach § 355 Abs. 3 S. 3 BGB die Widerrufsfrist nicht zu laufen, wenn der Verbraucher nicht über das Widerrufsrecht informiert („belehrt“) wird. Nach § 494 BGB tritt sogar Nichtigkeit des Vertrags ein, wenn der Kreditnehmer bei einem Verbraucherkredit nicht die erforderlichen Informationen erhalten hat. Dogmatisch wird diese Nichtigkeit allerdings auf dem zugleich bestehenden Formmangel gestützt. Genauso ist es bei § 3 FernUSG (Fernunterrichtsschutzgesetz vom 4. Dezember 2000, BGBl. 2000 I S. 1670), wo ebenfalls Form- und Informationsvorschriften verknüpft sind.

Dagegen ist es streitig, inwieweit und auf welcher Rechtsgrundlage Schadensersatzansprüche entstehen können. Traditionell wurde der Charakter der umfangreichen Informationspflichten, etwa des Verbraucherkredit- oder Timesharingrechts, als echte Vertragspflicht eher verneint (Palandt/Putzo, 1991: § 2 Haustürwiderrufsgesetz, Rn. 6; Roth, JZ 1999: S. 533; auch noch Kern, BKR 2006: 346 f.). Daraus folgt, dass eine Verletzung der Informationspflicht im Regelfall keinen Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB auslösen kann. Hier haben sich jedoch zuletzt grundlegende Änderungen ergeben. Seit einigen Jahren geht der BGH davon aus, dass in einer unterlassenen Widerrufsbelehrung die Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht liegt (zunächst BGHZ 168, 1 ff., 12, Rn. 37; später ausdrücklich BGHZ 169, 109, 120 Rn. 41 = NJW

2007, 357; es handelt sich um die berühmten Schrottimmobilienfälle. Der BGH suchte diesen Ausweg allerdings erst infolge entsprechender Entscheidungen des EuGH, insbes. EuGH 25.10.2005 Rs. C-350/03, Slg. 2005, I-9215 (*Schulte/Badenia*) und EuGH 25.10.2005, Rs. C-229/04 Slg 2005, I-9273 (*Crailsheimer Volksbank/Conrads*); so auch schon früher OLG Stuttgart, NJW 1988, 1986). Ist die Pflicht schuldhaft verletzt worden, kann also ein Schadensersatzanspruch aus §§ 311a, 280 Abs. 1 BGB entstehen. Die Literatur hatte diesen Ansatz vorgezeichnet (Hoffmann, 2005: S. 1985; Freitag, 2006: S. 68; Habersack, 2006: S. 93). Es muss allerdings hinzugefügt werden, dass sich dieser Sieg der Verbraucher als ausgesprochenen Pyrrhussieg darstellt. Denn der Anspruch scheitert praktisch so gut wie immer daran, dass es dem Verbraucher nicht möglich ist einen kausal verursachten Schaden nachzuweisen. Dazu müsste der Verbraucher beweisen, dass er den Vertrag widerrufen hätte, wenn er ordnungsgemäß belehrt worden wäre. Dafür spricht keinesfalls ein Anscheinsbeweis, denn der Widerruf ist insgesamt ein seltener Vorgang. Für die in Deutschland überwiegend betroffenen Fälle von unwirtschaftlichen Immobilienkäufen ist zu Recht aufgezeigt worden, dass dem Verbraucher die Nachteile seines Geschäfts in der Regel erst Monate oder Jahre später auffallen konnten (wieder BGH NJW 2008, 1585; BGH EWIR 2008, 35). Richtigerweise muss man wohl sagen, dass nicht der Nachweis der fehlenden Schadensfolge das Problem ist, sondern dass tatsächlich die Informationspflichtverletzung *keinen Schaden ausgelöst hat*.

Damit lässt sich insgesamt feststellen, dass es zwar richtig und begrüßenswert ist, in der Verletzung wichtiger Informationspflichten aus dem Verbraucherschutzrecht zugleich eine echte Pflichtverletzung i.S.d. § 280 BGB zu sehen. Die Durchsetzbarkeit von Informationspflichten hat sich dadurch aber kaum erhöht.

Inhaltlich sind die notwendigen Informationen ebenfalls nicht immer schon im Gesetz völlig eindeutig geregelt. Die Rechtsprechung musste sich daher schon vielfach damit beschäftigen, welche Inhalte im Einzelnen enthalten und welche Form jeweils verwendet sein muss. Zusammenfassend lässt sich sagen, dass die Informationen immer so erfolgen müssen, dass der Verbraucher sowohl über seine Rechte als auch über seine Pflichten vollständig in klarer, verständlicher Weise aufgeklärt wird (BGHZ 172, 58, 61).

### **III. PRIVATE INFORMATIONSPFLICHTEN IM RECHT DER EU**

#### **1. INFORMATIONSPFLICHTEN UND EG-VERTRAG**

Mit Art. 153 EG (eingeführt durch den Amsterdamer Vertrag) wurde das Informationsrecht des Verbrauchers in das primäre EG-Recht aufgenommen. Die Beachtung des Rechts auf Information ist danach bei dem Erlass von Maßnahmen nach Art. 95 EG (das sind bisher alle Richtlinien des Verbrauchervertragsrechts) zu beachten. Außerdem bietet Art. 153 Abs. 3 lit b) EG nach inzwischen wohl h.A. eine Kompetenzgrundlage für die Richtliniensetzung, soweit eine Ergänzung der verbraucherschützenden Regeln der Mitgliedstaaten angestrebt wird (Von der Groeben/Schwarze/Berg, 2003: Art. 153, Rn. 17 ff.; Callies/Ruffert/Wichard, 2007: Art. 153 EG, Rn. 17 ff.; Grabitz/Hilf/Pfeiffer, 2008: Art. 153, Rn. 33 ff.). Schaut man in die EG-Richtlinien, findet man dort wie bereits angesprochen meist sehr viele Informationspflichten. Das passt zum bisher Gesagten. Die Rechtsakte der EG beruhen auf dem Leitbild des informationsfähigen und informationswilligen Verbrauchers – daher benutzen sie das Instrument der Informa-

