

Graf-Peter Calliess, Frankfurt am Main

## Das Zivilrecht der Zivilgesellschaft

### Die abendländische Rechtstradition, das Internationale Privatrecht und der Verbraucherschutz

[erscheint in: Joerges/Teubner (Hrsg.), Rechtsverfassungsrecht, Baden-Baden 2003]

#### I. Einleitung

„Allgemeines Allgemeinrecht (nicht nur) als Privatrecht“, „Rechtsverfassungsrecht“<sup>1</sup>, und „prozedurales Recht“ als Ermöglichung und Verwirklichung der „autonomen Wahrnehmung von Eigen-Interessen zugleich als/für Allgemein-(Fremd-)Interesse“<sup>2</sup>, als „Zulassung von/ Einlassung auf Autonomien unter vorbehaltenen Kontrollen“, als „Freiheit unter Auflagen“. Diese Begriffe verweisen auf ein zentrales Anliegen in Rudolf Wiethölters Rechtslehre, i.e. das „bürgerlich wie antibürgerlich unerledigte nachfeudalistische Sachprojekt Reziprozität“. Man kann dieses Anliegen auch in die Frage kleiden, ob und wie Kants Projekt der Suche nach einem allgemeinen Prinzip, nach dem die Freiheit des einen mit der gleichen Freiheit aller anderen übereinstimmt, unter modernen gesellschaftlichen Bedingungen zu verwirklichen ist.<sup>3</sup>

Wiethölters Antwort besteht in vorsichtigen „Skepsis-Verheißungen“. Skeptisch bleibt seine Antwort vor allem deshalb, weil er es unternimmt, sich ganz den Herausforderungen der neueren Wissenschafts- und Gesellschaftstheorie auszusetzen, die den alteuropäischen Überbau kantischer Provenienz hoffnungslos dekonstruiert, ja hinweggefegt zu haben scheint. Die „Verheißungen“ rühren hingegen von einer nie verleugneten persönlichen Voreingenommenheit für die „kritische Theorie“ her, die gegenüber den gesellschaftstheoretischen Konkurrenten der Systemtheorie und der ökonomischen Theorie die Hoffnung auf eine rationale Gesellschaftsintegration nicht grundsätzlich zu verabschieden bereit ist.

Das Projekt einer „reflexiven Modernisierung“, das Vertreter der kritischen Theorie gegen die Postmoderne in Stellung gebracht haben, verbindet solche Hoffnungen primär mit dem Konzept der „Zivilgesellschaft“.<sup>4</sup> Diente die Zivilgesellschaft zunächst dazu, die kritische Theorie unter dem Stichwort der „deliberativen Politik“ mit dem demokratischen Verfassungsstaat zu versöhnen, so richten sich die normativen Projektionen im Kontext der gegenwärtigen Globalisierungsdebatte auf eine „Global Civil Society“, die in Abwesenheit eines institutionalisierten Weltrechtsstaats den Gedanken an eine „Global Governance“ jenseits der nationalen Verfassungsstaaten erträglich machen soll.<sup>5</sup>

In diesem Zusammenhang erscheint es reizvoll, der bisher wenig Beachtung geschenkten Frage nach der Rolle des Zivilrechts in der Zivilgesellschaft nachzugehen. Im Hinblick auf

---

1 Vgl. dazu Wiethölter, Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in diesem Band.

2 Wiethölter, Zum Fortbildungsrecht der (richterlichen) Rechtsfortbildung: Fragen eines lesenden Rechts-Fertigungslehrers, *KritV* 1988, 1-28

3 Vgl. zum Bezug der Prozeduralisierungsdebatte zu Kants Rechtsphilosophie Calliess, *Prozedurales Recht*, 1999, wo ich mich unter dem Stichwort des „prozeduralen Rechtsstaat“ vornehmlich aus öffentlich-rechtlicher Sicht mit dem Verhältnis von Gesetzgebung, Rechtsprechung und gesellschaftlicher Selbstregulierung auseinandergesetzt habe; aus zivilrechtlicher Sicht vgl. Calliess, Die Zukunft der Privatautonomie. Zur neueren Entwicklung eines gemeineuropäischen Rechtsprinzips, in: B. Jud et al. (Hrsg.), *Prinzipien des Privatrechts und Rechtsvereinheitlichung*, Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2000, Stuttgart 2001, S. 85-110.

4 Vgl. zur Zivilgesellschaft die Nachweise unter III. Zur reflexiven Modernisierung vgl. nur die von Ulrich Beck bei Suhrkamp herausgegebene „Edition Zweite Moderne“.

5 Vgl. nur Beck, *Macht und Gegenmacht im globalen Zeitalter*, Frankfurt/M. 2002.

die von Wiethölter angesprochenen Gesellschaftstheorien impliziert der Titel "Zivilrecht der Zivilgesellschaft" dabei zunächst dreierlei:

- (1) Das "Recht der Gesellschaft"<sup>6</sup> als *advanced analytical framework* für die Irritation von Rechtstheorie durch Gesellschaftstheorie – immer im Hinterkopf behaltend, dass die Systemsoziologie jede Haftung für die Folgen der Weiterverwendung ihrer Theorie-Produkte im Recht zurückweist<sup>7</sup> (i.e. *dual use* Glasperlenspiel für Fortgeschrittene).
- (2) Die „Zivilgesellschaft“<sup>8</sup> – nicht nur als Dritter Sektor jenseits von Markt und Staat, sondern zunächst einmal schlicht als normativer Platzhalter für eine rationale Integration der Weltgesellschaft, und zwar zivilisiert und deliberativ (i.e. die Verallgemeinerung des abendländischen Gesellschaftsspiels „Gründe geben und Gründe verlangen“<sup>9</sup>).
- (3) Die „Privatrechtsgesellschaft“<sup>10</sup>, freilich als globale Zivilrechtsgesellschaft in einem doppelt erweiterten Sinne, gekennzeichnet durch die *Privatisierung des Zivilrechts* im globalen Wettbewerb der Rechtsregimes und die *Zivilisierung des Privatrechts* in einer nicht nur kartellrechtlich verstandenen Wirtschaftsverfassung<sup>11</sup> (i.e. ökonomische Spiele mit institutionellen Spielregeln<sup>12</sup>).

„Rechtsverfassungsrecht“<sup>13</sup> verstehe ich in diesem Zusammenhang als normative Konstitution im Sinne der Beschreibung des Idealzustands eines Rechtssystems, in welchem Recht als prozedurale „Verfassung der Freiheit“ auf die Ermöglichung und Verwirklichung von Selbstregulierung unter Reflexion auf Gemeinwohl und Drittinteressen gerichtet ist. Recht soll sich selbst so verfassen, dass es Verfassung gesellschaftlicher Autonomie ist. Im Kontext der „Global Governance“ geht es dabei vor allem um die Möglichkeitsbedingungen eines „selbstgeschaffenen Rechts der Zivilgesellschaft“.<sup>14</sup>

Solche Bedingungen möchte ich im folgenden anhand von *sechs Thesen* ausarbeiten, wobei ich zur näheren Bestimmung des Begriffgehalts eines transnationalen Rechts der globalen Zivilgesellschaft von folgender Definition ausgehe:

*Transnationales Recht* bezeichnet eine dritte Kategorie von autonomen Rechtssystemen jenseits der traditionellen Kategorien des staatlichen nationalen und internationalen Rechts. Transnationales Recht wird durch die Rechtsschöpfungskräfte einer globalen Zivilgesellschaft geschaffen und entwickelt, es ist auf allgemeine Rechtsprinzipien und deren Konkretisierung in zivilgesellschaftlicher Praxis (Übung) gegründet, seine Anwendung, Interpretation und Fortbildung obliegt – jedenfalls vornehmlich – privaten Anbietern alternativer Streitschlichtungsmechanismen,

---

6 Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1993

7 Luhmann (FN 6) S. 538 ff., 544

8 Vgl. nur Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt/M. 1992, ausführlich unten III.

9 Rorty, *Stolz auf unser Land. Die amerikanische Linke und der Patriotismus*, Frankfurt/M. 1999

10 F. Böhm, *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, ORDO 17 (1966), 75 ff.

11 Teubner, *Privatregimes: Neo-spontanes Recht und duale Sozialverfassungen in der Weltgesellschaft*, in: Simon/Weiss (Hg.), *Zur Autonomie des Individuums*, FS Spiros Simitis, 2000, 437 ff.; Calliess, *Reflexive Transnational Law. The Privatisation of Civil Law and the Civilisation of Private Law*, *ZfRSoz* (im Erscheinen, Heft 2/2002).

12 Zur Konstitutionenökonomik Kerber/Vanberg, *Constitutional Aspects of Party Autonomy and Its Limits – The Perspective of Constitutional Economics*, in: Grundmann et al. (ed.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, Berlin/New York 2001, 49 ff.; Zur Institutionenökonomik Richter/Furubotn, *Neue Institutionenökonomik*, 2. Aufl., Tübingen 1999; zu den Bezügen zur ökonomischen Analyse des Rechts vgl. R. Posner, *Overcoming Law*, Harvard UP 1995, S. 426-443.

13 Eine nicht nur phonetische Nähe zum „Gerichtsverfassungsgesetz“ drängt sich auf. Gemeint sind wohl die grundlegenden Normen i.w.S., durch die sich ein Rechtssystem selbst verfasst.

14 Vgl. Teubner FN 11.

und eine Kodifikation findet – wenn überhaupt – in Form von allgemeinen Prinzipien- und Regelkatalogen, standardisierten Vertragsformularen oder Verhaltenskodizes statt, die von privaten Normierungsinstitutionen aufgestellt werden.<sup>15</sup>

Zunächst sollen die theoretischen Grundlagen eines Zivilrechts der Zivilgesellschaft geklärt werden, die sich aus dieser Definition insofern ergeben, als auf allgemeine Rechtsprinzipien (II.) und deren Konkretisierung in zivilgesellschaftlicher Praxis (III.) abgestellt wird. Das weitgehend staatszentriertem Denken verhaftete Konzept der Zivilgesellschaft wird dabei anhand der Begriffe Zivilautonomie (1.), Zivilverfassung (2.) und zivile Praxis (3.) revidiert und erweitert. Die Tragfähigkeit des Konzepts einer globalen Zivilrechtsgesellschaft (4.) soll sodann am Beispiel des Rechts der grenzüberschreitenden Verbraucherverträge getestet werden (IV.). Dabei handelt es sich nicht nur um ein rechtlich außerordentlich komplexes Feld, sondern auch um ein besonders delikates Beispiel, wie erste Reaktionen auf den Vortrag bereits gezeigt haben. Denn während es sich etwa am Beispiel der Lex Mercatoria relativ unbehelligt über Entstaatlichung und Deterritorialisierung, Privatisierung und Transnationalisierung des Rechts rasonieren lässt, kommt es beim Thema Verbraucherschutz gleichsam zum Schwur: Sozialstaat oder Globalisierung? Ich begreife dieses auch emotional besetzte Spannungsverhältnis als Herausforderung und kritisiere das geltende deutsche und europäische Verbrauchervertragsrecht (1.), um sodann auf die Emergenz eines globalen Verbrauchervertragsrechts, das sich aus der Praxis konkurrierender transnationaler Zivilregimes speist, hinzuweisen (2.), ohne die Problematik der Etablierung eines neuen Gleichgewichts zwischen Privatisierung des Zivilrechts und Zivilisierung des Privatrechts an dieser Stelle angemessen oder gar in irgendeiner Weise abschließend behandeln zu können.

## II. Die abendländische Rechtstradition: Was es zu erinnern und was es zu vergessen gilt

Mit dem inzwischen eingetretenen nötigen Abstand lässt sich prognostizieren, dass der 11.9. den 9.11 als gesellschaftliches Erinnerungsdatum bis auf weiteres in den Schatten stellen wird. Die Bundesrepublik etablierte sich in einem festen moralischen Koordinatensystem bestehend aus dem „Nie Wieder“, symbolisiert im 9.11.1938 einerseits, und dem Wettbewerb um das bessere Gesellschaftssystem andererseits, dessen erfolgreicher Ausgang auf den 9.11.1989 fällt. Das 20. Jahrhundert reüssiert dementsprechend nicht nur als „Jahrhundert des Schreckens“<sup>16</sup>, sondern auch als „sozialdemokratisches Jahrhundert“<sup>17</sup>.

Der Zusammenbruch des Staatssozialismus bringt das Ende der Ideologien und das heißt auch das Ende der vertrauten Gewissheiten mit sich. Jedermann findet sich plötzlich irgendwie in der „Mitte“ wieder<sup>18</sup>, mit nur fein nuancierten Unterschieden: Die einen feiern das „Ende der Geschichte“<sup>19</sup> als endgültigen Sieg von Menschenrechten, Demokratie und Rechtsstaat und setzen auf *Einheit*, d.h. fundamentale Rechtsgrundsätze und allgemeine Rechtsprinzipien, also auf Universalien.<sup>20</sup> Den anderen erscheint dies als unhaltbar, sie setzen dagegen

---

15 Vgl. zur Herleitung dieser Definition ausführlich Calliess FN 11 m.w.N.

16 Und zwar auch noch über die Nazizeit hinaus: vgl. dazu die gesammelten Beiträge in H. Möller (Hrsg.), *Der rote Holocaust und die Deutschen. Die Debatte um das „Schwarzbuch des Kommunismus“*, München 1999.

17 Dahrendorf, *Die Chancen der Krise. Über die Zukunft des Liberalismus*, Stuttgart 1983, S. 17 et passim. Gemeint ist weniger ein direkter Bezug zur SPD, als die von einem sozialen Etatismus getragene große Koalition der Paternalisten, die quer zu allen Parteien die Nachkriegspolitik dominiert und bestimmt hat.

18 Giddens, *Beyond Left and Right. The Future of Radical Politics*, 1994

19 Fukuyama, *The End of History and the Last Man*, 1991

20 Habermas, Kants Idee des ewigen Friedens – aus dem historischen Abstand von 200 Jahren, in: ders., *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt/M. 1996, S. 192 ff.; Höhle, *Moral und Politik*, München 1997; Höffe, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, München 1999; Rawls, *The Law of Peoples*, Cambridge 1999;

auf *Vielfalt*, d.h. Offenhalten von Möglichkeitsräumen für Varianz und Pluralität in einer zwischen Pfadabhängigkeit und Zufall oszillierenden Evolution.<sup>21</sup> Letztere Position erscheint nicht nur als wissenschaftstheoretisch aufrichtig, sondern auch inhaltlich als begrüßenswert, soweit sich das Beharren auf einem Pluralismus gegen einen blinden Weltkulturimperialismus richtet, der seine vermeintlich besseren Werte anderen nur aufgrund von ökonomischer Dominanz aufzwingt.<sup>22</sup>

Freilich stehen radikal konstruktivistische und wertrelativistische Positionen wie die der Postmoderne immer in Verdacht, nur so lange zu überzeugen, wie sie gesellschaftlich folgenlos bleiben, weil die in Frage gestellten Werte ohnehin weitgehend verwirklicht sind. Die Frage nach einem „allgemeinen Allgemeinrecht“ ist demgegenüber durch die archaische Urgewalt vom 11.09.2001 wieder ins aktuelle Bewusstsein getreten. Immerhin drei Monate vergehen, bis der Spiegel<sup>23</sup> in seiner Weihnachtsausgabe die richtige, weil dringliche Frage stellt: Was haben wir dem fundamental-islamistischen Angriff auf unsere Zivilisation entgegen zu setzen? Es folgt eine sechsteilige Serie zur Frage: Woher kommt Europa?<sup>24</sup> Die Antwort liegt in den Grundwerten des Abendlandes, später des Westens und heute der zivilisierten Welt: und diese ganz *up to date* und *state of the art*, wie in einem Brennglas gebündelt im Begriff der „Zivilgesellschaft“.

*Zivilisation in a nutshell*: die gewaltfreie Lösung von gesellschaftlichen Problemen und Konflikten auf der Grundlage von Deliberation und Selbstkritik, Menschenrechten und Toleranz. Und wer im Scheinwerferlicht der neuen Medienaufmerksamkeit mitvollzogen hat, auf welcher breiter Basis und wie gründlich in der arabischen Welt gerade diese prozeduralen Minimalbedingungen einer offenen und pluralen Gesellschaft in Frage gestellt werden, der sieht sich eben doch – wenn auch ungewollt – vor die Alternative gestellt: Kreuzzug oder Kreuzzug. Der moderne Kampf der Kulturen findet freilich nicht zwischen Islam und Christenheit, sondern zwischen vormodernem religiösen Fanatismus und multikultureller Zivilisation statt.<sup>25</sup> Die islamische Welt muss sich fragen (lassen), auf welchem ideologischen Nährboden die Söhne des terroristischen Wahnsinns eigentlich gediehen sind. Vom Westen ist – gleichsam in selbstkritischer Distanz zu seiner Tradition der Selbstkritik, i.e. zur Bewahrung ihrer Voraussetzungen – kämpferisches Bekenntnis zur eigenen Kultur und bedingungslose Verteidigung ihrer Grundwerte verlangt. Fundamentale Rechtsgrundsätze, universale Rechtsprinzi-

---

Fukuyama, *The Great Disruption*, New York 1999; aus privatrechtlicher Sicht Bydlinski, *Fundamentale Rechtsgrundsätze*, Wien/New York 1988; zu allgemeinen Rechtsprinzipien in der Debatte um eine neue *lex mercatoria* Berger, *The Creeping Codification of the Lex Mercatoria*, Kluwer 1999; Grundmann, General Principles of Private Law and *Ius Commune Modernum* as Applicable Law?, in: *Festschrift für Buxbaum*, Den Haag/London/Boston 2000, 213-234.

21 Koslowski, *Die postmoderne Kultur*, München 1987; Rorty, *Contingency, Irony, and Solidarity*, Cambridge 1988; Derrida, *Gesetzeskraft. Der „mystische Grund der Autorität“*, Frankfurt/M. 1991; Ladeur, *Postmoderne Rechtstheorie: Selbstreferenz – Selbstorganisation – Prozeduralisierung*, Berlin 1992; Amstutz, *Evolutorisches Wirtschaftsrecht, Vorstudien zum Recht und seiner Methode in den Diskurskollisionen der Marktgesellschaft*, Baden-Baden 2002.

22 Huntington, Transnational Organizations in World Politics, in: 25 *World Politics* (1973), S. 333 ff., 344: „Transnationalism is the American mode of expansion“. Günther, Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem, in: Wingert/Günther (Hrsg.), *Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit*, FS Habermas, Frankfurt/Main 2001, S. 539 ff.

