Nichtkaufleute, Verbraucher, Privatanleger – 100 Jahre Schutz des Schwächeren im deutschen Recht¹

I. Einführung

Seit nunmehr 4 Jahren verbindet die Juristischen Fakultäten der Universidade Federal do Rio Grande do Sul und der Justus-Liebig-Universität Gießen ein fruchtbarer Austausch von Wissenschaftlern und Studenten. Unser gemeinsames Arbeitsprogramm hat vornehmlich das Verbraucherrecht zum Gegenstand. Hätte unsere Zusammenarbeit vor 50 oder gar vor 100 Jahren begonnen, hätten wir uns ein anderes Thema suchen müssen. Damals hat es das Verbraucherrecht, so wie wir es heute kennen, noch nicht gegeben. Das bedeutet indes keineswegs, daß diejenigen, die wir seit etwa 30 Jahren auch im Recht als Verbraucher beschreiben, vollständig ungeschützt dem rechtsgeschäftlichen Verkehr ausgesetzt gewesen wären. Vielmehr gilt es, zweierlei zu bedenken. Es ist erstens in den Blick zu nehmen, daß der Absatz von Waren und Dienstleistungen in den vergangenen Jahrzehnten wesentlich komplexer und die angebotenen Produkte komplizierter geworden sind. In Deutschland herrscht heute Verbraucherschutz beim Vertrieb an der Haustür (§ 312 BGB) und beim Fernabsatz mittels Fernkommunikationsmitteln (§ 312 b BGB) oder im elektronischen Geschäftsverkehr (§ 312 e BGB) sowie bei Produkten wie Krediten (§§ 499 ff. BGB), Teilzeitwohnrechten (§§ 481 ff. BGB) und Investmentgeschäften. Jene Vertriebswege hat es vor hundert Jahren nicht gegeben. Teilzeitwohnrechte waren damals unbekannt. Kredite kennt der Rechtsverkehr zwar schon seit mehreren Jahrtausenden. Komplexere Kreditstrukturen, deren Verständnis dem Durchschnittsbürger Schwierigkeiten bereiten kann, hat man aber erst in der Neuzeit entwickelt. Außerdem war – und damit bin ich beim zweiten Punkt – beispielsweise die Kreditvergabe lange kein Massenproblem, das die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers auf sich zu ziehen geeignet gewesen wäre. Während etwa das Volumen der Teilzahlungskredite noch im Jahre 1954 in Deutschland unter umgerechnet 500 Mill. € lag, war dieses Volumen bis zum Jahre 1979, also zu einem Zeitpunkt, zu dem die Diskussion um die Schaffung eines Verbraucherkreditgesetzes in vollem Gange war, auf umgerechnet 55 Mrd. € angestiegen.²

¹ Ausgearbeitete Fassung eines am 29.5.2008 an der Juristischen Fakultät der Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, Brasilien, gehaltenen Vortrags.

² Hadding, Welche Maßnahmen empfehlen sich zum Schutze des Verbrauchers auf dem Gebiet des Konsumentenkredits?, Gutachten zum 53. Deutschen Juristentag, 1980, S. 9.

II. Schutz des Schwächeren am Beginn des 20. Jahrhunderts

Gemeinhin gilt als Beginn der Entwicklung einer speziellen Verbraucherschutzgesetzgebung in Deutschland – und ich will mich unter Ausblendung verbraucherschützender Entwicklungen in der Rechtsprechung auf die Genese des Verbraucherschutzes *im Gesetz* beschränken – das Abzahlungsgesetz aus dem Jahre 1894.³ Der Schutz des wirtschaftlich Schwächeren bzw. des kompetenzmäßig Unterlegenen war freilich seit dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs keinesfalls auf die Abzahlungsgeschäfte beschränkt. Vielmehr gab es diesen Schutz seither im BGB in zwei Formen. Mit der ersten Form wurden in einer *konkreten* (wirtschaftlichen) Zwangslage befindliche Personen und *individuell* Unerfahrene vor wucherischen Rechtsgeschäften geschützt (§ 138 Abs. 2 BGB). Bei der zweiten Form wurde losgelöst von der individuellen Befähigung der Vertragsparteien auf die Gefährlichkeit des Geschäfts für einen der Beteiligten abgestellt. So ist beispielsweise seit jeher bekannt, daß die Eingehung einer Bürgschaft für den Bürgen ein risikoreiches Geschäft ist. In früheren Jahrhunderten hieß es: „Den Bürgen soll man würgen“.⁴ Deshalb schützt das Bürgerliche Gesetzbuch den Bürgen bei der Eingehung der Bürgschaft vor dem sorglos und übereilt dahingesprochenen Wort, indem es seine Bürgschaftserklärung nur rechtswirksam werden läßt, wenn sie schriftlich erfolgt (§§ 766, 125 BGB).⁵ Dabei hat das Gesetz den Durchschnittsbürger im Auge, dem es die Regelung seiner Angelegenheiten bei den gewöhnlichen Geschäften des täglichen Lebens – Kauf, Miete, Werkvertrag – ohne weiteres zutraut, den es aber bei risikoreichen und gewichtigen Geschäften mittels Aufstellung von Formerfordernissen zur Vorsicht mahnt. Deshalb gilt das Schriftformerfordernis nicht nur bei der Bürgschaft, sondern auch bei den abstrakten Schuldversprechen (§§ 780, 781 BGB). Grundstücksgeschäfte müssen sogar, um den Veräußerer vor einer übereilten Entscheidung über die Weggabe von Grundeigentum als „natürlicher Grundlage für die Seßhaftigkeit der Bevölkerung“ zu schützen⁶, sollen sie wirksam sein, notariell beurkundet werden (§ 311 b Abs. 1 S. 1 BGB).

