

Rechtsanwalt Dr. Friedrich Graf von Westphalen, Köln

Schattenseiten des Verbraucherschutzes*)

Wer über Ziele und Erfordernisse des Verbraucherschutzes ein wenig intensiver nachdenkt, der wird gewiß feststellen: das Anliegen des Verbraucherschutzes ist heutzutage im Grundsätzlichen allgemein akzeptiert. Gerade deswegen erscheint es müßig, die im Zeichen des Verbraucherschutzes stehenden neuen gesetzlichen Regelungssachverhalte und etwa noch beabsichtigte Vorhaben lediglich aufzuzeigen, sich gleichsam nur auf eine Bestandsaufnahme zu konzentrieren, aus der dann weitere Forderungen an den Gesetzgeber abgeleitet werden. Dergleichen ist bereits zu oft geschehen. Ganz im Gegenteil. Notwendig und dringlich ist es, einige — wie mir scheint nicht ausreichend bedachte — Auswirkungen des Verbraucherschutzes Ihnen vor Augen zu führen, zumal ich davon überzeugt bin, daß wir hier erst am Beginn einer noch lange nicht abgeschlossenen Entwicklung stehen, die für die Wirtschaft weitreichende Konsequenzen nach sich ziehen wird.

Thesenartig möchte ich dies mit folgender Behauptung untermauern, um dann den Versuch zu unternehmen, das eine oder andere exakter zu begründen: Verbraucherschutz bedeutet im weitem Umfang eine Absage an die liberalen Grunddogmen der Privatautonomie des Einzelnen. Nicht mehr der einzelne Verbraucher ist Herr des Rechtsgeschäfts; nicht mehr der einzelne Verbraucher ist allein verantwortlicher Initiator autonom gesetzter Rechtsverhältnisse. Denn der Staat kommt dem Verbraucher, der als hilflos, sozial, intellektuell und wirtschaftlich unterlegen apostrophiert wird, was in der Sache eine gewiß im wesentlichen zutreffende Beschreibung ist, entgegen. Er setzt zwingendes Recht anstelle dispositiven Rechts, dekretiert zwingende Sanktionsfolgen, die der Dispositionsbefugnis der Parteien entzogen sind. Der Abschied von der privatautONOMEN Geschäftsfähigkeit des Einzelnen scheint eingeläutet, der point of no return wohl bereits überschritten. Mehr noch: Was früher als Unglücksfall verstanden wurde — vom Erwerb eines schadhafte Produkts bis zur nicht erwartungsgemäß ausgefallenen Urlaubsreise — wird nunmehr zum Haftungsfall; selbst das nach einer fehlgeschlagenen Sterilisation geborene Kind wird als Schaden reklamiert¹⁾: das Anspruchsbewußtsein steigt ständig — eine Erscheinung, die nicht auf die Verbraucherschaft beschränkt ist, sondern — dies ist ja die Kehrseite der Medaille — das Sicherheitsbedürfnis der Wirtschaft herausgefordert hat. Der Versicherungsschutz nimmt daher immer weitere Bereiche unternehmerischer Tätigkeit in Beschlag, und das Anspruchsbewußtsein wird auf dieser Ebene mit der schon klassischen Metapher versehen: „insurance breeds claims“. Doch das alles vollzieht sich ja nicht, wie jedem Kundigen einleuchtet, in vorherberechenbaren Entwicklungsschritten. Exakter kann von Entwicklungsschüben gesprochen werden, weil ja das, was der Gesetzgeber im Zeichen des Verbraucherschutzes dekretiert, nur dem Zeitgeist — dem vermeintlichen oder dem wirklichen, wenn es ihn gibt — entspricht. Dieser Zeitgeist aber äußert sich — und dies ist eigentlich die beklagenswerteste Auswirkung, die auch dem Verbraucherschutz zuzurechnen ist — in dem Verlust des Bindend-Verbindlichen; eine Partikularisierung der Gerechtigkeitspostulate ist die Konsequenz: von der Gerechtigkeit als Tugend — als öffentlicher wie privaten Tugend — ist ja nicht mehr die Rede, und dies ganz notwendigerweise, weil sich die Gerechtigkeit, die nicht mehr als Tugend empfunden und verstanden wird, der Norm nicht mehr bemächtigen kann, weder einer allgemein verbindlichen noch einer allgemein verständlichen. Die Normflut ist die Folge, der überhandnehmende Präjudizienkult das zwingende Resultat dieser Entwicklung: die Auflösung des Normativen, des Generellen ins Einzelne, wo nur noch das Präjudiz, weil ja im Interesse der Gerechtigkeit Gleiches gleich behandelt werden soll, Verbindlichkeit beansprucht. Aber es ist eine Ver-

bindlichkeit, die keineswegs mehr mit der gebotenen Verlässlichkeit vorhergesagt werden kann — weder vom Normadressaten noch vom Unternehmer als Prototyp des homo oeconomicus. Die Rechtssicherheit — notwendiger Bestandteil der Gerechtigkeit — erleidet im wachsenden Maß Einbußen; die Voraussehbarkeit, die Berechenbarkeit gerechter Entscheidungen wird zusehends geschmälert — eine Entwicklung, die freilich so neu nicht ist; sie ist im Arbeitsrecht und im Steuerrecht eine seit geraumer Zeit vertraute Erscheinung. Doch sie bemächtigt sich in zunehmendem Maß des Zivilrechts. Gewiß, daran ist die oft und mit Recht beklagte Entwicklung schuld, daß nämlich der Gesetzgeber die zivilrechtliche Verantwortlichkeit durch Fixierung zahlloser Generalklauseln auf den Richter überwältigt. Wenn aber diese Thesen richtig sind, dann könnte als Endpunkt vielleicht doch folgendes Fazit zutreffend sein: Wenn im Zeichen des Verbraucherschutzes das liberale Dogma der Geschäftsfähigkeit abhanden gekommen ist, dann läge es ja nur in dieser Konsequenz, daß dem Unternehmer damit auch das Vertragsrecht als überschaubares, in seinen Auswirkungen vorhersehbares Normengerüst aus der Hand genommen sein könnte — dem Zug der Zeit entsprechend; es wäre, wenn diese These sich erweisen würde, dann dem Experten überantwortet — natürlich nur mit sehr eingeschränkter Haftung, die im Ergebnis gleichwohl beim wirtschaftenden Unternehmer verbliebe.

I. Gegenwärtige Bilanz

Es erscheint hilfreich, um die im Vorgehenden aufgezeigten Thesen zu erhärten, einen kurzen Blick auf die bereits abgeschlossenen Gesetzgebungsvorhaben zu werfen, die unter der Perspektive des Verbraucherschutzes — national wie auf europäischer Ebene — eingeordnet werden können.

1. Bereits abgeschlossene Vorhaben

Der Verbraucherschutz trägt in Deutschland ein weithin sichtbares Datum, wenn man hierfür eine politische Elle nimmt. Es ist der 18. 10. 1971: an diesem Tag legte die Bundesregierung ihren ersten „Bericht zur Verbraucherpolitik“ vor²⁾. Dort heißt es:

„Die Bundesregierung sieht die Verbraucherpolitik im Gesamtrahmen der Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik. Wie bereits in der Regierungserklärung zum Ausdruck gebracht, will die Bundesregierung eine Gesellschaft, die mehr Freiheit bietet und mehr Mitverantwortung fordert. Dies gilt auch für die Verbraucherpolitik . . .

Als Nachfrager sollten die Verbraucher in der marktwirtschaftlichen Ordnung gleich stark sein wie die Anbieter. Im tatsächlichen Marktgeschehen ist der Verbraucher aber zumeist der schwächere Partner“ . . .

Und dann kommen die — wie mir scheint — zentralen Aussagen:

„Die Marktstellung des Verbrauchers muß durch staatliche Maßnahmen verbessert werden, damit er seine Chance besser wahrnehmen kann“³⁾.

Im „Ersten Bericht zur Verbraucherpolitik“ werden dann folgende Sachgebiete aufgeführt, in denen die Rechtsstellung der Verbraucher gestärkt, d. h. der Anbietermacht auf dem Markt angeglichen werden soll: Unlauterer Wettbewerb, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Produzentenhaftung, Verpackungsordnung und einige andere Bereiche. Die Bundesregierung betont dabei — dieser Aspekt darf nicht unterschlagen werden — daß es nützt, den Verbraucher zu erziehen, ihn aufzuklären und eine wesentlich verbesserte Verbraucherinformation zu betreiben.

*) Bei dem Beitrag handelt es sich um einen Vortrag, den der Verfasser am 22. 7. 1980 in der Industrie- und Handelskammer München gehalten hat. Die Vortragsform wurde beibehalten und diese lediglich um Fußnoten und einige Änderungen ergänzt.

1) BGH Urt. vom 18. 3. 1980, DB 1980 S. 2184, FamRZ 1980 S. 654; FamRZ 1980 S. 657.

2) BT-Drucks. 6/2724.

3) Hierzu auch von Hippel, Verbraucherschutz, 1. Aufl., S. 175 f.

Am 20. 10. 1975 veröffentlichte die Bundesregierung ihren „Zweiten Bericht zur Verbraucherpolitik“⁴⁾. Darin werden die Gedanken des Ersten Berichts im wesentlichen wieder aufgegriffen und fortgeführt — entsprechend den aktualisierten Bedürfnissen des Verbraucherschutzes. Die vorhin zitierte — als zentral gewertete Aussage — wird nunmehr mit folgenden Worten umschrieben:

„Wie die Konsumfreiheit, so gehört auch die Vertragsfreiheit zu den grundlegenden Rechten unserer Wirtschaftsordnung. Für den Verbraucher bedeutet es eine unverletzliche Verkürzung dieser Freiheiten, wenn der stärkere Marktpartner sie dazu mißbraucht, einseitig seine Interessen durchzusetzen. Dem Mißbrauch der Freiheit zu Lasten eines der Marktbelegten muß der Staat entgegenzutreten. Die Rechtsordnung muß durch entsprechende Regeln sicherstellen, daß auch in der Praxis vergleichbare Aktionsspielräume für Anbieter und Verbraucher erhalten bleiben“⁵⁾.

Genannt werden dabei folgende Maßnahmen: Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, des finanzierten Abzahlungsgeschäfts, der Produzentenhaftung, des Reiseveranstaltungsvertrages, aber auch: die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, das Gesetz zum Widerruf von Haustürgeschäften sowie einige weiter entfernt liegende Sachgebiete.

Es ist gewiß von weitreichender Bedeutung, daß die im Ersten und Zweiten „Bericht zur Verbraucherpolitik“ angeführten Sentenzen nicht auf ihre nationalen Bezüge reduziert werden dürfen, vielmehr sind sie — zumindest — im europäischen Rahmen zu sehen. Denn auf der Pariser Gipfelkonferenz der Staats- und Regierungschef der Europäischen Gemeinschaft war am 21. 10. 1972 beschlossen worden, die Aktivitäten der Europäischen Gemeinschaft auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes zu stärken und zu koordinieren — eine Aufforderung, welche dann am 14. 4. 1975 zur Entschließung des Rates der Europäischen Gemeinschaften führte⁶⁾. Dort heißt es u. a.:

„Nunmehr ist eine Gemeinschaftspolitik notwendig, die auf den Schutz der Verbraucher abzielt und die durch Zusammenfassung, Verstärkung und Ergänzung der Arbeiten der Gemeinschaft unterstreicht, die Lebensqualität ihrer Einwohner zu verbessern.“

Und unter Ziff. 3 ist dann zu lesen:

„Der Verbraucher wird jetzt nicht mehr lediglich als Käufer oder Benutzer von Gütern und Dienstleistungen für den persönlichen, familiären oder kollektiven Bedarf betrachtet, sondern als jemand, der an allen Aspekten des sozialen Lebens, die unmittelbar oder mittelbar auf ihn als Verbraucher Auswirkung haben können, Anteil nimmt.“

Als notwendige Maßnahmen zum Schutz des Verbrauchers werden anschließend folgende Gebiete angegeben:

- Recht auf Schutz der Gesundheit und Sicherheit des Verbrauchers;
- Recht auf Schutz seiner wirtschaftlichen Interessen;
- Recht auf Wiedergutmachung erlittener Schäden;
- Recht auf Unterrichtung und Bildung;
- Recht auf Vertretung.