tion. Man muss sich aber klarmachen, dass der Zweck des europäischen Verbrauchervertragsrechts dem Schutz durch Information besondere Grenzen setzt. Diese laufen nicht ganz parallel mit den oben bereits genannten Bedenken, da das europäische Recht nicht auf die schwächsten, gar nicht informierbaren Verbraucher ausgerichtet ist. Hier muss man vielmehr unmittelbar bedenken, in welchem Maße Verbraucherinformation zu einer Verbesserung des Binnenmarkts beitragen kann. Da die Verbraucherschützenden Richtlinien auf Art. 95 EG als Rechtsgrundlage gestützt sind, ist eine solche Verbesserung des Binnenmarkts als Regelungsziel unerlässlich. Verbraucherschutz führt grundsätzlich dadurch zu einer Verbesserung des Binnenmarkts, dass er die Konsumfreudigkeit der Verbraucher erhöht. Der Verbraucher wird dann mehr und internationaler konsumieren, wenn er sich im Binnenmarkt sicher fühlt, und wenn er sich leicht und unbelastet bewegen kann. Wo die Rechte des Verbrauchers durch zwingende, vereinheitlichte Regelungen festgelegt sind und ihm so eine günstige Rechtsposition gesichert wird, kann dieser Effekt erreicht werden (ob es andere, gegenläufige Effekte geben wird (Teuerung von Produkten), kann hier nicht erörtert werden). Soll er dagegen durch vermehrte Information zu vermehrtem Konsum angeregt werden, ist Vorsicht geboten. Wird die Informationslast zu hoch, ist eher Verunsicherung oder Überlastung des Verbrauchers zu fürchten (schon oben Palandt/Ellenberger, 2009: § 123 Rn. 5 ff.; näher Kind, 1998; Martinek, 2000). Auch im Gemeinschaftsprivatrecht ist also das Mittel der Information mit Umsicht zu verwenden.

## **2. UNTERSCHIEDLICHE INFORMATIONSPFLICHTEN IN EINZELNEN RICHTLINIEN**

In den europäischen Richtlinien zum Verbrauchervertragsrecht wird das Vorstehende allerdings nicht ausreichend berücksichtigt. Vielmehr werden Informationspflichten in großer Quantität und leider oft nicht in idealer Qualität eingesetzt. Die Informationspflichten in den einzelnen Richtlinien folgen dabei bisher keinem vollkommen einheitlichen Muster. Insgesamt lässt sich aber unterscheiden zwischen Informationspflichten, die vor Vertragsschluss erfüllt werden müssen, und Informationspflichten, die erst im Nachhinein zu erfüllen sind. Bei den vorvertraglichen Informationspflichten wird teilweise verlangt, dass vor Vertragsschluss ein Prospekt (Timesharing, Pauschalreisen) oder wenigstens gedrucktes Informationsmaterial (Verbrauchercredit) übergeben wird, teilweise reichen mündliche Informationen aus. Die nachträglichen Informationen müssen dagegen immer in Schriftform erteilt werden. Dabei geht es nicht um die Erteilung zusätzlicher Informationen – die nach Vertragsschluss auch zu spät kämen – sondern um die Dokumentation der nötigen Informationen.

Unterschieden werden kann zudem zwischen Informationspflichten, die sich auf den Vertragsinhalt oder dessen Begleitumstände beziehen und solchen, die sich auf das Widerrufsrecht des Verbrauchers beziehen.

Schon in der Haustürgeschäfte-Richtlinie von 1985 sind auf das Widerrufsrecht bezogene Informationspflichten vorgesehen. Dort muss der Unternehmer den Verbraucher schriftlich über sein Widerrufsrecht belehren und dabei den Namen und die Anschrift einer Person angeben, der gegenüber das Widerrufsrecht ausgeübt werden kann. Die Pflicht, über ein bestehendes Widerrufsrecht zu informieren, ist auch in den späteren Richtlinien, die ein Widerruf des Verbrauchers vorsehen, jeweils als wesentliches



Element enthalten. Dabei wird diese Informationspflicht in den späteren Richtlinien allerdings beträchtlich erweitert. In Art. 5 Abs. 1 Fernabsatzrichtlinie tritt die Pflicht zur schriftlichen Information über die Bedingungen und Einzelheiten der Ausübung des Widerrufsrechts hinzu. In Art. 10 Abs. 2 lit p und q der neuen Verbrauchercreditrichtlinie ist die Informationspflicht noch genauer gefasst. Sie enthält nun das Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufsrechts sowie die Frist und die anderen Modalitäten für die Ausübung des Widerrufsrechts, einschließlich der Angaben zu der Verpflichtung des Verbrauchers, das in Anspruch genommene Kapital zurückzuzahlen, den Zinsen gemäß Artikel 14 Absatz 3 Buchstabe b und der Höhe der Zinsen pro Tag sowie der Informationen über verbundene Verträge.

Informationen über den *Vertragsinhalt* finden sich vor allem dort, wo dieser sich nicht ohne weiteres von selbst erschließt. So muss über den Vertragsgegenstand beim Verbrauchercredit, beim Timesharing und bei den Finanzdienstleistungen besonders gründlich aufgeklärt werden. Beim Fernabsatzvertrag muss die Ware beschrieben werden, weil der Verbraucher diese typischerweise bei Abschluss des Vertrags nicht in den Händen hält (Art. 4 Abs. 1 lit a Fernabsatzrichtlinie).

### **3. UMFANG VON INFORMATIONSPFLICHTEN ALS PROBLEM FÜR DEN UNTERNEHMER**

Die Detailliertheit der erforderlichen Informationen kann nicht nur für den Verbraucher, sondern auch für den Unternehmer zum Problem werden. Denn dieser muss sie stets korrekt und vollständig erbringen. Dabei sind die Anforderungen bei der Erfüllung der Informationspflichten sehr hoch und nicht immer ist in den Richtlinien und den Umsetzungsgesetzen klar genug vorgegeben, was genau in den Informationen enthalten sein muss. Die Rechtsprechung muss sich daher regelmäßig mit Fragen der korrekten Erfüllung der Informationspflichten auseinandersetzen (BGH NJW 2002, 3396; OLG Stuttgart, WM 2005, 972; OLG Brandenburg, VRR 2008, 345; OLG Stuttgart, ZGS 2008, 197; OLG Düsseldorf, VuR 2008, 55). Teilweise wird bereits versucht, Verletzungen von Informationspflichten einzuengen und für den Vertrag unwesentliche Fehler unbeachtet zu lassen (OLG Frankfurt, K&R 2009, 593).

Die darin liegende neue Belastung des Unternehmers wird in den Richtlinien kaum berücksichtigt und gilt wohl pauschal als dadurch gerechtfertigt, dass die Richtlinien der Marktverbesserung dienen sollen und damit letztlich auch wieder dem Vorteil der Unternehmer dienen. Lasten und Nutzen gleichen sich bei einer solchen Belastung also letztlich aus. In der Literatur wird teilweise auch die Theorie der „vertraglichen Solidarität“ als Basis für die Belastungen des Unternehmers herangezogen ((Lurger, 1998: S. 130 ff.); dem folgend jetzt der DCFR, Principles, Nr. 22). Dies überzeugt jedoch kaum, da das Privatrecht in der freien Marktwirtschaft solche altruistischen, zudem einseitigen, Motivationen nicht kennt.