Nun hat der Gesetzgeber schon im 19. Jahrhundert gesehen, daß es Personengruppen gibt, die eines solchen Schutzes nicht bedürfen. Als diese Gruppe geschäftlich erfahrener Personen

³ Graf von Westphalen/Emmerich/von Rottenburg, Verbrauchercreditgesetz, Einl. Rn. 2.

⁴ Johann Christoph Gottsched, *Ausgewählte Werke VIII/2*, 5. Auflage 1762, Walter de Gruyter, 1968, S. 616.

⁵ Vgl. Mugdan, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II. Bd., 1899, S. 1295.

⁶ Mugdan, *Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, II. Bd., S. 104; vgl. Hammen DNotZ 1997, 543, 547.

identifizierte er die großen Kaufleute. Demgemäß erlaubte er diesen Kaufleuten die *formfreie* Eingehung einer Bürgschaft und die formfreie Abgabe eines Schuldversprechens, soweit es sich dabei um Handelsgeschäfte (vgl. § 343 HGB), also nicht um Privatgeschäfte des Kaufmanns handelte (vgl. §§ 350 HGB, 351 HGB a.F.). Damit hatte der Gesetzgeber – und diese Weichenstellung war schon im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch aus dem Jahre 1861 erfolgt (Art. 317 ADHGB)⁷ – zwei Gruppen von Personen unterschiedlicher Schutzbedürftigkeit einander gegenübergestellt, die Großkaufleute und alle übrigen, also den Jedermann, rechtstechnisch gesprochen: die Nichtkaufleute zuzüglich der früher in das HGB teilweise einbezogenen sog. Minderkaufleute (vgl. § 4 HGB a.F.).

Beginnend mit dem Abzahlungsgesetz (AbzG), dem ersten *speziellen* Verbraucherschutzgesetz, aus dem Jahre 1894 hat der Gesetzgeber den Schutz der Nichtkaufleute in zwei Gesetzen außerhalb der zentralen zivilrechtlichen Kodifikation, dem Bürgerlichen Gesetzbuch, ausgebaut. Das Abzahlungsgesetz ermöglichte dem nichtkaufmännischen Käufer beim Rücktritt des Verkäufers, der nicht gesetzlich zwingend, wohl aber in der Rechtspraxis typischerweise Kaufmann war, unabdingbar den Rückerhalt bereits gezahlter Kaufpreistraten (§ 1 Abs. 1 AbzG). Nur wenige Jahre später tauchte der Gedanke des Schutzes des wirtschaftlich oder kompetenzmäßig Schwächeren ein erstes Mal im Kapitalmarktrecht auf. Im Börsengesetz (BörsG) aus dem Jahre 1896 schuf der Gesetzgeber eine Sonderregel für die als besonders risikoreich eingestuften Börsentermingeschäfte. In § 53 BörsG a.F. bestimmte er, daß solche Geschäfte nur verbindlich seien, wenn auf beiden Seiten als Vertragschließende Kaufleute beteiligt seien, die in das Handelsregister eingetragen seien. Nichtkaufleute waren mithin vor den wirtschaftlichen Risiken von Börsentermingeschäften rechtlich geschützt.

III. Moderne Verbraucherschutzgesetzgebung

1. Verbraucherschutzinstrumente

Bei dieser Gesetzeslage blieb es für einige Jahrzehnte. Dann sorgten Veränderungen bei der Absatzfinanzierung und bei den Vertriebsformen für einen Ausbau des Verbraucherschutzes. Bei der gesetzlichen Bewältigung der geänderten Rahmenbedingungen des Absatzes von Waren und Dienstleistungen traten drei materiellrechtliche verbraucherschützende

⁷ Vgl. K. Schmidt ZIP 1986, 1510, 1513 f.

Instrumente hervor: 1. Information des Verbrauchers über das Produkt bei Vertragsschluß. 2. Befristetes Widerrufsrecht nach Abschluß des Verbrauchervertrags. 3. Verdikt der Unwirksamkeit bestimmter vertraglicher Abreden zum Nachteil des Verbrauchers. Die Information des Verbrauchers über das Produkt durch den anderen Vertragspartner ist das erste verbraucherschützende Instrument, das in das Gesetz aufgenommen worden ist. Im Jahre 1970 trat die Vorschrift in § 1 a AbzG a.F. in Kraft, nach welcher der Verkäufer den Käufer bei einem Abzahlungskauf in der Vertragsurkunde oder in einem Verkaufsprospekt über den Barzahlungspreis, den Teilzahlungspreis sowie über den Betrag, die Zahl und die Fälligkeit der einzelnen Teilzahlungen unterrichten mußte (§ 1 a Abs. 1 AbzG a.F.),⁸ wollte er vermeiden, auf den Barzahlungspreis beschränkt zu werden (§ 1 a Abs. 3 AbzG).

Als das Abzahlungsgesetz im Jahre 1974 reformiert wurde, fand das zweitgenannte Verbraucherschutzinstrument erstmals Eingang in das geschriebene Recht. In § 1 b AbzG wurde dem Nichtkaufmann das Recht eingeräumt, das Abzahlungsgeschäft binnen einer Frist von einer Woche zu widerrufen. Dieses Recht sollte dem Abzahlungskäufer die Gelegenheit geben, die Folgen eines übereilten und unüberlegten Geschäfts noch einmal zu überdenken. Zwei Jahre später etablierte sich auch das dritte Verbraucherschutzinstrument im Gesetz. Mit dem Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGBG) aus dem Jahre 1976 wurde – was zuvor nur richterrechtlich gegolten hatte – gesetzlich festgelegt, daß allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem nichtkaufmännischen Vertragspartner verwendet werden, unwirksam sind, wenn sie ihn unangemessen benachteiligen (§§ 9 – 11, 24 S. 1 Nr. 1 AGBG a.F.).⁹

2. Übergang zu den Begriffen des Verbrauchers und des Unternehmers

Im Jahre 1986 wurde das gesetzliche Widerrufsrecht auf die sogenannten Haustürgeschäfte ausgedehnt, also auf Geschäfte, zu denen der Kunde insbesondere durch Verhandlungen an seinem Arbeitsplatz oder in einer Privatwohnung bestimmt worden ist. Das Haustürwiderrufgesetz (HTWG) brachte aber auch noch eine andere wesentliche Neuerung. Wir können nämlich beobachten, wie dieses und die nachfolgenden Verbraucherschutzgesetze den Anwendungsbereich verbraucherschützender Vorschriften, was die beteiligten Personen

⁸ Ab dem Jahre 1974 mußte auch über den effektiven Jahreszins informiert werden (§ 1 a Abs. 1 S. 2 Nr. 4 AbzG a.F.).