Bezogen auf einige bereits gestreifte Gesichtspunkte des Verbraucherschutzes heißt es dann:

„Während der Verbraucherschutz in den Mitgliedstaaten der Gemeinschaft eine lange Tradition hat, ist das Konzept einer Verbraucherpolitik verhältnismäßig neu. Es stellt eine Antwort auf die gelegentlich Mißbrauch und Enttäuschung verursachende Lage dar, der sich der Verbraucher infolge der zunehmenden Fülle und Vielfalt von Gütern und Dienstleistungen auf einem ständig wachsenden Markt gegenüberseht. Obwohl ein solcher Markt Vorteile bietet, ist der Verbraucher nicht mehr voll in der Lage, als Marktteilnehmer seine Rolle eines Gleichgewichtselements zu spielen.“

Vieles von dem, was als rechtspolitische Forderung in dem Ersten und Zweiten „Bericht zur Verbraucherpolitik“ enthalten war, ist mittlerweile Gesetz geworden: Die Verordnung über Preisangaben aus dem Jahr 1973, die jetzt allmählich zu greifen beginnt, die Zweite Novelle zum Kartellgesetz aus dem gleichen Jahr, die jetzt zur Verschärfung der Fusionskontrolle geführt hat, die Zweite Novelle zum Abzahlungsgesetz von 1974, die Gerichtsstands-novelle aus dem gleichen Jahr, schließlich — sozusagen als Herzstück — das Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen vom 15. 12. 1976 und das Arzneimittelge-

setz, welches zum 1. 1. 1978 in Kraft trat sowie das Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht und letztlich das neue Reisevertragsgesetz.

2. Eingeleitete Vorhaben

Doch diese Aufzählung — notwendigerweise unvollständig wie sie ist — wäre sogar irreführend, würde man nicht hinzunehmen, daß sich vor allem die Judikatur zur Produzentenhaftung in diesen Jahren — auf Grund richterlicher Rechtsfortbildung und damit als Schöpfung von Fallrecht — ganz erheblich fortentwickelt hat. Ich werde darauf noch zu sprechen kommen, weil ja auf diesem Gebiet — vielleicht eines nicht mehr allzu fernen Tages — das erste maßgebende auf Verbraucherschutz zielende Vorhaben der Europäischen Gemeinschaft ins Haus steht: die Richtlinie zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte⁷⁾. Obwohl die Verhandlungen im Rat der Europäischen Gemeinschaften über den geänderten Richtlinienentwurf im Januar diesen Jahres begonnen haben, ist allerdings kaum mit einer raschen Entscheidung zu rechnen. Ähnliches gilt für den Entwurf einer „Richtlinie des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbrauchercredit“⁸⁾. Dies ist vor allem im Hinblick darauf von Belang, daß der Gesetzesentwurf der Bundesregierung betreffend finanzierte Rechtsgeschäfte und Maklerverträge⁹⁾ in der letzten Legislaturperiode nicht mehr verabschiedet wurde. Auch andere, auf die Verbesserung des Verbraucherschutzes zielende Gesetzesvorhaben erlitten das gleiche Schicksal: der Entwurf eines Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften¹⁰⁾, der Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des UWG¹¹⁾, und auch die beabsichtigte Novellierung des zivilrechtlichen Kreditwuchers — sie alle blieben auf der Strecke¹²⁾. Kein Zweifel: die Verdienste des achten Deutschen Bundestages um den Verbraucherschutz sind wesentlich geringer als die seines Vorgängers, der ja immerhin so zentrale Gesetze wie das Arzneimittelgesetz und das AGB-Gesetz verabschiedete; und wer das Datenschutzgesetz auch dem Bereich des Verbraucherschutzes zuweisen will, muß dem Siebten Deutschen Bundestag noch einen weiteren Pluspunkt zusprechen. Doch ungeachtet des geringeren Elans des Achten Deutschen Bundestages auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes, soviel steht fest: Das rechtspolitische Thema des Verbraucherschutzes ist aus der parlamentarischen Arbeit nicht mehr wegzudenken; es nimmt inzwischen einen zentralen Platz ein: Der Verbraucherschutz ist in sein Recht getreten. Der Konsequenzen sind viele, zumal der nicht ausreichend bedachten, der einfach hingegenommenen. Von ihnen ist nunmehr — freilich dem Thema entsprechend — vor allem in ihren negativen Auswirkungen die Rede.

II. Privatautonomie und Verbraucherschutz

Lassen Sie mich nach diesem kursorischen Überblick über den gegenwärtigen Stand des Verbraucherschutzes die, wie mir scheint, wesentliche negative Auswirkung des Verbraucherschutzes aufgreifen: die Sanktionierung des Verlustes der Privatautonomie. Rechtssoziologisch könnte man natürlich sogleich einwenden: Es ist völlig konsequent, daß der Verbraucher seine privatautonome Rechtsmacht einbüßt; denn wenn er, was kaum zu bestreiten ist, sozial, wirtschaftlich und vor allem auch intellektuell dem Unternehmer — prototypisch verstanden als Repräsentant der anderen Marktseite — unterlegen und hilflos ihm ausgeliefert ist, dann muß der Staat Mittel und Wege finden, dieses Ungleich-

4) BT-Drucks. 7/4181.

5) Vgl. auch von Hippel, Verbraucherschutz, 2. Aufl., S. 239.

6) Abgedruckt bei von Hippel, a.a.O. S. 348 ff.

7) BT-Drucks. 8/3358; vgl. auch Landfermann, RiW/AWD 1980 S. 161 ff.

8) BT-Drucks. 8/2953.

9) BT-Drucks. 8/3212.

10) BT-Drucks. 8/130.

11) BT-Drucks. 8/2145.

12) BT-Drucks. 8/456.

gewicht auszutarieren. So gesehen und in dieser Wertung wird also der rechtstatsächlich diagnostizierte Verlust des Verbrauchers an autonomer Rechtsgestaltungsmacht durch staatliche Hilfeleistungen in Form zwingenden Rechts ersetzt. Die Privatautonomie, welche im dispositiven Recht ihre Entsprechung und ihren Niederschlag findet, tritt in den Hintergrund — qualitativ und quantitativ; die so entstehende Lücke wird durch der Parteidisposition entzogene zwingende Rechtsregeln aufgefüllt.

Dagegen wäre in der Sache nicht viel einzuwenden, entspräche es doch einem Gebot der Gerechtigkeit, dem Hilflosen unter die Arme zu greifen, ihn nicht einer Vertragsfreiheit ausliefern, die — gemessen an den Kategorien der Gerechtigkeit — wenig anders ist als der Vorteil des Unternehmers, als Willkür und Beliebigkeit, Umgestaltung des dispositiven Rechts zum eigenen Nutzen. Doch es stellt sich die entscheidende Frage, ob denn der Verlust an privatautonomer Rechtsgestaltungsmacht wirklich — nach der bisherigen Entwicklung — auf den Verbraucher beschränkt ist. Aus nahe liegenden Gründen soll dies an Hand des AGB-Gesetzes und der dazu ergangenen Judikatur untersucht werden. Denn wäre der Befund, wenn das Ergebnis dieser Überlegungen vorliegt, so, daß der Verlust der Privatautonomie weit über den Schutzbereich der Gruppe der Verbraucher hinausgeht, dann wäre dies in der Tat eine überaus beklagenswerte Folge — eine überhaupt nicht zureichend bedachte — die dem Verbraucherschutz anzulasten wäre: nämlich das dann bald abzusehende Ende der auf liberalen Dogmen beruhenden Geschäftsfähigkeit und ihre Ersetzung durch das Institut der wirtschaftlichen Geschäftsfähigkeit. Der Sektor der privatautonomeren Gestaltungsfreiheit des Rechtssubjekts wäre auf den kaum justitiablen Parameter der wirtschaftlichen, intellektuellen und sozialen Gleichgewichtigkeit reduziert. Soweit ein solches jedoch nicht konstatiert wird, würde der Staat seinen Anspruch auf sozialen Sukkurs anmelden, indem er dann Regelungen zwingenden Rechts zur Verfügung stellt — als Schutz vor den Fallstricken der eigenen geschäftlichen Unvernunft, vor allem aber als Ersatz der eigenen rechtsgeschäftlichen Unmündigkeit des Bürgers.

1. Der Terminus des „Verbrauchers“

Es ist von einigem Belang, daß der Gesetzgeber es bislang vermieden hat, den Terminus des „Verbrauchers“ exakt zu bestimmen, obwohl sich ja gerade Gesetze auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes dafür anbieten. Vielmehr arbeitet der Gesetzgeber — nach wie vor¹³⁾ — mit einer verwirrenden Fülle von Abgrenzungskriterien. Gemeinsam ist diesen in der Mehrzahl der getroffenen Regelungen der Nenner, daß mit dem „Verbraucher“ der private Letztverbraucher gemeint ist¹⁴⁾. Doch muß man im Auge behalten, daß — wie z. B. in § 24 AGB-Gesetz geschehen — dem Prototyp des „Verbrauchers“ der des „Kaufmanns“ entgegengestellt wird, sofern dieser ein Rechtsgeschäft abschließt, welches zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehört. Folglich ist auch der Kaufmann, mag er noch zu erfahren sein, ja, selbst dann, wenn ihm die Segnungen eines Rechtsgelehrten zuteil wurden, immer dann nur „Endverbraucher“, wenn er privat, also außerhalb seines Gewerbes tätig wird.

Doch ist sogleich darauf hinzuweisen: die Kategorie, ob jemand Kaufmann ist oder nicht, ist mittlerweile zu Recht als überholt eingestuft worden; allein, eine andere, verlässlichere ist noch nicht in Sicht. Vielmehr fügt sich das vorhin kurz apostrophierte Definitionsmuster des „Verbrauchers“, worauf hinzuweisen ist, nahtlos in die Abgrenzungsschemata ein, welche die Europäische Kommission in der Richtlinie zur Produkthaftung und zum Verbraucherkredit verwendet. Nach Art. 6 der Produkthaftungsrichtlinie¹⁵⁾ bedeutet nämlich Schaden „die Beschädigung oder Zerstörung einer anderen als der fehlerhaften Sache selbst, wenn diese Sache i) von der Art ist, wie sie gewöhnlich für privaten Gebrauch und Verbrauch erworben wird, und ii) von dem Geschädigten nicht ausschließlich für die Zwecke seines Handels, Gewerbes oder

Berufes erworben oder verwendet worden ist“. Und die Richtlinie zum Verbraucherkredit¹⁶⁾ bemüht sich gar um eine Definition des Verbrauchers. In Art. 1 Ziff. 2 lit. a) steht zu lesen: „Verbraucher“ (im Sinn dieser Richtlinie) bedeutet eine natürliche Person, die überwiegend nicht im Rahmen einer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt“.

2. Der Begriff der Privatautonomie

„Privatautonomie“ ist nach der gängigen Definition von *Flume*¹⁷⁾, „das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen“. Demnach ist die Privatautonomie „ein Teil des allgemeinen Prinzips der Selbstbestimmung des Menschen“ — ein Prinzip also, das nach den Wertmaßstäben des Grundgesetzes prädispositiver Natur ist. Hauptanwendungsfall der Privatautonomie ist die Gestaltung der eigenen Rechtsverhältnisse durch und auf Grund eines Vertrages, dessen Rechtswirkungen eintreten, weil und soweit sie von den Beteiligten übereinstimmend gewollt worden sind. *Flume*¹⁸⁾ erklärt dazu folgendes:

„Der Vertrag ist die Hauptform der privatautonomeren Gestaltung von Rechtsverhältnissen. Die Idee des Vertrages ist, daß das vertraglich Vereinbarte deshalb gilt, weil die Vertragsschließenden, ein jeder in Selbstbestimmung, vereinbart haben, daß es so Rechtens sein soll“.

Nach einer fast historisch und kaum weniger berühmt zu nennenden Formel verbürgt der privatautonom geschlossene Vertrag die materiale „Richtigkeitsgewähr“, und zwar wie dies *Schmidt-Rimpler*¹⁹⁾ sagt im Hinblick auf einen „Ausgleich entgegengesetzter Interessen im Sinne des Richtigen“. Doch in Anknüpfung an zuvor Gesagtes ist es unmittelbar einleuchtend: die freiheitliche, rechtsgeschäftliche Selbstbestimmung des einzelnen hat nur da ihre innere Berechtigung, wo sichergestellt ist, daß die Fremdbestimmung nicht die vorhandene Selbstbestimmung verdrängt, wo also die tatsächlichen Bedingungen erfüllt sind, unter denen sich die autonom, nicht heteronom zu verstehende Privatrechtsgestaltung des Rechtssubjekt — vor allem im Rahmen eines Vertrages — vollzieht. So gesehen bezeichnet die Ungleichgewichtigkeit von privater Macht, von wirtschaftlicher Einfluß- und Gestaltungsmacht, von intellektueller und moralischer Kapazität — überhaupt: die ewig vorhandene und nur durch Zwang zu beseitigende Ungleichheit der Individuen in Staat und Gesellschaft — das nur schwer auflösbare Dilemma der Privatautonomie, und zwar gleichermaßen im Blick auf die Vertragsabschluß- als auch in bezug auf die Vertragsgestaltungsfreiheit.