Inzwischen scheint sich allerdings auch ein gegenläufiger Gedanke zu verstärken. Wenn die Rechte des Verbrauchers zu unübersichtlich werden, kann dadurch ein Markt oder Marktsegment für den Unternehmer auch unattraktiv werden. Das würde dann dem Zweck der Binnenmarktverbesserung, den die Informationspflichten gerade verfolgen, zuwiderlaufen. Besonders deutlich wird dieser Gedanke in der neuen Rom I-Verordnung, die in Art. 6 Abs. 1 bestimmt, dass das Heimatrecht des Verbrauchers nur

dann gelten soll, wenn der Unternehmer sein Handeln bewusst auf den Aufenthaltsstaat des Verbrauchers ausgerichtet hat. Damit schien offenbar die Belastungsgrenze für den Unternehmer erreicht (Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnis anzuwendende Recht (Rom I), KOM (2005) 650 S. 6 f.; nichts dergleichen findet sich allerdings in der Verbraucherpolitischen Strategie der EU (2007–2013) KOM (2007) 99, S. 3 ff.). Bei der neuen Verbraucherkreditrichtlinie (Richtlinie 2008/48/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. EG L 133/66) versucht der Richtliniengeber dadurch zu helfen, dass im Anhang III ausformulierte „Europäische Standardinformationen für Verbraucherkredite“ beigefügt sind, die der Unternehmer verwenden kann.

Es ist auch bereits darauf hingewiesen worden, dass gegenwärtig die wohl überwiegende Zahl der Unternehmer die Informationspflichten nicht vollständig und fehlerfrei erfüllt. Dadurch kommt es natürlich zugleich zu unrichtigen oder verzerrten Informationen (Haines, 2008: S. 268 f.).

Letztlich kann man sagen, dass Informationspflichten zumindest so ausgestaltet sein müssen, dass der Unternehmer sie bei Einhaltung eines angemessenen Sorgfaltsmaßstabs erfüllen kann. Das daraus resultierende Ergebnis wird wahrscheinlich gar keine Nachteile für den Verbraucher mit sich bringen. Denn es muss sehr bezweifelt werden, dass ein durchschnittlicher Verbraucher mehr Informationen verarbeiten kann, als ein sorgfältiger Unternehmer zu liefern vermag.

#### **4. ZWISCHENSTAND**

Betrachtet man die bisherige Entwicklung der Informationspflichten im Verbrauchervertragsrecht, besteht kein Grund zum Jubeln. Dabei könnte es in Kauf genommen werden, dass die Information des Verbrauchers für den Unternehmer anstrengend ist. Denn die komplizierten Informationspflichten dürften sich für ihn immer noch weniger negativ auswirken, als die zwingende Regelung der entsprechenden Fragen: Kann er dem Verbraucher die Kosten für den Rücktransport im Fall des Widerrufs durch transparente und eindeutige Aufklärung auferlegen, so steht er besser da, als wenn er die Kosten des Rücktransport in jedem Fall selbst bezahlen müsste. Schlimm ist aber, dass dem Verbraucher und dem Binnenmarkt, soweit erkennbar, mit den Informationspflichten bisher nicht geholfen wurde. Sie eignen sich offenbar nicht als vertrauensbildende Maßnahme – dazu sind sie zu kompliziert (Nordhausen Scholes, 2009, S. 216 f.). Damit ist ein zweiter Pyrrhussieg identifiziert.

### **IV. NEUERE ENTWICKLUNGEN IM RECHT DER EU**

#### **A) ÜBERBLICK**

Im Folgenden sollen die neueren Entwicklungen untersucht werden. Im Verbrauchervertragsrecht der EU gibt es derzeit auf wenigstens drei Ebenen erhebliche Neuerungen zu beobachten. Der im Jahre 2008 veröffentlichte *Verbraucheracquis* (Twigg-Flesner, 2007) ist eigentlich als Sammlung des gesamten (auf den wesentlichen EU-Richtlinien basierenden) Verbraucherschutzrechts in den Mitgliedstaaten zu verstehen. Dabei

sind aber auch die Acquis Principles (ACQP) entstanden, die einen ernstzunehmenden Normenkatalog darstellen (hier verwendet: Acquis Group, 2007). Die bereits erwähnte *Rahmenrichtlinie Verbraucherschutz* soll vier bisher geltende Richtlinien (Richtlinie 85/577/EWG über außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge, der Richtlinie 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, der Richtlinie 97/7/EG über Vertragsabschlüsse im Fernabsatz sowie der Richtlinie 1999/44/EG über den Verbrauchsgüterkauf und Garantien für Verbrauchsgüter) ersetzen und dabei Fortentwicklungen sowie insbesondere eine Vereinheitlichung erreichen. Sie ist ein konkretes Rechtssetzungsprojekt, welches – wiewohl das nicht immer deutlich genug erkennbar ist – der Idee nach auf die Erkenntnisse aus dem Acquis-Projekt gestützt ist. Daneben hat es im Jahr 2008 eine Neufassung der Verbrauchercreditrichtlinie gegeben, eine Revision der Timesharing-Richtlinie (Vorschlag für eine Richtlinie über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsrechten, langfristigen Urlaubsprodukten sowie des Wiederverkaufs und des Tausches derselben, KOM(2007) 203, vom 7.6.2007) befindet sich in Vorbereitung.

Der wohl meist beachtete und rätselhafteste Vorgang der letzten Jahre war aber die Erstellung des *CFR*. Seine offizielle Funktion ist die eines Werkzeugkastens („Toolbox“ – so die Kommission, vgl. nur [http://ec.europa.eu/consumers/rights/contract\\_law\\_de.htm](http://ec.europa.eu/consumers/rights/contract_law_de.htm).) für zukünftige Rechtssetzungsprojekte – seine Wahrnehmung allgemein die einer Vorstufe einer europäischen Kodifikation (vgl. verwirrend auch der DCFR selbst, Interim Version 2008, Introduction Nr. 6; von Bar, 2009).

## **B) INFORMATIONSPFLICHTEN IN DEN NEUEREN RICHTLINIEN UND IN DER GEPLANTEN RAHMENRICHTLINIE**

Obwohl bekannt ist, dass Überinformation kontraproduktive Effekte haben kann, werden bei der Rechtssetzung bisher kaum Konsequenzen aus dieser Erkenntnis gezogen. So enthält der Vorschlag für eine Reform der Timesharing-Richtlinie keine Verringerung, sondern gar eine Erhöhung der Informationspflichten. Ein Lichtblick sind die bereits erwähnten verkürzten Standardinformationen im Anhang der neuen Verbrauchercreditrichtlinie. Das macht die Orientierung für den Verbraucher und den Unternehmer einfacher.