⁹ Für Allgemeine Geschäftsbedingungen, die gegenüber einem Kaufmann verwendet wurden, galt lediglich die Inhaltskontrolle gemäß § 9 AGBG a.F. (§ 24 S. 2 AGBG a.F.).

angeht, von dem begrifflichen Gegensatzpaar Kaufmann – Nichtkaufmann abzulösen und ihn sich von Gesetz zu Gesetz herantastend auf die typische Verbrauchersituation zuzuschneiden beginnen. Dabei wurden historische Erfahrungen mit dem bis dahin erreichten Stand des Verbraucherrechts verarbeitet. Zu gewichten war nämlich, daß die tatbestandlichen Beschreibungen der Parteien eines Verbrauchergeschäftes nicht der typischen Verbrauchersituation entsprachen. So waren vom Schutz des Abzahlungsgesetzes nur die ins Handelsregister eingetragenen Kaufleute ausgenommen (§ 8 AbzG a.F.). Damit war der Verbraucherschutz nach diesem Gesetz einerseits viel zu weit ausgefallen, weil ihn auch nichteingetragene Kaufleute genossen,¹⁰ andererseits war er aber auch zu eng geraten, weil eingetragene Kaufleute den Schutz des Abzahlungsgesetzes stets und zwar auch dann entbehren mußten, wenn das Abzahlungsgeschäft nicht zu ihrem Handelsgeschäft gehörte, sondern in ihrem privaten Bereich abgeschlossen worden war. Aber auch die andere Partei des Abzahlungsgeschäfts war nicht verbrauchersituationsadäquat erfaßt. Denn der Käufer hatte auch dann ein Widerspruchsrecht, wenn der Abzahlungsverkäufer nicht gewerbsmäßig, also privat kontrahierte.¹¹

Demgegenüber gelang dem AGB-Gesetz die Annäherung an die Verbrauchersituation schon besser. Vom Schutzbereich der speziellen Klauselverbote in §§ 10, 11 AGBG a.F. waren nämlich einerseits alle Kaufleute, nicht nur die eingetragenen, ausgenommen, andererseits aber nur dann, wenn der Vertrag, der die allgemeinen Geschäftsbedingungen enthielt, zum Betrieb des Handelsgewerbes des Kaufmanns gehörte (§ 24 Abs. 1 Nr. 1 AGBG a.F.). Über den Verwender, also für den Vertragspartner des Verbrauchers, enthielt aber auch das AGB-Gesetz keine einschränkenden Bestimmungen. Anfang der achtziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts bemerkte man dann, daß der Begriff des Nichtkaufmanns ungeeignet ist, um die schutzwürdige Person bei Verbrauchergeschäften zu beschreiben. Denn dem Begriff des Nichtkaufmanns unterfallen nach deutschem Recht auch die freiberuflich tätigen Selbständigen, ohne daß jedoch Anlaß bestünde, solche Selbständigen, etwa Steuerberater, Wirtschaftsprüfer, Rechtsanwälte, soweit sie in Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit einen Vertrag schließen, anders als Kaufleute zu behandeln. Vielmehr wurde nun deutlich, daß die auf überholten ständestaatlichen Vorstellungen beruhende unterschiedliche gesetzliche Regulierung von Kaufleuten (vgl. Überschrift vor § 1 HGB: „Handelsstand“) und Freiberuflern im Verbraucherrecht fehl am Platz ist. Aus dieser Erkenntnis zog das HTWG Konsequenzen.

¹⁰ BGHZ 15, 243; Hadding (Fn. 1), S. 117.

¹¹ Palandt/Putzo, BGB, 34. (!) Aufl. 1975, § 1 a AbzG, Anm. 1 c.

Geschützt wurde der Kunde nämlich nur dann, wenn der in der Haustürsituation geschlossene Vertrag nicht seiner selbständigen Erwerbstätigkeit diene (§ 6 Nr. 1 Hs. 1 HTWG a.F.). Das schloß sowohl Kaufleute mitsamt den Kleingewerbetreibenden als auch Freiberufler aus, soweit sie in Ausübung ihrer Erwerbstätigkeit kontrahierten.

Auch auf der Vertragsgegenseite wurde eine sachdienliche Einschränkung vorgenommen, indem die Unanwendbarkeit des HTWG angeordnet wurde, wenn der Vertragspartner des Kunden nicht geschäftsmäßig handelte (§ 6 Nr. 1 Hs. 2 HTWG a.F.). In der im Jahre 1986 einige Zeit nach dem Inkrafttreten des HTWG in das Bürgerliche Gesetzbuch eingefügten Bestimmung über das Recht zur Sonderkündigung befristeter festverzinslicher Darlehen (§ 609 a Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F.; jetzt § 489 Abs. 1 Nr. 2 BGB) wurde der Begriff der zu schützenden Person weiter präzisiert, indem man dieses Recht nur *natürlichen* Personen zuteil werden ließ¹² und wenn das Darlehen nicht für Zwecke einer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit bestimmt war.¹³ Freilich war die letztgenannte Bestimmung in einem einzelnen Aspekt immer noch nicht treffend. Denn sie schloß *abhängig* beschäftigte Arbeitnehmer vom Verbraucherschutz aus, wenn das Geschäft beruflich veranlaßt war.¹⁴ Das war zwar keineswegs sachgerecht, aber auch nicht willkürlich, weil in den europäischen Verbraucherschutzrichtlinien durchgehend von Zwecken der beruflichen (also nicht: *selbständigen* beruflichen) Tätigkeit die Rede ist.¹⁵

