

Verbraucherschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland

Verbraucherschutzrecht in den EG-Staaten

Herausgeber: Professor N. Reich

Erstellt im Auftrage der EG-Kommission, Dienststelle für Umwelt- und Verbraucherschutz

Die Studie, bestehend aus einer rechtsvergleichenden Analyse und neun Länderberichten, stellt die erste vollständige Würdigung des Verbraucherrechts in den neun Ländern des Gemeinsamen Marktes dar. Der Schwerpunkt liegt in der Darstellung und Bewertung der gesetzgeberischen Aktivitäten und Reformbewegungen, die zu zahlreichen originellen, wenn auch divergierenden Lösungen geführt haben. In diesem Zusammenhang wurde das 'Richterrecht' soweit berücksichtigt, wie es für den Verbraucherschutz Bedeutung hat; dabei fallen erhebliche Unterschiede in den neun EG-Staaten auf. Die Rechtsverwirklichung durch Verwaltungsbehörden ist ausführlich dokumentiert; das Hauptaugenmerk wurde auf zentralisierte Einrichtungen gelegt. Organisationen der Verbraucher, sei es auf Mitgliederbasis oder auf der Grundlage der Fremdorganisation spielen eine große Rolle bei der Entstehung und Durchsetzung des Verbraucherrechts und sind deshalb überall erwähnt. Die Studie macht schließlich Vorschläge für eine Verbesserung und Angleichung des Rechts auf EG-Basis.

Der vergleichende Bericht und die Länderberichte folgen im Prinzip demselben Schema. Das erste Kapitel gibt jeweils eine Einführung in die Organisation von Verbraucherinteressen und in die Stellung des Verbraucherrechts. Das nächste Kapitel ist dem Interesse des Verbrauchers an vernünftigen Preisen für Waren und Dienstleistungen gewidmet. Die folgenden Kapitel behandeln Wettbewerbshandlungen unter den Gesichtspunkten der Verbraucherinformation, der Werbung und der Verkaufsförderung. Weitere Kapitel beziehen sich auf rechtliche Lösungen zum Schutz und zur Förderung der Verbraucherinteressen im Bereich Sicherheit und Qualität. Einen bemerkenswerten Platz nimmt die Darstellung des Konsumentenkredits und des Rechts der unlauteren Vertragsklauseln ein. Das letzte Kapitel jedes Buch bewertet die Rechtsdurchsetzung im Interesse des individuellen Konsumenten.

Verbraucherschutzrecht in den EG-Staaten: Eine Vergleichende Analyse

Consumer Legislation in the EC Countries: A Comparative Analysis

Le Droit de la Consommation dans les Pays-Membres de la CEE: Une Analyse Comparative
—Reich & Micklitz

Consumer Legislation in Belgium and Luxemburg

Le Droit de la Consommation en Belgique et au Luxemburg

—Fontaine & Bourgoignie

Consumer Legislation in Denmark

—Dahl

Consumer Legislation in France

Le Droit de la Consommation en France

—Calais-Auloy et al.

Verbraucherschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland

Consumer Legislation in Germany

—Reich & Micklitz

Consumer Legislation in Italy

—Ghidini

Consumer Legislation in the Netherlands

—Hondius

Consumer Legislation in the United Kingdom and the Republik of Ireland

—Whincup

Norbert Reich

Professor für Zivilrecht

Universität Hamburg, Fachbereich Rechtswissenschaft II

Verbraucherschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland

Eine Studie im Auftrage der EG Kommission

Norbert Reich
Professor für Zivilrecht
Universität Hamburg, Fachbereich Rechtswissenschaft II

Hans-W. Micklitz
Hochschule für Wirtschaft und Politik
Hamburg



VAN NOSTRAND REINHOLD COMPANY

New York — Cincinnati — Toronto — London — Melbourne

© 1980, Van Nostrand Reinhold Co. Ltd.

Alle Rechte, insbesondere die der Übersetzung in
Sprachen, vorbehalten. Kein Teil dieses Buches darf ohne
schriftliche Genehmigung des Verlages in irgendeiner Form —
durch Photokopie, Mikrofilm oder irgendein anderes
Verfahren — reproduziert oder in eine von Maschinen,
insbesondere von Datenverarbeitungsmaschinen, verwendbare
Sprache übertragen oder übersetzt werden.

**Verlegt von Van Nostrand Reinhold Company Ltd.,
Molly Millars Lane, Wokingham, Berkshire, England**

*Hermann Luchterhand Verlag, 5450 Neuwied 1,
Heddendorfer Strasse 31, Postfach 1780*

*Samson Uitgeverij bv, Wilhelminalaan 12, Postbus 4, 2400
MA Alphen aan den Rijn*

Technique et Documentation, 11 Rue Lavoisier, 75008 Paris

*Verlegt in 1980 von Van Nostrand Reinhold Company,
Eine Abteilung der Litton Educational Publishing Inc.,
135 West 50th Street, New York, NY 10020, USA*

*Van Nostrand Reinhold Limited,
1410 Birchmount Road, Scarborough, Ontario, M1P 2E7,
Canada*

*Van Nostrand Reinhold Australis Pty, Limited,
17 Queen Street, Mitcham, Victoria 3132, Australia*

Library of Congress Cataloging in Publication Data

Reich, Norbert.

Verbraucherschutzrecht in der Bundesrepublik
Deutschland.

1. Consumer protection — Law and legislation —
Germany, West. I. Micklitz, Hans W., joint author.
Law 343.43' 071 80-16142
ISBN 0-442-30419-6

Printed and bound at
The Camelot Press Ltd, Southampton

Vorwort

Anliegende Studie ist Bestandteil eines Forschungsprojektes der EG-Kommission, in dem die Verbrauchergesetzgebung der neun EG-Staaten dargestellt und verglichen wird. Die Länderberichte sind von jeweils dort forschenden Rechtswissenschaftlern gemacht; vorliegend handelt es sich um den Länderbericht für die BRD.

Die Studie ist die erste umfassende, auf einem theoretischen Konzept des Verbraucherrechts aufbauende Darstellung dieses neuen Rechtsgebiets. Sie dringt deshalb weit in Gebiete des Wirtschaftsrechts vor, die aufgrund der herrschenden Trennung von Zivilrecht und öffentlichem Recht immer noch sorgsam in Praxis und Lehre voneinander geschieden werden. Die Schwierigkeit bestand allerdings darin, angesichts der Fülle des Normativmaterials die richtige Auswahl zu treffen und die wirklich relevanten Rechtsfragen darzustellen und zu würdigen. Ob dies immer gelungen ist, möge der Leser beurteilen. Die Zahlen in Klammern verweisen auf entsprechende Randziffern im Text und sollen auf die enge Verzahnung der Sachbereiche im Verbraucherschutzrecht aufmerksam machen.

Die Studie konzentriert sich vornehmlich auf Gesetzgebung und die sie begleitende Rechtsprechung. Besonderer Wert wurde auch auf Einarbeitung der Reform gelegt. Wenig erforscht ist die tatsächliche Rechtsverwirklichung, sei es durch Behörden, Gerichte oder Verbände; hier konnten häufig nur Lücken vermerkt werden, sofern nicht ausnahmsweise wie im Bereich des unlauteren Wettbewerbs und der Werbung entsprechende empirische Untersuchungen vorliegen. Dieser Mangel erschwert auch eine wissenschaftliche Evaluation des geltenden Rechts.

Gemäß ihrer Anlage beschränkt sich die Studie hauptsächlich auf den Gütermarkt (Waren und Dienstleistungen). Der Grundstücksmarkt und der Kapitalmarkt, in dem sicher auch Verbraucherschutz notwendig und vorhanden ist, bleibt außerhalb des Erkenntnisinteresses.

Die Studie gibt den Stand der Rechtsentwicklung Ende 1979 wieder. Vereinzelt war es noch möglich, auf neuere Tendenzen hinzuweisen.

Hamburg, im Frühjahr 1980

*Norbert Reich
Hans-W. Micklitz*

Abkürzungsverzeichnis

A	Auflage
a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
ABB	Allgemeine Bausparkassen Bedingungen
ABl.	<i>Amtsblatt</i> (der EG)
AbzG	Abzahlungsgesetz
AcP	<i>Archiv für die civilistische Praxis</i>
ADAC	Allgemeiner Deutscher Auttomobilclub
AfP	<i>Archiv für Presserecht</i>
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen-Geschäftsbedingungen
AMG	Arzneimittelgesetz
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AÖR	<i>Archiv für öffentliches Recht</i>
ARB	Allgemeine Reiseveranstalterbedingungen
Art.	Artikel
ASJ	Arbeitsgemeinschaft Sozialdemokratischer Juristen
AVB	Allgemeine Versicherungsbedingungen
AVB Gas	Allgemeine Versorgungsbedingungen der Gaswerke
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAK	Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen
BAnz	Bundesanzeiger
BAV	Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen
BayrOLG	Bayrisches Oberlandesgericht
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BIBB	Bundesinstitut zur Berufsbildung
BJM	Bundesjustizministerium

BA, BKartA	Bundeskartellamt
B1.	Blatt
BR-Drucks.	Bundesrats-Drucksache
BR-Drucks.	Bundestags-Drucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVM	Bundesverkehrsministerium
DAR	Deutsches Autorecht
DAT	Deutsche Automobil Treuhand
DB	<i>Der Betrieb</i>
ders.	derselbe
DGB	Deutscher Gewerkschaftsbund
DIN	Deutsches Institut für Normung
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DRV	Deutscher Reisebüro-Verband
DUR	<i>Demokratie und Recht</i>
E	Entscheidung
EG	Europäische Gemeinschaften
ER	Europarat
ErgLfg	Ergänzungslieferung
EugGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
FAZ	<i>Frankfurter Allgemeine Zeitung</i>
FernUSG(FUSG)	Fernunterrichtsschutzgesetz
ff	fortfolgende
Fn	Fußnote
FS	Festschrift
G	Gesetz
GG	Grundgesetz
GRUR	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht</i>
GRUR Int.	<i>Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht — internationaler Teil</i>
GSG	Gerätesicherheitsgesetz
GStW	Gesetz zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft
GVBl.	<i>Gesetz- und Verordnungsblatt</i>
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
HdVR	<i>Handbuch des Verbraucherrechts</i>
HGB	Handelsgesetzbuch
HWG	Heilmittelwerbegesetz
Hrsg.	Herausgeber
JA	<i>Juristische Arbeitsblätter</i>
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung

KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften
Kap.	Kapitel
KG	Kommanditgesellschaft
Komm.	Kommentar
KVO	Kraftverkehrsordnung
KWG	Gesetz über das Kreditwesen
LG	Landgericht
LM	Lindemaier — Möhring, Entscheidungssammlung
LMBG	Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz
LRE	Lebensmittelrechtliche Entscheidungen
LVG	Landesverwaltungsgericht
MDR	<i>Monatszeitschrift für Deutsches Recht</i>
MS	Manuskript
MS chG	Maschinenschutzgesetz
n.w.Nw.	mit weiteren Nachweisen
Nds. Rpfl.	Niedersächsischer Rechtspfleger
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr	Nummer
NWe	Nachweise
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OLG	Oberlandesgericht
OLG Ffm.	Oberlandesgericht Frankfurt am Main
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen
PHB	Bedingungen für die Produkthaftpflichtversicherung
RabelsZ	<i>Rabels-Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht</i>
RBG	Rechtsberatungsgesetz
Rdnr.	Randnummer
Ref.E.	Referentenentwurf
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichtes in Zivilsachen
RGRK	Reichsgerichtsrätekomentar
RZ	Randziffer
S.	Seite
SchuldR	Schuldrecht
StGB	Strafgesetzbuch
TüV	Technischer Überwachungsverein
u.a.	unter anderem
UNICEF	United Nations Children's Fund
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
VAG	Versicherungsaufsichtsgesetz
VBZ	Verbraucherzentrale
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VPK	<i>Verbraucherpolitische Korrespondenz</i>
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
VwVG	Verwaltungsverfahrensgesetz

VZ	Verbraucherzentrale
WiVerw	<i>Wirtschaftsverwaltung</i>
WM	<i>Wertpapiermitteilungen</i>
WRP	<i>Wettbewerb in Recht und Praxis</i>
WuW	<i>Wirtschaft und Wettbewerb</i>
ZAW	Zentralausschuß des Deutschen Werberates
ZdK	Zentralverband des Kfz-Gewerbes
ZFU	Zentralstelle für Fernunterricht
ZHR	<i>Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht</i>
Ziff.	Ziffer
ZLR	<i>Zeitschrift für Lebensmittelrecht</i>
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	<i>Zeitschrift für Rechtspolitik</i>
ZVP	<i>Zeitschrift für Verbraucherpolitik — Journal of Consumer Policy</i>

Inhaltsverzeichnis

	RandZ	Seite
<i>Vorwort</i>		v
<i>Abkürzungsverzeichnis</i>		vii
1. Kapitel Allgemeine Bemerkungen zur Stellung des Verbrauchers im deutschen Recht <i>N. Reich</i>		1
I Allgemeines	1	1
II Bemerkungen zur sozialökonomischen Funktion des Verbrauchers im Wirtschaftssystem der BRD		2
1 Verbrauch und Verbraucher	2	2
2 Konsumentensouveränität	3	2
3 Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers	4	4
4 Gebrauchswertaffizierung des Konsumprozesses als Grundlage des Verbraucherrechts	5	4
III Organisation der Verbraucher in der Bundesrepublik Deutschland		5
1 Grundsatz der Fremdorganisation	6	5
2 Gewerkschaften als Verbraucherorganisationen?	7	7
3 Sonstige Repräsentation des Verbraucherinteresses	8	7
4 Probleme der Selbstorganisation der Verbraucher	9	8
IV Verbraucherpolitik als staatliche Angelegenheit		8
1 Verbraucherpolitische Programme	10	8
2 Kritik der bisherigen Verbraucherpolitik — Notwendigkeit alternativer Konzeptionen	11	10
V Hauptrichtungen der Verbrauchergesetzgebung und Rechtsprechung in der Bundesrepublik Deutschland	12	11
1 Wettbewerbspolitik	13	11
2 Informationspolitik	14	12
3 Schutzpolitik	15	12
4 Verbraucherrepräsentation	16	13
VI Der Begriff des Verbrauchers im Recht		13
1 Unterschiedliche gesetzliche Kriterien	17	13

2	Versuch einer einheitlichen Begriffsbestimmung	18	14
3	Verbraucherrecht als eigenständiges Rechtsgebiet	19	15
VII	Überblick über die Methoden des Verbraucherschutzes		15
1	Rechtssystematische Anknüpfung	20	15
2	Subjekte der Rechtsdurchsetzung	21	17
3	Notwendigkeit einer horizontalen Verzahnung der verschiedenen Methoden	22	18
	Anmerkungen		18
2. Kapitel	Verbraucher und Preise <i>N. Reich</i>		22
I	Allgemeines		22
1	Globale Preispolitik und Verbraucherschutz	23	22
2	Markt und Wuchergrenze	24	23
II	Indirekte Preiskontrolle durch Kartellrecht (GWB)		24
1	Verbraucherschützende Bedeutung des GWB	25	24
2	Verbot von Preisabsprachen	26	25
3	Vertikale Preisbindungen	27	26
4	Preisempfehlungen	28	26
5	Preismißbräuche marktbeherrschender Unternehmen	29	27
6	Probleme der Rechtsdurchsetzung	30	30
III	Direkte Preisintervention des Staates		31
1	Bedeutung des Preisgesetzes von 1948/52	31	31
2	Kontrolle von Preisfaktoren in AGB	32	32
3	Preiskontrolle auf dem Energiemarkt	33	32
4	Verkehr	34	33
5	Banken und Sparkassen	35	34
6	Versicherungen	36	35
7	Landwirtschaft	37	35
8	Freie Berufe	38	36
9	Reform der sogenannten Ausnahmereiche	39	36
IV	Informationspflichten	40	37
1	Pflicht zur Preisangabe gegenüber Endverbrauchern	41	37
2	Grundpreisangabe	42	40
	Anmerkungen		41
3. Kapitel	Das Recht der Verbraucherinformation <i>N. Reich</i>		46
I	Allgemeines	43	46
II	Kennzeichnung von Produkten und Dienstleistungen	44	47
1	Kennzeichnungspflichten im Lebensmittelrecht	45 – 55	48 y
2	Kennzeichnung sonstiger Produkte		52
(a)	Textilkennzeichnung	56	52
(b)	Kosmetika	57	53
(c)	Arzneimittel	58	53

	(d) Sonstige Produkte	59	54
	3 Dienstleistungen	60–63	54
III	Masse, Gewichte, Verpackungen		55
	1 Allgemeines	64	55
	2 Das Recht der Mengenkennzeichnung	65–66	57
	3 Genauigkeitsangaben in Fertigpackungen	67	59
	4 Sogenannte Mogelpackungen	68	60
IV	Verbraucherinformation durch Verbraucherorganisationen		61
	1 Ökonomische Bedeutung und rechtliche Grundlagen	69–71	61
	2 Warentests	72	64
	3 Preisvergleiche und sonstige Informationssysteme	73	66
	4 Verbraucherkritik, Verbraucherboykott	74	67
V	Freiwillige Kennzeichnungs- und Informationssysteme		68
	1 Tatsächliche Verbreitung	75	68
	2 Rechtliche Grundlagen und Folgen der freiwilligen Kennzeichnung	76	70
	3 Die Zukunft der freiwilligen Kennzeichnungssysteme	77	71
	Anmerkungen		71
4. Kapitel	Werbung und Verkaufsförderung (Marketing)	<i>N. Reich</i>	75
I	Vorbemerkungen	78	75
II	Werbeaussagen	79	77
	1 Das allgemeine Irreführungsverbot	80–83	78
	2 Ausdifferenzierungen	84	81
	3 Werbung mit der Preisbemessung	85	82
	4 Werbung mit Qualität und Beschaffenheit von Waren oder Leistungen	86	84
	5 Sonstige Fälle	87–89	85
	6 Ergänzende Anwendung von §1 UWG	90	86
	7 Vergleichende Werbung	91	87
	8 Suggestivwerbung	92	88
	9 Beweislastverteilung	93	89
	10 Sondertatbestände der irreführenden Werbung im UWG	94	90
	11 Vergleich des deutschen Rechts zur geplanten EG-Rechtsangleichung über irreführende und unlautere Werbung	95	91
III	Sondervorschriften zum Verbot der täuschenden und irreführenden Werbung	96	91
	1 Lebensmittelrecht	97	92
	2 Arzneimittelwerbung	98	94
	3 Weingesetz	99	95

IV	Tendenzen zur Versachlichung im Recht der Werbung		96
1	Informationsgebote für die Werbung	100	96
2	Medien-, produkt- und vertriebsspezifische Werbeverbote	101 – 102b	98
V	Vertriebsmethoden, Verkaufsförderung und Sales Promotion (Marketing I.E.S.)		100
1	Allgemeines	103	100
2	Die Generalklausel des §1 UWG		102
	(a) Bedeutung der Generalklausel	104	102
	(b) Belästigende Werbung	105	103
	(c) Wertreklame — sogenannter 'psychologischer Kaufzwang'	106	105
3	Wettbewerbsrechtliche Spezialtatbestände	107 – 109	108
4	Werbe- und Vertriebsmethoden bei bestimmten Produkten	110	111
VI	Haustürgeschäfte	111	112
1	Gewerbe- und wettbewerbsrechtliche Regelungen von Haustürgeschäften	112 – 114	112
2	Zivilrechtliche Folgen	115	115
3	Einführung eines allgemeinen Widerrufsrechtes für Haustürgeschäfte	116	116
VII	Kontrollsysteme	117	119
1	Das Sanktionssystem im Wettbewerbsrecht	118	119
2	Verbesserung der Rechtsdurchsetzung mittels eines wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzanspruches	119	121
	(a) Kollektive Geltendmachung	120	122
	(b) Lösungsrecht	121	123
	(c) Berichtigungswerbung	122	124
	(d) Regierungsentwurf zum UWG	123	125
3	Verwaltungs- und strafrechtliche Sanktionen	124 – 125	126
4	Selbstkontrolle	126	127
5	Horizontale Verzahnung der Sanktionssysteme	127	128
	Anmerkungen		129

5. Kapitel Sicherheit von Waren und Dienstleistungen *H.-W. Micklitz*

I	Einführung	128	140
II	Möglichkeiten der Kontrolle		141
1	Vorbemerkung	129	141
2	Kontrollmaßnahmen der Wirtschaft	130	142
3	Kontrollmaßnahmen des Staates		143
	(a) Präventive Kontrollmaßnahmen	131	143
	(b) Repressive Kontrollmaßnahmen	132	145
4	Kontrolle durch Verbraucherschutzverbände	133	145
5	Kontrolle durch den einzelnen Verbraucher	134	146
III	Kontrolle von speziellen Waren		149
1	Kontrolle von Lebensmitteln	135	149

	(a) Präventive Kontrollmaßnahmen: Verbote und Ermächtigungen zum Erlaß vorbeugender Verordnungen	136 – 138	149
	(b) Repressive Kontrollmaßnahmen	139 – 140	156
2	Kontrolle von Kosmetika		160
	(a) Begriffsbestimmung	141	160
	(b) Präventivmaßnahmen: Verbote und Ermächtigungen zum Erlaß vorbeugender Verordnungen	142	161
	(c) Repressive Kontrollmaßnahmen	143	162
3	Kontrolle von Bedarfsgegenständen		162
	(a) Begriffsbestimmung	144	163
	(b) Präventive Kontrollmaßnahmen: Verbote und Ermächtigungen zum Erlaß vorbeugender Verordnungen	145	163
	(c) Repressive Maßnahmen	146	164
4	Kontrolle von Arzneimitteln	147	164
	(a) Begriffsbestimmung	148	165
	(b) Präventive Kontrollmaßnahmen	149 – 156	165
	(c) Repressive Kontrollmaßnahmen	157 – 158	174
5	Kontrolle von technischen Arbeitsmitteln	159	176
	(a) Begriffsbestimmung	160	176
	(b) Präventive Kontrolle durch Selbstkontrollmaßnahmen der Industrie	161	177
	(c) Bereiche der staatlichen Kontrolle	162	179
6	Kontrolle von Importwaren	163	182
7	Zusammenfassung	164	184
IV	Zivilrechtliche Haftung für die Sicherheit von Waren		187
1	Haftung des Warenherstellers nach deutschem Recht	165 – 168	187
2	Vergleich der Konvention des Europarates (ER) und des Richtlinien Entwurfes der Europäischen Gemeinschaft (EG) mit der deutschen Rechtsprechung zur Haftung des Warenherstellers	169	193
	(a) Gegenüberstellung der Grundzüge der Konvention/des Entwurfes und der deutschen Rechtspraxis	170 – 176	193
	(b) Anspruchsberechtigte in der Konvention/dem Entwurf und im deutschen Recht	177	199
	(c) Die Anspruchsgegner in der Konvention/dem Entwurf und im deutschen Recht	178 – 179	200
3	Haftung des Arzneimittelherstellers		204
	(a) Entstehungsgeschichte des Gesetzes	180	204
	(b) Haftungsgrundlagen	181 – 186	205
4	Haftung des Werkunternehmers	187	208
5	Haftung des Staates	188	209

6 Schadensregulierung durch Versicherungen, kollektive Fonds und soziale Sicherheit	189 – 192	211
7 Würdigung	193	213
Anmerkungen		215

6. Kapitel Qualität von Waren und Dienstleistungen *H.-W. Micklitz*

I Vorbemerkung	194	228
II Kontrolle von Waren und Dienstleistungen		229
1 Kontrolle von Waren	195	229
2 Kontrolle von Dienstleistungen		230
(a) Allgemeine Kontrollmöglichkeiten	196	230
(b) Spezielle Kontrolle von Fernlehrgängen	197 – 200	231
III Zivilrechtliche Haftung für die Qualität von Waren		234
1 Gesetzliche Regelungen der Gewährleistungsrechte und deren praktische Verwirklichung	201 – 202	234
2 Grenzen der Freizeichnung im BGB und im AGB-Gesetz	203	236
(a) Grenzen der Freizeichnung im BGB	204 – 205	236
(b) Grenzen der Freizeichnungsklauseln im AGB-Gesetz	206	238
3 Typische Freizeichnungsklauseln in AGB von Erwerbsverträgen	207	238
(a) Kaufverträge über Neuwaren	208 – 215	239
(b) Kaufverträge über Gebrauchtwaren	216 – 221	244
(c) Leasing-Verträge	222 – 224	248
(d) Energieverträge	225	250
4 Typische Freizeichnungsklauseln in Dienstleistungsverträgen		251
(a) Verträge über die Herstellung neuer Sachen	226	251
(b) Reparaturverträge	227 – 230	253
(c) Bankdienstleistungsverträge	231	254
(d) Versicherungsverträge	232	255
(e) Ehemaklerverträge	233	256
(f) Beförderungsverträge	234	256
5 Verpflichtung zur Ausführung zusätzlicher Leistungen in Erwerbs- und Dienstleistungsverträgen	235	257
(a) Nebenkosten der Nachbesserung	236	257
(b) Garantie	237	259
(c) Umtauschrecht	238	261
6 Haftung für Werbeversprechen	239	261
(a) Haftung im Kaufrecht	240 – 244	262
(b) Haftung im Werkvertragsrecht	245	264
(c) Würdigung	246	264
7 Spezielle Regeln für gewisse Dienstleistungen		265
(a) Reisevertrag	247 – 257	265
(b) Fernunterrichtsvertrag	258 – 261	274

8 Würdigung	262	276
Anmerkungen		277
7. Kapitel Unlautere Vertragsklauseln <i>H.-W. Micklitz</i>		288
I Einführung	263	288
II Unbillige Vertragsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen		289
1 Kontrolle durch das AGB-Gesetz	264	289
(a) Generalklausel des §9 AGBG	265	290
(b) Unzulässige Klauseln, §§10 und 11 AGBG	266 – 268	291
(c) Anwendungsbereich des Gesetzes	269 – 273	297
2 Generelle staatliche Vorkontrolle		302
(a) aufgrund des AGB-Gesetzes	274	302
(b) aufgrund des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)	275 – 276	302
3 Spezielle staatliche Vorkontrolle		303
(a) Kontrolle der AGB der Versicherungsunternehmen	277 – 281	303
(b) Kontrolle der AGB der Kreditinstitute nach dem Kreditwesengesetz	282	307
(c) Kontrolle der AGB der Bausparkassen	283 – 287	308
(d) Kontrolle der AGB der Hypothekenbanken	288	311
(e) Kontrolle der AGB der Kapitalanlagegesellschaften	289	312
(f) Kontrolle der AGB von Fernunterrichtsveranstaltern	290	312
(g) Haftung des Staates für Pflichtverletzungen der Angestellten und Beamten des BAV, BAK und der ZFU	291	313
(h) Würdigung	292	313
4 Verbandsklage gemäß §13 AGBG	293	315
(a) Aktivlegitimation der klagenden Verbände	294 – 297	316
(b) Widerrufs- und Unterlassungsanspruch gemäß §13 Abs. 1 AGBG	298 – 302	318
(c) Abmahnung	303	321
(d) Vorläufiger Rechtsschutz	304	321
(e) Inhalt der §§14 bis 21 AGBG	305	324
5 Nachträgliche staatliche Kontrolle	306	325
(a) Verbote	307	326
(b) Verwaltungsrechtliche, ordnungsrechtliche und strafrechtliche Sanktionen	308	327
6 Kontrolle von kollektiv ausgehandelten Allgemeinen Geschäftsbedingungen	309	327
7 Kontrolle von AGB im Rahmen von Individualprozessen	310	328
(a) Art und Weise der Kontrolle	311 – 314	328
(b) Rechtsfolgen unklarer Allgemeiner Geschäftsbedingungen	315	330

	(c) Rechtsfolgen unwirksamer AGB	316	330
	8 Würdigung	317	331
III	Unbillige Klauseln in Einzelverträgen		333
	1 Allgemeines	318	333
	2 Möglichkeiten der Kontrolle	319	334
	3 Ausblick	320	335
	Anmerkungen		335
8. Kapitel	Verbrauchercredit <i>N. Reich</i>		344
I	Einführung in die Problematik	321	344
II	Arten des Verbrauchercredit in der Gesetzgebung (regulierte Verträge)		345
	1 Abzahlungsgeschäfte		345
	(a) Begriff des Abzahlungsgeschäftes	322	345
	(b) Form- und Informationspflichten	323	346
	(c) Das Widerrufsrecht des Abzahlungskäufers	324	347
	(d) Rückgewährpflichten der Parteien	325	349
	(e) Gerichtsstand	326	349
	(f) Schutzbereich	327	350
	2 Finanzierte Abzahlungsgeschäfte		350
	(a) Wirtschaftliche Bedeutung und Erscheinungsformen	328	350
	(b) Der rechtliche Begriff des finanzierten Abzahlungsgeschäftes	329	351
	(c) Anwendung des Abzahlungsgesetzes	330	352
	(d) Einwendungsdurchgriff	331	353
	(e) Das sogenannte C-Geschäft	332	354
	(f) Reformvorschläge	333	355
	3 Mietkauf- und Leasing-Verträge	334	356
	4 Finanzierte Dienstleistungen	335	357
III	Die bankmäßige Finanzierung		359
	1 Bedeutung des bankmäßigen Verbrauchercredit	336	359
	2 Vertragsgestaltung in den AGB	337 – 339	360
	3 Kreditgewährung aufgrund von Scheckkarten	340 – 341	362
	4 Kreditvermittlung	342 – 344	363
IV	Die Regelung des Zinses		365
	1 Wirtschaftsrechtliche Fragen	345	365
	2 Das Wucherverbot	346	366
	3 Vorzeitige Kündigung bei Zinsüberhöhung	347	368
	4 Zinsangabepflicht	348	368
V	Bestellung von Sicherheiten	349	369
	1 Regelung der Lohn- und Gehaltsabtretung	350	369
	2 Sonstige Sicherheiten	351	370
VI	Staatskontrolle von Verbrauchercredit		371
	1 Allgemeines	352	371
	2 Zulassung zum Gewerbe	353	372
	3 Sonstige Vorschriften	354	372

VII	Kreditauskunfteien und Kreditinkassostellen		373
	1 Kreditauskunft	355	373
	2 Kreditinkasso	356	375
VIII	Reform des Verbraucher kreditrechts	356a	375
	Anmerkungen		376

9. Kapitel	Rechtsberatung und Rechtsdurchsetzung im Verbraucherrecht		
	<i>N. Reich</i>		381
I	Die Problematik		381
II	Die Rechtsberatung des Verbrauchers	357	383
	1 Die Bedeutung des Rechtsberatungsgesetzes von 1935	358 – 361	383
	2 Reformbestrebungen	362 – 365	388
III	Verbraucherbeschwerden		391
	1 Allgemeines	366	391
	2 Praktische Bedeutung von Schlichtungs- und Schiedsstellen	367	392
IV	Gerichtliche Durchsetzung von Verbraucheransprüchen		394
	1 Grundsätze	368	394
	2 Verbot von Gerichtsstandsklauseln	369	396
	3 Sonstige Reformbestrebungen	370	397
	4 Weitergehende Überlegungen zum gerichtlichen Verbraucherschutz	371	399
	Anmerkungen		399
	<i>Sachverzeichnis</i>		403
	<i>Gesetzesverzeichnis</i>		409

Allgemeine Bemerkungen zur Stellung des Verbrauchers im deutschen Recht

I ALLGEMEINES

1 In den letzten zehn Jahren ist im Bereich der Gesetzgebung der Bundesrepublik Deutschland, aber auch der Rechtsprechung und der Wissenschaft, zunehmend eine Beschäftigung mit dem Schutz des Verbrauchers festzustellen¹. Durch die Gesetzgebung, aber auch durch Rechtsprechung und andere Institutionen wird das überlieferte Rechtsgefüge der Bundesrepublik, wie es sich in der traditionellen Unterscheidung in Zivil- und öffentliches Recht verkörpert, durch ein neues Gebiet, das *Verbraucherrecht* überlagert. Vielen scheint es so, daß die Entwicklung und Herausbildung des Verbraucherrechtes in unseren Tagen einen ähnlich grundlegenden Prozeß darstellt wie die Entwicklung des Arbeitsrechtes zu Anfang dieses Jahrhunderts. Allerdings geht dieser Prozeß nicht ohne Widerstände und Kritik vor sich: Vertreter einer am herkömmlichen Recht orientierten Rechtsauffassung leisten dem Prozeß der Entwicklung des Verbraucherrechtes erbitterten Widerstand und versuchen, es in die überkommenen Kategorien von Zivil- und öffentlichem Recht einzupassen².

Aufgabe dieser Studie ist es, das Verbraucherrecht der Bundesrepublik Deutschland umfassend darzustellen und kritisch zu würdigen. Der Akzent liegt dabei vor allem auf der *Gesetzgebung*, der hier eine eindeutige Führungsrolle zukommt. Allerdings reicht es nicht, nur die gesetzlichen Akte zu betrachten. Sie werden häufig erst durch *Rechtsprechung* konkretisiert und in ihren Auswirkungen für Verbraucher, Unternehmen und staatliche Einrichtungen überschaubar und handhabbar. Darüberhinaus ist bemerkenswert, daß die Rechtsprechung dort, wo ihr weite Interpretations- und Regelungsspielräume zuerkannt sind, etwa im Zusammenhang mit zivilrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Generalklauseln (104, 165, 265), selbst eine Politik des Verbraucherschutzes betreiben oder, umgekehrt, verhindern kann, wenngleich sie im Prinzip auch hier vorgibt, Recht anzuwenden und nicht Recht zu setzen³.

Zu einem umfassend verstandenen Verbraucherrecht werden hier auch Einrichtungen gerechnet, die nicht auf staatlichem Rechtsakt sondern auf *privater Normsetzung* beruhen⁴. Zu erwähnen ist etwa das gesamte Normungswesen, das als 'Selbsthilfe' der Wirtschaft entstanden ist und für den Bereich der Kennzeichnung und Produktsicherheit⁵ quasi-staatliche Regelungen enthält (75, 161). Ein ähnlicher Prozeß kann im Bereich der sogenannten 'Werbesebstkontrolle' verfolgt werden (126). Allgemeine Geschäftsbedingungen basieren häufig auf normähnlichen Kollektivakten, etwa Verbandsempfehlungen (309).

Für das Verbraucherrecht sind dabei insbesondere zwei Fragen interessant: inwieweit übernimmt bzw. kontrolliert der Staat das 'selbst gesetzte Recht der Wirtschaft'; in welcher Weise sind Verbraucherorganisationen an der Aufstellung kollektiv beteiligt⁶. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, daß — anders als im Arbeitsrecht — die kollektive Regelung durch Koalitionen bislang kaum entwickelt erscheint, was an der mangelnden Repräsentativität von Verbraucherorganisationen (6) und an der schlechten Organisierbarkeit von Verbrauchern liegt (9). Uns scheint, daß ungeachtet dieser Probleme der Verbraucherrepräsentation hierin eine wichtige Fortentwicklungsmöglichkeit des Verbraucherrechts liegt.

Das Verbraucherrecht verlangt eine Würdigung auch hinsichtlich seines *tatsächlichen Funktionierens*. Hier liegen uns bislang nur wenig gesicherte Informationen vor. Daher stellen sich folgende Fragen: Werden die Vorschriften des Verbraucherrechts von den Adressaten (Unternehmen) angewendet? Wie vollzieht sich die Durchsetzung? Welche Verfolgungslücken sind erkennbar? Wer profitiert von Vorschriften des Verbraucherrechts? Gibt es Erkenntnisse über schichtspezifische Wirkungen von Regelungen? Sind Verbraucher, insbesondere aus sogenannten Randgruppen, überhaupt in der Lage, die ihnen zur Verfügung gestellten Regelungen und Rechtsbehelfe zu nutzen? Können aus Kenntnissen über die tatsächliche Wirkungsweise von Verbraucherrecht Vorschläge zur Rechtsreform abgeleitet werden?

II Bemerkungen zur sozialökonomischen Funktion des Verbrauchers im Wirtschaftssystem der BRD

1 Verbrauch und Verbraucher

- 2 Das Verbraucherrecht als neue juristische Kategorie verdankt sein Entstehen den Verschiebungen und Veränderungen, die im sozialökonomischen System der BRD vor sich gegangen sind. Das Wirtschaftssystem in diesem Lande wird durch das Bestehen und die Prävalenz von *Marktverhältnissen* im Bereich der Produktion, Distribution und Konsumtion gekennzeichnet⁷. 'Verbrauch' ist eine Kategorie, die einen Markt voraussetzt, auf dem sich Nachfragerwünsche mit Angeboten von Unternehmen der Produktion, des Handels und von Dienstleistungen treffen. Verbraucher ist dann jeder, der als Nachfrager auf dem Markt seine Bedürfnisse zu befriedigen sucht.

Ein solch unspezifischer Begriff des Verbrauches und des Verbrauchers gibt für die Erklärung der ökonomischen Besonderheit des Verbraucherrechtes jedoch nichts her. Er läßt den gesellschaftlichen Bezug des 'Verbrauchs' und damit die gesellschaftliche Stellung des Verbrauchers außer Acht. Er kann nicht erklären, warum der Gesetzgeber diese 'natürliche' Tätigkeit des Verbrauchs zu einem zentralen Angelpunkt seiner Intervention genommen hat, der ja außerdem seit urdenklichen Zeiten nachzuweisen ist.

2 Konsumentensouveränität

- 3 Eine mehr politisch-normative Theorie verbindet die sozialökonomische Funktion des Verbrauchers mit dem Gedanken der Konsumentensouveränität⁸.

Dies entspricht insoweit der klassischen Markttheorie, nach der der Konsument durch seine Bedarfsentscheidungen und Bedarfsverlagerungen Produktion und Distribution steuert. Ist diese Konsumentensouveränität gestört, etwa durch Marktmacht der Anbieter oder des Handels, so muß durch Verbraucherpolitik und eventuell Verbraucherrecht die Konsumentensouveränität wieder hergestellt werden. Die Funktion des Verbrauchers, nämlich die Marktprozesse zu steuern, und die Legitimation staatlich-politischen Handelns, nämlich Wiederherstellung der Konsumentensouveränität, fallen tendenziell zusammen, auch wenn im Zuge des ökonomischen Konzentrationsprozesses Disparitäten zugegeben werden.

Die These der Konsumentensouveränität durchzieht dann auch mehr oder minder deutlich verschiedene politische Programme zum Verbraucherschutz und bestimmte rechtliche Regelungen⁹, insbesondere im Zusammenhang wettbewerbspolitischer und informationspolitischer Maßnahmen (43,100). Die moderne Verbraucherforschung hat jedoch gezeigt, daß die These der Konsumentensouveränität in ihren verschiedenen Spielarten weitgehend illusorisch ist und daß es auch nicht gelingen kann, sie durch politisch-rechtliche Maßnahmen wieder herzustellen¹⁰. Die Ursachen hierfür sind in der politischen Ökonomie des Kapitalismus häufig genannt und können nur wiederholt werden: Der Konzentrationsprozeß im Bereich der Anbieter, neuerdings auch des Handels, verschlechtert tendenziell die Entscheidungsmöglichkeiten der Verbraucher¹¹. Dabei kommt es nicht darauf an, den Umfang und die Formen von Marktmacht auf einzelnen Märkten im einzelnen zu messen, wie das etwa in der Markttheorie geschieht. Vielmehr ist wichtig, daß der Konsument durch seine isolierte, passive und rezeptive Stellung von vornherein strukturell den am Markt tätigen Unternehmen der Produktion und des Handels unterlegen ist. Hunzicker hat mit Recht darauf hingewiesen, daß die Kommunikationsstruktur auf Märkten asymmetrisch und einseitig zulasten des Konsumenten sich vollzieht¹². Dies wird verschärft, je höher der Konzentrationsgrad und je geringer die Möglichkeit für den Konsumenten ist, durch Bedarfsverlagerung oder gar Bedarfsverzicht auf Anbieter einzuwirken.

Im Bereich des Marketing und der Werbung haben sich Unternehmen Instrumente geschaffen, mit denen sie versuchen, die Bedarfs- und Präferenzstruktur der Konsumenten in ihrem Sinne zu beeinflussen¹³. Umgekehrt haben die Konsumenten keine Möglichkeit, ihre Konsuminteressen direkt den Anbietern zur Kenntnis zu bringen und politisch zu artikulieren¹⁴.

Die Kritik an der These der Konsumentensouveränität schließt nicht aus, daß im Einzelfall ein geschickter Konsument oder eine Gruppe von Konsumenten besonders höherer Einkommensklassen für sich optimale Bedingungen zur Befriedigung des Bedarfes erreichen können (wobei hier die Gesetzgebung durchaus Hilfestellung zu leisten vermag), daß Anbieter nicht völlig an den Bedürfnissen der Konsumenten vorbeiproduzieren können, daß auch auf konzentrierten Märkten Wettbewerb herrscht, insbesondere Substitutionswettbewerb, und ähnliches. Die partiellen Einbrüche des Verbrauchers in die Kommunikationsstruktur des Marktes ändern prinzipiell jedoch nichts an deren Einseitigkeit und Asymmetrie.

3 Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers

4 Hilft uns also die These der Konsumentensouveränität nicht weiter, um die rechtliche Intervention zugunsten des Verbrauchers zu erklären, so wäre zu fragen, ob nicht der Verbraucher als schwächerer Partner des Schutzes bedarf. In der Tat entnehmen wir vielen politischen Programmen und rechtlichen Regelungen, daß der Verbraucher 'ausgebeutet' und deshalb schutzbedürftig ist, was dann allerdings von der Anbieterseite lebhaft bestritten wird¹⁵. In dieser globalen Formulierung ist die These der Schutzbedürftigkeit sicherlich nicht haltbar und empirisch nicht überprüft. Da als Konsument im Rahmen der Verbraucherschutzgesetzgebung Reiche wie Arme, Käufer eines Luxusfahrzeugs wie eines Gebrauchtwagens¹⁶, gelten, kann man empirisch soziologisch kaum von einer gleichermaßen gegebenen Schutzbedürftigkeit sprechen.

Gerade an dieser Stelle zeigt sich ein bis heute nicht gelöstes Dilemma der Verbraucherpolitik und des Verbraucherrechts. Untersuchungen in Amerika zum Thema 'The poor pay more'¹⁷ haben nämlich gezeigt, daß die armen Verbraucher von Defekten des Marktes besonders nachteilig betroffen sind und daß die herkömmlichen Instrumente der Verbraucherpolitik¹⁸ sie praktisch nicht erreichen. Im Gegenteil scheint sich die bisherige Verbraucherpolitik an gut verdienende Mittelschichten zu wenden; das zeigt gerade eine Lektüre der Test-Zeitschriften und wird durch deren Leserprofil bestätigt¹⁹.

Im Rahmen dieser Studie kann das Dilemma nicht aufgelöst werden. Zum mindesten scheint es aber unter Berücksichtigung dieser Erkenntnis möglich, auf vorhandene Defizite des geltenden Rechtes hinzuweisen und solche Unternehmenspraktiken darzustellen, die arme Verbraucher besonders hart treffen, etwa manipulative Verkaufsveranstaltungen (Kaffeefahrten und ähnliches (105)), unlautere Geschäftsbedingungen (264) und wucherische Kreditvermittlungen (346). Insoweit kann das Verbraucherrecht durchaus auch und gerade Unterschichten zugutekommen, wenn es auf deren Stellung Rücksicht nimmt. Insoweit hat das Verbraucherrecht *auch* sozialpolitische Bedeutung.

Dennoch erscheint es *rechtlich* noch nicht generell möglich, an die spezifische Schutzbedürftigkeit des einzelnen Verbrauchers oder einer Gruppe von Verbrauchern anzuknüpfen, um Regelungen zu legitimieren und ihren Anwendungsbereich zu bestimmen. Vielmehr ergibt sich die Notwendigkeit, eine allgemeine ökonomische Kategorie zu finden, die ein eigenständiges Verbraucherrecht fordert, und dann, gegebenenfalls je nach konkreter Schutzbedürftigkeit innerhalb eines so verstandenen Verbraucherrechts zu differenzieren.

4 Gebrauchswertaffizierung des Konsumprozesses als Grundlage des Verbraucherrechts

5 Als zentrales Kriterium für die Bestimmung der sozialökonomischen Stellung des Verbrauchers soll hier die in der politischen Ökonomie zu findende Unterscheidung zwischen Tausch- und Gebrauchswerten verwendet werden²⁰. In der Produktions- und Distributionssphäre werden Gebrauchswerte (Waren, Dienstleistungen und ähnliches) deswegen erzeugt und umgeschlagen, um als

Tauschwerte (Geld und ähnliches) den Unternehmen zurückzufließen. Für den Konsumenten gilt diese Dialektik des Umschlages von Gebrauchswert in Tauschwert jedoch nicht. Er *erwirbt Gebrauchswerte um ihrer selbst willen* und setzt Tauschwerte, insbesondere Geld, dafür ein, um Güter und Leistungen für seine persönliche oder kollektive Reproduktion zu nutzen. Entscheidend ist für den Verbraucher also anders als für Unternehmen der Produktion und Distribution nicht der Gebrauchswert als späterer Tauschwert, sondern der Gebrauchswertcharakter der Ware bzw. Dienstleistung als solcher. Die ökonomischen Interessen in einem solchen Prozeß sind daher notwendig andere als in den vorgelagerten Austauschprozessen.

Es ergibt sich ein notwendiger (kontradiktorischer) Gegensatz²¹ zwischen Unternehmen, die auf dem Markt Gebrauchswerte anbieten, um als Tauschwerte zurückzufließen, und Konsumenten, die Gebrauchswerte als solche erwerben, um sie im Rahmen ihrer Reproduktionssphäre (Haushalt, Freizeit und so weiter) zu nutzen. Unter dem Bestehen von Marktverhältnissen ist dabei durch die Prävalenz der Tauschwertinteressen der Unternehmen das Gebrauchswertinteresse der Verbraucher tendenziell gefährdet. Das Verbraucherrecht versucht diesem Prozeß gegenzusteuern, indem es gleichsam in strukturell bedingte Funktionslücken des Marktes einspringt²². Es will etwa verhindern, daß Unternehmen überhöhte, vom 'Markt' her durchaus mögliche Preise fordern (29). Es will einer einseitigen Kommunikationsstruktur auf dem Markt durch Kontrolle von Werbung (79) und Vertragsbedingungen (264) entgegensteuern. Es will dem Kunden eine objektive Information ermöglichen (43). Es will das Gebrauchswertinteresse des Kunden an einem sicheren Produkt (128), an seinen Qualitätserwartungen (194), an einem 'after-sale-service' (235) und an vernünftigen Kreditbedingungen (337) erhalten. Es will ihm schließlich ein effektives Instrumentarium zur rechtlichen oder außerrechtlichen Verfolgung seiner Interessen zur Verfügung stellen (357).

III ORGANISATION DER VERBRAUCHER IN DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

1 Grundsatz der Fremdorganisation

- 6 Verbraucherpolitik und Verbraucherrecht gehen im allgemeinen davon aus, daß ein einzelner Verbraucher in seinen ökonomischen und rechtlichen Interessen isoliert steht. Verbrauch, Konsum ist jedoch gleichzeitig, wie sich aus der oben angedeuteten Funktionsanalyse ergab, auch ein *kollektives, das heißt gesellschaftliches Phänomen*. Es ist also zu fragen, ob die Verbraucher ihre Rechte auch kollektiv wahrnehmen, gegebenenfalls in welchen Organisationsformen.

In der Bundesrepublik Deutschland besteht keine kollektive und repräsentative Vertretung von Verbraucherinteressen. Das Verbraucherinteresse wird vielmehr im Wege der *sogenannten Fremdorganisation durch staatlich subventionierte oder sonst geförderte Verbrauchereinrichtungen wahrgenommen*²³. Ihre Legitimation ist in letzter Zeit, gerade unter dem Eindruck einer partizipatorisch gerichteten Verbraucherforschung, Gegenstand lebhafter Kritik²⁴.

Im Wege der Fremdorganisation kann man fünf Bereiche der Verbraucherrepräsentation unterscheiden²⁵:

(aa) Die *Arbeitsgemeinschaft der Verbraucher* (AgV) ist ein in Bonn ansässiger Dachverband, an dem Organisationen beteiligt sind, die beanspruchen, das Verbraucherinteresse zu vertreten, ohne allerdings in jedem Fall hierüber konkret Nachweis leisten zu müssen. Insoweit besteht die AgV aus sehr heterogen zusammengesetzten Verbänden; sie stellt eine *mittelbare Fremdorganisation* des Verbraucherinteresses dar, die durch staatliche Zuwendungen subventioniert wird. Die AgV ist vor allem im Bereich der politischen Artikulation des Verbraucherinteresses tätig und berät hier Regierung sowie verschiedene andere Organisationen auf nationaler und europäischer Ebene.

(bb) Die *Verbraucherzentralen der Länder* sind ebenfalls auf dem Prinzip der Fremdorganisation aufgebaut und kennen in der Regel nur Verbandsmitglieder; Einzelmitgliedschaften bleiben die Ausnahme und werden von den Vorständen selektiv gesteuert. Den Verbraucherzentralen obliegt gleichsam die Basisarbeit: Verbraucherberatung, Verbrauchererziehung und neuerdings auch Rechtsberatung sowie Wahrnehmung der Verbandsklage nach dem UWG und dem AGB-Gesetz (117ff, 293ff). Verbraucherzentralen in Flächenstaaten unterhalten darüberhinaus lokale Beratungsstellen, an die sich einzelne Verbraucher mit ihren Problemen wenden können. Schwerpunkt der Arbeit sind Einzelinformationen und Einzelberatungen, deren Effektivität allerdings angezweifelt wird²⁶; auch ist sie noch weitgehend mittelschichtsorientiert. Bis auf die Ausnahme der VBZ Baden-Württemberg sind sie auf dem Gebiet der Verbandsklage bislang nicht tätig geworden²⁷. Die Rechtsberatung ist ihnen im allgemeinen nach einigen Anlaufschwierigkeiten gestattet worden und scheint ein besonders dringendes Anliegen darzustellen (358ff). In neuerer Zeit kommt hinzu eine Mitwirkung an verschiedenen Schiedsverfahren zur Regelung von Verbraucherreklamationen (367). Die Verbraucherzentralen werden im allgemeinen von Bund und Ländern gemeinsam finanziert, deren Verfassungsmäßigkeit in letzter Zeit angezweifelt wird.

(cc) Eine relativ verselbständigte und zentrale Verbrauchereinrichtung ist der *Verbraucherschutzverein* in Berlin (West). Im Wege der Funktionsauslagerung wird durch diese Institution die Rechtsverfolgung im Rahmen der Verbandsklage durchgeführt. Sie beruht ebenfalls auf dem Prinzip der mittelbaren Fremdorganisation und ist staatlich subventioniert.

(dd) Hervorzuheben für die Verbraucherpolitik im Rahmen der Fremdorganisation ist die *Stiftung Warentest* in Berlin (West). Sie ist eine rechtsfähige private Stiftung und wird vom Bund und den sonstigen Verbrauchereinrichtungen getragen. Ausweislich ihrer Satzung ist sie dem Warentestwesen, das heißt der Feststellung objektiverer, vergleichender Kriterien des Gebrauchswertes von Waren und neuerdings auch Dienstleistungen (Reisen, Versicherungen und ähnliches) verpflichtet²⁸. Sie finanziert sich zu einem großen Teil aus den Verkaufserlösen für die Zeitschrift 'test'. Sie arbeitet weiterhin im Bereich der Normung (161) und Produktkennzeichnung (76) mit.

(ee) Zur Verbesserung der Verbrauchererziehung und -beratung wurde Ende 1978 in Berlin (West) das *Verbraucherinstitut* als eine Stiftung privaten Rechts gegründet. Das Institut soll Fortbildungsprogramme für die in der Verbraucherberatung tätigen Kräfte entwickeln. Wie weit es darüberhinaus in dem gesamten Bereich der Verbraucherbildung — etwa an Schulen und Hochschulen — tätig wird, ist noch offen. Für die Verbraucherrechtsberatung (358ff) ist das Institut bedauerlicherweise nicht zuständig, auch nicht im Sinne einer Multiplikatoren Ausbildung.

2 Gewerkschaften als Verbraucherorganisationen?

- 7 Die Stellung der *Gewerkschaften*, insbesondere der im Deutschen Gewerkschaftsbund zusammengeschlossenen Einzelgewerkschaften, zur Repräsentation des Verbraucherinteresses ist in der Bundesrepublik weitgehend noch offen und ungeklärt. Die Gewerkschaften sind primär Vertreter von Arbeitnehmerinteressen und verfassungsrechtlich hier insbesondere durch die Koalitionsfreiheit des Art. 9 Abs. 3 GG legitimiert. Sie nehmen dazu insbesondere die Tarifautonomie und das Streikrecht wahr. Da aber Arbeitnehmer- und Verbraucherinteressen häufig in ähnliche Richtung laufen, insbesondere dem Gebrauchswertinteresse verpflichtet sind, erscheint es als ein legitimes Mandat des DGB, auch Verbraucherinteressen zu verkörpern²⁹. Auf dem zehnten Bundeskongreß 1975 hat der DGB insoweit verbraucherpolitische Forderungen formuliert und in seine Satzung eine entsprechende Formulierung aufgenommen³⁰. So wirken der DGB bzw. die Einzelgewerkschaften an der politischen Repräsentation des Verbrauchers mit. Die eigentliche Verbraucherberatung, Durchsetzung von individuellen oder kollektiven Ansprüchen wird allerdings von den Gewerkschaften nicht vorgenommen, anders als im Bereich des Arbeits- und Sozialrechtes. Es ist auch nicht abzusehen, ob sich hier in Zukunft etwas ändern wird.

Wenngleich hier einer verbraucherpolitischen Repräsentation der Gewerkschaften das Wort geredet wird, so sei dennoch nicht verkannt, daß zwischen Arbeitnehmer- und Verbraucherinteresse *Konflikte* auftreten können³¹. Dies wird besonders auf Unternehmensebene deutlich, etwa wenn unter Zustimmung von Gewerkschaftsvertretern durch Automobilunternehmen Preiserhöhungen gefordert werden, die gegen das Verbraucherinteresse an niedrigen Preisen verstoßen. Solche Zielkonflikte bestehen jedoch auch in anderen Bereichen gewerkschaftlicher Tätigkeit und ergeben sich aus den sozialökonomischen Grundlagen des Marktsystems. Es erscheint möglich, sie als lediglich 'konträre', nicht kontradiktorische Gegensätze zu begreifen, die im Einzelfall miteinander versöhnt werden müssen³².

3 Sonstige Repräsentation des Verbraucherinteresses

- 8 Neben der allgemeinen Verbraucherrepräsentation existieren in der BRD zahlreiche Repräsentationen spezieller Verbraucherinteressen. Als Beispiel dienen:

(aa) Die Organisationen der *Mieter* werden hier nicht dargestellt, weil der Grundstücksmarkt nicht Gegenstand unserer Studie bildet.

(bb) Eine besondere Interessenvertretung der Verbraucher im Bereich Unterricht und Kurse stellt die *Aktion Bildungsinformation* in Stuttgart dar. Sie vertritt die Interessen der Unterrichtsnehmer, besonders bei Fernkursen, hat insoweit auf gesetzliche Regelungen Einfluß genommen (258ff) und verfolgt Rechtsverstöße durch die Verbandsklage³³.

(cc) Als Verbraucherorganisation begreifen sich auch die Verbände der Autofahrer, insbesondere ADAC, AVD, soweit die Interessen der Kraftfahrer betroffen sind. Sie wirken hier auf Hersteller ein etwa bei der Automobilproduktion, beim Testwesen, bei Sicherheitsvorschriften und ähnlichem, und wirken mit an der Ausarbeitung von Verträgen zum Verkauf und zur Reparatur von Kraftfahrzeugen (309). Zunehmend beschäftigen sie sich auch mit dem Reklamations- und Schiedswesen. Sie sind allerdings nur auf einem sehr speziellen Sektor als Verbraucherverbände zu bezeichnen und verstehen sich darüberhinaus auch als Anwalt der Motorisierung, gleichsam als 'Lobby der Kraftfahrer'. Dies kann mit anderen Verbraucherinteressen, etwa an Geschwindigkeitsbegrenzungen, Sicherheitsautos, Umweltschutz und Energie sparen kollidieren. Deshalb kann man hier nur sehr beschränkt von Verbraucherorganisation sprechen. Auch nehmen sie die Verbandsklage nicht wahr.

4 Probleme der Selbstorganisation der Verbraucher

9 Im allgemeinen wird in der sozialwissenschaftlichen Diskussion mit Recht auf das Dilemma der Verbraucherorganisation der BRD hingewiesen. Es liegt einerseits darin begründet, daß die gegenwärtige Verbraucherrepräsentation weitgehend fremdbestimmt ist und im demokratietheoretischen Sinne kein Mandat hat, Verbraucherinteressen genuin zu artikulieren. Verbraucherinteressen werden hier häufig mit Verbands- und Funktionärsinteressen gleichgesetzt. Auf der anderen Seite sind bislang Versuche, zu einer Selbstorganisation der Verbraucher zu kommen, gescheitert bzw. wegen Gefahr des Scheiterns gar nicht erst in Angriff genommen worden. Eine Ausnahme machen lokale Verbrauchervereinigungen und spontane Verbraucherinitiativen^{33a}.

Ein Ausweg aus diesem Dilemma ist noch nicht in Sicht, auch wenn verschiedene Initiativen in dieser Richtung diskutiert werden. So schlagen Czerwonka u. a.³⁴ eine Politik 'selektiver Anreize' vor, um die Selbstartikulation des Verbraucherinteresses zu fördern, etwa durch Zurverfügungstellen von Einkaufstips, Hilfe bei der Rechtsdurchsetzung und ähnliches. Biervert u. a.³⁵ plädieren für ein partizipatorisches Selbstorganisationsmodell, das durch Diskurse Bedürfnisse und Forderungen der Verbraucher entwickeln und artikulieren will. Das AGB-Gesetz (294) sieht vor, daß auch Verbände mit mehr als 75 Einzelmitgliedern die Verbandsklage wahrnehmen können, und fordert insoweit zur Selbstorganisation auf. Eine praktische Erfahrung mit all diesen Vorschlägen fehlt jedoch.

IV VERBRAUCHERPOLITIK ALS STAATLICHE ANGELEGENHEIT

1 Verbraucherpolitische Programme

10 { Im Zuge der verbraucherpolitischen Diskussion in den Industriestaaten, spätestens seit der bekannten Botschaft von Präsident Kennedy im Jahre 1962³⁶,

wird auch in der Bundesrepublik intensiv die Verbraucherpolitik als staatliche Aufgabe angesehen, Konkret äußert sich das darin, daß die Bundesregierung seit der sogenannten sozialliberalen Koalition ein Bündel verbraucherpolitischer Maßnahmen initiierte und sie in zwei Verbraucherberichten 1971³⁷ und 1975³⁸ zusammenfaßte.

(aa) Im *Verbraucherbericht von 1971* wird einiges kritisch angemerkt zur Stellung des Verbrauchers, insbesondere angesichts fortgeschrittener Unternehmenskonzentration. Die Marktstellung des Verbrauchers soll durch staatliche Maßnahmen verbessert werden, damit er seine Chancen besser wahrnehmen kann.

Im *Verbraucherbericht von 1975* wird der *aktive Verbraucher* gefordert und Schutz der Konsum- und Vertragsfreiheit verlangt. Folgende Ziele der Verbraucherpolitik werden genannt:

- Stärkung der Stellung des Verbrauchers am Markt durch Erhaltung und Förderung eines wirksamen Wettbewerbes in allen Wirtschaftsbereichen;
- Information und Beratung des Verbrauchers über grundlegende wirtschaftliche Zusammenhänge, über aktuelles Marktgeschehen, über richtiges Marktverhalten und über rationelle Haushaltsführung;
- Verbesserung der Rechtsposition der Verbraucher und Schutz des Verbrauchers vor Irreführung, unlauteren Verkaufspraktiken und den Verbraucher unbillig benachteiligenden Vertragsbedingungen;
- Sicherung eines nach Qualität und Quantität optimalen Nahrungsmittelangebotes zu optimalen Preisen;
- umfassender Schutz des Verbrauchers vor gesundheitlichen Gefahren und umweltfreundlichere Gestaltung von Produktion und Produkten;
- bestmögliche Versorgung der Verbraucher mit öffentlichen Leistungen;
- Sicherung des Angebots an wirtschaftlichen Wohnungen unter Berücksichtigung optimaler städtebaulicher Bedingungen;
- Stärkung und Straffung der verbraucherpolitischen Interessenvertretung und Wahrung der Verbraucherinteressen bei der Gütekennzeichnung und Normung.

Die Analyse des Textes zeigt für den Bereich der rechtlichen Verbraucherpolitik drei Schwerpunkte: *Wettbewerbspolitik*, *Informationspolitik* und *Schutzpolitik*³⁹. Daneben werden noch andere, höchst heterogene Zielsetzungen genannt, die nur wenig mit der eigentlichen Verbraucherpolitik zu tun haben, sondern Wirtschafts-, Sozial- und sonstige Politiken betreffen.

(bb) Auch von den Parteien und politischen Organisationen sind verbraucherpolitische Ziel- und Maßnahmekataloge vorgelegt worden, die jeweils danach differieren, wieweit dem Markt zugetraut wird, die Entscheidungsfreiheit des Konsumenten zu sichern oder ob mehr interventionistische Politiken gefordert werden, um die Verbraucherinteressen durchzusetzen. Auf Einzelheiten soll hier nicht eingegangen, sondern auf eine Dokumentation von Czerwonka – Schöppe verwiesen werden⁴⁰.

/(cc) Einen *institutionellen Niederschlag* hat die staatliche Verbraucherpolitik bislang nur sehr beschränkt gefunden. Es gibt keine zentrale politisch für die

Verbraucherpolitik verantwortliche Instanz, sondern die jeweils zuständigen Ministerien betreiben auch Verbraucherpolitik, die häufig mit anderen Interessen koordiniert werden muß. Das Justizministerium etwa ist zuständig für die Aspekte des unlauteren Wettbewerbs, der Werbung, unbilliger Vertragsklauseln, des Verbrauchercredits und der Rechtsverwirklichung, sofern nicht besondere Produkte oder Dienstleistungen (Arzneimittel, Lebensmittel, Fernunterrichtsverträge) betroffen sind, die wieder in anderen Ressorts ansiedeln. Das Wirtschaftsministerium nimmt sich vor allem dem Kartellrecht und der Verbraucherinformation an. Das Landwirtschaftsministerium betreut das Lebensmittelrecht, das Gesundheitsministerium das Arzneimittelrecht und damit verwandte Gebiete, etwa Zigarettenwerbung und Kosmetika. Das Bildungsministerium ist für den Fernunterricht federführend. Der Kompetenzwarr führt nicht nur zu Koordinierungsproblemen, die durch entsprechende horizontale 'interministerielle Verbraucherausschüsse' beseitigt werden sollen, sondern auch zu empfindlichen Politikdefiziten.

Im allgemeinen wird das Wirtschaftsministerium in Bund und Ländern als primär für die Verbraucherpolitik zuständig angesehen. Institutionell wird dies dadurch unterstrichen, daß jeweils ein Verbraucherreferent im Ministerium bestellt wird. Sogenannte *Verbraucherbeiräte* schaffen eine Art informeller Repräsentation der an der Verbraucherarbeit beteiligten Institutionen (6ff) und kompetenten Wissenschaftler. Die Beiräte des Bundes und einiger Länder sprechen Empfehlungen aus und nehmen zu allgemeinen verbraucherpolitischen Problemen und Vorhaben (etwa der Gesetzgebung) Stellung. Ihre Empfehlungen sind für die Ministerien in keiner Weise bindend, wie sich etwa am Beispiel der Reform des Preisempfehlungsrechts zeigen läßt (28): Der Verbraucherbeirat beim Bundeswirtschaftsminister fordert seit längerer Zeit Abschaffung dieses Instruments, während der Wirtschaftsminister sich vehement für seine Beibehaltung einsetzt. Ein weiterer Nachteil der Verbraucherbeiräte ist, daß sie institutionell weder abgesichert noch selbständig sind. Der zuständige Minister ist völlig frei in der Berufung der Mitglieder und in der Organisation der Arbeit; es besteht nur eine indirekte Bindung an Vorschlagsrechte der Verbraucherorganisationen.

2 Kritik der bisherigen Verbraucherpolitik — Notwendigkeit alternativer Konzeptionen

- 11 Die oben dargestellte Verbraucherpolitik geht von dem sogenannten *Marktparadigma* aus. Sie meint, daß der Markt ein prinzipiell funktionsfähiges, wenn auch gegen Defekte und Dysfunktionalitäten zu schützendes und abzusicherndes Instrument ist, um die Verbraucherinteressen optimal wahrzunehmen. Verbraucherpolitik geht insoweit *marktkonform* vor⁴¹, sie bleibt reaktiver Sozialschutz, wie Biervert ausgeführt hat⁴². Insoweit kann sie eines breiten Konsenses sicher sein, da sie am Wirtschaftssystem nichts ändert und letztlich auch den wohlverstandenen Interessen der Anbieter dient⁴³.

Es wird aber zunehmend auch die Frage aufgeworfen, ob die Beschränkung der Verbraucherpolitik auf Wettbewerbs-, Informations- und Schutzpolitik angesichts beschleunigter Konzentrationsraten, nach wie vor bestehender einseitiger Kommunikationsstruktur, Fortdauer der Atomisierung des Konsums

menten und ähnlichem ausreicht. Dies wird etwa in der Diskussion um Werbepolitik sehr deutlich (92ff, 100ff, 119ff). Es wird auch weiterhin die Frage gestellt, ob die verbraucherpolitischen Maßnahmen, insbesondere im Bereich der Informations- und Schutzpolitik überhaupt ihre Ziele erreichen, insbesondere bei sozial benachteiligten Verbrauchergruppen. Wenn Politik, Gesetzgebung und Rechtsprechung vom Bild des mündigen, in Einzelfällen auch schutzbedürftigen Verbrauchers ausgehen, dieses aber der Wirklichkeit nicht entspricht, so gerät die Verbraucherpolitik in eine erhebliche Legitimationskrise. Daraus wird dann die Forderung nach einer stärker markt kompensatorischen und marktkorrigierenden Verbraucherpolitik erhoben⁴⁴. Dies bedingt den Versuch, bestimmte Folgen des Marktmechanismus im Verbraucherinteresse stärker zu kontrollieren und Gegenmacht der Verbraucher zu mobilisieren. Andere sprechen von der Notwendigkeit einer 'ex-ante Verbraucherpolitik', das heißt von dem Versuch, Verbraucher als Kollektiv möglichst frühzeitig in Entscheidungsprozesse der Wirtschaft einzubeziehen⁴⁵, etwa im Bereich der Werbekontrolle (119ff), der Festlegung kollektiver Allgemeiner Geschäftsbedingungen (309), des Normenwesens (133, 161) und der Rechtsdurchsetzung (366ff). Diese Tendenzen sind allerdings noch im Fluß.

Verfassungsrechtliche Legitimation einer solchen marktkorrigierenden Verbraucherpolitik ist der *Sozialstaatsgedanke* des Grundgesetzes⁴⁶. Er schafft dem Staat weite Interventions- und den gesellschaftlich relevanten Gruppen Aktionsspielräume, die mit Marktpositionen der Anbieter durchaus in Kollision geraten können. Diese Kollision ist dann abzuwägen anhand der jeweils betroffenen sogenannten Unternehmensgrundrechte im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes⁴⁷. Die Frage wird besonders aktuell im Zusammenhang mit Werbebeschränkungen (100ff).

V HAUPTRICHTUNGEN DER VERBRAUCHERGESETZGEBUNG UND RECHTSPRECHUNG IN DER BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND

- 12 Im folgenden ist nur kurz anzudeuten, welche wichtigsten Richtungen die Verbrauchergesetzgebung und Rechtsprechung zur Herausbildung eines eigenen Verbraucherrechtes genommen hat. Der Bereich der Verbraucherverziehung und -bildung muß hier ebenso außer Betracht bleiben wie der Bereich ökonomischer Beratung des Verbrauchers. Die Schwerpunkte der Gesetzgebung zum Verbraucherrecht bilden die Wettbewerbspolitik, die Informationspolitik und die Schutzpolitik. Fragen der Verbraucherrepräsentation und der Förderung der Verbrauchergegenmacht finden sich dagegen (noch) kaum im legislatorischen Programm.

1 Wettbewerbspolitik

- 13 Die Verbraucherpolitik der BRD geht von der uneingestanden Prämisse aus, daß die Erhaltung und Förderung eines 'leistungsfähigen, funktionsgerechten Wettbewerbs' am ehesten dem Verbraucherinteresse dient⁴⁸. Die Wettbewerbspolitik stützt sich in der Bundesrepublik Deutschland auf die

beiden Säulen der Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen (dies geschieht durch das Kartellrecht) und der Verhinderung unlauteren und irreführenden Wettbewerbes (dies geschieht durch das Recht des unlauteren Wettbewerbes und durch ergänzende Gesetze). Im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen steht der *Preiswettbewerb* im Vordergrund⁴⁹. Legislatorische Maßnahmen, etwa zur Abschaffung der vertikalen Preisbindung, zur Regelung der Preisempfehlung und zur Bekämpfung der Mißbräuche von Marktmacht haben unmittelbare verbraucherpolitische Bedeutung' (27), auch wenn das Kartellrecht den Verbraucher zunächst nur *mittelbar* schützt⁵⁰.

Das Recht der *Werbung* und der *Wettbewerbsmethoden* ist nach deutscher Auffassung ein Unterfall des Rechtes des unlauteren Wettbewerbes, das aber in letzter Zeit, insbesondere durch die Rechtsprechung, auch den Gedanken des Verbraucherschutzes in sich aufnimmt. Allerdings ergeben sich hier Kollisionen zu den traditionellen Schutzzwecken des Rechtes des unlauteren Wettbewerbes, die vom deutschen Recht nicht eindeutig im Sinne des Verbraucherschutzes bewältigt sind. Hauptzweck ist nach wie vor die Verhinderung eines 'nicht leistungsgerechten', verwilderten Wettbewerbes⁵¹.

2 Informationspolitik

- 14 Die Informationspolitik im Verbraucherrecht ist in den letzten zehn Jahren Gegenstand zahlreicher Initiativen gewesen und entspricht einem im Rahmen der EG besonders geförderten Anliegen. Hauptzweck ist es, den Verbraucher über Zusammensetzung, Sicherheit, Gebrauchswert und Preise von Waren oder Dienstleistungen zu unterrichten sowie ihn über Rechte und Pflichten aufzuklären. Die Schwerpunkte liegen hier im öffentlichen Recht durch Einführung zahlreicher sogenannter Kennzeichnungsvorschriften. Aber auch im Vertrags- und Haftungsrecht findet sich der Informationsgedanke wieder und verbindet sich hier mit der Schutzpolitik⁵². Im Werberecht lassen sich erste Tendenzen in Richtung einer Regelung der Werbung im Sinne objektiver Verbraucherinformation feststellen (100).

3 Schutzpolitik

- 15 Die Schutzpolitik zugunsten des Verbrauchers nimmt sicherlich den Hauptanteil gesetzgeberischer Maßnahmen der letzten zehn Jahre ein. Die Schutzpolitik ist dabei doppelt gerichtet: Sie soll den *einzelnen* Verbraucher in seinen wirtschaftlichen und rechtlichen Interessen schützen, ihn etwa vor Schäden bewahren, seine vertragliche Entscheidungs- und Gestaltungsfreiheit sichern, die Durchsetzung seiner Rechte ermöglichen, Übervorteilungen verhindern. Gleichzeitig will sie auch auf das Verhalten der Unternehmen einwirken, die ihm nur gefahrlose Produkte anbieten, qualitativ hochwertige Waren bzw. Dienstleistungen in den Verkehr bringen, verbraucherfreundliche Vertragsgestaltungen entwerfen, den Verbraucher über seine Rechte belehren und ihm Mittel zur Durchsetzung seiner Rechte (unter Mitwirkung staatlicher Stellen und Verbraucherorganisationen) geben sollen. Der umfangreiche Interventionsbereich durchzieht praktisch alle Bereiche des Rechts. Auffallend ist allerdings, daß die Intervention im allgemeinen nur punktuell erfolgt, etwa bei

bestimmten Vertragstypen, und von einer umfassenden Regelung des Verbraucherinteresses noch weit entfernt ist. Selbst dort, wo die Kodifikation von Teilen des Verbraucherrechtes weit fortgeschritten ist, etwa im Lebens- oder Arzneimittelrecht, fehlen viele Ausführungsverordnungen, die im Interesse des Verbrauchers erforderlich sind, etwa bezüglich der Festlegung von Warnhinweisen bei Tabakwaren und Bedarfsgegenständen (55).

4 Verbraucherrepräsentation

- 16 Der Bereich der Repräsentation ist, von der politischen Mitwirkung einmal abgesehen, im Verbraucherrecht der BRD bislang nur wenig entwickelt und findet sich praktisch nur in der Gestaltung der Verbandsklage im UWG und im AGB-Gesetz (118, 293ff). In anderen Bereichen des Rechtes, etwa im Kartellrecht, im Lebensmittelrecht oder im Bereich der Rechtsdurchsetzung gibt es eine ähnliche Einrichtung nicht. Auch fehlen normierte Initiativ- und Beteiligungsrechte, etwa zur Verfolgung kartellrechtlicher, lebensmittelrechtlicher oder sicherheitsrechtlicher Vorschriften. Dies ergibt sich als zwangsläufige Folge des Prinzips der Fremdrepräsentation der Verbraucher. Hierin unterscheidet sich etwa das deutsche Recht grundlegend von dem amerikanischen Verbraucherrecht.

VI DER BEGRIFF DES VERBRAUCHERS IM RECHT

1 Unterschiedliche gesetzliche Kriterien

- 17 Im Verbraucherrecht der Bundesrepublik Deutschland besteht *kein einheitlicher Begriff des Verbrauchers*⁵³. Dies liegt bereits an der unklaren sozial-ökonomischen Funktionsbestimmung des Verbrauchers. Gesetzliche Vorschriften, die dem Verbraucherschutz dienen, knüpfen dabei, anders als etwa das englische Recht, nicht an den Begriff des 'Verbrauchers' an, sondern an andere rechtliche Merkmale. Häufig ist es so, daß jedes verbraucherrelevante Gesetz seine eigenen Anwendungsvorschriften hat und daß deshalb erhebliche Überschneidungen bzw. Schutzlücken aufzuweisen sind. Erinnerung sei etwa an die unterschiedlichen Vorschriften zur Anwendung des Abzahlungsgesetzes (§8 AbzG), des ABG-Gesetzes (§24 ABGB) und des Gesetzes zur Regelung von Gerichtsstandsvereinbarungen (§38 ZPO). Kern der jeweiligen Gesetzesbestimmungen ist die Entscheidung des Gesetzgebers, dem Kaufmann im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit (Handelsgeschäfte) den Schutz bestimmter Rechtsvorschriften nicht zugute kommen zu lassen. Dabei wird dann aber danach differenziert, ob der Kaufmann in das Handelsregister eingetragen ist oder nicht, ob er Voll- oder Minderkaufmann ist, ob andere Personen, öffentlich-rechtliche Körperschaften zum Beispiel, wie Kaufleute zu behandeln sind, inwieweit freiberuflich Tätige Kaufleuten oder aber Verbrauchern gleichstehen, und ähnliches.

Im Wettbewerbsrecht und im Preisauszeichnungrecht finden wir zwar den Begriff des *letzten Verbrauchers*, allerdings ohne verbraucherpolitische Konturierung. Hier ist dann damit einfach derjenige gemeint, der Waren nicht

weiter 'umschlägt', etwa der Handwerker, der mit gelieferten Waren ein Produkt herstellt, der Gewerbetreibende, der in einem Großmarkt Waren zum Privatbedarf einkauft, gegebenenfalls sogar der großindustrielle Verarbeiter, der die Waren in seiner Produktion einsetzt⁵⁴.

Wieder andere Gesetze, etwa das Lebensmittelrecht sprechen vom 'Haushalt' (§6 I LMBG) und bestimmen danach den Anwendungsbereich lebensmittelrechtlicher Vorschriften. Schließlich regeln Spezialgesetze den Anwendungsbereich einzelfallbezogen, etwa im Bereich des Fernunterrichtsrechtes oder des Reiseveranstaltungsrechtes (247ff, 258ff): der Teilnehmer an einem Fernunterrichtskurs oder an einer Reise ist dann eben der jeweils vom Gesetz gemeinte Verbraucher, ohne als solcher bezeichnet zu sein.

2 Versuch einer einheitlichen Begriffsbestimmung

- 18 Die umfangreiche Sondergesetzgebung auf dem Gebiet des Verbraucherrechtes hat in der rechtswissenschaftlichen Diskussion zu der Überlegung Anlaß gegeben, ob es trotz der Unterschiede des gesetzlichen Verbraucherbegriffes möglich ist, einen im Prinzip einheitlichen, wenn auch anwendungstechnisch ausdifferenzierten Verbraucherbegriff zu finden. Da das Verbraucherrecht Ergebnis bestimmter sozial-ökonomischer Strukturen und staatlich-politischer Interventionsstrategien ist, muß es prinzipiell möglich sein, auch einen *allgemeinen Verbraucherbegriff* für das Recht als Hypothese zu formulieren. Es gibt, ungeachtet aller anwendungstechnischer Unterschiede, einen gemeinsamen Begriffskern des Verbrauchers im Recht; dieser liegt im folgenden:

(aa) Verbraucher ist zunächst nur eine *private Person* bzw. ein Kollektiv von Privatpersonen zur Verfolgung privater Reproduktionsziele. Damit unterscheidet sich der Verbraucher grundlegend etwa von *Unternehmen*, an die sich bestimmte wirtschaftspolitische Vorschriften, etwa im Bereich des Kartellrechtes richten⁵⁵.

(bb) Der Hinweis auf die Privatheit des Verbrauchers bedeutet, daß jede gewerbliche und freiberufliche Tätigkeit die Verbrauchereigenschaft ausschließt. Im Einzelfall kann ein Verbraucherschutzgesetz den Anwendungsbereich allerdings auch auf solche Tätigkeiten ausdehnen, etwa aus Gründen des Mittelstandsschutzes.

(cc) Die Verbraucherstellung liegt nur dann vor, wenn dem Verbraucher im oben beschriebenen Sinne ein Unternehmen gegenübersteht, jedoch nicht, wenn er mit einer Privatperson, also mit einem anderen privaten Verbraucher kontrahiert, etwa beim Kauf eines gebrauchten Kraftfahrzeuges⁵⁶. Hier treffen die oben genannten sozialökonomischen Spezifika der Verbraucherstellung nicht mehr zu. Das deutsche Recht allerdings geht hier, anders als das englische Recht, nicht so weit, was sich aus einem bislang noch unzureichenden Verständnis des Verbraucherrechtes erklären läßt.

(dd) Die konkrete Schutzbedürftigkeit, soziale Stellung, Einkommen und Vermögen des Verbrauchers ist für die Anwendung eines Rechtsaktes im

geltenden Recht (noch) ohne Bedeutung: vor dem heutigen Verbraucherrecht sind also arm und reich 'gleich'. Allerdings kann die *Intensität des Schutzes* durchaus variieren, etwa im Rahmen des AGB-Gesetzes bei Festlegung der Einbeziehungsvoraussetzung nach §2⁵⁷.

(ee) Verbraucherrechtliche Regelungen betreffen die *marktbezogene* Tätigkeit von Unternehmen. Probleme der inneren Organisation von Unternehmen, das Verhältnis Unternehmen zu Arbeitnehmern und ähnliches gehören nicht zum Verbraucherrecht.

(ff) *Staatliche Einrichtungen* sind nur dann vom Verbraucherrecht betroffen, wenn sie ebenfalls marktbezogen tätig sind, etwa beim Angebot öffentlicher Leistungen im Bereich von Verkehr und Energie. Sogenannte hoheitlich-staatliche Tätigkeit wird dagegen vom Verbraucherrecht insoweit erfaßt, als sie sich auf die marktbezogene Tätigkeit von Unternehmen auswirkt, etwa die Kontrolle von Lebens- und Arzneimitteln.

3 Verbraucherrecht als eigenständiges Rechtsgebiet

- 19 Inwieweit ein besonderes Recht des Verbrauchers, ein Verbraucherrecht, existiert, ist gerade angesichts der lebhaften staatlichen Interventionstätigkeit außerordentlich umstritten⁵⁸. Die Frage hat primär rechtstheoretische Bedeutung und ist deshalb im Rahmen der Studie nicht zu vertiefen. Bereits die umfangreiche Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung zeigt, daß sich hier ein Rechtsgebiet herausdifferenziert hat, das mit den bekannten Kategorien des Rechtes nicht mehr hinreichend zu erfassen ist. Der Sondercharakter des Verbraucherrechtes folgt gleichzeitig aus den sozialökonomischen Spezifika der Verbraucherstellung. Eine Argumentation gegen das Verbraucherrecht mit dem Hinweis auf das herkömmliche Rechtssystem schreibt dieses fest und arbeitet die Änderungen im Recht nicht auf, die gerade in den letzten zehn Jahren erfolgt sind. Anwendungstechnisch spielt die Anerkennung eines besonderen Verbraucherrechtes dort eine Rolle, wo es um die Einpassung des Schutzzweckes neuer Verbrauchergesetze in das bisherige Recht geht. Leugnet man nämlich den Sondercharakter des Verbraucherrechtes, so haben sich legislatorische Maßnahmen zum Verbraucherschutz den allgemeinen rechtssystematischen Interpretationsprinzipien unterzuordnen, etwa ist das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen in das allgemeine Vertragsrecht einzupassen⁵⁹. Betont man umgekehrt den Sondercharakter des Verbraucherrechtes, so ist dieses anhand des hier eigenen Schutzzweckes und nicht anhand allgemeiner rechtssystematischer Prinzipien auszulegen. In der Arbeit wird durchgängig der Versuch unternommen, diesen eigenständigen Sondercharakter und Schutzzweck des Verbraucherrechtes zu entwickeln und rechtsdogmatisch abzusichern.

VII ÜBERBLICK ÜBER DIE METHODEN DES VERBRAUCHER-SCHUTZES

1 Rechtssystematische Anknüpfung

- 20 Die Methoden des Verbraucherschutzes werden im Rahmen der Studie an den jeweiligen Sachzusammenhängen erläutert und dargestellt. Rechtssystematisch

überwiegt die Einteilung in zivilrechtliche, strafrechtliche und verwaltungsrechtliche Mittel des Verbraucherschutzes⁶⁰.

(aa) Im Recht der Bundesrepublik Deutschland steht dabei das *Zivilrecht* ganz im Vordergrund der Aufmerksamkeit. Dies erklärt sich daraus, daß das zivilrecht die vertraglichen und außervertraglichen Rechtsbeziehungen des Verbrauchers zu Unternehmen auf dem Markt regelt und bestimmt. Da gerade hier grobe Mißbräuche der Unternehmen gegenüber Verbrauchern festzustellen waren, erklärt sich die Notwendigkeit der gesetzgeberischen Intervention. Im allgemeinen wird der Verbraucher durch einen zivilrechtsrelevanten Vorgang in seinen wirtschaftlichen und rechtlichen Interessen unmittelbar betroffen. Es ist deshalb nur konsequent, daß das Zivilrecht eine primäre Rolle im Verbraucherrecht spielt.

Weniger einleuchtend ist allerdings die Rolle des Zivilrechtes dort, wo es um vorgelagerte Probleme geht, etwa im Bereich der Werbung oder der Verwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Hier sind, insbesondere unter dem Präventivgedanken, verwaltungsrechtliche Regelungen eher angebracht als zivilrechtliche Regelungen⁶¹. Dennoch entscheidet sich das deutsche Recht im Bereich des unlauteren Wettbewerbes, der irreführenden Werbung und rechtswidriger AGB für den Vorrang zivilrechtlicher gegenüber verwaltungsrechtlichen Kontrollmechanismen. Diese, vom Standpunkt des Verbraucherrechtes nicht unbedingt überzeugende Methodenwahl hat einerseits historische, andererseits ökonomische und rechtspolitische Gründe. Sie steht in neuer Zeit auch im Zusammenhang mit der Kollektivierung von Verbraucherinteressen in fremdorganisierten Verbänden und hat insbesondere zur Einrichtung der *Verbandsklage* geführt (118ff, 293ff). Sie kann allerdings nur punktuell Mißstände aufgreifen und zu keiner wirklichen Bereinigung des Marktes etwa von unlauteren Werbemethoden oder rechtswidrigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen führen.

(bb) Das *Verwaltungsrecht* spielt im Verbraucherrecht der Bundesrepublik Deutschland insbesondere eine Rolle, wenn es darum geht, wettbewerbsbeschränkendes Verhalten zu bekämpfen sowie Maßnahmen zum Schutz von Gesundheit, Sicherheit und Verpackungsgestaltung durchzusetzen. Die Vorschriften des Kartellrechtes einerseits, des Lebensmittelrechtes, des Arzneimittelrechtes, des Gerätesicherheitsrechtes, des Eichrechtes usw. sind deshalb öffentlich-rechtlich ausgestaltet. Sie verbieten bzw. kontrollieren im allgemeinen Verhaltensweisen, die aus Gesichtspunkten des Verbraucherinteresses als schädlich oder nachteilig angesehen werden. Sie schaffen im Verbraucherinteresse für die betroffenen Unternehmen bestimmte Rechtspflichten, etwa zur Produktkennzeichnung oder zum Wirksamkeitsnachweis eines Arzneimittels. Das Sanktionsinstrumentarium des Verwaltungsrechtes ist allerdings unter dem Grundsatz des *Verhältnismäßigkeitsprinzips*⁶² zu sehen, wonach möglichst geringe Sanktionen einzusetzen sind, die sich in der Regel auf Bußgelder wegen Ordnungswidrigkeiten beschränken. Weitergehenden Verbotssanktionen (Verbringungsverbote, Rückrufpflichten) steht das deutsche Recht, anders als das amerikanische Recht, skeptisch gegenüber (132).

(cc) Der *strafrechtliche Verbraucherschutz* ist, von den allgemeinen Vorschriften über Betrug, Wucher und Untreue abgesehen, im Recht der Bundesrepublik kaum entwickelt bzw. wird kaum durchgesetzt. Er hat, anders als im französischen und im englischen Recht auch kaum die neue Verbrauchersrechtsdiskussion befruchten können. Von einem eigenständigen strafrechtlichen Verbraucherschutz wird man deshalb nicht sprechen können. Im Recht der Werbung spielt er eine völlig belanglose Rolle (125). Das AGB-Recht kennt überhaupt keine strafrechtlichen Sanktionen. Das Strafrecht dient letztlich als Ordnungsrecht lediglich dazu, verwaltungsrechtliche Vorschriften durchzusetzen.

2 Subjekte der Rechtsdurchsetzung

21 Eine andere Einteilung über die Methoden des Verbraucherschutzes kann daran anknüpfen, welche Subjekte jeweils bestimmte Rechte geltend machen bzw. Rechtsregelungen durchsetzen können. Nach einer vorläufigen Bestandsaufnahme des geltenden Rechts kann man folgende Intensitätsschwellen unterscheiden, die sich teilweise mit den oben entwickelten Kriterien decken, aber nicht identisch sind:

(aa) Der *individuelle Verbraucher* ist nach wie vor das wichtigste Subjekt zur Durchsetzung des Verbraucherrechtes, insbesondere in vertraglichen und sonstigen schuldrechtlichen Beziehungen. Ihm wird damit gleichzeitig zugemutet, sich aktiv gegen Maßnahmen von Unternehmen zu wehren und die entsprechenden Schritte dafür einzuleiten. Er wird hier — ohne Rücksicht auf seine soziale Stellung, seine Erziehung, seine Rechtskunde — als prinzipiell rechtskundiger Staatsbürger vorausgesetzt.

(bb) *Verbraucherverbände* haben nur beschränkte Möglichkeiten zur Durchsetzung des Verbraucherschutzes, nämlich im Rahmen des UWG und des AGB-Gesetzes. An der Einleitung und Durchführung verwaltungsrechtlicher Verfahren sind sie formell nicht beteiligt.

(cc) Die *staatliche Kontrolle* findet sich im Rahmen der Kartellaufsicht, der allgemeinen Gewerbeaufsicht und Aufsicht über bestimmte Gewerbebezüge, sowie des Lebensmittel- und Arzneimittelrechtes. Sie wirkt sich häufig auf die Geltendmachung individueller Verbraucherrechte aus, insbesondere im Rahmen des Haftungsrechts.

(dd) In *Entwicklung* begriffen sind Einrichtungen der *Selbstkontrolle* und Selbsthilfe bestimmter Bereiche der Wirtschaft bzw. einer *gemeinschaftlichen* Mitwirkung von Unternehmen, Verbraucherorganisationen und Staat zur Erreichung bestimmter verbraucherpolitisch wichtiger Ziele, etwa der Werbung, des Wettbewerbes, freiwilliger Maßnahmen zur Kennzeichnung und Produktinformation. Hier ist im allgemeinen eine *indirekte staatliche Mitwirkung* festzustellen, etwa durch Freistellung von kartellrechtlichen Beschränkungen, durch Subventionierung und Finanzierung, durch politische Einwirkung. Die Methoden der Selbstkontrolle und der Mitwirkung von

Verbraucherorganisationen hieran werden im Rahmen der Arbeit ebenfalls ausführlich gewürdigt.

3 Notwendigkeit einer horizontalen Verzahnung der verschiedenen Methoden

- 22 Die bislang noch nebeneinanderstehenden Methoden der Durchsetzung des Verbraucherrechtes verlangen dringend nach einer *horizontalen Verzahnung*⁶³. Im geltenden Recht sind dafür bereits Ansätze festzustellen, etwa wenn bestimmte Formen verbotener Werbung im Lebensmittelrecht als unlauter im Sinne des UWG bezeichnet werden, wenn gesetzliche Sicherheitsstandards zivile Haftungsfolgen auslösen und Konditionenempfehlungen sowohl durch das Kartellrecht als auch das AGB-Recht kontrollierbar werden. Durch diese horizontale Verzahnung erscheint es möglich, das Instrumentarium der Rechtsdurchsetzung insgesamt zu verbessern und systematisch der Einheit des Verbraucherrechtes Rechnung zu tragen.

ANMERKUNGEN

1. v. Hippel, *Verbraucherschutz*, 2. Auflage 1979; ders., *RabelsZ* 40 [1976], S. 513ff; Simitis, *Verbraucherschutz — Schlagwort oder Rechtsprinzip?* [1976]; Reich/Tonner/Wegener, *Verbraucher und Recht* [1976]; Reich, *ZRP* [1974], S. 187ff; ders., *Markt und Recht* [1977], S. 179ff; Schrickler, *GRUR Int.* [1976], S. 315ff; ders., *RabelsZ* 40 [1976], S. 535ff; Tonner, *DuR* [1975], S. 119ff; Damm, *JZ* [1978], S. 173ff; Brinkmann, *Die Verbraucherorganisationen in der BRD und ihre Tätigkeit bei der überbetrieblichen technischen Normung*, [1976]; Rebe, *Verbraucherschutz*, in: *Recht im sozialen Rechtsstaat*, Kritik Bd 5 [1973], S. 69ff; *Handbuch des Verbraucherrechtes* [1976ff], hrsg. von AGV und DGB. Hart/Joerges, *Verbraucherrecht und Marktökonomik*, in: *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, 1980, S. 83ff.
2. H.P. Westermann, *AcP* 178 [1978], S. 150ff; Lieb, *AcP* 178 [1978], S. 196ff.
3. Darauf weist mit Recht Ott, *FS L. Raiser* [1974], S. 403ff, hin.
4. Zu dieser Problematik vgl. Mertens/Kirchner/Schanze, *Wirtschaftsrecht* [1978], S. 133ff.
5. Brinkmann, a.a.O. (Anm. 1), S. 57ff.
6. Vgl. insbes. Brinkmann a.a.O. (Anm. 1), S. 97ff; Mertens, u.a. a.a.O. (Anm. 4), S. 141.
7. Reich, *Markt und Recht* [1977], durchgehend.
8. Vgl. die Darlegungen und Einwände bei Scherhorn, *Gesucht: Der mündige Verbraucher*, 2. A. [1974], S. 16ff; Meyer/Dohm, *Sozialökonomische Aspekte der Konsumfreiheit*, [1965], S. 38ff; *Wirtschaftlicher und sozialer Wandel in der BRD* [1977], S. 405ff (mit Darlegung der unterschiedlichen Meinungen).

9. Vgl. die guten Darlegungen bei Czerwonka/Schöppe, ZVP [1977], S. 277ff.
10. Reich, a.a.O. (Anm. 7), S. 103f; Meyer/Dohm, a.a.O. (Anm. 8), S. 57ff; Biervert/Fischer – Winkelmann/Rock, *Grundlagen der Verbraucherpolitik* [1978], S. 48ff; Simitis, a.a.O. (Anm. 1), S. 97ff; Thiedig, *Suggestivwerbung und Verbraucherschutz* [1973], S. 21ff; Kroeber – Riel, *Konsumentenverhalten* 2. Aufl. [1979], S. 588ff.
11. Scherhorn u.a., *Verbraucherinteresse und Verbraucherpolitik* [1975], S. 30ff; *Wirtschaftlicher Wandel*, a.a.O. (Anm. 8), S. 405.
12. Hunzicker, *Erziehung zum Überfluß, Soziologie des Konsums* [1972].
13. Kroeber – Riel, a.a.O. (Anm. 10), S. 589; Thiedig, a.a.O. (Anm. 10), S. 25ff; Biervert, u.a. a.a.O. (Anm. 10), S. 89ff.
14. Darauf weisen Scherhorn, a.a.O. (Anm. 11), S. 40ff, unter Verwendung der Hirshmanschen Theorie über 'exit' und 'voice' hin; auch Czerwonka u.a., *Der aktive Verbraucher* [1976], S. 144ff.
15. Vgl. Minderheitenvotum in *Wirtschaftlicher und sozialer Wandel*, a.a.O. (Anm. 8), S. 405.
16. Vgl. den instruktiven Sachverhalt in BGH NJW [1973], 452 zum Abzahlungsrecht.
17. Caplovitz, *The Poor Pay More* [1963]; auch Williams, *Why the Poor Pay More* [1977]; Scherl, ZVP [1978], S. 110ff.
18. Ziff. 10ff; vgl. auch die Untersuchungsergebnisse von Naegele, *Konsumverhalten sozial schwacher älterer Menschen* [1977].
19. Biervert, u.a. a.a.O. (Anm. 10), S. 134ff; Kroeber – Riel, a.a.O. (Anm. 10), S. 511ff.
20. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 8ff; Reich, *Markt und Recht* [1977], S. 180, 190ff; Biervert, u.a. a.a.O. (Anm. 10), S. 229ff; dazu Hart/Joerges, a.a.O. (Anm. 1), S. 167ff.
21. Biervert u.a., S. 229.
22. Reich, *Markt und Recht* [1977], S. 197.
23. Scherhorn, u.a. a.a.O. (Anm. 11), S. 105ff.
24. Biervert, u.a. a.a.O. (Anm. 10), S. 64ff. Biervert, u.a., *Verbrauchervereine als Form der Selbstorganisation von Verbrauchern in der BRD*, 1979.
25. Vgl. die Angaben bei Brinkmann, a.a.O. (Anm. 1), S. 5ff und Biervert u.a., S. 237ff.
26. Meta-Enquête über die Entwicklung der den Verbrauchern dienenden Institutionen, Metaplan [1975].
27. v. Falckenstein, *Die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken durch Verbraucherverbände* [1977], S. 40.
28. Brinkmann, a.a.O. (Anm. 1), S. 30ff; Hüttenrauch, ZVP [1977], S. 143ff; BGH NJW [1976], S. 620ff.
29. Tonner, DuR [1975], S. 119ff; Reich, *Markt und Recht* [1977], S. 225. Tonner, ZVP 1979, 252; Kritik Petri ZVP 1979, 260.
30. Angenommene Anträge des zehnten Bundeskongresses 1975 des DGB [1975], S. 52ff.
31. Scherhorn, u.a. a.a.O. (Anm. 11), S. 31ff; Biervert, u.a. a.a.O. (Anm. 10), S. 53ff.

32. Biervert u.a. S. 55; Braun – Wimmer, in: Biervert u.a., *Verbraucherpolitik in der Marktwirtschaft* [1978], S. 279ff. Minte, 'Zusammenhänge von Arbeit und Konsum als Problem einer aktiven Verbraucherpolitik', In: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 24/78, S. 3ff.
33. v. Falckenstein, a.a.O. (Anm. 27), S. 35f.
- 33a. Biervert, u.a., a.a.O. (Anm. 24) mit empirischem Material.
34. Czerwonka, u.a. (Anm. 14), S. 197ff.
35. Biervert, u.a. a.a.O. (Anm. 10), S. 217ff.
36. Abgedruckt bei v. Hippel, a.a.O. (Anm. 1), S. 225ff.
37. Bei v. Hippel, S. 239ff.
38. BT-Drucks. 7/4181.
39. Simitis, a.a.O. (Anm. 1), S. 93ff spricht nur von Wettbewerbs- und von Transparenzpolitik; er vernachlässigt die Schutzpolitik; vgl. Reich, *Markt und Recht* [1977], S. 217ff.
40. ZVP [1977], S. 277ff; auch Biervert, u.a. a.a.O. (Anm. 10) S. 46ff.
41. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 20f.
42. Biervert, u.a. S. 39.
43. Vgl. BGH NJW [1976], S. 622 zum Warentestwesen; daraus die Kritik von Simitis, a.a.O. (Anm. 1), S. 135f, 209f.
44. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 21ff; Reich, *Markt und Recht* [1977], S. 214ff.
45. Biervert, u.a. a.a.O. (Anm. 10), S. 233ff; Czerwonka, u.a. a.a.O. (Anm. 14), S. 144ff; Martiny, 'Privater Konsum als öffentliche Aufgabe', in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 24/78, S. 24ff.
46. Reich, *Markt und Recht* [1977], S. 197f.
47. Reich, a.a.O. S. 92ff, 109ff.
48. Vgl. v. Hippel, a.a.O. (Anm. 1) S. 22 über Wettbewerb als des Verbrauchers 'bester Freund'.
49. Reich, *Markt und Recht* [1977], S. 271ff.
50. Reich, ZVP [1977], S. 227ff.
51. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 86ff; Schricker, GRUR [1974], S. 579ff.
52. Reich, NJW [1978], S. 519.
53. Schneider, BB[1974], S. 764ff; Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 8ff; vgl. auch Reifner, ZVP [1978], S. 203ff, dazu Bernitz, ZVP [1978], S. 214ff.
54. Vgl. grundlegend dazu die Metro-Entscheidung des BGH, NJW [1978], S. 267, sowie Schricker/Lehmann, *Der Selbstbedienungsgroßhandel* [1976].
55. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 16f; dazu die Bedenken bei Reifner, ZVP [1978], S. 203ff.
56. Reich, ZRP [1974], S. 190.
57. Reich, NJW [1978], S. 517; oben (4).
58. Vgl. einerseits Reich, ZRP [1974], S. 187ff; ders. *Markt und Recht* [1977], S. 190ff; Damm, JZ [1978], S. 173ff; Hart/Joerges, a.a.O. (Anm. 1), S. 91ff., 229; anders H.P. Westermann, AcP 178 [1978], S. 150ff; Lieb, AcP 178 [1978], S. 196ff.

59. Reich, ZVP [1978], S. 236ff und die Kritik von Ulmer, ZVP [1978], S. 248ff.
60. Vgl. Schricker, GRUR Int. [1974], S. 694ff (speziell zum Recht des unlauteren Wettbewerbs).
61. v. Hippel, a.a.O. (Anm. 1), S. 35ff; unten (117ff, 274ff).
62. Reich, *Markt und Recht* [1977], S. 110ff.
63. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 209; Reich, WiVerw [1977], S. 233ff.

Verbraucher und Preise

I ALLGEMEINES

1 Globale Preispolitik und Verbraucherschutz

- 23 Der Preisfaktor, zu dem Waren oder Dienstleistungen angeboten werden, ist für den Verbraucher in Verbindung mit Qualität und Sicherheit der wichtigste Aktionsparameter. Im Preis zeigt sich, ob bestimmte Güter überhaupt bzw. von wem konsumiert werden können, wie der Verbraucher seine Bedarfe verschiedener Art gestalten kann und welche wirtschaftlichen Handlungsfreiheiten für ihn tatsächlich bestehen. Einkommens- und Preispolitik hängen für ihn unmittelbar zusammen: jede Steigerung seines Einkommens in Form von Lohn, Gehalt, Rente oder sonstigen Leistungen wirkt sich nur dann positiv auf sein Realeinkommen aus, wenn nicht durch erhöhte Preise die Lohnzuwächse wieder 'aufgefressen' werden. Sein *Gebrauchswertinteresse* (5) an Konsumgütern bezieht sich also ganz besonders auf den Preisfaktor.

(aa) Mit diesen Bemerkungen ist zugleich angedeutet, daß die Bestimmung des Preisfaktors in einer Volkswirtschaft nicht nur ein Problem des Verbraucherschutzes ist, sondern generell die Grundprinzipien der Wirtschaft betrifft. Vorrangig ist das Preisproblem unter Gesichtspunkten von *Währungsstabilität* und *Inflationsbekämpfung* gesehen worden¹. Dies ist auch der Ausgangspunkt in der Bundesrepublik Deutschland, nämlich in §1 des Gesetzes über Stabilität und Wachstum von 1967 (GStW) und in §3 des Währungsgesetzes von 1948. §1 GStW lautet: 'Bund und Länder haben bei ihren finanz- und wirtschaftspolitischen Maßnahmen die Erfordernisse des gesamtwirtschaftlichen Gleichgewichtes zu beachten. Die Maßnahmen sind so zu treffen, daß sie im Rahmen der marktwirtschaftlichen Ordnung gleichzeitig zur Stabilität des Preisniveaus, zu einem hohen Beschäftigungsgrad und zu außenwirtschaftlichem Gleichgewicht bei stetigem and angemessenem Wirtschaftswachstum beitragen'. An dieser Vorschrift zeigt sich, daß die Preisstabilität eingebettet ist in einen Kranz von wirtschaftspolitischen Zielsetzungen, auf die der Staat mittels bestimmter Maßnahmen hinwirken kann, die *jedoch nie isoliert* zu sehen sind². Das Verbraucherinteresse an einer Preisstabilität kann deshalb nicht verabsolutiert werden, sondern ist im Zusammenhang mit Vollbeschäftigung, Wirtschaftswachstum und außenwirtschaftlichem Gleichgewicht zu betrachten. Entscheidend ist auch, daß nach unserer Rechtsordnung §1 GStW keine justizi-

able und einklagbare Norm enthält, durch die etwa der einzelne Verbraucher und 'die' Verbraucher in ihrer Gesamtheit den Staat zu einer bestimmten Preispolitik zwingen könnten. Es handelt sich hier um eine *global* gemeinte Ermächtigungsvorschrift, die es dem Staat ermöglicht, die je nach seinen Zielsetzungen für richtig gehaltene Wirtschaftspolitik zu betreiben, wobei die allgemeinen verfassungsrechtlichen Schranken zu wahren sind.

(bb) Eine flankierende Absicherung einer auf Preisstabilität gerichteten Politik, die auch im Interesse des Verbrauchers stattfindet, enthält § 3 des Währungsgesetzes, der insbesondere Preisgleitklauseln in langfristigen Verträgen verbietet. Allerdings bestehen Genehmigungsmöglichkeiten durch die deutsche Bundesbank, durch die die Vorschrift eines Teiles ihrer Wirksamkeit beraubt wird³. Weiterhin hat die Rechtsprechung sogenannte nicht unter das Verbot fallende Klauseln entwickelt, etwa Leistungsvorbehalte, Spannklauseln bei Versorgungszusagen und Unterhaltsverpflichtungen, die sie nicht an § 3 des Währungsgesetzes mißt und die im Einzelvertrag eine Anpassung des Preises an eine Inflation ermöglichen⁴.

2 Markt und Wuchergrenze

24 (aa) Wirtschaftspolitisch versucht die Bundesrepublik Deutschland, das Allgemeininteresse und das Verbraucherinteresse an stabilen Preisen durch eine *konsequente Wettbewerbspolitik* zu erreichen⁵. Die Bestimmung des Preisfaktors wird, bis auf gewisse Ausnahmen, dem Markt überlassen. Einzelvertragliche Wirksamkeit in Verträgen mit Endverbrauchern erreichen die marktmäßig bestimmten Preise durch entsprechende Vereinbarung. *Marktprinzip und Vertragsfreiheit* ergänzen sich also gegenseitig; sie stellen das entscheidende Regulativ für die Preisbildung dar und sind insoweit verbraucherpolitisch unmittelbar von Interesse⁶.

(bb) Eine allgemeine Grenze hat das Prinzip von Markt und Vertragsfreiheit nur im Rahmen des Wucherverbotes, § 138 Abs. 2 BGB, § 302 a StGB, § 4 Wirtschaftsstrafgesetzbuch. Die Wuchervorschriften sind durch das erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität von 1976 auch im Verbraucherinteresse neu gefaßt worden⁷. Wucher liegt nur dann vor, wenn zwei Voraussetzungen gegeben sind, wobei die eine objektiver Art ist, die andere subjektiver Art. Im objektiven Bereich muß zunächst ein *auffälliges Mißverhältnis* zwischen Leistung und Gegenleistung bestehen. Hierfür gibt es keine allgemeinen Richtlinien, sondern in jedem Einzelfall ist dieses auffällige Mißverhältnis konkret festzustellen; darüber befinden also letztlich die Gerichte anhand der jeweiligen Marktbedingungen⁸. Im *subjektiven* Bereich muß der Bewucherte unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche gehandelt haben. Durch diese subjektive Komponente wird der Wuchertatbestand in der Regel bei sozialen Randgruppen vorliegen, etwa bei Ausländern, bei armen Verbrauchern, bei alten Menschen und ähnlichem; damit ist ein gewisser sozialkompensatorischer Verbraucherschutz möglich (4). Versuche, den subjektiven Teil des Wuchertatbestandes zu streichen, sind bislang nicht Gesetz geworden.

Die strafrechtliche Wuchervorschrift ähnelt der zivilrechtlichen und verlangt zusätzlich vom Wucherer noch Vorsatz.

Aus alledem zeigt sich, daß die Wuchervorschrift in Wirklichkeit keine Einschränkung des Prinzips einer Preisgestaltung durch Markt und Vertragsfreiheit beinhaltet. Im Gegensatz läuft diese Vorschrift darauf hinaus, die Vertragsfreiheit zu bestätigen und sie nur in gewissen Extremfällen zu korrigieren. In der Rechtspraxis spielt deshalb das Wucherverbot, vom Fall des Kreditwuchers (346) einmal abgesehen, praktisch keine Rolle. Dies wird noch dadurch bestätigt, daß die Rechtsprechung im Falle des Wuchers es ablehnt, den Vertrag zu einem angemessenen Entgelt bestehen zu lassen, sondern zur völligen Nichtigkeit des Vertrages gelangt⁹. Häufig ist es aber gerade nicht im Sinne des Verbrauchers, ein, wenn auch zu erhöhtem Entgelt geschlossenes Rechtsgeschäft völlig scheitern zu lassen; der Verbraucher ist vielmehr an einer entsprechenden Herabsetzung des überhöhten Preises interessiert, was nach geltendem Recht in der Bundesrepublik nicht möglich ist.

Der Verbraucherschutz gegenüber überhöhten Preisen bzw. Preiserhöhungen geht insgesamt also vom Vorrang des Marktprinzips aus und kennt nur im Ausnahmefall die staatliche Intervention. Darüber ist im folgenden zu handeln. Als flankierend kommt im Sinne des Verbraucherschutzes noch die Preistransparenz hinzu, die durch rechtliche Verpflichtungen den auf dem Markt konkurrierenden Unternehmen auferlegt wird. Auf die Besonderheiten einer supranationalen Preiskontrolle, etwa für Stahl und für Agrarprodukte durch Behörden der EG ist hier nicht einzugehen, obwohl gerade hier der Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes durch ein System von Mindestpreisbedingungen im Sinne der Erzeuger sträflich vernachlässigt wird.

II INDIREKTE PREISKONTROLLE DURCH KARTELLRECHT (GWB)

1 Verbraucherschützende Bedeutung des GWB

- 25 Überläßt der Staat wie in der Bundesrepublik Deutschland die Preisbildung den Marktkräften, so muß er flankierend dafür sorgen, daß sich ein funktionsfähiger Wettbewerb gegen immanente Vermachtungs- und Erstarrungstendenzen gerade hinsichtlich des Preisfaktors erhalten und durchsetzen kann. Jede außerwettbewerbliche Festlegung des Preises und sonstiger Preisbestandteile durch Absprachen, Unternehmenskonzentration und ähnliches koordiniertes Verhalten der Unternehmen auf dem Markt muß durch entsprechendes rechtliches Instrumentarium entweder verboten oder gegen Mißbräuche kontrolliert werden. Dies ist die Aufgabe des Kartellrechtes, das insoweit auch einen *verbraucherpolitischen Schutzzweck* verfolgt. Immerhin erscheint es bemerkenswert, daß in der Diskussion um den Schutzzweck des Kartellrechtes der Verbraucherschutz seinen Stellenwert noch nicht gefunden hat. Man ist bereit, dem Kartellrecht einen mittelbaren Schutzzweck zugunsten des Verbrauchers zu konzedieren, nicht jedoch einen unmittelbaren Schutzzweck. Wie der Verfasser an anderer Stelle nachgewiesen hat, erscheint diese Meinung insbesondere angesichts der umfassenden Kartellrechtsreform durch

Novellierung im Jahre 1973 nicht mehr gerechtfertigt¹⁰. Damals hat der Gesetzgeber ausdrücklich festgestellt, daß 'außer dem Erfordernis: Sicherung der wettbewerblichen Ordnung, die Förderung wettbewerblicher Aktivitäten zur Wiedererlangung der Stabilität und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes mit Vorrang bedacht werden mußte'¹¹. Auch an einzelnen Vorschriften des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) ist zu erkennen, daß der Verbraucherschutz zu einem wichtigen Ziel des Kartellrechtes geworden ist.

Die verbraucherpolitische Bedeutung des Kartellrechtes im Hinblick auf eine Kontrolle des Preisfaktors am Markt zeigt sich in folgenden Richtungen:

2 Verbot von Preisabsprachen

26 (aa) Gemäß seiner Grundvorschrift in §1 GWB verbietet das Kartellrecht insbesondere Preiskartelle, Preisabsprachen, Quoten- und Submissionsvereinbarungen und ähnliches. Den auf dem Markt konkurrierenden Unternehmen ist es untersagt, den Preisfaktor zu vergemeinschaften und damit gegenüber dem Verbraucher den Preiswettbewerb auszuschließen oder doch einzuschränken. Dieser Grundsatz gilt mit Einschränkungen auch für Nebenformen des Preiswettbewerbes, etwa den Rabattwettbewerb (§3 GWB), wobei hier allerdings das Rabattgesetz Schranken für die Ankündigung von Rabatten gegenüber Endverbrauchern setzt¹². Sogenannte Rationalisierungskartelle und Syndikate, die zu einer gemeinsamen Preispolitik der konkurrierenden Unternehmen führen sollen, sind gemäß §5 Abs. 2, 3 GWB strikten Regelungen unterworfen und treten gegenüber Endverbrauchern praktisch nicht auf.

(bb) Die strenge Handhabung des Verbotes einer horizontalen Einschränkung des Preiswettbewerbes ist durch die Kartellnovelle von 1973 und durch die Rechtsprechung noch erweitert worden. Hier können nur einige Stichworte genannt werden. Durch die Neufassung des §25 Abs. 1 sind auch *abgestimmte Verhaltensweisen* verboten worden¹³. Anlaß für diese Novellierung war eine Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes in den sogenannten Teerfarben-Fällen, die koordinierte Preiserhöhungen von Unternehmen nicht dem Kartellverbot unterstellte¹⁴. Es besteht allerdings nach wie vor eine erhebliche Unklarheit darüber, was unter abgestimmten Verhaltensweisen im Kartellrecht nun genau zu verstehen ist¹⁵, etwa im Zusammenhang mit den gleichzeitigen Preiserhöhungen der Automobilhersteller, die mit großer Regelmäßigkeit jedes Frühjahr die deutsche Öffentlichkeit bewegen. Da abgestimmte Verhaltensweisen ein Mindestmaß von Koordination verlangen, die bei sogenannten Oligopolsachverhalten nicht gegeben sein soll, weil ein angeblicher 'Marktzwang' die Oligopolisten zu gleichgerichtetem Vorgehen zwingt, läuft das Verbot in der Praxis so gut wie leer; es sind auch in letzter Zeit keine entsprechenden Verfahren des Bundeskartellamtes bekannt geworden oder sind ergebnislos ausgegangen.

(cc) Andere Fälle einer mittelbaren Vergemeinschaftung des Preisfaktors durch konkurrierende Unternehmen sind sogenannte *Vertriebsgemeinschaften ohne Andienungspflicht* und sogenannte *Preismeldestellen*. Charakteristisch für diese Einrichtungen ist, daß ohne eine formelle Preisabsprache entweder

durch Vergemeinschaftung des Vertriebes in einer Verkaufsgesellschaft oder durch Offenlegung des Preises gegenüber den Konkurrenten erreicht werden kann, daß *de facto* alle Unternehmen zu einem gleichen Preis anbieten, insbesondere wenn sie ein Oligopol bilden. Die deutsche Rechtsprechung hat solche Einrichtungen inzwischen dem Kartellverbot bzw. dem Verbot abgestimmter Verhaltensweisen unterstellt¹⁶. Sie verfißt hier inzwischen ähnliche Grundsätze wie der Europäische Gerichtshof im Rahmen des europäischen Wettbewerbsrechtes.

3 Vertikale Preisbindungen

27 Sogenannte vertikale Preisbindungen, insbesondere die früher übliche Markenartikelpreisbindung, sind gemäß §15 GWB ausnahmslos verboten. Die Kartellnovelle von 1973 hat als wichtigstes Ergebnis in verbraucherpolitischer Sicht die Abschaffung der früher üblichen Markenartikelpreisbindung gebracht und läßt in §16 nur noch die Preisbindung für Verlagszeugnisse zu¹⁷. Dadurch soll es möglich sein, daß auch bei gleichen Produkten gegenüber dem Endverbraucher mit unterschiedlichen Preisen geworben wird, wobei sich dann der Verbraucher je nach seinem Informationsstand und nach seiner eigenverantwortlichen Bedarfsentscheidung das für ihn günstigste Angebot aussuchen kann.

Die Preisbindung für Verlagszeugnisse, die nach wie vor besteht, ist in der verbraucherpolitischen Diskussion nicht unumstritten¹⁸. Einerseits sind hier zahlreiche Umgehungsformen und Mißbräuche zu verzeichnen, etwa durch gespaltene Preise, durch mehrgleisigen Vertrieb, durch unterschiedliche Aufmachungen eines im wesentlichen gleichen Verlagszeugnisses, die die Preisbindung bereits heute weitgehend durchlöchern und die Lage auf dem Markt für Verlagszeugnisse für den Verbraucher unübersichtlich machen. Andererseits haben genossenschaftsähnlich organisierte Einkaufsvereinigungen von Verbrauchern versucht, die hohen Buchhandelsrabatte an Verbraucher weiterzugeben, sind jedoch daran durch unbeanstandet gebliebene kartellrechtsrelevante Maßnahmen (Sperrungen usw.) gehindert worden¹⁹.

4 Preisempfehlungen

28 Durch die Kartellnovelle von 1973 sind in §38a GWB die sogenannten Preisempfehlungen neu geregelt worden. Nach geltendem Kartellrecht sind Preisempfehlungen verboten, jedoch unter bestimmten Ausnahmen für Markenartikel erlaubt, wenn sie einen Preiswettbewerb zulassen, marktgerecht kalkuliert sind und ausdrücklich als unverbindlich bezeichnet werden. Um Mißbräuche mit der Preisempfehlung zu verhindern, hat das Gesetz bestimmte Eingriffsbefugnisse des Bundeskartellamtes statuiert. Im Rahmen seiner Mißbrauchsaufsicht hat das Bundeskartellamt bestimmte Preisempfehlungen wegen ihres Übertenerungseffektes oder wegen ihrer Unterschreitung in einer Vielzahl von Fällen (§38a Abs. 3 Ziff. 1 und 3 GWB) verboten, wobei allerdings die Beweisanforderungen in der Praxis zu Schwierigkeiten führen²⁰.

In der verbraucherpolitischen Diskussion sind allerdings Preisempfehlungen nach wie vor außerordentlich umstritten²¹. Dabei sind es zwei Formen, die von

Verbraucherseite als preisbindungsähnlich angegriffen werden: die sogenannte Handelspreisempfehlung und Preisempfehlungen im Rahmen des selektiven Vertriebes. Die *Handelspreisempfehlung* richtet sich nicht an den Endverbraucher sondern an den Händler²². Erfahrungsgemäß wird sie von den Händlern, insbesondere bei großen Sortimenten, als Preisbindungsersatz verwendet. Für den Händler besteht kein Grund, von der Preisempfehlung seines Herstellers abzuweichen, sofern nicht ausnahmsweise erheblicher Wettbewerbsdruck besteht, der die Präferenzen des Verbrauchers prägt. Faktisch wird damit dasselbe Ergebnis erreicht wie bei der Preisbindung. Hinzukommt, daß diese Preisempfehlung dem Verbraucher gegenüber nicht offengelegt werden muß. Bei einer sogenannten *Vertriebsselektion*, das heißt bei einer Beschränkung des Vertriebes auf einen Kreis zugelassener Fachhändler, Eigen- oder Vertragshändler, etwa im Bereich des Kraftfahrzeugmarktes, führt die Preisempfehlung dazu, daß der Händler schon aus Eigeninteresse sich an die Preisvorstellungen des Herstellers hält. Auch hier beinhaltet die Preisempfehlung in Wirklichkeit eine faktische Preisbindung²³.

Vonseiten der Verbraucherorganisationen, des Verbraucherbeirates beim Bundeswirtschaftsminister und der Gewerkschaften ist daher ein ersatzloses Verbot von Preisempfehlungen gefordert worden²⁴. In ihrem Bericht über Preisempfehlungen, der im August 1977 der Öffentlichkeit vorgelegt wurde, hat sich die Bundesregierung zu einer solch weitgehenden Entscheidung (*noch*) nicht aufraffen können²⁵. Sie hält vielmehr die Preisempfehlung, auch die Händlerpreisempfehlung und die Empfehlung im Rahmen des selektiven Vertriebes für eine unverzichtbare Rationalisierungshilfe des Handels. Hier werden Verbraucherinteressen gegenüber Handelsinteressen benachteiligt. In dem Regierungsentwurf einer vierten Kartellnovelle, der 1978 vorgelegt worden ist, will die Bundesregierung lediglich die Mißbrauchsaufsicht über Preisempfehlungen verschärfen, jedoch nach wie vor Preisempfehlungen zulassen²⁶. Die vierte Kartellnovelle vom 26.4.1980 (BGBl I S. 458) ist diesem Vorschlag gefolgt.

5 Preismißbräuche marktbeherrschender Unternehmen

- 29 Intensiv im Rahmen des Kartellrechtes ist diskutiert worden, ob das Bundeskartellamt marktbeherrschenden Unternehmen eine mißbräuchliche Preisgestaltung untersagen und ihnen damit Höchstpreise vorschreiben kann. Rechtlicher Ausgangspunkt ist §22 GWB. Danach unterliegen marktbeherrschende Unternehmen einer Mißbrauchsaufsicht. Inzwischen ist höchstrichterlich klargestellt, daß sich die Mißbrauchsaufsicht auch auf Preise beziehen kann, so daß einem marktbeherrschenden Unternehmen ein mißbräuchlich überhöhter Preis durch das Bundeskartellamt untersagt werden kann²⁷.

(aa) Die Auslegung des §22 GWB ist nach wie vor außerordentlich umstritten und kann in ihrer Komplexität hier nur angedeutet werden. Zunächst besteht das Problem darin, überhaupt die *marktbeherrschende Stellung* eines Unternehmens oder mehrerer Unternehmen zu ermitteln. Dazu muß zunächst festgestellt werden, auf welchem sachlichen, zeitlichen und räumlichen sogenannten relevanten Markt das betroffene Unternehmen marktbeherrschend ist.

Die Rechtsprechung ermittelt den relevanten Markt anhand des sogenannten Bedarfsmarktkonzeptes²⁸; die Marktabgrenzung erfolgt danach anhand der Bedarfe der Marktgegenseite, also auf verbraucherrelevanten Märkten anhand der Verbraucherbedarfe. Hierfür sind unterschiedliche Tests entwickelt worden, etwa bei Arzneimitteln, wo einmal die subjektiven Verschreibungsgewohnheiten der Ärzte²⁹, andererseits die Indikationsbreite bestimmter Produkte als maßgebend erachtet wurden³⁰. Marktbeherrschend ist ein Unternehmen allerdings nur dann, wenn es auf einem bestimmten Markt entweder keinem wesentlichen Wettbewerb ausgesetzt ist oder eine überragende Marktstellung innehat. Nach der Rechtsprechung kann wesentlicher Wettbewerb auch dann vorliegen, wenn der Preiswettbewerb fehlt³¹. Die überragende Marktstellung wird gemessen anhand der Verhaltensspielräume, die sich insbesondere aus den Marktanteilen ergeben. Allerdings können nach der Rechtsprechung nicht allein Marktanteile gewürdigt werden, sondern es sind die Wettbewerbsverhältnisse zu berücksichtigen. Gehen also etwa mengenmäßige Marktanteile zurück, bleibt jedoch der umsatzmäßige Marktanteil wegen einer aufgrund einer atypischen Marktstruktur möglichen Hochpreispolitik des betroffenen Unternehmens im wesentlichen gleich, so liegt nach der Rechtsprechung keine überragende Marktstellung vor³². Andererseits hat der Bundesgerichtshof im Falle Valium-Librium eine überragende Marktstellung angenommen, wenn die Produkte des betroffenen Unternehmens fast die Hälfte des Marktes erreichen und sich auch aus sonstigen Gründen ein überragender Verhaltensspielraum des betroffenen Unternehmens ergibt³³.

(bb) Schließlich ist noch zu prüfen, unter welchen Umständen die marktbeherrschenden Unternehmen ihre Stellung auf dem Markt mißbräuchlich ausnutzen. Was Mißbrauch ist, sagt das Gesetz nicht im einzelnen³⁴, jedoch können auch Mißbräuche bei der Preisgestaltung kartellamtlich aufgegriffen werden. Inzwischen hat sich die Praxis herausgebildet, den Preismißbrauch anhand eines *Vergleichsmaßstabes* zu ermitteln³⁵. Von Bedeutung sind hier sogenannte zeitliche und räumliche Vergleichsmärkte. Der Zeitvergleichsmarkttest ermittelt die Mißbrauchsgrenze durch Gegenüberstellung des alten Preises und des neuen Preises. Er findet daher hauptsächlich auf *Preiserhöhungen* marktbeherrschender Unternehmen Anwendung. Dieses Verfahren ist allerdings überwiegend kritisiert worden und hat bislang keine höchstrichterliche Bestätigung gefunden³⁶.

Häufiger werden dagegen sogenannte räumliche Vergleichsmarkttests verwendet. Der Preis des Marktbeherrschers wird verglichen mit Preisen auf anderen Märkten mit wesentlichem Wettbewerb oder mit Preisen anderer, konkurrierender Unternehmen. Soweit die Märkte vergleichbar sind, kann auf die Weise ein sogenannter *wettbewerbsanaloger Preis* ermittelt werden. Auch Auslandsmärkte können in den Vergleich einbezogen werden. Der Bundesgerichtshof hat allerdings klargestellt, daß nur struktur- und nicht unternehmensbedingte Faktoren in die Ermittlung des wettbewerbsanalogen Preises einbezogen werden können³⁷; im Einzelfall ist die Abgrenzung außerordentlich schwierig und führt praktisch dazu, die kartellrechtliche Preiskontrolle zu verunmöglichen³⁸. Ist auf diese Weise der wettbewerbsanaloge Preis ermittelt, so bedeutet das allerdings nach einem neuen Urteil des Bundesgerichtshofes

noch nicht, daß die Überschreitung des wettbewerbsanalogen Preises bereits mißbräuchlich sei. Erst bei einer *erheblichen* Überschreitung liegt ein Mißbrauch vor³⁹. Wann ein solcher Fall vorliegt, kann nur im Einzelfall beurteilt werden. Auch steht es den Unternehmen frei, wie sie sich einer eventuellen Höchstpreisanordnung der Kartellbehörden fügen wollen⁴⁰.

Die Kartellnovelle vom 26.4.1980 hat in §22 Abs. 4 S. 2 Beispielfälle für den Preismißbrauch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung aufgeführt. In Nr. 2 wird der Preis des Marktbeherrschers dann als mißbräuchlich angesehen, wenn er von dem Preis abweicht, der sich bei wirksamen Wettbewerb mit hoher Wahrscheinlichkeit ergeben würde. Hierbei sind insbesondere die Verhaltensweisen von Unternehmen auf vergleichbaren Märkten mit wirksamen Wettbewerb zu berücksichtigen. Damit ist das 'Vergleichsmarktkonzept' gesetzlich festgeschrieben. Der wohl entscheidende Unterschied zur Rechtsprechung besteht darin, daß die Überschreitung nicht mehr wesentlich ist; es genügt, wie vom Bundeskartellamt gefordert, eine bloß 'spürbare' Überschreitung^{40a}. Nr. 3 betrifft die im Verbraucherbereich bislang wenig aufgegriffenen Preisdiskriminierungen, wie sie etwa im gespaltenen Vertrieb (Waren oder Leistungen werden über unterschiedliche Vertriebswege mit im Ergebnis unterschiedlichen Preisen vertrieben) oder bei räumlichen Teilmärkten (das Benzin an Autobahntankstellen ist erheblich teurer als an Nachbartankstellen außerhalb der Autobahn) vorkommen. Allerdings liegt der Mißbrauch nur vor, wenn der Marktbeherrscher die Diskriminierung sachlich nicht rechtfertigen kann (Beispiel: Autobahntankstellen haben andere Öffnungszeiten und damit andere Gemeinkosten, allerdings auch höhere Umsätze; dies kann einen höheren Durchschnittspreis rechtfertigen). Unklar ist an dem neu formulierten Mißbrauchstatbestand noch, inwieweit Preisdiskriminierungen aufgrund unterschiedlicher Vertriebssysteme dem Marktbeherrscher als Mißbrauch zurechenbar sein können.

(cc) Die kurze Übersicht über die Praxis der Preiskontrolle von marktbeherrschenden Unternehmen zeigt bereits deutlich, daß hierin ein *wirkliches Korrektiv* des Preisverhaltens marktbeherrschender Unternehmen *nicht* gefunden werden kann. Dies wird auch in Äußerungen aus der Rechtsprechung deutlich, daß mit der Preismißbrauchskontrolle gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen keine laufende Verhaltenskontrolle intendiert sei⁴¹. Die Beweisforderungen im Rahmen der Rechtsanwendung sind so hoch angesetzt worden, daß bislang den Kartellbehörden der Nachweis eines Preismißbrauches noch nicht gelungen ist⁴². Die Kartellbehörden haben deshalb von weiteren Verfahren zur Bekämpfung von Preismißbräuchen Abstand genommen. Hinzukommt, daß selbst bei einer erlassenen Höchstpreisverfügung das Unternehmen keineswegs gezwungen ist, die Preise sofort zu senken: durch Rechtsmitteleinlegung ist es ihm möglich, die Verfügung hinauszuschieben und sich damit praktisch für einige Jahre Monopolgewinne zu sichern. Eine nachträgliche *Abschöpfung* solcher Gewinne war bislang⁴³ nach geltendem Recht nicht möglich.

Nach wie vor bleibt also die Bekämpfung von Preismißbräuchen marktbeherrschender Unternehmen ein zentrales verbraucherpolitisches Problem, das offenbar nur durch eine umfassende *Rechtsreform* gelöst werden kann. In

der Diskussion werden dabei insbesondere zwei Maßnahmen vorgeschlagen: einerseits eine Anmeldepflicht von Preiserhöhungen marktbeherrschender Unternehmen, andererseits eine Offenlegungspflicht der Unternehmen hinsichtlich ihrer Preiskalkulation⁴⁴. Beide Vorschläge haben aber bislang nur wenig Chancen einer legislatorischen Durchsetzung. Es ist also davon auszugehen, daß gegenüber marktbeherrschenden Unternehmen und ihrer Preispolitik nach wie vor eine erhebliche Schutzlücke im geltenden Recht der Bundesrepublik Deutschland besteht.

6 Probleme der Rechtsdurchsetzung

30 Die Durchsetzung der oben beschriebenen kartellrechtlichen Vorschriften erfolgt durch das Bundeskartellamt. Das Bundeskartellamt verfügt dabei insbesondere über zwei Sanktionsformen: einerseits *verwaltungsrechtliche* Sanktionen (Untersagung eines Preiskartells bzw. einer abgestimmten Verhaltensweise gemäß §37a GWB; Verbot eines bestimmten Preismissbrauches von einer Obergrenze an, §22 Abs. 5 GWB⁴⁵), und andererseits *ordnungsstrafrechtliche* Maßnahmen gemäß §38 GWB (Bußgeld gegenüber einer Preisabsprache bzw. einer rechtswidrigen Preisempfehlung und so weiter)⁴⁶. *Zivilrechtliche Sanktionen*, etwa durch Schadenersatzklagen bei überhöhten Preisen, wie sie im amerikanischen Recht in dreifacher Schadenshöhe gegeben werden⁴⁷, spielen im deutschen Kartellrecht für den Verbraucherschutz keine Rolle⁴⁸.

Verbraucher und ihre Organisationen sind im allgemeinen *weder mittelbar noch unmittelbar* an den unterschiedlichen Sanktionstypen beteiligt. Sie können zwar beim Bundeskartellamt anregen, ein bestimmtes kartellrechtswidriges Verhalten aufzugreifen, haben jedoch weder ein formelles Antrags- noch Beteiligungs- oder Anhörungsrecht. Das Bundeskartellamt hat allerdings gelegentlich gemäß §51 GWB Verbraucherorganisationen die Beteiligung gestattet⁴⁹. Verbraucherorganisationen steht auch nicht, anders als im Recht des unlauteren Wettbewerbs und der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (118, 293ff), eine Unterlassungs- oder eine Schadenersatzklage gegen kartellrechtswidriges Preisverhalten von Unternehmen zu. Nach §35 GWB fehlt es an einem Individualklagerecht der Verbraucher oder einem Verbandsklagerecht von Verbraucherorganisationen⁵⁰. Damit ist deutlich, wie schwach letztlich die Stellung des Verbrauchers gegenüber Preismissbräuchen auf dem Markt ist. Das Schutzsystem des Kartellrechtes kommt bislang dem Verbraucher nur indirekt aber nicht direkt zugute, obwohl das Kartellrecht den Verbraucherschutz bezweckt.

Eine *Verbesserung der Rechtsdurchsetzung* erhoffte sich die Bundesregierung durch zwei Maßnahmen: Eine Neufassung des §35 Abs. 2 GWB soll sicherstellen, daß der Geschädigte bei einer unanfechtbaren Höchstpreisverfügung des Bundeskartellamtes seinen Schaden vom Schädiger, das heißt dem Marktbeherrscher, liquidieren kann⁵¹. Durch eine Neufassung des §63 GWB soll sichergestellt werden, daß die Beschwerde gegen eine Höchstpreisverfügung nach §22 Abs. 5 keine aufschiebende Wirkung hat: denn bisher galt der Grundsatz, daß bei Beschwerdeeinlegung der Marktbeherrscher seine angegriffenen Preise ungeahndet weiter fordern konnte, da die Gerichte der Beschwerde aufschiebende Wirkung beimessen⁵².

Die Kartellnovelle vom 1980 hat die Neufassung des §63 abgelehnt, d.h. die Beschwerde gegen eine Höchstpreisverfügung hat in der Regel aufschiebende Würdigung. Das erweiterte Schadenersatzrecht für die Zeit zwischen Zustellung einer (Höchstpreis-) Verfügung und deren Unanfechtbarkeit in §35 Abs. 2 GWB n.F. soll auch Verbrauchern zugute kommen^{52a}; eine Verbraucherverbandsklage sieht allerdings die Novelle nicht vor. Daneben kann die Kartellbehörde den Mehrerlös abschöpfen, §37b GWB, sofern nicht der Schaden bereits ersetzt ist. Beide Verbesserungsformen der Rechtsdurchsetzung greifen natürlich nur dann, wenn das Bundeskartellamt den Preismißbrauch des Marktbeherrschers auch beweisen kann; da ihm bislang dieser Nachweis nicht gelungen ist, dürften die Reformen einstweilen auf dem Papier stehen.

III DIREKTE PREISINTERVENTION DES STAATES

1 Bedeutung des Preisgesetzes von 1948/52

31 Wie bereits oben ausgeführt, ist eine staatliche Festlegung oder auch nur Überprüfung der Preise oder Preiserhöhungen die Ausnahme und nicht die Regel im geltenden Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Auch die Tendenzen zu einem verstärkten Verbraucherschutz in den letzten Jahren haben hieran nichts geändert. Nur in den Bereichen, in denen von staatswegen das Marktprinzip als nicht möglich oder nicht hinreichend funktionsfähig angesehen wird, das heißt in den Bereichen, die das Kartellrecht als 'Ausnahmebereiche' (Landwirtschaft, Verkehr, leitungsgebundene Energie, in gewisser Weise auch Banken und Versicherungen) bezeichnet, finden wir staatliche Preisinterventionen.

Vorweg ist allerdings zu bemerken, daß in dem noch heute gültigen Preisgesetz vom 10.4.1948/7.1.1952 eine generelle Ermächtigungsgrundlage für eine staatliche Preiskontrolle geschaffen worden ist. §2 des Preisgesetzes lautet: 'Die für die Preisbildung zuständigen Stellen können Anordnungen und Verfügungen erlassen, durch die Preise, Mieten, Pachten, Gebühren und sonstige Entgelte für Güter und Leistungen jeder Art, ausgenommen Löhne, festgesetzt oder genehmigt werden oder durch die der Preisstand aufrechterhalten werden soll'.

Die sehr weitgehende Ermächtigung des Preisgesetzes ist allerdings durch eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes⁵³ in ihrem Anwendungsbereich erheblich reduziert worden. Der Ermächtigungsgrundlage des Art. 80 Grundgesetz für Rechtsverordnungen hat nämlich das Bundesverfassungsgericht die Meinung entnommen, daß eine Preiskontrolle nur für ordnungssichernde, preisstabilisierende Maßnahmen möglich sei. Preisverordnungen können demnach nur ergehen, um ershafte Störungen des gesamten Preisstandes (Preisniveaus) abzuwehren. Eine aktive, die Preis- und Marktstruktur umgestaltende Wirtschaftspolitik kann auf der Grundlage der Ermächtigung in §2 des Preisgesetzes nicht betrieben werden. Damit sind gleichzeitig Restriktionen für eine aktive Verbraucherpolitik gegenüber Preisen festgelegt.

In der heutigen Praxis spielt das Preisgesetz praktisch keine Rolle. Direkte preislenkende Maßnahmen, sei es in der Form von Preisverordnungen, sei es als

einzelne Preisverfügungen oder Höchstpreisanordnungen sind auf der Grundlage des Preisgesetzes in den letzten 20 Jahren setzen erlassen worden. Die Bundesrepublik beabsichtigt auch nicht, den Ermächtigungsrahmen des Preisgesetzes etwa zur Inflationsbekämpfung oder zur aktiven Verbraucherpolitik in der Zukunft zu nutzen. Rabattregelungen im Buchhandel für Schulbuch-Sammelbestellungen hat das Bundesverfassungsgericht unter Hinweis auf den beschränkten Ermächtigungsrahmen des Preisgesetzes für verfassungswidrig erklärt^{53a}.

Weitere Ermächtigungen zur Preisgestaltung enthalten die sogenannten Sicherstellungsgesetze der Wirtschaft im Rahmen des Notstandes. Hierauf soll in diesem Zusammenhang nicht eingegangen werden, da es sich nicht um verbraucherpolitische Maßnahmen handelt, sondern um Maßnahmen zur Notstandsbekämpfung, in denen ohnehin der Verbraucherpolitik nur ein untergeordneter Stellenwert zukommt⁵⁴.

2 Kontrolle von Preisfaktoren in AGB

- 32 Gewisse mittelbar wirkende Preiskontrollen finden wir im AGB-Gesetz. Nach §11 Nr 1 des AGB-Gesetzes (268) sind nämlich Klauseln gegenüber Nichtkaufleuten (Endverbrauchern) in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verboten, die die Erhöhung des Entgeltes für Waren oder Leistungen vorsehen, die innerhalb von vier Monaten nach Vertragsabschluß geliefert oder erbracht werden sollen. Damit soll sichergestellt werden, daß der Kunde, dem ein bestimmter Preis im Vertrag zugesichert worden ist, nicht in kurzer Frist eine Preiserhöhung zugemutet wird. Allerdings gilt diese Verbotsvorschrift nur unter zwei einschränkenden Voraussetzungen: sie erfaßt nicht Preiserhöhungen, wenn die Ware bzw. Dienstleistung erst vier Monate *nach* Vertragsabschluß geliefert oder erbracht werden soll⁵⁵. Die Vorschrift ist auch dann nicht anwendbar, wenn überhaupt kein fester Termin im Vertrag genannt worden ist und sich der Unternehmer die Bestimmung des Preises vorbehält⁵⁶. Umstritten ist schließlich, ob das Verbot von Preiserhöhungen dann greift, wenn zwischenzeitlich bestimmte Preisfaktoren wie etwa die Mehrwertsteuer erhöht worden sind; hier besteht bislang noch keine einheitliche Rechtspraxis. In zwei Urteilen der Landgerichte Köln⁵⁷ gegen den Zentralverband des Kraftfahrzeughandels und Frankfurt⁵⁸ gegen den Verband der deutschen Automobilindustrie bzw. den Verband der Importeure von Kraftfahrzeugen ist entschieden worden, daß die Klausel über die Weiterwälzung der Mehrwertsteuererhöhung am 1.1.1978 gegen §11 Nr 1 AGBG verstößt und insoweit nicht zur Verwendung in AGB empfohlen werden darf. Die Entscheidungen sind vom Verbraucherinteresse und von der gesetzlichen Zielsetzung eindeutig zu begrüßen, sie sind inzwischen^{58a} rechtskräftig. Im übrigen wird durch §8 des AGBG klargestellt, daß das AGB-Recht keine Kontrolle von Preisen oder Preisbestandteilen ermöglicht.

3 Preiskontrolle auf dem Energiemarkt

- 33 (aa) Auf dem Energiemarkt besteht eine Preiskontrolle für Strom. Nach einer bislang gültigen Preisstopverordnung von 1936 in Verbindung mit §7 des Energiegesetzes von 1935/61 bedürfen Erhöhungen von Strompreisen einer

aufsichtsbehördlichen Genehmigung⁵⁹. Dabei wird unterschieden nach verschiedenen Tarifklassen. Haushaltstarife, die im allgemeinen private Endverbraucherhaushalte betreffen, unterliegen der Genehmigungspflicht sowohl hinsichtlich der Grundtarife wie auch der Arbeitstarife. Bei landwirtschaftlichen Betrieben und gewerblichen Abnehmern werden nur die Arbeitspreise, nicht die Grundtarife kontrolliert. Sogenannte Sondertarife mit industriellen Großabnehmern unterliegen keinerlei Genehmigungspflicht.

Eine Änderung des Bundestarifordnung Elektrizität vom 30 Januar 1980 (BGBl I 122) hat einige strukturelle Veränderungen des Tarifgefüges zum Zweck des Energiesparens vorgenommen. §12a sieht eine Genehmigungsbefugnis der zuständigen Behörde bei Tarifierhöhungen vor. Die Genehmigung wird abhängig gemacht von der Kosten- und Erlöslage des Versorgungsunternehmens einerseits und den Erfordernissen einer möglichst sicheren und kostengünstigen Elektrizitätsversorgung andererseits. Für Haushaltstarife bleibt es bei unterschiedlichen Tarifklassen, wobei dem Verbraucher automatisch die Bestabrechnung zugestanden wird. §3a führt eine sog. lineare Komponente in den Tarif für Haushalts-Großabnehmer ein, der bislang von einer (zur Energieverschwendung ermunternden) degressiven Komponente gekennzeichnet war. Dadurch soll in das Tarifgefüge nicht nur das Verbraucherinteresse an billigem Strom, sondern auch am Sparen von Energie eingefügt werden.

(bb) Inwieweit neben einer behördlichen Preiskontrolle eine kartellrechtliche Mißbrauchsaufsicht nach ähnlichen Grundsätzen wie oben zu §22 GWB beschrieben möglich ist, wird ebenfalls lebhaft diskutiert⁶⁰. §104a GWB hat klargestellt, daß auch Energieversorgungsunternehmen hinsichtlich ihrer Tarifgestaltung dem allgemeinen Mißbrauchs- und Diskriminierungsverbot unterliegen. Die kartellrechtlichen Befugnisse haben jedoch nur Bedeutung gegenüber den Sonderabnehmern (sogenannten Großverbrauchern der Industrie, staatlichen Stellen und so weiter), wo eine freie Tarifgestaltung, das heißt praktisch eine einseitige Tariffestsetzung durch Stromversorgungsunternehmen möglich ist, *nicht* jedoch gegenüber *privaten Endverbrauchern*. Wegen des hier verwendeten Verbraucherbegriffs (18) sei auf Einzelheiten nicht eingegangen.

Sonstige Energieträger unterliegen grundsätzlich der Preisgestaltung durch den Markt und führen bei Mißbräuchen lediglich zur Anwendung kartellrechtlicher Vorschriften. Dies gilt sowohl für Gas- und Fernwärme als auch für Mineralölprodukte (Benzin, Heizöl)⁶¹. Für Mineralölprodukte besteht noch eine Ermächtigung zur Preisregelung im Notstandsfall⁶².

4 Verkehr

34 Verkehrsleistungen sind in §99 des GWB weitgehend vom Kartellrecht ausgenommen. Die Festsetzung der Tarife und Entgelte erfolgt hier durch behördliche Anordnungen und Genehmigungen. Maßgebend sind dabei für den Verbraucher insbesondere die Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes, die in den §§39, 45 und 51 für den Linienverkehr, für den Busverkehr und für Taxis eine behördliche Preiskontrolle vorsehen⁶³. Insbesondere setzen die Vorschriften des Personenbeförderungsgesetzes voraus, daß Tarifierhöhungen

der Aufsichtsbehörde zur Genehmigung vorgelegt werden müssen. Bei der Genehmigung werden nicht allein Verbraucherinteressen an einer möglichst preiswerten Beförderung berücksichtigt, sondern auch die Interessen der beteiligten Unternehmen an angemessener Kostendeckung. Es besteht also ein bislang nicht gelöster Zielkonflikt, der zusätzlich durch die Defizite im öffentlichen Nahverkehr verschärft wurde.

Weitere Vorschriften über die Genehmigung von Tarifen bestehen im Rahmen des Güterfernverkehrs einschließlich des Umzuges, der Luftfahrt sowie im Rahmen des Binnenschiffverkehrs⁶⁴. Die Tarife werden im Güterfernverkehr mit Rücksicht auf die Deutsche Bundesbahn gestaltet und dienen weniger dem Verbraucherschutz als dem öffentlichen Interesse an der Bestandsfähigkeit der Deutschen Bundesbahn. Auf weitere Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden.

5 Banken und Sparkassen

- 35 Banken und Sparkassen sind in der Gestaltung ihrer Entgelte für von ihnen erbrachte Leistungen grundsätzlich frei. Obwohl gemäß §102 GWB Kreditinstitute weitgehend vom Kartellverbot ausgenommen sind, unterliegen sie in ihrer 'Preis'gestaltung heute keiner aufsichtsbehördlichen Kontrolle mehr. Allerdings können *Mißbräuche* durch Kartellbehörden verfolgt werden. Im einzelnen kann man dabei folgende Fallgestaltungen unterscheiden:

Soweit Kreditinstitute Verbrauchern Darlehen gewähren, sind sie in der Gestaltung der sogenannten *Soll-Zinsen* im Rahmen des allgemeinen Kreditrechtes frei; hierauf wird unten im Zusammenhang mit dem Verbraucherkredit eingegangen (345).

Die von Banken und Sparkassen an Verbraucher als *Einleger* von Sparleistungen und ähnlichem zu entrichtenden *Haben-Zinsen* bestimmen sich in der Theorie nach Gesetzen des Wettbewerbes, in der Praxis jedoch nach den Diskontsätzen der Deutschen Bundesbank, früher verbunden mit entsprechenden Empfehlungen der Verbandsorgane von Banken und Sparkassen. Gerade die Praxis, daß die Spitzenorgane der Banken und Sparkassen den ihnen angeschlossenen Instituten jeweils bestimmte sogenannte Haben-Zinsen empfehlen, hat das Bundeskartellamt auf den Plan gerufen, daß hier ein Mißbrauch der kartellrechtlichen Freistellung vermutet⁶⁵. Mit seiner Rechtsmeinung hat sich jedoch das Bundeskartellamt nicht durchsetzen können, weil entweder nicht das nach §102 GWB erforderliche Einvernehmen mit dem zuständigen Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen zu erlangen war oder der Mißbrauch gemäß §104 GWB nicht nachgewiesen werden konnte⁶⁶. Allerdings haben die Spitzenorganisationen der Banken 'freiwillig' die Haben-Zinsempfehlungen aufgegeben; ein Wettbewerb herrscht in der Praxis freilich nicht. Abgestimmte Verhaltensweisen hinsichtlich der Beibehaltung niedriger Sparzinsen trotz Steigerung des Zinsniveaus konnten vom BKA den Großbanken in einem 1979 angestrebten Verfahren nicht nachgewiesen werden.

Die Entgelte der Banken für ihre sonstigen Dienstleistungen, etwa Kontoführung, Buchungsvorgänge, Depotverwaltung und ähnliches unterliegen in der Theorie ebenfalls der freien Vereinbarung und dem Marktprinzip⁶⁷, wurden jedoch in der Praxis zunächst durch entsprechende Empfehlungen der

Spitzenverbände weitgehend determiniert. Auch hier ist die Frage aufgetaucht, inwieweit nicht solche Empfehlungen einen Mißbrauch im Sinne von §102 GWB darstellen. Auf Vorhalt des Bundeskartellamtes haben die Banken und Sparkassen für die Entgeltgestaltung die Praxis von Verbandsempfehlungen aufgegeben, so daß der Kunde theoretisch in der Lage ist, sich die Bank auszusuchen, die die von ihm gewünschten Dienstleistungen am günstigsten durchführt. In der Praxis jedoch ist der Kunde bereits durch Einrichtung eines Kontos bei einer Bank weitgehend von dieser abhängig und wird nur in den seltensten Fällen bei Änderung des Kostenniveaus in der Lage sein, seine Bank zu wechseln. Die hier fehlende Nachfrageelastizität führt dazu, daß der Preiswettbewerb für Bankdienstleistungen tendenziell ausgeschaltet ist.

6 Versicherungen

36 Versicherungen sind in ihrer Tarifgestaltung in den verschiedenen Sparten des Versicherungswesens im Prinzip frei, unterliegen aber andererseits hinsichtlich ihrer Geschäftsbedingungen und Geschäftspläne einer Aufsicht durch das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen. Für die meisten Versicherungen sehen §§5 und 8 des Versicherungsaufsichtsgesetzes von 1931 eine Genehmigung des Geschäftsplanes durch die Aufsichtsbehörde vor. Dazu gehört auch die *Tarifstruktur*⁶⁸ einschließlich ihrer Änderungen. In der aufsichtsbehördlichen Praxis wird bei der Genehmigung des Geschäftsplanes jedoch weniger auf die Interessen der Versicherten an einem möglichst preisgünstigen Tarif, verbunden etwa mit hohen Rückvergütungen und ähnlichem, Rücksicht genommen, sondern das Prämienniveau soll so kalkuliert sein, daß die Verträge langfristig erfüllbar sind und das Versicherungsunternehmen seine Kosten erwirtschaften kann (§8 Abs. 1 Nr 2 VersAufsG). Statt des Verbraucherinteresses an preisgünstig kalkulierten Versicherungsleistungen steht das Sicherheitsbedürfnis im Vordergrund der aufsichtsbehördlichen Praxis. Verbunden mit einer Gleichbehandlungspflicht kommt damit der 'Preiswettbewerb' im Versicherungswesen weitgehend zum Erliegen oder konzentriert sich auf andere Faktoren⁶⁹.

Im Bereich der *Kraftfahrzeugversicherung* hat §8 des Pflichtversicherungsgesetzes von 1965 eine weitergehende behördliche Aufsicht eingeführt⁷⁰. Aufgrund des §8 ist eine detaillierte Tarifordnung vom 20.11.1967 erlassen worden, die die Grundsätze angibt, unter denen die Tarife für die Kraftfahrzeugversicherung genehmigt werden. Provisionen von Versicherungsvertretern, die letztlich vom Verbraucher zu zahlen sind, werden der Höhe nach auf 11% für hauptamtliche und 5% für nebenamtliche Vermittler beschränkt. Auch hier betreibt die Versicherungsaufsicht weniger Konsumentenschutz als vielmehr Bestandsschutz (vgl. §8 Abs. 2 PflichtVersG), verbunden mit der Auflage für die Versicherungsunternehmen, die auf sie aus der Haftpflicht zukommenden Risiken jederzeit abdecken zu können⁷¹. Auf weitere Einzelheiten der Versicherungsaufsicht soll hier nicht eingegangen werden.

7 Landwirtschaft

37 Im Bereich der Landwirtschaft sehen §100 des GWB sowie entsprechende Vorschriften des EG-Vertrages Freistellungen vom Kartellverbot vor. Praktisch

werden die Erzeugerpreise für landwirtschaftliche Produkte nicht durch den Marktmechanismus, sondern durch die jeweiligen Marktordnungen, sei es auf supranationaler Ebene, sei es auf nationaler Ebene determiniert. Auf Einzelheiten dieser sehr detaillierten und komplizierten Regelungen soll hier nicht eingegangen werden⁷². Das durch die Agrarmarktordnungen geschaffene System der Richtpreise soll den Erzeugern landwirtschaftlicher Produkte in der EG ein Mindesteinkommen garantieren und gleichzeitig verhindern, daß durch Überschüsse und Importe das Preisniveau gedrückt werden kann. Vom Verbraucherstandpunkt ist naturgemäß dieses Interventionssystem außerordentlich nachteilig, da das Preisniveau in der EG künstlich hochgehalten wird. In den weiteren Stufen der *Verarbeitung* landwirtschaftlicher Produkte gilt dagegen im Prinzip das Wettbewerbssystem, das allerdings wegen der Fixierung der landwirtschaftlichen Erzeugerpreise nur zum Teil funktionsfähig sein kann.

8 Freie Berufe

- 38 Einer weiteren staatlichen Preisregulierung unterliegen noch bestimmte 'höhere' Dienstleistungen wie etwa der Ärzte und Zahnärzte, der Anwälte, der Architekten, der Steuerberater und ähnlicher Berufsgruppen. Auf Einzelheiten der unterschiedlichen Gebührenordnungen soll hier nicht eingegangen werden. Ihnen ist insgesamt charakteristisch, daß sie nicht das Verbraucherinteresse an einer wettbewerblichen Struktur des Angebotes bei günstigen Preisen verfolgen, sondern eine angemessene Alimentierung der jeweiligen Berufsgruppen zu sichern versuchen. Inwieweit neben den Gebührenordnungen noch die allgemeinen kartellrechtlichen Vorschriften gelten, ist im Wirtschaftsrecht der Bundesrepublik in den letzten Jahren Gegenstand lebhaften Streites. Grundsätzlich kann gesagt werden, daß der kartellrechtliche Unternehmensbegriff freie Berufe keineswegs von der Geltung des Kartellverbotes ausschließt. Allerdings gilt das Kartellrecht nur soweit, wie nicht die jeweiligen beruflichen Gebührenordnungen eingreifen⁷³. Wenn also eine bestimmte Gebührenordnung das Entgelt für eine Leistung festlegt, wie etwa bei einem Anwalt, so ist für die Anwendung des Kartellverbotes kein Platz. Geben allerdings die Gebührenordnungen nur den Rahmen an, innerhalb dessen sich die Abrechnung des Entgeltes bewegt so bleibt daneben das Kartellverbot insoweit anwendbar, als eine bestimmte Berufsgruppe durch Vereinbarung durchzusetzen sucht, daß nur die jeweils obersten Sätze berechnet werden sollen.

9 Reform der sogenannten Ausnahmereiche

- 39 Die Preisaufsicht der sogenannten Ausnahmereiche (33–37) ist seit Jahrzehnten Gegenstand wirtschaftspolitischen Streites, insbesondere wegen der hierin Kauf genommenen Wettbewerbsbeschränkungen, wegen des wettbewerbsfeindlichen Alimentationsprinzipes (den betroffenen Unternehmen soll zuvörderst ein ausreichender Gewinn ermöglicht werden) und wegen der unzureichenden Kartell- bzw. Fachaufsicht. Von Verbrauchersicht ist insbesondere das *Fehlen* von *Preiswettbewerb* beklagt worden, was zur Forderung einer Abschaffung oder weitgehenden Zurückdrängung der

Ausnahmebereiche führt⁷⁴. Die Bundesregierung hat sich in ihrem Bericht über die Ausnahmebereiche von 1975⁷⁵ diesen Standpunkt nicht zu eigen gemacht. Sie schlägt lediglich geringfügige Korrekturen vor, etwa zur Belebung des (Substitutions-) Wettbewerbs im Energiebereich und zur Verbesserung der Kartellaufsicht. Die vierte Kartellnovelle⁷⁶ sieht in §103 GWB eine Definition von Mißbrauchsfällen im Bereich der Versorgungswirtschaft vor, die allerdings nicht verbraucherrelevante Tatbestände betreffen (33). Im übrigen ist eine Effektivierung der Kartellaufsicht, besonders im Banken- und Versicherungsbereich vorgesehen. Die Freistellung vom Kartell- und Empfehlungsverbot gilt nur nach Anmeldung bei der Aufsichtsbehörde und nach Ablauf einer Dreimonatsfrist; eine Mißbrauchskontrolle ist weiterhin möglich. Offen ist nach der gesetzlichen Formulierung, ob Zinsempfehlungen und Kostenempfehlungen der Bankenverbände nach neuem Recht noch möglich sind.

IV INFORMATIONSPFLICHTEN

- 40 Im Recht der Bundesrepublik Deutschland sind in den letzten Jahren die *Pflichten des Handels oder Dienstleistungsunternehmens zur Preisinformation* in mehrerer Hinsicht zugunsten des Verbrauchers verbessert worden. Sie bestehen nach heutigem Recht in zwei Richtungen: enerseits in der Pflicht zur Preisangabe bei grundsätzlich allen Geschäften, die ein Unternehmen mit Endverbrauchern über Waren oder Dienstleistungen abschließt, sowie zweitens bei bestimmten, vom Gesetz besonders genannten Waren zusätzlich die Pflicht zur Grundpreisangabe. Gesetzlicher Zweck der Preisauszeichnungspflicht ist, wie §1 Abs. 7 der geänderten Preisangabenverordnung vom 10.5.1973 ausdrücklich hervorhebt, die Durchsetzung der Grundsätze von Preisklarheit und Preiswahrheit⁷⁷. Die Pflicht zur Grundpreisangabe nach dem Eichgesetz soll darüberhinaus dem Verbraucher für bestimmte Erzeugnisse Preisvergleiche ermöglichen und dadurch seine Marktübersicht verbessern. Im einzelnen ist zu der gesetzlichen Regelung folgendes hervorzuheben.

1 Pflicht zur Preisangabe gegenüber Endverbrauchern

- 41 (aa) Die Pflicht zur Preisangabe gegenüber End- oder Letztverbrauchern ergibt sich nach heutigem Recht aus der *Preisangabenverordnung vom 10.5.1973*, die die frühere Verordnung vom 18.9.1969 abgelöst hat. In Erweiterung zum früheren Recht sind nicht nur Waren, sondern auch *Dienstleistungen* preisauszeichnungspflichtig. In die *Preisauszeichnung* sind insbesondere die Mehrwertsteuer einzu beziehen und es muß, bei aufgegliederten Preisen, in jedem Fall der Endpreis besonders hervorgehoben werden (§1 Abs. 7 Satz 3 der Preisangabenverordnung). Zu unterscheiden ist zwischen Einzelangeboten und Werbung. Bei schriftlichen Einzelangeboten müssen stets die Endpreise angegeben werden, nicht dagegen bei mündlichen Angeboten (§7 Abs. 1 Satz 4 Preisangabenverordnung). Bei der Werbung besteht keine Pflicht zur Preisangabe; wird allerdings mit Preisen geworben, so muß der Unternehmer die Endpreise angeben; sonst verstößt die Werbung gegen das Irreführungsverbot (85). Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes legt

dem Unternehmer auch dann eine Pflicht zur Preisangabe auf, wenn seine Angebote nicht bloß eine allgemeine Werbung enthalten, sondern eine konkrete Bereitschaft zum Vertragsschluß erkennen lassen^{77a}. Bedeutung hat dies für den Verbrauchercredit (348). Mit den Preisen sind, soweit es der allgemeinen Verkehrsauffassung entspricht, auch die Verkaufs- und Leistungseinheiten sowie die Gütebezeichnungen anzugeben; die Preisangabenverordnung ergänzt insoweit die allgemeinen Kennzeichnungspflichten (64ff).

Die Pflicht zur Preisauszeichnung trifft *jeden*, der Letztverbrauchern regelmäßig Waren oder Leistungen anbietet. Dabei ist in den letzten Jahren im Zusammenhang mit Selbstbedienungsgrößmärkten (sogenannten Cash-and-Carry-Märkten) die Streitfrage aufgetaucht, ob als Letztverbraucher im Sinne der Preisangabenverordnung auch *gewerbliche Verbraucher* zu verstehen sind, die Waren für *betriebsfremden Eigenbedarf* erwerben⁷⁸; dann hätte insbesondere die Umsatzsteuer nicht getrennt ausgewiesen werden dürfen, wie dies in der Praxis des SB-Großhandels geschieht. Der Bundesgerichtshof hat in einer grundlegenden Entscheidung weniger auf den Verbraucherbegriff als auf den wirtschaftspolitischen Zweck der Preisangabenverordnung abgestellt; danach ist eine Preisauszeichnung nicht erforderlich, wenn der SB-Großmarkt durch geeignete Kontrollen sicherstellt, daß nur gewerbliche Verbraucher Eingang finden; diesen ist in begrenztem Umfang auch Einkauf für Eigenbedarf gestattet⁷⁹. Aus dem oben vertretenen Verbraucherbegriff (18) ergibt sich eine ähnliche Auffassung, weil die Käufer in einem SB-Großmarkt die durch die Preisangabenverordnung verlangte Information nicht benötigen und hier ein Verbraucherinteresse nicht angesprochen ist.

Die Auszeichnungspflicht besteht auch für besonders billige oder teure Waren; allerdings sind bestimmte Waren und Dienstleistungen in §7 von der Preisangabenverordnung ausgenommen worden, etwa Kunstgegenstände, Vorführwagen und Waren, für die der Unternehmer nur als Vermittler auftritt.

Der Endpreis umfaßt nach ausdrücklicher gesetzlicher Klarstellung die Umsatzsteuer und sonstige Preisbestandteile, jedoch unabhängig von einer Rabattgewährung. Die Preisangaben müssen der allgemeinen Verkehrsauffassung und den Grundsätzen von Preisklarheit und Preiswahrheit entsprechen, sie müssen den Angeboten der Werbung eindeutig zugeordnet und deutlich lesbar oder sonst gut wahrnehmbar sein (§1 Abs. 7 Preisangabenverordnung). Eine Preisaufgliederung ist im Gegensatz zum früheren Recht nicht mehr verboten, der Endpreis muß jedoch hervorgehoben werden. Durch die zugelassene Aufgliederung des Endpreises soll vor allem bei Handwerkerleistungen die Preistransparenz verbessert werden.

Im Interesse der Preisklarheit und Preiswahrheit verbietet §1 Abs. 5 sogenannte Tagespreisklauseln, das heißt Klauseln, die innerhalb einer Frist von vier Monaten dem Unternehmer eine Preiserhöhung gestatten. Änderungsvorbehalte für die Preise von Waren oder Leistungen sind erst dann zulässig, wenn die Liefer- bzw. Leistungsfristen mehr als vier Monate betragen.

(bb) Die *Form* der Preisauszeichnung ist in §2 für den Handel, in §3 für Dienstleistungen, in §4 für Gaststättenbetriebe und in §5 für Tankstellen eingehend geregelt. Bei Waren, die in Schaufenstern und so weiter sichtbar ausgestellt sind, muß die Auszeichnung durch Preisschilder oder Beschriftung

der Ware geschehen. Waren, die in anderer Weise im Verkaufsraum bereitgehalten werden, müssen auch dadurch ausgezeichnet werden, daß die Behältnisse oder Regale, in denen sich die Waren befinden, beschriftet oder Preisverzeichnisse oder Preislisten zur Einsichtnahme ausgelegt werden. Beim Verkauf von Waren nach Katalog oder Warenlisten, insbesondere im Versandhandel, müssen die Preise neben den Warenabbildungen oder Beschreibungen angegeben werden. Beim Angebot von Leistungen sind die Preise für wesentliche Leistungen in die Preisverzeichnisse aufzunehmen, die im Geschäftslokal anzubringen sind. Bedenklich ist allerdings die Ausnahme des § 3 Abs. 2, wonach eine Bereithaltung des Preisverzeichnisses zur Einsichtnahme am Ort des Leistungsangebotes genügt, wenn entsprechend der allgemeinen Verkehrsauffassung die Preise und Verrechnungssätze für sämtliche angebotenen Leistungen in Preisverzeichnisse aufgenommen werden und das Anbringen des Preisverzeichnisses wegen ihres Umfangs nicht zumutbar ist. Dies gilt besonders im Reparaturhandwerk und führt praktisch dazu, daß der Verbraucher von den Preisen jedenfalls für wesentliche Dienstleistungen keine Ahnung hat. Hier wäre eine Reform dahingehend erforderlich, daß wenigstens die wichtigsten Leistungen entsprechend von § 3 Abs. 1 im Preisverzeichnis aufzunehmen und auszuhängen sind.

Bei Gaststättenbetrieben und Tankstellen hat der Gesetzgeber eine besonders detaillierte Regelung getroffen, die insbesondere den Zweck hat, dem Verbraucher bereits dann eine Information über Preise zu vermitteln, wenn er sich darüber entscheiden will, ob er die Dienste der Gaststätte bzw. Tankstelle überhaupt in Anspruch nimmt. So müssen Preisverzeichnisse von Gaststätten vor dem Lokal aushängen. Preisangaben bei Tankstellen müssen für den Autofahrer auch beim Vorbeifahren erkennbar sein. Durch diese Regelung wird sichergestellt, daß einerseits Preiswettbewerb möglich ist, andererseits der Verbraucher leicht Preisvergleiche anstellen kann.

(cc) Die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Preisangabenverordnung ergeben sich aus allgemeinen Grundsätzen des Ordnungswidrigkeitenrechtes. Der Verstoß gegen die durch die Preisangabenverordnung auferlegten Verpflichtungen zieht eine Geldbuße nach sich; Freiheitsstrafen kommen, obwohl möglich, nicht vor. Beklagt wird gerade in diesem Gebiet eine hohe Dunkelziffer und eine große Summe von nicht geahndeten Verstößen gegen die Preisauszeichnungspflicht.

Trotzdem geht die Rechtsprechung davon aus, daß *zivilrechtliche* oder *wettbewerbsrechtliche* Sanktionen bei Verletzung der Preisauszeichnungspflicht grundsätzlich nicht in Frage kommen. Für das Verbot von *Tagespreisklauseln* in der Preisauszeichnungsverordnung hat der Bundesgerichtshof festgestellt, daß ein Verstoß hiergegen nicht zur zivilrechtlichen Nichtigkeit des Vertrages führt⁸⁰. Damit ist die Verbotsnorm weitgehend sanktionslos und läuft für den Verbraucher leer. Verwendet allerdings der Unternehmer in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen Tagespreis- und sonstige Anpassungsklauseln, die auf eine Leistungs- bzw. Lieferfrist von weniger als vier Monaten bezogen sind, so ist diese Klausel unwirksam (32); der Preiserhöhungsvorbehalt greift nicht durch; der Unternehmer kann sich also gegenüber dem Verbraucher nicht auf die Preiserhöhungsklausel berufen. Dadurch ist inzwischen eine gewisse

Kongruenz zwischen dem Recht der Preisangabenverordnung und dem Zivilrecht hergestellt.

Im *Wettbewerbsrecht* war vor allem umstritten, ob ein Verstoß gegen die Pflichten aus der Preisangabenverordnung gleichzeitig eine sittenwidrige Wettbewerbsbehandlung nach §1 UWG beinhaltet. Dies hat der Bundesgerichtshof in mehreren Urteilen abgelehnt, da die Pflicht zur Preisauszeichnung lediglich eine Ordnungsvorschrift enthalte, die 'wertneutral' sei; Verstöße dagegen seien nicht *per se* sittenwidrig, sofern nicht der Unternehmer mit der Absicht handle, sich dadurch einen Vorteil gegenüber seinen Konkurrenten zu verschaffen⁸¹. Diese Meinung ist von zahlreichen Autoren mit Hinweis auf den verbraucher-schützenden Zweck der Preisangabenverordnung und des UWG abgelehnt worden⁸².