3. Das Postulat der „Schutzbedürftigkeit“ des Verbrauchers

Es liegt auf der Hand: Zwischen dem aufgezeigten Problembereich „Verbraucher“ auf der einen und „Privatautonomie“ auf der anderen Seite gibt es keine unmittelbare Verbindungslinie — außer dem Sukkurs des Staates. Während der Verbraucher in der marktwirtschaftlichen Ordnung als Nachfrager nach Gütern und Dienstleistungen gleich stark sein soll wie die Anbieter, ja, wenn gelegentlich sogar davon die Rede ist, der „Verbraucher“ sei der Prinzipal der freiheitlichen Marktwirtschaft, dann findet dieses Bild in der Rechtstatsächlichkeit heute keine Entsprechung mehr. Just dieser Gedanke war deshalb auch der Ansatzpunkt für die Bundesregierung, das AGB-Gesetz zu schaffen.

Deshalb heißt es in der Begründung der Bundesregierung:

„Das vorrangige rechtspolitische Ziel des Gesetzesentwurfs liegt darin, bei der Verwendung von AGB im rechtsgeschäftlichen Wirtschaftsverkehr dem Prinzip des angemessenen Ausgleichs der beiderseitigen Interessen Geltung zu verschaffen, da es nach den Grundvorstellungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs die Vertragsfreiheit legitimiert; denn deren Funktion

¹³⁾ Hierzu im einzelnen *Schneider*, BB 1974 S. 764 ff.

¹⁴⁾ Vgl. die Definition in § 2 MilChG.

¹⁵⁾ Vgl. Fußn. 7.

¹⁶⁾ Vgl. Fußn. 8.

¹⁷⁾ *Flume*, AT 2. Bd., Das Rechtsgeschäft, 3. Aufl., S. 1.

¹⁸⁾ Ebenda, S. 7.

¹⁹⁾ *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 S. 130 ff.

besteht darin, durch freies Aushandeln von Verträgen zwischen freien und zur rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung fähigen Partnern Vertragsgerechtigkeit zu schaffen²⁰⁾.

Es fügt sich zwanglos in dieses Bild: Die so diagnostizierte Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers wird zum Angelpunkt genommen, in Geschäftsbedingungen vorhandene Ungerechtigkeiten, welche als Abweichungen vom dispositiven Recht determiniert sind, durch eine richterliche Inhaltskontrolle zu beseitigen — ein Weg, der vielfach in der Literatur beschritten wurde²¹⁾. Doch der Gesetzgeber hat ihn gemieden: nach den Wertungskriterien der §§ 8 ff. AGB-Gesetz entscheidet — außerhalb des Katalogs der zwingenden Verbotsnormen — das Maß der Abweichung vom dispositiven Recht, vom Gerechtigkeitsgehalt der eigentlich zur Disposition der Vertragschließenden gestellten Normen; und wo es, wie bei verschiedenen Formen des modernen Wirtschaftslebens an fest verankerten dispositiven Bestimmungen fehlt, ist die „Natur des Vertrages“ als Maßstab heranzuziehen. Eine Differenzierung zwischen der Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers und der weniger weitreichenden Schutzbedürftigkeit des Kaufmanns wird ausdrücklich abgelehnt: die Generalnorm des § 9 AGB-Gesetz gilt im Rahmen der richterlichen Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln vielmehr gleichermaßen, was ausdrücklich von einer BGH-Entscheidung unmittelbar vor Erlaß des AGB-Gesetzes betont wurde²²⁾. Gleichwohl werden sich in der Praxis im Hinblick auf die Reichweite der Inhaltskontrolle von kaufmännischen und nicht-kaufmännischen AGB — auch im Rahmen des § 9 AGB-Gesetz und damit innerhalb des Parameters von § 24 Satz 1 AGB-Gesetz — einige Unterschiede mit der Zeit wohl herauschälen lassen²³⁾.

Obwohl also das Kriterium der Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers auf der Ebene der richterlichen Inhaltskontrolle unangemessener AGB zu den Akten gelegt worden ist, taucht jedoch das gleiche Argument — und dies ist von entscheidender Bedeutung für unser Thema — an einer anderen zentralen Stelle des AGB-Gesetzes wieder auf: bei der Abgrenzung zwischen vorformulierten AGB gegenüber dem Individualvertrag. Freilich, dies ist in § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz in gar keiner Weise erkennbar, weil es ja dort nur heißt, das AGB-Gesetz fände dann keine Anwendung, soweit die Bedingungen zwischen den Vertragsparteien „im einzelnen ausgehandelt“ worden sind. Damit aber stellt sich die Frage: Inwieweit ist das Argument der besonderen Schutzbedürftigkeit des „Verbrauchers“ als verdecktes Tatbestandselement in dem Begriff des „Aushandelns“ von § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz enthalten? Wenn nämlich der Befund dies ergeben würde, dann wären die Konsequenzen vorgegeben: Im genuinen Bereich der Privatautonomie wäre verschiedenes Recht anwendbar: die Schwelle vom AGB-Kontrakt zur Individualvereinbarung wäre besonders niedrig, wenn ein Kaufmann Normadressat wäre; doch wäre sie besonders hoch, wenn es sich um einen Verbraucher handeln würde — und dies, obwohl ein Ansatzpunkt für eine derartige Differenzierung nach § 24 AGB-Gesetz ausdrücklich nicht verankert ist; unter den verschiedenen Bestimmungen des AGB-Gesetzes, welche auf Kaufleute keine unmittelbare Anwendung finden, sucht man nämlich § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz vergeblich.

a) Die Entwicklung der Judikatur

Es ist von hoher Wichtigkeit, daß der BGH — genau einen Tag vor Erlaß des AGB-Gesetzes, nämlich: am 15. 12. 1976 — ein weitreichendes Urteil unter ausdrücklicher Bezugnahme auf die Bestimmung des § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz gefällt hat²⁴⁾. Ein markanteres Beispiel für die Vorwirkung von Gesetzen ist kaum denkbar. Der Sachverhalt ist kurz folgender: Der Kunde eines Maklers unterzeichnete einen Auftrag zweimal; unter der linken Unterschrift befand sich in Fettdruck folgender Satz:

„Auftragsinhalt wurde in allen Einzelheiten zwischen Auftraggeber und Makler ausgehandelt, was ich ausdrücklich bestätige.“

Es kam also darauf an, ob hier deswegen eine Individualabrede vorlag, weil die soeben erwähnte Bestätigungsklausel dies vorsah

oder ob — gleichwohl — ein Kontrakt gegeben war, auf den das AGB-Gesetz in Form der seit langem von der Judikatur praktizierten richterlichen Inhaltskontrolle von AGB-Klauseln gemäß § 242 BGB Anwendung fand. Der BGH begründete die Abgrenzung mit folgenden Sentenzen:

„Vielmehr kann von einer Individualvereinbarung in Abgrenzung von einem durch AGB geprägten Vertrag oder diesem gleichstehenden Formularvertrag nur dann gesprochen werden, wenn der Geschäftspartner auch hinsichtlich des Vertragsinhalts eine Gestaltungsfreiheit zur Wahrung eigener berechtigter Interessen hatte, wenn und soweit es ihm also möglich war, die inhaltliche Ausgestaltung der Vertragsbedingungen zu beeinflussen“²⁵⁾.

Und im Anschluß daran stellt der BGH fest:

„Für das Zustandekommen einer Individualvereinbarung ist es vielmehr erforderlich, daß der Verwender von AGB oder Vertragsformularen zur Abänderung seiner Bedingungen bereit ist und der Geschäftspartner dies bei den Vertragsverhandlungen weiß. Dies wird insbesondere dann angenommen werden können, wenn der Verwender dem Partner seine trotz vorformulierten Klauseltextes vorhandene Änderungsbereitschaft hinreichend deutlich zu erkennen gegeben hat. Diese Voraussetzungen einer Individualvereinbarung müssen im Einzelfall tatrichterlich festgestellt werden, sofern sich der Verwender darauf beruft, daß der Vertrag bzw. eine einzelne Vertragsbedingung entgegen dem äußeren Anschein individuell ausgehandelt worden ist. Die Darlegungs- und Beweislast hierfür liegt beim Verwender“²⁶⁾.

Es geht hier nicht darum, im einzelnen den Nachweis anzutreten, daß der BGH in einer ähnlich gelagerten Konstellation am 20. 10. 1976²⁷⁾ in der Sache eine abweichende Auffassung vertreten hat. Vielmehr soll nur kurz festgehalten werden: in diesem Urteil hat der BGH erklärt:

„Denn Regelungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden nicht schon dadurch zum Inhalt eines Individualvertrages, daß sie in Kenntnis von ihrem Inhalt und ihrer Bedeutung von dem Vertragspartner desjenigen unterzeichnet werden, der sie aufgestellt hat. Sie können nur dann als Inhalt eines Individualvertrages angesehen werden, wenn sie das Ergebnis eines freien gegenseitigen Aushandelns des Vertragsinhalts durch die Vertragspartner sind“²⁸⁾.

Es ergibt sich folglich: Zum einen läßt der BGH die einfache Möglichkeit des Aushandelns ausreichend sein, zum anderen stellt er darauf ab, daß ein Aushandeln nur da vorliegt, wo es als Ergebnis einer Einflußnahme auf den vorformulierten Vertragstext zu werten ist. Im ersten Fall kann demnach ein Individualvertrag gegeben sein, auch wenn die AGB-Klauseln unverändert übernommen werden, im zweiten Fall — gemeint ist damit die BGH-Entscheidung vom 20. 10. 1976²⁹⁾ — reicht dies für ein Aushandeln ersichtlich nicht aus.

Wie gesagt: Es geht mir nicht darum, diese offensichtlichen Ungeheimheiten aufzuklären, sondern ich möchte vielmehr die begonnene Linie weiter ausziehen. Denn es kommt ja auf den Nachweis der Ausgangsthese maßgebend an, ob infolge des Verbraucherschutzes — als Kehrseite dieser an sich begrüßenswerten Entwicklung — die Privatautonomie auch im Bereich der Wirtschaft schweren Schaden gelitten hat, ob also wie ich eingangs — gewiß

²⁰⁾ BT-Drucks. 7/3919 S. 13.

²¹⁾ Hierzu vor allem *Nicklisch*, BB 1974 S. 941; *Lindacher*, BB 1972 S. 297; *Eberstein*, BB 1974 S. 1185.

²²⁾ BGH Urt. vom 15. 12. 1976, DB 1977 S. 488; vgl. auch BGH Urt. vom 20. 10. 1976, DB 1977 S. 158.

²³⁾ Im einzelnen ist dies bislang höchst umstritten; vgl. etwa *Schlosser/Coester-Waltjen/Graba*, § 9 Rdn. 20; *Helm*, BB 1977 S. 1100; *Ulmer/Brandner/Hensen*, 3. Aufl. § 24 Rdn. 6 ff.; *Löwe/Graf von Westphalen/Trinkner*, § 24 Rdn. 12 ff.

²⁴⁾ S. Fußn. 22.

²⁵⁾ DB 1977 S. 488, 489.

²⁶⁾ Ebenda.

²⁷⁾ BGH Urt. vom 20. 10. 1976, DB 1977 S. 158 = BB 1977 S. 59 m. Anm. von *Trinkner*.

²⁸⁾ Ebenda.

²⁹⁾ Ebenda.

auch provokant formuliert — ausführte: der point of no return, bezogen auf den Bestandsschutz der Vertragsfreiheit erreicht ist.