Die Korrektur dieser Festlegung und damit die erste treffende allgemeine Beschreibung dessen, was ein Verbraucher ist, findet sich im Verbraucherkreditgesetz, das im Jahre 1990 das Abzahlungsgesetz abgelöst hat. In diesem Gesetz wurde als schützenswerter Kreditnehmer eine natürliche Person definiert, wenn der Kredit nicht für ihre bereits ausgeübte¹⁶ gewerbliche oder *selbständige* berufliche Tätigkeit bestimmt war. Und zum ersten Mal im deutschen Recht wurde eine solche Person im Gesetz ausdrücklich als „Verbraucher“ bezeichnet. Auch auf der Vertragsgegenseite nahm der Gesetzgeber noch einmal eine Präzisierung vor, indem er den Vertragspartner des Verbrauchers bei einem

¹² Freilich bestand schon zu § 6 Nr. 1 HTWG a.F. im Schrifttum Einigkeit, daß nur natürliche Personen erfaßt seien (MünchKomm BGB-Ulmer, Bd. 3, 3. Aufl. 1995, § 6 HausTWG Rn. 2).

¹³ Allerdings enthielt diese Vorschrift auch einen gewissen Rückschritt bei der Beschreibung der Situation eines Verbrauchergeschäfts, weil in ihr nicht vorausgesetzt war, daß der Darlehensgeber ein Unternehmer war (so auch heute noch § 489 Abs. 1 Nr. 2 BGB; Welter, in: Festschrift für N. Horn, 2006, S. 873, 877, 881).

¹⁴ Hopt/Mülbert WM 1990 Sonderbeil. 3, S. 10 f.; Welter, in: Festschrift für N. Horn, S. 873, 876.

¹⁵ Vgl. Hoffmann WM 2006, 560, 561 mit einer europarechtlichen Bewertung dieser Diskrepanz auf S. 562 ff.

¹⁶ Zur Reichweite des Verbraucherschutzes bei der Existenzgründung vgl. BGH ZIP 2008, 27 f.

Verbrauchergeschäft als Person bestimmte, die in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit einen Kredit gewährt (§ 1 Abs. 1 VerbrKrG).

Diese Begrifflichkeiten wurden alsbald in andere verbraucherschützende Gesetze übertragen. In den Jahren 1996 und 1998 wurden sie in das AGB-Gesetz übernommen (§§ 24 S. 1 Nr. 1, 24 a AGBG).¹⁷ Und hier wird dann der Partner eines Verbrauchervertrags mit einem Verbraucher erstmalig im Gesetz als „Unternehmer“ bezeichnet. Zugleich wurde der Begriff des Unternehmers gegenüber den Begrifflichkeiten des Verbrauchercreditgesetzes noch einmal präzisiert, indem auch hier auf die *Selbständigkeit* der beruflichen Tätigkeit abgestellt wurde. Freilich erreichten die neuen Begriffe nicht alle verbraucherschützenden Gesetze. So hat zwar der Begriff des Verbrauchers denjenigen des Nichtkaufmanns in der Vorschrift in § 1031 Abs. 5 ZPO (vgl. demgegenüber § 1027 ZPO a.F.) über das Erfordernis der Schriftform von Schiedsabreden abgelöst,¹⁸ nicht dagegen in der Bestimmung in § 38 ZPO über das Erfordernis der Schriftform von Gerichtsstandsvereinbarungen und auch nicht in der Regelung in § 37 h WpHG über die Verbindlichkeit von Schiedsvereinbarungen über künftige Rechtsstreitigkeiten aus Wertpapierdienstleistungen („nur verbindlich, wenn beide Vertragsteile Kaufleute ... sind“).

Dieses Nebeneinander der Begriffe Verbraucher, Unternehmer und Kaufmann macht die Rechtsanwendung nicht eben einfacher. So müssen wir beispielsweise im Regelungsbereich des Kaufs je nach der Rolle der Beteiligten fünf Rechtsanwendungsebenen unterscheiden.¹⁹ Sind beide Parteien eines Kaufvertrags *Privatleute* (Verbraucher), gelten die Vorschriften in §§ 433 ff. BGB. Ist der Verkäufer ein *Unternehmer* und der Käufer ein *Verbraucher*, gelten ergänzend die speziellen Bestimmungen über den fälschlich so genannten Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 – 479 BGB). Sind der Verkäufer *oder* der Käufer von Waren *Kaufleute*, treten die Regelungen über den Handelskauf (§§ 373 ff. HGB) hinzu.²⁰ Sind *beide* Vertragsparteien Kaufleute, trifft den Käufer bei mangelhafter Lieferung seitens des Verkäufers eine Rügeobliegenheit (§ 377 HGB) und eine Aufbewahrungspflicht (§ 379 HGB). Ist schließlich der Partner des Kaufvertrags mit einem Unternehmer Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen, so kommt es gemäß § 310 Abs. 1 BGB lediglich zu einer

¹⁷ BGBl. I 1996, 1013; BGBl. I 1998, 1474.

¹⁸ Vgl. auch § Art. 29 EGBGB über die Rechtswahl bei bestimmten Verbraucherverträgen.

¹⁹ Vgl. auch Pfeiffer, in: Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsform, hrsg. v. W. Ernst u. R. Zimmermann, 2001, S. 493.