23 DER SPIEGEL 52/2001 – 22.12.2001: Der Glaube der Ungläubigen. Welche Werte hat der Westen? *Die unverschleierte Würde des Westens* ([www.spiegel.de/spiegel/0,1518,174507,00.html](http://www.spiegel.de/spiegel/0,1518,174507,00.html))

24 Erhältlich als SPIEGEL Spezial, *Woher kommt Europa?*, Hamburg 2002.

25 Vgl. etwa die Beiträge in ZEITdokument 2/2001, *Krieg gegen den Terror. Dialog mit dem Islam*.

pien oder Allgemeines Allgemeinrecht: hier gibt es nichts „anders“ zu machen und man kann es auch nicht einfach „laufen lassen“.<sup>26</sup>

*These 1:* Universale Rechtsprinzipien, prozedurales Vernunftrecht, allgemeines Allgemeinrecht: Die mit der Globalisierung sämtlicher gesellschaftlicher Sphären - von der Weltwirtschaft bis zum Auftreten transnationaler Terrornetzwerke - verbundenen Herausforderungen haben unser Gespür dafür gestärkt, dass deren rechtliche Bewältigung, ob im Völkerrecht oder im transnationalen Privatrecht, nicht ohne den Rückgriff auf einen prozeduralen Kern allgemeiner Rechtsprinzipien („Common Core of Civilized Nations“) möglich ist. Alt-europäisch ist insofern global-modern.

### III. Die Zivilrechtsgesellschaft

Allgemeines Allgemeinrecht – nomen est omen – ist freilich sehr allgemein. Bei den Werten des Abendlandes – Freiheit, Gleichheit, Brüderlichkeit – handelt es sich um ungesättigte Prinzipien, die zunächst als Maßstäbe für die Einrichtung von Recht-Fertigungs-Foren und -Verfahren, in denen eben diese Werte konkretisiert und das heißt geschaffen werden, und so dann als Maßstäbe dienen, anhand derer die so gefundenen Ergebnisse und damit die eingerichteten Foren und Verfahren kritisiert, vielleicht verbessert werden können. Prozedurales Recht ist in diesem Sinne eine durch Rechtsverfassungsrecht verstetigte Endlosschleife: Inhalt – Form – Stoff – Foren – Maßstäbe – Verfahren – Prinzipien – Prozedur – Kontext – Autonomie – Institution – Entdeckungsverfahren – Konstitutionalisierung.

Die etablierten Recht-Fertigungs-Foren und -Verfahren können idealtypisch den drei Ordnungsmustern Staat, Gesellschaft und Vertrag zugeordnet werden, wie Peer Zumbansen ausführlich dargelegt hat.<sup>27</sup> Freilich ist diese Dreiteilung nicht ganz unproblematisch, insofern aus staatlicher Sicht traditionell nur zwischen öffentlich (Staat) und privat (Gesellschaft incl. Markt), aus wirtschaftlicher Sicht hingegen nur zwischen Markt (spontane Ordnungsbildung) und Organisation (Gesellschaft incl. Staat) unterschieden wird. Gesellschaft als Ordnungsmuster ist folglich ein schillernder Begriff, der im Kern Gemeinwohlverwirklichung durch private Selbstorganisation (Private Ordering) irgendwo zwischen oder gar jenseits von Staat und Markt bezeichnet.<sup>28</sup>

---

26 Das Bedürfnis nach ein wenig festem Boden, nach einem Minimum an mitunter auch säkular-religiös inspirierter Moral liegt freilich auch unabhängig vom al Kaida Terror im Trend: siehe die Entwicklung bei Habermas, Zur Legitimation durch Menschenrechte, in: ders., *Die postnationale Konstellation*, Frankfurt/M. 1998, 170-189; ders., *Wahrheit und Rechtfertigung*, Frankfurt/M. 1999; ders., *Glauben und Wissen*, Frankfurt/M. 2001; aber vor allem die neuere Entwicklung der Postmodernisten: vgl. Rorty (FN 9); vgl. auch „Grau gewinnt. Der Philosoph Richard Rorty verteidigt den Krieg“, *Die Welt* vom 20.11.2001; vgl. auch die Wiederentdeckung der formalen Qualitäten liberaler Grundrechte bei Ladeur, *Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation*, Tübingen 2000; zu den „general principles“ und insbesondere zum „common core“-Ansatz der Rechtsvergleichung vgl. Michaels, *Common Core*, Paper für den Workshop „Recht jenseits des Nationalstaates“, Bielefeld, 8.-10. Oktober 2001; zur Suche nach dem „Anderen“ (Eigentlichen?) der Gerechtigkeit u.a. bei Derrida vgl. auch Teubner, in diesem Band.

27 Zumbansen, *Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat*, Baden-Baden 2000

28 Vgl. nur Di Fabio, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, *VVDStRL* 56 (1997), S. 235 ff.; siehe auch die Beiträge in Schuppert (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat*, Baden-Baden 1999; J. P. Schneider et al. (Hrsg.), *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates. Ergebnisse des Symposiums aus Anlaß des 60. Geburtstages von Wolfgang Hoffmann-Riem*, Die Verwaltung 2001 (Beiheft 4).

An dieser Stelle kommt die Zivilgesellschaft ins Spiel.<sup>29</sup> Der Begriff „Civil Society“ hat eine alt-ehrwürdige Tradition, er weist zurück auf die „societas civilis“ und begleitet die Geschichte der politischen Philosophie seit ihren Anfängen.<sup>30</sup> In den achtziger Jahren hat er durch die Dissidentengruppen in den ost- und mitteleuropäischen Ländern eine Renaissance erfahren und ist von hier aus in den Westen reimportiert worden,<sup>31</sup> wo er in den neunziger Jahren zum Kristallisationspunkt der demokratietheoretischen Debatte wurde.<sup>32</sup> Essenz aus der nahezu unüberschaubaren Vielzahl von Beiträgen: ein demokratisch und rechtsstaatlich verfasster Staat einerseits sowie eine wettbewerbsmäßig verfasste Marktwirtschaft andererseits sind notwendige, aber nicht hinreichende Bedingungen einer freiheitlichen Gesellschaft. Sie bedürfen vielmehr der Einbettung in das Fundament einer Bürger- bzw. Zivilgesellschaft – oder wie der Bundeskanzler ganz unbefangen formuliert: der „zivilen Bürgergesellschaft“.<sup>33</sup>

Drei Merkmale lassen sich festmachen:<sup>34</sup> *Erstens* besteht der institutionelle Kernbestand der Zivilgesellschaft in nicht-staatlichen und nicht-ökonomischen Assoziationen, deren Mitglieder auf der Basis von Freiwilligkeit und Selbstlosigkeit (also jedenfalls nicht unmittelbar zur Verfolgung wirtschaftlicher oder anderer Eigeninteressen) handeln. *Zweitens* ist die Zivilgesellschaft am Aufbau einer politischen Öffentlichkeit beteiligt, die gesellschaftliche Konflikte und Problemlagen auffängt und kommunikativ bearbeitet, um sie in die Kanäle der Willensbildung des politischen Systems einzuschleusen. *Drittens* ist die Zivilgesellschaft *rechtlich* auf die Garantie von Bürger- und Menschenrechten angewiesen, die die staatsfreien Sphären für freie Assoziation und Meinungsbildung eröffnen und sichern, und *faktisch* setzt sie die Existenz sozio-moralischer Ressourcen und Ligaturen (Stichwort: Zivilreligion) voraus, aus denen sich die Orientierung der beteiligten Akteure an Fragen des Gemeinwohls speist.

Das so umrissene Konzept erscheint jedoch einseitig und unvollständig, insofern es als Demokratietheorie weitgehend staatszentriertem Denken verhaftet bleibt, während die in der Privatautonomie verankerte zivilrechtliche Kehrseite der öffentlichen Autonomie der Bürger ausgeblendet wird. Die Konzepte der politischen Öffentlichkeit, der rechtlichen (Grundrechte) und der faktischen (Ligaturen) Voraussetzungen von Zivilgesellschaft bedürfen deshalb der Revision und Erweiterung. Dies soll anhand der Begriffe Zivilautonomie, Zivilverfassung und zivile Praxis erläutert werden.

---

29 Im Tetralemma des Staates (Position 1: Staat/öffentlich; Position 2: Markt/privat) oszilliert Zivilgesellschaft zwischen den Positionen 3 (Beides/sowohl als auch) und 4 (Keins von Beiden/weder noch). Zur Denkfigur des Tetralemma vgl. Calliess, Prozedurales Recht (FN 3), S. 197 ff. m.w.N.

30 Zur Begriffs- und Theoriegeschichte vgl. die Beiträge in: Michalski (Hrsg.), *Europa und die Civil Society* (Castelgandolfo-Gespräche 1989), Stuttgart 1991.

31 Arato/Cohen, Politics and Reconstruction of the Concept of Civil Society, in: Honneth (Hrsg.), *Zwischenbetrachtungen. Im Prozeß der Aufklärung*, FS Habermas, Frankfurt/Main 1989, 482-503; Dies., *Civil Society and Political Theory*, Cambridge/Mass. 1992

32 Vgl. Rödel/Frankenber/Dubiel, *Die demokratische Frage*, Frankfurt/M. 1989; Dahrendorf, *Der moderne soziale Konflikt*, Stuttgart 1992; Habermas (FN 8); Fishkin, *Democracy and Deliberation*, Yale UP 1991; Walzer, *Zivile Gesellschaft und amerikanische Demokratie*, Berlin 1992; Gerstenberg, *Bürgerrechte und deliberative Demokratie*, Frankfurt/M. 1997.

33 Gerhard Schröder, Die zivile Bürgergesellschaft. Anregungen zu einer Neubestimmung der Aufgaben von Staat und Gesellschaft, in: *Die neue Gesellschaft - Frankfurter Hefte* 4/2000. Dieser auf den ersten Blick etwas unglückliche Pleonasmus ist keineswegs Ausdruck der Philosophie „doppelt genäht hält besser“, sondern will im Streit um die richtige Übersetzung des Begriffs „civil society“ zwischen „Bürgergesellschaft“ (Dahrendorf) und „Zivilgesellschaft“ (Frankfurter Schule) vermitteln.

34 Vgl. etwa Honneth, Konzeptionen der „civil society“, *Merkur* 1992, 61 ff.; J. von Soosten, Civil Society, *ZEE* 1993, 139 ff.

## 1. Zivilautonomie: jenseits von Volkssouveränität vs. Konsumentensouveränität

Weil die klassische Volkssouveränität nur die Extreme des hyperaktiven Berufspolitikers und des passiven Wahlvolks kennt, besteht die größte Bürgerbewegung im Exodus aus der politischen Arena und im Rückzug ins Private. Diesem Dilemma von Überverausgabung und Unterforderung<sup>35</sup> soll durch das Konzept der *civil society* als Handlungsraum von Handlungsräumen begegnet werden, in welchem die Frustrationsquote der Bürger durch die Ermöglichung themenspezifischen, nur episodisch verdichteten Teilzeitengagements gesenkt wird.<sup>36</sup> So notwendig und wichtig diese Prozeduralisierung der Volkssouveränität<sup>37</sup> auch ist, so sehr wird die Idee der Zivilgesellschaft dabei einseitig für eine letztlich auf die staatliche Willensbildung bezogene politische Öffentlichkeit hin vereinnahmt.

Völlig aus dem Blick gerät hingegen das Pendant zur öffentlichen Autonomie der Bürger, die in der Privatautonomie verankerte Konsumentensouveränität.<sup>38</sup> Damit ist keineswegs nur die schnöde Wahl zwischen Pepsi und Coca Cola gemeint, wie die im zivilrechtlichen Verbraucherbegriff angelegte Reduktion der Privatautonomie auf den privaten Konsumzweck nahe legt.<sup>39</sup> Vielmehr ist unter den Bedingungen von prinzipiellem Überfluss und funktionsfähigem Wettbewerb die Freiheit gemeint, ausschließlich nach selbstgesetzten Präferenzen über die Verwendung frei verfügbaren Einkommens und Vermögens zu bestimmen, und zwar jenseits der mit jeder Form von Vergesellschaftung verbundenen Restriktionen der Abstimmung und des Minderheitenschutzes. Diese Konsumentensouveränität kann in der Zivilgesellschaft in mehrfacher Weise eingesetzt werden. *Zum einen* ganz klassisch im Rahmen von ökonomischen Transaktionen des Austauschs zur indirekten Beeinflussung des Verhaltens von Unternehmen, nämlich entweder aktiv durch Kauf gemeinwohlverträglicher Güter (Um-

---

35 Hirschmann, *Engagement und Enttäuschung. Über das Schwanken des Bürgers zwischen Privatwohl und Gemeinwohl* (1982), Frankfurt/M. 1988

36 Walzer (FN 32) S. 64 ff., 79

37 Habermas, Volkssouveränität als Verfahren, in: ders., (FN 8) S. 600 ff.; Maus, Sinn und Bedeutung von Volkssouveränität in der modernen Gesellschaft, *KJ* 1991, 137-150; Preuß, *Revolution, Fortschritt und Verfassung*, Berlin 1990

38 Vgl. zu diesem aus der Wettbewerbstheorie stammenden Begriff I. Schmidt, *Wettbewerbspolitik und Kartellrecht*, 6. Aufl., Stuttgart 1999, S. 4, 11, 28 f.; ausführlich zur Verankerung im Wirtschaftsliberalismus Drexl, *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, Tübingen 1998, Zweites Kapitel, S. 91 ff. m.w.N. Freilich darf der Begriff der Konsumentensouveränität eben so wenig verabsolutiert werden wie der der Volkssouveränität.

39 Das gilt nicht nur für die These, dass gerade die Überwindung der Mangelwirtschaft zur Notwendigkeit von Verbraucherschutz führe, weil erst in der Überfluggesellschaft die Gefahr der totalen Manipulation der Verbraucherpräferenzen und der fremdgesteuerten Bedürfnisschaffung durch tiefenpsychologisch informierte Werbestrategien entstehe (Packard, *The Hidden Persuaders*, New York 1957; Galbraith, *The Affluent Society*, London 1958; im Anschluss daran Simitis, *Verbraucherschutz, Schlagwort oder Rechtsprinzip?*, Baden-Baden 1976), sondern ganz generell, weil schon im Begriff des Verbrauchers die Beschränkung auf den privaten Konsumzweck angelegt ist, wodurch die Möglichkeit des „Erwerbs“ öffentlicher Güter und gemeinwohlorientierter Dienstleistungen systematisch ausgeblendet wird. Diese Blindheit der Verbraucherschutzphilosophie gegenüber den zivilgesellschaftlichen Dimensionen der Privatautonomie geht sogar so weit, dass in § 13 BGB der Zweck lediglich negativ definiert wird („nicht beruflich“), obwohl ganz eindeutig nur der persönliche oder familiäre Zweck („Gebrauch im Haushalt“) gemeint ist (vgl. MüKo-Micklitz, BGB Bd. 1, 4. Aufl. 2000, § 13 Rd. 31 ff., sowie zur Problematik einer fehlenden Definition des Verbrauchers in der Theorie a.a.O., Vor §§ 13, 14 Rd. 58 ff.). Die herrschende material-sozialstaatliche Privatrechtstheorie verkürzt die Privatautonomie damit von vornherein auf den Bürger als „bourgeoise“ und unterwirft dessen Handeln dem binären Code beruflich/privat, während er als „citoyen“ ausschließlich auf den Staat (Volkssouveränität) verwiesen wird: kritisch dazu Calliess, Privatautonomie (FN 3), S. 92. Zu den zivilrechtlichen Folgeproblemen vgl. Krebs, Verbraucher, Unternehmer oder Zivilpersonen. Zur Einordnung von BGB-Gesellschaften und anderen "Verbänden" ohne eigenes Gewerbe oder selbständige berufliche Tätigkeit, *DB* 2002, 517 ff.

weltengel) oder Tätigung ethischer Investments (Okofonds) oder passiv durch schlichten Konsumverzicht (Verbraucherboykott).<sup>40</sup>

Noch wichtiger erscheint aber *zum anderen* die Möglichkeit des unmittelbaren Einsatzes ökonomischer Ressourcen für gemeinnutzige Zwecke in Form von Spenden und Stiftungen. Da die Herstellung öffentlicher Güter grundsätzlich eine geldwerte Dienstleistung ist, führt die Konsumentensouveränität im Wettbewerb der Wohltatigkeitsvereine zur unmittelbaren Rückbindung von Gemeinwohlproduktion an die Präferenzen der Bürger: Der reichste Mann der Welt, Bill Gates, spendiert fast sein halbes Vermögen einer Stiftung für die Weltgesundheit, deren Etat für das Jahr 2000 mit 1,54 Milliarden Dollar fast doppelt so hoch wie der Entwicklungshilfeetat der Schweiz ausfällt.<sup>41</sup> Und Ted Turner gründet 1997 mit einem Grundkapital von 1 Milliarde US-Dollar die UN-Stiftung, die u.a. im Jahr 2000 symbolisch die US-Schulden bei der UNO ausgleicht.<sup>42</sup> Und dieses Phänomen ist nicht auf die Superreichen beschränkt, wie die breite und gesunde Finanzierungsgrundlage von Greenpeace als Idealtypus der zivilgesellschaftlichen Nichtregierungsorganisation (NGO) zeigt.

Freilich wird diese Form von Konsumentensouveränität als Basis von Zivilgesellschaft durch eine übermäßige Verstaatlichung von Solidarität begrenzt,<sup>43</sup> weshalb etwa viele Deutsche bei einer Abgabenquote des Durchschnittsverdieners von über fünfzig Prozent<sup>44</sup> aus der Kirche als einem zivilgesellschaftlichen Klassiker austreten. Die Beispiele der „Mega-Charity“ stammen nicht umsonst aus den USA, in Deutschland bilden sie eher eine Ausnahme als die Regel.<sup>45</sup> Die auf dem Sozialmodell der Materialisierung des Rechts gründende sozialstaatliche Schutzpolitik misstraut der Souveränität des Bürgers.<sup>46</sup> So sagt die auf die überkommenen Feindbilder der industriellen Klassengesellschaft gestützte Verbraucherschutzpolitik (böse Unternehmer vs. damliche Verbraucher) mehr über das Menschenbild der Sozialpolitiker aus, als dass sie etwas mit der gesellschaftlichen Realität der in der neuen Ökonomie basierten modernen Kommunikations- und Informationsgesellschaft zu tun hätte.<sup>47</sup> Wo es in Deutschland angesichts der Dominanz des Staates überhaupt der Verbände bedarf, da schafft der Staat sich diese lieber selbst und zwar möglichst ohne Einflussmöglichkeit der ungeliebten Bürger: unsterbliche, nicht staats-, sondern burgerunabhangige Parteien über staatliche Parteienfinanzierung; Stiftungen des öffentlichen Rechts ohne Stiftungskapital, die hauptsächlich der Umgehung des Haushaltsrechts dienen, mit der eigentlichen Stiftungsidee aber

---

40 Zur stark gestiegenen Bedeutung des Investments gemäß Nachhaltigkeitskriterien (neben ökologischen Standards auch Arbeitsbedingungen und Menschenrechte) vgl. Deutscher Bundestag (Hrsg.), Schlussbericht der Enquete-Kommission, Globalisierung der Weltwirtschaft, Opladen 2002, S. 106 ff.; auf die Macht des Konsumverzichts bei der Beeinflussung transnationaler Unternehmen setzt ganz dezidiert Beck, Macht und Gegenmacht im globalen Zeitalter, Frankfurt/Main 2002. Beispiel ist etwa der sehr erfolgreiche Boykottaufruf von Greenpeace gegen Shell im Falle Brent Spar.