Äußerst weitreichende Auswirkungen hat insoweit die Entscheidung des BGH vom 8. 11. 1978³⁰). Es ging dabei um zwei Kreditvermittlungsaufträge — zunächst um einen Alleinauftrag zur Beschaffung eines Kredits in Höhe von DM 40 000,—, dem die AGB des Maklers zugrunde lagen. Dabei bejahte der Kläger — auf Befragen des Maklers — er sei, nachdem ihm die Bedingungen im einzelnen erläutert worden waren, mit ihrer Geltung einverstanden. Kurze Zeit danach wurde dem gleichen Makler von demselben Kunden ein weiterer Auftrag zur Vermittlung eines Hypothekendarlehens in Höhe von DM 180 000,— erteilt. Die mündliche Abrede wurde dabei wie folgt schriftlich bestätigt:

„Unter Zugrundelegung der Ihnen bekannten Geschäftsbedingungen haben wir mit gleicher Post den Antrag auf Gewährung eines erststelligten Hypothekendarlehens gemäß Ihrem Schreiben vom 18. 2. 1976 gestellt.“

In diesen vom Kunden beim ersten Geschäft ausdrücklich anerkannten AGB des Maklers war eine Reugeldklausel — bezogen auf die Hälfte der Provision — im Fall des Scheiterns des Vertrages vorgesehen. Das OLG Celle³¹) hat als Berufungsinstanz diese Reugeldklausel für unwirksam erklärt; sie sei eine AGB, weil sie einseitig auf die Interessen des Maklers bezogen, von diesem vorgeformuliert und — was allein für die Bejahung einer Individualabrede konstitutiv gewesen wäre — nicht individualvertraglich abgeändert worden ist. Im Gegensatz zur BGH-Entscheidung vom 15. 12. 1976 stellte das OLG Celle fest, die einfache Möglichkeit, eine AGB-Klausel abzuändern, reiche nicht aus, schon daraus eine Individualvereinbarung abzuleiten; sie müßte tatsächlich abgeändert werden.

Dies veranlaßte zwar den BGH sich in der Entscheidung vom 8. 11. 1978³²) mit der in der Literatur geäußerten, teils sehr heftigen Kritik an seinem Urteil vom 15. 12. 1976³³) auseinanderzusetzen, aber im Ergebnis ließ der BGH offen, ob nicht doch die Möglichkeit einer konkreten Einflußnahme auf die Vertragsgestaltung ohne deren Abänderung ausreichte, um die Voraussetzungen eines Aushandelns im Sinn einer Individualabrede zu bejahen. Denn die Richter konstatierten:

„Es ist vielmehr die Aufgabe derjenigen Vertragspartei, die ihre AGB in die Verhandlungen eingeführt hat, für klare Verhältnisse zu sorgen und beim jeweiligen Vertragsabschluß eindeutig und unmißverständlich zu erkennen zu geben, ob und inwieweit in diesem Fall ihre vorgeformulierten Bedingungen durch gegenseitiges gleichberechtigtes Verhandeln abgeändert werden können, wenn sie sich später darauf berufen will, die Bedingungen seien entgegen dem äußeren Anschein individuell vereinbart worden“³⁴).

Inzwischen liegt eine weitere BGH-Entscheidung vor, die in diesem Zusammenhang nicht unerwähnt bleiben darf: die vom 5. 4. 1979³⁵). Ein Privatmann hatte ein noch nicht ganz fertiggestelltes Haus in einem notariellen Vertrag veräußert und dabei die Gewährleistung vollständig auf Grund der Klausel ausgeschlossen, das Haus sei verkauft „wie es steht und den Käufern bekannt ist“. Bemerkenswert ist dabei zweierlei: Bislang war die Literatur im wesentlichen übereinstimmend davon ausgegangen, daß ein Notar selbst nie Verwender von AGB sei, sondern stets nur die hinter dem Notar stehende Vertragspartei, z. B. eine Bauträgergesellschaft. Dies ließ der BGH, jedoch wofür er dann heftig getadelt wurde, nicht gelten. Nach Ansicht des BGH reicht es vielmehr für die Bejahung eines AGB-Kontrakts aus, wenn eine vom Notar auch sonst verwendete Musterurkunde der Beurkundung zugrunde gelegt wird; insoweit stellte der BGH den Verkäufer des Wohnhauses demjenigen gleich, der sich irgendwelcher AGB-Klauseln bedient, die ein Verband oder ein Verein aufgestellt hat. Gleichzeitig ist damit der Veräußerer ohne daß er dies weiß, „Verwender“ der in dem notariellen Muster enthaltenen Vertragsklauseln gemäß § 1 Abs. (1) AGB-Gesetz, und zwar auf Grund folgender Überlegung:

„Die Kläger (nämlich: das veräußernde Ehepaar) haben sich die darin (nämlich: in der notariellen Urkunde) enthaltene Freizeichnungsklausel

einseitig zu Ihren Gunsten zunutze gemacht, ohne daß von den Parteien darüber vorher im einzelnen gesprochen worden war, wie sie wußten“³⁶).

Das ist der eine höchst wichtige Aspekt dieses Urteils, der andere bezieht sich auf unser Thema: Was konstituiert eine Individualvereinbarung, nachdem der BGH sich auch in dieser Entscheidung vom 8. 11. 1978 weigerte, endgültig Farbe zu bekennen? Klar ist — und das stand ernstlich ja nie im Streit —, daß das bloße Verlesen, auch die sich daran anschließende Belehrung über den Inhalt einer Klausel nicht ausreicht, ein „Aushandeln“ als Voraussetzung einer Individualvereinbarung zu bejahen. Und so entschied auch der BGH in diesem Fall, die Freizeichnungsklausel habe AGB-Charakter, weil über sie „nicht besonders gesprochen“ worden war. Doch gleichzeitig unterstreicht der VII. Senat:

„Eine Vertragsbestimmung über eine so einschneidende Rechtsfolge wie den Ausschluß jeglicher Sachmängelhaftung des Veräußerers eines neu errichteten, vom Veräußerer noch fertigzustellenden Wohnhauses bedarf der eingehenden vorherigen Erörterung zwischen den Vertragspartei und sich daran anschließender eindeutiger Niederlegung im Vertrag, wenn sie als Individualabrede gelten soll“³⁷).

Fassen wir zusammen: Die Grenz- und Trennlinie zwischen auf Verbraucherschutz angelegten AGB-Bestimmungen, auf welche die zwingenden Sanktionsfolgen des AGB-Gesetzes Anwendung finden, und einer Individualvereinbarung als Inkarnation der Privatautonomie ist nicht mehr auszumachen. Denn — und dies ist ein schwerer Verlust an Rechtssicherheit — es gelten jeweils nach der zu beurteilenden Fallkonstellation folgende in ihrem Gehalt höchst unterschiedliche Kriterien:

- die getroffene Individualvereinbarung muß das „Ergebnis“ eines freien gegenseitigen Aushandelns sein³⁸);
- die Vertragsbestimmungen müssen durch „gegenseitiges gleichberechtigtes Verhandeln“ abgeändert werden³⁹);
- die Vertragsbestimmungen müssen vorher zwischen den Parteien eingehend erörtert werden, anschließend muß sich eine „eindeutige Niederlegung im Vertrag“ wieder finden⁴⁰);
- schließlich: die „Änderungsbereitschaft“ des AGB-Verwenders begründet die Voraussetzungen einer Individualvereinbarung, sofern dies nur dem anderen Vertragsteil „hinreichend deutlich zu erkennen“ war⁴¹).

b) Die Stellungnahme der Literatur

Aus den hier referierten Urteilen des BGH kann noch nicht unmittelbar der Schluß abgeleitet werden, daß — als Kehrseite, als Schattenseite des Verbraucherschutzes sozusagen — die Privatautonomie schweren Schaden zu nehmen begonnen hat. Doch es gibt hierfür ausreichend klare, eindeutige Belegstellen in der Literatur, die sich im Anschluß an die verschiedenen BGH-Entscheidungen aufdrängen. Ich will sie keineswegs alle hier darstellen, sondern mich darauf beschränken, die Schlußfolgerungen der Literatur aufzuzeigen, welche sich — und dies ist gewiß bemerkenswert — aus dem BGH-Urteil vom 15. 12. 1976⁴²) herleiten lassen, obwohl es für meine Begriffe das Urteil ist, welches am wenigsten verbraucherfreundlich ist. Denn wo die Möglichkeit der Abänderung vorgeformulierter AGB — zusammen mit der „Ände-

30) BGH Ur. vom 8. 11. 1978, DB 1979 S. 159 = WM 1978 S. 1384.

31) OLG Celle Ur. vom 28. 10. 1977, WM 1977 S. 1389.

32) S. Fußn. 30.

33) S. Fußn. 22.

34) BGH Ur. vom 8. 11. 1978, DB 1979 S. 159 = WM 1978 S. 1384, 1386.

35) BGH Ur. vom 5. 4. 1979, NJW 1979 S. 1406 = DB 1979 S. 1651. Hierzu sehr kritisch *Brambring*, NJW 1979 S. 1802 ff.

36) S. 1408.

37) S. 1407.

38) Siehe Fußn. 29.

39) Siehe Fußn. 30.

40) Siehe Fußn. 35.

41) Ebenda.

42) *Löwe*, NJW 1977 S. 1328; *Trinkner*, BB 1977 S. 750; *Koch/Stübmg*, § 1 Rdn. 33, 37; *Graf von Westphalen*, DB 1977 S. 943; zustimmend allerdings von *Falkenhausen*, BB 1977 S. 1127; *Jaeger*, NJW 1979 S. 1570; kritisch neuestens auch *Staudinger/Schlösser*, § 1 Rdn. 32.

rungsbereitschaft, des AGB-Verwenders — ausreicht, die vom Schutz des AGB-Gesetzes nicht erfaßte Privatautonomie des Verbrauchers ins Spiel zu bringen, ist es um den Gesetz gewordenen Verbraucherschutz nicht gut bestellt; ist nämlich der Verbraucher intellektuell, wirtschaftlich und sozial so hilflos, wie er immer wieder apostrophiert ist — und darin ist gewiß nicht nur eine Metapher zu sehen — dann hilft ihm natürlich die einfache „Abänderungsbereitschaft“ des AGB-Verwenders nicht eben sehr viel, zumal dann, wenn die AGB im Ergebnis nicht abgeändert worden sind, wenn sich also der AGB-Verwender mit seinen Vorstellungen durchgesetzt hat. Nach Auffassung des BGH kann dies jedoch für ein „Aushandeln“ ausreichend sein; der Annahme einer Individualvereinbarung steht ein solcher Sachverhalt nicht entgegen. *Heinrichs*⁴³⁾ meint zu diesem Problemkreis:

„Nach dem Schutzzweck des Gesetzes kann eine Individualvereinbarung nur angenommen werden, wenn der Kunde gleichberechtigt an der inhaltlichen Ausgestaltung des Vertrages mitgewirkt hat, der Vertragsinhalt also Ausdruck der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung bei der Vertragspartner ist.“

Und dann heißt es, was für unser Thema von hoher Bedeutung ist:

„Für die Entscheidung, ob trotz unveränderter Übernahme der Bedingungen des Klauselverwenders eine Individualabrede angenommen werden kann, bedarf es einer wertenden Beurteilung aller Umstände des Einzelfalles, einschließlich der Stellung des Kunden (Verbraucher/Kaufmann) und des zwischen den Parteien etwa bestehenden wirtschaftlichen und intellektuellen Machtgefälles“⁴⁴⁾.

Daraus hat sich in der Literatur⁴⁵⁾ — wenngleich natürlich nicht unbestritten⁴⁶⁾ — die Formel von der „realen Möglichkeit“⁴⁷⁾ als Fundament der Vertragsfreiheit entwickelt: der Kunde muß demnach unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles tatsächlich die faire Chance besessen haben, auf den Inhalt des abzuschließenden Vertrages Einfluß zu nehmen, nicht auf Spezifikation, Lieferzeit und Preis des Vertragsgegenstandes, sondern — und allein dies ist entscheidend — auf die Gestaltung der vertraglichen AGB-Bedingungen im übrigen. Wenige haben diese These so prononciert vertreten wie *Wolf* und *Garrn*, auf die sich im übrigen auch die Kommentierung in der neuesten Auflage des *Palandt* stützt⁴⁸⁾. *Wolf* war es, der bekanntlich in seiner Habilitationsschrift⁴⁹⁾ einen Generalangriff auf die überlieferte Dogmatik der Privatautonomie unternommen hatte: Danach ist selbst das „Aushandeln“ der Bedingungen eines Vertrages nur ein formales Kriterium, welches „letztlich nichts darüber besagt, ob für jeden Teil die Möglichkeit zur selbstbestimmten Entscheidung bestand“⁵⁰⁾; maßgebend kommt es nach *Wolf* vielmehr auf den durch die Rechtsordnung durchzusetzenden Schutz der realen Entscheidungsmacht eines jeden an — ein Kriterium, welches *Wolf* an anderer Stelle⁵¹⁾ im Blick auf § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz mit dem Stichwort von der „Abänderungsfähigkeit“ des Kunden ergänzt; so gesehen ist folglich die „Abänderungsfähigkeit“ des Kunden Korrelat der „Abänderungsbereitschaft“ des AGB-Verwenders. Diese „Abänderungsfähigkeit“ konkretisiert sich nach *Wolf* in folgendem:

„Die Abänderungsfähigkeit“, so erklärt *Wolf*, setzt zunächst bestimmte intellektuelle Fähigkeiten voraus, die eigenen Interessen und die realisierbaren Möglichkeiten ihrer Verwirklichung zu erkennen und dies in vertragliche Formulierungen umzusetzen bzw. Änderungsvorschläge des Verwenders auf ihre Eignung zu überprüfen“⁵²⁾.