In der Rahmenrichtlinie Verbraucherschutz ist die Auseinandersetzung mit dem Problem der Information ebenfalls mager. Angestrebt wird Kohärenz (insbes. S. 3 und S. 10) und eine vollständige Harmonisierung (S. 13). Erwägung 17 der Präambel erläutert, dass der Unternehmer nicht zu solchen Informationen über den Vertragsgegenstand verpflichtet sein soll, die sich für den Verbraucher ohne weiteres selbst aus dem Kontext des Geschäfts gewinnen lassen. Gemeint ist insbesondere der Zustand der Ware, wenn der Verbraucher diese vor dem Kauf bereits kennt. Darin besteht aber keine Vereinfachung von Informationspflichten, da hier ohnehin nie ein Problem zu verorten war. Eine Besonderheit findet sich in Art. 5 Abs. 3 Rahmenrichtlinie, welcher bestimmt, dass die zu erteilenden Informationen Bestandteil des Kauf- oder Dienstleistungsvertrags sind. Das ist überzeugend als klarer Hinweis darauf ausgelegt worden, dass damit auch schon die Richtlinie selbst festlege, dass die Verletzung von Informationspflichten eine Vertragspflicht sei (Nordhausen Scholes, 2009: S. 232).

Zugleich belegt es eine Entwicklung in Hinblick auf die Abgrenzung von verbrauchervertraglichen und wettbewerbsrechtlichen Informationspflichten. Zwar fällt einerseits auf, dass in der Sprache des Gemeinschaftsrechts – beispielsweise in der verbraucherpolitischen Strategie 2007–2013 – weiterhin nicht genau zwischen vertraglichen Informationspflichten und sonstigen Informationspflichten unterschieden wird (Verbraucherpolitische Strategie der EU (2007–2013), KOM(2007) 99 endgültig, S. 6, 9). Darin liegt ein fehlendes dogmatisches Bewusstsein, welches als solches kritikwürdig erscheint. Andererseits ist aber im Bereich der Rechtssetzung in Hinblick auf die Wahrnehmung des Vertragsrechts als eigene Regelungsmaterie doch auch an anderen Stellen eine Veränderung eingetreten. Anders als noch in den ersten Plänen ist die Lauterkeitsrichtlinie (Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken; Abl. EG L 149/22; siehe insbes. Präambel, Erwägung 19) grenzt sich diese eindeutig vom Vertragsrecht ab.

## **C) VERBRAUCHERSCHUTZ DURCH INFORMATION IM ACQUIS**

Der eigentliche Verbraucher-Acquis muss vor allem als Sammlung verstanden werden. Jede Sammlung enthält aber auch wertende Aussagen, und der Acquis umfasst zudem eine auswertende Zusammenfassung. Darin erfolgen einige Empfehlungen für den Umgang mit den Informationspflichten. Hierbei wird keine allgemeine Analyse zur Wirksamkeit der Information als Instrument des Verbraucherschutzes vorgenommen. Es wird aber verlangt, dass es eine größere Einheitlichkeit und Übersichtlichkeit der Informationspflichten geben müsse (S. 846 f.). Insbesondere wird herausgehoben, dass ein effektiveres und einheitlicheres Sanktionssystem erforderlich sei (S. 847). In den ACQP sind die Informationspflichten erstaunlich zurückhaltend formuliert worden. Die Art. 2:201 ff. enthalten – wie es sich für den Ansatz des Acquis freilich auch gehört – weitgehend Altbekanntes. Art. 2:201 selbst macht schön sichtbar, wie sich Informationspflichten auf den Vertragsgegenstand und auf dessen Bedingungen richten können. Interessant ist auch, dass bei den Informationspflichten eine Abstufung nach dem Schutzbedürfnis des Verbrauchers unternommen wird. Art. 2:203 lässt dabei zunächst aufhorchen, weil vom besonders „schutzwürdigen Verbraucher“ die Rede ist. Aber die Norm hat nicht etwa einen personal (z.B. nach Alter oder Intelligenz) begrenzten Anwendungsbereich, sondern bezieht sich auf Vertragssituationen, in denen es typischerweise zu einem besonderen Informationsdefizit kommt. So ist es etwa im Bereich des Fernabsatzes, weil der Verbraucher den Vertragsgegenstand dort nicht kennt.

## **D) DER INFORMATIONSGEDANKE IM DCFR**

### **AA) HOHER STELLENWERT DES INFORMATIONSGEDANKEN**

Im Common Frame of Reference (CFR) nehmen die Informationspflichten schon auf den ersten Blick einen wichtigen Rang ein. In den Prinzipien erscheinen sie mehrmals. Sie werden zudem klar als gegenüber sonstigen Eingriffen zu bevorzugendes Instrument eingeordnet (Einl. 27, 28).

Die Information erhält im CFR auch außerhalb der Verbraucherverträge einen hohen Stellenwert. Das wird zu einen dadurch erkennbar, dass die grundlegenden Informationspflichten in Buch II, Art. 3:101 CFR nicht nur im Verbrauchervertrag, sondern

auch im Vertrag zwischen zwei Unternehmern gelten. Zum anderen enthält der CFR eine Vielzahl von ausdrücklichen Informationspflichten für die jeweiligen besonderen Verträge (Leasing, Franchising, Vertrieb). Darin unterscheidet sich der Entwurf deutlich von den PECL, die sich gegen einseitige Informationspflichten entschieden hatten. Auch wenn der Entwurf, wie richtig aufgezeigt worden ist, bei der Formulierung der Informationspflichten unbestimmte Rechtsbegriffe verwendet, und insofern dehnbar ist (Pfeiffer, 2008: S. 696), kann die grundsätzliche Entscheidung für eine Stärkung der vorvertraglichen Informationspflichten nicht geleugnet werden (wiederum Pfeiffer, 2008, S. 697; Twigg-Flesner, 2008).

## **BB) VERBRAUCHERSCHUTZ DURCH INFORMATION IM DCFR**

Wenn, wie gezeigt, der allgemeine Informationsgedanke im DCFR in der Bedeutung sehr hoch angesiedelt ist, hat das noch nichts damit zu tun, ob die Information auch als wichtiges Mittel zum Verbraucherschutz eingesetzt wird. Dabei kann man allerdings eine merkwürdige Beobachtung machen. Der DCFR statuiert nämlich die allgemeinen vorvertraglichen Informationspflichten nur für Unternehmer und nicht für Verbraucher. Das ist in Art. 2:201 des Acquis anders. Dort werden sie auch dem Verbraucher auferlegt. Aber im DCFR gelten diese unternehmerischen Informationspflichten zunächst unabhängig davon, ob auf der anderen Seite des Vertrags ein Verbraucher steht. Sie sind also nicht als verbraucherschützendes Instrument gedacht. Nur erwähnt sei, dass die Gründe für eine Beschränkung auf Unternehmer im Dunkeln bleiben (kritisch Pfeiffer, 2008: S. 697).