41 Vgl. [www.spiegel.de/netzwelt/netzkultur/0,1518,180712,00.html](http://www.spiegel.de/netzwelt/netzkultur/0,1518,180712,00.html).

42 Siehe [www.unfoundation.org/about/aboutgift.asp](http://www.unfoundation.org/about/aboutgift.asp); wenige Wochen nach dem 11.09.2001 haben die USA ihre Schulden nunmehr selbst beglichen.

43 Zu den im Kern schon von v.Humboldt vorgebrachten Argumenten der neueren Sozialstaatskritik vgl. ausführlich Calliess, Prozedurales Recht (FN 3), S. 69 ff. m.w.N.; für einen empirischen Beleg für die abnehmende Bereitschaft zum freiwilligen sozialen Engagement bei zunehmenden unfreiwilligen Transferleistungen vgl. Chan/Godby/Mestelman/Muller, Crowding-out voluntary contributions to public goods, 48 *Journal Of Economic Behavior And Organization* (2002), 305-317.

44 Nach Berechnung des Bundes der Steuerzahler für 2000 55 % (<http://www.steuerzahler.de>).

45 Weshalb etwa die Gründung der Bucerus Law School so großes Aufsehen erregte.

46 Das kommt bei aller Modernisierungsrhetorik noch in der Überzeugung zum Ausdruck, dass die Zivilgesellschaft erst eines „aktivierenden Staates“ bedürfe.

47 Ganz anders als Packard und Galbraith (FN 39) aus heutiger Sicht etwa Lewis, *The Soul of the New Consumer: Authenticity – What We Buy and Why in the New Economy*, London 2000.



nichts zu tun haben;<sup>48</sup> Verbraucherverbände ohne Mitglieder;<sup>49</sup> eine „selbstverwaltete“ Sozialversicherung, deren Bundesanstalt für Arbeit vor allem die Kassen der Fortbildungsinstitute der „Sozialpartner“ füllt, nur leider keine Arbeitsplätze vermittelt;<sup>50</sup> etc.

Aus Sicht der Bürger liegt das Problem in einem Mangel an Einflussmöglichkeiten. Da der Staat in einem bestimmten Territorium *per definitionem* Monopolist ist, ist Bürgerbeteiligung – abgesehen von der Auswanderungsfreiheit – grundsätzlich auf die Alternative „Voice“ beschränkt, wobei die einzelne Stimme nur verschwindendes Gewicht erreicht. Schon die Alternative des Boykotts durch Wahlenthaltung ist unwirksam, weil nicht abgegebene Stimmen schlicht unberücksichtigt bleiben.<sup>51</sup> Die unter Bedingungen des Wettbewerbs gebotene Alternative „Exit“ – und zwar durch simplen Anbieterwechsel ohne gleich auswandern zu müssen – ist demgegenüber aus Sicht des einzelnen wesentlich effizienter.<sup>52</sup> Löst man den Begriff der Konsumentensouveränität aus der Verengung auf den privaten Konsumzweck, so verweist er gegenüber der Volkssouveränität schlicht auf in der Privatautonomie bevorratete Formen der gesteigerten Wahl- und Einflussmöglichkeiten. Neben die auch im zivilgesellschaftlichen Bereich der freien Assoziationen und Organisationen wirksamen Mitgliedschaftsrechte (Wahlen und Abstimmungen) treten gleichberechtigt weitere Optionen der Ausübung (Spenden, Stiftung) und Beeinflussung (Boykott, nachhaltige Investments) ökonomischer Macht.<sup>53</sup>

Festzuhalten ist, dass ein tragfähiges Konzept von Zivilgesellschaft jenseits von Staat und Markt nicht einseitig auf eine prozeduralistisch gewendete Re-Legitimation des politischen Systems im demokratischen Verfassungsstaat verkürzt werden darf.<sup>54</sup> Vielmehr ist das volle Potential einer nicht staatlich mediatisierten, unmittelbaren Beeinflussung und Inanspruchnahme auch von ökonomischer Macht durch Zivilgesellschaft zu erschließen.<sup>55</sup> Darüber hin-

---

48 Vgl. die Kritik des Deutschen Kulturrates am fehlenden „Bezeichnungsschutz“ für Stiftungen unter <http://www.kulturrat.de/publik/presse23-04-02.htm>.

49 Dass die Verbraucherverbände sich ihrer fehlenden Legitimation bewusst sind, zeigt sich schon daran, dass im Internet regelmäßig weder über Mitglieder (verwiesen wird auf andere Verbände, die selbst keine Angaben machen) noch über Finanzierung Auskunft gegeben wird: vgl. die Angaben und die links unter [www.vzbv.de](http://www.vzbv.de).

50 Vgl. auch Ladeur in diesem Band.

51 Die delegitimierende Wirkung von Wahlbeteiligungen zwischen 50 und 70 % ist enorm, bleibt im politischen System jedoch zwangsläufig folgenlos. Man stelle sich demgegenüber das Ausmaß und die Schnelligkeit der Reaktion eines Unternehmens auf Umsatzeinbrüche in selber Höhe vor.

52 Weshalb auch die Vision von einem autonomen Cyberspace mit eigenem Cyberlaw, in welchen die Bürger nur virtuell und auf Zeit „auswandern“ können, so attraktiv ist: vgl. dazu Post, Anarchy, State, and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace, 1995 *Journal of Online Law* art. 3 ([www.cli.org](http://www.cli.org)).

53 Zu den Alternativen „Exit“ und „Voice“ Hirschmann, *Abwanderung und Widerspruch*, Stuttgart 1970; Zum Problem des mangelnden politischen Wettbewerbs mit dem Vorschlag eines neuen, kompetitiven Föderalismus Frey/Eichenberger, *The New Democratic Federalism for Europe. Functional, Overlapping and Competing Jurisdictions*, Edward Elgar 1999.

54 Zuweilen etwas polemisch, aber im Grundsatz sehr treffend Ladeur, „Deliberative Demokratie“ und „Dritter Weg“ – eine neue Sackgasse?, *Der Staat* 2002, 3-27, insbes. 8 ff. („Die Privilegierung der öffentlichen Deliberation gegenüber der spontanen Selbstorganisation der Privatgesellschaft“). Freilich schüttet Ladeur „das Kind mit dem Bade aus“, wenn er den Begriff der Zivilgesellschaft vollends verabschiedet und auf die Böhmsche Privatrechtsgesellschaft setzt, die ihrerseits auf einer formal-wirtschaftsliberalen Verkürzung der Privatautonomie gründet: vgl. Calliess, Privatautonomie (FN 3), S. 90 f.

55 In der zivilgesellschaftlichen Praxis der NGOs ist dies ohnehin fest verankert, man denke nur an den Greenpeace Boykott gegen Shell im Falle Brent Spar, aber vor allem an die auf Druck von NGOs in direktem, nicht politisch vermittelten Kontakt mit transnationalen Firmen ausgehandelten „Codes of Conduct“ bzgl. Umwelt- und Sozialstandards in Entwicklungsländern (vgl. Heins, *Der neue Transnationalismus*, Frankfurt/M. 2001; vgl. auch Enquetekommission Globalisierung (FN 40) S. 177 ff.). Diese Praxis wird in der Theorie der Zivilgesellschaft allerdings nicht abgebildet.

aus sind auch weitere funktionale Teilsysteme der Weltgesellschaft jenseits von Staat und Wirtschaft mit einzubeziehen, etwa die unmittelbare Adressierung von Wissenschaft bei der Diskussion um die ethischen Grenzen der Reproduktionsmedizin.<sup>56</sup>

*Zivilautonomie* meint folglich jene Formen der Ausübung von Macht zur Beeinflussung von Gemeinwohlproduktion, die sich jenseits der traditionellen Reduktion von Volkssouveränität auf Wahlen und von Konsumentensouveränität auf eigennützigem Verbrauch erschließen.

## 2. Zivilverfassung: jenseits von Bürgerrechte vs. Bürgerliches Recht

Der Bürger der Bürgergesellschaft bezieht diese Zivilautonomie vornehmlich aus den Quellen der Privatautonomie:<sup>57</sup> ganz unmittelbar aus der Vertragsfreiheit als Konsument von (auch privat produzierten) öffentlichen Gütern und gemeinwohlverträglichen Verbrauchsgütern, bzw. als zwecksetzender Schenker (Spender); oder in Bezug auf die zivilgesellschaftlichen Foren und Assoziationen vermittelt über die Vereinigungsfreiheit als Mitglied oder Gesellschafter, bzw. als Stifter. Nur nebenbei bemerkt sei, dass es der beschriebenen Tendenz des Misstrauens gegenüber zivilgesellschaftlicher Souveränität entspricht, wenn die Stiftungsfreiheit als Element der Privatautonomie bisher gar nicht vorkam. Erst das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts vom 25. April 2002<sup>58</sup> beendet diesen Zustand, indem die obrigkeitstaatliche Tradition der Genehmigungspflicht und der Einschränkung der zulässigen Zwecke durch einen Rechtsanspruch auf staatliche Anerkennung einer Stiftung ersetzt wird.

Sind damit die zivilen Institutionen umrissen, in deren Rahmen sich zivilgesellschaftliches Engagement entfaltet, so ist erstaunlich, dass diesem „Zivilrecht der Zivilgesellschaft“ innerhalb der demokratietheoretischen Debatte keinerlei Beachtung geschenkt wird.<sup>59</sup> Als rechtliche Voraussetzung der Zivilgesellschaft finden vielmehr ausschließlich die Grundrechte Erwähnung, wobei im Hinblick auf die politische Öffentlichkeit die so genannten politischen Grundrechte der Meinungs- und Demonstrationsfreiheit in den Vordergrund gestellt werden.<sup>60</sup> Darin kommt wiederum das staatszentrierte Verständnis zum Ausdruck, das Zivilgesellschaft vornehmlich als staatsfreies Kommunikationsforum versteht, in welchem sich die Bürger lediglich diskursiv (d.h. handlungs- und praxisentlastet) auf Gemeinwohldefinitionen und Ziele einigen, die dann zur praktischen Umsetzung vermittelt über die politische Öffentlichkeit als Anforderungen an den Staat weitergereicht werden.<sup>61</sup>

---

56 Vgl. ausführlich Teubner (FN 11); ich lege den Schwerpunkt hier auf die – freilich nicht rein ökonomisch i.S.v. „auf Eigennutz gerichtet“, sondern als Form der „Wahrnehmung von Eigeninteressen zugleich als Allgemeininteresse“ zu interpretierende - Konsumentensouveränität, weil ich im folgenden das Beispiel des transnationalen Verbrauchervertragsrechts behandle. Zum Problem der Verkürzung von Privatautonomie auf wirtschaftliche Betätigung vgl. auch Calliess, Privatautonomie (FN 3).

57 Ausführlich Calliess, Privatautonomie (FN 3).

58 Nachdem der auf Forderungen des 44. Deutschen Juristentages von 1962 (sic!) zurückgehende Gesetzentwurf der FDP vom 28.01.1999 BT Drucksache [14/336](#) abgelehnt wurde, ist nunmehr der Gesetzentwurf von SPD und Bündnis 90/Die Grünen vom 20.02.2002 BT Drucksache [14/8277](#) idF der BT Drucksache 14/8894 vom Bundestag beschlossen und der Bundesrat hat am 31.05.2002 zugestimmt: BR Drucksache [359/02](#): vgl. jetzt auch Andrick/Suerbaum, Das Gesetz zur Modernisierung des Stiftungsrechts, NJW 2002, 2905 ff.

59 Das gilt freilich auch für die in der Zivilrechtswissenschaft verbreitete formal-wirtschaftsliberale Verkürzung der Privatautonomie auf den entgeltlichen Austauschvertrag: Calliess (FN 3); vgl. dazu jetzt Walz, Die Selbstlosigkeit gemeinnütziger Non-Profit-Organisationen im Dritten Sektor zwischen Staat und Markt, JZ 2002, 268 ff. m.w.N.

60 Vgl. zu einer tendenziell demokratisch-funktionalen Grundrechtstheorie Habermas (FN 8) S. 109 ff., 134 f., 151 ff.; vgl. dagegen zur Deutung der privatautonomen EG-Grundfreiheiten als politische Rechte aber Joerges, in diesem Band.

61 Kritisch auch zum korrespondierenden Konzept des „aktivierenden Staates“ Ladeur (FN 54).

Dabei gerät aus dem Blick, dass Zivilgesellschaft als „Handlungsraum von Handlungsräumen“ auf der Praxis des Selbermachens gründet, gleichsam auf eine Privatisierung von Politik gerichtet ist.<sup>62</sup> „Der eine wartet dass die Zeit sich wandelt, der andere packt sie kräftig an und handelt“ (Dante Alighieri). Zur Verdeutlichung: Die Deutschen gründen eine Bürgerinitiative, veranstalten Diskussionsforen, verfassen Resolutionen, sammeln Unterschriften und demonstrieren, treten in Talkshows auf bis schließlich der Staat aus Steuermitteln etwa ein Holocaust-Mahnmal errichtet. Anschließend wird lamentiert, man habe sich die Umsetzung anders vorgestellt, der Bau werde verzögert, und vielleicht gibt es noch einen Skandal, weil in der Bauausschreibung ein völlig überbietetes Angebot gegen illegale Parteispenden zum Zuge kommt. Die Amerikaner gründen eine Stiftung, führen eine professionelle Fund-Raising-Kampagne durch, veranstalten ein paar Gala-Diners und Benefiz-Konzerte und renovieren ihre Freiheitsstatue, ohne dass der Staat überhaupt gefragt worden wäre.

Natürlich bleibt die Erkenntnis wichtig und richtig, dass eine Zivilgesellschaft auf die Gewährleistung von Bürgerrechten angewiesen ist, die die Freiräume ausgrenzen, innerhalb derer sich bürgergesellschaftliche Initiativen entfalten und zivile Institutionen etablieren können. Auf diesen Zusammenhang zwischen negativen Freiheitsrechten und gesellschaftlicher Selbstorganisation hat Karl-Heinz Ladeur jüngst wieder hingewiesen.<sup>63</sup> Folgt man der hier vorgeschlagenen Lesart von Zivilgesellschaft, dann treten die Grundrechte und Grundfreiheiten der Privatautonomie freilich gleichberechtigt neben die politischen Grundrechte. Darüber hinaus geht es nicht nur um die Begründung (relativ) staatsfreier Sphären, sondern es kommt auch die Angewiesenheit von Zivilgesellschaft auf (relative) Unabhängigkeit von ökonomischer Macht in den Blick. Eine Konsumentensouveränität garantierende Wirtschaftsverfassung lässt sich aber dem Grundgesetz selbst bei Rückgriff auf die Lehre von der Drittwirkung der Grundrechte nicht entnehmen.<sup>64</sup> Ansätze einer Positivierung mit Verfassungsrang lassen sich allenfalls in den Grundfreiheiten und Wettbewerbsregeln des EG-Vertrags finden.<sup>65</sup>

Freilich erscheint es ohnehin wenig überzeugend, die Bürgerrechte der Zivilgesellschaft positivistisch aus einer nationalstaatlichen Verfassung als „juristischem Weltenei“ (Forsthoff) herleiten zu wollen. Es ist nicht nur „gegen alle Geschichte“ – so Rudolf von Jhering – „dass der Staat das Privatrecht aus sich sollte geboren haben ...“, denn „nicht das Privatrecht ist nach publizistischen, sondern der Staat ist nach privatrechtlichen Prinzipien konstruiert.“<sup>66</sup> Die Ableitung eines Allgemeinen Allgemeinrechts aus den nationalen Grundrechten begründet zudem einen performativen Selbstwiderspruch im Hinblick auf den universellen Geltungsanspruch der Menschenrechte und verliert im Kontext der Globalisierungsdebatte jede Überzeugungskraft.<sup>67</sup>

---

62 Zur Philosophie des Selbermachens vgl. Gross, Selbsthilfe und Selbstverantwortung als normative Leitideen der Sozialpolitik, in: Sachße/Engelhardt (Hrsg.), *Sicherheit und Freiheit*, Frankfurt/M. 1990, S. 85 ff.; Zur Privatisierung von Politik vgl. die Beispiele in Brühl et al. (Hrsg.), *Die Privatisierung der Weltpolitik*, Bonn 2001.

63 Ladeur (FN 26).

64 Ruffert, *Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts*, Tübingen 2001

65 Vgl. Calliess/Mahlmann, Der Staat der Zukunft, Eine Einleitung, in: dies. (Hrsg.), *Der Staat der Zukunft*, ARSP-Beiheft Nr. 83, S. 11 ff., 21 f. m.w.N; Joerges, in diesem Band.

66 Rudolf von Jhering, *Geist des römischen Rechts*, Teil 1, 10. Auflage, 1968, 219. Die Philosophie der Aufklärung hat den demokratischen Rechtsstaat nach dem Vorbild der BGB-Gesellschaft entworfen: Calliess (FN 3).

67 Vgl. zur Entstehung einer Globalverfassung Fischer-Lescano, Globalverfassung: Verfassung der Weltgesellschaft, *ARSP* 2002, 349-378; ders., Das Paradox der Menschenrechte und die aktuellen Formen seiner Entfaltung: Los Desaparecidos, Niklas Luhmann und die Globalverfassung, *ZfRSoz* Heft 2/2002 (im Erscheinen).