Eine falsche Preisauszeichnung kann allerdings, und insoweit besteht Einigkeit, eine irreführende Wettbewerbsbehandlung im Sinne von §3 UWG beinhalten (85). Dies dürfte insbesondere dann der Fall sein, wenn der Unternehmer in seiner Werbung nicht den Endpreis angibt, sondern einen anderen Preis, und damit den Verbraucher über die Preisgestaltung irreführt.

2 Grundpreisangabe

- 42 (aa) Die Pflicht zur Grundpreisangabe für bestimmte Waren ist durch das Eichgesetz von 1969 erstmals in das deutsche Recht eingeführt worden. Sie ist durch die Novelle zum Eichgesetz vom 20.1.1976, in Kraft ab 1.7.1977 geändert und insbesondere an EG-Richtlinien angepaßt worden. Ziel des alten und des neuen Gesetzes war es: 'Besonders hervorzuheben ist auch, daß neue Vorschriften über die Angabe von Grundpreisen... es dem Verbraucher ermöglichen, einfache Preisvergleiche vorzunehmen und eine bessere Übersicht über das Marktangebot zu erhalten⁸³.

Die Pflicht zur Grundpreisangabe besteht neben der Preisauszeichnungspflicht, wie §1 Abs. 6 der Preisangabenverordnung ausdrücklich klarstellt. Sie ist weiterhin zu sehen im Zusammenhang mit der Standardisierung und der Füllmengenkennzeichnung von Fertigpackungen (67).

(bb) Nach §17 der Neufassung des Eichgesetzes besteht die Pflicht zur Grundpreisangabe in folgender Weise: 'Wer zur Abgabe an Letztverbraucher Fertigpackungen mit Lebensmitteln, Futtermitteln für Heimtiere und freilebende Vögel, Wasch- und Reinigungsmitteln, kosmetischen Mitteln, Putz- und Pflegemitteln, Klebstoffen, gebrauchsfertigen Lacken und Anstrichmitteln, Mineralölen und Brennstoffen in Nennfüllmengen von nicht weniger als 10 Gramm oder Milliliter und nicht mehr als 10 Kilogramm oder Liter feilhält, nach Katalogen oder Warenlisten anbietet, oder für sie unter Angabe von Preisen wirbt, hat den von ihm geforderten Preis für ein Kilogramm oder Liter oder, wenn die Nennfüllmenge 250 Gramm oder Milliliter nicht übersteigt, den Preis für 100 Gramm oder Milliliter des Erzeugnisses anzugeben (Grundpreis)'. §15 der Fertigpackungsverordnung in der Fassung vom 20.12.1976 sieht vor, daß der Grundpreis bei feilgebotenen Fertigpackungen auf der Fertigpackung oder durch Preisschild auf oder neben der Fertigpackung anzugeben ist; wenn Fertigpackungen nach Katalogen oder Warenlisten angeboten werden, muß der

Grundpreis neben den Warenabbildungen oder Warenbeschreibungen, in Anmerkungen oder in Preisverzeichnissen, die mit Katalogen oder Warenlisten in Zusammenhang stehen, zu finden sein. Weiterhin ist der Grundpreis leicht erkennbar und deutlich lesbar und in unmittelbarer Nähe des Preises des Erzeugnisses anzugeben.

Bemerkenswert an der Änderung des §17 ist zunächst, daß entsprechend der allgemeinen Tendenz des Eichgesetzes sowohl Kleinpackungen als auch Großgebilde der Grundpreisangabe unterliegen. Erweitert wurde die Pflicht zur Grundpreisangabe hinsichtlich von Klebstoffen und Futtermitteln für Heimtiere und Vögel. Putz- und Pflegemittel sind jetzt allgemein einbezogen. Umstritten war in den Gesetzberatungen, ob Obst- und Gemüsekonserven auch mit dem Grundpreis gekennzeichnet werden sollen. Dies hat der Gesetzgeber abgelehnt, weil er glaubte, dadurch trete eine übermäßige Belastung kleiner Einzelhandelsbetriebe ein⁸⁴.

(cc) §17b EichG enthält allerdings wesentliche *Ausnahmen* von der Pflicht zur Grundpreiskennzeichnung, die praktisch dazu führen, daß das gesetzliche Gebot weitgehend unangewendet bleibt⁸⁵. Die Pflicht zur Grundpreisangabe gilt beispielsweise nicht für Fertigpackungen mit kosmetischen Mitteln, die ausschließlich der Färbung oder Verschönerung der Haut, des Haares oder der Nägel dienen. Sie gilt weiter nicht für Fertigpackungen, die nur in bestimmten Nennfüllmengen oder nur unter Verwendung bestimmter Behältnisse bestimmten Volumens in den Verkehr gebracht werden dürfen. Soweit also Fertigpackungen standardisiert sind, muß keine Grundpreisangabe erfolgen⁸⁶. Dies ist deshalb problematisch, weil die Standardisierung keineswegs einheitlich verläuft und dem Verbraucher eine Umrechnung des Preises auf eine bestimmte Einheit nicht ohne weiteres zugemutet werden kann. Nach §17b Abs. 4 kann die Angabe eines neuen Grundpreises auch dann entfallen, wenn der geforderte Preis um einen einheitlichen Betrag herabgesetzt wird und es sich um Fertigpackungen unterschiedlicher Nennfüllmenge mit gleichem Grundpreis handelt; das Gleiche gilt bei Fertigpackungen mit leicht verderblichen Lebensmitteln, wenn der geforderte Preis wegen einer drohenden Gefahr des Verderbs herabgesetzt wird.

ANMERKUNGEN

1. Rinck, *Wirtschaftsrecht*, 5. A. [1977], S. 73ff; Steindorff, *Einführung in das Wirtschaftsrecht* [1977], S. 128ff; Schmidt-Preuß, *Verfassungsrechtliche Zentralfragen staatlicher Lohn- und Preisdirigismen* [1977], S. 105ff, sowie die jeweiligen Jahresgutachten des Sachverständigenrates zur Begutachtung der wirtschaftlichen Lage.
2. Reich, *Markt und Recht* [1977], S. 103f.
3. Zur Bestimmtheit dieser Vorschrift vgl. BVerwG NJW [1973], 530; die Frage, wieweit der Staat, insbesondere auch die Rechtsprechung auf die Inflation Rücksicht nehmen müssen, etwa bei Versorgungsleistungen, soll hier nicht näher vertieft werden, dazu Kötz/Reichert-Facilides (Hrsg.), *Inflationsbewältigung im Zivil- und Arbeitsrecht* [1976]; v. Maydell,

- Geldschuld und Geldwert* [1974]; Horn, *Geldwertveränderungen, Privatrecht und Wirtschaftsordnung* [1975].
4. Dürkes, *Wertsicherungsklauseln*, 8. A. [1972].
 5. Zweiter Verbraucherbericht der Bundesregierung, BT-Drucks. 7/4181, S. 5f; Reich, a.a.O. (Anm. 2), S. 198ff; und (13).
 6. M. Wolf, 'Vertragsrecht und Sozialwissenschaften', in: *Sozialwissenschaften im Stadium des Rechts*, I [1977], S. 19f.
 7. Reich, *Verbrauchercredit*, 2. Auflage 1979, Ziff. 71ff.
 8. Vgl. Palandt-Heinrichs, *Komm. zum BGB*, 39. A. [1980], §138 Anm. 4.
 9. BGH BB [1977], S. 769, vgl. aber jetzt BGH NJW [1979], 808.
 10. Reich, ZVP [1977], S. 277ff mit weiteren Nachweisen; auch v. Hippel, *Verbraucherschutz* 2. Aufl. [1979], S. 123.
 11. BT-Drucks. 7/765; zur Bedeutung des Preiswettbewerbs generell Reich/Tonner/Wegener, *Verbraucher und Recht* [1976], S. 29ff.
 12. Inzwischen sind auch sog. Gesamtumsatzrabattkartelle verboten, vgl. BKA-Bericht [1976], BT-Drucks. 8/704, S. 15; zum Rabatt (109).
 13. Vgl. BT-Drucks. 7/765, S. 2 sowie Reich, a.a.O. (Anm. 2), S. 272.
 14. BGH WuW/E BGH 1147.
 15. Aus rechtl. Sicht vgl. Ulmer, *Abgestimmte Verhaltensweisen im Kartellrecht* [1972]; Lübbert, *Das Verbot abgestimmten Verhaltens im deutschen und europäischen Kartellrecht* [1975]. Aus ökonomischer Sicht Fleischmann, 'Das Problem des oligopolistischen Verhaltens', in: *Sozialwissenschaften*, a.a.O. (Anm. 6), S. 193ff; Heuß, WuW [1974], S. 369ff.
 16. BHG NJW [1975], S. 1837; WuW/E BGH 1337; KG WuW/E OLG 1487.
 17. BT-Drucks. 7/765, S. 4.
 18. Zum Begriff des Verlagsserzeugnisses BGHZ 46, 74 (Schallplatten sind keine Verlagsserzeugnisse), WuW/E BGH 1463 (Vordruckalben für Briefmarken sind Verlagsserzeugnisse).
 19. OLG Düsseldorf WuW/E OLG 1849; K/G WuW/E OLG 1805; BGH WuW/E BGH 1584 — 'Anwaltsbücherdienst'.
 20. Vgl. KG WuW/E OLG 1593 [1920]; insgesamt Bundeskartellamt, in: BT-Drucks. 7/703, S. 21ff; KG WuW/E OLG 2140. Zum ganzen Reich, Preisempfehlungen, in: *Handbuch der Wettbewerbspolitik*, 1980.
 21. Vgl. Reich, ZVP [1977], S. 235ff; Schultes, ZVP [1977], S. 339ff mit den jeweils unterschiedlichen Argumentationen; zum Ganzen auch Schöppe, ZVP [1978], S. 175ff.
 22. Dazu Bericht der Bundesregierung über die Erfahrungen mit der unverbindl. Preisempfehlung, BT-Drucks. 8/703, S. 7, allerdings ohne verbraucherpolitische Würdigung dieses Tatbestandes.
 23. Reich, ZVP [1977], S. 237; auch BKA-Bericht [1977], BT-Drucks. 7/1925, S. 44.
 24. Nachweise bei Reich, ZVP [1977], S. 238.
 25. BT-Drucks. 8/703.
 26. WRP [1978], S. 188, 193; BT-Drucks. 8/2136, S. 7, 16, 27.
 27. BGH NJW [1976], S. 2261 mit Anm. Reich; NJW [1977], S. 675 mit Anm. Reich.
 28. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 11), S. 41.
 29. BGH NJW [1976], S. 2259.

30. BGH NJW [1977], S. 675.
31. BGH NJW [1977], S. 675; anders KG NJW [1976], S. 859.
32. BGH NJW [1976], S. 2261 mit Kritik Reich; vgl. auch Hintze, WuW [1977], S. 18ff; Ulmer, BB [1977], S. 357ff.
33. BGH NJW [1977], S. 675.
34. Daraus resultieren zahlreiche Streitfragen in der wirtschafts- und rechtswissenschaftlichen Literatur, vgl. Reich, NJW [1974], S. 1353ff; Möschel, *Der Oligopolmißbrauch im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen* [1974]; ders. JZ [1975], S. 393ff; Hoppmann, *Preis-kontrolle und Als-ob-Konzept* [1974]; Monopolkommission, *Sondergutachten I* [1975]; Kommission für wirtschaftlichen und sozialen Wandel, *Wirtschaftlicher und Sozialer Wandel in der BRD* [1977], S. 390f; aus verfassungsrechtlicher Sicht: Ipsen, *Kartellrechtliche Preis-kontrolle als Verfassungsproblem* [1976]; Scholz, ZHR 141 [1977], S. 52ff; Schmidt-Preuß (Anm. 1), S. 234ff.
35. Reich, ZVP [1977], S. 233ff.
36. Monopolkommission, a.a.O. (Anm. 34), Ziff. 38, 48.
37. BGH NJW [1977], 675; KG WuW/E OLG 2053.
38. Ulmer, BB [1977], S. 357ff; Reich, ZVP [1977], S. 233f; KG WuW/E OLG 2053 — 'Valium III; — inzwischen vom BGH aufgehoben, BB [1980], S. 543.
39. BGH NJW [1977], 675; anders KG NJW [1976], S. 859; das Bundeskartellamt will eine 'spürbare' Überschreitung ausreichen lassen, BKA-Bericht [1976], BT-Drucks. 7/704, S. 26.
40. BGH NJW [1976], 2262.
- 40a. BT-Drucks. 8/3690, S. 25.
41. KG BB [1975]; 1270; anders Reich NJW [1974], S. 1357.
42. Vgl. BKA-Berichts [1977], BT-Drucks. 8/1925, S. 23; dennoch lehnte die Bundesregierung in ihrer Vorlage zur vierten Kartellnovelle eine Konkretisierung des Mißbrauchsbegriffes ab, in BKA-Bericht [1977], S. IV.
43. WRP [1978], S. 191f; BT-Drucks. 8/2136, S. 6, 15, 26.
44. Reich, ZVP [1977], S. 344f; Kommission für wirtschaftlichen Wandel a.a.O. (Anm. 34), S. 395f.
45. BGH NJW [1976], S. 2259; NJW [1977], S. 675.
46. Zur Praxis vgl. BKA-Bericht [1977], BT-Drucks. 8/1925, S. 45.
47. Riesenfeld, *RabelsZ* 40 [1976], S. 579ff.
48. Steindorff, ZHR 139 [1974], S. 504ff; K. Schmidt, *Kartellverfahrensrecht* [1977], S. 271ff; ders., *Aufgaben und Leistungsgrenzen der Gesetzgebung im Kartelldeliktsrecht*, 1978, S. 46ff Hierzu Reich, ZHR 143 [1979] S. 104ff; Tilmann, ZHR 141 [1977], S. 32ff; jeweils auch zu Verbesserungsmöglichkeiten.
49. Vgl. K. Schmidt, a.a.O. (Anm. 48), S. 490f.
50. Vgl. OLG Frankfurt WuW/E OLG 1615 zum Klagerecht des Abnehmers bei Verstößen gegen §1; BGH NJW [1974], 901 lehnt es ab, §22 GWB als Schutzgesetz i.S. von §35 GWB anzusehen; zum Ganzen K. Schmidt a.a.O. (Anm. 48), S. 414ff; weitgehend Wolf, *Das Klagerecht der Verbände* [1971]; vgl. jetzt den Änderungsvorschlag des Bundesrates zu

- §35 Abs. 3 GWB, der eine Unterlassungsklage von Verbraucherverbänden vorsieht, BT-Drucks. 8/2136, S. 35.
51. WRP [1978], 191; BT-Drucks. 8/2136.
 52. KG WuW E/OLG 1467.
 - 52a. BT-Drucks. 8/3690, S. 28.
 53. BVerfGE 8, 274, 311, 324; dazu Rinck (Anm. 1), S. 90ff; Schmidt-Preuß (Anm. 1), S. 131ff; Reich (Anm. 1), S. 92ff.
 - 53a. BVerfG NJW [1980], S. 929.
 54. Dazu Rinck (Anm. 1), S. 77ff.
 55. Dazu Koch/Stübing, *Komm. zum AGBG* [1977], §11 Nr 1 Anm. 13ff.
 56. a.a.O. (Anm. 22).
 57. 76 O 63/78 v. 15.3.1978; OLG Düsseldorf, NJW [1979], S. 1509.
 58. 2/6 O 38/78 v. 8.2.1978; bestätigt OLGfFm, WRP [1979], 207.
 - 58a. BGH BB [1980], S. 906.
 59. Dazu Rinck a.a.O. (Anm. 1), S. 141; Steindorff, a.a.O. (Anm. 1), S. 143ff; Büdenbender, JUS [1978], S. 150ff; Hensen in: *HdVR*, Gruppe 230, S. 11f.
 60. Dazu Emmerich und Baur, in: *Ordnungspolitische Überlegungen zur leitungsgebundenen Energieversorgung* [1977], 45ff, 75ff; Monopolkommission: Hauptgutachten 1973–75, *Mehr Wettbewerb ist möglich* [1976], S. 407ff.
 61. Vgl. KG WuW E/OLG 1467 (BP).
 62. Rinck, a.a.O. (Anm. 1), S. 142f.
 63. Dazu Gleiss/Hotz, in: *Gemeinschaftskommentar zum GWB*, Ziff. [1974], §99 Anm. 12; Rinck, a.a.O. (Anm. 1), S. 135f; zur verfassungsrechtlichen Zulässigkeit BVerfG NJW [1976], S. 2140.
 64. Dazu Rinck, a.a.O. (Anm. 1), S. 136 und Gleiss/Hotz, a.a.O. (Anm. 63), Anm. 11, 13.
 65. BKA-Bericht [1973], BT-Drucks. 7/2250, S. 106.
 66. Zum Verhältnis der Kartellaufsicht zur Kreditaufsicht vgl. insbes. Möschel, *Das Wirtschaftsrecht der Banken* [1973], S. 363ff; Rinck, a.a.O. (Anm. 1), S. 164; Gleiss/Hotz, a.a.O. (Anm. 63), §102 Anm. 19, 21ff. Dazu jetzt die Neufassung des §102 GWB, vgl. BT-Drucks. 8/3690, S. 31.
 67. Dazu Gudian, in: *HdVR*, Gruppe 80, S. 23ff.
 68. Pröbß-Schmidt-Sasse, *Kommentar zum VAG*, 8. A. [1978], S. 177ff, 181ff.
 69. Vgl. die treffende Kritik bei Gärtner, *Privatversicherungsrecht* [1976], S. 222ff, 292ff.
 70. Pröbß-Schmidt-Sasse, a.a.O. (Anm. 68), S. 253ff.
 71. Vgl. die Kritik bei Gärtner, a.a.O. (Anm. 69), S. 239f, sowie den Hinweis bei Pröbß-Schmidt-Sasse a.a.O. (Anm. 68) S. 253 über die Unmöglichkeit des Preiswettbewerbes, was auch die Freistellung der Versicherungswirtschaft vom Kartellverbot in §102 GWB rechtfertigen soll; vgl. die Kontroverse um die Prämien senkung der Allianz-Vers., FAZ v. 20.11.1978.
 72. Vgl. dazu etwa Rinck, a.a.O. (Anm. 1), S. 139ff.

73. BGH WuW/E BGH 1474; KG WuW/E OLG 1687; zum Ganzen Rinck, a.a.O. (Anm. 1), S. 243.
74. Vgl. AGV, *Stellungnahme zum Entwurf einer vierten Kartellnovelle* [1978], S. 20f; Kommission, a.a.O. (Anm. 34), S. 397ff; auch Monopolkommission, a.a.O. (Anm. 34), S. 434ff, zum Bereich der Stromversorgung, wo insbes. der Substitutionswettbewerb verbessert werden soll; Gärtner, a.a.O. (Anm. 69), S. 307ff für die Versicherungswirtschaft; Möschel, a.a.O. (Anm. 66), S. 337ff für die Banken.
75. BT-Drucks. 7/3206.
76. BT-Drucks. 8/3690, S. 31ff.
77. Vgl. dazu Baumbach-Hefermehl, Wettbewerbsrecht I, 12. A. [1978], §3 RZ 316.
- 77a. BGH, BB [1980] S. 494.
78. Dazu Schrickler-Lehmann, *Der Selbstbedienungsgroßhandel* [1976].
79. BGH NJW [1978], S. 267; dazu Lehmann, WRP [1978], S. 345ff.
80. BGH NJW [1974], 804; vgl. auch BGH NJW [1979], 540 (541).
81. BGH NJW [1973], 1371; [1974], 140; BGH, BB [1980], S. 494.
82. Reich/Wegener, JUS [1974], 561; Schrickler/Lehmann, in: *HdVR*, Gruppe 180, Ziff. 104ff; vgl. auch BGH NJW [1979], 808.
83. BT-Drucks. 7/4282, S. 2.
84. BT-Drucks. 7/4282, S. 2.
85. Dazu BT-Drucks. 7/4016, S. 13.
86. Dazu Ziff. 67; und Strecker/Höfeld, in: *HdVR* Gruppe 240, S. 18.

Das Recht der Verbraucherinformation

I ALLGEMEINES

43 Staatliche Maßnahmen zur Verbesserung der Verbraucherinformation gehören zum heute selbstverständlichen Instrumentarium der Verbraucherpolitik (14). Umstritten ist dabei nicht der Grundsatz, wohl aber seine Ausgestaltung und sein Nutzen für den Verbraucher. Handel und Industrie verlangen Gestaltungsfreiheit für die von ihnen zu erbringenden Verbraucherinformationen; diese sind damit Bestandteil einer der Unternehmensautonomie folgenden Werbefreiheit (78). Sie sind bereit, an freiwilligen Informationssystemen mitzuarbeiten (75ff), stehen gesetzlichen Informationspflichten weitreichender Art dagegen kritisch gegenüber. Für die Verbraucherpolitik kommt es umgekehrt darauf an, dem Verbraucher *neben* oder entgegengesetzt zur einseitig im Unternehmensinteresse stattfindenden Werbung eine objektive und sachliche *Gegeninformation*¹ zu geben. Dabei ist allerdings umstritten, ob die zur Verfügung gestellte bzw. rechtlich geforderte Information auch wirklich dem Verbraucher nutzt. Als Kriterium hierfür hat die amerikanische Federal Trade Commission die Grundsätze des 'useful', 'usable' und 'used' aufgestellt². Die Verbraucherforschung hat dabei feststellen müssen, daß Informationen möglicherweise nützlich sind, nicht aber benutzt werden können oder gar nicht tatsächlich benutzt werden³. Das gilt umsomehr, wenn sich die Informationen an sozial schwache Verbraucher richten, etwa an alte Menschen, Ausländer, soziale Randgruppen.

Für den Juristen ist mangels empirischer Untersuchungen die Beantwortung der Frage (noch) nicht möglich, welche Informationen für den Verbraucher 'useful', 'usable' und 'used' sind. Wichtiger sind vielmehr Probleme der *Rechtsgrundlagen* der Verbraucherinformation sowie möglicher *verfassungsrechtlicher Schranken* der Statuierung von Informationspflichten. Zahlreiche Kennzeichnungspflichten beruhen auf Gesetz, insbesondere die spezifischen Produktkennzeichnungs- bzw. Prospektpflichten bei Dienstleistungen (unten II); daneben besteht eine allgemeine Mengenkennzeichnungspflicht (unten III). Die Informationstätigkeit der Verbraucherorganisationen (Preisvergleiche, Warentests, Kritik, usw.) beruht nicht auf Gesetz, sondern auf originären Handlungsfreiheiten, die aber bestimmte allgemeine zivilrechtliche Schranken nicht überschreiten dürfen (unten IV). Informationssysteme der Anbieterseite gehen auf deren autonomen, vom Verbraucher nicht direkt mit beeinflussen

Entschluß zurück; Schranken bestehen hier vor allem im Wettbewerbsrecht (unten V).

Verfassungsrechtlich hat das Bundesverfassungsgericht in einem Beschluß vom 25.10.1977⁴ die detaillierten Kennzeichnungspflichten für Halbfettmargarine (48) (Formzwang, Symbolzwang, Warnzwang, Indikatorzwang) mit dem Grundrecht der Berufsausübungsfreiheit⁵ und dem Gleichheitssatz für vereinbar gehalten. Damit hat das Bundesverfassungsgericht im Interesse des *Verbraucherschutzes* weitgehende gesetzliche Intervention durch Kennzeichnungspflichten zugelassen.

Die Informationstätigkeit von Verbraucherorganisationen beinhaltet verfassungsrechtlich die Inanspruchnahme der *Meinungs- und Äußerungsfreiheit* nach Art. 5 GG⁶. Ihre Schranken ergeben sich aus allgemeinen Gesetzen, etwa zivilrechtlichen Haftungs- und strafrechtlichen Beleidigungsvorschriften, die aber bei *sachlicher* und objektiver Information und Kritik in der Regel nicht eingreifen.

II KENNZEICHNUNG VON PRODUKTEN UND DIENSTLEISTUNGEN

44 Das Kennzeichnungsrecht ist in den letzten zehn Jahren in der Bundesrepublik Deutschland, wie in anderen Ländern der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft in rasantem Aufbau begriffen⁷. Richtlinienvorschläge der EG zur Vereinheitlichung bestimmter Kennzeichnungsvorschriften haben ebenfalls auf die nationale Gesetzgebung eingewirkt⁸.

Zu beachten bleibt, daß die Waren- und Dienstleistungskennzeichnung als Verpflichtung des Anbieters, dem Kunden objektive und nachprüfbare Informationen über das Produkt zu liefern, ganz unterschiedliche verbraucherrelevante Fragenkreise betrifft. Dies wird noch im einzelnen darzustellen sein. Je nach Produktart kann die Kennzeichnung folgende Bereiche betreffen:

- Produktzusammensetzung
- Produktschädlichkeit bzw. -gefährlichkeit
- Nebenwirkungen
- Zusatz- und Fremdstoffe im Produkt
- Haltbarkeit, eventuell Herstellungsdatum des Produktes
- Anwendung des Produktes
- Produktqualität, etwa im Rahmen bestimmter standardisierter Klassen oder eines objektivierten Merkmals für den Gebrauchsnutzen
- Nährwerte bei Lebensmitteln.

Bei Dienstleistungen wird die 'Kennzeichnungspflicht' durch Prospekthinweise über die Zusammensetzung der Dienstleistungen, über die auf den Kunden zukommenden Verpflichtungen und so weiter ersetzt.

Bereits diese Auflistung der unterschiedlichen Kennzeichnungskriterien zeigt, daß es praktisch nicht möglich ist, eine allgemeine Kennzeichnungsvorschrift zu schaffen. Der deutsche Gesetzgeber hat sich deshalb auch dafür entschieden, eine *produktspezifische Kennzeichnung* bzw. bei bestimmten Dienstleistungen eine Prospektpflicht in den unterschiedlichsten Rechtsmaterien einzuführen.

Dabei steht naturgemäß das Lebensmittelrecht im Vordergrund⁹. In anderen Produktbereichen ist die Warenkennzeichnung bislang noch wenig ausgebildet. Was schließlich die Kennzeichnung von Dienstleistungen anbetrifft, so ist die Entwicklung erst im Anfang begriffen.

Neben der gesetzlichen Kennzeichnung kann auch eine *freiwillige Kennzeichnung* erfolgen¹⁰, sei es auf Initiative des Unternehmers, sei es durch entsprechend kartellrechtlich freigestellte branchenspezifische Vereinbarungen. Ein Beispiel hierfür ist die Kennzeichnung des Teer- und Nikotingehaltes bei Zigaretten, die trotz bestehender Ermächtigung nicht durch Rechtsverordnung, sondern durch entsprechende Vereinbarungen der beteiligten Zigarettenhersteller, wenn auch mit Unterstützung durch das Bundeskartellamt zustandegekommen ist¹¹.

Die Darstellung im folgenden erläutert zunächst das Kennzeichnungsrecht für Lebensmittel und sonstige dem Lebensmittelrecht unterliegende Gegenstände. Dann wird auf die Kennzeichnung von anderen Waren eingegangen. Schließlich ist auf die Prospektpflicht von Dienstleistungen, soweit sie bereits gesetzlich verwirklicht oder noch in Verwirklichung begriffen ist, hinzuweisen.

1 Kennzeichnungspflichten im Lebensmittelrecht

- 45 (aa) Die Gesamtreform des *Lebensmittelrechts* durch Gesetz vom 15.8.1974 (LMBG) hat eine umfassende Ermächtigungsgrundlage auch für Kennzeichnungsvorschriften geschaffen¹². Das LMBG enthält dabei nur in Ausnahmefällen selbst Kennzeichnungsvorschriften, beispielsweise in §16 über die Kenntlichmachung von Zusatzstoffen in Lebensmitteln, in §17 Abs. 1 Nr 2 über die Kenntlichmachung von atypischen Lebensmitteln und in §28 hinsichtlich der Kennzeichnung von kosmetischen Mitteln. Dies sind lediglich Mindeststandards, die jedoch durch umfassende Ermächtigungen zu Rechtsverordnungen ergänzt werden.

§19 Nr 1 enthält dabei für Lebensmittel eine generelle Ermächtigung für Rechtsverordnungen, daß auf Packungen, Behältnissen oder sonstigen Umhüllungen, in denen Lebensmittel in den Verkehr gebracht werden, oder auf den Lebensmitteln selbst bestimmte Angaben über den Inhalt, den Hersteller oder denjenigen, der die Lebensmittel sonst in den Verkehr bringt, anzubringen sind. Dabei wird in Nr 2 erweitert auf bestimmte weitergehende Kennzeichnungen, etwa hinsichtlich der Herstellung und Haltbarkeit, der Herkunft eines Lebensmittels bzw. des Inhaltes von Vorratsgefäßen. Für *Tabakwaren* sieht §21 Abs. 1 Nr 1d eine Ermächtigung vor, Rauchinhaltsstoffe zu kennzeichnen. §29 enthält für *Kosmetika* die Ermächtigung zum Erlaß von Rechtsverordnungen, wonach auf den Packungen oder Behältnissen, in denen Kosmetika in den Verkehr gebracht werden, oder auf Beilagen hierzu bestimmte Angaben über den Inhalt, Zeitangaben, insbesondere über den Zeitpunkt der Herstellung oder Abpackung oder über die Haltbarkeit sowie Gebrauchsanweisungen anzubringen sind. §32 Abs. 1 Nr 9 schließlich sieht bei *Bedarfsgegenständen* eine Ermächtigung zur Kenntlichmachung dahingehend vor, daß der Gehalt an bestimmten Stoffen in bestimmten Bedarfsgegenständen, bei bestimmten Bedarfsgegenständen eine Beschränkung des Verwendungszweckes und bei bestimmten Gegenständen ihre mangelnde Eignung zur Verwendung als

Bedarfsgegenstand im Zusammenhang mit Lebensmitteln kenntlich zu machen ist. Weiterhin enthält das Lebensmittelrecht für Lebensmittel, Tabakwaren und Bedarfsgegenstände eine Ermächtigung zum Erlaß von *Warnhinweisen* (§21 Abs. 1 Nr 1 f, §32 Abs. 1 Nr 8).

Diese Ermächtigungen sind teilweise ausgeschöpft, teilweise jedoch nicht. Auf einige wichtige neuere Kennzeichnungsverordnungen zum Lebensmittelrecht und verwandten Rechtsgebieten wird im folgenden eingegangen.

- 46 (bb) Grundvorschrift für die äußere Kennzeichnung von Lebensmitteln ist die *Lebensmittelkennzeichnungsverordnung* vom 25.1.1972 mit den entsprechenden Änderungen¹³. Soweit sie eine Mengenkennzeichnung vorsieht, wird hierauf noch eingegangen. Neben der Mengenkennzeichnung für die in §1 einzeln genannten Lebensmittel, die hier nicht näher aufgezählt werden sollen, sieht §2 insbesondere folgende Angaben vor, die an einer in die *Augen fallenden Stelle* in *deutscher Sprache* und in *deutlich sichtbarer, leicht lesbarer Schrift* angegeben sein müssen: Name und Firma des Herstellers, Angabe des Inhaltes nach handelsüblicher Bezeichnung und ähnliches. Bei bestimmten Lebensmitteln müssen zusätzliche Angaben gemacht werden, etwa bei Fleisch und Wurst die Tierart, sowie bei Fleischwaren das Herstellungsdatum, alternativ das Mindesthaltbarkeitsdatum. Diese Kennzeichnung muß für den Verbraucher erkennen lassen, worauf sich die Zeitangabe bezieht. Wird die Haltbarkeitsdauer angegeben, so muß, wenn sie von bestimmten Temperaturen abhängt, auch ein entsprechender Hinweis zugefügt werden. Die Hinweise müssen allerdings nicht in die Augen fallen. §3 erweitert bei Fleischwaren die Kennzeichnungspflicht noch durch die Hinweispflicht, daß das Produkt auch bei Kühlung nur begrenzt haltbar sei.

Hinsichtlich der Haltbarkeitsangaben bestehen bei besonderen Lebensmitteln noch Sondervorschriften, auf die noch eingegangen wird. Die Kennzeichnungsvorschrift wird sanktionsmäßig dadurch abgesichert, daß ohne vorgeschriebene Kennzeichnung die von der Kennzeichnungsverordnung betroffenen Lebensmittel nicht in Packungen oder Behältnissen feilgeboten, verkauft oder sonst in den Verkehr gebracht werden dürfen (§1 Abs. 2). Ein Verstoß gegen die Kennzeichnungspflicht bzw. gegen das Verbringungsverbot löst eine Ordnungswidrigkeit aus (§3b).

- 47 (cc) *Milchprodukte* unterliegen einer *strengen Kennzeichnungspflicht*, die auf das Milchgesetz von 1952 zurückgeht¹⁴. Sie wird ergänzt durch die *Butterverordnung* vom 10.8.1970¹⁵. In §9 wird die Kennzeichnungspflicht erweitert auf Angabe von Handelsklassen, Gewicht, Zusätzen sowie neuerdings auf Herstell- und Abpackdatum sowie Angabe der Mindesthaltbarkeit. Die Daten müssen unverschlüsselt, das heißt für den Verbraucher leicht erkennbar sein; sie können allerdings auf dem Boden der Verpackung stehen.

Die *Käseverordnung* vom 19.2.1976¹⁶ enthält für Käse und Käseprodukte ebenfalls weitgehende Kennzeichnungsvorschriften. §8 der Käseverordnung enthält den Grundsatz, daß Käse ohne ordnungsgemäße Kennzeichnung nicht in den Verkehr gebracht werden darf. Die Kennzeichnung muß in deutscher Sprache deutlich sichtbar in haltbarer Weise und in leicht lesbarer Schrift angebracht werden. §9 legt für Käseprodukte fest, daß der Fettgehalt, die

Herstellung und die Mindesthaltbarkeit angegeben wird. Für Erzeugnisse aus Käse müssen je nach Produktart die Trockenmasse, der Fettgehalt, Kontrollnummer angegeben werden, nicht jedoch Mindesthaltbarkeit und so weiter. §24 sieht schließlich die Kenntlichmachung von Fremdstoffen vor. Einzelheiten sollen hier nicht referiert werden.

Eine Sonderkennzeichnung besteht schließlich gemäß der Konsummilchverordnung vom 19.6.1974 hinsichtlich des Fettgehaltes¹⁷. Herstellungs- und Haltbarkeitsdaten sind ebenfalls zu kennzeichnen.

48 (dd) *Margarineprodukte* unterliegen seit langem einer besonders strengen Kennzeichnungspflicht, die allerdings weniger dem Verbraucherschutz als vielmehr der Konkurrenzabwehr gegenüber Milchprodukten (Butter und so weiter) dient. Das Margarinegesetz vom 1.7.1975¹⁸ hat diese Entwicklung auch auf Halbfettmargarine erweitert. Im einzelnen sieht §2 des Gesetzes eine besondere Verpackungsform für Margarineprodukte vor. Sie muß als 'Margarine' bzw. 'Halbfettmargarine' gekennzeichnet sein; bei Halbfettmargarine ist auch ein Warnhinweis erforderlich. Das Herstellungs- bzw. Haltbarkeitsdatum muß angegeben werden. Dadurch soll der Verbraucher vor der Verwechslung von Margarine mit Butter bewahrt werden und bestimmte prägnante Produktinformationen erhalten.

49 (ee) *Fleischprodukte* unterliegen bereits, wie oben erwähnt, nach der Lebensmittelkennzeichnungsverordnung einer Sonderkennzeichnung hinsichtlich Herstellung bzw. Mindesthaltbarkeit. Die Fleischverordnung vom 6.6.1973 in der Fassung vom 10.5.1976¹⁹ regelt in §4 noch die Kennzeichnung von Zusatzstoffen; erfolgt eine solche Kennzeichnung von besonders kenntlich gemachten Zusatzstoffen, so liegt keine Verfälschung des Fleisches vor und es besteht nicht das sonstige Verbringungsverbot. Solche Zusatzstoffe, die zugelassen sind, aber kenntlich gemacht werden müssen, sind etwa Milcheiweiß für Brühwürste und Corned Beef, Bluteiweiß, Semmeln und ähnliches für bestimmte Fleischzubereitungen. Die Kennzeichnung muß in deutlich sichtbarer Schrift auf dem Produkt, auf der Verpackung oder auf der Speisekarte erfolgen. Nach §4a besteht eine Ausnahme für Erzeugnisse mit Fleischzusatz; hier ist eine solche Kenntlichmachung nicht erforderlich.

Die Hackfleischverordnung vom 10.6.1976²⁰ regelt in §7 die Kennzeichnung hinsichtlich der Bezeichnung des Erzeugnisses, der Tierart, des Fleischgewichtes, die Herstellung, die Haltbarkeit und des Herstellers. Außerdem ist ein Hinweis auf sofortigen Verbrauch (sei es nach Erwerb eines Frischproduktes, sei es nach Auftauen eines tiefgekühlten Produktes) anzubringen.

Für Geflügel ist aufgrund der EG-Richtlinie vom 15.2.1971²¹ das Geflügelfleischhygienegesetz vom 12.7.1973 ergangen, das in §12 eine Kennzeichnung gemäß der amtlichen Untersuchung des Geflügels erfordert.

50 (ff) Für *Kakaoprodukte* und Süßwaren ist auf EG-Grundlage die Kakaoverordnung vom 30.6.1975²² ergangen. §6 sieht eine Kennzeichnung von Zusätzen vor.

51 (gg) *Fruchtsäfte* werden ab 1.6.1978 aufgrund der nach EG-Richtlinien ergangenen Fruchtsaftverordnung vom 25.11.1977²³ besser bezüglich

Herstellung und Zusammensetzung gekennzeichnet. Zusätze wie Zucker, Kohlensäure oder Zitronensäure bei Fruchtsäften, die zu 100% aus dem Saft frischer, reifer Früchte bestehen, müssen angegeben werden. Aus Konzentraten hergestellte Säfte müssen als solche kenntlich gemacht werden. Bei alkoholfreien Erfrischungsgetränken, die Fruchtsaft enthalten, muß der Mindestgehalt an Fruchtsaft angegeben werden. Fruchtnektar — eine neue Getränkebezeichnung — und Fruchtsirup sind Produkte mit Fruchtsaft bzw. Fruchtgehalt, die aber nicht mehr unter die Begriffsbestimmung für Fruchtsaft fallen. Fruchtnektar besteht zu mindestens 50% aus Fruchtsaft oder Fruchtmark und Fruchtsaft, denen Wasser und Zucker zugesetzt wurden. Der Mindestgehalt an Fruchtbestandteilen sowie die Zusätze von Fruchtmark, Honig, Zitronensaft, Wein- oder Milchsäure müssen angegeben werden.

- 52 (hh) Die *Nährwertkennzeichnungsverordnung* vom 9.12.1977²⁴ verpflichtet nicht zur allgemeinen Kennzeichnung des Nährwertes, sondern regelt lediglich Form und Art der nährwertbezogenen Kennzeichnung, wobei gemäß Vereinheitlichung der Nährwerte in der EG die Bezeichnung 'Kilojoule' eingeführt worden ist. Eine Ausnahme gilt lediglich für diätische Lebensmittel gemäß §14a der neugefaßten Diätverordnung hinsichtlich der Nährstoffveränderung und der Art und Menge von nährstoffvermindernden Bestandteilen.
- 53 (ii) *Diätische Lebensmittel* sind in der Diätverordnung vom 24.10.1975²⁵ eingehend geregelt. Die §§15ff enthalten weitgehende Kennzeichnungsvorschriften, die sich insbesondere auf Zusatzstoffe, auf Süßstoff und ähnliches beziehen. Die allgemeine Kennzeichnung muß insbesondere entweder Herstellungs- oder Mindesthaltbarkeitsdatum enthalten. Bei besonderen diätischen Lebensmitteln sind noch zusätzliche Kennzeichnungen erforderlich, die hier ebenfalls nicht einzeln referiert werden können. §25 enthält den allgemeinen Grundsatz des Kennzeichnungsrechts, daß die Kennzeichnung in deutscher Sprache an einer in die Augen fallenden Stelle und in deutlich, sichtbarer, leicht lesbarer Schrift zu erfolgen hat.
- 54 (jj) Weitere Kennzeichnungsvorschriften enthält das *Weingesetz* vom 14.7.1971²⁶, insbesondere hinsichtlich geographischer Angaben und Qualitätsklassen sowie zahlreiche andere Rechtsakte hinsichtlich der Kenntlichmachung von *Konservierungsstoffen*, *Handelsklassen* und ähnliches²⁷. Auf Einzelheiten soll hier nicht eingegangen werden.
- 55 (kk) *Lücken der Kennzeichnungspflicht*

Die keineswegs vollständige Aufzählung lebensmittelrechtlicher Kennzeichnungsvorschriften darf nicht darüber hinwegtäuschen, daß die im Lebensmittelrecht gegebenen Ermächtigungsmöglichkeiten zur Produktkennzeichnung keineswegs ausgeschöpft sind. So fehlt, ausgenommen die allgemeinen Kennzeichnungsvorschriften der Lebensmittelkennzeichnungsverordnung, eine Sonderregelung der Kennzeichnungspflicht für Brotwaren; das Brotgesetz vom 9.6.1931 ist unter Gesichtspunkten des

Verbraucherschutzes völlig unzulänglich. Bei Wurst und ähnlichen Fleischprodukten wird beispielsweise gefordert, ähnlich wie bei Käseprodukten auch den Fettgehalt zu kennzeichnen, was bislang am Widerstand der Anbieterseite scheitert; hier finden wir freiwillige Kennzeichnungssysteme (75). Überhaupt ist dem deutschen Lebensmittelrecht ein *Grundsatz der vollständigen Kenntlichmachung der Zusammensetzung eines Produktes* unbekannt²⁸. Im Bereich von Tabakwaren ist die Kennzeichnungspflicht bislang noch nicht durch Verordnung, sondern durch freiwillige, damit auch jederzeit durch die Hersteller aufhebbar Vereinbarung geregelt (76). Für Bedarfsgegenstände ist die Kennzeichnung bislang noch völlig unzureichend; der gesetzliche Ermächtigungsrahmen ist nicht ausgeschöpft.

Auch von den im Lebensmittelrecht vorgesehenen Möglichkeiten, Warnhinweise vorzuschreiben, hat der Ordnungsgeber bislang praktisch keinen Gebrauch gemacht (Ausnahme: Halbfettmargarine, bestimmte diätische Lebensmittel). Das gilt sowohl für Tabakwaren als auch für Bedarfsgegenstände, obwohl solche Warnhinweise zum effektiven Verbraucherschutz häufig erforderlich sind und in anderen Staaten bereits praktiziert werden. Aufgrund einer 'freiwilligen Vereinbarung' zwischen Zigarettenindustrie und Gesundheitsministerium werden ab 1981 Warnhinweise auf Packung und Werbematerial erscheinen.

2 Kennzeichnung sonstiger Produkte

Kennzeichnungsvorschriften für sonstige Produkte sind sehr vereinzelt; wie bereits gesagt, fehlt eine generelle Kennzeichnungspflicht für Waren. Bei den vorhandenen gesetzlichen Regelungen geht es im wesentlichen um die Kennzeichnung von Textilien, Kosmetika und von Arzneimitteln.

56 (a) *Textilkennzeichnung*

Für die *Textilkennzeichnung* ist das Gesetz vom 25.8.1972²⁹ maßgeblich. Es ist das Ergebnis einer Rechtsvereinheitlichung im europäischen Rahmen. Das Textilkennzeichnungsgesetz stellt einen Kompromiß dar zwischen den unterschiedlichen Wünschen der Verbraucher in den einzelnen EG-Staaten und den ebenfalls divergierenden Interessen der beteiligten Kreise der Industrie und des Handels. Grundzüge der jetzigen Regelung sind folgende: alle in der Bundesrepublik Deutschland in den Geschäftsverkehr gelangenden oder feilgebotenen Textilien müssen mit einer Angabe über Art und Gewichtsanteile der verwendeten textilen Rohstoffe versehen sein (*Rohstoffgehaltsangabe*). Hier dürfen nur die im Gesetz genannten Bezeichnungen verwendet werden. Zur Kennzeichnung verpflichtet sind alle Stufen der Textil- und Bekleidungsindustrie und des Handels. Der Versandhandel muß zusätzlich auch in seinen Verkaufskatalogen und Prospekten eine Kennzeichnung der darin angebotenen Textilerzeugnisse vornehmen. Besteht ein Textilerzeugnis zumindestens 85% seines Nettotextilgewichtes aus einem einzigen Rohstoff, so braucht nur dieser angegeben zu werden, also zum Beispiel 85 v.H. Baumwolle. Erreicht bei Mischerzeugnissen keiner der verwendeten textilen Rohstoffe 85% des Nettotextilgewichtes, so braucht nur der Gewichtsanteil der gewichtsmäßig vorherrschenden Faser angegeben zu werden, während die übrigen Fasern

lediglich der Art nach genannt werden. Für die Angabe des Mischungsverhältnisses ist eine Toleranz von höchstens 3% zulässig. Das herstellungstechnisch bedingte Vorhandensein von in der Rohstoffangebotsangabe nicht genannten Fasern wird bis zu 2% des Nettotextilgewichts toleriert. Bei Textilerzeugnissen, die im Streichgarnverfahren hergestellt sind, erhöht sich diese Fremdfasertoleranz auf 5%, bei Verwendung der Bezeichnung Schurwolle verringert sie sich auf 0,3%.

Die Rohstoffangebotsangabe muß ein einheitliches Schriftbild aufweisen und darf nur die vorgeschriebenen oder ausdrücklich zugelassenen Angaben enthalten. Marken- und Unternehmensbezeichnungen dürfen unmittelbar in die Rohstoffangebotsangabe mit aufgenommen werden, sie können aber auch räumlich getrennt von ihr verwendet werden.

Eine Novelle zum Textilkennzeichnungsgesetz vom 8.9.1978³⁰ soll die durch ein Urteil des Bundesgerichtshofes vom 6.6.1977³¹ verunmöglichte Meterwarenkennzeichnung wieder einführen.

57 (b) Kosmetika

Kosmetika sind durch die Verordnung über kosmetische Mittel vom 16.12.1977³² bezüglich Zusammensetzung und Kennzeichnung einheitlich auf EG-Ebene geregelt. §§4 und 5 regeln detailliert die Kennzeichnungspflichten, insbesondere hinsichtlich zugelassener Inhaltsstoffe, Warnhinweisen und Verfalldaten. Die Angaben sind auf der Verpackung oder einer Beilage zu machen. Bedenklich ist allerdings die lange Übergangsfrist in §10 Abs. 2; erst ab 1.8.1979 entfaltet sie ihre volle Wirksamkeit.

58 (c) Arzneimittel

Das *Arzneimittelgesetz* (AMG) vom 24.8.1976, in Kraft ab 1.1.1978³³, hat unter Übernahme bisheriger Regelungen in den §§10ff ebenfalls die Kennzeichnung vereinheitlicht, soweit Arzneimittel betroffen sind. §10 verlangt im einzelnen, daß für Fertigarzneimittel in deutlich lesbarer Schrift, in deutscher Sprache und auf dauerhafte Weise anzugeben sind: Name und Firma des Herstellers, Bezeichnung des Arzneimittels, Zulassungsnummer, Chargenbezeichnung, Darreichungsform, Inhalt, Art der Anwendung, Wirkstoffe, Verfalldatum, ein Hinweis auf die Verschreibungspflicht und eventuell ein Hinweis auf das Muster. *Warnhinweise* können durch Auflagen des Bundesgesundheitsamtes angeordnet werden. Die einzelnen Formen der Kennzeichnung werden in den folgenden Vorschriften noch eingehend erläutert. In §11 ist festgehalten, daß dem Arzneimittel eine Packungsbeilage beigelegt wird, die insbesondere die Anwendungsgebiete, die Contraindikationen, die Nebenwirkungen, die Wechselwirkungen, die Dosierungsanleitung, eventuell die Anwendungsdauer sowie den Hinweis auf Nichtanwendung nach Ablauf des Verfalldatums enthalten soll. §12 enthält eine Ermächtigungsvorschrift zur Erweiterung der Kennzeichnungspflicht für andere Arzneimittel und zum Erlaß von Warnanzeigen.

Problematisch ist insbesondere der Anwendungsbereich des Kennzeichnungsrechtes außerhalb eigentlicher Arzneimittel. Dies gilt etwa für

sogenannte 'Pseudoarzneimittel', für Lebensmittel, die sich arzneimittelähnliche Wirkungen zulegen, für Genußstoffe und ähnliches. Hier gilt das Arzneimittelrecht nicht³⁴, sofern nicht eine Ausweitung durch Rechtsverordnung gemäß §12 auf andere *Arzneimittel* erfolgt. Das insoweit anwendbare Lebensmittelrecht enthält jedoch (von Kosmetika und diätischen Lebensmitteln abgesehen) insoweit keine besondere Kennzeichnungspflicht, etwa im Hinblick auf die Wirkungslosigkeit oder auf die Warnung bezüglich Gegenindikationen. Es bleibt abzuwarten, wie diese Lücke im Verbraucherschutz gefüllt wird.

59 (d) Sonstige Produkte

Für sonstige Produkte, insbesondere technische Produkte, besteht *keine* gesetzliche Kennzeichnungspflicht. Das insoweit anwendbare Gesetz über technische Arbeitsmittel, das sogenannte Maschinenschutzgesetz vom 24.6.1968³⁵ enthält keine Kennzeichnungsvorschriften, sondern lediglich Mindeststandards für die Produktsicherheit und Produktverwendung.

Durch Änderungsgesetz vom 13.8.1979 wurde das Maschinenschutzgesetz in 'Gerätesicherheitsgesetz' umbenannt^{35a}. Neben sicherheitsrechtlichen Vorschriften, die vor allem die Einbeziehung des Händlers in die gesetzlichen Eingriffsbefugnisse betreffen (159), enthält die Novelle Vorschriften über ein Zeichen 'GS — Geprüfte Sicherheit'. Das Prüfzeichen wird vergeben, wenn das Gerät von einer Prüfstelle einer Bauartprüfung unterzogen wurde. Eine Rechtspflicht zur Durchführung der Prüfung oder zur Kennzeichnung mit dem Prüfzeichen besteht von Gesetzes wegen nicht. Allerdings kann bei medizinisch-technischen Geräten durch Verordnungen bestimmt werden, daß sie nur mit einem Zeichen über die Prüfung in den Verkehr gebracht werden. Die unberechtigte Anbringung des Zeichens 'GS — Geprüfte Sicherheit' stellt eine Ordnungswidrigkeit dar. Das Zeichen soll nach Meinung des Gesetzgebers vor allem der Verbraucherinformation dienen^{35b}.

3 Dienstleistungen

- 60 (aa) Das Recht der 'Kennzeichnung' von *Dienstleistungen* ist noch völlig in den Anfängen und als verbraucherpolitisches Problem praktisch nicht erkannt. Dienstleistungen werden im allgemeinen durch Verträge mittels allgemeiner Geschäftsbedingungen vertrieben. Da der Grundsatz der Vertragsfreiheit herrscht, der für allgemeine Geschäftsbedingungen nur in bestimmten Extremfällen eingeschränkt ist (258ff), ist es Sache des Anbieters, in seiner Vertragsgestaltung und Werbung für Dienstleistungen dem Kunden die Informationen zu geben bzw. nicht zu geben, die er für richtig hält. Es finden also insoweit lediglich die Vorschriften über täuschende und irreführende Werbung Anwendung. Daneben muß er dem Kunden nach dem Recht über allgemeine Geschäftsbedingungen den Inhalt seiner AGB mitteilen. Eine darüber hinausgehende 'Kennzeichnung' der Dienstleistungen wird vom Anbieter nicht gefordert. Da es sich bei Dienstleistungen um immaterielle Güter handelt, bestehen auch für die Art und Form der Kennzeichnung besondere Schwierigkeiten. Sie müßte, um den Kunden zu erreichen, entweder in dem Vertragsformular selbst oder in der Werbung bzw. in Prospekten erfolgen. Solche

Vorschriften sind bis auf geringe Ausnahmen dem Recht der Bundesrepublik Deutschland praktisch unbekannt.

61 (bb) Eine Ausnahme hat hier das *Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht* (FUSG) vom 24.8.1976³⁶ gebracht. Das Gesetz enthält in §3 detaillierte Informationspflichten des Veranstalters, die in die schriftliche Vertragsurkunde eingehen müssen. Die Vertragsurkunde muß insbesondere enthalten: Name und Anschrift des Veranstalters, Angabe von Gegenstand, Ziel, Beginn und Dauer des Fernlehrganges sowie Abschluß und Geltung des Lehrabschlusses; Angabe der Vergütung und ihrer Fälligkeit, sowie Hinweise auf das Widerrufsrecht (101). Die Urkunde soll ferner enthalten eine Gliederung des Fernlehrganges sowie Angaben über die zeitliche Lieferung des Lehrmaterials, über zusätzliche Arbeitsmittel, über Vorbildungsvoraussetzungen und ähnliches. Sind die vorgeschriebenen Angaben nicht enthalten, so kommt der Vertrag nicht zustande. Bei den lediglich fakultativen Angaben kann eventuell eine Kündigung aus wichtigem Grunde in Betracht kommen, ohne daß das Gesetz das im einzelnen regelt (260).

§16 regelt die Werbung mit Informationsmaterial, die einen vollständigen Überblick über die Vertragsbedingungen und die Anforderungen an den Teilnehmer geben muß. Die bei Produkten bestehende Kennzeichnungspflicht wird hier durch eine entsprechende *Prospektpflicht* ersetzt.

62 (cc) Auch der Entwurf eines Gesetzes über den *Reiseveranstaltungsvertrag*, der dem Bundestag³⁷ vorlag, enthielt bestimmte, auf den Vertragstyp zugeschnittene Kennzeichnungspflichten. Grundlage ist hier die Reisebestätigung, die insbesondere alle wesentlichen Angaben über die vorgesehenen Reiseleistungen enthalten muß. Sind diese Angaben bereits in einem Prospekt enthalten, so kann die Reisebestätigung darauf verweisen. Diese Vorschläge sind *nicht* Gesetz geworden (247).

63 (dd) Dem *Versicherungsrecht* ist eine allgemeine *Prospektpflicht* nicht bekannt. Nach §3 des Versicherungsvertragsgesetzes besteht lediglich die Pflicht zur *nachträglichen* Aushändigung eines Versicherungsscheines³⁸. Die Allgemeinen Versicherungsbedingungen müssen nach Aufsichtsrecht mit dem Antrage oder dem Versicherungsschein verbunden werden.

(ee) Auf Prospektpflichten für den Vertrieb von Kapitalanlagen und geschlossenen Vermögensfonds³⁹ wird hier nicht eingegangen. Informationspflichten im Recht des Verbraucherkredites werden in anderem Zusammenhang dargestellt (323).

III MASSE, GEWICHTE, VERPACKUNGEN

1 Allgemeines

64 Der vorliegende Abschnitt beschäftigt sich vor allem mit dem Recht der *Mengenkennzeichnung* und damit verwandten Regelungen. Detaillierte

Regelungen im Interesse des Verbrauchers über Mengenkennzeichnung sind notwendig geworden, als Hersteller und Handel von der klassischen Methode des Verkaufes loser Waren, der Einzelabfüllung in Gegenwart des Kunden, sei es durch Auszählung der Menge bzw. Länge, durch Abwiegen, durch Einfüllen und so weiter immer mehr abgegangen sind. Demgegenüber dominieren heute im Handel sogenannte *Fertigpackungen*. Fertigpackungen bringen für Hersteller und Handel erhebliche Rationalisierungs- und Werbevorteile: sie ermöglichen ein industrielles Abpacken, erleichtern die Dispositionen und Lagerhaltung, vereinheitlichen die Größen und Mengen und eignen sich besonders zur Herausstellung der Produkteigenschaften durch entsprechende Werbung und Gestaltung. Für den Verbraucher allerdings sind die Vorteile von Fertigpackungen weniger einleuchtend. Für ihn kann die Transparenz des Marktes erschwert und der Vergleich von Preisen häufig unmöglich werden, wenn beispielsweise unterschiedliche Füllmengen, nicht standardisierte Packungen, Produktdifferenzierung mittels Verpackungsgestaltung bis hin zu Mogelpackungen und so weiter auf dem Markt auftreten⁴⁰. Die Verwendung der Fertigpackung als Werbeträger läßt den Verbraucher (Kinder!) als potentielles Opfer werblicher Suggestionen erscheinen. Auf der anderen Seite können für den Verbraucher Fertigpackungen auch Vorteile haben, zumal bestimmte Güter wie Tiefgefrierwaren, Dosenwaren und so weiter ohnehin nur im vorgepackten Zustand in den Verkehr kommen können. Auch aus ästhetischen Gründen mag der Verbraucher an vorgepackten Waren interessiert sein, zum Beispiel bei Kosmetika und bei Süßwaren. Nachteilig mag sich weiterhin für den Verbraucher der Verteuerungseffekt von Fertigpackungen sowie die mögliche Umweltbelastung etwa durch Einwegbehälter und ähnliches ausweisen.

Der deutsche Gesetzgeber hat relativ früh die verbraucherpolitische Bedeutung von Fertigpackungen erkannt. Im neu gefaßten Eichgesetz von 1969⁴¹ findet sich zum ersten Mal die Verwirklichung des Verbraucherschutzgedankens gegenüber Fertigpackungen. Auch im Bereich der EG zeigt sich sehr bald die verbraucherpolitische und wettbewerbspolitische Relevanz der Regelung von Fertigpackungen: die Vereinheitlichung des Rechts der Mitgliedstaaten über Fertigpackungen und ihre Kennzeichnung hat gleichzeitig die Funktion, Handelsschranken abzubauen, die sich etwa durch ein unterschiedliches Maß- und Gewichtswesen, durch verschiedene Größen, durch unterschiedliche Kennzeichnung, durch Verwendung sprachlicher Symbole und so weiter ergeben.

Durch Änderungsgesetz vom 20.1.1976, in Kraft seit 1.7.1977⁴², ist in der Bundesrepublik Deutschland das Recht der Fertigpackungen grundlegend novelliert, auf die Erfordernisse des modernen Wirtschaftsverkehrs der europäischen Integration abgestimmt und unter Gesichtspunkten des Verbraucherschutzes verbessert worden. Insbesondere ist die Beschränkung des Fertigpackungsrechtes auf Packungen einer Füllmenge zwischen 50 und 5000 Gramm oder Milliliter aufgehoben worden. Die Bundesregierung wollte zunächst die Grenzen neu zwischen 25 und 10 000 Gramm bzw. Milliliter festsetzen. Auf Vorschlag des Bundesrates ist diese feste Grenze zugunsten einer flexibleren Regelung aufgegeben worden, die im einzelnen durch Rechtsverordnungen bestimmt werden kann⁴³.

Das Recht der Füllmengkennzeichnung wurde erweitert auf Einhaltung der

mittleren Füllmenge und Regelung bestimmter Abfülltoleranzen. Dadurch soll einerseits die Markttransparenz erhöht, andererseits die Abfüllgenauigkeit im Sinne des Verbrauchers klar geregelt werden. Zusätzlich werden Packungen, die nach anderen Größen als nach Gewicht oder Volumen abgegeben werden, in die Regelung einbezogen.

Über das Rechts der Füllmengenkennzeichnung und der Abfüllgenauigkeiten hat der Gesetzgeber eine Pflicht zur Grundpreisangabe statuiert, auf die in anderem Zusammenhang bereits eingegangen wurde (42). Schließlich wurde das Verbot von Mogelpackungen erweitert, insbesondere auch bei sogenannten Kleinstpackungen und Großgebinden.

Das heutige Recht der Mengenkennzeichnung findet sich neben den geänderten Vorschriften des Eichgesetzes der §§14ff, in der Lebensmittelkennzeichnungsverordnung vom 25.1.1972 und in der Fertigpackungsverordnung in der Fassung vom 20.12.1976⁴⁴. Auf Einzelheiten dieser Vorschriften ist noch einzugehen.

Vorweg ist der grundlegende Begriff der *Fertigpackung* im Eichgesetz zu klären. §14 des Eichgesetzes sagt, daß Fertigpackungen Erzeugnisse in Verpackungen beliebiger Art sind, die in Abwesenheit des Käufers abgepackt und verschlossen werden, wobei die Menge des darin enthaltenen Erzeugnisses ohne Öffnen oder merkliche Änderungen der Verpackungen nicht verändert werden kann. Fertigpackungen sind auch solche, die von Kunden leicht geöffnet werden können, etwa Gläser mit Schraubverschlüssen. §17d kennt daneben noch den Begriff der sogenannten offenen Packungen, etwa Obstschalen und ähnliches. Man unterscheidet zusätzlich noch nachfüllbare und nicht nachfüllbare Fertigpackungen. Auf offene Packungen finden prinzipiell die Vorschriften über Mengenkennzeichnung und Grundpreise Anwendung, jedoch ist die Füllmengenregelung eine andere, je nach dem, ob die Packungen nachfüllbar sind oder nicht⁴⁵.

2 Das Recht der Mengenkennzeichnung

65 (aa) §16 Eichgesetz enthält die grundlegende Vorschrift über die Mengenkennzeichnung von Fertigpackungen, seien es verschlossene oder offene Fertigpackungen. Danach dürfen Fertigpackungen gewerbsmäßig nur in den Verkehr gebracht werden, wenn auf ihnen leicht erkennbar und deutlich lesbar die Menge nach Gewicht, Volumen oder Stückzahl oder in einer anderen Größe angegeben ist. Das Eichgesetz regelt dabei noch bestimmte Ausnahmen bzw. Modifikationen der Kennzeichnungspflicht und läßt durch Verordnung Einzelheiten über die Mengenkennzeichnung zu. Diese Vorschriften finden sich jetzt in der Fertigpackungsverordnung und in der Lebensmittelkennzeichnungsverordnung⁴⁶.

Man unterscheidet danach einerseits zwischen *Kennzeichnung nach Gewicht, Volumen, Länge, Fläche* und andererseits *Kennzeichnung nach Stückzahl*. Der Regelfall ist die Kennzeichnung nach Gewicht. Hierzu gehört die Kennzeichnung für Lebensmittel, Futtermittel für Heimtiere, Wasch- und Reinigungsmittel, kosmetische Mittel, Putz- und Pflegemittel, Klebstoffe, gebrauchsfertige Lack- und Anstrichmittel sowie Mineralöle und Brennstoffe. Längen- oder Flächenangaben kommen bei Textilerzeugnissen, bei Draht,

Kabel, Schläuchen, Tapeten und so weiter in Betracht. Die Mengenangaben müssen nach Länge und Fläche auch dann erfolgen, wenn die Erzeugnisse nicht verpackt sind. Die Kennzeichnung nach Stückzahl ist demgegenüber die Ausnahme, die in der Fertigpackungsverordnung und in der Lebensmittelkennzeichnungsverordnung ausdrücklich zugelassen sein muß. Nach der Fertigpackungsverordnung sind Stückzahlkennzeichnungen nur zulässig für Badetabletten und Badeperlen, Mundwasserkugeln, getränkte Tücher und Pads sowie Klebestifte und Farbstifte und Spülmittel (§7). Die Lebensmittelkennzeichnungsverordnung läßt die Stückzahlkennzeichnung für einige Erzeugnisse zu, insbesondere figürliche Schokoladenwaren, großstückige gleichförmige Dauerbackwaren, Kaugummi sowie für Obst und Gemüse.

Für Art und Ort der Kennzeichnung ist bestimmt, daß sie in deutscher Sprache leicht erkennbar und deutlich lesbar sei. Die Kennzeichnung muß an einer in die Augen fallenden Stelle zu finden sein.

Es ist eine Frage des Einzelfalles und der — meist von Anbieterseite bestimmten — Verkehrsauffassung, wann die Erfordernisse der leichten Erkennbarkeit, deutlichen Lesbarkeit und an einer in die Augen fallenden Stelle erfüllt sind⁴⁷. Bemerkenswert erscheint, daß die Fertigpackungsverordnung in §16 bestimmte Schriftgrößen vorschreibt. Hinzukommt, daß die Schrift sich deutlich vom Hintergrund abheben muß. Eine nicht augenfällige Kennzeichnung liegt dann vor, wenn sie beispielsweise am Boden der Fertigpackung angebracht worden ist, ohne daß davon ausgegangen werden kann, daß der Verbraucher jeweils die Packung hochhebt, um die Mengenangabe lesen zu können.

§5 Fertigpackungsverordnung enthält noch allgemeine Grundsätze über die Füllmengenangaben, die insbesondere nicht unbestimmt sein, sich auf einen Füllmengenbereich beschränken oder zusätzlich das Bruttogewicht angeben dürfen. Für Sammelpackungen gilt gemäß §5 II, daß zusätzlich zur Angabe der Nennfüllmenge auf den einzelnen Fertigpackungen auch auf der Umhüllung der Sammelpackung die Anzahl und die Nennfüllmenge der einzelnen Fertigpackungen anzugeben ist. Eine Ausnahme besteht jedoch dann, wenn alle einzelnen Fertigpackungen sichtbar und leicht zählbar sind und die Angabe der Füllmenge wenigstens auf einer Fertigpackung erkennbar ist.

In der Lebensmittelkennzeichnungsverordnung ist ebenfalls geregelt, daß auf den Packungen oder Behältnissen an einer in die Augen fallenden Stelle in deutscher Sprache und deutlich sichtbar, in leicht lesbarer Schrift die Kennzeichnung angebracht werden muß, insbesondere auch die des Herstellers und die des Gewichtes der einzelnen, in der Fertigpackung enthaltenen Lebensmittelzeugnisse, zum Beispiel bei Fleisch- oder Obstkonserven. Weiterhin verlangt die Lebensmittelkennzeichnung bei bestimmten Waren, etwa Backpulver, Puddingpulver und so weiter die Angabe der Menge von Mehl oder Flüssigkeit, die zur Zubereitung des Inhalts der Packung nötig ist.

66

(bb) Im *Arzneimittelrecht* besteht ebenfalls eine Mengenkennzeichnungspflicht, auch wenn sie hier nicht die Bedeutung hat wie im Bereich sonstiger Fertigpackungen. Nach §10 Abs. 1 Nr 6 AMG muß der Inhalt des Fertigarzneimittels nach Gewicht, Rauminhalt und/oder Stückzahl auf der Packung gekennzeichnet werden. Abs. 8 enthält dann einige Detailvorschriften zur

Aufbringung der Kennzeichnung, §12 eine Ermächtigung für die Erweiterung der Kennzeichnungspflicht.

3 Genauigkeitsangaben in Fertigpackungen

67 Fertigpackungen müssen nicht nur bestimmte Kennzeichnungspflichten erfüllen, sondern gleichzeitig in der Abfüllgenauigkeit und den Toleranzen bestimmte Werte einhalten. Die in §15 Eichgesetz und in ergänzenden Vorschriften der Fertigpackungsverordnung niedergelegten Vorschriften betreffen nur mittelbar die Information des Verbrauchers, haben jedoch zum Zweck, den Verbraucher vor Übervorteilung und Täuschung zu schützen. Insoweit ist es angebracht, sie in diesem Zusammenhang mit zu behandeln.

§15 ist hier die Grundnorm, die verlangt, daß Fertigpackungen gleicher Nennfüllmenge gewerbsmäßig nur so hergestellt werden, daß die Füllmenge zum Zeitpunkt der Herstellung im Mittel die *Nennfüllmenge* nicht unterschreitet und die in der Fertigpackungsverordnung festgelegten *Minusabweichungen* nicht überschreitet. Fertigpackungen gleicher Nennfüllmenge müssen, wenn sie erstmals gewerbsmäßig in den Verkehr gebracht werden, eine Füllmenge enthalten, die zu diesem Zeitpunkt eine in der Fertigpackungsverordnung festgelegte unterste Minusabweichung nicht überschreitet. Für offene Fertigpackungen gilt die Sonderregelung des §17d.

Die Unterscheidung in §15 zwischen der mittleren Füllmenge und der Toleranzregelung ist ordnungspolitisch von großer Bedeutung⁴⁸. Die Forderung nach Inhalt des Mittelwertes bedeutet, daß der Hersteller Schwankungen der Effektivfüllung nach unten durch entsprechende Überfüllungen nach oben ausgleichen muß. Es ist ihm dadurch untersagt, einen besonderen Gewinn durch regelmäßige Unterschreitung der Nennfüllmenge zu erzielen. Die Toleranzforderung betrifft dagegen die einzelnen Packungen. In Verbindung mit der Mittelwertforderung garantiert sie dem Verbraucher, daß Nennfüllmenge und Effektivfüllmenge in der Regel übereinstimmen.

Die Toleranzregelung ist in den §§17ff Fertigpackungsverordnung angegeben. Die Toleranz bestimmt sich zunächst nach Art der Abfüllbarkeit, soweit Gewicht bzw. Volumen betroffen sind. Bei einer Füllmengenkennzeichnung des Erzeugnisses nach Länge oder Fläche beträgt die Minusabweichung bei Längenangaben 2% und bei Flächenangaben 3%. Bei Stückzahlkennzeichnung dürfen bei Füllungen mit 30 oder weniger Stück keine Abweichungen vorkommen, danach betragen sie pro angefangenen 100 Stück jeweils ein Stück Abweichung.

Nach §15 Abs. 3 genügt es, wenn die Toleranzen im Zeitpunkt des ersten Inverkehrbringens bestehen. Das bedeutet insbesondere, daß der Handel für spätere Austrocknungsverluste nicht verantwortlich gemacht werden kann. Die Bundesregierung schreibt dazu: 'Die umstrittene Frage, ob eine festgesetzte unterste Minusabweichung beim Inverkehrbringen auf jede Handelsstufe oder nur beim ersten Inverkehrbringen einzuhalten sei, wurde im letzteren Sinne entschieden⁴⁹. Für nachträglich auftretende Austrocknungsverluste hat der Handel also nach dem Eichgesetz nicht einzustehen, da ein Nachfüllen verschlossener Packungen nicht zumutbar erscheint. Bei offenen nachfüllbaren Packungen, etwa Obstschälchen, muß jedoch der Handel nachfüllen.

4 Sogenannte Mogelpackungen

68 Unter Mogelpackungen versteht man alle Formen der *äußeren Aufmachung einer Fertigpackung*, die dem Verbraucher eine größere Füllmenge vortäuscht als nach dem effektiven Inhalt vorhanden ist. Beispiele sind etwa dickwandige Flaschen bei Spirituosen, Hohlräume bei Kosmetika, umfangreiche Umhüllungen bei Zahnpastatuben und so weiter. Auch bei vorschriftsmäßiger Kennzeichnung und Einhaltung der entsprechenden Mittelwerte und Toleranzen gemäß den §§15, 16 Eichgesetz kann ein Tatbestand der Mogelpackung vorliegen und geeignet sein, den Verbraucher zu täuschen. §17a des Eichgesetzes in der Neufassung enthält deshalb eine Generalklausel über das Verbot von Mogelpackungen und versieht sie in §35 mit einer Bußgeldsanktion. Die Vorschrift lautet: 'Fertigpackungen müssen so gestaltet sein, daß sie keine größere Füllmenge vortäuschen, als in ihnen enthalten ist'.

Die Vorschrift ist generalklauselartig gefaßt und gibt im einzelnen nicht die genauen Tatbestände des Vortäuschens an. Es muß vielmehr in jedem Einzelfall ermittelt werden, wann ein solcher Tatbestand vorliegt, wobei inzwischen bestimmte Richtlinien des Wirtschaftsministeriums und Normungsvorschriften vorliegen, die aber nicht Rechtscharakter haben⁵⁰. Auch bei sogenannten Kleinstpackungen findet §17a Anwendung.

§17a verlangt zweierlei: das Vorhandensein eines Mißverhältnisses zwischen Füllmenge und Packungsgröße einerseits und das Vortäuschen durch die Packung. Man kann danach drei Grundformen von Mogelpackungen unterscheiden, nämlich einerseits die Grundform der Täuschung durch reine Gestaltungs- und Aufmachungsmaßnahmen, die Grundform der Unverhältnismäßigkeit von Füllmenge zu Packungsvolumen und drittens die verbotenen Lufträume⁵¹.

Hier können nur Beispiele für solche Mogelpackungen genannt werden: hochgezogene Böden, Hohlböden von Flaschen, dicke Wandungen oder Doppelwandungen mit Lufträumen, übermäßig große Verschlüsse, Doppelverpackungen, größere Verpackungsformen als technisch erforderlich, Minderung der Nennfüllmenge bei Beibehaltung des Packmittels, nicht vollständige Befüllung und ähnliches.

Inzwischen hat der Bundeswirtschaftsminister Sonderregelungen für Pralinen, kosmetische Erzeugnisse, Würstchen in Dosen und Kunststoffbecher erlassen. Dadurch soll gerade auf diesen Märkten der Mißstand durch Mogelpackungen beseitigt werden. Da es sich aber hier lediglich um ministerielle Anweisungen an die mit dem Eichwesen befaßten Behörden handelt, kommt den Vorschriften kein Rechtscharakter zu⁵².

Die Vorschrift des §17a ist mit einer Bußgeldsanktion bewehrt. Zusätzlich kann aber hinzukommen, daß auch ein Tatbestand der irreführenden Werbung gemäß §3 UWG vorliegt (79ff). Denn Angaben werden auch dann gemacht, wenn sie auf dem Produkt bzw. der Umhüllung erscheinen. Hierfür hat der Hersteller bzw. Händler einzustehen. Möglicherweise ist das Vortäuschen einer größeren Füllmenge auch ein Tatbestand sittenwidriger Werbung. Zivilrechtlich führt das Vorliegen einer Mogelpackung nicht zu einem Lösungsgrund vom Vertrag. Möglicherweise hat jedoch der Verbraucher einen Schadenersatzanspruch gemäß §823 Abs. 2 BGB, weil die Vorschrift des

§17a ein Schutzgesetz auch zugunsten des einzelnen Verbrauchers ist. Er muß dann allerdings seinen Schaden nachweisen, wobei die Kausalität nicht ausgeschlossen wird durch das Vorliegen einer richtigen Mengenkennzeichnung⁵³.

IV VERBRAUCHERINFORMATION DURCH VERBRAUCHERORGANISATIONEN

1 Ökonomische Bedeutung und rechtliche Grundlagen

- 69 Auch eine noch so weitgehende Regelung der Kennzeichnung kann nicht erreichen, daß dem Kunden, dem Verbraucher, in seinen ökonomischen Dispositionen im Haushalt diejenigen Informationen zur Verfügung gestellt werden, die er zur optimalen Einkommensverwendung und Verbrauchsentscheidung benötigt. Das Kennzeichnungsrecht beschränkt sich auf 'Basisinformationen' etwa über Preise, Handelsklassen, Produktbestandteile, Maße und Gewichte und ähnliches, ermöglicht aber weder eine vergleichende Würdigung des Angebots unter Preis- und Qualitätsgesichtspunkten noch ersetzt es die Notwendigkeit einer vom Produkt losgelösten Information, die der Verbraucher vor Durchführung seines Kaufentscheidendes im weitesten Sinne einsetzen kann.

In der verbraucherpolitischen Diskussion der Bundesrepublik ist es daher ganz unbestritten, daß die Schaffung von unabhängigen, vom Produkt losgelösten Informationssystemen eine zentrale Aufgabe der Verbraucherpolitik ist. Darauf haben sowohl Bundesregierung als auch EG-Kommission in ihren jeweiligen Verbraucherberichten mehrfach hingewiesen⁵⁴.

- 70 (aa) Der Begriff der Verbraucherinformation darf nicht zu eng gefaßt werden. Der Verbraucher ist nicht nur daran interessiert, optimal über das Güterangebot auf Märkten hinsichtlich Preis und Qualität vergleichend und wertend unterrichtet zu werden, sondern auch daran, daß etwa schädliche oder nutzlose Erzeugnisse, manipulierte Vertriebsmethoden, mißbräuchliche Unternehmenspraktiken und so weiter *öffentlicher Kritik* ausgesetzt sind. Da der Prozeß des Verbrauchs im gegenwärtigen Wirtschaftssystem der BRD ein öffentlicher ist, haben sich Anbieter öffentlicher Kritik zu stellen. Die Verbraucherentscheidung und damit die Verbraucherinformation darf nicht reduziert werden auf privates Haushaltsverhalten, sondern muß auch die öffentliche Komponente mit umschließen⁵⁵.

Damit ist gleichzeitig der rechtliche Ansatzpunkt für eine richtige Würdigung der Verbraucherinformation umschrieben. Verbraucherinformation einschließlich Verbraucherkritik entnehmen dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Meinungs-, Informations-, und Pressefreiheit in Art. 5 Abs. 1 und Abs. 2 Grundgesetz ihre Legitimationsgrundlagen⁵⁶. Die Verfassung selbst gibt die Grundlage damit ab für die rechtliche Regelung der Verbraucherinformation. In seinem bekannten Blinkfuer-Urteil hatte das Bundesverfassungsgericht schon früher diesen Grundsatz für den Boykottaufwurf aus nichtwirtschaftlichen Gründen anerkannt: 'Ein Boykottaufwurf, dem eine bestimmte Meinungskundgabe zugrundeliegt, ist durch Art. 5 Abs. 1 Satz 1

Grundgesetz insbesondere dann geschützt, wenn er als Mittel des geistigen Meinungskampfes in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage eingesetzt wird, wenn ihm also keine private Auseinandersetzung, sondern die Sorge um politische, wirtschaftliche, soziale oder kulturelle Belange der Allgemeinheit zugrundeliegt⁵⁷. Was hier für das schärfste Mittel der Verbraucherinformation als Boykott im oben beschriebenen weiten Sinne gesagt wird, gilt umso mehr für andere Formen der Verbraucherinformation.

Ansonsten bestehen spezielle gesetzliche Tatbestände, die die Verbraucherinformation sowie die Verbraucherkritik einschließlich des Boykottes regeln, nicht. Vielmehr sind hier die allgemeinen zivil- und wettbewerbsrechtlichen Haftungsvorschriften heranzuziehen. Dabei war zunächst streitig, ob die Verbraucherinformation, die durch Verbraucherverbände, Verbraucherinstitutionen und -organisationen sowie öffentliche Stellen durchgeführt wird, den Vorschriften des Wettbewerbsrechtes oder des Zivilrechtes unterliegt. Da Verbraucherorganisationen im weitesten Sinne nicht mit Wettbewerbsabsicht handeln, also Information nicht zum Zwecke der Förderung eigenen oder fremden Wettbewerbs betreiben, ist von der Rechtsprechung klargestellt worden, daß die wettbewerbsrechtlichen Vorschriften und Grenzen für die objektive unabhängige Verbraucherinformation nicht gelten⁵⁸. Eine Ausnahme mag lediglich in dem Grenzfall gelten, wenn eine Verbraucherorganisation selbst wirtschaftliche Zwecke verfolgt, etwa als Einkaufsring im Sinne von §6b UWG, oder zum Kauf in einem bestimmten Geschäft auffordert; dann fördert sie zumindestens fremden Wettbewerb und unterliegt den entsprechenden wettbewerbsrechtlichen Vorschriften gemäß §1 und gemäß §3 UWG sowie gemäß §14 UWG (Verbot der Anschwärtzung) und §25, 26 GWB (insbesondere Boykottverbot)⁵⁹. Umstritten ist dies lediglich für Preisvergleiche (73).

- 71 (bb) Die haftungsrechtliche Grundlage für die Verbraucherinformation bildet deshalb das Zivilrecht. Das Zivilrecht hat hier weniger die Aufgabe, bestimmte Kompetenzen und Zuständigkeiten für die Verbraucherinformation zu regeln, als vielmehr ihre haftungsrechtlichen Schranken und Grenzen zu markieren. Das deutsche Deliktsrecht unterscheidet nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung einerseits zwischen Verbraucherinformation durch *tatsächliche Angaben* und Verbraucherinformation durch *Abgabe von Meinungen*⁶⁰.

Tatsächliche Angaben werden in ihrer haftungsrechtlichen Zulässigkeit von §824 BGB geregelt. Eine zivilrechtliche Schadenshaftung für Kreditgefährdung besteht auch dann, wenn jemand fahrlässig falsche Tatsachen behauptet. Handelt er jedoch in Wahrnehmung berechtigter Interessen, so ist er nicht zum Schadensersatz verpflichtet. Die Vorschrift des §824 bedeutet für die Informationspraxis von Verbraucherorganisationen, daß sie sich im allgemeinen auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen berufen können. Bei fahrlässig falschen Tatsachen werden sie deshalb nicht zivilrechtlich zum Schadensersatz verpflichtet werden können. Allerdings läßt auch in diesem Fall die Rechtsprechung einen Widerrufsanspruch zu, der nicht vom Verschulden abhängt. Denn niemand kann sich darauf berufen, daß die Aufrechterhaltung falscher Tatsachen in Wahrnehmung berechtigter Interessen erfolge⁶¹.

Bei *Meinungsäußerungen* differenziert die Rechtspraxis zunächst nach der

Schwere und Intensität des Eingriffes. Erfolgt die Meinungsäußerung etwa in Form böswilliger oder gehässiger Schmähkritik, so kann sie eine vorsätzliche sittenwidrige Handlung darstellen, die eine Verbraucherorganisation gemäß §826 zum Schadensersatz verpflichtet⁶². Ist die Kritik verleumderisch oder ehrverletzend, etwa durch Behauptung, ein bestimmter Händler betrüge Kunden, so stellt sie einen Straftatbestand dar und führt gleichzeitig zu einer entsprechenden zivilrechtlichen Schadens- und Unterlassungshaftung gemäß §823 Abs. 2, 1004 BGB. Diese extremen Kritikformen werden jedoch in der Verbraucherpraxis kaum bedeutsam und entsprechen ohnehin nicht dem Anliegen des Verbrauchers an objektiver und sachlicher Information und Kritik.

Wesentlich schwieriger nach deutschem Recht sind dagegen die Fälle zu beurteilen, daß eine Verbraucherorganisation Meinungsäußerungen (Werturteile) abgibt, etwa über die Produktqualität, über die Preiswürdigkeit eines oder mehrerer Angebote, über Wettbewerbspraktiken und -formen, ohne vorsätzlich oder ehrverletzend zu handeln. Diese Formen der Meinungsäußerungen werden zivilrechtlich unter bestimmten Voraussetzungen als Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb gemäß §823 Abs. 1 BGB bewertet. Auch fahrlässige Meinungsäußerungen können danach eine Haftung nach §823 Abs. 1 begründen, die, wenn erfolgreich, zu einer erheblichen Behinderung der Tätigkeit der Verbraucherorganisation führen kann⁶³.

Es ist hier nicht der Ort, die Entwicklung des sogenannten Rechts am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb kritisch nachzuvollziehen⁶⁴. Es seien vielmehr nur die wesentlichen Gesichtspunkte angegeben, die eine zivilrechtliche Haftung von Verbraucherorganisationen für Meinungsäußerungen begründen können. Eine solche Haftung setzt zunächst voraus, daß der Eingriff betriebsbezogen erfolgt⁶⁵. Ein solch betriebsbezogener Eingriff liegt nur vor, wenn die Meinungsäußerung der Verbraucherorganisation sich auf einen bestimmten Anbieter oder auf eine ausmachbare, konkrete Gruppe von Anbietern bezieht⁶⁶. Allgemeine Meinungsäußerungen ohne einen bestimmten Unternehmensbezug führen daher nicht zur Anwendbarkeit des §823 Abs. 1. Dieser betriebsbezogene Eingriff muß auch *rechtswidrig* sein. Die Rechtswidrigkeit ergibt sich nicht bereits aus der Tatsache der Meinungsäußerung, sondern erst durch eine *Güter- und Pflichtenabwägung*, wobei die verfassungsrechtliche Garantie der Informations- und Meinungsfreiheit, wie oben erwähnt, Berücksichtigung findet. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes wird dabei der Kernsatz aufgestellt, daß bei einem Beiträge zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage die Vermutung für die Zulässigkeit der freien Rede streite⁶⁷. Die Grenze beginnt nur dort, wo die Meinungsäußerung nicht mehr sachlich ist. Dann muß eine Verbraucherorganisation damit rechnen, daß sie zivilrechtlich von dem betroffenen Unternehmen haftbar gemacht wird⁶⁸.

Eine vom Zivilrecht nicht mehr hingenommene Verbraucherinformation in den oben aufgezeigten Grenzen löst insbesondere Schadensersatzansprüche aus, die sich danach bestimmen, welcher Schaden dem betroffenen Unternehmen durch die unrichtige, unsachliche, ehrverletzende oder gar sittenwidrige Verbraucherinformation erwachsen ist. Dies kann im Einzelfall erhebliche

Haftungsrisiken implizieren⁶⁹. Daneben bestehen Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche der Unternehmen gegenüber Verbraucherorganisationen. Schuldhaftes Handeln der Verbraucherorganisation ist nicht erforderlich. Es muß jedoch eine fortwirkende rechtswidrige Beeinträchtigung bzw. das Drohen einer solchen Beeinträchtigung vorliegen. Dann kann sich das Unternehmen mit einem Unterlassungsanspruch wehren. Dieser kann auch in Form eines Widerrufs oder eines Richtigstellungsanspruches durchgeführt werden. Ein Gegendarstellungsrecht ist dem Zivilrecht unbekannt, kann sich jedoch aus dem Presserecht ergeben. Das Gegendarstellungsrecht greift ein, wenn Verbraucherorganisationen in Presseerzeugnissen Tatsachenbehauptungen aufstellen, die die Rechte der Unternehmen beeinträchtigen. Rechtswidrigkeit oder Verschulden ist nicht erforderlich⁷⁰.

2 Warentests

72 In der Bundesrepublik Deutschland beruht das Warentestwesen nicht auf gesetzlicher Grundlage, sondern wird von der Stiftung Warentest als einer Stiftung privaten Rechtes im öffentlichen Interesse wahrgenommen. Stifterin ist der Bund, der der Stiftung Warentest die erforderlichen Mittel zur Verfügung stellt, um ihrer Aufgabe nachzukommen. Inzwischen finanziert sich die Stiftung Warentest etwa zu zwei Dritteln aus dem Verkauf der Zeitschrift 'test', zu einem weiteren Drittel aus Bundeszuschüssen. Die Satzung der Stiftung Warentest sieht in §2 Abs. 1 deren Aufgabe als 'Unterrichtung der Öffentlichkeit über objektivierbare Merkmale des Nutz- und Gebrauchswertes von Waren und Leistungen, die in größeren Räumen, in grundsätzlich gleichartiger Beschaffenheit und in einer zu ihrer Identifizierung ausreichenden Weise angeboten werden'⁷¹. Die Stiftung soll nach §2 Abs. 2 Untersuchungen an miteinander vergleichbaren Waren und Leistungen nach wissenschaftlichen Methoden durchführen und deren Ergebnisse veröffentlichen. Die Stiftung veröffentlicht ihre Ergebnisse in ihrer eigenen Zeitschrift in Form eines Testkompasses, der mit einem bestimmten Prädikat für das getestete Produkt (sehr gut, gut, zufriedenstellend, mangelhaft, sehr mangelhaft) die Testergebnisse von mehreren gleichartigen Produkten bzw. Dienstleistungen nebeneinandersetzt und den auf dem Markt in etwa geforderten Durchschnittspreis angibt. Einen Vergleich von Preisforderungen und Qualitätsurteilen nimmt die Stiftung Warentest nicht vor. Neben der Stiftung Warentest existieren noch andere private Testinstitutionen, insbesondere im Bereich des Kraftfahrzeugwesens. So führen beispielsweise die großen Automobilclubs vergleichende Warentests über Kraftfahrzeuge und Zubehör durch und veröffentlichen sie in ihren Mitgliederzeitschriften.

Da eine gesetzliche Grundlage für die Tätigkeit der Stiftung Warentest und sonstiger Testinstitute und Organisationen nicht besteht, bestimmt sich ihre Stellung im Rechtsverkehr und insbesondere ihre deliktsrechtliche Verantwortlichkeit nach den oben geschilderten Grundsätzen des Zivilrechtes. Da im allgemeinen die Tätigkeit der Stiftung Warentest, der ihr angeschlossenen Prüfinstitute sowie sonstiger Testinstitutionen nicht zu Zwecken des Wettbewerbs erfolgt, scheidet eine Anwendung wettbewerbsrechtlicher Vorschriften von vornherein aus. Die Haftung bestimmt sich dann entweder nach §824 BGB,

wenn der Testbericht als Tatsacheninformation zu werten ist, oder nach §823 Abs.1 BGB wegen eines möglichen Eingriffes in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des getesteten Unternehmens, wenn der Testbericht als Werturteil und Meinungsäußerung qualifiziert wird.

Wichtige Fragen der zivilrechtlichen Haftung der Stiftung Warentest sind insbesondere durch ein Grundsatzurteil des Bundesgerichtshofes vom 9.12.1975 geklärt worden⁷². Der Bundesgerichtshof hebt zunächst hervor, daß Testberichte wegen ihres überwiegend wertenden Charakters als Meinungsäußerungen und nicht als Tatsachenbehauptungen zu qualifizieren sind. Die Haftung bestimmt sich also nach §823 Abs. 1 BGB. Das Gericht legt Wert auf die Feststellung, daß nicht bereits jede negative Bewertung eines Produktes oder einer Dienstleistung durch die Stiftung Warentest als rechtswidriger Eingriff in den Gewerbebetrieb zu bezeichnen ist. Denn hier spielt das Grundrecht des Art. 5 Grundgesetz eine Rolle, wonach der Warentest als Beitrag zum geistigen Meinungskampf in einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage als grundsätzlich zulässig gilt. Die Stiftung Warentest betreibe Verbraucheraufklärung, die zur Gewinnung von Markttransparenz unerlässlich sei, und zwar nicht nur im Interesse der Verbraucher, sondern schlechthin unter volkswirtschaftlichen Gesichtspunkten. Sie diene auch den wohlverstandenen Interessen der Hersteller und Anbieter. Aus diesem Grunde sei es erforderlich, daß der Stiftung Warentest ein angemessener Spielraum zur Verfügung stehe, was durch satzungsgerechte Durchführung ihrer Testvorhaben gewährleistet sei. Lediglich bei gehässiger Schmähkritik und bei unsachlicher Herabsetzung könne eine Haftung eintreten.

In der Entscheidung entwickelt dann der Bundesgerichtshof weiterhin die *Anforderungen*, die ein Warentest erfüllen muß, um *nicht* mit einer *zivilrechtlichen Haftungssanktion* bedroht zu sein. Die Untersuchung muß nämlich *neutral, objektiv* und *sachkundig* vorgenommen sein. Dabei komme es weniger auf die objektive Richtigkeit des Ergebnisses als auf das Bemühen um Richtigkeit an. In der Angemessenheit der Prüfungsmethoden, der Auswahl der Testobjekte und der Darstellung der Untersuchungsergebnisse habe das Testinstitut einen *erheblichen Spielraum*. Nur dann, wenn die Vorgehensweise und die aus den durchgeführten Untersuchungen gezogenen Schlüsse nicht mehr vertretbar (diskutabel) erscheinen, liegt ein rechtswidriger Eingriff vor. Ein Warentest könne auch in der Weise vorgenommen werden, daß lediglich ein einziges Produkt der Prüfung unterzogen werde, sofern es sich um Markenartikel handelt. Denn dem Verbraucher werde durch den Markenartikel ein Produkt von gleichbleibender Güte vorgestellt (vgl. §38a I GWB).

Im Warentest ist es auch zulässig, das Produkt des einen Unternehmens gegenüber dem eines anderen Unternehmens besonders hervorzuheben; in dieser Hervorhebung liege kein betriebsbezogener Eingriff des benachteiligten Unternehmens.

Durch die Entscheidung des Bundesgerichtshofes ist jedenfalls die Stiftung Warentest weitgehend von Haftungsrisiken freigestellt⁷³. Inzwischen ist auch klargestellt, daß das Testinstitut Preisvergleiche durchführen kann⁷⁴. Darüberhinausgehend wird man annehmen können, daß auch ein Vergleich zwischen Preis und Qualität einer Ware durch das Testinstitut vorgenommen werden kann, sofern die Vertretbarkeitsgrenze nicht überschritten wird (die

Preisvergleiche beruhen zum Beispiel auf irreführenden oder unrichtigen Angaben). Auch Widerrufsansprüche können gegen das Testinstitut nicht durchgesetzt werden, weil solch ein Anspruch nur bei Tatsachenbehauptungen, nicht jedoch bei Werturteilen gegeben ist. Schließlich hat der Bundesgerichtshof eine direkte Haftung des von der Stiftung Warentest beigezogenen Prüfinstituts abgelehnt⁷⁵.

Das Haftungsrisiko der Stiftung Warentest reduziert sich damit auf die Fälle, wo sie nicht mehr vertretbare Prüfmethode und Auswahlkriterien verwendet und wo sich ihre Untersuchung auf unrichtige Tatsachenbehauptungen stützt. Da das Testverfahren der Stiftung Warentest so gestaltet ist, daß die Anbieter mehrfach im Vorwege informiert werden, scheidet auch dieses verbliebene Haftungsrisiko praktisch aus⁷⁶.

Unklar ist nach der neuen Rechtslage, inwieweit auch sonstige Testorganisationen und Testinstitute das Haftungsprivileg genießen, das der Bundesgerichtshof für die Stiftung Warentest entwickelt hat. Im Prinzip sind die Grundsätze die gleichen, die dann am Einzelfall an der Struktur des jeweils in Frage kommenden Testinstituts, seinen Prüfmethode, seiner Bewertung und Auswahl festgestellt werden müssen⁷⁷. Es kann davon ausgegangen werden, daß etwa bei den Tests von Automobilclubs diese Voraussetzungen gegeben sind.

Das Haftungsprivileg ist dann nicht mehr gegeben, wenn 'Testorganisationen' der gewerblichen Wirtschaft mit vergleichenden Warentests an die Öffentlichkeit treten. Hier liegt im allgemeinen ein Wettbewerbsbezug vor, so daß die strengeren Grundsätze des Wettbewerbsrechtes Anwendung finden.

3 Preisvergleiche und sonstige Informationssysteme

73 Außerhalb des Warentestwesens bestehen Informationssysteme für den Verbraucher in den von Verbraucherzentralen und sonstigen Verbraucherorganisationen durchgeführten regionalen Preiserhebungen und Preisvergleichen. Auch Einkaufstips, Hinweise auf neue Produkte, Orientierungshilfen über Sonderangebote und so weiter durch Verbraucherorganisationen können zusätzliche Informationssysteme beinhalten. Die Bundesregierung unterstützt durch finanzielle Zuwendungen solche Preisvergleiche⁷⁸.

Auch hier gilt der Grundsatz, daß die Errichtung und Durchführung solcher Informationssysteme durch unabhängige Verbraucherorganisationen keinen Wettbewerbsbezug aufweist und deshalb nicht den wettbewerbsrechtlichen Vorschriften unterliegt. Dies muß auch dann gelten, wenn bestimmte, etwa besonders preisgünstige oder besonders qualitätsbewußte Unternehmen in Form von Kaufempfehlungen an den Verbraucher weitergegeben werden. Allerdings ist dieser Rechtsgrundsatz nicht unbestritten⁷⁹. Es wird nämlich teilweise angenommen, daß in der Nennung einzelner Geschäfte in Form von Kaufempfehlungen bereits ein Wettbewerbsbezug liege. Aus den gleichen Gründen wie im Urteil des Bundesgerichtshofs zu vergleichenden Warentest kann dem aber nicht beigetreten werden: Kaufempfehlungen dienen vorrangig und vornehmlich der Markttransparenz und der Verbraucheraufklärung, nicht jedoch dem Wettbewerbsvorsprung von Konkurrenten. Es fehlt daher an einer Wettbewerbshandlung. Die zivilrechtliche Haftung für die Durchführung solcher Informationssysteme wird sich im allgemeinen aus §824 BGB ergeben,

da Preisvergleiche, Qualitätshinweise und ähnliches auf Tatsachen beruhen und Tatsachen weitergeben. Bei fahrlässig falschen Tatsachenangaben kann also die Verbraucherorganisation im allgemeinen auf ihr berechtigtes Interesse an Verbraucheraufklärung hinweisen, muß jedoch einen Widerrufs- oder Richtigstellungsanspruch gegenwärtigen, wenn die Information falsch, unvollständig oder irreführend sein sollte. Dies gilt aber auch nur dann, wenn in den Preisvergleichen einzelne Anbieter namentlich genannt sind. Allgemeine Preiserhebungen, Preistrends, Qualitätsspiegel und ähnliches unterliegen keiner zivilrechtlichen Haftung.

Werden in den Informationssystemen nicht Tatsachen, sondern Meinungen geäußert, so erfolgt die Haftung aus §823 Abs. 1 wegen eines möglichen Eingriffes in den Gewerbebetrieb. Im allgemeinen wird es hier an dem Betriebsbezug fehlen, sofern keine konkreten Namen etwa in Form von Kaufhinweisen gegeben werden. Erfolgt jedoch die Namensnennung, so sind die Grundsätze der Rechtsprechung zum Warentest zu beachten.

4 Verbraucherkritik, Verbraucherboykott

74

Öffentliche Kritik an Waren und gewerblichen Leistungen durch Verbraucherorganisationen bis hin zur Boykottaufforderung beinhaltet ebenfalls keinen nach wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilenden Tatbestand, da Verbraucherorganisationen nicht mit Wettbewerbsabsicht handeln. Es gelten die oben beschriebenen Grundsätze des allgemeinen Zivilrechtes. Dabei ist die Haftung für öffentliche Kritik und Boykottaufrufe umso eher gegeben, je intensiver die Form der Kritik ist (sogenannte Schmähkritik) und je mehr ein einzelner Anbieter speziell von der Kritik betroffen ist⁸⁰. Bei Schmähkritik und bei verleumderischer Kritik wird bereits eine Haftung wegen vorsätzlich sittenwidriger Schädigung oder wegen Verleumdung gegeben sein. Bei einer Kritik, die sich auf Tatsachenbehauptungen stützt, ist §824 die maßgebliche Haftungsgrundlage. Wie bereits oben beschrieben, besteht bei fahrlässig unrichtigen Tatsachenbehauptungen dann keine Schadensersatzhaftung, wenn sich die Verbraucherorganisation auf die Wahrnehmung berechtigter Interessen stützen kann. Dieses berechnete Interesse liegt aber in der allgemeinen Verbraucheraufklärung über Mißstände etwa im gewerblichen Bereich. Allerdings muß der Verbraucherverband gegebenenfalls seine Tatsachenbehauptungen widerrufen, wenn sie unrichtig sind oder wenn sie nicht erwiesen werden können (Widerrufs- bzw. Richtigstellungsanspruch).

Die Haftung nach §823 Abs. 1 BGB greift dann ein, wenn die Kritik überwiegend oder ausschließlich auf Werturteilen basiert bzw. sich in Form von Werturteilen äußert. Dies ist im allgemeinen bei einem *Boykottaufruf* gegeben. Die wertende Kritik und der Boykottaufruf von Verbraucherorganisationen sind jedoch, wie die Rechtsprechung klargestellt hat, im allgemeinen durch das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung gedeckt⁸¹. Bei einer allgemeinen Warenkritik, bei einer Aufforderung zu einem Boykott etwa eines von mehreren Herstellern vertriebenen Produktes (Fleischboykott, Boykott von Tabakwaren) wird im allgemeinen auch ein betriebsbezogener Eingriff fehlen, so daß die Voraussetzungen des §823 nicht gegeben sind. Der gezielte Boykott gegen einen bestimmten Anbieter, gegen ein bestimmtes Produkt oder Leistung ist jedoch in

der Rechtsprechung gelegentlich mit strengeren Maßstäben gemessen worden. Hier wird häufig abgestellt auf eine Interessenabwägung; es werden die Verbraucherinteressen mit den Erwerbsinteressen des kritisierten bzw. verrufenen Unternehmens abgewogen. So hat das Landgericht Berlin⁸² in einem Fall, in dem eine bestimmte Kraftfahrzeugmarke einer scharfen öffentlichen Kritik durch eine Verbraucherselbsthilfe ausgesetzt war, ausgeführt, daß in diesem Fall die Kritik gerechtfertigt sei, weil der Verbraucher mit seinen negativen, der Werbung des Herstellers widersprechenden Erfahrungen an die Öffentlichkeit trete. Außerdem habe sich der Hersteller bereits anderer öffentlicher Kritik ausgesetzt gesehen, so daß es für die Geschädigten nur recht und billig sei, hier gleichsam 'nachzuhaken'. Ob darauf im Umkehrschluß zu folgern ist, daß andere Formen der Kritik unzulässig sind, ist vom Gericht nicht entschieden worden.

In einem anderen Fall hatte das Oberlandesgericht Stuttgart⁸³ einen Verbraucherboykott aus Anlaß der sogenannten 'Schleichwerbung' im Fernsehen zu beurteilen. Zwar nahm das Gericht an, daß eine solche Kritik am Hersteller im allgemeinen hinzunehmen sei, jedoch nur solange, wie Schleichwerbung im Fernsehen nicht generell als anstößig empfunden werde. Da sich zwischenzeitlich eine Wandlung der Einstellung zur sogenannten Schleichwerbung vollzogen habe, insbesondere diese von den Fernsehanstalten bewußt betrieben werde, sei ein Boykottaufruf nicht mehr zulässig, weil dem angegriffenen Tatbestand jetzt das Anstößige fehle. Das Urteil erweckt deshalb Bedenken, weil es Verbraucherorganisationen dazu zwingt, einmal 'eingerissene' Mißstände kritiklos hinzunehmen.

Im Rahmen der Interessenabwägung wird bei der Beurteilung von Boykottaufrufen auch noch berücksichtigt, ob der Boykott auf unrichtigen Tatsachen beruht, ob er sich im Rahmen des Gebotenen und Erforderlichen hält (sogenanntes Übermaßverbot), ob er sich gegen Unbeteiligte richtet und ob er nicht willkürlich sei. Dies bedeutet im Endergebnis, daß der gezielte Boykott gegen ein bestimmtes Unternehmen oder ein bestimmtes Produkt durch Verbraucherorganisationen erheblichen haftungsrechtlichen Risiken ausgesetzt ist.

V FREIWILLIGE KENNZEICHNUNGS- UND INFORMATIONSSYSTEME

1 Tatsächliche Verbreitung

- 75** Neben der Einführung einer gesetzlichen Kennzeichnung und der Förderung der Gegeninformation durch Verbraucherorganisationen spielt die durch Anbieterseite erfolgende freiwillige Kennzeichnung eine bedeutende Rolle in der Verbraucherpolitik der BRD. Im zweiten Verbraucherbericht der Bundesregierung von 1975 heißt es: 'Die Bundesregierung mißt auch der freiwilligen informativen Warenkennzeichnung eine wesentliche Bedeutung zu'⁸⁴. Die Bundesregierung wirkt auf die Wirtschaft durch ökonomische und rechtliche Mittel darauf ein, die freiwillige, informative Kennzeichnung zu verbessern. Dabei können folgende Informationssysteme genannt werden:

(aa) Im Bereich der *Sicherheitskennzeichnung* können die dem Deutschen Institut für Normung⁸⁵ angeschlossenen Unternehmungen das DIN-Zeichen verwenden, wenn das Produkt den Richtlinien entspricht; das Zeichen 'DIN-geprüft' findet Benutzung, wenn die Ware vor dem Inverkehrbringen durch eine vom DIN anerkannte unabhängige Prüfstelle auf Übereinstimmung mit der entsprechenden Norm untersucht wurde⁸⁶. Eine Pflicht des Herstellers zur Prüfung und/oder Kennzeichnung besteht jedoch nicht.

Eine ähnliche Praxis finden wir im Bereich der Prüfung und Kennzeichnung elektrotechnischer Waren (VDE-Zeichen)⁸⁷, der technischen Anlagen (TÜV-maschinenschutzgeprüft)⁸⁸, der Gas- und Wasseranlagen (DIN-DVGW-Prüfzeichen)⁸⁹. Die Bundesregierung hat darüberhinaus die Einführung eines allgemeinen, warenzeichenrechtlich geschützten Sicherheitszeichens gefordert. Dies soll durch die 'Trärgemeinschaft Sicherheitszeichen e.V.' geschehen. Der Zeichenvergabe geht auch hier eine vorherige Prüfung auf Sicherheit nach den entsprechenden Normen voraus⁹⁰. Dies hat sich durch Einführung des Zeichens 'GS-geprüfte Sicherheit' (59) erledigt.

(bb) Wichtiger für den Verbraucher ist die sogenannte *Gütekennzeichnung*. Beispiele sind das Deutsche Weinsiegel, das Badische Weinsiegel, das RAL-Gütezeichen der im RAL zusammengeschlossenen Hersteller, etwa von Möbeln und Fenstern⁹¹. Allerdings wird von Verbraucherseite auch Kritik an der Gütekennzeichnung geäußert: es handelt sich hier meistens nur um Mindestbedingungen, so daß ein Qualitätsvergleich für den Verbraucher nicht möglich ist; das Zeichen dient also der Absatzförderung. Ausgestaltung, Durchführung und Prüfung liegen ausschließlich bei den Herstellern⁹².

(cc) Die Bundesregierung unterstützt weiterhin die sogenannte *Produktinformation*. Sie soll in kurzer und verständlicher Fassung dem Verbraucher wesentliche Produkteigenschaften verdeutlichen und gegebenenfalls in eine Vergleichsskala einordnen, etwa Energieverbrauch, Leistung, technische Belastbarkeit und so weiter. An der Aufstellung der Produktinformation, die zur Zeit für elektrische Haushaltsgeräte erprobt wird (Kühlschränke, Waschmaschinen und so weiter), wirken Verbrauchervertreter mit⁹³.

(dd) Bei gesundheitsschädlichen Produkten, etwa Tabakwaren, wirkt die Bundesregierung auf die Hersteller ein, um Schad- und Nebenstoffe zu kennzeichnen. Ein Beispiel ist die Angabe der Teer- und Nikotinbestandteile bei Zigaretten⁹⁴. Allerdings hat sich die Bundesregierung gegenüber den Anbietern nicht zwecks Einführung von Warnhinweisen durchsetzen können; die gesetzliche Ermächtigung wurde nicht ausgeschöpft (55).

Eine vergleichbare Entwicklung zeichnet sich im Moment bei Wurstwaren ab, wo die Hersteller und der Handel dazu übergehen, 'freiwillig' den Fettgehalt zu kennzeichnen. Ansonsten folgt die Pflicht der Kennzeichnung von schädlichen Nebenfolgen aus dem Recht der Produzentenhaftung (165ff). Sie kann insoweit für bestimmte Produktgruppen einheitlich sein, zum Beispiel feuergefährliche oder giftige Haushaltswaren.

(ee) In der Diskussion werden weitergehende Vorschläge verfochten. Die Kommission für wirtschaftlichen und sozialen Wandel hat eine Einführung von

Qualitätskennzeichen bei gleichzeitiger Bildung von Qualitätsklassen von Produkten gefordert, um dem Verbraucher objektive Preis- und Qualitätsvergleiche zu ermöglichen⁹⁵. Eine Minderheit der Kommission forderte sogar beim Vertrieb der Ware die Angabe der Testergebnisse der Stiftung Warentest⁹⁶. Unklar ist allerdings in den Darlegungen, ob diese Kennzeichnung auf freiwilliger oder gesetzlicher Basis erfolgen soll.

2 Rechtliche Grundlagen und Folgen der freiwilligen Kennzeichnung

76 Da die Kennzeichnung freiwillig erfolgt, spielen rechtliche Vorschriften nur mittelbar für die Beteiligung, die Ausgestaltung und die Folgen eines Informationssystems eine Rolle. Ohne Anspruch auf Vollständigkeit sei auf folgende Punkte hingewiesen:

(aa) Ein Sicherheits- oder Gütezeichen kann als Verbandszeichen in die Warenzeichenrolle eingetragen werden und unterliegt dann dem warenzeichenrechtlichen Schutz⁹⁷. Der Inhaber des Zeichens — die Trägergemeinschaft — kann aus Warenzeichenrecht gegen den satzungswidrigen Gebrauch des Zeichens vorgehen (etwa Nichteinhaltung der Prüfungskriterien). Gleichzeitig kann ein Verbraucherverband den unberechtigt ein Sicherheits- oder Gütezeichen führenden Hersteller wegen irreführender Werbung angreifen (118).

(bb) Eine Zeichengemeinschaft unterliegt bestimmten kartellrechtlichen Schranken, insbesondere wenn sie als Mittel der Marktregulierung eingesetzt wird. Soweit sie lediglich für alle Marktteilnehmer gleiche Anforderungen stellt, ist sie vom Kartellverbot freigestellt⁹⁸.

(cc) Bei öffentlichem Interesse kann das Bundeskartellamt bzw. der Wirtschaftsminister eine einheitliche Kennzeichnung freistellen, wenn sie wettbewerbsbeschränkende Wirkungen, zum Beispiel in der Werbung hat. Dies ist geschehen hinsichtlich der Vereinbarung der Zigarettenhersteller über die Angabe von Rauchinhaltsstoffen⁹⁹.

(dd) Zivilrechtlich führt die Zeichenverwendung zu keinerlei Rechtsfolgen. Das Sicherheits- oder Gütezeichen beinhaltet keine Haftungszusage gegenüber Dritten, insbesondere Endverbrauchern¹⁰⁰. Durch diese Rechtsprechung ist der freiwilligen Kennzeichnung viel an praktischer Bedeutung für den Verbraucher genommen; sie bleibt Absatzförderungsmittel der Hersteller und kann daher kaum als im Interesse der Verbraucher liegend angesehen werden.

(ee) Die Anbringung von Testbewertungen der Stiftung Warentest auf Produkten — eventuell durch ein freiwilliges oder gesetzliches Kennzeichnungssystem gefordert — unterliegt dem wettbewerbsrechtlichen Irreführungsverbot¹⁰¹.

Die Irreführung wird immer dann vorliegen, wenn zwischen Test und Kennzeichnung eine gewisse Zeit verstrichen ist, weil dann die Grundlagen für die Bewertung nicht mehr gegeben sind.

Die Angabe von vergleichenden Produktbewertungen im Rahmen eines Kennzeichnungssystems unterliegt dem Verbot vergleichender Werbung (91), allerdings kann hier eher ein berechtigter Anlaß angenommen werden.

3 Die Zukunft der freiwilligen Kennzeichnungssysteme

77

Der kurze Überblick über die tatsächliche und rechtliche Lage stimmt für die freiwillige Kennzeichnung *nicht ermutigend*. Zuvörderst dient sie dem Absatzinteresse von Hersteller, Handel und Dienstleistungsunternehmen. Sie beruht auf freiwilligem Entschluß der Unternehmen und auf freiwilliger Mitwirkung einzelner Anbieter. Verbrauchervertreter sind nur in Ausnahmefällen an dem Informationssystem beteiligt. Wirkliche Qualitäts- und Preisvergleiche werden hierdurch für den Verbraucher nicht ermöglicht.

In anderen Bereichen dient die 'freiwillige' Kennzeichnung — ähnlich wie 'freiwillige' Werbebeschränkungen (126) — der Verhinderung staatlicher Intervention, zum Beispiel in der Zigarettenindustrie.

Aus all diesen Gründen sollte — entgegen der Meinung der Bundesregierung — die freiwillige Kennzeichnung *nicht weiter gefördert werden*. Vielmehr ist die *Gegeninformation durch Verbraucherorganisationen* zu verbessern.

ANMERKUNGEN

1. Reich, ZRP [1974], S. 190; Simitis, *Verbraucherschutz — Schlagwort oder Rechtsprinzip?* [1976], S. 116ff; Scherhorn, *Gesucht: Der mündige Verbraucher* [1974], S. 70ff; ders., *Verbraucherinteresse und Verbraucherpolitik* [1975], S. 211ff; Reich/Tonner/Wegener, *Verbraucher und Recht* [1976], S. 26ff, 134ff; Kübler/Assmann, ZHR 142 [1978], S. 413ff.
2. Miller, ZVP [1977], S. 62ff; Diller, ZVP [1978], S. 24ff.
3. Padberg, ZVP [1977], S. 5ff; Kroeber Riel, *Konsumentenverhalten* [1979], S. 600f; Biervert/Fischer—Winkelmann/Rock, *Grundlagen der Verbraucherpolitik* [1978], S. 134ff; Simitis a.a.O. (Anm. 1), S. 133ff.
4. BVerfG EuGRZ [1978], S. 125ff. Auch BVerfG NJW [1980], S. 1511.
5. Dazu Reich, *Markt und Recht* [1977], S. 94ff.
6. BVerfGE 25, 256 (264); BGH NJW [1976], S. 620.
7. Vgl. die Berichte der Bundesregierung zur Verbraucherpolitik von 1971, BT-Drucks. VI/2724 und 1975, BT-Drucks. 7/4181, sowie die OECD-Dokumentation bei v. Hippel, *Verbraucherschutz*, 2. A. 1979, S. 308ff.
8. Vgl. das EG-Aktionsprogramm v. 14.4.1975, Abl C 92 v. 25.4.1975 mit zahlreichen Nachweisen; Krämer, *Gemeinschaftsaktionen zugunsten der Verbraucher* [1978], S. 87ff.
9. Dazu Rambow, ZVP [1977], S. 160.
10. Weser, *Warenkennzeichnung — ein Mittel der Verbraucherinformation* [1976]; ders., ZVP [1977], S. 80.
11. Jahresbericht 1976, BT-Drucks. 8/704, S. 9, 79.
12. Dazu Rambow, ZVP [1977], S. 160; Borth/Röpfer, *Die Kennzeichnung von Lebensmitteln*, 2. A. [1977].

13. BGBl I 85.
14. BGBl I 96.
15. BGBl I 1287.
16. BGBl I 321.
17. BGBl I 1301.
18. BGBl I 1841; dazu BVerfG EuGRZ [1978], S. 125.
19. BGBl I 553 [1973] und 1200 [1976].
20. BGBl I 1186.
21. BGBl I 776.
22. BGBl I 1760.
23. BGBl I 2274.
24. BGBl I 2569.
25. BGBl I 2688 mit Änderung vom 9.12.1977, BGBl I 2569.
26. Dazu Borth/Röpper, a.a.O. (Anm. 12), S. 85ff; BGBl I 893.
27. KonservierungsstoffVO v. 19.12.1959, BGBl I 735, Neufassung des HandelsklassenG v. 23.11.1972, BGBl I 2201, dazu Borth/Röpper, a.a.O. (Anm. 12), S. 11ff.
28. Rambow, ZVP [1977], S. 160f; zweiter Verbraucherbericht der Bundesregierung, BT-Drucks. 7/4181, S. 14f.
29. BGBl I 1545.
30. BGBl I 1645; dazu BT-Drucks. 8/1910, 1921.
31. VIII ZR 181/75.
32. BGBl I 2589.
33. BGBl I 2245; die Überlegungen der Bundesregierung sind in der Begründung zum Regierungsentwurf vom 7.1.1975, BT-Drucks. 7/3060 zusammengefaßt.
34. Vgl. BT-Drucks. 7/3060, S. 47 (eine ähnliche Problematik besteht im Bereich der Werbung); dazu Ziff. 98.
35. BGBl I 717.
- 35a. BGBl I 1432.
- 35b. BT-Drucks. 8/2824, S. 10.
36. BGBl I 2525; zum Anwendungsbereich und Inhalt Bartl NJW [1976], S. 1993; Dörner, BB [1977], S. 1730.
37. BT-Drucks. 7/5141; inzwischen neu eingebracht; zum Ganzen jetzt Bartl NJW [1978], S. 729ff; und Ziff. 247ff.
38. Prölß/Sasse/Schmidt, Komm. zum VAG, 8. A. [1978], §10 Anm. 12.
39. Vgl. BT-Drucks. 8/1405, S. 9ff zum Entwurf eines Gesetzes über den Vertrieb von Vermögensanlagen.
40. Vgl. die Kontroverse um die Obsoleszenz- und Warenästhetikproblematik, etwa Hillmann, ZVP [1977], S. 48; Röper, ZVP [1977], S. 185ff; Schmidt, 'Geplanter Verschleiß', in: *Handbuch des Verbraucherrechts*, Gruppe 90; Haug, *Warenästhetik* [1971].
41. BGBl I 759.
42. BGBl I 141; dazu BT-Drucks. 7/4016 und 4282.
43. BT-Drucks. 7/4016, S. 10f; 7/4282, S. 1.
44. BGBl I 3730; geändert durch VO v. 9.12.1977, BGBl I 2576.

45. Dazu Strecker/Höhfeld, 'Informationsprobleme am Konsumgütermarkt', in: *Handbuch des Verbraucherrechts (HdVR)* [1976], Gruppe 240, Ziff. 7ff.
46. Strecker/Höhfeld, a.a.O. (Anm. 45), Ziff. 9ff.
47. Strecker/Höhfeld, a.a.O. (Anm. 45), Ziff. 12ff.
48. Strecker/Höhfeld, a.a.O. (Anm. 45), Ziff. 22ff.
49. BT-Drucks. 7/4016, S. 12.
50. Vgl. Strecker/Höhfeld, a.a.O. (Anm. 45), Ziff. 68ff; Püttner, NJW 1979, S. 2131.
51. Strecker/Höhfeld, a.a.O. (Anm. 45), Ziff. 53ff; auch BT-Drucks. 7/4016, S. 13.
52. Strecker/Höhfeld, a.a.O. (Anm. 45), Ziff. 68ff.
53. Der BGH lehnt dies zwar für §3 UWG ab, NJW [1974], S. 1503; da aber §17a EichG ausdrücklich als Verbraucherschutzvorschrift formuliert ist und ein Verbot enthält, dürfte §823 II anwendbar sein; Reich, WiVerw [1977], S. 235.
54. Erster Verbraucherbericht der Bundesregierung, BT-Drucks. VI/2724; zweiter Verbraucherbericht, BT-Drucks. 7/4181; EG-Programm v. 15.4.1975, ABl. C 92/1.
55. Kübler, ACP 192 [1972], S. 177ff; Schrickler, AcP [1972], S. 203ff (besonders zur vgl. Werbung); Kübler/Assmann, ZHR 142 [1978], S. 413ff (419).
56. Vgl. BGH NJW [1976], S. 620 und die dort genannten Nachweise.
57. BVerfG E 25, 256 (264).
58. Vgl. BGH GRUR [1966], S. 386; Reich/Tonner/Wegener a.a.O. (Anm. 1), S. 118ff; KG DB [1978], S. 2403.
59. Wegener, 'Boykott und Preisvergleich', in: *HdVR*, Gruppe 200, Ziff. 4.
60. Tilmann, NJW [1976], S. 624; Brinkmann, ZVP [1977], S. 255ff; Wegener, a.a.O. (Anm. 71), Ziff. 6; Kübler/Assmann, ZHR a.a.O. (Anm. 55), S. 421ff.
61. BGH DB [1972], S. 279.
62. Wegener, a.a.O. (Anm. 59), Ziff. 9.
63. Wegener, a.a.O. (Anm. 59), Ziff. 10ff.
64. Reich/Tonner/Wegener a.a.O. (Anm. 1), S. 119ff; Wiethölter KJ [1970], S. 121ff; Kübler AcP 172 [1972], S. 190ff.
65. Wegener, a.a.O. (Anm. 59), Ziff. 11.
66. Wegener, a.a.O. (Anm. 59), Ziff. 11; Brinkmann, ZVP [1977], S. 258.
67. BGHZ 45, 296; NJW [1970], S. 187; [1976], S. 620.
68. Wegener, a.a.O. (Anm. 59), Ziff. 12.
69. Tilmann, NJW [1975], S. 1913ff.
70. Brinkmann, ZVP [1977], S. 263f.
71. Hüttenrauch, ZVP [1977], S. 143ff; oben Ziff 6.
72. BGH NJW [1976], S. 620.
73. Dazu Brinkmann, ZVP [1977], S. 261ff mit Nachweisen; differenziert Kübler/Assmann, ZHR a.a.O. (Anm. 55), S. 423ff; Hart/Joerges, Verbraucherrecht und Marktökonomik, in: *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts* [1980], S. 191ff.

74. Dazu OLG Köln 15 U-262/75; OLG Hamburg, WRP [1979], 68.
75. Brinkmann, ZVP [1977], S. 261.
76. Hüttenrauch, ZVP [1977], S. 143ff.
77. Vgl. Brinkmann, ZVP [1977], S. 261f.
78. Zweiter Verbraucherbericht, BT-Drucks. 7/4181, S. 11, 16f.
79. Wegener, a.a.O. (Anm. 59), Ziff. 16ff mit weiteren Nachweisen; im Ergebnis ebenso KG DB [1978], S. 2403; KG WRP [1979], 202; OLG Hamburg WRP [1979], 68; OLG Köln WRP [1979], 230.
80. Wegener, a.a.O. (Anm. 59), Ziff. 23f.
81. Wegener, a.a.O. (Anm. 59), Ziff. 24.
82. LG Berlin DB [1976], S. 528.
83. OLG Stuttgart JZ [1975], S. 698; zum Ganzen Wegener, a.a.O. (Anm. 59), Ziff. 24.
84. BT-Drucks. 7/4181, S. 17.
85. Brinkmann, *Die Verbraucherorganisationen in der BDR und ihre Tätigkeit bei der überbetrieblichen technischen Normung* [1976], S. 68ff.
86. Strecker/Höhfeld, a.a.O. (Anm. 45), Ziff. 97.
87. Strecker/Höhfeld, a.a.O. (Anm. 45), Ziff. 95; Brinkmann, a.a.O. (Anm. 85), S. 116f.
88. Strecker/Höhfeld, a.a.O. (Anm. 45); Brinkmann, a.a.O. (Anm. 85), S. 133ff.
89. Strecker/Höhfeld, a.a.O. (Anm. 45); Brinkmann, a.a.O. (Anm. 85), S. 131ff.
90. Zweiter Verbraucherbericht, BT-Drucks. 7/4181, S. 17; Brinkmann, a.a.O. (Anm. 85), S. 139ff; vgl. Ziff. 59.
91. Strecker/Höhfeld, a.a.O. (Anm. 45), Ziff. 100; Brinkmann a.a.O. (Anm. 85), S. 143ff.
92. Strecker/Höhfeld, a.a.O. (Anm. 45), Ziff. 104.
93. Strecker/Höhfeld, a.a.O. (Anm. 45), Ziff. 102.
94. Vgl. BKA-Bericht [1976], BT-Drucks. 8/704, S. 18, 79.
95. *Wirtschaftlicher und sozialer Wandel in der BRD* [1977], S. 412f.
96. Ebendort.
97. BGH GRUR [1977], S. 488.
98. Strecker/Höhfeld, a.a.O. (Anm. 45), Ziff. 102.
99. Anm. 94.
100. BGH NJW [1974], 1503.
101. Fezer, GRUR [1976], S. 476ff; Kübler/Assmann, ZHR a.a.O. (Anm. 55), S. 447ff.

Werbung und Verkaufsförderung (Marketing)

I VORBEMERKUNGEN

78 Der hier darzustellende Komplex der Gesetzgebung und Rechtspraxis in der Bundesrepublik Deutschland umfaßt ein weites Feld verbraucherschützens- und sonstiger marktbezogener Regelungen. Verbraucherpolitischer Ausgangspunkt ist die sich in allen Industrieländern der europäischen Gemeinschaft aufdrängende Feststellung, daß *Werbung* und *marketing* einen *hervorragenden Platz in der Welt des Konsums* einnehmen¹. Für den *Hersteller* sind sie das entscheidende Mittel, um seine Produkte bzw. Dienstleistungen auf den Markt zu bringen, auf dem Markt zu halten, zulasten von Konkurrenten zusätzliche Marktanteile zu gewinnen und 'um die Gunst des Kunden zu ringen'. Auch der *Handel* bedient sich, jedenfalls außerhalb des Markenartikelvertriebes, inzwischen weitgehend der Werbung und eines eigenen 'Handelsmarketing', sei es durch Hinweis auf bei ihm behauptete günstige Einkaufsmöglichkeiten, sei es durch Hervorheben des bei ihm zu erwerbenden Produktangebotes, sei es durch Aufbau eigener Marken (sogenannter Handelsmarken). Für den *Verbraucher* sind *cum grano salis* Werbung und marketing, wie zahlreiche empirische Untersuchungen beweisen, immer noch die hauptsächlichste Motivations- und Informationsquelle für seine Bedarfsentscheidungen. Er wird mit einem neuen Produkt im allgemeinen durch die Werbung, also durch den Anbieter bekanntgemacht, die Werbung soll seine Präferenzen, sei es für bestimmte Marken, sei es für bestimmte Vertriebswege, sei es für bestimmte Bedarfsprioritäten festlegen. Die Werbung vermittelt ihm Preis- und Qualitätsvorstellungen. Gleichzeitig liefert sie ihm, jedenfalls bei der Markenartikelwerbung auch das Image, den sogenannten Zusatznutzen eines Produktes bzw. einer Dienstleistung mit². Das marketing macht ihn mit einem Produkt durch Preisausschreiben, Verkaufsveranstaltungen u.a. vertraut und setzt ihn neuen Vertriebsformen aus.

Die Formen und Gestalten von Werbung und marketing sind zu vielfältig, ständig in Entwicklung begriffen und von einem rasanten Wandel gekennzeichnet, daß es kaum möglich ist, sie in einer allgemeinen Definition von vornherein festzuhalten. Man kann jedoch in etwa *drei Hauptformen* der Werbung festhalten, wie sie sich im sogenannten *marketing-mix* von Unternehmen wiederfinden³: die Werbung in Form von Produkt- und Verpackungsgestaltung, bei Dienstleistungen durch Prospektgestaltung und so weiter (sogenannte *produktbegleitende* Werbung), die *Medienwerbung*

einschließlich Außenwerbung, und Werbung in Form von *sales promotion* (Verkaufsförderungsmethoden, marketing i.e. S. wie etwa Haustürvertrieb, Zugaben, Rabatte und ähnliches).

Für die *Verbraucherschutzgesetzgebung* der Bundesrepublik Deutschland ist verfassungstheoretischer Ausgangspunkt die grundsätzliche Zulässigkeit aller nicht gegen die 'öffentliche Ordnung' verstoßenden Formen von Werbung und marketing. Dies ergibt sich aus dem Grundrecht auf Berufsfreiheit und Berufsausübung, die dem Unternehmer, auf welcher Absatzstufe auch immer, grundsätzliche Freiheit in der Gestaltung der zur Förderung seines Produktabsatzes bzw. seiner Dienstleistungen notwendig erachteten Maßnahmen läßt⁴. Auch andere Verfassungsvorschriften garantieren *cum grano salis* diese Art von 'Werbefreiheit', ohne daß auf ihre Abgrenzung im Einzelfall jetzt eingegangen werden soll. Bedenklich scheint es allerdings, wenn die Zulässigkeit der (Medien-) Werbung auf den Grundsatz der Meinungs- und Pressefreiheit nach Art. 5 Grundgesetz gestützt wird⁵: hier wird übersehen, daß die Pressefreiheit um der politischen und gesellschaftlichen Kommunikation gegeben ist, nicht aber zur Verkaufsförderung zugunsten einzelner Unternehmen. Das gilt prinzipiell auch für die Medienwerbung, mit der allerdings vom Bundesverfassungsgericht für den Anzeigenteil einer Zeitung hervorgehobenen Besonderheit, daß dieser Anzeigenteil auch dem Schutz der Presse- und Meinungsfreiheit unterliegt⁶.

Die prinzipielle verfassungsrechtliche Werbefreiheit in diesem weiten Sinne ist jedoch von der Verfassung nicht schrankenlos gewährleistet. Da Werbung im allgemeinen die *Ausübung* eines Berufes, genauer einer gewerblichen Tätigkeit, nicht ihre Aufnahme als solche betrifft, läßt Art. 12 Grundgesetz gesetzliche Einschränkungen und Eingriffe in die Werbefreiheit weitgehend zu. Die verfassungsrechtliche Schranke ist hier lediglich der Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit*, wie das Bundesverfassungsgericht im Zusammenhang mit dem Verbot der Werbung im Straßenverkehr entschieden hat⁷. Die Eingriffe dürfen für den Werbetreibenden nicht übermäßig belastend sein; weniger intensive Eingriffsformen sind stärker regulierenden Formen vorzuziehen. Auf der anderen Seite sind die von der Werbung betroffenen *Allgemeininteressen* mit zu berücksichtigen. Dazu dürften bei einer *sozialstaatlichen Verfassungsinterpretation* inzwischen auch *Verbraucherinteressen* gehören⁸. Dies ist zweifelsfrei anerkannt im Bereich von Materien, die die Gesundheit und die Sicherheit des Verbrauchers betreffen, etwa im Lebensmittel- und Arzneimittelrecht: hier ist der Gesetzgeber sogar aufgrund seiner Sozialstaatsverpflichtung gehalten, Auswüchsen der Werbung, etwa der gesundheitsbezogenen Werbung entgegenzutreten. Von diesem Regelungsvorbehalt hat, wie inzwischen auch anerkannt ist, der Gesetzgeber an vielen Stellen Gebrauch gemacht. Weiterhin muß der Gesetzgeber die *Entscheidungs- und Entschließungsfreiheit des Konsumenten* schützen, was sich aus Art. 2 Grundgesetz ergibt. Das hat Bedeutung insbesondere für die Regulierung von Verkaufsförderungsmethoden, die etwa in die Privatsphäre des Kunden eindringen, ihn zu täuschen suchen oder seinen Kaufentscheid manipulieren⁹. So hat das Bundesverfassungsgericht das wettbewerbsrechtliche Verbot des Hausbesuches von Grabsteinvertretern als verfassungsrechtlich zulässige Einschränkung der Berufsausübungsfreiheit anerkannt¹⁰. Dieser Grundsatz ist durchaus verall-

gemeinerungsfähig. Entsprechendes gilt auch für die Medienwerbung und für die produktbegleitende Werbung, die insbesondere nicht täuschend und irreführend sein darf. Das *Verbot von Täuschung und Irreführung des Verbrauchers* hat deshalb eine feste verfassungsrechtliche Grundlage.

Für den Kaufentscheid des Kunden ist es aber auch wichtig, daß ihm *Informationen* übermittelt werden, die *sachkundig, objektiv und neutral sind*, um so seine wirtschaftliche Entscheidungsfreiheit erst zu ermöglichen¹¹. Auch dieser Grundsatz ist nach Meinung des Verfassers Ausfluß einer Sozialstaatlichkeit und kann deshalb, über den Bereich gesundheitspolitischer Regelungen hinaus, eine Einschränkung der Werbefreiheit begründen. Die Informationsverpflichtung kann sich dabei entweder an den Werbetreibenden selbst richten oder sie kann erfolgen durch den Aufbau entsprechender Gegeninformationssysteme, die unabhängig von der Anbieterwerbung dem Kunden Kriterien für seine Bedarfsentscheidung liefern: dies ist im 3. Kapitel bereits gewürdigt. Damit ist gleichzeitig der verfassungsrechtliche Rahmen der neueren Verbrauchergesetzgebung und Rechtspraxis zur Informativität der Werbung abgesteckt. Regelungen zur Verbraucherinformation und zur Werbung überschneiden sich also.

Neben dem Aspekt der Information steht der Gesichtspunkt der Kontrolle besonders unter dem Kriterium der *Sachlichkeit* des marketing. Je nach Ausmaß der marketing-Maßnahme kann eine unterschiedlich intensive Kontrolle von der Verfassung her geboten bzw. erlaubt sein. Schließlich darf der *Schutz des individuellen Konsumenten* nicht vergessen werden: da Werbung in dem oben beschriebenen weiten Sinne, insbesondere in aggressiven, manipulativen oder täuschenden Formen häufig dazu führt, daß sich der Kunde in zivilrechtlich zunächst wirksamen Verträgen bindet, sind Möglichkeiten zu schaffen, daß er sich von diesen ihm schädlichen und bei ruhiger Überlegung nicht getroffenen Entscheidungen wieder befreien kann. Der Grundsatz der Vertragstreue, der dem Zivilrecht an sich 'heilig' ist, bedarf hier im Sinne des Konsumentenschutzes einer Einschränkung genauer: einer *Materialisierung*.

Die Darstellung geht so vor sich, daß zunächst das Recht der Werbeaussagen (Werbung i.e.S.), dann das Recht der Verkaufsförderung (marketing i.e.S.) und schließlich die Kontrollmechanismen einschließlich Selbstkontrolle und Reformbestrebungen dargestellt werden. Dabei ist angesichts der Fülle des Stoffes eine Beschränkung auf verbraucherrelevante Tatbestände geboten.

II WERBEAUSSAGEN

- 79 Im Recht der Bundesrepublik Deutschland bestehen Vorschriften, die *Werbeaussagen* speziell unter Gesichtspunkten des Verbraucherschutzes kontrollieren und beschränken, bislang nicht. Vielmehr werden Fragen der Werbung im Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs von 1909 sowie in zahlreichen Spezialgesetzen geregelt. Das Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb war dabei zunächst kein Verbraucherschutzgesetz, sondern ein Konkurrentenschutzgesetz¹². Erst in neuester Zeit, insbesondere durch Einführung der Verbraucherverbandsklage im Jahre 1965 in §13 Abs. 1a sowie durch die neuere Rechtsprechung kann man als Schutzgut des Rechts des

unlauteren Wettbewerbes auch den Verbraucherschutz betrachten¹³. Die Kodifikationen zu Spezialmaterien, insbesondere im Arzneimittel- und im Lebensmittelbereich, erheben in ihren werberechtlichen Vorschriften ausdrücklich einen verbraucherschützenden Anspruch¹⁴. Andere Spezialgesetze, etwa das Weinrecht, haben stärker den Schutz des Produzenten und Handels im Auge und leisten nur mittelbar Verbraucherschutz.

Im folgenden soll das geltende Werberecht unter Aspekten des Verbraucherschutzes zunächst anhand des Rechts gegen unlauteren Wettbewerb und danach anhand von Spezialgesetzen dargestellt werden.

1 Das allgemeine Irreführungsverbot

80 Grundnorm jeder Werbemaßnahme ist §3 UWG, der irreführende Werbung verbietet. Wegen ihrer Bedeutung sei die Vorschrift hier wörtlich zitiert:

‘Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbes über geschäftliche Verhältnisse, insbesondere über die Beschaffenheit, den Ursprung, die Herstellungsart oder die Preisbemessung einzelner Waren oder gewerblicher Leistungen oder des gesamten Angebots, über Preislisten, über die Art des Bezugs oder die Bezugsquelle von Waren, über den Besitz von Auszeichnungen, über den Anlaß oder den Zweck des Verkaufs oder über die Menge der Vorräte irreführende Angaben macht, kann auf Unterlassung der Angaben in Anspruch genommen werden.’

§3 enthält nach allgemeiner Meinung ein Verbot täuschender Werbung und spricht demgemäß ein Gebot zur wahrheitsgemäßen Werbung aus¹⁵. Die Bedeutung und Reichweite dieses Verbotes erschließt sich jedoch erst anhand der Rechtspraxis, die hier anhand einzelner verbrauchertypischer Tatbestände gewürdigt werden soll. Zuvor ist jedoch über die wesentlichen Tatbestandsmerkmale kurz zu referieren.

81 (aa) Vom Irreführungsverbot sind lediglich Angaben über geschäftliche Verhältnisse im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs betroffen. Der Begriff des geschäftlichen Verkehrs zu Zwecken des Wettbewerbes wird in §3 UWG ähnlich wie in §1 von der Rechtspraxis gehandhabt. Erforderlich ist dabei immer die Förderung *eigenen oder fremden Wettbewerbs* durch eine Werbemaßnahme¹⁶. Eine solche Förderung des Wettbewerbs, das heißt eine *wettbewerbsbezogene Handlung* ist bei Werbemaßnahmen von Unternehmen auf dem Konsumgütermarkt immer gegeben. Abgrenzungsschwierigkeiten ergeben sich lediglich dann, wenn etwa Wirtschaftsverbände, sonstige Organisationen und ähnliche Institutionen Werbung betreiben. Als Faustregel gilt, daß Werbemaßnahmen etwa durch Wirtschaftsverbände, zum Beispiel Verbraucheraufklärung, dem Irreführungsverbot unterfallen, nicht jedoch Maßnahmen durch Verbraucherverbände, durch politische Parteien oder Gewerkschaften¹⁷. Auch Rundfunk und Presse unterliegen hinsichtlich ihres redaktionellen Teiles nicht der Vorschrift des §3 UWG, sondern genießen das Privileg des Art. 5 Grundgesetz in Verbindung mit dem jeweiligen Pressegesetz¹⁸. Überschneidungen sind denkbar, etwa hinsichtlich irreführender Gestaltung einer *public relations*-Maßnahme in Form redaktioneller Beiträge¹⁹.

In solchen Fällen entfällt die Berufung auf die grundrechtlich geschützte Pressefreiheit. Es gelten vielmehr die Vorschriften des Rechts über den unlauteren Wettbewerb. Der Staat nimmt dann am Wettbewerb teil, wenn er sich wirtschaftlich betätigt, nicht jedoch, wenn er als Hoheitsträger oder als Organ etwa der Daseinsvorsorge in Erscheinung tritt²⁰. So werden Werbemaßnahmen etwa der Deutschen Bundesbahn, der Bundespost, öffentlich-rechtlicher Versorgungsunternehmen und Versicherungsanstalten an den Vorschriften des §3 UWG gemessen.

Schwieriger ist jedoch die Bestimmung dessen, was *Angaben* über geschäftliche Verhältnisse sind. Zunächst wird von der Rechtsprechung der Kreis der Angaben sehr weit gezogen. Es kommt insbesondere nicht auf die Form der Angaben an. Schriftliche, mündliche, bildliche, in Ton gefaßte Angaben fallen ebenso unter das Irreführungsverbot wie Warenbezeichnungen, Firmenbezeichnungen, Verpackung, Etikette und Marken²¹. Soweit allerdings Waren- und Firmenzeichen betroffen sind, gehen hier im allgemeinen die besonderen Schutzvorschriften vor, die wiederum ein spezielles Irreführungsverbot, etwa in §4 II Nr 4 Warenzeichengesetz²² enthalten. Kann das eingetragene Warenzeichen, die geschützte Ausstattung oder das Kennzeichen zu einer Irreführung des Verbrauchers führen, so läßt die Rechtsprechung das Irreführungsverbot in der Regel nicht greifen, weil sie einen 'wertvollen' Besitzstand nicht vernichten will²³ — eine für den Verbraucher überaus nachteilige Rechtsprechung. Soweit besondere Kennzeichnungsvorschriften bestehen, schließen sie das allgemeine Irreführungsverbot nach herrschender Meinung nicht aus. Auf der anderen Seite wird eine nach gesetzlichen Vorschriften gekennzeichnete Ware keine Irreführung beim Verbraucher mehr hervorrufen können²⁴.

Die von §3 umfaßten Angaben müssen jedoch, und auch darin besteht Einigkeit, einen bestimmten *tatsächlichen nachprüfbaren Kern* enthalten²⁵. Bloße Meinungsäußerungen, Werturteile, Übertreibungen und ähnliches sind im allgemeinen keine Angaben, sofern nicht doch durch entsprechende Auslegung ein Tatsachekern herauszuschälen ist. Diese Unterscheidung ist von großer Bedeutung für die unten noch abzuhandelnde *Suggestivwerbung*: eine Werbung, die vornehmlich an das Unbewußte oder Unterbewußte appelliert, etwa indem sie die Ware mit bestimmten Statussymbolen in Verbindung bringt, enthält im allgemeinen keine Angaben und wird nach geltender Rechtspraxis von §3 UWG nicht erfaßt²⁶. Inwieweit dieser Tatbestand heute noch hinnehmbar ist, soll unten geprüft werden.

- 82** (bb) Der Inhalt der Angaben wird in §3 anhand von Beispielen umschrieben. Es besteht Einigkeit, daß diese Beispiele nicht abschließend sind, sondern daß grundsätzlich *alle Angaben* dem Irreführungsverbot unterliegen²⁷. Das gilt beispielsweise auch für public relations-Maßnahmen eines Unternehmens. Nach heutiger Gesetzeslage ist es auch gleichgültig, *wem* gegenüber die Angaben gemacht werden. Die Novellierung des UWG von 1965 hat klargestellt, daß auch Angaben gegenüber Privaten, etwa im privaten Verkaufsgespräch, anlässlich eines Haustürbesuches und auf der Straße unter das Irreführungsverbot fallen²⁸. Von den Angaben kann sowohl eine unbegrenzte Anzahl von Personen erfaßt sein, etwa bei der herkömmlichen Medienwerbung, oder auch

ein geschlossener Personenkreis, etwa bei einem Verkaufsgespräch, bei einer sogenannten Kaffeefahrt, durch Ansprechen von Straßenpassanten und ähnliches²⁹.

Nach inzwischen gefestigter Rechtspraxis unterliegen auch Angaben über *vertragliche Rechte*, etwa das Widerrufsrecht beim Abzahlungskauf, dem Irreführungsverbot³⁰. Der Novellierungsentwurf der Bundesregierung zum UWG vom 26.5.1978 schreibt diese Praxis ausdrücklich in einer Neufassung des §3 UWG fest³¹.

- 83 (cc) Kern des §3 ist der Begriff der *Irreführung*. In ihm drückt sich für die herrschende Meinung der Wahrheitsgrundsatz der Werbung aus. Er findet sich dann auch in speziellen gesetzlichen Vorschriften wieder. Die Messung des Irreführungsgehaltes einer Werbeaussage wird so zum zentralen Problem des Verbraucherschutzes³².

Grundsatz der Rechtsprechung ist hier, daß der Begriff der Irreführung nicht nach objektiven, sondern nach *subjektiven* Kriterien gemessen wird³³. Das bedeutet insbesondere, daß im Streitfall nicht der Wahrheitsgehalt einer Angabe anhand von objektiven Maßstäben nachgeprüft wird, sondern daß die Irreführung jeweils gemessen und festgestellt wird anhand der von einer *Werbemaßnahme betroffenen Verkehrskreise*. Das führt zu dem zunächst paradoxen, aber anhand des subjektiven Irreführungskriteriums durchaus konsequenten Ergebnis, daß auch *wahre Aussagen irreführend* sein können, während andererseits *falsche Aussagen nicht irreführend* zu sein brauchen³⁴. Dazu zwei Beispiele aus der Rechtsprechung: eine freie Tankstelle hatte damit geworben, daß sie 'Markenbenzin' verkaufe. Sie konnte im gerichtlichen Verfahren nachweisen, daß sie ihr Benzin tatsächlich von einem der großen Benzinunternehmen bezog. Das von ihr verkaufte Benzin war also von gleicher Qualität wie das 'Markenbenzin', das von den großen Mineralölkonzernen an deren Tankstellen feilgeboten wurde. Dennoch bejahte die Rechtsprechung eine Irreführung und eine sittenwidrige Wettbewerbshandlung: die betroffenen Verkehrskreise erwarteten von der Bezeichnung 'Markenbenzin' nicht nur, daß es die gleiche Herkunft und Qualität habe wie das Benzin der großen Mineralölgesellschaften, sondern auch berechtigt sei, es als 'Markenware' zu vertreiben³⁵. Auch für den umgekehrten Fall, wonach nämlich falsche Angaben nicht irreführend zu sein brauchen, sei ein Beispiel aus der Rechtsprechung angeführt: Fichtennadelextrakt wird nicht, wie die Bezeichnung vermuten läßt, aus Fichtennadeln hergestellt, sondern aus Fichtenrinde. Die Rechtsprechung verneinte die Irreführung, da die Verkehrskreise auf die exakte stoffliche Zusammensetzung des Produktes nicht abstellten und insoweit durch die eigentlich falsche Angabe auch nicht irregeführt werden können³⁶. Ähnlich ist es etwa mit Bezeichnungen wie Bauernbrot, Holzofenbrot und ähnliches: zwar ist dieses Brot weder von Bauern gebacken noch fand ein Holzofen dafür Verwendung, der Verkehr wird jedoch nicht irregeführt, da hierin eine bloße Gattungsbezeichnung liegt.

Allerdings ist die Rechtsprechung in der Handhabung des Irreführungsprinzips nicht unbedingt konsequent, sondern verwendet auch *objektive* Maßstäbe, etwa bei der Gutachter-, der Alleinstellungs- und der gesundheitsbezogenen Werbung³⁷.

Zur Irreführung genügt *die Eignung* bzw. Gefahr, die betroffenen Verkehrskreise fehlzuleiten³⁸. Das Irreführungsverbot ist weder mit dem Sachlichkeitsgebot noch mit dem Informationsgebot der Werbung zu verwechseln. Eine Werbung muß auch dann nicht irreführend sein, wenn sie unsachlich oder uninformativ vorgeht³⁹.

Hinsichtlich der Messung des Irreführungsgehaltes einer Werbeangabe haben sich inzwischen durch die Rechtsprechung feste Grundsätze herausgebildet. Zunächst wird danach unterschieden, an wen sich die Werbung richtet. Eine Werbung an Fachkreise muß andere Standards erfüllen als die allgemeine Verbraucherwerbung⁴⁰. Die Verkehrsauffassung bestimmt sich dabei nicht nach Maßgabe extrem toleranter oder extrem strenger bzw. kritischer Einstellung, sondern nach einem Durchschnittsmaßstab. Der flüchtige Beobachter, der typischerweise von einer Werbemaßnahme betroffen wird, ist das entscheidende Kriterium für die Irreführung⁴¹. Allerdings genügt es nicht, daß ein völlig unbeachtlicher Teil des Publikums irreführt werden kann. Es ist umgekehrt auch nicht erforderlich, daß die große Mehrzahl der potentiellen Abnehmer irreführt wird. Man nimmt vielmehr an, daß es ausreicht, wenn etwa 10–15% der betroffenen Verkehrskreise von einer Werbemaßnahme irreführt werden können⁴².

Die Verkehrsauffassung kann dabei durch das Gericht selbst, aber auch durch Einholung von demoskopischen Gutachten ermittelt werden. Immer muß die Werbemaßnahme in ihrer Gesamtheit berücksichtigt werden, jedoch anhand des Empfänger-, nicht des Unternehmenshorizontes⁴³. Hat sich die Verkehrsauffassung gewandelt, so bekommt das Bedeutung für die Irreführung. Ist die Verkehrsauffassung etwa durch Gesetz festgeschrieben, insbesondere im Kennzeichnungsrecht, so bleibt davon die Verkehrsauffassung nicht unbeeinflußt.

Aber auch dann, wenn die so ermittelte Verkehrsauffassung zur Verurteilung von Angaben als irreführend führt, muß im Einzelfall vor Erlaß eines Werbeverbotes eine *Interessenabwägung* mit den schutzwerten Belangen des werbetreibenden Unternehmens vorgenommen werden⁴⁴. Dabei spielt insbesondere das Argument eines *wertvollen Besitzstandes* in der Praxis eine große Rolle. Die Interessen der Abnehmer oder Verbraucher an einer nicht irreführenden Werbung sollen nämlich nicht dazu führen, daß durch das Irreführungsverbot ein wertvoller Besitzstand, der durch jahrelange Werbemaßnahmen erzielt worden ist, vernichtet wird⁴⁵. Das kann dazu führen, daß trotz Irreführung kein Unterlassungsurteil ergeht bzw. daß durch Befügung eines Zusatzes eine mögliche Irreführungsgefahr beseitigt wird.

2 Ausdifferenzierungen

84 Bezüglich der Irreführung spielen in der Praxis folgende Fälle aus Verbrauchersicht eine besondere Rolle:

(aa) *Unvollständige Werbung*: Aus §3 entnimmt die herrschende Rechtspraxis *kein* Vollständigkeitsgebot der Werbung⁴⁶. Der Werbetreibende ist keineswegs gehalten, Nachteile seines Produktes anzuführen, sofern ihn nicht eine besondere Verpflichtung aufgrund Gesetzes oder aufgrund der Verkehrs-

auffassung trifft. Eine solche Aufklärungspflicht kann ausnahmsweise bestehen, wenn das Verschweigen von Nachteilen Bedeutung für den Verkehr hat und insoweit wiederum zu einer Irreführung führt. Wird durch unvollständige Werbung ein falscher Gesamteindruck erzeugt, so kann unter diesem Gesichtspunkt eine mittelbare Vollständigkeitspflicht gegeben sein. Bedeutung hat dieser Grundsatz etwa für die *gesundheitsbezogene* Werbung, wie die Rechtsprechung anhand der Kaffee-Werbung mehrfach festgestellt hat: bei Genußmitteln erfordern 'jegliche Zweifel an den Wirkungen des Erzeugnisses auf die Gesundheit eine Beschränkung der Werbung'⁴⁷. Gesetzliche Kennzeichnungspflichten führen nur dann zu einer entsprechenden Aufklärungspflicht, sofern das Unterlassen dieser Angaben verkehrswesentlich ist⁴⁸. Sonst bleibt es bei den entsprechenden kennzeichnungsrechtlichen Sanktionen.

(bb) Bei sogenannten *mehrdeutigen Angaben* mißt die Rechtsprechung *jede Aussage* anhand ihres Irreführungsgehaltes⁴⁹. Beispiel dafür war die Werbung für einen Rasierapparat: 'der meistgekaufte der Welt'. Es stand zwar fest, daß der umworbene Rasierer den größten Weltabsatz hatte, nicht jedoch den größten Absatz in der Bundesrepublik. Die Rechtsprechung nahm hier eine mehrdeutige Angabe an, und bejahte deshalb die Irreführung, weil der Rasierapparat nicht auch der meistgekaufte in der Bundesrepublik Deutschland sei.

(cc) Werbung mit *Selbstverständlichkeiten* kann dann irreführend sein, wenn der Wettbewerber etwas herausstellt, wozu er ohnehin verpflichtet ist. Beispiele sind etwa die Hervorhebung, daß ein bestimmtes Produkt keine Verunreinigungen habe, obwohl solche Zusätze gesetzlich gar nicht zulässig sind und sich auch alle Wettbewerber an die gesetzlichen Vorschriften halten⁵⁰.

(dd) *Übertreibungen* sind nach gängiger Rechtspraxis im allgemeinen nicht irreführend. Man gesteht der Werbung einen gewissen 'marktschreierischen' Inhalt zu und setzt die Grenze praktisch erst dort, wo eine grobe Irreführung beginnt. Es gilt der Grundsatz, daß der Verkehr Übertreibungen nicht ernst nehme und daß sich deshalb auch eine Werbemaßnahme nicht anhand des Wahrheitsgehaltes ihrer Aussage messen lassen müsse⁵¹. Dabei sind die Grenzen großzügiger in der Wortwerbung als in der Bildwerbung: da nun mal die Sprache der Werbung 'marktschreierisch' sei, könne es nicht Aufgabe des Irreführungsverbotes sein, hier für eine Reduktion der Sprache auf das Normalmaß zu sorgen. Da anders aber die Bildwerbung den Verbraucher stärker beeinflusst, werden hier Übertreibungen mit schärferem Maßstab gemessen⁵². Etwas ähnliches gilt für wissenschaftlich aufgemachte Werbeaussagen (Zahnpasta, Margarine).

3 Werbung mit der Preisbemessung

85 Angaben über die Preisbemessung, über Preislisten und so weiter müssen, wie §3 ausdrücklich hervorhebt, dem Irreführungsverbot entsprechen. Zu beachten bleibt, daß §3 in diesem Zusammenhang nur die Funktion eines Auffangtatbestandes hat, während sich die Pflicht zur Preisangabe aus der Preisangaben-

verordnung und die Pflicht zur Grundpreisangabe bei bestimmten Produkten aus dem Eichgesetz ergibt (40ff). Außerdem gelten Sondervorschriften hinsichtlich der Gewährung von Rabatten, der Durchführung von Sonderveranstaltungen, der Großhändlerwerbung und ähnliches. Zu bemerken bleibt auch, daß die in der Praxis entschiedenen relevanten Fälle einer irreführenden Werbung mit Preisangaben nicht immer verbraucherrelevante Tatbestände betreffen, sondern häufig zur Erweiterung des Markenartikelschutzes eingesetzt werden. § 3 hat sich in der Praxis zu einem typischen Instrument der *Außenseiterbekämpfung* entwickelt, das für den Verbraucher dann besonders nachteilig sein kann, wenn dadurch zwar auffallende, im Prinzip aber richtige Werbung etwa mit Preissenkungen verhindert wird⁵³.

In der Praxis spielen in etwa folgende Fälle eine Rolle.

(aa) Eine sogenannte *Lockvogelwerbung* kann nach § 3 als irreführende Werbeangabe untersagt werden. Dabei unterscheidet man vier Fälle einer verbotenen Lockvogelwerbung⁵⁴:

- es wird mit der Preisstellung einer Ware geworben, die dem Werbenden nicht zur Verfügung steht;
- es wird mit der Preisstellung einer Ware geworben, die dem Werbenden nur in unzureichenden Mengen zur Verfügung steht;
- es wird mit der Preisstellung einer Ware, die dem Werbenden in hinreichender Menge zur Verfügung steht, in der Absicht geworben, den Kunden im Verkaufsgespräch zum Erwerb einer anderen, teureren Ware zu überreden;
- es wird mit der besonders günstigen Preisstellung einer Ware geworben und damit zu Unrecht der Eindruck hervorgerufen, daß das Gesamtortiment des Werbenden ähnlich preisgünstig kalkuliert sei.

Die ersten drei Fälle spielen schon aus Beweisgründen in der Praxis kaum eine Rolle. Problematischer ist jedoch die Gesamtangebotstäuschung als irreführende Lockvogelwerbung. Die Rechtsprechung hat dazu ausgeführt, daß eine Irreführung gegeben sei, wenn mit der besonders günstigen Preisstellung einer Ware in der Art geworben werde, daß den angesprochenen Verkehrskreisen dieser Preis als beispielhaft für die Preisgestaltung des gesamten Sortiments erscheine, während in Wirklichkeit die übrigen Artikel normal oder sogar überhöht kalkuliert würden. Je deutlicher dabei der Kunde erkennt, daß es sich um ein aus dem übrigen Sortiment herausfallendes Sonderangebot handle, desto geringer werde die Gefahr der Irreführung über die Preiswürdigkeit des Gesamtangebotes. Wenn allerdings ein Händler einige wenige Waren, mit denen der Verbraucher bereits genaue Preisvorstellungen verbinde, auffallend preisgünstig anbiete, ohne auf den Sonderangebotscharakter aufmerksam zu machen, verstärke sich die Irreführungsgefahr⁵⁵. Aus diesem Urteil haben einige Instanzgerichte sowie Wirtschaftsverbände die Forderung entnommen, eine Preiswerbung unter Fabrikabgabepreis, Einstandpreis oder Selbstkostenpreis als irreführend zu bewerten⁵⁶. Dieser Meinung ist jedoch der Bundesgerichtshof in einer neuen Entscheidung entgegengetreten und hat darauf hingewiesen, daß die Irreführungsgefahr nicht auf innerbetriebliche Tatsachen gestützt werden dürfe, wie zum Beispiel das Unterschreiten der

Einstandpreise oder die Willkürlichkeit der Preisbildung⁵⁷. Daraus erhellt, daß eine verbotene, weil irreführende Lockvogelwerbung nicht bereits in der Werbung mit *Preisen unter Selbstkosten* liegt. Preisbrechern kann damit im allgemeinen nach §3 nicht entgegengetreten werden, eine vom Verbraucherstandpunkt begrüßenswerte Entwicklung⁵⁸.

(bb) Ein zweiter Tatbestand ist die irreführende Werbung durch *unrichtige Preisgegenüberstellung*. Nach den Grundsätzen der Rechtsprechung ist sie verboten, wenn der höhere Preis vom Händler vorher entweder überhaupt nicht oder nicht ernsthaft gefordert worden ist. Die Rechtsprechung hat dabei ausdrücklich zugelassen, daß das Unternehmen mit Preissenkungen werben dürfe und diese als Werbemittel einsetzen könne. Allerdings darf die Preissenkung nicht bloß fiktiv sein. Die Rechtsprechung stellt deshalb auf den Einzelfall ab, wann ein Preis noch als ernsthaft gefordert anzusehen ist⁵⁹.

Ein von der CDU/CSU-Fraktion 1978 eingebrachter Novellierungsvorschlag will in einem neuen §3a UWG die Werbung mit *Preisgegenüberstellungen* generell verbieten⁶⁰. Ein solches Verbot ist rechtspolitisch abzulehnen, da es dem Verbraucher nützliche (weil nicht irreführende) Angaben in der Werbung vorenthalten will⁶¹.

(cc) Ein anderer Tatbestand ist die Werbung mit *sogenannten Mondpreisen oder Mondpreisempfehlungen*. Mondpreise liegen dann vor, wenn die Preisforderung sich von vornherein nicht an den Marktgegebenheiten orientiert, sondern primär dazu dient, dem Händler eine 'Preissenkung' zu ermöglichen, um damit ein preisgünstiges Angebot vorzutauschen. Mondpreise werden, sofern sie in der Form von Preisempfehlungen vorkommen, kartellrechtlich kontrolliert (28). Verstöße gegen die kartellrechtlichen Vorschriften durch den Hersteller oder Händler — etwa fehlerhafte Kennzeichnung hinsichtlich der Unverbindlichkeit, Mondpreisempfehlungen — beinhalten eine gegen §3 UWG verstoßende irreführende Werbung⁶².

(dd) Auch in der Art der *Preisstellung* und der Präsentation des Preises achtet die Rechtsprechung darauf, daß der Verbraucher nicht irreführt wird. Das gilt beispielsweise für Bezeichnungen wie Fabrikpreis, Großhandelspreis, Diskontpreis, Selbstkostenpreis und Sparpreis. Auf Einzelheiten soll hier nicht eingegangen werden⁶³.

4 Werbung mit Qualität und Beschaffenheit von Waren oder Leistungen

86 Für den Verbraucher besteht ein wichtiges Anliegen darin, zu günstigem Preis Waren oder Dienstleistungen von möglichst hoher Qualität zu erwerben, während umgekehrt der Werbetreibende ein Interesse daran hat, die behauptete Qualität seiner Produkte oder Leistungen gegenüber denen der Konkurrenz besonders herauszustellen. Die Grundnorm, die die hier auftretenden Interessenkonflikte löst, ist ebenfalls §3 UWG. Als Grundsatz kann angemerkt werden, daß die Rechtsprechung eine irreführende Werbung mit der Beschaffenheit bzw. Qualität der Ware nur dann annimmt, wenn die wirkliche Beschaffenheit von der umworbenen Beschaffenheit in *grobem* Maße

abweicht⁶⁴. Hier zeigt es sich als besonders nachteilig, daß dem Werbenden ein objektives Richtigkeitsgebot seiner Werbung nicht obliegt.

Aus der Rechtsprechung sind einige Beispiele herauszugreifen: Übertreibungen hinsichtlich der Qualität und Beschaffenheit einer Ware werden in bestimmten Grenzen im allgemeinen hingenommen; 'Klappern gehört zum Handwerk'⁶⁵. Die Grenzen beginnen erst dort, wo etwa eine Alleinstellung behauptet wird, wo eine Durchschnittsleistung als Spitzenleistung ausgegeben wird, wo gebrauchte Waren als fabrikneu bezeichnet werden, wo Waren mit fiktiven oder selbstverständlichen Garantien versehen werden, und ähnliches⁶⁶. Auf der anderen Seite achtet die Rechtsprechung darauf, daß durch Qualitätswerbung nicht in andere schutzwürdige Interessen von Konkurrenten eingegriffen wird, etwa bei dem Zusatz 'echt Skai', den die Rechtsprechung als irreführend verbot, weil darin die Ähnlichkeit zu Leder vorgespiegelt wurde⁶⁷. Wird bestimmten Quasi-Arznei- oder Heilmitteln, die nicht dem Arzneimittelrecht unterliegen, eine bestimmte Wirkung unterlegt, die aber in Wirklichkeit gar nicht eintreten kann, so läuft im allgemeinen das Irreführungsverbot leer⁶⁸. Das Gleiche gilt etwa für Kosmetika, Potenz- und Stärkungsmittel, Beruhigungsmittel und ähnliches. Allerdings sind hier die entsprechenden Vorschriften des Lebensmittelrechts zu beachten, auf die unten noch eingegangen wird. Auch ist zu bemerken, daß die Rechtsprechung in letzter Zeit *strengere Maßstäbe* anlegt.

5 Sonstige Fälle

87 (aa) Eine große Bedeutung spielt dagegen in der Rechtsprechung *irreführende Werbung mit geographischer oder betrieblicher Herkunft*⁶⁹. Hier hat die Rechtsprechung scharfe Grundsätze entwickelt, die deutlich den Grundsätzen der Qualitätswerbung kontrastieren. Eine irreführende Herkunftswerbung liegt beispielsweise schon dann vor, wenn durch Symbole oder sprachliche Anklänge der Eindruck erzeugt wird, ein Produkt stamme aus einer bestimmten Region, wie etwa hinsichtlich der Bocksbeutelflasche für badischen Wein⁷⁰. Die Rechtsprechung stellt hier weiterhin auf den Bedeutungswandel einer Herkunftsbezeichnung ab, so daß eine früher möglicherweise irreführende Werbung mit einer Herkunftsbezeichnung heute nicht mehr irreführend sein muß⁷¹. Auch wird das Besitzstandsinteresse des werbenden Unternehmens mit dem Verkehrsinteresse an richtigen Herkunftsangaben abgewogen⁷².

Sonderregelungen bestehen insbesondere für die Herkunftsangaben von Wein und ähnlichen Produkten. Dies ergibt sich jedoch nicht aus dem UWG, sondern aus den entstprechenden sondergesetzlichen Vorschriften⁷³.

88 (bb) Eine verbotene, weil irreführende *Alleinstellungswerbung* liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn das werbetreibende Unternehmen eine Spitzenstellung, gleich welcher Art (Qualität, Umsatz, Preisgünstigkeit und so weiter) behauptet, die ihm jedoch in Wirklichkeit nicht zukommt. Allerdings verlangt die Alleinstellungswerbung auch einen nachprüfbaren Kern⁷⁴. Wird mit nichtsagenden Aussagen geworben, etwa: 'weiß, weißer geht's nicht', so liegt keine verbotene Alleinstellung vor, wohl aber bei der Bezeichnung: 'den und keinen anderen'⁷⁵.

Die Form der Alleinstellungswerbung ist dabei gleichgültig⁷⁶. Der häufigste Fall wird die Superlativwerbung sein. Die Werbung kann aber auch komperativistisch vorgehen oder sich sonstiger Mittel bedienen. Auch aus den Umständen, unter denen geworben wird, bzw. unter denen die relevanten Verkehrskreise die Werbung verstehen, kann sich die Behauptung einer Alleinstellung ergeben.

Eine verbotene Alleinstellungswerbung kann auch in Form von vergleichender Werbung geschehen. Allerdings ist dabei eine konkrete Bezugnahme auf andere Mitbewerber Voraussetzung. Dies wird am Einzelfall ermittelt.

Bei der Alleinstellungswerbung geht es im allgemeinen nicht um verbraucherrelevante Sachverhalte, sondern um divergierende Interessen der konkurrierenden Unternehmen.

- 89 (cc) Irreführend sind insbesondere auch solche Werbeangaben, die sich zu *Unrecht auf fremde Autoritäten, Gutachten, Warentests* und Bewertungen stützen. Dabei ist Prämisse der Rechtsprechung, daß sich der Werbende auch dann Äußerungen Dritter zu eigen macht, wenn er sie in seiner Werbung als solche kennzeichnet. Der Werbende hat voll das Risiko der Unrichtigkeit des Einsatzes fremder Autoritäten zu tragen. Irreführend kann die Werbung sowohl dann sein, wenn sie falsch ist, als auch, wenn sie objektiv richtig ist⁷⁷.

In neuerer Zeit spielt hier eine besondere Rolle die Werbung mit *vergleichenden Warentests*⁷⁸. Soweit hier das Problem der vergleichenden Werbung angesprochen ist, soll unten noch darauf eingegangen werden. Eine Irreführung im Sinne von §3 UWG liegt zunächst dann vor, wenn der Warentest falsch oder unvollständig wiedergegeben wird. Eine Irreführung kann auch dann gegeben sein, wenn das Produkt, auf das sich der Warentest bezog, nicht dasselbe ist, das umworben wird. Sonstige Fälle der Testwerbung, die irreführend sein können, hängen sehr von den Umständen des Einzelfalles ab. So kann eine Testwerbung irreführend sein, wenn sie wenig bedeutsame, aber positiv bewertete Merkmale besonders herausstellt, während das Gesamturteil des Tests eher negativ war. Keineswegs verlangt die Rechtsprechung vom Werbetreibenden, daß er den Warentest in seiner Vollständigkeit wiedergibt. Es reicht aus, daß etwa mit dem Gesamtergebnis geworben wird, auch wenn einzelne geprüfte Merkmale nicht zufriedenstellend waren. Auch wird vom Werbetreibenden bislang nicht gefordert, daß er die Vergleichsbewertung seines Produktes nennt, wie dies von Verbraucherorganisationen gefordert wird.

6 Ergänzende Anwendung von §1 UWG

- 90 §1 UWG, der sittenwidrige Wettbewerbshandlungen verbietet, hat vornehmlich Bedeutung für *Werbemethoden* im Rahmen des sogenannten marketing bzw. der Verkaufsförderung. Für die rechtliche Beurteilung von Werbeaussagen wird §1 UWG nur hilfsweise herangezogen. Insbesondere hat der von der Rechtsprechung entwickelte Sachlichkeitsgrundsatz für verbraucherrelevante Werbemethoden, insbesondere im Bereich der Werteklamme, keine generelle Erweiterung auf Werbeaussagen erfahren.