Andererseits gibt es auch besondere Informationspflichten für Verbraucherverträge (Art. II. 3:102 DCFR), die gegenüber den im Acquis enthaltenen sogar nochmals erweitert wurden (ausgesprochen kritisch Herresthal, 2009: S. 178).

Aber trotz dieser Betonung des Informationsgedanken und obwohl die vorangestellten Prinzipien die Information als vorrangiges Mittel des Verbraucherschutzes benennen, stößt man bei näherer Betrachtung eher auf eine andere Entwicklung: Es bleibt nämlich dabei, dass der Verbraucherschutz zu einem wesentlichen Teil durch zwingende Regelungen erreicht werden soll. Das könnte zu begrüßen sein. Denn eine solche Mischung aus Informationselementen und unmittelbaren Schutzvorschriften ist wie oben angesprochen wegen der begrenzten Informierbarkeit des Verbrauchers unausweichlich. Kritikwürdig ist allerdings, dass diese Problematik in keiner Weise reflektiert oder auch nur angesprochen wird. Vielmehr scheint eine Mischung aus (wohl bereits zu großen) Informationspflichten und (vielleicht zu weitgehenden) zwingenden Normen eher zufällig entstanden zu sein (kritisch an diesem Punkt auch Eidenmüller u.a., JZ 2008: S. 535).

## **V. KORRELATION DER INFORMATION MIT ANDEREN SCHUTZINSTRUMENTEN**

Aus dem Vorstehenden ergibt sich, dass der Schutz durch Information häufig durch weitere Schutzinstrumente, wie sie oben bereits angesprochen wurden, verstärkt werden muss. Wenn dies geschieht, so lassen diese anderen Schutzinstrumente wiederum vielfach einen Rest des Informationsgedanken erkennen. Dies gilt besonders für das

Widerrufsrecht. Wenn der Verbraucher die Möglichkeit erhält, sich noch nachträglich von einem einmal abgeschlossenen Vertrag zu lösen, so geschieht dies, damit er seine Entscheidung überdenken kann. Das Widerrufsrecht dient dazu, dass der Verbraucher sich noch nachträglich überlegen kann, ob er an einem Vertrag festhalten will. Es wird angenommen, dass er nachträglich Informationen sammelt und verarbeitet, auf deren Basis er eine privatautonome Entscheidung treffen kann. Sei dies auch die einfache Erkenntnis, dass er den erworbenen Gegenstand entgegen seiner ersten Annahme gar nicht braucht oder ihn sich nicht leisten kann.

Es gibt allerdings auch Schutzelemente, die den ganz gegenteiligen Ansatz verfolgen. Das gilt zum einen für die bereits erwähnten zwingenden verbraucherfreundlichen Normen, wie die Gewährleistungsrechte im Kaufvertrag. Hier wird den Parteien – und damit auch dem Verbraucher – die lange Gewährleistungspflicht aufgezwungen. Es ist auch bei gründlichster Information und Aufklärung nicht möglich, die Gewährleistungsfrist zu verkürzen. Wie gezeigt geschieht es auch gar nicht ganz zu Unrecht, dass hier davon ausgegangen wird, dass Information kein ausreichendes Schutzinstrument wäre. Das bedeutet aber auf der anderen Seite, dass eine freie Entscheidung des Verbrauchers von vornherein ausgeschlossen wird.

Die Abkehr vom Gedanken der Information erfolgt insbesondere aber im Umgang mit allgemeinen Geschäftsbedingungen. Solche die Vertragsbedingungen betreffenden vertraglichen Informationspflichten müssen getrennt werden von den Vorschriften über die allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Regelungen zu den allgemeinen Geschäftsbedingungen weisen zwar einzelne Informationspflichten auf – sie müssen zum Beispiel zugänglich, verständlich und lesbar sein – gehen aber inhaltlich oftmals gerade in die gegenteilige Richtung: Treuwidrige AGB sind insbesondere deswegen unwirksam, weil davon ausgegangen wird, dass der Verbraucher sie akzeptiert hat, ohne ihren Inhalt zu kennen. Selbst wenn man sich einen Verbraucher vorstellen wollte, der die AGB gründlich läse, so würde dieser doch in aller Regel nicht in der Lage sein, seine Entscheidung (betroffen ist hier vor allem die Entscheidung über den auszuwählenden Anbieter einer Ware oder sonstigen Leistung) unter vergleichender Auswertung der AGB zu treffen. Auch die Ineffizienz von individueller Information über AGB ist allgemein anerkannt.

Daher wird im Bereich der AGB nicht auf Information gesetzt. Anstatt den Verbraucher zur Information anzuregen oder ihm die Information zu erleichtern, wird die Kontrolle von einer dritten Instanz, nämlich einem Gericht übernommen. Die Klauselrichtlinie (nur Herresthal, 2009: S. 192; Kötz, JuS 2003) ist also gerade daran orientiert, dass es Bereiche gibt, in denen vom Verbraucher Informiertheit nicht erwartet werden kann und nicht erwartet werden sollte. Das Gericht überprüft vorformulierte Vertragsbedingungen, weil davon auszugehen ist, dass der Verbraucher sie typischerweise akzeptiert, ohne ihren Inhalt zu kennen.

Dabei ist eine interessante und nicht leicht zu begründende Doppelspurigkeit zu beobachten: Denn obwohl hier auf der einen Seite nicht auf Informierung des Verbrauchers abgestellt wird, verlangt die Klauselrichtlinie auf der anderen Seite dennoch, dass die AGB für den Verbraucher verständlich und lesbar sein müssen, damit er sich über ihren Inhalt informieren kann. Ein solches Gebot entspricht aber letztlich in jedem Fall dem Grundsatz von Treu und Glauben. Man darf mit Erleichterung konstatieren, dass dem Verbraucher die Kenntnisnahme der Bedingungen und die Geltendmachung dort unter Umständen enthaltener Rechte nicht etwa verboten sein sollen!

## **VI. FOLGEN VON INFORMATIONSPFLICHTVERLETZUNGEN**

### **1. LÜCKENHAFTIGKEIT DES RECHTS DER EU**

Nur wenige Richtlinien kennen explizite Regelungen dazu, welche Rechtsfolgen sich an die Verletzung von Informationspflichten knüpfen. Allenfalls findet sich die Aussage, dass die Sanktionen für eine solche Verletzung „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein müssen (so z. B. Art. 23 Verbraucherkreditrichtlinie; Art. 11 Fernabsatzrichtlinie; noch offener Art. 22 Abs. 4 Dienstleistungsrichtlinie).