Eine *globale Zivilverfassung*, die unsere Lernerfahrungen mit dem demokratischen Verfassungsstaat und der europäischen Wirtschaftsverfassung in sich aufnimmt, deren konkrete Institutionalisierungen aber zugleich transzendiert, kann nur auf eine post-etatistische Verfassungstheorie gegründet werden.<sup>68</sup> Auf transnationaler Ebene wird dabei besonders deutlich, dass die in den Kräften der spontanen Ordnungsbildung (Vertragsfreiheit) und der zivilgesellschaftlichen Selbstorganisation (Vereinigungsfreiheit) verankerte Zivilautonomie jeder Form ihrer Institutionalisierung in der öffentlichen Verfassung eines Gemeinwesens (Staat) vorausliegt.<sup>69</sup>

### 3. Zivile Praxis: jenseits von Gemeinwohl vs. Eigennutz

Schließlich erscheinen die faktischen Verwirklichungsbedingungen von Zivilgesellschaft als völlig überspannt, insofern zur Zivilgesellschaft nur solche Assoziationen gerechnet werden, in denen sich Bürger auf der Basis von Freiwilligkeit ausschließlich dem Gemeinwohl widmen. Selbst wenn man sich über die sozialpsychologischen Bedenken gegen ein Konzept rein selbstlosen Handelns hinwegsetzt, so bliebe eine darauf gestützte Zivilgesellschaft viel zu fragil, um die im Hinblick auf eine Staatsentlastung in sie gesetzten hohen Erwartungen nachhaltig zu erfüllen. Die Rede von diffusen sozio-moralischen Ressourcen und Ligaturen sowie die Beschwörung einer nirgendwo festzumachenden Zivilreligion belegen dies.

Ursache für dieses Problem ist ein Konstruktionsfehler in der zugrunde liegenden Gesellschaftstheorie. So unterscheidet etwa Habermas zunächst zwischen „guter“, weil rationale Gesellschaftsintegration durch kommunikatives Handeln ermöglichender Lebenswelt und „böser“, weil auf rein strategischem Handeln basierten Systemen, später zwischen den „guten“, weil für lebensweltliche Botschaften durchlässigen Handlungssystemen Recht und Politik und den „bösen“, weil gegenüber lebensweltlichen Botschaften taubblinden Funktionssystemen Wirtschaft und Verwaltung.<sup>70</sup> Auf der Grundlage eines derart glasklaren Weltbildes lassen sich dann die Spuren der Zivilgesellschaft in der gesellschaftlichen Wirklichkeit nur mehr schwer entdecken.<sup>71</sup>

Dieser Hegelschen Tradition, die ausschließlich den Staat (oder hier: die vermittelt über eine politische Öffentlichkeit auf das politische System einwirkende Zivilgesellschaft) als

---

68 Vgl. dazu Teubner, *Societal Constitutionalism: Global alternatives to state-centred constitutional theory?* in: Joerges/Sand/Teubner (Eds.), *Constitutionalism and Transnational Governance*, London (im Erscheinen); ein funktionaler Verfassungsbegriff, der die Begriffe 'Verfassung' und 'Staat' voneinander ablöst, findet sich auch bei W. Schroeder, *Das Gemeinschaftsrechtssystem. Eine Untersuchung zu den rechtsdogmatischen, rechtstheoretischen und verfassungsrechtlichen Grundlagen des Systemdenkens im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, Tübingen 2002.

69 So kann nationalstaatliches Recht (etwa das Grundgesetz) nur etwas *verfassen*, was bereits vorhanden ist. Besonders deutlich wird dies am Beispiel transnationaler Vereine: während etwa Industrie- und Handelskammern oder Ärztekammern auf Landesebene als Körperschaften des öffentlichen Rechts organisiert sind, treten deren nationale Interessenvertretungen bereits als privatrechtliche Vereine auf (z.B. „Bundesärztekammer e.V.“). Auf globaler Ebene sind die International Chamber of Commerce (ICC) oder der Weltärztebund ebenfalls privatrechtlich verfasst, wobei die formale Anbindung an ein nationales Privatrechtssystem eher als zufällig erscheint, jedenfalls nicht konstitutiv sein kann. Denn die ICC mit Sitz in Paris oder die Internationale Vereinigung für Rechtsphilosophie (IVR) mit Sitz in Mannheim würden als transnationale Rechtssubjekte offensichtlich nicht aufhören zu existieren, würden sie nach nationalem Vereinsrecht z.B. aufgelöst oder verboten werden. Zur transnationalen Rechtsnatur der Suez-Kanal-Gesellschaft schon Goldman (1956), zit. nach Berger, *The New Law Merchant and the Global Market Place*, in: ders. (Ed.), *The Practice of Transnational Law*, Kluwer 2001, S. 1 ff., 6.

70 Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2 Bde., Frankfurt/M. 1981; ders., (FN 8), S. 77 f., 100 f., 150; Darstellung und Kritik bei Calliess, *Prozedurales Recht* (FN 3), S. 153 ff., 164 ff.

71 Kritisch auch Ladeur (FN 26) S. 137 ff.

Sphäre des universellen Altruismus, die Privatgesellschaft (Markt) aber als Sphäre des universellen Egoismus begreift, steht in der Tradition von Adam Smith's „invisible hand“ die ordoliberalen These gegenüber, dass sich das Allgemeinwohl rein systemisch, hinter dem Rücken der handelnden Akteure einer „Privatrechtsgesellschaft“ verwirklicht, wenn der Staat seine Bürger im Rahmen der Privatrechtsordnung ihren Eigennutz maximieren lässt.<sup>72</sup> Eine prozeduralisierte Variante dieser Hayekschen spontanen Ordnungsbildung hat Karl-Heinz Ladeur vorgelegt, der auf einen durch negative Freiheitsrechte gesicherten, offenen Lernprozess in der Privatgesellschaft setzt.<sup>73</sup>

Beide Perspektiven müssen sich nicht gegenseitig ausschließen, sie stehen vielmehr in einem Ergänzungsverhältnis: Denn mit Blick auf die faktischen Verwirklichungsbedingungen einer Zivilgesellschaft erscheint die „autonome Wahrnehmung von Eigen-Interessen zugleich als/für Allgemein-(Fremd-)Interesse“ als vielversprechende „Verheißungs-Versuchung“. Die Enträtselung dieses „gelingenden Wunders“ dürfte allerdings nur auf der Grundlage eines neutralen Begriffs sozialer Systeme möglich sein. Wenn man mit Luhmann strikt zwischen Bewusstsein und Kommunikation unterscheidet und deshalb das Individuum radikal außerhalb des sozialen Systems Gesellschaft verortet, dann ergeben sich ungeahnte Handlungsspielräume in den gesellschaftlichen Funktionssystemen.<sup>74</sup> Weil nicht Menschen, sondern nur Kommunikationen unmittelbar systemischen Zwängen unterliegen, und weil Kommunikationen sich dem Code eines bestimmten Subsystems selbst zuordnen (oder eben nicht), bleibt dem Individuum jene Freiheit der auch ethisch motivierten Wahl, die aus (nicht nur) ökonomischer Sicht in der Konsumentensouveränität angelegt ist.<sup>75</sup>

Zur intentionalen Gemeinwohlverwirklichung im Rahmen wirtschaftlicher Interessenverfolgung (i.e. die *(in)visible hand* der Zivilgesellschaft) drei kategoriale Beispiele, belegt an Phänomenen der Privatisierung des Rechts:

- *Erstens* kann die Produktion von Allgemeinwohl ausschließlicher Gegenstand eines Unternehmens sein, wenn und soweit für das entsprechende öffentliche Gut genügend Nachfrage am Markt besteht. Gewaltfreie Konfliktlösung ist eine zentrale öffentliche Aufgabe, die traditionell vom staatlichen Gerichtssystem erfüllt wird.<sup>76</sup> Mit zunehmendem Erfolg haben sich in diesem Bereich allerdings auch private Dienstleister etabliert, die alternative Streitschlichtungsverfahren von der Schiedsgerichtsbarkeit bis hin zur Mediation anbieten.<sup>77</sup>
- *Zweitens* kann schlicht Interessenidentität bestehen, d.h. die Verfolgung wirtschaftlicher Interessen setzt die Verwirklichung von Allgemeinwohlinteressen voraus. So werden gegenwärtig von der Industrie Verfahren des Daten-, Jugend-, und Verbraucherschutzes im Internet

---

72 Zur Privatrechtsgesellschaft Böhm (FN 10).

73 Zur spontanen Ordnungsbildung Hayek, *Constitution of Liberty*, London 1960; Ladeur (FN 26), insbes. S. 21 ff., 112 ff. m.w.N.

74 Luhmann, *Soziale Systeme*, Frankfurt/M. 1984, S. 286 ff., 289 und öfters.

75 Vgl. dazu auch Calliess, *Prozedurales Recht* (FN 3) S. 167 ff. m.w.N.

76 Diese Staatsaufgabe ergibt sich unmittelbar aus dem staatlichen Gewaltmonopol, weil die diesem korrespondierende Friedenspflicht der Bürger entfällt, wenn der Staat nicht effektive Mechanismen der Streitbeilegung zur Verfügung stellt (modern: „gewährleistet“): vgl. Christian Calliess, *Rechtsstaat und Umweltstaat*, Tübingen 2001, S. 88 ff.; Joerges, *The bright and the dark side of the consumer's access to justice in the EU*, (2001) *Global Jurist Topics*: Vol. 1: No. 2, Article 1, mit folgendem Zitat aus Kleist's Michael Kohlhaas: „Verstoßen (aus der Gemeinschaft) nenne ich den, dem der Schutz der Gesetze versagt ist! Denn dieses Schutzes, zum Gedeihen meines friedlichen Gewerbes, bedarf ich; ... und wer mir ihn versagt, der stößt mich zu den Wilden der Einöde hinaus; er gibt mir, ... die Keule, die mich selbst schützt, in die Hand“.

77 Vgl. nur Redfern/Hunter, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3. Aufl., London 1999; Eidenmüller, *Vertrags- und Verfahrensrecht der Wirtschaftsmediation*, Köln 2001; Perritt, *Dispute Resolution in Cyberspace: Demand for new forms of ADR*, 15 *Ohio State Journal on Dispute Resolution* (2000), 675 ff.

entwickelt, weil ein „sicheres und sauberes“ Internet Voraussetzung für den Erfolg von *E-Commerce* ist.<sup>78</sup>

- *Drittens* kann ein Allgemeinwohlinteresse gleichsam als Parasit im Huckepack der Verfolgung wirtschaftlicher Interessen mitverwirklicht werden. Die Emergenz eines transnationalen Handelsrechts (*lex mercatoria*) stellt sich etwa als gemeinnütziges Abfallprodukt der internationalen Handelsschiedsgerichtsbarkeit dar. Private Schiedsinstitutionen agieren hier in einer Doppelrolle als *Merchants of Law* (Dispute Resolution Service Provider) und *Moral Entrepreneurs* (Produzenten von Rechtssicherheit).<sup>79</sup>

Wer diese These von den trotz aller systemischen Zwänge bestehenden individuellen Handlungsspielräumen mitvollzieht, dem eröffnen sich plötzlich die vollen Potentiale einer Zivilgesellschaft, die nicht im transzendentalen Jenseits unrealistischer Anforderungen an die Bürger der Bürgergesellschaft verharrt. Eine in der protestantischen Verantwortung des Individuums vor Gott und den Menschen als Teil der Schöpfung wurzelnde, diskursiv gewendete Verantwortungsethik<sup>80</sup> macht nur Sinn, wenn die Kriterien individueller Verantwortung *einerseits* nicht einfach in der dekonstruktivistischen Rede von struktureller Gewalt, systemischen Zwängen und willkürlicher sozialer Zurechnung (i.e. „Biopolitik“) abgeschafft werden, und den Menschen *andererseits* konkrete und realistische Optionen aufgezeigt werden, wie sie ihrer Verantwortung im Alltag gerecht werden können.<sup>81</sup>

Die Botschaft lautet: Du musst nicht unbedingt wie die Jünger Jesu Familie, Heim und Herd hinter Dir lassen, um gleichsam als weltentrückter Eremit mit Dornenkrone in idealisierter Selbstlosigkeit auf der Bühne der politischen Öffentlichkeit für das Gute zu demonstrieren. Schöpfe vielmehr die Dir in Deinen Rollen als Manager, Arbeitnehmer, Verbraucher, Familienmitglied, Wissenschaftler, Richter etc. gegebene Freiheit, Autonomie, Souveränität aus. Der Banalität des Bösen steht damit die Alltäglichkeit des Guten gegenüber. *Zivilgesellschaftliche Praxis* ist potentiell überall (angelegt), wo eine Zivilverfassung Zivilautonomie gewährleistet.

#### 4. Global Governance: Zivilgesellschaft jenseits des Nationalstaats

Die hier vorgeschlagene post-etatistische Lesart einer Zivil(rechts)gesellschaft erhält ihre volle Durchschlagskraft freilich erst im Kontext der Globalisierungsdebatte. Denn *einerseits* stellen sich alle existentiellen Probleme der Menschheit heute auf globaler Ebene, von den großen Herausforderungen der Friedensbewahrung mit der Verhinderung von Völkermord und Verbreitung von Massenvernichtungswaffen sowie der Bekämpfung globaler Terrornetzwerke über die Bewahrung der natürlichen Lebensgrundlagen, die Begrenzung der Hu-

---

78 Pichler, *Trust and Reliance – Enforcement and Compliance: Enhancing Consumer Confidence in the Electronic Marketplace*, JSM Thesis, May 2000; Waltermann/Machill, Marcel (Hrsg.), *Protecting our Children on the Internet*, Bertelsmann Foundation, Gütersloh 2000; Calliess, *Globale Kommunikation – staatenloses Recht*, in Anderheiden et al. (Hrsg.), *Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts*, ARSP Beiheft 79, Stuttgart 2001, S. 61 ff.

79 Dezalay/Garth, *Dealing in Virtue*, London 1996; Teubner, „Global Bukowina“: Legal Pluralism in the World Society, in ders. (Hrsg.), *Global Law Without a State*, Dartmouth 1997, S. 3 ff.; Berger (FN 20); Calliess (FN 11) m.w.N.

80 Vgl. die Beiträge in Böhler (Hrsg.), *Ethik für die Zukunft. Im Diskurs mit Hans Jonas*, München 1995.

81 Das gilt nicht trotz, sondern *gerade* auf der Grundlage einer radikal konstruktivistischen Gesellschafts- und Rechtstheorie: Eine Rechtswissenschaft und Rechtspolitik, die von Verantwortung nur im Zusammenhang mit System, Staat, Großindustrie, in bezug auf den Bürger aber nur von Schutz und Anspruch sprechen, dürfen sich nicht wundern, was für eine Generation von Kindern sie „herbeigeredet“ bzw. „produziert“ haben. Der konstruktivistische Hauptlehrsatz zur Zivilgesellschaft wäre demgegenüber: „Tue Gutes und rede darüber“.

mangenetik und das Welternährungs- und Gesundheitsproblem bis hin zum „Klein-Klein“ der Stabilität des Weltfinanzsystems, des Abbaus von Handelshemmnissen und der Entwicklung eines Weltprivatrechts.<sup>82</sup> Und *andererseits* erscheint ein demokratischer und sozialer Weltrechtsstaat bei näherem Hinsehen nicht erstrebenswert, bedeutete die Universalisierung des Leviathan doch das Ende von Vielfalt, Pluralität und Lernfähigkeit nicht nur im rechtsrelevanten Bereich des gerade erst entdeckten Systemwettbewerbs.<sup>83</sup> Abgesehen davon ist ein solcher Weltstaat faktisch ohnehin nicht in Sicht.

*Global Governance* muss (und will) folglich ohne einen übermächtigen Staat auskommen und setzt deshalb auf Co-Regulierung im Zusammenwirken von Internationalen Organisationen, Wirtschaft und globaler Zivilgesellschaft.<sup>84</sup> Den institutionellen Kern der globalen Zivilgesellschaft bilden dabei lockere Assoziationen und Netzwerke wie die Globalisierungsgegner Atac oder Menschenrechtsbewegungen wie die argentinischen Madres im Falle der Desaparecidos<sup>85</sup> sowie transnationale not-for-profit-NGOs wie Amnesty International, WWF, Greenpeace aber auch Berufsverbände wie der Weltärztebund, Interessenverbände wie Consumers International, oder Wirtschaftsverbände und Initiativen wie die International Chamber of Commerce oder das World Economic Forum. Der Einfluss dieser Gruppen stützt sich auf deren Fähigkeit zur Skandalisierung von Problemen, zur Mobilisierung von Weltöffentlichkeit sowie auf die Verfügung über die Ressourcen Expertenwissen und Selbstregulierungsfähigkeit.<sup>86</sup>

Jenseits des zähen und ineffektiven Multilateralismus völkerrechtlicher Staatsverträge hat sich dabei ein diskursives Politikmodell mit verteilten Rollen herausprozessiert. Auf themenspezifischen internationalen Konferenzen, häufig unter dem Dach oder der Beteiligung von internationalen Organisationen wie der UNO oder der OECD organisiert, werden Regulierungsoptionen unter Beteiligung von Regierungsvertretern, Interessenvertretern, Wirtschaftsverbänden und anderen zivilgesellschaftlichen Akteuren diskutiert und Politikziele in Form von *Guidelines* formuliert. Im Wege der „freiwilligen Selbstverpflichtung“ versprechen Re-

---

82 Vgl. nur Beck, *Macht und Gegenmacht im globalen Zeitalter*, Frankfurt/Main 2002; Deutscher Bundestag (Hrsg.), *Schlussbericht der Enquete-Kommission, Globalisierung der Weltwirtschaft*, Opladen 2002.

83 Vgl. die kritische Würdigung von Höffe (*Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, München 1999) bei v. Daniels, *Vier Asse und ein Revolver. Der Weltstaat als Garant des Weltfriedens?*, in: Calliess/Mahlmann (Hrsg.) (FN 65) S. 55 ff.

84 Die Idee der Global Governance ist zunächst im Rahmen der UNO entwickelt und getestet worden: vgl. Desai/Redfern (Eds.), *Global Governance: Ethics and Economics of the World Order*, London 1995; Jayasuriya, *Globalization, Law, and the Transformation of Sovereignty: The Emergence of Global Regulatory Governance*, in: *Indiana Journal of Global Legal Studies*, Vol. 6 No. 2 (1999) p. 425; Yamamoto/Ashizawa (Eds.), *Governance and Civil Society in a Global Age*, Japan Center for International Exchange 2001; im Kontext des Internet vgl. Grewlich, *Governance im Cyberspace – Regulierung globaler Netze im Systemwettbewerb?*, *RIW* 2000, 337 ff.; Zinnbauer, *Internet, Civil Society and Global Governance: The Neglected Political Dimension of the Digital Divide*, 7 *Information & Security* (2001), 45 ff.; Deutscher Bundestag (FN 82) S. 415 ff.