Nach §1 UWG können etwa folgende Formen von Werbeaussagen verboten

sein, wobei im Einzelfall die Umstände sehr sorgfältig gewichtet werden müssen. So verstößt beispielsweise eine Werbung in der Presse bzw. in sonstigen Medien in der Form redaktioneller Aufmachung nicht nur gegen §3, sondern auch gegen §1 UWG. Das gilt nach neuerer Rechtsprechung für alle public relations-Maßnahmen⁷⁹. Grob unsubstantiierte Werbebehauptungen können unter Umständen auch sittenwidrig sein. Eine Täuschung des Kunden über ihm gesetzlich zustehende Rechte, etwa das Widerrufsrecht im Abzahlungsgesetz, ist sittenwidrig⁸⁰. Bestimmte Formen einer Werbung mit der Angst, Kinderwerbung oder der gefühlsbetonten Werbung können sittenwidrig sein, wobei auch hier ein schwerer Verstoß gefordert wird⁸¹. Die rechtliche Beurteilung der sogenannten 'Schleichwerbung' im Fernsehen (bei Übertragung etwa von Sportveranstaltungen werden gleichzeitig auf dem Sportplatz angebrachte Werbeaussagen mitgesendet) ist allerdings umstritten. Schien es zunächst so auszusehen, als ob diese Form der Schleichwerbung gegen §1 UWG verstoße, so hat die neuere Rechtsprechung ihre Bedenken im wesentlichen aufgegeben. Damit wird die Kommerzialisierung der Schleichwerbung von der Rechtsprechung praktisch anerkannt⁸². Für Verbraucherverbände besteht lediglich die Möglichkeit, an diesen Werbeformen Kritik zu üben (74).

7 Vergleichende Werbung

91 Von *vergleichender Werbung* spricht man dann, wenn der Werbetreibende durch seine Werbeaussagen gleichzeitig auf Eigenschaften, Preis und Wert der Produkte eines sonstigen Werbetreibenden, insbesondere eines Konkurrenten Bezug nimmt⁸³. Dabei unterscheidet man wiederum nach dem Inhalt der Werbeaussage: die vergleichende Werbung kann positiv oder negativ sein. Bei der positiv vergleichenden Werbung kann Sittenwidrigkeit insoweit vorliegen, als der Werbetreibende sich an den guten Ruf eines anderen Produktes anhängt⁸⁴. Bedeutsamer ist in der Praxis die sogenannte negative oder kritisierende vergleichende Werbung. Die Rechtsprechung des Reichsgerichtes ging zunächst von der generellen Unzulässigkeit der vergleichenden Werbung aus⁸⁵. Der Werbetreibende dürfe nicht Richter in eigener Sache sein. Mitbewerber müssen es sich nicht gefallen lassen, daß ihre Leistungsergebnisse zur Förderung fremden Wettbewerbs benutzt würden. Die Rechtsprechung des Reichsgerichtes und später des Bundesgerichtshofes entwickelte dann bestimmte Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot, etwa beim lauterem Systemvergleich, beim Abwehrvergleich, beim Auskunftsvergleich und beim Fortschrittsvergleich.

Die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes hat diesen Ausnahmekatalog dahingehend erweitert, daß sie vergleichende Werbung für zulässig erklärt, wenn im Einzelfall *dazu ein hinreichender Anlaß* besteht und die Werbung sich im Rahmen des *Erforderlichen* hält. Der hinreichende Anlaß kann auch in der Verbraucheraufklärung liegen. Allerdings obliegt dem vergleichend Werbenden die volle Beweislast dafür, daß ein solcher Anlaß besteht und daß die vergleichende Werbung sich im Rahmen des Erforderlichen hält. Kann er diesen Nachweis nicht führen, so hat er das Risiko des Unterliegens im Prozeß zu tragen⁸⁶.

In der Praxis hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes insbesondere im verbraucherrelevanten Bereich der Werbung praktisch keine Änderungen herbeigeführt. Vergleichende richtige Werbung bildet auch heute, trotz ihres möglicherweise informativen Charakters, noch eine Ausnahmesituation. Umgekehrt versuchen zahlreiche Wettbewerbsregeln gemäß §28 GWB in bestimmten Branchen ein Verbot vergleichender Werbung kartellrechtlich durchzusetzen und zu sanktionieren, zum Beispiel in der Versicherungswerbung⁸⁷. Zudem hat die neue Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes gezeigt, daß sie am Ausnahmecharakter der vergleichenden Werbung trotz ihrer generalklauselartigen Zulässigkeit immer noch festhält⁸⁸. Eine Änderung dieser Rechtslage ist praktisch nur durch den Gesetzgeber möglich.

Verbraucherpolitisch ist zu bemerken, daß die vergleichende Werbung *ambivalente Züge* trägt. Sie kann zur Erhöhung der Markttransparenz dienen, wenn sie dem Verbraucher die Informationen liefert, die er zum Kaufentscheid benötigt. Sie kann umgekehrt aber auch zur Verwirrung führen, wenn sie einseitig bestimmte Produkteigenschaften im Vergleich zu anderen Produkten herausstellt und damit zu einer potentiellen Irreführungsgefahr führt. Solange das Irreführungsverbot so wie oben dargestellt subjektiv und nicht objektiv aufgefaßt wird, insbesondere dem Werbetreibenden keine Pflicht zur Vollständigkeit und Sachlichkeit seiner Werbeaussagen obliegt, vermag eine Freigabe der vergleichenden Werbung eher zum Nachteil denn zum Vorteil des Verbrauchers gereichen.

8 Suggestivwerbung

92 Unter *Suggestivwerbung* versteht man, ungeachtet zahlreicher Unklarheiten und Streitigkeiten in der werbewissenschaftlichen Literatur, eine solche Werbung, die weniger auf den Gebrauchswert als auf den von einem Produkt ermittelten sogenannten *Zusatznutzen* abstellt, etwa auf den Statuswert, auf bestimmte gesellschaftliche Vorurteile, auf unbefriedigte Triebe und Sexualität⁸⁹. Suggestivwerbung zeichnet sich also durch eine, vom Verbraucherstandpunkt aus gesehen, *unsachliche Beeinflussung* aus, die ihm gerade nicht die für den Kaufentscheid benötigten Informationen liefert, sondern von diesen Informationen ablenkt, sie bewußt oder unbewußt verschweigt, schlagwortartig gesagt: den Verbraucher manipuliert⁹⁰.

Es ist hier nicht der Ort, die gesellschaftstheoretische Diskussion der Suggestivwerbung nachzuzeichnen. Während gerade Vertreter von Verbraucherorganisationen die Suggestivwerbung besonders heftig als manipulativ oder unsachlich angreifen, weisen Werbetreibende darauf hin, daß der Verbraucher kritisch geworden sei und daß auch eine Suggestivwerbung nicht zu Beeinträchtigungen der Konsumentensouveränität führe.

Rechtlich ist zu bemerken, daß das Verbot der irreführenden Werbung gemäß §3 in der Regel bei den häufigen Formen der Suggestivwerbung nicht greift, da ihr jeder Tatsachenkern fehlt. Allerdings steht und fällt diese Meinung mit der hier kritisierten Auslegung des §3 UWG. Eine striktere Handhabung des Irreführungsverbot könnte bestimmte Formen der Suggestivwerbung zweifelsohne erfassen, insbesondere bei Versprechen eines durchaus greifbaren Zusatznutzens, der dem Produkt nicht zukommt, vor allem im Bereich der

gesundheitsbetonten Werbung (Kosmetika, Nahrungs- und Genußmittel, Quasi-Heilmittel).

Es bleibt weiter die Anwendung des §1 UWG zu prüfen. Die Rechtsprechung hat es bislang jedoch abgelehnt, Formen der Suggestivwerbung als sittenwidrig zu bezeichnen, sofern nicht ein oben bezeichneter Extremfall (Werbung mit der Angst, mit dem Mitleid und Mitgefühl) vorliegt⁹¹. Die neuere Literatur versucht, hier Kriterien zu entwickeln, die die Generalklausel des §1 UWG auch im Zusammenhang mit der Suggestivwerbung verwendbar machen. Schrickler/Lehmann entwickeln Beispielskataloge von *unsachlicher* Werbung⁹². Von Löwenheim wird beispielsweise darauf abgestellt, inwieweit der Verbraucher Werbeaussagen beherrschen könne. Wenn der flüchtige Durchschnittsbetrachter die suggestive Beeinflussung entweder nicht erkenne (kognitiver Bereich) oder ihren Stellenwert im Motivationsprozeß nicht mehr beurteilen und Gegenkräfte nicht mehr mobilisieren könne (voluntativer Bereich), so sei die Toleranzschwelle überschritten. Es muß dann im Einzelfall festgestellt werden, wo die Toleranzschwelle beginnt, insbesondere unter Heranziehung sozialpsychologischer Erkenntnisse⁹³. Letztlich kann dieser Problematik nur durch den Gesetzgeber abgeholfen werden, etwa durch bestimmte Werbeverbote, durch quantitative Eingrenzung des Werbeausmaßes oder durch ein generelles Verbot unsachlicher Werbung⁹⁴.

9 Beweislastverteilung

93 Hinsichtlich der Verteilung der Beweislast gilt für die Werbung der Grundsatz, daß derjenige, der eine bestimmte Werbeaussage als irreführend oder sittenwidrig angreift, die Richtigkeit seiner Behauptung voll beweisen muß⁹⁶. Gelingt ihm das nicht, bleibt es also offen, ob eine Werbemaßnahme irreführend oder unsittlich ist, so hat der Kläger das volle Prozeßrisiko zu tragen. Diese Beweislastregelung ist gerade für Verbraucherorganisationen besonders nachteilig.

Die rechtspolitische Diskussion der letzten Jahre in der BRD hat sich deshalb gerade mit der Frage beschäftigt, ob nicht eine Umkehr der Beweislast gesetzlich angeordnet werden müsse. Vorschläge etwa der Verbraucherorganisationen oder des Verbraucherbeirates hierzu liegen vor⁹⁶. Sie sind gleichzeitig auf heftige Kritik und Ablehnung der werbetreibenden Wirtschaft gestoßen. Sie behauptet insbesondere, daß damit die Werbung mit dem generellen Verdikt der Irreführung belegt werde und der Werbetreibende einem nicht mehr tolerierbaren Risiko ausgesetzt werde. Ein solch weitgehender Eingriff in die Werbung sei auch verfassungsrechtlich nicht zulässig⁹⁷.

Die Rechtsprechung hat zu dieser Frage inzwischen einen Mittelweg beschritten. Sie erkennt Ausnahmen von der Beweislastregelung an, wenn die Irreführung in der Sphäre des Werbetreibenden liegt und diesem zugemutet werden kann, die Richtigkeit seiner Werbebehauptung zu belegen. Auch bei Schwierigkeiten des Nachweises durch den Kläger kann ausnahmsweise eine Beweislastumkehr zum Nachteil des Werbetreibenden Platz greifen⁹⁸.

In der Praxis hat die Rechtsprechung dabei mehrere Fälle entwickelt, in denen sie im allgemeinen eine *Beweislastumkehr* oder zumindestens eine Erleichterung der Beweisführungslast durch Substantiierungspflichten des Beklagten annimmt.

Der erste und wichtigste Fall ist die sogenannte *Alleinstellungswerbung*⁹⁹. Wer eine Alleinstellung im oben beschriebenen Sinne behauptet, muß auch nachweisen, daß diese tatsächlich besteht und daß durch ihre Behauptung der Verkehr nicht irreführt wird. Gelingt ihm der Nachweis nicht, so trägt er voll das Prozeßrisiko. Ein Gleiches hat die Rechtsprechung inzwischen bei *Preisgegenüberstellungen* entwickelt¹⁰⁰. Ob der frühere Preis tatsächlich gefordert war oder nicht, kann naturgemäß nur der Werbetreibende, nicht der die Werbemaßnahme Angreifende beweisen. Bereits Schwierigkeiten mit der Beweisführung reichen aus, um eine Beweislastumkehr anzunehmen. Ein weiterer Anwendungsbereich ist die gesamte Werbung mit *Gutachten*, fremden Autoritäten, Warentests und Bewertungen¹⁰¹. Hier muß ebenfalls der Werbetreibende nachweisen, daß die von ihm herangezogenen Gutachten, Warentests und so weiter der Wirklichkeit entsprechen. War eine Werbemaßnahme zunächst irreführend, ist sie jedoch später nach Behauptung des Werbetreibenden richtig geworden, etwa durch Produktentwicklung, so muß ebenfalls der Werbetreibende die Richtigkeit nachweisen¹⁰². Fraglich ist noch, wie bei unsicheren und umstrittenen Behauptungen, etwa im Bereich der Gesundheitswerbung, zu verfahren sei. Die Rechtsprechung hat sich hier hinsichtlich der Beweislastregelung nicht festgelegt, nimmt aber unter Umständen als sittenwidrige Werbung an, wenn der Werbetreibende ohne weitere Nachprüfung umstrittene oder unsichere Behauptungen in seiner Werbung aufgreift¹⁰³.

Ob darüberhinaus eine Erweiterung der Beweislastumkehr empfohlen werden soll, hängt zunächst, wie in der Diskussion vielfach übersehen wird, von einer Änderung des materiellen Werberechtes ab. Die Beweislastumkehr hat nämlich nur dann Sinn, wenn die Irreführung anhand von *objektiven* und nicht überwiegend anhand von subjektiven Kriterien gemessen wird¹⁰⁴. Solange die Rechtsprechung die Irreführung vornehmlich anhand von subjektiven Kriterien mißt, bringt die Beweislastumkehr dem Verbraucher nicht viel. Denn es gilt hier der Grundsatz, daß auch falsche Angaben nicht irreführend sein müssen. Erst nach Einführung eines objektiven Irreführungstatbestandes kann also eine Beweislastumkehr ins Auge gefaßt werden. Eine solche Objektivierung des Irreführungstatbestandes gibt es bislang nur in Spezialgesetzen. Dort ist es dann sinnvoll, auch die Beweislastumkehr greifen zu lassen.

Des weiteren ist zu bedenken, daß die Beweislastumkehr ein *behördliches* Verfahren der Werbekontrolle voraussetzt, wie es etwa in den USA und in Frankreich besteht¹⁰⁵. Denn nur so ist Gewähr geleistet, daß die Beweislastumkehr nicht vom Konkurrenten zur Abwehr unerwünschter Werbung mißbraucht wird.

In der Diskussion zur Reform des UWG ist zwar nicht von Regierungsseite, wohl aber durch die CDU/CSU-Fraktion in einem neuen §13a UWG eine Beweislastumkehr, verbunden mit Aufklärungspflichten für den Werbetreibenden, vorgeschlagen worden¹⁰⁶. Dieser Vorschlag, der im wesentlichen die Rechtsprechung festschreibt, ist nachdrücklich zu begrüßen.

10 Sondertatbestände der irreführenden Werbung im UWG

94

Durch Gesetz von 1969 ist das allgemeine Irreführungsverbot durch die Tatbestände der §§6a und 6b UWG ergänzt worden, die gegenüber dem *letzten*

Verbraucher die Werbung mit der Hersteller- oder Großhändler-eigenschaft verbieten und die Ausgabe von Kaufscheinen zu mehr als einmaligem Bezug untersagen. Die verbraucherpolitische Bedeutung dieser als 'abstraktes Irreführungsverbot' gestalteten Tatbestände ist außerordentlich umstritten, da sie vornehmlich zum Kampf gegen den Selbstbedienungsgroßhandel und andere moderne Vertriebsformen zugunsten des etablierten Einzelhandels eingesetzt werden¹⁰⁷. Fraglich ist dabei insbesondere, ob als 'letzter Verbraucher' auch Gewerbetreibende anzusehen sind, die die gekauften Produkte für ihren Eigenbedarf verwenden, also nicht weiter umschlagen¹⁰⁸. Die Rechtsprechung tendierte zu einer weiten Auslegung, negierte damit aber den Schutzzweck der §§6a, 6b¹⁰⁹.

In einer Grundsatzentscheidung hat der BGH inzwischen die Tatbestände der §§6a und 6b UWG *erheblich reduziert*. Danach sind gewerbliche Verbraucher und Großverbraucher, die Waren zur Verwendung in ihrem Betrieb erwerben, nicht 'letzte Verbraucher'. Bei Verwendung für den Privatbedarf wird eine Toleranzgrenze von 10% des Umsatzes des Selbstbedienungsgroßhandels zugestanden. Den Beweis für die Überschreitung hat der die Werbung beanstandende Kläger zu führen¹¹⁰. Dadurch werden Selbstbedienungsgroßhändler in ihrer Geschäftstätigkeit durch §§6a und 6b UWG kaum behindert¹¹¹, gleichzeitig aber eine Klasse von bevorzugten Verbrauchern geschaffen, die ausschließlich den günstigen Einkauf beim SB-Großhandel benutzen könne.

11 Vergleich des deutschen Rechts zur geplanten EG-Rechtsangleichung über irreführende und unlautere Werbung

95 In der EG werden seit längerer Zeit Arbeiten zur Vereinheitlichung des Werberechts unternommen¹¹². Inzwischen liegt der Richtlinienentwurf der EG-Kommission vor¹¹³, der sich in seinem materiell-rechtlichen Teil weitgehend an das deutsche Recht anlehnt, es gleichzeitig aber auch *weiterführt*. Hervorzuheben ist der stärker *verbraucherschützende* Gedanke des Entwurfs. Dies äußert sich in der oben (83) vorgeschlagenen Objektivierung des Irreführungstatbestandes, um insbesondere die Werbung mit Produkteigenschaften sowie die unvollständige Werbung zu erfassen (Art. 3). Der Unlauterkeitsgedanke mündet in den Sachlichkeitsgrundsatz (Art. 2) und ermöglicht damit eine weitergehende Zurückdrängung der Suggestivwerbung. Die (wahre und lautere) vergleichende Werbung wird in Art. 4 über das deutsche Recht hinausgehend freigegeben. Art. 6 sieht schließlich eine Beweislastumkehr vor. Insgesamt läßt sich gegenüber dem deutschen Recht eine Verbesserung des Verbraucherschutzes feststellen.

III SONDERVORSCHRIFTEN ZUM VERBOT DER TÄUSCHENDEN UND IRREFÜHRENDEN WERBUNG

96 Das Verbot der irreführenden Werbung findet sich nicht nur, wie oben dargestellt, im allgemeinen Wettbewerbsrecht, sondern auch in zahlreichen Neukodifizierungen des Rechtes bestimmter, für den Verbraucher besonders

wichtiger Produkte, wie etwa Lebensmittel oder Arzneimittel. Man kann inzwischen von einem *allgemeinen Rechtsgedanken des Verbotes irreführender Werbung*, in welcher Form auch immer, als oberstem Grundsatz des werberechtlichen Verbraucherschutzes ausgehen.

Die folgende Darstellung gibt einen Überblick über entsprechende spezialgesetzliche Vorschriften und beschränkt sich im wesentlichen darauf, Gemeinsamkeiten und Unterschiede der jeweiligen Tatbestände zu erläutern. Auf die teilweise sehr umfangreiche Kasuistik, die allerdings noch aus der Zeit vor Verkündung der jeweils neuen Gesetze herrührt, kann hier nicht eingegangen werden. Informationspflichten und spezielle Werbeverbote werden an anderer Stelle behandelt.

1 Lebensmittelrecht

97 Die Neukodifikation des Lebensmittelrechtes durch das Gesetz vom 15.8.1974 enthält in den §§17, 23 und 27 LMG das generelle Verbot der irreführenden Werbung für Lebensmittel, Tabakwaren und Kosmetika¹¹⁴. Grundnorm ist §17 Abs. 1 Nr 5, der hier in seinem vollen Wortlaut wiedergegeben werden soll:

‘Es ist verboten..., Lebensmittel unter irreführender Bezeichnung, Angabe oder Aufmachung gewerbsmäßig in den Verkehr zu bringen oder für Lebensmittel allgemein oder im Einzelfall mit irreführenden Darstellungen oder sonstigen Aussagen zu werben. Eine Irreführung liegt insbesondere dann vor,

- (1) wenn Lebensmitteln Wirkungen beigelegt werden, die ihnen nach den Erkenntnissen der Wissenschaft nicht zukommen oder die wissenschaftlich nicht hinreichend gesichert sind;
- (2) wenn zur Täuschung geeignete Bezeichnungen, Angaben, Aufmachungen, Darstellungen oder sonstige Aussagen über die Herkunft der Lebensmittel, ihre Menge, ihr Gewicht, über den Zeitpunkt ihrer Herstellung oder über ihre Haltbarkeit oder über sonstige Umstände, die für ihre Bewertung mitbestimmend sind, verwendet werden;
- (3) wenn Lebensmitteln der Anschein eines Arzneimittels gegeben wird.’

§23 LMBG erklärt diese Vorschrift für anwendbar auf Tabakerzeugnisse. §27 Abs. 1 LMBG enthält ein entsprechendes Verbot irreführender Werbung für Kosmetika, wobei entsprechend den Besonderheiten kosmetischer Produkte besonders Angaben verboten sind, die fälschlich den Eindruck erwecken, daß ein Erfolg mit Sicherheit erwartet werden kann.

(aa) Der *Irreführungsbegriff* ist nach übereinstimmender Meinung in Literatur und Rechtsprechung im Lebensmittelrecht in etwa der gleiche wie im Recht des unlauteren Wettbewerbs¹¹⁵. Allerdings ist zu bemerken, wie insbesondere auch durch die Zusätze und Beispiele im Gesetzestext verdeutlicht wird, daß der Irreführungsbegriff im Lebensmittelrecht stärker *objektiviert* ist und insoweit eine *niedrigere Eingriffsschwelle* voraussetzt als §3 UWG.

Zunächst gilt auch hier der Grundsatz, daß die Irreführung herrühren muß von Aussagen mit einem gewissen Tatsachengehalt, während bloße

Meinungsäußerungen im allgemeinen nicht ausreichen. Es genügt allerdings, daß eine Werbung einen bestimmten *Tatsachekern* enthält, auch wenn ein solcher nicht ausdrücklich ausgesprochen wird. Solche Aussagen können beispielsweise in der Verpackung, in Konnotationen und in Anklängen der Werbung, in offenen oder versteckten Hinweisen und Andeutungen erfolgen¹¹⁶. So ist es beispielsweise unzulässig, der Kaffeewerbung oder der Werbung für Kräuterlikör den Anschein zu geben, als handele es sich hier um gesundheitsfördernde Produkte¹¹⁷.

Die Irreführung wird im Lebensmittelrecht ähnlich wie im Wettbewerbsrecht gemessen anhand der *Verkehrsauffassung*, wobei die Verbrauchererwartungen stärker gewichtet werden als im allgemeinen Wettbewerbsrecht. Es genügt auch hier die Täuschung einer Minderheit der relevanten Verkehrskreise, sofern nicht ein völlig unerheblicher Teil von der Werbung betroffen ist. Man nimmt an, daß im Lebensmittelrecht die Grenze zwischen 5% und 10% der betroffenen Verkehrskreise liegt, also deutlich unter dem Richtmaß des allgemeinen Wettbewerbsrechts. Auch hier wird abgestellt auf den Gesamteindruck des Durchschnittsverbrauchers, nicht auf extreme Auffassungen, seien sie besonders lax oder besonders kritisch gegenüber der Werbung¹¹⁸.

Im Lebensmittelrecht wird stärker als im allgemeinen Wettbewerbsrecht auch berücksichtigt, welchen Inhalt bestimmte Begriffe oder Vorsilben, wie 'rein', 'naturrein', 'prima Qualität', 'spezialbehandelt', 'Auslese', 'voll-', 'Delikateß-' und so weiter durch entsprechende Kennzeichnungs- und sonstige Vorschriften gefunden haben. Hier kann sich der Werbetreibende nicht darauf berufen, seine Werbeaussage sei unerheblich für den umworbenen Personenkreis, wenn er mit ihr gegen entsprechende Kennzeichnungsvorschriften verstoßen hat¹¹⁹. Auch dies entspricht der Tendenz, im Lebensmittelrecht den Irreführungstatbestand stärker zu objektivieren.

Das *Verschweigen* von Angaben gilt im Lebensmittelrecht wie im allgemeinen Wettbewerbsrecht nicht als Irreführung, sofern nicht eine Pflicht zur Kennzeichnung von Gesetzes wegen oder aufgrund entsprechender Verbrauchererwartung besteht¹²⁰. Die Offenlegungspflichten im Lebensmittelrecht sind dabei auch wieder strenger als im allgemeinen Wettbewerbsrecht. Das schließt es allerdings nicht aus, daß in der Werbung positive Eigenschaften eines Lebensmittels, von Tabakwaren oder von Kosmetika besonders hervorgehoben werden. Bei nicht hinreichend gesicherten Wirkungen, die die Werbung einem Produkt beilegt, kann eine Irreführung gegeben sein. Die gesamte *Erinnerungswerbung* ist ohnehin nicht vom Irreführungsverbot erfaßt, wie gerade die Werbung für Tabakerzeugnisse verdeutlicht. Auch die oben beschriebenen Tatbestände der Suggestivwerbung werden im allgemeinen von den lebensmittelrechtlichen Vorschriften nach geltender Rechtspraxis nicht erfaßt, so beispielsweise die Zigarettenwerbung durch Anklingenlassen von 'Jugendlichkeit', 'Abenteuerlust', 'Freizeit' und 'Sinnesfreude' in der Werbung; hier versuchen Selbstregulierungen eine gewisse Korrektur (126). Trotz der Strenge der werberechtlichen Vorschriften im Lebensmittelrecht klafft hier eine erhebliche Schutzlücke.

(bb) Einen Sondertatbestand der irreführenden Werbung enthält §18 LMBG, der ein generelles Verbot *gesundheitsbezogener Werbung* für Lebensmittel

beinhaltet. Dadurch soll vermieden werden, daß Lebensmitteln der Anschein eines Arzneimittels oder eines Quasi-Arzneimittels gegeben wird, der ihnen nicht zukommt. So ist beispielsweise die Werbung mit der Angst, die Werbung in Konnotation mit Krankheiten, Angehörigen des medizinischen Berufes und so weiter generell verboten¹²¹. Umstritten ist neuerdings die gesundheitsbezogene Margarinewerbung¹²². Die Praxis legt allerdings diese Vorschrift einengend aus, indem sie als Krankheit nur Krankheiten im medizinischen Sinne, nicht jede abnormale Lebenssituation bezeichnet. Insbesondere die Werbung für Säuglingsnahrungsmittel, Stärkungsmittel und ähnliches, die auf psychische Leiden, bestimmte Lebensphasen, Krankheitssymptome und so weiter eingeht, soll nach herrschender Meinung nicht vom Verbot des §18 erfaßt werden¹²³. Auch erscheint es problematisch, daß der Gesetzgeber für diätische Lebensmittel das Verbot gesundheitsbezogener Werbung durchbrochen hat¹²⁴.

(cc) Das Lebensmittelgesetz enthält daneben noch bestimmte *Ermächtigungen zum Schutz vor Täuschung* in §19, §21, §29 und §32. Hiervon ist vereinzelt Gebrauch gemacht worden, etwa in §7 Abs. 1 Nährwert-Kennzeichnungsverordnung vom 9.12.1977¹²⁵ hinsichtlich der Schlankheitswerbung (mit Ausnahme diätischer Lebensmittel).

2 Arzneimittelwerbung

98 Die Werbung für Arzneimittel stand seit je, von unten noch zu würdigenden vertriebsspezifischen Werbeverboten abgesehen, unter dem generellen Vorbehalt des Verbotes irreführender Werbung. Das Gesetz über die Werbung auf dem Gebiete des Heilwesens (HWG) vom 11.7.1965, geändert durch das Arzneimittelgesetz vom 24.8.1976, enthält in §3 das generelle Verbot der irreführenden Werbung für Arzneimittel¹²⁶. §3 lautet nach heutiger Fassung:

‘Unzulässig ist eine irreführende Werbung. Eine Irreführung liegt insbesondere dann vor:

- (1) Wenn Arzneimittel, Verfahren, Behandlungen, Gegenständen oder anderen Mitteln eine therapeutische Wirksamkeit oder Wirkungen beigelegt werden, die sie nicht haben;
- (2) wenn fälschlich der Eindruck erweckt wird, daß
 - (a) ein Erfolg mit Sicherheit erwartet werden kann,
 - (b) bei bestimmungsgemäßem oder längerem Gebrauch keine schädlichen Wirkungen eintreten,
 - (c) die Werbung nicht zu Zwecken des Wettbewerbs veranstaltet wird;
- (3) wenn unwahre oder zur Täuschung geeignete Angaben
 - (a) über die Zusammensetzung oder Beschaffenheit von Arzneimitteln, Gegenständen oder anderen Mitteln und über die Art und Weise der Verfahren oder Behandlungen, oder
 - (b) über die Person, Vorbildung oder Befähigung oder Erfolge des Herstellers, Erfinders, oder der für sie tätig gewesen Personen gemacht werden.’

Das Verbot der täuschenden Werbung wird in den folgenden Vorschriften des HWG noch konkretisiert.

§8 des AMG enthält ein entsprechendes Täuschungsverbot hinsichtlich der Bezeichnung, Angabe oder Aufmachung von Arzneimitteln. Da sich Werbung und Aufmachung häufig überschneiden werden, können im Einzelfall durchaus beide Vorschriften anwendbar sein. §8 lautet:

‘Es ist verboten, Arzneimittel herzustellen oder in den Verkehr zu bringen, die...

- (2) mit irreführender Bezeichnung, Angabe oder Aufmachung versehen sind. Eine Irreführung liegt insbesondere dann vor, wenn Arzneimitteln eine therapeutische Wirksamkeit oder Wirkungen beigelegt werden, die sie nicht haben, indem
 - (a) fälschlich der Eindruck erweckt wird, daß ein Erfolg mit Sicherheit erwartet werden kann oder daß nach bestimmungsgemäßem oder längerem Gebrauch keine schädlichen Wirkungen eintreten,
 - (b) zur Täuschung über die Qualität geeignete Bezeichnungen, Angaben oder Aufmachungen verwendet werden, die für die Bewertung des Arzneimittels mitbestimmend sind.’

Aus der Gesetzgebungsgeschichte ist anzuführen, daß die Bundesregierung das Verbot der Täuschung auch erweitern wollte auf den Fall, daß sich die irreführende Bezeichnung darauf bezieht, daß ein Erfolg mit großer Wahrscheinlichkeit erwartet werden könne. Der Bundestag lehnte dies jedoch ab, weil es zu unbestimmt sei¹²⁷.

Den arzneimittelrechtlichen Irreführungsvorschriften ist ebenso wie im Lebensmittelrecht eigentümlich, daß sie stärker auf *objektivierte Kriterien* abstellen. Auch hier kommt es also weniger darauf an, wie der Verkehr im Einzelfall eine Werbung versteht, sondern es ist entscheidend, ob zwischen Werbeversprechen bzw. Produktangaben einerseits und dem tatsächlich möglichen medizinischen Erfolg andererseits eine Diskrepanz besteht. Der wettbewerbsrechtliche Grundsatz, daß falsche Angaben nicht irreführend sein müssen, dürfte damit im Arzneimittelwerberecht nicht gelten. Eine Spruchpraxis hierzu existiert allerdings noch nicht, was mittelbar auch durch die Neufassung des AMG und des HWG ab 1.1.1978 bedingt ist.

Das HWG enthält daneben noch bestimmte Informationsgebote an die Werbung, auf die noch eingegangen wird.

3 Weingesetz

99

Das Irreführungsverbot findet sich ebenfalls in §46 Weingesetz vom 14.7.1971. Die Vorschrift lautet¹²⁸:

- I. Erzeugnisse dürfen nicht mit irreführenden Bezeichnungen, Hinweisen, sonstigen Angaben oder Aufmachungen in den Verkehr gebracht, ins Inland oder aus dem Inland gebracht oder zum Gegenstand der Werbung gemacht werden.
- II. Als irreführend ist es insbesondere anzusehen, wenn:
 - (1) Bezeichnungen, Hinweise, sonstige Angaben oder Aufmachungen gebraucht werden, ohne daß das Erzeugnis den in diesem Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes für die betreffende Angabe oder Aufmachung festgesetzten Anforderungen entspricht;

(2) Angaben gebraucht werden, die geeignet sind, fälschlich den Eindruck besonderer Qualität zu erwecken.

III. Als irreführend sind auch anzusehen:

(1) Aufmachungen, Darstellungen oder zutreffende Angaben, die geeignet sind, falsche Vorstellungen über die geographische Herkunft zu erwecken; dies gilt auch dann, wenn das Herstellungsland vorschriftsmäßig angegeben ist;

(2) zutreffende Angaben, die geeignet sind, falsche Vorstellungen über die Herstellung, Abfüllung oder Lagerung, die Beschaffenheit, die Erzeugnisse, die Rebsorte, den Jahrgang oder sonstige Umstände zu erwecken, die für eine Bewertung bestimmend sind;

(3) Phantasiebezeichnungen, die

(a) geeignet sind, fälschlich den Eindruck einer geographischen Herkunftsangabe zu erwecken, oder

(b) einen geographischen Hinweis enthalten, wenn die nach diesem Gesetz erforderlichen Voraussetzungen für den Gebrauch der entsprechenden geographischen Bezeichnung nicht erfüllt sind.'

Auch hier ist wieder bemerkenswert, daß das Gesetz von einem stärker *objektiv bezogenen* Irreführungsbegriff ausgeht und weiterhin auch bestimmte Formen der 'Suggestivwerbung' erfaßt (92).

IV TENDENZEN ZUR VERSACHLICHUNG IM RECHT DER WERBUNG

1 Informationsgebote für die Werbung

100 Ein wesentliches Anliegen des modernen Verbraucherschutzes sowohl in der Bundesrepublik Deutschland als auch in anderen EG-Staaten besteht darin, den Verbraucher mit den für seine *Erwerbsentscheidungen notwendigen Informationen* zu versorgen. Diesem Informationszweck dienen insbesondere die bereits beschriebenen zahlreichen kennzeichnungsrechtlichen Vorschriften (44ff). Allerdings reichen sie nicht aus, um dem Verbraucher das Angebot hinsichtlich Qualität, Quantität, Preis und Wirkung transparent zu machen, da sie gleichsam am Produkt kleben und im allgemeinen keine Verpflichtung besteht, in einer über das Produkt hinausgehenden Werbung die gesetzlichen Kennzeichnungserfordernisse zu erfüllen. Es ergibt sich daher das dringende verbraucherpolitische Bedürfnis, die Werbung selbst, insbesondere die Medienwerbung, mit einem entsprechenden Informationsgehalt zu versehen, so daß der Verbraucher auf die Weise in Ruhe die verschiedenen Angebote, Produkte und Dienstleistungen studieren kann¹²⁹.

Bei der Behandlung des Irreführungsverbotes im allgemeinen Wettbewerbsrecht und in den Spezialgesetzen konnte festgestellt werden, daß das Irreführungsverbot nur in Ausnahmefällen eine Pflicht zur Vollständigkeit und Sachlichkeit der Werbung enthält. Insoweit läßt ein noch so strenges Irreführungsverbot verbraucherpolitisch eine erhebliche Lücke bestehen, wenn man es als wichtig ansieht, daß Werbung dem Verbraucher die notwendigen Informationen für seine Kaufentscheidung in richtiger Form vermitteln muß.

(aa) Informationsgebote in der Werbung sind jedoch in der deutschen Gesetzgebung erst relativ neuen Datums, in ihrer Fassung noch sehr umstritten und in ihrer Wirkung noch nicht erprobt. Einen deutlichen Markstein in dieser Richtung setzt §3a des mit dem Arzneimittelgesetz von 1976 neu gefaßten Heilmittelwerbegesetzes. Die Vorschrift lautet:

- (1) Jede Werbung für Arzneimittel... muß folgende Angaben enthalten:
 - (a) den Namen oder die Firma und den Sitz des pharmazeutischen Unternehmers;
 - (b) die Bezeichnung des Arzneimittels;
 - (c) die Zusammensetzung des Arzneimittels nach Art und Menge der wirksamen Bestandteile;
 - (d) die Anwendungsgebiete;
 - (e) die Gegenanzeigen;
 - (f) die Nebenwirkungen;
 - (g) Warnhinweise, soweit sie für die Kennzeichnung der Behältnisse und äußeren Umhüllungen vorgeschrieben sind...
- (3) Bei einer Werbung außerhalb der Fachkreise können die Angaben nach Abs. 1c entfallen. Können die nach Abs. 1e und f vorgeschriebenen Angaben nicht gemacht werden, so können sie entfallen.
- (4) Die nach Abs. 1 vorgeschriebenen Angaben müssen von den übrigen Werbeaussagen deutlich abgesetzt, abgegrenzt und erkennbar sein. Bei Werbeaussagen in audiovisuellen Medien findet Satz 1 entsprechend Anwendung.
- (5) Abs. 1 gilt nicht für eine Erinnerungswerbung. Eine Erinnerungswerbung liegt vor, wenn ausschließlich mit der Bezeichnung eines Arzneimittels oder zusätzlich mit dem Namen, der Firma oder dem Warenzeichen des pharmazeutischen Unternehmers geworben wird.'

In ihrer Gesetzesbegründung führt die Bundesregierung aus, daß die Vorschrift die Arzneimittelwerbung versachlichen solle, und zwar nicht nur in der fachbezogenen Werbung sondern auch in der *Publikumswerbung*. 'Zu diesem Zweck wird demjenigen, der für Arzneimittel wirbt, auferlegt, in jeder Werbung ein Mindestmaß an Information über das Arzneimittel zu bringen. Der Werbeadressat soll damit in den Stand gesetzt werden, sich über den Wert des Arzneimittels klar zu werden'¹³⁰. So sehr die Vorschrift als Schritt in die richtige Richtung zu begrüßen ist, so erweckt es jedoch Bedenken, daß bestimmte Informationen, insbesondere über Kontraindikationen und über Nebenwirkungen entfallen können, wenn sie nicht gemacht werden können. Dabei ist fraglich, ob es hier allein auf das subjektive Ermessen des Arzneimittelherstellers ankommt oder ob zusätzlich Voraussetzung für das Entfallen ist, daß Gegenanzeigen und Nebenwirkungen gar nicht eintreten¹³¹. Das Gesetz ist insoweit nicht eindeutig, so daß die weitere Interpretation der Rechtsprechung überlassen werden muß.

(bb) In anderen neueren Gesetzen zum Verbraucherschutz sind ebenfalls Anfänge in Richtung eines Gebotes auf sachliche und informative Werbung enthalten, wenn auch nicht so deutlich ausgeprägt wie im HWG. So verlangt §16 des Gesetzes zum Schutz der *Teilnehmer am Fernunterricht* vom 24.8.1976, daß

der Veranstalter bei geschäftlicher Werbung für Fernlehrgänge durch Übermittlung von Informationsmaterial einen vollständigen Überblick über die Vertragsbedingungen und die Anforderungen an den Teilnehmer geben muß. Ist ein Fernlehrgang nur vorläufig zugelassen, so muß dies in dem Informationsmaterial deutlich gekennzeichnet sein. Die Vorschrift verfolgt nach Meinung der Bundesregierung den Zweck, das Informationsmaterial wegen einerseits der Vielseitigkeit, andererseits der Anonymität des Fernunterrichtes so zu gestalten, daß der Teilnehmer eine zweckentsprechende Entscheidung treffen kann¹³². Die Vorschrift betrifft allerdings nur einen bestimmten Ausschnitt aus der Werbung, nämlich die Übermittlung von Informationsmaterial. In seiner sonstigen Werbung unterliegt der Veranstalter, von dem Verbot der Irreführung einmal abgesehen, keinen Beschränkungen.

(cc) Im Lebensmittelgesetz sind dererlei Informationsgebote noch nicht enthalten, wohl aber sieht das Gesetz Ermächtigungen an die Bundesregierung vor, entsprechende Verordnungen zu erlassen. Dabei ist insbesondere wichtig die Ermächtigung, für Tabakwaren Warnhinweise oder sonstige warnende Aufmachungen vorzuschreiben. Weiterhin umfaßt die Ermächtigung Vorschriften über Angaben des Gehaltes an bestimmten Raucherinhaltsstoffen. Die Bundesregierung hat bislang von den Ermächtigungen keinen Gebrauch gemacht, sondern unterstützt Werbeabkommen der gewerblichen Wirtschaft¹³³. Es bleibt also der weiteren politischen Entwicklung des Werberechts vorbehalten, hier ein entsprechendes Werbegebot vorzusehen.

Ähnliche Ermächtigungen bestehen gemäß §32 für sogenannte Bedarfsgegenstände (etwa Reinigungs- und Pflegemittel, Waschmittel und so weiter), die bislang ebenfalls auf dem Papier stehen; es ist aus dem Gesetz nicht eindeutig zu entnehmen, ob hierunter auch die (Medien-) Werbung fällt¹³⁴. Eine informative Werbung wird schließlich durch entsprechende Gesetzesinitiativen im Bereich des Vertriebes von Vermögensanteilen gefordert¹³⁵.

2 Medien-, produkt- und vertriebsspezifische Werbeverbote

101 Neben den oben genannten allgemeinen werberechtlichen Vorschriften, die auf ein Irreführungsverbot hinauslaufen, sowie den speziellen Informationsgeboten bestehen noch in letzter Zeit vom Gesetzgeber zunehmend eingesetzte spezifische Werbeverbote.

(aa) An erster Stelle ist hier wieder das *Heilmittelwerbegesetz* zu nennen. Dieses unterscheidet zwischen der Werbung innerhalb der Fachkreise und der Werbung außerhalb der Fachkreise¹³⁶. Als Fachkreise gelten dabei Ärzte, Apotheker, überhaupt alle berufsmäßig mit Arzneimitteln in Berührung kommenden Personen oder Institutionen. Während die Werbung innerhalb der Fachkreise bis auf die oben genannten Vorschriften des Irreführungsverbot und des Gebotes zu bestimmten Informationen keinen Beschränkungen unterliegt, bestehen für die Werbung außerhalb der Fachkreise zahlreiche Restriktionen. §8 HWG betrifft dabei das grundsätzliche Verbot der Werbung für verschreibungspflichtige Arzneimittel bzw. für Schlafmittel außerhalb der Fachkreise. §9 HWG untersagt bestimmte Formen der Werbung für

Arzneimittel außerhalb der Fachkreise, wodurch Angstgefühle hervorgerufen oder ausgenutzt, Krankengeschichten, ärztliche Autoritäten, menschliche Leiden und Seuchen angesprochen werden, oder die spezifisch an Kinder oder Jugendliche unter 18 Jahren gerichtet sind. Gemäß §10 HWG darf sich schließlich die Werbung für Arzneimittel außerhalb der Fachkreise nicht auf bestimmte, im Gesetz aufgezählte Krankheiten beziehen, etwa Seuchen, Geschwulstkrankheiten, Geisteskrankheiten.

Das Gesetz dient seiner Zielsetzung nach dem Schutz der Volksgesundheit, hat also eher polizeilichen als verbraucherschützenden Charakter. Ob die starken Restriktionen des HWG im Sinne des Verbraucherschutzes unbedingt erforderlich sind, bedarf einer genaueren Prüfung, die hier nicht geleistet werden kann. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Werbeverbote des HWG werden in der Rechtsprechung im allgemeinen nicht geäußert.

Neben den speziellen Vorschriften des HWG kommen die Bestimmungen des UWG voll zur Anwendung. Dabei geht die Rechtsprechung von dem Grundsatz aus, daß ein Verstoß gegen die gesundheitsschützenden Vorschriften des HWG im allgemeinen auch gemäß §1 UWG sittenwidrig ist¹³⁷. Wettbewerber und ihre Verbände sowie die Verbraucherverbände können sich deshalb im allgemeinen gegen eine verbotene Heilmittelwerbung auch mit Mitteln des Wettbewerbsrechtes zur Wehr setzen.

- 102 (bb) Ein weiteres spezielles (allerdings produktbezogenes) Werbeverbot enthält §22 LMBG. Danach ist es verboten, für *Zigaretten*, zigarattenähnliche Tabakerzeugnisse und Tabakerzeugnisse, die zur Herstellung von *Zigaretten* durch den Verbraucher bestimmt sind, im *Rundfunk* oder im *Fernsehen* zu *werben*. Dieses medienspezifische Werbeverbot für *Zigaretten* und zigarattenähnliche Erzeugnisse war im Laufe der Gesetzesberatungen außerordentlich umstritten. Die *Zigarettenindustrie* hatte es abgelehnt, weil sie glaubte, durch ein entsprechendes Selbstbeschränkungsabkommen die öffentliche Kritik an der *Zigarettenwerbung* in Massenmedien eindämmen zu können. Der Gesetzgeber hat sich aber dennoch entschlossen, wegen der besonderen Gefährlichkeit der *Medienwerbung* für *Zigaretten* ein solches Verbot in das Gesetz aufzunehmen¹³⁸.

Bemerkenswert erscheint, daß das Verbot nur auf *Zigaretten* beschränkt ist, also sonstige Tabakerzeugnisse wie *Zigarren*, *Pfeifentabak* und *Kautabak* nicht einschließt. Es gilt auch nur für die *Medien Rundfunk* und *Fernsehen*, wobei streitig ist, ob die Werbung auch in ausländischen, in die Bundesrepublik eingestrahnten Medien durch deutsche Unternehmen verboten ist oder nicht¹³⁹. Die herrschende Meinung nimmt wohl an, daß wegen des Territorialitätsgrundsatzes das Werbeverbot nur auf deutsche Rundfunk- oder Fernsehanstalten beschränkt sei. Hierin liegt natürlich eine erhebliche Lücke in der praktischen Durchsetzung des Verbotes. Fraglich ist auch, ob die sogenannte 'Schleichwerbung' in *Rundfunk* und besonders im *Fernsehen* für *Zigaretten* verboten ist. Aus dem Zusammenhang des §22 LMBG ist ein solches Verbot zu entnehmen. Das Werbeverbot gilt nur für die dort genannten Medien, also insbesondere nicht für überregionale Zeitschriften, Plakatwerbung und Straßenwerbung. Hier versucht inzwischen ein Selbstbeschränkungsabkommen der *Zigarettenindustrie*, für Ordnung zu sorgen¹⁴⁰.

102a (cc) Neben diesem medienspezifischen Verbot in §22 Abs. 1 steht in §22 Abs. 2 LMBG noch ein Verbot der gesundheitsbezogenen Werbung für Tabakerzeugnisse. Darüberhinausgehend ist es der Bundesregierung durch Rechtsverordnung möglich, zur Durchführung der Verbote Vorschriften zu erlassen, insbesondere die Art, den Umfang oder die Gestaltung der Werbung durch bestimmte Werbemittel oder an bestimmten Orten zu regeln, oder die Verwendung von Darstellungen oder Äußerungen von Angehörigen bestimmter Personengruppen zu verbieten oder zu beschränken. Zu denken ist hier beispielsweise an Verbote einer Werbung für Tabakerzeugnisse mit Vorbildern in Zeitschriften, die sich speziell an Jugendliche richten. Von diesen Ermächtigungen hat die Bundesregierung nur in einem Fall Gebrauch gemacht. Sie hat die Bezeichnungen 'naturrein' und 'nikotinfrei' verboten und läßt statt dessen nur die Bezeichnung 'besonders nikotinarm' zu. Weitere Werbebeschränkungen bestehen nicht. Dies erscheint insbesondere deswegen bedenklich, weil nach wie vor die Zigarettenwerbung den Eindruck von Jugendlichkeit, Frische, Sportlichkeit, Geselligkeit und ähnliches zu erwecken sucht, also alles Zielsetzungen, die in deutlichem Widerspruch zu §22 stehen¹⁴¹.

102b (dd) Neben den oben genannten Werbeverboten für Heilmittel und Tabakerzeugnisse existieren noch zahlreiche sogenannte berufs- oder standespezifische Werbebeschränkungen, etwa für Ärzte, für Rechtsanwälte, für Steuerberater, für Wirtschaftsprüfer, für beratende Ingenieure, für Architekten und so weiter. Auf die entsprechenden Berufs- und Standesordnungen soll hier nicht eingegangen werden. Zu bemerken bleibt in jedem Fall, daß sie nicht unter verbraucherpolitischen Gesichtspunkten ergangen sind, sondern unter ausschließlich standespolitischen Rücksichten. Ob unter verbraucherpolitischen Gesichtspunkten eine Modifizierung dieser standesmäßigen Werbebeschränkungen angeraten erscheint, soll nicht zur Diskussion gestellt werden¹⁴².

Andererseits fehlen verbindliche Werbebeschränkungen für *Alkoholika*, obwohl dies in der rechtspolitischen Diskussion seit langem gefordert wird. Ob die hier bestehenden Selbstbeschränkungsabkommen¹⁴³ einen ausreichenden Schutz bieten, wird bezweifelt.

Letztlich ist noch auf Werbebeschränkungen im sogenannten *Außenbereich* hinzuweisen, etwa an Bundesautobahnen gemäß §9 Bundesfernstraßengesetz und im innerstädtischen Verkehr gemäß §33 Straßenverkehrsordnung¹⁴⁴. Sie dienen eher der 'Sicherheit und Leichtigkeit des Verkehrs' als dem Verbraucherschutz.

V VERTRIEBSMETHODEN, VERKAUFSFÖRDERUNG UND SALES PROMOTION (MARKETING I.E.S.)

1 Allgemeines

103 Im Gegensatz zu der bislang dargestellten Werbung zielen Vertriebsmethoden, Verkaufsförderungsaktionen, insgesamt *sales promotion* und

marketing, darauf ab, den Verbraucher *direkt* bei seiner Bedarfsentscheidung anzusprechen und ihn zu einem Vertragsschluß zu bewegen. Vertriebsmethoden betreffen also die Art und Weise des Absatzes, weniger die Präsentation eines bestimmten Produktes in den Medien. Allerdings sind im Einzelfall, insbesondere bei Bestehen eines sogenannten *marketing mix*, vor allem durch Markenartikelunternehmen, die Grenzen außerordentlich fließend.

Im deutschen Recht ist die Grundnorm für die rechtliche und damit auch verbraucherschützende Regelung von Vertriebsmethoden die Generalklausel des §1 UWG. Sie wird in ihren allgemeinen Aspekten und in ihrer Ausdifferenzierung durch die Rechtsprechung unter Gesichtspunkten des Verbraucherschutzes noch ausführlich gewürdigt.

Daneben bestehen zahlreiche Sondervorschriften, die man nach ihrer formalrechtlichen Charakterisierung etwa danach unterscheiden kann, ob sie wettbewerbsrechtlicher, verwaltungsrechtlicher, strafrechtlicher oder zivilrechtlicher Natur sind. Zusätzliche *wettbewerbsrechtliche Vorschriften* über Vertriebsmethoden finden sich einerseits im UWG selbst, insbesondere hinsichtlich des bereits gewürdigten Kaufscheinhandels in §6b, des Ausverkaufs- und Räumungsverkaufswesens in den §§7ff UWG, sowie für Sonderveranstaltungen in §9a und einer dazu ergangenen Rechtsverordnung vom 4.7.1935¹⁴⁵. Sondertatbestände enthalten dann noch die Zugabeverordnung vom 3.3.1932 und das Rabattgesetz vom 25.11.1933.

Verwaltungsrechtliche Regeln finden sich insbesondere im Gewerberecht, so etwa hinsichtlich der zulässigen Grenzen des sogenannten Reisegewerbesgeschäftes. Das Heilmittelwerberecht und das neue Arzneimittelrecht enthalten ebenfalls bestimmte Regelungen über Vertriebsmethoden und darüberhinausgehend auch über Vertriebswege. An neuen verbraucherschützenden Gesetzen ist insbesondere noch das Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht zu nennen, das Vertreterbesuche zum Zweck des Abschlusses von Fernunterrichtsverträgen einschränkende Regelungen unterwirft.

Im *Strafrecht* ist hier maßgebende Norm die allgemeine Betrugsvorschrift des §263 StGB, die allerdings nicht nur unter Gesichtspunkten des Verbraucherschutzes eine Rolle spielt, auch wenn häufig Verbraucher betrügerisch getäuscht werden. Auf sie wird hier nicht besonders eingegangen.

Das *Zivilrecht* spielt mittelbar dort eine Rolle, wo es bei bestimmten Vertriebsmethoden dem benachteiligten oder belästigten Käufer Anfechtungs- oder Widerrufsrechte gibt. Allgemeine Norm ist das Anfechtungsrecht des Kunden bei arglistiger Täuschung (§123 BGB). Zu nennen sind hier dann die Sondertatbestände eines Widerrufsrechtes im Abzahlungsrecht (324), im Auslands-Investmentrecht und im Fernunterrichtsrecht, sowie Bemühungen bei entsprechenden Parallelbestrebungen im EG-Bereich um ein generelles Widerrufsrecht für Haustürgeschäfte und ähnliche Geschäfte. Bemerkenswert erscheint hier, daß das Zivilrecht zwar nicht direkt solche Vertriebsmethoden verbietet, jedoch durch ein Lösungsrecht des Verbrauchers zu einer mittelbaren Beschränkung solcher Vertriebsmethoden führen kann. Auf diesen Fragenkreis wird noch ausführlich einzugehen sein (111ff.).

2 Die Generalklausel des §1 UWG

(a) Bedeutung der Generalklausel

104 §1 UWG lautet:

‘Wer im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Handlungen vornimmt, die gegen die guten Sitten verstoßen, kann auf Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden.’

Die Generalklausel besteht im deutschen Wettbewerbsrecht seit 1909. Sie erfaßt eine große Fülle von Tatbeständen, die keineswegs nur unter Aspekten des Verbraucherschutzes Bedeutung haben, etwa beim Abwerben von Mitarbeitern, bei der sittenwidrigen Ausbeutung fremden Rufes, bei Tatbeständen der Behinderung, und ähnliches¹⁴⁶. Die Handhabung der Generalklausel durch die Rechtsprechung war auch ursprünglich nicht als Verbraucherschutz, sondern als Konkurrentenschutz angelegt. Bereits in den 30er Jahren hat sich jedoch eine Entwicklung angebahnt, die durch die Generalklausel nicht nur Wettbewerberinteressen, sondern auch *Allgemeinheitsinteressen* als geschützt ansah. In neuerer Zeit ist ganz unbestritten, daß die Generalklausel, ebenso wie §3 UWG auch Verbraucherschutz intendiert, wobei allerdings Streit darüber besteht, ob Verbraucherschutz primäres Ziel dieser Norm ist oder sich gleichsam mittelbar aus dem Bestehen der Generalklausel ergibt¹⁴⁷. Während die herrschende Meinung wohl davon ausgeht, daß der Verbraucherschutz nur mittelbar durch §1 gewährleistet werde, nimmt eine neuere Meinung an, daß der Verbraucherschutz zum gleichberechtigten Schutzobjekt des §1 gehöre¹⁴⁸. Der Verbraucherschutz müsse dabei sowohl kollektiv als auch individuell gesehen werden: es gehe sowohl um den Schutz der Verbraucherschaft als Gesamtheit als auch um den Schutz des individuellen, durch eine bestimmte Vertriebsmethode potentiell geschädigten oder gefährdeten Verbrauchers.

Die deutlichste Ausprägung findet der Verbraucherschutzgedanke gegenüber Vertriebsmethoden in dem von der Rechtsprechung des BGH entwickelten sogenannten *Sachlichkeitsgrundsatz*¹⁴⁹. Vertriebsmethoden müssen dabei insgesamt gesehen sachlich sein; sie dürfen den Verbraucher nicht in unsachlicher Weise beeinflussen, seine Entscheidungsfreiheit behindern, ihn in mißbräuchlicher Form zum Kaufentschluß überreden und ihn belästigen. Hier besteht eine merkliche Differenz gegenüber dem Irreführungsverbot, das ja keineswegs den Sachlichkeitsgrundsatz umschließt.

Allerdings ist auch hier die Rechtsprechung, wie an Einzeltatbeständen noch zu zeigen ist, keineswegs einheitlich. Vielmehr argumentiert die Rechtsprechung häufig auf einem mehrschichtigen Niveau, in dem der *Verbraucherschutz nur eine Rolle unter mehreren Gesichtspunkten* spielt. So wird häufig der Schutz des *Leistungswettbewerbes* als zentraler Ansatzpunkt für die Bestimmung der Generalklausel angesehen¹⁵⁰. Man will weiterhin verhindern, daß die Sitten im Wettbewerb ‘verwildern’ und daß schlechte Methoden eines Wettbewerbers andere zur Nachahmung zwingen¹⁵¹. Man berücksichtigt auch, wenn auch mehr am Rande, welche Auswirkungen eine bestimmte Werbemethode auf wettbewerbliche Strukturen haben kann, insbesondere unter Gesichtspunkten des Mittelstandsschutzes¹⁵². In Einzelheiten besteht hier jedoch viel Unklarheit

und viel Streit; überwiegend wird in der Literatur der Mittelstandsschutz über §1 UWG abgelehnt¹⁵³.

Der Anwendungsbereich der Generalklausel ist ähnlich wie der des §3 UWG: es muß jeweils im geschäftlichen Verkehr zu *Zwecken des Wettbewerbs* gehandelt werden. Auf die Ausführungen kann insoweit verwiesen werden.

Wie oben bereits erwähnt, sind die von §1 erfaßten Vertriebsmethoden zahlreich und vielschichtig. Dabei ist es kaum möglich, anhand der ständig wechselnden Szene im Wettbewerb allgemein gültige Aussagen zu machen. Es lassen sich jedoch gewisse Tatbestandsgruppen bilden, die in etwa aufzeigen, welche Vertriebsmethoden gemäß §1 UWG unter Gesichtspunkten des Verbraucherschutzes wettbewerbswidrig sind und welche nicht.

(b) *Belästigende Werbung*

105 Es ist ein von der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes herausgebildeter Kernsatz des Wettbewerbsrechtes, daß Werbemethoden, die den Verbraucher in eine psychologische Zwangslage versetzen, ihn belästigen, seine Privatsphäre tangieren und seine Persönlichkeit gefährden, als sittenwidrig und unsachlich gemäß §1 UWG verboten sind¹⁵⁴. Hier geht es weniger um den kollektiven Schutz der Verbraucherschaft als um den Schutz eines individuellen Verbrauchers, der durch bestimmte Vertriebsmethoden mehr oder minder zum Vertragsschluß genötigt wird. Eine strafbare Handlung ist dazu nicht erforderlich. Es reicht auch aus, daß nur wenige Verbraucher davon betroffen sind, wenn Wiederholungs- oder Nachahmungsgefahr hinsichtlich dieser Vertriebsmethode besteht.

Zur Konkretisierung dieser Werbemethoden sind in der Rechtsprechung in etwa folgende Tatbestandsgruppen gebildet worden¹⁵⁵.

(aa) Das *Anreißen* auf der Straße, überhaupt außerhalb normaler Verkaufsräume, etwa durch Vertreter, durch Verkaufsaktionen für Buchgemeinschafts- und Schallplattenringe und so weiter, ist grundsätzlich nach der Rechtsprechung unzulässig¹⁵⁶. Eine Ausnahme gilt nur an den Orten, wo der Verbraucher von vornherein weiß, daß er zum Zwecke eines Kaufentschlusses 'angerissen' wird. Auf Märkten, Messen, bei besonders bezeichneten Verkaufsförderungsveranstaltungen und so weiter muß der Verbraucher mit Ansprechen wegen eines Vertragsschlusses rechnen. Will er das nicht, so soll er sich eben nicht an solche Orte begeben¹⁵⁷.

(bb) Dem Tatbestand des Anreißen ist die *Telefon- und Telexwerbung* verwandt¹⁵⁸. Die Benutzung des Telefons als Werbemittel, etwa durch gezielte Anrufaktionen zur Förderung eines bestimmten Produktes, bedeutet ein Eindringen in die Privatsphäre, auch wenn hierdurch nicht unmittelbar ein Vertragsentschluß hervorgerufen werden muß. Der Verbraucher hat nach der Rechtsprechung grundsätzliche Freiheit hinsichtlich seines Telefonanschlusses; dieser soll nicht 'umfunktioniert' werden zu einem Verkaufsförderungsinstrument. Die Rechtsprechung argumentiert hier, neben dem Sachlichkeitsgedanken, auch sehr stark mit der Nachahmungsgefahr, die dazu führen könnte, daß jeder Unternehmer zur Telefonwerbung greift und der Verbraucher

vor dieser Werbemethode praktisch nicht mehr sicher wäre. Das Gleiche gilt für die sogenannte Telexwerbung, auch wenn hiervon Endverbraucher kaum betroffen sein werden. Eine unzulässige Telefonwerbung wird nicht dadurch zulässig, daß sie vorher schriftlich angekündigt wird, es sei denn, der Verbraucher hat darum gebeten.

(cc) Weitgehende Klarheit besteht in der Rechtsprechung auch dahingehend, daß das *unbestellte Zusenden* von Ware als sittenwidrig gemäß §1 UWG verboten ist¹⁵⁹. Die Rechtsprechung argumentiert hier sehr stark mit der Belästigungswirkung solcher Zusendungen, die entstehe, wenn vom Verbraucher verlangt werde, bei Nichtabnahme die Sache zurückzusenden. Inzwischen wird dieses Verbot auch erweitert auf subtilere Formen des unbestellten Zusendens, etwa im Zusammenhang mit einer Filmentwicklung, wo im bloßen *Nichteinsenden* eines Bestellzettels bereits die Anforderung eines neuen Films liegen soll¹⁶⁰. Hier wird die verkehrstypische Handlung eines Verbrauchers praktisch umgedreht und im Schweigen auf ein Angebot bereits ein Vertragsabschluß angenommen.

Die Rechtsprechung macht von dem Grundsatz, daß unbestelltes Zusenden von Waren wettbewerbswidrig sei, bestimmte Ausnahmen, etwa wenn das Zusenden vorher angekündigt wurde und den Verbraucher keine Rückgabepflicht trifft, oder der Verbraucher zu erkennen gegeben hat, daß er die Zusendung wünsche¹⁶¹. Hier sind natürlich *Umgehungsformen* denkbar, auf die die Rechtsprechung bislang nur sehr zögernd reagiert.

(dd) Das Zusenden von *Werbe- und Informationsmaterial* ist dagegen nach bisheriger Rechtsprechung praktisch ohne Grenzen zulässig. Ausnahmen bestehen nur dann, wenn sich ein Verbraucher das Zusenden solchen Materials verboten hat oder wenn das Zusenden die Vorbereitung für eine andere, verbotene Verkaufsförderungsmaßnahme bildet, etwa das oben beschriebene unbestellte Zusenden von Waren. Auch ist es unzulässig, auf die Weise etwa einen unerwünschten Vertreterbesuch zu erschleichen¹⁶².

(ee) Klare Grundsätze hat die Rechtsprechung in neuester Zeit entwickelt hinsichtlich der sogenannten *Werbung am Unfallort*: danach ist es wettbewerbsrechtlich unzulässig, wenn anläßlich einer Hilfsmaßnahme bei einem Unfall, etwa durch ein Abschleppunternehmen, gleichzeitig für ein bestimmtes Mietwagenunternehmen geworben wird, zum Beispiel durch Überreichen entsprechender Vertragsformulare. Hier wird eine Schocksituation des Verbrauchers, in der er sich nicht psychologisch frei entscheiden kann, ausgenutzt zu Zwecken der Verkaufsförderung¹⁶³.

(ff) Verboten ist auch die sogenannte *sublimale, unterschwellige Werbung*, auch wenn sie in der Praxis keine große Rolle spielt. Im Unterschied zur Suggestivwerbung werden hier Werbemethoden verwendet, die der Kunde nicht erkennen kann, die ihn zu einem bestimmten Vertragsentschluß verleiten. Man denkt hier insbesondere an Kurzeinblendungen in Fernseh- und Filmspots, die der Verbraucher nicht merkt, die aber dazu führen, daß seine Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt wird¹⁶⁴.

(gg) Sehr umstritten in Theorie und Praxis ist die wettbewerbsrechtliche Handhabung des *Vertreterbesuches*. Auf Haustürgeschäfte ist noch in anderem Zusammenhang einzugehen. Die Rechtsprechung hält daran fest, daß Vertreterbesuche grundsätzlich zulässig sind, weil sie einen gewissen gewerberechtl. Besitzstand darstellen und auch in der Gewerbeordnung nicht generell verboten würden. Dennoch setzt die Rechtsprechung bestimmte Grenzen: so sind zunächst Hausbesuche von Grabsteinvertretern auch nach Ablauf einer Karenzfrist im Falle des Todes eines Angehörigen generell unzulässig¹⁶⁵. Hier liegt wiederum ein Eindringen in die Privatsphäre vor, das der Verbraucher nicht dulden muß. Etwas anderes gilt nur, wenn Angehörige um den Besuch eines solchen Grabsteinvertreters gebeten haben. Gerade an dieser Stelle zeigt sich, daß Mißbräuche und Umgehungen möglich sind, indem etwa durch Kondolenzschreiben gleichzeitig zum Besuch eines Grabsteinvertreters ermuntert werden soll.

Weiterhin erkennt die Rechtsprechung an, daß bestimmte *Praktiken von Vertretern* verboten sind. Zunächst verstößt es bereits gegen strafrechtliche Vorschriften, wenn sich ein Vertreter ohne Einwilligung des Verbrauchers Zugang zur Wohnung verschafft. Geschieht dies regelmäßig und mit Wiederholungsgefahr, so ist auch ein Wettbewerbsdelikt gegeben¹⁶⁶. Andererseits wird das gezielte Ansprechen bestimmter sozial benachteiligter Personen durch Vertreterkolonnen nicht als wettbewerbswidrig angesehen, etwa alter Menschen im Altersheim, Jugendlicher oder Pflegebedürftiger. Die Rechtsprechung erkennt aber an, daß ein Vertreter seinen Besuch nicht erschleichen dürfe, indem beispielsweise dem Kunden ein Informationsgespräch oder eine Gewinnmöglichkeit vorgespiegelt wird, während es sich in Wirklichkeit um einen Vertreterbesuch handelt¹⁶⁷. Im Einzelfall wird natürlich die Beweisführung hinsichtlich unlauterer Methoden bei einem Vertreterbesuch sehr schwierig sein.

(c) *Wertreklame — sogenannter 'psychologischer Kaufzwang'*

106 Eine weitere Tatbestandsgruppe, die die Rechtsprechung in den letzten Jahren sehr detailliert entwickelt hat, ist die der sogenannten Wertreklame oder des psychologischen Kaufzwanges¹⁶⁸. Die Rechtsprechung geht dabei über die Grenzen des Zugabe- oder Rabattrechtes hinaus. Werbegaben müssen sich eine strengere wettbewerbsrechtliche Beurteilung gefallen lassen, wenn sie die Grenzen einer bloßen Aufmerksamkeitswerbung überschreiten. Die Rechtsprechung steht ebenfalls unter der ausgesprochenen oder doch indirekt anklingenden *Sachlichkeitsprämisse*, die verbietet, daß der Verbraucher seinen Kaufentschluß wegen des durch die Wertreklame vermittelten, meist marginalen oder nebensächlichen Zusatznutzens der Werbegabe oder aus einer Art 'Dankbarkeitsgefühl' trifft. Auch hier argumentiert die Rechtsprechung vielschichtig; sie weist auf den Anlockeffekt bestimmter Methoden der Wertreklame hin, kritisiert Übertreibungs- und Verwilderungseffekte im Wettbewerb und fürchtet Nachahmungs- und Konzentrationseffekte, die praktisch dazu führen würden, daß kleine oder mittelständische Unternehmen bei der Wertreklame nicht mehr mithalten können¹⁶⁹.

Auch hier erschließt sich die Bedeutung der Tatbestände erst an einzelnen Fällen, die man etwa wie folgt gruppieren kann.

(aa) Eine große Rolle nehmen in der Rechtsprechung *Gewinnspiele* ein. Dabei gilt als Grundsatz, daß Gewinnspiele, Preisausschreiben und so weiter nicht generell sittenwidrig sind, sondern nur unter bestimmten zusätzlichen Voraussetzungen. Ein verbotenes Gewinnspiel liegt beispielsweise vor, wenn ein sogenanntes Schneeballsystem verwendet wird¹⁷⁰. Bei Preisausschreiben muß klargestellt sein, daß die Bestellung des Kunden keinen Einfluß auf die Gewinnchancen hat¹⁷¹. Es ist auch unzulässig, das Betreten eines Verkaufslokales zur Voraussetzung der Teilnahmeberechtigung zu machen. Denn das würde praktisch bedeuten, daß sich der Kunde mittelbar genötigt sähe, bei Erwerb eines Loses gleichzeitig noch einige, wenn auch möglicherweise wenig wertvolle Sachen einzukaufen¹⁷². Es ist unzulässig, dem Kunden die Gewinnchancen zu verschleiern oder ihm übertriebene Gewinnhoffnungen zu machen¹⁷³. Möglicherweise liegt hier auch eine irreführende Werbung gemäß §3 UWG vor. Die Einbeziehung von Kindern in Preisausschreiben und Gewinnspiele soll nach der Rechtsprechung nicht generell sittenwidrig sein; der Werbetreibende dürfe durchaus den kindlichen Spieltrieb für seine Zwecke ausnutzen. Die Sittenwidrigkeit beginnt erst dann, wenn die Unerfahrenheit oder der Leichtsinns der Kinder zum bewußten Inhalt der Werbemethode gemacht werden¹⁷⁴.

(bb) Verwandt mit Gewinnspielen, wenn auch in etwas anderer Form auftretend, sind *geldwerte Zuwendungen* im Zusammenhang mit Werbemethoden, auch wenn keine verbotene Zugabe vorliegt. So hat es die Rechtsprechung als unzulässig angesehen, daß den VW-Käufern kostenlos eine sogenannte VW-Diagnose zur Verfügung gestellt wird¹⁷⁵. Ein Kaufmann habe im allgemeinen 'nichts zu verschenken', eine Werbung mit Geschenken sei in einem solchen Fall sittenwidrig. Ähnlich wurde die Ausgabe von Wertscheinen beim Kauf von Waschmitteln beurteilt. Hier bestünde die Gefahr, daß der Kunde wegen der Wertscheine und nicht wegen des Produktes seinen Kaufentschluß tätige. Außerdem liege hier ein unerwünschter Imitationseffekt vor¹⁷⁶.

(cc) Das Verschenken von *Originalware* ist aus den gleichen Grundsätzen im allgemeinen unzulässig. Auch hier spielt das Verwilderungs- und Nachahmungsmoment in Verbindung mit Gesichtspunkten des Mittelstandsschutzes eine größere Rolle als der Verbraucherschutz. Das Verschenken von Originalware ist nur zulässig, wenn ein neues Produkt in den Markt eingeführt oder getestet werden soll¹⁷⁷. Der Umfang des Verschenkens von Originalware ergibt sich dabei aus dem Probepurpose. Im allgemeinen ist der Wettbewerber verpflichtet, besondere Probepackungen herzustellen, denn Warenproben sollen nicht dazu dienen, einen normalen Bedarf zu befriedigen. Auch ein übertriebenes Verschenken von Probepackungen kann wettbewerbswidrig sein, wenn sie solch breites Ausmaß annimmt, daß darin praktisch ein Verschenken von Originalware zu sehen ist¹⁷⁸.

Sehr umstritten ist in diesem Zusammenhang die wettbewerbsrechtliche Behandlung sogenannter *Anzeigenblätter*. Es handelt sich dabei um einen

Tatbestand, der besondere Bezüge zum Presserecht aufweist und deshalb hier nicht adäquat gewürdigt werden kann. Es geht dabei darum, daß ein Zeitungs- oder Verlagsunternehmen Anzeigenblätter mit einem bestimmten redaktionellen Teil kostenlos an Haushalte in einer bestimmten Region verteilt. Hier wird praktisch eine, wenn auch geringfügige redaktionelle Leistung 'verschenkt' zum Nachteil sonstiger Presseorgane. Gleichzeitig wird auf dem Anzeigenmarkt ein unerwünschter Konzentrationseffekt auf wenige Anzeigen- und überregionale Tagesblätter herbeigeführt, was praktisch zum Verschwinden von regionalen Tageszeitungen führt¹⁷⁹. In der Diskussion um die wettbewerbsrechtliche Zulässigkeit von Anzeigenblättern spielt allerdings der Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes bislang kaum eine Rolle. Der Standpunkt des Verbrauchers ist hier ambivalent: einerseits ist nichts einzuwenden gegen zusätzliches, kostenloses Informationsmaterial, andererseits hat der Verbraucher Interesse an einer funktionsfähigen Lokalpresse, die häufig durch solche Anzeigenblätter in ihrer Existenz bedroht wird.

(dd) In der Rechtsprechung der letzten Jahre sind sogenannte *Koppelungs- und Vorspannangebote* Gegenstand lebhafter Auseinandersetzungen gewesen¹⁸⁰. Von Koppelungsangeboten spricht man dann, wenn eine bestimmte Leistung mit einer anderen dergestalt abgegeben wird, daß die zweite Leistung günstiger bei gleichzeitigem Erwerb der ersten Leistung zu erstehen ist. Koppelungsangebote sind im allgemeinen zulässig, wenn sie sich im Rahmen des Verkehrsüblichen halten, insbesondere nicht Gegenstände koppeln, die für den Verbraucher keinerlei Verbindung miteinander aufweisen. Von Vorspannangeboten spricht man dann, wenn Wettbewerber außerhalb ihres eigentlichen Vertriebes ein anderes, für Verbraucher besonders attraktives Produkt unter besonders günstigen Bedingungen abgeben und damit für das eigentliche von ihnen vertriebene Produkt einen zusätzlichen Anlockeffekt erzielen. Hier spielt insbesondere der Kaffeehandel eine Rolle, der Vorspannangebote etwa in Form von preisgünstigen Büchern, Geschenk- und Mitnahmeartikeln und Markenwaren eingesetzt hat, um damit den Absatz von Kaffee zu fördern.

Die Rechtsprechung ist bislang sehr streng gegen solche Vorspannangebote vorgegangen. So hat die Rechtsprechung gemeint, daß sogenannte branchenfremde Vorspannangebote generell unzulässig seien¹⁸¹: Kaffeeengeschäfte dürfen nicht eine branchenfremde andere Ware zu einem besonders günstig erscheinenden Preis abgeben, wenn die Abgabe nur zusammen mit der Hauptware, hier Kaffee, erfolgt. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn zwischen der Hauptware und der Nebenware eine 'Gebrauchsnähe' besteht, zum Beispiel wenn diese gleichzeitig als Verpackungsmaterial für den Kaffee Verwendung findet. Ein Vorspannangebot liegt nach neuer Rechtsprechung auch dann vor, wenn die branchenfremde Ware zu einem höheren Preis angeboten wird als die Ware, deren Absatz durch die Koppelung gefördert werden soll (sogenanntes kopplastiges Vorspannangebot)¹⁸². Auch dieser Fall betrifft Kaffeeröstereien, die ein bestimmtes attraktives Tierbuch sehr preisgünstig an Käufer ihres Kaffees abgaben.

Problematisch an diesen Entscheidungen ist, daß sie gerade nicht auf die Entscheidungsfreiheit und -fähigkeit der Verbraucher abstellen, sondern eingefahrene Vertriebswege schützen. Es ist insbesondere bei sogenannten

kopflastigen Vorspannangeboten nicht einzusehen, wieso hier ein Normalverbraucher nicht in der Lage sein soll, seinen Kaufentschluß sachlich und autonom zu fassen. Einen Beweis dafür hat die Rechtsprechung noch nicht angetreten. Auch ist fraglich, ob man hier mit den Kriterien der Wertreklame argumentieren kann. Auch wird der Preiswettbewerb durch solche Vorspannangebote nicht beschränkt sondern gefördert — ein für den Verbraucher positives Ergebnis. In Wirklichkeit geht es um den Schutz eingefahrener Vertriebswege, hier insbesondere des Buchhandels, und um die Bekämpfung von Außenseitern. Das ist aber nicht Aufgabe des Verbraucherschutzes¹⁸³.

In der neuen Judikatur scheint sich deshalb eine großzügigere Behandlung von Vorspannangeboten durchzusetzen: besteht zwischen der Abgabe der Hauptware (etwa Kaffee) und der sogenannten 'Vorspannware' keine unmittelbare oder mittelbare Koppelung, das heißt kann der Verbraucher beides getrennt erwerben, so liegt eine wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstandende *Diversifikation* vor¹⁸⁴, auch wenn der Preis der 'Vorspannware' (ein Tierbuch) besonders attraktiv ist und gerade die Selbstkosten deckt.

(ee) Eine weitere Rolle spielen in der Rechtsprechung *Werbefahrten*, Kaffeefahrten, Besichtigungsreisen und das sogenannte 'Schleppen'¹⁸⁵. Hier wird jeweils eine bestimmte Annehmlichkeit, etwa der Transport mit einem Bus oder Flugzeug angeboten zu dem Zweck, den Verbraucher zu einem bestimmten Vertragsschluß zu bewegen oder ihn in die Nähe eines Ortes zu bringen, wo ein solcher Vertragsschluß getätigt wird. Auch hier urteilt die Rechtsprechung sehr anhand des Einzelfalles. So werden Besichtigungsreisen dann als wettbewerbswidrig betrachtet, wenn etwa zum Kauf spanischer Grundstücke die Ehefrau des Besichtigenden kostenlos mitgenommen wird; hierin liege ein übertriebenes Anlocken¹⁸⁶. Der kostenlose Transport zu dem eigenen Geschäft des Werbenden ist in der Regel unzulässig; allerdings läßt die Rechtsprechung Ausnahmen zu, insbesondere Ausgleich eines Standortnachteiles, bei Wahrung der Anonymität des Transportes und kurzen sowie vorübergehenden Reisen¹⁸⁷. Sogenannte Kaffeefahrten, das heißt Fahrten zum Zwecke der Verkaufsförderung, die den Unterhaltungs- und Geselligkeitstrieb der Verbraucher zum Zwecke der Verkaufsförderung einsetzen, werden je nach den Umständen als sittenwidrig oder nicht angesehen¹⁸⁸. Anzuerkennen ist, daß die Rechtsprechung zunehmend solche Kaffeefahrten strenger beurteilt hat, insbesondere wenn sie dem ausschließlichen Zweck dienen, eine Verkaufsförderungsveranstaltung durchzuführen.

3 Wettbewerbsrechtliche Spezialtatbestände

- 107 Bestimmte Vertriebsformen und Werbemethoden der Verkaufsförderung werden wettbewerbsrechtlich auch noch durch die Zugabeverordnung, das Rabattgesetz sowie durch Vorschriften über das Ausverkaufswesen und über Sonderveranstaltungen geregelt¹⁸⁹. Hier interessiert nur das Zugabe- und Rabattrecht. Die Gesetze entstammen der Wirtschaftskrise von 1932/33 und tragen keinen verbraucherpolitischen Schutzzweck. Ihr Charakter ist vielmehr

ausgesprochen *mittelstandsorientiert*, was sich bereits darin zeigt, daß weder die Zugabeverordnung von 1932 noch das Rabattgesetz von 1933 das Verbandsklagerecht von Verbraucherverbänden gemäß §13 Abs. 1a UWG kennen. Sie sollen verhindern, daß mittelständische Unternehmen im Wettbewerb dadurch Nachteile erleiden, daß Großunternehmen durch eine intensive Zugabewerbung oder durch Ankündigen und Versprechen von Rabatten und ähnlichen Preisnachlässen sich Wettbewerbsvorteile verschaffen und damit kleine Mitbewerber vom Markt verdrängen.

An dieser mehr mittelständischen Orientierung hält die Rechtsprechung bis heute fest. Es ist deshalb die Frage aufgetaucht, ob diese Gesetze nicht gerade zur Wettbewerbsförderung und im Verbraucherinteresse aufgehoben oder wenigstens eingeschränkt ausgelegt werden müssen¹⁹⁰. Da sie noch gelten, soll hier kurz auf ihren wesentlichen Inhalt eingegangen werden.

- 108 (aa) Die *Zugabeverordnung* verbietet nicht schlechthin die Wertreklame oder Werbegaben, sondern nur ganz bestimmte Formen von Werbegeschenken. Das Verbot greift nur ein, wenn eine *Zugabe* vorliegt. Dies setzt nach herrschender Praxis dreierlei voraus: die Zugabe muß als Nebenware zusammen mit einer Hauptware bzw. -leistung abgegeben werden, Haupt- und Nebenware müssen akzessorisch sein, für die Zugabe darf kein Entgelt oder nur ein Scheinentgelt gefordert werden¹⁹¹. Besondere Schwierigkeiten macht dabei das Merkmal der Akzessorität. Die neuere Rechtsprechung hält daran fest, daß die bloße 'Hoffnung' auf einen Geschäftsabschluß ein Werbegeschenk nicht zu einer Zugabe macht. Damit wird insbesondere die weit verbreitete Praxis etwa von sogenannten Weihnachtsgaben, von Sonderzuwendungen und ähnlichem nicht von der Zugabeverordnung erfaßt¹⁹². Für die Zugabe darf auch kein Entgelt gefordert werden. Das Vertreiben einer besonders preisgünstigen Ware zusammen mit einer Hauptware verstößt damit nicht gegen das Zugabeverbot. Dies hat die Rechtsprechung insbesondere klargestellt im Zusammenhang mit sogenannten Vorspannangeboten. Diese Vorspannangebote, in denen eine branchenfremde Ware preisgünstig zusammen mit der Hauptware abgegeben wird, insbesondere im Kaffeehandel, verstoßen deshalb nicht gegen das Zugabeverbot¹⁹³. Es liegt möglicherweise ein Tatbestand des §1 UWG (verbotene Wertreklame) vor. Durch diese enge Interpretation der Zugabeverordnung hat sie in der Praxis weitgehend für die rechtliche Behandlung der Wertreklame an Bedeutung eingebüßt. Wichtiger ist nach neuerer Rechtspraxis das oben dargestellte Verbot des §1 UWG.

Zugaben liegen auch dann nicht vor, wenn lediglich Reklamegegenstände von geringem Wert gewährt werden; das Merkmal des geringen Wertes entscheidet die neuere Rechtsprechung allerdings nicht bloß anhand des objektiven Wertes, sondern auch anhand der in der Werbung herausgestellten Eigenschaften, die eine möglicherweise objektiv wertlose Sache zu einer wertvollen machen¹⁹⁴.

Auf weitere Einzelheiten ist hier nicht einzugehen. Zu bemerken bleibt lediglich, daß Zugaben nicht nur gegenüber Endverbrauchern, sondern in allen Wirtschaftsstufen verboten sind.

- 109 (bb) Das *Rabattgesetz* vom 25.11.1933 erfaßt einerseits die Ankündigung oder Gewährung von Rabatten als bestimmte Werbemethode, andererseits will es

gleichzeitig eine Irreführung des Verbrauchers verhindern, die gerade bei Gewährung von Rabatten und Sonderpreisen verkehrstypisch vorliegen kann¹⁹⁵. Das Rabattgesetz steht damit zwischen der Regelung irreführender Werbung einerseits und der Kontrolle bestimmter unlauterer Werbemethoden andererseits. Der ordnungspolitische Zweck des Gesetzes ist dabei noch umstrittener als der der Zugabeverordnung. So hat sich beispielsweise der Verbraucherbeirat beim Bundesminister für Wirtschaft dafür eingesetzt, das Rabattgesetz ganz abzuschaffen¹⁹⁶.

Das Rabattverbot knüpft an zwei einschränkende Voraussetzungen an: es bezieht sich nur auf Waren des täglichen Bedarfs und gilt nur gegenüber letzten Verbrauchern. Beide Merkmale sind sehr umstritten. Im allgemeinen versteht man unter Waren des täglichen Bedarfes nicht nur Lebens- und Genußmittel, sondern auch höherwertige Güter wie etwa Kraftfahrzeuge. Nur ausgesprochene Luxusartikel sollen dem Rabattverbot nicht unterliegen¹⁹⁷. An dieser Auslegung ist insbesondere von Ulmer¹⁹⁸ Kritik geübt worden, der meint, daß etwa ein Rabattverbot bei Kraftfahrzeugen zu einer unerträglichen Wettbewerbseinschränkung führe. Waren des täglichen Bedarfs seien nicht bereits solche, die der Verbraucher täglich nutze, sondern solche, die er täglich neu kaufen müsse. Hier könne das Rabattverbot den Verbraucher irreführen.

Weiterhin gilt das Rabattverbot nur gegenüber letzten Verbrauchern, nicht gegenüber Wiederverkäufern, Großhändlern und ähnlichen. Dieses Merkmal wird von der Rechtsprechung so ausgelegt, daß letzter Verbraucher derjenige ist, der eine Ware nicht weiter umsetzt¹⁹⁹. Dies kann auch ein gewerblicher Verbraucher sein. Gerade diese Auslegung des Verbraucherbegriffs hat in der Rechtspraxis dazu geführt, daß insbesondere sogenannte Selbstbedienungsgroßhändler, die Waren an gewerbliche Abnehmer nicht nur für den geschäftlichen Bedarf und zum Weiterverkauf, sondern auch zum Privatbedarf abgeben, vom Rabattverbot erfaßt sind. Insbesondere bei Mischformen ist es häufig schwierig festzustellen, ob Waren typischerweise an den letzten Verbraucher abgegeben werden oder nicht²⁰⁰. Der Bundesgerichtshof hat sich in etwa dahingehend geäußert, daß ein zehnprozentiger Privatbedarf von gewerblichen Verbrauchern zugelassen wird. Dies muß im einzelnen der Selbstbedienungsgroßhändler kontrollieren. Läßt er eine höhere Abgabe zu, so unterliegt er dem Rabattverbot²⁰¹.

Als Rabatte werden in §1 Abs. 2 Rabattgesetz Nachlässe von den Preisen, die der Unternehmer ankündigt oder im allgemeinen fordert, sowie Sonderpreise, die wegen der Zugehörigkeit zu bestimmten Verbraucherkreisen, Berufen, Vereinen oder Gesellschaften eingeräumt werden, bezeichnet. Rabatte sind also nicht nur gegeben, wenn ein prozentualer Abschlag auf den Preis angekündigt wird, sondern auch etwa bei gruppenspezifischen Sonderpreisen oder sonstigen Preisnachlässen²⁰². Anerkannt ist aber, daß das Rabattgesetz nicht die Preisgestaltungsfreiheit des Unternehmers beschränkt und ihm auch nicht verbietet, etwa mit Preissenkungen zu werben²⁰³. Auch Preisspaltungen, Koppelungsangebote und ähnliches werden durch das Rabattgesetz nicht generell verboten, sondern nur in Form einer Ankündigung oder Gewährung von Preisnachlässen. Eine bloße Preisherabsetzung ist kein Preisnachlaß. Preisgegenüberstellungen etwa werden, sofern sie nicht irreführend sind, wie oben ausgeführt wurde,

vom Rabattgesetz nicht verboten. Auch hier kann auf Einzelheiten nicht eingegangen werden²⁰⁴.

Das Rabattgesetz läßt bestimmte Ausnahmen der Rabattgewährung zu, insbesondere den dreiprozentigen Barzahlungsnachlaß für Handelsunternehmen und Konsumvereine. Eine Durchbrechung des Rabattverbotes ist dann möglich, wenn an Verbraucher, die sich zu einer Gesellschaft zusammengeschlossen haben, die Gewinne aus dem verbilligten Einkauf in Form von Ausschüttungen auf Gesellschaftsanteile zurückgewährt werden. Hier liegt nach der Rechtsprechung keine wettbewerbsrechtlich unzulässige Ankündigung oder Gewährung eines Preisnachlasses vor, sondern eine gesellschaftsrechtlich mögliche Form der Gewinnbeteiligung²⁰⁵. Durch diese Gestaltung ist es weitgehend möglich, die Vorschriften des Rabattgesetzes zu umgehen. Hiervon wird in letzter Zeit zunehmend Gebrauch gemacht; allerdings nimmt die Kartellrechtsprechung an, daß solche Unternehmen *nicht* beliefert werden müssen²⁰⁶.

4 Werbe- und Vertriebsmethoden bei bestimmten Produkten

110 Rechtliche Beschränkungen der Vertriebs- und Werbemethoden existieren vor allem für *Arzneimittel*. Allerdings sind hier die einschränkenden Vorschriften des Heilmittelwerbegesetzes und des Arzneimittelgesetzes nur teilweise unter Verbraucherschützenden Gesichtspunkten entstanden. Vielmehr steht der Schutz des mittelständisch organisierten Apothekerwesens durchaus im Vordergrund des gesetzgeberischen Interesses. Dies wird sehr häufig mit gesundheitspolitischen und Verbraucherschützenden Gründen gerechtfertigt, ist jedoch nicht in jedem Fall zwingend. In der Tat führt die Restriktion von Vertrieb und Werbung für apothekenpflichtige Arzneimittel zu einer erheblichen Verteuerung und liegt damit nicht im Verbraucherinteresse, sofern sie nicht unbedingt medizinisch geboten ist.

(aa) Das *Heilmittelwerbegesetz* verbietet in §6 eine Werbung, die darauf hinwirkt, Arzneimittel, deren Abgabe den Apotheken vorbehalten ist, im Wege des Versandes zu beziehen. §7 verbietet eine Werbung für Fernbehandlung, §9 Nr 13 verbietet die Werbung mit Preisausschreiben, Verlosung und anderen Verfahren, deren Ergebnis vom Zufall abhängig ist, Nr 14 die Werbung durch die nicht verlangte Abgabe von Mustern oder Proben oder durch Gutscheine dafür. Bestimmte Formen der Werteklame, die im Wettbewerbs- oder Zugaberecht im Einzelfall als wettbewerbswidrig beanstandet werden könne, es jedoch nicht generell sind, werden im Arzneimittelrecht generell verboten (§5 HWG n.F.)²⁰⁷.

(bb) Das neue *Arzneimittelgesetz* legt, wie auch das frühere Arzneimittelrecht, in §47 einen gesetzlichen Vertriebsweg für apothekenpflichtige Arzneimittel fest. §50 beschränkt den Vertrieb von nicht apothekenpflichtigen Arzneimitteln auf sachkundige Personen. §51 verbietet das Feilbieten von Arzneimitteln und das Aufsuchen von Bestellungen von Arzneimitteln im Reise-gewerbe. §52 enthält ein Verbot der Selbstbedienung oder des Automatenverkaufes von Arzneimitteln.

(cc) Für andere Produkte außerhalb des Arzneimittelsektors bestehen entsprechende Beschränkungen des Vertriebes und der Werbemethoden nicht, insbesondere nicht für *Tabakwaren*. Gerade angesichts des gesundheitsschädlichen Charakters von Tabakwaren wäre zumindestens eine Einschränkung der Werbemethoden für Tabakwaren zu erwägen, zum Beispiel hinsichtlich Preisausschreiben. Eine Ermächtigungsgrundlage hierfür besteht in §22 Abs. 3 Nr 1 LMGB.

VI HAUSTÜRGESCHÄFTE

- 111 Haustürgeschäfte und ähnliche Geschäfte, die außerhalb der gewöhnlichen Geschäftsräume des Unternehmers abgeschlossen werden, etwa Geschäfte anlässlich von Kaffeefahrten, durch Ansprechen von Straßenpassanten oder am Arbeitsplatz bilden unter mehreren Aspekten einen besonderen Gegenstand des Verbraucherschutzes. Der eine Aspekt kann als wettbewerbsrechtlich oder gewerberechtlich bezeichnet werden, der andere als zivilrechtlich. Im Gewerbe- bzw. Wettbewerbsrecht äußert sich diese Form des Vertriebes darin, daß die Entscheidungs- und Entschließungsfreiheit des Verbrauchers durch die gewählte Form des Direktvertriebes radikal eingeschränkt wird: der meist sachunkundige, oft überrumpelte Verbraucher steht einem geschulten Verkäufer gegenüber, der ihn sehr viel leichter zu einem Kaufabschluß überredet, als das unter normalen Umständen der Fall wäre. Gewerberechtlich führen solche Vertriebsmethoden zu einer Belästigung des Verkehrs, möglicherweise auch zum Vertrieb von Produkten, die gerade durch das Reisegewerbegeschäft nicht vertrieben werden sollen. Zivilrechtlich äußert sich das Problem dahingehend, ob der Verbraucher an einen solchen Vertrag gebunden ist oder ob er sich von ihm lösen kann²⁰⁸.

1 Gewerbe- und wettbewerbsrechtliche Regelungen von Haustürgeschäften

- 112 (aa) Die wichtigsten Vorschriften zur Regelung von Haustür- und ähnlichen Geschäften finden sich in der *Gewerbeordnung* von 1869 in den jeweils geltenden Fassungen. In Titel 3 'Reisegewerbe' der §§55ff der Gewerbeordnung sind zum Schutz der öffentlichen Sicherheit und Ordnung, mittelbar auch zum Schutz des Verbrauchers bestimmte einschränkende Voraussetzungen an die Tätigkeit im Reisegewerbe gestellt. Es gilt der Grundsatz, daß ein Gewerbetreibender, der in eigener Person außerhalb der Räume seiner gewerblichen Niederlassung oder, ohne eine solche zu haben, ohne vorherige Bestellung Waren feilbieten, ankaufen oder zu Warenbestellungen aufsuchen, gewerbliche Leistungen anbieten oder für Bestellungen von gewerblichen Leistungen aufsuchen will, einer *Reisegewerbekarte* bedarf. Das Gesetz regelt nun im einzelnen die Voraussetzungen für Erteilung und Widerruf der Reisegewerbekarte. Hierauf ist nicht näher einzugehen. In §56 sind dann bestimmte Tätigkeiten im Reisegewerbe generell verboten. Dazu gehören insbesondere: der Vertrieb (Feilbieten und Aufsuchen) von Bestellungen von:

— Waren, soweit ihr Vertrieb im stehenden Gewerbebetrieb ausgeschlossen ist;

- Giften und gifthaltigen Waren;
- orthopädischen Gegenständen;
- elektromedizinischen Geräten;
- Geräten und Gegenständen, die vor anderen als Licht- oder Wärmestrahlen schützen sollen;
- Wertpapieren und so weiter;
- geistige Getränke (Ausnahme Bier und Wein);
- Kleinuhren;
- gebrauchte Kleider und so weiter;
- Vermittlung von Darlehensgeschäften, sofern sie nicht im Zusammenhang mit einem Warengeschäft oder dem Abschluß eines Bausparvertrages stehen.

Die in der Gewerbeordnung verbotenen Tätigkeiten sind jeweils unter ganz unterschiedlichen Aspekten in das Gesetz aufgenommen worden. Ein Aspekt ist der, daß Waren wegen ihrer potentiellen Gefährlichkeit grundsätzlich nicht im Reisegewerbe vertrieben werden sollen, wie etwa Gifte, jede Art von Heilgeräten, hochprozentige Alkoholika. Bei anderen Gegenständen verfolgt die Gewerbeordnung durch ihre Verbote den Schutz des stehenden Gewerbes, beispielsweise beim Vertrieb von Kleinuhren und ähnlichem. Eine andere Reihe von Verbotsvorschriften betrifft Geschäfte, die typischerweise für den Verbraucher besonders riskant sind, und die, wenn im Reisegewerbe abgeschlossen, zu einer von der Rechtsordnung nicht hinnehmbaren Selbstschädigung führen können, etwa im Zusammenhang mit Darlehensgeschäften, worauf noch einzugehen ist (343).

Dem Ausnahmekatalog ist aber gleichzeitig zu entnehmen, daß die Gewerbeordnung Haustürgeschäfte und ähnliche Vertriebsformen nicht als grundsätzlich verbrauchergefährdend ansieht und deshalb auch nicht grundsätzlich verbietet²⁰⁹. Dies wird besonders deutlich im Zusammenhang mit der Vorschrift, die ausdrücklich Warengeschäfte, die mit einem Darlehensgeschäft verbunden sind, von dem Verbot des Reisegewerbes ausnimmt. Gerade dieser Fall ist aber für den Verbraucher besonders problematisch, weil ihm eine Ware überlassen wird, deren Entgelt er in Raten erbringen soll, wobei er das Ausmaß der von ihm eingegangenen Pflichten kaum übersieht. Hier helfen dann nur die Schutzvorschriften des Abzahlungsgesetzes, auf die in anderem Zusammenhang einzugehen ist (322).

- 113** (bb) Außerhalb der Gewerbeordnung kennt noch das Gesetz zum *Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht* vom 24.8.1976 in §17 ein beschränktes Verbot von Haustürgeschäften. §17 lautet:

Abs. 1:

Der Veranstalter oder seine Beauftragten dürfen zum Zweck der Werbung oder der Beratung über Fernlehrgänge des Veranstalters Personen nur dann aufsuchen, wenn diese;

- (1) vorher Informationsmaterial, das den Anforderungen des §16 entspricht, erhalten; und
- (2) nach Erhalt des Informationsmaterials schriftlich um eine Beratung gebeten haben.

Für eine Beratung nach Satz 1 soll der Veranstalter oder seine Beauftragten die erforderliche Eignung besitzen.

Abs. 2:

Der Veranstalter oder seine Beauftragten dürfen weder bei der Abgabe der auf den Vertragsschluß gerichteten Willenserklärung des Teilnehmers noch außerhalb der Geschäftsräume bei der Übermittlung der Willenserklärung mitwirken.

Die Gesetzesbegründung führt zu dieser Vorschrift aus: 'Ein großer Teil der Mißstände im Fernunterricht ist darauf zurückzuführen, daß bildungswillige, aber lernungewohnte Personen durch Vertreter oder auf Provisionsbasis arbeitende Berater zu Vertragsabschlüssen über Fernlehrgänge veranlaßt werden, ohne daß sie die notwendigen Vorbildungsvoraussetzungen erfüllen und ihre eigene Lernfähigkeit richtig einzuschätzen vermögen. Durch die Regelung des §17 soll nicht jede persönliche Beratung ausgeschlossen werden, wohl aber das Aufsuchen von Fernunterrichtsinteressenten ohne deren ausdrücklichen Wunsch und ohne vorherige Unterrichtung durch Informationsmaterial und ebenso die Mitwirkung des Veranstalters oder seiner Beauftragten bei der Abgabe der auf den Vertragsschluß gerichteten Willenserklärung²¹⁰.

§17 verbietet also nicht schlechthin Haustürgeschäfte von Fernunterrichtsverträgen, sondern regelt einerseits die sogenannte Beratungstätigkeit, andererseits die Willensbildungsfreiheit des Teilnehmers an einem Fernunterrichtskurs. Die Beratung des Kunden soll dabei sachkundig sein und von diesem ausdrücklich gewünscht werden. Der Kunde soll nicht gegen seinen Willen 'beraten' werden. Durch das Verbot der Mitwirkung am Vertragsschluß soll gleichzeitig erreicht werden, daß der Kunde in seiner Willensentscheidung unbeeinflußt von dem Vertreterbesuch oder dem Beratungsgespräch sich entscheiden kann. Die Regelung läßt also ein sehr viel tieferes Verständnis für die psychologische Situation des von einem Vertreter aufgesuchten Kunden erkennen als etwa die Gewerbeordnung, und geht auf die besondere Vertriebspraxis gerade bei Fernunterrichtslehrgängen detailliert ein.

- 114 (cc) Neben diesen verwaltungsrechtlichen Vorschriften sind noch wettbewerbsrechtliche Gesichtspunkte bei der Regelung von Haustürgeschäften zu beachten. Darauf ist oben bereits eingegangen worden. Die Rechtsprechung hält im allgemeinen Haustürgeschäfte für wettbewerbsrechtlich unbedenklich, sofern nicht zusätzliche Aspekte den Sittenverstoß des Unternehmers bzw. seines Vertreters begründen²¹¹. Die Rechtsprechung stützt sich dabei insbesondere auch auf die gewerberechtliche Zulässigkeit des Reisegewerbes und damit von Haustürgeschäften, die eine wettbewerbsrechtliche Sanktion gegen Haustürgeschäfte generell verbietet. Eine Ausnahme hat die Rechtsprechung nur entwickelt für den Fall des unbestellten Besuches von Grabsteinvertretern, weil hier ein sittenwidriger Belästigungstatbestand gemäß §1 UWG vorliegt. Soweit das Wettbewerbsrecht eingreift, finden hier nicht ordnungsrechtliche, sondern die spezifisch wettbewerbsrechtlichen Sanktionen, wie oben geschildert, Anwendung.

2 Zivilrechtliche Folgen

115 Das (eingeschränkte) gewerberechtliche bzw. wettbewerbsrechtliche Verbot bestimmter Formen von Haustürgeschäften sagt zunächst nichts darüber aus, wie *zivilrechtliche Folgeverträge* zwischen dem Kunden einerseits, der unter Verstoß von Rechtsvorschriften in seiner Wohnung oder auf der Straße zu einem Geschäftsabschluß bestimmt worden ist, und andererseits zwischen dem Unternehmer, der ein rechtswidriges Haustürgeschäft selbst oder durch Vertreter ausübt, zu beurteilen sind. Diese Frage regelt sich nach allgemeinem Zivilrecht und ist im einzelnen sehr streitig. Die geltende Rechtspraxis geht jedoch davon aus, daß ein Verstoß gegen gewerbe- und wettbewerbsrechtliche Vorschriften nicht automatisch zur zivilrechtlichen Nichtigkeit des Folgevertrages führe²¹²: dies sei nur unter den Voraussetzungen der Irrtumsanfechtung bzw. der Anfechtung wegen arglistiger Täuschung möglich, die jedoch im Regelfall bei verbotenen Haustürgeschäften nicht gegeben bzw. vom Kunden nicht nachzuweisen ist. Ein gesetzlich verbotenes Geschäft gemäß §134 BGB, ein sittenwidriges Geschäft gemäß §138 I oder ein wucherisches Geschäft gemäß §138 II BGB liege im allgemeinen nicht vor, da hiervon nur der Inhalt des Geschäftes, nicht aber die Art und Weise des Zustandekommens eines Vertrages betroffen werde. Die gewerbe- und wettbewerbsrechtlichen Verbote richteten sich aber nur gegen bestimmte Vertriebsmethoden, nicht aber gegen den Abschluß solcher Geschäfte überhaupt.

An dieser Meinung ist schon unter den Grundsätzen des geltenden Rechtes Kritik zu üben. Wenn es richtig ist, daß die gewerbe- und wettbewerbsrechtlichen Verbote bestimmter Formen von Haustürgeschäften gerade den Schutz des Verbrauchers intendieren, so kann dieser Schutz sich nicht beschränken auf die Untersagung einer bestimmten Vertriebsform, sondern muß gerade auch zivilrechtliche Folgeverträge beinhalten; der Schutz läuft sonst weitgehend leer. Es muß daher davon ausgegangen werden, daß ein gewerbe- bzw. wettbewerbsrechtlich verbotenes Haustürgeschäft gleichzeitig gemäß §134 BGB gegen ein gesetzliches Verbot verstößt und daher zur Nichtigkeit führt²¹³. Gegebenenfalls wäre auch anzunehmen, daß jedes Hinwegsetzen über dieses Verbot durch den Unternehmer bzw. seine Vertreter bereits eine arglistige Täuschung bedeutet und daher für den Vertragsabschluß des Kunden kausal ist.

Von anderen wird argumentiert, daß ein Verstoß des Unternehmers bzw. seiner Vertreter gegen gewerbe- oder wettbewerbsrechtliche Vorschriften gleichzeitig eine unerlaubte Handlung gemäß §823 Abs. 2 BGB beinhaltet. Der Kunde kann jetzt Schadenersatz fordern. Gemäß den Grundsätzen der Naturalrestitution beinhaltet der Schadenersatz zuvörderst ein Lösungsrecht vom Vertrag²¹⁴. So interessant diese Begründung ist, so wenig vermag sie dogmatisch zu überzeugen. Denn es geht hier nicht um Schadenersatzansprüche, sondern um die Gültigkeit eines zivilrechtlichen Vertrages. Das ist aber keine Frage des Deliktsrechtes, sondern des allgemeinen Vertragsrechtes und damit gemäß §134 BGB zu lösen.

Die geplante Reform des UWG²¹⁵ (121) will dem Verbraucher bei wettbewerbswidrigen Haustürgeschäften und ähnlichen ein besonderes Schadenersatzrecht geben, das auch einen Lösungsanspruch enthält. Dadurch

werden jedoch nur grobe Verstöße erfaßt, nicht jedoch Haustürgeschäfte generell. Das geplante Widerrufsrecht wird dadurch nicht überflüssig.

3 Einführung eines allgemeinen Widerrufsrechtes für Haustürgeschäfte

116 Die rechtspolitische Diskussion in der Bundesrepublik hat sich in den letzten Jahren neben der gewerbe- und wettbewerbesrechtlichen Zulässigkeit oder Unzulässigkeit von Haustürgeschäften auch der Frage zugewandt, ob zivilrechtlich nicht durch Einführung eines *Widerrufsrechtes* bei Haustür- und ähnlichen Geschäften dem Kunden wirksamer zu helfen sei²¹⁶. Die zivilrechtliche Lösung hätte den Vorteil, daß einerseits Haustürgeschäfte nicht generell unter eine gewerbe- oder wettbewerbsrechtliche Sanktion gestellt würden, andererseits aber dem Kunden durch Einführung des Widerrufsrechtes die Möglichkeit eingeräumt wäre, sich von Verträgen, die ihm lästig sind (sei es wegen ihres Inhaltes, sei es wegen der Art und Weise ihres Abschlusses) zu lösen, gleichzeitig aber an Geschäften, die er auch nach reiflicher Überlegung geschlossen hätte, festzuhalten.

Das geltende Recht kennt inzwischen Widerrufsrechte in drei Fällen: der eine Fall ist im Abzahlungsrecht geregelt und wird im Zusammenhang mit dem Verbraucherkredit (324) dargestellt. Einen Spezialfall des Widerrufsrechtes enthält weiterhin §11 des Gesetzes über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile. Ein dritter Fall ist geregelt in §4 des Gesetzes zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht²¹⁷. Das Widerrufsrecht im Abzahlungsrecht und im Fernunterrichtsrecht ist dabei nicht gebunden an Haustürgeschäfte, sondern gilt unabhängig davon, in welcher Form und an welchem Ort der Vertrag geschlossen worden ist. Das Widerrufsrecht rechtfertigt sich hier wegen der langfristigen, erhebliche finanzielle Mittel des Kunden involvierenden Bindung. Das Widerrufsrecht in §11 des Ausland-Investmentgesetzes setzt dabei am Tatbestand des Haustürgeschäftes ein.

Die Versuche zur Einführung eines Widerrufsrechtes bei Haustür- und ähnlichen Geschäften sind im deutschen Bundestag bereits in der letzten Legislaturperiode im Zusammenhang mit der Reform des Abzahlungsrechtes behandelt worden. Aus den Gesichtspunkten der Gleichheit und einer möglichen verfassungswidrigen Diskriminierung des Reisegewerbehandels hat sich jedoch der Gesetzgeber nicht dazu entschließen können, ein solches allgemeines Widerrufsrecht für Haustürgeschäfte einzuführen. Er hat vielmehr der auf das Abzahlungsrecht und ähnliche Geschäfte beschränkten Lösung den Vorzug gegeben²¹⁸. Es hat sich jedoch gezeigt, daß die abzahlungsrechtliche Lösung nicht ausreicht, insbesondere bei Geschäften, die an der Haustür geschlossen werden, jedoch nicht den Charakter eines Abzahlungs- oder eines ähnlichen Geschäftes erfüllen. Deshalb ist im Bundesrat zu Beginn der neuen Legislaturperiode wiederum ein Gesetzentwurf über den Widerruf von Haustür- und ähnlichen Geschäften eingebracht worden²¹⁹.

Auch innerhalb der EG sind Bestrebungen zur Rechtsangleichung und Rechtsvereinheitlichung zum Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Verträgen zu bemerken. Inzwischen hat der Rat der Europäischen Gemeinschaften einen entsprechenden Richt-

linienvorschlag vorgelegt²²⁰. Im folgenden soll der Gesetzentwurf des Bundesrates mit dem Richtlinienentwurf des Europäischen Rates verglichen werden.

(aa) Beide Entwürfe gehen davon aus, daß bei Haustür- und ähnlichen Geschäften ein Widerrufsrecht eingeführt werden soll. Als *Haustürgeschäfte* werden in §1 des deutschen Entwurfes vertragliche Willenserklärungen bezeichnet, zu denen der Kunde durch außerhalb eines ständigen Geschäftsraumes der anderen Vertragspartei (des Unternehmers) oder deren Vertreters geführte mündliche Verhandlungen bestimmt worden ist. Art. 1 des EG-Entwurfes enthält den gleichen Begriff des Geschäftsraumes, der als ständige Niederlassung bezeichnet wird, von der aus ein Gewerbetreibender seine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit ausübt, sowie Stände auf Messen und Märkten. Solche Vertragsabschlüsse außerhalb von ständigen Geschäftsräumen müssen nicht unbedingt an der Haustür erfolgen, sie können auch am Arbeitsplatz, auf der Straße, bei sonstigen Veranstaltungen außerhalb von Messen und Märkten geschlossen werden. Allerdings hat die Bundesregierung in ihrer Stellungnahme zum Bundesratsentwurf gerade daran Kritik geübt: sie meint, daß die Formulierung 'außerhalb der ständigen Geschäftsräume' zu weit gehe, sondern daß es ausreiche, positiv diejenigen Formen von Vertragsabschlüssen zu bezeichnen, die dem Widerrufsrecht unterliegen, wie Geschäfte an der Haustür oder am Arbeitsplatz²²¹. Die weite Fassung des Bundesratsentwurfes und des EG-Entwurfes hat jedoch den Vorteil, daß sie auch mögliche Umgehungsformen mit einschließt und insoweit in der Praxis des Verbraucherschutzes flexibler zu handhaben ist.

Einigkeit besteht zwischen den Entwürfen auch insoweit, als nicht nur die gewerbliche Tätigkeit, sondern auch die sogenannte freiberufliche Tätigkeit (unabhängig von ihrer standesrechtlichen Zulässigkeit) außerhalb von ständigen Geschäftsräumen von dem Widerrufsrecht erfaßt wird.

(bb) Die beiden Vorschläge sind auch weitgehend darin einig, welche *Geschäftsarten* einem Widerrufsrecht nicht unterliegen sollen. Gedacht ist dabei insbesondere an Verträge, zu deren Abschluß die Initiative ausschließlich beim Kunden lag, an notariell beurkundete Willenserklärungen, an Grundstücksgeschäfte und an Bagatellgeschäfte. Während im deutschen Entwurf im einzelnen nicht gesagt wird, wann das Entgelt gering ist, versucht der Richtlinienentwurf der EG-Kommission dies quantitativ auf 25 europäische Rechnungseinheiten einzugrenzen. Der deutsche Entwurf fordert noch zusätzlich, daß bei Bagatellgeschäften die Leistung sofort erbracht und das geringe Entgelt sofort bezahlt wird. In beiden Entwürfen hat der Gewerbetreibende (einschließlich freiberuflich Tätiger) die Voraussetzungen für das Vorliegen der genannten Ausnahmen zu beweisen.

(cc) Ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Bundesratsentwurf und dem EG-Entwurf besteht darin, daß der EG-Entwurf *Schriftform* für den Vertrag verlangt, während der deutsche Gesetzgeber davon abzusehen glaubt. Erinnerung sei hier an die Rechtslage gemäß §1a Abzahlungsgesetz, wo im Bereich der Abzahlungsgeschäfte Schriftform verlangt wird und dem Kunden bestimmte Angaben etwa über den Teilzahlungspreis und den effektiven Jahreszins in der

Vertragsurkunde gemacht werden müssen. In dem Verzicht auf Schriftform scheint eine wesentliche Schutzlücke der deutschen Novellierungsbestrebungen zu liegen. Es empfiehlt sich daher eine Regelung entsprechend §§3 und 4 des EG-Vorschlages.

(dd) Die Ausübung des Widerrufsrechtes ist in beiden Entwürfen davon abhängig gemacht, daß der Kunde *innerhalb einer Woche* dem Unternehmer bzw. ihm gleichstehenden Personen den Widerruf anzeigt. Nach deutschem Recht bedarf der Widerruf der Schriftform, während der EG-Vorschlag jede Anzeige genügen läßt, es aber den einzelnen Mitgliedstaaten überläßt, ob sie zusätzliche Formerfordernisse für die Anzeige aufstellen. In jedem Fall erscheint es sinnvoll, von einer Schriftform des Widerrufes Abstand zu nehmen, wie gerade die Praxis des Abzahlungsrechtes zeigt. Auch durch schlüssiges Verhalten muß es dem Kunden möglich sein, sein Widerrufsrecht auszuüben, etwa durch Rücksendung der Ware²²².

Beide Vorschläge sehen vor, daß der Kunde über sein Widerrufsrecht schriftlich belehrt werden muß und daß die Widerrufsfrist nicht eher läuft, bis eine entsprechende Belehrungsurkunde dem Kunden ausgehändigt worden ist. Darüberhinaus soll nach dem EG-Vorschlag dem Kunden ein entsprechendes Widerrufsformular möglichst mit Vertragsschluß überreicht werden, um auch sicherzustellen, daß der Kunde wirklich von seinem Widerrufsrecht Gebrauch machen kann und nicht etwa mangels Kenntnis über Formalien und ähnliches von seinem Widerrufsrecht Abstand nimmt. Es empfiehlt sich, einen solchen Vorschlag auch in das deutsche Recht aufzunehmen, der allerdings nur empfehlenden Charakter haben kann.

Beide Vorschläge sehen schließlich vor, daß bei Streitigkeiten über den Beginn der Widerrufsfrist der Gewerbetreibende die Beweislast für die Nichtrechtzeitigkeit des Widerrufs hat. Diese Regelung ist insbesondere wichtig bei vordatierten Urkunden. Art. 12 des EG-Vorschlages sieht für diesen Fall noch vor, daß das Recht der Mitgliedstaaten eine eigenhändige Datierung des Haustürvertrages durch den Verbraucher oder die Eintragung des Haustürvertrages bei einer dafür geeigneten Stelle vorsehen kann, Vorschriften, die dem deutschen Vorschlag fehlen.

Auf das Widerrufsrecht kann in beiden Entwürfen durch den Verbraucher nicht verzichtet werden. Nach dem deutschen Entwurf erlischt das Widerrufsrecht einen Monat nach beiderseits vollständiger Erbringung der Leistung. Diese Regelung weicht deutlich vom Widerrufsrecht des Abzahlungsrechtes ab, wo das Widerrufsrecht bereits im Moment der Abwicklung des Vertrages erlischt. Der Unterschied liegt, wie die Entwurfsbegründung richtig hervorhebt, darin, daß sonst eine Umgehung des Widerrufsrechtes leicht möglich wäre. Denn Haustürgeschäfte sind ja keine Kreditgeschäfte, häufig werden die Leistungen sofort erbracht; auch in diesem Fall soll der Kunde (von Bagatellgeschäften abgesehen) sein Widerrufsrecht behalten.

(ee) Bei Regelung der *Rechtsfolgen* ist in beiden Entwürfen sichergestellt, daß der Kunde nicht durch eine Verpflichtung zu Vertragsstrafen, zum Schadensersatz, zur Haftung für Verschlechterung oder bestimmungsgemäße Abnutzung oder zur Erstattung eines Nutzungsentgeltes praktisch von seinem

Widerrufsrecht Abstand nehmen muß. Dabei geht der EG-Entwurf noch weiter als der Bundesratsentwurf. Nach dem EG-Entwurf ist der Verbraucher nicht verpflichtet, den normalen Gebrauch der Ware während der Widerrufsfrist zu entgelten, während er nach deutschem Recht immerhin den Wert der Gebrauchsüberlassung vergüten soll, allerdings nicht die Wertminderung erstatten muß.

Hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereiches ist klargestellt, daß nur Geschäfte im Rahmen des sogenannten *Verbraucherrechtes* vom Widerrufsrecht erfaßt werden (19). Übt der Kunde also eine selbständige gewerbliche oder freiberufliche Tätigkeit aus, so hat er kein Widerrufsrecht. Ist umgekehrt die andere Vertragspartei nicht geschäftsmäßig tätig, so besteht ebenfalls kein Widerrufsrecht. Damit ist sichergestellt, daß nur bei eigentlichen Verbraucherverträgen ein Widerrufsrecht existiert, nicht jedoch bei Geschäften zwischen Verbrauchern untereinander und zwischen Unternehmen bzw. freien Berufen.

(ff) Über die zivilrechtliche Regelung hinausgehend enthält der EG-Vorschlag noch eine Ermächtigung zum Erlaß *gewerbe- bzw. wettbewerbsrechtlicher* Vorschriften über Haustür- und ähnliche Geschäfte. Damit wird insbesondere sichergestellt, daß in den Ländern, die Haustürgeschäfte an einschränkendere gewerberechtliche Kriterien knüpfen als das deutsche Recht, ein solcher Rechtszustand durch das EG-Recht nicht verhindert wird.

VII KONTROLLSYSTEME

117 Die rechtliche Regelung der Werbung und des marketing i.e.S. steht solange auf dem Papier, wie nicht entsprechende *Sanktionsmechanismen* bereitgestellt werden, um die in Rechtsvorschriften enthaltenen Verbote und Gebote auch wirksam und schnell im Verbraucherinteresse durchzusetzen. Das deutsche Recht zeichnet sich hier in dem angesprochenen Bereich durch höchst unterschiedliche Kontrollsysteme aus. Diese sollen zunächst nebeneinander gewürdigt werden, wobei rechtspolitische Vorschläge mit einbezogen werden. In einem weiteren Teil soll dann versucht werden, die horizontale Verzahnung der verschiedenen Kontrollmechanismen darzustellen.

1 Das Sanktionssystem im Wettbewerbsrecht

118 Soweit das deutsche Werberecht wettbewerbsrechtlichen Charakter trägt, stellt das Wettbewerbsrecht entsprechende, durch jahrzehntelange Rechtspraxis ausgefeilte Sanktionsinstrumente zur Verfügung. Da im deutschen Recht die *wettbewerbsrechtlichen* Sanktionen anders als in anderen EG-Staaten eine führende Rolle spielen, seien sie zuerst dargestellt. Der Hauptanwendungsbereich sind dabei einerseits irreführende Werbeangaben in der oben dargestellten Form, andererseits gemäß §1 UWG und wettbewerbsrechtlichen Spezialgesetzen verbotene Werbemethoden.

Die Sanktionsform des Wettbewerbsrechtes ist *zivilrechtlich* ausgestaltet. Nach §1 und §3 UWG kann der durch eine sittenwidrige oder irreführende Werbemaßnahme Geschädigte zunächst auf Unterlassung klagen. Gemeint sind

damit die Wettbewerber, die durch Maßnahme eines Konkurrenten Nachteile in ihrem geschäftlichem Fortkommen erleiden. Bei sittenwidrigen Wettbewerbs-handlungen kann der geschädigte Wettbewerber zusätzlich noch auf Schadensersatz klagen; der benachteiligte Verbraucher hat ein solches Recht nicht²²³.

Das Wettbewerbsrecht verfolgt aber nicht nur, wie inzwischen ganz unbestritten ist, individualschützende Funktionen, sondern dient auch der Aufrechterhaltung eines Leistungswettbewerbs im Sinne der Allgemeinheit und im Sinne der Verbraucher. Deshalb ist in §13 UWG das Klagerecht in zwei Richtungen erweitert worden. Zunächst können Verbände von Gewerbetreibenden Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche geltend machen. Diese Sanktionsform ist inzwischen im Wettbewerbsrecht weitestgehend verbreitet und macht den Hauptanfall wettbewerbsrechtlicher Auseinandersetzungen aus. Zusätzlich ist 1965 die Verbraucherverbandsklage eingefügt worden²²⁴, die das Gesetz jedoch an einschränkende Voraussetzungen knüpft: der Anspruch auf Unterlassung kann ohne Einschränkungen nur in den Fällen irreführender Werbung von Verbraucherverbänden geltend gemacht werden; Verstöße gegen das Verbot sittenwidriger Wettbewerbs-handlungen können von Verbraucherverbänden nur dann im Wege der Unterlassungsklage aufgegriffen werden, soweit der Anspruch irreführende Angaben über Waren oder gewerbliche Leistungen oder eine sonstige Handlung zu Zwecken des Wettbewerbs betrifft, durch die wesentliche Belange der Verbraucher berührt werden. Die Klagebefugnis der Verbraucherverbände bezieht sich in diesen Fällen also nicht auf alle Wettbewerbsverstöße, sondern nur auf solche, die Verbraucherbelange betreffen. Die oben erörterten rechtswidrigen Wettbewerbs-handlungen können jedoch nach inzwischen einhelliger Meinung von den Verbraucherverbänden gerügt werden. Es ist auch nicht jeder Verbraucherverband klagebefugt, sondern nur ein solcher, zu dessen satzungsgemäßen Aufgaben es gehört, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen, und der diese Interessen auch tatsächlich durch eine entsprechende Beratungstätigkeit wahrnimmt²²⁵. Ein Schadensersatzanspruch steht den Verbraucherverbänden nach ausdrücklicher Gesetzesvorschrift nicht zu. Der Regierungsentwurf zur UWG-Reform vom 26.5.1978²²⁶ will die Verbandsklage durch einige rechtstechnische Veränderungen 'seriöser' gestalten. Nach einem neuen §13 Abs. 5 UWG soll der Verband einer behördlichen Aufsicht unterliegen, so daß nicht jeder Verband die Wahrnehmung von Verbraucherbelangen behaupten kann. Zusätzlich können Mitgliederverbände mit 75 Mitgliedern wie im AGB-Recht (294ff) Klage erheben, bedürfen aber ebenfalls der Registereintragung.

Die Verbraucherverbandsklage war nach Einführung recht zögernd von den Verbraucherorganisationen genutzt worden²²⁷. Dies lag zunächst an der restriktiven Gerichtspraxis, die sich scheute, Verbänden ohne genaue Prüfung ihrer satzungsmäßigen Tätigkeit die Klagebefugnis zu gewähren, etwa sogenannten 'anwaltlichen Gebührenvereinen'. Eine faktische Restriktion ergibt sich aus der beschränkten Mittelausstattung der Verbraucherverbände. Da die wettbewerbsrechtlichen Streitigkeiten im allgemeinen hohe Streitwerte haben und ein erhebliches Kostenrisiko aufweisen, wurden die Verbraucherverbände gezwungen, nur eindeutig wettbewerbswidrige Praktiken

aufzugreifen, ohne jedoch Zweifels- und Grenzfälle etwa durch Musterprozesse klären zu lassen²²⁸. Erst in letzter Zeit scheint sich hier ein Wandel anzubahnen. Außerdem ist offen, inwieweit dem Verbraucherverband die Kosten des außergerichtlichen Verfahrens, etwa Anwalts- und Gutachterkosten von dem Wettbewerbsverletzer erstattet werden können. Auch das prozessuale Haftungsrisiko der Verbraucherverbände wird als erheblich angesehen²²⁹. Insgesamt wird in einer rechtstatsächlichen Untersuchung von v. Falckenstein auf einige Erfolge der Verbandsklage hingewiesen, aber auch auf gravierende Mängel, etwa bei weit gestreuten marketing-Aktionen, beim Direktvertrieb und bei der Großwerbung.

Ein letzter Mangel der Verbraucherverbandsklage liegt in dem *Prozeßkostenrisiko*. §23a UWG sieht zwar vor, daß der Streitwert in Wettbewerbssachen herabgesetzt werden kann, wenn die Belastung mit den vollen Prozeßkosten die wirtschaftliche Lage einer Prozeßpartei *erheblich* gefährden würde (sogenannter gespaltener Streitwert). Die gerichtliche Praxis legt diese Vorschrift restriktiv aus, was die Zuerkennung der Streitwertvergünstigungen an Verbraucherorganisationen angeht. Die Gerichte meinen, daß sich Verbraucherorganisationen an die allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Prozeßregeln halten und gegebenenfalls ihre Prozeßtätigkeit beschränken sollten. Außerdem sei es Aufgabe der sie finanzierenden Stellen, die entsprechenden finanziellen Mittel für ihre Prozeßtätigkeit bereitzustellen. Dies könne nicht dem Gegner bzw. dem Anwalt überbürdet werden²³⁰.

Der bereits erwähnte Regierungsentwurf will in einem neuen §23a E-UWG klarstellen, daß Zuwendungen der öffentlichen Hand bei der Bestimmung der wirtschaftlichen Lage des Verbraucherverbandes *nicht* berücksichtigt werden²³¹. Außerdem soll ein Regelstreitwert von DM 5000 eingeführt werden, wenn der Verband ausschließlich auf öffentliche Zuwendungen angewiesen ist, wie die Verbraucherzentralen und der Verbraucherschutzverein in Berlin (6).

Die deutsche Rechtspraxis auf dem Gebiet der Verfolgung von Wettbewerbsverstößen weist insgesamt also eine deutliche *Asymmetrie* zugunsten von Verbänden der gewerblichen Wirtschaft und zulasten von Verbraucherorganisationen auf. Dieser Befund kann nicht deshalb hingenommen werden, weil angeblich auch Verbände der gewerblichen Wirtschaft mittelbar Verbraucherinteressen wahrnehmen oder weil Verbraucherverbände gewerblichen Organisationen gleichstünden²³². Immerbin können nach dem Gesetz über die Prozeßkostenhilfe (370) Verbraucherverbände Hilfe erhalten, wenn sie die Kosten nicht aufbringen können und die Unterlassung der Rechtsverfolgung 'allgemeinen' Interessen zuwiderlaufen würde (§116 Nr 2 ZPO n.F.).

2 Verbesserung der Rechtsdurchsetzung mittels eines wettbewerbsrechtlichen Schadensersatzanspruches

- 119 Die entscheidende Schwäche der Verbraucherverbandsklage — von ihrer beschränkten Praktikabilität einmal abgesehen — liegt darin, daß ihre Sanktion sich auf einen *Unterlassungsanspruch* beschränkt. Durch ein an den Werbenden bzw. eine marketing-Maßnahme durchführenden Unternehmer gerichtetes Unterlassungsgebot — sei es im Wege der strafbewehrten Abmahnung, der einstweiligen Verfügung oder (seltener) eines Unterlassungsurteiles²³³ — kann weder der Schaden wieder gutgemacht werden, der

dem Verbraucher durch die wettbewerbswidrige Handlung entstanden ist, noch kann der Eindruck einer Werbemaßnahme dadurch wirklich konterkariert werden. In der rechtspolitischen Diskussion werden dabei drei neue Sanktionsformen diskutiert: der *kollektive Schadensersatzanspruch*, der *Ersatzanspruch des individuellen Verbrauchers* und eine *Berichtigungswerbung*. In dem Richtlinienentwurf der EG-Kommission vom 1.3.1978 sind diese Sanktionsformen ausdrücklich vorgesehen, obwohl ihre Ausgestaltung weitgehend dem Recht der Mitgliedsstaaten überlassen wird.

Inzwischen ist durch empirische Untersuchungen auch erhärtet, daß dem Verbraucher durch unlautere Wettbewerbshandlungen und irreführende Werbung erhebliche *Schäden* entstehen können²³⁴. Man unterscheidet dabei verschiedene mögliche Schadensarten: Anlockungsschäden, Aufwendungsschäden, Vertragsschäden, Differenzschäden, Schäden durch Preisirreführung, Begleit- und Folgeschäden, Rechtsverfolgungskosten. Die wichtigste Bedeutung in der Praxis haben *Vertragsschäden* und *Differenzschäden*. Der Vertragsschaden besteht darin, daß ein Verbraucher etwa durch ein wettbewerbswidriges Haustürgeschäft zu einem Vertragsschluß verleitet worden ist, den er unter normalen Umständen nicht eingegangen wäre. Diese Vertragsschäden kommen vor allem bei unlauteren Wettbewerbshandlungen nach §1 UWG vor (103ff) und machen etwa die Hälfte aller empirisch ermittelten Schäden aus. Unter Differenzschaden versteht man den Vermögensverlust des Verbrauchers, der ihm vor allem durch irreführende Werbung entsteht: eine Ware wird mit bestimmten Eigenschaften angepriesen, die sie jedoch nicht hat (Verkauf billigen deutschen Whiskys als teurer schottischer Whisky; die Differenz zwischen beiden stellt den Schaden des Verbrauchers dar). Differenzschäden können auch in der Weise vorkommen, daß der Ware oder Dienstleistung eine Eigenschaft in der Werbung zugepriesen wird, die sie nicht hat (etwa Schlankheitsmittel), ohne daß sie deshalb teurer als vergleichbare Produkte verkauft wird. Nach einer Hochrechnung betragen die jährlichen Vertrags- und Differenzschäden durch wettbewerbswidrige Handlungen etwa 1,5 bis 2 Mrd. DM. Die übrigen Schadensposten waren in der Untersuchung entweder nicht quantifizierbar oder nicht erheblich.

Das geltende Recht ermöglicht aus rechtlichen oder faktischen Gründen bislang kaum Kompensation für die oben genannten Schäden. Vertragsschäden nimmt es nach dem Grundsatz der Vertragstreue hin, sofern nicht ausnahmsweise ein Nichtigkeits- oder Anfechtungsgrund nach dem BGB besteht (121). Für Differenzschäden ist überhaupt keine Kompensation vorgesehen, weder im Vertrags- noch im Deliktsrecht, sofern nicht ausnahmsweise Eigenschaften zugesichert werden (239ff). Häufig sind auch die Schäden des einzelnen Verbrauchers so gering, daß er sie kaum im Prozeßwege durchsetzen wird. Dies verlangt die Möglichkeit einer gebündelten Geltendmachung durch Verbraucherverbände.

(a) *Kollektive Geltendmachung*

120 Die Forderung nach einem *kollektiven Ersatzanspruch* ist zunächst in der *Literatur* entwickelt worden²³⁵. Es besteht bislang im Wettbewerbsrecht ein Ungleichgewicht, weil zwar die Wettbewerber und in beschränktem Umfang

ihre Organisationen, nicht aber die Verbraucherverbände Schadensersatz gegenüber irreführenden Werbemaßnahmen verlangen können, obwohl häufig gerade die Verbraucher die von einer Werbemaßnahme nachteilig Betroffenen sein werden. Eine Erweiterung des geltenden Rechtszustandes durch Zuerkennung eines deliktischen Schadensersatzanspruches hat die Rechtsprechung abgelehnt²³⁶.

Die Probleme einer Rechtsreform bestehen einerseits darin, den Kreis der Geschädigten und andererseits den Schaden abzugrenzen. Die bisherigen Verbraucherorganisationen sind nämlich nicht auf Mitgliederbasis organisiert und sind deshalb kaum legitimiert (von dem seltenen Fall einer Prozeßstandschaft abgesehen), einen Fremdschaden geltend zu machen (6). Ihr eigener Schaden umfaßt aber nur die Rechtsverfolgungskosten²³⁷. Selbst bei Überwindung dieser Schwierigkeiten, etwa durch Schaffung einer mitgliederorientierten Verbraucherorganisation, bleibt die Frage der Bemessung des Schadens. Eine *class action* gemäß dem amerikanischen Recht ist dem Recht der Bundesrepublik fremd. Das Schadensrecht will individuelle Rechtsgüter Nachteile ersetzen. Bei einem kollektiven Schadensersatzanspruch ist jedoch ein solcher Nachteil kaum mehr feststellbar. Die Vorschläge der Kommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität erwägen unter anderem, hier statistische Unterlagen zur Schadensermittlung (Differenz zwischen hypothetischem Marktwert und Minderwert) ausreichen zu lassen²³⁸.

(b) *Lösungsrecht*

121 Wesentlich wichtiger für den einzelnen Verbraucher ist eine Schadenssanktion in Form eines *individuellen Lösungsrechtes* vom Vertrag. Nach bisher durchaus herrschender, wenn auch nicht unbestrittener Rechtsprechung bleibt nämlich der Vertragsentschluß eines durch eine irreführende oder sittenwidrige Werbemaßnahme zu einem Kauf bestimmten Verbrauchers auch dann wirksam, wenn im Wege einer Unterlassungsverfügung dem Werbetreibenden etwa die Werbemaßnahme verboten worden ist²³⁹. Nur ausnahmsweise wird er vortragen können, daß er arglistig getäuscht wurde oder daß der Vertrag sittenwidrig sei. Der Verbraucher bleibt also an den Vertrag gebunden — ein rechtspolitisch unhaltbares Ergebnis.

Die Vorschläge der Kommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität und des Verbraucherbeirates sehen nun vor, dem einzelnen Verbraucher eine Schadenssanktion in Form eines Lösungsrechtes zu geben²⁴⁰. Wenn also der Vertrag mit einem Endverbraucher Folge einer irreführenden Werbemaßnahme ist, so soll der Verbraucher ein Lösungsrecht vom Vertrag haben. Dieses Lösungsrecht ist dabei nicht zu verwechseln mit Bestrebungen zur Einführung etwa eines Widerrufsrechtes bei Haustürgeschäften, da dieses Widerrufsrecht schadensunabhängig ausgestaltet ist und bei bestimmten Geschäftstypen lediglich die Einhaltung einer Frist voraussetzt (155). In der Sache werden sich allerdings die Anwendungsbereiche von Lösungsrecht und Widerrufsrecht bei Haustür- und ähnlichen Geschäften überschneiden. Es ist deshalb denkbar, daß die rechtspolitische Brisanz des Lösungsrechtes weitgehend dadurch entschärft wird, daß dem Verbraucher bei Haustür- und ähnlichen Geschäften ein befristetes Widerrufsrecht gegeben wird.

122 Ein dritter rechtspolitischer Vorschlag läuft auf die Einführung einer *Berichtigungswerbung* hinaus²⁴¹. Dieses sogenannte *corrective advertising* ist zunächst im amerikanischen Recht entwickelt worden und bedeutet, daß der Werbetreibende auf eigene Kosten in den gleichen Medien seine Werbebehauptung zurücknehmen, eventuell berichtigen muß²⁴². Im deutschen Recht ist bislang die Berichtigungswerbung ein Unterfall des sogenannten verschuldensunabhängigen Beseitigungsanspruches, der bei irreführenden Werbemaßnahmen kraft Gesetzes besteht. Dieser Anspruch kann entweder auf Richtigstellung gehen²⁴³. Daneben sieht §23 Abs. 2 UWG auf Anordnung des Gerichtes die Veröffentlichung des Urteilstenor vor. Ein Gegendarstellungsrecht ist allerdings nur dem Presserecht, nicht dem Werberecht bekannt.

In der Rechtspraxis hat bislang der Beseitigungsanspruch und das Veröffentlichungsrecht keine große Rolle gespielt. Insbesondere wird durch ihr Bestehen die Forderung nach einer Berichtigungswerbung nicht hinfällig. Auch hier liegt, wie in der rechtspolitischen Diskussion fälschlich angenommen, das Problem weniger im formellen als im materiellen Recht. Denn solange der Irreführungsbegriff subjektiv orientiert ist, steht eine Berichtigungswerbung auf schwachen Füßen. Denn es gibt ja kraft Rechts gar kein Gebot, das den Werbetreibenden zur objektiven Richtigkeit seiner Behauptungen zwingt. Er muß nur die Irreführung beseitigen, was nicht unbedingt eine Berichtigungswerbung verlangt; umgekehrt kann durch eine Berichtigungswerbung eine neue Irreführung entstehen.

Problematisch bleibt allerdings die Klagebefugnis von Verbänden. Es ist nämlich durchaus strittig, ob der Beseitigungsanspruch ein persönliches Betroffensein verlangt oder unabhängig davon jeder Organisation zusteht, die Unterlassung verlangen kann²⁴⁴. Schließlich müßte die Veröffentlichung gerichtlicher Entscheidungen auch auf einstweilige Verfügungen erstreckt werden. Andererseits müßte durch Gesetz die Möglichkeit geschaffen werden, daß nicht nur der Tenor, sondern auch der wesentliche Inhalt einer gerichtlichen Entscheidung publik gemacht werden kann²⁴⁵.

Die Berichtigungswerbung wird bislang nur von Gewerbetreibenden benutzt, in deren 'Rechte' durch Wettbewerber, Verbraucherorganisationen oder Presseorgane 'eingegriffen' wird. Sie ist dabei Ausfluß des deliktischen Schadenersatzanspruches und dient als Maßnahme zur Wiederherstellung des früheren Rechtszustandes im Sinne des §249 BGB. Der BGH läßt die Erstattung von Aufwendungen (etwa Anzeigenkampagnen) zur Beseitigung der Schädigungen im Rahmen des Erforderlichen zu. Der Erstattungsanspruch ist allerdings beschränkt auf eine Richtigstellung oder Ergänzung der vorangegangenen falschen Tatsachenbehauptung, d.h. die Berichtigungswerbung muß einen Bezug zur Rechtsverletzung haben^{245a}.

Die Rechtsprechung des BGH schafft für die kritische Presseberichterstattung zum Marktgeschehen ein erhebliches zusätzliches Haftungsrisiko. Inwieweit diese Rechtsprechung auch auf Verbraucherorganisationen angewendet wird, ist noch nicht entschieden. Presseorgane und Verbraucherorganisationen können also bei falschen Tatsachenbehauptungen (71) über einen Anbieter gegebenenfalls mit den Kosten einer Berichtigungswerbung

belastet werden, wobei allerdings zuzugeben ist, daß der BGH eine Einschränkung dieses 'Selbsthilferechtes' versucht. Diese Berichtigungswerbung nicht zu Gunsten sondern zu Lasten von Verbraucherorganisationen kann mit dem Grundsatz der freien Meinungsäußerung in Art. 5 GG kollidieren. Wenn der BGH sich für die Zulassung der Berichtigungswerbung auf die 'Verbrauchererwartung' beruft, so ist damit noch nichts über die Kostenüberwälzung von Anzeigenkampagnen gesagt. Wenn der Werbetreibende an die Öffentlichkeit tritt, muß er sich auch kritische, unter Umständen auch falsche Berichterstattung gefallen lassen, wenn er dazu einen Anlaß gegeben hat.

(d) *Regierungsentwurf zum UWG*

123 Der *Regierungsentwurf* zur UWG-Reform vom 26.5.1978²⁴⁶ sieht in einer Neufassung der §§13 bis 13c UWG entsprechende schadensrechtliche Sanktionen vor, beläßt es aber hinsichtlich der Berichtigungswerbung bei dem bisherigen Rechtszustand. Der Gesetzgeber legt in §13a Abs. 2 zunächst fest, daß der durch eine rechtswidrige Wettbewerbshandlung geschädigte Verbraucher einen Ersatzanspruch hat, 'sofern er durch die Zuwiderhandlung zur Abnahme *bestimmt* worden' ist. Bei der (strafbaren) unwahren Werbung gemäß §4 n.F. E-UWG wird der Ersatzanspruch nach zwei Richtungen erweitert: der Verbraucher hat einerseits ein Recht auf Ersatz des Differenzschadens (Vergleich zwischen dem wirklichen Wert der Ware und dem in der Werbung vorgestellten Wert), andererseits ein besonderes Rücktrittsrecht gemäß §13b. Geht die Werbung mit der Angabe von einem Dritten aus, so steht dem Abnehmer das Rücktrittsrecht nur dann zu, wenn der andere Vertragsteil die Unwahrheit der Angabe kannte oder kennen mußte oder an der Werbung mit dieser Angabe durch eigene Maßnahmen beteiligt war.

Gegenüber dem Referentenentwurf fällt die eingeschränkte Geltendmachung des besonderen Ersatzanspruches bei unwahrer Werbung auf: im früheren Referentenentwurf genügte eine irreführende Werbung, im heutigen Regierungsentwurf muß es sich um eine — vom Verbraucher meist nur schwer zu beweisende — strafbare Werbung handeln²⁴⁷. Ein weiteres Problem stellt sich im arbeitsteiligen Vertrieb: häufig fallen Werbetreibender und Vertragspartner des Verbrauchers auseinander, insbesondere beim Markenartikelvertrieb. Der Referentenentwurf ließ hier jede objektive Mitbeteiligung des Vertragspartners an der Werbung genügen, während er nach dem Regierungsentwurf entweder schuldhaft mit der Unwahrheit der Werbung vertraut sein konnte oder sich an ihr durch eigene Maßnahmen beteiligt. In der Praxis wird deshalb das Recht auf Ersatz von Differenzschäden und das besondere Rücktrittsrecht keine Rolle spielen. Wichtiger erscheint der allgemeine Schadensersatzanspruch gegen den Werbetreibenden, der zum Beispiel auch in einem Freistellungsanspruch von vertraglichen Pflichten, die der Verbraucher mit Dritten (dem Händler) eingegangen ist, liegen kann.

Der Gesetzgeber gewährt allerdings den individuellen Ersatzanspruch weniger im Interesse des einzelnen Verbrauchers sondern als Voraussetzung, um diesen Anspruch 'gebündelt' geltend zu machen. Dies geschieht dadurch, daß dem Verband die Ansprüche abgetreten werden. Die Abtretung bedarf nach

§13c der Schriftform und kann bis zur Klageeinreichung zurückgezogen werden. Die Bundesregierung zieht die Anspruchsbündelung einer class action nach amerikanischem Vorbild oder einer originären Verbandsklage aus eigenem Recht vor, da in der BRD die Verbraucherorganisationen nicht auf Mitgliederbasis organisiert sind²⁴⁸. Die rechtspraktische Handhabbarkeit der Abtretungskonstruktion ist allerdings problematisch, vor allem bei der Bündelung kleiner Schäden, die alle eigener gerichtlicher Feststellung unterliegen, insbesondere hinsichtlich Kausalität und Schadenshöhe²⁴⁹. Es ist also weder damit zu rechnen, daß die Anspruchsbündelung präventiv wirkt, noch daß sie einen wirklichen Ersatz des Verbraucherschadens ermöglicht. Eine Gewinnabschöpfung sieht der Entwurf — anders als der EG-Vorschlag — ohnehin nicht vor.

In der Praxis der Verbandsklage spielt weiter eine Rolle, inwieweit der Verband seinen eigenen Schaden geltend machen kann, insbesondere zur Rechtsdurchsetzung und Rechtsverfolgung. Die Rechtsprechung gibt dem Verbraucherverband nur unter eingeschränkten Voraussetzungen das Recht, etwa die außergerichtlichen Anwalts- und Gutachterkosten zu liquidieren (120). Daran ändert der Entwurf nur insoweit etwas, als der Verband nach einer erfolgreichen kollektiven Schadenersatzklage vor der Auskehrung des Ersatzbetrages die Unkosten vorweg abziehen kann (§13c Abs. 3 E-UWG). Eine *Berichtigungswerbung über* das geltende Recht hinausgehend sieht *der Entwurf nicht* vor.

3 Verwaltungs- und strafrechtliche Sanktionen

124 (aa) Die *verwaltungsrechtliche Kontrolle* der Werbung spielt in der BRD aus verschiedenen Gründen keine Rolle, obwohl hierfür Möglichkeiten bestehen.

Am weitestgehenden ist hier das *Arzneimittelgesetz*, das der Aufsichtsbehörde bei apothekenpflichtigen Arzneimitteln eine Prüfung der Werbeunterlagen (§64 Abs. 3 AMG) und eine Beanstandung der Medienwerbung und des marketing gemäß dem HWG ermöglicht²⁵⁰.

Eine aufsichtsrechtliche Beanstandungsmöglichkeit enthalten §23 des Gesetzes über das Kreditwesen für die Banken- und Sparkassenwerbung und §81 Versicherungsaufsichtsgesetz für die Versicherungswerbung. Von diesem Recht wird gelegentlich Gebrauch gemacht, allerdings mehr in informeller Art und weniger durch Erlass entsprechender Verwaltungsakte. Die nach §23 KWG gegebene Möglichkeit, durch Rechtsverordnung Werberichtlinien zu erlassen, wird seit 1967 nicht mehr praktiziert²⁵¹.

Im Rahmen der Überwachung der *Lebensmittelwerbung*, der Tabakwerbung und der Werbung für Kosmetika bestehen ebenfalls behördliche Eingriffsbefugnisse. Verstöße gegen die dort geregelten Werbevorschriften, insbesondere das Täuschungsverbot, unterliegen einer Bußgeldsanktion. Die Behörden können auch durch Verwaltungsakt bestimmte Werbemaßnahmen verbieten bzw. beanstanden, was jedoch in der Praxis praktisch nicht vorkommt.

Das *Bundeskartellamt* hat außerhalb seiner Aufsichtsbefugnisse über Selbstbeschränkungsabkommen und Wettbewerbsregeln auch die Möglichkeit (126), die Werbung marktbeherrschender Unternehmen wegen Mißbrauchs zu beanstanden. Das BKA hat unter Berufung auf diese Vorschrift eine

Werbeaktion des Marktführers auf dem Margarinemarkt untersagt, ist jedoch vor dem Kammergericht mit seiner Entscheidung nicht durchgedrungen²⁵². Die Gewerbeaufsicht über gewerberechtlich verbotene marketing-Maßnahmen, etwa im Rahmen des Direktvertriebes spielt für den Verbraucherschutz praktisch *keine* Rolle²⁵³.

- 125 (bb) Als schärfste Sanktion wird bei vorsätzlichen Übertretungen gegen bestimmte verwaltungsrechtliche Vorschriften eine *strafrechtliche* Sanktion vorgesehen. Allerdings werden in der Praxis solche Sanktionen kaum vorkommen, da es in der BRD ein eigenständiges Werbestrafrecht bislang nicht gibt.

In diesen Zusammenhang gehört auch die strafbare Werbung gemäß §4 UWG. Allerdings sind die Voraussetzungen einer Bestrafung sehr einschränkend umschrieben: strafbar ist die Werbung nämlich nur, wenn sie in der Absicht erfolgt, den Anschein eines besonders günstigen Angebots hervorzurufen, wenn sie vor größerem Publikum gemacht wird und wenn sie wissentlich unwahre und zur Irreführung geeignete Angaben enthält. §4 hebt sich also deutlich von der zivilrechtlichen Sanktion des §3 UWG ab. Die gesetzlichen Vorschriften stellen die Strafverfolgungsbehörden vor kaum überwindbare Schwierigkeiten, so daß deshalb Bestrafungen wegen strafbarer Werbung praktisch nicht vorkommen²⁵⁴.

In der neueren rechtspolitischen Diskussion wird daher gefordert, §4 UWG zu erweitern. Dabei gibt es zwei unterschiedliche Richtungen. Die Kommission für wirtschaftlichen und sozialen Wandel will eine strafbare Werbung schon dann greifen lassen, wenn bedingter Vorsatz vorliegt und wenn irgendwie irreführende Angaben gemacht werden, gleichgültig, ob sie wissentlich unwahr sind oder nicht²⁵⁵.

In der politischen Öffentlichkeit wird auch gefordert, die Strafsanktion bereits dann eintreten zu lassen, wenn fahrlässig irreführende Angaben gemacht werden²⁵⁶. Damit werden allerdings die Grenzen zu den wettbewerbsrechtlichen Sanktionen überschritten. Auch muß gefragt werden, ob das Strafrecht generell taugliches Mittel zur Bekämpfung von Wettbewerbsverstößen ist. Die bisherige deutsche Praxis weist eher in das Gegenteil.

Der Regierungsentwurf einer UWG-Novelle sieht eine Neufassung des §4 UWG vor. Im subjektiven Bereich soll *bedingter Vorsatz* genügen. Im objektiven Bereich werden nur solche unwahren (nicht irreführenden) Werbeangaben erfaßt, die sich an einen größeren Personenkreis richten *und* für den Abschluß von Verträgen wesentlich sind²⁵⁷. Wichtig ist die Neufassung insbesondere als Voraussetzung für den Schadensersatzanspruch des Verbrauchers und sein Vertragsrücktrittsrecht (123).

4 Selbstkontrolle

- 126 Selbstkontrollenrichtungen der gewerblichen Wirtschaft und der Werbewirtschaft werden in letzter Zeit in der Bundesrepublik zunehmend als Ersatz oder Ergänzung staatlicher Werbekontrolle gefordert²⁵⁸. Eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage hierfür besteht nicht. Zu beachten ist aber, daß sie unter kartellrechtlichen Aspekten bedeutsam werden können, wenn

sie geeignet sind, die Marktverhältnisse durch Beschränkungen des Wettbewerbs zu beeinflussen; sie benötigen dann eine Freistellung durch den Bundeswirtschaftsminister (§8 GWB). Der Bundeswirtschaftsminister hat in den letzten Jahren mehrfach zu dem Mittel des kartellrechtlich genehmigten Selbstbeschränkungsabkommens gegriffen, um eine qualitative und quantitative Beschränkung der Werbung zu ermöglichen. Beispiele sind das Selbstbeschränkungsabkommen der Zigarettenindustrie von 1972 und die Vereinbarung der Zigarettenhersteller hinsichtlich der Angabe von Schadstoffen auf den Packungen. Der Bundeswirtschaftsminister begründet seine Freistellungsentscheidungen ausdrücklich mit verbraucher- und gesundheitspolitischen Belangen. Möglich ist auch, daß das Bundeskartellamt von sich aus aus Gründen des Gemeinwohles das Abkommen toleriert²⁵⁹. Bedenklich bleibt allerdings, daß hier von den Ermächtigungen etwa des Lebensmittelrechtes nicht Gebrauch gemacht wird. Verstöße gegen solche Selbstbeschränkungsabkommen bleiben daher ohne öffentliche und verbraucherpolitisch wirksame Sanktion.

Ein anderes Mittel zur Selbstkontrolle sind von der gewerblichen Wirtschaft vereinbarte Wettbewerbsregeln. So existieren Wettbewerbsregeln über die Versicherungswerbung und die Pharmawerbung²⁶⁰. Der Markenartikelverband hat 1975 ausführliche Wettbewerbsregeln hinsichtlich von Vertriebspraktiken im Rahmen des §28 GWB beim Bundeskartellamt angemeldet. Allerdings handelt es sich hier nicht um verbraucherrelevante Tatbestände, sondern um bestimmte Formen des Diskriminierungs- und Behinderungswettbewerbs, die durch solche Wettbewerbsregeln ausgeschlossen werden sollen. Verbraucherverbände sind an der Aufstellung und Registrierung solcher Wettbewerbsregeln nicht beteiligt, so daß es fraglich ist, ob man hierin ein verbraucherpolitisch wirksames und zu begrüßendes Instrumentarium sehen kann²⁶¹. Unter Umständen kann aber ein Verstoß gegen Wettbewerbsregeln eine sittenwidrige Wettbewerbshandlung im Sinne von §1 UWG darstellen; sonst fehlt es an Sanktionen, insbesondere gegen Außenseiter²⁶².

Schließlich ist noch die Existenz des *Deutschen Werberates* zu bemerken, der sich aus Vertretern der verschiedenen Zweige der gewerblichen Wirtschaft zusammensetzt und als oberstes Selbstkontrollorgan über die Medienwerbung wacht. Nach seiner Satzung hat der deutsche Werberat keinerlei Sanktionsmöglichkeit, sondern sucht im informellen Wege durch den moralischen Druck seiner Autorität Mißstände des Werbewesens abzustellen²⁶³. Auch hieran sind Verbraucherverbände nicht (mehr) beteiligt, können sich aber mit Beschwerden an den Werberat wenden. Nennenswerter Erfolg ist seiner Tätigkeit bislang nicht beschieden geblieben²⁶⁴. Eine formelle rechtliche Grundlage hierfür gibt es nicht. Da der Werberat keine Sanktionen ausspricht, nimmt die herrschende Meinung an, daß insoweit auch die kartellrechtlichen und wettbewerbsrechtlichen Vorschriften seine Tätigkeit nicht behindern. Auch eine zivilrechtliche Haftung für seine Beanstandungen wird im allgemeinen abgelehnt.

5 Horizontale Verzahnung der Sanktionssysteme

127 Die bislang nebeneinander herlaufenden unterschiedlichen Sanktionssysteme bedürfen verbraucherpolitisch dringend der *horizontalen Verzahnung*²⁶⁵. Es

liegt im Verbraucherinteresse, daß Verstöße etwa gegen verwaltungsrechtliche Vorschriften auch wettbewerbs- und zivilrechtliche Folgen haben und umgekehrt. Erste Anfänge in diese Richtung lassen sich bereits anhand der Rechtsprechung nachweisen. So dürften die lebensmittel- und arzneimittelrechtlichen Verbote einer irreführenden Werbung nicht nur ordnungsrechtliche Sanktionen nach sich ziehen, sondern auch wettbewerbsrechtlich gemäß §3 UWG geahndet werden können. Im Einzelfall mögen allerdings Unterschiede bestehen. Auch verbotene Mogelpackungen gemäß §17a Eichgesetz enthalten den Tatbestand einer irreführenden, gegebenenfalls sogar einer sittenwidrigen Werbung.

Bei täuschend falschen Erklärungen eines Anbieters über Bestehen von Informationsvorschriften für die Werbung und so weiter kann eine sittenwidrige Wettbewerbshandlung vorliegen. Dies hat die Rechtsprechung für den Bereich des Abzahlungsgeschäftes anerkannt²⁶⁶. Dieser Grundsatz ist der Verallgemeinerung fähig. Darüberhinaus wird man annehmen können, daß Verstöße gegen verbraucherschützende Vorschriften gleichzeitig Verstöße gegen die guten Sitten im Wettbewerbsrecht beinhalten. Denn die guten Sitten werden nun einmal konkretisiert durch entsprechende Rechtsvorschriften. Dadurch ist es möglich, unterlassene Kennzeichnungen beispielsweise auch mit Mitteln des Wettbewerbsrechtes direkt durch Verbraucherorganisationen angreifen zu lassen²⁶⁷.

Umgekehrt wird mit Recht gefordert, daß die Verfolgung von *Wettbewerbsverstößen* nach dem UWG nicht nur eine Sache der klageberechtigten Verbände darstellt, sondern auch der *Öffentlichkeit*. Ob hierfür eine Kompetenz einer besonderen Verbraucherschutzbehörde oder des Bundeskartellamtes geschaffen werden soll, bedarf noch der Überprüfung²⁶⁸.

ANMERKUNGEN

1. Reich/Tonner/Wegener, *Verbraucher und Recht* [1976], durchgehend; Thiedig, *Suggestivwerbung und Verbraucherschutz* [1973]; Scherhorn u.a., *Verbraucherinteresse und Verbraucherpolitik* [1975], S. 53ff; Biervert u.a., *Grundlagen der Verbraucherpolitik* [1977], S. 91ff. Kroeber – Riel, *Konsumentenverhalten*, 2. Aufl. [1979], S. 535ff.
2. Blume, *Werbung für Markenartikel* [1976]; Moritz, *Marktpolitische Probleme der Konsumgüterwerbung* [1977].
3. Röper, *Werbung für Markenartikel* [1976]; Reich, *WiVerw* [1977], S. 218ff.
4. BVerfGE 40, 371; Friauf, 'Die verfassungsrechtlich beachtlichen Grenzen bei der Ausgestaltung von Werbeverbotsnormen im Bereich der Tabak- und Alkoholwerbung, Rechtsgutachten' [1973]; Reich, *WiVerw* [1977], S. 220ff.
5. So aber Lerche, *Werbung und Verfassung* [1967], S. 77ff; Oppermann, 'Wirtschaftswerbung und Art' 5 GG, in: *Festschrift Wacke* [1971], S. 393ff; Albrecht/Wronka, *GRUR* [1977], S. 83ff (90f); Weides, *WRP* [1976], S. 585ff; Wacke, 'Werbeaussagen als Meinungsäußerungen', in: *Hamburger Festschrift für Schack* [1966], S. 197ff.

6. BVerfG E 21, 271 = NJW [1967], S. 976.
7. BVerfG E 40, 371; Reich, *Markt und Recht* [1977], S. 109ff.
8. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 23f; Friauf, a.a.O. (Anm. 4); oben I. Kapitel Ziff. 11.
9. Krüger/Nieland, GRUR [1974], S. 561; Schrickler, *Gesetzesverletzung und Sittenverstoß* [1970], S. 226ff.
10. BVerfG E 32, 311 = GRUR [1972], 356.
11. BGH NJW [1976], S. 620.
12. Ulmer-Reimer, *Das Recht des unlauteren Wettbewerbes in der EWG*, Bd III, Deutschland [1968], Ziff. 1–8.
13. Schrickler, *RabelsZ* 40 [1976], S. 537ff; Reich/Wegener, *JUS* [1974], S. 565ff; Baumbach/Hefermehl, *Komm. z. UWG*, 12.A. [1978], Einl. 41f; Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 86ff; Simitis, *Verbraucherschutz* [1976], S. 21ff; Schrickler/Lehmann, 'Werbung und unlauterer Wettbewerb', in: *HdVR* [1976], Gruppe 180, Ziff. 6ff. Hart/Joerges, *Verbraucherrecht und Marktökonomik*, in: *Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts*, 1980, S. 145ff.
14. Vgl. Rambow, *ZVP* [1977], S. 158f.
15. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), vor §3, Anm. 5ff; Reich, *WiVerw* [1977], S. 226ff.
16. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), Einl. Anm. 185ff; Schrickler/Lehmann, a.a.O. (Anm. 13), Ziff. 18ff (mit Kritik).
17. Vgl. Brinkmann, *ZVP* [1977], (Anm. 13), S. 256f; BGH GRUR [1961], S. 386; Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), Einl. Anm. 206ff.
18. BGH GRUR [1966], S. 692f; BVerfG E 25, 256.
19. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), vor §3, Anm. 4.
20. BGHZ 67, 81 = NJW [1976], S. 154; [1977], S. 951; auf Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden, dazu Renck, *JUS* [1978], S. 459ff.
21. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §3 Anm. 12ff; BGH NJW 1979, S. 2245.
22. Dazu vgl. aus der Praxis BGH GRUR [1966], S. 445 (449); das Verbot wird allerdings sehr großzügig gehandhabt und läßt Täuschungen des Verbrauchers etwa über Produkteigenschaften durch entsprechende Warenzeichen weitgehend unsanktioniert.
23. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §3 Anm. 19.
24. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §3 Anm. 50.
25. BGH GRUR [1963], S. 482; Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13) §3 Anm. 13ff.
26. Thiedig, *Suggestivwerbung und Verbraucherschutz* [1973]; Löwenheim, GRUR [1975], S. 99ff; Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 104ff.
27. BGH GRUR [1961], S. 544.
28. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §3 Anm. 5.
29. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §3 Anm. 10.
30. BGH NJW [1977]; S. 714; Reich, *JUS* [1978], S. 455; unten Ziff. 324.
31. BR-Drucksache 226/78, S. 9; BT-Drucksache 8/2145, S. 9.
32. Schrickler, *RabelsZ* 40 [1976], S. 543; Schrickler/Lehmann, a.a.O. (Anm. 13), Ziff. 29ff; BR-Drucksache 226/78, S. 9.

33. BGHZ 13, 244; Reich, WiVerw [1977], S. 226ff.
34. BGHZ 28, 1; Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §3 Anm. 23ff.
35. BGH GRUR [1966], S. 45.
36. BGH GRUR [1963], S. 369.
37. BGH DB [1978], S. 835; unten Ziff. 88.
38. BGHZ 13, 244; GRUR [1970], S. 467; [1973], S. 206.
39. Vgl. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 101ff.
40. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §3 Anm. 31.
41. BGHZ 13, 244; GRUR [1970], S. 425.
42. Schricker/Lehmann, a.a.O. (Anm. 13), Ziff. 29.
43. BGH GRUR [1970], S. 425; vgl. Schricker, RabelsZ 40 [1976], S. 543f.
44. BGHZ 42, 134; GRUR [1971], S. 313.
45. BGH GRUR [1964], S. 269; [1965], S. 368.
46. BGH GRUR [1957], S. 91; Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §3 Anm. 47.
47. BGH GRUR [1973], S. 429 (431); WRP [1976], S. 40; DB [1978], S. 835 (836), vgl. auch OLG Frankfurt, DB [1978], S. 790 (Aufklärungspflicht hinsichtlich auslaufender Ski-Modelle).
48. BGH GRUR [1964], S. 269; [1965], S. 368; Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §3 Anm. 50.
49. BGH GRUR [1972], S. 129.
50. BGH GRUR [1956], S. 550; Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §3 Anm. 52.
51. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §3 Anm. 55ff; diff. Schricker/Lehmann, a.a.O. Ziff. 31.
52. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §3 Anm. 60.
53. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 94ff.
54. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 94ff; Lehmann, GRUR Int. [1977], S. 135ff (mit vergl. Hinweisen)
55. BGH NJW [1969], S. 2143.
56. Vgl. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 96.
57. BGH GRUR [1974], S. 344.
58. BGH NJW [1978], S. 2598 (2600f); auch BGH NJW [1979], S. 2611.
59. BGH NJW [1974], S. 1822; auch GRUR [1970], S. 609; BB [1980], S. 545.
60. BT-Drucksache 8/1670, S. 7.
61. Reich, ZRP [1978], S. 104.
62. BGH NJW 1980, 288; auch OLG Frankfurt NJW [1978], S. 2102. Einzelheiten Reich, Preisempfehlungen, in: *Handbuch der Wettbewerbspolitik*, [1980].
63. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §3 Anm. 304ff; Schricker/Lehmann, a.a.O. (Anm. 13), Ziff. 46; BGH NJW [1971], S. 378.
64. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 102ff; vgl. auch die vom Verbraucherstandpunkt wenig ergiebigen Nachweise bei Schricker/Lehmann, a.a.O. (Anm. 13), Ziff. 44; Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §3 Anm. 123ff.
65. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §3 Anm. 55ff.

66. BGH NJW [1970], S. 1364; Einzelheiten Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §3 Anm. 145ff; Schricker/Lehmann, a.a.O. (Anm. 13), Ziff. 44.
67. BGH GRUR [1963], S. 539.
68. Vgl. insbes. die Studie der AGV über 'Irreführende Werbung', [1974], und die sich daran anschließende Kontroverse sowie allgemein Beier, *Zur Problematik von Werbeaussagen*, MS Hamburg [1978].
69. Tilmann, *Die geographische Herkunftsangabe* [1976], sowie Schricker/Lehmann, a.a.O. (Anm. 13) Ziff. 45ff.
70. BGH GRUR [1971], S. 313; ähnliches gilt für deutschen Sekt, der durch französisch-sprachige Wendungen als französischer Champagner aufgemacht ist, BGH GRUR [1971], S. 21.
71. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §3 Anm. 213ff. Beispiel etwa die Bezeichnung von Bier als 'Pils', die keine Irreführung über 'Pilsener' Bier beinhaltet.
72. BGH GRUR [1971], S. 313.
73. Vgl. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §3 Anm. 252.
74. BGH GRUR [1963], S. 482; OLG Düsseldorf BB [1977], S. 58, zum Ganzen Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §3 Anm. 66ff.
75. BGH GRUR [1965], S. 365.
76. BGH GRUR [1969], S. 415; [1970], S. 425.
77. BGH GRUR [1962], S. 45; [1966], S. 92.
78. Fezer, GRUR [1976], S. 472ff; Brinkmann, BB [1978], S. 1285; Kübler/Assmann, ZHR 142 [1978], S. 413ff (S. 447ff).
79. BGH NJW [1974], S. 1141.
80. BGH NJW [1977], S. 714; Reich, JUS [1978], S. 454f.
81. BGH GRUR [1959], S. 277; [1977], S. 699; anders aber die UNICEF-Entscheidung, BGH GRUR [1974], S. 308; Schricker/Lehmann, a.a.O. (Anm. 13), Ziff. 98ff.
82. Bayr. OLG VU 2285/75.
83. Schricker, in: *Problemi attuali di diritto industriale* [1977], S. 1027ff; ders. ACP [1972], S. 210ff; ders. RabelsZ 40 [1976], S. 554ff; Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 116ff; Schricker/Lehmann, a.a.O. (Anm. 13), Ziff. 108ff; Kübler/Assmann, a.a.O. (Anm. 78), S. 435ff.
84. BGH GRUR [1972], S. 553.
85. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 117; Schricker, a.a.O. (Anm. 83).
86. BGH v. 10.6.1964, GRUR [1965], S. 96; v. 10.1.1968, GRUR [1968], S. 645; 23.2.1968, GRUR [1968], S. 443; 27.11.1970, GRUR [1971], S. 159.
87. Abgedruckt bei Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), S. 1132ff.
88. BGH v. 3.5.1974, GRUR [1974], S. 666.
89. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 104ff; Löwenheim, GRUR [1975], S. 99ff; Thiedig, *Suggestivwerbung und Verbraucherschutz* [1973]; Schricker, RabelsZ 40 [1976], S. 551ff; Baudenbacher, *Suggestivwerbung und Lauterkeitsrecht* [1978].

90. Biervert u.a., a.a.O. (Anm. 1), S. 175ff bezweifeln die Möglichkeit einer rechtlichen Erfassung der Suggestivwerbung.
91. BGH NJW [1976], S. 753; OLG Ffm WRP [1971], S. 379; KG WRP [1976], S. 372; LG Trier NJW [1976], 755; BGH GRUR [1977], S. 699.
92. Schricker/Lehmann, a.a.O. (Anm. 13), Ziff 88ff.
93. Löwenheim, a.a.O. (Anm. 89), S. 108ff; auch Baudenbacher, a.a.O. (Anm. 89), S. 106ff.
94. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 110, 129; Schricker/Lehmann, a.a.O. (Anm. 13), Ziff. 28.
95. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §3 Anm. 118.
96. Vgl. die Dokumentation in ZAW, *Diskussionspapier zur Werberechtspolitik* [1976], S. 99, 149, 154; dazu Schricker, *RabelsZ* 40 [1976], S. 544ff.
97. ZAW, a.a.O. (Anm. 96), S. 101f.
98. Schricker, a.a.O. (Anm. 96), S. 547; BGH GRUR [1963], S. 270.
99. BGH GRUR [1961], S. 85; [1963], S. 270; WRP [1978], S. 210.
100. BGH NJW [1974], S. 1822 = GRUR [1975], S. 78; GRUR [1978], S. 249.
101. BGH GRUR [1971], S. 153.
102. BGH GRUR [1970], S. 461.
103. BGH GRUR [1961], S. 284; [1964], S. 146; [1971], S. 153.
104. Reich, *WiVerw* [1977], S. 228.
105. Insoweit richtig ZAW a.a.O. (Anm. 96), S. 100f.
106. BT-Drucksache 8/1670, S. 11; Reich, *ZRP* [1978], S. 104.
107. Schricker/Lehmann, *Der Selbstbedienungsgroßhandel* [1976], S. 99ff.
108. Schricker/Lehmann, a.a.O. (Anm. 13), *HdVr*, Ziff. 51.
109. Vgl. die Beispiele bei Schricker/Lehmann, a.a.O. (Anm. 13), Ziff. 52ff; BGH NJW [1975], S. 877 unterwirft eine Verbrauchervereinigung dem Verbot der Ausgabe von Kaufscheinen. Kritik v. Hippel, *Verbraucherschutz*, 2. Aufl. [1979], S. 113.
110. BGH NJW [1978], S. 467ff.
111. Lehmann, *WRP* [1978], S. 345ff.
112. Schricker, *WRP* [1977], S. 1ff; Albrecht, *RIW* [1977], S. 257ff; Stuyck, *ZVP* [1978], S. 326ff.
113. *AB1 C 70 v. 21.3.1978*, S. 4ff.
114. Eckert, *ZLR* [1974], 434.
115. Eckert, a.a.O. (Anm. 114); Holthöfer/Nüse/Frank, *Komm. z. LMBG*, §17 Anm. 450; Zipfel, *Lebensmittelrecht*, §17 Anm. 322.
116. Holthöfer, a.a.O. (Anm. 115), Anm. 468ff.
117. BGH, *Lebensmittelrechtliche Entscheidungen (LRE)* 5, 168; 7, 182.
118. Holthöfer, a.a.O. (Anm. 115), Anm. 523; Zipfel, a.a.O. (Anm. 115), Anm. 218.
119. Holthöfer, a.a.O. (Anm. 115), Anm. 493ff; Zipfel, a.a.O. (Anm. 115), Anm. 213ff.
120. Zipfel, a.a.O. (Anm. 115), Anm. 282.
121. Schricker, *RabelsZ* 40 [1976], S. 552f; Holthöfer, a.a.O. (Anm. 115), §18 Anm. 1ff.
122. *FAZ v. 4.4.1978*, S. 14; Oppermann, *ZLR* [1978], S. 200ff.
123. Holthöfer, a.a.O. (Anm. 115), Anm. 7.