Doch nicht nur die „intellektuelle Abänderungsfähigkeit“ ist nach *Wolf* konstitutives Element des „Aushandelns“ im Rahmen der Privatautonomie; hinzu kommen muß vielmehr auch die „tatsächliche Fähigkeit zur Abänderung“⁵³⁾. Und im Anschluß daran ist — wie könnte es anders sein, ist man versucht zu fragen — auch davon die Rede, daß die Marktstellung der beiden vertragschließenden Parteien von maßgeblicher Bedeutung ist — vor allem „im Verhältnis eines Großunternehmens zu einem kleinen Zulieferer“⁵⁴⁾. Mit dieser Sentenz steht jedoch *Wolf* keineswegs allein. Denn alle Autoren, die in der einen oder anderen Form von der „realen Möglichkeit“ der Einflußnahme als wesentlichem Tatbestandselement

der Privatautonomie sprechen⁵⁵⁾, wägen die „persönlichen Fähigkeiten“⁵⁶⁾ der Vertragsparteien, ihre intellektuellen, wirtschaftlichen, sozialen Eigenschaften. Privatautonomie realisiert sich in Form freier Selbstbestimmung in dieser Perspektive deshalb nur da, wo eben die Realien beider Vertragspartner nahezu gleichwertig sind, wo sie sich als Gleichberechtigte gegenüber stehen.

Wenn man konsequent sein will, dann kann man mit *Garrn* sogar noch einen Schritt weiter gehen⁵⁷⁾. Die „reale Möglichkeit“ eines Aushandelns hat ja in rechtlicher Hinsicht eine fatale Perspektive: Läßt sich ein Kunde — und hier ist ausschließlich vom kaufmännischen Kunden prototypisch die Rede — auf AGB des Verwenders überhaupt nicht ein, sondern unterwirft sich diesen, dann ist der Schutz des AGB-Gesetz für ihn umso weitreichender, je einseitiger die Vertragsbestimmungen auf die Interessen des AGB-Verwenders ausgerichtet sind. Denn dann kommt gemäß § 24 AGB-Gesetz die Generalklausel des § 9 AGB-Gesetz mit all ihrer Vielgestaltigkeit unter Berücksichtigung der Präjudizien der Judikatur zum Zug. Salopp formuliert kann man sagen: das AGB-Gesetz schützt denjenigen, der sich seiner rechtsgeschäftlichen Verantwortungsfähigkeit begibt — eine nicht hinwegzudisputierende Konsequenz des zwingenden Rechts, welches den Gehalt des AGB-Gesetzes ausmacht. Umgekehrt: Wer sich der Mühe unterzieht, in Verhandlungen über die unangemessen, einseitigen AGB-Bestimmungen des Verwenders einzutreten, verliert den Schutz des AGB-Gesetzes, sobald — folgt man dem BGH⁵⁸⁾ — der Verwender „Änderungsbereitschaft“ erkennbar signalisiert.

An dieser Stelle setzt die entscheidende Überlegung von *Garrn* an, die das Kriterium des „Aushandelns“ im Sinn der Privatautonomie wie folgt ergänzt:

„Danach ist die Annahme einer Aushandlungsvereinbarung im Sinn des § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz nur dann möglich, wenn sich der mit vorformulierten Vertragsbedingungen konfrontierte Vertragspartner, obwohl er weiß, daß er gegen eine unangemessene Benachteiligung in AGB durch deren im AGB-Gesetz vorgesehene Inhaltskontrolle geschützt ist, dennoch, aus welchen Gründen auch immer, für ein Aushandeln der vorformulierten Vertragsbedingungen entscheidet“⁵⁹⁾.

Wenn das zu Sagende nicht schon, wie ich hoffe, aus den angeführten Zitaten deutlich genug geworden ist, so nur noch eines: diese Argumentation — das Wägen der wirtschaftlichen Macht- und Marktverhältnisse als konstitutive Elemente der Privatautonomie — ist zwar ein Ergebnis des Verbraucherschutzes, aber es geht weit darüber hinaus: diese Argumentationsketten erfassen schlechthin den Wirtschaftsverkehr, sofern vorformulierte Vertragsbestimmungen verwendet werden, was in etwa 80 — 90% aller hierzulande geschlossenen Waren- und Dienstleistungskontrakte zu bejahen ist. Denn diese auf § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz aufbauenden Erwägungen betreffen, nimmt man ein systematisches

43) NJW 1977 S. 1505, 1508.

44) Ebenda.

45) Hierzu insbesondere *Wolf*, NJW 1977 S. 1939, 1940; *Larenz*, AT, 5. Aufl., S. 507; *Palandt/Heinrichs*, § 1 Anm. 4c; so auch im Ergebnis *Staudinger/Schlosser*, a. a. O., *Garrn*, JZ 1978 S. 302.

46) *Kötz*, in: MünchKomm, § 1 Rdn. 18 f.; *Löwe*, a. a. O.

47) So vor allem *Palandt/Heinrichs*, § 1 Anm. 4c.

48) Ebenda.

49) *Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, Tübingen, 1970 S. 230 ff.

50) Ebenda, S. 257.

51) *Wolf*, NJW 1977 S. 1939.

52) Ebenda, S. 1940.

53) Ebenda.

54) Ebenda; vgl. auch *Kötz*, a. a. O.; vgl. auch *Ulmer/Brandner/Hensen*, § 1 Rdn. 47; *Staudinger/Schlosser*, § 1 Rdn. 32.

55) Hierzu Fußn. 45.

56) *Jaeger*, NJW 1979 S. 1569, 1574.

57) *Garrn*, JZ 1978 S. 302 ff.; im einzelnen auch *Lieb*, AcP 178 S. 196 ff., der das Problem der Beseitigung von „Ungleichgewichtslagen“ auf das gesamte Privatrecht erstrecken möchte.

58) Siehe Fußn. 24.

59) JZ 1978 S. 302, 304.

Moment hinzu, gemäß § 24 AGB-Gesetz ungeschmälert den gesamten kaufmännischen Bereich.

Das aber halte ich für ein Verhängnis. Die formalisierte Geschäftsfähigkeit — Erbgut bester liberaler Tradition, obwohl nicht dort herrührend — wird nämlich jetzt mit Ingredienzen versehen, die nicht justitiabel sind: ob ein annäherndes wirtschaftliches, soziales, intellektuelles und juristisches Gleichgewicht zwischen Vertragspartnern besteht, entzieht sich grundsätzlich der Wertung des Gesetzes und des Gerichts; dergleichen zu werten, war bislang auf Mißbrauchsfälle der Sittenwidrigkeit, des Kartellrechts und des UWG beschränkt, womit freilich nur einige Teilgebiete aufgeführt sind. Die Geschäftsfähigkeit aber — auch im Sinn der Privatautonomie, die Vertragsgerechtigkeit mithin — war von diesen nicht justitiablen Erwägungen aus gutem Grund freigehalten. Die aktuelle Schutzbedürftigkeit des Kunden — im Bereich der Vertragsabschluß- und Vertragsgestaltungsfreiheit — ist ja kein auf den Bereich des AGB-Gesetzes beschränktes Postulat, sondern es ist der Tag abzusehen, wann auch der Individualvertrag von diesen Tatbestandselementen sozialer, wirtschaftlicher und auch politischer Natur erfaßt und durchdrungen sein wird⁶⁰). Es mag sein, daß „politische Richter“, die wir uns nicht wünschen sollten, zur Judizierung solcher meta-juristischer Sachverhalte in der Lage sein könnten. Doch der an Recht und Gesetz gebundene Richter sollte sich nicht dazu hergeben, im praktischen Endresultat selbst den IQ des Klägers gegenüber dem des Beklagten zu gewichten, bevor er davon überzeugt ist, ob aktuell der eine bei Vertragsverhandlungen mit dem anderen eine gleichberechtigte Verhandlungschance hatte, eben die „reale Möglichkeit“, auf Inhalt und Gestalt des Vertrages in seinem rechtlichen Gehalt Einfluß zu nehmen. Denn damit wird als Folge des Verbraucherschutzes die Privatautonomie zu Grabe getragen; zwingendes Recht tritt — sowohl im Bereich der Vertragsabschluß- als auch innerhalb der Vertragsgestaltungsfreiheit — in sein Recht und durchdringt das Vertragsrecht mit Unwägbarkeiten operierend bis zur Unkenntlichkeit.

Dabei wäre die Lösung, wie mir scheint, einfach: Da die Geschäftsfähigkeit formalistisch an die Vollendung des 18. Lebensjahres anknüpft, sollte auch das wesentliche Kriterium des „Aushandeln“ im Sinn des § 1 Abs. 2 AGB-Gesetz formalisiert werden: wie an anderer Stelle im einzelnen begründet, sollte ein „Aushandeln“ immer dann, aber auch nur dann bejaht werden, wenn und soweit vorformulierte AGB-Bestimmungen tatsächlich abgeändert worden sind. Ob eine solche Abänderung dem Kunden des AGB-Verwenders zum Guten oder zum Schlechten gereicht, ob er dies erkennt, ob er gar weiß und billigend in Kauf nimmt, damit den Schutz des AGB-Gesetzes einzubüßen, bleibt außer Betracht⁶¹). Es ist ja auch ein Gebot des Verbraucherschutzes den Bürger nicht dort zu bevormunden, wo er für sein eigenes Wohl und Wehe verantwortlich Sorge tragen soll: Im Gegensatz zum Haftungsrecht darf das Vertragsrecht dem Bürger nicht jegliches Risiko abnehmen; die Privatautonomie ist ein zu hohes Gut. Aus der Würde und der Freiheit der Person resultierend ist der Staat verpflichtet, sie zu schützen, ohne gleichmacherisch alle Markt- und Machtunterschiede des Standes und der Person einzuebnen. Doch wir sind — leider — auf dem Weg dahin, in großen Schritten, unbemerkt von zu vielen Zeitgenossen als daß es nicht geboten wäre, die Alarmleine zu ziehen.

III. Produzentenhaftung und Verbraucherschutz

Viele meinen — und damit möchte ich zum zweiten Strang meiner Überlegungen überleiten — die im Zeichen des Verbraucherschutzes zunächst auf Grund richterlicher Rechtsfortbildung konzipierte Figur der Produzentenhaftung sei nachgerade der klassische Fall, der beweise, daß ein überzogener Verbraucherschutz zum Nachteil der gewerblichen Wirtschaft ausschlage. Und schnell ist man bei der Hand, das Herannahen amerikanischer Verhältnisse in Deutschland zu befürchten — vor allem seit die EG-Richtlinie zur

Produzentenhaftung in die Diskussion gekommen ist, die ja eine verschuldensunabhängige Haftung — einschließlich einer Haftung für Entwicklungsrisiken — vorsieht⁶²). Doch zu amerikanischen Verhältnissen wird es aus mancherlei, hier nicht im einzelnen zu vertiefenden Gründen mit Sicherheit nicht kommen, obwohl die EG-Richtlinie, was man mit Bedauern vermerken muß, sich angeschickt hat, einige der Fehlentwicklungen zu übernehmen, welche das amerikanische Recht jetzt allmählich hinter sich zu lassen begonnen hat — ein Gesichtspunkt, der noch im anderen Zusammenhang kurz gestreift werden soll. Doch jetzt geht es zunächst — im Rahmen unseres Themas — darum, den Nachweis zu erbringen, in welcher Weise und mit welchen Konsequenzen die auf den Verbraucherschutz abzielende Produzentenhaftung auf die gewerbliche Wirtschaft nachteilig „durchschlägt“.