Einen konkreteren Vorschlag für die Umsetzung enthält nunmehr die Verbraucherkreditrichtlinie. In Erwägung 25 der Präambel wird ausgeführt, dass es den Mitgliedstaaten überlassen bleibe, ob der Kreditgeber, der dem Kunden fehlerhafte Informationen gibt, an diese Informationen gebunden sein soll, so dass er den Kredit zu den Bedingungen auszahlen muss, die er angegeben hat. Dies entspricht dem Art. 2:207 Abs. 3 ACQP und dem Art. 3:107 DCFR.

Ansonsten finden sich aber auch hier nur die üblichen Formulierungen. Die Mitgliedstaaten sollen danach die Sanktionen selbst festlegen. Vorgegeben wird nur, dass die Sanktionen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein müssen.

Daher ist die Rechtslage in den Mitgliedstaaten hier äußerst uneinheitlich (einen schnellen Überblick verschafft das Acquis-Kompendium, S. 816 f). Die Mittel zur Durchsetzung reichen von Strafbewehrung auf der einen Seite bis zu der bloßen vom EuGH ohnehin vorgegebenen Verlängerung der Widerrufsfrist auf der anderen Seite. So steht etwa in Irland und Slowenien die Verletzung der Pflicht zur Erteilung einer Widerrufsbelehrung unter Strafe, während unter anderem in Belgien, Ungarn, den Niederlanden und Spanien die Nichterfüllung von Informationspflichten zur Nichtigkeit des Vertrags führt (§ 4 der Verbraucherschutzverordnung über den Widerruf von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen von 1987).

In den DCFR und in die ACQP sind noch einige weitere Rechtsfolgen für Informationspflichtverletzungen aufgenommen worden. In Art. 3:107 Abs. 1 DCFR sowie in Art. 2:207 Abs. 1 ACQP findet sich die bereits bekannte Verlängerung der Widerrufsfrist. Die radikalere Folge der Nichtigkeit oder einseitigen Durchsetzbarkeit, wie einige Mitgliedstaaten sie kennen, findet sich nicht.

### **2. MINDESTHARMONISIERUNG, VOLLHARMONISIERUNG UND GESTALTUNGSMÖGLICHKEITEN FÜR DAS NATIONALE RECHT**

Bevor im Folgenden überlegt wird, welche Rechtsfolgen im Recht der Mitgliedstaaten vorgesehen werden sollten, muss geklärt werden, ob die neuen gemeinschaftsrechtlichen Maßnahmen überhaupt noch Spielräume für die mitgliedstaatlichen Umsetzungsakte vorsehen. Denn die in jüngster Zeit zu beobachtende Tendenz einer Vollharmonisierung (so die neue Verbraucherkreditrichtlinie und die geplante Rahmenrichtlinie Verbraucherschutz) lässt den Umsetzungsspielraum für die Mitgliedstaaten massiv zusammenschrumpfen. Wie bereits erkennbar wurde, betrifft dies aber kaum die Rechtsfolgen von Informationspflichtverletzungen. Hier hat der Richtliniengeber die Regelungsbefugnis beim nationalen Gesetzgeber belassen.

Der nationale Gesetzgeber und die nationalen Gerichte werden also auf absehbare Zeit nur wenig beschränkt sein darin, die Rechtsfolgen für die Informationspflichtverletzung selbst zu bestimmen. Vorgegeben ist ihnen nur, dass die Sanktionen wirksam und abschreckend sein müssen.

### 3. DENKBARE RECHTSFOLGEN VON INFORMATIONSPFLICHTVERLETZUNGEN IM NATIONALEN ODER EU-RECHT

Im Verlauf dieser kleinen Untersuchung wurden bereits sehr vielfältige denkbare Rechtsfolgen von Informationspflichtverletzungen aufgezeigt. Die einzige EU-weit „geltende“ Rechtsfolge betrifft dabei bisher die fehlende Widerrufsbelehrung. Der EuGH hat in dem Urteil *Heininger* entschieden, dass die Widerrufsfrist nicht vor Erteilung der Widerrufsbelehrung zu laufen beginnt (*EuGH*, Urt. vom 13.12.2001, Rs. C 481/99, Slg. 2001, 9945 (*Heininger/Bayerische Hypo*)). Dabei hat der EuGH selbst diese Konsequenz aber zuletzt abgeschwächt und sie wenigstens für bereits beiderseitig vollständig erfüllte Verträge für nicht zwingend erklärt (*EuGH*, Urt. vom 10.04.2008, Rs. C 412/06 Slg. 2008, 2383 (*Hamilton/Volksbank Filder*)).

Aufgezeigt wurde auch bereits, dass die in Deutschland nunmehr von der Rechtsprechung eröffnete Option eines Schadensersatzanspruchs wegen der in der unterlassenen Information liegenden Pflichtverletzung keine wirksame und abschreckende Maßnahme sein kann. Der Verbraucher hat nur selten einen auf der Verletzung einer Informationspflicht basierenden Schaden (anders kann es zum Beispiel sein, wenn der Verbraucher zwischen zwei Kreditangeboten wählt und aufgrund fehlerhafter Informationen zu dem teureren greift).

Daher fragt sich, ob es weitere, in das nationale Privatrechtssystem passende Konsequenzen geben kann (mit einer Aufzählung *Storme*, 2003). Hierzu gehören nicht die in einigen Mitgliedstaaten vorgesehenen Bußgelder, da diese keinen privatrechtlichen Charakter tragen. Eine Idee findet sich in dem neuen deutschen Telefonwerbungsgesetz (Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen vom 29. Juli 2009, BGBl. 2009 I, 2413). Die in § 312d BGB eingefügten Änderungen führen nämlich dazu, dass ein an sich nicht bestehendes Widerrufsrecht *doch* gewährt werden muss, falls der Vertrag (über die Lieferung einer Zeitung oder Zeitschrift) in Folge von Telefonwerbung abgeschlossen wurde. Diesen Gedanken könnte man verallgemeinern: Wenn ein Verbraucher bestimmte notwendige Informationen nicht vollständig oder nicht verständlich mitgeteilt bekommt, hat er so lange ein Widerrufsrecht, bis er diese Informationen erhalten hat. Das wäre eine in sich stimmige Lösung. Denn das Widerrufsrecht hat, wie gezeigt, den Zweck, dem Verbraucher die Sammlung und Verarbeitung von Informationen auch noch während eines gewissen Zeitraums nach dem Vertragsschluss zu ermöglichen. Solange der Unternehmer diese Informationen gar nicht zu Verfügung stellt, muss das Widerrufsrecht daher bestehen bleiben.

Auch die Nichtigkeit bzw. die einseitige Durchsetzbarkeit kann dogmatisch stimmig beibehalten werden, wenn sie an das Schriftformerfordernis geknüpft wird. Das ist allerdings nur dann wirklich überzeugend, wenn es sich um den Vertragsinhalt betreffende Informationen handelt. Für Informationen zur technischen Rückgängigmachung



von elektronischen Erklärungen oder auch zur Identität des Anbieters kann eine solche Lösung kaum überzeugend verankert werden.