124. Kritik an der Ausnahme für diätische Lebensmittel: Rambow, ZVP [1977], S. 159. Zwar kann durch Rechtsverordnung das Verbot auch hierauf erstreckt werden; die VO über diätische Lebensmittel v. 24.10.1975 enthält ein solches Verbot jedoch nicht!
125. BGBI I 2569.
126. Albrecht/Wronka, GRUR [1977], S. 81f.
127. BT-Drucksache 7/5091, S. 6.
128. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 115), §3 Anh. IV.
129. Zweiter Verbraucherbericht, BT-Drucksache 7/4181, S. 11ff. Zur Kritik an diesem 'Informationsmodell' der Verbraucherpolitik vgl. Simitis, *Verbraucherschutz* [1976], S. 97ff; Biervert u.a. (Anm. 1), S. 134ff; S. 5.
130. BT-Drucksache 7/3060, S. 37; dazu Rambow, ZVP [1977], S. 159; Reich, *WiVerw* [1977], S. 230ff; Kritik Albrecht/Wronka, GRUR [1977], S. 83ff, die hier sogar einen Verfassungsverstoß vermuten.
131. Dazu Rambow, ZVP [1977], S. 159; Albrecht/Wronka, a.a.O. (Anm. 130), S. 92ff.
132. BR-Drucksache 530/75, S. 19.
133. Bundeskartellamtsbericht [1976], BT-Drucks. 7/704, S. 9, 79.
134. Reich, *WiVerw* [1977], S. 231.
135. BT-Drucksache 8/1405.
136. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), Anh. zu §3 I.
137. BGH GRUR [1970], S. 558.
138. Holthöfer, a.a.O. (Anm. 115), §22 Anm. 1ff.
139. Oehler, *Die Grenze des Verbots der Werbung für Zigaretten im Rundfunk* [1975]; Holthöfer, a.a.O. Anm. 115, §22 Anm. 12ff; verfassungsrechtliche Bedenken bei Weides, *WRP* [1976], S. 585ff; *ZAW WRP* [1975], S. 512ff.
140. Holthöfer, a.a.O. (Anm. 115), Anm. 10a, 37ff.
141. Holthöfer, a.a.O. (Anm. 115), Anm. 17ff.
142. In den USA wird unter Berufung auf die verfassungsrechtliche Meinungsfreiheit versucht, diese Beschränkungen zu beseitigen, vgl. Meeker, ZVP [1977], S. 271. Das Bundesverfassungsgericht, *NJW* [1980], 633 hat dagegen die ständischen Werbebeschränkungen (hier der Apotheker) für verfassungskonform erachtet.
143. *ZAW*, Werbung 1976/77, [1977], S. 23f.
144. Dazu *BVerfG* 40, 371.
145. Vgl. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 113), §9a Anm. 4ff; Schrickler/Lehmann, *WRP* [1977], S. 296ff; Tetzner, GRUR [1976], S. 129ff; BGH DB [1977], S. 1134; [1973], 416; [1975], S. 1501.
146. Ott, *Festschrift Raiser* [1974], S. 403ff; Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), Einl. *UWG* Anm. 63ff; Teubner, *Standards und Direktiven in Generalklauseln* [1971], jeweils mit Typisierungsversuchen.
147. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), Einl. *UWG* Anm. 76ff; Schrickler, *Gesetzesverletzung und Sittenverstoß* [1970].
148. Thiedig, *Suggestivwerbung und Verbraucherschutz* [1973], S. 75ff; Reich/Wegener, *JUS* [1974], S. 561ff; Ott, a.a.O. (Anm. 146), S. 428ff; Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 90ff; Schrickler/Lehmann, in: *HdVR*, Gruppe 180, Ziff. 6ff.

149. BGH GRUR [1972], S. 603; [1973], S. 81 usw; dazu Lehmann, GRUR [1975], S. 239; Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 110ff.
150. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 89f; vgl. neuerdings die Diskussion um die sog. Nachfragemacht: Reich, *Markt und Recht* [1977], S. 259ff, 280ff. Baumbach – Hefermehl a.a.O. (Anm. 13), Einl. 115, 92ff.
151. BGH GRUR [1965], S. 489ff; [1970], S. 523ff; [1973], S. 210; NJW [1975], S. 689, 691.
152. BGH GRUR [1965], S. 489; [1969], S. 295; [1975], S. 26.
153. Schricker, GRUR [1974], S. 579ff; Lehmann, GRUR [1977], S. 580.
154. BGH GRUR [1970], S. 523; [1971], S. 317; [1973], S. 210; NJW [1975], S. 689, 191 usw.; Krüger/Nieland, GRUR [1974], S. 561ff; Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 111ff.
155. vgl. Schricker, *RabelsZ* 40 [1976], S. 547ff; Schricker/Lehmann, a.a.O. (Anm. 148), Ziff. 55ff.
156. BGH GRUR [1960], S. 431; [1965], S. 315 usw.
157. Schricker/Lehmann, a.a.O. (Anm. 148), Ziff. 58.
158. BGH GRUR [1970], S. 523; [1973], S. 20; OLG Hamburg BB [1975], S. 1546.
159. BGH GRUR [1959], S. 277; [1960], S. 382 usw.
160. BGH DB [1976], S. 1713.
161. BGH GRUR [1966], S. 47.
162. BGH GRUR [1973], S. 552.
163. BGH GRUR [1975], S. 264, 266 = NJW [1975], S. 689, 691.
164. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §1 Anm. 129.
165. BGH GRUR [1971], S. 317; BVerfG GRUR [1972], S. 358; dazu Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 114ff.
166. Schricker/Lehmann, in: *HdVR* Gruppe 180, Ziff. 68; Schricker, *RabelsZ* 40 [1976], S. 549.
167. BGH GRUR [1973], S. 81; [1974], S. 341.
168. Lehmann, *Die Werbung mit Geschenken* [1974]; Schricker, *RabelsZ* 40 [1976], S. 549ff; Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 112ff; Schricker/Lehmann, WRP [1977], S. 302ff.
169. BGHZ 23, 371; 65, 68; NJW [1965], 1325; NJW [1974], S. 45.
170. BGHZ 15, 357; nach der UWG-Novelle sollen Schneeballsysteme bestraft werden, vgl. BR-Drucksache 226/78, S. 12ff.
171. BGH BB [1976], S. 435.
172. BGH NJW [1973], S. 1972.
173. BGH GRUR [1974], S. 729.
174. OLG Düsseldorf, GRUR [1975], 167.
175. BGH NJW [1971], S. 190.
176. BGH NJW [1974], S. 46.
177. BGH GRUR [1965], S. 489; [1969], S. 295.
178. BGH NJW [1974], S. 1559 = GRUR [1975], S. 26.
179. BGH NJW [1969], S. 744; [1971], S. 2025; vgl. noch NJW [1977], S. 1060 über das kostenlose Verteilen einer Fachzeitschrift; auch BKA-Bericht [1977], BT-Drucksache 8/1925, S. 42ff.
180. Sack, WRP [1975], S. 65ff; Schricker/Lehmann, WRP [1977], S. 289ff

- (295); Hefermehl, GRUR [1974], S. 542ff; Tetzner, JZ [1977], S. 29ff; Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §1 Anm. 65ff.
181. BGHZ 65, 68.
 182. BGH BB [1976], S. 1241.
 183. Tetzner, JZ [1977], S. 29; Schricker/Lehmann, WRP [1977], S. 289ff (302); ähnl. jetzt BGH NJW [1978], S. 2598 (2600f).
 184. BGH NJW [1978], S. 2598.
 185. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 113; Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §1 Anm. 65ff.
 186. BGH NJW [1972], 203.
 187. BGH NJW [1970], S. 248; [1972], S. 291; GRUR [1972], S. 603.
 188. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §1 Anm. 86ff.
 189. Gute Übersicht bei Schricker/Lehmann, a.a.O. (Anm. 13), Ziff. 113ff.
 190. Vgl. P. Ulmer, *Festschrift Hefermehl* [1971], S. 201ff; Schricker/Lehmann, a.a.O. (Anm. 13), Ziff. 120.
 191. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §1 Zugabe VO Anm. 1.
 192. BGH GRUR [1959], S. 544; [1968], S. 649.
 193. BGHZ 65, 68.
 194. BGH BB [1976], S. 2104.
 195. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §1 RabattG Anm. 8.
 196. Vgl. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 85.
 197. BGHZ 27, 369.
 198. *Festschrift für Hefermehl* [1971], S. 201ff.
 199. BGH DB [1974], S. 1856 = GRUR [1975], S. 375.
 200. Schricker/Lehmann, *Der Selbstbedienungsgroßhandel* [1976], S. 110ff.
 201. BGH a.a.O. (Anm. 199), Anm. 193; vgl. auch BGH NJW [1978], S. 267ff.
 202. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), §1 RabattG Anm. 24ff; BGH DB [1977], S. 1134; NJW [1978], S. 542.
 203. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. §1 RabattG Anm. 18.
 204. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. §1 RabattG Anm. 29ff.
 205. BGH NJW [1975], S. 215.
 206. OLG Düsseldorf, WuW E/OLG 1849. BGS WuW/E BGH 1584.
 207. Dazu Albrecht/Wronka, GRUR [1977], S. 94f.
 208. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 114ff, 242ff. Schade, *Geschäfte an der Haustür durch unbestellte Vertreter*, 1978.
 209. Schricker/Lehmann, *HdVR* Gruppe 180, Ziff. 66.
 210. BR-Drucksache 530/75, S. 19; Reich, *WiVerw* [1977], S. 231.
 211. Lehmann, GRUR [1974], S. 133ff; Schricker/Lehmann, a.a.O. (Anm. 13), Ziff. 64ff; Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 114ff zur Kritik dieser Auffassung.
 212. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 248ff; Sack, *Unlauterer Wettbewerb und Folgeverträge* [1974]; v. Falckenstein, *Die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken durch Verbraucherverbände* [1977], S. 96ff, gleichzeitig unter Würdigung der verbraucherpolitischen Gesichtspunkte.
 213. Reich, JZ [1975], S. 553; ähnl. BGH NJW [1974], S. 50 u. 557; [1977],

- S. 38 u. 431, zum Rechtsberatungsgesetz; BGH NJW [1978], S. 1970, zur Vermittlung von Darlehen im Reisegewerbe.
214. Schricker, GRUR [1975], S. 111; ZRP [1975], S. 189; Sack, NJW [1975], S. 1303; ablehnend BGH NJW [1974], S. 1503.
215. BR-Drucksache 226/78, S. 14ff; Reich, ZRP [1978], S. 100ff; BT-Drucksache 8/2145, S. 20f, 24.
216. v. Hippel, *Verbraucherschutz*, 2. A. [1979], S. 222. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 242ff.
217. BR-Drucksache 530/75, S. 15 zu den Motiven des Gesetzgebers.
218. Dazu BT-Drucksache 7/1398; zu den Erfahrungen hiermit vgl. den Bericht der Bundesregierung, BT-Drucksache 8/234; auch v. Falckenstein a.a.O. (Anm. 212), S. 91ff.
219. BT-Drucksache 8/130.
220. BT-Drucksache 8/75.
221. BT-Drucksache 8/130, S. 18.
222. Vgl. Reich, JZ [1975], S. 553.
223. Baumbach/Hefermehl, Einl. UWG Anm. 367; Wolf, *Die Klagebefugnis der Verbände* [1971].
224. Zu den Gründen vgl. BT-Drucks IV/2217 u. 3403.
225. BGH GRUR [1973], S. 78; Knieper, NJW [1971], S. 2251ff.
226. BR-Drucksache 226/78; BT-Drucksache 8/2145.
227. Vgl. die Untersuchung v. Falckenstein, ZVP [1977], S. 172ff; ders., *Die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken durch Verbraucherverbände* [1977].
228. v. Falckenstein, a.a.O. (Anm. 227), S. 140ff.
229. Dazu Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 225ff; Tilmann, NJW [1975], S. 1913ff; v. Falckenstein, a.a.O. (Anm. 227), S. 151ff.
230. OLG Düsseldorf BB [1977], S. 360; Deutsch, GRUR [1978], S. 19; v. Falckenstein, a.a.O. (Anm. 227), S. 141ff.
231. BR-Drucksache 226/78, S. 29; BT-Drucksache 8/2145, S. 29.
232. So der ZAW a.a.O. (Anm. 143), S. 107; dagegen v. Falckenstein, WRP [1978], S. 502ff mit tatsächlichen Nachweisen.
233. Dazu im einzelnen v. Falckenstein, a.a.O. (Anm. 232), S. 116ff; 133ff.
234. v. Falckenstein, *Schäden der Verbraucher durch unlauteren Wettbewerb* [1978]; ders. ZVP [1978], S. 303ff.
235. Vgl. die Darstellung bei Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 229ff; ZAW a.a.O. (Anm. 143), S. 33ff, 143ff; Mertens, ZHR 139, [1975], S. 439ff; Schricker, ZHR 139 [1975], S. 208ff.
236. BGH NJW [1974], S. 1503; Kritik Sack BB [1974], S. 1369; Schricker, GRUR [1975], S. 111.
237. Vgl. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 227; v. Falckenstein, a.a.O. (Anm. 227), S. 120ff.
238. Bei ZAW a.a.O. (Anm. 143), S. 144.
239. Vgl. LG Trier NJW [1974], 101; Schricker GRUR [1975], S. 111; Sack, *Unlauterer Wettbewerb und Folgeverträge* [1974]; Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 248ff; v. Falckenstein, a.a.O. (Anm. 227), S. 91ff.
240. Bei ZAW, a.a.O. (Anm. 143), S. 143, 148.

241. Vgl. die Dokumentation in ZAW, a.a.O. (Anm. 143), S. 77ff; Schricker, RabelsZ 40 [1976], S. 566ff; v.Falckenstein, a.a.O. (Anm. 227), S. 252.
242. Müller, ZVP [1977], S. 62ff.
243. BGH GRUR [1964], S. 686 (mit der Folge eines Vertriebsverbots); GRUR [1966], S. 92 (Verbreitung des Urteilstenors, wenn nur so bei Interessenabwägung die Nachwirkungen einer irreführenden Werbung beseitigt werden können); NJW [1973], 2285; NJW [1978], S. 210 (Richtigstellungsanspruch eines Warenherstellers gegen unrichtigen Presseangriff durch Werbeanzeige).
244. Schricker, RabelsZ 40 [1976], S. 569; a.M. Albrecht, WRP [1975], S. 568.
245. Schricker, a.a.O. (Anm. 244), S. 570.
- 245a. BGHZ 66, 182; 70, 39; NJW 1979, S. 2197,
246. BR-Drucksache 226/78; zur Diskussion Reich, ZRP [1978], S. 100ff; Schricker, GRUR [1979], S. 4; Kritik Micheli, GRUR [1979], S. 8ff; Reich, in: *Alternativkommentar BGB* [1979] vor §§459ff. Rz 41ff. Umfassend Hart/Joerges, a.a.O. (Anm. 13).
247. Reich, ZRP [1978], S. 102; BR-Drucksache 226/78, S. 20ff; die Kritik von Ahrens, WRP [1978], S. 677ff erscheint überzogen.
248. BR-Drucksache 226/78, S. 17ff; BT-Drucksache 8/2145, S. 20ff.
249. Reich, ZRP [1978], S. 102f; Stein, ZVP [1979], S. 29ff.
250. Albrecht/Wronka, GRUR [1977], S. 86f.
251. Bähre/Schneider, Komm. zum KWG [1977], §23 Anm. 8.
252. FAZ v. 17.4.1978; KG WuW/E OLG 1983 (Rama) unter Betonung wettbewerbspolitischer Gesichtspunkte ohne Eingehen auf Verbraucherschutz.
253. v.Falckenstein, a.a.O. (Anm. 227), S. 176f.
254. Schricker, RabelsZ 40 [1976], S. 573; vgl. auch BGH NJW [1978], S. 173f.
255. Kommission für Wirtschaftskriminalität, in: ZAW, a.a.O. (Anm. 143), S. 145; Klug, GRUR [1975], S. 217ff; 289ff.
256. Beschlüsse der ASJ-Bundeskonferenz [1976], S. 35.
257. BR-Drucksache 226/78, S. 9ff; BT-Drucksache 8/2145, S. 9ff.
258. ZAW, *Werbung in Grenzen* [1976], S. 51ff; Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 219.
259. BKA-Bericht [1976], BT-Drucks. 8/704, S. 9, 79; auch die Entscheidung des BMW über die Zigarettenwerbung, BB [1972], S. 464 mit Anm. Möschel.
260. Baumbach/Hefermehl, a.a.O. (Anm. 13), S. 1167ff; ZAW, Werbung 1976/77, S. 219ff.
261. BKA-Bericht [1976], BT-Drucksache 8/704, S. 33.
262. BGH NJW [1977], S. 631; DB [1977], S. 392.
263. ZAW, *Werbung in Grenzen* [1976], S. 55ff; zum Haftungsproblem insgesamt Ulmer, AfP [1975], S. 549ff.
264. Vgl. ZAW, Werbung 1976/77, S. 15ff und die Kritik in: VPK v. 16.1.1979. Beier, ZVP [1979], S. 300ff. Zum ganzen Brandmeier, Die freiwillige Selbstkontrolle der Werbung, 1978.
265. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 209ff; Reich, WiVerw [1977], S. 233ff.

266. BGH NJW [1977], S. 714; Reich, JUS [1978], S. 451ff.
267. Reich/Wegener, JUS [1974], S. 565 mit Nachweisen; anders aber bislang die Rechtsprechung.
268. v. Hippel, *Verbraucherschutz* 2. Aufl. [1979], S. 88; Simitis, *Verbraucherschutz* [1976], S. 269ff; BKA-Bericht [1976], a.a.O. (Anm. 261), S. III; Schricker, *RabelsZ* 40 [1976], S. 576ff; Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 1), S. 210ff; Scherhorn, *Verbraucherinteresse und Verbraucherpolitik* [1975], S. 144ff.

Sicherheit von Waren und Dienstleistungen

I EINFÜHRUNG

128 Der technische Fortschritt hat für den Verbraucher nicht nur vielfältige Vorteile gebracht. Die Massenproduktion birgt auch eine Vielzahl von Gefahren in sich, die Gesundheit und Vermögen des Verbrauchers bedrohen. Deshalb ist der Sicherheitsaspekt für den Verbraucher beim Erwerb einer Ware oder Inanspruchnahme einer Dienstleistung von ausschlaggebender Bedeutung. In den letzten Jahren hat sich gezeigt, daß die Hersteller selbst insoweit nicht für einen ausreichenden Schutz der Verbraucher sorgen. Auch der Wettbewerb, der nach der liberalen Wirtschaftstheorie dafür sorgen soll, daß nur der Hersteller der besten Produkte sich behaupten kann, erfüllt in der Praxis die ihm zugedachte Aufgabe nicht. Deshalb wächst dem Staat die Aufgabe zu, der Bevölkerung den notwendigen Schutz zu gewährleisten.

Bereits vor der Verabschiedung des ersten Verbraucherschutzprogramms der Bundesregierung, in der der Schutz der Bevölkerung vor Gefahren für die Gesundheit und das Vermögen ausdrücklich festgehalten ist, wurden für zwei elementar wichtige Lebensbereiche der Verbraucher, nämlich für Lebensmittel und Arzneimittel, Gesetzeswerke geschaffen. Inzwischen sind beide Gesetze bereits novelliert worden und haben die Position des Verbrauchers nachhaltig gestärkt. Das Lebensmittel- und Bedarfsgegenständengesetz (LMBG) vom 1.8.1974, in Kraft getreten am 1.1.1975, erweitert die Kontrollbefugnisse des Staates. Das Arzneimittelgesetz (AMG) vom 24.8.1976, in Kraft getreten am 1.1.1978, führte die lang erwünschte Zulassungskontrolle von Arzneimitteln ein. Die Gesetze regeln Gründe und Umfang staatlicher Eingriffsbefugnisse. Die Durchführung der Gesetze obliegt den zuständigen Behörden, nämlich den Lebensmittelüberwachungsbehörden der Länder und — bezüglich der Arzneimittel — dem Bundesgesundheitsamt. Einer gewissen staatlichen Kontrolle unterworfen sind auch die sogenannten technischen Arbeitsmittel, zu denen neben den eigentlichen Arbeitsgeräten auch Haushaltsgeräte und Spielzeug gehören. Das Maschinenschutzgesetz (MSchG) vom 24.6.1968 (am 13.8.79 umbenannt in Gerätesicherheitsgesetz — GSG) versucht, die Gefahren, die von diesen Produkten ausgehen, dadurch einzudämmen, daß es die Hersteller und Importeure verpflichtet, nur solche Produkte herzustellen und in den Verkehr zu bringen, die nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik bei bestimmungsgemäßer Verwendung für den Verbraucher ungefährlich sind. Aufgabe der Gewerbeaufsichtsämter ist es zu kontrollieren, ob die Hersteller die

anerkannten Regeln der Technik einhalten. Da diese Regeln von den Herstellern praktisch ohne jeden staatlichen Einfluß aufgestellt werden, besteht die Kontrollaufgabe der staatlichen Überwachungsbehörden darin, zu prüfen, ob die Hersteller ihre selbst erarbeiteten Richtlinien auch einhalten.

Sieht man einmal von Spezialgesetzen für hochexplosive Stoffe oder Gifte ab, bestehen keine weiteren *gesetzlichen* Vorschriften zum Schutze der Verbraucher, obwohl viele Produkte durchaus Gefahren in sich bergen. Eine Kontrolle dieser Produktbereiche kann einmal durch die Wirtschaft selbst erfolgen. In diesem Sinn bestehen Selbstkontrolleinrichtungen für eine Vielzahl von Produkten, die nicht dem GSG unterliegen (Radio, TV), obwohl eine gewisse inhaltliche Nähe zu den dort aufgeführten Geräten vorliegt. Die Kontrolle erfolgt durch die Aufstellung von Standards, zu deren Einhaltung sich die entsprechenden Hersteller zumeist verpflichten. Zum anderen liegt hier theoretisch ein wichtiges Betätigungsfeld der Verbraucherorganisationen. Allerdings kann bereits an dieser Stelle gesagt werden, daß den Verbraucherorganisationen derzeit noch der notwendige Apparat und die Durchschlagskraft zur Ausübung einer effektiven Kontrolle fehlen.

Betrachtet man sämtliche Schutzmöglichkeiten, die ihm Verlauf des Produktionsprozesses eingesetzt werden können (d.h. also sowohl die staatlichen als auch diejenigen, die die Industrie/Wirtschaft sich selbst errichtet hat), in ihrer Gesamtheit, so muß festgestellt werden, daß diese nicht ausreichen, um die Produktion gefährlicher Waren und deren Weiterleitung an den Verbraucher zu verhindern. Da also gefährliche unsichere Produkte auf den Markt gelangen, kommt es zu Schäden und zu der Frage, wer für diese haftet. Der Verkäufer des Produkts scheidet als Anspruchsgegner regelmäßig aus. Dessen vordringliche Pflicht ist es, dem Käufer eine qualitativ einwandfreie Ware zu liefern. Je nach Fehlerquelle mögen auch bei der Qualität Sicherheitsaspekte mit in die Bewertung einfließen. Grundsätzlich steht aber im gesetzlichen Gewährleistungsrecht der Qualitätsaspekt im Vordergrund. Schadensersatzansprüche, die auf der fehlende Sicherheit der Ware beruhen, können im Einzelfall aus dem Gesichtspunkt der positiven Forderungsverletzung berechtigt sein. Der schmale Anwendungsbereich der vertraglichen Haftung macht deutlich, daß der eigentliche Adressat für eventuelle Schadensersatzansprüche der Hersteller ist. Deshalb müssen Art und Umfang einer möglichen Produzentenhaftung aufgezeigt werden. Da das deutsche Recht die Produzentenhaftung nicht kodifiziert hat, oblag es der Rechtsprechung, sie auszugestalten, Inzwischen liegt eine gefestigte Rechtsprechung vor, die es erlaubt, eine Beurteilung des Schutzes des Verbrauchers nach den aufgestellten Grundsätzen vorzunehmen.

Besonderes Gewicht wird schließlich auf einen Vergleich der europäischen Vorschläge zur Neuregelung der Produzentenhaftung mit dem geltenden deutschen Recht gelegt.

II MÖGLICHKEITEN DER KONTROLLE

1 Vorbemerkung

129 . Wie soeben allgemein ausgeführt wurde, birgt die derzeitige industrielle Massenproduktion die Gefahr in sich, daß die so zustandekommenen

Produkte bzw. Dienstleistungen in erheblichem Umfang, die Sicherheit des Käufers gefährden. Um das Ausmaß der Produktion und des Vertriebes gefährlicher Güter so klein wie nur möglich zu halten, müssen Kontrollmaßnahmen durchgeführt werden. Die Möglichkeiten der Kontrolle sind jedoch sehr verschieden, je nachdem, wer als Träger der Kontrolleinrichtung fungiert: Wirtschaft, Staat oder Verbraucherorganisationen. Der Staat kann durch Gesetze und deren Vollzug ein höheres Maß an Verbindlichkeit erreichen als die Wirtschaft im Rahmen ihrer Selbstkontrollabkommen. Der Verbraucherschaft fehlen weitgehend gesetzlich eingeräumte Befugnisse, so daß sie darauf angewiesen ist, ihre Ziele mit Mitteln des faktischen Drucks durchzusetzen.

Entscheidender Ansatzpunkt für die Untersuchung der Kontrollmöglichkeiten aller drei Kontrollträger ist die Feststellung, auf welcher Stufe der Produktion die Möglichkeit eines Eingriffs besteht. Die früheste Möglichkeit besteht darin, in den Produktionsprozeß selbst einzugreifen. Maßnahmen dieser Art sind *präventiv*: sie kontrollieren die Produkte, ehe diese überhaupt den Produktionsbereich verlassen. *Präventiv* kann auch dann noch vorgegangen werden, wenn Waren schon in den Vertrieb gelangt sind, jedoch dem Verbraucher noch nicht zugänglich sind. Befinden sich gefährliche Produkte dagegen auf dem Markt, so ist zu differenzieren: Maßnahmen, die darauf abzielen, eine abstrakte Gefährdung des Verbrauchers abzuwenden, sind noch den *Präventiv*maßnahmen zuzurechnen. Hat sich jedoch die abstrakte Gefährdung bereits konkretisiert und droht unmittelbar ein Schadenseintritt, so können nur noch *repressive* Maßnahmen eingesetzt werden, um zu versuchen, den Gefahrenumfang einzudämmen oder zumindest seine Verbreiterung zu verhindern. Insbesondere solche Maßnahmen haben ausschließlich *repressiven* Charakter, die nur noch ergriffen werden, wenn es bereits zu einem Schaden gekommen ist.

2 Kontrollmaßnahmen der Wirtschaft

130 Von den Vertretern der Industrie wird betont, daß der Markt wegen seiner Auswahlmechanismen das geeignete Mittel sei, die größtmögliche Sicherheit zu gewährleisten¹. Obwohl aus dieser Sicht Maßnahmen der Selbstkontrolle ein Widerspruch an sich sind, bestehen in einzelnen Industriezweigen Selbstkontrolleinrichtungen². Sie wurden zum Teil deswegen eingeführt, weil die entsprechenden Industriezweige damit der drohenden weit strengeren staatlichen Kontrolle entgehen konnten³. Ein anderer Grund war, das wohlverstandene Interesse der Unternehmer einer ganzen Branche gegen kurzfristige Interessen einzelner Unternehmer durchzusetzen, die ansonsten der Gesamtheit der branchenangehörigen Unternehmer wirtschaftlich und ideell Schaden zugefügt hätten⁴. In diesen Zusammenhang gehört die bekannte Argumentation der Branchenvertreter, daß es eben in jedem Bereich schwarze Schafe gäbe, die auszuschalten seien (vgl. zum Beispiel die Begründung der Konditionenempfehlungen des Deutschen Reisebüroverbandes).

Selbstkontrolleinrichtungen der Wirtschaft im Bereich der Sicherheit bestehen darin, daß industrietechnische Normen aufgestellt werden, zu deren Einhaltung sich die Wirtschaft verpflichtet (157). Das Bundeskartellamt hält

derartige Abkommen für kartellrechtlich unbedenklich, weil sie nicht auf eine Wettbewerbsbeschränkung abzielen, sondern nur der technischen Sicherheit und dem Schutz von Menschen oder Gütern vor Gefahren dienen sollen⁵. Von dieser Freistellung werden sogar Fälle erfaßt, in denen die Neufestsetzung einer Sicherheitsnorm zu einer völligen Blockierung des Absatzes des veralteten Produkts führt⁶. Die Begründung des Bundeskartellamts erscheint recht weltfremd. Sicherheitsstandards dienen sehr wohl Wettbewerbszwecken. So ist die deutsche Exportindustrie an der Einführung deutscher Normen in Entwicklungsländern interessiert, um diese Märkte für ausländische Erzeugnisse zu sperren. Umgekehrt behindern deutsche Sicherheitsstandards den Import ausländischer Erzeugnisse⁷. Ihrer Natur nach sind Selbstkontrollen präventiv. Denn sie zielen darauf ab, den Produktionsbereich zu beeinflussen, da nur noch die Produkte hergestellt werden sollen, die der vereinbarten Norm entsprechen. Dabei wird aber nicht auf Verbraucherinteressen abgestellt, sondern primär auf Produktionsinteressen der herstellenden Industrie.

Darüberhinaus mangelt es der Selbstkontrolle an einer wichtigen Voraussetzung für ihre Effizienz: repressive Maßnahmen sind praktisch nicht durch zu setzen.

Insgesamt kann also den Selbstkontrollmaßnahmen der Wirtschaft keine maßgebliche Bedeutung für den Verbraucherschutz beigemessen werden. Dies ist insoweit nicht verwunderlich, als es schließlich nicht primäre Zielrichtung der Selbstkontrolle ist, verbrauchergerechte Produkte herzustellen, sondern eigene Produktionsinteressen zu wahren. Die Verfolgung dieses Zwecks impliziert, daß der Verbraucherschutz als bloßes Neben- bzw. Abfallprodukt nicht zielgerichtet verfolgt werden kann. Da gerade der Verbraucherschutz Instrument des Schutzes des Schwächeren gegen den Stärkeren ist, bedarf er besonders genauer Ausgestaltung.

3 Kontrollmaßnahmen des Staates

(a) Präventive Kontrollmaßnahmen

- 131 Präventivmaßnahmen sind aus der Sicht des Verbrauchers das wirksamste Mittel, um einen effektiven Schutz zu erreichen. Je stärker der Staat in den Produktionsbereich eingreifen will, umso erbitterter wird der Widerstand der Wirtschaft/Industrie. Dennoch zeigen die Novellierungen des LMBG und des AMG die Tendenz, präventive staatliche Kontrollen zu verstärken.

Eine Möglichkeit, auf die Produktionssphäre einzuwirken, steht dem Staat mit *Maßnahmen zur Förderung des Wettbewerbs* zur Verfügung, die insoweit auch hier zu behandeln sind. Die Bundesregierung betont gerade bei der Vorlage von Gesetzesentwürfen, die vom Charakter her eindeutig die Position des Verbrauchers stärken sollen, daß durch sie gleichzeitig der Wettbewerb gefördert wird⁸. Darin wird nochmals die Gesamtkonzeption der jetzigen wie der vorangegangenen Regierung deutlich, die auf der Grundüberlegung beruht, daß eine Stärkung des Wettbewerbs eine Verbesserung des Verbraucherschutzes nach sich zieht. Dies erklärt, wieso der Staat sich scheut, durch Kontrollmaßnahmen, die regelnd in den wirtschaftlichen Ablauf eingreifen, der Rechtsposition der Verbraucher mehr Gewicht zu geben. Stattdessen stehen markt-

konforme Maßnahmen im Vordergrund von Überlegungen zur Verbesserung des präventiven Schutzes⁹.

Die Gewerbeordnung und die entsprechenden Spezialgesetze bilden die Voraussetzungen, die *an die Qualifikation des Herstellers und/oder an die Ausgestaltung seines Betriebes gestellt werden*. Die Gewerbeordnung befaßt sich unter anderem mit Produkten, die für die Allgemeinheit eine Gefahr darstellen. Diese Gefahren bestehen natürlich auch für Verbraucher. Da in dieser Studie aber der Verbraucher als Endverbraucher verstanden wird, können Vorschriften, die zum Schutz der Allgemeinheit ergangen sind, insoweit außer Acht bleiben.

Anforderungen an Hersteller und Betriebe, die für den Endverbraucher produzieren, ergeben sich aus den jeweiligen Spezialgesetzen. So bestehen besondere Voraussetzungen für die Hersteller von Arzneimitteln (§§13 – 20 AMG). Für pharmazeutische Unternehmen kann darüberhinaus eine Betriebsordnung erlassen werden, die dem Pharmahersteller die Ausgestaltung seines Betriebes vorschreibt, von der Verpackung über die Kontrolle, Lagerung, Hygiene bis zu Anforderungen an das Personal (§54 AMG). Spezialvorschriften bestehen auch für die Abgabe von Getränken und Speisen nach dem Gaststättengesetz sowie für die Herstellung von Milchprodukten.

Eine *Überprüfung von Waren nach materiellen Gesichtspunkten* wird durch das am 1.1.1978 in Kraft getretene Arzneimittelgesetz eingeführt. Der Gesetzgeber hält das *Zulassungsverfahren* für notwendig, um den Verbraucher vor den mit der Einnahme von hochwirksamen Arzneimitteln verbundenen Gefahren zu schützen¹⁰.

Seit dem 1.1.1977 werden auch Fernlehrgänge einer Zulassungsprüfung unterzogen. Dies geschieht, um zu gewährleisten, daß der Unterrichtsteilnehmer Lehrmaterial erhält, das geeignet ist, das angestrebte Lernziel zu erreichen. Der Staat hatte zunächst versucht, die Veranstalter zu einer freiwilligen Überprüfung ihrer Lehrgänge bei der staatlichen Zulassungsstelle zu bewegen. Nur 150 von 1150 Lehrgängen ließen sich jedoch auf diese Weise überprüfen¹¹.

Teilweise geht der Gesetzgeber davon aus, einen präventiven Schutz der Gesundheit des Verbrauchers dadurch erreichen zu können, daß er bestimmte *Verbote* aufstellt, in denen die *Verwendung oder Nichtverwendung bestimmter Stoffe vorgeschrieben* wird. Zur Einhaltung der Verbote wird dann der zuständige Verordnungsgeber (Verordnungsgeber ist regelmäßig das zuständige Bundesministerium) ermächtigt, Verordnungen zum Schutze der Gesundheit der Verbraucher zu erlassen. Voraussetzung zum Erlaß der Verordnung ist der Verdacht einer Gesundheitsgefährdung. Dieses Prinzip findet sich vor allem in dem neuen Lebensmittelrecht, welches am 1.1.1975 in Kraft getreten ist¹². Aber auch das Arzneimittelrecht enthält das Instrument der vorbeugenden Verordnungen (§§5 – 7 AMG).

Die Überwachung des Produktionsablaufs kann einmal dadurch geschehen, daß der Staat von sich aus tätig wird, ohne daß der Hersteller einen Anlaß zur Überprüfung gegeben hätte. Derartige Befugnisse räumen das Lebensmittelrecht und das Arzneimittelrecht ein. Denn die entsprechenden Betriebe müssen regelmäßig (Arzneimittelbetriebe alle zwei Jahre) überprüft werden; dabei können Proben aus der Serie entnommen werden.

Eine weitere präventive Eingriffsmöglichkeit besteht in der *Kontrolle der Warenaustauschsphäre*, die in mehrererlei Hinsicht möglich ist. So kann der Gesetzgeber zwingend vorschreiben, daß bestimmte Waren gar nicht in den Verkehr gebracht werden dürfen. Dies geschieht in den Vorschriften des Arznei- und Lebensmittelgesetzes, die die Herstellung bestimmter Waren verbieten. Der Gesetzgeber kann aber auch Vorschriften über die Art und Weise des Austauschprozesses erlassen. Das ist im Arzneimittelrecht erfolgt, wo die Abgabe von Arzneimitteln nur an bestimmte Personen oder Institutionen gestattet ist, die wiederum zum Verkauf an die Verbraucher berechtigt sind.

Das AMG und das LMBG weisen noch eine Besonderheit auf, die ebenfalls auf die Beeinflussung der Warenaustauschsphäre abzielt: sie bestimmen die Errichtung des Lebensmittel- bzw. Arzneimittelbuches, in welchen verbindliche Regeln über Qualität, Prüfung, Lagerung u.s.w. von Lebensmitteln bzw. Arzneimitteln aufzustellen sind. Beide Bücher sind Ausdruck des redlichen Handelsbrauchs und der berechtigten Verbrauchererwartung. Sie können in ihrer Wirkung den Verboten gleichgestellt werden; insofern kommt ihnen auch Bedeutung für die Produktionssphäre zu. Dem gleichen Zweck dient die zentrale Erfassung von Arzneimittelrisiken und die amtliche Sammlung von Probenahmen und Untersuchungen von Lebensmitteln.

(b) *Repressive Kontrollmaßnahmen*

132 Repressive Kontrollmaßnahmen bestehen darin, daß die zuständigen Behörden die Überwachung eines Produktionsablaufs einleiten, weil sie Kenntnis von konkreten Gefährdungen der Sicherheit erlangt haben. Die Behörden werden zumeist erst dann tätig, wenn ein Schadensfall eingetreten ist. In beiden Fallkonstellationen können die entsprechenden Waren beschlagnahmt und der weitere Vertrieb untersagt werden. Beruht der Schaden auf einer Pflichtverletzung des Herstellers, so verfügen die Behörden zumindest im Arznei- und Lebensmittelrecht über einen umfangreichen Sanktionskatalog. Werden Produkte entgegen einem von der zuständigen Behörde verhängten Vertriebsverbot verkauft, so sollten die dem Kauf zugrundeliegenden Verträge im übrigen regelmäßig wegen eines Verstoßes gegen §134 BGB nichtig sein.

4 Kontrolle durch Verbraucherschutzverbände

133 Die Verbände haben *keine gesetzlich* eingeräumten Befugnisse zur Überwachung von Wirtschaftsvorgängen. Ebenso wenig werden sie vom Gesetzgeber an Entscheidungsprozessen der Wirtschaft gleichberechtigt beteiligt. Wenn überhaupt, werden Verbraucherschutzverbänden beratende Funktionen übertragen. Teilweise erfolgt dies im Rahmen von Gesetzen, die eine Verbesserung des Verbraucherschutzes zum Gegenstand haben. Teilweise geschieht dies auch durch administrative Maßnahmen oder durch Einbeziehung der Verbände durch die Wirtschaft selbst. Verbrauchervertreter sind im Arzneimittelrecht weder bei der Zulassung noch bei der Überwachung der *Produktionssphäre* vertreten. Im Lebensmittelrecht verhält es sich nicht anders. Bei der Erarbeitung technischer Normen sind Verbraucherorganisationen

vertreten. Als Beispiel mag das DIN herhalten, wo die Verbraucherverbände in den verschiedenen Ausschüssen sitzen. Allerdings ist ihre Anzahl jeweils so gehalten, daß die Entscheidungskompetenz der Wirtschaft nicht gefährdet ist¹³.

Während der Inhalt des Arzneimittelbuches von staatlicher Seite in keiner Rechtsverordnung festgelegt wird, arbeiten am Lebensmittelbuch gleichberechtigt nebeneinander Vertreter aus der Wirtschaft, Wissenschaft, Verbraucherschaft und des Staates. Beschlüsse dürfen nur mit Dreiviertelmehrheit gefaßt werden. Sie sollen über eine bloße Feststellung von Herstellergewohnheiten und Verbrauchererwartungen hinaus eine gestaltende Funktion erlangen. Trotz dieser im Gegensatz zu früher geänderten Zielrichtung kann von der Kommission kein wesentlicher Beitrag zur Verbesserung des Verbraucherschutzes erwartet werden, denn nach wie vor liegt der Kommission die Vorstellung zugrunde, daß sich die Verbraucherinteressen in Zusammenarbeit mit dem Hersteller durchsetzen lassen.

Neben der rein rechtlichen Beteiligung könnte nur eine faktische Machtposition der Verbraucherverbände die Wirkung erzeugen, daß sie Wirtschaftsentscheidungen des Staates oder der Wirtschaft selbst beeinflussen könnten. Eine solche Stellung nehmen aber die Verbände, von einzelnen Ausnahmen abgesehen, nicht ein¹⁴. Sie verfügen über keine Organisation, die geeignet wäre, die 'Gegenmacht' auszuüben. Ohnehin stellt sich die Frage, ob Verbraucherverbände überhaupt so organisierbar sind, daß sie etwa den Gewerkschaften vergleichbar die Wirtschaft zu bestimmten Entscheidungen zwingen können¹⁵. Neben Problemen, die die Struktur der Verbände¹⁶, die Konfliktfähigkeit¹⁷, die Frage 'Wer ist Verbraucher'¹⁸ betreffen, ist von Bedeutung, daß die Verbände sich selbst nicht als Vertreter einer Mehrheit, die jedoch wirtschaftlich als Schwächerer geschützt werden muß, verstehen, sondern als Partner der Wirtschaft¹⁹, die dazu beitragen, das marktwirtschaftliche System zu verbessern und zu stabilisieren²⁰.

Von gleichen partnerschaftlichen Überlegungen getragen ist das Verhältnis zum Staat. Soweit Verbrauchervertreter in staatlichen Organisationen beteiligt sind, handeln sie als Vertreter eines Verbrauchers, dessen Interessen auch vom Staat bestimmt werden, und nicht als Repräsentanten einer Gruppe, die einen eigenen Willen hat²¹.

Die Umbildung der Verbraucherverbände zu einer Gegenmacht gegen die Wirtschaft und auch gegen den Staat würde daher eine vollständige Neuorientierung des Selbstverständnisses erfordern.

5 Kontrolle durch den einzelnen Verbraucher

134 Denkbare wäre es, den *einzelnen* Verbraucher an der *präventiven* Kontrolle der Sicherheit von Waren dadurch zu beteiligen, daß ihm als *Sachwalter der Allgemeinheit* das Recht zugestanden würde, entweder gegen den *Hersteller* vorzugehen und ihm den weiteren Vertrieb des sicherheitsgefährdenden Produkts verbieten zu lassen oder die zuständigen *Verwaltungsbehörden* darauf zu verklagen, daß sie die notwendigen Schritte einleiten müßten. Nach geltendem Recht ist es indessen recht zweifelhaft, ob der einzelne Verbraucher derartige Befugnisse besitzt. Rechtsprechung und Wissenschaft stehen diesen Rechtsbehelfen ziemlich zurückhaltend gegenüber, weil der Verbraucher auf

diese Weise am Vollzug von Gesetzen mitbeteiligt würde. Soweit Rechtsbehelfe gegen den Hersteller in Rede stehen, würde sich der Verbraucher nämlich zum Kontrolleur der dem Hersteller gesetzlich auferlegten Pflichten machen, soweit es um Rechtsbehelfe gegen die Verwaltung selbst geht, könnte der Verbraucher so gar überprüfen lassen, ob die Verwaltung die ihr eingeräumten Pflichten ordnungsgemäß durchführt.

Rechtsbehelfe gegen den *Hersteller* können sich nur aus dem Zivilrecht ergeben, da der Verbraucher als Bürger gegen einen anderen Bürger vorgehen würde. Das gesamte deutsche Zivilrecht baut darauf auf, daß der einzelne Bürger sich dann wehren kann, wenn die *ihm* gesetzlich zugestandenene Rechte oder Schutzsphären durch einen anderen Bürger verletzt oder bedroht werden (§§823, 1004 BGB)²². Es gibt im Zivilrecht kein Recht des einzelnen, einen Schaden der *Allgemeinheit* oder deren Bedrohung einzuklagen. Die jüngst gegen den 'Stern'-Verlag erhobene Klage von zahlreichen Frauen gegen die Diskriminierung der Frau durch fortwährende Abbildungen von Nacktphotos auf Illustrierten hat diese Haltung erneut bestätigt²³. Der einzelne muß immer *selbst* bedroht oder verletzt sein. Bei der Verletzung eines Verbrauchers stehen ihm diese *Schadenersatzansprüche* nach den Grundsätzen der Produzentenhaftung zu (165ff). Eine *Bedrohung* durch ein gefährliches Produkt kann der Verbraucher im Wege der vorbeugenden *Unterlassungsklage*²⁴ dann abwehren, wenn *seine* eigene Gesundheit oder sein Eigentum oder sein Persönlichkeitsrecht bedroht sind. Eine präventive Kontrolle in beschränktem Umfang kann deshalb nur erreicht werden, wenn das die *Allgemeinheit* bedrohende Produkt zugleich eine konkrete Bedrohung der Rechte des klagenden Verbrauchers herbeiführt. Eine solche liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn nach den Umständen die unmittelbare Gefahr von aufeinanderfolgenden Rechtsverletzungen droht²⁵. Übertragen auf die hier zu untersuchende *Fallkonstellation* ergeben sich eine Fülle von Fragen: Muß der Verbraucher das gefährliche Produkt kaufen, um selbst bedroht zu sein, oder genügt es, wenn er an sich die Absicht hat, das Produkt auch benötigt, aber wegen der Gefährlichkeit davon Abstand nimmt? Hinzukommt, daß für die vorbeugende Unterlassungsklage die Wiederholungsgefahr darzulegen ist²⁶. Viele Produkte kauft der Verbraucher aber nur einmal: eine sich wiederholende Bedrohung ist ausgeschlossen. Sicherlich wäre zu überlegen, ob nicht dem Verbraucher mit einer Beseitigungsklage wegen der fortdauernden Beeinträchtigung geholfen werden kann. Letztlich kann aber auch der Rückgriff auf die Beseitigungsklage nicht verdecken, daß die genannten Rechtsbehelfe auf andere Fallgestaltungen zugeschnitten sind. Es ist denkbar, daß die beschriebenen Voraussetzungen im Einzelfall erfüllt werden können. Dann stellt sich jedoch ein weiteres Problem. Der Beseitigungsanspruch nach §1004 BGB unterliegt denselben Beschränkungen wie der Schadenersatzanspruch nach §823 BGB. Für das Deliktsrecht gilt aber der allgemeine Grundsatz, daß für den Schaden, der in dem Warenmangel selbst liegt, mangels Eigentumsschädigung kein Ersatz verlangt werden kann. Der betroffene Verbraucher hat aber von vornherein ein unsicheres sprich mangelbehaftetes Produkt zu Eigentum erworben. In der unlängst ergangenen Schwimmschalter-Entscheidung hat der BGH²⁷ indessen das Haftungsrisiko des Herstellers erweitert. Danach kann der Betroffene, ob Verbraucher oder Kaufmann in den vom BGH abgesteckten Grenzen, deliktsrechtliche Ansprüche

wegen des fehlerhaften Produkts selbst geltend machen.

Eine vorbeugende Unterlassungsklage oder eine Beseitigungsklage könnte dem Verbraucher gegen ein *Unternehmen* zustehen, das seiner aus §823 BGB resultierenden Verpflichtung zum Rückruf gefährlicher Produkte nicht nachkommt. Jeder Hersteller ist nämlich verpflichtet, das Produkt auch nach seinem Inverkehrbringen zu beobachten und bei eventuellen Gefahren einzuschreiten²⁸. Wenn aber der Hersteller zum Rückruf verpflichtet ist, so liegt es nahe, dem Verbraucher, dem durch das Produkt eine Gefahr droht, zum Beispiel weil er gefährliche Reifen selbst fährt, auch die Möglichkeit zu geben, vom Hersteller den Rückruf zu verlangen. Von Löwe wurde auf dem ADAC-Juristentag 1978 vorgeschlagen, den Verbraucherorganisationen per Gesetz eine derartige Klagebefugnis einzuräumen²⁹.

Die Voraussetzungen einer Klage gegen die *Verwaltung* richten sich nach Verwaltungsrecht. Unabhängig von der Art der Klage ist diese jedenfalls nur dann zulässig, wenn der klagende Verbraucher dartun kann, daß *er als Person* in seinen Rechten verletzt ist (§42 Abs. 2 VwGO). Dieses Erfordernis soll verhindern, daß Bürger eine sogenannte Popularklage erheben können, die zum Ziel hat, Rechtsverletzungen zu behaupten, die keine Auswirkungen auf die Kläger haben³⁰. Querulatorische Klagen sollen dadurch von den Gerichten ferngehalten werden. Versuche, eine Popularklage aus dem geltenden Recht abzuleiten, scheitern deshalb regelmäßig an diesem Zulässigkeiterfordernis³¹. Tatsächlich verbirgt sich hinter der ablehnenden Haltung gegenüber der Popularklage ein ganz bestimmtes Staatsverständnis. Der Bürger wird nicht selbst an der Verwaltung beteiligt, sondern er wird unter Hinweis darauf von der Beteiligung ausgeschlossen, daß die Verwaltung die Interessen der Allgemeinheit und seine eigenen wahrnehme. Andererseits würde nur die Erzwingung der tatsächlichen Verwirklichung sozialstaatlichen Rechts im Wege der Popularklage dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG Rechnung tragen, das nicht nur den Bürger vor Eingriffen in Freiheit und Eigentum schützt, sondern auch die objektive Gesetzmäßigkeit der Verwaltung gewährleisten soll. Vor allem aber würde damit die aus Art. 20 Abs. 1, 28 GG fließende demokratiethoretische Forderung erfüllt, nach der jedem vom Parlament erlassenen Rechtssatz eine Verwirklichungspflicht immanent ist³². Danach wäre die Einführung einer Popularklage geboten. Sie kann aber nicht aus den geltenden verwaltungsprozessualen Vorschriften abgeleitet werden.

Zulässig — und damit als Präventivmaßnahme möglich — ist eine Klage des einzelnen Verbrauchers nur, wenn der Verbraucher auch dartun kann, daß er selbst *in seinen Rechten* verletzt ist. Das soll bedeuten, daß der Verbraucher sich auf ein Recht berufen muß, welches ihn zum Adressaten hat. Ein solches Recht muß zwar nicht ausdrücklich im Gesetz erwähnt werden, es kann sich auch aus dem Zweck des Gesetzes ergeben, sofern dieses neben der Allgemeinheit auch den Einzelnen schützen will³³. Die Gerichte legen aber zumeist die Gesetze so aus, daß sie nur den Schutz der Allgemeinheit bezwecken³⁴.

Soweit ersichtlich, haben einzelne Verbraucher bisher nicht versucht, in den hier abzuhandelnden Bereichen des LMBG, AMG, und GSG die entsprechenden Aufsichtsbehörden gerichtlich zu einem bestimmten Verhalten zwingen zu lassen. Entscheidend für den Ausgang eventueller Prozesse ist, ob die genannten Gesetze neben dem Schutz der Allgemeinheit auch die einzelnen

Personen schützen wollen. Es sprechen gute Gründe dafür, daß eben dieser notwendige Individualschutz gewährleistet werden soll. Sieht man sich jedoch die Tradition der Rechtsprechung an, so sind die Chancen von Klagen recht pessimistisch zu beurteilen.

Beziehen die Gesetze den Verbraucher nicht in den Schutzzweck mit ein, und fehlt deshalb die Klagbefugnis nach §42 Abs. 2 VwGO, besteht theoretisch immer noch die Möglichkeit, sich auf die Verletzung der Grundrechte zu berufen. Für den Bereich des Umweltschutzes hat das Bundesverwaltungsgericht erst unlängst ausgesprochen, daß auch das Grundgesetz dem einzelnen keine unmittelbar einklagbaren Ansprüche auf bestimmte umweltschützende Maßnahmen gewährt³⁵.

III KONTROLLE VON SPEZIELLEN WAREN

1 Kontrolle von Lebensmitteln

135 Durch das Gesetz zur Neuordnung und Bereinigung des Rechtes im Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und Bedarfsgegenständen vom 15.8.1974 (LMBG) sind die langjährigen Bemühungen um eine durchgreifende Gesamtreform des Lebensmittelrechts zu einem vorläufigen Abschluß gelangt. Hauptziel der Reform ist die Verstärkung und Erweiterung des Schutzes vor Gesundheitsgefährdungen. Das Ziel soll durch einen Ausbau der präventiven Eingriffsbefugnisse erreicht werden. Die Intensivierung der Lebensmittelüberwachung ist ein weiteres wichtiges Reformziel.

(a) *Präventive Kontrollmaßnahmen: Verbote und Ermächtigungen zum Erlaß vorbeugender Verordnungen*

136 Lebensmittel werden keiner Zulassungskontrolle unterzogen. Ein solches Verfahren dürfte bei der Unzahl von Produkten auf erhebliche Durchführungsschwierigkeiten stoßen. Die Kontrolle von Lebensmitteln erfolgt in der Weise, daß der Gesetz- bzw. Verordnungsgeber den Herstellern die Verwendung bestimmter Stoffe vorschreibt bzw. beschränkt. Das Verbot wird teilweise im Gesetz direkt ausgesprochen, teilweise wird der Gesetzgeber ermächtigt, neue Verbote zu erlassen oder allgemeine Verbote zu präzisieren. Nach dem alten LMBG erlassene Verordnungen werden durch das neue Gesetz nicht außer Kraft gesetzt. Die amtliche Begründung zu den jeweiligen Vorschriften läßt erkennen, daß der Gesetzgeber das Verbotsprinzip für geeignet hält, den Schutz des Verbrauchers durchzusetzen. Verwiesen wird auf die internationale Gesetzgebung, die sich desselben Mittels bedient³⁶. Das Ausmaß bzw. die Voraussetzungen der Verbote sind im zweiten Abschnitt des LMBG 'Verkehr mit Lebensmitteln' geregelt.

137 (i) Kernnorm der lebensmittelrechtlichen Verbotsgesetze ist die Generalklausel des §8 LMBG. Danach ist es verboten, Lebensmittel herzustellen oder in den Verkehr zu bringen, die geeignet sind, die Gesundheit des Verbrauchers zu schädigen. Der Begriff schädigen umfaßt beschädigen und zerstören. Gesund-

heitsbeschädigung ist nicht nur die Krankheit im medizinischen Sinn, sondern auch jedes Hervorrufen einer vorübergehenden, jedoch nicht nur ganz geringfügigen Beeinträchtigung der Gesundheit. Der bloße Widerwillen oder die Abscheu genügen nicht³⁷.

Spezifizierungen dieser Verbotsnorm, bezogen auf bestimmte Herstellungsformen, Vertriebsformen und ähnliches, ergänzen die allgemein gehaltene Vorschrift des § 8 (§§ 9 – 15 LMBG). Sie sind jeweils verbunden mit der Einräumung der Befugnis an den zuständigen Minister, die Norm ausgestaltende Verordnungen zu erlassen. Dabei richten sich die Schutzvorschriften zunächst gegen Gefahren, die von jedem Lebensmittel ausgehen können (§ 9 LMBG), regeln aber schließlich auch spezielle Fragen und Gefahren (§§ 12 – 15 LMBG).

Allgemein steht dem Ordnungsgeber eine Regelungsbefugnis bereits dann zu, wenn eine Gefährdung der Gesundheit droht, § 9 LMBG. Auf diese Weise soll es möglich sein, rechtzeitig präventiv zugunsten der Verbraucher einzugreifen³⁸. Von einer Gefährdung kann schon bei abstrakten Gefahren, die sich nach den Erfahrungen des Lebens mit Lebensmitteln ergeben können, gesprochen werden³⁹. Der Nachweis einer konkreten Gefahr läßt sich in vielen Fällen mit den derzeitigen Möglichkeiten der wissenschaftlichen Forschungs- und Untersuchungsmethoden zwar vermuten, aber nicht nachweisen. Ein wirksamer Schutz vor Gesundheitsgefahren verlangt aber das Verbot von solchen Lebensmitteln, die auch nur ansatzweise darauf hindeuten, daß der Verzehr schädlich ist⁴⁰. Die Ermächtigungen sind in den Nr 1 – 6 des § 9 näher bestimmt und eingegrenzt: danach dürfen Ge- und Verbote nur für bestimmte Lebensmittel (Abs. 1 Nr 3 und 4) oder für bestimmte Stoffe (Nr 1a, 5 und 6) oder bestimmte Verfahren (Nr 1b) festgesetzt werden. Die Verunreinigung durch Umweltkontaminanten wird in § 9 Abs. 1 Nr 2 LMBG umfassend geregelt; sogar die Beschränkung ergibt sich aus dem Wortlaut.

Aufgrund der Ermächtigung des § 9 Abs. 1 sind eine Reihe von Verordnungen ergangen, die aber den gesteckten Rahmen keinesfalls ausschöpfen⁴¹.

Die speziellen Erfordernisse der *Lebensmittelhygiene* werden nicht von § 9 erfaßt, der ausschließlich eine Gesundheitsgefährdung verhindern soll, sondern ausdrücklich von § 10 geregelt⁴². Überschneidungen zwischen § 9 und § 10 LMBG sind dabei denkbar. Eine Verletzung der Hygiene liegt vor, wenn die Gefahr einer ekelerregenden oder sonst nachteiligen Beeinflussung von Lebensmitteln, die durch Mikroorganismen, Verunreinigungen, Gerüche, Temperaturen, Witterungseinflüsse oder Behandlungs- und Zubereitungsgefahren besteht.

In diesem Bereich können die Länder entsprechende Verordnungen erlassen, § 10 LMBG, wenn der Bundesminister sein Recht nicht in Anspruch nimmt. Obwohl allgemein anerkannt ist, daß eine bundeseinheitliche Hygieneverordnung notwendig ist⁴³, bestehen bisher nur landesrechtliche Verordnungen, die sich zumeist auf Fleisch und Fleischerzeugnisse beschränken⁴⁴.

Neben diesen allgemeinen Schutzvorschriften enthält das LMBG, wie bereits erwähnt, auch *spezielle Verbote und spezielle Ermächtigungsgrundlagen* (§§ 11 – 15). Die Vorschriften sind in der Art und Weise systematisiert, daß zunächst ein Verbot ausgesprochen wird. Dieses Verbot ist aber nicht absolut, sondern nur relativ, das heißt verboten wird nicht generell die Verwendung

bestimmter Stoffe oder eines bestimmten Verfahrens, sondern nur die Verwendung von staatlich nicht zugelassenen Stoffen oder Verfahren. Im Anschluß an das Verbot wird der jeweilige Bundesminister ermächtigt, Ausnahmen von dem relativen Verbot zuzulassen, wenn dies mit dem Schutz des Verbrauchers *vereinbar* ist bzw. die Verwendung bestimmter Stoffe oder Verfahren zu beschränken, wenn dies der Verbraucherschutz *erforderlich* macht. Im einzelnen ist festzuhalten:

Es ist verboten, *nicht zugelassene Zusatzstoffe zu verwenden*, Ionenaustauscher zu benutzen, soweit dadurch nicht zugelassene Zusatzstoffe in die Lebensmittel gelangen, und Verfahren zu dem Zweck anzuwenden, nicht zugelassene Zusatzstoffe in dem Lebensmittel zu erzeugen, §11 LMBG. Welche Stoffe zur Lebensmittelherstellung zugelassen sind, ergibt sich aus §2 LMBG. Danach sind Zusatzstoffe solche Stoffe, die dazu bestimmt sind, Lebensmitteln zur Beeinflussung ihrer Beschaffenheit oder zur Erzielung bestimmter Wirkungen zugesetzt zu werden. Der Unterschied zum bis 1974 geltenden Lebensmittelrecht besteht darin, daß nicht nur auf Eigenschaften und Beschaffenheitsmerkmale abgestellt wird, sondern in erster Linie auf die Zweckbestimmung der Stoffe⁴⁵. Was ein Zusatzstoff ist, bestimmt sich demnach unabhängig von seinem ernährungsphysiologischen Wert. Dadurch werden wesentlich mehr Stoffe erfaßt als durch den alten Begriff 'fremder Stoff', so daß vor allem die Mehrzahl der technischen Hilfsstoffe wie Farbstoffe, Konservierungsmittel, Emulgatoren, Stabilisatoren, etc. in den Anwendungsbereich des Gesetzes fallen⁴⁶. Allerdings darf die Zweckbestimmung nicht zum alleinigen Kriterium der Begriffsbestimmung führen, denn dann würden auch Mehl, Eigelb, Gewürze zugleich Zusatzstoffe sein. Um derartige sachlich nicht gerechtfertigte Ausnahmen zu vermeiden, enthält §2 LMBG eine Einschränkung. Die Eigenschaft als Zusatzstoff entfällt nämlich, wenn die Stoffe natürlicher Herkunft oder den natürlichen chemisch gleich sind und nach allgemeiner Verkehrsauffassung überwiegend wegen ihres Nähr-, Geruchs- oder Geschmackwertes oder als Genußmittel verwendet werden.

Eine Ausdehnung haben die Rechte der Verbraucher nicht nur durch eine geänderte Definition des Zusatzstoffes erfahren. Abweichend vom alten LMBG wird das Erzeugen von nicht zugelassenen Zusatzstoffen in Lebensmitteln durch Ionenaustauscher und durch bestimmte Behandlungsverfahren verboten⁴⁷. Ionenaustauscher werden seit langer Zeit vor allem zur Wasserenthärtung benutzt, wo sie Kalzium- und Magnesiumionen, die die Härte bedingen, gegen Natriumionen austauschen. Der Gesetzgeber will verhindern, daß durch den Ionenaustausch unerwünschte und unkontrollierte Zusatzstoffe in die Lebensmittel gelangen⁴⁸.

Vom dem beschriebenen Verbot gibt es aber auch *Ausnahmen* (§11 Abs. 2 LMBG): Hilfsstoffe, die nur im technologischen Arbeitsgang benutzt werden, dürfen verwendet werden, wenn das Endprodukt nur technisch unvermeidbare, technologisch unwirksame Reste in gesundheitlich, geruchlich und geschmacklich unbedenklichen Anteilen enthält. Technisch unvermeidbar bedeutet, daß die Anteile nach dem derzeitigen Stand der Technik nicht zu beseitigen sind⁴⁹. Des weiteren werden bestimmte Zusatzstoffe ausgenommen, gegen die gemeinhin weder gesundheitliche noch sonstige Bedenken bestehen,

wie destilliertes und demineralisiertes Wasser, Luft, Stickstoff und Kohlendioxyd, soweit diese nicht als Treibgase verwendet werden (wie zum Beispiel bei Spraydosen mit Schlagsahne).

Schließlich ist der zuständige Minister ermächtigt, *Ausnahmen zum Verbot* des §§11 LMBG zuzulassen, §12 Abs. 1 LMBG. Zusatzstoffe dürfen jedoch nur zugelassen werden, wenn das unter Berücksichtigung technologischer, ernährungsphysiologischer und diätetischer Erfordernisse mit dem Schutz des Verbrauchers vereinbar ist⁵⁰. Dazu zählen Stoffe, die nach dem heutigen Stand der Versorgungslage und der Technik noch nicht völlig entbehrt werden können und die andererseits bei strenger pharmakologischer Prüfung noch vertretbar erscheinen⁵¹. In erster Linie bezieht sich der Schutz des Verbrauchers also auf gesundheitliche Bedenken, jedoch hat er auch ein berechtigtes Interesse daran, nicht über die Verwendung von ihm vielfach abgelehnter chemischer Stoffe getäuscht zu werden⁵². Die Kenntlichmachung, die §16 Abs. 1 Satz 1 LMBG vorschreibt, reicht dazu nicht unbedingt aus. Der Verordnungsgeber muß zwischen den Interessen der Wirtschaft und denen der Verbraucher abwägen. Bestehen Bedenken gegen die Zulassung unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes, so hat der entsprechende Unternehmer keinen Anspruch auf die Zulassung⁵³. Die Ausnahmereordnungen, die noch aufgrund des alten LMBG erlassen worden sind, lassen sich nach ihrem Inhalt in drei Gruppen einteilen⁵⁴: (1) allgemeine Fremdstoffverordnung; (2) Konservierungs-, Antioxydantien- und Farbstoff-Verordnungen; (3) Verordnungen, die sich auf einzelne Lebensmittel oder Lebensmittelgruppen beziehen.

Des weiteren ist der zuständige Minister befugt, nähere Bestimmungen über die Höchstmengen und die Reinheit in Bezug auf Ionenaustauscher und Zusatzstoffe zu treffen (§12 Abs. 2 LMBG). Diese Regelung verfolgt also die umgekehrte Zielrichtung wie §12 Abs. 1 LMBG, indem sie die Befugnis zu Einschränkungen erteilt. Allerdings müssen die Maßnahmen des §12 Abs. 2 LMBG zum Schutz des Verbrauchers erforderlich sein. Gesundheitliche und hygienische Bedenken sind hier ebenso zu berücksichtigen wie der Schutz vor wirtschaftlicher Schädigung⁵⁵.

Verboten ist auch, *Lebensmittel einer nicht zugelassenen Bestrahlung von ultravioletten oder ionisierenden Strahlen zu unterziehen oder in den Verkehr zu bringen* (§13 Abs. 1 LMBG). Dieses Verbot beruht auf einer möglichen gesundheitlichen Gefährdung. So ist die für eine Reihe von Jahren zugelassene UV-Bestrahlung der Milch zur Erreichung ihres Vitamin B-Gehalts nicht endgültig zugelassen, weil nach Auffassung des Bundesgesundheitsamtes über das photochemische Verhalten der Milchbestandteile bisher kein exakter Beweis für die gesundheitliche Unbedenklichkeit der Bestrahlung erbracht ist⁵⁶. Ionisierende Strahlen vermögen aufgrund ihrer Energien Ionen in den von ihnen durchstrahlten Stoffen zu bilden. Die Strahlen sollen vor allem den mikrobiologischen Verderb verzögern, Salmonellen bekämpfen, Schädlinge abtöten und die Keimentwicklung bei Kartoffeln hemmen⁵⁷.

Auch zu diesem Verbot kann durch den zuständigen *Bundesminister per Rechtsverordnung* eine *Ausnahme* aufgestellt werden, wenn dies mit dem Verbraucherschutz vereinbar ist. Zur Beurteilung der gesundheitlichen Unbedenklichkeit bestrahlter Lebensmittel hat die Fremdstoff-Kommission der Deutschen Forschungsgemeinschaft in ihrer Mitteilung vom 21.11.1968

Kriterien zusammengestellt, die bei der Prüfung der Vereinbarkeit einer Zulassung mit den Interessen des Verbrauchers beachtet werden sollen⁵⁸. Die Kommission fordert, daß der Zulassungsantrag selbst Angaben und Unterlagen über Art der Bestrahlung, Zweck und Wirkung enthalten muß. Bei der Entscheidung über die Zulassung müsse insbesondere berücksichtigt werden, daß eine Zulassung nicht in Betracht kommt, wenn nach den derzeitigen wissenschaftlichen Erkenntnissen eine Gefährdung nicht ausgeschlossen werden kann. Außerdem soll im Fall der Zulassung der Bescheid eine genaue Beschreibung des Verfahrens enthalten, die Minimal- und Maximalbestrahlung sowie die Lagerzeit festlegen. Von der Ermächtigung hat der Verordnungsgeber in der Lebensmittelbestrahlungs-Verordnung vom 19.2.1959 (BGBl I S. 761) vor allem für bestimmte Zwecke Gebrauch gemacht. Die Verordnung ist nach wie vor in Kraft. Nach §2 der Verordnung ist die Behandlung durch direkte Bestrahlung mit ultravioletten Strahlen zur Entkeimung von Trinkwasser, der Oberfläche von Obst- und Gemüserzeugnissen und von Hartkäse bei der Lagerung erlaubt, ferner die bei der Entkeimung von Luft durch ultraviolette Strahlen auftretende indirekte Bestrahlung von Lebensmitteln. Versuchsweise wurde auch die Bestrahlung von Kartoffeln mit Elektronenstrahlen und die Abgabe der bestrahlten Kartoffeln an einen begrenzten Personenkreis erlaubt⁵⁹.

Die Einhaltung bestimmter technischer Verfahren für nach §12 Abs. 2 Nr. 1 zugelassene Bestrahlungen kann vom Verordnungsgeber vorgeschrieben werden (§13 Abs. 2 Nr. 1 LMBG). Stellt sich heraus, daß das vorgeschriebene Verfahren die Gefahr nicht beseitigt, muß der Verordnungsgeber die Zulassung zurücknehmen⁶⁰.

Ferner ist lebensmittelgesetzlich *verboten, Lebensmittel gewerbsmäßig in den Verkehr zu bringen, wenn in oder auf ihnen Pflanzenbehandlungsmittel, Düngemittel, Schädlingsbekämpfungsmittel vorhanden sind, die die festgesetzte Höchstmenge überschreiten*, §14 Abs. 1 Nr. 1 LMBG. Des weiteren dürfen auch solche Pflanzenschutzmittel im Sinne des Pflanzenschutzgesetzes nicht oder nur in zugelassenen Höchstmengen in oder auf Lebensmitteln vorhanden sein, die nach den Vorschriften des Pflanzenschutzgesetzes nicht zugelassen oder nicht angewendet werden dürfen (§14 Abs. 1 Nr. 2 LMBG). Dieses Verbot hat besondere Bedeutung für importierte Lebensmittel, die am Ort der Gewinnung oder Herstellung mit zum Teil unbekanntem und nicht nachprüfbar behandelten Mitteln behandelt werden⁶¹.

Die Höchstmengen für die Verwendung der oben beschriebenen Pflanzen- und Vorratsschutzmittel (auch Pestizide) sind vom Verordnungsgeber festzusetzen (§14 Abs. 2 Nr. 1a LMBG). Vonseiten der Wissenschaft bestand der Wunsch, Höchstmengen nur für bestimmte Pflanzenschutzmittel vorzusehen⁶². Die zulässigen Höchstmengen werden in der Höchstmengenverordnung Pflanzenschutz, pflanzliche Lebensmittel, in der Neufassung vom 13.6.1978, und tierische Lebensmittel in der Fassung vom 29.8.1978 festgesetzt⁶³.

Bedauerlich ist, daß der Gesetzgeber das Bundesgesundheitsamt nicht ermächtigt hat, die duldbaren Höchstmengen rechtsverbindlich selbst festzusetzen. Denn das Bundesgesundheitsamt kann zwar bei der Zulassung neuer Mittel niedrigere Mengen bestimmen als das in der Höchstmengenverordnung geschehen ist. Eine entsprechende Auflage führt aber nicht unmittelbar eine Ergänzung der Höchstmengenverordnung herbei, so daß die

Lebensmittelüberwachungsbehörden, die sich an der Verordnung orientieren, eine entsprechende Auflage des Bundesgesundheitsamts unter Umständen nicht berücksichtigen⁶⁴.

Gemäß §14 Abs. 2 Nr 1b kann der Verordnungsgeber darüberhinaus die Verwendung bestimmter Pestizide verbieten. Schließlich ermächtigt Abs. 2 Nr 2 den Verordnungsgeber, Ausnahmen vom Verbot des Abs. 1 Nr 1 zuzulassen. Das Zusammenspiel von Regel und Ausnahme macht die Höchstmengenverordnung vom 13.6.1978 deutlich⁶⁵.

Verboten ist ferner, vom Tier gewonnene Lebensmittel gewerbsmäßig in den Verkehr zu bringen, wenn in oder auf ihnen Stoffe mit pharmakologischer Wirkung oder deren Umwandlungsprodukte vorhanden sind, die die festgesetzte Höchstgrenze überschreiten, §15 Abs. 1 LMBG. Unter Stoffen mit pharmakologischer Wirkung fallen in erster Linie Arzneimittel und solche Zusatzstoffe zu Futtermitteln die einen besonderen Einfluß auf Beschaffenheit, Zustand und Funktion des Körpers ausüben können, vor allem die Nutzleistung steigern oder dem vorbeugenden Gesundheitsschutz dienen⁶⁶. Ein wirkungsvoller Schutz des Lebensmittelkonsumenten muß davon ausgehen, daß sich die hier berührten Rechtsbereiche — Lebensmittelrecht, Arzneimittel- und Futtermittelrecht — sinnvoll ergänzen.

Des weiteren müssen Wartezeiten eingehalten werden, also Zeiten, innerhalb derer bei bestimmungsgemäßer Anwendung der Arzneimittel mit Rückständen gesundheitlich nicht unbedenklicher Stoffe in dem von behandelten Tieren stammenden Fleisch gerechnet werden muß (§15 Abs. 2 LMBG). Die Vorschrift geht davon aus, daß in Zukunft Stoffe mit pharmakologischer Wirkung entweder als Arzneimittel registriert oder nach futtermittelrechtlichen Vorschriften als Futterzusatzstoffe zugelassen sein müssen und unter lebensmittelhygienischen Gesichtspunkten zu überprüfen sein werden. Nach §15 Abs. 2 Satz 1 LMBG sollen den durch Arzneimittelrecht und Futtermittelrecht festgestellten Wartezeiten nicht entsprechende Lebensmittel nicht gewonnen und nicht in den Verkehr gebracht werden dürfen. Da jedoch die Festlegung von Wartezeiten für alle in Frage kommenden Stoffe nicht zu kurzfristig erfolgen kann, schreibt §15 Abs. 2 Satz 2 LMBG eine Sicherheitsfrist von fünf Tagen vor. Soweit ein Tier mit Arzneimitteln behandelt wird, ist die Wartezeit vom Hersteller mit anzugeben (§23 Abs. 1 AMG). Die Ermittlung der Wartezeit erfolgt durch zusätzliche Rückstandsprüfungen. Da §23 erst am 1.1.1978 in Kraft getreten ist, wird es noch einige Zeit dauern, bis die für Tiere bestimmten Arzneimittel die entsprechenden Angaben enthalten.

Auch für diesen Sachverhalt können durch eine Rechtsverordnung des zuständigen Ministers Höchstmengen festgesetzt, bestimmte Stoffe mit pharmakologischer Wirkung von der Verwendung ausgeschlossen, sowie bestimmte Stoffe den Stoffen mit pharmakologischer Wirkung gleichgestellt werden (§15 Abs. 3 Nr 1 LMBG). Mit dieser Ermächtigung wird das lückenlose Zusammenwirken von Lebensmittel-, Tierarzneimittel- und Futtermittelrecht sichergestellt und eine bessere Überwachung des sogenannten grauen Arzneimittelmarktes mit der illegalen Anwendung von pharmakologisch wirksamen Stoffen ermöglicht⁶⁷. Aufgrund des §15 Abs. 3 Nr 1 Buchst. b und c LMBG ist die Verordnung über Stoffe mit pharmakologischer Wirkung vom 3.8.1977 ergangen, in der eine Reihe von Stoffen mit antimicrobischer, östrogenen,

androgener oder gestagener Wirkung an bestimmte Tiere nicht verabfolgt werden dürfen⁶⁸. Gemäß §15 Abs. 3 Nr 2 ist bereits die Verordnung über Ausnahmen von der Wartezeit gemäß §15 Abs. 2 Satz 2 vom 2.1.1975 ergangen⁶⁹. In der Anlage zu §1 der Verordnung werden die Stoffe aufgeführt, die auch innerhalb kürzerer Zeit als fünf Tagen den Tieren gegeben werden dürfen. Hierzu zählen Eiweiße, Kohlenhydrate, Fette, Vitamine, Provitamine, Vitamin B (bis 500 000 I.E.), Natrium-, Kalium-, Kalzium-, Magnesium-Verbindungen der organischen oder anorganischen Säuren sowie Spurenelemente von Eisen, Jod, Kobalt, Kupfer, Mangan, Selen und Zink.

- 138 (bb) *Das Deutsche Lebensmittelbuch* ist eine Sammlung von Leitsätzen, in denen Herstellung, Beschaffenheit oder sonstige Merkmale, die für die Verkehrsfähigkeit der Lebensmittel von Bedeutung sind, beschrieben werden. Es beinhaltet keine rechtsverbindlichen Anordnungen, sondern schreibt lediglich objektivierend fest, wie Lebensmittel nach dem allgemeinen Handelsgebrauch und der berechtigten Käufererwartung beschaffen sind. Das Lebensmittelbuch wurde durch Art. 7 des Änderungsgesetzes 1958 eingeführt. Es sollte dem Bedürfnis der Verbraucher, der Wirtschaft, der Lebensmittelüberwachung und der Gerichte nach Rechtssicherheit dienen⁷⁰. Der Gesetzgeber hielt das Lebensmittelbuch für geeignet, der fortschreitenden Entwicklung in der Lebensmittelchemie durch schnelle Anpassung Rechnung zu tragen. In der Praxis hat sich das Konzept nicht bewährt⁷¹. Es erwies sich als leichter, eine Rechtsverordnung zu ändern, als einen Leitsatz. Die Tätigkeit der Kommission erschöpfte sich im wesentlichen im Festschreiben ohnehin anerkannter Regeln. Der Grund ist in der Zusammensetzung der Kommission zu sehen, in der Vertreter der Wirtschaft, Staat, Wissenschaft und der Verbraucher gleichberechtigt vertreten waren und einstimmig entscheiden mußten⁷². Das neue Lebensmittelgesetz will diesem Mißstand zum einen dadurch abhelfen, daß Beschlüsse nunmehr mit Dreiviertelmehrheit gefaßt werden können, zum anderen durch eine Ausdehnung der Kompetenz, §34 Abs. 3 Satz 2 LMBG. Es sollen künftig alle für die Verkehrsfähigkeit bedeutsamen Merkmale beschrieben werden. Auf diese Weise sollen die Leitsätze über eine bloße Feststellung von Herstellergewohnheiten und Verbrauchererwartungen hinaus eine gestaltende Funktion erlangen, wenn auch grundsätzlich ohne bindende Wirkung⁷³. Zweifel an der Verwirklichung des Konzepts sind nach wie vor angebracht⁷⁴. Die paritätische Ausgestaltung der Kommission verhindert es darüberhinaus, der Kommission weitere Aufgaben zu übertragen, wie etwa die Festlegung allgemeiner Rechtsbegriffe des Lebensmittelgesetzes. Da das Deutsche Lebensmittelbuch keine rechtsverbindlichen Anordnungen enthält, kommt ihm die Bedeutung eines objektivierten Gutachtens zu. Weil die Leitsätze von allen beteiligten Interessengruppen verabschiedet werden, kann davon ausgegangen werden, daß alle am Lebensmittelverkehr Beteiligten diese Leitsätze als Ausdruck des redlichen Handelsbrauchs und der berechtigten Verbrauchererwartung beachten. Hierin liegt die Kontrollbedeutung des Lebensmittelbuches, die insoweit auch präventiver Natur ist. Vorschläge, die darauf abzielen, der Kommission selbst die Befugnis zum Erlaß von Rechtsverordnungen einzuräumen, begegnen dagegen verfassungsrechtlichen Bedenken.

Das LMGB enthält auch eine Regelung, die anordnet, wie Kontrollmaßnahmen verfahrensmäßig durchzuführen sind. *Das Bundesgesundheitsamt ist verpflichtet, eine amtliche Sammlung von Verfahren zur Probenahme und zur Untersuchung von Lebensmitteln zu veröffentlichen* (§35 Abs. 1 LMGB). Sinn und Zweck dieser Vorschrift ist es, durch eine Sammlung der verschiedenen Untersuchungsverfahren eine Vereinheitlichung anzustreben. Eine Vereinheitlichung ist notwendig, weil in den meisten Fällen die Beurteilung der Lebensmittel sich auf deren Untersuchung gründet und die Wahl des Untersuchungsverfahrens vielfach von ausschlaggebender Bedeutung für den Ausfall der Beurteilung ist⁷⁵. Die Verfahren werden unter Mitwirkung von Sachkennern aus den Bereichen der Lebensmittelüberwachung, der Wissenschaft und der beteiligten Wirtschaft festgelegt (§35 Satz 2 LMGB).

(b) Repressive Kontrollmaßnahmen

139 *(aa)* Der Erfolg *lebensmittelrechtlicher Kontrolle* steht und fällt mit einer schlagkräftigen Überwachung. Gerade an diesem Erfordernis hat es in den letzten Jahren gemangelt⁷⁶. Das Lebensmittelrecht vom 15.8.1974 will eine Steigerung der Effektivität der Überwachung neben dem verstärkten Einsatz fachlich qualifizierter Kräfte auf allen Ebenen vor allem durch die Schaffung großer leistungsfähiger Untersuchungsanstalten erreichen. Diese sind nicht nur für die Kontrolle im Inland, sondern auch für eine wirksame Einfuhrkontrolle von großer Bedeutung⁷⁷. Die Durchführung des Lebensmittelrechts obliegt den einzelnen Bundesländern, (§40 Abs. 1 Satz 1 LMGB). Damit ergeben sich gewisse Probleme eines einheitlichen Überwachungsmaßstabes. Andererseits ermöglicht §45 LMGB, einheitliche Durchführungsvorschriften zu erlassen. Die Beteiligung der Länder ist insofern gesichert, als die Verwaltungsvorschrift der Zustimmung der Länder bedarf. Aus der amtlichen Begründung⁷⁸ zu §45 LMGB ergibt sich der Umfang und die Zielrichtung der Verwaltungsvorschriften, für die der Gesetzgeber eine bundeseinheitliche Regelung erwartet. Danach werden sich detaillierte Regelungen über eine Verstärkung der Überwachung in den Betrieben der Herstellung und der Einfuhr, über die regelmäßige Kontrolle von Speisebetrieben und Gemeinschaftsverpflegung, ferner Regelungen über die Bildung von Schwerpunktanstalten und Vorschriften über eine einheitliche Berichterstattung der Untersuchungsanstalt als notwendig erweisen. Bundesregierung und Bundesrat haben diesen gesetzgeberischen Auftrag bis jetzt nicht erfüllt.

Die Überwachung besteht in erster Linie in der Besichtigung der in Betracht kommenden Gegenstände (§41), sowie der Entnahme von Proben (§42), und der Untersuchung.

Die zuständigen Behörden haben sich durch *regelmäßige Überprüfungen und Probenahmen* davon zu überzeugen, daß die Vorschriften eingehalten werden (§41 Abs. 1 Satz 2 LMGB). Die zuständigen Landesbehörden sind im Rahmen ihres grundgesetzlichen Auftrages zur Durchführung des Bundesgesetzes im Einklang mit §§44, 45 LMGB jederzeit befugt und gegebenenfalls verpflichtet, allgemeine Vorschriften über die Häufigkeit der Besichtigungen, über die Art der Probenahmen, sowie Instruktionen für die mit der Besichtigung betrauten Personen zu erlassen. Das Rundschreiben des RMdI vom 21.6.1934 (einheit-

liche Durchführungsvorschriften)⁷⁸ enthält einheitliche Regelungen über die Ausübung der nunmehr in §§41, 42 LMBG vorgesehenen Überwachung des Verkehrs mit Lebensmitteln. Sie sind von den Regierungen der Länder, zum Teil ergänzt durch weitere Vorschriften, in Kraft gesetzt worden. Die in §41 vorgesehenen Überwachungsmaßnahmen sind Aufgabe der Polizeibehörden bzw. der auf dem Gebiet des Gesundheitswesens an ihre Stelle getretenen Verwaltungsbehörden, zu deren Unterstützung nach Art. 1 Abs. 1 der einheitlichen Durchführungsvorschriften chemische, tierärztliche und ärztliche Sachverständige (wissenschaftliche Sachverständige sowie chemische, veterinäre und medizinische Untersuchungsämter) zu bestellen sind⁸⁰.

Als Kontrollorgan nennt §41 Abs. 2 LMBG fachlich ausgebildete Personen. Hierzu sind die Personen zu rechnen, die als Dienstaufgabe mit der Lebensmittelüberwachung betraut sind. Bei Gefahr im Verzuge kann jeder Vollzugsbeamte der Polizei die notwendigen Maßnahmen vornehmen. §41 Abs. 2 Satz 2 ermächtigt den Bundesminister, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrats Vorschriften über die fachlichen Anforderungen an die entsprechenden Personen zu stellen. Auch hier ist der Verordnungsgeber noch nicht tätig geworden. Es gilt daher das jeweilige Landesrecht weiter, das zum Teil besondere Lebensmittelinspektoren oder sonstiges Kontrollpersonal — ähnlich wie bei den Gewerbeaufsichtsämtern — vorsieht⁸¹. Kontrollpersonen sind die von der zuständigen Behörde als Sachverständige beauftragten Personen (Lebensmittelchemiker, Tierärzte), sie können neben der Unterstützung des zuständigen Verwaltungspersonals auch mit der selbständigen Vornahme von Besichtigungen und Probenahmen beauftragt werden. Daß chemische, veterinäre und medizinische Untersuchungsanstalten zu bestellen sind, sagte schon Art. 1 der einheitlichen Durchführungsvorschriften. Die Aufgaben der Medizinal-Untersuchungsanstalten faßt Art. 4 Abs. 2 der einheitlichen Durchführungsvorschriften zusammen. Eine Konzentration der Untersuchungsanstalten, wie sie §44 Abs. 1 Nr 1a LMBG anstrebt, haben einige Bundesländer bereits durchgeführt⁸². Weitere Überwachungsbefugnisse, die neben §41 LMBG bestehen, ergeben sich aus Gesetzen, die Beginn und Ausführung von Gewerben, die sich mit der Herstellung von Lebensmitteln befassen, an das Vorliegen bestimmter betriebsbezogener und/oder personenbezogener Voraussetzungen knüpfen. So sind genehmigungs- bzw. erlaubnispflichtig der Betrieb einer Gast- und Schankwirtschaft, der Kleinhandel mit Branntwein, sowie Betriebe zur Abgabe von Milch⁸³. Gewisse Überschneidungen der Kontrollbefugnisse ergeben sich schließlich zwischen den Aufgaben der Gesundheitsämter und den lebensmittelpolizeilichen Überwachungsmaßnahmen⁸⁴.

Die *Befugnisse*, die für die oben beschriebenen Personen bestehen, sind (§§41, 42 LMBG): (1) Eintritt in Grundstücke, Betriebs- und Geschäftsräume; (2) Besichtigung innerhalb und in gewissem Umfang auch außerhalb dieser Räume; (3) weitere Eintrittsrechte, auch in Wohnungen, zur Verhinderung dringender Gefahren; (4) Einsichtnahme in geschäftliche Aufzeichnungen, Entnahme von Proben; (5) alle erforderlichen Auskünfte.

Art. 7 der einheitlichen Durchführungsvorschrift gibt einige Hinweise, in welchem Umfang, in welcher Art und unter Berücksichtigung welcher Gesichtspunkte die Überwachungsbefugnisse im Rahmen des Zulässigen

gehandhabt werden sollen. Empfehlungen bestehen über die Anlässe zur Überprüfung (z.B. auffallend billige Angebote), Art der Besichtigung (unauffällig und in Zivilkleidung), u.v.m.

Der Eintritt ist den Kontrollorganen jedoch nur während der *üblichen Betriebs- und Geschäftszeit gestattet*, wenn nicht eine dringende Gefahr vorliegt (§41 Abs. 3 Nr 1). Es ist nicht zu verkennen, daß der Gesetzgeber die von ihm geforderte verstärkte Überwachung durch diese zeitliche Regelung einengt.

Da das Gesetz den zuständigen Personen ein Recht zum Eintritt einräumt, kann sich die *Amtsperson* unter Umständen *mit Gewalt Zutritt verschaffen*, ohne daß dies Hausfriedensbruch wäre. Leisten die Betroffenen gewaltsam Widerstand, so kann die Polizei zur Hilfe herangezogen werden. Der von der Behörde nur beauftragte Sachverständige, der nicht Mitglied der Behörde ist, genießt das gleiche Recht.

Besichtigen bedeutet *mehr als das bloße Anschauen*. Die Amtsperson kann nach verborgenen Gegenständen suchen, Regale beiseite schieben sowie Waren abtasten und auch abschmecken. Eine andere Auslegung des Wortes würde die Kontrollbefugnisse drastisch reduzieren und praktisch entwerten⁸⁵. Welche Räume dem Besichtigungsrecht unterliegen, regelt §41 Abs. 3 Nr 1 LMBG. Danach unterscheidet das Gesetz lediglich nach dem Zweck, dem die Räume dienen. Die Ausdehnung auch auf Grundstücke stellt klar, daß es nicht darauf ankommt, ob der Betrieb innerhalb geschlossener Räume arbeitet. Wohnräume dürfen nur betreten werden, wenn sie zugleich gewerbsmäßig genutzt werden. Im Interesse der Verbraucher ist unter gewerbsmäßigen Herstellungs-, Behandlungs- und Vertriebstätigkeiten zu verstehen, daß jeder, der eine im Gesetz bezeichnete Handlung im Rahmen irgendeiner auf Erwerb gerichteten Tätigkeit begeht, der Kontrolle unterliegt⁸⁶.

Das Einsichtsrecht in geschäftliche Aufzeichnungen soll vor allem der Feststellung dienen, woher eine beanstandete Ware gekommen und wohin sie gelangt ist. Das Einsichtsrecht umfaßt die Befugnis, neben Notizen und Aufzeichnungen auch Photokopien anzufertigen. Nicht einsichtig ist, wieso der Gesetzgeber Herstellungsbeschreibungen von dem Einsichtsrecht ausgenommen hat, zumal ein derartiges Recht gemäß §58 Weingesetz besteht. Denn die Herstellungsbeschreibungen, die Rezepte aller Art, Fabrikationsvorschriften, spezielle Produktionsverfahren, selbst die Zusammensetzung der Lebensmittel umfassen⁸⁷, stellen ein wichtiges Erkenntnismaterial dar. Ihre Herausnahme aus dem allgemeinen Einsichtsrecht beschränkt die Erkenntnismöglichkeiten der zuständigen Behörde erheblich.

Das Recht auf Auskunftserteilung ist in §41 Abs. 3 Nr 4 LMBG neu eingeführt worden. Auskünfte können sowohl bei der Besichtigung der Räume unmittelbar im Zusammenhang mit der Kontrolle als auch schriftlich gefordert werden. Das Auskunftsrecht erstreckt sich auch auf die Herstellungsbeschreibungen, das sagt §41 Abs. 3 Nr 3 LMBG ausdrücklich.

Das Polizeirecht ist nach wie vor Sache der Bundesländer. Die Unterschiede bestehen vor allem in der Regelung der Zuständigkeit. An den sachlichen Aufgaben der Polizei bzw. der zuständigen Verwaltungsbehörden hat sich, soweit das Lebensmittelrecht in Betracht kommt, nichts geändert, zu den Aufgaben gehören nach wie vor präventivpolizeiliche Maßnahmen zur Gefahrenabwehr. Das setzt das Vorliegen einer konkreten Gefahr für die All-

gemeinheit oder des Einzelnen voraus. Die Befugnisse der Polizei erstrecken sich im Bezug auf Lebensmittel von Warnungen, Auflagen, Verboten bis hin zur Beschlagnahme.

In Betracht kommen auch *Warnungen von Behörden*, denen keine polizeilichen Befugnisse zustehen. Derartige Warnungen werden vom Bundesgesundheitsamt oder vom zuständigen Ressortminister ausgesprochen. Diese Warnungen können von den betroffenen Herstellern nicht gerichtlich verfolgt werden, denn die Warnungen sind keine justiziablen Rechtsakte⁸⁸.

Die Entnahme von Proben dient ebenfalls der Überwachung von Lebensmitteln. Dies ist in §42 LMBG gesondert geregelt. Zur Probenahme berechtigt sind neben den mit der Überwachung beauftragten Personen auch die Beamten der Polizei, allerdings grundsätzlich nur die nach Landesrecht mit der Probenahme betrauten Beamten. Bei Gefahr im Verzuge darf dagegen jeder Polizist tätig werden.

Wiederum ist der zuständige Minister ermächtigt (§44 Abs. 2 LMBG), Verfahrensvorschriften zur Probenahme zu erlassen. Bis zum Erlaß einer entsprechenden Verordnung gilt das jeweilige Landesrecht. Anhaltspunkte bietet zur Zeit noch die einheitliche Durchführungsvorschrift (Art. 10). Proben können entnommen werden nicht nur von Fertigprodukten, sondern auch von den Zwischenprodukten (Art. 7). Werbematerial gehört nicht dazu, wenn es auch zumeist freiwillig zur Verfügung gestellt wird⁸⁹. Eine Gegen- oder Zweitprobe ist zurückzulassen (§42 Abs. 1 Nr 2). Diese bezeichnet ein zweites Stück der genommenen Probe der gleichen Art und von demselben Hersteller. Der Grundsatz ist in zweierlei Hinsicht unterbrochen. Zum einen können Hersteller und Einführer im Gegensatz zu Groß-, Zwischen- oder Einzelhändlern auf die Gegenprobe verzichten, zum anderen muß diese nur zurückgelassen werden, wenn die Probe ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks von gleicher Beschaffenheit teilbar ist. Darüberhinaus bedarf es der Zurücklassung nicht, wenn zuständige Beamte der Behörden Proben einkaufen, ohne sich zu erkennen zu geben. Da hier die Möglichkeit der Gegenprobe von vornherein entfällt, ist ein so gewonnenes Untersuchungsergebnis unter Umständen weniger beweiskräftig. Die Untersuchung der Gegenprobe darf nur durch hierfür zugelassene Sachverständige vorgenommen werden (Art. 9 Abs. 7). Die Gegenprobe steht nicht zur freien Verfügung des Besitzers, sie ist vielmehr ein Teil der beschlagnahmten Probe. Diese Regelung ist notwendig, um einem Mißbrauch etwa durch Tausch oder Veränderungen vorzubeugen⁹⁰. Die amtliche Beschlagnahme erfolgt durch amtliche Verschiebung oder Versiegelung, die strafrechtlich durch §§137, 136 StGB geschützt ist. Die Gegenprobe ist mit einem Datum zu versehen, nach dessen Ablauf die Beschlagnahme automatisch als beendet gilt (§42 Abs. 2 Satz 2 LMBG).

- 140 (bb) Das Lebensmittelgesetz enthält eine detaillierte Zusammenstellung derjenigen Taten, die unter *Strafe* gestellt werden, §51ff. Grundsätzlich ist davon auszugehen, daß jede Pflicht, die das LMBG gleichgültig in welcher rechtlichen Form dem vom Gesetz betroffenen Personenkreis auferlegt, durch ein entsprechendes Sanktionssystem abgesichert ist. Grob gesehen unterscheidet das Gesetz zwischen Ordnungswidrigkeiten und Straftaten. §51, der eine Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren (bei Fahrlässigkeit bis zu einem Jahr) oder

eine Geldstrafe vorsieht — in besonders schweren Fällen kann sogar eine Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu fünf Jahren ausgesprochen werden — ahndet vor allem Verstöße gegen die Generalklauseln des Lebensmittelrechts. Gemäß §52 kann mit einer Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit einer Geldstrafe belangt werden, wer gegen die in den §§11 – 19 LMBG dargestellten Grundsätze verstößt. Werden die in §52 bezeichneten Handlungen fahrlässig begangen, wird die Tat als Ordnungswidrigkeit angesehen und kann mit einer Geldbuße bis zu DM 50 000 belegt werden. §54 zählt eine Reihe weniger gravierender Ordnungswidrigkeiten auf, die nach Art des Verstoßes mit einer Geldbuße zwischen DM 1000 und DM 25 000 bestraft werden.

2 Kontrolle von Kosmetika

Die Kontrolle von Kosmetika ist ebenfalls im LMBG geregelt. Im Gegensatz zum alten Gesetz ist die Kontrolle von Kosmetika nunmehr eigenständig aufgeführt. Inhalt und Aufbau des Kontrollsystems sind dem für Lebensmittel geschilderten System nachgebildet.

141 (a) *Begriffsbestimmung*

Das LMBG definiert kosmetische Mittel als Stoffe oder Zubereitungen aus Stoffen, die dazu bestimmt sind, äußerlich am Menschen oder in seiner Mundhöhle zur Reinigung, Pflege oder Beeinflussung des Aussehens oder des Körpergeruches oder zur Vermittlung von Geruchseindrücken angewendet zu werden (§4 Abs. 1 LMBG). Die ausdrückliche Regelung des Gebietes der Kosmetika (§§4 und 24 – 29 LMBG) ist das Kernstück des erweiterten Schutzes der Bevölkerung auf dem Gebiete der Bedarfsgegenstände. Darüberhinaus ist der Bereich der Kosmetika, die von diesem Gesetz erfaßt werden, ausgedehnt worden. Nunmehr zählen nämlich Mittel zur Beeinflussung des Körpergeruchs, die Desodorantien oder Intimsprays, sowie die Mittel zur Vermittlung von Geruchseindrücken, die eigentlichen Parfums, dazu⁹¹. Die Geräte dagegen, die zur Reinigung und Pflege benutzt werden, unterliegen nicht dem Gesetz⁹². Zu den Kosmetika zählen ebenfalls nicht Stoffe, die überwiegend dazu bestimmt sind, Krankheiten, Leiden, Körperschäden oder krankhafte Beschwerden zu lindern oder zu beseitigen. Die Abgrenzung der Kosmetika zu Arzneimitteln erfolgt zum einen danach, daß Arzneimittel nicht äußerlich am Menschen oder seiner Mundhöhle angewendet werden, darüberhinaus dient die Aufnahme der Zweckbestimmung dazu, nur solche Kosmetika auszunehmen, die überwiegend zur Bekämpfung von Krankheiten bestimmt sind. Es fällt auf, daß der Gesetzgeber bewußt nicht die Mittel zur Verhütung von Krankheiten, sogenannte Vorbeugemittel, vom Begriff der Kosmetika ausgeschlossen hat⁹³. Zu beachten ist, daß als Arzneimittel auch alle Stoffe gelten, die zur Beeinflussung von Körperformen bestimmt sind, §4 Abs. 3 LMBG. Diese Klarstellung begegnet vielen Mißbräuchen, die durch das unkontrollierte Inverkehrbringen — besonders im Versandhandel aufgrund von Zeitungsannoncen — von Busensalben sowie von Schlankheitscremes entstanden sind. Die Einordnung als Arzneimittel rechtfertigt sich deshalb, weil den Salben zumeist größere Mengen weiblicher Geschlechtshormone beigegeben sind.

142 (b) *Präventivmaßnahmen: Verbote und Ermächtigungen zum Erlaß vorbeugender Verordnungen*

Der Gesetzgeber bedient sich hier der gleichen Mittel wie bei den Lebensmitteln, um den Verbraucher vor Gesundheitsgefahren zu schützen.

Auch die Vorschriften für Kosmetika enthalten eine Generalklausel, die einen allgemeinen Gesundheitsschutz normiert (§24 LMBG, der insoweit §8 nachgebildet ist). *Verboten wird die Herstellung, Behandlung und das Inverkehrbringen von gesundheitsschädigenden Kosmetika.* Der Begriff gesundheitsschädlich ist derselbe wie in §8 LMBG. Das Verbot gesundheitsschädlicher Kosmetika geht aber insoweit über das gesundheitsschädlicher Lebensmittel hinaus, als nicht nur Mittel verboten sind, die bei bestimmungsgemäßem Gebrauch die Gesundheit beschädigen, sondern auch bei vorauszusehendem Gebrauch. Letzteres dient dazu, den Hersteller zu zwingen, in den Gebrauchsanweisungen klare Anweisungen zu machen, die die Ungeschicklichkeit des Verbrauchers bei Benutzung des Kosmetika mitberücksichtigen.

Es ist grundsätzlich *verboten*, bei gewerbsmäßigem Herstellen oder Behandeln von kosmetischen Mitteln — nicht auch für den eigenen Gebrauch — *ohne Zulassung Stoffe zu verwenden*, soweit diese der *Verschreibungspflicht* unterliegen (§25 Abs. 1 Nr 1 LMBG i.V.m. §§48, 49 AMG). Ebenso ist das gewerbsmäßige Inverkehrbringen von Kosmetika verboten, wenn diese nicht zugelassene rezeptpflichtige Stoffe enthalten. Das Verwendungsverbot von Stoffen, die der ärztlichen Verschreibungspflicht unterliegen, gehört zu den wesentlichen Verbesserungen des vorsorglichen Gesundheitsschutzes, die das Gesetz zur Gesamtreform des Lebensmittelrechts erreichen wollte⁹⁴. Der Grund für das Verbot liegt darin, daß heute bei der Herstellung bestimmter kosmetischer Mittel Stoffe verwendet werden, die, wenn sie als Arzneimittel an den Verbraucher abgegeben werden, der Rezeptpflicht unterliegen, also nur unter ärztlicher Überwachung eingenommen werden können. Die Gefahr, die es abzuwenden gilt, liegt insbesondere darin, daß entsprechende kosmetische Mittel oft über Jahre angewendet werden, ohne daß eine Kontrolle erfolgt⁹⁵. Gleichzeitig ist klaggestellt, daß Stoffe, die der Verschreibungspflicht nicht unterliegen, auch in Kosmetika angewendet werden dürfen (§25 Abs. 2 Nr 1 LMBG).

Allerdings ist auch hier dem Ordnungsgeber die Möglichkeit gegeben (§25 Abs. 2 Nr 2 LMBG), bestimmte verbotene Stoffe (des §25 Abs. 2 Nr 1) zuzulassen, wenn dies mit dem Schutz des Verbrauchers vereinbar ist. Erforderlich ist hier eine strenge pharmakologische Prüfung.

Der Ordnungsgeber kann schließlich auch *Höchstmengen* für den Gehalt an zugelassenen Stoffen festsetzen. Hierbei sind die Arbeiten der beim Bundesgesundheitsamt bestehenden Kosmetik-Kommission zu berücksichtigen.

Bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen kann der Ordnungsgeber *vorbeugend* tätig werden, *um eine Gefährdung der menschlichen Gesundheit zu verhüten*, §26 LMBG (vgl. die Parallele zu §9 LMBG).

Die Herstellung oder das Inverkehrbringen von bestimmten kosmetischen Mitteln kann von einer *Genehmigung oder Anzeige* abhängig gemacht werden (§26 Abs. 1). Auf diese Weise soll die Überwachung solcher Betriebe erleichtert

werden, die Organpräparate und Hormone und ähnliches verarbeiten. Auch Anforderungen an die mikrobiologische Beschaffenheit bestimmter Mittel können vom Verordnungsgeber gestellt werden (§26 Abs. 2). Die Notwendigkeit derartiger Anforderungen hat sich erwiesen, weil die Haltbarkeit der kosmetischen Präparate von ihrem Anfangskeimgehalt nach der Herstellung abhängt. Vor allem können Bakterien in Kosmetika zu erheblichen Gesundheitsschäden führen. Ferner können *Positiv- oder Negativlisten* zu Reinheitsvorschriften von Kosmetika erlassen werden (§26 Abs. 3). Insbesondere können Warnhinweise oder Anweisungen über das Verhalten bei Unglücksfällen vorgeschrieben und der Verwendungszweck beschränkt werden. Verordnungen aufgrund des §26 können allerdings nur für *bestimmte* Kosmetika, also nicht für alle, erlassen werden. Generell betrachtet gibt §26 LMBG einen weiten Spielraum, den Schutz der Gesundheit des Verbrauchers zu verbessern.

Einen ersten Schritt hat der Verordnungsgeber mit der Verordnung über kosmetische Mittel vom 16.2.1977 (BGB1 I S. 2589) unternommen⁹⁶. Diese Verordnung stützt sich auf die Ermächtigungsvorbehalte des §25 Abs. 2 Nr 1 und des §26 Abs. 1 Nr 3 des LMBG. Die Verordnung *untersagt* die Verwendung bestimmter Stoffe, die sie in einer Anlage 1 aufführt, beim gewerbsmäßigen Herstellen oder Behandeln kosmetischer Mittel (§1 der Verordnung). Dieser begrüßenswerte Grundsatz wird aber zugunsten der Hersteller gleich wieder eingeschränkt; denn die Stoffe dürfen dann in den Kosmetika enthalten sein, wenn das Vorhandensein technisch unvermeidbar und gesundheitlich unbedenklich ist (§1 Satz 2 der Verordnung). Dies ist eine gefährliche dehnbare Klausel, die nicht dazu angetan ist, Klarheit zu schaffen. Die Verordnung enthält ferner die Liste von eingeschränkt zugelassenen Stoffen (§2). Schließlich wird auch der Umfang der Verwendung von Farbstoffen festgelegt (§3).

(c) *Repressive Kontrollmaßnahmen*

- 143 Hinsichtlich der *Kontrolle durch Überwachung* gilt das zu den Lebensmitteln Ausgeführte, denn die im Gesetz vorgesehene Stärkung der Überwachung durch eine Ausdehnung der Befugnisse im Rahmen der §§40–46 LMBG gilt in gleichem Umfang für Kosmetika.

Wie schon bei Verstößen gegen Lebensmittel betreffende Vorschriften, enthält das LMBG auch bezüglich der Kosmetika umfangreiche *Strafvorschriften*. Als Straftat werden Verstöße gegen die Generalklausel des §24 und gegen die Grundsätze der §§25 und 26 behandelt. Die Ordnungswidrigkeiten betreffen entweder fahrlässig begangene Pflichtverletzungen der in §§25 und 26 niedergelegten Grundsätze oder weniger bedeutende Verstöße, die keine so große Gefahr für den Verbraucher nach sich ziehen.

3 Kontrolle von Bedarfsgegenständen

Dieser Themenkomplex wird ebenfalls vom LMBG geregelt. Die Gesetzesnovelle hat den Anwendungsbereich des Gesetzes erweitert. Das Kontrollsystem entspricht weitgehend dem für Lebensmittel und Kosmetika.

(a) *Begriffsbestimmung*

144 Das LMBG enthält in §5 Abs. 1 Nr 1–9 einen umfangreichen Katalog von sogenannten Bedarfsgegenständen, gibt aber keine allgemeine Definition davon, was es darunter versteht. Man könnte sagen, daß es sich um Gebrauchs- und Verbrauchsgegenstände handelt, die bei nicht einwandfreier Beschaffenheit und Behandlung der menschlichen Gesundheit Gefahren bringen können. Das alte LMBG behandelte unter demselben Begriff auch Kosmetika; diese sind nunmehr jedoch, wie bereits ausgeführt ist, speziell geregelt. Das neue Gesetz bringt neben dieser rein technischen Aufgliederung aber auch einige inhaltliche Verbesserungen. Es erschöpft sich nicht in einer bloßen Aufzählung der Gegenstände, sondern stellt in einer Reihe von Fällen auf ihren Verwendungszweck und die darin liegende Einwirkungsmöglichkeit auf den menschlichen Körper ab. Darüberhinaus ist der Kreis der Gegenstände erheblich erweitert worden. Während das LMBG nur die Eß-, Trink- und Kochgeschirre als Beispiel für Gegenstände anführte, die dazu bestimmt sind, beim Gewinnen, Herstellen, Zubereiten, Abmessen, Auswiegen, Verpacken, Aufbewahren oder beim Genuß von Lebensmitteln mit diesen unmittelbar in Berührung kommen und diese nachhaltig beeinflussen können, unterwirft §5 Abs. 1 LMBG unter anderem auch Gegenstände, die mit den Schleimhäuten in Berührung kommen (§5 Abs. 1 Nr 3), Reinigungs- und Pflegemittel für den häuslichen Bedarf (Nr 7), Reinigungs- und Pflegemittel für Bedarfsgegenstände im Sinne der Nr 1 (Nr 8) sowie Mittel und Gegenstände zur Geruchsverbesserung oder zur Insektenvertilgung in Aufenthaltsräumen für Menschen (Nr 9) den Vorschriften des LMBG⁹⁷. Auf eine Aufzählung und Besprechung der einzeln aufgeführten Gegenstände wird wegen des Umfangs verzichtet. Hinzuweisen ist allerdings noch auf die Abgrenzung der Bedarfsgegenstände von den Arzneimitteln, die in §5 Abs. 2 LMBG vorgenommen wird.

Eine *Ermächtigung*, durch Rechtsverordnungen weitere Gegenstände und Mittel des häuslichen Bedarfs den Bedarfsgegenständen im Sinne des §52 Abs. 1 LMBG gleichzustellen, befindet sich in §52 Abs. 3. Die Vorschrift dient der nicht vorhersehbaren technischen Entwicklung.

(b) *Präventive Kontrollmaßnahmen: Verbote und Ermächtigungen zum Erlaß vorbeugender Verordnungen*

145 Der Gesetzgeber bedient sich zur Kontrolle der gleichen Mittel wie bei den Lebensmitteln und Kosmetika. So sind *Verbote* aufgestellt, die dem Schutz der Gesundheit dienen sollen (§30 Nr 1–4 LMBG). Es ist untersagt, Bedarfsgegenstände der definierten Art derart herzustellen oder zu behandeln, daß sie bei bestimmungsgemäßem oder vorauszusehendem Gebrauch geeignet sind, die Gesundheit zu schädigen (§30 Nr 1). Die Begriffe 'bestimmungsgemäßer oder vorauszusehender Gebrauch' sind weit auszulegen, da dem Schutzgedanken des Gesetzes, das auch Kinder mit einbezieht, Rechnung zu tragen ist⁹⁸. Verboten wird gleichzeitig, die entgegen den zuvor normierten Verboten hergestellten Bedarfsgegenstände in den Verkehr zu bringen (§30 Nr 2 LMBG, der entsprechend §8 Nr 2 und §24 Nr 2 gebildet ist). Das Verbot erfaßt auch nicht als Bedarfsgegenstände hergestellte Mittel, wenn sie als 'Bedarfsgegenstände' in

den Verkehr gebracht werden, sofern sie im Sinne des §30 Nr 1 gesundheitsgefährlich sind⁹⁹.

Schließlich wird auch dieses Verbot noch wesentlich erweitert: selbst das Verwenden von Bedarfsgegenständen beim Herstellen oder Behandeln von Lebensmitteln ist verboten, wenn dadurch die Lebensmittel so beeinflusst werden, daß sie die Gesundheit der Verbraucher zu schädigen geeignet sind (§30 Nr 3). Es ist auch verboten, Gegenstände als Bedarfsgegenstände gewerbsmäßig so zu verwenden oder für solche Verwendungszwecke in den Verkehr zu bringen, daß von ihnen Stoffe auf Lebensmittel oder deren Oberfläche übergehen, ausgenommen gesundheitlich, geruchlich und geschmacklich unbedenkliche Anteile, die technisch unvermeidbar sind (§31 Abs. 1). Erfasst werden alle Gegenstände, unabhängig davon, für welche Zwecke die Gegenstände hergestellt worden sind, wenn sie nur im Sinn der Begriffsbestimmung als Bedarfsgegenstände verwendet werden. Zur gesundheitlichen Bedenklichkeit der übergehenden Stoffe genügt die bloße Möglichkeit der Gefährdung. Die weite Fassung wird damit begründet, daß sich eine konkrete Eignung zur Gesundheitsgefährdung nach dem derzeitigen Stand der Wissenschaft nicht nachweisen läßt¹⁰¹. §31 Abs. 2 LMBG ermächtigt, für bestimmte Stoffe diejenigen Mengen im Verordnungswege rechtsverbindlich festzulegen, die bei einem Übergang aus Bedarfsgegenständen auf Lebensmittel als rechtlich unbedenklich anzusehen sind. Letzlich ist es verboten, Gegenstände in den Verkehr zu bringen, die mit Lebensmitteln verwechselt werden können (§30 Nr 4). Anlaß für diese Regelung war eine Serie von Unfällen. Kinder hatten Spülmittel getrunken, weil sie es aufgrund der abgebildeten Zitronen für ein Softgetränk gehalten hatten.

Der Bundesminister ist befugt, im Wege der Rechtsverordnungen Maßnahmen zu ergreifen, um eine Gefährdung der Gesundheit durch Bedarfsgegenstände zu verhüten (§32 LMBG). Diese Regelung entspricht weitgehend der Regelung des §9 LMBG. Bisher hat der Ordnungsgeber dieser Befugnis nicht entsprochen.

(c) *Repressive Maßnahmen*

146 Die Möglichkeiten der Kontrolle von Bedarfsgegenständen durch Überwachungsmaßnahmen entsprechen in Inhalt und Umfang den im Lebensmittelrecht bereits beschriebenen.

Verstöße gegen die in der Generalklausel des §30 LMBG oder den Grundsätzen der §§31, 32 LMBG festgelegten Pflichten werden in gleicher Weise und in gleicher Höhe *geahndet* wie Verstöße gegen Lebensmittel oder Kosmetika betreffende Vorschriften.

4 Kontrolle von Arzneimitteln

147 Die Kontrolle von Arzneimitteln ist im Gesetz zur Neuordnung des Arzneimittelrechts vom 24.8.1976 geregelt. Erklärtes Ziel dieses Gesetzes ist es, den Verbraucher künftig vor schädlichen Arzneimitteln besser zu schützen (vgl. §1 AMG). Nicht zuletzt die Contergan-Katastrophe hat gezeigt, daß das im AMG 61 vorgesehene Registrierverfahren nicht ausreicht, um einen wirksamen

Schutz des Verbrauchers zu gewährleisten. Trotz dieser Erfahrungen dauerte es noch fast 20 Jahre bis zum Inkrafttreten des neuen Gesetzes. Die Bundesrepublik ist damit eines der letzten Länder, die die im Rahmen der EG getroffenen internationalen Vereinbarungen und Regelungen zur Angleichung des deutschen Rechts an einen bestimmten festgelegten Standard in nationales Recht umsetzen¹⁰².

Kernstück des Gesetzes ist die Neuregelung der Zulassung von Arzneimitteln und die Bestimmung über die Gefährdungshaftung. Daneben enthält das Gesetz diverse andere Instrumentarien zum Ausbau des präventiven Gesundheitsschutzes.

(a) *Begriffsbestimmung*

- 148 Die Begriffe 'Arzneimittel' und 'Stoffe' und auch weitere im AMG verwendete Begriffe werden definiert in den §§2 – 4 AMG. Arzneimittel sind Stoffe und Zubereitungen aus Stoffen, die dazu bestimmt sind, durch Anwendung am oder im menschlichen oder tierischen Körper Krankheiten zu heilen, seelische Zustände erkennen zu lassen, Krankheitserreger zu beseitigen (§2 Abs. 1 AMG). §2 Abs. 2 enthält weitere Grundregeln für Gegenstände, die als Arzneimittel gelten. Im wesentlichen halten diese Regelungen am bisherigen Arzneimittelbegriff fest. Gleichzeitig verobjektivieren sie; dadurch wird der Anwendungsbereich des Arzneimittelrechts gegenüber dem Lebensmittel- und Futtermittelrecht im Interesse der Rechtsklarheit besser abgegrenzt. Stoffe sind chemische Elemente, Pflanzen, Pflanzenteile, Tierkörper, auch lebende Tiere, sowie Körperbestandteile und Mikroorganismen einschließlich der Viren sowie der Virenbestandteile (§3 AMG). Diese Definition entspricht dem bisherigen Recht. Eine Reihe von Definitionen, die für die begriffliche Durchdringung des AMG wichtig sind, findet man im §4 AMG. Definiert werden nicht nur einzelne chemische Begriffe, sondern auch solche, die das Herstellungsverfahren (Wartezeit, Herstellen, Qualität, Charge, Inverkehrbringen) betreffen.

(b) *Präventive Kontrollmaßnahmen*

- 149 (aa) Ähnlich wie das Lebensmittelrecht statuiert auch das Arzneimittelrecht *Verbote, verbunden mit Ermächtigungen* zum Erlaß von Ausgestaltungen der Verbote, aber auch von Ausnahmen. Da das Zulassungsverfahren beibehalten wurde, stellt also der Gesetzgeber das Verbotsprinzip als Mittel des präventiven Gesundheitsschutzes neben die Regelungen des Zulassungsverfahrens.

Verboten werden können bedenkliche Arzneimittel (§5 AMG). Bedenklich nach der Legaldefinition (§5 AMG) sind solche Arzneimittel, bei denen nach dem jeweiligen Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse der begründete Verdacht besteht, daß sie bei bestimmungsgemäßem Gebrauch schädliche Wirkungen haben, die über ein nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft vertretbares Maß hinausgehen. Der Verdacht muß nach dem jeweiligen Stand der Erkenntnisse substantiiert sein und im Zeitpunkt des Inverkehrbringens der Arzneimittel bestehen¹⁰³. Die Vorschrift bringt zugleich zum Ausdruck, daß bei Arzneimitteln schädliche Wirkungen dann in Kauf

genommen werden müssen, wenn der therapeutische Wert überwiegt. Da das Verbot neben dem Zulassungsverfahren besteht, kann es nur als Ausdruck der Eigenverantwortung der pharmazeutischen Unternehmer verstanden werden. Die öffentliche Auseinandersetzung um ein Verbot des Arzneimittels Duogynon zeigt die Problematik der Tatbestandsmerkmale 'bedenklich' und 'hinreichender Verdacht' überdeutlich¹⁰⁴.

Auch die Verwendung bestimmter Stoffe oder Gegenstände bei der Herstellung von Arzneimitteln kann vom zuständigen Ordnungsgeber verboten oder beschränkt und das Inverkehrbringen untersagt werden, wenn die Arzneimittel nicht nach diesen Vorschriften hergestellt sind (§6 AMG). Diese Vorschrift dient dem Interesse der Verbraucher, präventiv gegen gefährliche Stoffe geschützt zu werden, die ihre Gesundheit bedrohen. Neben dem Verbot nach §5 AMG und der Entscheidung über die Zulassung gemäß §25 AMG kommt §6 AMG eigenständige Bedeutung zu, weil in diesen Vorschriften die Gefährlichkeit einzelner Arzneimittel zu beurteilen ist, während bei §6 AMG auf die allgemeine Gefahrenlage abgestellt wird¹⁰⁵.

Ferner verboten ist die Verwendung und das Inverkehrbringen radioaktiver Stoffe und mit ionisierenden Strahlen behandelter Arzneimittel (§7 Abs. 1 AMG). Ausnahmen zu diesem Verbot können für radioaktive Arzneimittel getroffen werden, wenn diese zur Verwendung bei Tieren bestimmt sind (§7 Abs. 2). Werden bei der Herstellung ionisierende Strahlen verwendet, so können Ausnahmen zugelassen werden, wenn nach dem Stand der medizinischen Erkenntnisse die Verwendung für Mensch und Tier unbedenklich ist. Soweit Ausnahmen für radioaktive Arzneimittel erlassen werden, kann der Ordnungsgeber den Vertriebsweg und die Verpackung vorschreiben. Bei jeder Verwendung radioaktiver Strahlen sind die in der Strahlenschutzverordnung vom 13.10.1976 niedergelegten Grundsätze zu beachten¹⁰⁶.

- 150 (bb) Eine weitere Kontrolle wird dadurch gesichert, daß die *Herstellung* von Arzneimitteln *einer Erlaubnispflicht unterliegt* (§§13 – 20 AMG). Grundsätzlich bedarf jeder, der Arzneimittel im Sinne des §2 AMG gewerbsmäßig zum Zweck der Abgabe an andere herstellen will, der Erlaubnis. Wer Hersteller ist, ergibt sich aus §4 Nr 14 AMG. Ausgenommen sind Apotheker, Träger eines Krankenhauses, der Tierarzt bezüglich der Herstellung von Arzneimitteln, die er für die von ihm behandelten Tiere abgibt, der Großhändler für das Umfüllen, Abpacken oder Kennzeichnen von Arzneimitteln, soweit es sich nicht um zur Abgabe an den Verbraucher bestimmte Packungen handelt; der Einzelhändler, der die Sachkenntnis (§50 AMG) für das Umfüllen, Abpacken oder Kennzeichnen von Arzneimitteln zur Abgabe in unveränderter Form unmittelbar an den Verbraucher besitzt. Versagungsgründe für die Herstellungserlaubnis, aus denen sich gleichzeitig positiv die entsprechenden Anforderungen an sie ergeben, werden in §14 AMG aufgeführt. In Übereinstimmung mit der Weltgesundheitsorganisation wird dem Herstellungsleiter, der nach bisherigem Recht die alleinige öffentlich-rechtliche Verantwortung für die Beachtung der gesetzlichen Vorschriften über die Herstellung hatte, ein in seiner Verantwortung autonomer Kontrollleiter gegenübergestellt. Beide müssen die nach §15 Abs. 1 – 3 AMG erforderliche Sachkenntnis besitzen. Der Nachweis gilt als erbracht, wenn der Betreffende die Approbation als Apotheker oder das

Zeugnis über ein abgeschlossenes Hochschulstudium der Pharmazie, Chemie, Biologie, Human- oder Veterinärmedizin innehat. Letztere müssen darüberhinaus auch ausreichende Grundkenntnisse in einer Reihe von extra aufgeführten Grundfächern besitzen (§18 Nr 3 AMG). Beide Personenkreise müssen außerdem eine mindestens zweijährige praktische Tätigkeit in der Arzneimittelherstellung oder in der Arzneimittelprüfung besitzen. Bei der starken Differenzierung der Arzneimittelprüfung und Herstellung bestehen Bedenken, ob durch eine praktische Tätigkeit als Prüfer tatsächlich die allgemeine Befähigung zur Herstellung als angebracht angesehen werden kann. Diese vom Bundesrat vorgebrachten Einwände wurden bei der endgültigen Abfassung des Gesetzes nicht berücksichtigt¹⁰⁷. Der Herstellungsleiter ist verantwortlich dafür, daß die Vorschriften über den Verkehr mit Arzneimitteln eingehalten werden (§19 Abs. 1 AMG). Der Kontrolleiter hat die Arzneimittel auf die erforderliche Qualität zu überprüfen (§19 Abs. 2 AMG). Voraussetzung für die Erlaubnis ist ferner, daß derjenige, der den Betrieb errichten will, einen Vertriebsleiter benennt. Dieser muß allerdings keine gesonderten Sachkenntnisse besitzen. Er ist nur verantwortlich dafür, daß die Arzneimittel entsprechend dem Gesetz in den Verkehr gebracht werden und die Vorschriften über die Werbung auf dem Gebiet des Heilwesens beachtet werden (§19 Abs. 3 AMG). Der Vertriebsleiter darf zugleich Herstellungsleiter sein (§15 Abs. 2 Satz 1 AMG). In Betrieben, die ausschließlich die Erlaubnis für das Umfüllen, Abpacken oder Kennzeichnen von Arzneimitteln oder für das Herstellen von Fertigarzneimitteln aus Arzneimittelvormischungen beantragen, kann der Herstellungsleiter alle drei Aufgaben wahrnehmen.

Des weiteren setzt die Erlaubnis das Vorhandensein geeigneter Räume und Einrichtungen für die beabsichtigte Herstellung, Prüfung und Lagerung der Arzneimittel voraus. Was geeignete Räume und Einrichtungen sind, sagt das Gesetz nicht. Eine Konkretisierung ist aber möglich, indem der zuständige Verordnungsgeber von seiner Befugnis gemäß §54 Abs. 2 Nr 5 AMG Gebrauch macht.

Die Herstellungserlaubnis kann zeitlich begrenzt sein (§16 AMG), sowie zurückgenommen werden, wenn nachträglich bekannt wird, daß ein Versagungsgrund vorgelegen hat oder dieser erst nach Erteilung eintritt (§18 AMG).

Die Vorschriften über die Herstellungserlaubnis finden nicht uneingeschränkt auf die Betriebe Anwendung, die zur Zeit des Inkrafttretens schon bestehen. In Art. 3 der Überleitungsvorschriften zum Arzneimittelgesetz enthalten die §§1 – 4 Vorschriften, die sich auf Betriebe beziehen, die schon seit längerer Zeit mit der Herstellung von Arzneimitteln beschäftigt sind. Der Besitzstand der eingessenen Arzneimittelbetriebe wird gewahrt, indem die erforderliche Erlaubnis nach dem AMG jeweils fingiert wird (§1). Allerdings erstreckt sich auch die fiktive Erlaubnis nur auf den nach dem alten Recht erteilten Umfang. Den pharmazeutischen Unternehmern wird eine Frist von drei Jahren, beginnend mit dem Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes eingeräumt, um einen sachkundigen Kontrolleiter einstellen zu können (§2 Abs. 1). Zudem vermag dieser noch weiter fünf Jahre zugleich auch die Funktion des Herstellungsleiters zu bekleiden (§2 Abs. 3). Insgesamt sollen also für die vollständige Anpassung an die Richtlinie der Weltgesundheitsorganisation über

Grundregeln für die Herstellung von Arzneimitteln und die Sicherung ihrer Qualität acht Jahre vom Inkrafttreten des Gesetzes an gewährt werden. Der Vertriebsleiter muß innerhalb einer Frist von sechs Monaten benannt werden. Auch der Besitzstand für diejenigen Herstellungsleiter, die bei Inkrafttreten des Gesetzes diese Funktion nach den Vorschriften des alten Arzneimittelrechts befugt ausüben, bleibt unangetastet, §4 der Überleitungsvorschriften zum Arzneimittelgesetz.

151 (cc) *Die Kontrolle durch den Erlaß einer Betriebsordnung (§54 AMG).* Diese Regelung steht in engem Zusammenhang zu den Bestimmungen über die Erlaubniserteilung. Denn sie ermöglicht, die (in den §§13 – 20 AMG genannten) sachlichen und persönlichen Voraussetzungen an die Betriebe, die Arzneimittel herstellen, auf den gesamten Bereich der Betriebsorganisation auszudehnen. Voraussetzung ist zunächst nur, daß es sich um Maßnahmen handelt, die geboten sind, um den ordnungsgemäßen Betrieb und die erforderliche Qualität sicherzustellen. Dem Verordnungsgeber werden weitgehende Befugnisse gegeben, in die Organisation des Betriebes einzugreifen. Neben Regelungen über die Herstellung, Prüfung, Lagerung, Verpackung, Führung, Aufbewahrung von Nachweisen über diese Betriebsvorgänge, können Anforderungen an das Personal, an die Beschaffenheit der Räume und Behältnisse, sowie Anforderungen an die Hygiene gestellt werden. Die Ermächtigung des §54 AMG geht inhaltlich weit über den ehemaligen §39 hinaus. Eine Verbesserung des Gesundheitsschutzes durch zwingende Vorschriften über die Betriebsorganisation bleibt aber solange eine Illusion, wie der Verordnungsgeber seine Befugnisse nicht ausnutzt. Schon aufgrund des §39 ist nur eine relativ unbedeutende Verordnung ergangen¹⁰⁸. Landesrechtliche Regelungen bestehen nur in Berlin und Schleswig-Holstein¹⁰⁹.

152 (dd) Kernstück des neuen Arzneimittelrechts bilden die Bestimmungen über das *Zulassungsverfahren*, §§21 – 37 AMG. Die Gründe für die Einführung des Zulassungsverfahrens sind vielfältig. Das vermehrte Auftreten von Nebenwirkungen neuer Arzneimittel, die Contergan-Katastrophe¹¹⁰, das Ansteigen des Arzneimittelverbrauchs um 400% seit 1961 und die Normengebung der EG zwingen den Gesetzgeber, seine ursprünglichen Bedenken gegen eine staatliche Kontrolle zurückzustellen.

Der Zulassung unterworfen sind Fertigarzneimittel und in einem gewissen Umfang Tierarzneimittel. Fertigarzneimittel sind solche, die im voraus hergestellt und in einer zur Abgabe an den Verbraucher bestimmten Packung in den Verkehr gebracht werden (§4 Abs. 1 AMG). Die Ausgestaltung des Zulassungsverfahrens erfolgt in der Weise, daß der pharmazeutische Unternehmer grundsätzlich die Qualität, Wirksamkeit und Unbedenklichkeit des Arzneimittels, dessen Zulassung er beim Bundesgesundheitsamt beantragt, selbst nachprüfen muß. Hierzu muß er dem Antrag unter anderem folgende Angaben beifügen (§22 Abs. 1 Nr 1 – 15 AMG): Bezeichnung des Arzneimittels, Bestandteile, Wirkungen, Anwendungsgebiete, Nebenwirkungen, Wechselwirkungen mit anderen Mitteln, Dosierungen, Haltbarkeitsgrenzen, Methoden zur Kontrolle der Qualität sowie die Ergebnisse der analytischen, pharmakologisch-toxologischen und der klinischen Prüfung (§22 Abs. 2 AMG). In

gewissen Fällen kann der Hersteller die pharmakologisch-toxologische und die analytische Prüfung durch anderes wissenschaftliches Erkenntnismaterial ersetzen (§22 Abs. 3 AMG).

Bei Arzneimitteln, die zur Anwendung bei Tieren bestimmt sind, muß außerdem die Wartezeit angegeben werden, die durch eine besondere Rückstandsprüfung zu ermitteln ist (§23 AMG). Auch kann in gewissem Umfang anderes Erkenntnismaterial vorgelegt werden (§23 Abs. 1 Satz 4 AMG).

Den nach §22 Abs. 1 – 3 und §23 AMG erforderlichen Unterlagen über die Ergebnisse der verschiedenen Prüfungen sind Gutachten beizufügen, in denen die Kontrollmethoden und die Prüfungsergebnisse zusammengefaßt und bewertet werden. Kriterien, zu denen in den jeweiligen Gutachten Stellung genommen werden muß, nennt das Gesetz in §24 Abs. 1 – 3. Einzelheiten ergeben sich aus der Bekanntmachung über die Zulassung und Registrierung von Arzneimitteln des Bundesgesundheitsamtes vom 10.9.1977 und den dazu ergangenen Erläuterungen¹¹¹.

Der Antrag auf Zulassung darf nur abgelehnt werden, wenn die vorgelegten Unterlagen unvollständig sind, wenn das Arzneimittel nicht nach dem jeweils gesicherten Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse ausreichend geprüft worden ist oder nicht die nach den anerkannten pharmazeutischen Regeln angemessene Qualität aufweist, wenn dem Arzneimittel die vom Hersteller angegebene therapeutische Wirksamkeit fehlt oder diese nach dem jeweils gesicherten Stand der wissenschaftlichen Erkenntnisse vom Antragsteller unzureichend begründet ist, wenn der Verdacht besteht, daß das Arzneimittel bei bestimmungsgemäßem Gebrauch schädliche, nicht vertretbare Wirkungen entfaltet, wenn die angegebene Wartezeit nicht ausreicht oder wenn das Inverkehrbringen des Arzneimittels gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen würde (§25 AMG). Das AMG bedient sich hier einer Vielzahl von Begriffen, die keinen festgelegten Inhalt haben (anerkannte pharmazeutische Regeln, Unbedenklichkeit, Wirksamkeitsnachweis, Stand der Wissenschaft).

Der vom Hersteller zu erbringende Nachweis der therapeutischen Wirksamkeit des Arzneimittels war und ist Gegenstand einer kontrovers geführten Diskussion¹¹². Die Gegner des Wirksamkeitsnachweises rügen vor allem die Verteilung der Beweislast¹¹³. Da der Hersteller den Nachweis führen müsse, stehe dem Bundesgesundheitsamt die Entscheidung über wissenschaftliche Streitfragen zu. Dies bedeute einen Eingriff in die Wissenschaftsfreiheit, der letztlich zu einer Schmälerung der Rechte der betroffenen Verbraucher führe¹¹⁴. Diese Ansicht unterstellt, daß das Wohl des Verbrauchers in den Händen der Pharmahersteller besser aufgehoben ist. Tatsächlich ist aber die Zulassungsregelung eingeführt worden, weil die Pharmaunternehmen die Gesundheit des Verbrauchers nicht immer in gebotenermaßen berücksichtigt hatten. Aber die Kritik ist insoweit berechtigt, als der Umfang, in dem Beweise akzeptiert oder verworfen werden, von den im Bundesgesundheitsamt herrschenden wissenschaftlichen oder gesellschaftspolitischen Interessen abhängen. Der Kritik ist ferner zuzugeben, daß der Übergang der Entscheidungsbefugnis vom Hersteller auf eine staatliche Behörde nicht *per se* eine Verbesserung des Gesundheitsschutzes des Verbrauchers gewährleistet. Dennoch sind wohl die Interessen der Verbraucher in den Händen des Bundes-

gesundheitsamtes besser aufgehoben. Schließlich, und dies sollte nicht übersehen werden, müssen in letzter Instanz Verwaltungsgerichte über die Zulassung entscheiden. Dieser Umstand ändert zwar nichts an der Beweislastverteilung, verlagert aber die Verantwortung von der Behörde auf die Justiz. Weit schwerwiegender ist eine weitere Kritik am Wirksamkeitsnachweis: es gilt als sicher, daß der klinische Versuch als Hauptinstrument der Beweisführung nur beschränkt aussagekräftig ist¹¹⁵. Das Gesetz zwingt jedoch die Hersteller zu eben dieser Art der Beweisführung. Deswegen hat sich die heftig opponierende Literatur sogar zu der Argumentation verleiten lassen, der klinische Versuch sei strafbar¹¹⁶. Wenn auch das Beispiel zu dieser These recht fiktiv ist¹¹⁷, so ist doch nicht zu übersehen, daß das Gesetz Faktenbürokratismus und Statistiken begünstigt und so bisher nicht erklärbare und überprüfbare Wirkungen von Arzneimitteln unberücksichtigt läßt. Probleme bezüglich des Wirksamkeitsnachweises ergeben sich aber auch aus der Pluralität der Therapierichtungen. Schulmedizin und Homöopathie, anthroposophische Medizin, Phytotherapie stehen sich teilweise unvereinbar gegenüber. Wollte man für diese Therapieformen die gleichen Anforderungen an den Wirksamkeitsnachweis stellen, so würde man zu einer Gleichschaltung kommen, die der unterschiedlichen Wirkungsweise nicht gerecht wird. Während Arzneimittel chemische Substanzen enthalten, die nachweisbare Wirkungen entfalten können, sind homöopathische Mittel regelmäßig so verdünnt, daß selbst Spurenelemente in den Mitteln nicht mehr vorzufinden sind. Das Arzneimittelgesetz versucht eine Lösung auf dem Wege der Einschaltung von Sachverständigenkommissionen, deren Zusammensetzung sich danach richtet, ob es sich um ein verschreibungspflichtiges Arzneimittel handelt oder nicht (§25 Abs. 6 und 7 AMG). Zwar werden die Mitglieder beider Kommissionen vom Bundesminister auf Vorschlag der Kammern der Heilberufe, der Ärzte, Zahnärzte, Tierärzte, Heilpraktiker und pharmazeutischer Unternehmer berufen, jedoch können für die nicht verschreibungspflichtigen Arzneimittel Kommissionen für bestimmte Therapierichtungen gebildet werden. Wenn auch das Gesetz keine Angaben zur Anzahl der Mitglieder macht, so bleibt doch zu hoffen, daß in den Therapiekommissionen nicht die Vertreter der jeweils anderen Richtung von vornherein überstimmt werden können. Das letzte Entscheidungsrecht steht ohnehin dem Bundesgesundheitsamt zu. An Untersuchungsergebnisse der Kommission ist es nicht gebunden (§25 Abs. 6 Satz 3 und §25 Abs. 7 Satz 5 AMG). Die Kommissionen müssen aber nicht nur über die Anforderungen an den Wirksamkeitsnachweis beraten sondern sondern auch entscheiden, was unter dem Stand der medizinischen Wissenschaft zu verstehen ist (§25 Abs. 2 Nr 2, 4 und 5 AMG).

Ähnliche Probleme wie beim Wirksamkeitsnachweis stellen sich bei dem Merkmal 'Stand der medizinischen Wissenschaft'. Der Stand der medizinischen Wissenschaft ist kontrovers. Die Gesetzesverfasser meinen aber nicht, daß die Behörden dem Rechnung tragen und sich auf das beschränken sollen, worüber Einigkeit besteht. Vielmehr sollen die Behörden auch hier in einem wissenschaftlichen Meinungsstreit Partei ergreifen und die Entscheidungen treffen, die auch denjenigen Wissenschaftlern gegenüber verbindlich sind, die einen anderen Standpunkt vertreten. Nach welchen Kriterien soll die Behörde beurteilen, was der Stand der Wissenschaft ist? Geben verschiedene Gutachter

sich widersprechende Äußerungen ab, so könnte man auf die Kompetenz und die Erfahrungen der Gutachter abstellen. Das wäre eine Entscheidung nicht nach Sachgründen sondern nach der Autorität. Darüberhinaus könnte eine Orientierung an dem, was namhafte Wissenschaftler jahrelang erprobt haben, verhindern, daß sich neue Arzneimittel durchsetzen können. Trotz dieser Gefahren hat das OLG Hamm in einer Entscheidung aus dem Jahre 1964 auf die Anzahl und Namhaftigkeit der Universitätslehrer bei einem Methodenstreit abgestellt¹¹⁸. Die Ausführungen sollen verdeutlichen, welche Brisanz in dem Kriterium 'Stand der medizinischen Wissenschaft' liegt¹¹⁹.

Den Bedenken hinsichtlich einer unangemessenen Verzögerung der Anwendungsmöglichkeiten neuartiger Arzneimittel begegnet §27 AMG, der das Bundesgesundheitsamt verpflichtet, eine Entscheidung über den Antrag auf Zulassung innerhalb einer Frist von vier, in Ausnahmefällen von sieben Monaten zu treffen. Bei komplizierten Fällen dürfte die Frist zu kurz bemessen sein. Das wiederum kann dazu führen, daß ein Arzneimittel aus Angst vor Regressansprüchen voreilig zugelassen wird.

Das Bundesgesundheitsamt kann die Zulassung mit *Auflagen* verbinden, auch nachträglichen (§28 AMG). Es muß die Zulassung unter bestimmten Voraussetzungen widerrufen, insbesondere wenn sich herausstellt, daß dem Arzneimittel die therapeutische Wirksamkeit fehlt. Sera, Impfstoffe und Testallergene dürfen nach §32 AMG unbeschadet der Zulassung nur in den Verkehr gebracht werden, wenn die betreffende Charge staatlich geprüft und freigegeben ist.

Von beträchtlicher praktischer Bedeutung kann die Ermächtigung des Bundesministers zu Standardzulassungen werden, wonach bestimmte Arzneimittel oder Arzneimittelgruppen von der Zulassung freigestellt werden können (§36 AMG). Für den Erlaß einer derartigen Verordnung sind bereits Leitsätze erarbeitet worden¹²⁰. Ziel einer derartigen Rechtsverordnung wird es sein, für bestimmte Fertigarzneimittel Standards aufzustellen, für die die Wirksamkeit, Unbedenklichkeit und Qualität als erwiesen gilt; die zuständige Bundesoberbehörde von der Belastung zu befreien, viele gleichartige Einzelzulassungen erarbeiten zu müssen; den Unternehmer von Einzelzulassungen und der damit verbundenen Vorlage und Erarbeitung der Zulassungsunterlagen zu befreien und zur Übersichtlichkeit der auf dem Arzneimittelmarkt vorhandenen Arzneimittel beizutragen. An der Erarbeitung sollen eine Reihe von Institutionen beteiligt werden, auch nicht interessengebundene wie Hochschulinstiute und der Arzneimittelprüfdienst München. Verbrauchervertretungen werden nicht genannt. Die Gefahr des Mißbrauchs liegt bei einer so weit gefaßten Regelung auf der Hand.

Eine Sonderregelung haben homöopathische Regeln erfahren, die nicht verschreibungspflichtig sind (§§38, 39 AMG). Sie unterliegen nicht der Zulassungs- sondern lediglich der Registrierungspflicht. Das Verfahren ist weitgehend dem Zulassungsverfahren angeglichen, jedoch wird hier auf Angabe über Wirkungen und Anwendungsgebiete sowie auf Unterlagen und Gutachten über die pharmakologische, toxologische und klinische Prüfung verzichtet. Die Umstellung vom Registrierverfahren auf das Zulassungsverfahren vom 1.1.1978 macht eine *Übergangsregelung* erforderlich, die in §§5 – 10 des Art. 3 des Arzneimittelgesetzes geregelt ist

Die besondere Zulassung im Bereich der Sera und Impfstoffe wird fingiert, wenn für diese nach den bisherigen arzneimittelrechtlichen Vorschriften eine Zulassung bestand (§5). Die Fälle, bei denen bei Inkrafttreten des Gesetzes ein Antrag auf Eintragung in das Spezialitätenregister nach dem AMG 61 gestellt war, bedürfen nunmehr eines Zulassungsverfahrens nach dem neuen Gesetz (§6). Betroffen sind alle Arzneimittelspezialitäten im Sinne des §4 AMG 61, das heißt alle Arzneimittel, die in gleichbleibender Zusammensetzung hergestellt und in abgabefertigen Packungen unter besonderer Bezeichnung in den Verkehr gebracht werden. Diese an sich sehr strikte und weitreichende Regelung wird teilweise durchbrochen (§§7 – 10). Besondere Vorschriften gelten zunächst für Fertigarzneimittel, die zugleich Arzneimittel im Sinne des §2 Abs. 1 oder Abs. 2 Nr 1 AMG sind, §4 Abs. 1. Das Ausmaß der Freistellungen von den Zulassungsvorschriften des AMG richtet sich nach dem Zeitpunkt des Inverkehrbringens. Befindet sich das Arzneimittel *am Tage der Verkündung* des neuen Gesetzes bereits im Verkehr oder ist zu diesem Zeitpunkt ein Antrag auf Zulassung in das Spezialitätenregister gestellt, so gilt das Mittel als zugelassen (§7 Abs. 1), allerdings müssen innerhalb von sechs Monaten seit Inkrafttreten des neuen Gesetzes dem Bundesgesundheitsamt die Bezeichnung der wirksamen Bestandteile und der Anwendungsgebiete angezeigt werden. Die Zulassung eines fristgerecht angezeigten Arzneimittels erlischt erst 12 Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes. Handelt es sich dagegen um Arzneimittel, für die ein Antrag auf Zulassung in das Spezialitätenregister erst *nach Verkündung* des Gesetzes gestellt ist und wird diesem Antrag vor Inkrafttreten stattgegeben, so gilt das Arzneimittel als zugelassen, wenn es bei Inkrafttreten sich im Verkehr befindet (§8). Die Zulassung ist so auf sechs Monate befristet, danach muß der Hersteller einen Antrag auf Zulassung nach den §§20ff AMG stellen.

Werden Arzneimittel in einer Apotheke hergestellt und in dieser an den Verbraucher abgegeben, so dürfen diese Mittel noch fünf Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes ohne Zulassung in den Verkehr gebracht werden (§10).

- 153** (ee) Da die klinische Prüfung zur Zulassungsvoraussetzung erhoben wurde, ist es notwendig, auch die *Durchführung der klinischen Prüfung* gesetzlich zu regeln, um den Kreis der Testpersonen ausreichend zu schützen (§§40 – 42 AMG). Der notwendige Schutz der Probanden auf der einen Seite sowie das Interesse an der Entwicklung neuer Arzneimittel auf der anderen Seite sind gegeneinander abzuwägen. Das Gesetz unterscheidet grundsätzlich zwischen Versuchspersonen, die gesund sind bzw. an keiner Krankheit leiden, zu deren Bekämpfung das Mittel eingesetzt werden soll, und solchen, die an einer Krankheit leiden, zu deren Behebung das fragliche Arzneimittel dienen soll. Eine besondere Regelung besteht für Minderjährige (§40 Abs. 4 AMG). Erste Voraussetzung einer klinischen Erprobung an Personen, die zur ersten Gruppe gehören, ist, daß die Prüfung ärztlich vertretbar ist. Die Versuchsperson muß über Wesen, Bedeutung und Tragweite der klinischen Prüfung aufgeklärt, sowie zur Beurteilung in der Lage sein. Die Einwilligung kann nur persönlich und schriftlich erteilt werden. Weitere Voraussetzungen betreffen die Person des den Test leitenden Arztes. Arzneimittel dürfen nur an Minderjährigen erprobt werden, wenn es gilt, Krankheiten zu erkennen oder zu verhüten (nicht zu bekämpfen), die nur bei Minderjährigen auftreten. Die erforderliche

Einwilligung gibt der gesetzliche Vertreter oder Pfleger, besitzt der Minderjährige die notwendige Einsichtsfähigkeit, muß er selbst schriftlich einwilligen. Bei der Erprobung eines Arzneimittels an einem Kranken, dessen Krankheit durch das Arzneimittel behoben werden soll, wird zusätzlich das Vorliegen einer Indikation für die Anwendung des zu prüfenden Arzneimittels verlangt. Eine Erprobung darf auch bei geschäftsunfähigen Kranken erfolgen, wenn der gesetzliche Vertreter zugestimmt hat. Die Zustimmung kann entfallen, wenn die Erprobung dem Zweck dient, das Leben des Kranken zu retten oder seine Gesundheit wiederherzustellen und eine entgegenstehender Wille des Kranken nicht erkennbar ist (§41 Nr 7 AMG). Diese Ausnahme ist zu weit, sie sollte beschränkt werden auf Fälle, in denen tatsächlich eine Lebensgefahr besteht.

Die Vorschriften finden keine Anwendung, wenn ein Arzneimittel erprobt wird, für das eine Zulassung bereits erteilt ist oder das keiner Zulassung bedarf (§42 AMG).

154 (ff) *Wer Arzneimittel vertreiben darf*, ist ebenfalls gesetzlich geregelt (§§43 – 54 AMG). Arzneimittel im Sinne des §2 Abs. 1 oder Abs. 2 Nr 1 AMG dürfen nur im Einzelhandel in Apotheken in Verkehr gebracht werden. Zu der Apothekenpflicht gilt eine Ausnahme für die Mittel, die ausschließlich zu anderen Zwecken als zur Beseitigung oder Linderung von Krankheiten bestimmt sind (§§44). Hierzu zählen künstliche und natürliche Mineral-, Heil- und Meerwasser, Heilerde, Bademoore, Pflanzen und Pflanzenteile, Pflaster und Brandbinden. Gemäß §45 AMG können durch den Verordnungsgeber weitere Mittel von der Apothekenpflicht ausgenommen werden.

Der Vertriebsweg für Arzneimittel, die der Apothekenpflicht unterliegen, ist wie folgt geregelt (§47 AMG): sie dürfen von den Herstellern und Großhändlern außer an Apotheken noch an andere Hersteller und Großhändler, begrenzt an Krankenhäuser und Ärzte, an Veterinärbehörden und Tierärzte, abgegeben werden.

Die Verschreibungspflicht von Arzneimitteln ist gesetzlich in §§48 und 49 AMG fixiert. Besondere Vorschriften für den Einzelhandel, die Abgabe im Reisehandel, Verbot der Selbstbedienung und Anhörung von Sachverständigen befinden sich in den Vorschriften der §§50 – 53 AMG. Auf die Einzelheiten des Vertriebsweges kann hier nicht eingegangen werden. Dennoch sei kurz auf folgendes hingewiesen: die weitaus meisten Arzneimittel werden vom Verbraucher über Apotheken bezogen. Die Einschaltung der Apotheken als Zwischeninstanz zwischen Patient und Arzt konnte ursprünglich auch dazu dienen, den Verbraucher zu schützen vor zweifelhaften Entscheidungen des Arztes. Diese Kontrolle konnte solange gewährleistet werden, wie der Apotheker selbst die Arzneimittel herstellte und deshalb auch über Zusammensetzung und Wirkungsweise in etwa orientiert war. Heute dagegen wird die Apotheke mehr und mehr zur bloßen Verteilerstelle der Großindustrie. Die entsprechenden Vorschriften sichern daher in erster Linie den Besitzstand der Apotheker, dienen also deren Standesinteressen, ein zusätzlicher Schutz des Verbrauchers vor gefährlichen Arzneimitteln ist im Schwinden begriffen¹²¹.

155 (gg) Das *Arzneimittelbuch* schließlich ist eine Sammlung anerkannter Regeln über die Qualität, Prüfung, Lagerung, Abgabe und Bezeichnung von Arznei-

mitteln (§§55 AMG). Das Arzneimittelbuch enthält auch Anforderungen an die Beschaffenheit von Behältnissen und Umhüllungen. Die Regeln des Arzneimittelbuches sind für die Hersteller von Arzneimitteln *rechtsverbindlich*. Hierin liegt ein wichtiger Unterschied zum Lebensmittelbuch. Die Wirkung des Arzneimittelbuches ist deshalb auch weit höher einzuschätzen. Denn die Hersteller müssen bei Verstößen mit einer Bestrafung rechnen (§97 Nr 16 AMG). Es kann deshalb davon ausgegangen werden, daß die Hersteller sich an das deutsche Arzneimittelbuch halten. Insofern hat es Auswirkungen auf die Verhütung von Gesundheitsgefahren.

Der zuständige Verordnungsgeber kann das Arzneimittelbuch nach dem jeweiligen Stand der Erkenntnisse ändern oder ergänzen. Es bleibt insoweit also bei der Regelung, wie sie schon §5 AMG 61 vorsah, die die Regierung an sich zugunsten einer schnelleren praktikableren Lösung abschaffen wollte¹²².

- 156 (hh) Die zuständige Bundesoberbehörde hat zur Verhütung einer unmittelbaren oder einer mittelbaren Gefährdung der Gesundheit von Mensch und Tier die bei der Anwendung von Arzneimitteln auftretenden Risiken, insbesondere Nebenwirkungen, Wechselwirkungen mit anderen Mitteln, *zentral zu erfassen, auszuwerten* und die zu ergreifenden Maßnahmen zu koordinieren; dies ist in §62 AMG statuiert. Die zentrale Erfassung derartiger Erscheinungen kann als unmittelbar Ausfluß der Contergan-Katastrophe angesehen werden. Denn dort führte die Nichtweitergabe vom Verdacht der auftretenden Nebenwirkungen dazu, daß Verbraucher und Arzt nicht rechtzeitig und nicht ausreichend informiert wurden¹²³. Eine Weitergabe von Informationen setzt aber voraus, daß das Bundesgesundheitsamt überhaupt solche erhält. Hier liegt das entscheidende Problem bei der Errichtung der Sammelstelle. Das Gesetz gibt keine Auskunft, wie es Hersteller, Ärzte und Verbraucher zur Anzeige auftretender Risiken bewegen will. Bezüglich der Ärzte hofft der Gesetzgeber auf deren Selbstorganisationen durch Errichtung einer Arzneimittelkommission¹²⁴. Zwar kann der Verordnungsgeber einen Stufenplan zur Durchführung der Aufgaben, die der Sammelstelle obliegen, erlassen (§63 AMG), Regelungen über eine Anzeigepflicht sind jedoch auch hier nicht vorgesehen. Das zuständige Bundesministerium hat zum Erlaß einer allgemeinen Verwaltungsvorschrift unter dem Arbeitstitel 'Erfassungssystem für Arzneimittelrisiken' inzwischen Leitsätze vorgelegt¹²⁵.

(c) *Repressive Kontrollmaßnahmen*

- 157 (aa) Die *Kontrolle* der arzneimittelrechtlichen Vorschriften ist für den Verbraucher von großer Bedeutung. Denn die besten Verbotsgesetze oder Zulassungsverfahren bieten nur dann eine optimale Sicherheit, wenn deren Einhaltung auch kontrolliert wird. Gerade hier lagen in der Vergangenheit entscheidende Mängel¹²⁶. Das neue Arzneimittelgesetz soll helfen, die Überwachung des Verkehrs mit Arzneimitteln zu verbessern. Diesem Zweck dient eine einheitliche *Überwachung* auch der Apotheken durch die zuständigen Überwachungsbehörden. Die entsprechenden Vorschriften des Gesetzes über das Apothekerwesen (§§18, 19, 25 Abs. 1 Nr 3), werden durch Art. 9 Nr 6 des AMG aufgehoben. Ferner wurden die Befugnisse der Überwachungsorgane

erweitert, weshalb ein Ausbau der Überwachungsbehörden notwendig wurde. Die Überwachungsvorschriften lehnen sich an entsprechende Vorschriften des Lebensmittelrechts an und nehmen eine Transformierung der Art. 16 und 17 der zweiten Pharmazeutischen EG-Richtlinie vorweg¹²⁷.

Die Durchführung des Arzneimittelgesetzes obliegt den Ländern. Bei den Ländern besteht keine einheitliche Behörde¹²⁸. Im Gegensatz zum Lebensmittelgesetz gibt das AMG dem Ordnungsgeber keine Befugnisse, Durchführungsvorschriften zu erlassen. Lediglich §68 AMG verpflichtet die zuständigen Landes- und Bundesbehörden zur gegenseitigen Amtshilfe.

Die zuständigen Behörden haben alle zwei Jahre Besichtigungen vorzunehmen und Arzneimittelproben amtlich untersuchen zu lassen (§64 Abs. 3 AMG). Die Landesbehörden können im Rahmen ihrer grundgesetzlichen Zuständigkeit zur Durchführung des Gesetzes jederzeit allgemeine Vorschriften über die Art der Probenahmen treffen sowie Instruktionen für die mit der Besichtigung betrauten Personen erlassen. Die mit der Überwachung betrauten Personen müssen diese Tätigkeit hauptberuflich ausführen. Im Gegensatz zum Lebensmittelrecht (vgl. §§61 Abs. 2 LMBG) ist eine besondere Ausbildung keine Voraussetzung. Es ist deshalb Aufgabe der Behörden, die notwendige Sachkunde festzulegen. Bei Gefahr im Verzuge kann jeder Vollzugsbeamte der Polizei die notwendigen Maßnahmen treffen, um Gefahren von der Allgemeinheit oder vom Einzelnen abzuwenden¹²⁹.

Die Befugnisse, die für die zuständigen Landesbeamten bestehen, sind in §64 Abs. 4 aufgezählt: (1) Eintritt in Grundstücke, Betriebs- und Geschäftsräume zu den üblichen Geschäftszeiten; (2) Besichtigung innerhalb und in gewissem Umfang auch außerhalb dieser Räume; (3) weitere Eintrittsrechte auch in Wohnungen zur Verhinderung dringender Gefahren; (4) Einsichtnahme in die geschäftlichen Aufzeichnungen, Entnahmen von Proben; (5) alle erforderlichen Auskünfte. Die entsprechenden Rechte ähneln den Befugnissen, die nach dem Lebensmittelrecht bestehen. Deshalb kann insoweit auf diese Vorschriften verwiesen werden.

Im Detail bestehen allerdings einige Besonderheiten, die es kurz darzustellen gilt. Das Arzneimittelgesetz gestattet den Zutritt auch bei dringenden Gefahren nur zu den üblichen Geschäftszeiten, eine unsinnige Regelung. Hier wird so getan, als ob Gefahren nur während der Geschäftszeit auftreten. Ähnlich wie das LMBG nimmt auch das AMG Herstellungsbeschreibungen vom Einsichtsrecht aus. Hier erfordert eine interessengerechte Auslegung, daß zumindest das Auskunftsrecht sich auf Herstellungsbeschreibungen erstreckt.

Die Befugnisse zur Probenahme (§65 AMG) entsprechen der Regelung des §42 LMBG.

Die zur Beseitigung festgestellter *Verstöße* und die zur Verhütung künftiger Verstöße notwendigen *Anordnungen* müssen von den zuständigen Landesbehörden getroffen werden (§69 AMG). Derartigen Maßnahmen, die an einen Gesetzesverstoß anknüpfen, kommt nur eine präventive Bedeutung für die Zukunft zu. Insofern handelt es sich nur begrenzt um präventive Kontrollmaßnahmen. Allerdings besteht eine Ausweitung gegenüber der bisherigen Regelung, als nunmehr das Inverkehrbringen bereits bei einer Gefährdung des einzelnen und nicht wie bisher der Allgemeinheit untersagt werden kann. Die Behörden können Arzneimittel sicherstellen, das Indenverkehrbringen unter-

sagen oder deren Rückruf anordnen, wenn die erforderliche Zulassung nicht vorliegt, das Arzneimittel nicht die angemessene Qualität aufweist, dem Arzneimittel die therapeutische Wirksamkeit fehlt, bei Verdacht von schädlichen Nebenwirkungen, die vorgeschriebenen Qualitätskontrollen nicht durchgeführt werden oder die erforderliche Erlaubnis zum Herstellen fehlt.

- 158** (bb) Das AMG *sanktioniert* ebenso wie das LMBG eine Vielzahl von Pflichtverstößen durch Freiheits- oder Geldstrafen bzw. Geldbußen. Die Unterscheidung zwischen Straftaten und Ordnungswidrigkeiten sowie das Strafmaß ist in beiden Gesetzen identisch. Das Arzneimittelgesetz ist in zweierlei Hinsicht schärfer, weil zum einen besonders schwere Straftaten mit einer Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu zehn Jahren belegt werden können und *alle* Ordnungswidrigkeiten mit einer Geldbuße bis zu DM 50 000 geahndet werden können. Identisch mit dem LMBG ist auch die im AMG getroffene Regelung, daß Verstöße gegen die Generalklausel des §5, sowie gegen die Grundsätze der §§6 und 7, am schärfsten verfolgt werden. Verwunderlich ist, daß Verletzungen der in Zulassungsverfahren zu beachtenden Pflichten nicht dazu gehören. Derartige Pflichtverletzungen können sogar eine bloße Ordnungswidrigkeit darstellen, wenn sie fahrlässig begangen wurden. Von einer näheren Erörterung der einzelnen Vorschriften wird abgesehen, da die in den §§95–97 AMG getroffenen Regelungen recht verschachtelt und kompliziert sind.

5 Kontrolle von technischen Arbeitsmitteln

- 159** Das Gerätesicherheitsgesetz datiert vom 24.6.1968. Sinn des Gesetzes ist die Verstärkung des betrieblichen Unfallschutzes und die Bekämpfung von Unfallgefahren im Haushalt.

(a) Begriffsbestimmung

- 160** Technische Arbeitsmittel sind *verwendungsfertige* Arbeitseinrichtungen, vor allem Werkzeuge, Arbeitsgeräte, Arbeits- und Kraftmaschinen, Hebe- und Fördereinrichtungen, sowie Beförderungsmittel, vgl. §2 Abs. 1 GSG. Verwendungsfertig sind nach der Legaldefinition solche Arbeitseinrichtungen, die bestimmungsgemäß verwendet werden können, ohne daß weitere Teile eingefügt werden. Insoweit sah der Gesetzentwurf des Bundestages vom 29.8.1977 eine Erweiterung des Anwendungsbereiches des Gesetzes vor, da das Gesetz auch auf Teile von Arbeitseinrichtungen ausgedehnt werden sollte, die üblicherweise gesondert beschafft und bei bestimmungsgemäßer Verwendung eingefügt werden¹³⁰, wie Werkzeugmaschinen, Bohrer, Schleifscheiben, Ersatzteile. Im Gesetz zur Änderung des Gesetzes über technische Arbeitsmittel vom 13.8.1979¹³¹ ist diese Erweiterung dann fallengelassen worden. Es bleibt deshalb bei §2 Abs. 1 GSG in der alten Fassung. Das GSG gilt auch für Haushalts-, Sport- und Bastelgeräte, sowie für Spielzeug (§2 Abs. 2 Nr 3 und 4 GSG). Nicht erfaßt werden dagegen die Haushaltsgeräte der Unterhaltungselektronik (Stereogeräte und ähnliches).

(b) *Präventive Kontrolle durch Selbstkontrollmaßnahmen der Industrie*

161 Der *Hersteller* oder *Importeur* von technischen Arbeitsmitteln darf diese nur in den Verkehr bringen, wenn sie nach den allgemein anerkannten Regeln der Technik so beschaffen sind, daß Benutzer oder Dritte gegen Gefahren aller Art für Leib und Gesundheit soweit geschützt sind, wie es die Art der bestimmungsgemäßen Verwendung gestattet (§3 Abs. 1 GSG). Der Gesetzesentwurf vom 29.8.1977 sah vor, diese Pflicht auch auf den *Händler* auszudehnen. Begründet wurde der Novellierungsvorschlag mit dem Interesse an einer intensiveren Überwachung des Vollzuges des Gesetzes und eines verbesserten Schutzes des Verbrauchers¹³². Das letztlich verabschiedete Gesetz vom 13.8.1979 nimmt auch von diesem Reformvorschlag Abstand. Der Schutz des Verbrauchers ist durch die Regelung nur insoweit gewährleistet, als er die technischen Arbeitsmittel bestimmungsgemäß gebraucht. Die Verwendung ist bestimmungsgemäß, für die die technischen Arbeitsmittel nach Angaben des Herstellers oder Einführers, insbesondere nach Angaben der Werbung geeignet sind, oder die übliche Verwendung, die sich aus der Bauart und Ausführung der technischen Arbeitsmittel ergibt (§2 GSG). Voraussesbares Fehlverhalten des Verbrauchers gilt daher noch als bestimmungsgemäß. Das Gesetz selbst regelt nicht, was es unter 'allgemein anerkannten Regeln der Technik' versteht. Aus der zu §11 erlassenen Verwaltungsvorschrift¹³³ ergibt sich jedoch, daß der Gesetzgeber die von der Wirtschaft aufgestellten technischen Normen mit den anerkannten Regeln der Technik gleichsetzt. Damit ist gesetzlich anerkannt, daß die Wirtschaftsverbände die Sicherheit der technischen Arbeitsmittel selbst festlegen.

(aa) Technische Normen sind technische Bestimmungen oder Regelungen für die Herstellung oder Errichtung, die Beschaffenheit oder Bezeichnung sowie die An- oder Verwendung von Gegenständen. Gegenstand kann sowohl eine körperliche Sache als auch ein Verfahren oder Verhalten sein¹³⁴. Sie dienen der Rationalisierung, der Sicherheit und Qualitätssicherung in allen Lebensbereichen. Sie beinhalten technische, wirtschaftliche, wissenschaftliche, sozialbezogene und Ordnungsmerkmale.

Von überbetrieblicher Normung spricht man, wenn Normen von Vereinen für eine Vielzahl von Betrieben aufgestellt werden. Bedeutende Normenorganisationen sind heute in der Bundesrepublik das Deutsche Institut für Normung e.V., der Verein Deutscher Ingenieure, der Verband Deutscher Elektrotechniker und der Deutsche Verein von Gas- und Wasserfachmännern. Neben den genannten Organisationen gibt es noch eine Reihe weiterer Verbände. Eine genaue Übersicht über alle Organisationen existiert nicht.

Da technische Normen lediglich von privaten Verbänden aufgestellt werden, sind sie *keine originären Rechtsnormen*. Gleichwohl entfalten sie bedeutende praktische Wirkung¹³⁵. Zwar sind die Hersteller nicht an die Einhaltung der Normen gebunden, jedoch besteht selbst bei ihnen vielfach die irriige Vorstellung, daß technische Normen verbindlich seien. Druck übt auch der Staat aus, der die Vergabe von Aufträgen vielfach an die Einhaltung der bestehenden technischen Normen knüpft. Die Bedeutung der Normung für den Verbraucher besteht darin, daß gerade Konsumgüter in zunehmendem Maße von der technischen Normung erfaßt werden. Auf diesen Umstand wird der

Verbraucher durch staatliche Stellen immer wieder hingewiesen. Der Staat trägt deshalb entscheidend dazu bei, daß die Verbraucher das Zeichen der technischen Normung gleichsetzen mit zufriedenstellender Qualität und Sicherheit.

(bb) Der *Werdegang einer technischen Norm* soll anhand der Tätigkeit des Deutschen Instituts zur Normgebung e.V. (DIN) dargestellt werden. Das DIN ist die bedeutendste Organisation zur Normgebung. Mit Wirkung vom 1.9.1975 erhielt das DIN seinen jetzigen Namen. Im gleichen Jahr, nämlich am 6.5.1975, hat die Bundesregierung mit dem DIN einen Vertrag geschlossen, der das Verhältnis zueinander regelt. Die Bundesregierung hat darin das DIN als nationale Normenorganisation anerkannt. Der Vertrag enthält gleichzeitig die Rahmenbedingungen für die Rechte und Pflichten der Vertragsparteien. Danach werden der Regierung Sitze in dem Leitungsgremium eingeräumt, ohne allerdings die Mehrheitsverhältnisse aufzuheben. Praktisch enthält der Vertrag die staatliche Anerkennung der Selbstkontrolle der Wirtschaft¹³⁷. Nach §1 der jetzt gültigen Satzung vom 20.4.1975 stellt das DIN durch Gemeinschaftsarbeit der interessierten Kreise zum Nutzen der Allgemeinheit (so das Selbstverständnis) Normen auf. Zu unterscheiden ist das allgemeine DIN-Zeichen und das Zeichen DIN-geprüft. Ersteres gibt nur an, ob nach Aussage des Herstellers das Erzeugnis bestehenden DIN-Normen entspricht. Das 1972 eingeführte Zeichen das DIN-Geprüft' bedeutet, daß das Produkt auf die Einhaltung von DIN-Normen von einer Prüfstelle (Normenprüfstelle) geprüft worden ist und einer laufenden Kontrolle unterliegt¹³⁸. Mitglieder des DIN können Unternehmen und juristische Personen sein. Öffentlichrechtliche Körperschaften gehören dem DIN nicht an, ebensowenig Verbraucherorganisationen. Organisatorisch gliedert sich das DIN in Mitgliederversammlung, Präsident, Direktor und Normenausschüsse. Das Präsidium bestand am 1.1.1975 aus 37 Mitgliedern, von denen 22 der Industrie zuzuordnen sind. Die eigentliche Normungsarbeit vollzieht sich in den in Normungsausschüssen zusammengefaßten Fachausschüssen¹³⁹. Die ehrenamtlichen Mitarbeiter in den Ausschüssen sind Fachleute aus den interessierten Kreisen (Anwender, Behörde, Berufsgenossenschaften, Hochschule, Handwerk, Hersteller, Prüfindustrie, Sachversicherer, Verbraucher), die in den Ausschüssen in einem angemessenen Verhältnis zueinander vertreten sein sollen. Tatsächlich besitzen die Hersteller zumeist entscheidendes Übergewicht¹⁴⁰. Bei Streitigkeiten über die Zusammensetzung entscheidet das Präsidium.