²⁰ Z.B. Selbsthilfeverkaufsrecht des Verkäufers für Rechnung des annahmesäumigen Käufers (§ 373 Abs. 2 HGB).

reduzierten Inhaltskontrolle, gleichgültig ob der Verwender seinerseits Unternehmer, Kaufmann oder Verbraucher ist.²¹

IV. Überführung des Verbraucherschutzrechts in das Bürgerliche Gesetzbuch

Zu Beginn des 21. Jahrhunderts erreichte dann der Verbraucherschutz im deutschen Privatrecht in zweierlei Beziehung eine neue Qualität. Zunächst einmal wurde der Verbraucherschutz materiell beträchtlich ausgeweitet auf Fernabsatzverträge, später auch auf Teilzeit-Wohnrechteverträge erstreckt. Wesentlich bedeutsamer war aber dann, daß der Verbraucherschutz in die zentrale Kodifikation des allgemeinen Privatrechts überführt wurde. Bis dahin fand der Verbraucherschutz fast²² ausschließlich in Nebengesetzen zum Bürgerlichen Gesetzbuch statt. Hierfür konnte ins Feld geführt werden, die generelle privatrechtliche Besserstellung des Verbrauchers durch gesetzliche Zuteilung von Widerrufsrechten und dergleichen widerstreite dem im Bürgerlichen Gesetzbuch verankerten Prinzip der formalen Gleichheit der Rechtssubjekte und dem Grundsatz *pacta sunt servanda*, weshalb sie das System der Kodifikation sprengte.²³ Dann wuchs die Einsicht, daß jeder Bürger zugleich Verbraucher sei, das Verbraucherrecht also die Rechtsverhältnisse sämtlicher natürlicher Personen betreffen könne, folglich „bürgerliches“ Recht sei, weshalb es auch in das Bürgerliche Gesetzbuch gehöre.²⁴ Diese Erkenntnis ist nicht von der Hand zu weisen, wenn man etwa bedenkt, daß Darlehen unter Privaten eher selten sind, demgegenüber aber die Vergabe von Krediten durch ein Bankunternehmen an eine Privatperson den Standardfall bildet.²⁵

Die Überführung des Verbraucherschutzrechts in das BGB fand in zwei Schritten statt. In einem ersten Schritt wurden mit dem Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts vom 27.6.2000²⁶ gleichsam „auf Vorrat“ die schon beschriebenen Legaldefinitionen der Begriffe „Verbraucher“ und „Unternehmer“ in den Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs aufgenommen (§§ 13, 14 BGB). In einem zweiten Schritt

²¹ Weyer, WM 2005, 490, 492.

²² Nur wegen des dann im BGB verankerten besonderen Kündigungsrechts bei Verbraucherdarlehen (§ 609 a Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F.) ein besonderes Nebengesetz zu schaffen, wäre nicht angegangen, zumal weil dieses Verbraucherkündigungsrecht in § 609 a Abs. 1 Nr. 2 BGB a.F. auch in einem Regulierungszusammenhang mit weiteren besonderen Kündigungsrechten steht, die nicht zum Verbraucherrecht gehören.

²³ Vgl. Westermann, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. III, 1983, S. 11.

²⁴ Dörner, in: Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, hrsg. v. R. Schulze u. H. Schulte-Nölke, 2001, S. 177.

²⁵ Zur fehlenden Schutzbedürftigkeit bei einem Kreditvertrag unter Privaten Hadding (Fn. 1) S. 109.

²⁶ BGBl. I, S. 899.

wurden mit dem Schuldrechtsmodernisierungsgesetz aus dem Jahre 2001 alle verbraucherrechtlichen Sondergesetze in das Bürgerliche Gesetzbuch integriert. Das Verbraucherschutzrecht war im allgemeinen Privatrecht angekommen.

V. Vom Schutz des Verbrauchers zum Schutz des Privatanlegers im Kapitalmarktrecht

Dort blieb es indes nicht. Vielmehr begann es nun auch, in das Kapitalmarktrecht hinein zu wirken. An dieser Stelle ist daran zu erinnern, daß es schon seit über hundert Jahren einen Schutz unerfahrener Marktteilnehmer vor den besonderen Risiken von Termingeschäften (Futures, Options) gibt. Nach § 53 BörsG a.F. waren solche Geschäfte, wenn an ihnen ein Nichtkaufmann beteiligt war, zwar nicht unwirksam, aber unverbindlich. Hiernach entstanden aus dem Geschäft keine Ansprüche. In den 90er Jahren des vergangenen Jahrhunderts erkannte man dann, daß sich diese Rechtslage im Wettbewerb der nationalen Rechtssysteme nachteilig für den Finanzplatz Deutschland auswirkte. Deshalb wurden Forderungen laut, Börsentermingeschäfte in Deutschland ebenso voll wirksam sein zu lassen wie in anderen Staaten auch. Diesen Forderungen wollte sich der Gesetzgeber nicht verschließen, mochte sich allerdings auch nicht sogleich von dem Schutz des Nichtkaufmanns bei Termingeschäften verabschieden. Deshalb schuf er das Informationsmodell. Hiernach war das Termingeschäft mit einem Nichtkaufmann voll wirksam, wenn dessen Vertragspartner, der Kaufmann, einer gesetzlichen Bank- oder Börsenaufsicht unterstand und den Nichtkaufmann vor Geschäftsabschluß schriftlich über die Risiken aus Börsentermingeschäften informiert hatte (§ 53 Abs. 2 BörsG a.F.).