1. Die Produzentenhaftung im deutschen Recht

Die Produzentenhaftung ist im deutschen Recht eine aus dem Bündel der Verkehrssicherungspflichten des § 823 BGB abgeleitete, im Bereich des Verschuldens durch eine Beweislastumkehr zum Nachteil des Produzenten entwickelte neue Haftungsfigur, die eine eigenständige Dogmatik mittlerweile herausgebildet hat⁶³). Auch wenn inzwischen, was sozial-psychologisch von Belang ist⁶⁴), ein neues Anspruchsbewußtsein sich auszubreiten begonnen hat, so ist es doch gleichwohl keineswegs so, daß jeder aus einem Produktschaden resultierende Anspruch im Rahmen der Produzentenhaftung vom Hersteller zu befriedigen ist. Vielmehr verbleiben dem beklagten Hersteller — nach wie vor — wesentliche Verteidigungsmöglichkeiten: Um einem weit verbreiteten Mißverständnis keine Nahrung zu geben, es ist und bleibt Sache des Klägers den Nachweis zu erbringen, daß das von einem bestimmten Hersteller erzeugte Produkt zu einem Zeitpunkt fehlerhaft war, als es den Herrschafts- und Organisationsbereich des Herstellers verließ und daß es eben als fehlerhaftes Produkt den Schaden verursachte. Natürlich stehen dem Beklagten insoweit Beweiserleichterungen in Form des Anscheins- oder auch des Indizienbeweises zur Verfügung. Doch in der Praxis erweist es sich immer wieder, daß in Produkthaftungsprozessen vor allem um diese Tatsachen der Fehlerhaftigkeit und der Kausalität gestritten wird. Die zugunsten des Klägers sich auswirkende Beweislastumkehr im Bereich des Verschuldens, daß es also Sache des Beklagten ist, sein Nichtverschulden darzulegen und zu beweisen, spielt demgegenüber dann oft eine nur geringe Rolle.

Genau das ist der Punkt, werden jetzt diejenigen einwenden, denen die Entwicklung in der Produzentenhaftung ohnehin schon zu weit gegangen ist. Und sie haben so Unrecht nicht. Denn in der Tat gibt es, legt man strenge Maßstäbe an, nur eine einzige BGH-Entscheidung⁶⁵), in der fehlendes Verschulden die maßgebende Verteidigung war, in der also der beklagte Hersteller eines medizinischen Fachbuchs für einen Druckfehler nicht einstehen mußte, weil er den Nachweis erbringen konnte, alles Erforderliche und Zumutbare getan zu haben. Mithin besteht offenbar kaum ein berechtigter Gegeneinwand: eine mit dem prozessualen Mittel der Beweislastumkehr operierende Haftung wirkt sich im Ergebnis regelmäßig wie eine Gefährdungshaftung aus. Doch ich halte dies für eine begrüßenswerte Entwicklung. Denn ich bin der festen Überzeugung, es ist gerechter, wenn ein Produktgeschädigter den Hersteller als Adressaten einer Haftungsnorm findet, als wenn man ihn mit seinem Schaden allein läßt: Produktschäden gehören nicht zum Lebensrisiko; der Hersteller eines fehlerhaften Produkts

⁶⁰) Hierzu im einzelnen *Lieb*, a. a. O.

⁶¹) DB 1977 S. 943 ff.

⁶²) BT-Drucks. 8/3358; hierzu auch *Lukes*, Reform der Produkthaftung, Köln/Berlin/Bonn/München 1979, S. 169 ff.

⁶³) *Diederichsen*, NJW 1978 S. 1281, 1283 ff.; a. M. *Kullmann*, BB 1976 S. 1075 ff.

⁶⁴) *Schmidt-Salzer*, BB 1980 S. 1 ff.

⁶⁵) BGH Urt. vom 7. 7. 1970, DB 1970 S. 1682 = JZ 1971 S. 63.

ist nicht legitimiert, durch Verursachung von Körper- oder Sachschäden „Schicksal zu spielen“. Letztenendes kann ja der Hersteller die sich aus Produktschäden ergebende Haftung versichern, was in Deutschland noch zu sehr moderaten Prämiensätzen möglich ist, und er kann dann, wenn wirklich dazu eines Tages Anlaß bestehen sollte, die erhöhten Kosten auf Grund der Produzentenhaftung über die Preise auf die Verbraucher überwälzen — ein Theorem übrigens, das die Entwicklung der us-amerikanischen Products Liability entscheidend geprägt hat⁶⁶⁾ und an dessen Schlüssigkeit ungeachtet der kürzlich von *Deutsch* geäußerten Bedenken⁶⁷⁾ festzuhalten ist⁶⁸⁾.

Gleichwohl: Negative Auswirkungen der Produzentenhaftung beginnen merklich zu Buch zu schlagen. Die mit der Umkehr der Beweislast zum Nachteil des beklagten Herstellers arbeitende Figur der Produzentenhaftung wurde zwar anfangs mit dem Ziel entwickelt, dem Geschädigten einen unmittelbaren, realisierungsfähigen Anspruch gegen den Hersteller einzuräumen, weil vertragliche Ansprüche mangels kontraktlicher Sonderbeziehung scheiterten. Doch diese Rechtsfigur ist schon kurze Zeit später auf das unmittelbare Vertragsverhältnis zwischen Hersteller und geschädigtem Vertragspartner ausgedehnt worden⁶⁹⁾. In den letzten Jahren hat sich die Produzentenhaftung dann auch auf die Vertragsbeziehungen zwischen Lieferanten und Abnehmern industrieller Produkte niedergeschlagen; in seiner wegweisenden Entscheidung vom 24. 11. 1976⁷⁰⁾ hat der BGH nicht nur die Rechtsfigur der Anspruchskonkurrenz zwischen deliktischen und gewährleistungsspezifischen Ansprüchen belebt, er hat darüber hinaus die Systematik der Eigentumsverletzung im Sinn des § 823 BGB völlig neu gestaltet: Ansprüche wegen Eigentumsverletzung können jetzt auch — und das ist der eigentlich neue Aspekt der Produzentenhaftung — bei Mängeln der gelieferten Sache geltend gemacht werden. Voraussetzung ist nur: ein abgrenzbares Teil muß gegenüber der Gesamtsache minderwertig und fehlerhaft sein — mit der Folge, daß das fehlerhafte Teil nach dem Gefahrenübergang die Gesamtsache beschädigt oder zerstört. Unter dieser Perspektive handelt es sich dann um einen mit dem Instrumentarium der Produzentenhaftung reklamierbaren Sachschaden. Dieser ist durch Haftungsfreizeichnungen innerhalb und im Rahmen der Gewährleistungsregeln nicht wirksam abzudecken; und es erscheint fraglich, ob dieses Risiko überhaupt freizeichnungsfest ist, weil ja ein Produktfehler regelmäßig, nicht immer⁷¹⁾ ein Organisationsverschulden des Herstellers belegt, von dem eine Freizeichnung kaum in Betracht kommen dürfte. Denn das Risiko, Körper- oder erhebliche Sachschäden bei Lieferung eines Produkts zu erleiden, gehört sicherlich nicht zu den typischen Bestellerrisiken, mit denen ein industrieller Abnehmer rechnen muß.

Keine Frage, das sind beträchtliche Nachteile, die sich als Ergebnis und in Fortentwicklung der auf den Verbraucherschutz zielenden Produzentenhaftung einstellen. Denn dieses Risiko ist nicht versicherbar; der Ausschußbestand des § 4 Abs. II Nr. 5 AHB greift bei diesen Fallkonstellationen rigoros ein, weil Mängel und Schäden an der gelieferten Sache stets zum nicht versicherbaren „Unternehmerisiko“ zählen — ein Aspekt, der bereits in der Literatur dazu geführt hat, der Versicherungswirtschaft ein kardinales Versicherungsbedürfnis der Industrie auf Grund der neuen BGH-Judikatur zu signalisieren⁷²⁾. Doch dazu wird es mit einiger Sicherheit nicht kommen, weil die Nichtversicherbarkeit des typischen „Unternehmerisikos“ zum Glaubensdogma der Versicherungswirtschaft gehört. Auch daß damit im Ergebnis die Gewährleistungsrisiken des Lieferanten — theoretisch formuliert — der Haftungshöchstdauer des Deliktsrechts von maximal 30 Jahren gemäß § 852 BGB entsprechen, wird daran nichts ändern.

Dennoch, ich beklage diese Entwicklung nicht. Ich habe nämlich noch kein auch nur halbwegs plausibles Argument gehört, warum die Zufügung eines Sach- oder Körperschadens auf Grund eines vom Lieferanten zu vertretenden Produktfehlers für diesen ein, wie man immer wieder sagt, haftungsmäßig „unkalkulierbares Risiko“

sein soll, für den Besteller aber alle Aspekte eines kalkulierbaren, akzeptablen Risikos aufweisen soll. Mehr noch: Ich bin der festen Überzeugung, daß die Industrie gut daran täte, sich auf diese Rechtsentwicklung einzurichten; sie nicht lediglich zu beklagen und eine Springflut von Haftungsansprüchen heraufziehen zu wähen. Denn nur ein wirklich spürbares Haftungsrisiko — oberhalb auch der als unzureichend einzustufenden Schmerzensgeldrechtsprechung — ist geeignet, ausreichenden Anreiz für die Etablierung eines unbedingt notwendigen „risk management“ zu schaffen. Dabei sollte und müßte sich folgende Faustregel als zuträglich und hilfreich erweisen⁷³⁾: Produkthaftungsrisiken sind Risiken auf Grund technischer oder organisatorischer Mängel; sie zu beherrschen, ist in erster Linie Sache der Technik. Soweit dies nicht möglich ist, sollten die Risiken versicherbar gestellt werden; soweit dies nicht in Betracht kommt, soweit insbesondere eine Angleichung des Versicherungsschutzes an die spezifischen Haftungsrisiken eines Unternehmens durch individuelle Vereinbarungen im Versicherungsvertrag nicht zu erreichen ist, sollten die verbleibenden Risiken durch individuelle Vertragsgestaltung begrenzt werden. Auf Grund des auch im kaufmännischen Verkehrs durchgreifenden AGB-Gesetzes sind freilich hier die Grenzen nahelegend. Es bleibt folglich auf Grund eines noch so wohl organisierbaren „risk management“ ein erhebliches Restrisiko; dies mag der Hersteller, sofern die Konkurrenzsituation dies zuläßt, kalkulatorisch berücksichtigen. Dabei gilt — unternehmerisch gewertet als oberste Maxime der Grundsatz: ein auf Produktsicherheit bedachtes Unternehmen hat Marktvorteile; sie stellen sich vielleicht nicht sogleich ein, aber sie ergeben sich gewiß, wenn der Unternehmer — wesentlich mehr als bislang — die auf Produktsicherheit zielenden positiven Seiten der Produzentenhaftung im Auge behält und nicht — wie das Kaninchen vor der Schlange — vor dieser Haftungsfigur und ihren Folgen erstarrt.

So gesehen verliert die Produzentenhaftung — gerade wegen ihrer Erstreckung auf Haftungen innerhalb der gewerblichen Wirtschaft — viele ihrer nachteiligen oder als nachteilig empfundenen Auswirkungen. Doch noch hilfreicher wäre es, wenn in steuerlicher Hinsicht die Folgerungen gezogen würden, die das us-amerikanische Recht⁷⁴⁾ schon seit einiger Zeit für notwendig erklärt hat: eine Verbesserung der steuerlichen Rückstellungsmöglichkeiten für Produkthaftungsrisiken. Was bislang in der deutschen Literatur hierzu geschrieben wurde⁷⁵⁾, hat allerdings nicht den Beifall der Finanzverwaltungen gefunden. Vieles spricht dafür, daß der gewählte dogmatische Ansatz dieser Autoren unzureichend war. Das maßgebende, hier kurz gestreifte Risikopotential der Produzentenhaftung ergibt sich nämlich aus der Präjudizwirkung der BGH-Entscheidung vom 24. 11. 1976⁷⁶⁾, weil dadurch das Gewährleistungsrisiko des Herstellers deliktsrechtlich unterlaufen und — im wesentlichen haftungsfreizeichnungsfest — auf maximal 30 Jahre gemäß § 852 BGB erstreckt wurde. Zusammen mit den Konsequenzen, die sich haftungsrechtlich aus dem AGB-Gesetz ergeben, bedeutet dies eine ganz wesentliche Steigerung des bisherigen Gewährleistungsrisikos. Es ist also nicht — entgegen dem ersten Anschein — das deliktsrechtliche Haftungsrisiko, welches

66) Hierzu neuestens von *Hülser*, RIW/AWD 1979 S. 365 ff.

67) *Deutsch*, BB 1979 S. 1325.

68) *Diller*, BB 1980 S. 235 ff.

69) BGH Urt. vom 26. 11. 1968, BGHZ 51 S. 91 ff. = DB 1969 S. 32.

70) BGH Urt. vom 24. 11. 1976, DB 1977 S. 299 = BB 1977 S. 162.