Die Einleitung von DIN-Normen kann der Satzung nach jeder beantragen, in der Praxis geschieht dies regelmäßig durch die Wirtschaft selbst. Der vom entsprechenden Fachausschuß erarbeitete Vorschlag wird der Normenprüfstelle zur Prüfung übergeben, die die entsprechenden Normen dann zur Veröffentlichung freigibt. Die Normenprüfstelle setzt sich aus 20 ehrenamtlichen Mitarbeitern zusammen, von denen 13 der Großindustrie angehören. Dieses Übergewicht eröffnet für die Unternehmen die Möglichkeit, durch Absprache untereinander den Inhalt einer DIN-Norm festzulegen, bevor die Fachausschüsse überhaupt mit der Tätigkeit angefangen haben. Die eigentliche technische Normung findet dann in den Konferenzräumen der Großindustrie statt¹⁴¹.

Das gesamte Verfahren läßt erhebliche Zweifel aufkommen, ob die

verabschiedeten Normen tatsächlich der Allgemeinheit dienen. Da die interessierte Wirtschaft sich praktisch ohne Kontrolle selbst bindet, ist zu vermuten, daß oftmals die wirtschaftlichen Interessen im Vordergrund stehen und weniger die Sicherheit, die das DIN-Zeichen angeblich bieten soll. Zudem ist eine Vielzahl von Normen veraltet, so daß nicht davon ausgegangen werden kann, daß die DIN-Normen jeweils dem neuesten technischen Stand entsprechen.

Verbraucherverbände sind in den entsprechenden Normenausschüssen vertreten¹⁴². Aufgrund der Zusammensetzung der Ausschüsse kommt ihren Vorschlägen kein Gewicht zu. Die Unterrepräsentation führte dazu, daß Mitte der 60er Jahre der Ausschuß für Gebrauchstauglichkeit beim DIN eingerichtet wurde, der die Belange der Verbraucher in die Normungsarbeit integrieren sollte. Aufgabe dieses Ausschusses war es, einerseits verstärkt darauf hinzuwirken, daß in den Normen verbraucherrelevante Anforderungen festgeschrieben wurden, und andererseits die Verbrauchervertretungen in den einzelnen Fachausschüssen zu organisieren. Der Ausschuß setzte sich gleichberechtigt aus Vertretern der Wirtschaft, des Staates und der Verbraucher zusammen. Der Ausschuß konnte aufgrund seiner Zusammensetzung die Koordinierungsaufgabe nicht erfüllen. Dieser Bereich ging 1974 auf den Verbraucherbeirat über¹⁴³, einen dem DIN-Präsidium unmittelbar zugeordneter Beirat. Der Beirat besteht aus fünf Mitgliedern, je einem Vertreter der AGV, der Stiftung Warentest, der Bundesanstalt für Materialprüfung, des Bundesministeriums für Wirtschaft und einer unabhängigen Person. Der Beirat erstellt keine Normen, er ist auch keine Vertretung eines interessierten Kreises in den Fachausschüssen. Er ist ausschließlich mit Koordinierungsaufgaben befaßt. Er hat den Vertretungen der Endverbraucher sachdienliche Unterstützung zu gewähren durch Beratung und durch Erarbeitung eigener Stellungnahmen.

Die Situation, wie sie anhand des DIN geschildert wurde, ist beispielhaft für alle anderen Normgebungsorganisationen. Der gesamte Bereich der technischen Normung wird von der Wirtschaft kontrolliert. Soweit Verbraucherorganisationen beteiligt werden, gefährden diese nicht die Entscheidungsbefugnisse. Die Interessen der Verbraucher bei der Normsetzung werden deshalb praktisch nicht vertreten. Bestrebungen, diesen Zustand gesetzlich zugunsten der Verbraucher zu verbessern, bestehen nicht.

(cc) Hinzuweisen ist noch darauf, daß die Anbieterinteressen auch Einfluß auf die Durchführung des GSG haben. Denn der nach § 8 GSG beim Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung eingesetzte Ausschuß für technische Arbeitsmittel soll den Minister bei der Durchführung des Gesetzes beraten und Empfehlungen aussprechen. Der Ausschuß ist fest in der Hand der Hersteller. Diese haben mehr Sitze als Arbeitnehmer und Verbraucher zusammen¹⁴⁴. Wenn auch dem Ausschuß nur beratende Funktion zukommt, so zeigt die Zusammensetzung einmal mehr, wie gering der Einfluß des Staates und der Verbraucher im Bereich der technischen Normung ist.

(c) *Bereiche der staatlichen Kontrolle*

162 (aa) Im *präventiven* Bereich der *Normgebungstätigkeit* findet grundsätzlich keine staatliche Kontrolle statt. Nur ausnahmsweise kann der Staat regelnd

eingreifen, wenn keine technischen Normen bestehen; dazu wird er in §4 Abs. 2 GSG ermächtigt. Von dieser Regelungsbefugnis hat die zuständige Stelle bisher keinen Gebrauch gemacht. Sofern tatsächlich einmal die betreffenden Voraussetzungen vorliegen, die ebenfalls in §4 Abs. 2 angegeben sind, wird ein anderer Weg beschritten: die zuständigen Länderreferenten erstellen sicherheitstechnische Richtlinien, welche als Grundlage für Untersagungsverfügungen dienen und später von den Normgebungsinstitutionen übernommen werden¹⁴⁵. Gemäß §8a, der durch das Gesetz vom 13.8.1979 eingefügt wurde, kann der Bundesminister für Arbeit und Sozialordnung nach Durchlaufen eines komplizierten Verfahrens per Rechtsverordnung bestimmen, daß medizinisch-technische Geräte nur in den Verkehr gebracht oder ausgestellt werden dürfen, wenn dies zum Zwecke des Gefahrenschutzes nach §3 GSG erforderlich ist. §8a regelt in sieben Ziffern, welche Gesichtspunkte in der Rechtsverordnung zu beachten sind. Bislang ist von der Ermächtigung kein Gebrauch gemacht worden.

Hauptaufgabe des Staates nach dem GSG ist es, zu überprüfen, ob die *Hersteller die anerkannten Regeln der Technik beachten*. Diese Aufgabe wird durch die Gewerbeaufsichtsämter der Länder wahrgenommen. Die Befugnisse der Behörden sind in den §§5 und 7 des GSG sowie in der zu §11 GSG erlassenen Verwaltungsvorschrift vom 27.10.1970 enthalten¹⁴⁶.

Eingriffsbefugnisse stehen den Behörden nur in beschränktem Maße zur Verfügung. So ist es nicht Aufgabe der Aufsichtsämter, alle etwa 180 000 jährlich auf dem Markt erscheinenden technischen Geräte auf ihre Übereinstimmungen mit den anerkannten Regeln der Technik zu überprüfen. Die Gewerbeaufsichtsämter können nur sicherheitsgefährliche Produkte vorbeugend kontrollieren (§5 Abs. 1 GSG). Gemeint sind damit Maßnahmen der Behörden, die darauf abzielen, bereits vor Bekanntwerden eines Schadensfalles oder einer Gefährdung tätig zu werden. Auffällig ist, daß das Gesetz und auch die Verwaltungsvorschriften insoweit keine weiteren Umschreibungen dieser allgemeinen Kontrollbefugnis geben. Tatsächlich können die Behörden die Pflicht auch nur sehr unzureichend erfüllen, weil ihnen dazu die Mittel fehlen¹⁴⁷.

(bb) Im *repressiven Kontrollbereich* hat sich der Gesetzgeber schwerpunktmäßig damit befaßt, die Befugnisse der Gewerbeaufsichtsämter für den Fall zu regeln, daß ein Schaden bereits eingetreten ist oder droht. Offensichtlich ist deshalb, daß das GSG keine umfassende Kontrolle anstrebt, sondern nur punktuell dort eingreifen will, wo Gesundheitsgefahren drohen. So kann das zuständige Gewerbeaufsichtsamt gemäß §1 der Verwaltungsvorschrift dann eingreifen, wenn entweder ein Unfall eingetreten ist, der mit der Beschaffenheit eines technischen Arbeitsmittels in Zusammenhang steht, oder wenn das Amt Kenntnis von der unzulänglichen Sicherheit eines Produkts, etwa durch die Stiftung Warentest, erhält. Teilweise sehen die Länder vor, daß sogar nur bei einem Unfall eingegriffen werden kann¹⁴⁸. Damit wird der Schutz der Verbraucher stark eingeschränkt¹⁴⁹. In der Praxis wird wirklich häufig erst dann eingegriffen, wenn Unfälle eingetreten sind¹⁵⁰. Wird ein Gewerbeaufsichtsamt tätig, muß es feststellen, ob das Produkt den anerkannten Regeln der Technik entspricht (§2 Abs. 1 Nr 1 der Durchführungsvorschrift). Bei DIN- und VDE-

Normen hat die Behörde davon auszugehen (§3 Abs. 1 der Vorschrift). Auf eine Prüfung nach §2 GSG verzichten soll die Behörde sogar, wenn für das Produkt eine Prüfbescheinigung von einer anerkannten Prüfstelle vorliegt. Solche Prüfstellen sind neben den amtlichen Organisationen vor allem das DIN sowie die Träger der VDE und DVGWV. Die Befugnisse der Behörde sind infolge der fleißigen Stellung anerkannter Regeln der Technik mit den von der Industrie ausgearbeiteten Standards stark eingeschränkt. Daneben muß das Gewerbeaufsichtsamt überprüfen, ob der Hersteller die geltenden Arbeitsschutzvorschriften und Unfallverhütungsvorschriften beachtet hat, §8 Abs. 1 Nr 2 – 4 der Vorschrift. Ist die zuständige Behörde nicht in der Lage zu beurteilen, ob das technische Arbeitsmittel den in §2 genannten Voraussetzungen entspricht, so kann sie die zur Erfüllung ihrer Aufgabe erforderlichen Auskünfte und sonstige Unterstützung verlangen (§7 Abs. 1 GSG). Soweit erforderlich, kann die Behörde verlangen, daß der Hersteller oder Importeur das technische Arbeitsmittel überprüfen läßt (§7 Abs. 1 Satz 3). Der Sachverständige soll im beiderseitigen Einvernehmen bestellt werden, §5 Satz 2 der Verwaltungsvorschrift. Daneben dürfen die zuständigen Beamten (gemäß §7 Abs. 2 GSG) Räume oder Grundstücke betreten, in oder auf denen technische Arbeitsmittel hergestellt werden, die technischen Arbeitsmittel besichtigen und prüfen, insbesondere Prüfungen im Betrieb vornehmen. Ist die zuständige Behörde unter Beachtung der erwähnten Grundsätze zu dem Schluß gekommen, daß das technische Arbeitsmittel den Voraussetzungen nicht entspricht, kann sie die erforderlichen Maßnahmen treffen, um zu verhindern, daß das überprüfte Produkt in den Verkehr gebracht oder ausgestellt wird. Schärfstes Mittel ist die Untersagungsverfügung gemäß §5 Abs. 1 Satz 2 und 3 GSG. Seit Inkrafttreten des Gesetzes ergingen etwa 400 Untersagungsverfügungen, was allerdings wenig über die Effektivität der Arbeit der Gewerbeaufsichtsämter aussagt¹⁵¹. Das Gesetz vom 13.8.1979 erweiterte den Adressantenkreis der Untersagungsverfügung erheblich. Nunmehr können die Gewerbeaufsichtsämter auch gegen Messeveranstalter (§5 Abs. 1 Satz 2), und gegen Händler (§5 Abs. 3), vorgehen. Allerdings besteht die Zugriffsmöglichkeit auf Messeveranstalter und Händler nur subsidiär; den Messeveranstaltern kann das Inverkehrbringen oder Ausstellen gefährlicher Produkte nur untersagt werden, wenn der betreffende Hersteller oder Einführer nicht ermittelt werden kann, gegenüber Händlern sind die Voraussetzungen noch enger, eine Untersagungsverfügung ist erst zulässig, wenn zuvor dem Hersteller oder Einführer das Inverkehrbringen des betreffenden Produkts verboten worden ist *und* der Händler trotz Kenntnis der Untersagungsverfügung von seiner Befugnis, das mangelhafte Produkt zurückzugeben, keinen Gebrauch macht. Der Entwurf vom 29.8.1977 kannte eine derartig gestaffelte Verantwortung nicht. Es versteht sich von selbst, daß die lediglich subsidiäre Verantwortung vor allem des Händlers nicht i.S. eines effektiven Verbraucherschutzes sein kann.

Weitere Eingriffsbefugnisse, etwa die Möglichkeit eines Rückrufs gefährlicher Produkte, stehen den Behörden nicht zu. Rückrufe werden, wenn überhaupt, von den Herstellern vorgenommen. Indirekten Druck können neben den Gewerbeaufsichtsämtern die Stiftung Warentest und bei Automobilen der ADAC ausüben. Letzterer nimmt zum Teil direkt Verhandlungen mit den jeweiligen Herstellern auf, um einen Rückruf zu erreichen. Entscheidend für

den Rückruf eines Produkts dürften aber in erster Linie drohende Schadenersatzansprüche der geschädigten Verbraucher sein.

(cc) Sofern der Hersteller oder Importeur vorsätzlich oder grob fahrlässig einer Untersagungsverfügung oder einer anderen Maßnahme im Sinne des §5 Abs. 1 GSG *zuwiderhandelt* oder seine sich auf §7 GSG ergebenden *Pflichten verletzt*, kann er im Fall des §5 GSG mit einer Geldbuße bis zu DM 50 000, im Fall des §7 GSG bis zu DM 1000 bestraft werden (§§9, 10 GSG). Strafbar machen sich aber auch die zuständigen Beamten der Gewerbeaufsichtsämter, die ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis offenbaren, das ihnen in ihrer Eigenschaft als Amtsperson anvertraut worden ist. Die Strafe beträgt bis zu einem Jahr Freiheitsstrafe, in schweren Fällen bis zu zwei Jahren und/oder eine Geldstrafe.

6 Kontrolle von Importwaren

163 Alle Waren, die importiert werden, unterliegen, wenn sie auf dem deutschen Markt in Verkehr gebracht werden, auch dem deutschen Recht. Die Kontrolle der Einfuhr dient der zusätzlichen Überprüfung. Sie kann in der Weise erfolgen, daß bestimmte Waren überhaupt nicht eingeführt werden dürfen. Denkbar ist aber auch, die Einfuhr von Waren von der Erfüllung bestimmter Auflagen abhängig zu machen.

Mit der *Einfuhr von Waren* befaßt sich das *Außenwirtschaftsgesetz*. Dieses Gesetz regelt grundsätzlich die Art und Weise der Handelsbeziehungen zwischen der Bundesrepublik und Drittländern. Soweit die Einfuhr von Waren in Rede steht, deckt es sich inhaltlich mit den internationalen Vorschriften des allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (General Agreement on Tariffs and Trade, GATT)¹⁵². Demgemäß statuiert das Außenwirtschaftsgesetz (§10) den Grundsatz der freien Einfuhr von Waren durch Gebietsansässige, soweit dieses sich aus der Einfuhrliste, die als Anlage zu §10 AWG in der jeweils gültigen Fassung im Bundesanzeiger verkündet wird, ergibt¹⁵³. Einschränkungen der freien Einfuhr sind nur möglich, um die deutsche Wirtschaft oder höherrangige Sicherheitsinteressen zu schützen. Erwartungen der Verbraucherschaft spielen insoweit keine Rolle. Die Einfuhrliste enthält im einzelnen, unter welchen Voraussetzungen Gebietsansässige Waren einführen können und welche staatliche Stelle für Überprüfungen, Genehmigungen usw. zuständig ist. Die Liste ist so aufgliedert¹⁵⁴, daß sich aus den jeweiligen Spalten ergibt:

- zu welchem Zuständigkeitsbereich die Ware gehört: Zuständigkeit des Bundesministers für Ernährung, Landwirtschaft und Forsten und Außenhandelsstelle für Erzeugnisse der Ernährung und Landwirtschaft, oder Bundesminister für Wirtschaft und Bundesamt für die gewerbliche Wirtschaft;
- ob die Einfuhr genehmigungsfrei oder genehmigungsbedürftig ist, wobei Genehmigungsfreiheit dann vorliegt, wenn Einkaufs- und Ursprungsland in den Länderlisten A, B oder C genannt ist;
- ob weitere Vorschriften bei der Einfuhr zu beachten sind, insbesondere, ob die betreffende Ware den Marktordnungsgesetzen unterliegt oder ob bei der Einfuhr ein Ursprungszeugnis einzubringen ist.

Ursprungszeugnisse sind Urkunden, die die Ware nach Art, Menge u.ä. kennzeichnen und den Ursprung der Ware durch eine dazu berechnigte Stelle bescheinigen¹⁵⁵. Derartige Zeugnisse müssen nicht notwendig qualitative Angaben enthalten.

Anders verhält es sich dagegen mit den Marktordnungsgesetzen und anderen Vorschriften, die dem Importeur Auflagen machen. Diese Gesetzesvorschriften gehen über die generelle Kontrolle der Wareneinfuhr, die das AWG gewährleistet, und bei dem mittelbar auch Sicherheitsbedürfnisse der Verbraucher mit geschützt werden, hinaus.

Teilweise regeln sie die Beschränkungen des Warenverkehrs, sogenannte *Marktordnungsgesetze*¹⁵⁶:

- Gesetz über den Verkehr mit Zucker;
- Gesetz über den Verkehr mit Getreide und Futtermitteln;
- Gesetz über den Verkehr mit Vieh und Fleisch;
- Gesetz über den Verkehr mit Milch, Milcherzeugnissen und Fleisch;
- Gesetz über den Verkehr mit Hähnchenfleisch.

Teilweise handelt es sich um *Gesetze*, die zum *Schutz der menschlichen Gesundheit* erlassen wurden und deshalb die Wareneinfuhr beschränken¹⁵⁸:

- Viehseuchengesetz;
- Arzneimittelgesetz;
- Lebensmittelgesetz;
- Gerätesicherheitsgesetz.

§147 Lebensmittelgesetz ebenso wie §73 Arzneimittelgesetz enthalten das Verbot der Einfuhr von Lebensmitteln und Arzneimitteln, die dem geltenden materiellen deutschen Recht nicht entsprechen. Dadurch soll ein *präventiver* Schutz der deutschen Verbraucher gesichert werden.

Mit dem Verbot selbst ist natürlich nicht gewährleistet, daß die Importeure die geltenden deutschen Bestimmungen beachten. *Der Überwachung der Wareneinfuhrverbote* kommt daher entscheidende Bedeutung zu. Diese Schwachstelle hat der Gesetzgeber erkannt. Eine Verbesserung der Überwachung soll nunmehr dadurch erzielt werden, daß die Zolldienststellen stärker als bisher an der Kontrolle mitwirken¹⁵⁸. §§48, 49 LMBG sowie §74 AMG enthalten einen Ermächtigungsvorbehalt zum Erlaß einer Rechtsverordnung, in der die Zusammenarbeit zwischen den Überwachungsbehörden der Länder und den Zolldienststellen sowie die Eingriffsbefugnisse der Zolldienststellen geregelt werden können¹⁵⁹. Darüberhinaus ist auch ein Ermächtigungsvorbehalt bei bestimmten Lebensmitteln vorgesehen (§49 LMBG). Danach kann die Einfuhr von der Anerkennung des Herstellerbetriebes, von der Meldung oder Vorführung an die zuständige Lebensmittelüberwachungsbehörde, von der Untersuchung oder der Beibringung eines amtlichen Untersuchungszeugnisses abhängig gemacht werden. Gleichzeitig kann angeordnet werden, daß diese Lebensmittel nur über bestimmte Zolldienststellen eingeführt werden. Die in den jeweiligen Paragraphen vorgesehenen Eingriffsbefugnisse, die unabhängig von den Rechtsverordnungen gelten, reichen für einen wirksamen Schutz nicht aus. Es bedarf

daher dringend der beschriebenen Rechtsverordnungen, um die angestrebte Verbesserung der Einfuhrkontrolle auch in die Tat umzusetzen¹⁶⁰.

Das Gerätsicherheitsgesetz stellt den Importeur dem Hersteller von *technischen Arbeitsmitteln* gleich (§3 Abs. 1 GSG). Wie dieser muß der Importeur die in der BRD allgemein anerkannten Regeln der Technik beachten (179).

Verletzen die Importeure von Lebens- oder Arzneimitteln die ihnen auferlegten Pflichten, so machen sie sich darüberhinaus *strafbar*. Die Betroffenen müssen nach dem LMBG mit einer Geldbuße bis zu DM 25 000, nach dem AMG sogar mit einer Gefängnisstrafe bis zu einem Jahr rechnen.

Neben den nationalen Gesetzen sind *zwischenstaatliche Vereinbarungen* zu beachten, die die Wareneinfuhr regeln¹⁶¹. Diese müssen bei der Einfuhr von den Importeuren eingehalten werden, wenn die gesetzgebenden Körperschaften dem Abkommen in der Form eines Bundesgesetzes zugestimmt haben (Art. 59 Abs. 2 Satz 1 EG-Vertrag). Hierzu zählen die Verträge über die EWG (heute EG), über die Europäische Gemeinschaft für Kohle und Stahl (Montanunion) und über die Europäische Atomgemeinschaft (Euratom). Derartige Abkommen werden im wesentlichen aus wirtschaftlichen Erwägungen getroffen. Auch hier rückt der Verbraucherschutz immer mehr in den Vordergrund, wie das erste Programm zu einer Politik zum Schutz und zur Unterrichtung der Verbraucher der EG vom 14.4.1975 zeigt. Der Schutz der Gesundheit und der Sicherheit der Verbraucher bildet einen besonderen Programmpunkt, der durch eine Verstärkung präventiver Verwaltungsmaßnahmen erreicht werden soll¹⁶².

Die Bedeutung des EWG-Vertrages ist unlängst durch ein Urteil des Europäischen Gerichtshofs noch einmal unterstrichen worden¹⁶³. Das Gericht hatte Inhalt und Umfang des Art. 30 des Vertrages auszulegen, wonach mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen zwischen den Mitgliedstaaten verboten sind. In dem Ausgangsverfahren war ein niederländischer Händler angeklagt, beim Import von Arzneimitteln aus Großbritannien gegen die niederländischen Gesundheitsvorschriften verstoßen zu haben, weil er die zur Einfuhr erforderlichen Begleitpapiere nicht besaß. Das Gericht stellte einen Verstoß gegen Art. 30 EWG-Vertrag fest, weil das Zulassungsverfahren ein für Importeure mangels Verfügungsgewalt über die notwendigen Unterlagen unüberwindbares Hindernis darstellte. Damit ist jedoch nicht jedes Zulassungsverfahren schlechthin untersagt. Vielmehr sind die Anforderungen so zu stellen, daß sie von Importeuren — wenn auch unter Aufwendung finanzieller Mittel — erfüllt werden können. Die derzeitige Praxis des Bundesgesundheitsamtes verstößt mit Sicherheit nicht gegen Art. 30 EWG-Vertrag. Aus verbraucherpolitischer Sicht ist es vielmehr zu bemängeln, daß sie keine ausreichende Überprüfung gewährleistet¹⁶⁴.

7 Zusammenfassung

- 164 Die vorangegangene Untersuchung befaßte sich schwerpunktmäßig mit einer Darstellung der verschiedenen Gesetzestexte und den Behörden im einzelnen zugestandenen Eingriffsbefugnissen. Als Fazit dieser Aufstellung ist festzuhalten, daß Arzneimittel-, Lebensmittel- und Gerätsicherheitsgesetz jedenfalls vom Gesetzestext her den Schutz des Verbrauchers vor unsicheren technischen Arbeitsmitteln und gesundheitsgefährdenden Arznei- und Lebens-

mitteln erheblich verbessert haben. Ob die hochgesteckten gesetzgeberischen Ziele verwirklicht worden sind, zeigt sich aber erst an einer effektiven Durchführung der Gesetze. Genau diese ist bei keinem der genannten Gesetze gewährleistet. Soweit die Gesetze Ermächtigungsvorbehalte für den Erlaß vorbeugender Verordnungen enthalten, kann man durchweg feststellen, daß von dieser Befugnis kein Gebrauch gemacht wird. Ohne die konkretisierenden Verordnungen sind die Gesetze — zu denken ist hier vor allem an das Arznei- und Lebensmittelgesetz — inhaltsleer. Die zurückbleibenden Generalklauseln enthalten zwar wohlklingende Absichtserklärungen des Gesetzgebers, für den Verbraucher bringen sie jedoch nichts. Die Gründe, warum die Bundesregierung bzw. die zuständigen Bundesminister die Regelungsbefugnisse nicht ausschöpfen, sind vielfältig. Zunächst ist zu berücksichtigen, daß den einzelnen Verordnungen jeweils umfassende wissenschaftliche Untersuchungen auf dem jeweiligen Fachgebiet vorausgehen müssen. Wichtiger dürfte aber sein, daß dem Erlaß jeder Verordnung eine allgemeine Interessenabwägung vorausgeht. Da letztlich jede Verordnung teuernd wirkt — sei es in Form einer Steigerung der Staatshaushaltsausgaben wegen einer Erweiterung des Personalbedarfs der Verwaltung, sei es in Form einer Preiserhöhung der Produkte wegen einer Steigerung der Herstellungskosten — ist ihr Erlaß im gegenwärtigen wirtschaftlichen und politischen Klima nur schwer vertretbar.

Die Durchführung der Gesetze ist noch an einer weiteren Stelle mangelhaft: die Kontrolle der Befolgung der Gesetze und der dazu erlassenen Verordnungen durch die zuständigen Aufsichtsbehörden ist nicht ausreichend gewährleistet. Lebensmittelüberwachungsbehörden der Länder, Gewerbeaufsichtsämter und das Bundesgesundheitsamt sind nicht in der Lage, die Vielzahl der ihnen übertragenen Aufgaben wahrzunehmen. Die Behörden sind weder personell noch in technischer Hinsicht so ausgestattet, daß sie die Gesetze kontrollieren und durchsetzen könnten.

Insgesamt ist also der *präventive* Schutz des Verbrauchers vernachlässigt. Dieser erfordert ja auch den größten Aufwand — man denke hier an regelmäßige Betriebskontrollen und ähnliches. Die Behörden greifen überwiegend *repressiv* ein, sogar erst dann, wenn bereits ein Schadensfall eingetreten ist. Der Verbraucher kann deshalb allenfalls damit rechnen, in der Zukunft geschützt zu werden. Solange die Behörden ihre getroffenen Maßnahmen oder ihre im Wege der Verhandlung erzielten Ergebnisse aus Angst vor denkbaren Schadenersatzansprüchen der Wirtschaft wegen geschäftsschädigenden Verhaltens nicht an die Öffentlichkeit bringen, um sie vor der Weiterverwendung oder Benutzung zu warnen¹⁶⁵, bleibt auch der Schutz des Verbrauchers vor bereits bekannten Gefahren in den Anfängen stecken.

Es ist nicht die Aufgabe dieser Arbeit zu erklären, wieso es an einer effektiven Durchführung gesetzlich festgelegter staatlicher Kontrollmaßnahmen mangelt. Festzustellen ist allerdings, daß auch in anderen Bereichen der Verbrauchergesetzgebung die mangelhafte Ausstattung der Exekutive tiefgreifende Verbesserungen verhindert. Solange dieser Zustand nicht geändert wird, haben Verbraucherschutzgesetze nur Alibi-Funktion. Der Staat kann so vorweisen, daß er sich für den Verbraucher einsetzt. Die fehlende Durchsetzung verhindert dann, daß der Staat der Wirtschaft zu nahe tritt. Verbraucherorganisationen müssen deshalb verstärkt auf eine Durchführung

der Gesetze achten. Solange dieses Problem nicht zugunsten der Verbraucher gelöst ist, erscheint es wenig sinnvoll, immer neue Gesetze zu fordern. Das gilt natürlich nur, soweit die Gesetze zur Entfaltung ihrer Wirksamkeit staatlicher Kontrolle bedürfen. Auf dem Hintergrund der aufgezeigten Problematik soll im folgenden ein kurzer Überblick über die noch vorhandenen Regelungslücken gegeben werden.

Im *Lebensmittelrecht* bestehen die Lücken vor allem darin, daß die entsprechenden Veordnungen fehlen. Solange das Gesetz nicht durch die Verordnungen ergänzt ist, läßt sich im Grunde keine umfassende Stellungnahme abgeben. Das Gleiche gilt tendenziell für das *Arzneimittelrecht*. Bedauernswert ist, daß die Novellierung des Arzneimittelrechts nicht zum Anlaß genommen wurde, die Flut der Medikamente energischer zu bekämpfen. Die Zulassungskontrolle mag für eine gewisse Eindämmung sorgen, sie wird aber nicht in der Lage sein, den Arzneimittelmarkt für die Verbraucher wirklich transparent zu machen. Das *Gerätesicherheitsgesetz* besteht noch in der alten Form. Die Gewerbeaufsichtsämter sind schon mit der ihnen durch dieses Gesetz übertragenen Aufgabe bereits überfordert. Gleichwohl sind die eingeräumten Kompetenzen unzureichend. Das Gerätesicherheitsgesetz gestattet nicht, zusätzlich zu einer Untersagungsverfügung gegenüber den Herstellern *direkt* gegen die Händler vorzugehen. Die lediglich subsidiäre Zugriffsmöglichkeit birgt die Gefahr in sich, daß in der Bundesrepublik etliche sicherheitsgefährdende Produkte im Handel verbleiben, obwohl die Gewerbeaufsichtsämter die weitere Herstellung untersagt haben¹⁶⁶. Zu bemängeln ist ferner, daß das Gesetz sich nicht auf den Bereich der Unterhaltungselektronik bezieht, obwohl auch von diesen Produkten Gefahren ausgehen (Hausbrandgefahr, Gefahr von Stromschlägen). Ausgenommen sind weiterhin Teile von Arbeitseinrichtungen. Die Industrie kommt noch nicht einmal den ihr vom Gesetz zugestandenen Selbstkontrollen ordnungsgemäß nach. Für viele Geräte existieren keine Normen (zum Beispiel Skateboards)¹⁶⁷. DIN-Normen sind mangelhaft¹⁶⁸, oder Normungsarbeiten beginnen verspätet (für Ski- und Zubehör erst 1972, für Sporttauchgeräte erst 1973). Große Unklarheit herrscht für den Verbraucher, was welches Zeichen eigentlich zu bedeuten hat. Ein erster Ansatz zur Vereinheitlichung des Prüfzeichen-Wirrwarrs ist durch die Einführung des neuen Zeichens 'GS' (geprüfte Sicherheit) gemacht worden; alle Prüfstellen seit dem 1.1.1978, auch die VDE-Prüfstelle, haben sich, gegenüber dem Bundesarbeitsministerium bereit erklärt, das neue GS-Sicherheitszeichen zu übernehmen, so daß die Einführung eines einheitlichen Sicherheitszeichens in der Bundesrepublik damit wohl gelungen ist¹⁶⁹. Diese Regelung ist auf die Initiative des Vermittlungsausschusses in das Gesetz vom 13.8.1979 aufgenommen worden¹⁷⁰.

Selbst wenn die Industrie die aufgezählten Mängel alle beseitigen würde, so blieben noch zwei grundsätzliche Mängel bestehen: Staat und Verbraucher sind an der Normgebungstätigkeit nicht in ausreichendem Umfang beteiligt und — was vielleicht noch schwerer wiegt — selbst wenn eine Beteiligung eingeräumt wurde, so bliebe immer noch die Tatsache bestehen, daß die Hersteller und Importeure die gemeinsam erarbeiteten Normen nicht einhalten müssen, da sie gemäß §3 Abs. 1 des Gerätesicherheitsgesetzes die Sicherheit auch auf andere Weise dartun können. Spätestens hier ist die Frage zu stellen, ob nicht die

technischen Arbeitsmittel auch bezüglich der Normgebungstätigkeit der staatlichen Kontrolle zu unterstellen sind. Die Frage muß jedoch theoretischer Natur bleiben, da in der Bundesrepublik keinerlei Bestrebungen zu erkennen sind, den bestehenden Zustand zu ändern. Bei den aufgezeigten Schwierigkeiten staatlicher Kontrolltätigkeit ist gegenüber der Forderung nach mehr Staat ohnehin Vorsicht angebracht.

IV ZIVILRECHTLICHE HAFTUNG FÜR DIE SICHERHEIT VON WAREN

1 Haftung des Warenherstellers nach deutschem Recht

165 Verantwortlich für die Sicherheit von Waren ist der *Hersteller*. Dieser steuert den Produktionsprozeß und kann durch den Einsatz geeigneter technischer Mittel auf die Sicherheit des zu verfertigenden Produkts Einfluß nehmen. Demgegenüber muß der *Verkäufer* des Produkts dem Verbraucher in erster Linie für die Gebrauchstauglichkeit einstehen (128).

166 (aa) Die Haftung des Warenherstellers ist im deutschen Recht nicht allgemein gesetzlich geregelt. Neben den Instituten des BGB stehen in einigen Fällen Spezialgesetze zur Verfügung, die eine Gefährdungshaftung des Herstellers begründen¹⁷¹. Sieht man von diesen Ausnahmen ab, kommt entweder eine Anwendung des §823 BGB — also Verschuldenshaftung — oder eine analoge Anwendung der spezialgesetzlichen Vorschriften in Betracht. Das Reichsgericht hat aber schon 1908¹⁷² eine analoge Anwendung der Vorschriften der Gefährdungshaftung mit dem Hinweis abgelehnt, daß es sich bei dieser gerade um eine Ausnahme vom allgemeinen Prinzip der Verschuldenshaftung handle, die nicht analogiefähig sei. Der Bundesgerichtshof¹⁷³ hat diese Rechtsprechung fortgesetzt. Die Haftung des Warenherstellers ist damit in den Bereich der Verschuldenshaftung des §823 BGB verwiesen. Die zunehmende Technisierung der industriellen Fertigung hatte aber zur Folge, daß der Geschädigte, der alle Voraussetzungen des §823 BGB beweisen mußte, immer häufiger in Schwierigkeiten geriet, dem Hersteller ein Verschulden bei der Fertigung des zur Schädigung führenden Produktes nachzuweisen. Zudem konnte der Unternehmer den Entlastungsbeweis nach §831 BGB führen und so die Haftung auf den einzelnen Arbeiter abwälzen. Diese Situation führte dazu, daß seit Beginn der 60er Jahre von der Literatur die Verschuldenshaftung des Warenherstellers gemäß §823 BGB als unbillig und ungerecht kritisiert wurde. Der Höhepunkt der Diskussion fand mit dem 47. Deutschen Juristentag (1968) statt¹⁷⁴. Zur Lösung des Problems wurde vorgeschlagen, den Hersteller aufgrund der besonderen rechtlichen Beziehungen zwischen Hersteller und Geschädigtem unabhängig vom Verschulden haften zu lassen¹⁷⁵. Andere Autoren¹⁷⁶ versuchten, eine analoge Anwendung von Vorschriften des Vertragsrechts zu begründen. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat dann jedoch im Hühnerpest-Urteil¹⁷⁷ allen Versuchen, eine Haftung des Warenherstellers losgelöst vom Verschulden mit Hilfe vertraglicher oder quasi-vertraglicher Konstruktionen zu begründen, eine Absage erteilt. Im gleichen Urteil hat der (BGH) dargelegt, daß

eine Haftung des Warenherstellers nur im Rahmen des §823 BGB denkbar ist. Allerdings hat der BGH insofern der technischen Entwicklung Rechnung getragen, als nunmehr nicht der Geschädigte ein Verschulden des Herstellers beweisen muß, sondern der Hersteller seine Schuldlosigkeit. Es besteht also eine Vermutung für ein Verschulden des Unternehmers bis zum Beweis des Gegenteils. Vermutet wird, daß der Fehler nur deswegen entstehen konnte, weil der Hersteller seinen Betrieb nicht hinreichend organisiert hat. Eine Vermutung des sogenannten Organisationsverschuldens gilt allerdings nur, wenn der Geschädigte nachweist, daß der 'Schaden im Organisations- und Gefahrenbereich des Herstellers, und zwar durch einen objektiven Mangel oder Zustand der Verkehrswidrigkeit ausgelöst worden ist'¹⁷⁸. Nicht notwendig ist der Nachweis, wie der Fehler im Betrieb des Schädigers verursacht wurde, also durch einen Konstruktions-, Fabrikations- oder Instruktionsfehler (162). Soweit nur der objektive Mangel feststeht, greift die Vermutung ein. Die Grundsätze des vermuteten Organisationsverschuldens betreffen nach einer neueren BGH-Entscheidung¹⁷⁹ auch Personen, die neben dem Hersteller haften und in dessen Produktionsbereich eine herausgehobene und verantwortliche Stellung haben, also leitende Angestellte. Zur Begründung beruft sich der BGH darauf, daß leitende Angestellte eine dem Hersteller vergleichbare Position haben¹⁸⁰. Diese Ausdehnung der Produzentenhaftung ist abzulehnen¹⁸¹. Zum einen ist die Haftung des leitenden Angestellten wirtschaftlich nur relevant, wenn der Hersteller selbst nicht leistungsfähig ist, zum anderen läuft eine derartige Verteilung des Schadens auch der inzwischen allgemein anerkannten Tatsache zuwider, daß grundsätzlich der Hersteller für Schäden aus dem Produktionsbereich aufkommen soll. Schließlich kann der leitende Angestellte seine Haftung nicht auf den Gewinn abwälzen, so daß ein wesentlicher Grundgedanke der Produzentenhaftung auf ihn gar nicht zutrifft.

Der BGH hat mit dem Hühnerpest-Urteil klargelegt, daß Produzentenhaftung ein Fall der Deliktshaftung ist, namentlich einer sogenannten Verkehrssicherungspflichtverletzung, denn die Haftung des Herstellers ist in der Hauptsache in einem deliktischen Fehlverhalten des Hersteller begründet. Erforderlich war und ist es deshalb, Inhalt und Umfang der produktionsmäßigen Verkehrssicherungspflichten festzulegen. Diesem Zweck dienen die Bemühungen der Literatur, die Produzentenhaftung nach der Art des Fehlers in Fallgruppen aufzugliedern¹⁸². Geradezu klassisch geworden ist die Einteilung in Konstruktions-, Fabrikations-, Instruktions- und Entwicklungsfehler.

Konstruktionsfehler entstammen der Konstruktion und haften deshalb der ganzen Fabrikationsserie an. Der BGH hat diese Fallgruppe im sogenannten Bremsen-Urteil¹⁸³ anerkannt und in einer Reihe weiterer Urteile bestätigt¹⁸⁴.

Als Instruktionsfehler bezeichnet man mangelhafte und unvollständige Gebrauchsanweisungen, die nicht genügend vor gefährlichen Wareneigenschaften warnen. Aufklärungen und Warnungen müssen hinreichend deutlich sein, das heißt sie müssen dem Betroffenen Klarheit über die ihm unter Umständen drohenden Gefahren verschaffen. Dazu muß der Hersteller die Gefahr vor naheliegenden Fehlgebräuchen mit in seine Überlegungen einbeziehen (164). Im Estil-Fall hat der BGH auch diese Fallgruppe anerkannt¹⁸⁵.

Schließlich sind noch die Entwicklungsfehler zu nennen; hierbei handelt es

sich um Fehler, die nach dem im Zeitpunkt der Entwicklung herrschenden Stand der Technik nicht voraussehbar waren.

Neben diesen vier Kategorien besteht eine Haftung des Herstellers bei Verletzung der Produktbeobachtungspflicht bzw. Rückrufpflicht¹⁸⁶. Denn nach dem Inverkehrbringen seiner Waren muß der Hersteller den Markt beobachten, um festzustellen, ob die von ihm hergestellten Produkte wider Erwarten Gefahren hervorrufen¹⁸⁷. Dogmatisch bildet die Produktbeobachtungspflicht einen Unterfall der Verkehrssicherungspflicht. Ihrer grundsätzlichen Anerkennung stehen insofern keine Hindernisse entgegen. Allerdings sind erst in jüngster Zeit von Rechtsprechung und Lehre Versuche unternommen worden, den Inhalt der Beobachtungspflicht zu konkretisieren¹⁸⁸. Die Beobachtungspflicht trifft den Hersteller für alle seine Produkte, unabhängig davon, ob es sich um Neukonstruktionen oder um seit Jahren gefahrlos produzierte Massenprodukte handelt¹⁸⁹. Einigkeit besteht darüber, daß der Hersteller nicht erst den ersten Schadensfall abwarten darf. Er muß vielmehr jeder Information nachgehen, die darauf hindeutet, daß das von ihm produzierte Produkt gefahrbringend ist. Eine besondere Rolle spielen hier Fachveröffentlichungen und Fachkongresse. Hat der Hersteller Kenntnis von der Gefahr, so ist die entscheidende Frage, ab welchem Zeitpunkt der Gefahrenkonkretisierung er seine Abnehmer, Kaufleute oder Verbraucher, vor den Gefahren warnen bzw. das Produkt vom Markt zurückrufen muß, um seiner Verkehrssicherungspflicht genüge zu tun. Das OLG Celle hat erstmalig aus der Sicht der Rechtsprechung Stellung genommen. Es verlangt als Voraussetzung einer Warnpflicht, eine konkret vorhersehbare, produktbezogene Gefahr, sowie eine verlässliche Tatsachengrundlage¹⁹⁰. Gerüchte reichen also nicht aus, ebenso wenig wie regional begrenzte Daten. Außerdem, so das OLG Celle, müsse dem Hersteller eine angemessene Zeit zur Überprüfung der Daten eingeräumt werden. Die Begriffsbildung ist noch recht vage und gibt dem Hersteller einen breiten Spielraum. Völlig unklar ist, welche Voraussetzungen gegeben sein müssen, damit die Warnpflicht in eine Rückholpflicht umschlägt. Erkennbar wird lediglich, daß die Rechtsprechung bei Arzneimitteln strengere Anforderungen stellt¹⁹¹. Erfüllt der Hersteller seine Produktbeobachtungspflicht nicht, so ist er verpflichtet, für aus der Pflichtverletzung entstandene Schäden Ersatz zu leisten.

Eine für alle Fehlerquellen bedeutsame Erweiterung der Haftung des Warenherstellers hat der BGH in der sogenannten Schwimmschalter-Entscheidung¹⁹² vorgenommen. Danach schließt der Umstand, daß zwischen dem Hersteller einer Ware und dem Geschädigten unmittelbare kaufvertragliche Ansprüche bestehen oder bestanden haben, die Inanspruchnahme des Herstellers aus dem Gesichtspunkt der Produzentenhaftung nicht aus. Zwischen vertraglichen und deliktischen Ansprüchen besteht also Gesetzeskonkurrenz. Der Geschädigte kann deshalb auch nach Ablauf einer kurzen vertraglichen Verjährung versuchen, den Schädiger aus dem Deliktstatbestand in Anspruch zu nehmen. Der BGH hat darüberhinaus das Verhältnis von deliktsrechtlichen zu vertraglichen Ansprüchen grundlegend neu definiert. Bislang galt der Satz, daß die Herstellung einer neuen, aber mangelhaften Sache keine Eigentumsverletzung darstellt. Daraus wurde die Schlußfolgerung abgeleitet, daß der Verkäufer zwar gewährleistungsrechtlich für die von ihm gelieferten Sachen

hafte, eine deliktsrechtliche Haftung dagegen nicht in Betracht komme. Nunmehr kann eine deliktsrechtliche Haftung bestehen, wenn es sich um einen funktional begrenzten Mangel-Fehler der Kaufsache handelt, der im Verhältnis zur Gesamtsache minderwertig ist und erst später, d.h. nach Gefahrenübergang einen weitergehenden, zusätzlichen Schaden an der zunächst mangelfreien Sache hervorruft¹⁹³. Der BGH hat damit die traditionelle Unterscheidung zwischen Delikt und Vertrag verlassen. Ausschlaggebend für die Ausdehnung war sicherlich die kurze Verjährung nach dem Vertragsrecht für Ansprüche, die deliktsrechtlichen Charakters sind. Die Entscheidung ist in der Literatur heftig diskutiert worden¹⁹⁴. Kurze Zeit später hat der gleiche Senat seine Rechtsprechung im sogenannten Hinterrad-Urteil bestätigt¹⁹⁵. Eine Änderung der Rechtsprechung ist deshalb nur noch durch eine Entscheidung des Großen Senats denkbar. Aus dogmatischer Sicht bleiben eine Reihe ungelöster Zweifelsfragen. So wird der funktionale Eigentumsbegriff eine Vielzahl von Abgrenzungsproblemen aufwerfen¹⁹⁶. Letzlich wird sich die Frage stellen, ob nicht der eingeschlagene Weg des BGH zu einem völligen Nebeneinander von Deliktsrecht und Vertragsrecht führt, weil der Unterscheidung innerhalb des Eigentums etwas Künstliches anhaftet¹⁹⁷. Die Gesetzeskonkurrenz führt hin zu der Frage, in welchem Umfang mittels vertraglicher Freizeichnungsklauseln deliktische Ansprüche ausgeschlossen werden können (210). Die Schwimmschalter-Entscheidung des BGH stärkt die Rechtsposition des Verbrauchers nachhaltig. Steht ihm doch nun der Weg offen in Fällen, wo bislang seine vertragliche Rechtsposition schwach war, Kompensation des erlittenen Nachteils über das Deliktsrecht zu erhalten.

- 167 (bb) Seit dem Hühnerpest-Urteil sind eine Vielzahl weiterer BGH-Entscheidungen ergangen, die Waren aller Art betrafen. Die Warenherstellhaftung ist praktisch vollkommen generalisiert; es gibt keine haftungsrechtlich privilegierten Produktionsreservate¹⁹⁸. Bezogen auf die vier anerkannten Fallgruppen ergibt sich folgendes Bild: für Konstruktionsfehler¹⁹⁹ und Instruktionsfehler²⁰⁰ haftet der Hersteller schon heute ohne Entlastungsmöglichkeit. Wer Produkte in den Verkehr bringt, die nach dem Erkenntnisstand zur Zeit der Herstellung eine Fehlkonstruktion darstellen, verletzt seine allgemeine Verkehrssicherungspflicht. Das Gleiche gilt für denjenigen, der Produkte in den Verkehr bringt, ohne den Verbraucher in angemessener Weise auf Produktgefahren hinzuweisen, deren Kenntnis er bei dem angesprochenen Abnehmerkreis nicht ohne weiters voraussetzen darf. Für den Bereich der Fabrikationsfehler ist zu differenzieren. Der Hersteller haftet nur für solche Fabrikationsfehler, für die ihm auch der Vorwurf einer Pflichtverletzung gemacht werden kann. Bei sogenannten Ausreißern, die auch bei sorgfältiger Beachtung aller Sicherheitsmaßnahmen im Rahmen einer industriellen Fertigungsmethode auftauchen können, kann dem Hersteller aber kein Vorwurf gemacht werden²⁰¹. Deshalb kann der Hersteller von der Haftung für Fabrikationsfehler freikommen, wenn er beweisen kann, daß der Geschädigte durch einen sogenannten Ausreißer verletzt wurde. Zwar dürfte für den Hersteller eine derartige Beweisführung recht schwierig sein²⁰², zwei jüngst entschiedene Fälle zeigen jedoch, daß der Entlastungsbeweis gelingen kann²⁰³. Für Entwicklungsfehler haftet der Hersteller grundsätzlich nicht. Dem

Hersteller kann bei Vorliegen eines Entwicklungsfehlers kein Vorwurf gemacht werden, weil die gefährlichen Eigenschaften im Zeitpunkt der Konzeption und Fabrikation objektiv nicht erkennbar waren²⁰⁴. Obwohl Entwicklungsgefahren deshalb begrifflich von der Verschuldenshaftung nicht erfaßt werden können, ist durch die Anerkennung der Produktbeobachtungspflichten dennoch eine Haftung denkbar. Die Beobachtungspflicht zwingt den Hersteller, auch solche Produkte zurückzurufen, die im Zeitpunkt der Entwicklung nach dem damaligen Stand der Technik einwandfrei waren. Der Hersteller haftet jedoch nur für solche Schäden, die nach dem Zeitpunkt aufgetreten sind, in dem aufgrund der Beobachtungshaftung eine Handlungspflicht bestand. Theoretisch denkbar wäre, daß der Hersteller selbst für die erste Schadensserie haften muß, wenn nur bereits schon vor Schadenseintritt in wissenschaftlichen Veröffentlichungen auf die Gefahren hingewiesen worden war. Das OLG Celle hat erstmalig in seiner Entscheidung zu prüfen gehabt, ob eine Produktbeobachtungshaftung für einen Entwicklungsfehler bestand²⁰⁵. Die Problematik des durch die Produktbeobachtungspflicht gewährten Schutzes vor Entwicklungsschäden läßt sich an der Entscheidung gut verdeutlichen. Einmal liegt es auf der Hand, daß der Hauptstreit in den Prozessen darum geht, wann eine wissenschaftliche Veröffentlichung eine Handlungspflicht begründet. Der Streit wird so in die Wissenschaft hineingetragen und führt zu einer Abstufung von bedeutenden — sprich zu verfolgenden und unbedeutenden, gleich zu vernachlässigenden — Untersuchungen. Zum anderen trägt der Kläger die volle Beweislast dafür, daß der Hersteller seine Produktbeobachtungspflicht verletzt hat²⁰⁶. Hat der Hersteller einmal bewiesen, daß der Schaden auf einem Entwicklungsfehler beruht, so kann er in Ruhe die Beweisführung des Geschädigten abwarten. Keinesfalls kann man davon sprechen, daß über die Produktbeobachtungshaftung das Problem der Entwicklungsschäden eliminiert wird²⁰⁷. Der Verbraucher muß weiterhin das Produktrisiko für Entwicklungsfehler tragen. Das gleiche gilt für die sogenannten Ausreißer. Eine Durchsicht der bisher entschiedenen Fälle macht deutlich, daß sich dieses Risiko nur sehr selten realisiert. Für alle anderen Fehlergruppen ist die Rechtsprechung zu recht akzeptablen Ergebnissen gelangt. Diese Tatsache hat zur Folge, daß zunehmend Stimmen laut werden, die die Ausgestaltung der Produzentenhaftung durch die Rechtsprechung als Dauerlösung hinnehmen wollen.

- 168 (cc) Derartige Ansätze übersehen, daß die Rechtsprechung, neben den aufgezeigten Schutzlücken, wesentliche Mängel aufweist. Sicherlich ist es ein wenig fruchtbares Unterfangen, die dogmatische Begründung des BGH für die Beweislastumkehr anzugreifen. Denn die Rechtsprechung des BGH hat insoweit bereits gewohnheitsrechtlichen Charakter²⁰⁸. Weit schwerer wiegt dagegen, daß auch die ausgeprägte Kasuistik nicht darüber hinwegtäuschen kann, daß eine Konkretisierung der Verhaltenspflichten des Herstellers nicht befriedigend gelungen ist. Denn Entwicklung, Konstruktion, Fertigung und Vertrieb stehen in einem derart engen Zusammenhang, daß nur eine ganzheitliche Betrachtung des Produktschadens sich als juristisch adäquat und operabel erweist²⁰⁹. Die Rechtsprechung weicht schließlich auch auf allgemeine

Beurteilungsmaßstäbe aus, was die Gefahr in sich birgt, daß der konkrete Inhalt der dem Produzenten obliegenden Verhaltenspflichten praktisch erst *ex post* vom eingetretenen Schaden her und nicht, wie bei einer Verhaltenshaftung erforderlich, vom Zeitpunkt des potentiellen Handelns oder Unterlassens her präzisiert wird²¹⁰. Eine derartige Rechtsprechung ist aber für Schädiger und Geschädigte nur sehr schwer vorzukalkulieren. Das Dilemma kann nicht gelöst werden, solange für die Begründung der Haftung Art und Umfang der aus §823 BGB abgeleiteten Verkehrssicherungspflicht maßgebend ist.

Als Dauerlösung ist diese Rechtsprechung auch deshalb abzulehnen, weil die Produzentenhaftung nicht, wie die Rechtsprechung glauben machen will, ein Problem der Beweislastverteilung ist. Es mag sein, daß der BGH diesen Weg wählen mußte, weil ihm nach dem herkömmlichen Rechtsverständnis nicht zusteht, eine verschuldensunabhängige Haftung durch Gerichtsurteil einzuführen. Weit wichtiger ist wohl die Entlastungsfunktion. Der BGH braucht nicht zu den Ursachen der Entstehung der Probleme um die Produzentenhaftung Stellung zu nehmen, er kann sich auf den scheinbar neutralen Boden der prozessualen Regeln zurückziehen²¹¹. Die prinzipielle Auseinandersetzung mit dem Stellenwert der Produzentenhaftung für Funktion und Bedeutung des Haftpflichtrechts in einer Industriegesellschaft findet wegen dieses Ausweges nicht statt. So verdrängen Diskussionen zur richtigen Beweislastverteilung die Reflexion über die Forderung nach neuen materiellen Regeln.

Der scheinbar neutrale Lösungsweg des BGH kann aber nicht verhindern, daß jede Beweislastverschiebung die Voraussetzungen der Produzentenhaftung selbst verändert. Das gilt nicht nur für die Beweislastumkehr im Bereich des Verschuldens, auch wenn hier die Änderung am auffälligsten ist. Genau genommen hat der BGH zumindest in den Fällen, in denen eine Entlastungsmöglichkeit ausscheidet, unter dem Deckmantel des Verfahrensrechts eine Quasi-Gefährdungshaftung eingeführt²¹². Auch im Bereich des Tatbestandes hat der BGH den Schwierigkeiten des Geschädigten, die Kausalität zwischen Fehler und Schaden darzutun, durch entsprechende Beweiserleichterungen Rechnung getragen. Der BGH hat dem Geschädigten die Möglichkeit des Anscheinsbeweises zuerkannt und gleichzeitig dafür gesorgt, daß Einwände des Herstellers, die den Anscheinsbeweis zu Fall bringen könnten, häufig als bloße Schutzbehauptungen zurückgewiesen werden können²¹³. Eigentlich entscheidend an dieser Rechtsprechung ist nicht die Beweiserleichterung zugunsten des Geschädigten, sondern die zunehmende Unmöglichkeit des Herstellers, sich zu entlasten, wodurch einmal mehr die materiellen Haftungsvoraussetzungen verändert werden.

Versteckt unter dem Mantel des Verfahrensrechts deutet sich deshalb an, was viele nicht wahrhaben wollen. Die Produzentenhaftung kann mit dem Mittel der Verschuldenshaftung nicht gelöst werden, ohne daß die Verschuldenshaftung sich selbst aufhebt. Die Probleme der Produzentenhaftung sind deshalb auf Dauer weder mit prozessualen Techniken noch mit einer — wie auch immer gearteten — an die individuelle Schuld des Herstellers anknüpfenden Haftung zu lösen. Über kurz oder lang wird auch diese letzte Bastion des traditionellen

Argumentationsrahmens fallen und den Weg frei geben müssen für Regelungsinstrumente, die den Besonderheiten der industriellen Serienproduktion angepaßt sind²¹⁴.

2 Vergleich der Konvention des Europarates (ER) und des Entwurfes der Europäischen Gemeinschaft (EG) mit der deutschen Rechtsprechung zur Haftung des Warenherstellers

169 Ansätze zu einer Weiterentwicklung des Haftungsrechts sind im nationalen Bereich nicht zu erwarten. Allgemein hat sich zwar die Überzeugung durchgesetzt, daß das geltende deutsche Recht dem Schutzbedürfnis des Verbrauchers nur unzulänglich Rechnung trägt²¹⁵. Auch die Bundesregierung hat in ihrem zweiten Bericht zur Verbraucherpolitik vom 12.10.1975²¹⁶ die Notwendigkeit einer Reform hervorgehoben, jedoch eine nationale Lösung der Probleme zugunsten einer europäischen Neuregelung zurückgestellt. Zur Zeit liegt die Konvention des Europarates vom 27.1.1977²¹⁷ und der Entwurf der EG-Kommission vom 1.10.1979²¹⁸ vor. Die Konvention ist von den zuständigen Ministern Belgiens, Frankreichs, Luxemburgs und Österreichs bereits unterzeichnet worden. Der EG-Entwurf vom 1.10.1979 ist das Ergebnis langjähriger Beratungen²¹⁹. Nachdem der Vorentwurf am 26.4.1979 bereits Gegenstand der Beratung im Europäischen Parlament war²²⁰, liegt der jetzige Entwurf dem Ministerrat zur Entscheidung vor. Noch läßt sich nicht absehen, ob die angestrebte Regelung zustandekommt.

(a) Gegenüberstellung der Grundzüge der Konvention/des Entwurfes und der deutschen Rechtspraxis

170 Beide Vorschläge sehen vor, daß der Hersteller einer beweglichen Sache *unabhängig vom Verschulden* für Schäden haftet, die durch die fehlerhafte Ware entstanden sind (Art. 3 Abs. 1 ER, Art. 1 EG). Nach der Überzeugung der Kommission ist allein die *Gefährdungshaftung* geeignet, den Beweisschwierigkeiten des Geschädigten Rechnung zu tragen und die wesentlichen Schadensverursachungen zu erfassen²²¹. Um die Einbeziehung der Entwicklungsgefahren wurde zwar heftig gestritten, jedoch wurde überwiegend die Ansicht vertreten, daß der Verbraucher das Risiko neuer Technologien nicht tragen dürfe (so ausdrücklich Art. 1 Abs. 2 EG)²²². Da auch Ausreißer vom Schutzbereich der Entwürfe mit erfaßt werden, würden die aus der Verschuldenshaftung resultierenden Schutzlücken beseitigt und die Rechtsposition des Verbrauchers nachhaltig gestärkt. Allerdings konnten sich beide Kommissionen nicht zu einer reinen Kausalhaftung entschließen²²³. Um eine Haftung des Herstellers zu begründen, muß der Geschädigte nicht nur den Fehler und den Schaden, sondern auch die Kausalität beweisen²²⁴. Insoweit unterscheiden sich die Entwürfe nicht von der gemäßigten Verschuldenshaftung des deutschen Rechts.

171 (aa) Für die bisherige Diskussion ist es fast selbstverständlich gewesen, den *Produktfehler* in den Mittelpunkt der Überlegungen zur Verantwortung des Herstellers zu stellen. Auch die Kommissionen haben viel Arbeit auf eine Definition des Fehlers verwendet. Der Rückgriff auf den Fehlerbegriff läßt

erkennen, daß die Rechtfertigung für die Schadenersatzpflicht des Herstellers immer noch in einem wie immer gearteten vorwerfbaren Verhalten gesucht wird. Immerhin muß zur Rechtfertigung der Kommissionen gesagt werden, daß sie sich der Gefahr bewußt waren. Um nicht dem Verschuldenprinzip über den Fehlerbegriff Hintertüren zu öffnen, sind beide Vorschläge von einem objektiven Fehlerbegriff ausgegangen²²⁵. Sie stellen auf die Sicherheit ab, die der Verbraucher unter Berücksichtigung aller Umstände zu erwarten berechtigt ist (Art. 2c ER und 4 EG). Der Produzent muß alle Vorkehrungen treffen, die 'man' zu erwarten berechtigt ist, was heißt, daß er bei der Produktion den Stand der Wissenschaft und Technik einzuhalten hat. 'Man' signalisiert die Grundbedingung der Haftung. Obwohl eine Objektivierung des Fehlerbegriffs so möglich ist, sind Zweifel angebracht, ob der Verschuldensgrundsatz nicht doch durch Formulierungen wie 'man' und 'Fehler' wieder zum Tragen kommen kann. Denkbar wären Situationen, in denen das Produkt zwar Schaden stiftet, 'man' dies aber dem Produzenten nicht als 'Fehler' anlasten könnte. Je nachdem, wie der Kenntnis- und Erfahrungshorizont des Benutzers definiert wird, kann 'man' die Erwartungen an den Hersteller unterschiedlich definieren, ihn also auch vor einer Schadenersatzpflicht bewahren. Lediglich der Entwurf der EG-Kommission bietet in Art. 1 Abs. 1 einen Anhaltspunkt dafür, derartigen Interpretationsversuchen einen Riegel vorzuschieben. Dort heißt es, der Produzent müsse für den Schaden, den ein Produktfehler verursache, aufkommen, und zwar ganz gleich, ob er den Fehler kannte oder hätte kennen können. Wenn es nicht einmal darauf ankommt, inwieweit der Hersteller einen bestimmten Fehler hätte kennen können, dann dürfte es wohl kaum gelingen, Fallkonstellationen zu finden, in denen er den Schaden nicht auszugleichen braucht²²⁶.

Beide europäischen Vereinheitlichungsvorschläge orientieren sich, sieht man von der Erwähnung der Entwicklungsgefahren in Art. 1 Abs. 2' des EG-Entwurfes ab, nicht an der Aufstellung von Fallgruppen²²⁷, wie das in der deutschen Rechtsprechung und Literatur zur Ein- und Abgrenzung der Haftung geschehen ist. Die Vorschläge bewirken durch die Definition des Fehlerbegriffs so eine Verbesserung des Rechtsschutzes. Darüberhinaus ermöglicht diese Regelung, auch bisher nicht vorstellbare oder noch nicht vorgekommene Produktfehler ohne weiteres mit in die Haftung einzubeziehen, ohne daß es notwendig wird, sie herausgebildeten Fallgruppen zuzuordnen.

Seit längerem hatte auch die deutsche Rechtslehre versucht, den Produktfehler zu definieren. Danach wird ein Produkt dann als fehlerhaft angesehen, wenn es nicht die nach der Verkehrsanschauung erforderliche Beschaffenheit besitzt und gefährlicher ist als eine gleichartige Sache von der erforderlichen Beschaffenheit²²⁸. Eine derartige Definition des Fehlers stieß jedoch auf Ablehnung, da im Deliktsrecht nicht von einem zu definierenden Fehlerbegriff ausgegangen werden könne²²⁹. Anhaltspunkte müßten aus den Gefahrabwendungspflichten hergeleitet werden, die sehr vielgestaltig seien. Die Verwendung eines Fehlerbegriffs ebenso wie die Bildung von Fallgruppen bedeuteten eine Einengung. Die entscheidende Frage könne nur sein, ob der Hersteller in vorhersehbarer Weise durch seine Erzeugnisse eine Ursache für eine Verletzung deliktsrechtlich geschützter Rechtsgüter gesetzt habe²³⁰. Die

Grenzen der Haftung lägen demgemäß da, wo den Hersteller noch der Vorwurf eines Verschuldens träfe.

Die Rechtsprechung hat bisher nicht den Versuch unternommen, den Produktfehler allgemein zu definieren. Sie hat lediglich die Fallgruppen der Konstruktionsfehler und Fabrikationsfehler anerkannt und für beide Gruppierungen unterschiedliche Beweislastregelungen bezüglich des Verschuldens aufgestellt²³¹. Die Vorschläge bringen deshalb vom Standpunkt der Rechtsprechung aus eine echte Neuerung. Allerdings hatte die Rechtsprechung die Sicherheit eines Produkts bereits im Rahmen des §823 Abs. 2 i. V. m. §3 des Gerätesicherheitsgesetzes berücksichtigt²³². Maßstab der Sicherheit sind hier die technischen Normen (DIN, VDE). Diese Normen sind jetzt für die Bestimmung der Sicherheit der Ware im Sinne der europäischen Vorschläge heranzuziehen. Bedenken gegen die uneingeschränkte Verwendung derartiger technischer Normen bestehen jedoch insofern, als sie von der Industrie selbst ohne öffentliche Kontrolle aufgestellt werden²³³.

Die von den Kommissionen gewählte Definition des Fehlerbegriffs schließt auch Fälle ein, in denen der Verbraucher die Sache nicht bestimmungsgemäß verwendet²³⁴. Denn die Erwartung des Verbrauchers, die er berechtigterweise haben kann, erstreckt sich zumindest auf solche Fehlgebräuche, mit denen der Hersteller rechnen muß²³⁵. Daran ändert auch die Neufassung des Art. 4 EG nichts, wo der bestimmungsgemäße Gebrauch als Haftungsvoraussetzung ausdrücklich aufgeführt ist²³⁶.

In der deutschen Rechtsprechung²³⁷ sah es zunächst so aus, als ob der BGH Entschädigungen nur bei bestimmungsgemäßer Verwendung gewähren wollte. Jedoch hat der BGH im Estil-Urteil²³⁸ anerkannt, daß bei naheliegendem Fehlgebrauch den Hersteller insoweit die Pflicht trifft, den Verbraucher zu warnen. Diese Rechtsprechung hat der BGH im Spannkupplungs-Urteil²³⁹ scheinbar eingeschränkt, da nunmehr auch der Benutzer sich selbst darum kümmern muß, wie er mit dem gekauften Produkt umzugehen hat. Das genannte Urteil betrifft aber gewerbliche Abnehmer und nicht den Endverbraucher, so daß für diesen die Einschränkung nicht unbedingt zu gelten braucht. Ebenso wie der BGH im Estil-Urteil befürwortet ein Teil der Lehre²⁴⁰ die Entschädigung des Verbrauchers, wenn die Art und Weise der Benutzung, die zum Schadenseintritt führte, innerhalb des rechtlich vorauszusehenden Gebrauchs lag. Rechtsprechung und Literatur entsprechen der Regelung in §84 Arzneimittelgesetz²⁴¹.

- 172 (bb) Eine *Beschränkung der Haftung* findet sich in Art. 5 der Vorschläge. Danach haftet der Hersteller nicht, wenn er dartun kann, daß er die fehlerhafte Sache nicht in Verkehr gebracht hat oder die Sache im Zeitpunkt des Inverkehrbringens nicht fehlerhaft war. Die erste der beiden Hypothesen nimmt einen unbestrittenen Grundsatz auf: die Produzentenhaftung setzt die Freigabe des Produkts für eine Verwendung durch Dritte voraus²⁴². Der Sinn der zweiten Hypothese ist unklar, schon deshalb, weil er für alle Produktfehler gilt. Denn Produkte, die mit einem Entwicklungsfehler behaftet sind, sind bereits im Zeitpunkt des Inverkehrbringens fehlerhaft. Gemeint seien könnten deshalb Fälle, in denen der Benutzer sich den Schaden selbst zuzuschreiben hat. Der Hersteller wäre demnach dann entlastet, wenn er nachweisen kann, daß der

Schaden durch unsachgemäße Verwendung entstanden ist²⁴³. Solange der Hersteller sich nicht entlasten kann, werden beide Sachverhalte zugunsten des Verbrauchers vermutet. Als Haftungsvoraussetzung ist das Erfordernis daher bedeutungslos.

Anders verhält es sich im deutschen Recht. Hier sind beide Sachverhalte Teil der tatbestandlichen Voraussetzung der Haftung. Das gilt zumindest dann, wenn man die Produzentenhaftpflicht als Unterfall der Verkehrssicherungspflicht ansieht²⁴⁴. Der Hersteller ist derjenige, der die Gefahrenquelle eröffnet. Er tut dies durch das Inverkehrbringen der fehlerhaften Ware — somit beginnt die Haftung erst ab dem Zeitpunkt des Inverkehrbringens²⁴⁵ und besteht nur, wenn die Sache zu diesem Zeitpunkt fehlerhaft war²⁴⁶. Beide Sachverhalte haben in der deutschen Praxis bisher allerdings keine Rolle gespielt. Von den genannten Voraussetzungen zu trennen ist die Frage, ob der Hersteller Kenntnis von der Fehlerhaftigkeit der Sache haben muß. In Art. 1 Abs. 2 des EG-Entwurfs wird ausdrücklich festgestellt, daß es für die Begründung der Haftung auf die Kenntnis nicht ankommt. In der Konvention des Europarates fehlt eine derartige Vorschrift. In der deutschen Rechtsprechung ist anerkannt, daß der Hersteller auch dann zum Schadenersatz verpflichtet ist, wenn er erst nachträglich vom Fehler erfährt²⁴⁷.

Die Haftung des Herstellers kann auch durch ein Mitverschulden des Geschädigten begrenzt oder ausgeschlossen werden. Dieser Grundsatz wird in der Konvention (Art. 4) und nunmehr auch in dem geänderten Richtlinienentwurf (Art. 5 Abs. 2) gesondert erwähnt²⁴⁸.

- 173 (cc) *Art und Umfang des zu ersetzenden Schadens* differieren in beiden Vorschlägen beträchtlich. Während nach der Konvention nur Personenschäden ersetzt werden sollen (Art. 3 Abs. 1), umfaßt der EG-Entwurf auch Sachschäden (Art. 6), die ein privater Endverbraucher an seinem Vermögen erlitten hat. Der EG-Entwurf bestimmt ausdrücklich (Art. 6b), daß nur solche Sachen ersetzt werden, die nicht zum gewerblichen Gebrauch erworben und verwendet worden sind und die der Verbraucher im Augenblick des Gebrauchs auch privat nutzen wollte²⁴⁹ (Art. 6b ii). Die privaten Gebrauchsgegenstände werden allerdings nur ersetzt, wenn sie infolge der fehlerhaften Sache zu Schaden gekommen sind. Die beschädigte oder zerstörte Sache selbst wird nicht entschädigt²⁵⁰. Insoweit finden die nationalen kaufrechtlichen Regeln zwischen Händler und Käufer Anwendung, in die nicht eingegriffen werden sollte²⁵¹. Da der Entwurf auch Mangelfolgeschäden erfaßt, die unter §§459, 463 BGB, positiver Forderungsverletzung abgedeckt werden können²⁵², können sich entgegen dieser Zielsetzung Überschneidungen ergeben.

Das deutsche Recht kennt diese Beschränkungen nicht. Denn gemäß §823 I, II BGB werden Personen- und Sachschäden einschließlich der beschädigten Sache selbst ersetzt. Ebensowenig ist der Anwendungsbereich des §823 Abs. 1 und Abs. 2 BGB auf Verbraucher beschränkt. Die bisherigen Entscheidungen der Rechtsprechung betreffen sogar überwiegend Streitigkeiten zwischen Herstellern und gewerblichen Abnehmern²⁵³. Mehr als der durch ein fehlerhaftes Produkt hervorgerufene Schaden wurde und wird nicht verlangt.

Die Konvention läßt zu, daß die Mitgliedsländer die Haftung summenmäßig begrenzen (Annex 2). Gleichzeitig bestimmt die Konvention einen Mindestbetrag, der in jedem Fall zu leisten ist (im Falle der Verletzung oder Tötung eines Menschen DM 200 000). Werden durch gleiche Produkte, die denselben Fehler aufweisen, mehrere Menschen getötet oder verletzt, so darf der Höchstbetrag der aufgrund der Konvention zu leistenden Ersatzzahlung DM 30 Mio nicht unterschreiten. Auch der EG-Entwurf enthält eine Haftungsbegrenzung (Art. 7). Bei Serienunfällen wird die Haftung auf 25 Mio RE begrenzt. Bei dem häufigsten Fall, der Schädigung einer Einzelperson, haftet der Hersteller unbeschränkt. Genau umgekehrt verhält es sich mit den vorgesehenen Haftungsbeschränkungen für Sachschäden. Hier ist im Einzelfall die Haftung beschränkt, abgestuft danach, ob es sich um das bewegliche oder unbewegliche Vermögen handelt. Bei einem Serienunfall besteht keine Beschränkung der Höhe nach. Beide Kommissionen halten die Begrenzung für erforderlich, da nur so für die Hersteller das Risiko einer Gefährdungshaftung, insbesondere auch für Entwicklungsschäden, berechenbar sei²⁵⁴. Aus der Schweiz und den USA, wo die Haftungsbegrenzung nicht besteht²⁵⁵ ist nicht bekannt, daß die Risikobereitschaft der Unternehmer zur Entwicklung neuer Technologien erkennbar gelitten hat²⁵⁶. In neuerer Zeit häufen sich allerdings die Stimmen, die behaupten, daß 'strict liability' in den USA doch zu einer untragbaren Belastung geführt hat²⁵⁷. Ausgangspunkt der Diskussion sind zwei in den USA durchgeführte Untersuchungen, die beide zum Ergebnis kommen, daß die unbeschränkte Haftung die Ersatzpflichtigen in eine problematische Lage bringt²⁵⁸. Selbst wenn diese Einschätzung zutrifft, sind die gewonnenen Ergebnisse nur mit aller Vorsicht auf die Verhältnisse in Europa zu übertragen²⁵⁹. Ebenso wenig überzeugt die Argumentation, daß die Haftung beschränkt werden muß, weil sie vom Verschulden unabhängig ist²⁶⁰. Auch bei einer Gefährdungshaftung beruht die Zurechnung eines Schadens auf einem dem Hersteller zurechenbaren Verhalten²⁶¹, so daß nicht einsichtig ist, wieso anders als bei der Verschuldenshaftung im Bereich der Gefährdungshaftung die Kalkulierbarkeit des Risikos von besondere Bedeutung sein soll. Die Kommissionen haben sich auf Diskussionen nicht eingelassen. Aus ihrer Sicht stand fest, daß Abkehr vom Verschulden Einschränkung der Haftung bedeutet. Sie haben sich allerdings nicht damit auseinandergesetzt, daß das Risiko, einen Teil seines Schadens selbst tragen zu müssen, je nach Art des Produktschadens und der Art des jeweils Schaden stiftenden Erzeugnisses stark variiert. Fabrikationsfehler bei einzelnen Haushaltsgeräten haben nun einmal ganz andere Dimensionen als Entwicklungsfehler bei Medikamenten. Die Kommissionen hätten deshalb im Rahmen einer Haftungsbegrenzung nach der Eigenart des Schadens orientierte Maßnahmen treffen müssen. Der von der EG eingeschlagene Weg der Differenzierung überzeugt nicht, weil die verschiedenen Schadensursachen bei Serienunfällen gerade nicht bedacht wurden. Der EG ging es vor allem darum, akzeptable Durchschnittswerte festzulegen. So gesehen stellt die Entscheidung der Kommissionen einen Kompromiß zugunsten der Produzenten dar²⁶². Beläßt man es bei der gegenwärtigen produktunabhängigen Höchstsumme, dann dürfte sich die Aufmerksamkeit der Geschädigten sehr bald auf Umgehungsstrategien konzentrieren. Anhalts-

punkte bieten die Richtlinien selbst: obwohl die Entwürfe eine Rechtsvereinheitlichung anstreben, ergänzen sie letztlich das nationale Recht nur um eine zusätzliche Anspruchsgrundlage. Europarat und EG-Kommission stellen nämlich ausdrücklich fest, daß Ansprüche aus 'anderem Rechtsgrund' unberührt bleiben (jeweils Art. 11 der Vorschläge). Anderer Rechtsgrund heißt zunächst so viel wie an das Verschulden gekoppelte Anspruchsgrundlagen. §823 BGB kommt deshalb eine wichtige Auffangfunktion für Schadenersatzansprüche zu, die über die Haftungsbeschränkung hinausgehen. Das gleiche gilt für Schmerzensgeldansprüche, denn die Haftungsbeschränkung erfaßt auch den nunmehr in Art. 6c des EG-Entwurfs vom 1.10.1979²⁶³ gewährten Anspruch auf Schmerzensgeld. Andererseits kann die deliktsrechtliche Haftung auch nach deutschem Recht beschränkt werden, wenn im Rahmen eines Vertrages ein entsprechender Ausschluß vorgesehen ist²⁶⁴. Die Grenzen des Haftungsausschlusses bestimmen sich nach §11 Nr 7 AGB-Gesetz (210).

174 (dd) Der Geschädigte muß nach den Vorschlägen die *Kausalität* zwischen Fehler und Schaden beweisen. Wann ein Fehler kausal ist, richtet sich nach nationalem Recht. Beide Vorschläge haben sich mit den Schwierigkeiten, die der Geschädigte mit der Beweisführung der Kausalität hat, nicht befaßt. Eine gewisse Besonderheit weist Art. 5 Abs. 2 der Konvention auf. Danach haftet der Hersteller auch für Schäden, die sowohl durch den Fehler des Produkts als auch durch die Einwirkung eines Dritten verursacht worden sind. Im EG-Entwurf fehlt eine derartige Bestimmung. Auch nach deutschem Recht haftet der Schädiger, wenn ein Dritter in den Kausalverlauf eingreift. Voraussetzung ist, daß das Eingreifen adäquat kausal war und der Dritte zum Eingreifen herausgefordert wurde²⁶⁵.

175 (ee) Die *Verjährung* ist in den Vorschlägen identisch ausgestaltet. Der Anspruch des Geschädigten verjährt in drei Jahren ab Kenntnis oder Kenntnismüssen des Schadens, des Fehlers und der Identität des Herstellers (Art. 6 ER, 8 EG). Nach dem jeweiligen Landesrecht richtet sich dann, wann die Verjährung unterbrochen oder gehemmt ist. Die Interessen des Herstellers, nicht zeitlich unbegrenzt haften zu müssen, werden durch eine zehnjährige Ausschlußfrist berücksichtigt, die mit dem Zeitpunkt des Inverkehrbringens beginnt (Art. 7 ER, 9 EG). Nimmt man die Vorschläge beim Wort, so heißt dies in letzter Konsequenz, daß der Hersteller sich nach Fristablauf nicht mehr um seine Erzeugnisse kümmern muß. Mit Ablauf der Frist hört die Produktbeobachtungspflicht auf. Verursacht ein jahrelang gefahrlos sich im Handel befindliches Produkt nach Fristablauf einen Schaden, wird dieser nicht ersetzt. Mit den Erfahrungen aus den bisherigen Produktschäden läßt sich eine solche Lösung schwer vereinbaren. Oft genug hat sich vor allem bei Medikamenten und Kosmetika gezeigt, daß sich scheinbar harmlose Produkte zu gefährlichen Gefahrenquellen entwickeln²⁶⁶. Die überaus oberflächliche Regelung der Entwürfe kann nur dann entschärft werden, wenn die Produktbeobachtungspflicht, die aus §823 BGB folgt, weiter besteht, und der Hersteller so zumindest deliktsrechtlich haftet. Das deutsche Deliktsrecht geht nämlich von einer dreijährigen Verjährungsfrist ab Schadenseintritt aus (§852 BGB), so daß der

Geschädigte insofern geschützt wäre. Bemerkenswert ist auch, daß die strikte Haftung des Arzneimittelherstellers gemäß §90 Abs. 1 AMG immerhin 30 Jahre währt.

176 (ff) Die nach den Vorschlägen begründete Haftung darf nicht *vertraglich ausgeschlossen oder begrenzt* werden (Art. 8 ER, 10 EG). Denn eine gemeinsame Regelung der Haftung soll gerade der Chancengleichheit im Wettbewerb dienen²⁶⁷. Dieses Ziel aber würde umgangen, wenn die jeweiligen Hersteller die strikte Haftung nach ihrem Belieben außer Kraft setzen könnten. Nach der Konvention dürfen abweichende Bestimmungen zugunsten des Verbrauchers in das nationale Recht nicht aufgenommen werden (Art. 10 ER). Nach dem EG-Entwurf ist das zulässig.

(b) *Anspruchsberechtigte in der Konvention/dem Entwurf und im deutschen Recht*

177 Wer mit 'Produzent' gemeint ist, gehörte von Anfang an mit zu den meist diskutiertesten Fragen. Über den Kreis der Anspruchsberechtigten wurde dagegen sehr viel weniger gesprochen, obwohl die Produzentenhaftung die Fragestellung eigentlich nahelegt. Denn wenn die Produzentenhaftung ihre Ursache in den veränderten Herstellungsverfahren findet, so müssen gerade diejenigen geschützt werden, die wegen der Besonderheiten des Herstellungsverfahrens gar nicht in der Lage sind, sich selbst zu schützen: das sind in erster Linie die Verbraucher.

Europarat und EG-Kommission sprechen sich für eine Beschränkung der Anspruchsberechtigten aus. Sie vermeiden es allerdings, die Anspruchsberechtigten als Verbraucher zu titulieren. Die Eingrenzung erfolgt auf jeweils verschiedene Weise. Nach der Konvention sollen nur Personenschäden ersetzt werden (Art. 3 Abs. 1 ER). Wer den Ausgleich von Vermögensschäden so deutlich ablehnt, läßt erkennen, daß er Produzenten nicht zu den Berechtigten zählt (172 zum Herstellerbegriff).

Anderenfalls hätte nämlich der Vermögens- und Eigentumsschaden im Vordergrund der Ersatzpflicht gestanden²⁶⁸. Scheinbar unterstützt wird die Einschränkung noch durch Art. 9 ER, wonach Ansprüche von Produzenten untereinander der Konvention nicht unterliegen. Bestimmt sind all die Fälle zahlreich, in denen der vom Produktschaden Betroffene nicht Produzent ist. Gleichwohl kann er Vermögensschäden nicht beanspruchen. Die eigentliche Begrenzung erfolgt also durch Art. 3 Abs. 1. Der EG-Entwurf umfaßt neben den Personenschäden auch Vermögensschäden Nicht-Gewerbetreibender. Die angestrebte Regelung soll nicht jedem Vermögensgeschädigten zugutekommen, sondern nur dem privaten Endverbraucher. Zur Begründung beruft sich die Kommission auf das von ihr vorgelegte Programm zum Schutze der Verbraucher²⁶⁹.

Beide Vorschläge besagen, daß der private Endverbraucher unabhängig davon entschädigt wird, ob er der geschädigte Erwerber oder Dritter ist und ob er das Produkt benutzt hat oder nur zufällig geschädigt worden ist²⁷⁰. So sehr auch die Beschränkung der Anspruchsberechtigten auf die Verbraucher zu begrüßen ist, so wenig läßt sich verschweigen, daß Zweifelsfälle auftreten

können. Inwieweit etwa Kleingewerbetreibende Produzenten gleichzustellen sind oder als private Endverbraucher behandelt werden können, dürfte nur im Wege der Auslegung im konkreten Fall zu lösen sein. Der nach deutschem Recht geschützte Personenkreis ergibt sich aus der Anspruchsgrundlage des §823 BGB. Das Deliktsrecht schützt jedermann, dessen Rechtsgüter durch ein deliktsrechtlich relevantes Verhalten gefährdet werden. Folglich ist jeder Geschädigte, gleichviel, ob es sich um den Abnehmer des Produkts, einen sonstigen Benutzer oder einen unbeteiligten Dritten handelt, anspruchsberechtigt²⁷¹. Die Verletzung durch das fehlerhafte Produkt muß lediglich deliktsrechtlich geschützte Rechtsgüter betreffen²⁷². Allein beim Schaden und nicht bei irgendeiner spezifischen Qualität des Geschädigten liegt der Anknüpfungspunkt für die Haftung. Die Vorschläge bringen also gegenüber dem bisherigen deutschen Recht entscheidende Einschränkungen, zum Beispiel würde der Farminhaber in der oft besprochenen Hühnerpest-Entscheidung keinen Schadenersatz erhalten.

(c) Die Anspruchsgegner in der Konvention/dem Entwurf und im deutschen Recht

178 (aa) Beide Vorschläge befassen sich ausführlich mit dem haftpflichtigen Personenkreis. Als verantwortlicher Hersteller gilt der Hersteller von Endprodukten und von Bestandteilen (Art. 2b ER, Art. 2 Abs. 1 EG). In der Konvention des Europarates sind die Erzeuger von Naturprodukten den Herstellern gleichgestellt. Der Erstentwurf der EG-Kommission sah eine ähnliche Regelung vor. Auf Anraten des Europäischen Parlaments hat aber die Kommission die Haftung der Hersteller landwirtschaftlicher, handwerklicher und künstlerische Produkte im Entwurf vom 1.10.1979 beschränkt²⁷³. Nunmehr soll ein Hersteller derartiger Produkte nicht haften, sofern es offensichtlich ist, daß es sich nicht um eine industrielle Herstellung handelt. Es dürfte nahezu unmöglich sein, die industrielle Herstellung eines Produktes 'offensichtlich' zu erkennen. Eine Vielzahl von Naturprodukten werden nach industriellen Methoden hergestellt, das gleiche gilt für künstlerische und handwerkliche Produkte. Wenn dem so ist, dann sollten auch die Hersteller solcher Produkte ohne Einschränkung haften²⁷⁴. Die gewählte Fassung des Richtlinienentwurfs überträgt die Konkretisierung den Gerichten.

Für Schäden, die durch den Fehler eines Produkts entstanden sind, das mit einem anderen Produkt verbunden ist, haftet der Produzent des eingefügten Produkts und daneben derjenige, der die Verbindung vorgenommen hat (Art. 3Abs. 4 ER, Art. 2 Abs. 1 EG). Eine Begründung für die Normierung der Doppelhaftung wird von der Kommission des ER nicht gegeben²⁷⁵. Nach der Entwurf der Konvention sollte die Haftung des Zulieferers entfallen, wenn er nachweist, daß der Fehler auf der Planung oder auf Weisungen desjenigen beruht, der die Verbindung vorgenommen hat²⁷⁶. Das galt nicht, wenn der Zulieferer den Fehler kannte oder hätte kennen müssen²⁷⁷. Der EG-Entwurf sieht diesen Entlastungsbeweis nicht vor. Diese Lösung führt zu unbilligen Ergebnissen, wenn der Zulieferer überhaupt nicht weiß, wie seine Ware

weiterverarbeitet wird²⁷⁸. Grundsätzlich ist jedoch die Einbeziehung des Zulieferers begrüßenswert. Zum einen dürfte dieser häufig finanzstärker sein als der Endhersteller, zum anderen kann der Verbraucher zwischen zwei haftenden Herstellern denjenigen aussuchen, der in der Lage ist, den Schaden zu begleichen.

Nach beiden Vorschlägen haften die *Händler* nicht. Die Entscheidung wird mit der Begründung gerechtfertigt, daß der Händler im Produktionsprozeß nur eine zweitrangige Rolle spielt²⁷⁹. Sicherlich kann der Händler nicht aus den gleichen Gründen wie der Hersteller in die Haftung einbezogen werden. Jedoch erscheint es zu einfach, die Haftung des Händlers damit abzulehnen, daß dieser kein Hersteller sei. Die Entscheidung der Kommissionen hängt mit der Absicht zusammen, auch in dieser Problemstellung nicht in die nationalen kaufrechtlichen Bestimmungen eingreifen zu wollen²⁸⁰. Gemäß Art. 3 Abs. 2 ER, Art. 2 Abs. 1 EG haftet auch derjenige als Hersteller, der auf der Ware seinen Namen, sein Warenzeichen oder ein anderes Erkennungszeichen anbringt. Die Konvention verlangt darüberhinaus, daß der Händler das Produkt als sein eigenes anbieten muß²⁸¹. Befürchtungen, daß nach dem EG-Entwurf auch solche Personen erfaßt werden, die nur ein Preisschild mit ihrem Namen auf der Ware anbringen, sind unbegründet²⁸². Denn die Vorschriften zielen auf die Haftung von marktkräftigen Vertriebsorganisationen ab, die ihre Waren im Ausland herstellen lassen, um sie dann als eigene zu vertreiben²⁸³. Eine Haftung des Händlers kann sich ferner aus der Auffangvorschrift des Art. 3 Abs. 3 ER, Art. 2 Abs. 2 EG ergeben, wonach der Geschädigte den Händler nur belangen kann, wenn der Hersteller nicht anhand des Produkts ermittelt werden kann und der Händler die Identität des Herstellers nicht innerhalb einer angemessenen Frist (der EG-Entwurf spricht von alsbald) bekannt gibt. Dem Geschädigten kann nicht zugemutet werden, den Hersteller selbst zu ermitteln²⁸⁴.

Von besonderer Bedeutung ist die Gleichstellung des *Importeurs* mit dem Hersteller (Art. 3 Abs. 2 ER, Art. 2 Abs. 3 EG)²⁸⁵. Der EG-Entwurf sieht als Importeur nur denjenigen an, der Waren in die Mitgliedsländer einführt. Aus der Konvention ergibt sich dagegen nicht, ob hier Importe aus Drittländern in Mitgliedsländer gemeint sind oder auch Importe aus einem Mitgliedsland in das andere; wie auch die jeweiligen Erläuterungen keine Anhaltspunkte ergeben, warum die Importeure mit in die Haftung einbezogen wurden. Für eine Einbeziehung in die Haftung spricht, daß der Importeur durch das Verbringen der Ware über die Grenze erst die Gefahr für den Verbraucher schafft. Der Importeur kann sich bei dem ausländischen Hersteller über die Sicherheit der Ware informieren und sich von der Haftung freistellen lassen. Selbst wenn man davon ausgeht, daß unter Importeuren auch nach der Konvention nur solche zu verstehen sind, die Waren aus Drittländern in die Mitgliedsländer importieren, bleiben doch Zweifel, ob die Einbeziehung den Interessen des Verbrauchers dient. Immerhin können auf diese Weise ausländische Konkurrenten mit verbrauchergünstigen Preisen vom inländischen Markt ferngehalten werden²⁸⁶.

- 179 (bb) Bei einem *Vergleich* der Haftungspflichtigen muß folgendes vorausgeschickt werden: eine einfache Gegenüberstellung der Haftungsvoraussetzungen ist nicht möglich, weil die Ausgangslage der beiden europäischen Vorschläge und des deutschen Rechts völlig unterschiedlich ist. Die Vorschläge

versuchen *per definitionem* die Voraussetzung einer Gefährdungshaftung zu regeln, während im deutschen Recht der Personenkreis bestimmt ist vom Ausgangspunkt der dogmatischen Überlegungen, die zur Begründung der Produzentenhaftung im Rahmen des §823 BGB führten. Dieser Ausgangspunkt bestand in der zu den Verkehrssicherungspflichten herausgebildeten Judikatur. Danach war die in allen Prozessen maßgebliche Frage ob den Anspruchsgegner — egal, ob Zulieferer, Endhersteller, Vertriebshändler, usw. — eine Pflicht traf, die Ware im Bereich der Konstruktion, Fertigung oder der Instruktion über die Ware zu überwachen²⁸⁷. Von dieser Fragestellung gehen sogar die Vertreter der Literatur aus²⁸⁸, die die Produzentenhaftung nicht in den Bereich der Verkehrssicherungspflichten einordnen wollen. Rechtsprechung und Literatur haben dementsprechend den Anspruchsgegner nur dann als ersatzpflichtig angesehen, wenn ihn eine derartige Gefahrabwendungspflicht traf. Je nachdem, ob der Anspruchsgegner selbst Hersteller oder Zulieferer war, wurde der Umfang seiner Pflichten bestimmt. Dabei wurden etwa dem Endhersteller, der die angelieferten Teilprodukte zusammengesetzt hat, Überwachungspflichten auferlegt²⁸⁹, wie sie von der Rechtsprechung auch in den Fällen angenommen werden, in denen der ursprünglich Verkehrssicherungspflichtige seine Pflicht einem Dritten überträgt. In der Entsorgungsentscheidung hat der BGH diese Grundsätze auf das Verhältnis eines Großunternehmens zu dem mit der Beseitigung des angefallenen Mülls beauftragten Unternehmen übertragen²⁹⁰. Anerkannt ist, daß der Zulieferer hinsichtlich der von ihm gefertigten Produkte Hersteller ist²⁹¹. Seine Haftung ist aber grundsätzlich auf das gelieferte Einzelteil begrenzt, es sei denn, er ist an der Konstruktion des Endprodukts beteiligt²⁹². Nach dem EG-Entwurf haftet der Zulieferer immer, die Konvention hat diese Regelung in Abänderung des Entwurfs übernommen.

Die deutsche Rechtsprechung sieht als *Hersteller* auch denjenigen an, der aus von Dritten gelieferten Einzelteilen das *Endprodukt* verfertigt²⁹³. Er muß sich von der Fehlerfreiheit der zugelieferten Teile überzeugen²⁹⁴ und er muß die sachlich gebotenen Techniken zum Zusammenbau verwenden²⁹⁵. Da er gerade nicht Hersteller der fremdfabrizierten Teile ist, können ihm auch insofern keine Herstellerpflichten auferlegt werden. Er hat die gelieferten Teile auf ihre Fehlerfreiheit zu überprüfen, er braucht dies aber nicht in dem Maße zu tun wie sein Lieferant²⁹⁶. Er muß sich davon überzeugen, daß in der Fabrik des Zulieferers die erforderlichen Kontrollen organisiert sind²⁹⁷ und auch durchgeführt werden.

Sofern der Hersteller, der das Endprodukt aus angelieferten Teilen zusammenbaut, die gelieferten Teile weiterverarbeitet und nicht bloß zusammensetzt, treffen ihm weitergehende Pflichten²⁹⁸. Nun ist er selbst mit Planung, Konstruktion und Instruktion in intensivem Umfang beteiligt. Beide Vorschläge differenzieren den Begriff des *Endherstellers* nicht aus. Letztlich kann davon ausgegangen werden, daß unabhängig von der Art der Beteiligung am Produktionsprozeß der Endhersteller in jedem Fall für den Schaden einstehen muß.

Undurchsichtig ist die Rechtsfrage, ob Vertriebsorganisationen haften, die nicht als Hersteller am Produktionsprozeß beteiligt sind. Sind Herstellung und Vertrieb des schadhafte Produkts aus organisatorischen oder gesellschafts- oder steuerrechtlichen Gründen getrennt, so haftet die Vertriebsgesellschaft

jedenfalls dann, wenn es Aufgabe der Gesellschaft ist, die von der Herstellerfirma gefertigten Produkte in den Verkehr zu bringen²⁹⁹. Ob die Vertriebsgesellschaft die Produkte unter eigenem Namen vertreibt oder nicht, wäre dann unbeachtlich. Deutsche Firmen, die ihre Produkte im Ausland herstellen lassen und in der BRD unter ihrem Handelsnamen vertreiben, sind deshalb als Hersteller anzusehen³⁰⁰. Anders gelagert sind dagegen die Fälle, in denen eine Handelsfirma im Rahmen einer mehrstufigen Handelskette, die weder das Produkt hergestellt noch als ausgegliederte Vertriebsgesellschaft in den Verkehr gebracht hatte, Waren unter eigenem Namen oder eigenem Warenzeichen vertreibt. Die Rechtsprechung lehnt eine Einbeziehung derartiger Handelsfirmen in die Produzentenhaftung ab, weil Gefährdungspflichten im Sinne des §823 BGB nicht schon dadurch entstünden, daß ein Unternehmen einen Handelsnamen an einem fremdhergestellten Industrieprodukt anbringt³⁰¹. Damit ist klargestellt, daß das Warenzeichen allein keine Quasi-Herstellerhaftung begründen kann. Immerhin hatte der BGH noch im Trevira-Urteil auf das Warenzeichen hin eine Haftung im Sinne des §463 BGB begründet. Eine andere Beurteilung kann sich nur dann ergeben, wenn der Benutzer im Hinblick auf das von ihm dem Namen entgegengebrachte Vertrauen Vorsichtsmaßnahmen unterläßt, die er anderenfalls beachten würde³⁰². Mit dieser Einschränkung hat der BGH dem Verbraucher zumindest in den Fällen Hoffnung gemacht, in denen mit einem Warenzeichen ganz bestimmte Erwartungen verknüpft werden. Die Vorschläge stimmen weitgehend mit der deutschen Rechtsprechung überein. Vordergründig entsteht zwar der Eindruck, als ob die Produzentenhaftung allein auf das Warenzeichen hin begründet werden könnte. Tatsächlich besteht eine Haftung aber nur, wenn eine enge wirtschaftliche Bindung zwischen dem tatsächlichen Hersteller und dem Großabnehmer, der dem Publikum gegenüber als Erzeuger auftritt, existiert³⁰³.

Die Haftung des Importeurs als Quasi-Hersteller ist in diesem Umfang im deutschen Recht nicht anerkannt. In der Literatur wurde zwar andiskutiert³⁰⁴, ob nicht der Importeur aus Gründen des inländischen Verbraucherschutzes einem Hersteller gleichzustellen ist. Die Diskussion verlief jedoch bislang eher oberflächlich. Herausgestellt wurde einmal mehr der dogmatische Ausgangspunkt der Produzentenhaftung, wonach je nach Verantwortungsbereich der Pflichtenkreis festzulegen ist³⁰⁵. Der BGH³⁰⁶ hat in einer jüngst ergangenen Entscheidung (Fahrrad-Urteil) den Forderungen nach einer Haftung des Importeurs unter dem Gesichtspunkt eines wünschenswerten Verbraucherschutzes eine klare Absage erteilt. Importeure, die technische Geräte, welche in einem der 6 ursprünglichen Mitgliedsstaaten der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft hergestellt sind, in die Bundesrepublik einführen, sind grundsätzlich nicht verpflichtet, Waren auf Konstruktionsfehler hin zu überprüfen. Dogmatisch stellt der BGH die Importeure den Vertriebshändlern gleich. Die Begründung ist wenig überzeugend. Ohne dies näher auszuführen, geht der BGH davon aus, daß der Stand der technischen Entwicklung in den 6 Gründerstaaten der EG in etwa identisch ist. Diese Vorstellung ist zumindest anzweifelbar; denn das Aufstellverfahren von technischen Normen erfolgt in den EG-Ländern sehr unterschiedlich^{306a}.

Der BGH verneint weiter eine Haftung des Importeurs nach §823 Abs. 2

BGB, §3 Gerätesicherheitsgesetz. Nach Auffassung des BGH legt §3 Gerätesicherheitsgesetz dem Importeur keine Herstellerpflichten auf. Die Konkretisierung der Pflichten des Importeurs entnimmt der BGH im Ergebnis den zu §823 Abs. 1 aufgestellten Gefahrabwendungspflichten. Auf dem Umweg über eine Gleichschaltung der Pflichten eines Importeurs nach §823 Abs. 1 und §823 Abs. 2 BGB, §3 Gerätesicherheitsgesetz nimmt der BGH dem §3 Gerätesicherheitsgesetz so jeden eigenständigen Inhalt. Unter diesen Umständen erscheint die Einführung einer europäischen Produzentenhaftung im Sinne der Konvention oder des Entwurfs umso dringender.

Die deutsche Rechtsprechung hat bisher die Haftung des Herstellers von Grundstoffen — Naturprodukten — abgelehnt³⁰⁷. Die bloße Gewinnung von Naturprodukten³⁰⁸ sei keine Herstellertätigkeit. Abweichend von dieser Praxis haftet der Hersteller von Naturprodukten nach der Konvention des Europarates (Art. 2b ER)³⁰⁹ sowie — eingeschränkt — auch nach dem Vorschlag der EG.

Eine Haftung für leitende Angestellte nach den Grundsätzen der Produzentenhaftung, wie sie der BGH unlängst anerkannt hat³¹⁰, sehen die Vorschläge nicht vor.

3 Haftung des Arzneimittelherstellers

Das am 1.1.1978 in Kraft getretene Arzneimittelgesetz führt für die Arzneimittelhersteller die Gefährdungshaftung ein. Es handelt sich jedoch um keine reine Verursacherhaftung, da die Schadenersatzpflicht an den Nachweis von Fehler, Kausalität und Schaden geknüpft ist³¹¹. Aber auch die Einführung der Gefährdungshaftung war erst möglich, als die Versicherungswirtschaft die Zusage gegeben hatte, das Schadensrisiko zu übernehmen.

180 (a) *Entstehungsgeschichte des Gesetzes*

Anhand der Entstehungsgeschichte wird bereits erkennbar, daß die Gesetz gewordene versicherungsrechtliche Lösung entscheidende Abstriche von den ursprünglichen Zielen enthält, ähnliche Fälle wie Contergan auszuschließen.

Der zweite Referentenentwurf des Gesundheitsministeriums aus dem Jahre 1974 sah eine dreistufige Haftungsregelung vor: Individualhaftung des Unternehmers auf Verschuldens- und Gefährdungshaftungsbasis und die Errichtung eines Entschädigungsfonds mit subsidiärer Haftpflicht. Der Fonds sollte von den pharmazeutischen Unternehmen finanziert werden. Von der Gefährdungshaftung waren die inzwischen allgemein anerkannten Falltypen — Entwicklungs-, Fabrikations- und Instruktionsfehler — abgedeckt. Zum ersten Mal sollte also die viel diskutierte Haftung des Herstellers für Entwicklungsschäden gesetzlich geklärt werden. Die Errichtung des Fonds war gedacht zur Vermeidung sozialer Härten. Ein Anspruch sollte dem Geschädigten nämlich dann zustehen, wenn er glaubhaft macht, daß er weder von einem Ersatzpflichtigen noch von einem Versicherungsunternehmen Ersatz verlangen kann. Nach der amtlichen Begründung war dabei an Fälle gedacht, in denen der Geschädigte seinen Anspruch rechtlich nicht durchsetzen kann oder daß er seinen Schadenersatzanspruch nicht zu realisieren vermag³¹². Hierunter sind auch die Zahlungsunfähigkeit des Herstellers und Mängel in der Kausalität zu rechnen.

Der Kabinettsentwurf der SPD/FDP Koalition regelte die Haftung des pharmazeutischen Unternehmers dagegen zweistufig — Verschuldenshaftung des Herstellers nach §823 BGB³¹³, Subsidiärhaftung des von den Unternehmen finanzierten Entschädigungsfonds. Der Entwurf enthält also im Unterschied zum Vorschlag des Gesundheitsministeriums keine Gefährdungshaftung des Unternehmers. Nach wie vor sollte sich die Haftung des Herstellers nach §823 BGB richten; eine Vorschrift, die nahezu einhellig für nicht geeignet gehalten wird, die mit der industriellen Fertigung verbundenen Gefahren adäquat zu regeln. Eine Fondshaftung sollte nur in Frage kommen, wenn kein anderer für den Schaden haftet oder der Schaden nicht in anderer Weise ausgeglichen werden kann (wofür der Fonds die Beweislast trägt). Demnach besteht eine Haftung dann, wenn der Anspruch nicht durchsetzbar ist und wenn der Schädiger nicht ermittelt werden kann. Anders als im Referentenentwurf muß der Geschädigte nicht nur glaubhaft machen sondern beweisen, daß er vom Schädiger keinen Ersatz zu erlangen vermag. Dem Umfang nach sollte der Fonds die Schäden aus allen Fehlergruppen, also auch Entwicklungsfehler, erfassen.

Beiden Entwürfen der Regierung und des Ministeriums lag die Konzeption zugrunde, den Fonds dann eintreten zu lassen, wenn der Geschädigte gegenüber dem schädigenden Hersteller mit seinem Anspruch nicht durchdringt, obwohl gewisse Mindestvoraussetzungen erfüllt sind. Gedacht war insbesondere an den Fall, daß der verantwortliche Hersteller zahlungsunfähig ist. Ebenso sollten Beweisschwierigkeiten bei dem Kausalzusammenhang zwischen Fehler und Schaden nicht notwendig dazu führen, daß der Geschädigte ersatzlos bleibt³¹⁴. Die Auswirkungen der Zahlungsunfähigkeit kann man ermessen, wenn man sich vorstellt, Chemie Grünthal wäre nicht in der Lage gewesen, den Contergan-Kindern zumindest DM 100 Mio zur Verfügung zu stellen. Die Gefahren, die sich aus der Schwierigkeit des Nachweises des Kausalzusammenhangs zwischen Fehler und Schaden ergeben, hat Wolter³¹⁵ anhand der in Japan verbreiteten Smon-Krankheit verdeutlicht³¹⁶.

Die im neuen AMG fixierte gesetzliche Gefährdungshaftung des Pharmaunternehmens sieht für die eben beschriebenen Konstellationen keine Haftung vor. Das hat zur Folge, daß der Geschädigte den Schaden selbst abdecken muß. Hierbei kommen ihm die gesetzliche Krankenversicherung, soweit er Arbeitnehmer ist, und die gesetzliche Rentenversicherung zugute. Wenn die genannten Versicherungsträger für den Schaden eintreten, so ist dem Geschädigten zwar geholfen. Wirtschaftlich gesehen wird damit aber der Kostenaufwand auf die Allgemeinheit abgewälzt. Greifen die Versicherungen aus irgendwelchen Gründen nicht ein, muß der Geschädigte den Schaden aus eigener Tasche bezahlen. Bei schweren Gesundheitsverletzungen bleibt dann letztlich nur die Sozialhilfe, die dem Geschädigten ein Existenzminimum sichern kann³¹⁷.

181 (b) *Haftungsgrundlagen*

Die entscheidende Vorschrift des Gesetzes ist §84 AMG:

Wird infolge der Anwendung eines zum Gebrauch bei Menschen bestimmten Arzneimittels, das im Geltungsbereich dieses Gesetzes an den Verbraucher

abgegeben wurde und der Pflicht zur Zulassung unterliegt oder durch Rechtsverordnung von der Zulassung befreit ist, ein Mensch getötet oder der Körper oder die Gesundheit eines Menschen nicht unerheblich verletzt, so ist der pharmazeutische Unternehmer der das Arzneimittel im Geltungsbereich dieses Gesetzes in den Verkehr gebracht hat, verpflichtet, dem Verletzten den daraus entstehenden Schaden zu ersetzen.

Die Ersatzpflicht besteht nur, wenn:

- das Arzneimittel bei bestimmungsgemäßigem Gebrauch schädliche Wirkungen hat, die über ein nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft vertretbares Maß hinausgehen und ihre Ursache im Bereich der Entwicklung oder der Herstellung haben, oder
- der Schaden infolge einer nicht den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaft entsprechenden Kennzeichnung oder Gebrauchsinformation eingetreten ist (Satz 2).

182 (aa) §84 AMG fixiert eine gesetzliche *Gefährdungshaftung* für die allgemein anerkannten Fehlergruppen. §84 Satz 1 AMG befaßt sich mit Entwicklungs-, Konstruktions- und Fabrikationsfehlern. Für Schäden, die auf diesen Bereich zurückzuführen sind, besteht eine Haftung des Herstellers nur für solche Fehler, die ein wissenschaftlich vertretbares Maß überschreiten. Schäden an Gesundheit und Körper, die innerhalb des vertretbaren Bereiches eintreten, muß der Verbraucher ersatzlos hinnehmen. Selbstverständlich läuft eine derartige Einschränkung den Interessen des Verbrauchers zuwider³¹⁸. Sicherlich wird zudem der Begriff des wissenschaftlich vertretbaren Maßes in der Praxis zu Gutachterschlachten führen. Angesichts der komplizierten technischen Zusammensetzung von Medikamenten dürfte es den Gerichten schwerfallen, klare Grenzen zu ziehen. Zu bemängeln ist, daß im Einzelfall die Haftung des Herstellers nur von Fachgutachten abhängig ist. §84 AMG sagt nicht, welcher Zeitpunkt für das wissenschaftlich vertretbare Maß ausschlaggebend ist: der Zeitpunkt des Inverkehrbringens oder der Zeitpunkt der Schädigung. Das wohlverstandene Verbraucherinteresse verlangt, vom Zeitpunkt der Schädigung auszugehen, um die Erfahrungen mit dem schadensverursachenden Medikament voll auswerten zu können³¹⁹.

Eine weitere Einschränkung des Verbraucherschutzes in den Fällen des §84 Satz 1 AMG ergibt sich daraus, daß der Hersteller nur bei bestimmungsgemäßigem Gebrauch für den Fehler eintreten muß. Der bestimmungsgemäße Gebrauch eines Medikaments wird regelmäßig durch den Hersteller bestimmt. Soweit der Verbraucher das Medikament nicht vom Arzt verschrieben erhält sondern es rezeptfrei in der Apotheke kaufen kann, ist er gezwungen, sich unter allen Umständen an die Anweisung zu halten. Grundsätzlich ist es sicherlich richtig, daß der Verbraucher nicht willkürlich die Dosierungen ändert oder andere Einnahmefehler begeht. Jedoch wird gleichermaßen vorausgesetzt, daß der Patient in der Lage ist, die richtige Anwendung zu erkennen. Nicht anders sind die Fälle zu behandeln, in denen der Gebrauch des Medikaments vom Arzt vorgeschrieben wird und dem Arzt bei der Verwendung ein Fehler unterlaufen ist. Denn §84 Satz 1 AMG unterscheidet nicht danach, ob der nicht bestimmungsgemäße Gebrauch vom Patienten selbst vorgenommen oder vom

Arzt verordnet wird. Allerdings bleibt dem Patienten, wenn der Arzt das Medikament bestimmungswidrig verordnet hat, die Möglichkeit, den Arzt selbst in Anspruch zu nehmen. Es ist in diesen Fällen auch nicht unbedingt gerechtfertigt, den Hersteller durch das Dazwischentreten eines Dritten haften zu lassen. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn der Hersteller den bestimmungswidrigen Gebrauch insofern verursacht hat, als er vor dem Fehlgebrauch nicht gewarnt hat. Dieser Fall wird von §84 Satz 1 AMG nicht erfaßt. In Betracht kommt aber eine Haftung des Herstellers nach §84 Satz 2 AMG. Dieser regelt die Haftung für die sogenannten Instruktionsfehler. Zu den vom Hersteller zu leistenden Informationen gehört nicht nur die richtige Gebrauchsanwendung, sondern auch die Warnung vor eventuellen Gefahren, die aus dem Fehlgebrauch resultieren. Hat der Hersteller insoweit seiner Pflicht nicht genüge getan, muß er für den durch die mangelhafte Information verursachten Schaden eintreten³²⁰. Hat der behandelnde Arzt den Fehlgebrauch verursacht, weil er die Gefahren infolge mangelhafter Aufklärung nicht erkannte, so muß der Hersteller gleichwohl Ersatz leisten. §84 Satz 2 AMG stellt eine Einstandspflicht für das Verhalten Dritter dar, wenn die Ursache des Fehlverhaltens beim Produzenten zu finden ist³²¹. Gleichwohl enthält §84 Satz 2 AMG eine Einschränkung des Verbraucherschutzes, wenn er für die erforderliche Information lediglich auf die Kenntnisse der medizinischen Wissenschaft abstellt. Der Verbraucher selbst wäre nur dann umfassend geschützt, wenn auf eine sachgerechte, verständliche Verbraucherinformation, entsprechend dem Stand der wissenschaftlichen Forschung über das Präparat, abgestellt worden wäre.

- 183** (bb) Der *Umfang* der Schadenersatzpflicht bei Tötung (§86 AMG) und bei Körperverletzung (§87 AMG) entspricht dem des Deliktsrechts (§§844 BGB und 823 Abs. 1, 249 BGB). Die im AMG enthaltenen Ergänzungen haben nur klarstellenden Charakter, sie erweitern nicht den Umfang des zu ersetzenden Schadens. Für den Gesetzgeber war die Einführung der Gefährdungshaftung notwendig mit einer Haftungsbegrenzung verbunden. Der Ersatzpflichtige haftet im Fall der Tötung oder Verletzung *eines* Menschen nur bis zu einem Kapitalbetrag von DM 500 000 oder bis zu einem Rentenbetrag von jährlich DM 30 000, im Falle der Tötung oder Verletzung *mehrerer* Menschen durch das gleiche Arzneimittel bis zu einem Kapitalbetrag von DM 200 Mio oder bis zu einem Rentenbetrag von jährlich DM 12 Mio. Unklar ist, wieso der Gesetzgeber gerade auf DM 200 Mio als Höchstbetrag kommt. Es mag wohl sein, daß die Entschädigungssumme im Contergan-Prozeß hier als Maßstab gedient hat, ohne daß dies ausdrücklich gesagt wurde. Angesichts der Begrenzung auf DM 200 Mio sowie der Tatsache, daß Schmerzensgeld nicht gewährleistet wird, kommt den deliktsrechtlichen Ansprüchen eine Auffangfunktion zu. Bedeutung kann insofern §5 AMG gewinnen, der ein Schutzgesetz im Sinne des §823 Abs. 2 BGB darstellt³²². Der in §84 AMG bestimmte Anspruch verjährt drei Jahre ab dem Zeitpunkt der Kenntnis der Umstände, die zum Schaden geführt haben (§90 AMG). Anders als die Vorschläge zur Neuregelung der Produzentenhaftung in Europa bestimmt das AMG eine Ausschlußfrist von 30 Jahren — d.h. 30 Jahre nach Eintritt des schädigenden Ereignisses sind alle Ansprüche ohne Rücksicht auf die Kenntnis verjährt — was zwar gegenüber den

Vorschlägen eine Verbesserung ist, aber mögliche Spätschäden dennoch von der Haftung ausschließt.

- 184** (cc) Über den Kreis der *Anspruchsberechtigten* haben sich die Verfasser keine Gedanken gemacht. Notwendig ist allein, daß der Geschädigte *infolge der Anwendung* eines Arzneimittels verletzt worden ist. Zweifelhaft ist, ob auch Personen, die von demjenigen, der das Arzneimittel eingenommen hat, infiziert wurden, Ersatz verlangen können. Das Gesetz gibt keinerlei Anhaltspunkte. Notwendig im Interesse des Verbrauchers ist es, auch diese Personen in die Haftung mit einzubeziehen³²³.
- 185** (dd) *Anspruchsverpflichtet* ist jedenfalls nur derjenige Arzneimittelhersteller, der das Arzneimittel in den Verkehr bringt (§84 Abs. 1 AMG). Diese Formulierung ist scheinbar eindeutig. Immerhin ist denkbar, daß fremdproduzierte Arzneimittel von einer speziellen Vertriebsfirma in den Verkehr gebracht werden. Hier wäre auf die zu §823 Abs. 1 BGB entwickelten Überlegungen zum Herstellerbegriff zurückzugreifen. Dagegen scheidet der Zulieferer als Ersatzpflichtiger aus, da er regelmäßig das Endprodukt nicht in den Verkehr bringt. Mehrere Ersatzpflichtige haften jedenfalls als Gesamtschuldner (§93 AMG).
- 186** (ee) Gemäß §94 AMG muß der Unternehmer *Deckungsvorsorge* treffen durch den Abschluß einer Haftpflichtversicherung oder einer Freistellungsverpflichtung eines inländischen Kreditinstituts. Bedauerlich ist, daß dem Geschädigten kein direkter Anspruch gegen die Versicherung eingeräumt wurde. Eine derartige Regelung bietet dem Verbraucher mehr Sicherheit als die in §94 AMG ausgesprochene Verpflichtung, auf deren Erfüllung der Verbraucher vertrauen muß.

4 Haftung des Werkunternehmers

- 187** Der Werkunternehmer haftet in erster Linie für die Gebrauchstauglichkeit des von ihm herzustellenden Produkts. Es kann aber geschehen, daß der Verbraucher/Besteller einen Personen- oder Vermögensschaden erleidet, weil das vom Werkunternehmer gefertigte Produkt nicht sicher war. Die Rechtsprechung greift hier *nicht* auf die zur Produzentenhaftung entwickelten Grundsätze zurück. Sie läßt den Werkunternehmer entweder nach §635 BGB haften, wenn die fehlende Sicherheit als Mangel des Werkes anzusehen ist, oder aus positiver Forderungsverletzung, wenn der Hersteller die ihm obliegende Verpflichtung, den Besteller vor Schäden zu bewahren, schuldhaft verletzt hat. Auch Ansprüche aus §823 Abs. 1 BGB sind vereinzelt geprüft worden³²⁴. Im Zuge der Schwimmschalter-Entscheidung zeichnet sich eine neue Entwicklung ab. Die Tendenz der Rechtsprechung geht dahin, Ansprüche aus §823 BGB neben dem vertraglichen Schadenersatzanspruch jedenfalls dann zuzulassen, wenn der Besteller dem Werkunternehmer eigenes Material zur weiteren Bearbeitung zur Verfügung stellt³²⁵. Auch bei Reparaturarbeiten liegt deshalb Gesetzeskonkurrenz vor. Noch unklar ist die Situation dagegen für Fall-

konstellationen, in denen der Mangel dem Werk von Anfang an anhaftete. Eine der Schwimmschalter-Entscheidung vergleichbare Rechtsprechung existiert für das Werkvertragsrecht bislang nicht. In seiner Entscheidung vom 24.3.1977 deutet der BGH immerhin an, daß der in der Schwimmschalter-Entscheidung entwickelte Grundsatz des funktionalen Eigentums auch im Werksvertragsrecht Anwendung finden kann³²⁶. Die Entwicklung geht wohl deshalb in die gleiche Richtung wie bei kaufrechtlich konkurrierenden Ansprüchen³²⁷. Auch bei Vorliegen von Gesetzeskonkurrenz bleibt noch die Frage offen, ob dem Werkunternehmer dieselben Einstandspflichten treffen, die für den Warenhersteller aus der Verkehrssicherungspflicht abgeleitet wurden. Bislang wurde das verneint³²⁸. Die ablehnende Haltung erklärt sich mit dem völlig andersartigen Ausgangspunkt der Haftung: der Werkunternehmer haftet dem Besteller aus den vertraglich begründeten Einstandspflichten; er hat die bestellte Ware ordnungsgemäß herzustellen und dabei alle Vorsichtsmaßnahmen zu beachten, um eine spätere Schädigung der Gesundheit oder des sonstigen Vermögens zu vermeiden. Der Warenhersteller haftet dagegen, weil derjenige, der eine Gefahrenquelle eröffnet, auch für evtl. auftretende Schäden einstehen muß. Der deliktsrechtliche Ausgangspunkt ist also wesentlich weiter. Indessen zeichnet sich auch insofern ein Wandel ab. In seiner Entscheidung vom 14.6.1977 hat der BGH nämlich anerkannt, daß auch den Werkunternehmer deliktsrechtliche Verhaltenspflichten treffen können³²⁹. Bis zu welcher Grenze der BGH eine Übertragung deliktsrechtlicher Grundsätze für zulässig hält, ist noch nicht vorhersehbar.

Eine Übertragung der Regeln der Produzentenhaftung hätte jedenfalls eine erhebliche Ausweitung der Haftung zur Folge. Ob eine solche Haftungsausweitung gerechtfertigt wäre, ist danach zu beurteilen, inwieweit der Werkunternehmer eine dem Warenhersteller vergleichbare Position innehat. Ursache der Produzentenhaftung ist der veränderte Produktionsprozeß, auf den deshalb der Vergleich zu konzentrieren ist. Wenn die Herstellung des Werkes nicht auf einer einzelnen Fertigung beruht, sondern im Wege der industriellen Massenproduktion erfolgt, so besteht genau die Situation, die eine Haftungsverschärfung rechtfertigt. Die massenhafte Anfertigung hat nämlich zur Folge, daß der Verbraucher den Fertigungsprozeß nicht mehr durchschauen kann, was eine wirksame Verteidigung seiner Rechte verhindert. Sofern deshalb der Werkunternehmer im konkreten Fall die Werke industriell herstellt, erscheint es denkbar, ihn haftungsrechtlich als Produzenten zu behandeln³³⁰. Sollte sich die Rechtsprechung tatsächlich in der oben beschriebenen Weise fortentwickeln, wäre der Anwendungsbereich der Produzentenhaftung sogar noch weiter, da die Rechtsprechung die Haftung nicht in dieser Schärfe an das Vorliegen eines industriellen Fertigungsprozesses anbindet.

5 Haftung des Staates

- 188 Die Frage nach der Haftung des Staates stellt sich dort, wo dem Staat Kontrollaufgaben über den Produktionsbereich zustehen, also im Lebensmittelrecht, Arzneimittelrecht und im Bereich der technischen Arbeitsmittel. Denn wenn Verbraucher durch Arzneimittel, Lebensmittel oder technische Arbeitsmittel zu Schaden gekommen sind, liegt es nahe zu prüfen, ob nicht

durch ein entsprechend frühzeitiges Eingreifen der aufsichtsführenden Behörden der Schaden hätte vermieden werden können. Haftungsgrundlage der Staatshaftung sind §§839 BGB i. V. m. Art. 34 GG. Dabei wird darauf abgestellt, ob die Behörden die ihnen vom Gesetzgeber auferlegten Pflichten ausschließlich im Interesse der Allgemeinheit wahrnehmen; dann löst ihre Pflichtverletzung eine Haftung Dritten gegenüber auch dann nicht aus, wenn diese durch die Amtstätigkeit als Geschädigte betroffen sind. Dient die Amtspflicht dagegen neben der Erfüllung allgemeiner öffentlicher Belange *überwiegend* auch dem Schutz des Einzelnen, so steht ihm ein Schadenersatzanspruch zu³³¹. Danach ist stets die Zweckrichtung und die Schutzbereichswirkung der verletzten Amtspflicht zu klären³³². In den Schutzbereich der oben genannten Gesetze einbezogen wären die geschädigten Verbraucher dann, wenn ihnen ein Rechtsmittel oder ein subjektiv öffentliches Recht auf Tätigwerden zustünden³³³. Zwar bestehen, wie bereits ausgeführt, derartige Vornahmeansprüche nicht; dadurch sind die Betroffenen jedoch nicht automatisch ohne den Schutz der Staatshaftung. Denn zur Begründung eines Vornahmeanspruchs bedarf es einer weitaus stärkeren Rechtsposition als zur Begründung einer gegenüber dem Verbraucher zu erfüllenden Schutzpflicht³³⁴. Die Rechtsprechung hat soweit ersichtlich bisher keine Entscheidung darüber getroffen, ob die nach den Gesetzen zuständigen Lebensmittelüberwachungsbehörden, das Bundesgesundheitsamt und die Gewerbeaufsichtsämter ihre Pflichten auch im Interesse einzelner Verbraucher wahrnehmen. Urteile betreffen nur Einzelfälle, die es nicht zulassen, endgültig zu beurteilen, wie eine Entscheidung aussehen könnte³³⁵. Anhaltspunkte für die zu erwartende Haltung der Rechtsprechung ergeben sich aus der vergleichbaren Situation des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen bzw. für das Versicherungswesen. Allerdings zeichnet sich im Kreditwesen eine bemerkenswerte Entwicklung ab, die nicht ohne Einfluß auf das gesamte Staatshaftungsrecht im Bereich der Wirtschaftsaufsicht bleiben dürfte. Bis 1978 hatte die Rechtsprechung eine Staatshaftung im Versicherungs- und Kreditwesenrecht mit dem Hinweis abgelehnt, daß die betreffenden Gesetze nicht den Schutz einzelner Personen zum Ziel hätten³³⁶. 1979 hatte der BGH darüber zu entscheiden, ob das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen die ihm obliegenden Pflichten im Konkurs der Herstatt- und der Hubmann-Bank in einer Weise verletzt hat, die die betreffenden Sparer zu einem Schadenersatzanspruch gegen den Staat befugt³³⁷. Der BGH vollzog in den kurz hintereinander ergangenen Entscheidungen eine grundlegende Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung. Entscheidend ist jetzt nicht mehr die Frage der prinzipiellen Drittbezogenheit von Amtspflichten im Rahmen der Wirtschaftsaufsicht, sondern die betreffende gesetzliche Vorschrift im Einzelfall. Unter Bezugnahme auf die Entstehungsgeschichte, die amtliche Begründung und den gewerbepolizeilichen Charakter des KWG kam der BGH für einige Tatbestände des KWG zu dem Schluß, daß die geschädigten Einzelpersonen durch das Gesetz geschützt werden sollen. Erforderlich für das Geltendmachen eines Schadenersatzanspruches ist nun nicht mehr die Erreichung der Schwelle des Amtsmißbrauchs oder die Evidenz fehlerhafter Amtstätigkeit. Bereits eine fehlerhafte Ermessensentscheidung kann die Ersatzpflicht begründen.

Selbst wenn man davon ausgeht, daß ein Staatshaftungsanspruch grundsätzlich vorliegt, so kann ein Schadenersatzanspruch immer noch an der

Subsidiaritätsklausel scheitern (§839 I Satz 2 BGB). Der Staat haftet danach nicht, wenn den Bediensteten nur Fahrlässigkeit vorgeworfen werden kann und der Geschädigte anderweitig Ersatz zu erlangen vermag. Aus diesem Grund könnte eigenständige Bedeutung der Staatshaftung nur zukommen, wenn sich feststellen ließe, daß ein schuldhaftes Verhalten allein der Bediensteten der Behörde vorliegt, während dem Unternehmer ein Schuldvorwurf nicht gemacht werden kann. In der Regel wird das wohl nicht der Fall sein, so daß selbst eine denkbare Staatshaftung an dem Anachronismus der Subsidiaritätsklausel scheitert³³⁹.

Der Staat haftet dagegen *immer*, wenn sich der Beamte eines Amtsmißbrauchs schuldig gemacht hat. Für die Annahme eines Amtsmißbrauchs genügt nicht jede schuldhafte Pflichtverletzung. Eine vorsätzliche sittenwidrige Schädigung (§826 BGB) ist immer als Amtsmißbrauch anzusehen, darüber hinaus kann ein Amtsmißbrauch auch bei gewissen fahrlässigen Verhaltensweisen bestehen, was jedoch von den Besonderheiten des Einzelfalls abhängig ist. Eine fahrlässige Pflichtverletzung ist aber nicht schon deshalb ein gegen die guten Sitten verstoßender Amtsmißbrauch, weil der Beamte hätte seine Pflicht erkennen können³⁴⁰. Ob die Subsidiaritätsklausel bei fahrlässigem Amtsmißbrauch Anwendung finden kann, blieb bisher offen³⁴¹. Für den Verbraucher ist es in jedem Fall schwer, den Nachweis eines Amtsmißbrauchs zu führen.

6 Schadensregulierung durch Versicherungen, kollektive Fonds und soziale Sicherheit

189 Der Hersteller von Arzneimitteln oder sonstigen Produkten ist verpflichtet, den Verbrauchern den Personen- und/oder Sachschaden zu ersetzen, der durch das fehlerhafte Produkt entstanden ist. Der Hersteller haftet dem geschädigten Verbraucher zunächst persönlich mit seinem Privatvermögen oder dem entsprechenden Gesellschaftsvermögen. Zumeist wird der Schaden durch eine vom Hersteller abgeschlossene Produkthaftpflichtversicherung reguliert. Es besteht aber auch die Möglichkeit, daß sich Hersteller einer bestimmten Branche zusammenschließen und Prämien in einen Fonds einzahlen, der in einem Schadensfall eintritt.

Der Geschädigte ist aber nicht notwendig darauf angewiesen, sich an den Schädiger oder dessen Versicherung zu halten. Häufig genießt er selbst als Vertragspartner einen eigenen Versicherungsschutz. Der Versicherungsschutz des Geschädigten ist in der gesetzlichen Kranken-, Unfall- oder Rentenversicherung geregelt. Der Umfang der Leistung ergibt sich aus dem Gesetz, sofern nur der Geschädigte zu dem von den drei Versicherungen erfaßten Personenkreis gehört. Diese gesetzlichen Institutionen bilden das Netz der sozialen Sicherheit in der BRD. Freiberufliche und selbständige Unternehmer usw. gehören nicht zu dem Personenkreis. Sie müssen durch Abschluß entsprechender Privatkranken-, Unfall- oder Lebensversicherungen selbst für ihre soziale Sicherheit sorgen. Haben diese Personen für einen Schadensfall nicht vorgesorgt, so bietet das Bundessozialhilfegesetz einen gewissen Auffangschutz. Der gesetzliche oder private Versicherungsschutz ist deshalb so wichtig,

weil die Ersatzpflicht des Schädigers häufig erst nach langen Streitereien feststeht, der Geschädigte also auch von der Versicherung des Schädigers zunächst kein Geld erhält. Der Geschädigte ist aber auf die Hilfe angewiesen, die ihm unabhängig von der Verantwortlichkeit für den Schaden sofort zuteil wird. So sind die entsprechenden Träger verpflichtet, für Krankenhauskosten, Arzt und Medikamente zunächst aufzukommen. Als Äquivalent gehen die Ansprüche des Geschädigten auf die Versicherungsträger über, die dann die Versicherung des Schädigers oder unter Umständen auch den Schädiger persönlich in Regress nehmen.

190 (aa) Die *konventionelle Betriebshaftpflichtversicherung* des Herstellers von Waren (mit Ausnahme von Arzneimitteln) deckt die Schäden ab, für die der Hersteller nach dem geltenden deutschen Recht der Produzentenhaftung haftet. Dies ergibt sich aus §1 Nr 1 AHB. Die Haftung erstreckt sich auf *Personen* und *Sachschäden*³⁴². Die konventionelle Betriebshaftpflichtversicherung ist 1974 erweitert worden um die besonderen Bedingungen für die Produkthaftpflichtversicherung (PHB)³⁴³. Diese zielt darauf ab, die Haftung für Mangelfolgeschäden bei fehlenden zugesicherten Eigenschaften abzudecken³⁴⁴. Die Änderung der Versicherungspraxis ist bedeutsam, weil hier eine Parallele zu der Versicherbarkeit einer strikten Produzentenhaftung unter Einschluß der Entwicklungsgefahren besteht. Denn bis vor kurzem wurde die Ausdehnung des Versicherungsschutzes auf Mangelfolgeschäden mit dem Argument abgelehnt, daß die Risiken schwer kalkulierbar und deshalb nicht versicherbar seien. Die Versicherbarkeit des Produktrisikos hat sogar lange Zeit Diskussionen um die Einführung einer Gefährdungshaftung des Warenherstellers beherrscht³⁴⁵. Die gesamte Diskussion ist überflüssig geworden, weil der Gesetzgeber in den §§84ff AMG die Gefährdungshaftung eingeführt hat. Die Lösung wurde erst möglich durch die Bereitschaft der Versicherungswirtschaft, das Haftungsrisiko bis zu einer Höhe von DM 200 Mio zu übernehmen³⁴⁶. Die Pharmahersteller sind gemäß §94 AMG zum Abschluß einer Haftpflichtversicherung oder zur Beibringung einer Freistellung oder Gewährleistungsverpflichtung eines inländischen Kreditinstituts über DM 200 Mio verpflichtet. Genaue Bestimmungen über die Ausgestaltung des Versicherungsvertrages zwischen den Arzneimittelherstellern und den Versicherungen sind bisher nicht veröffentlicht.

191 (bb) Die *Errichtung eines Entschädigungsfonds* für Produktschäden war während der Gesetzgebungsarbeiten zum Arzneimittelgesetz lange im Gespräch. Sowohl der Referentenentwurf als auch der Kabinettsentwurf hatte sich für eine Fondshaftung ausgesprochen. Einigkeit bestand ferner insoweit, als der Fonds nur subsidiär eintreten sollte, wenn nämlich der Geschädigte seine Ansprüche gegen den Hersteller nicht durchsetzen konnte. Da eine Primärverpflichtung des Herstellers weiter bestand, hätte dieser nach wie vor eine Betriebshaftpflichtversicherung abschließen müssen. Die Finanzierung des Fonds war umstritten. Grundsätzlich sollte zwar die Gesamtheit der pharmazeutischen Unternehmer die notwendigen Beiträge abführen. Kontrovers waren jedoch die Standpunkte bezüglich einer Kostenbeteiligung des Staates³⁴⁷.

192 (cc) Soweit der Geschädigte durch Fehler eines Produkts einen *Personenschaden* erlitten hat, greifen zu seinen Gunsten die *gesetzlichen Kranken-, Unfall- und Rentenversicherungen* ein. Diese decken die aus der Gesundheitsverletzung resultierenden Folgen ab. Dazu gehören die Heilbehandlung selbst, die Lohnfortzahlung und ein Ausgleich für die Einkommensminderung. Die Ansprüche gegen den möglichen Schädiger gehen auf den den Versicherungsträger über, dieser kann u.U. Regreß nehmen³⁴⁸. Die gesetzliche Krankenversicherung besteht für alle Arbeiter, Angestellte bis zu einem bestimmten Einkommen, Arbeitslose, Rentner, Studenten, bestimmte Gruppen selbständiger Erwerbstätiger. Anspruch hat der Versicherte, der infolge einer Krankheit, und dazu gehört auch der Unfall, einer ärztlichen Behandlung bedarf.

Die Pflicht zur Lohnfortzahlung ergibt sich für Beamte aus den entsprechenden Sondergesetzen, für Arbeiter und Angestellte aus dem Lohnfortzahlungsgesetz. Die Pflicht zur Lohnfortzahlung besteht nur für einen Zeitraum von sechs Wochen, danach tritt an die Stelle des Arbeitsverdienstes ein von der Krankenkasse zu leistendes Krankengeld, das bis zu 85% des Verdienstes beträgt. Das Krankengeld wird wegen ein und derselben Krankheit innerhalb von drei Jahren höchstens für 78 Wochen gewährt. Die gesetzliche Unfallversicherung tritt ein, wenn nach dem Abschluß der Heilbehandlung Unfallfolgen bleiben, die den Verletzten in seiner Erwerbsfähigkeit mindern. Zum Kreis der Versicherten zählen alle Personen, die aufgrund eines Arbeits-, Dienst- oder Lehrverhältnisses beschäftigt sind. Ein Anspruch besteht dann, wenn der Versicherte durch einen Arbeitsunfall, Wegeunfall oder eine Berufskrankheit einen Schaden erlitten hat. Ist die Erwerbsfähigkeit dauernd um 20% gemindert, hat der Versicherte einen Anspruch auf eine Rente. Überschneidungen können hier zur gesetzlichen Rentenversicherung auftreten, da diese auch die Sicherung vor den Folgen vorzeitiger Invalidität bezwecken. Allerdings muß der Verunfallte dann Versicherungspflichtiger der gesetzlichen Rentenversicherung sein.

Alle Personen, die nicht zum Kreis der in gesetzlichen Renten-, Unfall- und Krankenversicherung versicherten Personen gehören, müssen selbst für die Folgen von Gesundheitsverletzungen vorsorgen. Betroffen hiervon sind zumeist Selbständige, die zur Deckung der diesbezüglichen Risiken neben der Krankenversicherung zumeist eine kombinierte Unfall- und Lebensversicherung abschließen. Der Umfang der Leistungen der privaten Versicherungsträger richtet sich nach dem jeweiligen Vertragstypus.

Festzuhalten ist, daß die gesetzlichen und privaten Versicherungen nur für die Folgen von Gesundheitsverletzungen eintreten. Sachschäden werden nicht erfaßt. Der Geschädigte muß insoweit gegen den Schädiger oder dessen Versicherung vorgehen.

7 Würdigung

193 Die Produzentenhaftung ist im Wandel begriffen. Die herkömmlichen Regelungsinstrumente reichen nicht aus, um einen den veränderten Produktionsbedingungen angemessenen Konsumentenschutz zu erreichen. Auslösender Faktor aller Reformüberlegungen zur Produzentenhaftung sind

die Auswirkungen des veränderten Herstellungsverfahrens auf die Abnehmer. Diese können den Produktionsprozeß nicht mehr durchschauen und müssen deshalb an einem Haftungsrecht scheitern, das die Durchsichtigkeit des Fertigungsprozesses voraussetzt. Der Übergang zu neuen industriellen Herstellungsverfahren zieht deshalb zugleich den Wechsel des Haftungssystems nach sich. Das AMG und die Vorschläge zur Neuregelung der Produzentenhaftung meinen, dem Problem mit einer verschuldensunabhängigen Haftung beizukommen. Jedoch zeigt das Festhalten am Fehlerbegriff, daß immer noch die Vorstellung besteht, Anknüpfungspunkt der Haftung müsse eine individuelle Verantwortung des Herstellers sein. Der Grund für die Produzentenhaftung ist aber nicht in einer gesteigerten individuellen Verantwortung des Herstellers, sondern in den Gefahren verursachenden Produktionsprozessen zu sehen. Besser wäre es deshalb, sich vom Produkt zu lösen und sich allein auf den Produktionsprozeß zu konzentrieren. Handelt es sich um industrielle Fertigungsmethoden, müßte der Hersteller alle Schäden ausgleichen, die seine Produkte verursachen, vorausgesetzt, sie sind bestimmungsgemäß verwendet worden³⁴⁹. Nur eine reine Kausalhaftung könnte die mit der industriellen Produktion verbundenen Probleme lösen. Daher müßte auch der nächste Schritt getan werden, nämlich sich zu trennen von einem an vorwerfbares Verhalten anknüpfendes Haftungsrecht. Sicherlich stellen die europäischen Vorschläge ebenso wie das AMG eine erhebliche Verbesserung des Rechtsschutzes dar, weil die Schutzlücken der Deliktshaftung geschlossen werden. Vor allem wird mit der Einbeziehung der Entwicklungsgefahren ein Zeichen für den weiteren Verlauf der Reform gesetzt. Bedauerlich ist dagegen, daß Haftungshöchstsummen als eine anscheinend unvermeidbare Begleiterscheinung der Haftungsverschärfung angesehen werden. Von beiden Vorschlägen scheint der EG-Entwurf zwei entscheidende Vorzüge zu haben: er bezieht Sachschäden mit ein und stellt die Haftung für Entwicklungsfehler ausdrücklich sicher. Wenn die Bundesregierung auch bisher zu den Entwürfen keine Stellung genommen hat³⁵⁰, so bietet doch das gerade verabschiedet Arzneimittelgesetz Anhaltspunkte dafür, die zu erwartende Haltung einzuschätzen. Mit einiger Sicherheit wird zum Beispiel eine unbeschränkte Haftung und die Gewährung eines Schmerzensgeldes nicht eingeführt werden. Ob die Regierung an den Vorschlägen weitere Abstriche vornehmen wird, ist nicht vorauszusagen. Es wäre ein begrüßenswerter Schritt hin auf einen stärkeren Verbraucherschutz, wenn die EG-Richtlinie, die nicht nur inhaltlich weiter geht als die Konvention, sondern auch durch ihren klareren Aufbau und bessere Überschaubarkeit der Konvention vorzuziehen ist, in der BRD geltendes Recht werden würde.

Schließlich verlangt eine zeitgemäße Anpassung des Haftungsrechts auch eine Reform des Staatshaftungsrechts. Es geht nicht an, daß der Staat auf der einen Seite zunehmend im Interesse der Verbraucher regelnd in den Produktionsprozeß eingreift, auf der anderen Seite aber nicht bereit ist, für die gesetzlich übernommenen Pflichten auch einzustehen, wenn es zu einem Schaden gekommen ist. An diesem Punkt müßten die Verbraucherverbände mit ihrer Öffentlichkeitsarbeit einsetzen und einen Umdenkungsprozeß einleiten, der eine Beteiligung des Verbrauchers in Form der Kontrolle der Verwaltung als begrüßenswert anstrebt. Produzent und Staat sollten dem Verbraucher immer

dann als Gesamtschuldner haften, wenn beide an der Entstehung des Schadens beteiligt waren. Die notwendige Reform des Staatshaftungsrechts wurde bereits in Angriff genommen. Danach soll die künftige Staatshaftung Unrechtshaftung sein (nicht Verschuldenshaftung) und der Hoheitsträger soll primär haften und nicht subsidiär³⁵¹. Wann und ob die Pläne Gesetz werden, ist jedoch noch offen.

Aber auch die beste Haftungsregelung kann nicht darüber hinwegtäuschen, daß diese sich nur damit beschäftigen kann, Risiken zu verteilen und Schäden zu kompensieren. Den wirksamsten Schutz vor gefährlichen Produkten böte allein die Schadensverhütung durch umfassende, den Produktionsprozeß verbindlich festlegende Sicherheitsvorkehrungen, deren Einhaltung vom Staat kontrolliert werden müßte.

ANMERKUNGEN

1. v. Hippel, *Verbraucherschutz*, 2. Aufl. [1979], S. 20/21.
2. Etwa das Selbstbeschränkungsabkommen in der Werbewirtschaft sowie die Anmeldung von AGB-Empfehlungen; vgl. Reich/Tonner/Wegener, *Verbraucher und Recht*, Ziffer 72, S. 219ff; zu den Konditionenempfehlungen 7. Kapitel, Ziff. 275, 276; betreffend AGB der Reiseveranstalter 6. Kapitel Ziffer 247 – 257; betreffend Reparaturbedingungen 6. Kapitel, Ziff. 227 – 230;
3. Zu den Selbstbeschränkungsabkommen in der Werbewirtschaft Reich/Tonner/Wegener; zu den Konditionenempfehlungen des DRV vgl. die Zeit v. 3.12.1976.
4. Simitis, *Verbraucherschutz Schlagwort oder Rechtsprinzip*, S. 168/169.
5. Vgl. hierzu die bekannte Doppelstecker-Entscheidung des BKA WuW/BkartA 145; ebenso *Frankfurter Kommentar zum GWB* (Stand 19. Lfg. [1977]) §1 Rdnr. 30; Müller/Gries/Geissler, *Kommentar zum GWB* 2. Aufl., §15 Rdnr. 23; Tetzner, *Kartellrecht*, 2 Aufl., S. 5/6.
6. Weitere Beispiele bei Tetzner, a.a.O. (Anm. 5), S. 5/6.
7. Brinkmann, *Verbraucherorganisationen in der BRD und ihre Beteiligung bei der überbetrieblichen technischen Normung* [1976] S. 65.
8. Zweiter Bericht der Bundesregierung zur Verbraucherpolitik v. 17.10.1975, S. 12ff.
9. Vgl. dazu Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 2), S. 20.
10. V. Hippel, a.a.O. (Anm. 1), S. 61.
11. Begründung der Regierung zum Gesetzesentwurf, BT-Drucks. 7/4245 II, S. 12.
12. Zipfel, NJW [1975], S. 553ff (555).
13. Brinkmann, a.a.O. (Anm. 7), S. 97ff.
14. Vgl. Simitis, a.a.O. (Anm. 4), S. 224.
15. Offe in Kress/*Senghaas Politikwissenschaft*, S. 135ff (145ff).
16. Vgl. Simitis, a.a.O. (Anm. 4), S. 222/223.
17. Offe, a.a.O. (Anm. 15), S. 145ff.
18. Zum Problem schon Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 2), Ziff. 4/5, S. 8 – 19.

19. Vgl. Simitis, a.a.O. (Anm. 4), S. 219.
20. Vgl. Simitis, a.a.O. (Anm. 4), S. 216.
21. Vgl. Simitis, a.a.O. (Anm. 4), S. 228.
22. Vgl. RGRK-Pikart 12. Aufl. [1978], §1004 Rdnr. 1–3; Löwe DAR [1978], S. 288ff.
23. Emma Heft 8 [1978].
24. Dazu RGRK-Pikart §1004 Rdnr. 104; Soergel/Mühl, 10. A. [1968], §1004 Rdnr. 59 mit NW aus der Rechtsprechung.
25. RGZ 101, 335ff (340); RGZ 151, 239ff (246); BGH LM Nr 27 zu §1004 und BGHZ 2, 395.
26. RGRK-Pikart §1004 Rdnr. 103.
27. BGHZ 67, 359 = NJW [1977], 379, ausführlich Ziff. 166 am Ende.
28. Diederichsen, NJW [1978], S. 1281ff (S. 1283) unter Hinweis auf das Estil-Urteil BGH NJW [1972], S. 2217 (2220); vgl. noch dazu 5. Kapitel, Ziff. 167; Löwe DAR [1978], S. 288f.
29. Löwe, a.a.O. (Anm. 28), S. 295.
30. So die einhellige Meinung in den Kommentaren zur VWGO, vgl. statt aller Eyermann/Fröhler, 7. A. [1977], §42 Rdnr. 86.
31. Reh binder/Burgbacher/Knieper, *Bürgerklage im Umweltrecht* [1972].
32. Reh binder/Burgbacher/Knieper, a.a.O. (Anm. 32), S. 119; vgl. auch Rupp in AÖR 88 S. 479ff (483).
33. Eyermann/Fröhler, §42 UWGO Rdnr. 96.
34. Vgl. BVerwGE 30, S. 135ff (137): kein subjektives Recht auf Ausübung der Aufsicht über das Versicherungsunternehmen.
35. BVerwGE JZ [1975], S. 666 und Thieme NJW [1976], S. 705ff.
36. Vgl. etwa Amtliche Begründung zu §11 Bei Holthöfer/Nüse/Franck, *Kommentar zum Lebensmittelgesetz*, 2 Bände, Loseblattsammlung 6. A. Stand Dezember [1976], §11 Rdnr. 1.
37. Zipfel, *Kommentar zum Lebensmittelgesetz*, Loseblattsammlung, 35 ErgLfg. Stand April [1978], §8 Rdnr. 5 mit NW aus der Rechtsprechung.
38. Vgl. Amtliche Begründung zu §9 bei Holthöfer/Nüse/Franck §9 Rdnr. 1; Kloesel NJW [1976], S. 1769ff.
39. Zipfel, §8 Rdnr. 7, 9.
40. Holthöfer/Nüse/Franck, §9 Rdnr. 16.
41. Genaue Nachweise bei Holthöfer/Nüse/Franck, §9 Rdnr. 23a.
42. Genaue Nachweise bei Holthöfer/Nüse/Franck, §9 Rdnr. 6.
43. Genaue Nachweise bei Holthöfer/Nüse/Franck, §10 Rdnr. 2.
44. Holthöfer/Nüse/Franck, §10 Rdnr. 8, NWe der Landes VO.
45. Holthöfer/Nüse/Franck, §2 Rdnr. 1 amtliche Begründung.
46. Holthöfer/Nüse/Franck, §2 Rdnr. 21.
47. Holthöfer/Nüse/Franck, §11 Rdnr. 2.
48. Holthöfer/Nüse/Franck, §11 Rdnr. 17.
49. Holthöfer/Nüse/Franck, §11 Rdnr. 25a.
50. Holthöfer/Nüse/Franck, §12 II Vorbemerkung.
51. Amtliche Begründung des Regierungsentwurfs zum Änderungsgesetz 58 — BT-Drucks. III/316 — zu §5a Abs. 1 LMG.
52. Holthöfer/Nüse/Franck, §12 Rdnr. 9.
53. Holthöfer/Nüse/Franck, §12 Rdnr. 10.

54. Holthöfer/Nüse/Franck, §12 Rdnr. 14 – 19.
55. Holthöfer/Nüse/Franck, §12 Rdnr. 24.
56. Holthöfer/Nüse/Franck, §13 Rdnr. 22.
57. Holthöfer/Nüse/Franck, §13 Rdnr. 9
58. Holthöfer/Nüse/Franck, §13 Rdnr. 19, mit Abdruck der von der Kommission aufgestellten Forderungen.
59. Holthöfer/Nüse/Franck, §13 Rdnr. 23.
60. Holthöfer/Nüse/Franck, §13 Rdnr. 20.
61. Holthöfer/Nüse/Franck, §14 Rdnr. 15.
62. Holthöfer/Nüse/Franck, §14 Rdnr. 16.
63. BGB1. [1978], I, S. 718; bzw. BGB1. [1978], I S. 1525.
64. So Holthöfer/Nüse/Franck, §14 Rdnr. 16.
65. BGB1. [1978], I, S. 718.
66. Amtliche Begründung zu §15, abgedruckt bei Holthöfer/Nüse/Franck, §15 Rdnr. 1.
67. Holthöfer/Nüse/Franck, §15 Rdnr. 19.
68. BGB1. [1947], I, S. 1479.
69. BGB1 [1975], I, S. 124, abgedruckt bei Holthöfer/Nüse/Franck, unter Rdnr. 20 zu §15.
70. Amtliche Begründung zu Art. 7, BT-Drucks. 3/316, abgedruckt bei Holthöfer/Nüse/Franck, §33 Rdnr. 2.
71. Amtliche Begründung zu §33 LMG, abgedruckt bei Holthöfer/Nüse/Franck, §33 Rdnr. 3.
72. Vgl. Simitis, a.a.O. (Anm. 4), S. 177.
73. Amtliche Begründung abgedruckt bei Holthöfer/Nüse/Franck, §33 Rdnr. 3.
74. Holthöfer/Nüse/Franck, §33 Rdnr. 10, 14, 16.
75. Holthöfer/Nüse/Franck, §35 Rdnr. 4.
76. Vgl. v. Hippel, a.a.O. (Anm. 1), S. 43; das gesteht auch die Bundesregierung ein, vgl. 2. Bericht zur Verbraucherpolitik, S. 29.
77. Amtliche Begründung zum 7. u. 8. Abschnitt, abgedruckt vor der Vorbemerkung zu §§40 – 46 bei Holthöfer/Nüse/Franck.
78. Abgedruckt bei Holthöfer/Nüse/Franck, §45.
79. Reichsgesundheitsblatt [1934], S. 590, abgedruckt bei Holthöfer/Nüse/Franck, als Anhang A Nr. 1.
80. Holthöfer/Nüse/Franck, §41 Rdnr. 8.
81. Holthöfer/Nüse/Franck, §41 Rdnr. 11.
82. Beispiele bei Holthöfer/Nüse/Franck, §41 Rdnr. 14.
83. Holthöfer/Nüse/Franck, §41 Rdnr. 20.
84. Holthöfer/Nüse/Franck, §41 Rdnr. 22, mit weiteren Auführungen zu den Zuständigkeitsbereichen.
85. Holthöfer/Nüse/Franck, §41 Rdnr. 44.
86. Nachweise aus der Rechtsprechung bei Holthöfer/Nüse/Franck, §41 Rdnr. 50.
87. Holthöfer/Nüse/Franck, §41 Rdnr. 55 am Ende.
88. Holthöfer/Nüse/Franck, §41 Rdnr. 72ff.
89. Holthöfer/Nüse/Franck, §42 Rdnr. 9 – 11.
90. Holthöfer/Nüse/Franck, §42 Rdnr. 26, 27.

91. Holthöfer/Nüse/Franck, §4 Rdnr. 8.
92. Holthöfer/Nüse/Franck, §4 Rdnr. 6.
93. Holthöfer/Nüse/Franck, §4 Rdnr. 15; auch Zipfel, D 501, §1 AMG, Anm. 51 (AMG 61).
94. Holthöfer/Nüse/Franck, §25 Rdnr. 3.
95. Amtliche Begründung zu §25, abgedruckt bei Holthöfer/Nüse/Franck, §25 Rdnr. 1.
96. BGBI [1977], II, S. 2589ff.
97. Holthöfer/Nüse/Franck, §5 Rdnr. 8.
98. Holthöfer/Nüse/Franck, §30 Rdnr. 9; und 5. Kapitel, Ziff. 182.
99. Holthöfer/Nüse/Franck, §30 Rdnr. 15.
100. Holthöfer/Nüse/Franck, §31 Rdnr. 9.
101. Holthöfer/Nüse/Franck, §30 Rdnr. 17.
102. v. Hippel, a.a.O. (Anm. 1), S. 61.
103. Etmer/Bolck, Band IV, *Materialien zum Arzneimittelgesetz*, B §52, Begründung des Regierungsentwurfs, S. 24.
104. Plagemann, WRP [1978], S. 779ff. (781 – 784).
105. Etmer/Bolck, a.a.O. (Anm. 103), §6, 2; Begründung des Regierungsentwurfs, S. 25.
106. BGBI. [1976], I, S. 2905; berichtigt am 21.1.1977 — BGBI, I, S. 184.
107. Etmer/Bolck, a.a.O. (Anm. 103), §15, 3; Stellungnahme des Bundesrates.
108. Verordnung über Erwerb, Herstellung, Aufbewahrung und Abgabe von Arzneimitteln in Ausübung des tierärztlichen Dispensierrechts v. 31.7.1975, BGBI, I, S. 2115.
109. Berlin: VO betreffend Regelung und Beaufsichtigung des Verkehrs mit Arzneimitteln, Giften und giftigen Pflanzenschutzmitteln außerhalb der Apotheken v. 22.5.1962, GVBl. S. 483; Schleswig-Holstein: VO über die Regelung und Beaufsichtigung des Verkehrs mit Arzneimitteln außerhalb der Apotheken v. 23.7.1952, GVBl. S. 1124, i.d. Fassung v. 23.3.1962, GVBl. S. 130.
110. Vgl. hierzu den lesenswerten Aufsatz von Winter/Derleder, *Demokratie und Recht* [1976], S. 260ff.
111. BANz Nr. 185 v. 1.10.1977, abgedruckt bei Sander/Scholl, *Kommentar zum AMG*, 2. Lfg. Stand November [1977] unter Anhang I/5 bzw. I/8.
112. Grundlegend zur Problematik des Wirksamkeitsnachweises Plagemann, *Der Wirksamkeitsnachweis nach dem Arzneimittelgesetz v. 1976*; ein einführender Überblick über die gesetzliche Regelung und den Stand der Diskussion findet sich bei Henning NJW [1978], S. 1671ff.
113. Ausführlich zur Problematik der Beweislast Plagemann, S. 73ff. und S. 167ff. (176 – 178).
114. Kriele, ZRP [1975], S. 260ff; vgl. dazu auch Sander/Scholl, Erl. §25 C 7.8.
115. Kienle, ZRP [1976], S. 66ff.; kritisch auch Plagemann, a.a.O. (Anm. 112), S. 44/45.
116. Fincke, NJW [1977], S. 1094ff.
117. Liedtke, NJW [1977], S. 2113ff.; ablehnend auch Henning, a.a.O. (Anm. 112), S. 1673/74.
118. OLG Hamm, Max-Planck, *Selbstbiographie*, 4. Aufl. [1967], S. 22.
119. Kriele, NJW [1976], S. 355ff (S. 358), sowie insbesondere das auf S. 356

- zitierte Urteil des VG Minden. Unklar Henning, a.a.O. (Anm. 112), S. 1675; Plagemann, a.a.O. (Anm. 112), S. 112–121 und 168/169 vgl. den Kalkarbeschuß des BVerfG NJW (1979) S. 359ff. (362).
120. Etmer/Bolck, *Materialien zur Reform des Lebensmittelrechts* F, Leitsätze zum Erlaß der Rechtsverordnung nach §34 Abs. 1 Nr 4 des Regierungsentwurfs zur Neuordnung des Arzneimittelrechts (Arbeitstitel: *Verordnung über Standardzulassungen*) — Stand 12.2.1975.
 121. Dies wird in der Begründung zu den entsprechenden Vorschriften klar ausgesprochen. Etmer/Bolck, a.a.O. (Anm. 120), B §40. 2. Begründung des Regierungsentwurfs.
 122. Etmer/Bolck, a.a.O. (Anm. 120), B §52. 2. Begründung des Regierungsentwurfs, S. 104.
 123. Einstellungsbeschluß des LG Aachen, JZ [1971], S. 507ff (517).
 124. Etmer/Bolck, a.a.O. (Anm. 120), §57. 2. Begründung des Regierungsentwurfs, S. 112.
 125. Abgedruckt bei Sander/Scholl, *Arzneimittelrecht* Erl. §63 C 2–12.
 126. v. Hippel, a.a.O. (Anm. 1), S. 47.
 127. Etmer/Bolck, a.a.O. (Anm. 120), §59. 2. Begründung des Regierungsentwurfs, S. 114.
 128. Zipfel, a.a.O. (Anm. 39), D 501 §15 Rdnr. 8 (AMG 61).
 129. Zipfel, a.a.O. (Anm. 39), §40 Rdnr. 8.
 130. BT-Drucks. 8/856 S. 4.
 131. Bundesgesetzblatt [1979], Teil I, S. 1432ff.
 132. BT-Drucks. 8/856, S. 5.
 133. Veröffentlicht im Bundesanzeiger v. 3.11.1970.
 134. Brinkmann, a.a.O. (Anm. 7), S. 57.
 135. Brinkmann, a.a.O. (Anm. 7), S. 64ff.
 136. Brinkmann, a.a.O. (Anm. 7), S. 83ff.
 137. Brinkmann, a.a.O. (Anm. 7), S. 75.
 138. Brinkmann, a.a.O. (Anm. 7), S. 91.
 139. Die Verfahrensweise der DIN-Normung ist im wesentlichen in DIN 820 Bl. 1 geregelt.
 140. Brinkmann, a.a.O. (Anm. 7), S. 94.
 141. Brinkmann, a.a.O. (Anm. 7), S. 94/95.
 142. Brinkmann, a.a.O. (Anm. 7), S. 97–102; Höhfeld, *HdVR*, Gruppe 240 Rdnr. 85–89.
 143. Höhfeld, *HdVR*, Gruppe 240 Rdnr. 88, 89.
 144. Brinkmann, a.a.O. (Anm. 7); S. 76ff; Hummel/Liljegren, *HdVR*, Gruppe 60a Rdnr. 8.
 145. Hummel/Liljegren, a.a.O. (Anm. 144), Rdnr. 9.
 146. Bundesanzeiger v. 3.11.1970.
 147. Hummel/Liljegren, a.a.O. (Anm. 144), Rdnr. 13.
 148. Abschnitt I Nr. 2b und 3.2. Runderlaß des Arbeits- und Sozialministers — Durchführung des Gesetzes über technische Arbeitsmittel — III A 3–8100 B (MBl NW v. 19.12.1968, S. 1957). Die Regelungen in anderen Bundesländern sind ähnlich, vgl. Schmatz/Nöthlichs, Nr 2205, 2305, 2405.
 149. Brinkmann, a.a.O. (Anm. 7), S. 77.
 150. Hummel/Liljegren, a.a.O. (Anm. 144), Rdnr. 13.

151. Hummel/Liljegren, a.a.O. (Anm. 144), Rdnr. 13.
152. Schulz, *Außenwirtschaftsrecht*, §10 Rdnr. 3.
153. Schulz, a.a.O. (Anm. 152), §10 Rdnr. 6. Einfuhrliste — *Anlage zum Außenwirtschaftsgesetz* — Teil I u. II der Einfuhrliste in der Fassung der 57. Verordnung zur Änderung der Einfuhrliste vom 29.12.1976 (Beilage zum Bundesanzeiger Nr 247 v. 31.12.1976), zuletzt geändert durch die 60. Verordnung zur Änderung der Einfuhrliste vom 27.6.1977 (Bundesanzeiger Nr 116 v. 28.6.1977).
154. Schulz, a.a.O. (Anm. 152), §10 Rdnr. 10–15.
155. Schulz, a.a.O. (Anm. 152), §10 Rdnr. 18.
156. Schulz, a.a.O. (Anm. 152), §1 Rdnr. 24.
157. Schulz, a.a.O. (Anm. 152), §1 Rdnr. 25.
158. Vgl. Zipfel, a.a.O. (Anm. 39), *Lebensmittelrecht*, §47 Rdnr. 2; Etmer/Bolck, *Arzneimittelrecht*, Teil B, Materialien zur Reform des Arzneimittelrechts, Begründung des Regierungsentwurfs zu Art. 1 §§67 und 68 (später 73, 74), S. 124.
159. Zipfel, a.a.O. (Anm. 39), §48 Rdnr. 13, 11.
160. Zipfel, a.a.O. (Anm. 39), §48 Rdnr. 2.
161. Schulz, a.a.O. (Anm. 152), §1 Rdnr. 27.
162. Vgl. A 15a (iv) des Programms.
163. EuGH NJW [1976], S. 1575ff.
164. Nachweis bei Sander/Scholl, a.a.O. (Anm. 125), Erl. §21 AMG C 5.
165. Vgl. dazu bezogen auf die Gewerbeaufsichtsämter Hummel/Liljegren, Rdnr. 18, 19.
166. Der ursprüngliche Entwurf war für den Verbraucher günstiger vgl. BT-Drucks. 8/856, S. 7.
167. Test 7 [1977], S. 13.
168. Schneider ohne Schlitten und Resthalter entsprechen nicht dem Stand der Technik, aber DIN 1558.
169. Klare, in: *Die Berufsgenossenschaft* [1977], S. 497ff; [1978], S. 15ff.
170. Bundestags-Drucksache 8/3029 v. 28.6.1979.
171. §25 AtomG, §84 AMG; dazu unter 5. Kapitel Ziff. 180ff.
172. Zitiert bei Kötz, *Deliktsrecht* [1977], S. 164.
173. BGHZ 55, S. 229ff (234).
174. Sehr gute Übersicht BGHZ 51, S. 91ff (93ff).
175. Verhandlungen des DIT [1968], Bd I Teil C, Referat von Simon ebd, Bd II Teil M.
176. BGHZ, a.a.O. (Anm. 173).
177. BGHZ 51, 91ff, zuletzt BGH NJW [1974], S. 1503.
178. BGHZ 51, 91ff (105).
179. BGH BB [1975], S. 1031ff (Spannkupplungsurteil) = NJW [1975], S. 1827ff mit Anm. von Schmidt-Salzer, BGH BB [1975], S. 1033ff; Westphalen BGB BB [1975], S. 1034ff; Bieberstein Vers. R. [1976], S. 411ff.
180. BGH NJW [1975], S. 1827ff (1828).
181. Bieberstein, a.a.O. (Anm. 179), S. 141; Diederichsen, NJW [1978], S. 1283ff (1287).