Das Modell einer Verbindung von Informationsobliegenheit und Verbindlichkeit des Vertrags war nicht nur singulär im deutschen Recht, sondern auch dogmatisch wenig überzeugend. Falsche oder unterlassene Informationen führen nämlich gewöhnlich zu Schadensersatzansprüchen, lassen aber die Wirksamkeit des Vertrags unberührt. Deshalb schaffte der Gesetzgeber das Informationsmodell wieder ab, ließ die Börsentermingeschäfte nunmehr stets wirksam sein und integrierte sie mit dem 4. Finanzmarktförderungsgesetz die Börsentermingeschäfte in die öffentlichrechtlichen Wohlverhaltensregeln für Wertpapierdienstleistungsunternehmen nach dem Wertpapierhandelsgesetz (§§ 31 ff. WpHG). Aus Gründen politischer Rücksichtnahme geschah diese Integration indes zunächst nicht vollständig. Vielmehr schuf man für die Termingeschäfte im WpHG einen eigenen Abschnitt, in dem die Pflichten zur Information über die erheblichen Risiken dieser Geschäfte gesondert

aufgeführt waren (§§ 37 d ff. WpHG). Und hier kommt nun wieder der Begriff des Verbrauchers ins Spiel. Denn diese besonderen Informationspflichten bestanden nur für gewerbsmäßig handelnde Unternehmen gegenüber einem „Verbraucher“²⁷ (§ 37 d Abs. 1 S. 1 WpHG).²⁸ Und die Schaffung dieser besonderen Vorschriften für Termingeschäfte verstand man ausdrücklich als einen Beitrag zur „Stärkung des Verbraucherschutzes“.²⁹

Die Verbraucher tauchten aber im Kapitalmarktrecht noch an einer zweiten Stelle auf. Dabei ging es um Folgendes: Wenn ein Anleger ein Wertpapier, sei es an einer Börse oder an einem anderen Wertpapiermarkt handeln will, kann er dies meist nicht selbst tun; vielmehr muß er sich eines Intermediärs bedienen. Mithin erwirbt oder veräußert er mittels eines Effektenkommissionsgeschäfts. Hiernach übernimmt es der Intermediär, die Anschaffung oder Veräußerung im eigenen Namen zu besorgen. Dabei muß entschieden werden, ob der Auftrag an einer Börse oder an einem anderen Wertpapiermarkt ausgeführt wird. Mit Blick auf die besondere Qualität der Preise, die sich an einer Börse bilden, hatte der Gesetzgeber früher einen Börsenvorrang festgelegt: Nach § 22 Abs. 2 Hs. 1 BörsG a.F. waren Orders über Wertpapiere, die zum Handel an einer inländischen Börse zugelassen sind, über den Handel *an einer Börse* auszuführen, sofern nicht der Auftraggeber für den Einzelfall oder eine unbestimmte Zahl von Fällen ausdrücklich eine andere Weisung erteilt hatte. Und hier gab es nun wieder eine Sonderregelung für Verbraucher. Verbraucher – der Begriff war an Art. 29 EGBGB angelehnt und man verstand darunter den Privatanleger³⁰ – konnten anders als institutionelle Investoren immer nur *Einzelweisungen* erteilen, über welchen Marktplatz (Börse oder außerbörsliche Auftragsausführung) ihre Order ausgeführt werden sollte (§ 22 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BörsG a.F.). Als Grund für diese im Jahre 2002 durch das 4. Finanzmarktförderungsgesetz geschaffene Regelung wurde angegeben, da die außerbörsliche Auftragsausführung nicht den spezialgesetzlichen Regelungen des Börsengesetzes zur Sicherstellung des Vertrauens der Anleger in die Fairness und Chancengleichheit unterlägen, erscheine es angezeigt, daß der private Anleger vor jeder Auftragserteilung im Hinblick auf die Waren- und Schutzfunktion eine Entscheidung über die börsliche oder außerbörsliche Ausführung des Auftrags treffe.³¹

²⁷ Die Anknüpfung an den Verbraucherbegriff geht auf eine Empfehlung des Finanzmarktausschusses zurück (BT-Drucks. 14/8600, S. 66). Der Regierungsentwurf (§ 37 d Abs. 2 WpHG Reg.entw.) hatte noch den Nichtkaufmann im Blick (BT-Drucks. 14/8017, S. 30).

²⁸ Kümpel WM 2005, 1, 7.

²⁹ BT-Drucks. 14/8601, S. 20.

³⁰ BT-Drucks. 14/8017, S. 76.

³¹ BT-Drucks. 14/8017, S. 76; Kümpel WM 2005, 1, 7.

Aber schon nach wenigen Jahren verschwand der Begriff des Verbrauchers wieder aus dem Kapitalmarktrecht. Der deutsche Gesetzgeber mußte den Börsenvorrang mitsamt der geschilderten Sonderregelung für Orders von Verbrauchern aus dem Börsengesetz entfernen, weil die EG-Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente 2004/39/EG eine Gleichbehandlung von Börsen und anderen Wertpapiermärkten im Wettbewerb um Orders intendiert hatte, mit der ein Vorrang der Börse vor diesen anderen Märkten bei der Orderausführung nicht mehr zu vereinbaren war. Der Schutz der Anleger – und zwar aller Anleger gleichmäßig – wird nun durch eine Best-execution-Regelung gewährleistet (Art. 21 MiFID). Hiernach muß das Wertpapierdienstleistungsunternehmen bei der Aufstellung seiner internen Leitlinien alle Kriterien zur Erzielung des bestmöglichen Ergebnisses eines Wertpapierauftrags gewichten, insbesondere die Preise der Finanzinstrumente, die mit der Auftragsausführung verbundenen Kosten sowie die Geschwindigkeit und die Wahrscheinlichkeit der Ausführung (§ 33 a Abs. 2 WpHG).