85 Fischer-Lescano (FN 67)

86 Vgl. hierzu und zum folgenden die Beiträge in Anheier/Glasius/Kaldor (Eds.), *Global Civil Society 2001*, *Global Civil Society Yearbook*, Oxford UP 2001; freilich ist auch im Kontext der globalen Zivilgesellschaft umstritten, ob wirtschaftsnahe Interessenverbände zur „Civil Society“ oder zur „Industry“ gehören. Auf die genaue begriffliche Abgrenzung kommt es indes gar nicht an, da im Kontext der „hybrid cross-border Governance“ ohnehin nicht klar zwischen Staat und Gesellschaft unterschieden werden kann. Entscheidend ist vielmehr, dass Vereinigungen wie der „Global Business Dialogue on E-Commerce“ ([www.gbde.org](http://www.gbde.org)) eine für moralische und ethisch-politische Argumente offene Diskussionsplattform bieten und zugleich den Zugriff auf wirtschaftliche Selbstregulierungsressourcen eröffnen. Sie bilden gleichsam den Transmissionsriemen, über den „ohnmächtige“ (i.e. nur mit der Kraft des besseren Arguments ausgestattete) zivilgesellschaftliche Botschaften unmittelbar (d.h. ohne staatliche Vermittlung) mit wirtschaftlicher Macht verknüpft werden.

gierungen und Wirtschaftsvertreter dann bestimmte Maßnahmen zur Erreichung dieser Ziele zu ergreifen, wobei in starkem Maße auf Selbstregulierung und *Private Ordering* gesetzt wird, während den Regierungen die Schaffung eines rechtlichen Rahmens für die Selbstregulierung obliegt.<sup>87</sup>

Den zivilgesellschaftlichen Assoziationen und Netzwerken, die *nicht* über die Ressourcen der Selbstregulierungsfähigkeit verfügen, sondern sich eher inhaltlich an der Formulierung von Politiken beteiligen, kommt dabei eine wichtige legitimierende Funktion zu, insofern sie die Privatisierung der Weltpolitik zwischen den mächtigen Bürokratien und Verbänden öffentlich kontrollieren. Im Wege der Skandalisierung nehmen sie Einfluss auf das globale *Agenda-Setting*, als Teilnehmer internationaler Konferenzen sind diese Gruppen an der Formulierung von Weltpolitik beteiligt, oder, soweit bestimmte Gruppen ihre Anliegen auf den internationalen Konferenzen nicht repräsentiert sehen, mobilisieren sie die Weltöffentlichkeit und konstituieren Gegenpolitiken. Schließlich haben sie Anteil an der Kontrolle der Einhaltung der so begründeten Selbstverpflichtungen.

Festzuhalten bleibt aber, dass diese Gruppen die Zivilgesellschaft nicht allein ausmachen. Wenn Wirtschaftsführer auf dem World Economic Forum über Umweltschutz, Welternährung oder Technologiepolitik rasonieren, wenn transnationale Unternehmen *Codes of Conduct* zu allen möglichen Politikzielen, vom Umweltschutz über Sozialstandards bis hin zum Verbraucherschutz, formulieren und implementieren, dann ist diese *not-for-profit-action* nicht einfach Wirtschaft, sondern zivilgesellschaftliches Engagement in den Spielräumen, die das Wirtschaftssystem hierzu lässt. Und gleiches gilt für die Selbstreflexion anderer Funktionssysteme auf ihre gesellschaftliche Umweltverträglichkeit, etwa wenn Wissenschaftler und Ärzte sich weltweit auf ethische Prinzipien einigen und diese über Ethikkommissionen implementieren.<sup>88</sup>

Weil globale Politik in Abwesenheit eines Weltstaates überhaupt nur durch Rückgriff auf die Ressourcen gesellschaftlicher Selbstregulierung möglich erscheint, können sich die zivilgesellschaftlichen Botschaften auch nicht vornehmlich an das politische System adressieren. Alternative Gegenpolitiken wirken deshalb über die Weltöffentlichkeit unvermittelt auf Entscheidungsträger in Wirtschaft, Wissenschaft und anderen Systemen ein. Die globale Zivilgesellschaft wirkt damit in mehrfacher Hinsicht auf sich selbst ein: zunächst in den öffentlichen Diskussionen um die Formulierung von Politiken und Gegenpolitiken, sodann bei der Implementierung dieser Ziele durch das „selbstgeschaffene (Zivil-) Recht der Zivilgesellschaft“.<sup>89</sup>

*These 2:* Weil die Begriffe „bürgerlich“ und „sozial“ je für sich durch einen pejorativen Beigeschmack etwas abgeschmackt erscheinen, ersetzen wir diese durch den Begriff „zivil“. Von der Privatautonomie über die Sozialautonomie zur Zivilautonomie; von der bürgerlichen Privatgesellschaft über den Sozialstaat der Industriegesellschaft zur globalen Zivilgesellschaft, vom bürgerlichen Formalrecht über materiales Sozialrecht zum prozeduralen Zivilrecht. Dann meinen wir zwar immer noch unterschiedliches, reden aber wenigstens über dasselbe: Das ist prozedurales Recht.

*These 3:* Die globale Zivilgesellschaft konstituiert sich als Zivilrechtsgesellschaft in der zivilen Praxis der autonomen Wahrnehmung von Eigeninteressen zugleich als Allgemein-

---

87 Vgl. z.B. OECD, Co-operative Approaches to regulation. Public Management occasional Papers No. 18, 1997; Ähnlich jetzt das "White Paper on European Governance" COM(2001) 428 final; siehe dazu die Beiträge in Joerges et. al. (Eds.), Mountain or Molehill? A Critical Appraisal of the Commission White Paper on Governance, Jean Monnet Working Paper No. 6/01 (<http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/010601.html>).

88 Vgl. dazu ausführlich Calliess, Prozedurales Recht (FN 3) S. 224-261.

89 Vgl. Teubner (FN 11); Calliess (FN 11).



teresse. In Abwesenheit eines Weltstaats und jenseits des Nationalstaats legitimieren sich transnationale Zivilregimes aus einer Zivilautonomie, die eingebettet in eine prozedurale Zivilverfassung garantiert (Privatisierung des Zivilrechts) und zugleich auf Gemeinwohlverträglichkeit hin ausgerichtet und begrenzt (Zivilisierung des Privatrechts) wird. Die fundamentalen Grundsätze und Prinzipien dieser globalen Zivilverfassung sind das allgemeine Allgemeinrecht der Weltgesellschaft.

#### IV. Verbraucherschutz und internationales Zivilrecht

Das Privatrecht ist von je her das Recht der Freien und Gleichen. In einer auf Ungleichheit und Unfreiheit gestützten Gesellschaft spielt es allerdings nur eine untergeordnete Rolle, insofern es durch eine Vielzahl von Sonderrechten und Privilegien überlagert wird. Erst mit der Aufklärung, die alle Menschen für frei und gleich erklärt, erhält das Privatrecht seine revolutionäre Bedeutung als allgemeines Allgemeinrecht, als Konstituenz der westlichen Kulturgesellschaft, das auf dem Allgemeinbegriff des „Bürgers“ aufbaut.<sup>90</sup>

Das Bürgerliche Gesetzbuch setzt dieses Konzept der Aufklärungsphilosophie mit ca. einhundertjähriger Verspätung um und zementiert damit das Ideal eines unparteiischen Rechts, ohne die längst bekannten Probleme des bürgerlichen Formalrechts, das die Frage nach den faktischen Voraussetzungen der Ausübung von rechtlicher Freiheit in der Tradition Kants im Begriff der „bürgerlichen Selbstständigkeit“ (keine „Kinder, Frauenzimmer, Unselbständigen“)<sup>91</sup> schlicht externalisiert,<sup>92</sup> zu reflektieren. Schon kurze Zeit nach seinem Inkrafttreten setzt deshalb der Prozess der schleichenden „Materialisierung des Privatrechts“<sup>93</sup> ein, der in der Verbraucherschutzgesetzgebung der vergangenen 25 Jahre kulminiert.<sup>94</sup>

Am Ende des sozialdemokratischen Jahrhunderts wiederholt sich dann in der großen Schuldrechtsreform der Vorgang der Zementierung von längst überholten Konzepten der Vergangenheit.<sup>95</sup> Die Schuldrechtsmodernisierung, die ausweislich ihrer Begründung<sup>96</sup> und getreu dem Motto der Regierung „nicht alles anders, aber vieles besser machen“ will, erreicht mit der Kodifikation von Richterrecht und der Integration des Verbraucherschutzes in das

---

90 Vgl. Böhm (FN 10) und Calliess, Privatautonomie (FN 3); Westphalen, "Der Mensch im Recht" - nur ein Verbraucher? ZIP 2002, 1327.

91 Kant, *Metaphysik der Sitten*, Werke Bd. IV (hrsg. von Weischädel), S. 433.

92 Bei Savigny heißt das etwa, dass Armutprobleme und unsittliche Privatrechtsausnutzung vom "öffentlichen Recht" her zu lösen sind: vgl. Rückert, Juristische Methode und Zivilrecht beim Klassiker Savigny, in: ders. (Hrsg.), *Fälle und Fallen in der neueren Methodik des Zivilrechts seit Savigny*, Baden-Baden 1997, S. 25 ff., 44.

93 Wieacker, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, 2. Aufl., Göttingen 1967, S. 514 ff.

94 Ein Überblick bei Drexl (FN 38) S. 17 ff.; Canaris, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, *AcP* 200 (2000), S. 273-364.

95 Gesetz vom 11.10.2001, BGBl I S. 3183. Überholt ist nicht die Frage nach einer "Zivilisierung des Privatrechts", wohl aber die spezifische Antwort des paternalistischen Schutzstaates, der Verbraucherschutz auf der Grundlage einer allgegenwärtigen „Ungleichgewichtslagen“-Semantik als einseitig parteiliches Wirtschaftsrecht zu Gunsten des „Schwächeren“ etabliert, so als ob sich „die“ Verbraucherinteressen objektiv gleichsam aus einem Klassengegensatz zwischen Verbrauchern und Unternehmern ergäben. Vgl. dazu schon die sehr weitsichtige und immer noch aktuelle Kritik bei Joerges, *Verbraucherschutz als Rechtsproblem*, Heidelberg 1981, mit der Schlussfolgerung (S. 127): „Die ... Desintegration der ‚Wirtschaftsverfassung‘ ist für die Hoffnungen auf einen ‚Allgemeinen Teil‘ des Verbraucherrechts ... fatal ... Verbraucherrecht kann sich ... nicht als konsistent strukturiertes Rechtsgebiet entfalten.“ Aus aktueller Sicht Schäfer, Grenzen des Verbraucherschutzes und adverse Effekte des Europäischen Verbraucherrechts, in: Grundmann (Hrsg.), *Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts*, Tübingen 2000, S. 559 ff.

96 Bundestag Drucksache 14/6040 vom 14.05.2001, Allgemeine Begründung, S. 79 ff.

Bürgerliche Gesetzbuch freilich eher das Gegenteil: alles wird irgendwie anders, aber auch nicht viel besser.<sup>97</sup> Die generelle Umstellung des Schuldvertragsrechts auf Verbrauchersmantik in Verbindung mit der schon durch das Fernabsatzgesetz<sup>98</sup> eingeführten Verbraucher- und Unternehmerdefinition als neuer Leitunterscheidung des Allgemeinen Teils des BGB<sup>99</sup> rüttelt darüber hinaus an den Grundlagen des Zivilrechts als allgemeinen Allgemeinrechts, nämlich am Allgemeinbegriff des Bürgers der Bürgergesellschaft.<sup>100</sup> Der korrekte Untertitel zur Überschrift „Reform des Bürgerlichen Rechts“ lautete daher mit Derrida: „Wie man abschafft, wovon man spricht“.<sup>101</sup> Es bleibt zu vermuten, dass dies den Intentionen der unterzeichnenden Justizministerin nicht gänzlich zuwiderläuft.<sup>102</sup>

Der „Verbraucher“ ist ein Begriff aus der ökonomischen Theorie. Er dient dort nicht als Leitdifferenz zur Abgrenzung von dem „Unternehmer“, sondern schlicht als Definition einer bestimmten Gruppe von Nachfragern in Abgrenzung zu den anderen Nachfragergruppen, die Waren oder Dienstleistungen mit dem Ziel der Weiterveräußerung (Handel) oder als Vorprodukte für die Produktion anderer Waren oder Dienstleistungen (Produzenten) beziehen.<sup>103</sup>

---

97 Überhaupt unverständlich ist jedenfalls die Vorstellung, die Kodifikation von Richterrecht und die Integration des Verbraucherschutzes in das BGB könnte „in der Sache“ folgenlos vollzogen werden. Vgl. zur „Folgenbewältigung“ aus der aktuellen Literatur nur Helms et al. (Hrsg.), *Das neue Schuldrecht*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2001, Stuttgart 2001; Schwab/Witt (Hrsg.), *Einführung in das neue Schuldrecht*, München 2002; Ehmann/Sutschet, *Modernisiertes Schuldrecht*, München 2002; Lorenz/Riehm, *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*, München 2002 mit umfangreichen Nachweisen.

98 Gesetz vom 27. Juni 2000, BGBl. I S. 897. Dazu Bülow/Artz, Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB, *NJW* 2000, 2049.

99 Vgl. Artz, Integration der Nebengesetze in das BGB, in: Schwab/Witt (FN 97) S. 225 ff.; W.-H. Roth, Europäischer Verbraucherschutz und BGB, *JZ* 2001, 475 ff.; zu §§ 13, 14 BGB vgl. MüKo-Micklitz (FN 39), jeweils m.w.N.

100 Völlig zutreffend heißt es in der Regierungsbegründung (FN 96, S. 91 f., 97 f.) dazu zwar: „... jeder Bürger (ist) zugleich Verbraucher und jeder Verbraucher zugleich Bürger“ und „Der Verbrauchervertrag ... ist die typische Erscheinungsform des schuldrechtlichen Vertrags“ (S. 91), unreflektiert – oder jedenfalls unerwähnt – bleibt aber, dass der Bürger damit für den Bereich des Schuldvertragsrechts funktionslos wird. „Nach der Logik der §§ 13 oder 14 können sie nur Verbraucher oder Unternehmer sein, weil es eine Zwischenkategorie nicht gibt ...“: MüKo-Micklitz (FN 39) § 13 R. 42. Selbst Rechtsgeschäfte zwischen Verbrauchern fallen unter den Verbraucherbegriff, was zwar ohne Rechtsfolgen im Hinblick auf besondere Schutznormen bleibt (MüKo-Micklitz (FN 39) § 13 R. 48 f.), aber verdeutlicht, dass es den Bürger im Schuldrecht nicht mehr gibt.

101 Derrida/Kittler, *Nietzsche – Politik des Eigennamens. Wie man abschafft, wovon man spricht*, Berlin 2000

102 Mit Wiethölder (Zur Argumentation im Recht: Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe, in: Teubner (Hrsg.), *Entscheidungsfolgen als Rechtsgründe*, Baden-Baden 1995, S. 89 ff.) gilt auch hier: „Herrschende Meinungen handeln eben, reden wenig“, weshalb Aussagen der Ministerin (Däubler-Gmelin, Die Abschaffung für die so genannte große Schuldrechtsreform, *NJW* 2001, 2281 ff.) unergiebig sind. Die Abschaffung des zur liberalen Ideologie dekonstruierten Überbaus BGB und dessen Ersetzung durch ein in Unternehmens- und Verbraucherrecht geteiltes Wirtschaftsrecht liegt aber auf der Linie der jetzt „Herrschenden“. Vgl. grundlegend Reich, *Markt und Recht*, Neuwied, Darmstadt 1977, S. 190 ff., 195 et passim; Assmann, *Wirtschaftsrecht in der Mixed Economy. Auf der Suche nach einem Sozialmodell für das Wirtschaftsrecht*, Königstein/Ts. 1980; vgl. aber auch die differenzierenden Beiträge in: Assmann/Brüggemeier/Hart/Joerges, *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, Königstein/Ts. 1980.

103 In der (neoklassischen) Preistheorie lautet die Leitdifferenz Angebot und Nachfrage, die korrespondieren Rollen Produzent und Konsument. Zur Abgrenzung vom Weiterverarbeiter, der Rohstoffe und Vorprodukte verbraucht, kann dann der Begriff „Endverbraucher“ genutzt werden, wobei der gewerbliche Nutzer von Endprodukten wiederum vom „privaten Endverbraucher“ zu unterscheiden ist, der eigentliches Objekt von Verbraucherschutzmaßnahmen ist. Zum ökonomischen Verbraucherbegriff Landsburg, *Price Theory and Applications*, 4th ed. 1999, chapter 3 and 4. Die „Ausbeutungstheorie des Verbraucherschutzes“ mit der Lehre vom „strukturellen Machtungleichgewicht“ fußt demgegenüber auf der in den 30er Jahren begründeten Lehre vom Monopolkapitalismus, vgl. dazu Lee, *Post Keynesian Price Theory*, Cambridge UP 1998, 32, 45 f., 145 ff.; Schäfer (FN 95) 599 f. m.w.N.

Aus diesem ökonomischen Erklärungskontext ist der Begriff im Zenit der politischen Klassenkampfretorik der sechziger Jahre zunächst in die Politik und später ins Recht übertragen worden.<sup>104</sup> Im Gegensatz zum überlieferten Sonderrecht der Kaufleute, das an einen Standesbegriff anknüpft (einmal Kaufmann immer Kaufmann: Formkaufmann, Kaufmann kraft Eintragung im Handelsregister, Vermutung für das Handelsgeschäft) ist der Verbraucherbegriff ein Rollenbegriff (jedermann, auch Unternehmer und Kaufleute sind Verbraucher), der an äußerlich nicht manifestierte, daher auch nachträglich nicht nachweisbare Motivlagen (privater Konsumzweck) anknüpft.<sup>105</sup> Da mangels rechtssicherer Abgrenzung tendenziell jedermann als Verbraucher behandelt wird, der nicht nachweislich als Unternehmer handelt,<sup>106</sup> und die Sonderrechte der Verbraucher (etwa nach dem neuen Kaufgewährleistungsrecht) auch auf die kaufmännischen Vertragsverhältnisse in der Lieferkette durchschlagen,<sup>107</sup> ist Verbraucherrecht kein Sonderrecht, sondern es zielt auf die Abschaffung und Ersetzung des Bürgers als Allgemeinbegriff.

Soweit Maßnahmen des Verbraucherschutzes mit spezifisch schutzbedürftigen Situationen gerechtfertigt werden, ist die Verbraucher/Unternehmer-Unterscheidung weder praktisch noch theoretisch geeignet, die schutzbedürftigen Situationen zutreffend abzugrenzen.<sup>108</sup> Maß-

---

104 Vgl. Drexl (FN 38) S. 64 ff.; zu den Problemen der Transformation des „sozialökonomischen“ in einen rechtlichen Verbraucherbegriff vgl. auch Reich (FN 102) S. 191 und Müko-Micklitz (FN 39) Vor §§ 13, 14, dessen detaillierte Ausführungen in ihren Widersprüchlichkeiten offen legen, dass die gesamte Verbraucher/Unternehmer-Unterscheidung wenig durchdacht ist.