182. Vgl. Palandt/Thomas, §823 Anm. 16 Dc; zuletzt eindringlich Leßmann, JuS [1978], S. 433ff (434/436).
183. BGH JZ [1971], S. 29 = BB [1970], S. 1414.
184. Vgl. die neueste Zusammenstellung bei Diederichsen, a.a.O. (Anm. 181), S. 1284.
185. BGH NJW [1972], S. 2217ff.
186. Diederichsen, a.a.O. (Anm. 181), S. 1284.
187. Vgl. Schmidt-Salzer, *Produkthaftung*, Rdnr. 98ff; Diederichsen, a.a.O. (Anm. 181), S. 1283; Leßmann, a.a.O. (Anm. 182), S. 436.
188. Löwe, in DAR [1978], S. 128ff.; OLG Celle BB [1979], S. 392 mit Anm. von Schmidt-Salzer (Anm. 187), S. 394.
189. A.A. Schmidt-Salzer, *Produkthaftung*, Rdnr. 86; wie hier Löwe, a.a.O. (Anm. 188), S. 290.
190. OLG Celle, a.a.O. (Anm. 188), S. 393.
191. BGH NJW [1972], S. 2217ff (2220).
192. BGH NJW [1977], S. 379ff. = BGHZ 67, 359ff.
193. BGH NJW [1977], S. 380.
194. Zustimmend Engels, DB [1977], S. 617; Emmerich, JuS [1977], 472; v. Westphalen, BB [1977], S. 314; Löwe, BB [1978], 1495; ablehnend Lieb, JZ [1977], 345; Rengier, JZ [1977], 347; Schubert, JR [1977], 459; Weitnauer, *Arztrecht* [1978], 38; Schmidt-Salzer, BB [1979], S. 1ff.; Ebel, NJW [1978], S. 2494ff.
195. BGH BB [1978], 1491 = NJW [1978], S. 2241ff.
196. Siehe OLG Braunschweig, NJW [1979], S. 1552ff.
197. Schmidt-Salzer, BB [1979], S. 1ff. (S. 10).
198. Diederichsen, a.a.O. (Anm. 181), S. 1284.
199. BGH VersR [1956], 625; [1959], 523; [1960], 855 und Staudinger/Schäfer, §831 Rdnr. 195, 197.
200. BGH BB [1975], 1031 (1032) sofern die Voraussetzungen an die Hinweispflicht erfüllt sind; auch Staudinger/Schäfer, §831 Rdnr. 198.
201. BGH VersR [1966], S. 410; BGH 51, S. 91ff (105) und BGH BB [1975], S. 1031ff.
202. Diederichsen, a.a.O. (Anm. 181), S. 1288.
203. LG Frankfurt NJW [1977], S. 1108ff; AG Frankfurt VersR [1977], S. 1137ff.
204. Contergan Fall LG Aachen JZ [1971], S. 507ff.
205. OLG Celle BB [1979], S. 392ff.
206. OLG Celle, a.a.O. (Anm. 205), S. 393/394; Schmidt-Salzer, a.a.O. (Anm. 194), S. 395.
207. So aber Schmidt-Salzer, a.a.O. (Anm. 194), S. 396.
208. Leßmann, a.a.O. (Anm. 182), S. 439.
209. Leßmann, a.a.O. (Anm. 182), S. 436 und Estil-Urteil als Beispiel für viele; vgl. Diederichsen, a.a.O. (Anm. 181), S. 1284.
210. Leßmann, a.a.O. (Anm. 182), S. 435, 437 unter Hinweis auf BGH NJW [1963], S. 484.
211. Simitis, in *Festschrift für Konrad Duden* [1977], S. 605ff (607).
212. Simitis, *Festschrift*, S. 608; vgl. Nüßgens, in 25 Jahre BGH [1973], S. 96.
213. Diederichsen, a.a.O. (Anm. 181), S. 1288 unter Bezugnahme auf OLG

- München VersR [1975], S. 606ff und BGH NJW [1972], S. 2217ff (2220).
214. Simitis, *Festschrift*, S. 611.
 215. Vgl. insbesondere die Erörterungen auf dem 47. DJT [1968], (Bericht in NJW [1968], S. 2047; JZ [1968], S. 715). Hierher gehören auch die Vertreter der Literatur, die bereits nach geltendem Recht eine verschuldensunabhängige Haftung befürworten, vgl. die Darstellung in BGHZ 51, S. 91ff (S. 95ff); Staudinger/Schäfer, Rdnr. 208 zu §831; Simitis — *Verbraucherschutz* [1975], S. 50ff; v. Hippel — *Verbraucherschutz* [1974], S. 28ff.
 216. a.a.O. unter III 1.4. S. 27.
 217. Text abgedruckt in: *European Series No. 91* und *International Legal Materials* [1977], 16:7; der Entwurf vom 20.3.1975 ist wiedergegeben im Dokument DIR/JUR 75 abgedruckt mit Begründung, deutscher Text auch bei Lindemeyer WRP [1975], S. 426ff; Lindemeyer WRP [1975], S. 420ff, und 712ff, Micklitz, ZRP [1978], S. 37ff; Dahl, ZVP [1978], S. 343ff; Ficker in *Festschrift für v. Caemmeren* [1978], S. 343ff.
 218. Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft v. 26.10.1979, Nr C271/3.
 219. Siehe den Vorentwurf BT Drucksache 7/5812.
 220. Das Europäische Parlament wollte allerdings die Entwicklungsfehler von der Gefährdungshaftung ausnehmen, siehe FAZ v. 3.5.1979.
 221. Einleitung zum Entwurf der EG, BT-Drucks. 7/5812, S. 1; ähnlich die Begründung des ER Nr 10–13, S. 12/13.
 222. Zum ER-Entwurf Nr 36, S. 19 der Begründung, zum EG-Entwurf Art. 1a, S. 6 der BT-Drucksache.
 223. So das Atomgesetz §25; vgl. Lorenz, a.a.O. (Anm. 217), S. 250.
 224. Vgl. Begründung Nr 43, S. 21 des ER-Entwurfs und Lorenz, RIW 75, S. 250; nicht deutlich wird, ob Lorenz, S. 251, die Beweislast für die Fehlerhaftigkeit bzw. Fehlerlosigkeit des Produkts allgemein beim Hersteller sieht; wie Lorenz, Lindemeyer, a.a.O. (Anm. 217), S. 422; zum EG-Entwurf Begründung Art. 1d, S. 6 der Drucksache.
 225. Nr 34, S. 18 der Begründung des ER-Entwurfes; Begründung Art. 4, S. 8 der BT-Drucksache. Kritisch zum Fehlerbegriff Blenk, BB [1978], S. 1725ff.
 226. Simitis, a.a.O. (Anm. 4), S. 625.
 227. Vgl. statt aller Palandt/Thomas, §823 Anm. 16 D c bb.
 228. Weitnauer, NJW [1968], S. 1593 (94); auf Weitnauer gestützt auch Palandt/Thomas, §823 Anm. 16 D c bb.
 229. Schmidt-Salzer, *Produkthaftung* [1972], Rdnr. 184.
 230. Schmidt-Salzer, a.a.O. (Anm. 229), Rdnr. 185.
 231. Bei Fabrikationsfehlern kann der Hersteller den dezentralisierten Entlastungsbeweis gemäß §831 BGB führen; vgl. Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Anm. 2), S. 162; Palandt/Thomas, §823 Anm. 16 D c ff.
 232. Palandt/Thomas, §823 D b; Lukes, JuS [1968], 351.
 233. Vgl. Brinkmann, a.a.O. (Anm. 7), S. 97ff; 5. Kapitel Ziff. 161.
 234. Anders der I. Vorentwurf der EG-Kommission, Dokument XI/334/74 — D vom August [1974]. Dort ergab sich aus dem Fehlerbegriff für den Hersteller die Möglichkeit eines Entlastungsbeweises, wenn er dartun

- konnte, daß die Sache bestimmungsgemäß verwendet wurde; dazu Lindemeyer, a.a.O. (Anm. 217), S. 425 (V 1).
235. Anders Lindemeyer, a.a.O. (Anm. 217), S. 712, der bei bestimmungswidrigem Gebrauch berechnete Sicherheitserwartungen ausschließt.
 236. Der Passus wurde auf Initiative des Europäischen Parlaments aufgenommen; vgl. dazu v. Hülsen, RIW [1979], S. 365ff (375); dazu auch 5. Kapitel Ziff. 182.
 237. BGHZ 51, 91 (102); dazu Schmidt-Salzer, *Produkthaftung*, Rdnr. 240.
 238. BGH NJW [1972], S. 2217ff.
 239. BGH BB [1975], S. 1031ff, mit Anmerkung von Hasskarl. BB [1976], S. 165ff.
 240. Schmidt-Salzer, *Produkthaftung*, Rdnr. 24, S. 182; anders Simitis, Gutachten zum 47, DJT, S. 66.
 241. Dazu Wolter, ZRP [1974], S. 260ff (S. 262); 5. Kapitel Ziff. 174.
 242. Simitis, Grundfragen, S. 70ff in: Verhandlungen des 47 DJT I C 49.
 243. Simitis, *Festschrift*, S. 626.
 244. Vgl. die NWe aus der Literatur und der Rechtsprechung bei Diederichsen, *Die Haftung des Warenherstellers*, S. 58ff mit Kritik S. 75.
 245. Vgl. die Nachweise bei Schmidt-Salzer, *Produkthaftung*, S. 83 Fußnote 1a; Schmidt-Salzer selbst, a.a.O. Rdnr. 98, nimmt Gefahrabwendungspflichten des Herstellers auch vor dem Inverkehrbringen an.
 246. So Weitnauer, NJW [1968], S. 1593 (1594); Simitis, *Gutachten*, S. 46; anders der BGH in BGHZ 48, 310 (312) für den Fall der Werkunternehmerhaftung.
 247. Vgl. dazu die Nachweise bei Diederichsen, *Haftung des Warenherstellers*, S. 72.
 248. Ursprünglich hatte die Kommission auf eine derartige Bestimmung verzichtet, dazu Begründung Art. 5c S. 8 der BT-Drucksache.
 249. Begründung zu Art. 6c, S. 9 der BT-Drucksache.
 250. Begründung zu Art. 6d, S. 9 der BT-Drucksache.
 251. Begründung zu Art. 6d, S. 9 der BT-Drucksache.
 252. BHG NJW [1968], S. 1622ff — Contact-Kleber-Fall.
 253. Vgl. dazu Micklitz ZVP [1979] S. 329ff.
 254. Einleitung zum Vorschlag des EG-Entwurfs, S. 2 der BT-Drucksache und Erläuterung Nr 50, S. 23 des ER-Entwurfs.
 255. Vgl. Kötz, ACP [1970], S. 1ff (37); Kötz, *Deliktsrecht*, S. 163; Lorenz, a.a.O. (Anm. 217), S. 253.
 256. Vgl. Kötz, ACP [1970], S. 1ff (S. 37); Lorenz, a.a.O. (Anm. 217), S. 253.
 257. v. Hülsen, RIW [1977], S. 349ff; v. Hülsen, RIW [1979], S. 365ff.
 258. v. Hülsen, RIW [1979], S. 369.
 259. Vgl. Dahl, ZVP [1979], S. 19/20; a.A v. Hülsen, RIW [1979], S. 373ff.
 260. Vgl. S. 2 der Einleitung zum EG-Entwurf in BT-Drucksache.
 261. dazu Kötz, ACP [1970], S. 1ff (S. 39).
 262. Simitis, *Festschrift*, S. 633.
 263. Vgl. zur Frage des Schmerzensgeldes auch bei Gefährdungshaftung Kötz, in: *Festschrift v. Caemmerer* [1978], S. 389ff.
 264. Vgl. BGH NJW [1977], S. 379 (381), wo der BGH die Zulässigkeit einer derartigen Klausel vom Einzelfall abhängig macht; zum Verhältnis von

- §823 BGB zu vertraglichen Schadensersatzansprüchen, BGH a.a.O. mit Anm. von Lieb und Rengier, in JZ [1977], S. 344ff.
265. Vgl. Palandt/Heinrichs, Vorbem, 53 vor §249.
 266. Thorotrast/Fall, KG VersR [1975], S. 247.
 267. Begründung Art. 10, S. 6 des EG-Entwurfes in BT-Drucksache.
 268. Simitis, *Festschrift*, S. 615, 616.
 269. Begründung Art. 6, S. 9 der BT-Drucksache.
 270. Begründung Nr 45, S. 21 des ER-Entwurfs; Begründung Art. 1c, S. 6 der BT-Drucksache.
 271. Palandt/Thomas, §823 Anm. 16 D c; Staudinger/Schäfer, §831 Rdnr. 215; Schmidt-Salzer, *Produkthaftung*, Rdnr, 191, S. 140.
 272. Schmidt-Salzer, *Produkthaftung*, Rdnr. 191, S. 140.
 273. FAZ v. 3.5.1979.
 274. Vgl. Consumers Consultative Committee Opinion on the amended proposal v. 21.2.1980 S. 3ff und Simitis, *Festschrift* S. 621.
 275. Vgl. die Erläuterungen, S. 22, Nr 47, wo die gesamtschuldnerische Haftung lediglich festgestellt wird.
 276. Ob dem Zulieferer die ausschließliche technische Verantwortung übertragen worden ist, weil er allein die notwendigen Materialprüfungen vorgenommen hat, ist nicht berücksichtigt; vgl. BGH NJW [1968], 247 und Lindemeyer, a.a.O. (Anm. 217), S. 423.
 277. Vgl. Erläuterungen Nr 47, S. 22 zum Entwurf des Europarates.
 278. Vgl. Lindemeyer, a.a.O. (Anm. 217), S. 713.
 279. Erläuterung Nr 28, S. 17 zum Entwurf des ER; Begründung Art. 1e, S. 6 zum Entwurf der EG in BT-Drucksache; vgl. auch Lorenz, a.a.O. (Anm. 217), S. 248, der zu den Rechtsverhältnissen in den USA Stellung nimmt, wo der Groß- und der Einzelhändler mit in die Haftung einbezogen ist.
 280. Erläuterung Nr. 28, S. 17 zum Entwurf des ER, Begründung Art. 1e, S. 6 zum Entwurf der EG in BT-Drucksache.
 281. Nach den Erläuterungen Nr. 46, S. 21/22 fällt darunter nicht derjenige, der aus Reklamezwecken seinen Namen anbringt oder weil er gesetzlich nach innerstaatlichem Recht dazu verpflichtet ist; dazu auch Lindemeyer, a.a.O. (Anm. 217), S. 423.
 282. Dazu Lindemeyer, a.a.O. (Anm. 217), S. 714 und Begründung zu Art. 2b, S. 7 der BT-Drucksache.
 283. Begründung zu Art. 2b, S. 7 der BT-Drucksache.
 284. Vgl. Lorenz, a.a.O. (Anm. 217), S. 249 zum Entwurf des ER; Begründung Art. 1b, S. 7 zum Entwurf der EG in BT-Drucksache.
 285. Ausführlich zur Haftung des Importeurs, Lindemeyer, a.a.O. (Anm. 217), S. 424.
 286. Auf diesen Gesichtspunkt weist Lindemeyer, a.a.O. (Anm. 217), S. 424 hin.
 287. Vgl. die Nachweise aus der Rechtsprechung bei Diederichsen, *Haftung des Warenherstellers*, S. 58ff.; zuletzt ausführlicher Schmidt-Salzer, BB [1979], S. 1ff.
 288. Diederichsen, *Haftung des Warenherstellers*, S. 75; Schmidt-Salzer, *Produkthaftung*, Rdnr. 98.
 289. BGH VersR [1960], S. 855/856 (Kondensstopf), auch OLG Bremen als

- Vorinstanz, S. 855 und BGH VersR [1972], S. 559 (560) Ziffer II 1 (Förderkorb).
290. BGH BB [1975], S. 1503ff; vgl. dazu Schmidt-Salzer BB [1979], S. 1ff.
 291. Schmidt-Salzer, Rdnr. 138ff; BGH NJW [1968], S. 247 (Schubstrebenfall); Palandt/Thomas, §823 Anm 16 D c aa.
 292. Schmidt-Salzer, *Produkthaftung*, Rdnr. 138ff.
 293. Schmidt-Salzer, *Produkthaftung*, Rdnr. 145; BGH NJW [1975], S. 1827 (1828).
 294. BGH VersR [1960], S. 855/856 (Kondenstopf); BGH VersR [1972], S. 559, 560 Ziffer II 1 (Förderkorb); BGH VersR [1977], S. 839/840.
 295. Nachweise bei Schmidt-Salzer, *Produkthaftung*, S. 109 FN 36.
 296. Im Ergebnis BGH VersR [1960], S. 855/856 (Kondenstopf).
 297. OLG Bremen zitiert nach BGH VersR [1960], S. 855.
 298. Schmidt-Salzer, *Produkthaftung*, Rdnr. 147, BGH VersR [1977], S. 839ff (840).
 299. So BGH BB [1977], S. 162ff (163) mit Anm. Westphalen, BB [1977], S. 313ff.
 300. Schmidt-Salzer, *Produkthaftung*, Rdnr., 157 mit zahlreichen NW aus der Literatur, Fußnote 6b, S. 117; Palandt/Thomas, §823 Anm. 16 D c aa.
 301. BGH BB [1977], S. 162ff (163); Westphalen, BB [1977], S. 313ff (314) und BGH VersR [1977], S. 839ff.
 302. BGH Vers. R [1977], S. 839; dazu Schmidt-Salzer, BB [1979], S. 1ff. (6/7); der den dogmatischen Ausgangspunkt der Rechtsprechung für falsch hält.
 303. BT-Drucks. 7/5812, S. 7 zu Art. 2b.
 304. Grundsätzlich Schmidt-Salzer, *Produkthaftung*, Rdnr. 173 mit NW, S. 125 Fußnote 110; aus der Rechtsprechung RG DR [1940], S. 1293 (1294).
 305. Schmidt-Salzer, *Produkthaftung*, Rdnr. 173, S. 126, so auch Lindemeyer, WRP [1975], S. 412 mit Hinweis in Fußnote 32 auf eine unveröffentlichte Entscheidung des OLG Frankfurt; vgl. zu den Komplexen RG DR [1940], S. 1293 (1294).
 306. BGH BB [1980], S. 443 mit Anm. v. Schmidt-Salzer S. 445ff.
 - 306a. Vgl. dazu Reich & Micklitz, *Consumer Legislation*, Rdnv. 95 – 99.
 307. OLG Hamm DB [1973], S. 325 (326) = BB [1973], S. 398.
 308. So das genannte Urteil, zustimmend Palandt/Thomas, §823 Anm. 16 D c aa.
 309. Vgl. Lindemeyer, WRP [1975], S. 422; einschränkend derselbe in WRP [1975], S. 713.
 310. BGH BB [1975], S. 103ff = NJW [1975], S. 1827ff; besprochen von Schmidt-Salzer, Anm. 1 zu BGH BB [1975], S. 1031ff, Westphalen, Anm. 2, S. 1031ff; Bieberstein, VersR [1976], S. 411ff.
 311. Unten 5, Kapitel Ziff. 178; allgemein zur Haftung des Pharmaunternehmers Kullmann, BB [1978], S. 175ff.
 312. Vgl. Wolter, ZRP [1974], S. 260 (265).
 313. Also nach den von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen zur Produzentenhaftung.
 314. So zumindest nach dem Entwurf des Gesundheitsministeriums, wo die

- Glaubhaftmachung der Kausalkette ausreichen sollte; anders dagegen schon der Kabinettsentwurf, der eine Fondshaftung nur bei Beweis der Kausalität zwischen Fehler und Schaden vorsah.
315. Wolter, DB [1976], S. 2001 (2003 FN 36).
 316. Wolter, DB [1976], S. 2001 (2003) und FN 36 zum Verhältnis §93 AMG — §830 BGB.
 317. Zur Frage der Fondsfinanzierung bei weiter Ausdehnung der Fondshaftung nach sozialpolitischen Aspekten Wolter, ZRP [1974], S. 265.
 318. So auch Wolter, ZRP [1974], S. 262.
 319. So auch Scholl/Sander, *Arzneimittelrecht*, §5 Anm. 4.
 320. Unter §84, S. 2 AMG ist demnach auch das Estil-Urteil des BGH einzuordnen.
 321. Wolter, DB [1976], S. 2001 (2004).
 322. Für §6 AMG 61 festgestellt in BGHZ 23, S. 184.
 323. Diederichsen, NJW [1978], S. 1289 und Wolter, ZRP [1974], S. 263.
 324. RGRK-Glanzmann 12. A. [1975], §635 Rdnr. 39 – 62.
 325. BGH NJW [1977], S. 1819 mit Anm. von Schlechtriem; dazu auch Westphalen, NJW [1979], S. 838ff (839).
 326. BGH NJW [1977], S. 1819 unter Bezugnahme auf die Schwimmschalterentscheidung.
 327. Westphalen, a.a.O. (Anm. 325), S. 839.
 328. So Leßmann, JuS [1978], S. 437 unter Hinweis auf ein unveröffentlichtes Manuskript von Lukes.
 329. BGH BB [1977], S. 1117 = VersR. [1977], S. 839ff.
 330. Simitis, *Festschrift*, S. 620/621.
 331. Soergel/Glaser, 10. A. [1969], §839 Rdnr. 187.
 332. BGHZ 39, S. 358ff (364).
 333. Soergel/Glaser, §839 Rdnr. 188.
 334. So Soergel/Glaser, §839 Rdnr. 187.
 335. Vgl. Karlsruhe, VersR [1954], S. 145; BGH VersR [1963], S. 477; BGH MDR [1961], S. 938ff.
 336. OLG Bremen NJW [1953], S. 585; OLG Hamburg BB [1957], S. 950; OLG Köln (Herstatt-Bank) NJW [1977], S. 2213; BGH NJW [1972], S. 577 zur Versicherungsaufsicht.
 337. BGH NJW [1979], S. 1354 (Hubmann); BGH NJW [1979], S. 1879 (Herstatt-Bank); dazu Kopf, Bäumler, NJW [1979], S. 1871ff.
 339. Dazu Wolter, ZRP [1976], S. 2005 bezüglich des Bundesgesundheitsamtes.
 340. BGH NJW [1973], S. 458ff (459).
 341. BGH NJW [1973], S. 458ff; BGH MDR [1963], S. 287ff; BGH Warn [1970], Nr 168; Scholl/Sander, a.a.O. (Anm. 319), Wollen die Haftung des BGA auf diese Fälle beschränken, §25 Anm. 20.
 342. Vgl. Diederichsen, *Die Deckung des Produkthaftpflichtrisikos im Rahmen der Betriebshaftpflichtversicherung*, VersR [1971], S. 1007ff (S. 1083), sowie Sieg, *Das neue Modell der Produkt-Haftpflichtversicherung*, BB [1974], S. 1176ff (S. 1176 unter I 1 mit w. NW FN 3).
 343. Anlage 1 zum Rundschreiben H 16/74 M des HUK-Verbandes vom 30.5.1974, *Die Versicherungspraxis* [1974], S. 180ff.

344. So Meyer Kahlen *Der Haftpflichtversicherungsschutz für Mängel-
folgeschäden im Rahmen der Produkt-Haftpflichtversicherung indus-
trieller Betriebe*, BB [1974], S. 1613ff (S. 1615) und auch Sieg, a.a.O.
(Anm. 342), S. 1177.
345. Vgl. Schmidt-Salzer, *Produkthaftung* [1972], Rdnr. 355 – 378;
Diederichsen, *Die Haftung des Warenherstellers* [1966], S. 281ff; v.
Hippel, S. 48 FN 41 mit Nachweisen.
346. Vgl. Wolter, DB [1976], S. 2001, FN 6; *Der Spiegel*, Nr 18 [1976], S. 85.
347. Dazu Wolter, ZRP [1974], S. 266/267.
348. Vgl. Weyers, *Unfallschäden*, S. 400ff.
349. Simitis, *Festschrift*, s. 626.
350. Vgl. BT-Drucks. 8/239 v. 25.3.1977 — Kleine Anfrage der CDU zum
Richtlinienentwurf der EG — und die Antwort der Bundesregierung BT-
Drucks. 8/296 v. 18.4.1977.
351. Überblick bei Ossenbühl, *Staatshaftungsrecht* [1976], S. 235ff.

Qualität von Waren und Dienstleistungen

I VORBEMERKUNG

194 Dem Verbraucher kommt es neben der Sicherheit der Waren beim Erwerb einer Sache oder Inanspruchnahme einer Dienstleistung entscheidend auf die Qualität an. An Informationsquellen über die Qualität stehen dem Verbraucher beim Erwerb einer Sache in erster Linie Angaben des Verkäufers/Händlers sowie entsprechende Hinweise des Herstellers zur Verfügung, bei Dienstleistungen konzentrieren sich die Erwartungen des Verbrauchers auf eine umfassende Beratung durch den Dienstleistenden selbst. Staatliche Qualitätskontrollen existieren nicht. Lediglich das Fernunterrichtsschutzgesetz sieht vor, Fernlehrgänge auf ihre Brauchbarkeit hin für den Verbraucher zu überprüfen (197). Umfang und Ausmaß der Qualität liegen deshalb allein in der Verantwortung des Herstellers bzw. des Dienstleistenden. Die Wirtschaft kontrolliert sich durch selbst erarbeitete Qualitätsstandards, die für einen weiten Bereich der technischen Produktion die Qualitätsanforderungen einheitlich festlegen. Eine gewisse Kontrolle der Qualität von Waren und zunehmend auch von Dienstleistungen durch unabhängige Dritte wird durch die Veröffentlichungen der Arbeitsergebnisse der Stiftung Warentest erreicht (6). Denn wenn ein Produkt — oder eine Leistung — im Test schlecht abschneidet, so wird der Hersteller/Dienstleistungsunternehmer möglicherweise gezwungen sein, die festgestellten Qualitätsmängel abzustellen. Gleichzeitig bieten die Testergebnisse, die auch in Tageszeitungen verbreitet werden, dem Verbraucher die Möglichkeit zu recht umfassender Information.

Da es eine gesetzliche Qualitätskontrolle nur in sehr beschränktem Umfang gibt, rückt in den Mittelpunkt des darzustellenden Themenkomplexes die Haftung desjenigen, der an den Endverbraucher die Ware verkauft, geliefert oder den Dienst erbracht hat. Die Haftung für die Qualität von Waren und Dienstleistungen richtet sich nach Vertragsrecht. Adressat bei Beschwerden und Rechtsstreitigkeiten ist deshalb der Vertragspartner und nicht, wie bei fehlender Sicherheit, der Produzent. Eine gewisse Verlagerung der Haftung hin auf den Hersteller deutet sich bei Kaufverträgen über technische Geräte an, wo der Verkäufer seine Gewährleistungspflicht durch die Garantie des Herstellers zu ersetzen versucht (237). Die Haftung des Vertragspartners richtet sich in aller Regel jedoch nicht nach den gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften, denn die Gewährleistungshaftung im BGB enthält dispositive Bestimmungen, von denen die Verkäufer zulasten der Verbraucher in ihren Allgemeinen Geschäfts-

bedingungen (AGB) abgewichen sind. Die Haftung für die Qualität von Waren oder Dienstleistungen wird deshalb bestimmt durch den Umfang von Freizeichnungsklauseln in AGB. Zu fragen ist nicht, welche gesetzlichen Rechte der Verbraucher innehat, sondern welche Rechte ihm infolge der einseitigen Durchsetzung vertraglicher Ausschlüsse durch die wirtschaftlich stärkeren Verkäufer noch verblieben sind. Der Gesetzgeber versucht der Entwicklung im Vertragsrecht durch zwei entgegengesetzt wirkende Maßnahmen Herr zu werden. Das neue AGB-Gesetz soll dem Verbraucher im rechtsfreien Raum des dispositiven Vertragsrechts Schutz bieten, unabhängig von der jeweiligen Ausgestaltung des Vertrages. Gleichzeitig versucht der Gesetzgeber, durch Sondergesetze bestimmte Vertragstypen, die sich herausgebildet haben, zwingend zu regeln (Fernunterrichtsschutzgesetz und der Entwurf zu einem Reiseveranstaltungsvertragsgesetz).

II KONTROLLE VON WAREN UND DIENSTLEISTUNGEN

1 Kontrolle von Waren

195 Eine staatliche Prüfung der Qualität von *Waren* findet nicht statt. Es existieren weder allgemeine noch spezielle Gesetze, die eine Qualitätskontrolle zum Gegenstand haben. Eine bescheidene Überprüfung findet nur insofern statt, als die der Sicherheitskontrolle unterliegenden Produkte gleichzeitig auf ihre Qualität hin getestet werden, wenn Sicherheit und Qualität untrennbar miteinander verbunden sind. Die Qualitätskontrolle ist aber ein bloßes Abfallprodukt, eine unvermeidbare Nebenfolge, die der Gesetzgeber in Kauf genommen hat, um sein primäres Ziel, eine Erhöhung der Sicherheit bzw. des Gesundheitsschutzes, verfolgen zu können. Als Beispiel für die Verknüpfung von Sicherheit und Qualität mag das neu eingeführte Zulassungsverfahren für Arzneimittel dienen (152). Der zur Zulassung erforderliche Nachweis der Wirksamkeit bedingt nicht nur, daß gesundheitsgefährdende Medikamente aus dem Verkehr gezogen werden, der Verbraucher kann gleichzeitig sicher sein, nur effektive Medikamente zu erhalten. Es ist in nächster Zukunft nicht zu erwarten, daß der Gesetzgeber über die unbeabsichtigten Nebenfolgen in den genannten Gesetzen hinaus regelnd in den Produktionsprozeß eingreifen wird, um zugunsten des Verbrauchers eine Mindestqualität sicherzustellen. Die Gründe für diese Haltung sind in unserer Wirtschaftsordnung zu suchen, wonach der Hersteller für die Qualität eines Produkts selbst verantwortlich ist. Folgt man den Anhängern der liberalen Wirtschaftstheorie, so ist ein Eingriff darüberhinaus überflüssig. Denn die Kontrolle erfolgt über den Markt, indem der Verbraucher das schlechte Produkt nicht kauft und so den Hersteller zwingt, bessere Produkte anzubieten. Der Wettbewerb sorge für den notwendigen Ausleseprozeß. Tatsächlich kann von einem funktionierenden Wettbewerb in der BRD nur in Teilbereichen gesprochen werden. Der vom Bundeskartellamt veröffentlichte Bericht über die Fusionen des Jahres 1977 zeigt vielmehr eine steigende Monopolisierungstendenz¹. Unterstellt, es gäbe so etwas wie funktionierenden Wettbewerb und dieser könne eine Qualitätskontrolle bewirken, so müßte die Einschränkung des Wettbewerbs

eine Verschlechterung der Qualitätskontrolle und damit auch einen Qualitätsverlust zur Folge haben. Tatsächlich befaßt sich die aktuelle wissenschaftliche und politische Diskussion mit der Frage, ob die Produkte immer schlechter werden. Ausgangspunkt der Diskussion ist jedoch nicht die Qualitätsverschlechterung durch Unternehmenskonzentration, sondern durch sogenannten 'geplanten Verschleiß'². Gefragt wird, ob in entwickelten Industriegesellschaften eine besondere Produkt- und Absatzstrategie existiert, die darauf abzielt, Güter zu produzieren, die nicht die optimale Nutzungsdauer aufweisen, um auf diese Weise vorzeitige Ersatzkäufe zu veranlassen³. Die Theorie des geplanten Verschleißes wird in der Bundesrepublik seit 1971 diskutiert. Das Anhalten der gegenwärtigen Wirtschaftskrise hat die Diskussion weiter verstärkt. Der Grund hierfür mag in der Tatsache zu finden sein, daß geplanter Verschleiß typisch ist für stagnierende oder schrumpfende Märkte, auf denen der tatsächlichen oder drohenden Marktsättigung durch eine Politik der künstlichen Veralterung begegnet wird, die auf eine Beseitigung der bereits vorhandenen Güter als Absatzhemmnis zielt⁴. Während der fünfziger und sechziger Jahre, in einer Zeit, in der es mit der Wirtschaft ständig bergauf ging und diese sich scheinbar unbegrenzt ausdehnte, spielte die Frage des geplanten Verschleißes tatsächlich keine Rolle. Heute geht es nicht allein darum, die Wirtschaft durch staatliche Unterstützung wieder anzukurbeln. Zur Diskussion steht auch, daß die Energiequellen nicht unerschöpflich sind und daß die Umwelt durch die maßlose Belastung der letzten 25 Jahre in einer Weise beeinträchtigt ist, die die Bevölkerung bedroht. Die Frage nach den Möglichkeiten der Bewältigung der Wachstums- und Umweltkrise impliziert die Frage der Kanalisierung und möglichst weitgehenden Beschränkung der ressourcenaufwendigen Warenproduktion. Die Abschaffung von geplantem Verschleiß wäre solchen Überlegungen immanent. Die Diskussion kann hier jedoch nicht weiter vertieft werden, weil Ansätze zu einer Kontrolle bisher nicht erkennbar sind. Gestritten wird noch darüber, *ob* es überhaupt geplanten Verschleiß gibt, nicht *wie* er zu kontrollieren ist.

2 Kontrolle von Dienstleistungen

(a) Allgemeine Kontrollmöglichkeiten

- 196 Ein Kontrollsystem von Dienstleistungen muß dem Umstand Rechnung tragen, daß Gegenstand der Kontrolle kein industriell verfertigtes Produkt, sondern die menschliche Tätigkeit ist. Nicht erst das Ergebnis einer Arbeitsleistung soll einer Qualitätsprüfung unterzogen werden, sondern die Arbeitsleistung selbst. Die Qualität einer Ware kann jedenfalls theoretisch geprüft werden, bevor sie zum Verkauf freigegeben wird. Die Qualität einer menschlichen Tätigkeit kann keiner vergleichbaren Prüfung unterzogen werden. Für die Kontrolle von Dienstleistungen kann nur ein System in Betracht kommen, das die Eigenart der jeweiligen Dienstleistung berücksichtigt. Soweit eine Dienst- oder Werksleistung in Rede steht, kann eine Kontrolle bei der Ausbildung der Betroffenen oder bei der Zulassung zur Eröffnung eines Gewerbebetriebes einsetzen. Gewerbeordnung und entsprechende Spezialgesetze legen die Voraussetzungen fest, unter denen jemand einen

Gewerbebetrieb eröffnen kann. Auf diese Weise wird sichergestellt, daß die übernommenen Arbeiten von fachkundigen Unternehmen ausgeführt werden. Der Nachteil für den Verbraucher besteht darin, daß ein derartiges Kontrollsystem nur sehr allgemein die beruflichen Fähigkeiten überprüft, nicht aber gewährleistet, daß die *spezifische* Dienstleistung optimal durchgeführt wird. Dazu wäre nämlich erforderlich, daß entsprechende Vorschriften bestehen, die genau festlegen, wie die Dienstleistung zu erbringen ist. Dort, wo die Dienstleistung nicht mehr individuell erbracht, sondern im Rahmen eines Großbetriebes durchgeführt wird, bestehen schon heute Beschreibungen etwaiger Arbeitsvorgänge. Man denke nur an Kfz-Reparaturen: hier machen schon die Hersteller Angaben darüber, wie bei Reparaturen zu verfahren ist. Gerade Reparaturen werden zunehmend von Großbetrieben übernommen, wo die Dienstleistung zur Fließbandarbeit wird (Schuhreparaturen, Fernseh- und Radioreparaturen). Die Industrialisierung des Dienstleistungssektors bringt notwendig mit sich, daß Arbeitsvorgänge typisiert werden. Schon heute enthalten technische Normen Beschreibungen von Arbeitsvorgängen⁵. Typisierung ermöglicht gleichzeitig Kontrolle. Dennoch unterliegen derartige Normen nicht dem Anwendungsbereich des Gerätesicherheitsgesetzes. Eine gesetzliche Kontrolle typisierter Dienstleistungen findet deshalb nicht statt.

(b) *Spezielle Kontrolle von Fernlehrgängen*

197 Seit dem 1.1.1977 unterliegen Fernlehrgänge einer staatlichen Kontrolle⁶. Die Einführung einer Zulassungspflicht war erforderlich, um den Teilnehmern geeignetes Lernmaterial zur Verfügung stellen zu können, das sie auf realistische Lernziele vorbereitet. Klagen der Teilnehmer waren vor allem darauf gerichtet, daß immer wieder Angebote von geringer methodischer und fachlicher Qualität angeboten worden waren. Diesem Mißstand konnte in den vorangegangenen Jahren nicht abgeholfen werden, da es den Veranstaltern selbst überlassen war, ihre Lehrgänge von einer staatlichen Stelle überprüfen zu lassen. 150 Fernlehrgängen, denen das staatliche Gütesiegel verliehen wurde, standen 1150 ungeprüfte Lehrgänge gegenüber. Die Betroffenen, zumeist Angehörige von Bevölkerungsschichten, die sich durch Fernunterricht einen beruflichen Aufstieg erhofften, erlitten so durch unqualifizierte Lehrgänge nicht nur einen unmittelbaren Vermögensschaden durch nutzlos aufgewendete Lehrgangskosten, sie sahen sich daneben auch um die Chancen betrogen, die ihnen ein fachlich und pädagogisch einwandfrei durchgeführter Fernlehrgang geboten hätte⁷.

Das Fernunterrichtsschutzgesetz unterwirft alle entgeltlichen Fernlehrgänge der Zulassungspflicht, die auf die Vermittlung von Kenntnissen und Fähigkeiten abzielen, bei denen Lehrende und Lernende zumindest *überwiegend* räumlich getrennt sein müssen und der Lehrende oder sein Beauftragter den Lernerfolg überwachen (§1 FernUSG). Der Anteil des Fernunterrichts muß also zumindestens 51% betragen. Die formalistische Regelung des Gesetzes läßt geradezu zu Umgehungsversuchen ein. Zum Beispiel ist die sogenannte 'programmierte Unterweisung' kein Fernunterricht. Bei der programmierten Unterweisung soll der Teilnehmer sich nämlich mit Hilfe geeigneter Fragebögen *selbst* kontrollieren. Bereits während der Gesetzgebungsarbeiten zeigte sich,

daß die Veranstalter verstärkt zur programmierten Unterweisung überwechseln, um das Gesetz zu umgehen⁸. Ausgenommen von der Zulassungspflicht sind auch Fernlehrgänge, die nach Inhalt und Ziel ausschließlich der Freizeitgestaltung oder Unterhaltung dienen. Zwar müssen derartige Lehrgänge bei der zuständigen Landesbehörde angezeigt werden (§12 Abs. 1 Satz 3 FernUSG); diese Verpflichtung ersetzt aber nicht die dringend notwendige Qualitätskontrolle. Schließlich besteht gerade bei diesen Lehrgängen die Gefahr, daß dem Verbraucher völlig nutz- und wertlose Unterrichtseinheiten angeboten werden. Keine Zulassungspflicht besteht für ergänzende Fernlehrgänge, deren Lehrgangziel ausschließlich in der ständigen Ergänzung anderer in sich abgeschlossener Bildungsangebote besteht und die sich nur zu einer Nutzung in Verbindung mit anderen Bildungsangeboten eignen. Besondere Voraussetzungen gelten schließlich für die Zulassung berufsbildender entgeltlicher (§14) und unentgeltlicher Fernlehrgänge (§15 FernUSG). Der Anwendungsbereich des Gesetzes ist also leider recht schmal und bietet selbst dort, wo nach der Zielvorstellung des Gesetzgebers eine Kontrolle erfolgen soll, einfache Umgehungsmöglichkeiten.

- 198 (aa) Der Veranstalter, der einen Fernunterricht anbieten will, hat bei der Zentralstelle für Fernunterricht (ZFU) die *Zulassung* zu beantragen. Er muß nachweisen, daß das dem Teilnehmer angegebene und das von ihm angestrebte Lehrgangziel mit Hilfe des Fernlehrgangs tatsächlich in vertretbarer Weise erreichbar ist (§12 Abs. 2 Nr 1 FernUSG). Die Behörde überprüft insbesondere die pädagogische und fachliche Betreuung der Teilnehmer⁹. Auch darf der Lehrgang in Inhalt und Zielsetzung nicht gegen die öffentliche Sicherheit oder Ordnung verstoßen (Nr 2). Die Vorschrift will sicherstellen, daß der Teilnehmer bei der Teilnahme an einem Fernlehrgang nicht durch unsachgemäße Anleitung, etwa bei technischen Versuchen, gefährdet wird oder andere gefährdet oder zu Handlungen veranlaßt wird, die gegen geltendes Recht verstoßen¹⁰. Weiter muß der Veranstalter den Nachweis erbringen, daß eine vollständige, zutreffende und den gesetzlichen Bestimmungen entsprechende Unterrichtung des Teilnehmers rechtzeitig vor Abgabe des Vertragsangebotes vorgesehen ist (61, 260). Nr 3 nimmt Bezug auf den in der Vergangenheit häufig aufgetretenen Mißstand, daß ungeeignetes oder irreführendes Informationsmaterial verteilt wird und den Teilnehmer vor Vertragsschluß zu einer falschen Entscheidung verleitet. Die Vorschrift zwingt den Veranstalter dazu, Informationsmaterial vorzulegen und sein beabsichtigtes Werbeverfahren offenzulegen¹¹.

Eine Zulassung darf nicht erteilt werden, wenn die Ausgestaltung der vom Veranstalter vorgesehenen Vertragsbedingungen den gesetzlichen Anforderungen nicht entspricht (260). Der Veranstalter soll nicht bewußt vertragsrechtliche Mängel in Kauf nehmen können in der Zuversicht, daß der Teilnehmer von seinen zivilrechtlichen Schadenersatzansprüchen und sonstigen Rechten keinen Gebrauch macht¹². Das Landesrecht schließlich kann weitere Anforderungen an die Fernunterrichtslehrgänge festlegen (§12 Abs. 2 FernUSG). Gelingt es dem Veranstalter nicht auf Anhieb, die Voraussetzungen zur Zulassung zu erfüllen, so ist eine vorläufige Zulassung unter gewissen Mindestvoraussetzungen möglich (§12 Abs. 3 Nr 1–3 FernUSG). Die

vorläufige Zulassung wird unter der Bedingung erteilt, daß das rechtliche Material innerhalb einer im Einzelfall festzulegenden Frist zur Prüfung vorgelegt wird. Sinn und Zweck der vorläufigen Zulassungsregelung ist es, daß bei umfangreichen Fernlehrgängen die Investitionen derart hoch sein können, daß es dem Veranstalter nicht zugemutet werden kann, diese Aufwendungen gänzlich vor dem Beginn eines Fernlehrgangs in der Ungewißheit erbringen zu müssen, ob sein Lehrgang zugelassen wird¹³. Entgeltliche berufsbildende Fernlehrgänge bedürfen entsprechend ihrer Zielsetzung des Nachweises, daß die Ziele eines berufsbildenden Lehrgangs und die Einzelheiten der Durchführung mit dem Berufsbildungsgesetz übereinstimmen (§13 FernUSG). Inhalt und Umfang der Versagungsgründe, die sich aus dem Charakter des berufsbildenden Fernlehrgangs ergeben, können durch Rechtsverordnung näher bestimmt werden.

Die unentgeltlichen berufsbildenden Fernlehrgänge (§15 FernUSG) unterliegen nicht der Zulassungspflicht. Sie können aber auf Antrag vom Bundesinstitut für Berufsbildung (BIBB) anerkannt werden. Die staatliche Qualitätsbestätigung ist wichtig für Fernlehrgänge, die von gemeinnützigen Vereinigungen oder Betrieben kostenlos angeboten werden. Dieses Verfahren ist besonders bedeutsam für Fernlehrgänge, die im Rahmen des Ausbildungsverhältnisses nach dem Berufsbildungsgesetz verwendet werden, da dieser Fernunterricht nach §5 Abs. 1 Nr 1 des Berufsbildungsgesetzes unentgeltlich durchgeführt werden darf und das Zulassungsverfahren nach §12 FernUSG nicht in Betracht kommt.

Eine *Rücknahme* der Zulassung ist möglich, wenn einer der Versagungsgründe bei der Erteilung vorgelegen hat oder die Voraussetzungen für die vorläufige Zulassung nicht gegeben waren. Tritt einer der Versagungsgründe später ein, muß die Zulassung widerrufen werden (§14 FernUSG).

Die Zulassungspflicht besteht zwar grundsätzlich seit dem 1.1.1977, jedoch tritt das Gesetz in allen seinen Teilen erst am 1.1.1981 in Kraft (§22 FernUSG). Bis zum 1.1.1980 von der Zulassungspflicht freigestellt sind an sich zulassungspflichtige Fernlehrgänge, wenn der Veranstalter bis zum 1.1.1978 einen Antrag auf Zulassung gestellt hat. Bis zum 1.1.1981 freigestellt sind berufsbildende Lehrgänge, wenn sie vor Inkrafttreten des Gesetzes nach §60 Abs. 4 Satz 3 des Berufsbildungsgesetzes oder nach Art. 5 Abs. 1 des Staatsvertrages über die Errichtung und Finanzierung der staatlichen Zentralstelle für Fernunterricht vom 20.12.1973¹⁴ als geeignet beurteilt worden sind.

- 199 (bb) Die *Durchführung des Gesetzes* obliegt den Ländern. Schon vor Inkrafttreten des Gesetzes wurde die Güteprüfung von Fernlehrgängen, die in den Zuständigkeitsbereich der Landeskultusminister fallen, aufgrund des Staatsvertrages der Länder vom 20.12.1973 von der staatlichen Zentralstelle für Fernunterricht bearbeitet. Die Länder werden den Aufgabenbereich ihrer bisherigen, lediglich für den schulischen Fernunterricht zuständigen Zentralstelle (ZFU) erweitern und durch einen neuen Staatsvertrag eine neue staatliche Zentralstelle für Fernunterricht errichten. Ein entsprechender Staatsvertrag wurde im Februar 1978 beschlossen, er wird zur Zeit in den Länderparlamenten beraten¹⁵. Die ZFU ist für alle auf dem Gebiet der Bundesrepublik nach dem Fernunterrichtsschutzgesetz angebotenen Lehrgänge die zuständige staatliche Zulassungsstelle. Die ZFU und das BIBB sind verpflichtet, in den Fällen, in

denen die Zulassung berufsbildender Fernlehrgänge beantragt wird, eine gutachterliche Stellungnahme einzuholen.

Unter der inhaltlich falschen Überschrift 'Auskunft' regelt der Gesetzgeber in §20 FernUSG gewisse Überwachungsbefugnisse der zuständigen Landesbehörden und des Bundesinstituts für Berufsbildung. Der Veranstalter ist verpflichtet, auf Verlangen die erforderlichen Auskünfte zu erteilen, die dafür notwendigen Unterlagen vollständig und fristgerecht vorzulegen und zum Zweck der Überprüfung der Einhaltung der Pflichten des Veranstalters nach §2 Abs. 1 FernUSG innerhalb der Geschäftszeit Besichtigungen der Betriebsgrundstücke und Geschäftsräume zu dulden, die der Veranstaltung von Fernunterricht einschließlich begleitendem Unterricht dienen.

- 200 (cc) Sicherlich ist es zu begrüßen, daß der Gesetzgeber die Zulassungspflicht für Fernlehrgänge eingeführt hat. Der schmale Anwendungsbereich des Gesetzes läßt allerdings Zweifel aufkommen, ob die Teilnehmer tatsächlich wirksam vor untauglichem Unterrichtsmaterial geschützt werden können. Bedauerlich ist, daß der Gesetzgeber den Fragen des Anwendungsbereiches nicht mehr Aufmerksamkeit gewidmet hat. Da eine Novellierung zur Zeit nicht ansteht, bleibt abzuwarten, ob das Gesetz ein taugliches Mittel gegen unseriöse Fernunterrichtsveranstalter darstellt. Eine umfassende Beurteilung erscheint drei Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes jedenfalls nicht möglich. Anzumerken ist, daß bei der Durchführung des Gesetzes ähnliche Schwierigkeiten auftauchen werden, wie sie für das Arznei- und Lebensmittelrecht sowie für die technischen Arbeitsmittel ausführlich dargestellt worden sind (164).

III ZIVILRECHTLICHE HAFTUNG FÜR DIE QUALITÄT VON WAREN

1 Gesetzliche Regelungen der Gewährleistungsrechte und deren praktische Verwirklichung

- 201 (aa) *Der Verbraucher als Käufer von Waren* ist daran interessiert, daß die Waren funktionstauglich, fehlerfrei und von hoher Qualität sind. Seine Rechte werden im BGB in §§459ff geregelt. Wenn die gekaufte Sache mit einem Fehler behaftet ist, der den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrag vorausgesetzten Gebrauch aufhebt oder mindert, kann der Käufer vom Vertrag zurücktreten, die Herabsetzung des Kaufpreises verlangen oder Nachlieferung begehren, wenn es sich um einen Gattungskauf handelt. Sofern der Verkäufer dem Käufer bestimmte Eigenschaften der Ware zugesichert hat, kann der Käufer außerdem Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Alle Ansprüche bestehen unabhängig vom Verschulden des Verkäufers. Das System der §§459ff BGB zielt auf eine zügige Abwicklung des Kaufvertrages ab. Denn dem Käufer verbleibt bei beweglichen Sachen nur eine Frist von sechs Monaten, um seine Ansprüche wegen eventueller Mängel durchzusetzen.

Bei einer oberflächlichen Betrachtung der gesetzlichen Regelung könnte der Eindruck entstehen, daß der Käufer/Verbraucher gegenüber dem Verkäufer

eine günstige Rechtsposition innehat. Der Anschein täuscht. Das gesamte Gewährleistungsrecht ist dispositives Recht, das heißt es kann vertraglich abbedungen werden. Das BGB regelt nicht bevorzugt die Interessen der Verbraucher, es erhebt vielmehr den Anspruch, die Rechtsbeziehungen zwischen Hersteller, Händler und Verbraucher beim Mangel eines Kaufgegenstandes festzulegen. Spezifischen kaufrechtlichen Interessen, nämlich denen der verschiedenen Stufen der Absatzkette, trägt allein das HGB Rechnung, indem es in seinen §§373ff spezielle Vorschriften für den Handelskauf zwischen Unternehmen enthält. Für den Verbraucher fehlt ein solches Recht, er ist auf das BGB angewiesen, das nicht auf ihn zugeschnitten ist, weil es gleichzeitig gewissermaßen den allgemeinen Teil des Kaufrechts für Verträge auf allen Absatzstufen bildet¹⁶.

Das BGB geht von einem Händler aus, der den Kunden sorgfältig berät, aufgrund eigener Sachkenntnis Zusicherungen gibt und dafür dann auch haften soll. Es mag sein, daß dieses Modell zur Zeit der Gesetzgebungsarbeiten zum BGB der Realität entsprach. In der Rechtswirklichkeit des Industriezeitalters erweist sich das Modell als Fiktion. Die Funktion des zwischen Hersteller und Verbraucher eingeschalteten Handels hat sich grundlegend geändert, er ist im wesentlichen Verteiler. Die persönliche Beratung ist ersetzt worden durch die Werbeversprechen der Hersteller¹⁷. Die ökonomischen Strukturen zeigen uns heute einen Händler, der an wirtschaftlicher Macht dem Hersteller häufig durchaus ebenbürtig ist. Die Verkäuferseite setzt ihre wirtschaftliche Macht unter Ausnutzung des dem BGB zugrundeliegenden Prinzips der Privatautonomie ein, um dem Käufer die Vertragsbedingungen zu diktieren. Die Freiheit des Käufers ist beschränkt auf seine Abschlußfreiheit, Einfluß auf die Ausgestaltung des Vertragsverhältnisses hat er nicht. Die Ausgestaltung erfolgt durch Allgemeine Geschäftsbedingungen, die dem Käufer das Haftungsrisiko für die mangelhafte Qualität so weit als möglich aufzubürden trachten. Die Frage nach der Haftung des Verkäufers ist daher die Frage nach der Geltung bzw. der Wirksamkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Freizeichnungsklauseln des Verkäufers in Allgemeinen Geschäftsbedingungen¹⁸ bestimmen die Rechtswirklichkeit, nicht Probleme des Gewährleistungsrechts des BGB. Angesichts der veränderten ökonomischen Strukturen bleibt für das Recht des BGB nur ein kleiner Anwendungsbereich. Lediglich bei Bargeschäften des täglichen Lebens, beim Kauf von Nahrungsmitteln, Kosmetika, Textilwaren, Büchern und Zeitschriften spielt das Gewährleistungsrecht noch eine Rolle. Dieser Vorteil wird jedoch dadurch wieder beseitigt, daß der Kunde sich häufig in Beweisnot befindet, da es sich regelmäßig um mündlich abgeschlossene Verträge handelt¹⁹. Anders verhält es sich beim Kauf langlebiger wertvoller Konsumgüter, zum Beispiel neue oder gebrauchte Kraftfahrzeuge, Möbel, Wasch-, Geschirrspül- und Nähmaschine, Elektroherd, Rundfunkgeräte, Fernseher, usw. Hier richtet sich der Umfang des Rechtsschutzes des Verbrauchers nach dem Ausmaß der Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln.

- 202 (bb) Die Geschäfte, mit denen vom Verbraucher *Dienstleistungen* in Anspruch genommen werden, sind sehr vielfältig. Ihrer Rechtsnatur nach handelt es sich teils um Dienst-, Werk- oder Geschäftsbesorgungsverträge, teils um Mischformen, die auch kauf-, miet- oder gesellschaftsrechtliche

Komponenten aufweisen. Der Gesetzgeber hat nur den Werkvertrag in einer Weise geregelt, die eine Beurteilung des Gewährleistungsrechts ermöglicht. Die gesetzlichen Gewährleistungsrechte des Verbrauchers/Bestellers entsprechen weitgehend den kaufrechtlichen Bestimmungen. Wesentliche Unterschiede bestehen nur insofern, als dem Verbraucher ein gesetzliches Nachbesserungsrecht zusteht, und ein eventueller Schadenersatzanspruch ein Verschulden des Herstellers voraussetzt. Da das gesamte Gewährleistungsrecht dispositiv ist (außer §637 BGB, der den Haftungsausschluß bei Arglist versagt), konnten sich im Werk- und Dienstleistungsbereich ähnliche Entwicklungen vollziehen wie im Kaufvertragsrecht: das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat das gesetzliche Gewährleistungsrecht abgelöst. Die Entrechtung des Verbrauchers ist zurückzuführen auf das Machtungleichgewicht zwischen Verbraucher und Dienstleistendem. Dieser ist heute nicht mehr der Kleingewerbetreibende, der im gleichen Wohnviertel lebt und arbeitet, sondern in zunehmendem Maße ein hochindustrialisierter Betrieb. Der Umfang der Haftung mißt sich an den Grenzen der Wirksamkeit von Haftungsausschlüssen in AGB. Lediglich bei Verträgen über die Instandsetzung von Gerbauchsgegenständen wie zum Beispiel Schuhe, Kleidung, sowie kleinere Elektriker-, Klempner- und Malerarbeiten findet das Gewährleistungsrecht des BGB noch Anwendung, weil diese Instandsetzungsverträge zumeist ohne AGB, häufig nicht einmal schriftlich geschlossen werden.

2 Grenzen der Freizeichnung im BGB und im AGB-Gesetz

203 Da das BGB in den Gewährleistungsvorschriften selbst kaum Grenzen festlegte, oblag es der Rechtsprechung, die größten Auswüchse des Mißbrauchs wirtschaftlicher Macht zu korrigieren²⁰. Im Laufe der Jahre entwickelte sich ein festgefügtetes Netz von Entscheidungen, in der die Rechtsprechung die Grenzen der Freizeichnung bestimmte. Dennoch konnte die Fortentwicklung der Rechtsprechung nicht darüber hinwegtäuschen, daß das ihr zur Verfügung stehende rechtliche Instrumentarium nicht geeignet war, langfristig der Freizeichnungsklauseln Herr zu werden. Auch verbreitete sich zunehmend die Erkenntnis, daß das BGB und dessen Interpretation durch die Gerichte dem Verbraucher keinen ausreichenden Schutz bot. Das zum 1.4.1977 in Kraft getretene Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz) hat aus diesem Grund das erklärte Ziel, mißbräuchlichen Freizeichnungsklauseln in AGB entgegenzuwirken²¹.

(a) Grenzen der Freizeichnung im BGB

204 (aa) Die Gewährleistungsvorschriften des Kaufrechts enthalten keine speziellen Bestimmungen zu den Freizeichnungsklauseln. Das gesamte Gewährleistungsrecht ist bis auf §476 BGB (arglistige Täuschung) abdingbar. Der Fall des §476 BGB ist für den Verbraucher ohnehin nur von beschränkter Bedeutung, da es ihm nur selten gelingen dürfte, dem Verkäufer arglistiges Verschweigen nachzuweisen. Immerhin ist in der Rechtsprechung die Tendenz erkennbar, die Beweislast des Käufers abzuschwächen (217). Ebenfalls ist ein Ausschluß für zugesicherte Eigenschaften nicht möglich, weil damit die

Bedeutung der Zusicherung beseitigt würde²². Der Verkäufer darf nicht das, was er im Vertragsangebot versprochen hat, durch Beifügung einer Freizeichnungsklausel in den AGB zunichtemachen. Das gilt jedoch nur, soweit der Käufer durch die Zusicherung bestimmter Eigenschaften gegen Mangelfolgeschäden abgesichert werden sollte²³.

Der Umfang der Haftung des Verkäufers wird durch die Rechtsprechung bestimmt. Der BGH hat in seiner Entscheidung²⁴ aus dem Jahre 1956 die Grenzen der Haftungsfreizeichnung festgelegt. Das Urteil betrifft auf der Verbraucherebene hauptsächlich den Kauf langlebiger *neuer* Konsumgüter; bei dem Urteil ging es um einen Möbelkauf. Die Kernsätze der Entscheidung lauten:

‘Zusammenfassend ergibt sich daraus, daß bei einem Kauf fabrikneuer Möbel der Ausschluß der Gewährleistungsansprüche durch die Allgemeinen Lieferungsbedingungen des Verkäufers zwar generell vorgesehen werden kann, wenn dem Käufer stattdessen ein Nachbesserungsrecht eingeräumt ist, daß aber die Gewährleistungsansprüche aufleben, wenn sich das Nachbesserungsrecht aus irgendeinem Grunde nicht realisieren läßt.’

Der BGH begründet seine Auffassung mit dem schützenswerten Interesse des Käufers am Erwerb einer mangelfreien Ware. Dieses kann nur dann gewahrt werden, wenn der Käufer zumindest Nachbesserung der mangelhaften Sache verlangen kann. Der BGH hat an dieser Rechtsprechung bis heute festgehalten. Dementsprechend sind viele AGB und Formularverträge im Sinne der Entscheidung abgeändert worden. Zu einer grundsätzlichen Beseitigung der Problematik führte die Rechtsprechung allerdings nicht²⁵. Ist die Nachbesserung nicht möglich, leben die Gewährleistungsrechte wieder auf. Umstritten ist²⁶, ob dem Käufer dann die ganze Palette der §§459ff BGB, also Wandlung, Minderung, Schadenersatz zusteht oder ob der Verkäufer in den AGB für den Fall des Wiederauflebens der gesetzlichen Ansprüche das Wahlrecht des Käufers beschränken kann. Teilweise wird vertreten²⁷, daß eine solche Beschränkung des Wahlrechts, wie sie regelmäßig in den AGB erfolgt²⁸, unzulässig ist.

Die Rechtsprechung betrifft jedoch nur Kaufverträge über Neuwaren; bei *Gebrauchtwaren* ist ein vollständiger Ausschluß der Gewährleistungsrechte zulässig (216).

Neben den Ausschlüssen von Gewährleistungsrechten spielen in der Praxis auch Freizeichnungsklauseln eine Rolle, in denen die Rechte des Käufers wegen verspäteter oder Unmöglichkeit der Lieferung beschränkt werden. Da insoweit jedoch nicht die Rechte des Käufers bezüglich der Qualität von Waren betroffen sind, können derartige Klauseln bei der vorliegenden Untersuchung außer Betracht bleiben. Immerhin sei darauf hingewiesen, daß die Rechtsprechung zu den genannten Fragen unverbindlich geblieben ist, so daß die AGB-Aufsteller in diesem Bereich ungehindert das BGB abbedingen konnten²⁹.

- 205 (bb) Auch im *Werkvertragsrecht* fiel der Rechtsprechung die Aufgabe zu, dem Verlangen der Werkunternehmer nach vollständigem Gewährleistungsausschluß entgegenzutreten. Der vollständige Gewährleistungsausschluß ist wie im Kaufrecht unzulässig. Dem Besteller muß zumindest ein Nachbesserungsrecht eingeräumt werden³⁰. Dieses Recht kann auch nicht dadurch

eingeschränkt werden, daß der Hersteller nur bei verschuldetem Mangel haftet³¹. Wenn die Nachbesserung nicht möglich ist, leben die Gewährleistungsrechte, also Wandlung, Minderung und Schadenersatzanspruch nicht, wie im Kaufvertrag, wieder auf. Denn im Werkvertragsrecht kann der Besteller nach dem Gesetz regelmäßig nur Nachbesserung verlangen (§633 Abs. 2 Satz 1 BGB), während die in §§633 – 635 BGB aufgeführten Gewährleistungsrechte erst in Betracht kommen, wenn der Werkunternehmer der Nachbesserung nicht nachgekommen ist³². Damit ist aber nicht gesagt, daß dem Besteller beim Fehlschlagen der Nachbesserung keine Rechte mehr zustehen. Unzulässig ist nämlich, wenn der Werkunternehmer in seinen AGB für den Fall des Fehlschlagens der Nachbesserung sowohl Schadenersatzansprüche als auch ein Rücktrittsrecht ausschließt³³. Allerdings kann der Werkunternehmer für den Fall des Fehlschlagens einer Nachbesserung das Wahlrecht des Käufers auf ein Rücktrittsrecht vom Vertrag beschränken³⁴. Ebenso wie im Kaufrecht ist ein Haftungsausschluß unzulässig, wenn der Werkunternehmer dem Besteller bestimmte Eigenschaften der Ware zugesichert hat, um ihn vor Mangelfolgeschäden zu bewahren³⁵.

Auffällig ist, daß die zu den Freizeichnungsklauseln ergangene Rechtsprechung regelmäßig Fälle betrifft, in denen zwei Firmen gegeneinander vorgehen³⁶. Zumeist handelt es sich um Maschinen, die insgesamt oder in Teilen zu liefern waren.

206 (b) *Grenzen der Freizeichnungsklauseln im AGB-Gesetz*³⁷

Das AGB-Gesetz ist seiner Rechtsnatur nach ein Verbotsgesetz. Die §§10 und 11 AGBG verbieten die Verwendung bestimmter inhaltlich unzulässiger Klauseln. §10 AGBG umfaßt Verbote mit Wertungsspielraum. Das Gericht muß also erst anhand weiterer Umstände feststellen, ob die Klausel angemessen ist. Dagegen hat in den Fällen des §11 AGBG der Gesetzgeber bereits die Wertung getroffen. Die dort zusammengestellten Klauseln haben bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen grundsätzlich deren Unwirksamkeit zur Folge. Die Generalklausel ermöglicht, auch solche Klauseln für unwirksam zu erklären, die nicht in den Katalogen aufgeführt sind. Die Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln in AGB kann so zweistufig geprüft werden. Grundsätzlich spielt es keine Rolle, wer — Kaufleute oder Verbraucher — am Vertrag beteiligt ist, da der Anwendungsbereich des Gesetzes nicht auf Verbraucher beschränkt ist. Das AGB-Gesetz ist deshalb kein ausgesprochenes Verbraucherschutzgesetz. Die im folgenden näher zu untersuchenden Verbotskataloge der §§10 und 11 AGBG finden jedoch nur auf Verträge Anwendung, an denen zumindest ein Verbraucher beteiligt ist (§24 AGBG). Verträge zwischen Kaufleuten können nicht auf ihre Vereinbarkeit mit den Verbotskatalogen hin überprüft werden (273).

3 **Typische Freizeichnungsklauseln in AGB von Erwerbsverträgen**

207. Freizeichnungsklauseln in AGB sind auf die jeweilige Art des *Erwerbsgeschäfts* zugeschnitten. Die rechtliche Einordnung des Erwerbsgeschäfts als Kaufvertrag — unabhängig davon, ob es sich um einen reinen

Kaufvertrag, ein Leasing-Geschäft oder einen Mietkauf handelt — kennzeichnet allenfalls die gemeinsame Tendenz der Haftungsverlagerung zulasten des Verbrauchers. Freizeichnungsklauseln stehen aber auch in Beziehung zu der Art des *Kaufgegenstandes*. Häufig ist beides miteinander verbunden, wenn nämlich bestimmte Produkte nur in einer bestimmten rechtlichen Form veräußert werden. Die folgenden Ausführungen versuchen, diese Differenzierungen aufzugreifen. Dargestellt werden deshalb typische Freizeichnungsklauseln in AGB von typischen Erwerbsgeschäften.

208 (a) *Kaufverträge über Neuwaren*

Allgemeine Geschäftsbedingungen finden sich lediglich bei Kaufverträgen über langlebige Konsumgüter: Autos, Möbel, Elektrogeräte. Freizeichnungsklauseln zielen vor allem darauf ab, dem Käufer das Risiko für minderwertige Qualität aufzubürden. §11 Nr 10 AGBG regelt ausführlich die unabdingbaren Gewährleistungsrechte des Verbrauchers, Neuwaren betreffend. Für gebrauchte Sachen findet §11 Nr 10 AGBG keine Anwendung. Diesbezüglich bleibt es bei dem von der Rechtsprechung für zulässig erklärten Ausschluß jeglicher Haftung³⁸. Eine Überprüfung kann allerdings über §9 AGB-Gesetz erfolgen. Das Gesetz hat den Begriff der neuen Sache nicht definiert. Es kommt jedenfalls nicht darauf an, ob die Sache wegen eines Neuheitsmangels fehlerhaft im Sinne des §459 BGB war, sondern wie der Kunde den Vertragsinhalt verstehen durfte. Neu hergestellt ist deshalb auch ein Vorfühswagen, der ein Jahr im Verkaufsraum gestanden hat³⁹. Eine ganz andere Frage ist, ob das Alter des Wagens den Käufer zu einer Wandlung oder Minderung berechtigt.

209 (aa) §11 Nr 10 AGBG stellt im wesentlichen die Kodifikation der Rechtsprechung dar, ohne daß entscheidende Fortschritte zugunsten des Verbrauchers erzielt wurden. Er verbietet — wie schon die Rechtsprechung — dem Verkäufer den vollständigen Ausschluß der Gewährleistung bezüglich des genannten Produkts oder einzelner Teile (Buchstabe *a*). Ob ein vollständiger Gewährleistungsausschluß vorliegt, ist danach zu beurteilen, ob die dem Kunden belassenen Rechte tatsächlich zu einem Ausgleich führen können oder ob er trotz der eingeräumten Rechte in Wahrheit rechtlos gestellt ist⁴⁰. Die fragliche AGB-Vorschrift muß daher nicht ausdrücklich den vollständigen Ausschluß enthalten. Begrüßenswert ist die Klarstellung, daß es dem Verkäufer untersagt ist, die Haftung gerade für die Teile auszuschließen, die störanfällig sind⁴¹. Derartige Klauseln sind in besonderem Maße in Kaufverträgen über Kfz zu finden. Tatsächlich haben die Verkäufer seit dem grundlegenden Urteil des BGH aus dem Jahre 1956 zum Teil davon Abstand genommen, die Haftung für die Qualität vollständig abzubedingen. Ihre AGB enthalten in der einen oder der anderen Form Gewährleistungsrechte; am weitesten verbreitet ist es, dem Käufer statt Wandlung und Minderung ein Nachbesserungsrecht einzuräumen. Der Verkäufer verschafft sich so die Möglichkeit, nachträglich die fehlende Qualität herzustellen, ohne daß er mit einem Verlust oder einer Minderung des Kaufpreises rechnen muß. Vom Standpunkt des Verkäufers aus ist das Nachbesserungsrecht das kleinste Übel. Der Käufer wird am Vertrag festgehalten, er muß sich darum kümmern, daß die Nachbesserung durchgeführt wird und ist

trotz des gesamten Ärgers verpflichtet, den Kaufpreis zu zahlen. Das AGB-Gesetz wirkt dieser Entwicklung nicht entgegen. Es greift sie vielmehr als etwas Unabänderliches auf. Das allein ist schon erstaunlich, weil das BGB bei Kaufverträgen ein Nachbesserungsrecht gerade nicht vorsieht. Der Käufer sollte bei mangelhafter Qualität die Möglichkeit erhalten, das erworbene Produkt ohne Umschweife und ohne lange Verhandlungen zurückzugeben.

Die Beschränkung auf ein Nachbesserungsrecht ist jedoch nur wirksam, wenn dem Käufer gleichzeitig das Recht vorbehalten wird, bei Fehlschlägen der Nachbesserung oder bei Ersatzlieferung Herabsetzung der Vergütung oder nach seiner Wahl Rückgängigmachung des Vertrages zu verlangen. Auch nach der bisherigen Rechtsprechung mußte dem Käufer zumindest ein Nachbesserungsrecht eingeräumt werden. Eine Änderung der Rechtslage ergibt sich, weil nunmehr feststeht, daß dem Verbraucher bei Fehlschlägen der Nachbesserung das Wahlrecht zusteht, ob er wandeln oder mindern will. Ungewißheiten enthält diese Regelung insofern, als nicht definiert wird, wann die Nachbesserung fehlgeschlagen ist. Das Gesetz regelt weder, wieviele vergebliche Nachbesserungsversuche sich der Käufer gefallen lassen muß, ob der Käufer dem Verkäufer eine Frist zur Nachbesserung setzen muß, oder ob der Verkäufer in seinen AGB eine solche Frist zulasten des Käufers bestimmen kann. Die Zahl der Nachbesserungsversuche richtet sich nach dem Einzelfall, so daß schon zwei Versuche unzumutbar sein können. Generell sollte nach dem Leistungsinhalt entschieden werden. Bei langlebigen Konsumgütern dürften drei Versuche hinnehmbar sein, bei kleineren Haushaltsgeräten, zum Beispiel Kaffeemühlen oder ähnliches, ist die Nachbesserung bereits nach zwei Fehlversuchen als gescheitert anzusehen⁴², weil die wiederholte Mangelhaftigkeit auf weitere Fehler schließen läßt. Umstritten ist in der Literatur, ob die bisherige Rechtsprechung, nach der der Käufer verpflichtet ist, dem Verkäufer eine Nachbesserungsfrist zu setzen, nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes anwendbar bleibt. Da das Gesetz keine Fristsetzung verlangt, ist die Rechtsprechung überholt. Der Käufer muß lediglich beweisen, daß die Nachbesserung fehlgeschlagen ist, nicht jedoch, daß eine Fristsetzung erfolgte⁴³.

Das Gesetz regelt ebenfalls nicht, ob der Käufer seine gesetzlichen Gewährleistungsrechte, die bei Fehlschlägen der Nachbesserung wieder aufleben, verlieren kann, wenn er die gekaufte Ware während der zahlreichen Nachbesserungsversuche weiter benutzt. Die Frage gewinnt Bedeutung bei Kraftfahrzeugen, die gerade im ersten Jahr durch die Weiterbenutzung ständig an Wert verlieren. Wollte man dem Käufer die Weiterbenutzung während der Nachbesserung untersagen, so wäre das Kfz für ihn während dieses Zeitraums wertlos. Deshalb kann er seine gesetzlichen Gewährleistungsrechte auch nicht verlieren⁴⁴.

- 210** (bb) In Allgemeinen Geschäftsbedingungen findet sich regelmäßig im Anschluß an die Regelung über das Nachbesserungsrecht eine Bestimmung, in der die Verwender *Schadenersatzansprüche* ausschließen. Getrennt nach Schadensursachen lassen sich *zwei Fallgestaltungen* unterscheiden, die eine Verletzung der Gesundheit und des Vermögens des Verbrauchers hervorrufen können. Denkbar ist, daß der Verkäufer die ihm obliegende Nachbesserungspflicht nicht ordnungsgemäß, zu spät oder gar nicht durchführt. Schäden

können aber auch auftreten, weil der Verkäufer bereits vor Vertragsschluß die ihm obliegenden Pflichten nicht ernst nimmt oder ihm nach Vertragsschluß bei der Durchführung des Vertrages Fehler unterlaufen — die nicht mit der Nachbesserungspflicht im Zusammenhang stehen — oder gar angelegentlich des Vertrages eine Handlung begeht, die den Tatbestand des §823 BGB erfüllt. Da das AGB-Gesetz in §11 Nr 10b dem Verbraucher nur einen Mindestschutz in Form eines Nachbesserungsrechts gewährt, liegt es nahe, solche Haftungsausschlüsse für zulässig zu erachten. Indessen sind Haftungsausschlüsse für Schadenersatzansprüche nur zulässig, wenn der Schaden auf einer leicht fahrlässigen Verletzungshandlung des Verkäufers oder seines Erfüllungsgehilfen beruht. Für grobe Fahrlässigkeit oder Vorsatz kann sich der Verkäufer nicht freizeichnen (§11 Nr 7 AGBG). Die Begrenzung der Freizeichnung will die Rechte des Kunden bei Nicht- und Schlechterfüllung sichern⁴⁵. Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob dieses Ziel erreicht worden ist. Sicherlich sind die Rechte des Verbrauchers gegenüber der bisherigen Praxis erheblich verstärkt worden, denn in der Rechtsprechung hatte sich keine einheitliche Haltung gegenüber der Freizeichnung für eigenes und fremdes Verschulden durchsetzen können⁴⁶. Besonders unklar war die Rechtsprechung bezüglich der Zulässigkeit von Freizeichnungsklauseln bei grobem Verschulden des Erfüllungsgehilfen⁴⁷. Das Gesetz hat der Unsicherheit ein Ende bereitet. Die Möglichkeiten der Haftungsfreizeichnung nach den §§276, 278 BGB sind erheblich beschränkt worden. Andererseits ist der Schutz des Verbrauchers auf besonders krasse Fälle eingegrenzt. Die Mehrzahl der Schäden dürfte nämlich auf leichte Fahrlässigkeit zurückzuführen sein.

Die Grundentscheidung des Gesetzes kann aber nicht undifferenziert auf die *aufgezeigten Fallgestaltungen* übertragen werden. Für *culpa in contrahendo*⁴⁸ und *positive Forderungsverletzung*⁴⁹ haftet der Verkäufer nach herrschender Meinung grundsätzlich nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit. Dabei wird übersehen, daß genau diese Rechtsbehelfe, jedenfalls soweit sie sich ihrem materiellen Gehalt nach auf die Fehlerhaftigkeit der Sache beziehen, eine Erweiterung der gesetzlichen Gewährleistungsansprüche darstellen, für die §11 Nr 10a einen Ausschluß verbietet. Immerhin behandelt auch die Rechtsprechung die positive Forderungsverletzung als Gewährleistungsrecht, indem sie sie der kurzen Verjährungsfrist des §477 BGB unterworfen hat⁵⁰. Demnach kann sich der Verkäufer in seinen AGB nicht wirksam von der Haftung für leichte Fahrlässigkeit freizeichnen. Ist der Schaden durch eine *unerlaubte Handlung* entstanden, so ist zunächst zu klären, ob die deliktische Haftung überhaupt von vornherein in AGB abbedungen werden kann. Eminente Bedeutung hat die Frage mit der Ausdehnung der Produzentenhaftung durch die Schwimmschalterentscheidung des BGH gewonnen⁵¹. Die Literatur hält einen Haftungsausschluß in den Grenzen des §11 Nr 7 AGB-Gesetz für Rechtsbeziehungen zwischen Verbrauchern und Kaufleuten für zulässig⁵². Die Rechtsprechung hat sich dieser Wertung grundsätzlich angeschlossen⁵³. Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 7.2.1979⁵⁴ dargelegt, welche Anforderungen an die AGB erfüllt sein müssen, damit deren Wirksamkeit nicht an der Unklarheitenregel scheitert. Es kommt entscheidend darauf an, ob der *Kaufmann* mit hinreichender Deutlichkeit und Klarheit den AGB die betreffende Rechtsfolge entnehmen kann. Die Entscheidung des BGH bezieht

sich jedoch nur, wie er selber ausdrücklich betont, auf die Rechtsbeziehungen zwischen Kaufleuten. Es scheint deshalb verfrüht, anzunehmen, daß für Rechtsbeziehungen unter Beteiligung von Verbrauchern dieselben Grundsätze Anwendung finden. Immerhin fällt auf, daß die Rechtsprechung und Literatur auf die prinzipielle Unterschiedlichkeit zwischen den Haftungsgründen — Vertragsrecht und Deliktsrecht — nicht eingehen. Genau diese Unterschiedlichkeit verbietet aber die Gleichbehandlung. Selbst wenn man §11 Nr 7 AGB-Gesetz anwenden will, so wäre im Rahmen des §9 AGB-Gesetz zu untersuchen, ob der Verkäufer-Produzent nicht doch für leicht fahrlässig begangene deliktische Handlungen haftet⁵⁵.

Unzulässig ist der Haftungsausschluß für leichte Fahrlässigkeit jedenfalls bei der *zweiten Fallgestaltung*, wenn nämlich der Schaden aus einer schuldhaften Verletzung der Nachbesserungspflicht besteht⁵⁶. Denn die ordnungsgemäße Durchführung der Nachbesserung ist unabdingbarer Bestandteil des gesetzlich zugestandenen Gewährleistungsrechts.

- 211** (cc) In der Automobilbranche sind vereinzelt Klauseln in AGB anzutreffen, die die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers von vornherein auf ein *Minderungsrecht beschränken*. Das AGB-Gesetz sagt direkt nichts über die Zulässigkeit derartiger Bestimmungen. Man könnte daran denken, die Zulässigkeit an der Generalklausel zu messen und je nach Fall danach zu entscheiden, ob das Minderungsrecht die Interessen des Verbrauchers ausreichend berücksichtigt⁵⁷. Indessen ergibt sich die grundsätzliche Unzulässigkeit aus der vom Gesetzgeber in §11 Nr 10b AGBG getroffenen Wertentscheidung. Die Beschränkung auf das Nachbesserungsrecht ist nur zulässig, weil bei Fehlschlägen die gesetzlichen Gewährleistungsrechte wieder aufleben. Ein Minderungsrecht kann aber nicht fehlschlagen — es ist allenfalls denkbar, daß der Verbraucher es nicht durchsetzen kann. Derartige Freizeichnungsklauseln sind relativ selten anzutreffen.
- 212** (dd) Die Versuche konzentrieren sich eher darauf, das *unumgängliche Nachbesserungsrecht* des Verbrauchers *einzugrenzen*. Eine Variante ist, die Beseitigung eines Mangels oder auch einer Ersatzlieferung von der vorherigen vollständigen Zahlung des Entgelts oder einer nach Lage der Dinge zu hohen Zahlung abhängig zu machen⁵⁸. Derartige Klauseln sind nunmehr unzulässig. (§11 Nr 10d AGBG). Die Bedeutung des in dieser Vorschrift enthaltenen Verbots der Vorleistungspflicht des Verbrauchers ist gering, weil sie nach dem Wortlaut nur eingreift, wenn der Verbraucher die Mangelhaftigkeit der Ware nicht hinnimmt und selbst gegen den Verkäufer vorgeht. Wendet der Verbraucher die Mangelhaftigkeit der Sache in einem gegen ihn gerichteten Passivprozeß ein, so wird er durch §11 Nr 2 AGBG geschützt, der bestimmt, daß dem Verbraucher die Leistungsverweigerungsrechte nach §320 BGB oder §273 BGB nicht entzogen werden dürfen.
- 213** (ee) Ähnlichen Zielen dienen Klauseln, die dem Käufer beim Vorliegen offensichtlicher Mängel eine *Rügeflicht* auferlegen wollen. Mit Ablauf der Rügefrist gehen dann die Gewährleistungsrechte verloren. Das AGB-Gesetz verbietet Rügefristen nicht generell, sondern nur beim Vorliegen offensicht-

licher Mängel. Das BGB und das AGB-Gesetz definiert nicht, wann ein Mangel offensichtlich und wann er verdeckt ist. Die Frage ist danach zu entscheiden, daß den Käufer außerhalb des Handelskaufs keine Untersuchungs- und Rügepflicht trifft⁵⁹. Nur im Ausnahmefall kann ein Mangel deshalb offensichtlich sein. Der Verkäufer hat die volle Beweislast dafür, daß der Mangel offensichtlich war. In jedem Fall muß die Rügepflicht länger als eine Woche bemessen sein, für den in Schriftdingen unerfahrenen Verbraucher sind mindestens zwei Wochen erforderlich.

- 214 (ff) Die letzte Möglichkeit für den Verkäufer, seiner Gewährleistungspflicht zu entgehen, besteht darin, die *Gewährleistungsfristen zu verkürzen*. Derartige Versuche sind nunmehr untersagt: die Mindestfrist beträgt sechs Monate. Dem Wortlaut nach erfaßt § 11 Nr 10f AGBG nur Gewährleistungsansprüche. Er gilt aber auch für Ansprüche aus *culpa in contrahendo* und positiver Forderungsverletzung. Nach der hier vertretenen Auffassung ergibt sich eine Gleichstellung dieser Rechtsbehelfe bereits aus deren Rechtsnatur als Gewährleistungsrechte. Aber auch die herrschende Meinung muß zu dem selben Ergebnis kommen, da die Behelfe zumindest im Kaufvertragsrecht der gesetzlichen Verjährungsfrist unterliegen⁶⁰. Ihrem Sinn nach sollte die Vorschrift auch anwendbar auf andere Bestimmungen über die Hemmung und Unterbrechung der Verjährung sein, die für den Käufer nachteilig sind⁶¹.

Entscheidend für den Umfang des gewährten Rechtsschutzes ist der Zeitpunkt des Beginns der Verjährungsfrist. Lange Zeit bestand Einigkeit darüber, daß die Frist mit der Ablieferung der Kaufsache einsetzt. Neuerdings wird zunehmend die Frage aufgeworfen, ob nicht zur Vermeidung grober Unbilligkeiten und einer Rechtsverkürzung auf Seite des Käufers die Verjährung erst ab dem Entstehen des Schadens oder gar ab seiner Erkennbarkeit zu laufen beginnen soll⁶². In bezug auf Garantiefristen, die den gesetzlich festgelegten Mindestzeitraum übersteigen, hat der BGH unlängst entschieden, daß die Verjährungsfrist erst mit Kenntnis des Mangels einsetzt (237).

- 215 (gg) Freizeichnungsklauseln, die die Haftung des Käufers für die Qualität beschränken, finden sich nicht nur in Form von Gewährleistungsausschlüssen. Zum Teil behalten die Verkäufer sich in ihren AGB vor, die versprochene Leistung zu ändern oder von ihr abzuweichen. Eine solche Änderung der Leistung kann in der Beschaffenheit der Sache liegen. Zumeist verbirgt sich hinter dem Änderungsvorbehalt des Verkäufers das Recht, schlechtere als die vertraglich vereinbarte Qualität zu liefern. Änderungsvorbehalte finden sich vor allem im Möbelhandel⁶³, weil dort die Produktion noch nicht so perfektioniert ist, daß die Produkte sich vollständig gleichen. Der Käufer möchte Möbel häufig genau in dem Holzton haben, den er im Verkaufsraum betrachtet und nach dem er den Kaufvertrag unterschrieben hat. Das AGB-Gesetz verbietet dem Verkäufer nunmehr, derartige Änderungsvorbehalte in seine AGB aufzunehmen. Das Verbot gilt jedoch nicht absolut, der Käufer muß die Änderung hinnehmen, wenn der Verkäufer beweist, daß die Abweichung von der versprochenen Leistung für den Käufer zumutbar ist. Die Beweislastverteilung kann Bedeutung gewinnen, wenn die Parteien darüber streiten, ob eine technische Änderung eine Verbesserung darstellt⁶⁴.

Der Kauf gebrauchter Waren spielt bei langlebigen Konsumgütern eine bedeutende Rolle. Für gebrauchte Kfz hat sich ein eigener Markt entwickelt. Verträge über gebrauchte Kfz werden aufgrund von AGB geschlossen, wenn Vertragspartner des Verbrauchers ein Händler ist. Bei Kaufverträgen der Verbraucher untereinander finden sich AGB seltener. Gemeinsam ist beiden Formen des Vertrages, daß der Verkäufer regelmäßig jegliche Haftung für eventuelle Mängel ausschließt. Die Rechtsprechung hat schon früh den vollständigen Gewährleistungsausschluß bei Gebrauchtwagen für rechtmäßig erklärt⁶⁵. Das AGB-Gesetz bringt diesbezüglich keine Verbesserung des Verbraucherschutzes, denn das Verbot des Gewährleistungsausschlusses betrifft nur Neuwaren. Einen neuen Anlauf, den vollständigen Gewährleistungsausschluß einzuschränken, haben das Landgericht München und das Landgericht Augsburg unternommen⁶⁶. Das Landgericht München begründet seine Entscheidung mit dem Hinweis auf die Unklarheit der Klausel 'gekauft wie besichtigt und unter Ausschluß jeglicher Gewährleistung'. Die Klausel umfasse nur die offenkundigen, nicht aber die verborgenen Mängel. Die Argumentation des Landgerichts wirkt nicht überzeugend, da die in Rede stehende Freizeichnungsklausel eindeutig ist. Bedeutsamer ist wohl die vom Landgericht Augsburg gegebene Begründung, mit der das Gericht dem Verkäufer eine unabdingbare garantieverähnliche Einstandspflicht zumindest für die Freiheit von Mängeln, die die Fahrtüchtigkeit und die Verkehrssicherheit des gebrauchten Pkw betreffen, auferlegt. Das Gericht entscheidet zwischen typischen Fehlern, die dem Gebrauchtwagenkauf immanent sind, und Fehlern, die so schwerwiegend sind, daß sie dem Sinn des Vertragstyps 'Gebrauchtwagenkauf' widersprechen. Noch weiter als die Landgerichte geht ein Vorschlag der Literatur⁶⁷, den Verkäufer eines Gebrauchtwagens ungeachtet einer in seinen AGB niedergelegten Freizeichnungs- und Schriftformklausel dann nach §459 Abs. 1 BGB haften zu lassen, wenn es sich um einen Mangel handelt, der normalerweise bei einem Fahrzeug des verkauften Typs und Alters vorhanden ist und der bei einer routinemäßigen aber sachkundigen Untersuchung erkennbar ist. Die Auffassung wird im wesentlichen mit Billigkeitsgesichtspunkten begründet⁶⁸. Von der Haftung könne sich der Verkäufer nur freizeichnen, wenn er darauf hinweise, daß der Wagen von ihm weder untersucht noch überholt wurde. Der Vorschlag könnte in die Rechtsprechung Eingang finden, um über diese Lösung die Abgrenzungsproblematik zwischen §459 Abs. 1 und §459 Abs. 2 BGB zu lösen⁶⁹. Dem Interesse des Verbrauchers wäre schon gedient, wenn ihm bei außergewöhnlichen Verschleißerscheinungen und substantiellen Schäden Gewährleistungsrechte zustünden⁷⁰.

Der BGH hat nunmehr auf die Klage des Verbraucherschutzvereins hin entschieden, daß die Klausel 'gebraucht, wie besichtigt und unter Ausschluß jeder Gewährleistung' nicht gegen §9 AGB-Gesetz verstößt⁷¹. Der BGH stellt in seiner Entscheidung lediglich die seit langem bekannten Argumente zusammen. Er sieht es als selbstverständlich an, daß der Käufer das Risiko des Erwerbs eines fehlerhaften Kfz zu tragen hat. An dieser einseitigen Lastenverteilung zweifeln indessen selbst die Gebrauchtwagenhändler. Denn die vom Zentralverband des Kfz-Gewerbes (ZdK) in Zusammenarbeit mit dem ADAC ausgearbeiteten

Konditionenempfehlungen verpflichten den Händler, den Gebrauchtwagen zu prüfen und einen Zustandsbericht über die wichtigsten Teile zu erstellen. Sind die Angaben unrichtig, kann der Käufer drei Monate lang die kostenlose Nachbesserung, d.h. die Herstellung des im Bericht ausgegebenen Zustandes verlangen⁷². Die Konditionenempfehlung list beim Bundeskartellamt angemeldet worden.

Trotz der nach herrschender Meinung grundsätzlichen Zulässigkeit des vollständigen Gewährleistungsausschlusses steht der Kunde nicht völlig rechtlos da.

- 217 (aa) Hat der Verkäufer eines Gebrauchtwagens den Mangel arglistig verschwiegen, so haftet er trotz eines Gewährleistungsausschlusses (§476 BGB). Allerdings muß der Käufer dem Verkäufer die Arglist nachweisen. Erhebt der Käufer den Vorwurf der Arglist, so ist der Verkäufer nicht schon dadurch bereits aus der Haftung entlassen, daß er den Wagen 'wie besichtigt und gesehen' verkauft hat. Hat der Verkäufer Kenntnis von Mängeln oder hält er Mängel für möglich, muß er auf diese Schwächen hinweisen⁷³. So ist anerkannt, daß der Verkäufer eine Reparatur, die durch einen Unfall geschehen ist, in jedem Fall angeben muß⁷⁴. Zweifel am Vorhandensein oder das Wissen um die Möglichkeit des Vorhandenseins kann eine Untersuchungspflicht begründen⁷⁵. Der Umfang der Untersuchungspflicht und damit der Offenbarungspflicht richtet sich nach den Erkenntnismöglichkeiten des Verkäufers. So sind an einen Gebrauchtwagenhändler, der eine Werkstatt zur Verfügung hat, höhere Anforderungen zu stellen als an einen Privatmann. Bei gewerblichen Verkäufern wird generell Arglist vermutet, wenn sie einen Mangel verschweigen, der sich bei ordnungsgemäßer Untersuchung aufdrängen müßte⁷⁶. Immer aber muß ein Anlaß für die Untersuchung bestanden haben. Den Gebrauchtwagenhändler trifft keine generelle Untersuchungspflicht⁷⁷. Durch die Ausweitung des Begriffs der Arglist ist es der Rechtsprechung gelungen, die Beweisnot des Käufers zu mildern. Besonders deutlich wird dies in der Entscheidung des OLG Nürnberg⁷⁸. Der Verkäufer darf nach Auffassung des Gerichts keine Angaben über den Kilometerstand machen, wenn dieser ihm unbekannt ist. Tut er dies dennoch, nimmt er eine falsche Angabe bewußt in Kauf. Der Sache nach nimmt das Gericht hier also bedingten Vorsatz des Verkäufers an, der für die Annahme der Arglist ausreicht. Gleichzeitig hat das Gericht mit der aufgezeigten Argumentation dem Käufer den Beweis dafür abgenommen, daß dem Verkäufer die tatsächliche Kilometerleistung bekannt war⁷⁹. Dennoch dürfte dem Käufer in vielen Fällen der Nachweis der Arglist nicht gelingen. Deshalb ist der Rechtsbehelf des §476 BGB ein nur beschränkt taugliches Mittel. Dieselben Schwierigkeiten bietet §123 BGB, der dem Käufer die Anfechtung des Vertrages wegen arglistiger Täuschung gestattet.

Die Beweisschwierigkeiten haben zu Versuchen der Käufer geführt, den Verkäufer bereits wegen fahrlässig falscher Angaben über die Beschaffenheit des Wagens aus dem Gesichtspunkt der *culpa in contrahendo* in Anspruch zu nehmen. Der BGH hat jedoch die Anwendbarkeit einer Haftung aus *culpa in contrahendo* abgelehnt, soweit die Beschaffenheit der Ware in Rede steht⁸⁰. Obwohl gute Argumente gegen den BGH sprechen⁸¹, dürfte mit einer Änderung der Rechtsprechung vorerst nicht zu rechnen sein.

218 (bb) Die Rechtsprechung hat den Bestrebungen des Verkäufers, sich von jeder Haftung freizudeckeln, auch dadurch Einhalt geboten, daß der Verkäufer für zugesicherte Eigenschaften auch dann nach §459 Abs. 2 BGB haftet, wenn er die Haftung ausgeschlossen hat (204). Entscheidend ist, daß die Zusicherung nach der Rechtsprechung auch stillschweigend abgegeben werden kann. In neuerer Zeit wurden als zugesicherte Eigenschaften angesehen die Kilometerleistung des Motors⁸², die Frage, ob ein Austausch- oder Originalmotor eingebaut war⁸³, und die in der Werbeaussage enthaltene Äußerung 'durch Meisterhand überholt und TÜV-abgenommen'⁸⁴. Besondere Bedeutung für den Kfz-Handel hat die Entscheidung des BGH vom 25.6.1975⁸⁵, wo die Kilometerangabe auf dem Verkaufsschild zur Haftung des Verkäufers aus §459 Abs. 2 BGB führte. Soweit die Freizeichnungsklauseln in AGB enthalten sind, findet §11 Nr 11 AGBG Anwendung, der auch für Gebrauchtwagen gilt⁸⁶. Dort wird ausdrücklich festgehalten, daß der AGB-Verwender für zugesicherte Eigenschaften auch dann haftet, wenn er sich diesbezüglich in den AGB freigezeichnet hat.

Gegenüber der bisherigen Rechtsprechung ergibt sich eine bedeutsame Änderung. Der Bundesgerichtshof hat nämlich einen Haftungsausschluß nur für unzulässig erklärt, wenn der Verbraucher durch die Zusicherung bestimmter Eigenschaften gegen Mangelfolgeschäden abgesichert werden sollte⁸⁷. Die Haftung für unmittelbar auf dem Fehlen der Eigenschaft beruhende Schäden konnte ausgeschlossen werden. Nach der neuen gesetzlichen Regelung ist jeglicher Haftungsausschluß verboten⁸⁸. Ebensowenig ist es dem Verwender gestattet, seine Haftung nur auf unmittelbare Schäden zu beschränken⁸⁹. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, daß der Verwender neben dem unmittelbar auf dem Fehlen der zugesicherten Eigenschaft beruhenden Schaden auch den Mangelfolgeschaden ersetzen muß. Das Gesetz stellt nur klar, daß der Verwender in jedem Fall auf das Erfüllungsinteresse haftet. Mangelfolgeschäden werden nur erfaßt, wenn die vom Verwender übernommene Garantie gerade das Ziel verfolgt, den Kunden gegen derartige Schäden zu schützen. Der Gesetzgeber hat die von der Rechtsprechung getroffene Abgrenzung ausdrücklich beibehalten wollen⁹⁰. Bisher von der Rechtsprechung entschiedene Fälle betrafen durchweg Sachverhalte, in denen der Haftungsausschluß im Rahmen von AGB vorgenommen wurde, so daß in Zukunft §11 Nr 11 AGBG ausschlaggebend sein dürfte.

219 (cc) Mit der Anwendbarkeit des §459 Abs. 2 BGB/§11 Nr 11 AGBG ist die Haftung des Verkäufers aber nicht automatisch gegeben. Denn die AGB enthalten durchgehend eine sogenannte *Schriftformklausel*⁹¹, wonach Vertragsänderungen einschließlich Eigenschaftszusicherungen der Schriftform bedürfen. Die Rechtsprechung hinsichtlich Schriftformklauseln vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes war uneinheitlich. Der BGH hatte diese Klausel grundsätzlich für zulässig erklärt⁹²; teilweise deren Gültigkeit nicht beanstandet⁹³. Gleichzeitig hatte er⁹⁴ in den zu entscheidenden Fällen jedoch angenommen, daß die Parteien den Formzwang durch formlose Abrede aufgenommen hatten. Hierzu bedarf es keiner ausdrücklichen Vereinbarung. Ausreichend ist, wenn die Parteien nach dem objektiven Sinn ihrer Erklärungen die Maßgeblichkeit der mündlichen Nebenabrede gewollt hatten; sie brauchen dabei nicht an die Schriftformklausel gedacht zu haben⁹⁵. In diesem Fall wird die gedankliche

Konstruktion, die Parteien hätten das Schriftformerfordernis aufgehoben zur bloßen Fiktion. Neuerdings verwehrt der BGH⁹⁶ der Schriftformklausel auch dann die Wirksamkeit, wenn sich der Verkäufer durch Berufung auf die Klausel in Widerspruch zu seinem früheren Verhalten setzt. Diese Entscheidung läßt den Rückschluß zu, daß der BGH Schriftformklauseln nur noch in Grenzen für möglich hält, da er die Klauseln im Wege der Inhaltskontrolle überprüft⁹⁷. Mit der Verabschiedung des AGB-Gesetzes hat sich eine neue Situation ergeben. In der Literatur ist streitig, wie zu verfahren ist. Einige wollen hier den Vorrang für Individualabrede gemäß §4 AGBG gelten lassen⁹⁸, andere stellen darauf ab, ob es sich um eine Haupt- oder Nebenpflicht handelt, die zum Gegenstand einer Schriftformklausel gemacht wird⁹⁹. Richtig dürfte es sein, das Umgehungsverbot des §7 AGBG anzuwenden. Denn durch die Schriftformklausel will der Verkäufer erreichen, daß seine Haftung, die nach dem AGB-Gesetz in bestimmter Weise zwingend geregelt ist, anders als nach dem gesetzlichen Vorbild stattfindet. Dies genau ist ein typischer Umgehungstatbestand. Deshalb ist es nicht zulässig, die in AGB uneingeschränkte Haftung wegen Eigenschaftszusicherung dadurch zu unterlaufen, daß er für die Zusicherung Schriftform verlangt.

Offen ist, ob der BGH die Diskussion in der Literatur aufgreift. In der letzten zu diesem Themenkomplex bekannt gewordenen Entscheidung hat der BGH die Rechtmäßigkeit der Schriftformklausel ohne nähere Erörterung der Problematik mit dem schlichten Hinweis begründet, daß die Klausel den Belangen des Verkäufers Rechnung trägt und der Käufer darauf dringen müsse, mündliche Absprachen in den Vertrag aufnehmen zu lassen^{97a}. Auch wenn in der Entscheidung die Rechtmäßigkeit der Schriftformklausel eher beiläufig geprüft wurde, so ist doch Skepsis angebracht, daß der BGH in Zukunft eine klare Entscheidung zugunsten der Verbraucher fällt.

- 220 (dd) Einen neuen Versuch, sich trotz der grundsätzlichen Zulässigkeit des Gewährleistungsausschlusses noch bestehender Haftung zu entziehen, stellen die sogenannten *Vermittlerklauseln* dar. AGB im Gebrauchtwagenhandel sehen regelmäßig vor, daß der Händler nur als Abschlußvertreter des Verkäufers auftritt. Dem Verkäufer wird die Regelung damit schmackhaft gemacht, daß er durch den Verkauf von Privat an Privat die Mehrwertsteuer spart und deshalb einen höheren Erlös erzielen kann. Tatsächlich geht es aber darum, das Haftungsrisiko auf den privaten Verkäufer abzuwälzen. Der Händler kann dann die Provision einstecken, ohne sich mit Gewährleistungsfragen herumschlagen zu müssen. Der Käufer wiederum muß den erhöhten Preis bezahlen, ohne als Äquivalent einen vom Fachmann geprüften Wagen erhalten zu haben. Die bisherige Rechtsprechung zu Vermittlerklauseln ist uneinheitlich. Der BGH hat in Reiseveranstaltungsverträgen die Vermittlerklausel als unzulässige Haftungsausschlußklausel gestrichen¹⁰⁰, den Gebrauchtwagenhändler, der nach seinen AGB nur als Abschlußvertreter fungierte, wegen *culpa in contrahendo* haften lassen, sofern er eine uneingeschränkte Sachwalterstellung innehat¹⁰¹. Das AGB-Gesetz verlangt, die Rechtslage neu zu überdenken. Teilweise wird die Unzulässigkeit von Vermittlerklauseln in der Literatur mit der Vorrangregel des §4 AGBG begründet. Trete der Verwender dem Vertragspartner gegenüber als Geschäftsherr auf, so könne er sich nicht

den unmittelbaren Vertragsfolgen dadurch entziehen, daß er sich in den AGB als Vermittler bezeichne. Der durch äußeres Verhalten geschaffene Rechtschein begründe eine individuelle Vereinbarung, die der in der Vermittlerklausel getroffenen Vereinbarung vorgehe¹⁰². Richtig erscheint es auch hier, die Rechtslage nach § 7 AGBG zu beurteilen. Der Händler will die praktisch bedeutsame Haftung wegen zugesicherter Eigenschaft umgehen (§ 11 Nr 11 AGBG). Die Haftung wegen Eigenschaftszusicherung ist aber uneinschränkbar, deshalb stellen Vermittlerklauseln Umgehungsversuche dar. Die Rechtsprechung ist dieser Argumentation bislang nicht gefolgt. Ohne auf das AGB-Gesetz einzugehen, werden die Vermittlerklauseln als wirksam angesehen¹⁰³.

221 (ee) Kaufverträge über Gebrauchtwagen betreffen jedoch nicht nur Kraftfahrzeuge, auch wenn Rechtsprechung und Lehre hauptsächlich den Gebrauchtwagenkauf behandeln. Um gebrauchte Waren handelt es sich auch bei Antiquitäten, Kunstgegenständen, Münzen und Briefmarken. Jedoch kann man hier wohl kaum von Konsumgütern sprechen, eher schon von Luxusartikeln, die sich nur bestimmte Käuferschichten leisten können. Dennoch sei auf eine bedeutsame Entscheidung hingewiesen, in der der BGH¹⁰⁴ die für den Gebrauchtwagenhandel erarbeiteten Grundsätze auch auf privatrechtliche Versteigerungen von Kunstgegenständen ausgedehnt hat. Das Urteil hat für alle Versteigerungen, insbesondere für Antiquitäten, Kunstgegenstände, Münzen und Briefmarken überragende Bedeutung. Obwohl der BGH klargestellt hat, daß die Entscheidung nicht grundsätzlich zur Frage des Gewährleistungsausschlusses des Kunstauktionators Stellung nimmt, dürften die Versteigerer im Zuge dieser Entscheidung ihre Haftungsausschlüsse erweitern. Umso gewichtiger sind daher die Gründe, die gegen diese Entscheidung sprechen. Neben Zweifeln, die an der Gleichstellung gebrauchte Waren = alte Gegenstände usw. angebracht sind, ist vor allem anzumerken, daß der BGH dem Auktionator auch dann einen Anspruch auf den erzielten Kaufpreis einräumt, wenn der ersteigerte Gegenstand im vollständigen Mißverhältnis zu seinem tatsächlichen Wert steht. Da der Interessent ohnehin nur beschränkte Möglichkeiten zur Überprüfung der Katalogangaben hat¹⁰⁵, führt diese Rechtsprechung im Ergebnis zu einer vollständigen Entrechtung des Ersteigerers. Dieser Entscheidung kann daher nicht gefolgt werden.

222 (c) *Leasing-Verträge (334)*

Mit den Kaufverträgen verwandt sind die Leasing- bzw. Mietkaufverträge. Beim *Leasing-Vertrag* wird eine Sache oder Sachgesamtheit vom sogenannten Leasing-Geber dem sogenannten Leasing-Nehmer gegen Entgelt überlassen, wobei der Leasing-Geber von Gefahr und Haftung für Untergang, Beschädigung und Instandhaltung der Sachen freigestellt ist. Dafür hat der Leasing-Nehmer den Vorteil, dem Leasing-Geber ein veraltetes Produkt zurückgeben zu können. Die Risikoverteilung ähnelt damit der des Kaufrechts. Regelmäßig enthält der Leasing-Vertrag ein Kaufoptionsrecht. Leasing-Geber kann der Hersteller, dessen Tochtergesellschaft (sogenanntes Hersteller-Leasing) oder eine vom Hersteller unabhängige Person, insbesondere ein

Finanzierungs-Leasingunternehmen sein¹⁰⁶. Leasing-Verträge werden normalerweise aufgrund von Allgemeinen Geschäftsbedingungen abgeschlossen¹⁰⁷. Jedoch behandeln die Leasing-Geschäfte zumeist Verträge, die zwischen zwei Firmen abgeschlossen werden, so daß der Verbraucher mit dieser Rechtsform weniger konfrontiert wird. Leasing umfaßt nämlich überwiegend das mehrjährige Vermieten oder Mieten beweglicher industrieller Investitionsgüter¹⁰⁸, von denen die Nutzfahrzeugvermietung wiederum eine herausragende Stellung einnimmt¹⁰⁹.

Beim *Mietkauf*¹¹⁰ handelt es sich dagegen um einen Mietvertrag, bei dem der Vermieter dem Mieter das Recht einräumt, den Gegenstand innerhalb einer festgelegten Frist zu einem bestimmten Preis zu kaufen, wobei die bis dahin gezahlte Miete auf den Kaufpreis angerechnet wird. Der Mietkauf ist also ein Mietvertrag mit einem Kaufoptionsrecht. Der entscheidende Unterschied zum Leasing-Vertrag besteht darin, daß beim Mietkauf der Vermieter die Kosten für die Instandhaltung und die Gefahr des zufälligen Untergangs tragen muß¹¹¹. Im Gegensatz zum Leasing-Geschäft betrifft der Mietkauf den Endverbraucher. Man denke nur an den Kauf von Farbfernsehern, bei dem mehr und mehr Verträge auf der genannten Basis abgeschlossen werden.

- 223** (aa) Der Vertragsinhalt ist regelmäßig in Allgemeinen Geschäftsbedingungen festgelegt. Freizeichnungsklauseln zielen darauf ab, die *gesetzlichen Gewährleistungsrechte* des Mietvertrages auszuschließen. Es stellt sich die Frage, ob das in §11 Nr 10 enthaltene Verbot des vollständigen Gewährleistungsausschlusses auf den Mietkauf anwendbar ist. Die Literaturmeinungen sind geteilt, die Rechtsprechung hat bisher keine Entscheidungen gefällt¹¹². Dem Wortlaut nach bezieht sich §11 Nr 10 neben Kaufverträgen auch auf Lieferungsverträge. Die weite Fassung des Einleitungssatzes hat zur Folge, daß sich auch Gebrauchsüberlassungsverträge wie Leasing- und Mietkauf an der Vorschrift des AGB-Gesetzes messen lassen müssen. Allerdings müssen die Eigenarten des jeweiligen Vertragstypus berücksichtigt werden. Übertragen auf den Mietkauf hat die Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes zur Folge, daß ein vollständiger Gewährleistungsausschluß unzulässig ist. Der Mieter muß das Recht haben, vom Vermieter die Instandhaltung des Vertragsgegenstandes in gebrauchsfertigem Zustand verlangen zu können. Denkbar ist dagegen ein Ausschluß des Kündigungsrechts. Dieses lebt jedoch wieder auf, wenn der Vermieter einer seiner Kardinalpflichten nicht nachkommt. Da die Pflicht zur Instandhaltung des Vertragsgegenstandes bestehen bleibt, kann der Vermieter sich auch nicht von den Folgen der Verletzung dieser Kardinalpflicht freizeichnen¹¹³.
- 224** (bb) Eine für Mietkäufe typische Regelung der Gewährleistung sieht so aus, daß der Vermieter seine mietrechtliche Gewährleistungspflicht ausschließt und dafür dem Kunden die kaufrechtlichen Gewährleistungsansprüche abtritt, die der Vermieter gegen seinen Verkäufer hat¹¹⁴. Die Zulässigkeit dieser Klausel bemißt sich nach §11 Nr 10a AGBG. Danach sind sogenannte Dritthaftungsklauseln, das heißt Klauseln, die die Gewährleistungsansprüche des Käufers auf die Einräumung von Ansprüchen gegen Dritte beschränken, oder von der vorherigen gerichtlichen Inanspruchnahme Dritter abhängig machen, verboten. Entgegen dem mißverständlichen Wortlaut sind Dritthaftungsklauseln jedoch

nicht generell unzulässig, sondern nur dann, wenn sie eine *endgültige* Beschränkung der Haftung durch Verweis auf Dritte beinhalten oder vom Verbraucher verlangen, einen Prozeß gegen den Dritten anzustrengen. Der Verbraucher kann deshalb in einer entsprechenden Klausel gezwungen werden, vor der Inanspruchnahme des Vermieters die Durchsetzung der Gewährleistung bei einem Dritten zu versuchen¹¹⁵. Dritthaftungsklauseln in Mietverträgen sind deshalb zulässig. Allerdings ist davon auszugehen, daß die Voraussetzungen einer vorherigen Inanspruchnahme des Dritten gering zu halten sind¹¹⁶. So ist die Inanspruchnahme des Dritten als fehlgeschlagen anzusehen, wenn die Erfüllung der Gewährleistungspflicht dem Dritten unmöglich ist oder mißlingt¹¹⁷. Konsequenz der fehlgeschlagenen Inanspruchnahme des Dritten ist die Eigenhaftung des AGB-Verwenders.

225 (d) *Energieverträge*

Eine besondere Art von Kaufgeschäften¹¹⁸ bilden die Verträge, die auf die Lieferung von Gas, Wasser und Elektrizität gerichtet sind. Die Rechtsbeziehungen zwischen Verbrauchern und Energieversorgungsunternehmen werden z.Z. noch in den AVB Elektrizität¹¹⁹ und AVB Gas¹²⁰ geregelt, die Bestandteil der Verträge sind¹²¹. Die Versorgung der Bevölkerung mit Wasser erfolgt durch die Gemeinden¹²². Insoweit existiert keine für alle Wasserwerke gleichermaßen geltende, den AVB vergleichbare Regelung. Jedoch haben die Gemeinden eine Mustersatzung ausgearbeitet¹²³, die regelmäßig übernommen wird. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen beinhalten eine weitgehende Entrechtung des Verbrauchers. In den AVB Gas bzw. Elektrizität ist jegliche Haftung ausgeschlossen (II 5). Eine andere Rechtslage gilt nur für die Sonderabnehmer, sprich die Industrie. Hier werden Einzelverträge ausgehandelt, bei denen die AVB nicht oder nur eingeschränkt gelten¹²⁴. Die Wasserwerke verhalten sich demgegenüber etwas verbraucherfreundlicher. Die Haftung ist lediglich für unabwendbare Ereignisse ausgeschlossen, während sonst bei einer Betriebsstörung, soweit dies schuldhaft geschieht, gehaftet wird (§40 Satz 1 und 2 der Mustersatzung).

Die Grenzen der Haftungsfreizeichnung sind durch die Rechtsprechung abgesteckt worden. Durchgehend haben die Gerichte den vollständigen Haftungsausschluß anerkannt. Als Begründung diente die bekannte Argumentation, daß die enge Preiskalkulation den Haftungsausschluß rechtfertige. Das AGB-Gesetz bringt keine Verbesserung des Rechtsschutzes, weil es auf öffentlich-rechtliche AGB nicht anwendbar ist. Denn AGB müssen durch eine entsprechende Abrede in den Vertrag aufgenommen werden (§2 AGBG). Diese Voraussetzung fehlt bei Rechtsnormen, die den Inhalt des Vertrages im voraus ohne die entsprechende Abrede festlegen¹²⁵. Zu eben diesen Rechtsnormen zählen die Allgemeinen Strom- und Gasversorgungsbedingungen. Dagegen unterliegen Verträge zwischen den Energieversorgungsunternehmen und Sonderabnehmern, sprich der Industrie, dem AGB-Gesetz, da die Verträge hier nicht aufgrund der AVB geschlossen werden. Jedoch finden die §§10 und 11 AGBG auch insoweit keine Anwendung (§23 Abs. 2 Nr 2 AGBG). Zweck und Ziel dieser Vorschrift ist es, daß die Sonderabnehmer in privatrechtlich gestalteten Verträgen im wesentlichen genauso wie Tarifabnehmer behandelt

werden¹²⁶. Die Versorgungsunternehmen können deshalb jedenfalls theoretisch auch gegenüber Großabnehmern einen vollständigen Haftungsausschluß durchsetzen.

Der Gesetzgeber hat selbst anerkannt, daß die AGB der Versorgungsunternehmen einer Überprüfung bedürfen. Er hat deshalb den im Energiewirtschaftsgesetz vorgesehenen Ermächtigungsvorbehalt zum Erlaß von Allgemeinen Bedingungen der Energieversorgungsunternehmen (Strom und Gas) dahingehend ergänzt, daß der Verordnungsgeber die AGB in Zukunft ausgewogen unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen zu gestalten habe (§26 AGB-Gesetz). Die gleichen Grundsätze gelten nunmehr auch für die Allgemeinen Bedingungen für die Versorgung mit Wasser und Fernwärme (§27 AGBG). Eine Überprüfung der bisherigen Regelung erscheint allemal angebracht angesichts der Tatsache, daß Privatunternehmer durch das AGB-Gesetz einer weit schärferen Haftung unterzogen werden. Diese unterschiedliche Behandlung von Staat und Unternehmen ist in der Presse vielfach kritisiert und als ungerecht dargestellt worden. Nicht zuletzt der Druck in den öffentlichen Medien dürfte dazu beigetragen haben, daß das Bundeswirtschaftsministerium inzwischen mit Zustimmung des Bundesrates eine Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Elektrizitätsversorgung von Tarifkunden (AVB EltV) und einer 'Verordnung über allgemeine Bedingungen für die Gasversorgung von Tarifkunden (AVB GasV)' erlassen hat¹²⁷. Beide Verordnungen treten am 1.4.1980 in Kraft und lösen zu diesem Zeitpunkt die AVB Strom bzw. Gas ab. Die wichtigsten Neuerungen liegen zum einen in der Aufnahme einer Benachrichtigungspflicht für Versorgungsunterbrechungen, zum anderen in der Ausdehnung der Haftung. Für Schäden, die ein Kunde durch Unterbrechungen der Versorgung oder durch Unregelmäßigkeiten in der Belieferung erleidet, haftet das Energieversorgungsunternehmen nach künftiger Rechtslage im Falle der Tötung, Körperverletzung oder Gesundheitsbeschädigung voll, bei Beschädigung einer Sache und für Vermögensschäden dagegen nur bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit, begrenzt auf eine Höchstsumme für den Gesamtschaden aller Abnehmer, sowie in Höhe von DM 5000 je Schadensfall gegenüber dem einzelnen Abnehmer. Die Ausgestaltung der Haftung dürfte nicht ohne Einfluß auf die Vorbereitungsarbeiten für die AVB Wasser und Fernwärme bleiben¹²⁸.

4 Typische Freizeichnungsklauseln in Dienstleistungsverträgen

226 (a) *Verträge über die Herstellung neuer Sachen*

Verträge, die ausschließlich die Neuherstellung betreffen, haben keine allzu große praktische Bedeutung, weil die Mehrzahl aller von privaten Verbrauchern benötigten Gegenstände im vorgefertigten Zustand gekauft werden. Verbraucher, sieht man einmal von denjenigen ab, die über entsprechend hohe Einkünfte verfügen, lassen sich nur selten speziell für ihre Bedürfnisse etwas anfertigen. Gerade Verbraucher mit niedrigen Einkommen sind aber prädestiniert, sich im Rahmen von Haustürgeschäften Produkte verkaufen zu lassen, die noch speziell auf ihre Wohnung hin ausgerichtet werden müssen, zum Beispiel Fensterröllös, Außentürverkleidungen, Heizkörper. Der

Rechtsnatur nach handelt es sich dabei um Werklieferungsverträge über nicht vertretbare Sachen, auf die teils kaufrechtliche — teils werkvertragsrechtliche — Vorschriften Anwendung finden. Hier soll nicht ausführlich auf die hinsichtlich des Abzahlungsgesetzes bestehende Problematik der Haustürgeschäfte (324) und die Versuche der Hersteller eingegangen werden, durch Bargeschäfte das Abzahlungsgesetz zu umgehen. Die Rechtslage stellt sich regelmäßig so dar, daß der Verbraucher vom Vertrag nicht loskommt, weil das Abzahlungsgesetz keine Anwendung findet und er Arglist oder ähnliches nicht beweisen kann. Er ist deshalb gezwungen, den Vertrag zu kündigen. Die entsprechenden Firmen spekulieren genau mit dieser Haltung und bestimmen deshalb in ihren AGB, daß der Verbraucher eine ca 40% Schadenersatzpauschale zu zahlen hat.

Bereits vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes hat die Rechtsprechung entgegen im Schrifttum geäußerten Stimmen¹²⁹ die Schadenspauschalierung¹³⁰ anerkannt und unter Berufung auf die zu erwartende gesetzliche Regelung ähnliche Grundsätze entwickelt, wie sie später Gesetz geworden sind. Der zulässige Umfang von Schadenspauschalierungen, ergibt sich aus §11 Nr 5 AGBG oder aus §11 Nr 6 AGBG, wenn die Schadenspauschale als verdeckte Vertragsstrafe zu qualifizieren ist. Während Vertragsstrafen in den in §11 Nr 6 genannten Fällen jedoch *ipso jure* unwirksam sind, gestattet §11 Nr 5 eine Schadenspauschalierung, wenn sie den nach gewöhnlichem Verlauf der Dinge zu erwartenden Schaden nicht übersteigt und dem Verbraucher nicht der Nachweis abgeschnitten wird, daß der Schaden geringer ist als die Pauschale. Bei jeder Pauschalierungsabrede ist deshalb zunächst zu fragen, ob sie nicht in Wirklichkeit als verdeckte Vertragsstrafe zu qualifizieren ist. Nach der Rechtsprechung des BGH¹³¹ liegt eine Vertragsstrafe vor, wenn die Erfüllung des Hauptvertrages gesichert werden soll und insoweit ein Druck auf den Kunden ausgeübt wird, während die Schadenersatzpauschale lediglich der vereinfachten Durchsetzung eines als bestehend vorausgesetzten Vertragsanspruches dient. Daß diese Rechtsprechung in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten bereitet, liegt auf der Hand, da Schadenersatzpauschalen durchaus pönalen Charakter haben. Die vereinfachte pauschale Schadenersatzberechnung bezweckt gerade die Erfüllung des Vertrages. Notwendig ist deshalb eine Kontrolle der 'Pauschalen' unabhängig von ihrer rechtlichen Qualifikation¹³². Es gilt, die Grenzen des vertretbaren Maßes im Sinne des §11 Nr 5 AGBG zu bestimmen. Nur so kann ein wirksamer Schutz der Verbraucher vor Pauschalen erreicht werden. Das AGB-Gesetz gibt jedoch keine Hinweise für das noch vertretbare Maß. Notwendig ist zunächst, daß die Verpflichtung zum Schadenersatz dem Grunde nach bestehen muß¹³³. Deshalb können nur solche Posten in die Schadenspauschale einbezogen werden, die bei Werkverträgen der entsprechenden Art einen abstrakt berechneten Schaden betreffen. Die Pauschale setzt sich zumeist zusammen aus Gewinnanteil und Vertreterprovision. Die Schätzung hat nun anhand des Maßstabes eines redlichen Beobachters zu erfolgen. Die BGH-Rechtsprechung zu Pauschalen im Kaufrecht zeigt, daß eine Pauschale von 40% den Rahmen des Zulässigen überschreitet. So hat der BGH im Gebrauchtwagenhandel eine Pauschale von 20%, beim Möbelkauf eine Pauschale von 25% anerkannt¹³⁴. 40 prozentige Schadenersatzpauschalen sind deshalb gemäß §6 Abs. 2 AGBG unwirksam¹³⁵.

Eine Herabsetzung der Pauschale auf ein angemessenes Maß ist nicht möglich. Hinsichtlich der Beweislast ist sowohl nach der Formulierung des §11 Nr 5a AGBG¹³⁶ als auch nach neuerer BGH-Rechtsprechung¹³⁷ sichergestellt, daß nicht der Kunde, sondern der AGB-Verwender die Angemessenheit nachweisen muß. Den Nachweis eines wesentlich geringeren Schadens hat allerdings der Verbraucher zu führen¹³⁸.

227 (b) *Reparaturverträge*

Reparaturverträge sind selbständige Verträge über die Instandsetzung langlebiger Konsumgüter. Gemeint sind also nicht Reparaturen, die als Folge der Gewährleistungspflicht an der Kaufsache oder am Werk durchgeführt werden. Der Rechtsnatur nach sind Reparaturverträge Werkverträge. Der Inhalt der Reparaturverträge bestimmt sich nach den AGB der jeweiligen Werkunternehmer, soweit Reparaturen an langlebigen Konsumgütern in Rede stehen. Vier Bereiche sind in diesem Zusammenhang von Bedeutung: Verträge über die Reparatur von Kraftfahrzeugen und Radio- bzw. Fernsehgeräten, Verträge über die Reinigung von Textilien und Wartungsverträge, die für langlebige Gebrauchsgüter abgeschlossen werden. Sieht man einmal von Wartungsverträgen ab, wie sie häufig im Zusammenhang mit dem Verkauf komplizierter technischer Geräte abgeschlossen werden — diese werden auf der Basis von AGB abgeschlossen, jedoch sind die AGB hier nicht in dem Maße vereinheitlicht — so ist in den genannten anderen Bereichen eine bemerkenswerte Entwicklung festzustellen. Grundlage der Reparaturverträge sind zumeist die vom jeweiligen Dachverband empfohlenen und nach §38 Abs. 2 Nr 3 GWB beim Bundeskartellamt angemeldeten Konditionenempfehlungen¹³⁹. Diese Bedingungen haben allerdings den Nachteil, daß sie nicht für alle Reparaturwerkstätten bzw. Gewerbetreibende der jeweiligen Branche verbindlich sind.

228 (aa) Freizeichnungsklauseln in Reparaturverträgen verfolgen vor allem das Ziel, den Werkunternehmer von jeder Gewährleistungshaftung freizustellen. Derartigen Klauseln wird nunmehr durch das AGB-Gesetz Einhalt geboten (§11 Nr 10 AGBG). Diese Vorschrift erfaßt nicht nur Verträge über die Lieferung neu hergestellter Sachen, sondern auch Verträge über Leistungen¹⁴⁰. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen Reparaturleistungen dem AGB-Gesetz unterliegen. Der Werkunternehmer kann deshalb seine AGB in dem durch §11 Nr 10 AGBG gesteckten Rahmen beschränken (209). Die zwischen dem Zentralverband des Kfz-Handels und dem ADAC ausgehandelten Geschäftsbedingungen sind 1977 den Erfordernissen des AGB-Gesetzes angepaßt worden. Nachbesserungspflicht, Wiederaufleben der gesetzlichen Gewährleistungsansprüche, Verjährungsfrist entsprechen dem AGB-Gesetz. Die Haftung des Auftragnehmers wird auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit beschränkt. Der Ausschluß der Haftung für leichte Fahrlässigkeit entspricht nicht der Wertentscheidung des Gesetzgebers (210).

229 (bb) Die in den AGB des Chemisch-Reiniger-Gewerbes enthaltene Haftungsbeschränkung auf das 15-fache des Werklohns hat in den letzten Jahren zu einer

Reihe kontroverser Gerichtsentscheidungen geführt¹⁴¹. Das AGB-Gesetz bringt hier in Zukunft eine Verbesserung des Rechtsschutzes des Verbrauchers. Denn Haftungsbeschränkungen sind in jedem Fall unwirksam, soweit der Schaden auf Vorsatz und grober Fahrlässigkeit beruht (§11 Nr 7 AGBG). Nach der hier vertretenen Auffassung ist auch ein Ausschluß der Haftung bei nur leichter Fahrlässigkeit unzulässig. Selbst wenn man dieser Auffassung nicht folgt, so ergibt sich die Unwirksamkeit der Haftungsbeschränkung, unabhängig vom Grad des Verschuldens, daraus, daß die Verknüpfung der Haftungsbeschränkung mit dem Reinigungspreis nicht gerechtfertigt ist und deshalb gegen Treu und Glauben verstößt. Der Reinigungspreis steht nämlich in keinem Verhältnis zum Wert der Sache. Wenn überhaupt, hat sich eine Haftungsbeschränkung an dem Wert der zur Reinigung gegebenen Sache zu orientieren¹⁴². Eine Klärung der Rechtslage wird die vom Verbraucher-schutzverein beim Langericht Köln anhängige Klage bringen.

230 (cc) Freizeichnungsklauseln in Wartungsverträgen sind bisher nicht besonders in Erscheinung getreten. Das mag vor allem daran liegen, daß die spezifischen Probleme des Wartungsvertrages bislang kaum untersucht worden sind¹⁴³. Probleme können aber auftreten, wenn der Abschluß eines Wartungsvertrages zeitlich mit dem Abschluß des Kaufvertrages zusammenfällt. Der Käufer ist dann regelmäßig verpflichtet, bereits innerhalb der kaufrechtlichen Gewährleistungspflicht monatliche Zahlungen an den Verkäufer zu erbringen. Möglicherweise bezahlt der Kunde dann für eine Leistung, die der Verkäufer nach den Bestimmungen des BGB und AGB-Gesetzes kostenlos erbringen muß. Die Problematik ist über §7 AGB-Gesetz zu lösen, der eine Umgehung des §11 Nr 10 AGB-Gesetz verbietet¹⁴⁴.

In Wartungsverträgen finden sich häufig Klauseln, die darauf abzielen, den Verbraucher zum Abschluß langfristiger, finanziell nicht übersehbarer Verträge zu bewegen. Dem setzt nunmehr das AGB-Gesetz ein Ende (§11 Nr 12 AGB-Gesetz) (268).

231 (c) *Bankdienstleistungsverträge* (321)

Ohne Ausnahme durch Allgemeine Geschäftsbedingungen geregelt werden die Leistungen der Kreditinstitute¹⁴⁵. Ob es sich um Überweisungs-, Wechsel- oder Scheckgeschäfte handelt, oder um das Anlagengeschäft, immer greifen die detaillierten Bestimmungen der AGB der Banken, Sparkassen usw. ein, die voneinander kaum abweichen. Das AGB-Gesetz ist auf die AGB der Banken voll anwendbar. Zwar hatten die Banken, ebenso wie die Sparkassen und die Volks- und Raiffeisenbanken, ihre AGB in Abstimmung mit dem Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (282 – 289) und dem Bundeskartellamt erst noch zum 1.1.1976 im Vorgriff auf das kommende AGB-Gesetz in zahlreichen Einzelbestimmungen geändert¹⁴⁶, doch machten mannigfaltige Änderungen in dem seinerzeit erst im Entwurf vorliegenden Gesetz eine erneute grundlegende Überarbeitung erforderlich¹⁴⁷. Fragen des Gewährleistungsausschlusses spielen bei Kreditverträgen keine bedeutende Rolle. Umso bedeutsamer für den Verbraucher sind dagegen Freizeichnungsklauseln, die die *Haftung begrenzen*. Im Falle von Verzögerungen oder Fehlleistungen bei der Ausführung von

Aufträgen hafteten die Banken auch nach der Überarbeitung grundsätzlich nur für den Zinsausfall, es sei denn, der Kunde hatte die Bank gesondert auf die Entstehung eines Schadens hingewiesen (Nr 7 AGB). Diese Haftungsbegrenzung verstößt gegen §11 Nr 7 AGBG, soweit der Schaden durch Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit entstanden ist. Anlaß zu Auseinandersetzungen haben in der Vergangenheit auch Klauseln gebracht, durch die die Banken die *Haftung für ihre Erfüllungsgehilfen* auf das Auswahlverschulden beschränkt haben. Tatsache ist, daß sich die Banken zur Erledigung der ihnen übertragenen Arbeiten auf die Mithilfe von Dritten stützen müssen. Derartigen Freizeichnungsbestrebungen ist nun ein Ende gesetzt, da die Banken für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit ihrer Erfüllungsgehilfen haften. Einen Versuch, die gesetzliche Haftung zu umgehen, haben die Banken mit der in Nr 9 der AGB getroffenen Regelung gestartet, wonach bei der Einschaltung Dritter eine Übertragung des Kundenauftrags gemäß §464 Abs. 1 Satz 2 BGB vorliegt und sich ihre Verantwortlichkeit demgemäß auf sorgfältige Auswahl und Unterweisung des von ihnen beauftragten Dritten beschränkt. So global abgefaßt dürfte diese Klausel gegen das Umgehungsverbot verstoßen (§7 AGBG). Der letzte Themenkomplex, der im Rahmen der Freizeichnungsklauseln anzusprechen ist, betrifft die *Haftung für die Erfüllung von Auskünften* (Nr 10 AGB der Banken). Auch insoweit stellt §11 Nr 7 AGBG klar, daß die Bank in jedem Fall für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit haftet. Wenn auch das AGB-Gesetz gerade den Schutz gegenüber Banken erweitert hat, so wird doch einmal mehr deutlich, wie problematisch die Zulässigkeit des Haftungsausschlusses für leichte Fahrlässigkeit ist. Die gesamten Geschäftsvorgänge werden im Bereich der Banken abgewickelt, sie sind für den Kunden nicht durchschaubar und nicht kontrollierbar. Fehler entstehen also allein in der Risikosphäre der Banken. So gesehen ist deshalb auch hier zu überlegen, ob nicht eine Korrektur über die Generalklausel angebracht ist¹⁴⁸.

232 (d) *Versicherungsverträge*

Verträge über die Gewährung von Versicherungsschutz werden aufgrund Allgemeiner Versicherungsbedingungen¹⁴⁹ abgeschlossen. Der Inhalt richtet sich je nach Versicherungstyp, ob es sich um die Lebens-, Unfall-, Kranken-, Kraftfahrzeug-, Haftpflicht-, Rechtsschutz- oder Hausratsversicherung handelt. Allgemeine Versicherungsbedingungen fallen unter den Anwendungsbereich des AGB-Gesetzes, und zwar unabhängig davon, ob sie aufsichtsrechtlich genehmigt oder sogar empfohlen sind oder nicht¹⁵⁰. Nur zwei Bestimmungen des Gesetzes sind ausdrücklich von ihrer Anwendbarkeit auf die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) ausgenommen: §23 Abs. 2 Nr 6 AGBG erklärt §11 Nr 12 AGBG (Laufzeit von Dauerschuldverhältnissen) für unanwendbar, nach §23 Abs. 3 AGBG gilt §2 AGBG (Einbeziehung in den Vertrag; 268) nicht für aufsichtsrechtlich genehmigte AVB. Es ist umfangmäßig nicht möglich, im Rahmen dieser Arbeit die Problematik von Freizeichnungsklauseln im Versicherungswesen anzusprechen. Die Versicherungsverträge sind je nach Gegenstand sehr verschieden, so daß ohnehin nur sehr globale oder sehr ausführliche Äußerungen in Frage kämen. Immerhin sei so viel gesagt, daß die der Versicherungswirtschaft nahestehenden Autoren sich bemühen, das AGB-

Gesetz nur begrenzt für anwendbar zu erklären. Begründet wird dies regelmäßig mit einem Hinweis darauf, daß die Verbotskataloge als das Kernstück des AGB-Gesetzes nicht so recht 'passen'¹⁵¹.

Streitig ist auch, ob die *Leistungsbeschreibungen* der Versicherungsverträge der Inhaltskontrolle nach §9 AGBG unterliegen. Denkbar wäre dann, Leistungsausschlüsse als unangemessene treuwidrige Benachteiligung zu behandeln, was deren Unwirksamkeit zur Folge hätte. Geht man von dem Zweck des Gesetzes aus, den Verbraucher davor zu schützen, daß er durch die schwer verständlichen verklausulierten Texte von AGB überfahren wird, so liegt diese Ausgangslage auch bei Leistungsbeschreibungen von Versicherungsverträgen vor¹⁵².

233 (e) *Ehemaklerverträge*

Problemreich sind die Verträge, mit denen der Verbraucher Vermittlungsleistungen, insbesondere für die Tätigkeit von Ehemaklern, in Anspruch nimmt. Da gesetzliche Vorschriften nur spärlich (§§652ff BGB) existieren, wird das Feld von einer Fülle von AGB beherrscht. Auch Ehemaklerverträge unterliegen dem AGB-Gesetz. Jedoch betreffen die spezifischen Probleme nicht Haftungsausschlüsse¹⁵³.

234 (f) *Beförderungsverträge*

Der Inhalt von Verträgen über die Beförderungen von Personen oder Sachen wird nahezu ausschließlich durch Allgemeine Geschäftsbedingungen oder ähnliche Regelungen bestimmt¹⁵⁴. Auf dem Gebiet des Verkehrswesens besitzt der Bundesminister die Kompetenz zum Erlaß von Rechtsverordnungen, durch die er den Inhalt der Allgemeinen Beförderungsbedingungen im gewerblichen Personenverkehr festlegen kann (§§51, 58 Abs. 1 Nr 3 Personenbeförderungsgesetz). Für den gewerblichen Personenverkehr hat der BVM durch Erlaß¹⁵⁵ der Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen für den Straßenbahn- und O-Busverkehr sowie den Linienverkehr mit Kraftfahrzeugen vom 27.2.1970 Gebrauch gemacht; gleiches gilt für den Güterverkehr (§§20a Abs. 5, 84f Abs. 4 GüKG). Hier gilt die Kraftverkehrsordnung (KVO) für den Güterfernverkehr mit Kraftfahrzeugen (Beförderungsbedingungen) Reichskraftwagentarif (RKT) Teil 1 vom 30.3.1936¹⁵⁶.

Für die Güter- und Personenbeförderung mit der Eisenbahn gilt die aufgrund der Ermächtigung in §§458, 460 HGB vom Reichsverkehrsminister erlassene Eisenbahnverkehrsordnung vom 8.9.1938¹⁵⁷. Im Luftverkehr ergibt sich die Ermächtigung des Bundesverkehrsministers für die Beförderungsbedingungen im Linienverkehr aus §21 Abs. 2 Luftverkehrsgesetz¹⁵⁸.

Die Beförderung von Briefen und Paketen durch die Post wird geregelt in §7 Postgesetz. Danach bestimmt sich das Postbenutzungsverhältnis zwischen dem Verbraucher und der DBP durch die Regelungen des Postgesetzes und durch die gemäß §14 des Postverwaltungsgesetzes vom Bundesminister für das Post- und Fernmeldewesen erlassenen Postordnungen vom 16.5.1963¹⁵⁹.

Das AGB-Gesetz ist auf die öffentlich-rechtlichen AGB nicht anwendbar, da sie Rechtsnormen darstellen¹⁶⁰. Das Postbenutzungsverhältnis schließlich wird

sogar rein öffentlich-rechtlich ausgestaltet. Eine Ausnahme bilden lediglich AGB, die von der KVO vom 27.2.1960 abweichen. Diese unterliegen dem AGB-Gesetz. Jedoch gilt für derartige AGB nicht das Verbot der Haftungsfreizeichnung nach §11 Nr 7 ABGB, §23 Abs. 1 Nr 3 ABGB. Die Gründe, die den Gesetzgeber zu dieser Regelung veranlaßt haben, sind ähnlich denen, die zur Herausnahme der Sonderabnehmer aus dem Anwendungsbereich der §§10 und 11 ABGB geführt haben¹⁶¹. Für den Verbraucher hat die Ausgrenzung der Beförderungsverträge zur Folge, daß der Rechtsschutz gegenüber staatlichen Hoheitsträgern weitaus geringer ist als gegenüber privaten Unternehmen, da die entsprechenden Bestimmungen im weiten Umfang Haftungsausschlüsse vorsehen.

Ebenfalls von Bedeutung für den Transport von Gütern sind die Allgemeinen Deutschen Spediteurbedingungen¹⁶². Diese sind Allgemeine Geschäftsbedingungen, die nur bei entsprechender Vereinbarung zwischen den Parteien gelten. Gemäß §2 sind sie zwar auch bei Speditionsgeschäften mit Nicht-Kaufleuten, also auch dem Verbraucher gegenüber anwendbar. Dennoch liegt der Hauptanwendungsbereich der ADSp bei Verträgen zwischen Speditionsfirmen und der Verladungsindustrie.

5 Verpflichtung zur Ausführung zusätzlicher Leistungen in Erwerbs- und Dienstleistungsverträgen

235 Gegenstand der Darstellung sind alle Verpflichtungen des Vertragspartners des Verbrauchers, die über die reine Nachbesserung hinausgehen.

236 (a) *Nebenkosten der Nachbesserung*

§476a BGB, der durch §25 ABGB in das BGB eingeführt wurde, bestimmt in Satz 1, daß der Käufer, wenn seine Gewährleistungsrechte auf einen Nachbesserungsanspruch beschränkt werden, vom Verkäufer die Übernahme der zum Zwecke der Nachbesserung erforderlichen Aufwendungen, insbesondere Transport-, Wege-, Arbeits- und Materialkosten verlangen kann. §476a BGB findet unabhängig davon Anwendung, ob die gesetzlichen Rechte auf Wandlung und Minderung durch Allgemeine Geschäftsbedingungen oder durch Individualvereinbarungen verdrängt werden. §476a BGB wurde vom Gesetzgeber eingefügt, weil im Rahmen der dem Käufer eingeräumten Nachbesserungsansprüche häufig nicht geregelt war, ob der Käufer oder Verkäufer die insoweit anfallenden Kosten tragen muß¹⁶³. Die Bestimmung stellt nunmehr fest, daß grundsätzlich der Verkäufer die Lasten zu übernehmen hat. Ihrem Charakter nach handelt es sich um eine gesetzliche Gebotsnorm, von der abweichende Vereinbarungen zulässig sind. Lediglich formularmäßige Abweichungen durch AGB wurden gemäß §11 Nr 10c ABGB gesetzlich verboten. Während der Gesetzgebungsarbeiten ist der Vorschlag gemacht worden, §476a BGB als zwingende Verbotsnorm auszugestalten, von der lediglich Kaufleute ausgenommen werden sollten¹⁶⁴. Damit wäre ein umfassender Schutz des Verbrauchers auch bei Individualabreden gewährleistet worden. Diese Ansicht hat sich jedoch nicht durchgesetzt. Der Vorschrift dürfte deshalb keine große praktische Bedeutung zukommen¹⁶⁵. Letztlich handelt es

sich bei §476a BGB um eine Vorschrift, die zur Aufrechterhaltung der Gesetzes-systematik eingefügt wurde¹⁶⁶.

§476a Satz 2 BGB stellt den Verkäufer von solchen Nachbesserungskosten frei, die zu tragen ihm unzumutbar sind. Das trifft zu, wenn die Aufwendungen sich erhöhen, weil die gekaufte Sache nach der Lieferung an einen anderen Ort als den Wohnsitz oder die gewerbliche Niederlassung des Empfängers verbraucht worden ist, es sei denn, das Verbringen entspricht dem bestimmungsgemäßen Gebrauch der Sache. Der letzte Halbsatz bietet insofern Schwierigkeiten, als es häufig umstritten sein dürfte, wann das Verbringen dem bestimmungsgemäßen Gebrauch entspricht. Dieser ist durch Auslegung zu ermitteln, wobei entscheidend ist, was von den Parteien erkennbar zum Vertragsinhalt gemacht worden ist¹⁶⁷.

Die Vorschrift des §476a BGB findet gemäß §25 Abs. 2 AGBG auch im *Werkvertragsrecht* Anwendung.

Im Gegensatz zu §476a BGB, der obwohl in der Tendenz begrüßenswert, dem Verbraucher letztlich doch nur unzureichend Schutz bietet, stellt §11 Nr 10c gegenüber der bisherigen Praxis eine echte Erweiterung des Verbraucherschutzes dar. Bei Kaufverträgen¹⁶⁸ über Elektroartikel¹⁶⁹ wurden dem Käufer überaus häufig in den AGB die Nachbesserungsnebenkosten aufgebürdet, ohne daß die Rechtsprechung dieses beanstandet hat. Im Werkvertragsrecht hat die Rechtsprechung¹⁷⁰ dagegen die Rechtsfrage zugunsten des Bestellers entschieden¹⁷¹. §11 Nr 10c AGBG verpflichtet den *Verkäufer*, in Verbindung mit §476a BGB, oder den *Hersteller* eines Werkes nach §§633 Abs. 2 Satz 2 BGB, sämtliche Aufwendungen zu tragen, die notwendig werden, um die Nachbesserung durchzuführen. Das Gesetz selbst nennt nur die Transport-Wege-, Arbeits- und Materialkosten. Durch die Formulierung 'insbesondere' wird aber klargestellt, daß auch sonstige anfallende Kosten dem Verkäufer zur Last fallen, soweit sie erwachsen, weil der Anspruch auf Nachbesserung erfüllt wird¹⁷². Bestreitet der Verkäufer die Mangelhaftigkeit der Sache, gelingt dem Käufer dann aber der Beweis mithilfe eines Sachverständigengutachtens, so müßte der Käufer jedenfalls nach der Wertung des AGB-Gesetzes diese Kosten selber tragen. Die Kostenübernahme setzt das Bestehen des Nachbesserungsanspruchs voraus¹⁷³. Aus dem gleichen Grund müßte der Käufer die Kosten tragen, die dadurch entstehen, daß er gemäß §480 Abs. 1 Satz 1 BGB seinen Ersatzlieferungsanspruch geltend macht. Denn der Anspruch aus §480 Abs. 1 Satz. 1 BGB ist seiner Rechtsnatur nach ein Erfüllungs- und kein Gewährleistungsanspruch¹⁷⁴, wie das Recht auf Nachbesserung. Der Käufer steht aber nicht rechtlos da. Es wäre zu überlegen, ob ihm nicht hinsichtlich dieser Kosten ein Erstattungsanspruch über die Regeln der Geschäftsführung ohne Auftrag zu gewähren ist.

Da §11 Nr 10c neu eingefügt ist, bleibt abzuwarten, welche Schritte die AGB-Verwender unternehmen werden, um die ihnen auferlegten Kosten gering zu halten. Sicherlich wird der Verwender in Zukunft dem Käufer die Versandart vorschreiben. Enthalten die AGB insoweit keine Bestimmungen, muß der Käufer die preiswerteste Art wählen. Sehen die AGB vor, daß ein Dritter die Nachbesserung vorzunehmen hat, müssen die AGB zugleich bestimmen, auf welchem Wege der Käufer von den Transportnebenkosten freigestellt wird¹⁷⁵. Fehlt eine solche Regelung, muß der Verkäufer selbst die Beseitigung

vornehmen. Der Verkäufer muß die Nachbesserungsnebenkosten auch dann tragen, wenn sie im Verhältnis zur Art des Fehlers außerordentlich hoch sind. Etwas anderes gilt dagegen im Werkvertragsrecht gemäß §§633 Abs. 2 Satz 3 BGB. Hier kann der Werkhersteller die Nachbesserung bei unverhältnismäßigem Aufwand verweigern¹⁷⁶.

237 (b) Garantie

AGB-Vorschriften enthalten häufig unter dem Stichwort 'Garantie' die Rechte des Verbrauchers beim Auftreten eines Mangels der gekauften Sache oder des hergestellten Werkes. Was im einzelnen unter 'Garantie' zu verstehen ist, kann sehr verschieden sein. Die Terminologie im kaufmännischen wie im juristischen Bereich ist sehr unterschiedlich, von einer gefestigten Rechtsprechung kann nicht gesprochen werden. Den für den Verbraucher stärksten Schutz bietet der *selbständige Garantievertrag*. Hier verspricht der Verkäufer, für einen bestimmten Erfolg oder Verwendungszweck unabhängig von Unmöglichkeit und Verschulden einzutreten¹⁷⁷. Allerdings muß sich der Erfolg oder der Verwendungszweck von der bloßen vertragsmäßigen Leistung unterscheiden¹⁷⁸. Davon abzugrenzen ist die unselbständige Garantievereinbarung. Hierunter sind die Gewährleistungszusagen im Sinne der *Zusicherung von Eigenschaften* nach §§459 Abs. 2, 633 Abs. 2 BGB zu verstehen¹⁷⁹. In den weitaus häufigsten Fällen wird durch die Garantie das gesetzliche Gewährleistungsrecht eingeschränkt. Man spricht dann von einer *Haltbarkeitsgarantie*¹⁸⁰. Wenn aus dem Wortlaut des Vertragstextes nicht zweifelsfrei zu entnehmen ist, was die Parteien wollen, ist der Sinn und Zweck durch Auslegung zu ermitteln.

Selbstständige Garantieversprechen kommen in der Praxis sehr selten vor. Die Problematik von unselbständigen Garantievereinbarungen im Sinne des §459 Abs. 2 BGB ist bereits erörtert worden (237). Der Schwerpunkt der Untersuchung soll deshalb bei den sogenannten Haltbarkeitsgarantien liegen. Praktisch bedeutsam sind diese Garantien bei technischen Artikeln, bei denen schon nach kurzer Zeit mit Störungen zu rechnen ist, wie Elektroartikel¹⁸¹ und Kraftfahrzeuge¹⁸². Haltbarkeitsgarantien für angefertigte *Werke* haben bisher wenig Bedeutung erlangt. Haltbarkeitsgarantien können in zwei verschiedenen Fallkonstellationen auftreten.

Eine Haltbarkeitsgarantie des *Verkäufers* liegt vor, wenn der Verkäufer die Fehlerfreiheit bzw. das Vorhandensein zugesicherter Eigenschaften nicht für die Zeit des Gefahrenübergangs, sondern auch für einen späteren, begrenzten, Zeitraum zusichert. Der Verkäufer übernimmt hier insbesondere eine überobligationsmäßige Leistung, als er für die Fehlerfreiheit der verkauften Sache noch während der Benutzung des Käufers eintreten will¹⁸³. Häufig ist diese Haftung nicht ausdrücklich festgelegt, jedoch wird die Haltbarkeitsgarantie des Verkäufers, die er für eine bestimmte Zeit übernimmt, dahin zu verstehen sein, daß er die Haftung für alle Fehler übernehmen will, die innerhalb der Garantiefrist auftreten und nicht auf ein Verschulden des Käufers zurückzuführen sind¹⁸⁴. Inhalt und Umfang der Gewährleistung werden also anders als im Gesetz geregelt. Wird die Garantie im Rahmen von AGB gegeben, sind die zwingenden Regeln des AGB-Gesetzes zu beachten. Insbesondere darf

eine Gesamtwürdigung der Garantie nicht ergeben, daß die Leistungen des Verkäufers hinter den Mindestanforderungen des §11 Nr 10 AGBG zurückbleiben. Verbreiteter als die Haltbarkeitsgarantie des Verkäufers ist die Haltbarkeitsgarantie des Herstellers oder auch einfacher die *Herstellergarantie*. Eine solche liegt vor, wenn der Hersteller des Produkts bestimmte Wartungs- und Nachbesserungsarbeiten an dem Produkt garantiert, die nicht vom Verkäufer sondern von einem Servicedienst des Herstellers durchgeführt werden. Der Verbraucher wird auf diese Weise hinsichtlich seiner Gewährleistungsrechte an den Hersteller gebunden. Praktisch erfolgt die Vergabe der Herstellergarantie so, daß der Verkäufer bei Vertragsschluß Garantiekarten des Herstellers ausfüllt und abstempelt. Rechtlich gesehen liegen zwei selbständige Verträge vor: der Garantievertrag zwischen Hersteller und Kunden einerseits und der Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Käufer andererseits¹⁸⁵. Aus der Selbständigkeit der Verträge folgt, daß die Gewährleistungsrechte aus beiden Verträgen kumulieren¹⁸⁶. Diese für den Käufer günstige Konstellation versuchen Hersteller und Verkäufer dadurch zu umgehen, daß der Verkäufer in seinen AGB eigene Gewährleistungsansprüche ausschließt und den Käufer insoweit an den Hersteller verweist. Grundsätzlich scheidet eine derartige Aufspaltung der Gewährleistungshaftung bereits an der Selbständigkeit der beiden Verträge¹⁸⁷. Wird jedoch der Haftungsausschluß dadurch erreicht, daß die Bestimmungen des Garantievertrages mit denen des Kaufvertrages gekoppelt werden, so bemißt sich die Wirksamkeit der Haftungsfreizeichnungsklausel an §11 Nr 10 AGBG. Die getroffene Regelung ist dann am Verbot der Dritthaftungsklausel zu messen. Demzufolge kann der Käufer verpflichtet werden, vor der Inanspruchnahme des Verkäufers die Durchsetzung der Gewährleistung beim Hersteller zu suchen (224).

Besondere Probleme bei Haltbarkeitsgarantien wie bei Herstellergarantien ergeben sich, wenn die in den AGB vorgesehene Garantiefrist den gesetzlich festgelegten Mindestzeitraum für die Verjährung von Gewährleistungsansprüchen (sechs Monate) überschreitet. Man denke hier nur an die Garantiefrist bei fabrikneuen Kraftfahrzeugen, die gerade auf ein Jahr ausgedehnt worden ist. Wenn in den AGB, wie das häufig der Fall ist, der Inhalt der Garantiefrist nicht näher bestimmt ist, so kann der Verlängerung dreierlei Bedeutung zukommen¹⁸⁸:

- die Verjährungsfrist des §477 Abs. 1 BGB soll vertraglich verlängert werden;
- die gesetzliche Verjährungsfrist soll erst mit dem Ablauf der Garantiefrist zu laufen beginnen;
- die gesetzliche Verjährungsfrist soll erst dann zu laufen beginnen, wenn der Käufer den Mangel entdeckt hat.

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1979 ist der BGH der Mehrheit der Literaturmeinungen gefolgt, die dem Grundsatz nach davon ausgeht, daß eine die gesetzliche Verjährungsfrist verlängernde Garantie die Bedeutung hat, die Verjährungsfrist erst beginnen zu lassen, wenn der Käufer den Mangel entdeckt hat¹⁸⁹.

Die Einräumung einer Haltbarkeitsgarantie, die den Käufer besser stellt als das Gesetz, gestattet dem Verkäufer jedoch nicht, von dem Verbotskatalog des

§11 Nr 10 AGBG abzuweichen¹⁹⁰. Insoweit handelt es sich nämlich um den typischen Umgehungstatbestand des §7 AGBG. Hat der Verkäufer dagegen die Haltbarkeitsgarantie gleichzeitig für einen längeren Zeitraum vorgesehen, als es nach §11 Nr 10f AGBG geboten ist, so darf er im Rahmen dieser Frist nicht gegen den Verbotskatalog des §11 Nr 10 AGBG verstoßen. Nach Ablauf der Frist kann er dagegen seine Leistungen weiter einschränken, als das nach §11 Nr 10 AGBG zulässig wäre.

238 (c) *Umtauschrecht*

Darunter ist das Recht des Verbrauchers zu verstehen, die mangelbehaftete Ware gegen eine mangelfreie umzutauschen. Seiner Natur nach betrifft das Umtauschrecht nur Kaufverträge. Bei Werkverträgen hat der Verbraucher bis zur Abnahme des Werkes einen Erfüllungsanspruch, gerichtet auf Herstellung eines mangelfreien Werkes. Er kann deshalb die Abnahme des mangelbehafteten Werkes verweigern und Neuherstellung verlangen. So gesehen kann man bei Werkverträgen nicht von Umtausch reden. Vom Umtauschrecht zu unterscheiden ist das Rücktrittsrecht. Dies beinhaltet die Möglichkeit, die mangelbehaftete Ware gegen Rückerstattung des Geldes zurückzugeben. In den AGB ist das Rücktrittsrecht des Käufers zumeist ausgeschlossen. Dem Käufer steht nur ein Nachbesserungsanspruch zu. Bei den für den Käufer noch günstigeren AGB sehen diese ein Recht auf *Wandlung* oder *Minderung* nur dann vor, wenn der Verkäufer die Mängel nicht beseitigen kann. Nach Inkrafttreten des AGB-Gesetzes sind die AGB-Verwender allerdings verpflichtet, ihre AGB den Mindestanforderungen des §11 Nr 10 AGBG anzupassen.

Ein Umtauschrecht des Käufers besteht bei Barkäufen des täglichen Lebens, die ohne AGB geschlossen werden, soweit Vertragsgegenstand ein fabrikmäßig hergestelltes, aber fehlerbehaftetes Serienprodukt — eine Gattungssache — ist. Ist der Käufer auf der Hut und kann er das Produkt in einwandfreiem Zustand zurückbringen, wird der Umtausch durchgeführt. Verkäufer schließen das Umtauschrecht bei Schlußverkäufen, Sonderangeboten, Räumungs- und Jubiläumsverkäufen regelmäßig aus.

In AGB wird dem Käufer als Endverbraucher ein Umtauschrecht grundsätzlich nicht eingeräumt. Allerdings scheint sich eine Änderung der Entwicklung anzubahnen. Die zwischen dem ADAC und den Fachverbänden der Automobilindustrie ausgehandelten Konditionenempfehlungen gewähren dem Verbraucher ein 'Umtauschrecht', wenn schwere Mängel innerhalb von acht Tagen nicht beseitigt werden können¹⁹¹.

Genau umgekehrt verhält es sich bei Kaufverträgen zwischen Kaufleuten. AGB sehen hier grundsätzlich ein Umtauschrecht vor¹⁹², in einigen Branchen ist es sogar die Regel¹⁹³.

6 Haftung für Werbeversprechen

- 239 Die Erwartungen des Verbrauchers an die Qualität der gekauften Ware wird wesentlich bestimmt durch die Werbeangaben des Verkäufers und des Herstellers. Im Dienstleistungsbereich verhält es sich nicht anders, nur daß die Werbeangaben nicht die Qualität von Waren, sondern die Ausführung von

Dienstleistungen anpreisen. Sinn und Zweck der Werbung ist es, durch umfangreiche Angaben über die Ware in dem Verbraucher den Wunsch und die Vorstellung zu wecken, die angepriesene Ware/Dienstleistung habe die beschriebenen Eigenschaften. Wenn der BGH¹⁹⁴ genau entgegengesetzt dazu davon ausgeht, daß der Verbraucher die Werbeangaben nicht in Beziehung zu den tatsächlich vorhandenen Eigenschaften setzt, so verkennt er die ökonomische Zielrichtung und Funktion der Werbung¹⁹⁵. Die Werbung dient nicht nur der Anpreisung und Beschreibung der Ware, sondern sie ersetzt in vielen Fällen auch die Beratung durch den Verkäufer.

Die Frage nach der Haftung wirft eine Vielzahl von Problemen auf. Werbeangaben beziehen sich auf die Qualität des Produkts oder auf die Ausführung der Dienstleistung. Eine Haftung kann sich deshalb nur nach Vertragsrecht ergeben. Im Rahmen von Kaufverträgen kann deshalb der Verkäufer sogar für Werbeangaben des Herstellers haften müssen, auf die er keinerlei Einfluß hat, sondern sogar häufig selbst mangels fehlender Sachkenntnis vertrauen muß. Der Hersteller haftet, von Ausnahmen abgesehen, dem Verbraucher nicht nach Vertragsrecht. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Produzentenhaftung betreffen nur *Sicherheitsaspekte*. Eine Haftung für Werbeversprechen geht deshalb regelmäßig nur den Verkäufer an, der im Rahmen der BGB-Vorschriften und des AGB-Gesetzes für Werbeangaben einstehen muß.

Eine gewisse Besserstellung des Verbrauchers soll durch die UWG-Reform erreicht werden (188).

240 (a) *Haftung im Kaufrecht*

§459 BGB, der im Kaufrecht ausschließlich von Bedeutung ist, statuiert in Abs. 1 die Haftung des Verkäufers für den Fehler der gekauften Ware. Unabhängig davon, daß nicht jede unzutreffende Werbeaussage einen Fehler darstellt, scheidet eine Inanspruchnahme aus §459 Abs. 1 regelmäßig daran, daß der Verkäufer insoweit seine Haftung ausschließen kann. Anders verhält es sich dagegen mit §459 Abs. 2 BGB, der die Haftung des Verkäufers bei Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft darstellt. Da hier nach §11 Nr 11 AGBG ein Haftungsausschluß des Verkäufers nicht möglich ist, können sich Ansprüche des Verbrauchers aus §459 Abs. 2 BGB ergeben. Dazu ist erforderlich, daß der Verkäufer dem Käufer/Verbraucher das Bestehen bestimmter Eigenschaften zugesichert hat. Abweichungen von den Werbeangaben berechtigen daher den Käufer nur dann zu einer Inanspruchnahme des Verkäufers, wenn die Werbemaßnahme vertraglich vereinbart ist. Wollte man eine ausdrückliche oder gar schriftliche Vereinbarung verlangen, so dürfte es kaum jemals zu Ansprüchen des Käufers kommen. Da aber die Zusicherung auch stillschweigend erfolgen kann, ergeben sich vielfältige Abgrenzungsprobleme, wann und ob eine Aussage tatsächlich zugesichert ist¹⁹⁶. Bloße reklamehafte Anpreisungen sollen nach der Rechtsprechung keine Einstandspflicht begründen¹⁹⁷. Diese Ausgrenzung hat die Rechtsprechung auf Qualitätsstandards ausgedehnt, die in Warenzeichen, Prüf- und Gütezeichen, sowie insbesondere DIN-Vorschriften zum Ausdruck kommt¹⁹⁸. Ausnahmsweise führt ein begleitendes Warenzeichen doch zu einer Haftung unter dem

Gesichtspunkt der zugesicherten Eigenschaft. Der BGH hat im Trevira-Urteil entschieden, daß der Weiterverarbeiter eines Trevira-Produkts seinen Abnehmern nach §459 Abs. 2 BGB haftet, daß, wenn Trevira nach seinen Richtlinien weiterverarbeitet wird, das Endprodukt bestimmte Eigenschaften (etwa Knitterarmut) aufweist¹⁹⁹. Die grundsätzlich ablehnende Haltung der Rechtsprechung, Qualitätsstandards als zugesicherte Eigenschaften zu behandeln, ist in der Literatur vielfach auf Widerstand gestoßen²⁰⁰. Der BGH übersieht, daß die Verwendung von Qualitätsstandards auf die Bereitschaft des Verkäufers hindeutet, für Abweichungen von Standards eintreten zu wollen. Dem steht nicht entgegen, daß Standards wie etwa DIN-Normen nur von bestimmten Verbänden ausgesprochene Empfehlungen darstellen, also keine gesetzliche Vermutung beinhalten²⁰¹. Denn zumindest in der Rechtswirklichkeit kommt gerade den DIN-Normen eine Bedeutung zu, die es gerechtfertigt erscheinen läßt, sie bezüglich der Haftung gesetzlichen Vorschriften gleichzustellen²⁰². Da die Rechtsprechung Werbeangaben grundsätzlich nicht als zugesicherte Eigenschaften behandelt, bleibt es eine Frage des Einzelfalles, ob ausnahmsweise eine Werbeangabe doch zur Haftung führt. Die Rechtsprechung hat gewisse Abgrenzungskriterien entwickelt, die eine Aufteilung der verschiedenen Fallkonstellationen in Fallgruppen ermöglicht²⁰³.

- 241 (aa) So erlaubt ein *bestimmter Handelsbrauch*, Rückschlüsse auf die vertraglichen Erklärungen des Verkäufers zu ziehen²⁰⁴. Überwiegend handelt es sich bei diesen Sachverhalten um Streitigkeiten zwischen Kaufleuten, weshalb der Problematik nicht weiter nachgegangen wird.
- 242 (bb) Für den Verbraucher bedeutsam sind Fälle, in denen er der *Fach- und Sachkunde des Verkäufers vertraut* und dessen Angaben über die Beschaffenheit deshalb Glauben schenkt. Typisch ist hier, daß sich der erfahrene, gewandte Verkäufer auf der einen Seite und der unerfahrene, in Geschäftsdingen unsichere Verbraucher gegenüberstehen²⁰⁵. Diesen Gesichtspunkt hat der BGH²⁰⁶ in der unlängst ergangenen Entscheidung betont, in dem er aus der Aufstellung eines Verkaufsschildes über die gefahrene Kilometerleistung auf eine stillschweigend erklärte Zusicherung schloß. Den gleichen Gesichtspunkt hat der BGH in einem Fall hervorgehoben, der die Beziehungen zwischen einem Fensterrahmenhersteller und einem Lackproduzenten betraf²⁰⁷. Hierzu zu zählen sind auch verschiedene Entscheidungen aus dem Bereich des Gebraucht- und Neuwagenhandels²⁰⁸. Interessant ist die Begründung, mit der das OLG Köln²⁰⁹ den Schritt von der Werbeanzeige zur vertragsmäßigen Zusicherung vollzog: 'Werbung durch Zusicherung von zum Kauf anreizenden Eigenschaften einer Sache seitens des Verkäufers, Verhandlungen mit dem durch diese Werbung herbeigeholten Interessenten und Abschluß des Kaufvertrages müssen nämlich als eine Einheit angesehen werden'.
- 243 (cc) Die dritte Fallgruppe bilden Konstellationen, in denen der Käufer *auf bestimmte angepriesene Eigenschaften* der Sache besonderes Gewicht legt. Zu nennen sind hier zwei OLG-Entscheidungen. Einmal²¹⁰ ging es um die Frage, ob die Erklärungen des Verkäufers 'der Wein sei eine Originalabfüllung' als zugesichert aufzufassen ist, das andere Mal stand zur Entscheidung an²¹¹, ob der

Erklärung des Verkäufers über den Benzinverbrauch des gekauften Wagens Bedeutung im Sinne des §459 Abs. 2 BGB zukommt. Beide Male entschieden die Gerichte zugunsten des Verbrauchers, weil die in Rede stehenden Eigenschaften von entscheidender Bedeutung für den Kaufentscheid waren.

244 (dd) Eng verwandt mit der vorstehend genannten Gruppe sind Fälle, in denen eine bestimmte Eigenschaft der Kaufsache die Voraussetzung dafür bildet, daß der Käufer sie für *seine Zwecke einsetzen kann*. So hat der BGH ausgeführt, daß eine stillschweigende Eigenschaftszusicherung gegebenenfalls in dem Umstand gefunden werden könne, daß der beiden Parteien bekannte Zweck der Verwendung Aufnahme in den Vertrag gefunden habe²¹². Ausreichend ist allerdings nicht, daß dem Verkäufer die vorgesehene Verwendung nur bekannt ist. Hinzukommen müssen entsprechende Erklärungen des Verkäufers, die auf Zusicherung des Verwendungszwecks hindeuten²¹³.

245 (b) *Haftung im Werkvertragsrecht*

Die anhand des Kaufrechts dargestellten Grundsätze gelten grundsätzlich auch im Werkvertragsrecht²¹⁴. Allerdings ist zu beachten, daß dem Verbraucher ein Schadenersatzanspruch gemäß §635 BGB wegen der Zusicherung einer Eigenschaft nur dann zusteht, wenn den Hersteller des Werkes ein Verschulden trifft. Tatsächlich betreffen die von der Rechtsprechung entschiedenen Fälle in erster Linie Kaufverträge. Der Grund für das Ungleichgewicht ist in dem unterschiedlichen Grad der Industrialisierung der Warenproduktion und des Dienstleistungssektors zu suchen. Werbung und Marketing sind erst im Zuge der Industrialisierung der Warenproduktion entstanden. Im Dienstleistungssektor ist Vertragspartner des Verbrauchers aber noch häufig ein Kleingewerbetreibender, der seine Firma noch nicht in einer der Warenproduktion vergleichbaren Weise technisiert hat. Persönliche Gespräche, Beratung durch den Inhaber spielen hier noch eine größere Rolle als bei Kaufverträgen.

246 (c) *Würdigung*

Die Aufgliederung der Rechtsprechung in Fallgruppen könnte den Schluß zulassen, daß diese recht einheitlich entscheide. Das Gegenteil dürfte eher zutreffen. Für beide Vertragspartner ist es schwer vorherzusagen, wie die Entscheidung ausgeht. Das Dilemma rührt nicht zuletzt daher, daß die Rechtsprechung die Interessenkonflikte zwischen Käufer und Verkäufer entscheidet, ohne zu berücksichtigen, auf welcher Stufe der Absatzkette die Verträge geschlossen werden. Es bedeutet für den BGH keinen Unterschied, ob ein Händler oder ein Verbraucher Käufer ist. Jedoch ist das Interesse des Verbrauchers als Käufer am Erwerb einer mangelfreien Ware ein ganz anderes als das des Händlers. Letzteren interessiert die Mängelfreiheit nur, soweit sein Absatzinteresse berührt ist, für den Verbraucher ist die Mängelfreiheit dagegen das Entscheidende²¹⁵. Die Unsicherheit wird noch dadurch erhöht, daß die Rechtsprechung häufig aus Erklärungen der Parteien Rückschlüsse zieht, auf die die Parteien bei Vertragsschluß gar nicht gekommen wären. Die Rechtsprechung entfernt sich damit von der gesetzlichen Garantiehaftung,

die beiderseitige Willenserklärungen voraussetzt, hin zu einer Vertrauenshaftung²¹⁶. Ursache für diese Entwicklung dürfte sein, daß die Rechtsprechung häufig Billigkeitsgesichtspunkte entscheiden läßt. Andererseits zeigt die Rechtsprechung auch, wie unzureichend das gesetzliche Instrumentarium ist.

In der Literatur mehren sich deshalb die Stimmen, die die Haftung des Werbenden für die geweckten Verbraucherwartungen befürworten²¹⁷. Ließe sich eine derartige Haftung des Verkäufers noch *de lege lata* erreichen, so wäre für die Haftung des Herstellers, der an der Werbung in weitaus größerem Umfang beteiligt ist, eine Gesetzesänderung notwendig. Konsequenterweise schlägt ein Autor deshalb die gesamtschuldnerische Haftung von Verkäufer und Hersteller vor, die durch Änderung des §463 BGB erreicht werden müsse. Gleichzeitig soll §459 Abs. 2 BGB um einen Satz 2 ergänzt werden, der lautet: 'Als Zusicherung gelten auch Werbeangaben über die Beschaffenheit der Sache'. Bisher sind derartige Vorschläge zur Änderung des BGB vom Gesetzgeber nicht aufgegriffen worden. Eine Verstärkung des Verbraucherschutzes dahingehend, daß der Verkäufer für die in der Werbung beschriebenen Eigenschaften der Ware eintreten muß, ist also in weiter Ferne.

7 Spezielle Regeln für gewisse Dienstleistungen

247 (a) Reisevertrag²¹⁸

Reisen wird für immer breitere Bevölkerungskreise zu einem selbstverständlichen Teil unserer Konsumwelt. Im Jahre 1978 haben 56,8% der über 14 Jahre alten Bevölkerung eine oder mehrere Urlaubsreisen unternommen²¹⁹. Der Reiseboom hat neben dem Reisebüro eine weitere Tätigkeit hervorgebracht: die des Reiseveranstalters. Der Veranstalter nimmt dem Einzelreisenden die gesamte Organisation der Reise ab und bietet dem Touristen zum Pauschalpreis Beförderung, Beherbergung und Verpflegung an. Dieser Entwicklung in tatsächlicher Hinsicht ist das Recht mit der Schaffung der §§651 a – k BGB nachgefolgt. Seit dem 1.10.1979 stellt das BGB einen eigenen Vertragstyp zur Verfügung, der die Rechtsbeziehung zwischen dem Reiseveranstalter und dem Verbraucher regelt. Erklärtes Ziel dieses neuen Gesetzes ist es, den Verbraucher vor Übervorteilung durch den Reiseveranstalter zu schützen. Als Mittel zur Durchsetzung hat der Gesetzgeber zwingende gesetzliche Vorschriften geschaffen, von denen der Reiseveranstalter nicht zum Nachteil des Verbrauchers abweichen darf.

Das neue Reisevertragsrecht hat eine sehr wechselvolle Entstehungsgeschichte hinter sich²²⁰. Bereits 1973 legte das Bundesjustizministerium einen Referentenentwurf zum Reiseveranstaltungsvertrag vor, um dem Mißbrauch der Reiseveranstalter entgegenzuwirken²²¹. Dieser Entwurf wurde dann in der siebten Legislaturperiode ins Parlament eingebracht. Dort wurde er aber nicht mehr verhandelt²²². Erst in der achten Legislaturperiode setzte sich das Parlament mit dem Reiserecht auseinander²²³. Die als Sondergesetz konzipierte Regelung stieß von Anfang an auf den Widerstand des Deutschen Reisebüroverbandes, der um jeden Preis eine gesetzliche Regelung verhindern wollte. Zu diesem Zweck meldete er beim Bundeskartellamt am 27.10.1976 eine Empfehlung Allgemeiner Reisebedingungen für Pauschalreisen an²²⁴, die in

einigen Punkten eine Besserstellung des Kunden gegenüber der bisherigen Praxis darstellte. Die neuen ARB konnten den Mitgliedern des DRV aber nur empfohlen werden — von den Nichtmitgliedern ganz zu schweigen. Durch die Reisekataloge der Sommersaison 1978 sah sich das Bundesjustizministerium in seiner Ansicht bestätigt, daß die Vertragsbeziehungen für Pauschalreisen gesetzlich geregelt werden müßten²²⁵. Bei einer Durchsicht von 28 Katalogen großer und kleiner Veranstalter hatte das Ministerium ermittelt, daß sich nur ein Anbieter korrekt an die Musterbedingungen gehalten hatte. In allen anderen Fällen wichen die verwandten AGB in mehr oder weniger großem Umfang von den empfohlenen Musterbedingungen zum Nachteil des Verbrauchers ab. Das Ziel, die Rechtsposition des Verbrauchers gegenüber den Reiseveranstaltern zu verbessern, sollte jetzt jedoch auf einem anderen rechtstechnischen Weg erreicht werden. Abweichend vom ersten Entwurf vom 6.5.1976 sah der zweite Entwurf vom 4.12.1978²²⁶ die Aufnahme besonderer Schutzvorschriften in das Werkvertragsrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches vor. Der zweite Entwurf passierte die Gesetzgebungsorgane in der jetzigen Form²²⁷.

Das Gesetz hat eine Vielzahl von Problemen gelöst, gleichzeitig aber eine Reihe neuer Fragen aufgeworfen. Im folgenden wird nicht allein das Gesetz besprochen, vielmehr werden anhand der für den Verbraucher bedeutsamsten Fragestellungen die Lösungsvorschläge aufgezeigt, die das Reiserecht, das AGB-Gesetz und die Allgemeinen Reisebedingungen anbieten.

- 248 (aa) Das Gesetz regelt in §651a Abs. 1 nur den Reisevertrag, der aus einer 'Gesamtheit von Leistungen' besteht. Es ist also beschränkt auf Pauschalreisen, in denen der Veranstalter neben der Beförderung an den Urlaubsort noch die Unterbringung zu einem Gesamtpreis anbietet. Eine einzelne Reiseleistung, etwa das Buchen eines Charterfluges oder das Anmieten einer Ferienwohnung unterfällt nicht dem Anwendungsbereich des neuen Reisevertragsrechts²²⁸. Das Reiserecht gilt deshalb nur für eine Minderheit von Reisenden. Denn von 26,1 Millionen Bundesbürgern, die 1978 eine Urlaubsreise unternahmen, haben nur 24,1% eine Pauschalreise gebucht²²⁹.