Nunmehr war die Zeit auch reif, das informationsrechtliche Sonderregime der Börsen-/Finanztermingeschäfte zu beenden. Die Einsicht, daß bei Termingeschäften wie bei allen anderen Wertpapierdienstleistungen anlegergerecht informiert werden muß, bewog den Gesetzgeber, die Sondervorschriften der §§ 37 d ff. WpHG zu streichen. Diese Streichung sollte dem Bürokratieabbau und der Regelungsvereinfachung dienen.³² Damit war zwar die Bezeichnung „Verbraucher“ wieder aus dem Kapitalmarktrecht verschwunden. Das bedeutet indes keineswegs, daß hierdurch auch der Schutz derjenigen, die bis dahin als Verbraucher bezeichnet worden waren, entfallen wäre. Vielmehr entfaltet sich nicht nur in Deutschland in zunehmendem Maße eine Ideologie, die Menschen im Rechtsgeschäftsverkehr nicht als im Grundsatz gleich fähige, einander ebenbürtige Bürger begreift, sondern sie in zwei Gruppen teilt: In Menschen, die man, wenn sie nicht in Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit agieren, unabhängig von ihren tatsächlichen Fähigkeiten als wirtschaftlich oder kompetenzmäßig unterlegen betrachtet, und in Rechtssubjekte, die im Rechtsverkehr mit den Erstgenannten unabhängig vom Umfang ihrer geschäftlichen Betätigung und von ihrer Ausbildung als wirtschaftlich oder kompetenzmäßig überlegen behandelt werden, nur weil sie in Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit kontrahieren.

In Deutschland fußt diese Ideologie auf dem Germanisten Otto v. Gierke, der im Jahre 1889 zu der in den Entwürfen für das Bürgerliche Gesetzbuch ausgeprägten Vertragsfreiheit

³² Pressemitteilung des Bundesministeriums der Finanzen vom 23.7.2007, NZG 2007, Heft 16 S. VI.

ausgeführt hatte: „Eine furchtbare Waffe in der Hand des Starken, ein stumpfes Schwert in der Hand des Schwachen, wird sie zum Mittel der Unterdrückung des Einen durch den Anderen, der schonungslosen Ausbeutung geistiger und wirtschaftlicher Übermacht“.³³ Diese Schwächeren sind eben nicht nur die Verbraucher. Vielmehr entwickelt sich der „Schutz des Schwächeren“³⁴ in zunehmendem Maße als ein allgemeines Prinzip, das auch in Rechtsbereiche – wie etwa das Kapitalmarktrecht³⁵ – eindringt, die man nicht zu den klassischen Bereichen des Verbraucherschutzes zählen möchte. In juristischen Publikationen liest man, es könne mittlerweile ein dem Verbraucherleitbild vergleichbares Anlegerleitbild anzutreffen sein.³⁶ Darum nimmt es nicht Wunder, daß das Kapitalmarktrecht von Verbraucherschützern als anlegerschützendes Verbraucherrecht bezeichnet wird.³⁷ Und so neu ist diese Entwicklung nicht, wenn wir bedenken, daß der Schwächere, der Nichtkaufmann, seit jeher in der geschilderten Weise vor den Risiken von Börsentermingeschäften geschützt worden ist.

Der Schutz des einem Verbraucher in vielem entsprechenden Kleinanlegers *im gesetzten Recht* hat seinen Ausgang in der europäischen Richtlinie über Märkte für Finanzinstrumente 2004/39/EG (MiFID) genommen. Ein ausdrückliches Ziel der Richtlinie ist der Anlegerschutz. Da nun aber auch Großinvestoren als Anleger an den Kapitalmärkten agieren, sah sich der Richtliniengeber veranlaßt, die Vorkehrungen zum Schutz der Anleger jeder Anlegerkategorie anzupassen (Erwägungsgrund 31). Deshalb unterscheidet die MiFID professionelle Kunden und Kleinanleger (Art. 4 Abs. 1 Nr. 11 und Nr. 12 MiFID). Diese Begrifflichkeiten und ihre Ausformungen sind im Jahre 2007 in das deutsche Recht übertragen worden. Nach § 31 a Abs. 2 WpHG ist ein professioneller Kunde ein Kunde, bei dem das Wertpapierdienstleistungsunternehmen, mit dem er in Kontakt steht, davon ausgehen kann, daß er über ausreichende Erfahrungen, Kenntnisse und Sachverstand verfügt, um seine Anlageentscheidungen zu treffen und die damit verbundenen Risiken angemessen beurteilen zu können (§ 31 a Abs. 2 S. 1 WpHG). Den Begriff des Privatkunden grenzt das WpHG hiervon negativ ab. Hiernach ist ein solcher Kunde eine natürliche oder juristische Person (§ 31 a Abs. 1 WpHG), die kein professioneller Kunde ist (§ 31 a Abs. 3 WpHG). Hieraus folgt, daß der Begriff des Privatkunden teils weiter, teils enger als derjenige des Verbrauchers,

³³ Zitiert nach Adomeit, in: Festschrift für H. Konzen, 2006, S. 1.

³⁴ So die auf das ganze Zivilrecht abzielende Überschrift des Beitrags von Adomeit, in: Festschrift für H. Konzen, S. 1; vgl. ferner Hadding (Fn. 1) S. 24, 26.

³⁵ Vgl. schon die Forderung von Hopt, Der Kapitalanlegerschutz im Recht der Banken, 1975, S. 9, den privaten Kapitalanleger vor fachlicher Überforderung zu schützen.

³⁶ Veil ZBB 2006, 162.

³⁷ So der Titel des Editorials von Tilp VuR 2006 Heft 12 S. III; vgl. ferner Kümpel WM 2005, 1, 3.

in jedem Fall aber mehr situationsbezogen ist. Weiter ist er, weil er auch juristische Personen sowie Unternehmer ergreift, soweit ihnen die nach § 31 a Abs. 2 WpHG geforderte Fachkunde fehlt. Enger ist er, weil § 31 a Abs. 7 WpHG es der anderen Vertragspartei, dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen, unter gewissen Voraussetzungen erlaubt, einen Privatkunden als professionellen Kunden einzustufen.³⁸ Diese Einstufung ist situationsbezogen, weil es anders als beim Verbraucher nicht darauf ankommt, ob der Betreffende in Ausübung seiner beruflichen Tätigkeit auftritt, sondern darauf, daß der Kunde die für die betreffenden Wertpapiergeschäfte erforderliche Sachkunde besitzt. Den Privatkunden schützt das Gesetz im Bereich des Kapitalmarktrechts³⁹ beispielsweise dadurch besonders, daß es ein Wertpapierdienstleistungsunternehmen, das Anlageberatung oder Vermögensverwaltung erbringt, verpflichtet, von dem Kunden alle Informationen über seine Kenntnisse und Erfahrungen mit Wertpapiergeschäften, über seine Anlageziele und über seine finanziellen Verhältnisse einzuholen, die erforderlich sind, um ihm ein für ihn geeignetes Wertpapiergeschäft empfehlen zu können.