105 Zum Unterschied zwischen traditioneller Standeszugehörigkeit und Rollenbegriff vgl. M. Rehbinder, Status - Kontrakt - Rolle. Wandlungen der Rechtsstruktur auf dem Wege zur offenen Gesellschaft, in: *Berliner Festschrift für Ernst E. Hirsch*, Berlin 1968, S. 141 ff., 143.

106 In der Praxis ist dies jedenfalls bei den Geschäften des täglichen Lebens der Fall, aber auch bei größeren Anschaffungen obliegt es regelmäßig dem Unternehmer als Kunden, etwa seine Vorsteuerabzugsberechtigung geltend zu machen. Für die Verbrauchereigenschaft i.S.v. § 13 BGB ergibt sich eine faktische Vermutung für die Verbrauchereigenschaft schon aus dem paternalistischen Charakter der Verbraucherschutznormen: „Rolle und Funktion des § 13 wäre grundsätzlich in Frage gestellt, wenn der Verbraucher es in der Hand hätte, ob er als Verbraucher oder als Unternehmer behandelt werden will, ob er den Schutz des Gesetzes in Anspruch nehmen will oder nicht. Der zwingende Charakter des Verbraucherrechts setzt seiner Dispositionsbefugnis Grenzen.“, Müko-Micklitz (FN 39), § 13 BGB R. 30; anders ist die Rechtslage nach Artikel 2 a) CISG “This Convention does not apply to sales: (a) of goods bought for personal, family or household use, *unless* the seller, at any time before or at the conclusion of the contract, neither knew nor ought to have known that the goods were bought for any such use”. Danach ist das CISG anwendbar, wenn dem Unternehmer die Verbrauchereigenschaft des Käufers nicht erkennbar war, weil dieser sich als Unternehmer geriert hat. Vgl. dazu Janssen, Kollision des einheitlichen UN-Kaufrechts mit dem Verbraucherschutzrecht am Beispiel der Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und –garantien, *VuR* 1999, 324 ff.

107 Vgl. Brüggemeier, Die EG-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und das zukünftige deutsche Recht des Kaufs beweglicher Sachen, *JZ* 2000, 529; Ernst/Gsell, Kritisches zum Stand der Schuldrechtsreform, *ZIP* 2001, 1389 ff., 1401f.; von Sachsen Gessaphe, Der Rückgriff des Letzverkäufers – neues europäisches und deutsches Kaufrecht, *RIW* 2001, 721 ff.; ausführlich zu den neuen §§ 478, 479 BGB Lorenz/Riehm (FN 97) R. 588 ff.

108 Das häufig als erstes Verbraucherschutzgesetz bezeichnete (z.B. Medicus, Schutzbedürfnisse (insbesondere der Verbraucherschutz) und das Privatrecht, *JuS* 1996, 761, 766) Abzahlungsgesetz von 1894 bezweckte vornehmlich den Schutz von Kleingewerbetreibenden (nach heutiger Diktion: „Scheinselbständiger“): vgl. Drexl (FN 38) S. 18 f.; Das Versicherungsvertragsgesetz von 1908, das AGB-Gesetz, das Fernunterrichterschutzgesetz und das Reisevertragsrecht im BGB beschränken den Anwendungsbereich ebenfalls nicht auf Verbraucher: vgl. nur Roth (FN 99) S. 476. Auch Art. 13-15 des EuGVÜ von 1968 beschränkten den Schutz von Teilzahlungskäufern nicht auf Verbraucher. Erst der EuGH hat den Begriff des privaten Endverbrauchers in einer atemberaubenden Fehlentscheidung erfunden (EuGH Rs. 150/77, Slg. 1978, 1431 – Bertrand), vgl. dazu ausführlich Schulze/Schulte-Nölke, *Casebook Europäisches Verbraucherrecht*, Baden-Baden 1999, Fall 1 mit Anmerkungen. Zu den praktischen Problemen mit dem Verbraucherbegriff vgl. auch die „Existenzgründerproblematik“, *ebenda* Fall 2 (EuGH Rs. C-269/95, Slg. 1997 I-3767 – Benincasa) und Fall 10 (EuGH Rs. C-361/89, Slg. 1991 I-1189 – Di Pinto), jeweils m.w.N. in den Kommentaren; zur Pro-

nahmen, die wie die Kaufgewährleistungsrichtlinie konsequent auf das Erfordernis spezifisch schutzbedürftiger Situationen verzichten, offenbaren demgegenüber ganz unverblümt ihren Charakter als einseitig parteiisches Recht.<sup>109</sup> Sie beruhen auf dem überkommenen Sozialmo-

---

blematik insgesamt Faber, Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht, *ZEuP* 1998, 854 ff.; interessant ist in diesem Zusammenhang, dass der ursprüngliche Vorschlag der Kommission zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (KOM (95) 520 endg.) den Verbraucherbegriff durch Erstreckung auf „dual use“ Güter erweitern wollte, was nur aus systematischen Erwägungen (Path-Dependency) aufgegeben wurde: vgl. Staudenmayer, EG-Richtlinie 1999/44/EG zur Vereinheitlichung des Kaufgewährleistungsrechts, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hrsg.), *Europäisches Kaufgewährleistungsrecht*, Köln 2000, S. 27 ff., 30 f.; überhaupt unverständlich ist schließlich, warum nach §§ 13, 474 ff. BGB abweichend vom Verbraucherbegriff in Art. 1 Abs. 2 a) der Richtlinie 1999/44/EG der Kauf eines weißen Kittels durch einen Krankenhausarzt oder der Kauf eines Schönfelder durch einen Richter Verbrauchsgüterkauf, derselbe Kauf durch einen niedergelassenen Arzt oder einen Rechtsanwalt aber nicht schutzwürdiger Unternehmerkauf sein soll, vgl. Ehmann/Sutschet (FN 97) S. 229 f.; zu den theoretischen Problemen der Rechtfertigung eines reinen Verbraucherschutzes vgl. nur Wackerbarth, Unternehmer, Verbraucher und die Rechtfertigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, *AcP* 200 (2000), 45 ff.; Aus theoretischer Sicht bietet die institutionenökonomische Lehre von den Informationsasymmetrien zwar immerhin ein in sich kohärentes Modell der Rechtfertigung von Regulierung, jedoch nicht für eine spezifisch auf Verbraucher beschränkte, sondern für eine allgemeine Vertragsrechtspolitik: vgl. Wein, Consumer Information Problems – Causes and Consequences, in: Grundmann et al. (Hrsg.) (FN 12), 80 ff.; Schäfer (FN 95) 560 ff. m.w.N.; Grundmann, Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht – warum sind sich UN-Kaufrecht und EU-Kaufrechtsrichtlinie so ähnlich?, *AcP* 202 (2002) 40 ff.; Gomez, EC Consumer Law and EC Competition Law: How related are they? A Law and Economics Perspective, Conference Paper ([www.secola.org](http://www.secola.org), London Conference 2002). In der Konsequenz verzichtet Drexl (FN 38) S. 397 ff. als Vertreter eines situationsbezogenen Verbraucherschutzes auf eine allgemeine Verbraucherdefinition, sein Konzept der wirtschaftlichen Selbstbestimmung macht den Begriff sogar entbehrlich, was zeigt, dass der Gesetzgeber mit §§ 13, 14 BGB ein anderes, eher klassentheoretisch inspiriertes Konzept verwirklicht hat.

109 Das kann an dieser Stelle nicht ausführlich begründet werden. Es geht bei dieser Kritik aber nicht lediglich um durch ökonomische Analyse oder Gesetzesfolgenabschätzung vermeidbare „unintended side-effects“ oder inverse Effekte von Verbraucherschutzvorschriften (vgl. dazu Schäfer, FN 95) oder um das Problem der mangelnden Objektivierbarkeit von Verbraucherinteressen mit der Folge, dass Verbraucherrecht vornehmlich die Interessen einer saturierten „neuen Mitte“ auf Kosten der wirklich sozial Bedürftigen schützt (vgl. die sehr hellsichtige Analyse von Joerges, FN 95, S. 128 sowie ausführlich Eidenmüller, *Effizienz als Rechtsprinzip*, Tübingen 1995, S. 295 ff., 304). Gesetzgeber und Teile der Rechtsprechung und Lehre sind vielmehr von einer Generation durchdrungen, der der „Sinn für Angemessenheit“ in einem Ausmaß abhanden gekommen ist, das zuweilen Radbruchs Frage nach „gesetzlichem Unrecht und übergesetzlichem Recht“ drängende Aktualität verleiht. Dazu nur einige Stichpunkte: Ohne historisches Vorbild ist das gesetzgeberische Feuerwerk, in welchem die in sechzehnjähriger Oppositionszeit angestaute Reformwut seit 1998 vulkanartig über dem Zivilrecht ausgebrochen ist. Im Brustton der Überzeugung wurden ganz unerhörte Regeln als Ausdruck der neuen sozialen Gerechtigkeit verkauft, nur um diese wenige Monate später als Folge diagnostizierten Rinderwahns wieder im Orkus verschwinden zu lassen: als Gebot des Verbraucherschutzes wurde durch Gesetz vom 30.03.2000 (BGBl. I S. 330) § 284 III BGB eingefügt, nach dem Geldschulden generell erst nach 30 Tagen bezahlt werden müssen (vgl. Gsell, Das neue Zahlungsverzugsrecht, *NotBZ* 2000, 178 ff.). Diese kreative Form eines „Verbraucherkreditgesetzes“ hat die Schuldrechtsreform nicht überlebt (vgl. § 286 III n.F. und die Kritik bei Palandt-Heinrichs, 61. Aufl., § 284 R. 24 ff.; Mankowski, Der Verbraucher und das Verzugsrecht. Oder: Gut gemeint, aber zweimal nicht gut gemacht, *ZGS* 2002, 177). Durch das Fernabsatzgesetz vom 27.6.00 (BGBl. I 897 u. 1139) wurde durch § 361 II 6 u. 7 BGB die Regel aufgestellt, dass Verbraucher sich Waren aller Art zusenden lassen oder auf Kredit kaufen dürfen, um diese 2 Wochen kostenlos zu nutzen und danach gegen Erstattung einer Nutzungsgebühr, die die durch die Ingebrauchnahme eingetretene Wertminderung in keiner Weise ausgleicht (in der Wegwerfgesellschaft sind gebrauchte Waren für den Handel regelmäßig wertlos), zurückzugeben. Auch dieser neuartige „Mietvertragskontrahierungszwang“ – sehr modern i.S.v. Rifkin, *Access. Das Verschwinden des Eigentums*, Frankfurt/M. 2000 – überlebte die Schuldrechtsreform nicht, § 357 III n.F. kehrt zu den Ursprüngen des Widerrufsrechts in § 11 Auslandsinvestmentgesetz (vom 28.7.1969) zurück, wo schon immer besonders deutlich war, dass man beim Widerruf des Kaufs eines Aktienfonds nicht den Einstiegspreis, sondern nur den Kurswert am Tag des Widerrufs zuzüglich der Verkaufsprovisionen zurückerhalten kann. Fraglich ist aber, ob diese Neuregelung europarechtlich hält. Vgl. dazu bejahend Lorenz/Riehm (FN 97) R. 413 ff., 445 ff., kritisch Schwab, Die Rückabwicklung von Verträgen nach §§ 346 ff. BGB n.F., in: Schwab/Witt (FN

dell der industriellen Klassengesellschaft, in welchem sich Großindustrie und Arbeitnehmer/Verbraucher gegenüber stehen.<sup>110</sup> In der häufig anzutreffenden oberflächlich-ökonomistischen Begründung solcher Schutzmaßnahmen (Versicherbarkeitsargument) wird zudem übersehen, dass die große Mehrzahl der kleineren und mittleren Unternehmen die völlig einseitige Abwälzung aller Risiken und Kosten nicht auf gigantische Umsätze umlegen können und dass solche Risiken am Markt auch nicht versicherbar sind.<sup>111</sup>

*These 4:* Die gegenwärtigen Maßnahmen des zivilrechtlichen Verbraucherschutzes konstituieren ein einseitig parteiliches Recht, welches sich entsprechend der Theorie vom „labeling approach“ seine eigene gesellschaftliche Wirklichkeit schafft: Die Überwälzung sämtlicher Risiken und Kosten auf den Unternehmer begünstigt auf der Angebotsseite Großunternehmen mit hohen Umsätzen und eigener Rechtsabteilung, für Kleinunternehmer ist das parteiliche Recht nicht nur ungerecht, sondern wirkt auch als rechtliche Marktzutrittsschranke. Auf der Nachfrageseite werden durch ein „hohes Verbraucherschutzniveau“ vornehmlich die Interessen einer risikoaversen Mittelschicht bedient, während Haushalte mit unterdurchschnittlichen Einkommen aus den Märkten „herausgepreist“ werden, weil ihnen die Mitfinanzierung der Vollkasko mentalität saturierter Großverbraucher auferlegt wird. Über die sozialpsychologischen Langzeitwirkungen verbraucherschützender Maßnahmen auf die rechtskulturelle Verankerung der Prinzipien eines Zivilrechts als allgemeinen Allgemeinrechts soll hier nicht spekuliert werden.

Da die Schuldrechtsmodernisierung freilich ihrem selbstgesetzten Anspruch nach ohnehin kein Jahrhundertwerk, sondern bloße Übergangsemantik auf dem Weg zu einem Euro-

---

97) S. 184 ff., 220 ff. jeweils m.w.N. Kurz erwähnt sei noch, dass die Regelung der Widerrufsrechte auch im zweiten Anlauf so durchdacht ausgestaltet war, dass sie bereits 6 Monate nach Inkrafttreten der Schuldrechtsreform einer Totalrevision unterzogen werden musste, nach der der Verbraucher bei auch nur leicht fehlerhafter Belehrung durch den Unternehmer zeitlich unbegrenzt vom Vertrag zurücktreten darf (vgl. den durch das Gesetz vom 7.6.2002 neu eingefügten § 355 III Satz 3 BGB, abgedruckt in ZBB 2002, 233 ff.). Schließlich sei noch die Beweislastumkehr nach Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und § 476 BGB erwähnt, die dem Unternehmer den praktisch unmöglichen bzw. unverhältnismäßig kostspieligen Nachweis zumutet, dass ein aufgetretener Sachmangel auf zufälligen Ereignissen (z.B. Überspannung durch Blitzeinschlag) oder unsachgemäßen Gebrauch (z.B. heruntergefallenes Handy) beruht, obwohl der Unternehmer hierzu gar keine Angaben machen kann, weil sich die Sache nicht in seinem Besitz befindet. In der Praxis wird diese Regel (vorbehaltlich einer extrem restriktiven Auslegung durch die Rechtsprechung) zu einer Art Vollkaskoversicherung für den Verbraucher führen, die lediglich bei offensichtlicher und durch den Verbraucher nicht vertuschbarer grober Fahrlässigkeit (z.B. das ins Klo gefallene Handy) nicht greift. Kritisch auch B. Jud, ÖJZ 1997, 444; Ehmann/Rust, JZ 1999, 853, 857. Sehr plastisch die absurden Ergebnisse aufzeigend der Fall 11 in: Köhler/Fritzsche, *Fälle zum neuen Schuldrecht*, München 2002.

110 Zur „klassentheoretischen“ Begründung von Verbraucherrecht vgl. Tonner, Verbraucherschutz und Klassentheorie, *Demokratie und Recht* 1976, 241 ff.; Reich (FN 102) S. 190 ff.

111 Zu „Contracts as Insurance“, „market- and self-insurance“ und der Verteilung von Risiken und Pflichten nach dem Modell des „cheaper or superior risk insurer“ vgl. R. Posner, *Economic Analysis of Law*, 5th ed. 1998, S. 115 ff.; zur Anwendung auf die Rechtfertigung der zweijährigen Gewährleistungsfrist vgl. Schlechtriem, Entwicklung des deutschen Schuldrechts und europäische Rechtsangleichung, in: Helms et al. (Hrsg.) (FN 97) S. 9 ff., 12 f.; kritisch Wehrt, Warranties, in: Bouckaert/De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics, Volume III. The Regulation of Contracts*, Cheltenham 2000, S. 179 ff., der aufgrund einer ausführlichen ökonomischen Analyse der durch eine „full warranty“ begründeten „moral hazards“ (i.e. fehlender Anreiz für den Käufer zum vorsichtigen Umgang mit dem Produkt) gesetzgeberische Interventionen zurückweist. Vgl. auch Wein, Eine ökonomische Analyse der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zum Gewährleistungsrecht, *JbW* 2001, 77 ff.; Schäfer (FN 95) S. 564 ff. Selbst wenn man aber etwa die Beweislastumkehr des § 476 BGB beim Kauf fabrikneuer technisch komplexer Güter für richtig hält, so bleibt uneinsichtig, warum diese Regel auf den Verbrauchsgüterkauf i.S.v. § 474 BGB beschränkt bleibt, weil z.B. Anwälte sich mit Faxgeräten nicht besser auskennen als Richter. Konsequenter hat der österreichische Gesetzgeber die Beweislastumkehr ins allgemeine Gewährleistungsrecht übernommen: vgl. Welser/Jud, Die neue Gewährleistung, *Kurzkommentar* (2001), zu § 924 ABGB R. 6.

päischen Zivilgesetzbuch ist,<sup>112</sup> wenden wir uns im Folgenden den wichtigen Fragen zu, als da wären der Verbraucherschutz im Europäischen und Internationalen Privatrecht (1) sowie die Perspektiven eines transnationalen Verbraucherschutzregimes in der globalen Zivilrechtsgesellschaft (2).