§651a Abs. 2 stellt klar, daß sich ein Reiseveranstalter der Geltung des Reisevertragsgesetzes nicht dadurch entziehen kann, daß er erklärt, lediglich Verträge mit den einzelnen Leistungsträgern vermitteln zu wollen. Hat er 'nach den sonstigen Umständen' den Anschein erweckt, die Leistungen in eigener Verantwortung erbringen zu wollen, so ist die entgegenstehende Erklärung in seinen AGB unbeachtlich. Das Gesetz greift hier die Rechtsprechung des BGH zur sogenannten Vermittlerklausel auf²³⁰. Der BGH hatte die Vermittlerklausel in einer vielbeachteten Entscheidung bereits 1973 für unwirksam erklärt. Der BGH stellt in diesem Urteil auf eine Beurteilung aus der Sicht des Reisenden ab, wie dieser die Erklärung des Reiseunternehmers unter Berücksichtigung des Gesamtverhaltens und der Nebenumstände auffassen konnte und durfte. Dieser Kernsatz ist nach wie vor maßgebend, um die vom Gesetz genannten sonstigen Umstände zu konkretisieren²³¹. Vermittlerklauseln können also auch im Reisevertrag zulässig sein, wenn trotz mehrerer Reiseleistungen keine inhaltliche Verknüpfung besteht, die die Leistungen notwendig zu einer Pauschalreise verbindet.

Fraglich ist, wie die rechtliche Zulässigkeit der Vermittlerklausel zu beurteilen

ist, wenn Gegenstand des Vertrages nur eine einzelne Reiseleistung ist. Die gesetzliche Regelung ist scheinbar eindeutig: ein Reisevertrag, der Vermittlerklauseln grundsätzlich verbietet, liegt nur vor, wenn mindestens zwei Reiseleistungen versprochen sind. Gleichwohl stellt sich die Frage, ob nicht ausnahmsweise ein Reisevertrag — mithin grundsätzlicher Ausschluß der Vermittlerklausel — angenommen werden kann. Der Frage kommt große praktische Bedeutung zu, da im Jahre 1978 von 6,4 Millionen Pauschalreisen 1,7 Millionen Gegenstand einer Ferienhausvermittlung oder eines Charterfluges waren²³². Der BGH hat in dem bereits genannten Urteil die Vermittlerklausel gerade in einem Vertrag zur Anmietung eines Ferienhauses für unzulässig erklärt. Mithin ging die Rechtsprechung von einem weiteren Begriff des Reisevertrages aus, als dies der Gesetzgeber tut²³³. § 1 Abs. 3 des Regierungsentwurfs erklärte Vermittlerklauseln auch bei Beschaffung einer einzelnen Reiseleistung für ungültig, wenn der Veranstalter die Reiseleistung in eigener Verantwortung erbringt. Der Rechtsausschuß des Bundestages hat diesen Absatz gestrichen, ohne die Streichung zu begründen. Der einzige Passus, der zur Auslegung herangezogen werden kann, ist unklar²³⁴. Der gesetzlichen Regelung steht deshalb nicht entgegen, die Vermittlerklausel auch bei einer einzelnen Reiseleistung für unzulässig zu erklären, sofern der Veranstalter dem Anschein nach diese einzelne Reiseleistung in eigener Verantwortung anbietet²³⁵.

Die ARB erstrecken sich nur auf Reiseverträge, die die Erbringung einer Gesamtheit von Reiseleistungen zum Gegenstand haben. Dies folgt aus der Präambel. Die ARB decken sich deshalb inhaltlich mit § 651a Abs. 1 BGB. Die von der Rechtsprechung für unzulässig erklärte Vermittlerklausel wurde abgelöst durch die Regelung in Nr 9 Ziff. 1 und Nr 9 Ziff. 5 der Empfehlung. Nach Nr 9 Ziff. 1 haftet der Veranstalter im Rahmen der Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Kaufmanns für die gewissenhafte Reisevorbereitung, die sorgfältige Auswahl und Überwachung der Leistungsträger, die Richtigkeit der Leistungsbeschreibung und die ordnungsgemäße Erbringung der vertraglich vereinbarten Reiseleistungen entsprechend der Ortsüblichkeit des jeweiligen Ziellandes und -ortes. Unter dem Stichwort Haftung wird die Pflicht des Reiseveranstalters konkretisiert. Ziel ist es, die eigenen Pflichten zu beschränken und die Verantwortung für Fehler auf die Leistungsträger abzuwälzen. In dieser Form begegnet die Klausel zahlreichen Bedenken²³⁶. Nr 9 Ziff. 5 bestimmt, daß der Veranstalter nicht für Fremdleistungen haftet. Zwei Fallgruppen werden genannt: Fremdleistungen, die ausdrücklich als solche bezeichnet werden (z.B. Sportveranstaltungen) und zum anderen Beförderungen im Linienverkehr. Noch eindeutiger als in Nr 9 Ziff. 1 wird das alte Ziel der Vermittlerklausel nun unter dem Titel Fremdleistungen weiterverfolgt. Die Zulässigkeit der Fremdleistungsklausel ist an § 651a Abs. 1 und 2 BGB zu messen. Ergibt sich nach den Umständen, daß der Veranstalter die gesamte Reise in eigener Verantwortung erbringt, kann er sich von der Haftung für 'Fremdleistungen' nicht freizeichnen²³⁷.

- 249 (bb) Dem Verbraucher obliegt eine *Vorleistungspflicht*. Er bezahlt in Abweichung vom sonstigen Werkvertragsrecht im voraus. Diese Abweichung vom geltenden Recht wird von der Rechtsprechung nicht beanstandet und auch

das neue Gesetz ändert an dieser Praxis nichts²³⁸. Gegen die Vorleistungspflicht des Reisenden wenden sich Teile der Literatur²³⁹, wonach *de lege ferenda* die Vorleistungspflicht verboten sein soll, um den sozial schwachen Kunden zu schützen.

Gerade im Reiserecht hätte es nahegelegen, dem Umstand Rechnung zu tragen, daß der Veranstalter die Vorleistungspflicht nur aufgrund seiner im Verhältnis zum Verbraucher überlegenen wirtschaftlichen Stärke durchsetzen kann. Bei Individualreisen leistet der Verbraucher nämlich nur eine Anzahlung. Ist der Verbraucher dann mit der vorgefundenen Leistung nicht zufrieden, hat er eine wesentlich günstigere Ausgangsposition, da er einen Teil des Reisepreises zurückhalten kann.

250 (cc) Reisebedingungen enthalten regelmäßig *Vorbehalte* bezüglich einzelner Reiseleistungen (Termine, Daten, usw.). Anders als noch der erste Entwurf²⁴⁰ enthält das Reisevertragsgesetz keine Bestimmung, die sich auf Reisevorbehalte bezieht. Die Zulässigkeit von Reisevorbehaltsklauseln ist deshalb nach dem AGB-Gesetz zu beurteilen. Gemäß §10 Nr 4 AGB-Gesetz bestehen gegen diese Klauseln jedenfalls dann keine Bedenken, wenn angebotene und vorgefundene Leistungen nicht in unzumutbarer Weise auseinanderfallen²⁴¹. Zulässige Änderungen sind von Organisationsfehlern zu unterscheiden, die den entsprechenden Veranstalter zum Ersatz verpflichten²⁴².

Nr 4 der Konditionenempfehlung stellt bei Leistungsänderungen darauf ab, ob sie dem Kunden zumutbar sind. Bei unzumutbaren Änderungen wird dem Verbraucher ein Rücktrittsrecht zugestanden.

251 (dd) *Preis- und Änderungsvorbehalte* finden sich in nahezu allen Reisebedingungen. Anders als der Referentenentwurf enthält das Gesetz keine Regelung. Insoweit greift §11 Nr 1 AGB-Gesetz ein, wonach die Vergütung nicht geändert werden kann, wenn die Reise innerhalb von vier Monaten beginnt, es sei denn, es handelt sich um eine Preiserhöhung im Sinne des §99 Abs. 2 Nr 1 GWB²⁴³. Nr 4 Abs. 4 der Empfehlung enthält eine verkappte Preiserhöhungsklausel: danach wird dem Verbraucher ein Rücktrittsrecht eingeräumt, wenn die Preisänderung einen bestimmten zumutbaren Vomhundertsatz überschreitet. Die Klausel verstößt gegen §11 Nr 1 AGB-Gesetz, weil eine Bindung des Veranstalters an den Reisepreis fehlt²⁴⁴. Ölpreiszuschläge sind deshalb erst nach Ablauf der Viermonatsfrist zulässig. Allerdings bleibt auch dann noch eine Kontrollmöglichkeit über §9 AGB-Gesetz erhalten²⁴⁵. Die Unzulässigkeit wird auch nicht durch die Einräumung des Rücktrittsrechts beseitigt. Immerhin ist es begrüßenswert, daß die Reiseveranstalter sich in den Sommerprospekten 1978 an die im ersten Gesetzesentwurf vorgesehene absolute Grenze von 10 Prozent gehalten haben²⁴⁶.

252 (ee) Die AGB der Reiseveranstalter verpflichten den Verbraucher, am Reiseziel *festgestellte Mängel unverzüglich* mitzuteilen. Das Reisevertragsrecht schweigt sich über derartige Mitteilungspflichten aus. Dennoch ist gegen eine derartige Mitwirkungspflicht nichts einzuwenden. Der Verbraucher ist bereits nach §254 BGB verpflichtet, alles zu tun, um den Schaden möglichst klein zu halten.

Problematisch wird die Rechtslage allerdings, wenn Nr 13 der Konditionenempfehlung diese Pflicht in starkem Maße formalisiert. So soll der Verbraucher den Reiseveranstalter oder den Leistungsträger benachrichtigen, wenn die örtliche Reiseleitung nicht erreichbar ist oder diese Leistungsstörung nicht beheben kann. Zunächst einmal ist der Reisende zur Mitteilung nur insoweit verpflichtet, wie ihm das ohne besondere persönliche Schwierigkeiten zugemutet werden kann. Darüberhinaus ist der Verbraucher zur Mitteilung des Mangels an den Veranstalter jedenfalls nicht verpflichtet, wenn die örtliche Reiseleitung den Mangel nicht beheben kann. Derartige Fehlerquellen fallen allein in den Verantwortungsbereich des Reiseveranstalters.

Gegen §651d Abs. 2 verstößt schließlich die Klausel, wonach dem Verbraucher Ansprüche versagt werden, wenn er diesen Verpflichtungen nicht nachkommt; denn der Ausschluß der Minderung ist nur zulässig, wenn der Reisende seiner Verpflichtung zur Mängelanzeige *schuldhaft* nicht nachgekommen ist²⁴⁷.

Teilweise verlangen die Reiseveranstalter in ihren AGB, daß über die festgestellten Mängel beim zuständigen Reiseleiter ein Protokoll erstellt werden muß, dessen Vorliegen dann Voraussetzung für das Geltendmachen eines Schadenersatzanspruches ist. Das Reisevertragsrecht enthält keine unmittelbare Regelung dieses Sachverhalts. Jedoch ergibt sich aus den Bestimmungen über das Abhilfeverlangen, daß eine Schriftform nicht erforderlich ist (§651c Abs. 2 BGB). Insofern wird die bisherige Rechtsprechung bestätigt²⁴⁸. Allerdings kann eine Niederschrift dem Verbraucher im Prozeß zu Beweis Zwecken sehr nützlich sein. Die Konditionenempfehlung sieht eine solche formalisierte Mitwirkungspflicht nicht vor.

Das Reisevertragsrecht regelt zwar nicht die Mitwirkungspflicht des Verbrauchers, es regelt aber seine Rechte, die er aus dem einmal festgestellten Mangel herleiten kann (§651c Abs. 2 und 3 BGB). Der Verbraucher kann nämlich Abhilfe verlangen, wenn sie nicht einen unverhältnismäßig hohen Aufwand erfordert. Bedeutsam ist, daß dem Verbraucher nach Abs. 3 ein Selbsthilferecht für den Fall eingeräumt wird, daß der Veranstalter nicht innerhalb einer angemessenen Frist Abhilfe schafft. In einigen Ausnahmefällen entfällt sogar das Erfordernis der Fristsetzung.

Die Empfehlung wird den vom Gesetz aufgestellten Anforderungen nicht gerecht. Es fehlt ein Hinweis auf das Selbsthilferecht des Kunden. Die jetzigen ARB erwecken den Eindruck, als sollte der Kunde über den Umfang seiner Rechte getäuscht werden²⁴⁹.

253 (ff) Die Reisebedingungen verpflichten den Verbraucher regelmäßig, Reklamationen *innerhalb einer Frist nach Reiseende geltend zu machen*. Unterschiedlich bemessen ist allerdings der Zeitraum, innerhalb dessen sich der Verbraucher melden soll (zwischen drei und vier Wochen). Der Streit um die Zulässigkeit bzw. den Umfang der Zulässigkeit ist nunmehr durch die klare gesetzliche Regelung beigelegt²⁵⁰. §651g Abs. 1 BGB enthält ebenso wie Nr 14 der Empfehlung eine vierwöchige Frist. Ansprüche nach Fristablauf kann der Reisende demnach nur geltend machen, wenn er ohne Verschulden an der Einhaltung der Frist verhindert ist. Das Gesetz bedient sich hier einer Rechtsfigur, die dem Prozeßrecht zuzuordnen ist (vgl. etwa §§230f ZPO). Bezeich-

nenderweise geht es in den Rechtsfragen der §§230f (Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand) immer darum, ob ein Rechtsverlust eintritt oder nicht. Faktisch führt die Vierwochenfrist zu einer Rechtsverkürzung.

Von hoher Bedeutung sind deshalb Fallkonstellationen, in denen dem Reiseveranstalter eine Berufung auf die Vierwochenfrist unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Rechtsausübung zu versagen ist. Ein solcher Sachverhalt liegt vor, wenn dem Reiseveranstalter die Mängel zum Zeitpunkt des Reiseantritts durch die Berichte der örtlichen Reiseleiter ohnehin bekannt waren²⁵¹.

254 (gg) Die Reiseveranstalter verwandten von jeher besonderes Augenmerk darauf, *ihre Haftung durch Freizeichnungsklauseln* möglichst zu beschränken.

(1) Insoweit die gesetzlichen Gewährleistungsrechte — Wandlung, Nachbesserung, Minderung — in Rede stehen, hatte das AGB-Gesetz die Rechtsstellung des Verbrauchers bereits erheblich verbessert. Nunmehr ergeben sich die Gewährleistungsrechte des Verbrauchers, der einen Reisevertrag abgeschlossen hat, aus §651c BGB. Abs. 1 übernimmt den Fehlerbegriff des Werkvertragsrechts unverändert, er weicht lediglich sprachlich insoweit ab, als anstelle des Begriffs ‘Gebrauch’ der Begriff ‘Nutzen’ getreten ist. Die Rechtsbehelfe des Regierungsentwurfs wollten voraussetzen, daß eine Leistung ‘nicht oder nicht vertragsgemäß erbracht’ wurde. Damit wollte man sich bewußt vom Leistungsstörungssystem des BGB lösen und, ausgehend von einem einheitlichen Begriff der Leistungsstörung, an das System des einheitlichen Gesetzes über den internationalen Kauf beweglicher Sachen anknüpfen²⁵². Die nunmehr Gesetz gewordene Regelung führt zu komplizierten Abgrenzungsproblemen zwischen den Rechtsbehelfen des Reisevertragsrechts und des allgemeinen Teils des Schuldrechts wegen Verzugs oder Unmöglichkeit²⁵³.

Nach §651c Abs. 2 kann der Reisende bei Vorliegen eines Fehlers oder beim Fehlen einer zugesicherten Eigenschaft grundsätzlich Abhilfe verlangen. Für den Verbraucher von Bedeutung ist, daß Prospektangaben zu einer zugesicherten Eigenschaft werden können²⁵⁴.

§651d schließlich sieht eine Minderung des Reisepreises für die Zeit vor, während der die Reise mit einem Fehler behaftet ist. Darüber hinaus steht dem Reisenden nach §651e ein Kündigungsrecht zu, wenn der Mangel zu einer — objektiv — *erheblichen* Beeinträchtigung der Reise führt oder die Durchführung der Reise gerade dem betroffenen Reisenden aus einem wichtigen, dem Reiseveranstalter erkennbaren Grund, nicht zuzumuten ist. Der Kündigung muß im Regelfall ein erfolgloses befristetes Abhilfeverlangen vorausgehen (§651e Abs. 2). Die Rechtsfolgen der Kündigung sind in Abs. 3 geregelt. Bedeutsam dürfte sein, daß den Reiseveranstalter auch nach Kündigung des Vertrages noch Rechtspflichten treffen; insbesondere Pflichten zur Rückbeförderung des Reisenden. Anfallende Mehrkosten hat der Reiseveranstalter zu tragen (Abs. 4). Von den dargestellten Rechten kann *nicht* zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden (§651k). Die dargestellten Bestimmungen stellen eine auf den Reiseveranstaltungsvertrag zugeschnittene Ausgestaltung der Gewährleistungsrechte dar, die die Rechtsposition des Verbrauchers verbessern.

(2) Mit Vorliebe haben Reiseveranstalter versucht, Schadenersatzansprüche

auszuschließen und zu begrenzen. *Sedes materiae* ist nunmehr §651f und §651h BGB. §651f Abs. 1 statuiert die unabdingbare Pflicht des Reiseveranstalters, Schadenersatz zu leisten, sofern er die schadenbringenden Umstände zu vertreten hat.

§651f Abs. 2 konkretisiert die Schadenersatzvorschrift des Abs. 1 dahingehend, daß auch Schadenersatz für nutzlos aufgewendete Urlaubszeit gewährt wird. Der Gesetzgeber hat sich am Urteil des BGH vom 10.10.1974 orientiert, in dem ein entsprechender Schaden anerkannt wurde²⁵⁵. Der Streit um die Frage, ob die nutzlos aufgewandte Urlaubszeit ein immaterieller und damit nur in den Grenzen des §253 BGB ersatzfähiger Schaden ist, hat sich somit erledigt²⁵⁶.

Für den Verbraucher von größter Bedeutung ist §651h BGB, der es dem Veranstalter gestattet, den in §651f enthaltenen Schadenersatzanspruch der Höhe nach durch vertragliche Vereinbarung auf das Dreifache des Reisepreises zu begrenzen. §651h Abs. 1 unterscheidet zwei Fälle: nach Nr 1 ist eine Haftungsbeschränkung nur dann zulässig, wenn der Schaden des Reisenden weder vorsätzlich noch grob fahrlässig herbeigeführt worden ist, also bei einfacher Fahrlässigkeit. Nr 1 übernimmt die Regelung des §11 Nr 7 AGB-Gesetz. Jedoch dehnt §651h Abs. 1 Nr 1 die Unwirksamkeit für den Bereich des Reisevertrages auch auf individualvertragliche Freizeichnungen aus²⁵⁷.

Erfüllen die schadensbegründenden Umstände gleichzeitig den Tatbestand der unerlaubten Handlung, so findet §651h Abs. 1 Nr 1 keine Anwendung. Die Haftung für leicht fahrlässig begangene unerlaubte Handlungen kann nicht in AGB abbedungen werden²⁵⁸.

Gemäß Nr 2 ist eine Haftungsbegrenzung zulässig, soweit der Reiseveranstalter für einen dem Reisenden entstehenden Schaden allein wegen eines Verschuldens eines Leistungsträgers verantwortlich ist. Anders als in §11 Nr 7 AGB-Gesetz ist eine Haftungsbeschränkung auch bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit möglich. Diese Regelung ist von großer praktischer Bedeutung, da häufig der Leistungsträger der letztlich Verantwortliche ist. Allerdings ist zu untersuchen, ob der Reiseveranstalter seinen Organisationspflichten tatsächlich nachgekommen ist.

Die Frage bleibt, wie die unterschiedliche Regelung im AGB-Gesetz und im Reisevertragsrecht zu beurteilen ist. Immerhin ließe sich vertreten, daß die Haftungsbeschränkung nach Nr 2 nur zulässig ist, soweit das AGB-Gesetz nicht eingreift, mithin in Individualvereinbarungen²⁵⁹.

§651h Abs. 2 sieht eine weitere Haftungsbeschränkung vor, die kraft *Gesetzes* gilt: der Reiseveranstalter kann sich gegenüber dem Reisenden auf gesetzliche Haftungsbeschränkungen berufen, die für einen einzelnen Leistungsträger gelten. Auf vertragliche Haftungsbeschränkungen kann sich der Veranstalter also nicht berufen. Gesetzliche Vorschriften finden sich zum Teil im innerstaatlichen Recht, häufig aber auch in internationalen Verträgen (Warschauer Abkommen; Zusatzabkommen von Guadalajara; Athener Abkommen von 1974)²⁶⁰.

Die Beschränkung gilt nur für eine vom Leistungsträger zu erbringende Reiseleistung. Liegt die Fehlerquelle in der Sphäre des Veranstalters, so haftet er in den Grenzen des §651h Abs. 1 BGB.

Die Regelung der Haftungsbegrenzung in der Empfehlung Nr 9 und Nr 12 begegnet vielfältigen Bedenken.

Nach Nr 9 Ziffer 2 soll die Beurteilung der groben Fahrlässigkeit und des Vorsatzes von Leistungsträgern nach den am Ort der Leistungserbringung geltenden Vorschriften erfolgen. Eine derartige Beschränkung ist nur in den Grenzen des §651h Abs. 2 BGB möglich²⁶¹.

Nr 9 Ziffer 3 will die Haftung für Beförderungsleistungen auf den Umfang begrenzen, wie er in 'behördlich genehmigten Vorschriften im nationalen und internationalen Bereich' vorgesehen ist. Auch hier sind die Grenzen des §651h Abs. 2 nicht beachtet²⁶².

Nr 9 Ziffer 4 will den völligen Ausschluß bei Abenteuerreisen erreichen. Hier liegt ein eindeutiger Verstoß gegen §11 Nr 7 AGB-Gesetz und §651h BGB vor²⁶³.

Nr 12 Ziffer 1 Abs. 1 sieht eine Haftungsbeschränkung auf den zweifachen, bei Körperschäden auf den vierfachen Reisepreis vor. Das Gesetz gestattet in den Grenzen des §651h Abs. 1 eine Begrenzung auf den dreifachen Reisepreis. Eine Differenzierung ist nicht möglich. Ist bei Körperschäden der Tatbestand der unerlaubten Handlung erfüllt, ist eine Haftungsbeschränkung ohnehin unzulässig²⁶⁴.

255 (hh) Die AGB der Veranstalter enthalten durchweg Klauseln, die dem Reisenden bei einem von ihm erklärten Rücktritt Gebühren auferlegen, *Storno-, Rücktritts- und Pauschalierungsklauseln*. Diese sind zumeist in Prozentsätzen vom Reisepreis angegeben und sind desto höher, je näher der Reiseterrmin rückt. Die pauschalierten Ansprüche schwanken in den zur Zeit geltenden AGB zwischen 10% und 50%, selten werden 75% oder sogar der volle Reisepreis verlangt²⁶⁵.

Der Referentenentwurf von 1973 wollte das Problem der Stornogebühren konkret lösen, indem er Höchstsätze für Pauschalentschädigungen gestaffelt nach dem Zeitpunkt des Rücktritts vorschrieb²⁶⁶. Das Gesetz hat diese Regelung nicht übernommen. §651i Abs. 2 regelt, was zu geschehen hat, wenn keine Pauschalentschädigung im Reisevertrag vereinbart ist. Danach kann der Reiseveranstalter eine angemessene Entschädigung verlangen, wenn der Kunde vom Reisevertrag zurücktritt (§651i Abs. 2 Satz 2). Die Höhe der Entschädigung bestimmt sich nach dem Reisepreis unter Abzug des Wertes der vom Reiseveranstalter ersparten Aufwendung, sowie dessen, was dieser durch anderweitige Verwendung der Reiseleistung erwerben kann. Den Reiseveranstalter trifft die Beweislast für die Höhe des Schadens, da er den Anspruch geltend machen will²⁶⁷. §651i Abs. 2 dürfte keine große praktische Bedeutung haben, da die AGB der Reiseveranstalter regelmäßig Pauschalentschädigungen vorsehen. Diese Fallkonstellation ist in §651i Abs. 3 geregelt. Demnach darf der Reiseveranstalter einen Vomhundertsatz des Reisepreises als Entschädigung in seinen AGB festsetzen. Bei der Berechnung der Höhe muß er die gewöhnlich ersparten Aufwendungen und den durch anderweitige Verwendung der Reiseleistung gewöhnlich möglichen Erwerb berücksichtigen. Die gesetzliche Regelung verlangt vom Reiseveranstalter ein differenziertes Eingehen auf die jeweilige Reiseart (Bahn-, Schiff-, Flugreise). Je nach Reiseart muß der Reiseveranstalter dann den durch Erfahrungsgrundsätze belegten typischen Ablauf darlegen und beweisen²⁶⁸.

Da es sich bei Pauschalentschädigungen um vertragliche Vereinbarungen handelt, ist neben §651c Abs. 3 BGB §11 Nr 5b AGB-Gesetz anwendbar. Dem Verbraucher steht deshalb die Möglichkeit offen, nachzuweisen, daß ein Schaden im konkreten Fall nicht entstanden oder zumindest wesentlich niedriger als die Pauschale ist²⁶⁹. Ein entsprechender Passus muß in die AGB der Reiseveranstalter aufgenommen werden²⁷⁰.

Nr 5 Ziffer 1 der ARB verlangt vom Verbraucher eine schriftliche Rücktrittserklärung. Dies ist ein Verstoß gegen §651i Abs. 1 BGB, der auch einen mündlichen Rücktritt zuläßt²⁷¹.

Nr 5 Ziffer 3 ARB regelt die Pauschalierung. Vorgesehen ist ein differenziertes Gliederungsschema, das nach Reisearten unterscheidet und innerhalb der Reisearten noch einmal nach dem Zeitpunkt des Rücktritts. Die Höhe der Stornogebühren wird in den ARB nicht festgelegt, so daß eine Bewertung ausscheidet.

256. (ii) Große Bedeutung haben in jüngster Zeit Klauseln erlangt, die eine Haftung des Reiseveranstalters bei einem Streik der Leistungsträger ausschließen.

Ausgangspunkt ist §651j, der dem Reiseveranstalter und dem Verbraucher ein Kündigungsrecht einräumt, wenn die Reise infolge bei Vertragsschluß nicht voraussehbarer höherer Gewalt erheblich erschwert, gefährdet oder beeinträchtigt ist. Der Begriff der höheren Gewalt umfaßt nicht Streiks, so daß klargestellt ist, daß Streiks der Leistungsträger in den Verantwortungsbereich des Veranstalters fallen²⁷².

§651j Abs. 2 BGB regelt die Rechtsfolgen der Kündigung. Der Veranstalter verliert seinen Anspruch auf den Reisepreis, er hat statt dessen einen Anspruch auf Entschädigung, die nach §§651j Abs. 2, 651e Abs. 3 Satz 2 so zu bemessen ist, daß der anteilige Reisepreis bis zum Eintritt der höheren Gewalt und die Rückreise vom Reisenden zu tragen sind.

Schwierigkeiten treten auf, wenn die Parteien vor *Reiseantritt* unter Berufung auf höhere Gewalt den Vertrag kündigen wollen. §651j BGB sieht keine ausdrückliche Regelung für diese Fallgestaltung vor. Abs. 2 ist in seinen Rechtsfolgen auf Fallgestaltungen zugeschnitten, in denen der Verbraucher die Reise bereits angetreten hat. Interessengerecht erscheint allein eine Auslegung dahin, daß beide Parteien vor Reiseantritt ein Rücktrittsrecht wegen höherer Gewalt haben²⁷³.

257 (jj) *Gerichtsstandsklauseln* in AGB spielen seit Inkrafttreten der ZPO-Novelle, §38 ZPO, keine Rolle mehr. Beachtung verdient dagegen eine neuere Entscheidung²⁷⁴, wonach der Sitz des Reisebüros eines Reiseunternehmens einen Gerichtsstand der Niederlassung begründet. Dabei kommt es nicht auf die inneren Beziehungen zur Zentrale, sondern darauf an, ob nach außen der Anschein einer selbständigen Niederlassung erweckt wird. Die Rechtsdurchsetzung würde bei konsequenter Fortsetzung der Rechtsprechung dem Verbraucher erheblich erleichtert²⁷⁵.

257a (kk) Die Verabschiedung des Reisevertragsrechts bedeutet einen weiteren Schritt hin auf eine Verbesserung des Verbraucherschutzes. Festgelegt sind

nunmehr die unabdingbaren Rechte des Verbrauchers. Bedauerlich ist allerdings, daß das Gesetz dem Reiseveranstalter in bestimmtem Umfang die Möglichkeit einräumt, den Verbraucher mit eventuellen Schadenersatzansprüchen an den Leistungsträger zu verweisen. Schwierigkeiten in Bezug auf die Frage, ob der zulässige Haftungsausschluß auch Ansprüche aus unerlaubter Handlung mitumfaßt, scheinen ebenfalls vorprogrammiert. Aus Verbrauchersicht keinesfalls überzeugend ist die Regelung der Stornogebühren. Es wäre wünschenswert gewesen, wenn bei den Beratungen zumindestens die Möglichkeit diskutiert worden wäre, ob nicht das Problem der Pauschalentschädigung durch eine entsprechende Versicherungspflicht des Veranstalters zugunsten des Reisenden gegen die Reisekostenausfallgefahr hätte gelöst werden können²⁷⁶.

(b) Fernunterrichtsvertrag

258 Das am 24.8.1976 vom Deutschen Bundestag verabschiedete Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht (FernUSG) besteht aus zwei Regelungsbereichen. Zunächst werden bestimmte Fernlehrgänge der *Zulassungspflicht* unterworfen. Die betreffenden Bestimmungen wurden bereits erörtert²⁷⁷. Daneben enthält das Gesetz zahlreiche Bestimmungen, die den Vertrag selbst betreffen und die es nun zu untersuchen gilt.

259 *(aa)* §2 Abs. 1 FernUSG statuiert die Verpflichtung des Veranstalters, das Lernmaterial einschließlich der vorgesehenen Arbeitsmittel in den vereinbarten Zeitabständen zu liefern und den Lernerfolg dadurch zu überwachen, daß er die eingesandten Arbeiten innerhalb angemessener Zeit korrigiert und dem Teilnehmer am Fernunterricht diejenigen Anleitungen gibt, die er erkennbar benötigt. Infolge der vielen Generalklauseln bei der Definition des Umfangs der Überwachungspflicht sind Rechtsstreitigkeiten absehbar. Von besonderer Bedeutung wird sein, ob der Veranstalter Hilfe anbieten muß, wenn der Teilnehmer über einen längeren Zeitraum hin keine Aufgaben mehr einsendet²⁷⁸, oder ob er den Teilnehmer bis zu dessen Kündigung als 'Karteileiche' weiterführen kann, um dann die Vergütung zu verlangen. Die Streitfrage dürfte danach zu beurteilen sein, welche pädagogischen Anforderungen an einen Fernunterricht zu stellen sind.

Die Vergütung für den Lehrgang muß gemäß §2 Abs. 2 FernUSG auf Raten über die gesamte Laufzeit des Kurses gleichmäßig verteilt werden. Gewisse Ausnahmen sind einmal zulässig für die Vergütung von beweglichen Sachen, die nicht Teil des Lehrmaterials sind, und zum anderen, wenn die Parteien auf Verlangen des Teilnehmers andere Lieferungsfristen als die in §3 Abs. 3 Nr 1 FernUSG festgelegten aushandeln (§2 Abs. 3 FernUSG).

260 *(bb)* Form und Inhalt des Vertrages regelt §3 FernUSG. Danach bedarf der Vertrag der schriftlichen Form, also mindestens der eigenhändigen Unterschrift. Ein Verstoß hat die Nichtigkeit zur Folge (§126 BGB). Bezüglich des Inhalts unterscheidet §3 FernUSG zwischen Tatsachen, die enthalten sein müssen, und solchen, die enthalten sein sollen. Zu den ersteren zählen: (1) Name, Anschrift der Parteien; (2) Gegenstand, Ziel, Beginn und Dauer sowie Art und Geltung des Lehrgangsabschlusses; (3) Gesamtbetrag der Vergütung,

getrennte Angabe des Betrages für bewegliche Sachen; (4) Betrag, Zahl und Fälligkeit der auf die Vergütung zu entrichtenden Teilzahlungen; (5) drucktechnisch deutlich gestaltete Belehrung über das Widerrufsrecht; (6) Kündigungsbedingungen. Der Vertrag soll enthalten: (1) Gliederung des Fernlehrgangs, Angaben über die Zeitabstände für die Lieferung des Materials und Art und Häufigkeit des begleitenden Materials; (2) Angaben über zusätzlich erforderliche Arbeitsmittel; (3) Angabe der Vorbildungsvoraussetzungen sowie gegebenenfalls Zulassungsvoraussetzungen für eine öffentlich-rechtliche oder sonstige Prüfung; (4) gesetzliche Gerichtsstandsregelung; (5) gegebenenfalls nachprüfbare Hinweise auf die erteilte Zulassung.

Verstöße gegen den Muß-Inhalt haben die Unwirksamkeit zur Folge. Aber auch der Soll-Inhalt ist dadurch relativ stark abgesichert, daß gemäß §4 Abs. 2 FernUSG der Fristbeginn des Widerrufsrechts davon abhängig ist. Die gleiche Rechtslage besteht bezüglich der Übersendung einer deutlich lesbaren Abschrift des Vertrages. Die Belehrung über das Widerrufsrecht ist vom Teilnehmer gesondert zu unterschreiben. Das Gesetz knüpft unverständlicherweise keine unmittelbare Sanktion an das Fehlen der Unterschrift unter die Belehrung.

Während §3 FernUSG positiv festlegt, was der Vertrag enthalten muß, bestimmt §2 Abs. 5 FernUSG Vereinbarungen, die nicht getroffen werden können. Unwirksam sind danach Abmachungen über eine Vertragsstrafe, Schadenspauschalierungen, Ausschluß oder Begrenzung von Schadenersatzansprüchen und der Verzicht des Teilnehmers auf Einwendungen im Falle der Abtretung durch den Veranstalter an einen Dritten. Soweit das Fernunterrichtsschutzgesetz die Pauschalierung von Schadenersatzansprüchen und die Beschränkung der Haftung verbietet, geht es über das AGB-Gesetz hinaus (vgl. §11 Nr 5 bzw. 11 Nr 7 des AGB-Gesetzes).

Das Fernunterrichtsschutzgesetz befaßt sich nicht nur mit dem Inhalt des Vertrages, sondern auch mit dem Abschlußtatbestand selbst. §§16 und 17 FernUSG zielen darauf ab, dem Veranstalter bestimmte Werbemethoden zu untersagen, um die Abschlußfreiheit des Teilnehmers zu garantieren²⁷⁹.

261 (cc) Der Fernunterrichtsvertrag kann in einer Frist von zwei Wochen nach Eingang der ersten Lieferung des Unterrichtsmaterials schriftlich widerrufen werden (§4 Abs. 1 FernUSG). Die Schriftform ist nur eine Beweissicherungsmaßnahme, so daß auch ein mündlicher Widerruf wirksam ist²⁸⁰. Unabhängig vom Zugang des Lehrgangsmaterials beginnt die Frist erst zu laufen, wenn: (1) der Veranstalter dem Teilnehmer eine Abschrift des Vertrages überreicht hat; (2) die Abschrift die in §3 geforderten Angaben sowie eine Belehrung über das Widerrufsrecht enthält. Ist streitig, ob und zu welchem Zeitpunkt die erste Lieferung eingegangen ist, so trifft den Veranstalter die Beweislast (§4 Abs. 1 FernUSG). Erfolgt der Widerruf fristgemäß, so wird das Vertragsverhältnis Zug um Zug rückabgewickelt (§4 Abs. 4 FernUSG). Untergang, Verschlechterung oder anderweitige Unmöglichkeit der Rückgewähr des Lehrmaterials schließen das Widerrufsrecht nicht aus. Bei Verschulden des Teilnehmers hat dieser jedoch dem Veranstalter den Wert oder die Wertminderung zu ersetzen (§4 Abs. 4 Satz 3 FernUSG).

Neben dem Widerrufsrecht steht dem Teilnehmer ein Kündigungsrecht erstmals ein halbes Jahr nach Vertragsschluß — Frist sechs Wochen — zu (§5

Abs. 1 FernUSG). Nach Ablauf des ersten Halbjahres beträgt die Kündigungsfrist drei Monate. Die Schriftform der Kündigung ist hier Wirksamkeitsvoraussetzung (§5 Abs. 2 FernUSG). Der Teilnehmer muß bei seiner Kündigung nur den Anteil der Vergütung entrichten, der dem Wert der Leistungen des Veranstalters während der Laufzeit des Vertrages entspricht (§5 Abs. 3 FernUSG). Die Kündigung aus wichtigem Grund (§626 BGB), besteht wie bei anderen Dauerschuldverhältnissen auch hier. Eine Sonderregelung sieht das Gesetz für die gekoppelten Verträge auf Lieferung einer Sache in §6 FernUSG vor. Hat der Teilnehmer den Fernunterricht fristgemäß gekündigt, so kann er zwei Wochen nach Wirksamwerden dieser Kündigung innerhalb von zwei Wochen vom Zusatzvertrag zurücktreten, wenn die gelieferte Sache für ihn infolge der Kündigung des Fernunterrichtsvertrages kein Interesse mehr hat. Bedauerlicherweise hat der Teilnehmer dieses Recht nur bei einer Kündigung, nicht dagegen bei Widerruf des Fernunterrichtsvertrages. Es wäre zu überlegen, ob §6 FernUSG infolge der gleichen Interessenlage analog anzuwenden ist²⁸¹. Für ein Rücktrittsrecht des Veranstalters finden die entsprechenden Vorschriften des Abzahlungsgesetzes Anwendung (§6 Abs. 4 FernUSG).

261a (da) Das Fernunterrichtsschutzgesetz erfaßt nur Lehrgänge, bei denen Lehrender und Lernender ausschließlich oder überwiegend getrennt sind (197, 200), spart also den gesamten Bereich des Direktunterrichts aus, obwohl die im Direktunterricht auftretenden Probleme durchaus mit denen des Fernunterrichts vergleichbar sind²⁸². Der Schutz des Direktunterrichtsteilnehmers kann nur durch einen Rückgriff auf mehrere Normenkomplexe gewährleistet werden, das AGB-Gesetz, am Rande das Abzahlungsgesetz und möglicherweise durch analoge Anwendung einiger Vorschriften des Fernunterrichtsschutzgesetzes. Auf Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden²⁸³. Indessen ist festzuhalten, daß der Verbraucher in weiten Teilen des privaten Unterrichts, nämlich des Direktunterrichts, nur unzureichend geschützt wird. Abhilfe kann nur der Gesetzgeber schaffen. Einstweilen werden immer mehr Unterrichtsinstitute auf den Typ des Direktunterrichts ausweichen, um den Bestimmungen des Fernunterrichtsschutzgesetzes zu entgehen.

8 Würdigung

262 Das AGB-Gesetz schreibt in weiten Teilen die Rechtsprechung zu den Freizeichnungsklauseln fest. Die Kodifikation der Rechtsprechung verbessert die Rechtstellung des Verbrauchers insofern, als er nunmehr anhand gesetzlich bestimmter Grenzen das eigene Risiko klarer kalkulieren kann. Daneben erweitert das Gesetz aber auch den Verbraucherschutz in einigen wesentlichen Teilen, auf die gesondert eingegangen wurde. Gleichzeitig haben die vorstehenden Ausführungen aber auch gezeigt, daß eine Verbesserung des Verbraucherschutzes zum Teil wiederum nur durch eine erweiternde/ergänzende Interpretation des Gesetzes möglich war. Die hier vertretene durchgehende Parteinahme für die Interessen der Verbraucher findet allerdings in Rechtsprechung und Lehre wenig Rückhalt. Der Grund für diese Haltung dürfte darin liegen, daß der Schutzzweck des AGB-Gesetzes in der wissenschaftlichen Diskussion weitgehend vernachlässigt wird (264).

Neben den Schwächen, die durch eine extensive Interpretation auszugleichen sind, weist das AGB-Gesetz jedoch auch einige bedeutsame Regelungslücken auf. So sind gebrauchte Waren ebensowenig vom Anwendungsbereich erfaßt wie öffentlich-rechtliche AGB. Die vielversprechenden Äußerungen der Politiker haben bisher nicht annähernd zu einer Angleichung der Grenzen des zulässigen Haftungsausschlusses geführt.

Neben dem AGB-Gesetz als Instrument, die Freizeichnungsklauseln einzudämmen, versucht der Gesetzgeber immer mehr, durch Sondergesetze bestimmte Verträge zwingend zu regeln. Der Gedanke der Vertragsfreiheit wird hier zugunsten eines notwendigen Verbraucherschutzes partiell aufgegeben. Sondergesetze — FernUSG und Entwurf eines Reiseveranstaltungsgesetzes — finden sich bezeichnenderweise auf dem Gebiet der Dienstleistungsverträge, wo die Vertragsfreiheit zu einer kaum noch zu überschauenden Vielfalt von Vertragstypen geführt hat, für die das gesetzliche Recht des BGB allenfalls noch eine Leitbildfunktion hat²⁶⁵. Offensichtlich ist es angesichts der Vielfalt nicht mehr möglich, Auswüchse der Machtunterschiede auszugleichen, indem der Gesetzgeber die Freiheit der Vertragsgestaltung begrenzt. Deshalb sind Gesetze notwendig, die den Vertragsinhalt zwingend festlegen. Das FernUSG bietet für die an sich positive Bestrebung jedoch insofern ein sehr schlechtes Beispiel, als das Gesetz sehr unübersichtlich und vor allem sehr kompliziert ist. Selbst einem gutwilligen Veranstalter können bei der Vertragsgestaltung Fehler unterlaufen.

†

ANMERKUNGEN

1. Bericht des BKA [1977], BT-Drucks. 8/1925 v. 16.6.1978 S. 16ff.
2. Vgl. zum Thema Schmidt, *HdVR*, Gruppe 70; Röper, *Gibt es einen geplanten Verschleiß — Kommission für wirtschaftlichen und sozialen Wandel*, Band 137; dazu Hillmann, *ZVP* [1977], S. 48ff — Gegenrede Röper, *ZVP* [1977], S. 185ff; auch Bodenstern/Leuer, in *rororo* 4007, *Technik und Politik aktuell*, S. 204ff.
3. Schmidt, *WuW* [1971], S. 868ff (S. 868).
4. Schmidt, *WuW*, S. 869 mit NW.
5. Brinkmann, *Verbraucherorganisation in der BRD und ihre Beteiligung bei der überbetrieblichen technischen Normung*, S. 57.
6. Allgemein v. Hippel, *Verbraucherschutz*, S. 200ff; Heinemann, *HdVR*, Ziff. 140.
7. Zum vorstehend Aufgeführten die Begründung der Regierung zum Gesetzentwurf, BT-Drucks. 7/4245, II, S. 12 und zu §10, S. 16/17.
8. Heinemann, a.a.O. (Anm. 6), Rdnr. 62.
9. Begründung des Regierungsentwurfs, §10 Abs. 2 Nr 1, S. 17 der BT-Drucksache.
10. Begründung des Regierungsentwurfs, §10 Abs. 2 Nr 2, S. 17 der BT-Drucksache.
11. Begründung des Regierungsentwurfs, §10 Abs. 2 Nr 3, S. 17 der BT-Drucksache.
12. Begründung des Regierungsentwurfs, §10 Abs. 2 Nr 4, S. 17 der BT-Drucksache.

13. Vgl. Begründung des Regierungsentwurfs, §10 Abs. 3, S. 17/18 der BT-Drucksache.
14. Gesetz und Ordnungsblatt des Landes Norderhein-Westfalen [1974], S. 158.
15. Haagmann, *Fernunterricht*, Fischer-Taschenbuch 2027, S. 70.
16. Reich/Tonner, JuS [1976], S. 576ff (578).
17. Tonner, in: Reich/Tonner/Wegener, S. 138.
18. Zu Freizeichnungsklauseln in Einzelverträgen, 6. Kapitel Ziff. 201, 202.
19. Tonner, in: Reich/Tonner/Wegener, S. 139.
20. Dazu Tonner, in: Reich/Tonner/Wegener, S. 139ff.
21. Zum Schutzzweck, 7. Kapitel, Ziff. 264, 317.
22. BGHZ 50, 200ff (207) — Contact-Kleber.
23. BGHZ, a.a.O. (Anm. 22), und BGH WM [1974], S. 843 unter 3, vgl. noch 6. Kapitel Ziff. 218.
24. BGHZ 22, S. 90ff.
25. Westphalen, §11 Nr 10b Rdnr. 2 unter Hinweis auf den Regierungsentwurf BT-Drucksache 7/3919, S. 34.
26. Vgl. allgemein dazu Palandt/Putzo, Vorbem. 4f vor §459.
27. So Schmidt-Salzer NJW [1969], S. 718 (720); dazu auch Reich/Tonner/Wegener, S. 141, Fußnote 5.
28. Hensen, §11 Nr 10 Rdnr. 28.
29. Dazu Reich/Tonner/Wegener, S. 143, 144.
30. Zuletzt BGHZ 63, S. 323ff (325); Erman/H.H. Seiler, §637 Rdnr. 8; Soergel/Ballerstedt, §633 Rdnr. 27; Palandt/Thomas, §637 Anm. 1 und Schmidt-Salzer, NJW [1969], S. 718 (723).
31. BGHZ 63, S. 323ff (325).
32. BGHZ 48, S. 264ff (266).
33. BGHZ 62, S. 83ff, so auch BGH NJW [1970], S. 383 (384).
34. Vgl. BGH NJW [1963], S. 1148 (1149) und BGH WM [1974], S. 843.
35. BGHZ 54, S. 236 (243); BGH WM [1974], S. 843, mißverständlich Erman/H.H.Seiler, §637 Rdnr. 9.
36. Alle unter bb in den Fußnoten angeführten Fälle fallen darunter, vgl. auch Eith NJW [1974], S. 16 (17) Fußnote 12: 'von 69 geprüften Urteilen zu AGB betrafen 32 Kaufleute, 23 Verbraucher, neun sonstige Gewerbetreibende, bei fünf war der Status nicht ersichtlich'.
37. Literatur zum AGB-Gesetz, Kommentare: Dietlein/Rebmann [1976]; Löwe/Graf v. Westphalen/Trinkner [1977]; Schlosser/Coester – Waltjen/Graba [1977]; Ulmer/Brandner/Hensen, 3. Auflage [1978]; Koch/Stübing [1977]; Stein [1977].
38. Hensen, §11 Nr 10 Rdnr. 4.
39. Vgl. dazu auch LG Berlin NJW [1976], S. 151, OLG Köln OLGZ [1971], S. 15ff, OLG Frankfurt OLGZ [1970], S. 409ff und KG in NJW [1969], S. 2145ff; LG Augsburg MDR [1979], S. 56ff BGH DB [1980], S. 780ff.
40. Vgl. Hensen, §11 Nr 10 Rdnr. 13.
41. Hensen, §11 Nr 10 Rdnr. 15.
42. Vgl. Hensen, §11 Nr 10 Rdnr. 39.
43. Wie hier Hensen, §11 Nr 10 Rdnr. 47, a.A. Koch/Stübing, §11 Nr 10 Rdnr. 34, Westphalen, §11 Nr 10b Rdnr. 10.

44. Wie hier OLG Hamm, NJW [1977], S. 809 und Dörner, NJW [1977], S. 1970, a.A. LG Bonn, NJW [1977], S. 1456.
45. So Palandt/Heinrichs, §11 Anm. 8a, vgl. zur umstrittenen Entstehungsgeschichte des §11 Nr 7, Hensen, §11 Nr 7 Rdnr. 2–5.
46. Vgl. die ausführliche Darstellung bei Hensen, §11 Nr 7 Rdnr. 7–13.
47. Vgl. die Nachweise bei Hensen, §11 Nr 7 Rdnr. 10, 11.
48. Westphalen, §11 Nr 7 Rdnr. 12; Hensen, §11 Nr 7 Rdnr. 17–19; Koch/Stübing, §11 Nr 7 Rdnr. 3.
49. Westphalen, §11 Nr 7 Rdnr. 5; Hensen, §11 Nr 7 Rdnr. 16; Koch/Stübing, §11 Nr 7 Rdnr. 2.
50. NWe Palandt/Putzo, §477 Anm. 1d dd.
51. BGH NJW [1977], S. 379ff (381); vgl. 5. Kapitel Ziff. 166.
52. Vgl. für direkte Anwendung des §11 Nr 7: Westphalen, §11 Nr 7 Rdnr. 11; Coester – Waltjen, §11 Nr 7 Rdnr. 37; Koch/Stübing, §11 Nr 7 Rdnr. 5; analoge Anwendung: Hensen, §11 Nr 7 Rdnr. 20.
53. BGH NJW [1977], S. 379ff (381); BGH BB [1979], S. 698ff (699) mit befürwortender Anm. von Schmidt-Salzer, S. 700ff.
54. BGB BB [1979], S. 698ff.
55. Eine sehr differenzierte Antwort je nach Fehlergruppe gibt Westphalen NJW [1979], S. 838ff (841ff) für das Verhältnis von Kaufleuten untereinander.
56. Vgl. Hensen, §11 Nr 10 Rdnr. 55 (1. Aufl.) und BGH NJW [1976], S. 234.
57. Dazu Löwe/Westphalen, §9 Rdnr. 46.
58. Vgl. dazu auch BGHZ 48, S. 264ff (268).
59. a.A. Westphalen, §11 Nr 10e, der von einer eingeschränkten Untersuchungspflicht bei grober Fahrlässigkeit ausgeht.
60. Dagegen verjähren Schadenersatzansprüche aus positiver Forderungsverletzung von Werkverträgen in 30 Jahren, Palandt/Thomas, §638 Anm. 1b.
61. Zu den Bemühungen der Reiseveranstalter, über die Vierwochenfrist doch eine Verkürzung der Verjährung herbeizuführen, unten 6. Kapitel Ziff. 253.
62. Vgl. die umfangreichen Nachweise zum Stand der Diskussion BGH NJW [1978], S. 2241; der BGH selbst hat noch keine Stellung genommen; vgl. auch noch Peters VersR. [1979], S. 103ff. der Ansprüche aus c.i.c. und positiver Forderungsverletzung analog §852 BGB verjähren lassen will.
63. Brandner, §10 Nr 4 Rdnr. 7.
64. Palandt/Heinrichs, AGBG §10 Anm. 4a.
65. BGHZ 22, S. 80 (99); BGHZ 37, S. 94 (98); BGH NJW [1966], S. 1070; NJW [1970] S. 29 (31); umfangreiche Nachweise bei Hager, NJW [1975], S. 2276 Fußnote 5.
66. NJW [1977], S. 766 und NJW [1977], S. 1543; dagegen BGH NJW [1977], S. 1055.
67. Hager, NJW [1975], S. 2276ff (2279) und Heinze, JZ [1975], S. 506.
68. Hager, a.a.O. (Anm. 67), S. 2278.
69. Vgl. Semler, NJW [1976], S. 406ff.
70. So im Ergebnis Eggert, in NJW [1977], S. 2268 als Anm. zu den genannten Landgerichtsurteilen.

71. BGH BB [1979], S. 1061ff mit Anm. von Löwe, S. 1063ff; Rudolf, BB [1979], S. 1317ff und der Erwiderung von Löwe auf Rudolf, BB [1979], S. 1318ff.
72. Vgl. dazu ADAC *Motorwelt*, [1979] Heft 10, S. 15.
73. Dazu und zum folgenden BGH NJW [1975], S. 642 (644); BGHZ 22, S. 123.
74. BGH BB [1967], S. 311ff.
75. OLG Celle NdsRpfl. [1974], S. 83, so nachdrücklich BGH NJW [1979], S. 1707.
76. BGH NJW [1973], S. 643ff (645); Hager, NJW [1975], S. 2278.
77. BGH DB [1977], S. 951ff (952); zuletzt BGH BB [1979], S. 1061ff (1062).
78. OLG Nürnberg DAR [1963], S. 300 (301); vgl. auch BGH DB [1977], S. 951ff (952).
79. Dazu noch Hager, NJW [1975], S. 2276; vgl. auch noch BGH NJW [1979], S. 1707ff.
80. So BGH NJW [1973], S. 1234ff; vgl. auch Schaumburg, MDR [1975], S. 105ff.
81. Schaumburg, a.a.O. (Anm. 80), S. 107 FN 25 – 27.
82. OLG Nürnberg, DAR [1963], S. 300 (301); OLG Oldenburg VersR. [1978], S. 1027ff.
83. BGB DB [1969], S. 2082; OLG Düsseldorf VersR. [1978], S. 745ff.
84. OLG Köln NJW [1972], S. 162; OLG Hamm VRS [1979], S. 6 ‘werkstatt-geprüft’; anders LG Dortmund DAR [1978], S. 165 ‘tip-top in Ordnung’.
85. BGH NJW [1975], S. 1693ff mit Bespr. Reich/Tonner JuS [1976], S. 576ff.
86. Koch/Stübing, §11 Nr 11 Rdnr. 2.
87. Hensen, §11 Nr 11 Rdnr. 6.
88. Hensen, §11 Nr 11 Rdnr. 18.
89. Hensen, §11 Nr 11 Rdnr. 23.
90. Hensen, §11 Nr 11 Rdnr. 15; Westphalen, §11 Nr 11 Rdnr. 3; Koch/Stübing, §11 Nr 11 Rdnr. 3/4.
91. BGH NJW [1975], S. 1693ff (1695); dazu Reich/Tonner, JuS [1976], S. 580 und Hager, NJW [1975], S. 2276 (2277).
92. Vgl. BGH NJW [1968], S. 32; WM [1976], S. 740.
93. BGH BB [1977], S. 61.
94. Brandner Anh. §§9 – 11 Rdnr. 628.
95. Vgl. BGH NJW [1965], S. 293; BGH WM [1968], S. 1100; BGH WM [1974], S. 105.
96. BGH NJW [1975], S. 1693ff (1695); dazu Reich/Tonner, JuS [1976], S. 580 und Hager, NJW [1975], S. 2276 (2277).
97. Dazu Brandner, §9 Rdnr. 93, 94; sowie BGH WM [1976], S. 740, wo der BGH zurückhaltender argumentiert.
- 97a. So BGH BB [1979], S. 1789 (1790) unter ausdrücklicher Bezugnahme auf BGH WM [1976], S. 740 FN 97.
98. Trinkner, §4 Rdnr. 29; so jetzt auch Brandner Anh. 9 – 11, Rdnr. 628.
99. Anders noch Brandner in der 1. Auflage §9 Rdnr. 93, 94.
100. BGH NJW [1977], S. 37ff.

101. BGH NJW [1975], S. 642ff.
102. Trinkner, §4 Rdnr. 31; Koch/Stübing, §4 Rdnr. 16 — etwas unklar, wer mit Verwender gemeint ist, Händler oder Privatverkäufer.
103. BGH NJW [1978], S. 1482ff; OLG Hamburg DAR [1978], S. 336ff.
104. BGH NJW [1975], S. 970ff, bestätigt in BGH BB [1980] S. 805ff (807).
105. dazu Locher, JZ [1975], S. 419, 420.
106. Vgl. Palandt/Putzo, Einf. 4 vor §535.
107. Vgl. Flume, *Leasing in zivilrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht*, [1972], S. 11 und Book, in: Hagenmüller, *Leasing Handbuch* [1968], S. 178ff mit einer Darstellung der typischen Klauseln.
108. Book, a.a.O. (Anm. 107), S. 236.
109. Book, a.a.O. (Anm. 107), S. 212.
110. Vgl. Palandt/Putzo, Einf. 3a vor §535.
111. Zur Anwendbarkeit des Abzahlungsgesetzes auf den Leasingvertrag vgl. Palandt/Putzo, §6 AbZG Anm. 2b bb und Ostler-Weidner, *Abzahlungsgesetz*, 6. Aufl., §6 Anm. 42a und für den Mietkauf Palandt/Putzo, §6 AbZG Anm. 2b aa.
112. dafür Westphalen, §11 Nr 10 Rdnr. 4; Hensen, §11 Nr 10 Rdnr. 5; Palandt/Heinrichs, §11 Anm. 10a; dagegen Rebmann, §11 Nr 10 Rdnr. 2; Coester – Waltjen, §11 Nr 10 Rdnr. 25; Koch/Stübing, §11 Nr 10 Rdnr. 14, soweit nicht kaufrechtliche Elemente überwiegen; unentschieden BGH NJW [1977], S. 848 (849).
113. Koch/Stübing, §11 Nr 10 Rdnr. 14 unter Hinweis auf BGH NJW [1977], S. 848 (849).
114. Vgl. BGH NJW [1977], S. 848, Reich in: *Vahlens Rechtsbücher Reihe Zivilrecht*, Band 3, S. 72ff (S. 75).
115. Westphalen, §11 Nr 10a Rdnr. 9.
116. Hensen, §11 Nr 10a Rdnr. 22.
117. Vgl. Nachweise bei Westphalen, §11 Nr 10a Rdnr. 9.
118. So Soergel/Ballerstedt, Rdnr. 17 vor §433, Palandt/Putzo, §433 Anm. 1a, Erman/Westermann, IV, 1 zu §433, anders Larenz, SchuldR BT §62 III (10. Auflage), der gemischten Vertrag aus Kaufvertrags- und Werkvertrags-elementen annimmt; vgl. auch Esser, §61 III 4 Band 2, 4. Auflage, der sich für eigenen Vertragstyp ausspricht; grundsätzlich zur Rechtsnatur des Energieversorgungsvertrages Hose, *Der Energieversorgungsvertrag* [1961], S. 67ff.
119. Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit elektrischer Arbeit aus dem Niederspannungsnetz des Elektrizitätsversorgungsunternehmens (BGBI III 752-1-7), Abdruck bei Scheuten/Tegethoff, *Das Recht der öffentlichen Energieversorgung*, Kommentar unter AVB IV 2.
120. Allgemeine Bedingungen für die Versorgung mit Gas aus dem Versorgungsunternehmen der/des AVB Gas (BGBI III 752-1-7), Abdruck a.a.O. (Anm. 119), unter AVB IV 3.
121. Vgl. die Anordnung über die Verbindlicherklärung der allgemeinen Bedingungen der Energieversorgungsunternehmen AVB vom 27.1.1942 (Reichsanzeiger [1972], Nr 39 und 46, BfGI III 752-1-7), abgedruckt a.a.O. (Anm. 119) unter AVB IV 1.

122. Vgl. Kolb, *Die Wasserversorgung und der Gewässerschutz im neuen Bundes- und Landesrecht* [1968], S. 149ff.
123. Abgedruckt bei Kolb, a.a.O. (Anm. 122), S. 343ff.
124. Vgl. dazu Riedel, *Haftungsausschluß und Energieversorgung* [1972].
125. Vgl. Brandner, §9 Rdnr. 25.
126. Westphalen, §23 Abs. 2 Nr 2 Rdnr. 1.
127. BGBI. [1979], Teil I, S. 676ff.; dazu Börner, DB [1978] Beil. 27/28 zu Heft 51/52 und Ebel, DB [1979], S. 1829ff.; Danner, BB [1979], S. 76ff.
128. Schulz, Bericht aus Bonn, ZRP [1978], S. 197.
129. Nachweise bei Hensen, §11 Nr 5 Rdnr. 5 und Palandt/Heinrichs, §11 AGBG Anm. 5a.
130. Vgl. BGH BB [1976], S. 571.
131. BGH NJW [1970], S. 29ff (32); NJW [1976], S. 1886ff (1887).
132. Vgl. Reich, NJW [1978], S. 1570 (1571).
133. BGH BB [1976], S. 571; dazu Reich, NJW [1978], S. 1570 (1571).
134. BGH NJW [1970], S. 29ff (32) und NJW [1970], S. 2017; BAG NJW [1967], S. 751.
135. Reich, NJW [1978], S. 1571.
136. Palandt/Heinrichs, §11 Anm. 5a; Hensen, §11 Nr 5 Anm. 13; Koch/Stübing, §11 Nr 4 Anm. 13; Schlosser, §11 Nr 5 Anm. 38; a.M. Löwe, §11 Nr. 5 Anm. 13.
137. BGH NJW [1977], S. 381 (382); dazu auch Weyer, NJW [1977], S. 2237 und Hensen, DB [1977], S. 1689.
138. Hensen, §11 Nr 5 Rdnr. 20; Löwe, §11 Nr 5 Rdnr. 14.
139. Betreffend KFZ 39/77 BAnz Nr 83 v. 3.5.1977; betreffend Radio- und Fernsehgeräte 99/77 BAnz Nr 188 v. 6.10.1977; betreffend Reinigung von Textilien 61/77 BAnz Nr 124 v. 8.7.1977; und unten 7. Kapitel Ziff. 276.
140. In diesem Sinne ist auch der Einleitungssatz zu lesen; vgl. Palandt/Heinrichs, §11 Anm. 10.
141. Bejahend LG Bochum VersR [1962], S. 968 mit Anm. Wintersteig VersR [1962], S. 1162; AG Erlangen Urteil v. 17.2.1976 — 1 C 565/75 und 18.5.1976 — 1 C 112/76; ablehnend OLG Köln VersR [1969], S. 764 AG Nürnberg NJW [1977], S. 1200; LG Ansbach NJW [1979], S. 769.
142. So AG Nürnberg NJW [1977], S. 1200 (1201).
143. Dazu Beise, DB [1979], S. 1214ff.
144. A.A. Beise, a.a.O. (Anm. 143), S. 1215.
145. Es handelt sich zumeist um einen auf Geschäftsbesorgung gerichteten Dienstvertrag, Soergel/Mühl, §675 Rdnr. 11.
146. Vgl. dazu Rehbein, DB [1976], S. 997ff; darauf bezieht sich auch die Kommentierung von Westphalen, §9 Rdnr. 35.
147. Vgl. Rehbein, DB [1977], S. 1349ff; Kümpel, WM [1977], S. 694.
148. A.A. Dirichs, WM [1978], S. 626ff (627).
149. Vgl. hierzu umfassend Bruck/Möller, *Kommentar zum VVG und zu den AVB*, 8.Auflage, 1. Band, Einleitung 16ff [1961]; Schmidt-Salzer, *Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Versicherungsbedingungen* [1966].
150. Vgl. Prölls-Martin, VVG 21. A. [1977], Vorbem. 1 Anm. I 6 Ca; vgl. zum

- Verhältnis AGB und AVB Helm, NJW [1978], S. 129ff und Sieg, VersR [1977], S. 489ff.
151. Vgl. Helm, a.a.O. (Anm. 150), S. 130.
 152. Vgl. zum Stand der Diskussion ausführlich Helm, a.a.O. (Anm. 150), S. 130/131.
 153. Vgl. zu Ehemaklerverträgen und den aus der Nichteinklagbarkeit des Lohns resultierenden Probleme, Löwe/Westphalen, §9 Rdnr. 42; zum Stand der Reformdiskussion Brandt, ZRP [1978], S. 157ff, allgemein Gilles, *Gewerbsmäßige Ehevermittlung* [1977], vgl. den Gesetzesentwurf BT-Dvs. 8/3212.
 154. Die folgenden Vertragstypen über die Beförderung sind alle Werkverträge, vgl. Erman/H.H.Seiler, §631 Rdnr. 31, 33 wohl mit Ausnahme des Benutzungsverhältnisses zur Post, welches keinen Vertrag darstellt, da nach h.M. Verträge im öffentlichen Recht nur da möglich sind, wo ein Wahlrecht für die Ausgestaltung des Rechtsverhältnisses besteht.
 155. BGBI [1970], I, S. 230ff, Abdruck auch bei Bidinger, *Personenbeförderungsrecht* unter K 351.
 156. Abgedruckt bei Hein/Eichhoff/Pukall/Krien, *Güterkraftverkehrsrecht*, Band 1 unter C 510.
 157. RGBI [1938], II, S. 663, abgedruckt bei Goltermann, *Eisenbahnverkehrsordnung*, Kommentar.
 158. Dazu Hofmann, *Luftverkehrsrecht*, Kommentar [1971], §21 Rdnr., S. 19ff und Böckstiegel, NJW [1974], S. 1017ff.
 159. Vgl. Ohnheiser, *Postrecht* [1974], §7.
 160. Vgl. zur Herausnahme der Versorgungsverträge aus dem AGB-Gesetz Brandner, §9 Rdnr. 25.
 161. Vgl. Ulmer, §23 Rdnr. 40.
 162. Abdruck bei Krien und Hay, *Die allgemeinen deutschen Spediteurbedingungen*, Kommentar [1959], S. 15ff.
 163. Hensen, §25 Rdnr. 2; Löwe, §25 Rdnr. 1.
 164. Kötz, Gutachten A 82, A 83.
 165. Das sagt auch Hensen, §25 Rdnr. 11, wenn er den Anwendungsbereich des §476a und des §11 Nr 10c für weitgehend identisch hält.
 166. Dazu Hensen, §25 Rdnr. 3.
 167. Löwe, §25 Rdnr. 6.
 168. Vgl. Löwe, §25 Rdnr. 1.
 169. Hensen, §11 Nr 10 Rdnr. 58.
 170. BGH NJW [1963], S. 805, 811, und BGH NJW [1973], S. 46, 47.
 171. Dazu noch Hensen, §25 Rdnr. 7.
 172. So Hensen, §25 Rdnr. 14.
 173. Hensen, §25 Rdnr. 13.
 174. Hensen, §11 Nr 10 Rdnr. 22, 23.
 175. Löwe, §25 Rdnr. 8.
 176. Hensen, §25 Rdnr. 15, 21.
 177. Palandt/Thomas, §765 Anm. 3c (35A).
 178. RGZ 146, S. 120ff (124).
 179. Vgl. zur Abgrenzung Tengelmann, NJW [1966], S. 2195ff (S. 2197) unter Hinweis auf Enneccerus/Lehmann, §197 II, S. 808.
 180. Dazu Loebell, BB [1973], S. 1237ff.

181. Vgl. Lieferbedingungen für Bosch Hausgeräte — Inland — Ausgabe Januar [1969], abgedruckt bei Rehbinder, Das Kaufrecht in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der deutschen Wirtschaft [1969] unter V, S. 29ff (S. 30).
182. Vgl. die verschiedenen AGB vom Volkswagenwerk, Rehbinder, S. 78ff unter VIII Nr 2, S 82; BMW, Rehbinder, S. 83ff unter VII, S. 87, 88; Daimler Benz AG, Rehbinder, S. 93ff unter VI, S. 97; Adam Opel AG, Rehbinder, S. 107ff unter VII, S. 111; auch im Gebrauchtwagenhandel wird ab und an eine Garantieerklärung abgegeben, OLG Bamberg DAR 74, S. 188, dabei ergeben sich Auslegungsschwierigkeiten, vgl. Hager, NJW [1975], S. 2276ff (2278 Fußnote 29).
183. Vgl. dazu Löwe/Westphalen, Anhang zu §11 Nr 10 Rdnr. 4 mit w. NW.
184. So Loebell, a.a.O. (Anm. 180), S. 1238.
185. Westphalen, §11 Nr 10a Rdnr. 13.
186. So Westphalen, §11 Nr 10a Rdnr. 15; a.A. Hensen, §11 Nr 10 Rdnr. 21; Bader, NJW [1976], S. 209ff (213); wie hier auch Koch/Stübing, §11 Nr 10 Rdnr. 22.
187. Westphalen, §11 Nr 10a Rdnr. 17.
188. Dazu Loebell, a.a.O. (Anm. 180), S. 1239 und Westphalen, Anhang §11 Nr 10 Rdnr. 1.
189. Dazu Westphalen, a.a.O. (Anm. 187), Rdnr. 2 m.w.Nw; BGH NJW [1979], S. 645.
190. Dazu Westphalen, a.a.O. (Anm. 187), Rdnr. 5.
191. Abdruck der KFZ-Empfehlungen für den Verkauf von KFZ 51/77 BAnz Nr 108 v 14.6.1977.
192. Vgl. die Beispiele bei Rehbinder: BASF AG Nr 4, S. 42; Schering AG; Abteilung Industrie-Chemikalien, Ziffer 7, S. 49; Abteilung Pharma-Chemikalien, S. 52; Abteilung Arzneimittelspezialitäten, Ziffer 8, S. 55; Abteilung Pflanzenschutz, Ziffer 7, S. 66; Allgemeine Leistungsbedingungen des Elektro-Rundfunk-Fernseh-Großhandels, Ziffer 8, S. 222; Bosch AG Lieferbedingungen V 4, S. 31; Linde AG VIII Nr 1, S. 147; Anker Werke AG, Ziffer 1 (2), S. 157.
193. Soweit die Beispiele bei Rehbinder repräsentativ sind, würde dies für die chemische Industrie zutreffen.
194. BGHZ 51, S. 91ff (100).
195. Dazu Reich/Tonner, JuS [1976], S. 576ff (578, 579).
196. Statt aller Palandt/Putzo, §459 Anm. 7.
197. Westphalen, §11 Nr 11 Rdnr. 6.
198. Im Dieselöl-Urteil BGH NJW [1968], S. 2238 lehnte der BGH eine Haftung ab, obwohl vertraglich vereinbart war, Öl nach DIN zu liefern. Ebenfalls kommen Prüf- und Gütezeichen für die Anerkennung einer zugesicherten Eigenschaft nicht in Betracht, BGH NJW [1974], S. 1503.
199. BGHZ 48, S. 118ff.
200. Vgl. Henseler, BB [1969], S. 24 im Anschluß an das Dieselöl-Urteil; wohl auch Westphalen, §11 Nr 11 Rdnr. 6 mit w.NW.
201. Auf diesen Gesichtspunkt weist Henseler, a.a.O. (Anm. 200), besonders hin.
202. Dazu noch Brinkmann, S. 58ff, bes. S. 63ff.

203. Nach Semler, NJW [1976], S. 406ff.
204. Vgl. die Nachweise bei Semler, a.a.O. (Anm. 203), S. 406.
205. Vgl. zu dieser Fallgruppe auch Reich/Tonner, in JuS [1976], S. 576ff (579).
206. BGH NJW [1975], S. 1693ff; siehe dazu die Anmerkung von Reich/Tonner, JuS [1976], S. 576ff und Heinze, JR [1975], S. 504ff (506).
207. BGHZ 59, S. 158ff.
208. Dazu Reich/Tonner, a.a.O. (Anm. 206), S. 577 mit NW aus der Rechtsprechung und auch Westphalen, §11 Nr 11 Rdnr. 5.
209. OLG Köln NJW [1972], S. 162ff mit scharf ablehnender Anm. von Henseler, NJW [1972], S. 829ff.
210. OLG Frankfurt NJW [1966], S. 1621.
211. OLG Hamburg VRS 2, S. 273.
212. BGH WM [1971], S. 797.
213. Vgl. Westphalen, §11 Nr 11 Rdnr. 6.
214. Dazu Westphalen, §11 Nr 11 Rdnr. 7 mit Nachweisen aus der Literatur und Rechtsprechung.
215. Reich/Tonner, JuS [1976], S. 576ff (578).
216. Heinze, JR [1975], S. 506.
217. Mertens, ZHR 139 (1975), S. 438ff; Trinkner, BB [1975], S. 1493ff; auch v. Hippel, S. 76ff zu den Internationalen Reformbestrebungen; zur UWG-Novelle vgl. oben 4. Kapitel, Ziff. 119ff.
218. Siehe dazu Erkelenz *HdVR* Gruppe 150; Bartl, *Reiserecht*; Tonner, *Reisevertrag* [1980]; Bartl, NJW [1979], S. 1384ff; Löwe, BB [1979], S. 1357ff; Eberle, DB [1979], S. 341ff.
219. Siehe Tonner, Einleitung Rdnr. 3.
220. Vgl. detailliert Tonner, Einleitung Rdnr. 25 – 45; Bartl, Rdnr. 1.
221. Vgl. den Bericht von Schulz ZRP [1973], S. 273ff; dazu Tonner, Einleitung Rdnr. 25ff.
222. Entwurf eines Reiseveranstaltungsvertrages vom 6.5.1976, BT-Drucksache 7/5141 mit Begründung.
223. BT/Drucksache 8/786.
224. Bundesanzeiger Nr 210 v. 5.11.1976.
225. FAZ v. 23.3.1978.
226. Bundestagsdrucksache 8/2343 mit Begründung.
227. Veröffentlicht im Bundesgesetzblatt [1979], I, S. 509ff.
228. Tonner, §651a Rdnr. 12.
229. Tonner, Einleitung Rdnr. 3 und 6.
230. Ausführlich Tonner, §651a, Rdnr. 14ff.
231. So Tonner, §651a Rdnr. 18; Bartl, Rdnr. 8.
232. Reiseanalyse [1978], S. 9.
233. Dazu Eberle DB [1979], 341, 342.
234. BT-Drucksache 8/2343, S. 7, abgedruckt bei Tonner, §651a Rdnr. 25.
235. So im Ergebnis Tonner, §651a Rdnr. 28, dagegen Bartl, Rdnr. 8; Bartl, NJW [1979], S. 1384, 1385; Eberle, DB [1979], S. 341, 342.
236. Siehe Bartl, Rdnr. 227 – 232; Tonner, §651a Rdnr. 23, 24.

237. Dazu Tonner, §651a Rdnr. 38–41; Bartl, Rdnr. 236, 237.
238. Löwe/Westphalen, §9 Rdnr. 63.
239. Jüttner ZRP [1974], S. 181ff (182, 183); Löwe BB [1979], S. 1357ff (1360) für das Reiserecht.
240. Vgl. Begründung zu §13, S. 23 der BT-Drucksache 7/5141.
241. Brandner, §10 Nr 4, Rdnr. 7, 10.
242. Vgl. Bartl, BB [1973], Beilage 10, S. 8 mit NW FN 99.
243. Vgl. oben 7. Kapitel Ziff. 268.
244. Tonner, Vorbem. Rdnr. 9; Bartl, Rdnr. 200.
245. Tonner, Vorbem. Rdnr. 7; Bartl, Rdnr. 201.
246. Begründung zu §14, S. 24/25 der BT-Drucksache 7/5141.
247. Bartl, Rdnr. 249.
248. LG Frankfurt NJW [1979], S. 2165; so auch Bartl, BB [1979], S. 9; Arndt, *Der Reiseveranstaltungsvertrag*, S. 129 FN 7.
249. Tonner, §651c Rdnr. 28.
250. Nachweis bei Löwe/Westphalen, §9 Rdnr. 58.
251. LG Frankfurt NJW [1978], S. 1008.
252. Dazu Tonner, §651c Rdnr. 1.
253. Dazu Teichmann, JZ [1979], S. 737ff.
254. Tonner, §651e Rdnr. 4; Bartl, NJW [1979], S. 1384ff (1386).
255. BGHZ 63, 98.
256. Tonner, §651f Rdnr. 12ff; Bartl, Rdnr. 92ff.
257. Tonner, §651h Rdnr. 2.
258. Siehe dazu oben 6. Kapitel, Ziff. 210, a.A. Bartl, Rdnr. 119, 137, 138.
259. So Tonner, §651h Rdnr. 9; a.A. Bartl, Rdnr. 125.
260. Erman/Seiler, Anm. 31 vor §631 BGB; Warschauer Abkommen BGB1 [1958] II, S. 313; Zusatzabkommen von Guadalajara BGB1 [1963], II, S. 1159.
261. So Bartl Rdnr. 232; vor Inkrafttreten des neuen Reiserechts war diese Klausel nach §11 Nr 7 AGBG unwirksam, so Bartl, NJW [1978], S. 735.
262. Bartl, Rdnr. 234; Tonner, §651h Rdnr. 25.
263. Bartl, Rdnr. 235; Tonner, §651h Rdnr. 26.
264. Tonner, §651h Rdnr. 27.
265. Petev, JZ [1976], S. 632ff (634).
266. Tonner, §651i Rdnr. 2.
267. Berichts des Rechtsausschusses des Bundestages, BT-Drucksache 8/2343, S. 12.
268. Bartl, Rdnr. 142.
269. Tonner, §651i Rdnr. 18; Bartl, Rdnr. 143.
270. Wie hier Schlosser/Coester – Waltjen/Graba, §11 Nr 5 Rdnr. 33; OLG Stuttgart BB [1979], S. 1468; a.A. Hensen, §11 Nr 5 Rdnr. 18.
271. Tonner, §651i Rdnr. 21.
272. Bartl, Rdnr. 148 mit NWe aus der Literatur in FN 308; Tonner, §651j Rdnr. 2.
273. Tonner, §651j Rdnr. 18.
274. AG Freiburg NJW [1979], S. 2319; zum Ganzen unten 9. Kapitel, Ziff. 369.
275. Dazu noch Bartl, 78, S. 736, der die Aussichten skeptisch beurteilt.

276. Petev, a.a.O. (Anm. 265), S. 634.
277. Vgl. oben 6. Kapitel Ziff. 197ff und Bartl NJW [1976], S. 1993ff.
278. Heinemann, *HdVR* Gruppe 140, Rdnr. 64.
279. Vgl. zu §16: 3. Kapitel Ziff. 61; zu §17: 4. Kapitel, Ziff. 113.
280. Bartl, NJW [1976], S. 1996.
281. Bartl, NJW [1976], S. 1996.
282. Dazu Dörner, NJW [1979], S. 241ff (241/242).
283. Dazu Dörner, NJW [1979], S. 242ff.

Unlautere Vertragsklauseln

I EINFÜHRUNG

263 Die Rechte des Verbrauchers als Vertragspartner des Handels oder des Handwerks bestimmen sich durchgehend nicht nach den gesetzlichen Vorschriften des BGB. Rechte und Pflichten der Vertragsparteien werden dem Verbraucher entweder einseitig von seinem Vertragspartner in Form von dessen AGB aufoktroiert oder zwischen den Vertragsparteien einzeln ausgehandelt. Letzteres spielt im Verhältnis Verbraucher/Handel oder Handwerk keine bedeutende Rolle. Denn Vertragsbestimmungen können grundsätzlich nur dort ausgehandelt werden, wo zwischen den Parteien ein Gleichgewicht der Kräfte besteht. Nur dort ist Geben und Nehmen und eine gerechte Verteilung der Vertragsrisiken überhaupt möglich. Der Verbraucher ist seinem Vertragspartner aber regelmäßig wirtschaftlich unterlegen¹. Ihm werden die Vertragsbestimmungen diktiert. Er hat nur zu wählen zwischen mehreren ähnlich vorformulierten Vertragstypen, auf die Gestaltung des Vertragsinhaltes hat er keinen Einfluß. Die Entrechtung des Verbrauchers durch Allgemeine Geschäftsbedingungen ist möglich, weil das gesamte Vertragsrecht unter der Maxime der Vertragsfreiheit dispositives Recht enthält. Der wirtschaftlich überlegene Vertragspartner des Verbrauchers nutzt seine Macht zu einer Verlagerung der im BGB ausgewogen gestalteten Rechte und Pflichten der Vertragsparteien. Dem Verbraucher werden nicht nur alle Risiken aufgebürdet, die aus möglichen Schwierigkeiten bereits *vor* dem Erwerb der Sache resultieren können — also Probleme der Beschaffung, der Leistungsänderung, Lieferfristen — es wird ihm auch durch vielfältige Freizeichnungsklauseln die Möglichkeit genommen, sich *nach* Erhalt der Sache wegen mangelhafter Qualität an seinen Vertragspartner zu richten. Die gebräuchliche ungleiche Verteilung der Vertragsrisiken führt zu einer weitgehenden Bindungslosigkeit des Vertragspartners bei gleichzeitiger Bindung des Verbrauchers an den Vertrag. Die seit Jahren anwachsende wirtschaftliche Übermacht ermöglichte dem Handel, dem Verbraucher immer schärfere Bedingungen zu diktieren. Unbillige Vertragsklauseln sind die notwendige Folge dieser Entwicklung. Wissenschaft und Rechtsprechung wuchs die Aufgabe zu, für eine Korrektur von unbilligen Vertragsklauseln zu sorgen, da der Gesetzgeber keine Abhilfe schuf. Der Schwerpunkt der Diskussion lag und liegt noch heute auf der Kontrolle von unbilligen Klauseln, die Teil von Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind. Das Ende 1976 verkündete Gesetz zur Regelung der

Allgemeinen Geschäftsbedingungen ist die konsequente Fortsetzung dieser Entwicklung. Denn es erfaßt nur Vertragsklauseln, die Teil von Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind.

II UNBILLIGE VERTRAGSKLAUSELN IN ALLGEMEINEN GESCHÄFTSBEDINGUNGEN²

1 Kontrolle durch das AGB-Gesetz

264 Das Gesetz markiert den vorläufigen Endpunkt langjähriger Erörterungen über die Erfassung einseitig vorformulierter Allgemeiner Vertragsbedingungen³. Es übernimmt teilweise die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, etwa zum Verbot überraschender Klauseln (§3 AGBG), zur Auslegung (§5 AGBG), zur Inhaltskontrolle nach dem Maßstab von Treu und Glauben, dem wesentlichen Vertragszweck und den Hauptpflichten der Vertragspartner (§9 AGBG). Daneben geht es über die bisherige Rechtsprechung insofern hinaus, als es die Verbandsklage (§13f AGBG) einführt und besondere Schutzvorschriften für Verbraucher aufstellt, nämlich über die vertragliche Einbeziehung von AGB (§2 AGBG) und die sogenannten Verbotsklauseln (§§10 und 11 AGBG).

Das AGB-Gesetz ist unabhängig davon anwendbar, ob Vertragspartner des AGB-Verwenders ein Verbraucher oder ein Kaufmann ist. Das AGB-Gesetz ist deshalb kein reines Verbraucherschutzgesetz. Entsprechende Bestrebungen während der Gesetzgebungsarbeiten konnten sich nicht durchsetzen. Daraus kann jedoch nicht geschlossen werden, das AGB-Gesetz beruhe auf dem Grundgedanken, ein Gesetz darzustellen, das den persönlichen Status der AGB-unterworfenen Kunden nicht beachtet⁴. Diese Interpretation übersieht die Entstehungsgeschichte ebenso wie sie die differenzierte Ausgestaltung des Gesetzes hinweginterpretiert. Nach dem Vorschlag der Arbeitsgruppe⁵ und des Referentenentwurfs⁶ sollten Vollkaufleute gänzlich aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes herausgenommen werden. Diese Einschränkung stieß jedoch auf erheblichen Widerspruch vor allem auf dem 50. Deutschen Juristentag in Hamburg 1974 und führte dazu, daß Vollkaufleute in den Schutz des Gesetzes mit einbezogen wurden⁷. Diese Änderung hebt jedoch das primäre Ziel des Gesetzgebers nicht auf, das darin bestand, eine Verbesserung des Schutzes der Letztverbraucher gegenüber AGB zu erreichen⁸. So gesehen verfolgt das AGB-Gesetz heute einen doppelten Schutzzweck⁹: der allgemeine Schutzbereich des Gesetzes schützt vor unbilligen AGB; in ihn sind Verbraucher, Kaufleute, freiberuflich Tätige gleichermaßen einbezogen; zusätzlich gewährt das Gesetz gesteigerten Schutz, der nur für Verbraucher gilt. Im Gesetz hat dieser doppelte Zweck insofern seinen Niederschlag gefunden, als das AGB-Gesetz besondere Schutzvorschriften nur für den Verbraucher enthält, nämlich über die Einbeziehung von AGB (§2 AGBG) und die sogenannten Verbotsklauseln (§§10 und 11 AGBG).

(a) *Generalklausel des §9 AGBG*

265 Die Generalklausel des §9 AGBG gliedert sich in zwei Absätze, die unterschiedliche Voraussetzungen beinhalten. Wegen ihrer Bedeutung sei die Vorschrift hier vollständig zitiert:

- Bestimmungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen.
- Eine unangemessene Benachteiligung ist im Zweifel anzunehmen, wenn eine Bestimmung:
 - (1) mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist; oder
 - (2) wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben, so einschränkt, daß die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet ist.

Entsprechend ihrer Aufgabe bringt die Generalklausel die grundsätzliche Stoßrichtung des Gesetzes zum Ausdruck. Der Gesetzgeber hat sich hierzu des Kriteriums der 'unangemessenen Benachteiligung' bedient. Während der Gesetzgebungsarbeiten war zunächst vorgeschlagen worden, die Wirksamkeit von AGB von einem angemessenen Ausgleich der beiderseitigen Interessen abhängig zu machen¹⁰. Das Gebot des angemessenen Interessenausgleiches wurde nicht in den Gesetzestext aufgenommen, weil man befürchtete, daß ein solches Gebot dem Bedürfnis des Rechtsverkehrs, die Wirksamkeit von AGB eindeutig und im voraus beurteilen zu können, nicht hinreichend gerecht werde¹¹.

Das nunmehr geltende Kriterium der unangemessenen Benachteiligung setzt eine gründliche Analyse der entgegenstehenden Interessen und eine Abwägung eben dieser Interessen voraus. Bei der Ermittlung der Interessen der Vertragsparteien muß das Gericht die Art und den Inhalt des Rechtsgeschäfts, die persönlichen Voraussetzungen der Vertragsparteien, sowie die wirtschaftlichen Gründe für die Erstellung der AGB überprüfen¹². Art und Inhalt des Rechtsgeschäfts ebenso wie die wirtschaftlichen Gründe sind zu vielgestalt, als daß hier auf Einzelheiten näher eingegangen werden kann. Lediglich kann, soweit die persönlichen Eigenschaften der Vertragsparteien eine Aussage über deren Interessen ermöglichen, klargestellt werden, daß bei Verträgen mit dem Endverbraucher diesem grundsätzlich infolge seiner Unterlegenheit an Geschäftserfahrung ein starkes Schutzbedürfnis zugebilligt werden muß¹³.

§9 Abs. 2 AGBG dient dem Zweck, die vage Formel, die wenig Anhaltspunkte für ihre Umsetzung in die Praxis gibt, greifbarer zu machen. Abs. 2, so heißt es in der Begründung, soll 'die Inhaltskontrolle durch Angabe typisch rechtlicher Kriterien erleichtern'¹⁴. Dies geschieht in der rechtstechnischen Form einer Vermutung. Zwei Gesichtspunkte stellt das Gesetz nebeneinander: wesentliche Grundgedanken der gesetzlichen Regelung und wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des Vertrages ergeben. Damit wird der Sache nach in §9 Abs. 2 AGBG der dispositiven gesetzlichen Bestimmung eine *Leitbildfunktion* zugrundegelegt, wenn auch der Begriff selbst nicht verwendet wird¹⁵. Diese gesetzgeberische Aussage wirft die Frage auf, inwieweit überhaupt

den dispositiven Bestimmungen des BGB noch eine Leitbildfunktion zukommt. Die beiden Hauptvertragstypen des BGB, nämlich der Kaufvertrag und der Werkvertrag, haben durch die Rechtswirklichkeit eine vielfältige Abwandlung erfahren, so daß man weder von *dem* Kaufvertrag noch von *dem* Werkvertrag sprechen kann¹⁶. Herausgeprägt haben sich statt dessen eine Vielzahl von Typen, die die traditionellen Vertragsmuster überlagern und die den gesetzlichen Vorschriften des jeweiligen Vertrages allenfalls noch die Funktion eines Gerüsts beimessen. Bei der Auslegung des §9 Abs. 2 AGBG ist diese Entwicklung zu berücksichtigen. Die Bezugnahme des Gesetzgebers auf die Leitbilder des BGB kann nicht bedeuten, diese Vorschriften wieder zur Geltung zu bringen¹⁷. Die Gerichte müssen vielmehr die begonnene Typisierung von Verträgen fortsetzen, um dann die einzelnen Rechte und Pflichten herauszuarbeiten, die für den jeweiligen Vertragstyp als so bedeutsam zu werten sind, daß sie sich gegen eine formularmäßige Änderung durchsetzen müssen¹⁸. §9 Abs. 2 AGBG bestimmt nun, daß *im Zweifel* bei Abweichung des so entwickelten Leitbildes eine unangemessene Benachteiligung anzunehmen ist. Aus der hier vertretenen Auffassung folgt, daß die Vermutungsregel keine Beweislastregel im prozessualen Sinne ist¹⁹. Diejenigen Stimmen in der Literatur, die von einer prozessualen Beweislastregel ausgehen, übersehen zudem, daß der Sachverhalt von AGB-Fällen in aller Regel unstreitig oder unschwer aufklärbar ist. Die Feststellung der Angemessenheit oder Unangemessenheit bleibt eine Rechtsfrage²⁰. §9 Abs. 2 AGBG soll als Bewertungsregel in Zweifelsfällen helfen. Dieses Verständnis setzt die Einsicht voraus, daß dem Richter nicht nur bei Tatfragen, sondern auch bei Rechtsfragen Zweifel bleiben können. Bei §9 AGBG geht es um die Bewältigung jener Grauzone richterlicher Überzeugungsbildung zwischen eindeutiger Angemessenheit einerseits und eindeutiger Unangemessenheit andererseits. Die Kontroverse um die Grundsatzentscheidung des §9 Abs. 1 AGBG hat die Zuordnung dieser Grauzone zum Vor- bzw. Nachteil der beiden Seiten zum Gegenstand, und hier setzen sich im Ergebnis die Interessen des AGB-Verwenders durch. §9 Abs. 2 zieht demgegenüber zugunsten des Vertragspartners aus der Anerkennung eines typisierten Leitbildes bzw. Mindeststandards die Konsequenz, daß bei Abweichung hiervon der Abweichende die 'Überzeugungslast' trägt. Allerdings ist bei Abweichung speziell von Nr 2 eine unangemessene Benachteiligung zumeist gegeben²¹.

(b) *Unzulässige Klauseln, §§10 und 11 AGBG*²²

266 Die Klauselverbote der §§10 und 11 AGBG enthalten eine beispielhafte Aufzählung von Verstößen gegen die Generalklausel.

§9 AGBG gehört systematisch eigentlich hinter die Regelung des §11 AGBG und vor die Regelung des §10 AGBG, weil §10 AGBG lediglich konkrete Anwendungsfälle der Generalklausel darstellt, bei denen die dort allgemein niedergelegten Maßstäbe 'insbesondere zur Anwendung kommen können'²³. Demgegenüber enthält §11 AGBG eine Liste von sogenannten Klauselverboten ohne Wertungsmöglichkeiten. Das Gericht hat nur zu prüfen, ob die tatbestandsmäßig umschriebenen Voraussetzungen in den zu prüfenden AGB vorliegen. Eine Angemessenheitsprüfung findet grundsätzlich nicht statt.

Jedoch hat der Gesetzgeber die selbst gewählte Unterteilung nicht einheitlich durchgeführt. Vereinzelt sind auch im Verbotskatalog Bestimmungen zu finden, bei denen neben der Subsumption eine Bewertung notwendig ist. Die Grenzen zwischen bloßer Subsumption und einer Angemessenheitsprüfung sind in diesen Fällen zumindest fließend; vgl. §11 Nr 5 AGBG (vertretbarer Schaden), §11 Nr 10a (vorherige gerichtliche Inanspruchnahme), §11 Nr 10b (unverhältnismäßig hoher Teil). Die §§10 und 11 AGBG stellen also keine Spezialvorschriften in dem Sinne dar, daß sie §9 AGBG auch dann verdrängen, wenn im Einzelfall die Voraussetzungen nach §§10 und 11 AGBG nicht erfüllt sind. §9 AGBG hat daher die Funktion eines Auffangtatbestandes, der immer noch zu prüfen ist, auch wenn die Klauselverbotskataloge keine Antwort geben²⁴.

Ob eine Klausel im Rahmen des §10 AGBG unwirksam ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab. Deshalb muß das Gericht eine ähnliche Prüfung vornehmen wie bei §9 AGBG. Dies kommt durch die in einzelnen Klauseln enthaltenen unbestimmten Rechtsbegriffe (unangemessen, zumutbar, ohne sachlichen Grund) zum Ausdruck. Eine Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe ist nämlich nur möglich, wenn man die konkreten Umstände des jeweiligen Vertrages in Betracht zieht. Demgegenüber finden die in §11 AGBG aufgezählten Verbotsklauseln unabhängig vom Einzelfall Anwendung. Bei einem Verstoß ist die entsprechende AGB-Vorschrift *ipso jure* unwirksam.

Im 6. Kapitel der Arbeit wurde bereits ausführlich auf die Klauselverbote eingegangen, die in einem engen Zusammenhang zur Beschränkung des gesetzlichen Gewährleistungsrechts stehen (sogenannte Freizeichnungsklauseln).

267 (aa) Der Verbotskatalog des §10 AGBG beginnt mit einem Verbot für die Fälle, in denen sich der Verwender unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots oder die Erbringung einer Leistung vorbehält (§10 Nr 1 AGBG). AGB enthalten häufig Klauseln, durch die der durch sein Angebot gebundene Vertragspartner des Verwenders lange Zeit darüber im Ungewissen gelassen wird, ob der Verwender das Angebot angenommen oder abgelehnt hat. Genau genommen handelt es sich um keine Vertragsbedingungen, sondern um eine Vertragsabschlußklausel.

§10 Nr 2 AGBG verbietet eine Bestimmung, durch die sich der Verwender durch die von ihm zu bewirkende Leistung entgegen §326 Abs. 1 BGB eine unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Nachfrist vorbehält. §10 Nr 2 ergänzt Nr 1, denn hier wie dort zielen Vorbehalte des Verwenders darauf ab, Verzugsfolgen möglichst weit hinauszuschieben bzw. abzuwenden.

§10 Nr 3 AGBG untersagt dem Verwender, sich ohne gerechtfertigten und im Vertrag angegebenen Grund von seiner Leistungspflicht zu lösen; dies gilt allerdings nicht für Dauerschuldverhältnisse. Die Vorschrift hat eine eminente Bedeutung bei Reiseveranstaltungsverträgen (250).

Gemäß §10 Nr 5 AGBG sind unter gewissen Einschränkungen Bestimmungen unwirksam, wonach eine Erklärung des Vertragspartners des Verwenders bei Vornahme oder Unterlassung einer bestimmten Handlung von ihm als abgegeben oder nicht abgegeben gilt. Fingierte Erklärungen sind gesetzestermiнологisch unwiderlegliche Vermutungen, das heißt der Beweis, daß die

entsprechende Folge nicht gewollt war, scheidet aus. Die große Gefahr von fingierten Erklärungen in AGB liegt darin, daß möglicherweise an ein Handeln oder Unterlassen weitreichende Folgen geknüpft werden, deren sich der Betroffene nicht bewußt ist, zumal er die formularmäßig festgelegte Fiktion längere Zeit nach Vertragsschluß nicht mehr in Erinnerung haben mag. Aus der bisherigen Rechtsprechung ist in diesem Zusammenhang nur an die Vorkennntisklausel in Maklerverträgen oder an eine stillschweigend erteilte Genehmigung im Bankgewerbe zu erinnern²⁵.

Die Verbotsklausel des §10 Nr 6 AGBG schließlich betrifft Bestimmungen, in denen der Zugang einer Erklärung des Verwenders von besonderer Bedeutung fingiert wird. §10 Nr 6 AGBG steht deshalb seiner Bedeutung und Funktion nach in einem engen Zusammenhang zu §10 Nr 5 AGBG. Die detaillierte Regelung des Zugangs in §4 des Fernunterrichtsschutzgesetzes zeigt, daß Verbraucherschutz gerade in diesem Bereich notwendig ist (258ff).

§10 Nr 7 AGBG erklärt solche Bestimmungen für unwirksam, nach denen der Verwender für den Fall, daß eine Vertragspartei vom Vertrag zurücktritt, oder den Vertrag kündigt, (1) eine unangemessen hohe Vergütung für die Nutzung oder den Gebrauch einer Sache oder eines Rechts oder für erbrachte Leistungen, oder (2) einen unangemessen hohen Ersatz von Aufwendungen verlangen kann. Da im konkreten Fall die Berechnung der Vergütung oder Aufwendung schwierig ist, sind AGB-Verwender dazu übergegangen, Festsätze bei Vertragsschluß formularmäßig festzulegen. Neben der klaren Übervorteilung des Verwenders haben derartige Klauseln vor allem den Zweck, den Verbraucher am Vertrag festzuhalten.

§10 Nr 7 AGBG ist vom Verbot des pauschalierten Schadenersatzanspruches abzugrenzen. Dabei ist der pauschalierte Vergütungsanspruch (Nr 7a) vom pauschalierten Aufwendungsersatzanspruch (Nr 7b) zu unterscheiden. §10 Nr 7a AGBG wurde aus Furcht davor eingeführt, daß das eingeschränkte Verbot des §11 Nr 5 AGBG durch die Vereinbarung einer besonders hohen Vergütung umgangen wird. Zu klären ist, wieweit sich die Vorschriften decken oder ergänzen. Herauszustellen ist zunächst, daß §11 Nr 5 AGBG auch dann eingreift, wenn das Vertragsverhältnis weiter besteht und erfüllt werden soll. Pauschalierungsabreden, die der AGB-Verwender für den Fall des Rücktritts oder der Kündigung vorsieht, müssen deshalb nach §10 Nr 7 AGBG beurteilt werden. Insoweit ist §10 Nr 7 AGBG spezieller als §11 Nr 5 AGBG und geht deshalb letzterem vor²⁶. Schwierig ist dagegen zu unterscheiden, wann ein Vergütungsanspruch ein verdeckter Schadenersatzanspruch ist, der §11 Nr 5 AGBG unterliegt. Die Rechtsnatur oder der Zweck des jeweils geltend gemachten Anspruches helfen nicht weiter. Jedoch kann eine Abgrenzung in der Weise erfolgen, daß §10 Nr 7 AGBG auf pauschalierte Ansprüche anwendbar ist, denen eine konkrete tatsächliche Berechnung zugrundeliegt, während §11 Nr 5 AGBG den Fall betrifft, in dem der Schaden pauschal, also unabhängig von dem konkret eingetretenen Schaden berechnet wird²⁷. Für die Abgrenzung des §10 Nr 7b AGBG von §11 Nr 5 AGBG ergeben sich die gleichen Schwierigkeiten. Auch hier greift §10 Nr 7b AGBG nur insoweit ein, als es sich um den Ersatz tatsächlich entstandener Aufwendungen handelt²⁸.

§10 Nr 8 AGBG beschränkt die Möglichkeit des AGB-Verwenders, in seinen AGB willkürlich ausländisches Recht für anwendbar zu erklären.

268 (bb) Preiserhöhungsklauseln, die Preiserhöhungen von Waren und Dienstleistungen innerhalb von vier Monaten nach Vertragsschluß vorsehen, sind unzulässig (§11 Nr 1 AGBG)²⁹. Die Bestimmung ist inhaltlich ausgerichtet an §1 Abs. 1 und 5 der Verordnung über Preisangaben³⁰. Die Preisangabenverordnung (41ff) war erlassen worden, um eine zuverlässige Orientierung des Kunden auch am Preis einer Leistung zu ermöglichen. Da die zivilrechtliche Relevanz der Preisangabenverordnung umstritten war und ist³¹, zielt §11 Nr 1 AGBG darauf ab, im Rahmen des §1 Abs. 1 und 5 Preisauszeichnungsverordnung eine zivilrechtliche Entsprechung mit der Folge zu schaffen, daß solche Preisänderungsvorbehalte unwirksam sind³².

Das Gesetz umfaßt alle Preisänderungsklauseln, Preisvorbehaltsklauseln, Preisbestimmungsvorbehalte, Preisgleitklauseln, Indexklauseln. Entsprechende Klauseln sind vor allem in Bereich der Bauverträge, bei Geschäften der Versorgungsbetriebe, bei Reiseveranstaltungsverträgen, sowie bei Kaufverträgen in bestimmten Branchen, insbesondere Möbel- und Kfz-Handel anzutreffen³³. Zwar geht die Vorschrift dem Wortlaut nach 'Erhöhung' davon aus, daß ein bestimmter Preis vereinbart ist, jedoch kommt die Vorschrift auch dann zur Anwendung, wenn nur eine Absprache vorliegt, die den Preis an sich offen läßt, jedoch im Zeitpunkt der Fälligkeit die Bezifferung nach angegebenen Orientierungsmerkmalen zuläßt. Derartige Fallgestaltungen sind als Umgehungen im Sinne des §7 AGBG anzusehen³⁴.

Das Verbot findet nicht Anwendung auf Waren oder Dienstleistungen, die im Rahmen von Dauerschuldverhältnissen erbracht werden (Versicherungsverträge — Prämienanpassungsklauseln, Darlehen- und Kreditverträge — Zinsanpassungsklauseln, Gebrauchsüberlassungsverträge — Miete, Pacht)³⁵. Schließlich gilt das Verbot auch nicht für die Tarife der in §99 Abs. 2 Nr 1 GWB genannten Verkehrsträger (Schifffahrts- und Fluglinienunternehmen) wegen der internationalen Verflechtung dieses Bereichs. Zur Wahrung der Einheitlichkeit des Preisgefüges sind auch die in §99 Abs. 1 GWB genannten staatlich genehmigten Beförderungstarife ausgenommen. Die Frage, ob Änderungen des Mehrwertsteuersatzes zur entsprechenden Preisanpassung berechtigen, war streitig. Der BGH hat klargestellt, daß dies durch eine AGB-Klausel nicht möglich ist³⁶.

Gemäß §11 Nr. 2 AGBG ist eine Bestimmung unwirksam, durch die das Leistungsverweigerungsrecht des §320 BGB oder das Zurückbehaltungsrecht des §273 BGB, soweit es aus demselben Vertragsverhältnis resultiert, ausgeschlossen oder eingeschränkt wird. Bis zum Inkrafttreten des AGB-Gesetzes hatte die Rechtsprechung und die Literatur den formularmäßigen Ausschluß von Leistungsverweigerungs- und Zurückbehaltungsrechten überwiegend für zulässig gehalten³⁷. Eine Berufung auf eine Ausschlußklausel war nur dann unzulässig, wenn der Verwender sich grob vertragswidrig verhalten hatte. Hierzu ist der Fall zu rechnen, daß der Verwender die Ausübung des Nachbesserungsrechts von der vorherigen vollständigen Zahlung abhängig machte³⁸. §11 Nr 2 AGBG stellt demgegenüber eine erhebliche Verbesserung des Rechtsschutzes dar, da Leistungsverweigerungs- und Zurückbehaltungsrechte definitiv nicht eingeschränkt werden können. Zu den insoweit geschützten Leistungsverweigerungsrechten gehören auch der eventuell eingeräumte Nachbesserungsanspruch und der Nachlieferungsanspruch³⁹.

Hervorzuheben ist weiter, daß nicht schon immer dann wenn eine Vorleistungspflicht des Verbrauchers vereinbart ist, §11 Nr 2 AGBG nicht zur Anwendung kommen kann. Das Leistungsverweigerungsrecht kann nämlich entstehen, wenn die Vorleistungspflicht nach den Grundsätzen von Treu und Glauben entfällt⁴⁰. Auf das Verhältnis des §11 Nr 2 zu §11 Nr 10d AGBG wurde bereits eingegangen (212).

Nach §11 Nr 3 AGBG ist es verboten, dem Vertragspartner des Verwenders die Befugnis zu nehmen, mit einer unbestrittenen oder rechtskräftigen Forderung aufzurechnen. Das Gesetz bleibt im wesentlichen in dem bisher von Literatur und Rechtsprechung abgesteckten Rahmen. Auffällig ist, daß die Einschränkung der Aufrechnungsmöglichkeit zu ungunsten des Verbrauchers nach §11 Nr 3 AGBG in einem größeren Umfang erlaubt ist als die Einschränkung des Zurückbehaltungsrechts, da die Aufrechnung auf unbestrittene oder rechtskräftig festgestellte Forderungen beschränkt werden darf. Das erscheint insoweit problematisch, als in der Rechtsprechung⁴¹ bisher davon ausgegangen wurde, daß im Falle eines Aufrechnungsausschlusses auch ein Zurückbehaltungsrecht ausgeschlossen ist, wenn seine Ausübung einen der ausgeschlossenen Aufrechnung gleichkommenden Erfolg haben würde⁴².

Unwirksam ist gemäß §11 Nr 4 AGBG eine Bestimmung, durch die der Verwender von der gesetzlichen Obliegenheit freigestellt wird, den anderen Vertragsteil zu mahnen oder ihm eine Nachfrist zu setzen. Ob auf eine Mahnung als Voraussetzung eines Verzuges verzichtet werden kann, hat die Rechtsprechung bisher offen gelassen⁴³. Im Gegensatz dazu hat es die Rechtsprechung erlaubt, daß AGB-Verwender auf die Nachfrist verzichten⁴⁴. Das AGB-Gesetz verbietet nunmehr jegliches formularmäßige Abbedingen einer gesetzlich erforderlichen Nachfrist, weil auch der Gesetzgeber in der gesetzlichen Obliegenheit von Nachfristsetzungen eine aus Gerechtigkeitsabwägungen getroffene Schutzmaßnahme für den Kunden sah. Auf die Nachfrist kann aber verzichtet werden, soweit das BGB dies ausdrücklich vorsieht und auch in den von der Rechtsprechung herausgearbeiteten Fällen⁴⁵.

§11 Nr 6AGBG untersagt formularmäßige Vertragsstrafversprechen in vier Fällen, und zwar bei Nichtabnahme der Leistung, bei deren verspäteter Abnahme, für den Fall des Zahlungsverzuges und schließlich für den Fall der Lösung vom Vertrag. Die ersten drei vom Gesetz geregelten Fälle sind nicht eben häufig⁴⁶. Hinsichtlich des verbleibenden Falls ist zu klären, was unter dem Begriff Vertragsstrafe im Sinne des §11 Nr 6 AGBG zu verstehen ist. Das BGB räumt dem Vertragspartner die Möglichkeit ein, die Zahlung einer Geldsumme für den Fall zu vereinbaren, daß der Schuldner nicht oder nicht gehörig leistet (§339 BGB). Dieses sogenannte unselbständige Strafversprechen ist zu unterscheiden vom Strafgedinge. Das selbständige Strafgedinge begründet die Verpflichtung zur Strafleistung, ohne daß eine bestehende oder zu sichernde Verpflichtung zur Vornahme oder Unterlassung einer Handlung zugrundeliegt. Dieses Institut sieht die herrschende Meinung nicht als Vertragsstrafe an⁴⁷.

Das AGB-Gesetz umfaßt zunächst die sogenannten unselbständigen Strafversprechen. Ob auch das selbständige Strafversprechen nach §11 Nr 6 AGBG zu behandeln ist, ist dagegen offen⁴⁸. Es wird zumindest nicht ausdrücklich genannt. Viel wichtiger als diese Frage ist jedoch die Abgrenzungsproblematik zwischen Vertragsstrafe und Schadenspauschale, auf die bereits

eingegangen wurde⁴⁹. Die im Bereich der Vertragsstrafe viel diskutierte Problematik der Anrechenbarkeit der Vertragsstrafe auf einen eventuellen Schadenersatz ist nunmehr geklärt. Entgegen §340 Abs. 2 BGB wird es in AGB nicht mehr möglich sein, die Anrechenbarkeit wirksam auszuschließen. Dies folgt zwar nicht aus §11 Nr 6 AGBG, aber aus §9 Abs. 2 Nr 1 AGBG unter Berücksichtigung der in §340 Abs. 2 BGB getroffenen Wertungen⁵⁰.

Mit §11 Nr 8a AGBG werden der formularmäßige Ausschluß und auch die Einschränkung des Rücktrittsrechts untersagt, sofern ein solches Rücktrittsrecht nach den §§325, 326, BGB besteht. Gemäß §11 Nr 8b AGBG ist es absolut unzulässig, dem Kunden den Anspruch auf Schadenersatz zu versagen, wenn die Unmöglichkeit der Leistung im Sinne des §325 BGB oder der Leistungsverzug im Sinne des §326 BGB vorsätzlich oder grob fahrlässig herbeigeführt wird. Mit §11 Nr 8 AGBG bringt der Gesetzgeber die aus den Fugen gerateten Ordnungsgrundsätze aus dem Bereich des allgemeinen Schuldrechts wieder zur Geltung. In den AGB sahen die Verwender regelmäßig bei eigenem Leistungsverzug oder Unmöglichkeit der Leistung den vollständigen Ausschluß von Ansprüchen auf Schadenersatz vor⁵¹. §11 Nr 9 AGBG ergänzt die vorgehende Nr 8 um die Regelung für den Fall der Teilunmöglichkeit oder des Verzuges mit einem Teil der vom Verwender geschuldeten Leistung. Auch insoweit soll die Regelung des BGB wieder zur Anwendung kommen.

§11 Nr 12 AGBG erklärt Bestimmungen in Dauerschuldverhältnissen für unwirksam, die eine den Verbraucher länger als zwei Jahre bindende Laufzeit des Vertrages, ein stillschweigende Verlängerung des Vertragsverhältnisses von jeweils mehr als einem Jahr oder eine längere Kündigungsfrist als drei Monate vor Ablauf der zunächst vorgesehenen oder stillschweigend verlängerten Vertragsdauer vorsehen. Trotz der einschränkenden Regelung — typische Dauerschuldverhältnisse wie Mieten, Leasing, Versicherungs-, Arbeits- und Automatenaufstellungsverträge werden nicht erfaßt — gehört §11 Nr 12 AGBG zu den Bestimmungen, die den härtesten Widerstand der Verwender fanden. Der Grund dürfte darin zu sehen sein, daß die Regelung typisch verbraucherbezogen ist, in dem sie den Verbraucher davor bewahren will, finanziell langfristig nicht übersehbare Verträge zu schließen. §11 Nr 12 AGBG umfaßt Dienst- und Werkleistungsverträge des täglichen Lebens. Zu denken ist an Zeitungs- und Zeitschriftenabonnements, Mitgliedschaften in Buchgemeinschaften, Schallplattenringen, Ehevermittlungsinstitute, Fernunterrichtskurse, Pflege- und Wartungsverträge. Das Verbot findet keine Anwendung auf Verträge über die Lieferung von zusammengehörig verkauften Sachen (§23 Abs. 2 Nr 6 erster Fall AGBG). Die Begründung erwähnt als Beispiel den Kauf eines mehrbändigen Lexikons und sieht den Unterschied zu den von §11 Nr 12 erfaßten Verträgen darin, daß den Kunden in Fällen dieser Art von vornherein eine feste Verpflichtung für den Bezug einer Sachgesamtheit ingeht⁵². Ausgenommen sind auch Versicherungsverträge und Verträge mit urheberrechtlichen Verwertungsgesellschaften (§23 Abs. 2 Nr 6 AGBG).

§11 Nr 13 AGBG verbietet dem Verwender im ersten Halbsatz, seine Vertragspflichten auf Dritte zu übertragen, das Verbot wird jedoch im zweiten Halbsatz weitgehend eingeschränkt. Das Verbot gilt für Kauf-, Dienst-, Werk- und Werklieferungsverträge, bei denen solche Klauseln häufig gebräuchlich waren.

Die Vorschrift des §11 Nr 14 AGBG bereitet in erster Linie jenen AGB-Klauseln ein Ende, mit denen sich Verwender einen weiteren Schuldner für die ihnen vertraglich zustehenden Ansprüche zu sichern suchten. Nr 14a enthält das Verbot der formularmäßigen Mithaftung, Nr 14b wendet sich gegen die Abbedingung des §179 BGB. Klauseln derjenigen Art, wie sie Nr 14 unterliegen, wurden in AGB von Kauf-, Werk-, Darlehens- und Maklerverträgen gefunden⁵³.

§11 Nr 15 AGBG verbietet Beweislastklauseln, in denen der Verwender die Beweislast zum Nachteil des Verbrauchers ändert. Nr 15a und 15b nennen zwei wichtige inhaltliche Gestaltungen. §11 Nr 15 verbietet, von der Ausnahme der gesondert unterschriebenen Empfangsbekanntnisse abgesehen, Beweislaständerungen durch AGB zum Nachteil des anderen Vertragsteils. Vom strikten Verbot des §11 Nr 15 nicht erfaßt werden Erklärungsfiktionen und Zugangsfiktionen, diese finden sich im Verbotskatalog des §10 Nr 5 und 6 AGBG wieder. Hier ist also zum Verbot noch eine eigenständige fallbezogene Wertung notwendig. Hinzuweisen ist auch noch auf §11 Nr 5 AGBG. Soweit Klauseln nach jener Vorschrift zulässig sind, scheitern sie nicht an §11 Nr 15 AGBG, weil das Gesetz in §11 Nr 5 AGBG die mit den entsprechenden Klauseln verbundenen Beweislastverschiebungen billigt.

Die letzte Bestimmung des §11 AGBG, nämlich Nr 16, untersagt die Verwendung von Klauseln, durch die Anzeigen oder Erklärungen, die dem Verwender oder einem Dritten gegenüber abzugeben sind, an eine strengere Form als die Schriftform oder besondere Zugangserfordernisse gebunden werden. Die Vorschrift war notwendig, weil Verwender vielfach in AGB bestimmten, daß Erklärungen und Anzeigen der Kunden nur wirksam seien, wenn sie in eingeschriebener Form abgegeben würden. Ziel solcher Regelungen war es, dem Kunden die Durchsetzung seines Rechts so schwer wie möglich zu machen⁵⁴.

269 (c) Anwendungsbereich des Gesetzes

Die Klauselverbote des AGB-Gesetzes bieten dem Verbraucher aber nur dann Schutz, wenn der von ihm abgeschlossene Vertrag in den Anwendungsbereich des Gesetzes fällt. Der Gesetzgeber hat eine Vielzahl von Hürden aufgestellt, die es zu überwinden gilt, bevor das Gesetz für den Verbraucher seine volle Wirkung entfaltet: die den Verbraucher benachteiligende Klausel muß Bestandteil von AGB sein. Für diese gibt das Gesetz in §1 eine Legaldefinition:

- '(1) Allgemeine Geschäftsbedingungen sind alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluß eines Vertrages stellt. Gleichgültig ist, ob die Bestimmungen einen äußerlich gesonderten Bestandteil des Vertrages bilden oder in die Vertragsurkunde selbst aufgenommen werden, welchen Umfang sie haben, in welcher Schriftart sie verfaßt sind und welche Form der Vertrag hat.
- (2) Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nicht vor, soweit die Vertragsbedingungen zwischen den Vertragsparteien im einzelnen ausgehandelt sind.'

Liegen AGB im Sinne des §1 vor, so müssen diese durch eine entsprechende Vereinbarung in den Vertrag aufgenommen worden sein, §2 AGBG:

- ‘(1) AGB werden nur dann Bestandteil eines Vertrages, wenn der Verwender bei Vertragsschluß:
- (a) die andere Vertragspartei ausdrücklich oder, wenn ein ausdrücklicher Hinweis wegen der Art des Vertragsschlusses nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten möglich ist, durch deutlich sichtbaren Aushang am Ort des Vertragsschlusses auf sie hinweist; und
 - (b) der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen und wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist.
- (2)’

Als letzte Eingrenzung enthält §24 AGBG eine Begrenzung des Personenkreises:

‘Die Vorschriften der §§2, 10, 11 und 12 finden keine Anwendung auf Allgemeine Geschäftsbedingungen,

- (1) die gegenüber einem Kaufmann verwendet werden, wenn der Vertrag zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehört;
- (2) die gegenüber einer juristischen Person des öffentlichen Rechts verwendet werden.

§9 ist in Fällen des Satzes 1 auch insoweit anzuwenden, als dies zur Unwirksamkeit von in den §§10 und 11 genannten Vertragsbestimmungen führt; auf die im Handelsverkehr geltenden Gewohnheiten und Gebräuche ist angemessen Rücksicht zu nehmen.’

270 (aa) Vor Erlaß des AGB-Gesetzes hat der *Rechtsbegriff* der AGB in der Diskussion nur eine untergeordnete Rolle gespielt. Im Zuge der Gesetzgebungsarbeiten rückte der AGB-Begriff zunehmend in den Mittelpunkt des Interesses. Tatsächlich stellt er das juristische Nadelöhr dar, durch das sich das rechtliche Kontrollinstrumentarium hindurchzwängen muß⁵⁵. Die praktische Bedeutung der Begriffsbestimmung wird so offenbar: je enger die Begriffsbestimmung, umso eher wird das AGB-Gesetz als Möglichkeit der Kontrolle versagen. Die Auslegung der im Gesetz genannten Merkmale muß deshalb die Ziele und den Schutzzweck des AGB-Gesetzes berücksichtigen.

AGB sind zunächst nur solche Bestimmungen, deren Geltung auf einer *rechtsgeschäftlichen Vereinbarung* beruht. Diese Voraussetzung fehlt bei Rechtsnormen, die den Inhalt des Vertragsverhältnisses im voraus ohne die entsprechende Vereinbarung festlegen⁵⁶. Zu den Rechtsnormen⁵⁷ zu zählen sind die Allgemeinen Strom- und Gasversorgungsbedingungen, auf dem Gebiet der Güterbeförderung die KVO gemäß §§20a, 106 GüKG, auf dem Gebiet der Personenbeförderung und O-Bus sowie im Linienverkehr mit den Kraftfahrzeugen die Verordnung über die Allgemeinen Beförderungsbedingungen vom 27.2.1970. Uneingeschränkt anwendbar ist das Gesetz dagegen auf AGB, die einer behördlichen Genehmigung bedürfen⁵⁸.

AGB im Sinne des Rechtsbegriffes des AGB-Gesetzes liegen weiter nur dann vor, wenn die Vertragsbestimmungen für eine *Vielzahl* von Verträgen

vorformuliert sind. Hierzu besteht in der Literatur relative Einigkeit, daß eine Verwendung von mindestens drei Verträgen ausreicht⁵⁹. Teilweise werden auch nur zwei gefordert⁶⁰. Werden AGB für einen bestimmten Vertragszweck erstmalig verwendet, so kommt es entscheidend darauf an, ob sie für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind⁶¹.

Bei bestimmten Techniken in der Vervielfältigung kann in der Regel davon ausgegangen werden.

Auslegungstreitigkeiten bestehen dagegen bei dem Merkmal der *Vorformulierung* und des *Stellens*. Der Streit entzündet sich an der Frage, welches Kriterium als zentrales Merkmal der Begriffsbestimmung anzusehen ist. Diejenigen, die das Merkmal der Vorformulierung in den Mittelpunkt der Diskussion stellen, machen ein rein *formales* Kriterium zum Dreh- und Angelpunkt der Begriffsbestimmung⁶². Eine solche Auffassung macht es möglich, AGB unabhängig von dem Machtungleichgewicht der Vertragsparteien scheinbar neutral zu definieren. Der doppelte Schutzzweck des AGB-Gesetzes und die doppelte Zielrichtung wird so eliminiert. Erst recht abzulehnen sind deshalb Versuche, die darauf abzielen, das Kriterium der Vorformulierung nur dann als erfüllt anzusehen, wenn diese dem betreffenden Vertragspartner gegenüber erkennbar ist⁶³. Dementsprechend entfielen schon bei Schreibautomaten die Qualifizierbarkeit als AGB mangels individueller Erkennbarkeit⁶⁴.

Das eigentliche materielle Kriterium des AGB-Gesetzes ist das sogenannte *Stellen* der Bedingungen. Dieses Merkmal bringt den entscheidenden Grund für die Sonderbehandlung von AGB zum Ausdruck: Stellen von AGB besagt, daß der Verwender die vorformulierten Vertragsbedingungen dem anderen Teil einseitig diktiert⁶⁵. Es fehlt allerdings auch nicht an Versuchen, den Stellenwert des Merkmals zu negieren oder abzuschwächen⁶⁶. Die Bedeutung des Merkmals kann nur erfaßt werden, wenn man die ökonomischen Machtstrukturen in den Vertragsverhältnissen analysiert. Handelt es sich um Verträge, bei denen auf der einen Seite ein privater Endverbraucher beteiligt ist, so ist das Merkmal des *Stellens* im allgemeinen gegeben, da hier die ökonomischen Machtunterschiede strukturell bedingt sind. In diesen Konstellationen stehen sich die Vertragsparteien nicht als gleichberechtigte Vertragspartner gegenüber⁶⁷. Anders verhält es sich dagegen in den Fällen, in denen auf beiden Seiten des Vertrages Unternehmen sind. Hier kann von einem strukturellen Machtgefälle nicht gesprochen werden, auch wenn innerhalb der Unternehmen die Mittelstandsfirmen wiederum schutzwürdiger sind als Großunternehmen⁶⁸. Auf Einzelheiten kann nicht eingegangen werden. Die hier vertretene Auffassung ermöglicht es auch, die Frage der Beweislast zu entscheiden. Grundsätzlich muß zwar derjenige, der sich auf die Unwirksamkeit einzelner Vertragsklauseln beruft, das Vorliegen von AGB beweisen. Jedoch hilft dem Endverbraucher eine Vielzahl von Anscheinsbeweisen. Das Merkmal 'Stellen' ergibt sich aus dem Machtgefälle, die Vorformulierung kann sich aus der Art der Vervielfältigung ergeben, die Vielzahl der Verwendung schließlich ist bei vorformulierten Verträgen indiziert.

271 (bb) Von den AGB im Sinne des §1 Abs. 1 AGBG sind die *Individualvereinbarungen* des §1 Abs. 2 zu unterscheiden, für die das AGB-Gesetz nicht

gilt. In Rechtsprechung und Literatur ist lebhafter Streit darüber entstanden, wie AGB von Individualvereinbarungen abzugrenzen sind⁶⁹. Inhaltlich geht es darum, ob Individualvereinbarungen bereits dann vorliegen, wenn die *Möglichkeit* zur Einflußnahme besteht oder ob sich die beiderseitige Verhandlungsbereitschaft in einem wirklichen Aushandeln *manifestieren* muß. Die Bedeutung liegt auf der Hand. Reicht bereits die Möglichkeit der Einflußnahme zur Annahme von Individualvereinbarungen aus, so wird der Anwendungsbereich des Gesetzes enorm eingeengt. Der BGH hat sich in seiner Entscheidung vom 15.12.1976⁷⁰ dahingehend erklärt, daß eine Individualvereinbarung dann vorliegt, wenn 'der Verwender von AGB oder Vertragsformularen zur Abänderung seiner Bedingungen bereit ist und der Geschäftspartner dies bei den Vertragsverhandlungen weiß'. Die Literatur lehnt diese Rechtsprechung ab. Sie kritisiert die Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung, ohne eben dieses Abweichen zu begründen, die fehlende Auslegung des Merkmals 'Aushandeln', die selektive Darstellung der Entstehungsgeschichte und schließlich die mangelnde Berücksichtigung des Gesetzeszwecks. Das OLG Celle hat sich der Literaturmeinung angeschlossen und verlangt ebenfalls eine Manifestation des Einflusses⁷¹. Offensichtlich soll eine Entscheidung der gemeinsamen Senate angestrebt werden (§§136f GVG). Auffällig ist, daß die Abgrenzungproblematik in der Literatur diskutiert wird, ohne zwischen Abs. 1 und Abs. 2 einen Zusammenhang herzustellen. Genau dieser Zusammenhang muß aber beachtet werden, um die Bedeutung des Abs. 2 zu bestimmen. Werden Vertragsbedingungen im einzelnen ausgehandelt, so sind sie nicht gestellt. Das AGB-Gesetz findet keine Anwendung. Demnach kommt §1 Abs. 2 nur die Bedeutung einer Beweislastregel zu: der Endverbraucher muß grundsätzlich das Vorliegen von AGB beweisen, wobei ihm Anscheinsbeweise zur Seite stehen; der Verwender hat die Möglichkeit nachzuweisen, daß im Einzelfall die AGB ausgehandelt waren. Die außerordentliche Bedeutung dieser Kontroverse kann nicht genug betont werden. Bereits zweieinhalb Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes hat sich hier eine Nahtstelle herausgebildet, an der sich zeigen wird, wie ernst es die Rechtsprechung mit einer Verbesserung des Verbraucherschutzes im AGB-Gesetz meint.

Bestimmte AGB unterliegen dem Gesetz jedoch *nicht*, auch wenn sie inhaltlich der Definition des §1 Abs. 1 AGBG entsprechen. Hierzu gehören formularmäßige Preisabreden und Leistungsbeschreibungen, die gemäß §8 AGBG der richterlichen Inhaltskontrolle entzogen sind⁷². Darüberhinaus werden alle AGB ausgenommen, die auf dem Gebiet des Arbeits-, Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts zum Vertragsinhalt gemacht werden (§23 Abs. 1 AGBG). §23 Abs. 2 AGBG enthält mehrere nach Voraussetzung und Rechtsfolge unterschiedliche recht heterogene Ausnahmevorschriften. Diese beschränken den Anwendungsbereich der Verbotsklauseln. Da es sich zumeist um Freizeichnungsklauseln handelt, wurde bereits im 6. Kapitel auf den Inhalt eingegangen (201ff, 207ff).

- 272 (cc) Liegen AGB im Sinne des §1 Abs. 1 vor, so ist deren Kontrolle über das AGB-Gesetz jedoch nur möglich, wenn die AGB durch eine *entsprechende Abrede* in den Vertrag aufgenommen werden (§2 AGBG). Von der früheren Rechtslage weicht §2 Abs. 1 AGBG in zwei Punkten ab: der konkludente

Hinweis auf die AGB reicht nunmehr ebensowenig aus wie die bloße Möglichkeit der Kenntnisnahme⁷³. Vielmehr muß der Verwender dem Verbraucher die AGB *ausdrücklich* mitteilen und ihm die Möglichkeit der *zumutbaren* Kenntnisnahme verschaffen. So gesehen könnte man glauben, daß der Gesetzgeber eine entscheidende Verschärfung der Einbeziehungsvoraussetzungen herbeigeführt hat. Der Eindruck täuscht jedoch. Die kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen erfahren nämlich im Gesetzestext selbst entscheidende Einschränkungen: die ausdrückliche Mitteilung kann unterbleiben und kann durch einen deutlich sichtbaren Aushang ersetzt werden, wenn ein ausdrücklicher Hinweis auf *unverhältnismäßige* Schwierigkeiten stößt. Schließlich muß der Verbraucher die AGB nicht kennen, sondern er muß nur die Möglichkeit der *zumutbaren* Kenntnisnahme besessen haben. Die gewählten Formulierungen öffnen einschränkenden oder ausweitenden Interpretationsversuchen Tor und Tür⁷⁴. Der Rechtsprechung fällt die Aufgabe zu, die Streitfragen zu entscheiden. Ausgangspunkt der Beurteilung muß die Überlegung sein, daß §2 AGBG nur für Verträge mit Verbrauchern gilt. Der Zweck des Gesetzes verlangt deshalb, die dem Verwender auferlegten Obliegenheiten ausdehnend zu interpretieren und nicht unbeschadet die bisherige Rechtsprechung zu übernehmen.

Sachliche Ausnahmen von §2 AGBG finden sich abgesehen von den generell ausgenommenen Materien des Arbeits-, Erb-, Familien- und Gesellschaftsrechts (§23 Abs. 1), in §23 Abs. 2 Nr 1, wonach bestimmte behördlich genehmigte oder aufgrund von Rechtsnormen erlassene Tarife und Ausführungsbestimmungen der Eisenbahn sowie Beförderungsbedingungen der Straßenbahn, O-Busse und Kraftfahrzeuge im Linienverkehr zu ihrer Geltung keiner ausdrücklichen Aufnahme in den Vertrag bedürfen.

273 (dd) Die *persönlichen Voraussetzungen* der Anwendbarkeit des Gesetzes sind verschieden, je nachdem, ob es um den allgemeinen Schutz vor AGB geht, der für alle AGB-Betroffenen gilt, oder um den besonderen Schutz, der nur für Verbraucher besteht. Die Grenzen zwischen beiden Anwendungsbereichen werden durch §24 AGBG festgelegt. Allerdings bestimmt diese Norm nicht positiv, wer Verbraucher ist. Sie erklärt vielmehr die Kernstücke des Gesetzes, nämlich die Verbotskataloge der §§10 und 11 und die Vorschrift über die Einbeziehung von Verträgen, §2 AGBG für unanwendbar, wenn die AGB gegenüber einem Kaufmann verwendet werden. Voll- und Minderkaufleute werden grundsätzlich gleichgestellt, eine Ausnahme wird nur gemacht, wenn der Vertrag zum Betrieb des Handelsgewerbes gehört. Hier gilt die Vermutung des §344 Abs. 1 HGB, wonach die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel Handelsgeschäfte sind, also zum Betrieb gehören. Die gleiche Ausnahmeregelung gilt für AGB, die gegenüber einer juristischen Person des öffentlichen Rechts oder einem öffentlich-rechtlichen Sondervermögen verwendet werden⁷⁵. Dieser doppelte Anwendungsbereich ist bei der Inhaltskontrolle von AGB nunmehr zu berücksichtigen. Die gesetzliche Regelung weicht damit von der bisherigen Rechtsprechung des BGH ab, der ausdrücklich klargestellt hat, daß eine Inhaltskontrolle unabhängig davon durchzuführen ist, ob es sich um Kaufleute, Nicht-Kaufleute oder Verbraucher handelt⁷⁶.

2 Generelle staatliche Vorkontrolle

(a) *Aufgrund des AGB-Gesetzes*

274 Die Bundesregierung konnte sich nicht dazu entschließen, im Rahmen des AGB-Gesetzes eine behördliche Vorkontrolle von AGB einzuführen. Eine allgemeine behördliche Vorkontrolle von AGB existiert deshalb im deutschen Recht nach wie vor nicht. Alle diesbezüglichen Bestrebungen und Diskussionen⁷⁷ während der Gesetzgebungsarbeiten scheiterten, weil eine generelle behördliche Vorkontrolle angeblich mit unserem freiheitlichen Wirtschafts- und Privatrechtssystem nicht zu vereinbaren ist. Der Gesetzgeber meinte in Übereinstimmung mit der überwiegenden Literaturmeinung, der Unzulänglichkeit des bisherigen Rechtszustandes in verfahrensrechtlicher Hinsicht ausreichend mit der Errichtung der Verbandsklage gemäß §13 ABGB entgegengetreten zu sein. Auf diese Frage wird noch ausführlich eingegangen.

(b) *Aufgrund des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)*

275 (aa) Administrativer Schutz gegen unbillige Geschäftsbedingungen kann in gewissem Umfang auch vom Bundeskartellamt geleistet werden, und zwar insbesondere dann, wenn mehrere Unternehmen 'vertraglich' die einheitliche Anwendung Allgemeiner Geschäfts-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen vereinbart haben. Solche *Konditionenkartelle* sind beim Bundeskartellamt anzumelden, dabei ist, soweit es sich um Verträge mit Letztverbrauchern handelt, der Anmeldung eine Stellungnahme der AGV oder einer anderen Verbraucherorganisation beizufügen⁷⁸. Das Kartellamt kann dem Kartell widersprechen, sofern die Kartellvereinbarungen einen Mißbrauch der dadurch erlangten Marktstellung darstellen (§12 Abs. 1 GWB). Hierbei muß es zwingendes Recht, also etwa die Vorschriften des AGB-Gesetzes beachten⁷⁹. Eine gleichformulierte Befugnis hat das BKA gegenüber den AGB von marktbeherrschenden Unternehmen nach §22 Abs. 4 GWB. Von dieser letzteren Befugnis ist aber wegen der bekannten Schwierigkeit, eine marktbeherrschende Stellung nachzuweisen, nur wenig Gebrauch gemacht worden. Ganz anders verhält es sich dagegen mit der Mißbrauchsaufsicht im Rahmen des §12 Abs. 1 GWB, wengleich die Mehrzahl der geprüften und beanstandeten Konditionenkartelle nicht den Verbraucher betraf. Lediglich im Fall des Konditionenkartells des Chemisch-Reinigergerwerbes werden die Verbraucherinteressen unmittelbar berührt. Hier setzte das BKA zugunsten der Verbraucher eine Erhöhung der summenmäßigen Haftungsbeschränkungen, eine Heraufsetzung der Rügefrist für Mängel einer chemischen Reinigung von drei auf fünf Tage durch und verweigerte gleichzeitig die Umkehr der Beweislast bezüglich der Freizeichnung von Gehilfenverschulden⁸⁰. Dieses Einzelfallbeispiel macht aber auch klar, daß die Mißbrauchsaufsicht des BKA nur sehr partiell für den Verbraucher von Bedeutung ist⁸¹.

276 (bb) Verbände können aber nicht nur Konditionenkartelle bilden, sie dürfen nunmehr die einheitliche Anwendung Allgemeiner Geschäfts-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen auch *empfehlen*. Diese Befugnis hat ihnen die zweite

Novelle zum Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen eingeräumt⁸². Der Unterschied zu den Konditionenkartellen liegt darin, daß diese durch einen verbindlichen Vertrag gebildet werden, der einklagbare Pflichten der Vertragsparteien, statuiert, während Konditionenempfehlungen gerade unverbindlich sind und es den Angehörigen des betroffenen Berufsverbandes freistellen, ob sie die Empfehlung übernehmen oder nicht. Die Novelle fördert also die Anwendung von AGB und ihre zentrale Empfehlung. Die neue Regelung schließt sich eng an das Recht der Konditionenkartelle an. Gegenstand ist 'die einheitliche Anwendung' Allgemeiner Geschäfts-, Lieferungs- und Zahlungsbedingungen einschließlich der Skonti im Sinne des §2 Abs. 1 GWB. Die hauptsächliche Einschränkung- und Auslegungsschwierigkeit liegt darin, daß die empfohlenen AGB sich nicht auf Preise oder Preisbestandteile beziehen dürfen. Der Verband muß die Empfehlung bei der Kartellbehörde anmelden und dabei die Stellungnahme der betroffenen Wirtschafts- und Berufsvereinigungen vorlegen (§38 Abs. 2 Nr 3 i.V.m. Abs. 2 Nr 1b und 2b GWB). Soweit im Rahmen des Anmeldeverfahrens oder der Mißbrauchsaufsicht gemäß §12 Abs. 1 GWB eindeutige Verstöße gegen zwingendes Privatrecht, insbesondere gegen das AGB-Gesetz festgestellt werden, muß das BKA derartige unzulässige Klauseln eliminieren⁸³. Dies geschieht allerdings häufig schon im Anmeldeverfahren oder in den diesem vorausgehenden Vorgesprächen mit dem Bundeskartellamt⁸⁴. Für den Verbraucher bedeutsame Konditionenempfehlungen bestehen für Reiseveranstaltungsverträge und für Reparatur- und Kaufverträge von Kfz; neuerdings auch für die Reparatur und den Verkauf von Radio- und Fernsehgeräten, sowie für den Verkauf von Möbeln⁸⁵. Dem Bundeskartellamt liegt zur Anmeldung vor eine Empfehlung über den Gebrauchtwagenkauf (216).

Die Zahl der Konditionenempfehlungen ist 1977 sprunghaft gestiegen, wobei die Empfehlungen schwerpunktmäßig Verträge zwischen Kaufleuten betreffen⁸⁶.

3 Spezielle staatliche Vorkontrolle

(a) Kontrolle der AGB der Versicherungsunternehmen

277 Die Allgemeinen Versicherungsbedingungen (AVB) unterliegen der Kontrolle durch das Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen (BAV)⁸⁷. Das geltende Versicherungsrecht bietet dem BAV zahlreiche Möglichkeiten, auf die Ausgestaltung der AVB der von ihm beaufsichtigten privaten Versicherungsunternehmen Einfluß zu nehmen. Dabei lassen sich Maßnahmen die auf eine *mittelbare Einflußnahme* durch die Versagung gesetzlich vorgeschriebener Genehmigungen abzielen, von denjenigen unterscheiden, die einen direkten *unmittelbaren* Eingriff ermöglichen. Ziel und Schranken aller den Inhalt oder die Form von AVB mittelbar oder unmittelbar gestaltender Maßnahmen des BAV lassen sich umschreiben mit der ausreichenden Wahrung der Belange der Versicherten. Sämtliche tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Genehmigung von AVB und für aufsichtsrechtliche Eingriffe in genehmigte AVB können auf diesen Oberbegriff zurückgeführt werden. Korrekturen kann das BAV mit den Mitteln der Eingriffsverwaltung durchsetzen. Weitaus

häufiger werden Streitigkeiten zwischen dem BAV und den Versicherungsunternehmen jedoch im Verhandlungswege beseitigt.

- 278** (aa) Versicherungsunternehmer bedürfen zum Geschäftsbetrieb der *Erlaubnis* der Aufsichtsbehörde, § 5 Abs. 1 Versicherungsaufsichtsgesetz (VAG). Mit dem Antrag auf Erteilung der Erlaubnis ist der Geschäftsplan vorzulegen, als dessen Bestandteil auch die AVB gelten, die der Unternehmer den künftig abzuschließenden Versicherungsverträgen zugrundelegen gedenkt. Die Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb darf nur versagt werden, wenn die Voraussetzungen des § 8 Abs. 1 VAG gegeben sind. Vor allem müssen die AVB als Teil des Geschäftsplans bestimmten Anforderungen genügen. Daraus folgt, daß die Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb insbesondere eine Genehmigung der AVB beinhaltet. In der Praxis wird allerdings die Genehmigung sogar ausdrücklich neben der Erlaubnis erteilt.

Die Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb darf nur versagt werden, wenn nach dem Geschäftsplan, insbesondere also nach den AVB, die Belange der Versicherten nicht ausreichend gewahrt oder die Verpflichtungen aus den Versicherungen nicht genügend als dauernd erfüllbar dargetan sind (§ 8 Abs. 1 Nr 2 VAG). § 8 VAG enthält eine abschließende Aufzählung der Gründe, die eine Versagung der Erlaubnis rechtfertigen⁸⁸. Nach Erteilung der Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb unterliegen inländische und ausländische Versicherungsunternehmen im gleichen Umfang der laufenden Aufsicht durch das BAV. Dies bedeutet, daß Änderungen von AVB ebenfalls einer Genehmigung bedürfen (§ 8, 13 VAG).

- 279** (bb) Zahlreiche Vorschriften des VAG ermächtigen das BAV zu einer *unmittelbaren Einflußnahme* auf die Ausgestaltung der AVB.

Es steht im pflichtgemäßen Ermessen des BAV, 'die Anordnungen zu treffen, die geeignet sind, den Geschäftsbetrieb mit den gesetzlichen Vorschriften im Einklang zu erhalten oder Mißstände zu beseitigen, welche die Belange der Versicherten gefährden oder den Geschäftsbetrieb mit den guten Sitten in Widerspruch bringen' (§ 81 Abs. 2 Satz 1 VAG). Eine Anordnung nach dieser Bestimmung ist also möglich, wenn ein Zustand vorliegt, der geeignet ist, eine erhebliche Verletzung der Interessen der Versicherten herbeizuführen, der also die Möglichkeit, die Gefahr einer solchen Verletzung in sich birgt⁸⁹. § 81 VAG stellt so etwas wie die Generalklausel des Versicherungsaufsichtsrechts dar, bildet er doch die Grundlage für die meisten Eingriffe in den Geschäftsbetrieb der Unternehmen⁹⁰.

Die Aufsichtsbehörde kann auch verlangen, daß ein Geschäftsplan (und damit die AVB) vor Abschluß neuer Versicherungsverträge geändert wird (§ 81a Satz 1 VAG). Diese Befugnis ist dem Wortlaut nach an keine spezielle Voraussetzung gebunden. Sie dient der Erweiterung der sich aus § 81 Abs. 2 Satz 1 VAG ergebenden Rechte. Die Aufsichtsbehörde soll über § 81 Abs. 2 Satz 1 VAG hinaus bereits dann vorbeugend tätig werden, wenn Mißstände, welche die Belange der Versicherten gefährden, noch nicht eingetreten sind. Das zulässige Ausmaß von Maßnahmen nach § 81a Satz 1 VAG ergibt sich ausschließlich aus Gegenstand, Inhalt und Zweck der Eingriffe⁹¹.

Schließlich 'kann die Aufsichtsbehörde einen Geschäftsplan mit Wirkung für bestehende oder nicht abgewickelte Verhältnisse ändern oder aufheben' (§ 81a

Satz 2 VAG). Die Aufsichtsbehörde kann also selbst unmittelbar, ohne Mitwirkung des Unternehmens und gegen dessen Willen früher genehmigte AVB ändern oder gänzlich aufheben. Ist die Änderung rechtskräftig geworden, gelten die AVB in der neuen angeordneten Fassung in gleicher Weise für bestehende oder noch nicht abgewickelte Verträge sowie auch für später abgeschlossene Verträge⁹². Eine Anordnung nach §81a Satz 2 VAG hat also eine öffentlich-rechtliche und eine zivilrechtliche Wirkung. Der Geschäftsplan wird für die Zukunft unmittelbar geändert und die bestehenden Verträge werden umgestaltet. Einzige Voraussetzung für eine derartige Anordnung ist, daß sie 'zur Wahrung der Belange der Versicherten notwendig erscheint' (§81a Satz 2 VAG).

Darüberhinaus ist die Behörde ermächtigt, zur Vermeidung des Konkurses das 'dazu Erforderliche' anzuordnen, wenn sich bei der Prüfung der Geschäftsführung und der Vermögenslage eines Unternehmens ergibt, daß dieses auf Dauer nicht mehr imstande ist, seinen Verpflichtungen nachzukommen. Alle Arten von Zahlungen können dann zeitweilig verboten werden (§89 VAG).

Außerhalb des VAG ermöglicht eine unmittelbare Einflußnahme auf die Ausgestaltung der AVB vor allem die Verordnung über die Anwendung Allgemeiner Versicherungsbedingungen vom 29.11.1940⁹³. Die noch heute⁹⁴ geltende Verordnung verleiht dem BAV eine Befugnis zum Erlaß von Rechtsverordnungen, wenn dies zur Wahrung der Belange der Versicherten notwendig erscheint⁹⁵. Die Verordnung von 1940 ermächtigt die Aufsichtsbehörde, also unter den gleichen Voraussetzungen wie §81a Satz 2 VAG, zu den gleichen Anordnungen. Der entscheidende Unterschied zwischen beiden Vorschriften besteht in der unterschiedlichen Rechtsnatur: Anordnungen nach §81a Satz 2 VAG können nur in Form eines Verwaltungsakts ergehen, die Verordnung ermächtigt dagegen das BAV zum Erlaß von Rechtsverordnungen.

280 Das BAV muß bei allen Maßnahmen stets die Belange der Versicherten wahren. Der Begriff wird konkretisiert im VAG, aber auch sonstige privatrechtliche Vorschriften fließen in die Begriffsbestimmung ein.

Es gibt derzeit im VAG neben der grundsätzlichen Regelung in §8 Abs. 1 Nr 2 erste Alternative-VAG vier aufsichtsrechtliche Bestimmungen, die ausschließlich oder neben anderen den Inhalt der zur Genehmigung vorgelegten AVB betreffen, nämlich §8 Abs. 1 Nr 2 zweite Alternative-VAG, §10 Abs. 1 VAG, §21 Abs. 1 VAG und §4 Abs. 1 Satz 2 bis 4 Pflichtversicherungsgesetz. Während §8 Abs. 1 Nr 2 erste Alternative ausdrücklich auf die zu wahrenen Belange der Versicherten hinweist, enthält die zweite Alternative eine gewisse Konkretisierung. Sie soll nämlich die dauernde Erfüllbarkeit der Verpflichtungen aus den Versicherungen sicherstellen. Die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens hängt allerdings von Umständen ab, die in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Inhalt der verwendeten AVB stehen; entscheidend sind hier die Kapitalausrüstung, die Art der Anlage des nicht gebundenen Vermögens, ferner, ob, bei wem und in welchem Umfang eine Rückversicherung vorgenommen wird, ob versicherungsfremde Geschäfte abgeschlossen und ob gleichzeitig mehrere Versicherungszweige betrieben werden⁹⁶. Mittelbar hat die wirtschaftliche Lage auch Auswirkungen auf die AVB, in denen schließlich die Leistungsbereitschaft des Versicherungsunternehmens festgehalten wird.

Nach §10 Abs. 1 VAG sollen die AVB die Bestimmungen über im einzelnen aufgeführte Gegenstände enthalten. Hierbei handelt es sich ebenfalls um eine aufsichtsrechtliche Vorschrift. §10 Abs. 1 VAG ist eine Soll-Vorschrift, wenn auch die Aufsichtsbehörde insoweit nicht verpflichtet ist, die an sie gerichteten Direktiven zu berücksichtigen, so ergibt sich dennoch ein mittelbarer Zwang zur Anwendung daraus, daß die Behörde die Genehmigung des Geschäftsplans verweigern kann, bis die Voraussetzungen der Norm erfüllt sind. Hinzuweisen ist jedoch darauf, daß §10 Abs. 1 VAG dadurch weitgehend bedeutungslos geworden ist, daß das später geschaffene Versicherungsvertragsgesetz (VVG) eine gesetzliche Regelung für die Fragenkomplexe enthält, die in die AVB aufzunehmen sind⁹⁷.

Von Bedeutung für den Inhalt ist schließlich auch §21 Abs. 1 VAG, der zwingend vorschreibt, daß bei Versicherungsvereinen auf Gegenseitigkeit Mitgliederbeiträge und Vereinsleistungen an die Mitglieder bei gleichen Voraussetzungen nur nach gleichen Grundsätzen bemessen sein dürfen. §21 Abs. 1 VAG ist ebenfalls eine aufsichtsrechtliche Vorschrift, wenngleich dies nicht unbestritten ist⁹⁸. Eine spezielle aufsichtsrechtliche Sonderregelung enthält §4 Abs. 1 Satz 2 Pflichtversicherungsgesetz. Danach hat das BAV zu prüfen, ob die zur Genehmigung vorgelegten AVB mit den gesetzlichen Vorschriften im Einklang stehen. Hierzu zählen alle privaten und öffentlich-rechtlichen Vorschriften, welche die Unternehmen gerade als Versicherungsunternehmen betreffen.

Die Belange der Versicherten sind auch dann nicht ausreichend gewahrt, wenn die dem BAV zur Genehmigung vorgelegten AVB gegen *zwingende privatrechtliche Vorschriften* verstoßen. Die AVB können vor allem im Widerspruch zu zwingenden⁹⁹ und halbzwingenden¹⁰⁰ Vorschriften des Versicherungsvertragsgesetzes stehen. Eine Abweichung beeinträchtigt regelmäßig die Rechtsstellung der Versicherten¹⁰¹. Schwieriger gestaltet sich die Rechtslage, wenn die AVB gegen dispositive versicherungsrechtliche Bestimmungen verstoßen¹⁰². Das dispositive Recht will den Versicherungsunternehmen ja gerade einen Handlungsspielraum einräumen. Aus der Verwaltungspraxis des Reichs- bzw. Bundesaufsichtsamtes läßt sich gleichwohl entnehmen, daß in Einzelfällen die Genehmigung wegen nicht ausreichender Wahrung der Belange der Versicherten dann verweigert wurde, wenn die Bedingungen von dispositiven Vorschriften des VVG abwichen und sogar, wenn die Bedingungen mit dispositiven Vorschriften übereinstimmten¹⁰³.

Das in den Vorschriften des VVG Gesagte trifft sinngemäß auch auf zivilrechtliche Bestimmungen zu. Soweit AVB gegen zwingendes Zivilrecht verstoßen (§134, 138 BGB), sind die entsprechenden Klauseln nichtig. Weichen AVB dagegen vom dispositiven Zivilrecht ab, so hatte das BAV in den letzten Jahren bei der Beurteilung der Zulassung die umfangreiche Rechtsprechung des BGH zur Rechtmäßigkeit von AVB zu beachten¹⁰⁴. Mit dem Inkrafttreten des AGB-Gesetzes hat sich die Rechtslage allerdings erheblich geändert. Nunmehr sind für das Verhältnis vom Zivilrecht zu den AVB die einschlägigen Bestimmungen des AGB-Gesetzes maßgebend¹⁰⁵. Bestrebungen, die AVB aus dem Geltungsbereich des Gesetzes herauszunehmen, fruchteten nicht. Maßgebend sind deshalb vor allem die §§9 bis 11 AGBG, wobei der Verbotskatalog des §11, mit Ausnahme von Nr 12, §23 Nr 6 AGBG sogar zu den

zwingenden Vorschriften zu rechnen ist. Auf Einzelheiten des Verhältnisses der AVB zu den AGB-Vorschriften kann hier nicht eingegangen werden¹⁰⁶. Die bisher dargelegten Prüfungsmaßstäbe für neu angemeldete AVB gelten im gleichen Umfang auch für bereits genehmigte AVB (§13 VAG), denn die Aufsichtsbehörde kann immer nur dann gegen genehmigte AVB vorgehen, wenn sie auch Bedingungen gleichen Inhalts bei einer Neuanmeldung nicht genehmigen würde. Das gilt auch bezüglich der Anwendbarkeit des AGB-Gesetzes. Behördlich genehmigte AGB sind gegenüber einer Inhaltskontrolle aufgrund der §§9 bis 11 AGBG nicht privilegiert. Gegen jede Privilegierung spricht, daß das Gesetz keine Ausnahme vom sachlichen Geltungsbereich macht, behördliche AGB sind sogar uneingeschränkt der abstrakten Unterlassungs- und Widerrufsklage ausgesetzt, was sich aus §16 AGBG ergibt¹⁰⁷.

281 (dd) Nachdem zuvor die umfangreichen materiellen Eingriffsbefugnisse und die entsprechenden Voraussetzungen dargestellt wurden, ist nun zu prüfen, welche Möglichkeiten das BAV zur Durchsetzung hat und vor allem, ob es diese Rechte auch wahrnimmt.

Grundsätzlich läßt sich sagen, daß das BAV nur sehr selten von seinen *Eingriffsbefugnissen* Gebrauch gemacht hat. Aufgrund von §81 Abs. 2 Satz 1 VAG und §89 VAG ist das BAV bisher überhaupt nicht, aufgrund von §81a VAG ist lediglich das Zonenamt des Reichsaufsichtsamtes einmal tätig geworden¹⁰⁸. Eine etwas bedeutendere Rolle hat dagegen die Verordnung aus dem Jahre 1940 gespielt. Das BAV hat diese in einigen Fällen angewendet¹⁰⁹.

Von sehr viel größerer praktischer Bedeutung als die Eingriffstätigkeit ist die sogenannte *schlichte verwaltende Tätigkeit* des BAV¹¹⁰. Hierzu zählen Anregungen, Empfehlungen, Wünsche und Rechtsansichten. Das BAV nimmt also Verwaltungshandlungen vor, die zwar dem öffentlichen Recht angehören, jedoch keinen Hoheitsakt gegenüber Dritten in sich schließen.

Im Rahmen der schlicht verwaltenden Tätigkeit ist vor allem die Veröffentlichung von allgemeinen Aufsichtsgrundsätzen hervorzuheben. Gemäß §103 Abs. 1 VAG muß das BAV nämlich jährlich besondere Mitteilungen über seine Wahrnehmungen auf dem Gebiet des Versicherungswesens und nach Abs. 2 fortlaufend seine Verwaltungsgrundsätze veröffentlichen. Die in der Praxis bedeutendste Einflußnahme des BAV auf die Ausgestaltung der AVB erfolgt bei der Aufstellung neuer Bedingungswerke. Hier wird das BAV bereits in das Rechtssetzungsverfahren mit einbezogen, bevor das Regelwerk offiziell zur Genehmigung angemeldet wird. Auf diese Weise können die Versicherungsunternehmen sicherstellen, daß die gemeinsam mit dem BAV erarbeiteten Bestimmungen auch anstandslos genehmigt werden.

Wichtig sind auch die in den monatlichen Veröffentlichungen des BAV von Zeit zu Zeit abgedruckten Musterbedingungen. Diese sollen dem Versicherungsunternehmen als Vorlage dienen und bieten die Gewißheit, daß gleichlautende AVB dann genehmigt werden. Andererseits sind die Versicherungsunternehmen nicht gezwungen, die Musterbedingungen tatsächlich zu übernehmen.

(b) *Kontrolle der AGB der Kreditinstitute nach dem Kreditwesengesetz*

282 Kreditinstitute im Sinne des Kreditwesengesetzes unterliegen der Aufsicht durch das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen (BAK) (§6 Abs. 1 KWG). Die

Aufsichtstätigkeit des BAK hat zum Ziel, nach Möglichkeit zu gewährleisten, daß die Struktur- und Ordnungsvorschriften des KWG und seine Durchführungsbestimmungen befolgt und die Gläubiger der Kreditinstitute vor Verlusten geschützt werden. Zur Erfüllung dieser Aufgabe enthält §6 Abs. 1 KWG eine allgemeine Ermächtigung, Verwaltungsanordnungen zu erlassen. Neben dieser allgemeinen Ermächtigung sind besondere Ermächtigungen in einer Vielzahl von Vorschriften des Gesetzes (zum Beispiel §1 Abs. 2, 4, 10, 11, 13 bis 16 pp)¹¹¹ enthalten, die dem Bundesaufsichtsamt die Rechtsgrundlage für besondere Aufsichtstätigkeiten bieten.

Die Aufsichtstätigkeit des Amtes ist eine Aufsicht über einzelne Kreditinstitute. Die Tätigkeit erfolgt nach den Vorschriften dieses Gesetzes. Dies darf aber nicht so verstanden werden, daß das BAK nur die Einhaltung des KWG beachten muß. Es muß vielmehr alle Gesetze beachten, die mit den Vorschriften des KWG und der anderen Aufsichtsgesetze in einem untrennbaren Zusammenhang stehen¹¹², also insbesondere des Handels- und Gesellschaftsrechts.

Das KWG enthält keine speziellen Eingriffsbefugnisse zur Kontrolle von AGB. Auch die Generalklausel des §6 Abs. 1 KWG läßt nicht den Schluß zu, daß das BAK Eingriffsbefugnisse bezüglich der Kontrolle von AGB erhalten soll. Weder gehört das AGB-Gesetz zu den Vorschriften, die in einem untrennbaren Zusammenhang zu den Bestimmungen des KWG stehen, noch läßt sich sagen, daß unbillige AGB notwendig mit dem Ziel des KWG kollidieren. Insoweit findet sich auch kein Hinweis in der Literatur¹¹³.

Über die eigentliche Bankaufsicht hinaus, deren Objekt das Verhalten der einzelnen Kreditinstitute ist, wird dem BAK durch §6 Abs. 2 KWG die weitere Aufgabe übertragen, Mißständen im Kreditwesen entgegenzutreten, die die Sicherheit der den Kreditinstituten anvertrauten Vermögenswerte gefährden, die ordnungsgemäße Durchführung der Bankgeschäfte beeinträchtigen oder erhebliche Nachteile für die Gesamtwirtschaft herbeiführen. Abs. 2 meint also Mißstände gesamtwirtschaftlicher Art¹¹⁴. Ob ein solcher gesamtwirtschaftlicher Mißstand bei unbilligen AGB überhaupt — abgesehen von Extremfällen (unter Umständen §46 KWG) — eintreten kann, ist äußerst zweifelhaft. Es kann deshalb auch auf das zu §6 Abs. 1 KWG gesagte Bezug genommen werden. Darüberhinaus ist §6 Abs. 2 KWG seiner Rechtsnatur nach keine Eingriffsnorm, das BAK ist daher für das Entgegenwirken bei Mißständen in der Regel auf Belehrung oder formloses Ersuchen beschränkt¹¹⁵. Bisher hat das BAK noch keine Maßnahme auf §6 Abs. 2 KWG gestützt¹¹⁶. Eine behördliche Kontrolle der AGB von Kreditinstituten im Sinne des KWG existiert daher nicht.

283 (c) *Kontrolle der AGB der Bausparkassen*

Die behördliche Kontrolle von AGB der Bausparkassen ist im Bausparkassengesetz vom 18.11.1972¹¹⁷ geregelt. Das Bausparkassengesetz ist seiner legislativen Struktur nach ein Aufsichtsgesetz. Ziel des Gesetzgebers war es, das materielle Aufsichtsrecht für private und öffentliche Haushalte einheitlich zu regeln und eine einheitliche Fachaufsicht über private und öffentliche Bausparkassen durch das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen

zu begründen¹¹⁸. Gemäß §1 Abs. 1 Bausparkassengesetz (BSpKG) sind Bausparkassen Kreditinstitute, deren Geschäftsbetrieb darauf gerichtet ist, Einlagen von Bausparern (Bauspareinlagen) entgegenzunehmen und aus den angesammelten Beträgen den Bausparern für wohnungswirtschaftliche Maßnahmen Gelddarlehen (Bauspardarlehen) zu gewähren (Bauspargeschäft). Bausparer ist gemäß Abs. 2, wer mit einer Bausparkasse einen Vertrag schließt durch den er durch Leistung von Bauspareinlagen einen Rechtsanspruch auf Gewährung eines Bauspardarlehens erwirbt.

Das Bausparkassengesetz bietet dem BAK zahlreiche Möglichkeiten, auf die Ausgestaltung der Allgemeinen Bausparkassenbedingungen (ABB) der von ihm beaufsichtigten öffentlichen und privaten Bausparkassen Einfluß zu nehmen. Hinsichtlich der Eingriffsbefugnisse bestehen durchweg Ähnlichkeiten zu denen des BAV. Diese erklären sich aus der Tatsache, daß bis zum Inkrafttreten des Bausparkassengesetzes das BAV für die Aufsicht der Bausparkassen zuständig war. Die Aufsichtsbefugnisse über die Bausparkassen waren denen über die Versicherungsunternehmen im VAG (§§112ff), weitgehend angepaßt. Es soll deshalb der gleiche Aufbau wie schon bei der Darstellung der behördlichen Kontrolle des Versicherungswesens zugrundegelegt werden.

- 284** (aa) Bausparkassen bedürfen zum Geschäftsbetrieb der *Erlaubnis* des BAK. Dies läßt sich mittelbar aus §8 BSpKG folgern. Die Erlaubnis darf nur erteilt werden, wenn der Antragsteller neben den allgemeinen Geschäftsgrundsätzen (entspricht dem Geschäftsplan nach dem VAG) die ABB vorlegt. Darüberhinaus müssen die ABB gemäß §8 Abs. 1 Nr 1 bis 3 BSpKG die Erfüllbarkeit der Bausparverträge gewährleistet erscheinen lassen, Spar- und Tilgungszinsen vorsehen, die die Zuteilung der Bausparsumme nicht unangemessen hinausschieben, sowie die sonstigen Belange der Bausparers ausdrücklich wahren, indem sie zum Beispiel keine unangemessen hohen Gebühren oder ungerechtfertigte Kündigungsmöglichkeiten der Bauspardarlehen durch die Bausparkasse vorsehen.

Nach Erteilung der Erlaubnis unterliegen die Bausparkassen weiter der Aufsicht des BAK. Dies findet seinen Ausdruck darin, daß auch Änderungen von ABB einer Genehmigung bedürfen (§9 Abs. 1 BSpKG).

- 285** (bb) Die *Generalklausel* staatlicher Aufsichtstätigkeit enthält §3 Abs. 1 Satz 3 BSpKG, der das BAK ermächtigt, alle Anordnungen zu treffen, die 'erforderlich sind, um den Geschäftsbetrieb einer Bausparkasse mit den allgemeinen Geschäftsgrundsätzen und den allgemeinen Bedingungen für Bausparverträge im Einklang zu erhalten'. Die Vorschrift stellt eine allgemeine Ermächtigung dar, Verwaltungsanordnungen in den vom Gesetz gesteckten Grenzen zu erlassen¹¹⁹. Die Befugnis des §3 BSpKG erstreckt sich auf die Beachtung der Einhaltung aller Vorschriften des Bausparkassengesetzes und des Kreditwesengesetzes. Damit bleibt die Aufsichtskompetenz des BAK erheblich unter dem totalen 'den ganzen Geschäftsbetrieb' der privaten Bausparkassen erfassenden Aufsichtsrecht zurück, wie es dem BAV nach §112 VAG i.V.m. §81 VAG zustand¹²⁰. Von der Beschränkung werden auch die Kontrollbefugnisse bezüglich der ABB erfaßt. §3 Abs. 1 Satz 2 BSpKG spricht ausdrücklich nur von Anordnungen, 'um den Geschäftsbetrieb mit den ABB im

Einklang zu halten'. Das heißt nichts anderes, als daß das BAK nur Maßnahmen treffen kann, die zur Einhaltung der ABB erforderlich sind¹²¹.

Eine besondere Eingriffsermächtigung enthält §9 Abs. 2 Satz 1 BSpKG, wonach das BAK eine Änderung der ABB verlangen kann, wenn die Erfüllung der von der Bausparkasse übernommenen Verpflichtungen nicht mehr gewährleistet erscheint. Die Vorschrift betrifft nur neue Verträge, das BAK kann also nicht wie das BAV gemäß §81a Satz 2 VAG in laufende Verträge rechtsgestaltend eingreifen. Abgesehen davon entspricht die Vorschrift §81a Satz 1 VAG. Einen Anhaltspunkt dafür, wann ein ausreichender Gefährdungsgrund vorliegt, gibt das Gesetz nicht. Allerdings bedarf es nicht einer akuten Gefahr, wie sie §15 BSpKG vorsieht¹²².

§9 Abs. 2 Satz 2 BSpKG berechtigt das BAK, den Abschluß neuer Verträge zu verbieten, wenn die Voraussetzungen des Satz 1 gegeben sind. Diese neben §46 Abs. 1 KWG bestehende Befugnis ist nur als vorübergehende einstweilige Maßnahme möglich. Da ein Verlangen nach Satz 1 bereits die einstweilige Versagung des Abschlusses neuer Verträge beinhaltet, kann Satz 2 nur in den Fällen Bedeutung gewinnen, in denen das BAK es für notwendig erachtet, den Abschluß neuer Verträge als Sofortmaßnahme zu verbieten, bevor es sich darüber klar wird, ob ein Änderungsverlangen gestellt werden soll oder welchen Inhalt es haben soll¹²³.

§11 BSpKG enthält die bemerkenswerte Befugnis des BAK, den Geschäftsleiter abzurufen, wenn dieser schuldhaft gegen die in §5 Abs. 3 bezeichneten Bestimmungen der ABB verstößt. §15 BSpKG beinhaltet ebenso wie §89 VAG die Möglichkeit, alle Arten von Zahlungen einstweilig zu verbieten, wenn eine Gefahr für die Erfüllung der Verpflichtungen einer Bausparkasse besteht. Zwar ist Konkursreife nicht erforderlich, jedoch müssen erhebliche wirtschaftliche Schwierigkeiten vorliegen, die zu einer konkreten Gefahr für die Gläubiger führen¹²⁴.

286 (cc) Das Bausparkassengesetz und privatrechtliche Vorschriften bestimmen den Inhalt der ABB. Die entscheidenden Vorschriften sind in §5 Abs. 3 und §8 Abs. 1 BSpKG geregelt. §5 Abs. 3 BSpKG schreibt vor, welche Sachgebiete in den ABB geregelt werden müssen. Über den materiellen Inhalt der ABB sagt die Vorschrift nichts aus. Dennoch kommt ihr insoweit Bedeutung zu, als nur die ABB gemäß §5 Abs. 3 BSpKG der Genehmigungspflicht des BAK unterliegen (§8 Abs. 1, §9 Abs. 1 Satz 1 und 2, §18 Abs. 5 BSpKG). Über diesen Umfang hinausgehende ABB-Bestimmungen sind dem BAK nur anzuzeigen (§9 Abs. 1 Satz 3 BSpKG).

Maßgebliche Vorschrift, an der sich die Bausparkassen bei der Aufstellung ihrer ABB orientieren müssen, ist deshalb allein §8 Abs. 1 Nr 1 BSpKG, Nr 2 sowie die Beispielfälle des Nr 3 enthalten letztlich nur eine Konkretisierung des Begriffs der Wahrung der Belange der Bausparer. Die Ausfüllung dieses unbestimmten Rechtsbegriffs dürfte in der Praxis die meisten Schwierigkeiten verursachen. Maßgebend ist dabei allerdings nicht nur die Interessenlage des einzelnen Bausparers, vielmehr ist in besonderem Maße die Gesamtheit aller Bausparer zu sehen, die Kraft ihrer kollektivrechtlichen Bindung in einem besonders geprägten Verhältnis zueinander stehen, das bei Berücksichtigung ihrer Belange auch besonders gewertet werden oder demgegenüber das

Individualinteresse zurücktreten muß¹²⁵. Wenn auch die Belange der Bausparer das Maß sind, an dem sich die Bausparkassen orientieren müssen, so ergibt sich gegenüber dem Versicherungsrecht dennoch eine wichtige Einschränkung. Während es dort auf die Wahrung der Belange der Versicherten nach dem Geschäftsplan ankommt, der alle Aspekte des Geschäftsbetriebes umfaßt, stellt §8 Abs. 1 Nr 3 BSpKG nur darauf ab, ob die ABB sonstige, das heißt in Nr 1 und 2 nicht angesprochene Belange der Bausparer ausreichend wahren. Damit liegt kein Versagungsgrund nach Nr 3 vor, wenn bei Tätigkeiten einer Bausparkasse, die nicht in den ABB geregelt sind, weil sie nicht zu deren gesetzlichem Mindestinhalt gehören, die Belange der Bausparer nicht ausreichend gewahrt werden¹²⁶.

Die Belange der Bausparer werden auch dann nicht ausreichend geschützt, wenn die zur Genehmigung vorgelegten ABB gegen zwingende privatrechtliche Vorschriften verstoßen. Neben den §§134, 138 BGB müssen die Bausparkassen und das BAK vor allem die Vorschriften des AGB-Gesetzes beachten¹²⁷.

287 (dd) Art und Weise der Einflußnahme der BAK entspricht der im Versicherungswesen geschilderten Situation. Von den Eingriffsbefugnissen wird kaum oder gar kein Gebrauch gemacht, weil der Schwerpunkt der Tätigkeit in der schlicht verwaltenden Tätigkeit liegt.

288 (d) *Kontrolle der AGB der Hypothekenbanken*

Eine Kontrolle der AGB der Hypothekenbanken ist in beschränktem Umfang nach dem Hypothekendarlehensgesetz (HBG) vom 5.2.1963 möglich.