Alle diese zusätzlichen Rechte haben aber den Nachteil, dass der Verbraucher diese nicht durchsetzen wird, weil er davon gar nichts erfährt. Sein Informationsdefizit schließt eine Rechtsverfolgung durch ihn selbst aus. Daher muss insbesondere im Bereich der Rechtsdurchsetzung nach effektiveren Instrumenten gesucht werden. Dabei ist ein bekanntes, auch im EU-Recht vorgesehenes Instrument die Verbandsklage durch Verbraucherverbände. Diese Klage kann nach § 2 UKlaG (Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen vom 26. November 2001, BGBl. 2001 I, 3138, 3173) bei jeder Zuwiderhandlung gegen ein Verbraucherschutzgesetz erhoben werden. Sie ist auf Unterlassung der Verletzung gerichtet. Wirklich effektiv ist diese Sanktion dennoch nicht, weil dem Unternehmer höchstens droht, dass er die Kosten des Rechtsstreits bzw. der Abmahnung tragen muss (Hoffmann, 2005: 834 m.w.N.).

Ein schärferes Schwert kann aber das Wettbewerbsrecht sein, denn es drohen Schadensersatz und Gewinnabschöpfung (Hoffmann, 2005: 835 m.w.N.). In der Tat spielt sich die Rechtsprechung zu den Informationspflichten schon derzeit ganz überwiegend im Bereich des UWG (Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 3. Juli 2004, BGBl. 2004 I, 1414, zuletzt geändert am 29. Juli 2009, BGBl. 2009 I, 2413) ab (OLG Hamm, MMR 2009, 216; LG Bochum, MMR 2009, 217). Wenn früher die Erheblichkeitsklausel in § 3 UWG die Verfolgbarkeit, insbesondere in Einzelfällen, minimierte (Hoffmann, 2005: 835), so sollte hier Art. 7 der Lauterkeitsrichtlinie (in Deutschland in § 5a UWG umgesetzt) große Fortschritte bringen können (nur Bornkamm, § 5a UWG). Das gilt ganz besonders für Art. 7 Abs. 5, der genau auf die verbraucherschützenden vertraglichen Informationspflichten ausgerichtet ist und die Wesentlichkeit statuiert (im Einzelnen Busch, 2008, 156, 162).

Sieht man nun genauer darauf, welche Spielräume der auf Vollharmonisierung ausgerichtete Vorschlag zu einer Rahmenrichtlinie Verbraucherschutz dem nationalen Gesetzgeber noch lässt, zuckt man erschrocken zusammen. Indem es dort heißt, die Informationspflichten seien Vertragspflichten (Art. 10 und 11) fürchtet man schon um die Möglichkeit wettbewerbsrechtlicher Sanktionen. Aber der Blick auf Art. 41 und 42 Rahmenrichtlinie zeigt dann, dass der Richtliniengeber solche Pläne doch nicht verfolgen wollte. Dort ist ausdrücklich die Verfolgung durch Institutionen und Verbände vorgesehen.

Insofern muss man wohl sagen, dass auch der Sieg, der errungen worden ist, indem das Gemeinschaftsprivatrecht heute eine dogmatische Unterscheidung zwischen Lauterkeitsrecht und Vertragsrecht kennt und weitgehend verfolgt, nichts als ein Pyrrhussieg ist. Kaum ist erkannt, dass es sich um unterschiedliche Regelungsansätze handelt, muss eingeräumt werden, dass nur eine aufeinander abgestimmte Nutzung der Rechtsinstrumente beider Rechtsgebiete zu einem einigermaßen viel versprechenden Ergebnis führen kann.

## VII. SCHLUSSFOLGERUNGEN

Der Umgang mit dem Instrument der Information ist schwierig, und er erfolgt im europäischen Vertragsrecht immer noch wenig konsistent. Es wurde gezeigt, dass bei AGB allgemein anerkannt ist, dass sie nicht gelesen werden – und im Grunde sogar

nicht gelesen werden sollten. Sogar im Kaufvertragsrecht hat der Richtliniengeber der Möglichkeit der Information eine Absage erteilt.

Dagegen sehen andere Richtlinien vor, dass dem Verbraucher ganze Kataloge von Informationen zur Verfügung gestellt werden müssen, die genau darauf ausgerichtet sind, dass er sie liest und verarbeitet.

In den neueren Regelungswerken finden sich diese Mischlösungen wieder, und man vermisst ausreichende Reflektion. Gegenwärtig kann man daher konstatieren, dass der Sieg des Informationsparadigmas über andere Schutzmechanismen auf der einen Seite einen Sieg des Grundsatzes der Privatautonomie über zwingende Regelungen zugunsten des Verbrauchers darstellt. Solange es aber nicht gelingt, die Informationen zu destillieren und zu strukturieren<sup>2</sup> und fehlende Informierung zu sanktionieren, muss auch hierin ein echter Pyrrhussieg erblickt werden. Dabei muss man besorgt konstatieren, dass weder der Verbraucher noch der Unternehmer im Ergebnis von dem System der Informationspflichten profitieren.

Abschließend bleibt nur zu sagen: Zwingende Normen zugunsten des Verbrauchers dürfen nicht leichtfertig an die Stelle von Informationspflichten gesetzt werden. Es müsste aber genauer untersucht werden, an welchen Punkten echte, zwingende Beschränkungen und an welchen Punkten Informationspflichten eingesetzt werden. Wenn dann z.B. der Vertragsschluss auf der Basis von Telefonwerbung oder bestimmte wirtschaftlich unsinnige Timesharingverträge insgesamt ausgeschlossen – und dafür eher zu begreifende Vorgänge, wie die Vereinbarung eines Ausschlusses von Gewährleistungsrechten beim Kauf gebrauchter Waren im Individualvertrag, eröffnet würden, könnte sich vielleicht doch noch ein vertrauens- und marktförderndes EU-Vertragsrecht herausbilden.

## BIBLIOGRAPHIE

### GESCHLOSSENE PUBLIKATIONEN:

Acquis Group: *Acquis Principles, Contract I*, München 2007.

Atiyah P.: *Atiyah's Introduction to the Law of Contract*, 5. Auflage, Oxford 1995.

Callies C., Ruffert M.: *Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit europäischer Grundrechtecharta*, 3. Auflage, München 2007.

Chen-Wishart M.: *Contract Law*, 2. Auflage, Oxford 2008.

Dauner-Lieb B.: *Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher: Systemkonforme Weiterentwicklung oder Schrittmacher der Systemveränderung?*, Berlin 1983.