## 1. Europäisches und Internationales Verbrauchervertragsrecht, oder: Recht als autopoietisches Unsystem

Auf europäischer Ebene ist eine merkwürdige Interessenverquickung anzutreffen: Eine Gruppe von selbsternannten Verbrauchervertretern, deren normatives Konzept in der Ersetzung des klassischen Privatrechts durch ein als Wirtschaftsrecht verstandenes regulatorisches Verbraucherrecht besteht, ist im kaum durchschaubaren System der europäischen „Komitologie“ eine Allianz mit „progressiven“ Europäern eingegangen, die ihr Ziel der Schaffung eines einheitlichen europäischen Privatrechts mangels Kompetenzgrundlage nicht verwirklichen konnten.<sup>113</sup> Als Ergebnis ist eine Flut von systematisch wenig durchdachten, dem politischen Zufallsprinzip zu verdankenden Richtlinien entstanden, die weder einer konsequenten Schutzsystematik folgen, noch dem Ziel der Beseitigung rechtlicher Handelshemmnisse durch Rechtsvereinheitlichung im Binnenmarkt dienen.<sup>114</sup>

---

112 Vgl. Schlechtriem (FN 111) S. 10; Lorenz/Riehm (FN 97) R. 5 m.w.N.

113 Besonders einflussreich war die „European Consumer Law Group“ (ECLG), der pro Mitgliedstaat ein Vertreter von Verbraucherverbänden und ein Professor angehören und deren Stellungnahmen seit kurzem über die Homepage der DG Sanco zugänglich sind. Zur fehlenden Legitimation der Verbraucherverbände wurde bereits Stellung bezogen. Nach welchen Kriterien die Professoren ernannt werden, ist unklar, faktisch gehören der Gruppe jedoch tendenziell Vertreter eines „hard core consumerism“ an, die eher im Selbstverständnis von Interessenvertretern argumentieren, als nach System und Prinzipien zu fragen. Vgl. nur die Argumentation in „Consumer Transactions on the Internet“ (ECLG/194/2000). Die ebenfalls von der Europäischen Kommission finanzierte, mit klassischen Privatrechtlern und Rechtsvergleichern besetzte „Commission on European Contract Law“ beschäftigt sich hingegen nicht speziell mit Verbrauchervertragsrecht. Zur Komitologie vgl. die Beiträge in Joerges/Falke (Hrsg.), *Das Ausschusswesen der Europäischen Union. Praxis der Risikoregulierung im Binnenmarkt und ihre rechtliche Verfassung*, Baden-Baden 2000; zu den Legitimitätsproblemen und der Notwendigkeit einer Konstitutionalisierung der Komitologie vgl. allgemein Joerges, „Good Governance“ im Europäischen Binnenmarkt, *Europarecht* 2002 Heft 1; ders., in diesem Band, jeweils m.w.N.; aus den Beiträgen von Joerges ergibt sich, dass das Problem der nicht ausreichend legitimierte Beeinflussung der europäischen Gesetzgebung keinesfalls auf den Verbraucherschutz beschränkt ist, insbesondere die Ordoliberalen waren vermittelt der europäischen Wettbewerbspolitik besonders erfolgreich. Zu den fragwürdigen Kompetenzgrundlagen der europäischen Verbraucherschutzrichtlinien, insbesondere vor dem Hintergrund des EuGH-Urteils zur Tabakwerberichtlinie vgl. W.-H. Roth (FN 99) S. 477 ff. m.w.N.

114 Die Kritik am „Richtlinieneklektizismus“ (vgl. zuletzt wieder Schlechtriem, Wandlungen des Schuldrechts in Europa – wozu und wohin, *ZEuP* 2002, 213 ff.: „Das Chaos ist systembedingt“, „besser passt das Bild eines Quilts aus vielen verschiedenen Einzelstücken, die von Farbblinden zusammengesetzt werden sollen“; und am Beispiel der Heininger-Entscheidungen von EuGH und BGH Callies, *The Limits of Eclecticism in Consumer Law: National Struggles and the Hope for a coherent European Contract Law*, *GLJ* Vol. 3 No. 8 - 1 August 2002: [www.germanlawjournal.com](http://www.germanlawjournal.com)) ist Legion. Interessanter als die Extrempositionen von Gärtner, *Zum Standort des Verbraucherrechts*, *JZ* 1992, 73 ff. und Dreher, *Der Verbraucher – Das Phantom der Opera des europäischen und deutschen Rechts*, *JZ* 1997, 167 ff. ist freilich, dass diese Kritik nunmehr von den Urhebern des „autopoietischen Unsystems“ selbst geteilt wird (vgl. Micklitz, *A Comment on Party Autonomy and Consumer Regulation in the European Community – A Plea for Consistency*, in: Grundmann et al. (eds.) (FN 12), S. 197 ff.) und sogar in offiziellen Verlautbarungen der Kommission formuliert wird (vgl. *Communication on European Contract Law*, COM 398 (2001) final; *Green Paper on EU Consumer Protection*, COM(2001) 531 final).

Verbraucherschutz ist traditionell eine Querschnittskompetenz, die in den verschiedensten Politikfeldern zu berücksichtigen ist.<sup>115</sup> Nach dem Verhältnismäßigkeitsprinzip staatlichen Handelns sind dabei besonders wichtige Probleme durch öffentliches Wirtschaftsaufsichtsrecht zu regeln, während weniger wichtige Anliegen privatrechtlich als sog. *self-executing norms* verankert werden.<sup>116</sup> Für grenzüberschreitende Sachverhalte gilt entsprechend dieser Wichtigkeitsabstufung nach internationalem Recht der Grundsatz, das ausländische Verwaltungsakte (Genehmigungen etc.) im Inland prinzipiell keine Wirkung entfalten (Territorialitätsprinzip), während ausländisches Privatrecht grundsätzlich anerkannt und angewandt wird (*Comitas*).<sup>117</sup>

Durch die sog. „Cassis-Philosophie“ des EuGH, die im Binnenmarkt-Weißbuch der Kommission zum allgemeinen Grundsatz der Binnenmarktpolitik erhoben wurde, ist der Grundsatz der Nichtanerkennung ausländischer Verwaltungsakte für das öffentliche Recht in sein Gegenteil verkehrt worden.<sup>118</sup> Wie traditionell nur im Internationalen Vertragsrecht gilt im Binnenmarkt nunmehr das Herkunftslandprinzip, ein Produkt oder eine Dienstleistung, die in einem Mitgliedstaat den Verbraucherschutzstandards genügt und deshalb rechtmäßig in den Verkehr gebracht wurde, darf auch in allen anderen Mitgliedstaaten vertrieben werden. Unterschiedliche öffentlich-rechtliche Verbraucherschutzstandards werden auf der Grundlage einer – nur aufgrund zwingender Erfordernisse vom Aufnahmemitgliedstaat widerlegbaren – Vermutung für ihre Gleichwertigkeit gegenseitig anerkannt, auch wenn bisher keine Harmonisie-

---

115 Dieser Zusammenhang gerät in der Debatte um den zivilrechtlichen Verbraucherschutz häufig aus dem Blick. Vgl. aber Aicher/Holoubek (Hrsg.), *Der Schutz von Verbraucherinteressen. Ausgestaltung im öffentlichen Recht und im Privatrecht*, Wien 2000. Zur Querschnittsklausel des Art. 153 II EG vgl. Wichard, in: C. Calliess/Ruffert, EUV/EGV, 2. Aufl. 2002, Art. 153 R. 21.

116 Im öffentlichen Recht finden sich wiederum nach Wichtigkeit gestaffelte Abstufungen zwischen präventivem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt, Anzeigepflichten und reaktiver Mißbrauchskontrolle nach dem Legalitäts- oder Opportunitätsprinzip. Für das Privatrecht gelten hingegen mangels „öffentlichem Interesse“ am Vollzug Verhandlungsgrundsatz und Dispositionsmaxime.

117 Diese Unterscheidung ist freilich ebenso wie die zugrunde liegende Unterscheidung von öffentlichem Recht und Privatrecht im Detail schwierig und umstritten, vgl. Kegel/Schurig, *Internationales Privatrecht*, 8. Aufl. München 2000, § 3, S. 157-167 (zur *comitas*) und § 23 (zum internationalen öffentlichen Recht); ausführlich Schnyder, *Wirtschaftskollisionsrecht*, Zürich 1990. Eindeutig ist aber, dass deutsche Behörden und Verwaltungsgerichte kein ausländisches öffentliches Recht anwenden, und dass eine in den USA zugelassene Bank, die in Deutschland über eine Zweigstelle Bankgeschäfte betreiben will, erneut der Erlaubnis nach dem KWG bedarf, oder dass ein in den USA zugelassenes Arzneimittel in Deutschland erneut zugelassen werden muss, um nur zwei Beispiele aus dem verbraucherschützenden Wirtschaftsaufsichtsrecht zu nennen. Demgegenüber wenden Zivilgerichte nach Art. 3 I 1 EGBGB ausländisches Privatrecht an und ausländische Urteile werden gem. §§ 722, 723 ZPO ohne Prüfung der Gesetzmäßigkeit der Entscheidung unter den Voraussetzungen von § 328 ZPO vollstreckt. Der tiefere Grund für die *comitas* i.S.d. grundsätzlichen Gleichbehandlung in- und ausländischen Rechts liegt in der bei Kant und Savigny begründeten Lehre vom „reinen“ Privatrecht, das frei von öffentlichen Schutzzwecken sei, so dass kein öffentliches Interesse an der Anwendung gerade des eigenen Privatrechts besteht, während im Falle öffentlich-rechtlicher Schutzgesetze eine solche Gleichwertigkeitsvermutung gerade nicht begründet scheint: vgl. Kropholler, *Internationales Privatrecht*, 4. Aufl., Tübingen 2001, S. 16 ff.

118 EuGH Rs. 120/78 Slg. 1979, 649 (Cassis des Dijon); zur weiteren Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH vgl. Epiney, in: C. Calliess/Ruffert (FN 115) Art. 28 EG R. 20 ff.; zum daraus abgeleiteten „Neuen Ansatz“ der Mindestharmonisierung der Europäischen Kommission vgl. die Mitteilung der Kommission über die Auswirkungen des Urteils des EuGH, Rs. 120/78, ABl. EG 1980 C 256/2; und das Weißbuch zur Vollendung des Binnenmarkts, KOM(85), 310 end.; Streinz, Mindestharmonisierung im Binnenmarkt, in: Everling/Roth (Hrsg.), *Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt*, 1997, S. 9 ff.; Zu „Cassis-Philosophie“ und „Vertrauensprinzip“ vgl. Oppermann, *Europarecht*, 2. Aufl. 1999, R. 1299 ff.; Dausen, in: ders. (Hrsg.), *Handbuch EU-Wirtschaftsrecht*, C I, R. 104 ff.; Calliess, Heimatstaatprinzip und Europapass im europäischen Finanzmarktrecht. Wettbewerb der Finanzdienstleister oder der Finanzplätze? EWS 2000, 432 ff.; Joerges, in diesem Band.

rung stattgefunden hat. Diese Gleichwertigkeitsvermutung wird sogar unwiderlegbar, sofern bereits eine Mindestharmonisierung stattgefunden hat.<sup>119</sup>

Die europäische zivilrechtliche Verbraucherschutzpolitik hat diese Grundsätze sämtlich auf den Kopf gestellt. Art. 5 EVÜ führt 1980 für Verbraucherverträge erstmalig das dem internationalen Schuldvertragsrecht bis dahin unbekannt, dem traditionellen öffentlich-rechtlichen Ansatz entsprechende Bestimmungslandprinzip ein.<sup>120</sup> Daran wird später auch für die zahlreichen durch Richtlinien „harmonisierten“ Bereiche des Verbraucherrechts festgehalten.<sup>121</sup> Der Grundsatz der Mindestharmonisierung wird hier auf doppelte Weise ad absurdum geführt: *Zum einen*, weil die Verbraucherrichtlinien nicht in den Mitgliedstaaten vorhandene unterschiedliche Verbraucherschutz-niveaus soweit harmonisieren, dass eine gegenseitige Anerkennung im übrigen tragbar erscheint, sondern neue, den mitgliedstaatlichen Privatrechten bis dahin unbekannt Schutzvorschriften einführen.<sup>122</sup> *Zum anderen*, weil es auf der Grundlage eines völlig falsch verstandenen Subsidiaritätsprinzips den Mitgliedstaaten freigestellt wird, das nach Art. 95 II EG ohnehin „hohe Schutzniveau“ nochmals zu überbieten. Wenn die Mitgliedstaaten in Ausschöpfung dieses Spielraums etwa die Widerrufsfristen unterschiedlich festsetzen, so wird das Ziel der Rechtsharmonisierung ohne erkennbaren sachlichen Grund verfehlt. Da trotz Mindestharmonisierung auf die gegenseitige Anerkennung im übrigen verzichtet wird, ist die Rechtslage im Hinblick auf die rechtlichen Transaktionskosten für den europaweiten Vertrieb durch die Richtlinien nicht verbessert, sondern verschlechtert worden.<sup>123</sup>

---

119 Zur Gleichwertigkeitsvermutung und der gegenseitigen Anerkennung im Internationalen Privatrecht s.o (FN 117). Das Heimatstaatprinzip im Internationalen Schuldvertragsrecht ergibt sich aus Art. 4 II EVÜ und Art. 28 II EGBGB. Zur ratio vgl. Kropholler (FN 117) S. 447 ff. Dass die „Cassis-Philosophie“ somit auf den Prinzipien des IPR gründet, wird weder vom EuGH noch – soweit ersichtlich – in der europarechtlichen Literatur erwähnt. Die privatrechtliche Literatur diskutiert eher umgekehrt, ob sich aus der Grundfreiheiten-Rechtsprechung des EuGH Rückschlüsse auf das IPR ziehen lassen, vgl. Drasch, *Das Herkunftslandprinzip im internationalen Privatrecht*, Baden-Baden 1997; zuletzt wieder Grundmann, *Binnenmarktkollisionsrecht - vom klassischen IPR zur Integrationsordnung*, *RabelsZ* 69 (2000) 457 ff. m.w.N.; einmalig klar sind die Parallelen aber bei Basedow (Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt: favor offerentis, *RabelsZ* 1995, 1 ff.) herausgearbeitet.

120 Vgl. nur Kropholler (FN 117) S. 459 ff. m.w.N.; Martiny, *Internationales Vertragsrecht im Schatten des Gemeinschaftsrechts*, *ZEuP* 2001, 308 ff.; Versteht man Verbraucherschützende Normen als Eindringen öffentlich-rechtlicher Zwecke in das Vertragsrecht, so ist das Verbraucherlandprinzip insofern konsequent, als die Gleichwertigkeitsvermutung für ein i.S.v. Savigny „verunreinigtes“ Privatrecht nicht gelten kann, zumal der Anwendungsbereich von Art. 5 EVÜ und Art. 29 EGBGB auf den sog. „passiven Verbraucher“ beschränkt ist. Soweit allerdings auch Vertragsschlüsse über das Internet unter Art. 29 EGBGB fallen sollen, ist diese Unterscheidung fragwürdig, vgl. Calliess (FN 78) S. 71 ff. m.w.N.; zur Frage, ob sich aus der Cassis-Philosophie nicht abweichend von Art 5 EVÜ wenigstens die Notwendigkeit der gegenseitigen Anerkennung der unterschiedlichen Kaufrechte der Mitgliedstaaten ergibt ausführlich Langner, *Das Kaufrecht auf dem Prüfstand der Warenverkehrsfreiheit des EG-Vertrages*, *RabelsZ* 2001, 222 ff. m.w.N., der freilich nicht speziell auf Verbraucherverträge eingeht. Im Anschluss an Basedow (FN 119) geht die h.L. davon aus, dass Art 5 EVÜ als „zwingendes Erfordernis“ des Verbraucherschutzes i.S.d. Cassis-Rechtsprechung gerechtfertigt werden kann, was allerdings erstaunlich ist, insoweit der Großteil aller Verbrauchervorschriften durch Richtlinien mindestharmonisiert ist, was die Gleichwertigkeitsvermutung nach dem EuGH unwiderleglich macht.

121 Die in Art. 29 a EGBGB konsolidierten Rechtswahlbegrenzungsklauseln der Richtlinien greifen nur im Falle der Wahl des Rechts eines Drittstaates, verweisen dann aber konsequent auf das Recht des Mitgliedstaats, zu dem die engste Verbindung besteht, welches nicht mit dem Verbraucherland identisch sein muss. Vgl. Wagner, *Zusammenführung Verbraucherschützender Kollisionsnormen aufgrund EG-Richtlinien in einem neuen Art 29 a EGBGB*, *IPRax* 2000, 249 ff.