71) Im einzelnen *Graf von Westphalen*, NJW 1979 S. 836 ff.

72) *Löwe*, BB 1978, S. 1495, 1497.

73) Vgl. *Durchlaub*, DB 1978 S. 1529 ff.

74) Hierzu *Nelson*, Products Liability: New Directions and Practical Approaches, The Corporation L.R. 1979 S. 201 ff. m. w. N.

75) *Popp*, DB 1976 S. 455; *Vogel*, DB 1977 S. 1475; *Oswald*, DStZ 1978 S. 59; *Küffner*, DStR 1978 S. 539; *Mayer-Wegelin*, DStZ 1980 S. 269 alle m. w. N.

76) BGH Urt. vom 24. 11. 1976, DB 1977 S. 299 = BB 1977, S. 162; hierzu auch *Schmidt-Salzer*, BB 1979 S. 1 ff.

beträchtlich angewachsen ist, sondern es ist die Nutzbarmachung der dort entwickelten Instrumentarien innerhalb des vertragsrechtlich umgrenzten Bereichs der „Gewährleistung“. Da dieses Risiko, wie kurz gezeigt, versicherungstechnisch nicht zu erfassen ist, müßten eigentlich — abhängig vom jeweiligen Haftungsprofil eines Unternehmens — die Finanzverwaltungen davon zu überzeugen sein, daß mit der gebotenen kaufmännischen Vorsicht eine Neubewertung der pauschaliert zu bildenden Gewährleistungsrückstellungen in Betracht kommt; die nur in bezug auf ein erkennbares Einzelrisiko zu bildenden Haftpflichtrückstellungen werden jedoch davon nicht berührt, obwohl die Tendenz in der Literatur in diese — wie mir scheint: falsche — Richtung weist⁷⁷⁾.

Zusammenfassend: Es unterliegt keinem Zweifel, daß sich die Risiken der Produzentenhaftung — vor allem auf Grund einer dem einzelnen nicht mehr ohne weiteres nachvollziehbaren Präjudizienkette — erheblich gesteigert haben. Von hoher Mäßgeblichkeit aber ist, daß das Instrumentarium dieser Haftungsfigur inzwischen auch auf Ansprüche ausgedehnt worden ist, die dem Besteller — unter exakt zu beachtenden tatbestandlichen Voraussetzungen — das Recht einräumt, Sach- und Personenschäden gemäß § 823 BGB zu realisieren — ohne Rücksicht auf etwaige Spezifika der Gewährleistungsregelungen. Das derart gesteigerte Produkthaftungsrisiko sollte jedoch zum Ausgangspunkt einer Optimierung des „risk management“ innerhalb der Unternehmen verwendet werden; Maxime sollte sein, Bewußtsein und Verantwortung für eine erhöhte Produktsicherheit zu wecken. Denn haftungsrechtlich ist kein befriedigender Grund ersichtlich, den Lieferanten/Hersteller eines fehlerhaften Produkts im Schadensfall zu privilegieren und den Besteller mit den fremdverursachten Schadensfolgen alleine zu lassen.

2. Die EG-Richtlinie

Die auf dem Prinzip der verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung aufbauende EG-Richtlinie⁷⁸⁾ wird von verschiedener Seite geradezu als programmatisches Beispiel einer allzu verbraucherfreundlichen Regelung angesehen. Und es ist sicherlich berechtigt, wenn man feststellt: auch der neue Richtlinienentwurf enthält zwei erhebliche Mängel. Zum einen wird der Einschluß der Haftung für Entwicklungsrisiken gemäß Art. 1 Abs. 2 für nachteilig, ja für ausgesprochen innovationshemmend bewertet. Denn es heißt in dieser Vorschrift:

„Der Hersteller haftet auch dann, wenn die Sache nach dem Stand von Wissenschaft und Technik in dem Zeitpunkt, in dem er sie in Verkehr brachte, nicht als fehlerhaft angesehen werden konnte.“

Der zweite, wie mir scheint, wesentliche Nachteil der Richtlinie ist auf die äußerst schwierige Fehlerdefinition zurückzuführen, die ja bei einer verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung das einzige, aber entscheidende Korrektiv gegenüber einer völligen Ausuferung der Haftung ist. Was das deutsche Recht mit seinem Festhalten am Verschuldensprinzip mit Hilfe dieses Kriteriums — und zusammen mit den weiteren Korrekturen des Fehlers und der Verursachung — im Hinblick auf eine erforderliche Eingrenzung der Produzentenhaftung bewirkt, muß eine vom Verschuldensprinzip absehbare Produzentenhaftung notwendigerweise — und ausschließlich — auf Grund der Bestimmung des Produktfehlers erreichen. Dieser Zusammenhang wird durch die us-amerikanische Rechtsprechung zur Products Liability drastisch vor Augen geführt: dort entscheidet sich nämlich die Weichenstellung, ob gehaftet werden soll oder nicht, ausschließlich am Vorhandensein eines „defect“. Daß dieser verschiedentlich noch mit dem Adjektiv des „unreasonably dangerous“⁷⁹⁾ versehen wird, entlastet nicht, seitdem einige Jurisdiktionen dazu übergegangen sind, den „defect“ sogar danach zu bestimmen, ob der sogenannte „risk-utility-test“⁸⁰⁾ zugunsten oder zum Nachteil des beklagten Herstellers ausschlägt. Gemeint ist damit: Ein Fehler liegt dann vor, wenn die Kosten zu seiner Vermeidung in einem dem Hersteller zumutbaren Verhältnis zu den infolge einer geänderten Konstruktion des

Produkts verringerten Risiken stehen. Anders gewendet: Die Hauptschwierigkeit der Fehlerdefinition im Rahmen einer verschuldensunabhängigen Produzentenhaftung liegt nicht im Bereich der Fabrikationsfehler, weil ja hierbei stets eine Abweichung des Produkts gegenüber der der Sicherheitserwartung des Verbrauchers vorliegt. Vielmehr ist das maßgebende Problem: die Bestimmung eines Konstruktionsfehlers, der ja unter gewissen Perspektiven auch als Instruktionsfehler in Erscheinung treten kann, weil ja der Hersteller bei einem konstruktiv bedingten Fehler des Produkts auch berechtigt sein kann — nicht in jeden Fall ist —, vor den dadurch hervorgerufenen Gefahren im Rahmen seiner Instruktionspflicht in ausreichender Form zu warnen.

Unter diesem Betracht überzeugt die Fehlerdefinition der Richtlinie in Art. 4 nicht, wenn es dort heißt:

„Eine Sache ist fehlerhaft, wenn sie bei bestimmungsgemäßem Gebrauch für Personen oder Sachen nicht die Sicherheit bietet, die man unter Berücksichtigung aller Umstände einschließlich Ihrer Darbietung und des Zeitpunktes, in welchem sie in Verkehr gebracht worden ist, zu erwarten berechtigt ist“.

Daß die Richtlinie auf eine „Berücksichtigung aller Umstände“ des Falles jetzt abhebt, ist neu; es findet sich auch in Art. 5 wieder, wo es darum geht, die Kriterien festzulegen, unter denen eine Haftung des Herstellers nicht in Betracht kommt. Dort ist zu lesen — und zwar in lit. b):

„Der Hersteller haftet nicht, wenn er beweist, . . . b) daß sie (die Sache) unter Berücksichtigung aller Umstände nicht fehlerhaft war, als er sie in Verkehr brachte“.

Mithin bleibt die schon aus dem us-amerikanischen Recht bekannte Problematik: Wie hoch geschraubt dürfen — berechtigterweise — die Verbrauchererwartungen sein, die an die Sicherheit eines Produkts gestellt werden? Zwar spricht einiges dafür, daß die Generalklausel, wonach „alle Umstände“ des Falles zu berücksichtigen sind, auch dem beklagten Hersteller die Verteidigung ermöglicht, den Nachweis anzutreten, daß das von ihm in Verkehr gebrachte Produkt (vgl. Art. 5 lit. c) dem Stand von Wissenschaft und Technik entsprach. Doch ganz sicher ist dies nicht, weil ja die in Art. 4 als Kriterium angesprochene Verbrauchererwartung durchaus auch weiter gehen kann — z. B. daß auch bei einem Kleinwagen die gleiche Sicherheit erwartet werden kann wie bei einem Mercedes, der indessen bekanntlich konstruktiv wesentlich mehr Sicherheit bietet. Von Vorteil wäre es deshalb, wenn dies entsprechend klar gestellt würde, zumal das die Produkthaftung regelnde neue Reformgesetz in den USA, das freilich bislang nur von 29 Staaten der Union ratifiziert worden ist, ausdrücklich dem Hersteller — haftungsbefreiend — den Nachweis gestattet, das von ihm in den Verkehr gebrachte Produkt entspreche dem „state of the art“⁸¹⁾.

3. Vergleich der EG-Richtlinie mit dem deutschen Recht

Damit drängt sich die Frage auf, ob die EG-Richtlinie, wie vielfach vor allem in der Industrie befürchtet, eine zum Nachteil der gewerblichen Wirtschaft reichende Überbetonung berechtigter Belange des Verbraucherschutzes darstellt — eine Frage, die es verdient, kurz beleuchtet zu werden: Geht also die EG-Richtlinie in nicht zu billiger Weise über die in Deutschland etablierte Judikatur zur Produzentenhaftung hinaus? Denn nur wenn diese Frage positiv zu beantworten wäre, bestünde Grund zur Besorgnis.

Daß für Entwicklungsrisiken gehaftet wird, ist ein wesentliches Element der EG-Richtlinie. Doch dies halte ich aus mehreren Grün-

77) So vor allem auch Küffner, a. a. O., S. 542 ff.

78) BT-Drucks. 8/3358; vgl. auch Helmrich, WRP 1980 S. 305 ff.

79) Hierzu im einzelnen von Hülsen, RIW/AWD 1979 S. 365 ff.

80) Vgl. Graf von Westphalen, WM 1979 S. 542, 545 f. m. w. N.

81) Vgl. Referat von Prof. Dr. Stiefel — unveröffentlichtes Manuskript — gehalten am 20. 6. 1980 anläßlich des „Europäischen Produkthaftpflicht-Kongresses der Kölnischen Rück“.

den für kaum gravierend. Zum einen ist die Industrie bislang den Nachweis schuldig geblieben, daß Entwicklungsrisiken im Bereich der industriellen Fertigung ausgesprochen häufig sind; das Gegenteil scheint eher wahrscheinlich zu sein. Ausgenommen den Fall des Venylchlorid ist mir kein Entwicklungsrisiko bekannt; Contergan jedenfalls fällt nicht in diese Kategorie; Contergan war ohne Frage ein Konstruktionsfehler⁸²⁾. Zudem erfaßt die strikte Haftung des § 84 Arzneimittelgesetz inzwischen die typischen Entwicklungsrisiken, ohne daß dies die Innovationsfähigkeit oder Innovationsbereitschaft der Pharmaindustrie nachteilig beeinflusst hätte. Zum anderen: es ist im deutschen Recht anerkannt⁸³⁾, daß der Hersteller eines neu konstruierten Produkts verpflichtet ist, sich über dessen aktuelle Bewährung auf dem Markt ständig unterrichtet zu halten; diese Pflicht wird in der Produzentenhaftung als Produktbeobachtungspflicht charakterisiert. Wendet man die hierzu entwickelten Prinzipien auf etwaige Entwicklungsrisiken an, so ergibt sich: Keineswegs ist der Hersteller eines Produkts, bei welchem während der Benutzung unerwartet Schäden eintreten, berechtigt, dem tatenlos zuzusehen; er ist vielmehr im Rahmen der Produktbeobachtung verpflichtet, die erforderlichen und ihm zumutbaren Maßnahmen der Gefahrenabwehr zu treffen, z. B. in Form einer Rückrufaktion. Unterläßt er dies, dann haftet der Hersteller auch nach deutschem Recht — ungeachtet der Verteidigung, es handle sich um ein „Entwicklungsrisiko“. Somit reduziert sich in praktischer Sicht die Differenz zwischen der EG-Richtlinie einerseits und dem deutschen Recht andererseits auf eine nach dem deutschen Recht vermeidbare Nichthaftung in den ersten Fällen, welche dem Hersteller als Entwicklungsrisiken bekannt werden, ihn aber dann unverzüglich verpflichten, die erforderlichen und zumutbaren Gefahrenabwendungsmaßnahmen durchzuführen. Die Nachteile auf Grund der EG-Richtlinie sind also insoweit marginal.