VI. Schlußbetrachtung

Ich halte diesen einzelfall- und situationsbezogenen Ansatz des Kapitalmarktrechts für sachgerechter als die rollenspezifische Ausgestaltung des Verbraucherbegriffs im allgemeinen Zivilrecht.⁴⁰ Zwar hat der rollenspezifische Ansatz den Vorteil der einfachen Handhabbarkeit⁴¹ für sich, weil individuelle Kenntnisse oder Fertigkeiten nicht ermittelt werden müssen. Er führt indes, gerade weil er von den individuellen Kenntnissen und Fertigkeiten der Beteiligten abstrahiert, in Randbereichen zu schiefen Ergebnissen. So halte ich es nicht für überzeugend, wenn etwa das Gesetz einem Darlehensnehmer das Widerrufsrecht aus § 495 BGB versagt, weil er den Kredit für sein Unternehmen aufgenommen hat, ihm dann aber dieses Recht sogleich gibt, wenn er im Anschluß hieran ein weiteres Darlehen zu denselben Konditionen für seinen privaten Gebrauch aufnimmt. Bedenklich stimmt es auch, wenn ein Rechtsanwalt, der sich auf Verbraucherschutzrecht spezialisiert hat, gleichwohl bei einem privaten Haustürgeschäft auf einer Widerrufsbelehrung

³⁸ Umgekehrt kann ein professioneller Kunde mit dem Wertpapierdienstleistungsunternehmen eine Einstufung als Privatkunde vereinbaren (§ 31 a Abs. 6 WpHG).

³⁹ Zu der anders gelagerten Frage, in welchen Situationen der Anleger auch dem allgemeinen Verbraucherschutzrecht unterfällt, vgl. § 491 Abs. 3 Nr. 2 BGB sowie Armbrüster ZIP 2006, 406 ff.; Assmann/Schütze/Edelmann, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 3. Aufl. 2007, S. 102 ff.

⁴⁰ Und er ist auch näher dran an dem schon von Anfang an im BGB enthaltenen Schutz des Unerfahrenen vor Übervorteilung (§ 138 Abs. 2 BGB).

⁴¹ Vgl. Armbrüster ZIP 2006, 406, 411: „Rechtsanwendungssicherheit“.

bestehen können soll⁴². Nach dem Gesetzeswortlaut korrekt, aber doch merkwürdig ist es ferner, daß die Rechtsprechung Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft beim Abschluß des Anstellungsvertrags als Verbraucher einstuft mit der Begründung, ihrer Vorstandstätigkeit fehle die Selbständigkeit.⁴³ Das kann man für bedenklich halten. Denn hiernach können nicht einmal die Vorstandsmitglieder der größten deutschen Banken, selbst wenn sie es ausdrücklich wollten, ein privates Darlehen aufnehmen oder für private Zwecke mittels Brief oder e-mail eine Geldanlage tätigen, auf deren sofortige uneingeschränkte Wirksamkeit sich die andere Vertragspartei verlassen kann (vgl. §§ 495, 506, 312 d, 312 f BGB).⁴⁴ Freilich wird man sich im allgemeinen Verbraucherschutzrecht mit den geschilderten Typisierungen abfinden müssen. Denn eine einzelfallbezogene Betrachtung des Abnehmers mag den anbietenden Unternehmer im modernen Massengeschäft in volkswirtschaftlich schädlicher Weise überfordern. Und es steht auch nicht zu erwarten, daß die Europäische Gemeinschaft – das zeigt die neue Richtlinie der EG über Verbraucherkredite, die ihr dem deutschen Verbraucherschutzrecht inhaltlich entsprechendes Schutzkonzept praktisch unverändert aus der bislang geltenden EG-Verbraucherkreditrichtlinie 87/102/EWG übernommen hat – den rollenspezifischen Ansatz bei nicht in Ausübung einer selbständigen Tätigkeit kontrahierenden natürlichen Personen, den Verbrauchern, und in Ausübung eines selbständigen Berufs Tätigen, den Unternehmern, so bald aufgeben wird.⁴⁵

⁴² Vgl. Armbrüster ZIP 2006, 406, 411.

⁴³ OLG Hamm AG 2007, 910; es ging um die Wirksamkeit einer Schiedsvereinbarung. Vgl. ferner Mülbert, in: Festschrift für W. Hadding, 2004, S. 575 ff.

⁴⁴ Ähnlich fragwürdig ist es ferner, wenn die Rechtsprechung selbst einem in wirtschaftlichen Dingen versierten Anleger – einem ehemaligen Leiter des zentralen Kreditmanagements einer deutschen Landesbank –, der sich an einer Filmfond-KG beteiligt hatte, die später insolvent wurde, ein Recht auf Unterrichtung über das Risiko eines Totalverlustes eingeräumt hat (BGH WM 2008, 725 ff.). Sollte nicht eigentlich jedem, aber doch ganz sicher derartigen Managern klar sein, daß bei jeder Investition in ein kaufmännisches Unternehmen ein vollständiger Verlust des eingesetzten Kapitals, wenn es nicht besichert ist, schlechterdings nie ausgeschlossen ist?

⁴⁵ Pointiert kritisch zur Rechtsentwicklung in Europa auf dem Gebiet des Verbraucherschutzrechts Nobbe ZBB 2008, 78 ff.