Bar/Clive/Schulte-Nölke, *Draft Common Frame of Reference, DCFR, Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law*, München 2009.

Enderlein W.: *Rechtspaternalismus und Vertragsrecht*, München 1996.

Fleischer H.: *Informationsasymmetrie im Vertragsrecht: eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlussbezogener Aufklärungspflichten*, München 2001.

Grabitz E., Hilf M.: *Das Recht der Europäischen Union, Band 3*, 37. Ergänzungslieferung, München 2008.

Grigoleit H.C.: *Vorvertragliche Informationshaftung: Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken*, München 1997.

---

<sup>2</sup> Eine kaum zu bewältigende Aufgabe, vgl. nur (Pfeiffer, ZEuP 2008: S. 698 m.w.N.).

- von der Groeben H., Schwarze J.: *Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft*, 6. Auflage, Baden-Baden 2003.
- Heiderhoff B.: *Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts*, München 2004.
- Haines A.: *Verbraucherschützende Informationspflichten für Websites – Bedarfsgerechte Angaben oder Überregulierung?*, Bonn 2008.
- Hefermehl/Köhler/Bornkamm, *Unlauterer Wettbewerb-Gesetz*, 27. Auflage, München 2009.
- Jauernig O.: *Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Kommentar*, 12. Auflage, München 2007.
- Kind S.: *Die Grenzen des Verbraucherschutzes durch Information – aufgezeigt am Teilzeitwohnrechtgesetz*, Berlin 1998.
- Lurger B.: *Vertragliche Solidarität – Entwicklungschance für das allgemeine Vertragsrecht in Österreich und in der Europäischen Union*, 1. Auflage, Baden-Baden 1998.
- Meller-Hannich C.: *Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht: private Freiheit und staatliche Ordnung*, Tübingen 2005.
- Münchener Kommentar zum BGB, Band 1*, 5. Auflage, München 2006.
- Münchener Kommentar zum BGB, Band 2*, 5. Auflage, München 2007.
- Palandt O.: *Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 68. Auflage, München 2009.
- Palandt O.: *Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 50. Auflage, München 1991.

#### **TEILE GEMEINSAMER ARBEITEN:**

- von Bar C.: *Zwischen wissenschaftlichem Entwurf und politischer Willensbildung: Funktionen und Struktur des Gemeinsamen Referenzrahmens* [in:] *Medizin und Haftung: Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag*, Berlin Heidelberg 2009, S. 1025 ff.
- Herresthal C.: *Consumer Law in the DCFR* [in:] Wagner (Hrsg.), *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, München 2009, S. 164 ff.
- Martinek M.: *Unsystematische Überregulierung und konstraintionale Effekte im Europäischen Verbraucherschutzrecht oder: Weniger wäre mehr* [in:] Grundmann (Hrsg.), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts*, Tübingen 2000, S. 511 ff.
- Medicus D.: *Verbraucherrecht und Verbrauchsgüterkauf in einem kodifikatorischen System* [in:] Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht: Reform und Internationalisierung des deutschen Schuldrechts*, Köln 2000, S. 219 ff.
- Mota Pinto P.: *Grundsätze von Informationspflichten im Fernabsatz nach geltendem EU-Vertragsrecht* [in:] Schulze/Ebers (Hrsg.), *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübingen 2003, S. 157 ff.
- Nordhausen Scholes A.: *Information Requirements* [in:] Howells/Schulze (Hrsg.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, München 2009, S. 213 ff.
- Storme M.E.: *Information Requirements and Remedies in the Principles of European Contract Law* [in:] Schulze/Ebers (Hrsg.), *Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire*, Tübingen 2003, S. 231 ff.
- Twigg-Flesner C.: *Pre-contractual duties – from the acquis to the Common Frame of Reference* [in:] Schulze (Hrsg.), *Common Frame of Reference and Existing EC Contract Law*, 1. Auflage, München 2008, S. 97 ff.

## ARTIKEL:

- Busch C., Kopp C., McGuire M., Zimmermann M.: *Konvergenz und Diskrepanz nationaler und europäischer Methodik: Der Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf das äußere System des deutschen Privatrechts*, GPR (Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht) 2009, S. 150–159.
- Busch C., *Welche Folgen hat die Umsetzung der Lauterkeitsrichtlinie für das Vertragsrecht?* GPR 2008, S. 158–164.
- Eidenmüller H., Faust F., Grigoleit H.C., Jansen N., Wagner G., Zimmermann R.: *Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht*, JZ (Juristenzeitung) 2008, S. 529–550.
- Freitag R.: *Neuer Wein in alten Schläuchen: Die Haftung von Kreditinstituten wegen unterbliebener Widerrufsbelehrung nach Art. 4 Satz 3 der Haustürwiderrufsrichtlinie*, WM (Wertpapier-Mitteilungen) 2006, 61–70.
- Habersack M.: *Zum Widerruf von an der Haustür abgeschlossenen Realkreditverträgen*, JZ (Juristenzeitung) 2006, 91–94.
- Hoffmann J.: *Spezielle Informationspflichten im BGB und ihre Sanktionierung*, ZIP (Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis) 2005, 829–840.
- Hoffmann J.: *Die EuGH-Entscheidungen „Schulte“ und „Crailsheimer Volksbank“ – Ein Meilenstein für den Verbraucherschutz beim kreditfinanzierten Immobilienerwerb?*, ZIP (Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis) 2005, 1985–1994.
- Kern S.: *Zur Frage der Aufklärungspflicht des Kreditinstituts bei konkretem Wissensvorsprung über Täuschungshandlungen des Verkäufers, Vermittlers oder Initiators von Immobilienanlagen*, BKR (Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht) 2006, 345–348.
- Kötz H.: *Der Schutzzweck der AGB-Kontrolle – Eine rechtsökonomische Skizze*, JuS (Juristische Schulung) 2003, S. 209–214.
- Pfeiffer T.: *Von den Principles of European Contract Law zum Draft Common Frame of Reference*, ZeuP (Zeitschrift für Europäisches Privatrecht) 2008, S. 679–707.
- Roth H.: *EG-Richtlinien und Bürgerliches Recht*, JZ (Juristenzeitung) 1999, 529–538.
- Schmidt-Rimpler W.: *Grundfragen einer Erneuerung des Vertragsrechts*, AcP (Archiv civilistischer Praxis), Band 147 (1941), S. 130 ff.

## INTERNETQUELLEN:

- Twigg-Flesner C.: *Informationspflichten* [in:] Schulte-Nölke (Hrsg.) *EG-Verbraucherrechtsskandium*, Teil 4, D, S. 798 ff., abrufbar unter [http://www.eu-consumer-law.org/consumerstudy\\_full\\_de.pdf](http://www.eu-consumer-law.org/consumerstudy_full_de.pdf), April 2007.