Weiter: Nach Art. 4 der EG-Richtlinie ist der „bestimmungsgemäße Gebrauch“ des Produkts eine Voraussetzung des Fehlers. Doch das deutsche Recht geht im Rahmen der Instruktionshaftung bei der Gefahr schwerer Schäden wesentlich weiter; es verpflichtet nämlich den Hersteller, den Produktbenutzer auch vor solchen Gefahren zu warnen, die bei bestimmungswidrigem Gebrauch auftreten, sofern dies vorhersehbar war⁸⁴⁾. Insoweit zielt praktisch das deutsche Recht deutlich weiter als die EG-Richtlinie. Mehr noch: Der BGH hat in einer viel zu wenig beachteten Entscheidung⁸⁵⁾ die Judikatur zur Produzentenhaftung auch auf die persönliche Haftung leitender Mitarbeiter ausgedehnt, sie demnach mit dem „Insolvenzrisiko“ des Unternehmens belastet. Zwar hat dies verschiedentlich zu erheblicher Kritik in der Literatur geführt⁸⁶⁾, doch muß man festhalten: die EG-Richtlinie geht nicht so weit; sie begrenzt die Haftung grundsätzlich auf den Hersteller, und zwar der Gesamtsache wie auf den Hersteller eines Teils. Andererseits: die Importeurhaftung ist nach einer neuen BGH-Entscheidung regelmäßig nicht auf nicht erkennbare Konstruktionsmängel zu erstrecken — jedenfalls dann nicht, wenn der Hersteller innerhalb der EG domiziliert⁸⁷⁾. Die EG-Richtlinie hingegen behandelt den Importeur wie einen Hersteller; es soll vermieden werden, daß dieser sich von seiner Haftung nur deswegen freizeichnet, weil er seinen Hersteller nicht wegen etwaiger Besonderheiten des insoweit geltenden nationalen Rechts in Regreß nehmen kann.

Doch von besonderer Bedeutung in diesem Zusammenhang ist: Die deutsche Judikatur erweitert inzwischen die Grundsätze der Produzentenhaftung auf das gewährleistungsspezifische Haftungsproblem, auf den Schaden an der gelieferten Sache⁸⁸⁾. Dies ist nach Art. 6 der EG-Richtlinie ausdrücklich ausgeschlossen: Fehler an der gelieferten Sache sind nicht Gegenstand der Haftung nach der EG-Richtlinie. Die Haftung ist auf Schäden an Sachen beschränkt, die der Endverbraucher privat verwendet. Gerade aber diese Begrenzung der EG-Richtlinie auf eine verbrauchertypische Haftung hat ihre auffallenden Nachteile, und diese

sind in der Tat eine der „Schattenseiten des Verbraucherschutzes“. Warum dies?

Getroffen werden nämlich von der Gefährdungshaftung der EG-Richtlinie nur die Hersteller, die Produkte in den Verkehr bringen, welche von einem Verbraucher für dessen privaten Gebrauch oder Verbrauch erworben worden sind und dort einen Schaden verursacht haben. Nur in den seltensten Fällen aber werden die derart in die Haftung genommenen Hersteller die Produkte selbst — ohne irgendeinen Fremdbezug — hergestellt haben. Die Haftung nach der EG-Richtlinie aber greift selbst dann, wenn die maßgebliche Fehlerursache in einem zugelieferten Teil lag, ohne daß der Zulieferant zwingend in Anspruch genommen werden muß. In diesen Fällen aber ist der beklagte Hersteller gehalten, bei seinem Zulieferanten Regreß zu nehmen. Dies jedoch kann er nicht auf Grund der Gefährdungshaftung der EG-Richtlinie, sondern ist auf die verschuldensmäßige Einstandspflicht des deutschen Rechts verwiesen, wobei die erheblichen Probleme der deliktsrechtlichen Auswirkung der typischen Arbeitsteilung haftungsmäßig zu berücksichtigen sind. Dies erscheint eine unangemessene Benachteiligung des Herstellers, zumal dann, wenn er den freilich nach der EG-Richtlinie unerheblichen Beweis antreten kann, den von seinem Zulieferanten verursachten Produktfehler — z. B. in einem Rohstoff — mangels eigener Fachkenntnisse überhaupt nicht feststellen zu können. Dogmatisch dürfte in solchen Fällen auch die ansonsten vorhandene gesamtschuldnerische Haftung der §§ 830, 840 BGB nicht ohne weiteres in Betracht kommen, um den sich aus § 426 BGB ergebenden internen Haftungsausgleich zu bewirken⁸⁹⁾. Dann aber erzeugt die EG-Richtlinie ein ordnungspolitisch nicht hinzunehmendes Ungleichgewicht: die Hersteller verbrauchertypischer Produkte haften bei Sach- und Körperschäden ungleich gegenüber denjenigen, welche sich auf die Herstellung gewerblich oder industriell benutzter Produkte konzentrieren —, und zwar auch dann, wenn sie solchen Herstellern Produkte zuliefern, die schadhaft sind, ohne daß dies entdeckt werden kann. Diesen ordnungspolitischen Nachteil halte ich für ungleich gravierender als die Haftung für Entwicklungsrisiken und die durchaus vorhandenen Schwierigkeiten bei der Bestimmung eines Konstruktions- oder Instruktionsfehlers gemäß Art. 4 der EG-Richtlinie. Im Grunde genommen haben wir hier eine ähnliche, ebenfalls ordnungspolitisch bedenkliche „Schräglage“ wie sie sich auf Grund des ursprünglichen Entwurfs des AGB-Gesetzes als reines Verbraucherschutzgesetz⁹⁰⁾ ergab — eine Problemlage, die dadurch aus der Welt geschaffen wurde, daß wesentliche Vorschriften des AGB-Gesetzes auch auf die gesamte Industrie erstreckt wurden, weil vermieden werden sollte, daß — salopp gesprochen — denjenigen die „Hunde beißen“, der mit dem Endverbraucher kontrahiert.

IV. Schlußbemerkung

Wir haben also zwei typische Befunde in den bisherigen Überlegungen herausgearbeitet: Zum einen die Auflösung der formalisierten Konturen der Privatautonomie und ihre Ersetzung durch

⁸²⁾ Hierzu *Schmidt-Salzer*, Entscheidungssammlung — Produkthaftung, Bd. II, S. 481 ff. — Einstellungsbeschuß des LG Aachen vom 18. 12. 1970.

⁸³⁾ BGH Ur. vom 28. 9. 1970, DB 1970 S. 2213.

⁸⁴⁾ BGH Ur. vom 11. 7. 1972, BGHZ 59 S. 172 — DB 1972 S. 2011.

⁸⁵⁾ BGH Ur. vom 3. 6. 1975, DB 1975 S. 1404.

⁸⁶⁾ Kritisch *Diederichsen*, DAR 1976 S. 312; *Lieb* JZ 1976 S. 526; *Freiherr Marschall von Bieberstein*, VersR 1976 S. 411; *Stoll*, AcP 176 S. 145, 170; a. M. *Schmidt-Salzer*, BB 1975 S. 1032; *Graf von Westphalen*, BB 1975 S. 1033.

⁸⁷⁾ BGH Ur. vom 11. 12. 1979, DB 1980 S. 775 — BB 1980 S. 443 m. Anm. von *Schmidt-Salzer*.

⁸⁸⁾ BGH Ur. vom 28. 11. 1976, DB 1977 S. 299 — BB 1977 S. 162; BGH Ur. vom 5. 7. 1978, DB 1978 S. 1878.

⁸⁹⁾ *Graf von Westphalen*, NJW 1979 S. 836 ff.

⁹⁰⁾ Vgl. den Referentenentwurf zum AGB-Gesetz in DB-Bellage Nr. 14/1974.

sozial-politische Unwägbarkeiten einer annähernd gleichstarken und daher gleichberechtigten Markt- und Machtstellung. Zum anderen haben wir gesehen, daß die Auswirkungen des Verbraucherschutzes dann besonders nachteilig sind, wenn die haftungsrechtlichen Konsequenzen einseitig nur eine bestimmte Gruppe von Herstellern trifft, ohne in Rechnung zu stellen, daß potentiell die gesamte Industrie Erzeugnisse anbietet, die dem Verbraucher zugute kommen. Doch dies alles ist keineswegs ohne weiteres einsichtig — nicht, weil die intellektuelle Schwelle für derartige Erkenntnisse zu hoch wäre. Vielmehr: Sowohl die Problematik des AGB-Gesetzes als auch die der Produzentenhaftung sind typisches Fallrecht; die sich dabei herausstellenden Konsequenzen ergeben sich nur auf Grund einer oft höchst mühevollen Einzelanalyse. Was bedeutet dies für den Unternehmer?

Schon jetzt sind die Masse der Präjudizien, welche die Verwendung von AGB nach sich zieht, für den Kaufmann nicht mehr zu übersehen; und er ist auch mit Sicherheit nicht in der Lage, selbst wenn er wollte, die Masse der die Produzentenhaftung ausmachenden höchstrichterlichen Urteile in ihren haftungsbegründenden Auswirkungen auf sein unternehmerisches Risiko zutreffend zu erfassen. Er ist inzwischen — auch im Bereich des Vertragsrechts — auf den Rat des Experten angewiesen; nachdem sich gleichartige Tendenzen im Steuerrecht, im Arbeitsrecht und vor allem auch in den wirtschaftsrechtlichen Spezialbereichen des Kartellrechts und des UWG bereits durchgesetzt haben, ist die sich jetzt auch innerhalb des gesamten Vertragsrechts abzeichnende Flut von nicht mehr überschaubaren Präjudizien ein Menektekel.

Nicht daß der Unternehmer jetzt auch in seinem genuinen unternehmerischen Handeln, nämlich im Abschluß von Verträgen, auf das Urteil von Experten angewiesen ist, kennzeichnet das Dilemma. Dieses wird vielmehr dadurch charakterisiert, daß die hier unterbreitete Beobachtung ja nur einen Sektor im wachsenden Kranz externer, vom Unternehmer zu beachtender, aber nicht mehr direkt steuerbarer Daten ausmacht, die immer enger und gleichzeitig immer komplexer und komplizierter in ihren Interde-

pendenzen werden. Mit Recht wird hierin — nimmt man die angeführten Stichworte für eine zutreffende Situationsbeschreibung — eine Einengung der unternehmerischen Entscheidungsfreiheit gesehen, ein Verlust an Freiheit, was gleichzeitig eine Zunahme des Risikos bedeutet, weil ja die Mißachtung externer Daten — vor allem im Bereich des Vertragsrechts und in der Produzentenhaftung — unweigerlich Sanktionen auslöst, bei denen ein wachsendes Anspruchsbewußtsein sowie die Kenntnis, daß Haftungen versicherbar sind, gleichermaßen Pate stehen.

Damit ist das schwerwiegendste Bedenken angedeutet, das den Schlußpunkt meiner Darlegungen bilden soll. Die hier aufgezeigten Entwicklungen und negativen Auswirkungen des Verbraucherschutzes betreffen in erster Linie und ungleich hart die mittelständischen Unternehmer. Die Volkswirtschaft aber ist vital auf deren unternehmerisches Wagnis, auf ihre Innovation und auf das Aufspüren von Marktchancen angewiesen. Doch ihnen fehlen aus naheliegenden Gründen die erforderlichen Ressourcen in sachlicher und personeller Hinsicht, um den zunehmenden Risiken gewachsen zu sein, welche die Präjudizienflut im Recht — Zeichen aller späten Epochen, die dieses Signum in rechtshistorischer Sicht tragen — charakterisiert. Den mittelständischen Unternehmern fehlt notwendigerweise das erforderliche Know-how; größere unternehmerische Einheiten verfügen über teils hervorragend besetzte Stabsabteilungen, auch haben sie leichteren Zugang zu den jeweiligen Experten. Indessen, dies wird sich auf Sicht nicht ändern lassen, der Trend wird sich wahrscheinlich noch verstärken — im Verein mit einer nicht zu stoppenden Normenflut, der der Gesetzesperfektionismus unserer Tage schlecht zu Gesicht steht, aber ein unverzichtbares Element gleichwohl in einer Zeit ist, die Recht und Gerechtigkeit in quantitativer Beziehung zu messen sich anschickt. Auf der Strecke bleibt dann die Rechtssicherheit; die Voraussehbarkeit rechtlicher Entscheidungen wird vage. Die unbestreitbaren Vorzüge eines verbesserten Verbraucherschutzes haben — darum ging es mir, dies nachzuweisen — dazu auch mit ihren bislang kaum ausreichend gesehenen Auswirkungen beigetragen.