122 Vgl. Joerges, in diesem Band.

123 Zur Erläuterung diene das Beispiel der Fernabsatzrichtlinie (97/7/EG, ABl. EG 1997 L 144/19): Art. 6 führt erstmals ein Widerrufsrecht mit einer Frist von „mindestens 7 Werktagen“ ein, Art. 14 lässt strengere Vorschriften zu. Bei der Umsetzung der Richtlinie werden Fristen von 10 Tagen (England), 10 Werktagen (Ita-



Die nach Art. 5 II EVÜ für Verbraucherverträge beschränkt zugelassene Rechtswahl ist ein schlechter Scherz, insofern jede Rechtswahl den Unternehmer noch schlechter stellt als das Verbraucherlandprinzip, weil nach herrschender Ansicht eine Rechtswahl zum konkreten Günstigkeitsvergleich zwischen gewähltem Recht und Verbraucherlandrecht führt, so dass der Verbraucher gesetzlich sanktioniertes Rosinenpicken betreiben darf.<sup>124</sup> Die Argumentation der h.M. bleibt freilich unverständlich, insofern es ihr schon im Ansatz nicht mehr um Gerechtigkeit, d.h. um Verbraucherschutz als Wiederherstellung gestörter Vertragsparität, sondern um eine völlig einseitige Übervorteilung des Unternehmers zu Gunsten des Verbrauchers geht. Wenn Art. 5 EVÜ hingegen auf die Verhinderung des Missbrauchs der Rechtswahlfreiheit zielt, dann dürfte er etwa bei grenzüberschreitenden Kaufverträgen der Wahl des Rechts eines anderen Mitgliedstaates der EU nicht mehr entgegen stehen, weil spätestens mit der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie europaweit ein bisher unbekanntes Niveau an Verbraucherschutz erreicht ist, so dass der Verbraucher in seinem Vertrauen auf das ihm bisher national bekannte Schutzniveau gar nicht mehr enttäuscht werden kann. Die danach verbleibenden nationalen Unterschiede erfüllen den Tatbestand des Art. 5 II EVÜ („Schutz entzogen“) nicht mehr.<sup>125</sup>

---

lien) und 2 Wochen (§ 355 I BGB) usw. festgesetzt. Da im grenzüberschreitenden Fernabsatz, insbesondere im E-Commerce geschlossene Verträge nach überwiegender Meinung von Art. 5 EVÜ erfasst sind (Calliess (FN 78) S. 71 ff. m.w.N.), gilt das Verbraucherlandprinzip (Das in der E-Commerce Richtlinie (2000/31/EG, ABl. EG L 178/1) verankerte Herkunftsstaatprinzip erstreckt sich gem. Art. 1 IV nicht auf das IPR). Ein europaweit tätiger E-Shop muss nicht nur seine Vertragsbestimmungen, sondern auch die Belehrung und Überwachung der Einhaltung der Widerrufsfristen auf 16 verschiedene Rechtsordnungen einstellen, bzw. die Belieferung von Verbrauchern aus Umsatzschwachen Kleinststaaten verweigern, da diese gem. Art. 12 I der Richtlinie und Art. 5 EVÜ nicht auf das „höhere Schutzniveau“ ihres Heimatrechts (10 Werk-tage) zu Gunsten des mindestens auf dem „hohen Schutzniveau“ der Richtlinie (7 Werktage) befindlichen Heimatrechts des Anbieters verzichten können (ganz h.M.; a.A. nur Grundmann, *Europäisches Schuldver-tragsrecht*, 1999 Teil 1 Rn. 80, 110 ff.). Diese auch aus Verbrauchersicht überhaupt unverständliche Ausge-staltung der Richtlinie führt nicht zum nach Art. 95 EG gebotenen Abbau von Handelshemmnissen, sondern begründet neue, die ohne die Richtlinie gar nicht vorhanden gewesen wären. Von der Kompetenzgrundlage der Art. 95, 153 EG sind solche kontraproduktiven Maßnahmen nicht gedeckt (vgl. dazu Wichard FN 115; Heiss, Verbraucherschutz im Binnenmarkt: Art. 129 a und die wirtschaftlichen Verbraucherinteressen, *ZEuP* 1996, 625 ff.; a.A. Reich, Zur Theorie des Europäischen Verbraucherschutzrechts, *ZEuP* 1994, 381 ff.). Tendenziell einsichtig zeigt sich die Kommission inzwischen in der „Consumer Policy Strategy 2002-2006“ (COM(2002) 208 final): „The Green Paper [on Consumer Protection of October 2001, GPC] and the Commission’s Strategy on Services make it clear that the simple application of mutual recognition, without harmonisation, is not likely to be appropriate for such consumer protection issues. However, provided a suf-ficient degree of harmonisation is achieved, the country of origin approach could be applied to remaining questions.“

124 Ganz h.M., vgl. grundlegend Mäsch, *Rechtswahlfreiheit und Verbraucherschutz*, Berlin 1993, der aber wegen der Gefahr des Rosinenpickens für einen am konkreten Klagebegehren orientierten Gesamtvergleich plädiert; Heiss, in: Czernich/Heiss (Hrsg.) *Das Europäische Schuldvertragsübereinkommen, EVÜ*, 1999, Art. 5 R. 9 ff. m.w.N.; deutlich auch Heiss, Inhaltskontrolle von AGB-Rechtswahlklauseln nach europäi-schem Internationalem Privatrecht? *RabelsZ* 2001, 634 ff., 650: „Wo Art. 5 EVÜ greift, will er [der Unter-nehmer, GPC] überhaupt keine Rechtswahl, zumal sie ihn nur belasten kann.“

125 Das gilt für die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie schon deshalb, weil es sich bei den Gewährleistungsregeln um für Verbraucherverträge (halb-) zwingende Vorschriften handelt, die auch i.S.d. Keck-Rechtsprechung nicht Verkaufsmodalitäten betreffen, sondern produktbezogen sind (Ware und über Gewährleistung ver-mittelte Mangelversicherung sind ein gekoppeltes Produkt, vgl. Langner (FN 120) S. 232). Gleiches muss in der Konsequenz jedenfalls für all jene Bereiche gelten, die durch Richtlinien harmonisiert sind, weil nationale Schutzhöhen im Einzelfall (z.B. 10 statt 7 Werktage Widerrufsfrist) wohl kaum als „zwingen-de Erfordernisse“ i.S. der Rechtsprechung zu Art. 28 EG rechtfertigungsfähig sind (weder erforderlich noch angemessen). Vgl. auch Grundmann, Binnenmarktkollisionsrecht - vom klassischen IPR zur Integration-sordnung, *RabelsZ* 69 (2000) 457; ders., *Europäisches Schuldvertragsrecht*, ZGR Sonderheft 15, 1999, der sich freilich nicht konkret zu den Rechtsfolgen nach Art 5 EVÜ äußert, sondern lediglich ausführt, dass im Falle der Mindestharmonisierung strengeres Verbraucherlandrecht dem EU-Unternehmer „nicht entgegen-gehalten werden“ könne (a.a.O. Teil 1 RN 80, 118), was immer das bedeuten mag.

*These 5:* Die europäische Privatrechtssetzung wird von einer Allianz aus „hard core consumerists“ und „supranationalists“ dominiert, als deren Ergebnis sich das Europäische Verbrauchervertragsrecht als autopoietisches Unsystem etabliert hat, welches nicht nur fundamentalen Rechtsgrundsätzen, sondern schon den Gesetzen der Logik widerspricht.

Optimisten dürfen auf Abhilfe im Rahmen der Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches hoffen, das als Kodifikation logisch-systematischer ausfallen dürfte als der bisherige Richtlinien- und Staatsvertragseklektizismus.<sup>126</sup> Zuvor müsste freilich im Anschluss und nach dem Vorbild der Lando-Principles gründlich über die „Prinzipien des Europäischen Verbrauchervertragsrechts“, also über Allgemeines Allgemeinrecht (i.S.v. parteilicher Unparteilichkeit) im Gegensatz zu einer bloßen Verallgemeinerung des Unsystems nachgedacht werden.<sup>127</sup>

## 2. Transnationales Verbrauchervertragsrecht: Wettbewerb der Verbraucherschutzregimes in der globalen Zivilrechtsgesellschaft

Ein noch so schönes Europäisches Zivilgesetzbuch kann allerdings zwei Probleme nicht lösen: *Zum einen* ist der Streitwert der Masse der Verbraucherverträge so gering, dass sich die Inanspruchnahme des staatlichen Gerichtssystems schlicht und ergreifend nicht lohnt. Dies gilt schon auf nationaler Ebene<sup>128</sup> und um so mehr für grenzüberschreitende Verträge.<sup>129</sup> *Zum anderen* ist die Harmonisierungswirkung eines Europäischen Zivilgesetzbuches auf den Binnenmarkt beschränkt. Im Rahmen des sich gegenwärtig entwickelnden E-Commerce spielen räumliche Distanzen hingegen eine immer geringere Rolle. Jedenfalls für den Bereich digita-

---

126 Vgl. dazu die „Communication on European Contract Law“ (COM 398 (2001) final), welche unter [http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract\\_law/index\\_en.html](http://europa.eu.int/comm/consumers/policy/developments/contract_law/index_en.html) einschließlich aller Stellungnahmen und Nachfolgedokumente erhältlich ist; vgl. auch die Beiträge in: Grundmann/Stuyck (eds.), *An Academic Green Paper on European Contract Law*, den Haag (Kluwer) 2002; Schlechtriem (FN 114); Kötz, *Alte und neue Aufgaben der Rechtsvergleichung*, *JZ* 2002, 257 ff.; Schwintowski, *Auf dem weg zu einem Europäischen Zivilgesetzbuch*, *JZ* 2002, 205 ff.; Staudenmayer, *The Commission Communication on European Contract Law and the Future Prospects*, 51 *International and Comparative Law Quarterly* (2002), 673 ff.; Sonnenberger, *Privatrecht und Internationales Privatrecht im künftigen Europa: Fragen und Perspektiven*, *RIW* 2002, 489 ff.; Grundmann, *Internationales Privatrecht als Verfassungsordnung*, *RIW* 2002, 329 ff.

127 Vgl. zu Plänen der Europäischen Kommission zur Ausarbeitung entsprechender Prinzipien „Consumer Policy Strategy 2002-2006“ (COM(2002) 208 final): „... propose co-ordination of research activities. These activities could lead to the elaboration of a general frame of reference, establishing common principles and terminology.“ Vgl. schon Müko-Micklitz vor §§ 13, 14 BGB R. 29 a.E.; alles entscheidend wird dabei freilich die Besetzung einer solchen Kommission sein, weil hier die alten Grabenkämpfe wieder aufbrechen werden. Während den „hard core consumerists“ eine Generalisierung des „acquis“ (z.B. Widerrufsrechte, Beweislastumkehr und zwingender Charakter für alle Verbraucherverträge) ohne jedes als Rückschritt verstandene Hinterfragen der Sinnhaftigkeit geltender Regelungen vorschwebt, wird es den Traditionalisten um die Herausarbeitung verallgemeinerungsfähiger Regeln zur Bewältigung von Informationsasymmetrien gehen, die freilich im Ergebnis die Verbraucher/Unternehmer-Unterscheidung grundsätzlich unterlaufen werden. Zu einer vermittelnden Position, die die Kritik am „Consumerism“ mit der Forderung nach einer allgemeinen europäischen Vertragstheorie, die auch soziale Schutzaspekte („Prinzip der Rücksichtnahme und Fairness“, S. 390) einbezieht, verbindet vgl. Lurger, *Grundfragen der Vereinheitlichung des Vertragsrechts in der Europäischen Union*, Wien/New York 2002.

128 Vgl. Scherpe, *Außergerichtliche Streitbeilegung in Verbrauchersachen*, Tübingen 2002, S. 8 ff., 18 f. mit umfangreichen Nachweisen aus der „Access to Justice“-Literatur.

129 Siehe hierzu insbesondere das Grünbuch der Kommission vom 9. Februar 2000 "Prozesskostenhilfe in Zivilsachen: Probleme der Parteien bei grenzüberschreitenden Streitsachen", KOM (2000) 51 endg.; laut einer von Gessner durchgeführten Studie betragen die Kosten für eine grenzüberschreitende Klage mit einem Streitwert von 2000 € durchschnittlich 2489 €, vgl. European Consumer Law Group, ECLG/157/98 - 29/04/98.

lisierbarer Güter wird allgemein eine rasante Zunahme von grenzüberschreitenden Verbraucherverträgen auch jenseits der Europäischen Union erwartet.<sup>130</sup>

Mit dem Ziel der Förderung des globalen E-Commerce durch Stärkung des Verbrauchervertrauens werden daher gegenwärtig im Zusammenwirken von staatlichen, zivilgesellschaftlichen und wirtschaftlichen Akteuren alternative Verbraucherschutzverfahren entwickelt, die man als globale Zivilregimes begreifen kann.<sup>131</sup> In aller Kürze: Ein Unternehmen oder eine Institution der wirtschaftlichen Selbstregulierung (z.B. Handelskammer) legt in einem Code of Conduct bestimmte materielle, prozedurale und prozessuale Standards des Verbraucherschutzes fest und vergibt an E-Commerce-Unternehmen, die diese Standards beachten, ein Gütesiegel (Trustmark). Treten Streitigkeiten auf, so werden diese effizient und kostengünstig durch einen unabhängigen Online Dispute Resolution Service Provider geschlichtet. Dessen Entscheidungen können gegenüber dem Unternehmen durch Drohung mit dem Entzug des Gütesiegels Verbindlichkeit erlangen. Zudem ist es denkbar, die Entscheidungen durch involvierte E-Payment-Service-Provider (z.B. Kreditkartenanbieter) zu vollstrecken, die im Kontokorrentverhältnis zu den Beteiligten elektronisch Belastungen und Rückbelastungen vornehmen können.<sup>132</sup>

Gegenwärtig wird eine unübersichtliche Vielzahl solcher Verfahren von Anbietern entwickelt, die teils staatlich gefördert werden, teils im Wege der Selbstregulierung von der Industrie finanziert werden, oder aber auch als Unternehmer mit Gewinnerzielungsabsicht auftreten.<sup>133</sup> Besonders spannend an dieser Entwicklung ist, dass alle Betroffenen, sowohl Unternehmer als auch Verbraucher unmittelbar Einfluss auf das gewünschte Regulierungsniveau haben, weil die Anbieter von Trustmarks, Codes of Conduct und Online Dispute Resolution in Wettbewerb zueinander stehen. Das im Regulierungswettbewerb häufig befürchtende „Race to the Bottom“<sup>134</sup> findet hier nicht statt, weil den staatlichen Rechtsregimes nicht entkom-

---

130 Vgl. schon den fünften Zwischenbericht der Enquete-Kommission „Zukunft der Medien in Wirtschaft und Gesellschaft - Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft“ zum Thema Verbraucherschutz in der Informationsgesellschaft, BTag Drucksache 13/11003; das gilt auch nach Zusammenbruch der New-Economy-Börsenblase, weil die Online-Umsätze kontinuierlich zulegen: vgl. OECD, *Measuring the Information Economy*, 2002, S. 59 ff.; die Umsätze der Online-Retailer in den USA sind im 3. Quartal 2002 gegenüber dem Vorjahreszeitraum um 33 % gestiegen: [www.ecommercetimes.com/perl/story/20081.html](http://www.ecommercetimes.com/perl/story/20081.html).

131 Zur Frage, unter welchen theoretischen und praktischen Bedingungen solche Zivilregimes als „Rechtssysteme“ verstanden werden können vgl. am Beispiel der Lex Mercatoria und der Uniform Domain Name Dispute Resolution Calliess (FN 11) m.w.N.

132 Vgl. dazu bereits Calliess, *Rechtssicherheit und Gerechtigkeit im elektronischen Welthandel*, in: Dönges/Mai (Hrsg.), *E-Commerce und Wirtschaftspolitik*, Stuttgart 2001, 189 ff. m.w.N. sowie die Nachweise in FN 78. Vgl. auch Perritt, *Disputes solved in Cyberspace: the demand for new forms of ADR*, 15 *OHIO ST. J. ON DISP. RESOL.* 675; Hörnle, *Online Dispute Resolution in Business to Consumer E-commerce Transactions*, *The Journal of Information, Law and Technology (JILT)* 2002 (2); Katsh/Rifkin, *Online Dispute Resolution, Resolving Conflicts in Cyberspace*, San Francisco 2001.

133 GBDe, *Trustmarks*, September 26, 2000 ([www.gbde.org](http://www.gbde.org)) mit einem Überblick über existierende Programme in Annex 1; Grünbuch der Kommission über alternative Verfahren zur Streitbeilegung im Zivil- und Handelsrecht vom 19.04.2002, KOM (2002) 196 endg.; OECD, *Resolving E-Commerce Disputes Online*, DSTI/ICCP/CP(2002)2/FINAL; International Chamber of Commerce, *Out-of-Court settlement of disputes concerning e-commerce consumer transactions. An inventory of current approaches*, 2001; Consumers International, *Disputes in Cyberspace 2001*, November 2001; American Bar Association, *Task Force on Electronic Commerce and Alternative Dispute Resolution, Addressing Disputes in Electronic Commerce, Final Report and Recommendations*, September 2002.

134 Vgl. nur Tjong, *Breaking the Spell of Regulatory Competition: Reframing the Problem of Regulatory Exit*, *RabelsZ* 2002, 66 ff. m.w.N.; Andeutungen zu einer positiven Bewertung auch bei Joerges, in diesem Band; zu den Funktionsvoraussetzungen eines Wettbewerbs der Privatrechtsordnungen vgl. auch die hervorragende Analyse von Kieninger, *Rechtsentwicklung im Wettbewerb der Rechtsordnungen*, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen*, 2002, S. 72 ff., die einen Systemwettbewerb zwischen staatlichen Privatrechtsordnungen (insbes. im Bereich des Ver-

men werden kann und soll, sondern ein zusätzliches privates Angebot geschaffen wird, um das Verbrauchervertrauen und damit die Umsätze zu steigern. Unternehmer- und Verbraucherinteressen laufen aber auch deshalb parallel, weil nicht nur die Unternehmer, sondern auch die Verbraucher mobil sind. Trustmark-Anbieter mit zu geringem Schutzniveau werden nicht genügend Verbraucherumsätze generieren können.<sup>135</sup>

Dieser Wettbewerb der verbrauchervertragsrechtlichen Zivilregimes entwickelt sich zunächst vollkommen jenseits der staatlichen Rechtsordnungen. Der Zugang zum staatlichen Gerichtssystem bleibt offen, ist aus Verbrauchersicht gegenüber der Online-Streitschlichtung aber wenig attraktiv. Freilich kann sich in einem zweiten Schritt, wenn sich der Markt der Trustmark- und Dispute-Resolution-Provider im Wettbewerb bereinigt hat und sich aus institutionen-ökonomischer Sicht die effizientesten Regulierungsmodelle durchgesetzt haben, die Frage nach einer staatlichen Anerkennung solcher Zivilregimes unter bestimmten rechtsstaatlichen Auflagen ergeben. Ein prozedurales europäisches Verbrauchervertragsrecht könnte dann ein reflexives Gütesiegel (trustmark of trustmarks) anbieten, bzw. entsprechend dem Vorbild des Schiedsverfahrensrechts als Zivilverfassungsrecht den Wettbewerb der transnationalen Zivilregimes in einer Weise verfassen, die sowohl Wettbewerbsbeschränkungen zum Nachteil der Unternehmer als auch einen unlauteren Wettbewerb zum Nachteil der Verbraucher verhindert. Das von Joerges eingeführte „Entdeckungsverfahren Praxis“<sup>136</sup> erfährt in diesem Regulierungsmodell eine Wiederbelebung, freilich ruhen die institutionellen Hoffnungen weniger staatszentriert auf Gesetzgebung, Rechtsprechung oder Verbraucherverbänden, sondern in der transnationalen Vertrags- und Selbstregulierungspraxis globaler Zivilregimes und in deren Konstitutionalisierung.

*These 6:* Die Prinzipien eines Weltverbrauchervertragsrechts werden von der globalen Zivilrechtsgesellschaft im Wettbewerb Verbraucherschützender Zivilregimes geschaffen. In diesem „Entdeckungsverfahren Praxis“ liegt die Chance, das Rechtsrätsel eines Verbrauchervertragsrechts nicht als parteiliches Sonderrecht, sondern als allgemeines Allgemeinrecht zu lösen. Aufgabe eines prozeduralen europäischen Verbrauchervertragsrechts ist es dabei, über die Begründung eines Zivilverfassungsrechts den Prozess der Privatisierung des Zivilrechts zu ermöglichen und zugleich um die nötige Zivilisierung des Privatrechts zu ergänzen.

---

brauchervertragsrechts) für extrem unwahrscheinlich hält, bzgl. eines Wettbewerbs von privaten Vertragsrechtsordnungen aber optimistisch ist (S. 93).

135 Zum Einfluss neuer Verbraucherinformationsseiten mit reflexiven Bewertungssystemen wie [www.e-pinions.com](http://www.e-pinions.com) oder [www.dooyoo.de](http://www.dooyoo.de) vgl. Maurer, Privates Recht im Internet: Reflexive Bewertungsstrukturen als Legitimationsinstrument globaler Entscheidungen (Seminararbeit, Frankfurt/Main 2002).

136 Joerges (FN 95), S. 132 ff.