Hypothekenbanken sind gemäß §1 HBG privatrechtliche Kreditinstitute, deren Geschäftsbetrieb darauf gerichtet ist, inländische Grundstücke zu beleihen und aufgrund der Hypotheken Schuldverschreibungen auszugeben oder Darlehen an inländische Körperschaften oder Anstalten des öffentlichen Rechts oder gegen Übernahme der vollen Gewährleistung durch eine solche Körperschaft oder Anstalt zu gewähren (Kommundarlehnen) und aufgrund der erworbenen Forderungen Schuldverschreibungen (Kommunalschuldverschreibungen) zu vergeben.

Die Aufsicht über die Hypothekenbanken übt das BAK nach den Vorschriften des HBG und des Gesetzes über das Kreditwesen aus (§3 HGB). §4 HGB schließlich regelt die Befugnisse der Aufsichtsbehörde. Sie darf alle Anordnungen treffen, welche erforderlich sind, um den Geschäftsbetrieb der Bank mit den Gesetzen, der Satzung und den sonst verbindlicherweise getroffenen Bestimmungen im Einklang zu erhalten. §4 HBG ist wie §3 Abs. 1 Satz 1 BSpKG oder §81 VAG die Generalklausel des Aufsichtsrechts. Ihrem Umfang nach ist sie erheblich weiter als §3 KWG, aber auch als §3 BSpKG¹²⁸. Anordnungen nach §4 HBG müssen erforderlich sein, um den Geschäftsbetrieb der Bank mit den Gesetzen im Einklang zu erhalten: hierzu zählen neben dem KWG und dem HBG auch das Aktiengesetz, das UWG und HGB, die Satzung und die sonstigen verbindlicherweise getroffenen Bestimmungen. Zu denken ist hier vor allem an die Grundzüge der Hypothekenbedingungen nach §15 HBG¹²⁹. Wie im Bausparkassenwesen kann das BAK nur Anordnungen treffen, die zur *Einhaltung* der Allgemeinen Geschäftsbedingungen erforderlich sind.

Eine inhaltliche Kontrolle der AGB der Hypothekenbanken ist aber im Rahmen des §15 HBG durch das BAK zulässig. §15 HBG verpflichtet die Bank, die Grundzüge der Bedingungen für die hypothekarischen Darlehen aufzustellen und behält der Aufsichtsbehörde das Recht vor, diese Grundzüge zu genehmigen. Das Gesetz sagt allerdings nichts darüber, was zum Inhalt der Grundzüge gehört. Satz 2 läßt immerhin erkennen, daß es als wesentlich und stets notwendig erachtet zu bestimmen, welche Nachteile den Schuldner bei nicht rechtzeitiger Kündigung treffen, sowie unter welchen Voraussetzungen die Bank befugt ist, die vorzeitige Rückzahlung der Hypothek zu verlangen. Daneben enthalten die §§14 und 17 bis 21 HBG Bestimmungen, die der Gestaltungsfreiheit der Banken Grenzen setzen. Alle weiteren Klauseln müssen zwischen der Bank und der Aufsichtsbehörde ausgehandelt werden, ohne daß das HBG Anhaltspunkte bietet¹³⁰. Wie im Versicherungswesen und im Bausparkassenwesen müssen auch hier die Vorschriften des AGB-Gesetzes beachtet werden.

289 (e) Kontrolle der AGB der Kapitalanlagegesellschaften

Kapitalanlagegesellschaften sind gemäß §1 des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG) Unternehmen, deren Geschäftsbetrieb darauf gerichtet ist, bei ihnen angelegtes Geld im eigenen Namen für gemeinschaftliche Rechnung der Einleger nach dem Grundsatz der Risikomischung in Wertpapieren oder Grundstücken sowie Erbbaurechten gesondert von dem eigenen Vermögen anzulegen und über die hieraus sich ergebenden Rechte der Einleger (Anteilinhaber), Urkunden (Anteilscheine) auszustellen. Kapitalanlagegesellschaften unterliegen neben dem KAGG auch den für Kreditinstitute geltenden gesetzlichen Vorschriften. Danach ist das BAK die maßgebliche Aufsichtsbehörde, deren Befugnisse sich nach §6 Abs. 1 KWG richten¹³¹. Daraus folgt, daß ebenso wie für Banken keine speziellen Eingriffsbefugnisse gegen unbillige AGB bestehen.

Gemäß §15 Abs. 2 Satz 1 KAGG müssen die Vertragsbedingungen, nach denen sich das Rechtsverhältnis der Kapitalanlagegesellschaften für den Anteilinhaber bestimmt, vom BAK genehmigt werden. Diese Genehmigung wird nur dann erteilt, wenn der Katalog des §15 Abs. 3 KAGG beachtet wurde. Abs. 3 zählt die Bestimmungen auf, die in AGB enthalten sein sollen. Der genaue Inhalt der Bestimmungen wird nicht festgelegt, es wird nur klargestellt, worüber etwas gesagt werden soll. Das Gesetz gibt keine weiteren Anhaltspunkte zur Konkretisierung der Vertragsbedingungen. Das BAK hat inzwischen Musterbedingungen ausgearbeitet¹³². Diese sehen unter anderem vor, daß auch Änderungen der Vertragsbedingungen der Zustimmung durch das BAK bedürfen, ein Komplex, zu dem das Gesetz ebenfalls schweigt¹³³.

Die Möglichkeiten der Einflußnahme des BAK auf die Ausgestaltung der AGB sind wegen der fehlenden gesetzlichen Anhaltspunkte als gering einzuschätzen.

290 (f) Kontrolle der AGB von Fernunterrichtsveranstaltern

Fernunterrichtsverträge bedürfen der Zulassung durch die ZFU¹⁹⁷. Die Hauptaufgabe der ZFU besteht darin, das vorgelegte Unterrichtsmaterial

darauf hin zu überprüfen, ob der Teilnehmer das angegebene Lernziel mit dem vorhandenen Material erreichen kann. Dazu gehört auch eine Überprüfung der vom Veranstalter vorgesehenen Vertragsbedingungen. Insbesondere hat die ZFU zu untersuchen, ob die AGB die vom Gesetzgeber zwingend vorgeschriebenen Vertragsbestimmungen enthalten.

291 (g) Haftung des Staates für Pflichtverletzungen der Angestellten und Beamten des BAV, BAK und der ZFU

Der Staat, hier die Bundesrepublik Deutschland, haftet gemäß §839 BGB, Art. 34 GG für schuldhafte Amtspflichtsverletzungen seiner Angestellten und Beamten. Da *BAK* und *BAV* Bundesbehörden sind, kann sich theoretisch eine Haftung ergeben, wenn die genannten Behörden ihre zahlreichen Aufsichtspflichten nicht ordnungsgemäß wahrnehmen. Die Staatshaftung nach §839 BGB, Art. 34 GG setzt voraus, daß die Erfüllung der Aufsichtspflichten den Bankkunden bzw. den Versicherungsnehmern gegenüber obliegt. Während die Rechtsprechung bis 1978 davon ausging, daß die Aufsichtsaufgaben im Interesse der Allgemeinheit bestehen und keine Amtspflicht gegenüber dem einzelnen Versicherungsnehmer — Bankkunden — begründen¹³⁴, hat der BGH in zwei Entscheidungen aus dem Jahre 1979 für den Bereich des Kreditwesens anerkannt, daß der Verbraucher grundsätzlich den Staat für Amtspflichtsverletzungen von Angestellten des Bundesaufsichtsamtes für das Kreditwesen haftbar machen kann¹³⁵. Es bleibt abzuwarten, wie sich diese Rechtsprechung auf das Versicherungswesen auswirkt.

Offen ist, ob die Rechtsprechung sich auch bei Amtspflichtsverletzungen von Beamten oder Angestellten der ZFU durchsetzen wird. Die Frage ist, soweit ersichtlich, noch nicht behandelt. Da das Fernunterrichtsschutzgesetz ein ausgesprochenes Verbraucherschutzgesetz ist, liegt es nahe, davon auszugehen, daß die von der ZFU zu erfüllenden Pflichten gerade auch gegenüber dem einzelnen Verbraucher bestehen.

292 (h) Würdigung

Ein durchorganisiertes staatliches Kontrollsystem existiert ohnehin nur im Versicherungswesen und gegenüber Bausparkassen. In allen anderen Bereichen ist der Maßnahmekatalog so bruchstückhaft, daß ernstlich von einer *Kontrolle* überhaupt nicht gesprochen werden kann.

VAG und Bausparkassengesetz aber sind keine Konsumentenschutzgesetze¹³⁶. Dies läßt sich anhand der Entstehungsgeschichte konsistent belegen. In seinem Kern trug das VAG aus dem Jahre 1901 Bestrebungen Rechnung, welche nicht etwa auf den Schutz der Belange der Versicherten gerichtet waren, sondern auf die Entwicklungstendenzen eines Wirtschaftszweiges. Die Versicherungswirtschaft selbst war an der Verabschiedung eines Gesetzes interessiert, weil es den Versicherern die Gewerbefreiheit im damaligen Reichsgebiet brachte. Die Vielstaaterei auf dem Gebiet der Versicherungsaufsicht war beseitigt, es existierte eine zentrale Zulassungs- und Aufsichtsinstanz. Gleichzeitig setzte das Gesetz die Voraussetzungen fest, unter denen in Zukunft das Versicherungsgeschäft betrieben werden konnte¹³⁷. So ist auch nicht

verwunderlich, daß das Gesetz damals in etwa das enthielt, was von den einflußreichen Versicherungsgesellschaften als notwendig und tragbar angesehen wurde. Auch den Novellierungen des Gesetzes brachte die Versicherungswirtschaft keinen Widerstand entgegen, eher arbeitete sie noch auf ein Mehr an staatlicher Aufsicht hin¹³⁸. Trotz dieses eindeutig feststellbaren geschichtlichen Hintergrundes wird in wissenschaftlichen Arbeiten und Kommentaren regelmäßig herausgestrichen, daß Hauptzweck des Gesetzes der Schutz der Belange der Versicherten war. Es wäre falsch zu behaupten, daß das Gesetz nicht auch derartige Ziele verfolgte, das Schwergewicht des Gesetzes lag aber auf dem soeben dargestellten Gebiet. Die von der Versicherungswissenschaft gegebene Einschätzung des Gesetzeszwecks kann auch nicht durch eine nunmehr fast 80 jährige Praxis des BAV bestätigt werden. Von den zahlreichen im Gesetz genannten Eingriffsbefugnissen hat das BAV eigentlich keinen Gebrauch gemacht. Mag sein, daß die unübersichtlichen und undifferenzierten Generalklauseln dem im Wege standen. Jedenfalls verhinderten sie die Ausprägung präziser aufsichtsrechtlicher Grundsätze¹³⁹. Wo konkrete Befugnisse fehlen, liegt es nahe, in Verhandlungen einzutreten. Die Aufsicht über die Bedingungen erfolgt deshalb nicht im Wege der Eingriffsverwaltung, sondern in bewährter Harmonie zwischen Versicherungsaufsicht und beaufsichtigten Unternehmen. Weiterentwicklungen erfolgen regelmäßig im gegenseitigen Einvernehmen. Praktisch reicht also der aufsichtsrechtliche Konsumentenschutz so weit, wie dies auch für die Unternehmen einsichtig ist¹⁴⁰. Damit werden die Unternehmen selber zum Sachwalter des Verbraucherschutzes. Daraus jedoch zu folgern, daß im Versicherungswesen ein umfassender Verbraucherschutz gewährleistet sei, erscheint oberflächlich. Vielmehr sind die Interessen der Verbraucher gerade dann am wenigsten gewahrt, wenn der Umfang und das Ausmaß allein in den Händen der Wirtschaft liegt (130). Von diesem Grundsatz macht auch die Versicherungswirtschaft keine Ausnahme. Zwei Beispiele mögen die hier vertretene Auffassung untermauern. Wenn in der Versicherungswirtschaft der Verbraucherschutz bereits so weit verwirklicht wäre, wie die Versicherungswirtschaft behauptet, ist nicht erklärlich, warum sie gegenüber der Einbeziehung von AVB in das AGB-Gesetz so erbittert Widerstand geleistet hat¹⁴¹. Noch heute versuchen der Versicherungswirtschaft nahestehende Wissenschaftler, die Unvereinbarkeit der Verbotskataloge der §§10 and 11 AGBG mit den besonderen Verhältnissen im Versicherungswesen zu rechtfertigen. Ferner ist unter dem Gesichtspunkt eines effektiven Verbraucherschutzes die Haltung der Aufsichtsbehörde gegenüber der Gleichförmigkeit von Allgemeinen Geschäftsbedingungen anzweifelbar. Bekanntlich hält das BAV einheitliche AVB für wünschenswert, was mit einer Erhöhung der Markttransparenz begründet wird. Gleichzeitig führen einheitliche AVB aber zu einer weitgehenden Kartellierung, da die Versicherer in ihren AVB nahezu die gleichen Leistungen anbieten. Es ist schon fraglich, ob die Praxis nicht gegen §102 GWB verstößt, der zwar die Bildung von Konditionenkartellen zuläßt, die AVB aber nicht vollständig von jeder Kontrolle durch das GWB freistellen wollte (35). Mit dieser Haltung verwickelt sich die Aufsichtsbehörde in erhebliche Widersprüche. Denn einen Pfeiler des Verbraucherschutzes bildet für die Befürworter der freien Marktwirtschaft ein funktionierender Wettbewerb.

Genau der wird aber durch einheitliche AVB eingeschränkt. Selbst wenn man davon ausgeht, daß trotz der vereinheitlichten AVB im Versicherungswesen Wettbewerb stattfindet, stellt sich die Frage, ob dieser Wettbewerb tatsächlich den Interessen der Verbraucher dient. Schließlich muß er durch seine Prämien die erheblichen Ausgaben bezahlen, mit denen die Unternehmen ihren Wettbewerb (Werbung, Provisionsvertreter) bezahlen müssen. Aus der Sicht des Verbrauchers ist es aber erforderlich, derartige Überlegungen mit in seine Erwägungen einzubeziehen¹⁴². Tatsächlich versteht das BAV die aufsichtsrechtlichen Bestimmungen als prinzipiell gute Ordnung. Verbesserungsvorschläge bewegen sich stets im Rahmen der gesetzlichen Regelungen und des bestehenden Marktsystems (36). Eine Änderung des gesamten Versicherungswesens hin auf einen effektiveren Verbraucherschutz ist zwar theoretisch möglich, da die Eingriffstatbestände allesamt generalklauselartigen Charakter haben, und einen weiten Verhaltensspielraum eröffnen. Zur praktischen Durchführung wäre jedoch eine Neubestimmung der Aufgaben des BAV notwendig, die sich auch gesetzlich niederschlagen müßte.

Die Beteiligung von Verbrauchervertretern in den Aufsichtsratsgremien hat bislang eine Änderung der beschriebenen Praxis nicht herbeigeführt.

Das Gesagte trifft im Großen und Ganzen auch auf die Kontrolle von Bausparkassen zu. 1931 wurden die Bausparkassen weitgehend den Aufsichtsbestimmungen des VAG unterstellt. Begründet wurde dies mit der im wesentlichen gleichen Ausgangslage im Bausparkassenwesen¹⁴³. Die 1972 verabschiedete sondergesetzliche Regelung brachte keine grundlegende Änderung des Gesetzeszwecks. Eine Einschätzung des Fernunterrichtsschutzgesetzes ist bereits gegeben worden (200).

4 Verbandsklage gemäß §13 AGBG

293 Das AGB-Gesetz hat in §13 die Verbandsklage eingeführt. Ziel dieses Klagetyps ist es, eine abstrakte Kontrolle von unbilligen AGB zu ermöglichen. Denn nach bisherigem Recht war eine Kontrolle von AGB nur im Rahmen eines Individualprozesses möglich. Eine zugunsten des Verbrauchers ergangene Entscheidung über die Wirksamkeit einer unbilligen AGB-Klausel entfaltete zudem nur Wirkung zwischen den Parteien des Rechtsstreits. Die AGB-Verwender konnten die entsprechende Klausel weiter aufstellen, auch wenn für sie die Gefahr bestand, bei einem erneuten Rechtsstreit zu unterliegen. Die Verbandsklage gibt nun den Verbraucherverbänden eine vom Einzelfall losgelöste abstrakte Kontrollbefugnis. Erklärt das Gericht eine von den Verbraucherverbänden gerügte Klausel für rechtswidrig, so kommt der Entscheidung des Gerichts eine gewisse Breitenwirkung für alle danach geführten Individualprozesse zu. Dies wird dadurch erreicht, daß ein vom Gericht ausgesprochenes Unterlassungsgebot in Drittprozessen zwischen dem unterlegenen AGB-Verwender und einzelnen Verbrauchern Wirkungen entfaltet, wenn die betroffenen Verbraucher sich auf das obsiegende Urteil in der Verbandsklagesache berufen. Der Gesetzgeber hofft, mit dieser Regelung den Rechtsverkehr so weit wie möglich von rechtswidrigen AGB freizuhalten¹⁴⁴. Dieses Ziel wäre aber weit eher und besser mit Hilfe einer behördlichen Kontrollbefugnis erreicht worden. Denn diese wäre von Amts wegen erfolgt,

während bei der Kontrolle durch die Verbandsklage letztlich entscheidend sein wird, in welchem Umfang die Verbraucherverbände von den ihnen zugestandenen Rechten Gebrauch machen. Damit wird das Maß der Kontrolle aber zum Großteil in den außerrechtlichen Bereich verlegt. Ob Verbraucherverbände tätig werden, richtet sich nämlich nicht allein nach dem Ausmaß der eingeräumten Rechte, diese bilden nur die Voraussetzung, um überhaupt tätig werden zu können. Vielmehr gewinnen hier personelle und finanzielle Ausstattung, Qualifikation und Einsatz der Mitarbeiter und das Selbstverständnis der Organisation eminente Bedeutung. Leider hat der Gesetzgeber andere Vorschläge zur Einführung einer behördlichen Kontrolle verworfen¹⁴⁵, so daß es nun Aufgabe der Verbraucherschutzverbände ist, die neue Rechtslage optimal auszunutzen. Auffällig ist dennoch, daß der Gesetzgeber der verfahrensmäßigen Regelung so wenig Aufmerksamkeit gewidmet hat. Dies zeigt sich nicht nur in der noch kurz vor Verabschiedung des Gesetzes nach hektischem Hin und Her ausgehandelten jetzigen Regelung¹⁴⁶. Bereits während der Gesetzgebungsarbeiten wurde der verfahrensmäßige Komplex trotz der eingehenden rechtswissenschaftlichen Diskussionen auf dem 50. Deutschen Juristentag sträflich vernachlässigt¹⁴⁷. Nicht einmal die Erfahrungen aus dem Verbandsklagerecht nach §13 UWG konnten verwertet werden, da das in Auftrag gegebene Gutachten¹⁴⁸ erst viel später fertiggestellt werden konnte, als es für eine sinnvolle Auswertung notwendig gewesen wäre. Der Grund mag wohl darin liegen, daß in den beteiligten Kreisen eine große Scheu bestand, sich mit diesem heißen Eisen überhaupt zu befassen.

(a) *Aktivlegitimation der klagenden Verbände*

294 (aa) §13 Abs. 2 Nr 1 AGBG gewährt *Verbraucherverbänden* eine Klagbefugnis, wenn sie die vom Gesetz genannten Voraussetzungen erfüllen. Danach muß es sich zunächst einmal um einen rechtsfähigen Verband handeln, womit allerdings nichts anderes gemeint ist als ein rechtsfähiger eingetragener Verein. Dieser Verein kann, wie sich aus dem zweiten Satzteil von Abs. 2 Nr 1 ergibt, auch nur aus natürlichen Personen als Mitgliedern bestehen. Weiter muß es 'zu den satzungsgemäßen Aufgaben des Vereins gehören, die Interessen der Verbraucher durch Aufklärung und Beratung wahrzunehmen'. Da diese Formulierung wörtlich mit §13 UWG übereinstimmt, ist für die Interpretation auch das zu §13 UWG ergangene Grundsatzurteil des BGH heranzuziehen¹⁴⁹. Danach kann nur ein solcher Verein klagen, der Verbraucheraufklärung und Beratung nicht nur zum Schein in die Satzung aufgenommen hat, sondern diese Tätigkeiten auch tatsächlich wahrnimmt. Dies schließt ein, daß der Verein sich nicht darauf beschränken darf, nur die Verbraucherinteressen seiner Mitglieder zu vertreten. Er muß sich vielmehr um Beratung und Aufklärung der privaten Letztverbraucher schlechthin bemühen¹⁵⁰. Deshalb sind Vereine, deren satzungsgemäßes Ziel es ist, die Klagbefugnis nach §13 UWG und §13 AGBG wahrzunehmen, nicht klagbefugt. Problematisch ist die Rechtslage bezüglich der im DGB zusammengeschlossenen Gewerkschaften¹⁵¹.

Gewerkschaften sind, obwohl sie nicht rechtsfähig sind, parteifähig¹⁵². Hauptaufgabe der Gewerkschaften ist die Wahrung der Interessen der Arbeitnehmer. Durch eine kürzlich vorgenommene Satzungsänderung haben die

Gewerkschaften die Vertretung der Verbraucherinteressen als Nebenaufgabe in ihre Satzung aufgenommen. Da die Gewerkschaften auf Teilgebieten auch tatsächlich Verbraucherinteressen wahrnehmen, ist ihnen die Klagbefugnis zuzuerkennen¹⁵³. Ein Verbraucherverband kann sich lediglich auf Teilbereiche des Verbraucherschutzes beschränken, ohne daß er die Klagbefugnis verlieren würde¹⁵⁴.

Der zweite Satzteil von Abs. 2 Nr 1 schließlich stellt klar, daß der Verbraucherverband als Dachverband organisiert sein oder auch aus 75 natürlichen Mitgliedern bestehen kann. Dieses Erfordernis soll gewährleisten, daß hinter dem Verband eine nennenswerte Repräsentation von Verbrauchern steht. Kommt es zum Streit, ob der klagende Verband die Voraussetzungen des §13 Abs. 2 Nr 1 AGBG erfüllt, so muß das Gericht von Amts wegen die Zweifel aufklären¹⁵⁵.

Eine Einschränkung des Klagerechts der Verbraucherverbände ergibt sich aus §13 Abs. 3 AGBG. Danach entfällt das Klagerecht, wenn die fraglichen AGB nur gegenüber Kaufleuten verwendet werden und der Vertrag zum Betrieb eines Handelsgewerbes gehört, oder wenn AGB zur ausschließlichen Verwendung zwischen Kaufleuten empfohlen werden.

295 (bb) Nr 2 des §13 Abs. 2 AGBG stimmt nahezu wörtlich mit §13 Abs. 1 UWG überein. Danach sind klagbefugt *'alle rechtsfähigen Verbände zur Förderung gewerblicher Interessen'*. Die zu §13 UWG ergangene Rechtsprechung und Literatur kann deshalb zur Interpretation des §13 AGBG herangezogen werden¹⁵⁶. Danach muß der Wirtschaftsverband nicht notwendig die gewerblichen oder beruflichen Interessen von Personen in ihrem ganzen Umfang fördern wollen. Auch Verbände, die sich speziell und ausschließlich der Aufgabe widmen, unlauteren Wettbewerb¹⁵⁷ oder noch spezieller unangemessene Geschäftsbedingungen¹⁵⁸ zu bekämpfen, sind klagberechtigt. Anders als ein Verbraucherverband kann ein Wirtschaftsverband auch nur die Interessen seiner Mitglieder vertreten¹⁵⁹. Die Förderung gewerblicher Interessen braucht außerdem nicht das einzige und auch nicht das prägende Merkmal zu sein¹⁶⁰. Schließlich können Wirtschaftsverbände alle Verstöße gegen das AGB-Gesetz, die sowohl den Interessenkreis des Verbraucherverbandes als auch außerhalb liegende Bereiche erfassen, rügen. Sie müssen lediglich im Rahmen des durch die Satzung definierten Interessenbereiches liegen¹⁶¹.

Nur bezüglich der Anforderungen an die Rechtsfähigkeit, an die die tatsächliche Wahrnehmung der Klagbefugnis begründenden satzungsgemäßen Aufgaben¹⁶² und der Beschränkung der satzungsgemäßen Aufgaben auf AGB-Probleme gilt auch für Wirtschaftsverbände das für Verbraucherverbände Gesagte¹⁶³. Vergleicht man die gesetzlichen Regelungen des Abs. 2 Nr 1 und Nr 2, so fällt auf, daß detaillierten Voraussetzungen an Verbraucherverbände einige laxere Anforderungen an Wirtschaftsverbände gegenüberstehen. Dieser gesetzlichen Regelung dürfte die Auffassung zugrundeliegen, daß es weit eher Sache der Wirtschaft und deren Selbstkontrollenrichtungen ist, Mißstände zu beseitigen.

296 (cc) Daß Abs. 2 Nr 3 die *Industrie- und Handelskammern* ausdrücklich nennt, hat nur klarstellende Funktion¹⁶⁴. Nr 3 zählt Beispielsfälle der in Nr 2

genannten Verbände auf¹⁶⁵. Neben den Industrie- und Handelskammern sind auch Anwalts- und Ärztekammern klagberechtigt¹⁶⁶.

297 (dd) Das AGB-Gesetz berechtigt dem Wortlaut nach *Einzelpersonen nicht zur Klagerhebung*. Der Gesetzesentwurf der CDU/CSU Fraktion billigte dagegen dem einzelnen Verbraucher ein derartiges Klagerecht zu. Die Übernahme einer entsprechenden gesetzlichen Regelung wurde mit dem Hinweis abgelehnt, daß ein schutzbedürftiges Interesse des Verbrauchers an einer isolierten Klage nicht bestehe, weil er die Umwirksamkeit im Rahmen seines Vertragsrechts geltend machen könne¹⁶⁷. Die herrschende Meinung verweigert aufgrund der Gesetzgebungsgeschichte dem einzelnen Verbraucher ein Klagerecht¹⁶⁸. Eine richterliche Rechtsfortbildung ist jedoch nicht ausgeschlossen. Anknüpfungspunkt dafür könnte die Rechtsnatur des Klagerechts nach §13 AGBG sein. Inhaltlich rückt das Gesetz die Verbandsklage in die Nähe der unerlaubten Handlung. Dann liegt es aber auch nahe, dem einzelnen Verbraucher ein Klagerecht einzuräumen¹⁶⁹.

298 (b) *Widerrufs- und Unterlassungsanspruch gemäß §13 Abs. 1 AGBG*

Gemäß §13 Abs. 1 AGBG kann auf Unterlassung und im Fall des Empfehls auch auf Widerruf jeder in Anspruch genommen werden, der in AGB Bestimmungen, die nach §§9 bis 11 AGBG unwirksam sind, *verwendet* oder für den rechtsgeschäftlichen Verkehr *empfiehlt*. Das Gesetz unterscheidet also zwischen einem Widerrufs- und einem Unterlassungsanspruch. Die Kernfrage der Verbandsklage des §13 AGBG ist die, wogegen sich der Unterlassungs- bzw. Widerrufsanspruch richtet und welche konkreten Anforderungen an die Beweisführung des klagenden Verbandes gestellt werden¹⁷⁰. Die wohl herrschende Meinung in der Literatur geht davon aus, daß der AGB-Begriff für die Verbandsklage derselbe ist wie für die materiell rechtliche Fragestellung¹⁷¹. Diese Auffassung hätte in letzter Konsequenz zur Folge, daß unabhängig davon, ob die AGB verwendet oder nur empfohlen wurden, Klage erst erhoben werden kann, wenn nachweislich drei Verbraucher geschädigt worden sind. Übersehen wird dabei, daß der AGB-Begriff des §13 sich bereits dadurch von dem der §§1 bis 12 AGBG unterscheidet, daß auch gegen denjenigen vorgegangen werden kann, der AGB nur empfiehlt und nicht verwendet. Eine eigenständige Bedeutung kommt dem Merkmal 'empfehlen' nämlich nur zu, wenn Rechtsschutz bereits gewährt wird, bevor die AGB überhaupt in den Rechtsverkehr gelangt sind. Die von der herrschenden Meinung vertretene Übertragung des AGB-Begriffs kann, wenn überhaupt, nur hinsichtlich des Tatbestands der Verwendung gelten. Auch insoweit bestehen aber Bedenken, weil die der Verbandsklage beigelegte Präventivfunktion dadurch *ad absurdum* geführt würde. Deshalb lassen einige Kommentatoren die drohende Verwendung ausreichen¹⁷², weil nur so der Rechtsverkehr, der ja Schutzobjekt der Verbandsklage ist, von unbilligen AGB freigehalten werden kann. Genau aus diesem Grund wird vertreten, den vorgelagerten AGB-Begriff bereits dann gelten zu lassen, wenn noch keinerlei vertragliche Verwendung stattgefunden hat, wenn aber der Aufsteller erkennen läßt, daß er selbst oder ein Dritter eine solche Verwendung bezweckt¹⁷³. Allein die zuletzt genannte Auffassung trägt dem Zweck der Verbandsklage Rechnung.

Eine Unterlassungs- oder Widerrufsverpflichtung löst nach dem Wortlaut des Gesetzes nur ein Verbot des Gebrauchs solcher AGB-Klauseln aus, die 'nach §§9 bis 11 dieses Gesetzes' unwirksam sind. Damit ist zum einen klargestellt, daß bereits einzelne Klauseln zur Klagerhebung Anlaß geben können, nicht etwa ist erforderlich, daß die gesamten AGB unbillig sind¹⁷⁴. Zum anderen sollen dadurch AGB im Sinne des §13 ABGB von solchen unterschieden werden, die nicht Vertragsbestandteil werden (§§2 bis 4 ABGB). Da sich jedoch die Anwendungsbereiche von §§3 und 4 ABGB einerseits und §§9 bis 11 ABGB andererseits überschneiden, können die in §§3 und 4 ABGB enthaltenen Wertungen sehr wohl im Rahmen einer Verbandsklage mit einbezogen werden¹⁷⁵. Der Schutzzweck der verfahrensrechtlichen Regelungen, wonach Störungen und Beeinträchtigungen des Rechtsverkehrs durch unwirksame AGB weitgehend verhindert werden sollen, verlangt, auch sonstiges zwingendes Recht als Prüfungsmaßstab heranzuziehen, zum Beispiel das Abzahlungsgesetz, das Fernunterrichtsschutzgesetz, die Vorschriften über den Reisevertrag §§134, 242 BGB¹⁷⁶. Es ist ohnehin nicht einzusehen, wieso nicht ein entsprechender Passus ausdrücklich in das Gesetz aufgenommen worden ist¹⁷⁷.

- 299 (aa) Gegen die Verpflichtung, die Verwendung unbilliger AGB zu *unterlassen*, verstößt derjenige, der dies dann doch tut, nicht nur durch den Abschluß von Verträgen, sondern in jeder Form, in der er mit den Bedingungen auf dem Markt auftritt¹⁷⁸. Das Gleiche gilt für denjenigen, der AGB zwar nicht selbst verwendet, sie jedoch empfiehlt.

Von der Unterlassungsverpflichtung ist die Beseitigungsverpflichtung zu unterscheiden. Im Wettbewerbsrecht gilt zwar der Grundsatz, daß ein Unterlassungsanspruch auch einen Beseitigungsanspruch umfaßt, wenn von einem Wettbewerbsverstoß fortlaufende Störungen ausgehen¹⁷⁹. Dieser Grundsatz ist auf das AGB-Recht jedoch nicht übertragbar. Denn das AGB-Gesetz hat den Störungsbeseitigungsanspruch besonders geregelt und ihn nur in der Form eines gegen den Empfehler gerichteten Widerrufsanspruchs begründet. Der Verwender von AGB ist also nur gehalten, die Weiterverwendung zu unterlassen, nicht aber muß er die Kunden von sich aus darüber aufklären, daß die beanstandeten AGB nicht wirksam sind. Eine gewisse Einschränkung enthält dieser Grundsatz bei Dauerhandlungen¹⁸⁰. Eine solche Dauerhandlung ist anzunehmen wenn der Verwender sich technischer Mittel zur Kundgabe der AGB an die Öffentlichkeit bedient, zum Beispiel Anschlag von AGB im Geschäftslokal. Hier kann ihn das Unterlassungsurteil verpflichten, die AGB zu entfernen.

Als Voraussetzung für das Entstehen des Unterlassungsanspruchs nennt der Gesetzgeber nur die Verwendung unwirksamer AGB, nicht auch das Bestehen einer Wiederholungsgefahr. Dennoch ist die Wiederholungsgefahr Voraussetzung für das Bestehen eines Anspruchs. Es mag daher dahingestellt bleiben, ob die Wiederholungsgefahr materielle Anspruchsvoraussetzung¹⁸¹ oder Teil des Rechtsschutzbedürfnisses ist¹⁸². Einigkeit besteht jedenfalls darüber, daß die erstmalige Verwendung bestimmter AGB-Klauseln bereits die Wiederholungsgefahr so stark macht, daß weitere Tatsachen zur Begründung nicht notwendig sind.

Der Verwender kann grundsätzlich die Wiederholungsgefahr nur dadurch

abwenden, daß er eine strafbewährte Unterlassungserklärung abgibt. Keinesfalls ist die Wiederholungsgefahr bereits als beseitigt anzusehen, wenn der Verwender eidesstattlich versichert, daß er die AGB nicht mehr benutzt. Derartige Erklärungen bieten nämlich keine Handhabe, erneute Verstöße so zu ahnden, wie es sich der Gesetzgeber vorgestellt hat¹⁸³.

- 300** (bb) *Verwender ist nur derjenige*, in dessen Namen Verträge unter Einbeziehung von AGB geschlossen werden oder geschlossen werden sollen. Es ist dem Unternehmen zuzurechnen, wenn Betriebsangehörige ohne Wissen der Unternehmensleitung AGB in den Verkehr bringen. Insoweit hat das Unternehmen die Möglichkeit, sich nach §831 Abs. 1 Satz 2 BGB zu entlasten¹⁸⁴. Voraussetzung ist lediglich, daß die Betätigung des Betriebsangehörigen in der Anbahnung von Vertragsverhandlungen oder dem Abschluß von Verträgen besteht.
- 301** (cc) *Die Verpflichtung zum Widerruf* unwirksamer AGB besteht auch für denjenigen, der AGB *empfiehlt*. Dieser ist nicht notwendig mit dem Verwender identisch. Denn jemand, der unwirksame Bedingungen empfiehlt, verwendet sie nicht unbedingt auch gleichzeitig. Der Widerrufsanspruch entsteht mit der Empfehlung. Erforderlich ist lediglich, daß eine die Verwendung bestimmter Bedingungen anratende Äußerung bei einem Adressaten angekommen ist. Das Gesetz setzt keine Wiederholungsgefahr voraus¹⁸⁵. Dieses ist auch sinnvoll, da es sich bei einer Empfehlung häufig um einen einmaligen Akt handeln dürfte. Der Inhalt der Widerrufsverpflichtung ist in §17 Nr 4 AGBG festgelegt. Danach muß der Verpflichtete das Urteil in gleicher Weise bekanntgeben wie die Empfehlung verbreitet wurde.
- 302** (dd) Läßt sich relativ eindeutig bestimmen, wer als Verwender von AGB anzusehen ist, so wird dies bei der Definition des Empfehlers weit schwieriger. Das Gesetz bietet insofern einen Anhaltspunkt, als nur derjenige verantwortlich ist, der AGB 'für den rechtsgeschäftlichen Verkehr' empfiehlt. Da AGB aber grundsätzlich für den rechtsgeschäftlichen Verkehr empfohlen werden, scheint dieses Kriterium rechtlich wertlos zu sein. Vom Tatbestand der Norm her würden deshalb Autoren von Klauselwerken, auch wenn es sich um Rechtsanwälte und Notare handelt, nicht von vornherein als möglich Passivlegitimierte ausscheiden. Das mag sogar auf Wissenschaftler zutreffen¹⁸⁶. Es ist selbstverständlich, daß eine derart weite Auslegung einer einschränkenden Interpretation bedarf. Zunächst kann als Empfehler nur gelten, wer sich in eigenem Namen an die Verwender richtet. Darüberhinaus muß es demjenigen aus kommerziellen oder beruflichen Gründen auch darauf ankommen, daß bestimmte Klauseln verwendet werden. Schließlich wollte der Gesetzgeber nur solche Klauseln erfassen, welche sich an eine große Anzahl von Personen richten. Legt man diese Kriterien zugrunde, so dürften Wissenschaftler, Rechtsanwälte und Notare kaum zum Kreis der Passivlegitimierten zu rechnen sein¹⁸⁷.
- Problematisch ist, ob Empfehler auch Körperschaften des öffentlichen Rechts sein können, die durch ihre Behörden Musterbedingungen aufstellen lassen, wie das BAV und das BAK¹⁸⁸. Gegen die Anwendbarkeit der Verbandsklage auch auf staatliche Genehmigungsbehörden wird vor allem eingewendet,

daß das AGB-Gesetz als Empfehler nur Personen im Auge habe, die auf der Ebene der Gleichordnung handeln, ohne rechtliche Zwangsbefugnisse zu besitzen¹⁸⁹. Das Gesetz bietet jedoch keine Anhaltspunkte für eine derartige einschränkende Auslegung, zumal der verfahrensrechtliche Teil in aller Eile und ohne entsprechende Diskussion verabschiedet wurde.

303 (c) *Abmahnung*

Die Ansprüche auf Unterlassung der Verwendung und Empfehlung unwirksamer AGB sowie der Widerrufsanspruch können im Wege der Klage oder der einstweiligen Verfügung geltend gemacht werden, ohne daß dem Verwender oder Empfehler die Klage oder einstweilige Verfügung vorher angedroht werden muß. Die Klage kann also nicht mangels Rechtsschutzbedürfnisses scheitern, weil der AGB-Verwender nicht zuvor vom klagenden Verband aufgefordert worden ist, die Verwendung oder Empfehlung bestimmter AGB zu unterlassen¹⁹⁰.

Obwohl die Abmahnung insofern keine Voraussetzung einer zulässigen Klage ist, gehen die Kommentatoren davon aus, daß eine Abmahnung auch bei der Verbandsklage nach §13 AGBG geboten ist. Durchgehend werden die zu §13 UWG entwickelten Grundsätze auf das AGB-Gesetz übertragen. Eine Begründung wird regelmäßig nicht gegeben¹⁹¹. Offensichtlich wird aber stillschweigend davon ausgegangen, daß die Gleichartigkeit der Klagen die Übertragung der im Wettbewerbsrecht entwickelten Grundsätze erforderlich mache. Zuzugeben ist den Autoren, daß §13 AGBG §13 UWG nachgebildet ist. Damit ist zwar noch nicht gesagt, daß im AGB-Recht eine dem UWG vergleichbare Situation vorliegt. Denn es besteht ein bedeutender Unterschied in der Auswirkung der Klagen. Im UWG sind Streitigkeiten erledigt, wenn das betroffene Unternehmen wegen einer erfolgreichen Abmahnung keine Klage einzureichen braucht. Bei einer Rechtsstreitigkeit nach dem AGB-Gesetz muß den klagberechtigten Verbänden daran gelegen sein, ein Urteil zu erhalten, damit die Drittwirkung sich entfalten kann (293). Erst die Drittwirkung des Urteils gewährt dem Verbraucher einen verbindlichen Rechtsschutz. Eine vergleichbare Situation besteht im UWG-Bereich nicht. Die Anwendung der Grundsätze der Abmahnung kann auch nicht mit dem Hinweis gerechtfertigt werden, daß gemäß §93 ZPO dem obsiegenden Verband die Kosten des Verfahrens auferlegt werden können, wenn der Beklagte keine Veranlassung zur Klage gegeben hat. Denn §93 ZPO enthält nur einen allgemeinen prozessualen Grundsatz. Wann ein Verbraucherverband die Kosten einer gewonnenen AGB-Klage tragen muß, kann aber nur anhand von Kriterien ermittelt werden, die auf die Eigenart der Klage zugeschnitten sind. Die stark formalistischen Grundsätze der Abmahnung sind hierzu nicht geeignet^{191a}.

304 (d) *Vorläufiger Rechtsschutz*

Das AGB-Gesetz kennt keine §25 UWG entsprechende Vorschrift. Deshalb ist die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung gegen unbillige AGB-Klauseln allein nach den §§935ff ZPO zu beurteilen.

Der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung bietet sich vornehmlich

in zwei Fällen an: zum einen ließen sich die meisten unwirksamen Klauseln nach §13 AGBG im Eilverfahren beseitigen. Zum anderen könnten Bestimmungen, die in einem Kontrollverfahren rechtskräftig für unwirksam erklärt worden sind, aus den AGB von Drittverwendern desselben Gewerbebezuges rasch entfernt werden¹⁹². Der Verfügungsanspruch im Sinne der §§935, 940, 936, 916 Abs. 1 ZPO kann nur den den Verbänden nach §13 Abs. 2 AGBG verliehenen Anspruch auf Unterlassung umfassen. Als Verfügungsanspruch scheidet der Anspruch auf Widerruf von vornherein aus¹⁹³.

Allein die Meinungen über die Zulässigkeit einer einstweiligen Verfügung sind geteilt. Während die herrschende Literatur den Verbraucherverbänden die Möglichkeit zugesteht¹⁹⁴, im Eilverfahren über die Rechtswidrigkeit von AGB entscheiden zu lassen, hat das OLG Düsseldorf in einer vielbeachteten Entscheidung den Verbänden eben diese Möglichkeit versagt¹⁹⁵. Der Streit geht sowohl um das Bestehen eines Verfügungsanspruches als auch eines Verfügungsgrundes.

Ein *Verfügungsanspruch* bestünde nur, wenn der klagende Verband glaubhaft machen kann, daß die angegriffenen Klauseln tatsächlich gegen die §§9 bis 11 AGBG oder sonstige zwingende Rechtsvorschriften verstoßen. Das OLG Düsseldorf sieht den Weg der einstweiligen Verfügung versperrt, weil es bereits an einem Verfügungsgrund fehle. Aus den entscheidenden Passagen des Urteils ergibt sich, daß das Gericht sich tatsächlich gegen das Bestehen eines Anspruchs wendet¹⁹⁶:

‘Dem Allgemeininteresse ist in der Regel besser mit einem Urteil im ordentlichen Erkenntnisverfahren gedient, weil es die Möglichkeit zu einer gründlicheren Aufklärung des Sachverhaltes bietet. Der Erlaß einer einstweiligen Verfügung läßt sich demgegenüber nicht mit der Erwägung rechtfertigen, daß die Interessen der Verbraucher gefährdet sein können, wenn der Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen diese trotz eines laufenden Verfahrens im ordentlichen Erkenntnisverfahren weiterhin anwendet. Einmal ist insoweit zu berücksichtigen, daß die Kunden, die sich durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen beschwert fühlen, jederzeit das Recht haben, selbst gegen den Verwender vorzugehen. Vor allem aber spricht gegen den Erlaß einer einstweiligen Verfügung, daß eine im Verhältnis zwischen dem Verband und dem Verwender erlassene einstweilige Verfügung keine Rechtskraftwirkung gegenüber Kunden besitzt und diesen insoweit keinen Nutzen bringt.’¹⁹⁷

Die gegebene Begründung überzeugt indessen nicht. Unklar bleibt, wieso der Allgemeinheit mit einem ordentlichen Erkenntnisverfahren besser gedient sei. Hauptverfahren und Eilverfahren unterscheiden sich ja gerade durch den Umfang und die Genauigkeit der Prüfung des Sachverhaltes. Der Allgemeinheit — genauer den Verbrauchern — ist sehr wohl daran gelegen, daß rechtswidrige AGB so schnell als möglich aus dem Rechtsverkehr entfernt werden. Nur so können Schädigungen vermieden werden, worin gerade der Zweck der AGB-Verbandsklage besteht. Diesem erklärten gesetzgeberischen Zweck läuft es auch zuwider, wenn das Gericht die Verbraucher auf ihre individuellen Prozeßmöglichkeiten verweist. Diese Bürde soll ihm die Verbandsklage gerade abnehmen¹⁹⁸. Nicht ersichtlich ist schließlich, wieso das Fehlen der Bindungs-

wirkung nach §21 AGBG — und noch dazu ‘vor allem’ zur Ablehnung einer einstweiligen Verfügung führen kann. Selbst wenn man annimmt, daß die Bindungswirkung des §21 nur Entscheidungen im Hauptverfahren betrifft¹⁹⁹, so ändert die fehlende Bindungswirkung doch nichts an der Tatsache, daß den Verbrauchern wesentlich damit gedient ist, wenn dem Verwender die weitere Anwendung der unwirksamen Klauseln unter Androhung von Ordnungsmitteln untersagt wird. Der betroffene Verwender wird nämlich im Hinblick auf die ihm im Falle der Zuwiderhandlung drohenden Sanktionen von der weiteren Verwendung sofort absehen, womit er allen künftigen Kunden nützt, die nicht mehr mit der beanstandeten unwirksamen Klausel konfrontiert werden. Auffällig ist, daß die zugunsten der Verbraucher eingeführte Rechtskrafterstreckung als Argumentationshilfe dient, um seine Rechte zu beschneiden.

Allerdings können bei der Prüfung des Verfügungsanspruchs schwierige Rechtsfragen auftauchen, wenn das Gericht die Generalklausel oder den Verbotskatalog des §10 AGBG zu interpretieren hat. Da bislang Prozesses in der Regel wegen Verstoßes gegen §11 AGBG geführt worden sind²⁰⁰, ist die Haltung der Gerichte noch nicht absehbar. Die Gerichte können einen Antrag auf einstweilige Verfügung jedenfalls dann zurückweisen, wenn die summarische Prüfung ergeben hat, daß nicht mit der für eine Entscheidung notwendigen Wahrscheinlichkeit von einem Verstoß ausgegangen werden kann. Neben dem Verstoß gegen die §§9 bis 11 AGBG muß glaubhaft gemacht werden, daß die AGB weiterverwandt würden, wenn die einstweilige Verfügung unterbliebe. In aller Regel ist allein durch die Tatsache der Verwendung von AGB-Klauseln die Wiederholungsgefahr hinreichend dargetan²⁰¹.

Ein *Verfügungsgrund* schließlich liegt nur vor, wenn eine Regelung im Wege der einstweiligen Verfügung geboten erscheint, weil anderenfalls eine ‘wesentliche’ Erschwernis bei der Rechtsdurchsetzung (§935 ZPO), oder ein ‘wesentlicher’ Nachteil eintreten würde (§940 ZPO). Die Verbraucherverbände müssen die Dringlichkeit glaubhaft machen, weil im AGB-Gesetz keine §25 UWG vergleichbare Vorschrift besteht. Die gegensätzlichen Standpunkte spiegeln sich auch in der Interpretation der Voraussetzungen wider, die an den Nachweis der Dringlichkeit gestellt werden. Teilweise wird das Bestehen eines Verfügungsgrundes vollständig abgelehnt²⁰², teilweise wird verlangt, daß die AGB besonders grobe Unbilligkeiten enthalten oder eine besonders breite und unübersehbare Auswirkung haben²⁰³. Beide Ansichten sind abzulehnen. Sie gehen über den Wortlaut der §§935, 940 ZPO hinaus, ohne dies überzeugend begründen zu können. Es ist nicht ersichtlich, wieso hinsichtlich der AGB-Verbandsklage andere Maßstäbe Anwendung finden sollen als bei der UWG-Verbandsklage. Die Voraussetzungen eines Verfügungsgrundes sind aber bereits dann gegeben, wenn die Verbände das Bestehen eines Verfügungsanspruchs hinreichend glaubhaft gemacht haben²⁰⁴.

Der Inhalt der einstweiligen Verfügung ist lediglich auf eine vorläufige Regelung des Rechtsstreits ausgerichtet. Eine endgültige Befriedigung des klagenden Verbandes darf grundsätzlich durch den Erlaß einer einstweiligen Verfügung nicht herbeigeführt werden. Deshalb darf der Unterlassungsanspruch grundsätzlich nicht auf Unterlassung der Verwendung bestimmter Klauseln gerichtet sein. Zur einstweiligen Regelung ist es auch ausreichend, dem

Verwender aufzugeben, seinen Vertragspartner darauf hinzuweisen, daß bestimmte Klauseln zur Zeit gerichtlich überprüft werden.

305 (e) *Inhalt der §§14 bis 21 AGBG*

§14 AGBG enthält eine Sonderregelung für die sachliche und örtliche Zuständigkeit. Sachlich zuständig ist unabhängig vom Streitwert das Landgericht. Örtlich zuständig ist das Landgericht, in dessen Bezirk der Beklagte seine gewerbliche Niederlassung hat. Die Länder können einem Landgericht durch Rechtsverordnung für die Bezirke mehrerer Landgerichte Rechtsstreitigkeiten zuweisen. §15 AGBG enthält Bestimmungen über die genaue Formulierung des Klagantrags. Nach §16 AGBG ist das Gericht verpflichtet, das BAV und das BAK zu hören, wenn Gegenstand der Klage die in §16 Abs. 2 AGBG aufgeführten AGB der Bausparkassen, Kapitalanlagegesellschaften, Hypothekenbanken und Schiffspfandbriefbanken sind²⁰⁵. Insoweit findet eine Verzahnung des vorausgegangenen Genehmigungsverfahrens mit dem späteren gerichtlichen Verfahren statt.

§17 AGBG spricht die Urteilsformel vor. Dadurch soll gewährleistet werden, daß der Tenor bei einstweiligen Verfügungen im Interesse der Sicherheit und Klarheit bestimmten Anforderungen genügt²⁰⁶. §18 AGBG ermöglicht es dem Kläger, die Urteilsformel mit der Bezeichnung des verurteilten Verwenders oder Empfehlers auf Kosten des Beklagten im Bundesanzeiger zu veröffentlichen. Eine Verbraucherschützende Wirkung kommt dieser Möglichkeit nicht zu. Denn weder Verbraucher noch Geschäftsleute dürften auf den Gedanken kommen, sich durch regelmäßiges Studium des Bundesanzeigers zu schützen²⁰⁷. Soweit der Gesetzgeber damit die Breitenwirkung unwirksamer AGB erhöhen wollte, hat er ein untaugliches Mittel gewählt. Weit größere Bedeutung kommt dem §20 AGBG zu, der bestimmt, daß alle anhängigen Verfahren und rechtskräftigen Entscheidungen beim Bundeskartellamt registriert werden müssen. Gemäß §20 Abs. 4 AGBG muß das Bundeskartellamt darüberhinaus jedermann über eine bestehende Eintragung auf Antrag Auskunft erteilen. *Jedermann* ist auskunftsberechtigt, ohne daß er für seinen Wunsch irgendeinen Grund angeben müßte²⁰⁸. Sinn der Vorschrift ist es, einem klagberechtigten Verband oder einem Kunden des Verwenders eine rasche und verlässliche Information zu verschaffen, ob bestimmte Klauseln bereits in einem Aufsichtsverfahren angegriffen worden sind und ob eine Verfahrensbeendigung bereits eingetreten ist. §20 AGBG schafft damit zumindest theoretisch die Voraussetzung, daß sich gerade Verbraucherverbände die im Bedarfsfall notwendigen Informationen einholen können. Das Auskunftsrecht wird jedoch weitgehend dadurch ausgehöhlt, daß das BKA je photokopierte Seite DM 1 verlangt.

Weit schwerer wiegt allerdings, daß eine Registerauskunft nach §20 Abs. 4 AGB-Gesetz keinen Aufschluß darüber gibt, nach welchen gesetzlichen Bestimmungen die Verwendung der AGB-Klauseln jeweils untersagt worden ist, denn die Entscheidungsgründe werden nicht mit ins Register eingetragen. Die Registratur eines Urteils unter einer bestimmten Ziffer des AGB-Gesetzes besagt deshalb nicht notwendig, daß das Gericht seine Entscheidung nur auf diese Ziffer gestützt hat. Die gesetzlich angelegte Informationslücke mindert den praktischen Nutzen des Registers erheblich²⁰⁹.

§19 AGBG verfolgt den Zweck, es einem verurteilten Verwender bei nachträglicher Änderung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zu seinen Gunsten zu ermöglichen, die weitere Vollstreckung aus dem Unterlassungstitel abzuwehren. Hier handelt es sich um eine bedeutsame Ausnahme des Vollstreckungsrechts. Dort ist nämlich anerkannt, daß eine Änderung der Rechtsprechung nicht die Voraussetzungen zur Erhebung der Zwangsvollstreckungsgegenklage nach §767 ZPO schafft²¹⁰.

Nach §22 AGBG darf der Streitwert DM 500 000 nicht überschreiten. Die Streitwertbegrenzung ist für eine Minderung des Haftungs- und Kostenrisikos bedeutungslos²¹¹. Hier hätte es, falls man die Streitwertbegrenzung überhaupt als taugliches Mittel ansieht, einer Herabsetzung auf wenigstens DM 100 000 bedurft, wie es die Arbeitsgruppe des Bundesministers der Justiz angeregt hatte²¹². Es wäre sicherlich ein Fortschritt, wenn sich der Vorschlag eines Autors²¹³, beim Unterlassungsanspruch im Regelfall von einem Streitwert von DM 5000, beim Widerrufsanspruch von einem solchen von DM 10 000, auszugehen, durchsetzen würde. Jedoch handelt es sich hier nur um einen Vorschlag, dessen Auswirkungen auf die Gerichtspraxis abzuwarten bleiben.

Tatsächlich ist das Kostenrisiko schlechthin der Hinderungsgrund für die Verbraucherverbände, ihre Klagbefugnisse wahrzunehmen. Die jetzige Regelung läßt Klagen erst dann als möglich erscheinen, wenn der Erfolg praktisch vor Klagerhebung schon feststeht²¹⁴. Immerhin können nach dem Gesetz über die Prozeßkostenhilfe (370) Verbraucherverbände Hilfe erhalten, wenn sie die Kosten nicht aufbringen können und die Unterlassung der Rechtsverfolgung 'allgemeinen' Interessen zuwiderlaufen würde (§116 Nr 2 ZPO n.F.).

Eine Verbesserung des Rechtszustandes könnte durch eine analoge Anwendung des §23a UWG erzielt werden, der eine Streitwertherabsetzung erlaubt²¹⁵. Während der Gesetzgebungsarbeiten hatte schon der Bundesrat den Versuch unternommen, eine entsprechende Bestimmung in das AGB-Gesetz aufzunehmen²¹⁶. Es kann dahingestellt bleiben, ob — anders als bei der Abmahnung — bezüglich der Streitwertherabsetzung eine vergleichbare Situation besteht, die eine analoge Anwendung erlaubt. Denn auch im UWG hat die Praxis gezeigt, daß die Streitwertherabsetzung nur ein sehr begrenzt taugliches Mittel ist, um das Kostenrisiko zu senken. Abhilfe zugunsten der Verbraucher soll die UWG-Novelle schaffen (118).

5 Nachträgliche staatliche Kontrolle

- 306** Als Träger nachträglicher Kontrollmaßnahmen kommen einmal die Gerichte, zum anderen aber auch die speziellen Aufsichtsbehörden in Betracht. Ausführlich wurden bereits die Eingriffsbefugnisse der entsprechenden Ämter im Versicherungs- und Bankwesen dargestellt. Dabei wurden die vom Gesetz vorgesehenen Ermächtigungen durchweg als Präventivmaßnahmen angesehen. Soweit es um das Erstgenehmigungsrecht bei der Erteilung der Erlaubnis zum Geschäftsbetrieb geht (Möglichkeiten der mittelbaren Einflußnahme), ist die Sachlage eindeutig. Problematisch wird es dagegen, wenn wie vor allem im Versicherungswesen das BAV auch die Möglichkeit hat, in den laufenden Geschäftsbetrieb einzugreifen, sofern eine Gefährdung der Belange der Versicherten besteht (Möglichkeiten der unmittelbaren Einflußnahme).

Derartige Eingriffsbefugnisse besitzen einen Doppelcharakter. Sie sind repressiv, weil sie tatbestandlich das Vorhandensein unbilliger AGB voraussetzen, gleichzeitig sind sie aber auch präventiv, weil die zuständige Aufsichtsbehörde nicht erst bis zu einer *Schädigung* der Verbraucher warten muß, sondern bereits bei einer *bloßen abstrakten Gefährdung* eingreifen kann, die allerdings in festmachbaren Tatsachen zum Ausdruck gekommen sein muß²¹⁷. Die Doppelnatur hat zur Folge, daß einige Eingriffsbefugnisse bei den Maßnahmen der nachträglichen Kontrolle erneut erwähnt werden.

307 (a) *Verbote*

BAV und BAK können im Rahmen ihrer Befugnisse die Weiterverwendung bestimmter Klauseln verbieten. Verträge, die trotz dieses Verbots abgeschlossen werden, sind nicht kraft spezieller gesetzlicher Regelungen nichtig. Ihre Unwirksamkeit dürfte sich aber regelmäßig aus §134 BGB ergeben. Über das Verbot der Weiterverwendung hinaus können die genannten Behörden sogar verlangen, daß die AGB vor dem Abschluß neuer Versicherungsverträge geändert werden. Diese Befugnis beinhaltet das Recht, den Abschluß neuer Verträge einstweilig, nämlich bis zur Genehmigung der geänderten AGB, zu verbieten (§81a Satz 1 VAG, §9 Abs. 2 Satz 1 BSpKG). Verträge, die dem Verbot zuwider abgeschlossen werden, sind ebenfalls nach §134 nichtig. Das BAV kann aber auch, und dies ist das schärfste Mittel, rechtsgestaltend in bestehende Versicherungsverträge eingreifen und entsprechende Klauseln so allgemein aus der Welt schaffen (§81 Satz 2 VAG).

Außerdem können BAV und BAK bei drohendem Konkurs der Kreditinstitute bzw. Versicherungsunternehmen ein vollständiges *Zahlungsverbot* verhängen. Für das Versicherungswesen ergibt sich dieses Recht aus §89 VAG, bezüglich der Kreditinstitute gilt allgemein §46 Abs. 1 Nr 1 KWG und speziell §15 BSpKG. Durch das Zahlungsverbot wird das gesamte Vertragswerk der Parteien vorübergehend außer Kraft gesetzt.

Soweit ein klagbefugter Verband im Rahmen einer Verbandsklage gemäß §13 AGBG obsiegt hat, spricht das Gericht entweder ein Verbot der Weiterverwendung aus, oder verpflichtet denjenigen, der die AGB zur Verwendung empfohlen hat, zum Widerruf. Handelt der verurteilte Verwender dem Unterlassungsverbot zuwider, so hätte das Verbot nach allgemeinen zivilprozessualen Regeln keine Folgen für zwischen dem verklagten Verwender und anderen, nicht prozeßbeteiligten einzelnen Verbrauchern abgeschlossene Verträge. Denn Urteile wirken grundsätzlich nur zwischen den Parteien. Ein weiterer betroffener Kunde könnte allenfalls auf das Urteil hinweisen, um das Gericht so zu einer bestimmten Auslegung zu bewegen. Das AGB-Gesetz erweitert in §21 die Wirkungen eines Urteils. Sofern der weitere betroffene Verbraucher sich ausdrücklich auf das Unterlassungsurteil beruft, ist die entsprechende AGB-Klausel als unwirksam anzusehen. Auf diese Weise soll dem Unterlassungsurteil abweichend von den allgemeinen Regeln eine gewisse Breitenwirkung zukommen. Jedoch konnte sich der Gesetzgeber nicht entschließen, die Breitenwirkung in der Weise auszugestalten, daß das Gericht im Prozeß zwischen einem Verbraucher und einem AGB-Verwender von Amts wegen untersucht, ob ein Unterlassungsurteil vorliegt.

(b) *Verwaltungsrechtliche, ordnungsrechtliche und strafrechtliche Sanktionen*

308 *Verwaltungsrechtliche Sanktionsmöglichkeiten* bestehen nur im Versicherungs- und Bausparwesen. BAV und BAK können alle Anordnungen, also auch Verwendungsverbote von unbilligen AGB-Klauseln, zwangsweise durchsetzen. Maßgebend sind die Vorschriften des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes. Von den Zwangsmitteln des §19 Abs. 2 VwVG (Ersatzvornahme, Zwangsgeld, unmittelbarer Zwang) kommt in beiden Wirtschaftszweigen ernsthaft nur das Zwangsgeld in Betracht²¹⁸. Während §46 Abs. 1 KWG, der entsprechend auch für Bausparkassen gilt²¹⁹, ausdrücklich auf das Verwaltungsvollstreckungsgesetz verweist, fehlt im VAG²²⁰, HBG²²¹ und KAGG²²² eine entsprechende Vorschrift. Dies ändert zwar nichts an der Anwendbarkeit des Verwaltungsvollstreckungsgesetzes, jedoch wirkt sich dieser Unterschied insofern aus, als nach §50 Abs. 2 KWG ein Zwangsgeld bis zu DM 50 000 festgesetzt werden kann, während das Verwaltungsvollstreckungsgesetz (§11 Abs. 2) nur DM 2000 als Höchstgrenze vorsieht.

Versicherungsunternehmen, die Verwendungsverbotten des BAV zuwiderhandeln, machen sich gemäß §140 VAG *strafbar* (Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu drei Monaten), da sie insoweit ein Versicherungsgeschäft ohne entsprechende Erlaubnis betreiben²²³. Verschulden ist nicht erforderlich. Gleichfalls unter Strafe gestellt sind Zuwiderhandlungen gegen Zahlungsverbote (§56 Abs. 1 Nr 7 KWG, §144 Abs. 1 Nr 4 VAG. KWG, §56, und VAG, §144 Abs. 2 sehen ein Bußgeld bis zu DM 100 000 vor).

Derjenige *AGB-Verwender*, der einem Unterlassungsurteil zuwiderhandelt, macht sich *nicht strafbar*. Entsprechende Vorschriften fehlen im AGB-Gesetz. Jedoch ist zu beachten, daß über §15 AGBG die §§889, 890 ZPO Anwendung finden. Handelt der verurteilte Beklagte der titulierten Verpflichtung zuwider, die darin verbotene Handlung — Verwendung oder Empfehlung — zu unterlassen, so ist er wegen jeder Zuwiderhandlung auf Antrag des klagenden Verbandes zu einem Ordnungsgeld oder zu Ordnungshaft zu verurteilen. Das einzelne Ordnungsgeld darf den Betrag von DM 500 000, die Ordnungshaft insgesamt zwei Jahre nicht übersteigen²²⁴.

Sämtlichen Sanktionen und Verboten, die nach dem VAG bzw. KWG oder BSpKG ausgesprochen werden können, kommt kaum praktische Bedeutung zu. Anders verhält es sich dagegen mit den entsprechenden Mitteln des AGB-Gesetzes. Entscheidend wird sein, in welchem Umfang vor allem Verbraucherverbände von ihrer Klagbefugnis Gebrauch machen werden.

6 Kontrolle von kollektiv ausgehandelten Allgemeinen Geschäftsbedingungen

309 Untersuchungsgegenstand sind AGB, die zwischen den Anbietern und den Verbrauchern bzw. deren Vertretern gemeinsam erarbeitet worden sind. Eine Beteiligung der Verbraucherschaft bei der Ausarbeitung von AGB ist denkbar bei der Bildung von Konditionenkartellen oder von Konditionenempfehlungen.

Dem Bundeskartellamt stehen bezüglich der Konditionenkartelle und Konditionenempfehlungen gewisse Kontrollbefugnisse zu, die bereits

abgehandelt wurden (276). An dieser Stelle soll untersucht werden, welchen Einfluß die Verbraucherschaft tatsächlich bei der Bildung des Chemisch-Reiniger-Konditionenkartells und den beiden Konditionenempfehlungen des Deutschen Reisebüroverbandes und Kfz-Gewerbes genommen hat. Von einer Beteiligung der Verbraucherorganisationen kann allenfalls bei den Konditionenempfehlungen betreffend Kfz-Reparaturbedingungen die Rede sein. Hier führte der ADAC für die betroffenen Verbraucher die Verhandlungen. Allerdings sind durchaus Zweifel angebracht, ob der ADAC eine Verbraucherorganisation ist (8). Immerhin war der ADAC aber gleichberechtigter Verhandlungspartner neben dem Zentralverband des Kraftfahrzeughandwerks (ZDK), dem Verband der Automobilindustrie (VDA) und dem Verband der Importeure von Kraftfahrzeugen (VDK). Die Verbände der Automobilindustrie und der ADAC einigten sich auf einen einheitlichen Bedingungstext unter dem Kurztitel Kfz-Reparaturbedingungen 1974. Diese Bedingungen wurden als Konditionenempfehlungen beim Bundeskartellamt angemeldet und nach Erledigung des Anmeldeverfahrens vom Zentralverband des Kraftfahrzeughandwerks im März 1975 zur Anwendung empfohlen. Anfang 1977 wurden die Bedingungen den Vorschriften des am 1.4.1977 in Kraft getretenen AGB-Gesetzes angepaßt und werden seit dem 1.4.1977 in der entsprechend geänderten Fassung als Kfz-Reparaturbedingungen 1977 zur Anwendung empfohlen. Inhaltlich entsprechen die Bedingungen durchgehend den Mindestanforderungen des AGB-Gesetzes. Sicherlich ist es als Erfolg zu werten, wenn im Kfz-Bereich zumindest sektoral die Vorschriften des AGB-Gesetzes eingehalten werden. Die Grenzen seiner Macht bekam aber auch der ADAC zu spüren, als er versuchte, kundenfreundlichere Neuwagenbedingungen durchzudrücken, die erheblich über den Anforderungen des AGB-Gesetzes lagen²²⁵.

Bezüglich der Konditionenempfehlungen zum Gebrauchtwagenkauf ist es dem ADAC allerdings gelungen, den Gebrauchtwagenhändler in eine beschränkte Gewährleistungspflicht einzubinden, obwohl die Rechtsprechung den vollständigen Gewährleistungsausschluß zuläßt (216).

7 Kontrolle von AGB im Rahmen von Individualprozessen

310 Diese Form der Kontrolle dürfte auch nach der Kodifikation des AGB-Gesetzes die für den Verbraucher bei weitem wichtigste sein. Denn die Verbandsklage ist wenig zu einer nachhaltigen Stärkung der Rechtsposition des Verbrauchers geeignet. Kontrolle von AGB wird sich deshalb weiterhin im Rahmen von Individualprozessen abspielen, bei denen der Ausgang des Rechtsstreits von der Wirksamkeit einer AGB-Klausel abhängt.

311 (a) Art und Weise der Kontrolle

Nach dem AGB-Gesetz lassen sich grob gesprochen drei Stufen der Kontrolle unterscheiden:

- AGB als Bestandteil des Vertrages gemäß §2 AGBG;
- Auslegung von AGB-Klauseln nach §5 AGBG;
- Inhaltskontrolle gemäß §§9 - 11 AGBG.

Nach bisherigem Recht wurde häufig auf der ersten und zweiten Stufe eine sogenannte verdeckte Inhaltskontrolle betrieben. Sowohl bei der Einbeziehung — nämlich durch restriktive Auslegung der stillschweigenden Unterwerfung unter AGB, wonach diese unangemessene und unbillige Klauseln nicht erfaßt, mit denen der sich Unterwerfende billigerweise nicht rechnen konnte — als auch bei der Auslegung hat die Rechtsprechung häufig die offene Inhaltskontrolle vermieden²²⁶. Die verdeckte Inhaltskontrolle erfolgte vor allem durch eine einschränkende restriktive Auslegung bei Freizeichnungsklauseln, Haftungsbeschränkungen, Gewährleistungsbeschränkungen sowie Ausschlüssen der Aufrechnungs- und Zurückbehaltungsrechte²²⁷. Ein weiterer wichtiger Anwendungsbereich der verdeckten Inhaltskontrolle sind behördlich genehmigte Allgemeine Geschäftsbedingungen. Offensichtlich scheut die Rechtsprechung die offene Verwerfung staatlich geprüfter AGB²²⁸. Das Gleiche läßt sich auch über die Rechtsprechung zu den AGB der Banken sagen.

Das AGB-Gesetz spricht sich gegen die verdeckte Inhaltskontrolle aus²²⁹. Das folgt nicht nur aus dem dreistufigen Prüfungsschema sondern auch aus dem Gesetzeszweck. Denn durch eine verdeckte Inhaltskontrolle wird kein wirksamer Schutz geboten, wenn im Wege der angeblichen Auslegung höchst bedenklicher AGB-Klauseln nur Restriktionen vorgenommen werden, anstatt die Klausel ganz zu verwerfen und die gesetzliche Regelung zur Anwendung kommen zu lassen²³⁰. Eine verdeckte Inhaltskontrolle über die Einbeziehung oder die Auslegung wäre auch deshalb unzulässig, weil dadurch der Anwendungsbereich der Verbandsklage eingeschränkt würde, die nämlich die offene Inhaltskontrolle gemäß §§9 bis 11 AGBG verlangt²³¹.

- 312 (aa) *AGB werden nur dann Bestandteil eines Vertrages*, wenn der Verwender den Kunden bei Vertragsschluß ausdrücklich auf die AGB hinweist und dem Kunden die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise vom Inhalt der AGB Kenntnis zu nehmen und 'wenn die andere Vertragspartei mit ihrer Geltung einverstanden ist'. Erforderlich sind demnach zwei Willenserklärungen, sowohl die des Verwenders, als auch die des Verbrauchers. Die Willenserklärungen beziehen sich darauf, ob beide Parteien Allgemeine Geschäftsbedingungen des entsprechenden Inhaltes in den Vertrag aufnehmen wollen. Es finden deshalb die allgemeinen Grundsätze zur Auslegung von Willenserklärungen Anwendung (§§133, 157, 242 BGB). Danach kommt es entscheidend auf den individuellen Empfängerhorizont des Verwenders und des Verbrauchers an. Dieser wird lediglich insoweit relativiert, als die entsprechende Vertragspartei Umstände gegen sich gelten lassen muß, mit denen sie billigerweise rechnen mußte. Objektive Maßstäbe gelten nicht, da es im Rahmen der Prüfung des §2 AGBG nicht um eine Interpretation der AGB selbst geht, sondern nur darum, ob die AGB *vereinbart* sind.
- 313 (bb) *Die Auslegung von AGB (§5 AGBG) erfolgt nach ganz herrschender Meinung*²³² unter Anlegung *objektiver Maßstäbe*. Bei der objektiven Auslegung ist nach der ständigen Rechtsprechung des BGH²³³ vom Verständnis des Durchschnittskunden auszugehen und danach der typische Sinn der AGB zu ermitteln. Der Wille der am Vertrag Beteiligten sowie die Umstände des Einzelfalls spielen grundsätzlich keine Rolle²³⁴.

Als weitere Auslegungsmaxime finden sich verbreitet der Grundsatz der restriktiven Auslegung von namentlich Freizeichnungs- und Haftungsbeschränkungsklauseln. Dabei handelt es sich aber um einen unselbständigen Auslegungsgesichtspunkt, der je nach Lage des Falles im Rahmen der objektiven Auslegung des Parteiwillens Bedeutung gewinnen kann²³⁵. Die Anwendung des Restriktionsprinzips darf aber nicht zu einer verdeckten Inhaltskontrolle führen²³⁶. Teilweise wird wegen dieser Gefahr eine restriktive Auslegung grundsätzlich abgelehnt²³⁷.

314 (cc) Vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes erfolgte die *Inhaltskontrolle von AGB* ähnlich wie bei der Auslegung anhand objektiver Kriterien. Rechtsprechung und Literatur haben sich wenn auch nicht so deutlich wie bei der Auslegung von AGB für eine überindividuelle, von den Umständen des Einzelfalls losgelöste Betrachtungsweise ausgesprochen. Diese Haltung wird damit begründet, daß Allgemeine Geschäftsbedingungen Gegenstand und Produkt eines kollektivbezogenen Aktes sind. Die Verwendung im konkreten Fall ist nur Teil einer fortgesetzten, sich typisch wiederholenden Handlung²³⁸.

Da §11 AGBG nur begrenzt Wertungsspielräume enthält, stellt sich die Frage nach der Art der Betrachtung hauptsächlich in den §§9 und 10 AGBG. Einigkeit besteht darüber, daß eine Inhaltskontrolle gemäß §9, 10 AGBG grundsätzlich anhand überindividueller Gesichtspunkte zu erfolgen hat. Jedoch läßt sich die bisherige Rechtsprechung nicht ohne weiteres im vollen Umfang auf das AGB-Gesetz übertragen. Denn das AGB-Gesetz unterscheidet selbst zwischen Verbrauchern und Kaufleuten als Zielgruppen. Diese Gruppen haben jedoch unterschiedliche Interessen, was bei einer Auslegung zu berücksichtigen ist²³⁹.

315 (b) *Rechtsfolgen unklarer Allgemeiner Geschäftsbedingungen*

Ergibt die Auslegung gemäß §5 AGBG, daß die in Frage kommende AGB-Klausel nicht eindeutig, sondern unklar, mehrdeutig oder lückenhaft ist, so hat dies zur Folge, daß die betreffende Klausel dort, wo sie dem Verwender eine günstigere als die gesetzliche Position verschaffen sollte, teilweise oder ganz entfällt und die Rechtslage sich insoweit allein nach der für den Verbraucher günstigeren Rechtslage beurteilt. Dies folgt allerdings nicht aus §6 AGBG. Denn §6 AGBG ist nicht anwendbar, weil es fehlende Einbeziehung oder Nichtigkeit voraussetzt, Tatbestände, die bei einer *von Anfang an* für einen bestimmten Konfliktfall fehlenden Regelung in AGB nicht vorliegen kann²⁴⁰.

316 (c) *Rechtsfolgen unwirksamer AGB*

Verstoßen AGB-Bestimmungen gegen die §§9 bis 11 AGBG, so sind sie unwirksam, dies sprechen die jeweiligen Paragraphen ausdrücklich aus. Die Rechtsfolgen der Unwirksamkeit ergeben sich aus §6 Abs. 1 bis 3 AGBG. Gemäß §6 Abs. 1 bleibt der Vertrag abgesehen von den unwirksamen Klauseln weiterhin bestehen. Auf den Parteiwillen, insbesondere auf die häufig anzutreffende Fortbestandsklausel, kommt es nicht an. Die durch die Unwirksamkeit entstandene Lücke wird gemäß §6 Abs. 2 AGB-Gesetz durch

das verdrängte Gesetzesrecht ausgefüllt. Diese Regelung entspricht der bisherigen Rechtsprechung²⁴¹.

Diese vermeintlich klare gesetzgeberische Regelung hat zu einer Fülle von Zweifelsfragen geführt. Im Schrifttum ist lebhaft umstritten, wie der Richter zu verfahren hat, wenn eine AGB-Klausel mit den Vorschriften der §§10 und 11 AGB-Gesetz nur teilweise unvereinbar ist. Viele Autoren sind der Meinung, daß in solchen Fällen stets von der vollständigen Unwirksamkeit der strittigen AGB-Klausel auszugehen ist²⁴². Eine Reduktion der strittigen Klausel auf den gesetzlich zulässigen Inhalt scheidet aus, weil in §6 Abs. 2 AGB-Gesetz die Methode der Lückenausfüllung vorgeschrieben sei. Eine Minderheit von Autoren hält es dagegen grundsätzlich für zulässig, die Klausel mit ihrem wirksamen Teil aufrechtzuerhalten²⁴³. Die Autoren berufen sich hier auf den Schutzzweck des AGB-Gesetzes, dem eine solche Auslegung zumindest nicht zuwiderlaufe. Außerdem hätte die Rechtsprechung vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes derartige Reduktionen anerkannt. §6 Abs. 2 schließlich äußere sich überhaupt nicht, ob *überhaupt* eine Unwirksamkeit anzunehmen ist und welchen Umfang sie habe. Geregelt werde nur, was zu geschehen habe, wenn eine Klausel *unwirksam sei*. Teilweise werden auch vermittelnde Meinungen vertreten. So solle eine teilweise unwirksame Klausel nur dann vollständig unwirksam sein, wenn sich nach der Lage der Umstände der Verdacht aufdränge, daß der Verwender die teilweise Unvereinbarkeit der Klausel mit dem Gesetz kannte²⁴⁴. Die Rechtsprechung hat, soweit ersichtlich, noch keine Stellung genommen.

Steht die Unwirksamkeit nach §6 Abs. 1 AGB-Gesetz einmal fest, so bleibt weiter zu klären, wie §6 Abs. 2 zu verstehen ist. Denn, sieht man einmal von der Fallgestaltung ab, daß die in die Lücke tretende gesetzliche Regelung eindeutig ist, so wiederholen sich die Probleme, wenn es darum geht, was zu geschehen hat, wenn die eintretenden dispositiven Regeln mehrdeutig sind oder eine Regelung nicht besteht. Teilweise wird versucht, dem Problem im Wege der Auslegung beizukommen²⁴⁵, andere lassen es bei der Lückenhaftigkeit des Vertrages bewenden²⁴⁶.

Gemäß §6 Abs. 3 AGB-Gesetz tritt ausnahmsweise Gesamtnichtigkeit ein, wenn das Festhalten an dem gemäß Abs. 2 geänderten Vertrag eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellen würde. Eine Unzumutbarkeit dürfte nicht schon bei der Unwirksamkeit einzelner Klauseln anzunehmen sein. Denn bei §6 Abs. 3 AGB-Gesetz handelt es sich um eine Ausnahmenvorschrift, die nur eingreift, wenn besondere Gründe vorliegen²⁴⁷. Als Maßstab der Unzumutbarkeit kann die bisherige Rechtsprechung herangezogen werden. Danach tritt die Gesamtnichtigkeit ein, wenn eine solche Anzahl von Klauseln nichtig ist, daß bei ihrem Wegfall oder der Ersetzung durch gesetzliche Bestimmungen der Vertrag in seinem Wesensgehalt geändert würde²⁴⁸.

317 8 Würdigung

Die Verabschiedung des AGB-Gesetzes bedeutet einen wichtigen Schritt hin auf eine Effektivierung des Schutzes des Verbrauchers vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Das Gesetz greift zwar in seinem materiellrechtlichen Teil die bisherige Rechtsprechung weitgehend auf und

schreibt sie fest, gleichzeitig geht es aber doch über sie hinaus, wobei die bedeutendste Änderung in der Differenzierung des Anwendungsbereiches des Gesetzes gegenüber Verbrauchern und Kaufleuten liegt. Denn der Gesetzgeber hat damit anerkannt, daß der Verbraucher eines erhöhten Schutzes bedarf. Der doppelte Schutzzweck des Gesetzes (263) erlaubt es, die vielen Zweifelsfragen, die aus den widerstreitenden Interessen und Zielsetzungen während der Gesetzgebungsarbeiten resultieren²⁴⁹ — auf der einen Seite Befürworter eines reinen Verbraucherschutzgesetzes, auf der anderen Seite Befürworter der Aufrechterhaltung der Einheit des Privatrechts durch allgemeine Anwendbarkeit unabhängig von persönlichen Qualifikationen — in einigermaßen zufriedenstellender Art und Weise zu lösen. Sicherlich wäre es aus der Sicht eines engagierten Verbraucherschützers wünschenswert gewesen, wenn das AGB-Gesetz als reines Verbraucherschutzgesetz in Kraft getreten wäre. Viele Streitigkeiten und Zweifelsfragen hätten vermieden werden können.

Die Bedeutung des AGB-Gesetzes erschöpft sich jedoch nicht in einigen materiellen Verbesserungen der Rechtsstellung des Verbrauchers. Vielmehr trägt das AGB-Gesetz der Rechtsentwicklung Rechnung, daß das BGB einen angemessenen Interessenausgleich zwischen Verbrauchern und Handel — Handwerk — nicht gewährleistet hat. Das Gesetz respektiert das Machtungleichgewicht zwischen den Parteien und beinhaltet so eine partielle Abkehr von der dem BGB zugrundeliegenden Prämisse der Gleichheit der Rechtssubjekte²⁵⁰. Das Gesetz erreicht die Korrektur, indem es die Vertragsfreiheit, die mit der Idee der Gleichheit der Rechtssubjekte untrennbar verknüpft ist, partiell einschränkt. Nicht etwa wird die Vertragsfreiheit wieder hergestellt, wie einige Autoren behaupten. Denn die Mittel, deren sich der Gesetzgeber bedient, sind doch genau diejenigen, die das BGB auf der Grundlage seiner Prämissen gerade von sich weist²⁵¹. Diese Konsequenz übersehen diejenigen, die eine Wiedereingliederung in das BGB anstreben²⁵². Die Prämissen des BGB sind partiell durchbrochen, auch wenn es zu einer Wiedereingliederung kommen sollte. Hinter dem Streit verbirgt sich freilich mehr als nur eine formelle Angelegenheit: nämlich das Problem eines besonderen Zivilrechts für die Beziehungen zwischen Verbrauchern und Unternehmern²⁵³. Mit dem AGB-Gesetz allein hat der Gesetzgeber keine Stellung bezogen. Er hat zwar ein Sondergesetz erlassen, den Anwendungsbereich aber nicht auf Verbraucher beschränkt. Der doppelte Schutzzweck läßt erkennen, daß das AGB-Gesetz die Frage offen läßt.

Die verfahrensrechtlichen Vorschriften des AGB-Gesetzes — besonders die Verbandsklage — bringen dagegen nicht den erstrebenswerten Fortschritt. Zu vielfältig sind die Hindernisse, die einer wirksamen Kontrolle entgegenstehen. Die Zweifelsfragen beginnen bereits bei der Ausgestaltung der Klagbefugnis, die auf die organisierten Verbraucherorganisationen zugeschnitten ist, obwohl diese von der Verbraucherschaft nur beschränkt legitimiert sind. Die Lizenzierung bzw. Ausschließung von organisierten Interessen, die nicht in das bestehende Bild der Verbraucherorganisationen passen, beschränkt die Entwicklung neuer Organisationsformen der Verbraucherschaft²⁵⁴. Ein weiterer Kritikpunkt ist die Zuständigkeitsregelung. Die erstinstanzliche Zuständigkeit der Landgerichte (statt der Oberlandesgerichte) verhindert rasche Entscheidungen, die weithin Beachtung finden können. Die generelle Anwend-

barkeit der ZPO-Vorschriften bewirkt, daß nur die Klauseln vom Gericht überprüft werden können, die von den Parteien zur *Disposition* gestellt werden. Bestrebungen, die Parteidisposition aufzugeben und dem Richter ein weitergehendes Prüfungsrecht für das gesamte Klauselwerk zu übertragen, scheiterten während der Gesetzgebungsarbeiten²⁵⁵. Gerade von den Verbraucherorganisationen wird das ihnen aufgebürdete Kostenrisiko als unüberwindbares Hindernis empfunden. Alles in allem erweckt die Ausgestaltung der AGB-Klage den Eindruck, als ob das Scheitern bereits vorprogrammiert sei. Ihre vorliegende Fixierung ist im wesentlichen der Tatsache zu verdanken, daß der Gesetzgeber schärfere Kontrollenrichtungen verhüten wollte. Keinesfalls ist das System der Verbandsklage ausreichend durchdacht und die Erfahrungen der Verbandsklage im UWG aufgearbeitet worden²⁵⁶. Die schweren Mängel der verfahrensrechtlichen Bestimmungen sollten aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß die für das BGB aufgezeigte Entwicklung durch die Einführung der Verbandsklage nun auch Eingang in das Zivilprozeßrecht gefunden hat. Das Zivilprozeßrecht enthält die konsequente Umsetzung der grundlegenden Prinzipien des BGB. Die Privatrechtsordnung wird aufrecht erhalten durch die dem Einzelnen zugestandenen Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten. Dahinter verbirgt sich das liberale Staatsverständnis: die Herstellung des Allgemeininteresses erfolgt über eine Addition der Individualinteressen²⁵⁷. Die Einführung der Verbandsklage ist ein Indiz dafür, daß das Allgemeinwohl durch Individualpersonen nicht (mehr) herstellbar ist. Denn kollektive Konfliktlagen sind nicht individuell lösbar²⁵⁸. Wenn auch die Verbandsklage — ebenso wie die materiell rechtlichen Vorschriften — die Prinzipien, hier der ZPO, durchlöchern, insoweit also die Rechtsentwicklung durchaus beeinflussen, so birgt die vorliegende mangelhafte Ausgestaltung der Verbandsklage dennoch die große Gefahr, daß sie effektiveren Formen der Kontrolle entgegensteht. Denn Gesetzgebung und Wissenschaft werden sich vorerst damit zu beschäftigen haben, die selbst geschaffenen Probleme der Verbandsklage zu bewältigen. Der Streit um die Zulassung der einstweiligen Verfügung bzw. um die Voraussetzungen der Wiederholungsgefahr sind ein beredtes Beispiel dafür.

III UNBILLIGE KLAUSELN IN EINZELVERTRÄGEN

1 Allgemeines

318 Unbillige Klauseln in Einzelverträgen sind in der rechtswissenschaftlichen Diskussion ebenso wie in der Praxis der Rechtsprechung bisher kaum in Erscheinung getreten²⁵⁹. Probleme der rechtlichen Zulässigkeit betrafen regelmäßig Klauseln, die zugleich Bestandteil von AGB waren. Das AGB-Gesetz stellt die konsequente Fortentwicklung dieser geschichtlichen Tendenz dar, indem es den Anwendungsbereich auf unbillige Klauseln in AGB bechränkt. Soweit spezielle staatliche Kontrollmöglichkeiten bestehen, beziehen sich diese auch nur auf solche Klauseln. Eine Änderung der bisherigen Rechtslage kann aber durch den in §1 AGBG vorgegebenen Rechtsbegriff (270) herbeigeführt werden, der bekanntlich ausdrücklich zwischen Individual-

vereinbarungen und AGB unterscheidet. Sofern die Rechtsprechung den Rechtsbegriff eng auslegt, werden zunehmend unbillige Klauseln in Einzelverträgen in den Blickpunkt des Interesses rücken. Zu gerichtlichen Entscheidungen, die eine Beurteilung der Entwicklung erlauben, ist es zwar noch nicht gekommen, jedoch bahnten sich Handelspraktiken an, die auf eine anwachsende Bedeutung schließen lassen. Die Stiftung Warentest berichtete kürzlich von Kaufverträgen über Radio oder Fernseher, bei denen der Verkäufer den Käufer vor die Wahl stellt, ob er die Ware billiger, aber unter Ausschluß jeder Gewährleistung, oder teurer, dafür aber mit entsprechender Garantie erwerben will²⁶⁰. Die Händler wollen so die zwingenden Gewährleistungsvorschriften des AGB-Gesetzes umgehen. §7 AGBG, der solchen Bestrebungen entgegenzutreten will, findet auf derartige Fallgestaltungen jedoch keine Anwendung, da das Umgehungsverbot nach einhelliger Meinung nicht dazu dienen soll, die Definition von AGB nach §1 AGBG und ihrer Abgrenzung zu Individualvereinbarungen §1 Abs. 2 AGBG zu beeinflussen²⁶¹. Umgehungen durch Individualvereinbarungen sind nach dem Willen des Gesetzgebers zulässig. Die Kontrolle kann deshalb nur nach den allgemeinen Regeln des BGB erfolgen.

2 Möglichkeiten der Kontrolle

319 Klauseln, die die Haftung für die Qualität von Waren betreffen, finden ihre Grenzen in den von der Rechtsprechung zu §459 Abs. 2, §633 Abs. 2 BGB (Haftung für zugesicherte Eigenschaften) und zu §476, 637 BGB (kein Haftungsausschluß bei Arglist) (204, 205) entwickelten Grundsätzen. Bei Arglist ist auch eine Anfechtung des gesamten Vertrages nach §123 BGB denkbar. Da das von der Rechtsprechung entwickelte Verbot des vollständigen Gewährleistungsausschlusses nur Haftungsausschlüsse in AGB betraf, ist die Zulässigkeit derartiger Freizeichnungsklauseln allein anhand der §§138, 242 BGB zu prüfen. Es kommt hierbei entscheidend darauf an, ob die gegenseitigen Vertragsleistungen in einem solchen Mißverhältnis stehen, daß eine Korrektur über §§138, 242 BGB überhaupt möglich ist. Um das Mißverhältnis ermitteln zu können, bedarf es aber Kriterien, die die Generalklausel konkretisieren. Es stellt sich die Frage, ob die im AGB-Gesetz enthaltenen Wertungen nicht doch Einfluß auf Einzelverträge haben können. §9 AGBG stellt nämlich nichts anderes dar als eine spezielle auf die Verwendung von AGB zugeschnittene Ausprägung des §242 BGB²⁶². Die §§10 und 11 AGBG wiederum sind Konkretisierungen der Generalklausel. Eine Berücksichtigung der im AGB-Gesetz enthaltenen Wertungen erscheint deshalb jedenfalls dann denkbar, wenn der Verbraucher für den vollständigen Gewährleistungsausschluß — um bei dem genannten Beispiel zu bleiben — keinerlei Äquivalent erhält. Bei derartigen Fallgestaltungen kann den Verbotsklauseln des AGB-Gesetzes eine *generelle* über den Anwendungsbereich des Gesetzes hinausgehende Wirkung als Beurteilungsmaßstab beigemessen werden²⁶³. Dabei darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, daß bei Überprüfungen der Zulässigkeit des Inhalts von Einzelverträgen der subjektive Wille der Vertragsparteien in ganz anderem Maße zu berücksichtigen ist als bei einer gerichtlichen Kontrolle von AGB²⁶⁴.

3 Ausblick

320 Noch läßt sich nicht absehen, ob unbillige Klauseln in Einzelverträgen zu einem den AGB vergleichbaren Problem werden. Gegen eine solche Entwicklung spricht entscheidend, daß der Rationalisierungseffekt, der durch AGB von den Unternehmen mit verfolgt wird, vollständig verloren ginge, wenn entsprechende Vertriebsorganisationen dazu übergehen würden, nur noch Individualverträge zu schließen. Bedeutsamer dürften derartige Vertragsgestaltungen dagegen im Einzelhandel werden. Die schlechtere ökonomische Ausgangsposition des Einzelhandels kann dazu führen, daß das geschilderte Beispiel in der einen oder anderen Form Schule macht.

ANMERKUNGEN

1. Damm, JZ [1978], S. 173ff (178).
2. Literaturnachweise 6. Kapitel FN 37.
3. Vgl. dazu zuletzt Reich, ZVP [1978], Heft 3, S. 236ff.
4. Brandner, §24 Rdnr. 4; zu der widersprüchlichen Argumentation vgl. Damm, JZ [1978], S. 173ff (178).
5. Arbeitsgruppe [1974], Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber AGB. Erster Teilbericht der Arbeitsgruppe beim BJM, S. 99ff.
6. Referentenentwurf [1974], Beilage 18/74, Der Betrieb, S. 23ff.
7. Ulmer P., *Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutz der Endverbraucher gegenüber AGB* [1974], S. 21ff.
8. Dietlein/Rebmann [1976], S. 300.
9. So Reich, in ZVP [1978], Heft 3, S. 237.
10. Brandner, §9 Rdnr. 9.
11. Brandner, §9 Rdnr. 9.
12. Etwa wenn Haftungsausschlüsse mit niedrigen Preisen gerechtfertigt werden, wobei dem Bericht der Einblick in die Preisgestaltung zumeist versperrt sein dürfte.
13. Brandner, §9 Rdnr. 9.
14. Begründung zum Regierungsentwurf — BR-Drucks. 360/75, S. 23.
15. Dazu Weick, NJW [1978], S. 11ff; Schapp, DB [1978], S. 621ff.
16. Vgl. oben und Weick, a.a.O. (Anm. 15), S. 14.
17. Weick, a.a.O. (Anm. 15), S. 11/12 und Schapp, a.a.O. (Anm. 15), S. 623/624.
18. Weick, a.a.O. (Anm. 15), S. 15; ähnlich Schapp, S. 624 'wesentliche Grundgedanken'.
19. Löwe, §§8 – 11 Rdnr. 28, 29 und §9 Rdnr. 19.
20. Graba, §9 Rdnr. 60.
21. Löwe, §9 Rdnr. 33, vgl. auch Günther NJW [1977], S. 2063.
22. Einen Überblick über die Rechtsprechung zu den einzelnen Klauseln bei Creutzig, DB [1979], S. 151ff; Hardieck, BB [1979], S. 708ff.
23. Löwe, Vorbem. §§8 – 11 Rdnr. 17.
24. Löwe, Vorbem. §§8 – 11 Rdnr. 18.

25. Coester-Waltjen, §10 Nr 5 Rdnr. 5, 6.
26. Westphalen, §11 Nr 5 Rdnr. 19.
27. Coester-Waltjen, §10 Nr 7 Rdnr. 11.
28. Coester-Waltjen, §10 Nr 7 Rdnr. 12 und §11 Nr 5 Rdnr. 36.
29. Vgl. oben 2. Kapitel Ziffer 32; allgemein zur Zulässigkeit von Preisklauseln in AGB Bilda MDR [1979], S. 89ff.
30. Verordnung PR Nr 3/73 v. 10.5.1973 (BGBl I 461).
31. Löwe/Westphalen, §11 Nr 1 Rdnr. 2.
32. Hensen, §11 Nr 1 Rdnr. 3.
33. Coester-Waltjen, §11 Nr 1 Rdnr. 8.
34. Löwe/Westphalen, §11 Nr 1 Rdnr. 4.
35. Löwe/Westphalen, §11 Nr 1 Rdnr. 6.
36. Vgl. BGH BB [1980] S. 906.
37. Coester-Waltjen, §11 Nr 2 Rdnr. 6.
38. Coester-Waltjen, §11 Nr 2 Rdnr. 9, 10.
39. Coester-Waltjen, §11 Nr 2 Rdnr. 2 mit NW in Fußnote 6 und Hensen, §11 Nr 2 Rdnr. 7.
40. Coester-Waltjen, §11 Nr 2 Rdnr. 15.
41. BGHZ 38, S. 122 (129); BGH DB [1974], S. 379ff (380).
42. Vgl. ausführlich dazu Coester-Waltjen, §11 Nr 2 Rdnr. 25 – 27.
43. Offen gelassen von BGH NJW [1970], S. 29 (31).
44. Coester-Waltjen, §11 Nr 4 Rdnr. 15 mit NW.
45. Coester-Waltjen, §11 Nr 4 Rdnr. 17, so auch Löwe/Westphalen, §11 Nr 4 Rdnr. 5.
46. Hensen, §11 Nr 6 Rdnr. 8.
47. Die Unterscheidung ist noch herrschender Meinung vgl. Ballhaus in RGRK-BGB § 338 Anm. 2, Soergel/Siebert/Reimer/Schmidt, §339 Anm. 2, a.A. Lindacher, S. 66ff.
48. Für eine Einbeziehung spricht sich aus Coester-Waltjen, §11 Nr 6 Rdnr. 10; dagegen Westphalen, §11 Nr 6 Rdnr. 9, allerdings ohne hierin ein Problem zu sehen.
49. Dazu Coester-Waltjen, §11 Nr 5 Rdnr. 15; Westphalen, §11 Nr 5 Rdnr. 5, 6; Hensen, §11 Nr 5 Rdnr. 6, 7; vgl. oben 6. Kapitel Ziff. 226.
50. Coester-Waltjen, §11 Nr 6 Rdnr. 19 und Westphalen, §11 Nr 5 Rdnr. 6.
51. So Hensen, §11 Nr 8 Rdnr. 3.
52. Ulmer, §23 Rdnr. 48.
53. Vgl. Beispiele bei Hensen, §11 Nr 14 Rdnr. 2.
54. Dazu Dürr, BB [1978], S. 1546ff.
55. Dazu Reich, ZVP [1978], Heft 3, S. 239.
56. Vgl. Brandner, §9 Rdnr. 25.
57. Vgl. Brandner, §9 Rdnr. 25.
58. Vgl. zur Herausnahme der Versorgungsverträge aus dem AGB-Gesetz Brandner, §9 Rdnr. 26.
59. Trinkner, §1 Rdnr. 8; Palandt/Heinrichs, §1 ABGB.
60. Stein, §1 Rdnr. 14.
61. So Heinrichs, NJW [1977], S. 1505ff (1506).
62. Ulmer, §1 Rdnr. 14; Tilmann ZHR [1978], S. 52ff (59).

63. So Schmidt-Salzer, NJW 77, S. 129ff (130, 131).
64. So Schmidt-Salzer, a.a.O (Anm. 63), S. 132.
65. Reich, ZVP [1978] Heft 3, S. 241.
66. Ulmer, §1 Rdnr. 18ff; Koch Stübing, §1 Rdnr. 27; Jäger, NJW [1979], S. 1569ff. (1571, 1572).
67. Reich, *Markt und Recht*, S. 181ff.
68. Reich, ZVP [1978] Heft 3, S. 242.
69. Westphalen, DB [1977], S. 943ff; Löwe, NJW [1977], S. 1328ff; Heinrichs, NJW [1977], S. 1505f; Wolf, NJW [1977], S. 1937ff; BGH NJW [1977], S. 624ff; OLG Celle NJW [1978], S. 326ff (nicht rechtskräftig); AG Passau BB [1978], S. 121ff, Braun BB [1979], S. 689ff.
70. BGH NJW [1977], S. 624 zustimmend Jäger, NJW [1979], S. 1569ff. (1572 – 1575).
71. OLG Celle NJW [1978], S. 326; der BGH hat in seiner Revisionsentscheidung den Streitstand offengelassen, BGH NJW [1979], S. 367ff.
72. Brandner, §8 Rdnr. 1, 5.
73. Ulmer, §2 Rdnr. 6, 7.
74. Vgl. Überblick und Konfliktbeispiele bei Tilmann, a.a.O. (Anm. 62), S. 60.
75. Aufzählung bei Brandner, §24 Rdnr. 17.
76. BGH WM [1976], S. 960ff; vgl. dazu Brandner, §24 Rdnr. 6 – 11.
77. Vgl. dazu Ulmer, Einleitung Rdnr. 42 – 46; Löwe, Vorbem. vor §§13 – 22 Rdnr. 1 – 9.
78. Bekanntmachung Nr 39/73 des BKA vom 23.8.1973; BAnz Nr 167 v. 6.9.1973.
79. Vgl. Löwe, Vorbem. §§8 – 11 Rdnr. 45; Graba, Vorbem. zu §§9 – 11 Rdnr. 16; Hensen, §13 Rdnr. 7; Brandner, §9 Rdnr. 49; a.A. Reuthe/Rink, *Kommentar zum GWB*, 3. Aufl. §2 Rdnr. 41.
80. Rinck, WuW 74, S. 291ff (298, 299); Konditionenkartell deutscher Fäbereien und Chemisch-Reinigungsbetriebe, Bundeskartellamt – TB [1959] S. 20.
81. Das Konditionenkartell ist in der Parxis weitgehend ersetzt durch die neu verabschiedeten Konditionenempfehlungen des Deutschen Textilreinigungsgewerbes; dazu 6. Kapitel Ziff. 227, 229.
82. Fassung v. 3.8.1973 BGB I, S. 917, 925.
83. Bericht des BKA [1977] BT-Drucksache 8/1925, S. 15/16.
84. Vgl. Wronka, BB [1976], S. 1581 (1582).
85. Reiseveranstaltungsverträge 94/76 BAnz Nr 210 vom 5.11.1976; Reparatur von Kfz 39/77 BAnz Nr 83 vom 3.5.1977; Verkauf von Kfz 51/77 BAnz Nr 108 v. 14.6.1977; Reparatur von Radio und Fernsehen 99/77 BAnz Nr 188 v. 6.10.1977; Verkauf von Radio und Fernsehen 111/77 BAnz Nr 218 v. 23.11.1977; Verkauf von Möbeln 33/77 BAnz Nr 71 v. 15.4.1977.
86. Vgl. Bericht des BKA 77 a.a.O. (Anm. 83), S. 15 und S. 181 – 183; Abdruck der 1977 genehmigten Empfehlungen.

87. Vgl. allgemein Vassel, *Einflußnahme des Staates auf die Ausgestaltung, von AVB* [1971].
88. Prölss/Schmidt/Sasse, *Kommentar zum VAG*, 7. Aufl. [1974], Anm. 4 zu §8.
89. Prölss/Schmidt/Sasse, VAG Anm. 9c zu §81.
90. Vassel, S. 31 mit w. NW.
91. Vgl. BVerfGE 8, S. 274ff (327).
92. Prölss/Schmidt/Sasse, VAG Anm. 2 zu §81a.
93. RGBl [1940], I, S. 1543.
94. Dazu ausführlich Weber, ZVersWiss [1963], S. 79ff.
95. So Weber a.a.O. (Anm. 94), S. 83; vgl. auch Vassel, a.a.O. (Anm. 87), S. 42–45.
96. Prölss/Schmidt/Sasse, Anm. 12 zu §8 VAG.
97. Vgl. im einzelnen Fromm/Goldberg, *VAG, Kommentar* [1966], Anm. 2 zu §10 VAG; Berliner/Fromm, *Kommentar*, 4. Aufl. [1932], Anm. 3–10 zu §10 VAG.
98. So Koenige/Peterson Rdnr. 1 zu §21 VAG, *Kommentar zum Gesetz über die privaten Versicherungsunternehmen v. 12.5.1901* 3. Aufl. [1927]; a.A. Prölss/Schmidt/Sasse, VAG Vorbem. III 2; vgl. auch ausführlich zu dem Problem Vassel, S. 72/73.
99. Vgl. die Zusammenstellung bei Bruck/Möller, *VVG Kommentar*, 8. Aufl. [1961], Band 1, Einleitung Anm. 46 und Prölss/Martin *VVG Kommentar*, 21. Aufl. [1977], Vorbem. I 1a; ausführlich Vassel, S. 79ff.
100. z.B. §§15a, 34a, 42 VVG.
101. Vgl. Vassel, S. 79 zu den zwingenden und S. 82 zu den halbzwingenden Vorschriften des VVG.
102. Ausführlich Vassel, S. 87ff.
103. Vgl. die Beispiele bei Prölss, §8 VAG Anm. 11 Cc.
104. Vgl. dazu Vassel S. 95ff.
105. Brandner, §9 Rdnr. 47.
106. Vgl. dazu neuerdings Helm, NJW [1978], S. 129ff.
107. So Brandner, §9 Rdnr. 47; Huffner VersR [1974], S. 617ff (622); zurückhaltend BGHZ 52, 86ff und BGH MDR [1973], S. 999 (1001).
108. Vassel, S. 53/54.
109. Vassel, S. 54ff mit einer Darstellung der einschlägigen Fälle.
110. Dazu Vassel, S. 57ff.
111. Vollständige Aufzählung bei Szagunn/Neumann/Wohlschieß, *Kommentar zum KWG*, 3. Aufl. [1976], §6 Rdnr. 2.
112. Reischauer/Kleinhans, *Kommentar zum KWG*, Stand : 38. Lieferung vom November [1977], §6 Rdnr. 4. und Schork, *Kommentar zum KWG* [1965], §6 Rdnr. 6.
113. a.A. wohl, Möhring, NJW [1974], S. 1689ff (1690) unter Berufung auf Reischauer/Kleinhans, §6 Anm. 5, der diesbezüglich überhaupt keine Aussage macht.
114. Schork, §6 Rdnr. 17.
115. Bähre/Schneider, *KWG Kommentar*, 2. Aufl. [1976], §6 Anm. 3.
116. Reischauer/Kleinhans, §6 Rdnr. 14.
117. BGBl [1972], I, S. 2097ff.

118. Dazu Lehmann/Schäfer, *Kommentar zum Bausparkassengesetz*, 2. Aufl. [1977], Einleitung II, S. 36ff.
119. Lehmann/Schäfer, §3 Anm. 3
120. Lehmann/Schäfer, §3 Anm. 6.
121. Vgl. Lehmann/Schäfer, §3 Anm. 6.
122. Lehmann/Schäfer, §9 Anm. 4 mit einer beispielhaften Aufzählung von denkbaren Gefahren.
123. So Lehmann Schäfer, §9 Anm. 5.
124. Vgl. dazu Bähre/Schneider, Anm. 2 zu §46 KWG; Szagunn/Neumann/Wohlschieß, Anm. 3 zu §46 KWG.
125. Lehmann/Schäfer, §5 Anm. 4.
126. Vgl. dazu Lehmann/Schäfer, §8 Anm. 6.
127. Vgl. auch Lehmann/Schäfer, §5 Anm. 4.
128. Lehmann/Schäfer, §3 Anm. 6.
129. Barlet/Karding/Fleischmann, *Hypothekbankgesetz*, Kommentar, 2. Aufl. [1964], §15 Anm. 2.
130. Barlet/Karding/Fleischmann, §4 Anm. 6c; Hofmann, *Hypothekbankengesetz* [1964], §15 Anm. 2.
131. Baur, *Investmentgesetze*, Kommentar [1970], Anm. 2c zu §2 KAAG S. 101.
132. Abgedruckt bei Baur, S. 629ff, Stand [1970].
133. Vgl. Baur §15 VI, S. 209.
134. Für das Kreditwesen vgl. Bähre/Schneider, §6 Anm. 4 mit NW aus der Rechtsprechung für das Versicherungswesen; Prölss/Schmidt/Sasse, VAG Anm. 4 vor §10 BAG mit NW aus der Rechtsprechung; vgl. 5. Kapitel Ziff. 188.
135. Ausführlich dazu im 5. Kapitel Ziff. 188.
136. Vgl. Gärtner, *Privatversicherungsrecht* [1976], S. 26, 27, 257.
137. Gärtner, a.a.O. (Anm. 136), S. 23.
138. Gärtner a.a.O. (Anm 136), S. 25.
139. Gärtner a.a.O. (Anm. 136), S. 244.
140. Gärtner a.a.O. (Anm. 136), S. 260.
141. Gärtner, a.a.O. (Anm. 136), 252 und 6. Kapitel Ziff. 232.
142. Gärtner, a.a.O. (Anm 136), S. 250, 260.
143. Prölss/Schmidt/Sasse, Vorbem. IV 1.
144. Hensen, §13 Rdnr. 1.
145. Vgl. dazu ausführlich Hensen Einführung vor §13 Rdnr. 7 – 12.
146. Dazu Hensen, Einführung vor §13 Rdnr. 17.
147. Zum Gang des Gesetzgebungsverfahrens Hensen, Einführung §13 Rdnr. 13 – 15; Löwe, Vorbem. vor §§13 – 22 Rdnr. 6 – 9.
148. Roland von Falckenstein: *Die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken durch Verbraucherverbände* [1977]; Kurzfassung veröffentlicht in ZVP [1977], S. 172ff.
149. BGH v. 30.6.1972 GRUR [1973], 78 (79).
150. BGH a.a.O. (Anm. 149); Palandt Heinrichs, Anm. 4a bb zu §13.
151. Vgl. dazu Schlosser, §13 Rdnr. 23; Löwe, §13 Rdnr. 68; Baumbach/Hefermehl, §13 UWG Rdnr. 18; Pastor, Wettbewerbsprozeß, 2. A. [1973] A. 415ff (417, 418).

152. BGHZ 42, 210ff. und BGHZ 50, 325ff.
153. So Schlosser, §13 Rdnr. 23; a.A. Baumbach/Hefermehl, §13 UWG Rdnr. 18, der die Wahrung von Verbraucherinteressen als Nebenaufgabe nicht ausreichen lassen will.
154. Schlosser, §13 Rdnr. 24 rechnet hierzu den Mieterbund und auch den ADAC, wobei zumindest beim ADAC die Eigenschaft als Verbraucherverband anzuzweifeln ist.
155. So BGH GRUR [1973], 78 (79); Baumbach/Hefermehl, §13 UWG Rdnr. 16; Pastor, S. 404ff; ebenso Palandt/Heinrichs, Anm. 4a dd zu §13; Hensen, §15 Rdnr. 2; a.A. Schlosser, §13 Rdnr. 19.
156. So Schlosser, §13 Rdnr. 29.
157. BGH v. 12.7.1957 GRUR [1957], S. 606ff (607).
158. So Palandt/Heinrichs, Anm. 4b bb zu §13; Löwe, §13 Rdnr. 79.
159. Baumbach/Hefermehl, §13 Rdnr. 14.
160. BGH GRUR [1965], S. 485ff (486).
161. So Palandt/Heinrichs, Anm. 4b bb zu §13.
162. Dazu noch Löwe, §13 Rdnr. 78, 79.
163. Schlosser, §13 Rdnr. 29.
164. Schlosser, §13 Rdnr. 31.
165. Vgl. Bericht des Rechtsausschusses in BT-Drucksache 7/5422, S. 11 zu §13.
166. So Schlosser, §13 Rdnr. 13 und Löwe, §13 Rdnr. 83, 85.
167. Tilmann, ZHR [1978], S. 55.
168. Schlosser, §13 Rdnr. 32; Löwe, §13 Rdnr. 57; Hensen, §13 Rdnr. 23.
169. Vgl. Tilmann, a.a.O. (Anm. 167), S. 55, 67.
170. So Reich, in ZVP [1978] Heft 3, S. 245.
171. Hensen, §13 Rdnr. 4; Koch/Stübing, §13 Rdnr. 13.
172. Löwe, §13 Rdnr. 5; Koch/Stübing, §13 Rdnr. 12 insoweit widersprüchlich wie er einerseits den AGB-Begriff des §1 AGBG anwenden will, andererseits eine drohende Verwendung ausreichen läßt.
173. Schlosser, §13 Rdnr. 33; so auch Reich, ZVP 78 Heft 3, S. 245, 246.
174. Hensen, §13 Rdnr. 3.
175. Schlosser, §13 Rdnr. 34.
176. Löwe, §13 Rdnr. 20, 21; vgl. auch Schlosser, §13 Rdnr. 34; Palandt/Heinrichs, Anm. 2b zu §13; a.A. wohl Hensen, §13 Rdnr. 14.
177. Vgl. zur Entstehungsgeschichte Löwe, §13 Rdnr. 20.
178. Schlosser, §13 Rdnr. 35.
179. Baumbach/Hefermehl, UWG, §13 Rdnr. 4.
180. Schlosser, §13 Rdnr. 35; vgl. auch Löwe, §13 Rdnr. 2.
181. So Löwe, §13 Rdnr. 9 unter Berufung auf das UWG und §1004 BGB.
182. So Schlosser, §13 Rdnr. 36, 56.
183. So aber das OLG Saarbrücken, Landgericht Bückeburg, AG München BB [1979], 705ff. mit kritischer Anm. von Löwe, S. 707/708.
184. So Schlosser, §13 Rdnr. 41; Löwe, §13 Rdnr. 36, 37; Palandt/Heinrichs, §13 Anm. 2c.
185. So Schlosser, §13 Rdnr. 38; a.A. Löwe, §13 Rdnr. 11 und Palandt/Heinrichs, Anm 2d zu §13.
186. Schlosser, §13 Rdnr. 44; a.A. Hensen, §13 Rdnr. 12ff.

187. Vgl. Schlosser, §13 Rdnr. 45 – 49, Löwe, §13 Rdnr. 7, 8.
188. s.o. und Schlosser, §13 Rdnr. 44.
189. So Löwe, §13 Rdnr. 6 und Sieg, VersR [1977], S. 492ff; zweifelnd Helm, NJW [1978], S. 129ff (S. 133 FußN 42); vgl. auch Schaefer, VersR [1978], S. 4ff.
190. Schlosser, §13 Rdnr. 59; Hensen, §13 Rdnr. 45.
191. Hensen, §13 Rdnr. 48; Löwe, §15 Rdnr. 11; unklar Koch/Stübing, §13 Rdnr. 32.
- 191a. Wie hier LG Berlin v. 12.7.1979 AZ 26 O 153/79.
192. Hensen, §15 Rdnr. 13.
193. Hensen, §15; Löwe, §15 Rdnr. 19.
194. Schlosser, §13 Rdnr. 10; Hensen, §15 Rdnr. 12; Löwe, §15 Rdnr. 19ff.
195. OLG Düsseldorf BB [1978], S. 1433 mit Anm. Löwe; dazu auch Koch BB [1978], S. 1638 und Hensen DB [1978], S. 2207ff.
196. So Hensen DB [1978], S. 2208.
197. OLG Düsseldorf BB [1978], S. 1433.
198. So auch Hensen, DB [1978], S. 2208 und Löwe, BB [1978], S. 1434.
199. So Löwe §17 Rdnr. 33ff und §21 Rdnr. 20ff; Schlosser, §13 Rdnr. 35 und §21 Rdnr. 6; anders Gerlach, *Münchener Kommentar*, Allgem. Teil des BGB §13 AGBG Rdnr. 23; Koch/Stübing, §13 Rdnr. 19 und §21 Rdnr. 15; Hensen, §13 Rdnr. 58 und §21 Rdnr. 4; Palandt/Heinrichs, §21 AGBG Anm. 3c.
200. So BJM Dr. Vogel in seiner Rede vom 15.9.1978 anlässlich der Eröffnung des Verbraucherforums in Darmstadt-Wixhausen.
201. Schlosser, §13 Rdnr. 14.
202. Koch, BB [1978], S. 1639.
203. Gerlach, *Münchener Kommentar*, §15 Rdnr. 22; OLG Stuttgart 2 W 33/78 v. 15.11.1978.
204. Schlosser, §13 Rdnr. 12, 15; Hensen, §15 Rdnr. 4.
205. Schlosser, §16 Rdnr. 1, 2 will den Anwendungsbereich auf alle Fälle öffentlich-rechtlich genehmigter Bedingungen ausdehnen.
206. Löwe, §17 Rdnr. 1.
207. Schlosser, §18 Rdnr. 1; Löwe, §18 Rdnr. 1.
208. So Schlosser, §20 Rdnr. 2; Hensen, §20 Rdnr. 9; Löwe, §20 Rdnr. 11.
209. Vgl. grds. Creutzig, NJW [1979], S. 20, 21; auch Hardieck, BB [1979], S. 708.
210. Dazu Löwe, §19 Rdnr. 1.
211. Dazu Damm ZRP [1978], S. 167ff (170).
212. Löwe, §22 Rdnr. 1.
213. Hensen, §22 Rdnr. 6ff.
214. Nach Auskunft der VZ Baden-Württemberg sind *alle* Prozesse nach §13 AGBG gewonnen worden (Stand Ende 1979).
215. Zurückhaltend insoweit Löwe, §22 Rdnr. 2.
216. Hensen, §22 Rdnr. 22.
217. Unten 5. Kapitel Ziff. 131, 132; LVG Hamburg VersR [1953], S. 313ff.
218. So Prölss/Schmidt/Sasse für das Versicherungswesen, §81 VAG Anm. 14 III.
219. So die amtliche Begründung zu §3 BSpKG zitiert bei Lehmann/Schäfer, §3, S. 70.

220. Prölss/Schmidt/Sasse, §81 VAG Anm. 14 III; die speziellen Befugnisse des VAG §81 Abs. 3, §81a Satz 3, §83 Abs. 2 Satz 3, §87 Abs. 2 Satz 2 sind durch §20 VwVG außer Kraft gesetzt.
221. Barlet/Karding/Fleischmann, §3 Anm. 2, wobei nicht klar wird, ob §50 KWG subsidiär anwendbar sein soll.
222. Baur, Anm. 2c zu §2 KAAG, S. 102.
223. Prölss/Schmidt/Sasse, §81a VAG Anm. 1.
224. Löwe, §17 Rdnr. 29.
225. Vgl. Schmitz DAR [1975], S. 141ff und Nachricht der ADAC Pressestelle ND 18/77 v. 17.2.1977.
226. Löwe, §5 Rdnr. 2.
227. Löwe, §5 Rdnr. 6.
228. Löwe, §5 Rdnr. 7.
229. Löwe, §5 Rdnr. 2; vgl. auch Brandner, §9 Rdnr. 33; Ulmer, §5 Rdnr. 2, 13, 18.
230. Löwe, §5 Rdnr. 6.
231. Löwe, §5 Rdnr. 6.
232. Löwe, §5 Rdnr. 4; Ulmer, §5 Rdnr. 6.
233. BHGZ 7, S. 365ff (368); BGHZ 17, S. 1ff (3) und BGHZ 22 S. 109ff (113); BGHZ 33, S. 216ff (219); BGH WM [1974], S. 515ff.
234. Löwe, §5 Rdnr. 4, 5; Ulmer, §5 Rdnr. 7.
235. Ulmer, §5 Rdnr. 12.
236. Ulmer, §5 Rdnr. 13.
237. Löwe, §5 Rdnr. 6.
238. Nachweise aus der Literatur und Rechtsprechung bei Brandner, §9 Rdnr. 63.
239. So Brandner, §9 Rdnr. 66.
240. Löwe, §5 Rdnr. 10.
241. So Löwe, §6 Rdnr. 6 unter Bezugnahme auf BGH BB [1972], S. 856.
242. Schlosser, §6 Rdnr. 9; Löwe, §6 Rdnr. 2; Koch/Stübing, §9 Rdnr. 36; Stein, §5 Rdnr. 12; Palandt/Heinrichs (38. Aufl.) Vorbem, §8 AGBG Anm. 36.
243. Ulmer, §6 Rdnr. 20; §9 Rdnr. 93; aber Hensen, §11 Nr 5 Rdnr. 22; §11 Nr 7 Rdnr. 30; §17 Rdnr. 16.
244. Dazu Götz, NJW [1978], S. 2223; so ausdrücklich Kötz, NJW [1979], S. 785ff. (789).
245. Schlosser, §6 Rdnr. 11; Löwe, §6 Rdnr. 7 in Ausnahmefällen; Stein, §6 Rdnr. 9 bei atypischen Verträgen.
246. Löwe, §6 Rdnr. 6; Ulmer, §6 Rdnr. 22, 23.
247. Löwe, §6 Rdnr. 10; Ulmer, §6 Rdnr. 28.
248. Löwe, §6 Rdnr. 13, 14; Ulmer, §6 Rdnr. 32.
249. Dazu umfassend Ulmer, Einleitung Rdnr. 33ff.
250. Damm, JZ [1978], S. 176.
251. Damm, JZ [1978], S. 177; Braun, BB [1979], S. 689ff. (690).
252. Tilmann, ZHR [1978], S. 53 – 57.
253. Ablehnend Ulmer, Gutachten [1974] S. 21ff; Westermann, ACP [1978], S. 150ff (168); Lieb, ACP [1978], S. 179; Tilmann, ZHR [1978], S. 53;

- befürwortend Reich, ZRP [1974], S. 189ff; derselbe, *Markt und Recht*, S. 190ff; Damm, JZ [1978], S. 176.
254. Vgl. Damm, ZRP [1978], S. 167ff (169).
255. Schlosser/Coester-Waltjen/Graba, *Verbraucherschutz, ein Modellversuch* [1975], S. 269ff.
256. Vgl. Damm, ZRP [1978], S. 167/168.
257. Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, S. 145ff.
258. Damm, ZRP [1978], S. 169.
259. Lieb, ACP [1978] S. 179ff (220ff).
260. Zeitschrift Test 1978 Heft 4 S. 11.
261. Löwe, §7 Rdnr. 5.
262. Löwe, Vorbem. §§ 8 – 11 Rdnr. 23.
263. Vgl. dazu auch Lieb, a.a.O. (Anm. 259), S. 224.
264. So auch Lieb, a.a.O. (Anm. 259), S. 223.

Verbraucherkredit

I EINFÜHRUNG IN DIE PROBLEMATIK

321 Der Verbrauchercredit oder Konsumentencredit erfreut sich in der Bundesrepublik Deutschland zunehmender Beliebtheit. Im Jahre 1974 betrug die Gesamthöhe der Konsumentencredite rund DM 50 Mrd., was gegenüber dem Vergleichsraum von 1969 praktisch eine Verdoppelung bedeutet. Ende 1976 betrug die Summe der Konsumentencredite DM 69 Mrd., Mitte 1979 etwa DM 106 Mrd. Die durchschnittliche Verschuldung der Haushalte betrug Ende 1974 pro Kopf bereits DM 800, 1976 ist sie auf DM 1000, gestiegen. In den Vereinigten Staaten beträgt sie allerdings das Doppelte. Für 1979 wird eine Durchschnittverschuldung der Haushalte von DM 5500 gemeldet; die Nettoneuverschuldung war erstmals höher als der Nettozuwachs an Sparvermögen. Die Gründe für die starke Expansion des Konsumentencredit liegen zunächst in der allgemeinen konjunkturellen Expansion nach dem zweiten Weltkrieg. Spezifisch sind sie auf drei Ursachen zurückzuführen: zunächst versuchen Produzenten und Handel sowie Anbieter von Dienstleistungen (insbesondere teurer Art) ihre Produkte durch Angebot einer Finanzierung leichter zu veräußern. Bestimmte Konsumgüter, etwa Kraftfahrzeuge und Möbel, können häufig nur durch Fremdfinanzierung vertrieben werden, da der Kunde nicht von sich aus genügend Barmittel bereitstellen kann, um den Erwerb zu tätigen. Ein zweiter Grund liegt in dem starken Expansionsbestreben der Geschäftsbanken und Sparkassen. War früher das Geschäft mit Verbrauchercrediten im wesentlichen eine Angelegenheit von Teilzahlungsbanken, so sind in den 60er Jahren auch Groß- und Universalbanken, Genossenschaftsbanken und Sparkassen in das Geschäft mit Konsumentencrediten in erheblichem Umfange eingestiegen. 1974 machte das Konsumentencreditgeschäft bereits 10% des gesamten Umsatzes der Bankenbranche (ohne Wohnungsbau) aus. Durch höhere Kreditlinien, einfache Kreditformen und bargeldlosen Zahlungsverkehr sowie die Einführung der Scheckkarte konnte die Ausdehnung dieser Kreditform noch gesteigert werden. Schließlich ist auf das veränderte Verhalten des Konsumenten gegenüber Krediten hinzuweisen. Wurden früher Kredite nur im Ausnahmefall aufgenommen, etwa zur Finanzierung des Hausbaus, so gewöhnen sich heute Konsumenten daran, auch Gegenstände des höheren täglichen Bedarfes mit Hilfe von Krediten zu erwerben. Steigende Arbeitnehmereinkommen schienen eine zusätzliche Garantie dafür zu bieten, daß die eingegangenen

Kreditverpflichtungen ohne Schwierigkeiten später abgelöst werden können. Allerdings sind angesichts stagnierender Realeinkommen und Arbeitsplatzrisiken in den letzten Jahren hier auch rückläufige Tendenzen festzustellen. Das Kreditverhalten der Konsumenten hat auch konjunktur- und verteilungspolitische Konsequenzen, insbesondere in Rezessionsphasen: der Verlust eines Arbeitsplatzes bedeutet häufig, daß der Konsument die aufgenommenen Kredite nicht mehr zurückzahlen kann und dadurch noch stärker in soziale Not gerät, als das sonst der Fall gewesen wäre¹. *Sozialpolitisch* lassen sich deutliche Schattenseiten des Konsumentencredits feststellen. Geringes Einkommen geht häufig mit hoher Verschuldung und 'harten' Kreditkonditionen parallel, etwa bei Ausländern, alten Menschen und sozialen Randgruppen². Hier haben sich sogar besondere Kreditformen entwickelt, etwa die Kreditvermittlung (342).

Die Erscheinungsformen des Konsumentencredits sind vielfältig. In der ökonomischen Bedeutung steht inzwischen der *bankmäßige, nicht besonders zweckbestimmte Konsumentencredit* im Vordergrund. Er kann durch einfache Einräumung eines Überziehungskredits auf einem Lohn- oder Gehaltskonto oder durch einen besonderen Teilzahlungskredit gewährt werden. Kennzeichnend für ihn ist, daß der Kunde frei über die Darlehensvaluta verfügen kann. Daneben gibt es durch Aushändigung von Scheckformularen und Scheckkarte eine mittelbare Form des Konsumentencredits, auch wenn eigentlich der Scheck eine entsprechende Deckung auf dem Konto voraussetzt (340). Der bankmäßige Kredit macht inzwischen etwa neun Zehntel aller Konsumentenkredite aus. Daneben kommen noch andere Kreditformen vor, die im Laufe der Abhandlung noch unter rechtlichen Aspekten gewürdigt werden, etwa Abzahlungsgeschäfte, finanzierte Abzahlungsgeschäfte, finanzierte Dienstleistungen und die sogenannte Kreditvermittlung.

Für die rechtliche Regelung des Konsumentencredits in der Bundesrepublik Deutschland ist maßgebend, daß es *ein einheitliches Recht* hierfür nicht gibt, anders als etwa in Großbritannien oder in den entsprechenden EG-Entwürfen einer Richtlinie für den Verbraucherkredit. Es bestehen vielmehr je nach rechtsgeschäftlicher Form des Kredites unterschiedliche Rechtsvorschriften, die ganz unterschiedlich auf die besonderen Schutzbelange des Konsumenten eingehen. Diese Zersplitterung des Rechtes des Konsumentencredits hat zu zahlreichen Mißbräuchen und insbesondere Umgehungsformen Anlaß gegeben. Insbesondere kann festgestellt werden, daß die Kreditpraxis versucht, von den stärker im Sinne des Verbraucherschutzes regulierten Kreditformen auszuweichen auf weniger intensiv regulierte Formen, die ja auch ökonomisch und rechtlich als 'günstiger' erscheinen³. Bislang sind in der Diskussion der Bundesrepublik Deutschland nur Teilansätze einer Reform hierfür zu verfolgen. Die folgenden Ausführungen können deshalb im wesentlichen nur den rechtlichen status quo in Gesetzgebung und Rechtsprechung wiedergeben.

II ARTEN DES VERBRAUCHERKREDITES IN DER GESETZGEBUNG (REGULIERTE VERTRÄGE)

1 Abzahlungsgeschäfte

(a) Begriff des Abzahlungsgeschäftes

322 Für sogenannte Abzahlungsgeschäfte besteht seit 1894 eine besondere gesetzliche Regelung, die versucht, verbraucherschützende Gesichtspunkte in

die zivilrechtliche Vertragsgestaltung einzuführen. Das Abzahlungsgesetz ist das erste deutsche Verbraucherschutzgesetz; es hat, mit Änderungen, die Zeit überstanden und gilt noch heute⁴.

Voraussetzung für die Anwendung der verbraucherschützenden Regelungen des Abzahlungsgesetzes ist das Vorliegen eines Abzahlungsgeschäftes. Nach heute vorherrschender Rechtspraxis setzt das Abzahlungsgeschäft gemäß §1 AbzG lediglich *zweierlei* voraus: einen *Kaufvertrag* über eine bewegliche Sache sowie die Vereinbarung der Kaufpreientrichtung in *Teilzahlungen*. Die vom Gesetz noch genannten Merkmale der Übergabe und des Vorbehaltes eines Rücktritts- bzw. Auflösungsrechtes gehören nicht mehr zum Begriff des Abzahlungsgeschäftes⁵.

Daraus ergibt sich mehrererlei: das Abzahlungsgeschäft ist zunächst eine *zweiseitige* Beziehung zwischen Verkäufer und Käufer. Inwieweit dreiseitige Beziehungen durch Einschaltung einer Teilzahlungsbank oder eines Leasing-Instituts auch dem Abzahlungsgesetz unterfallen, ist noch zu untersuchen (328ff). Das Abzahlungsgesetz gilt schließlich nur für Kaufverträge im eigentlichen Sinne, nicht jedoch für Verträge über Dienstleistungen, Werkleistungen, Vermittlungen und Geschäftsbesorgungen. Hier bestehen, wie noch zu zeigen ist (335), erhebliche Schutzlücken. Für gemischte Verträge gelten bestimmte Ausnahmen, worauf noch einzugehen ist. Der Vertrag muß über eine *bewegliche Sache* geschlossen sein, so daß Grundstücksgeschäfte und damit verbundene Finanzierungen nicht dem Abzahlungsgesetz unterliegen. Es müssen bewegliche Sachen verkauft werden, wozu auch *Sachgesamtheiten* gehören⁶. Die Entrichtung des Kaufpreises in Teilzahlungen ist nach der Rechtspraxis scharf abzugrenzen von sogenannten *Bargeschäften*, die nicht dem Abzahlungsgesetz unterfallen. In Einzelfragen ergeben sich schwierige Abgrenzungen. Ein Bargeschäft, nicht eine Teilzahlungsabrede liegt etwa vor, wenn eine Anzahlung und der Rest bei Lieferung, etwa durch Nachnahme gezahlt wird, ebenso bei Hingabe eines Schecks oder Wechsels über die gesamte Kaufpreissumme bzw. bei Anzahlung und Restbetrag⁷. Teilzahlungen liegen nach deutscher Rechtspraxis vor, wenn der Kaufpreis in mindestens zwei Raten geleistet wird. Leistet der Kunde eine Anzahlung und den Rest später, so verneint die Rechtsprechung ein Abzahlungsgeschäft⁸. Inwieweit die sukzessive Lieferung von Sachgesamtheiten die Vereinbarung einer Teilzahlung beinhaltet, ist bislang außer ordentlich umstritten⁹. Bei Lieferung einer mehrbändigen Edition oder mehrerer Aussteuersortimente in zeitlichem Abstand gegen Nachnahme nimmt der Bundesgerichtshof an, daß keine Teilzahlungsabrede vorliegt, weil jeder Band bzw. jedes Sortiment gesondert erworben werden könne¹⁰. Beim Kauf eines einheitlichen Lexikonwerkes, das bandweise geliefert und bezahlt wird, ist die Rechtspraxis schwankend¹¹.

(b) *Form- und Informationspflichten*

323 Das Abzahlungsgesetz in seiner ursprünglichen Fassung enthielt zunächst keine Vorschriften über die Form des Vertrages und über die Informationen, die der Verkäufer dem Käufer bei Abschluß eines solchen Geschäftes geben muß. Da jedoch Abzahlungsgeschäfte mit einem besonderen Risiko für den Verbraucher verbunden sind, seine Mittel langfristig binden und häufig die

Finanzierung den Käufer teuer zu stehen kommt, sind durch Reformgesetze von 1969 und 1974 entsprechende Änderungen des Abzahlungsgesetzes in §1a vorgenommen worden¹². Dies entspricht Reformvorschlägen, wie sie etwa von der SPD-Fraktion 1964 dem Deutschen Bundestag unterbreitet worden sind. Die Willenserklärungen des Käufers müssen jetzt in schriftlicher, das heißt von ihm unterschriebener Form erfolgen. In der Vertragsurkunde müssen von Verkäuferseite die folgenden Angaben gemacht werden: Barzahlungspreis, Teilzahlungspreis, Teilzahlungsplan und effektiver Jahreszins. Wichtig ist insbesondere die Aufnahme des *effektiven Jahreszinses* als Vertragspflicht, damit der Käufer die Höhe seiner tatsächlichen Zinsverpflichtungen ermitteln kann. Der effektive Jahreszins ist dabei nicht nur zu errechnen aus den üblichen Monatszinssätzen der Bank, sondern er umfaßt insbesondere auch Kosten, Provisions- und Versicherungsanteile für die Vereinbarung der Teilzahlungsabrede¹³. Mit Hilfe dieser Angaben soll der Käufer seine Vertragsentscheidung überprüfen können und die Möglichkeit haben, eventuell nach günstigeren Kreditkonditionen Ausschau zu halten.

Die Rechtsfolgen bei Verstößen gegen die Formvorschrift, bei unterbliebenen, mißverständlichen oder falschen Angaben ergeben sich aus dem Gesetz. Der Vertrag kommt zunächst nicht zustande, der Kunde hat aber die Möglichkeit, bei trotzdem mit seinem Willen erfolgender Übergabe der Sache einen neuen Vertrag in Höhe des Barzahlungspreises für und gegen sich gelten zu lassen¹⁴. Der Käufer bleibt zur Ratenzahlung berechtigt, die Raten werden aber entsprechend dem Barzahlungspreis herabgesetzt.

§1a Abs. 4 und Abs. 5 des Abzahlungsgesetzes enthalten noch Ausnahmen von der Anwendbarkeit dieser Vorschrift, insbesondere beim Versandhandel und bei ausschließlichen Teilzahlungsverkäufern.

(c) *Das Widerrufsrecht des Abzahlungskäufers*

324 Eine der zentralen verbraucherpolitischen Forderungen in der rechtspolitischen Reformdiskussion war die Einführung eines Widerrufsrechtes für Abzahlungsgeschäfte, ähnliche Geschäfte sowie Haustürgeschäfte¹⁵. Auf Haustürgeschäfte ist in anderem Zusammenhang eingegangen worden (111 ff). Hier ist nur das spezifische *abzahlungsrechtliche Widerrufsrecht* zu erwähnen, das durch Gesetz vom 15.5.1974 vom Gesetzgeber eingeführt worden ist.

Nach der Neufassung von §1b AbzG wird die auf den Vertragsschluß gerichtete Willenserklärung des Käufers erst wirksam, wenn der Käufer sie nicht dem Verkäufer gegenüber binnen einer Frist von einer Woche schriftlich widerruft. Das Gesetz regelt dann sehr detailliert die besonderen Voraussetzungen des Widerrufsrechtes, die Fristwahrung, die Belehrungspflicht des Verkäufers, Beweisfragen sowie Sonderfälle. Der Sinn der gesetzlichen Vorschriften ist kurz folgender.

Das Widerrufsrecht gilt zunächst nur bei Abzahlungsgeschäften im oben beschriebenen Sinne, bei unten zu würdigenden Umgehungsgeschäften, etwa finanzierten Kaufverträgen, sowie bei Sukzessivlieferungsverträgen, etwa Lexikon-Verträgen, Aussteuerverträgen, Buchgemeinschaftsverträgen, Zeitschriftenabonnements¹⁶. Es gilt *nicht bei finanzierten Dienstleistungen* und *nicht beim normalen bankmäßigen Teilzahlungskredit*. Auch gegenüber dem

Kreditvermittler hat der Verbraucher kein Widerrufsrecht. Es ist unerheblich, ob das Geschäft an der Haustür abgeschlossen ist oder im Geschäftslokal des Verkäufers; auf die besondere Vertriebsform kommt es gerade nicht an.

Die Widerrufsfrist beträgt *eine Woche*. Sie läuft erst, wenn die Vertragsurkunde mit Widerrufsbelehrung ausgehändigt worden ist. Die Belehrung muß auch deutlich erfolgen, dies ist nicht der Fall, wenn sie mit dem Verzicht auf den Widerruf verbunden wird¹⁷. Bei unterbliebener Belehrung erlischt das Widerrufsrecht nach Lieferung der Kaufsache und vollständiger Bezahlung des Kaufpreises.

Der Widerruf muß schriftlich erfolgen; es ist noch nicht entschieden, ob auch eine *konkludente* Widerrufshandlung, etwa durch Rückgabe der Sache möglich ist¹⁸.

Die Beweislast über die Belehrung und die Fristwahrung wird vom Gesetz ebenfalls detailliert geregelt. Der Verkäufer muß beweisen, zu welchem Zeitpunkt die Abschrift dem Käufer ausgehändigt worden ist. Der Käufer muß die rechtzeitige Absendung der Widerrufserklärung beweisen.

Für den Versandhandel gelten Sonderbestimmungen, weil hier das Rückgaberecht auf das Widerrufsrecht 'angerechnet' wird. Das setzt allerdings voraus, daß *keine* mündlichen Vertragsverhandlungen zwischen Verkäufer und Käufer, auch nicht durch sogenannte Sammelbesteller, erfolgt sind.

Die deutsche Rechtspraxis ist gegenwärtig mit dem Problem konfrontiert, wie *Umgehungen des Widerrufsrechtes* verhindert werden können¹⁹. Dabei zeigen sich einige typische Erscheinungsformen: zunächst wird behauptet, daß ein Abzahlungsgeschäft oder ein verwandtes Geschäft gar nicht vorliegt. Hier kann dem Kunden insoweit geholfen werden, als der Verkäufer die Beweislast für das Nichtbestehen eines Abzahlungsgeschäftes hat²⁰. Wettbewerbsrechtlich ist es inzwischen möglich, solche Erklärungen des Verkäufers als unlautere und irreführende Wettbewerbshandlungen gemäß §§1 und 3 UWG zu verbieten²¹. Ein zweiter möglicher Umgehungsfall ist der, daß der Verkäufer erst *nach Ablauf* der Widerrufsfrist liefert. Hiergegen ist vonseiten des Kunden keine Möglichkeit gegeben, da die Widerrufsfrist unabhängig von der Übergabe der Sache läuft, sondern bedingt ist durch Übergabe der Vertragsurkunde und Belehrung²². Das Widerrufsrecht gibt auch dem Kunden nicht die Möglichkeit, die Sache gleichsam eine Woche unentgeltlich zu nutzen. Ein dritter Umgehungsfall sind *Manipulationen mit der Datierung*, etwa Nichtdatierung, Vordatierung oder Rückdatierung. Hier hilft dem Kunden die Beweislastregelung, die allerdings nicht eingreift, wenn in der Urkunde selbst etwa eine Vordatierung vorgenommen worden ist und der Käufer hinterher behauptet, dies sei unrechtmäßig erfolgt. Der Anschein der Urkunde spricht gegen den Käufer; die Manipulation wird er häufig nicht beweisen können. Ein vierter Umgehungsfall kann dadurch erfolgen, daß der Verkäufer etwa einen *Kreditvermittler* einschaltet und über ihn den Vertrag abwickelt. Hier ist dem Kunden dadurch zu helfen, daß man ein Umgehungsgeschäft im Sinne von §6 AbzG annimmt. Ein fünfter Fall liegt dann vor, wenn dem Kunden ein *Verzicht* auf das Widerrufsrecht aufgenötigt wird. Eine solche Vereinbarung ist nach §1b Abs. 6 AbzG unzulässig, trifft allerdings nur den Fall vor Vertragsschluß. Nachträgliche Vereinbarungen sind natürlich möglich. Sind sie allerdings mit dem Vertragsabschluß verbunden, so muß man mit dem Landgericht Berlin²³

annehmen, daß eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung gar nicht erfolgt ist. Ein sechster Fall schließlich ist gegeben, wenn der Verkäufer behauptet, ihm sei die Widerrufserklärung nicht rechtzeitig zugegangen. Hier ist darauf hinzuweisen, daß ja für die Fristwahrung lediglich die rechtzeitige Absendung des Widerrufs genügt, die allerdings der Kunde auch beweisen muß, etwa durch einen Einschreibebrief²⁴. Der Brief muß dem Verkäufer zugegangen sein.

Nicht durch juristische Interpretation sind die Fälle zu lösen, in denen der Käufer aus Trägheit, Rechtsunkenntnis oder Sprachschwierigkeit von dem Widerrufsrecht keinen Gebrauch macht. Dann bleibt es bei der Gültigkeit des Vertrages, sofern nicht andere Anfechtungs- oder Unwirksamkeitsgründe gegeben sind.

Durch die Regelung des Rückgewährverhältnisses in §1d versucht das Gesetz noch sicherzustellen, daß der Käufer nicht mittelbar durch hohe Vergütungs- und Ersatzpflichten von der Ausübung des Widerrufsrechtes Abstand nimmt. Nach Ausübung des Widerrufsrechtes ist er nämlich nur zur Leistungsrückgewähr verpflichtet; eine Wertminderung muß er nicht ersetzen; er muß lediglich den Wert der Benutzung erstatten.

(d) Rückgewährpflichten der Parteien

325 Das Abzahlungsgesetz in seiner ursprünglichen Fassung regelte primär die Rechtsverhältnisse, die eintraten, wenn der Verkäufer durch Rücktritt oder durch sonstige Maßnahmen den Vertrag zur Auflösung brachte, insbesondere bei Zahlungsverzug des Käufers. Hierfür enthalten die §§1, 2 bis 5 detaillierte Regelungen, die auf dem Grundgedanken basieren, daß der Käufer bei Entzug der Kaufsache durch Rücktritt, Wegnahme und so weiter nicht auch noch den Kaufpreis weiterzahlen muß, das heißt, daß der Entzug der Kaufsache nicht unter schlechteren Bedingungen stattfindet, als sie im Abzahlungsgesetz gestattet sind²⁵. Auf Einzelheiten dieser Vorschriften kann hier nicht eingegangen werden, da sie für die Praxis kaum Bedeutung haben und insbesondere durch andere Sicherungsmittel, etwa Lohnabtretung, umgangen werden können. Ein weiterer Nachteil der abzahlungsrechtlichen Regelung besteht für den Käufer darin, daß er seinen theoretisch bestehenden Rückzahlungsanspruch hinsichtlich der Anzahlung und geleisteter Raten nicht durchsetzen kann, da diesem der Anspruch des Verkäufers auf Nutzungsent-schädigung und Wertminderung für den Gebrauch der Sache entgegensteht. Der Käufer bleibt also im Regelfall nach Rücktritt zu einer Nachzahlung verpflichtet^{25a}.

(e) Gerichtsstand

326 §§6a und 6b des Abzahlungsgesetzes in der Fassung von 1969 und 1974 sehen schließlich noch für Streitigkeiten aus Abzahlungsgeschäften einen zwingenden Gerichtsstand beim Abzahlungskäufer und nicht beim Verkäufer vor. Damit soll verhindert werden, daß der Käufer bei Streitigkeiten aus dem Vertragsverhältnis, auch über das Bestehen eines Widerrufsrechtes oder einer Ungültigkeit des Vertrages, am Wohnsitz des Verkäufers verklagt werden kann, was für ihn zu einer faktischen Rechtsbeeinträchtigung führen würde. Der Gerichtsstand gilt auch bei Wechselklagen²⁶

327 §8 AbzG legt den Schutzbereich dahingehend fest, daß als Kaufmann eingetragene Abzahlungskäufer nicht geschützt werden. Dies hat mehrere Konsequenzen. §8 drückt zunächst den Grundsatz des Käuferschutzes, das heißt der bewußten Besserstellung des Käufers aus. Auf die konkrete Schutzbedürftigkeit wird allerdings nicht abgestellt, so daß auch der Gewerbetreibende oder Freiberufler, der nicht ins Handelsregister eingetragen ist oder nicht eingetragen werden kann, den Schutz des Abzahlungsgesetzes genießt²⁷. Das Abzahlungsgesetz stellt weiter *nicht auf die Verkäuferseite* ab. Es gilt gleichermaßen, ob der Verkäufer das Abzahlungsgeschäft gewerbsmäßig oder privat betreibt, eine vom Verbraucherbegriff (18) und in seiner praktischen Konsequenz insbesondere bei Geschäften unter Privaten bedenkliche Vorschrift²⁸.

2 **Finanzierte Abzahlungsgeschäfte**

(a) *Wirtschaftliche Bedeutung und Erscheinungsformen*

328 Das finanzierte Abzahlungsgeschäft beinhaltet wirtschaftlich gesehen die Einschaltung einer Teilzahlungsbank zur Kaufpreisfinanzierung. Der Verkäufer stundet nicht selbst dem Käufer den Kaufpreis, wie dies im Regelfall des oben erwähnten Abzahlungsgeschäftes geschieht, sondern bedient sich einer Teilzahlungsbank, die ihm den Kaufpreis direkt auszahlt und statt dessen vom Käufer Rückzahlung verlangt. Diese Einschaltung kann in verschiedenen Formen geschehen. Nach der historischen Entwicklung des Teilzahlungskredits in Deutschland unterscheidet man folgende Formen²⁹.

Beim sogenannten *A-Geschäft* gibt die Teilzahlungsbank dem Käufer Kaufschecks aus, die er bei angeschlossenen Verkäufern gegen entsprechende Waren einlösen kann. Diese Form der Kaufpreisfinanzierung war zwischen den beiden Weltkriegen sehr verbreitet, findet sich heute jedoch kaum mehr. Sie bedarf deshalb keiner besonderen Darstellung. Beim sogenannten *B-Geschäft* vermittelt der Verkäufer die Finanzierung des Kaufvertrages durch die Teilzahlungsbank, wobei dann die Rückzahlung in zwei Formen vereinbart sein kann: bei der sogenannten *Abtretungskonstruktion* tritt der Verkäufer der Teilzahlungsbank seinen Kaufpreisanspruch unter Ausschluß kaufrechtlicher Einwendungen, etwa aus Sachmängelgewähr, ab, so daß sich die Teilzahlungsbank aus abgetretenem Recht an den Käufer halten kann. Auch diese Form ist heute, jedenfalls mit Endverbrauchern, nicht mehr verbreitet und bedarf deshalb keiner Darstellung. Häufiger dagegen ist die sogenannte *Darlehenskonstruktion*: die Teilzahlungsbank räumt dem Käufer ein Darlehen ein, überweist aber die Darlehensvaluta direkt an den Verkäufer. Der kaufvertragliche Zahlungsanspruch ist erfüllt, so daß der Käufer den Kaufpreis nicht mehr an den Verkäufer entrichten muß. Er bleibt vielmehr zur Zahlung an die Teilzahlungsbank aus dem rechtlich selbständigen Darlehensvertrag gehalten. Im allgemeinen setzt eine solche Art der Teilzahlungsfinanzierung voraus, daß die Teilzahlungsbank und der Verkäufer in bestimmter Form zusammenarbeiten und daß der Verkäufer gegenüber der Bank eine Mithaftung

für die Darlehensrückzahlung übernimmt. Statt des beim normalen Teilzahlungskauf üblichen Einzelvertrages zwischen Verkäufer und Käufer mit Teilzahlungsabrede sind jetzt bei formaler rechtlicher Betrachtung drei Verträge zu unterscheiden: der Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Käufer, der Darlehensvertrag zwischen Teilzahlungsbank und Käufer und der sogenannte Rahmenvertrag zwischen Teilzahlungsbank und Verkäufer. Beim sogenannten *C-Geschäft* schließlich gibt der Käufer zur Sicherung des Darlehensanspruches der Bank diesen Wechsel, die sie dann zu ihrer eigenen Refinanzierung verwenden kann. Die letzte Form ist allerdings weniger im Teilzahlungsgeschäft mit Endverbrauchern, sondern mehr im gewerblichen Bereich zu verfolgen.

Über die wirtschaftliche Bedeutung und Häufigkeit des finanzierten Abzahlungsgeschäftes, insbesondere des B-Geschäftes in der Darlehenskonstruktion, liegen heute keine genauen Zahlen vor. Man kann davon ausgehen, daß das finanzierte Abzahlungsgeschäft, das sich in den 50er Jahren in der Bundesrepublik großer Beliebtheit erfreute und den Hauptumsatz der Teilzahlungsbanken ausmachte, inzwischen stark zurückgegangen ist³⁰. Weit verbreiteter sind Formen des bankmäßigen Kredites und der Kreditvermittlung. Andererseits spielt das finanzierte Abzahlungsgeschäft bei bestimmten Käufen höherwertiger Konsumgüter auch nach wie vor eine wichtige Rolle, etwa beim Auto- oder beim Möbelkauf. Deshalb ist hier auf die Verbraucherschützende Regelung insbesondere durch die Rechtsprechung einzugehen.

(b) *Der rechtliche Begriff des finanzierten Abzahlungsgeschäftes*

329 Der Rechtsbegriff des finanzierten Abzahlungsgeschäftes wird von der Fragestellung bestimmt, inwieweit auf diesen Vertragstyp im Rahmen des §6 AbzG, der Umgehungsformen betrifft, das Abzahlungsgesetz analog Anwendung findet. Die Rechtsprechung verwendet hier eine wirtschaftliche Betrachtungsweise³¹. Die rechtlich selbständigen Verträge des Käufers mit dem Verkäufer und der Teilzahlungsbank müssen *wirtschaftlich eine Einheit* bilden, das heißt, der eine Vertrag kann sinnvoll nicht ohne den anderen geschlossen werden. Feste Abgrenzungskriterien zwischen finanziertem Abzahlungsgeschäft und sogenanntem Bar- oder Personalkredit hat die Rechtsprechung nicht entwickelt, sondern stellt auf die Umstände des Einzelfalles ab. Für das Vorliegen eines finanzierten Abzahlungsgeschäftes sprechen nach der Rechtsprechung der deutschen Gerichte folgende Indizien, ohne daß aber umgekehrt ihr Fehlen gleichzeitig bedeuten müßte, daß kein Abzahlungsgeschäft gegeben ist: die Sicherungsübereignung des Kaufgegenstandes an die Teilzahlungsbank³², die Überweisung der Darlehensvaluta direkt an den Verkäufer³³, Verfügung des Verkäufers über Formulare der Teilzahlungsbank, ohne daß er deren Abschlußvertreter sein müßte. Nicht erforderlich für ein finanziertes Abzahlungsgeschäft ist, wie früher von der Rechtsprechung angenommen, daß zwischen Verkäufer und Teilzahlungsbank eine dauernde Geschäftsverbindung besteht³⁴. Auch eine Mithaftung des Verkäufers für die Darlehensrückzahlung muß nicht gegeben sein. Nach neuer Rechtsprechung muß auch keine Sicherungsübereignung des Kaufgegenstandes an die Bank mehr erfolgen³⁵.

Beschafft sich der Käufer ein Darlehen 'auf eigene Faust', so liegt grundsätzlich kein finanziertes Abzahlungsgeschäft vor³⁶. In der Rechtsprechung bislang nicht geklärt sind die auf der Grenze liegenden Fälle, in denen die Bank durch eigenes Wissen oder durch Zwischenschaltung eines Kreditvermittlers von der Zweckbindung des Darlehens weiß. Hier ist zu unterscheiden je nach der spezifischen Mitteilung des Käufers an die Bank: je eindeutiger der Käufer die Bank darauf hinweist, daß er das Darlehen für einen bestimmten Zweck verwenden will, und je mehr die Bank darauf eingeht, umso eher wird man zu einem finanzierten Abzahlungsgeschäft im Gegensatz zu einem Personalkredit kommen³⁷. Aber dies ist immer eine Frage des Einzelfalles und kann abstrakt nicht im Vorwege geklärt werden. Die Kenntnis des Kreditvermittlers muß sich die Bank als eigene gemäß §278 anrechnen lassen.

(c) *Anwendung des Abzahlungsgesetzes*

330 Liegt ein finanziertes Abzahlungsgeschäft und kein Barkredit oder Personalkredit vor, so sieht §6 AbzG als Rechtsfolge eine entsprechende Anwendung des abzahlungsrechtlichen Schutzes zugunsten des Käufers vor. Diese analoge Anwendung erstreckt sich dann in ähnlicher Richtung wie das oben bei der Regelung des Abzahlungsgeschäftes bereits beschrieben worden ist. Jedoch bestehen wegen des sogenannten Dreiecksverhältnisses einige Besonderheiten.

Auch das finanzierte Abzahlungsgeschäft bedarf der Form des §1a AbzG. Der Abzahlungskäufer muß über Barzahlungspreis, Teilzahlungspreis, Teilzahlungsplan und effektiven Jahreszins im Vertrag informiert werden³⁸. Dabei ist fraglich und im einzelnen noch nicht entschieden, wen diese Form- und Informationspflichten treffen, den Verkäufer oder die Teilzahlungsbank. Es ist anzunehmen, daß sich diese Pflichten an die Teilzahlungsbank richten, da durch ihre Zwischenschaltung aus dem normalen Kaufvertrag ein Abzahlungsgeschäft wird³⁹.

Finanzierte Abzahlungsgeschäfte sind weiterhin gemäß §1b widerrufenlich. Auch hier besteht über Einzelheiten des Widerrufs Unklarheiten, da das Gesetz diesen Fall nicht ausdrücklich geregelt hat. Grundsätzlich muß der Widerruf gegenüber demjenigen erfolgen, der in der Urkunde über die Belehrung als Widerrufsempfänger angegeben worden ist. Erfolgt eine solche Belehrung nicht, so ist die Teilzahlungsbank der richtige Widerrufsadressat. Über den erfolgten Widerruf haben sich Verkäufer und Teilzahlungsbank zu verständigen, den Kunden treffen hier keine zusätzlichen Mitteilungspflichten. Der Widerruf läßt das gesamte Geschäft hinfällig werden, das heißt sowohl den Darlehens- als auch den Kaufvertrag⁴⁰.

Schließlich führt ein Rücktritt des Verkäufers bzw. der Teilzahlungsbank zu den besonderen Rückgewährpflichten der §§1, 2 AbzG. Im Sinne des Käuferschutzes hat der Bundesgerichtshof erklärt, daß bei der Rückabwicklung zwischen Bank und Käufer die vom Käufer an den Verkäufer geleistete Anzahlung mitberücksichtigt werden muß, nicht jedoch die von der Teilzahlungsbank an den Verkäufer überwiesene Darlehensvaluta⁴¹.

(d) *Einwendungsdurchgriff*

331 Außerordentlich umstritten ist in Theorie und Praxis, inwieweit Einwendungen im Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer etwa wegen Nichtlieferung, wegen Schlechterfüllung, wegen Leistungsstörung, wegen arglistiger Täuschung und Irrtum den Darlehensvertrag zwischen Käufer und Teilzahlungsbank beeinflussen. Geht man von der *rechtlichen Trennung* der Verträge aus, wie dies der Formularpraxis entspricht, so ist für einen solchen Einwendungsdurchgriff kein Raum: beide Verträge, Kauf- und Darlehensvertrag, entfalten ein eigenes Schicksal; Mängel des einen Vertrages schlagen nicht auf den anderen durch. Diese strikte Trennungstheorie wird von einem Teil der Literatur auch in der Tat vertreten⁴². Sie ist jedoch außerordentlich käuferfeindlich und berücksichtigt nicht, daß damit durch Aufspaltung des einheitlichen Abzahlungsgeschäftes der Käufer wesentlich schlechter stünde als bei einem normalen Abzahlungsgeschäft. Deshalb hat die Rechtsprechung eine sogenannte modifizierte Trennungstheorie entwickelt. Sie geht zunächst davon aus, daß die Verträge des Käufers mit der Teilzahlungsbank einerseits und dem Verkäufer andererseits rechtlich getrennt sind, jedoch aufgrund des wirtschaftlichen Zweckes und aus Treu und Glauben in besonderen Fällen als Einheit behandelt werden müßten. Insbesondere entwickelt die Rechtsprechung das Verbot der Rechtlos- bzw. Schlechterstellung⁴³. Sie modifiziert hier die käuferfeindlichen Ergebnisse der Trennungstheorie, jedoch nicht vollständig. Im einzelnen hat daraus die Rechtsprechung folgende Sätze entwickelt.

Die Teilzahlungsbank ist zunächst gehalten, den Käufer über die besonderen Risiken und Gefahren des finanzierten Abzahlungsgeschäftes in der Vertragsurkunde ausdrücklich hinzuweisen⁴⁴. Sie muß dies in besonders hervorgehobener Form tun, etwa durch fettumrandeten Druck auf der Urkunde, und gleichzeitig auch die Rechtsfolgen benennen, die dem Käufer entstehen können. Dadurch soll insbesondere verhindert werden, daß der Käufer vor Anlieferung der Sache dem Verkäufer eine sogenannte Vorausquittung gibt, und daß dann die Sache nicht geliefert wird, der Käufer aber dennoch das Darlehen zurückzahlen muß. Ein zweiter Fall ist der der arglistigen Täuschung des Käufers durch den Verkäufer: die Bank muß sich diese Täuschung entgegenhalten lassen, da sie ja mit dem Verkäufer zusammenwirkt und dieser hier in ihrem Interesse, nicht im Interesse des Kunden tätig wird; sie ist nicht Dritte im Sinne des §123 Abs. 2 BGB. Der Kunde kann also dann insbesondere auch den Darlehensvertrag anfechten⁴⁵. Im Falle einer Schlechtlieferung differenziert die Rechtsprechung nach folgenden Kriterien: im Normalfall muß sich der Käufer zunächst an den Verkäufer halten, wenn er Gewährleistungsansprüche gegen ihn durchsetzen will. Er kann nicht etwa die Rückzahlung des Darlehens verweigern, wenn der Verkäufer seinen Verpflichtungen nicht nachkommt. Er muß unter Umständen auch einen Prozeß gegen den Verkäufer führen⁴⁶. Nur in dem Ausnahmefall, daß der Verkäufer in Konkurs fällt, flüchtig oder unauffindbar bleibt, kann er der Bank gegenüber die Rückzahlung des Darlehens verweigern; die Bank hat dann ausnahmsweise das Konkursrisiko zu tragen. Etwas ähnliches gilt bei eigenem

Verschulden der Bank⁴⁷. Einen Rückforderungsanspruch gegen die Bank hat der Käufer jedoch in keinem Falle⁴⁸.

In seiner neuen Rechtsprechung hat der BGH — ohne ausdrückliche Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung — den Einwendungsdurchgriff erheblich erweitert. Er stellt jetzt generell auf die Zumutbarkeit der Geltendmachung von Einwendungen ab, wie sie sich aus der Sicht des Darlehensnehmers stellt⁴⁹. Ist es dem Darlehensnehmer nach Treu und Glauben nicht zumutbar, den Verkäufer in Anspruch zu nehmen, etwa weil dieser seine Gewährleistungshaftung bestreitet oder die ihm obliegende Nachbesserung im grobem Maße verzögerlich handhabt, so kann diese Einwendung dem Rückzahlungsanspruch des Darlehensgebers entgegengesetzt werden. Außerdem hat die Rechtsprechung die Aufklärungspflichten so verschärft, daß heute eine bloße Information über die Risiken des aufgespaltenen Geschäfts nicht mehr ausreicht, um den Einwendungsdurchgriff auszuschließen^{49a}.

Die neuere Rechtsprechung nähert sich damit Lösungen, wie sie in der Literatur seit langem vorgeschlagen werden. Diese Lösungen in der Literatur basieren auf einer Anerkennung auch der rechtlichen Einheit zwischen Darlehens- und Kaufvertrag⁵⁰. Einzelheiten der Begründung in der Literatur variieren und können nicht dargestellt werden. Nach Überzeugung des Verfassers erscheint sinnvoll eine Lösung, die hier vom AGB-Recht herkommt⁵¹. Bei einer Schlechtlieferung hat nämlich, jedenfalls bei Neuwaren, der Käufer dem Verkäufer gegenüber bestimmte unentziehbare Rechte (226). Er kann etwa die Weiterzahlung verweigern, den Kaufvertrag wandeln, den Kaufpreis mindern, sofern ihm nicht ein Nachbesserungsrecht hilft. Diese Rechte können ihm durch Einschaltung einer Teilzahlungsbank nicht genommen werden. Das bedeutet dann aber auch, daß er gegenüber der Teilzahlungsbank sein Zurückbehaltungsrecht bzw. seine Wandlungs- oder Minderungseinrede entgegenhalten kann. In diesem Fall muß sich die Bank an den Verkäufer halten, der verantwortlich ist für die endgültige Schlechtlieferung und der ohnehin gegenüber der Bank aus einer Schuldmitübernahme haftet. In allgemeinen Geschäftsbedingungen ist nach dem Schutzzweck des Gesetzes ein solcher Einwendungsdurchgriff nicht auszuschließen, auch dann nicht, wenn der Käufer in deutlicher Form auf die Risiken des Geschäftes hingewiesen worden ist.

(e) *Das sogenannte C-Geschäft*

- 332** Das C-Geschäft unterscheidet sich gegenüber dem B-Geschäft nur durch die Begebung von Wechseln bzw. Wechselakzepten vom Käufer an die Teilzahlungsbank. Durch das Wechselgeschäft tritt eine zusätzliche Sicherung ein und für die Bank eine weitere Refinanzierungsmöglichkeit. Allerdings sind solche Verträge mit Endverbrauchern nur wenig gebräuchlich, auch wenn sie andererseits nicht verboten sind, wie das etwa die EG-Kommission in ihren Richtlinienentwürfen zum Verbraucherkredit vorsieht. Durch die Begebung des Wechsels tritt für den Kunden ein zusätzliches Risiko ein: durch die 'Abstraktizität' des Wechsels kann er sofort aus dem Wertpapier in Anspruch genommen werden, ohne möglicherweise seine Rechte aus dem Abzahlungsgesetz bzw. aus dem Einwendungsdurchgriff geltend zu machen. Die Recht-

sprechung hilft hier insoweit, als sie der Teilzahlungsbank grundsätzlich einen Gutgläubenserwerb nicht ermöglicht, auch wenn der Käufer dem Verkäufer den Wechsel begeben hat. Art. 17 Wechselgesetz findet hier keine Anwendung, so daß der Käufer der Teilzahlungsbank gegenüber sämtliche Einwendungen aus Abzahlungs- und Zivilrecht geltend machen kann⁵². Dennoch ist dieser Vertragstyp für den Käufer letztlich mit erheblichen Risiken behaftet, insbesondere bei Weitergabe des Wechsels, und sollte deshalb grundsätzlich untersagt werden. Es besteht für keine der beteiligten Parteien die Notwendigkeit, über die normalen Sicherungen hinausgehend noch eine wechselfähige Sicherung zu vereinbaren.

(f) Reformvorschläge

333 Es besteht in der Literatur Einigkeit, daß die genannten Probleme insbesondere des Einwendungsdurchgriffs beim finanzierten Abzahlungsgeschäft durch eine gesetzgeberische Reform gelöst werden sollten⁵³.

Wichtige Reformvorschläge macht der Entwurf der Bundesregierung über finanzierte Rechtsgeschäfte und über Maklerverträge⁵⁴. Ein neuer §607a lautet:

- '(1) Dient ein Darlehen dem Kauf eines Gegenstandes, so kann der Darlehensnehmer Einwendungen oder Ansprüche aus dem Kaufvertrag, soweit sie ihn gegenüber dem Verkäufer zur Verweigerung oder Rückforderung seiner Leistung berechtigen würden, auch gegenüber dem Darlehensgeber geltend machen, wenn nach den Umständen die Verträge über den Kauf des Gegenstandes und das Darlehen als Teile eines einheitlichen wirtschaftlichen Vorganges anzusehen sind. Dies gilt nicht für Einwendungen oder Ansprüche, die auf einer zwischen dem Verkäufer und Käufer nach Abschluß des Darlehensvertrages getroffenen Vereinbarung beruhen. Der Anspruch auf Rückforderung kann nur bis zur Höhe der auf das Darlehen bereits zurückerstatteten Tilgungsbeträge geltend gemacht werden.
- (2) Ein einheitlicher wirtschaftlicher Vorgang ist insbesondere anzunehmen, wenn das Darlehen dem Käufer auf Grund eines Zusammenwirkens zwischen dem Darlehensgeber und dem Verkäufer im Einzelfall oder auf Grund dauernder Geschäftsverbindung zwischen diesen zum Zweck der Kaufpreiszahlung gewährt wird.
- (3) Auf ein Darlehen, das durch eine Hypothek oder eine Grundschuld gesichert ist, finden die Abs. 1, 2 keine Anwendung.
- (4) Die Absätze 1 bis 3 gelten entsprechend für Darlehen, die zum Zwecke der Erlangung einer anderen Leistung als des Kaufes eines Gegenstandes gewährt werden.
- (5) Eine zum Nachteil des Darlehensnehmers abweichende Vereinbarung ist unwirksam.'

Der Gesetzgeber begründet den Novellierungsvorschlag mit dem Verbot der Schlechterstellung, wie es auch von der Rechtsprechung entwickelt worden ist. Der Vorschlag berücksichtigt allerdings noch nicht die neuere Rechtsprechung, die ja weitgehend den Einwendungsdurchgriff bereits nach geltendem Recht zuläßt. Dabei wird der Begriff des finanzierten Geschäftes am Begriff des

‘einheitlichen wirtschaftlichen Vorganges’ festgemacht. Entgegen der Rechtsprechung reicht der ‘einheitliche wirtschaftliche Vorgang’ bereits aus, um den Einwendungsdurchgriff zu ermöglichen^{54a}. Abs. 2 des neuen §607a konkretisiert dann den einheitlichen wirtschaftlichen Vorgang, wenn Verkäufer und Darlehensgeber im Einzelfall oder aufgrund dauernder Geschäftsverbindung zusammenwirken. Offenbar soll es nicht ausreichen, daß der Darlehensgeber (die Bank) Kenntnis von der Finanzierung und dem Verwendungszweck des Darlehens hat. Hier soll es nach dem Willen des Novellierungsvorschlages beim geltenden Rechtszustand bleiben, so daß ein Einwendungsdurchgriff hier ausgeschlossen wäre.

Bemerkenswert erscheint auch, daß der Entwurf einen Mittelweg versucht zwischen unterschiedlichen in Literatur und Rechtspolitik diskutierten Vorstellungen über den Einwendungsdurchgriff. So lehnt er die in der Lehre und der früheren Rechtsprechung teilweise vertretene Theorie einer Subsidiarität des Einwendungsdurchgriffes ab, die mit dem Grundsatz nicht übereinstimme, daß der Käufer beim drittfinanzierten Kauf nicht schlechtergestellt werden dürfe als bei der Kreditierung des Kaufpreises durch den Verkäufer. Andererseits nimmt er keine gesamtschuldnerische Haftung an. Das führt dann dazu, daß der Rückforderungsanspruch nur bis zur Höhe der auf das Darlehen bereits zurückerstatteten Tilgungsbeträge beschränkt ist, so daß weitergehende Ansprüche, etwa Schadenersatzansprüche gegen den Darlehensgeber nicht durchgesetzt werden können. Dieser Vorschlag scheint rechtspolitisch durchaus akzeptabel zu sein, weil ein Tatbestand, der eine Gesamtschuldhaftung zwischen Bank und Verkäufer begründet, nicht vorliegt, und der Käufer durch die Drittfinanzierung naturgemäß auch nicht bessergestellt werden soll als beim normalen, vom Verkäufer finanzierten Vertrag.

3 Mietkauf- und Leasing-Verträge

- 334 (aa) Ein verbraucherpolitisches Schutzbedürfnis entsteht auch dann, wenn der Käufer eine Sache nicht im Wege eines Kaufvertrages, sondern eines langfristigen *Mietvertrages* erwirbt und, wirtschaftlich gesehen, die Mietzinsraten praktisch Kaufpreislagen sind, indem sie den Anschaffungswert des Gegenstandes einschließlich Kosten und Gewinnmarge des sogenannten Vermieters erreichen. Auf diesen Vertragstyp findet das Abzahlungsgesetz gemäß §6 immer dann Anwendung, wenn die Zwecke eines Abzahlungsgeschäftes insbesondere durch mietweise Überlassung der Sache erreicht werden sollen. Ein Mietkaufvertrag ist nach unbestrittener Rechtsprechung ein Abzahlungsgeschäft⁵⁵; es gelten die gesamten Schutzvorschriften des Abzahlungsrechtes, allerdings nur *entsprechend*. Ein ausdrückliches Erwerbsrecht muß dem ‘Mieter’ (Abzahlungskäufer) nicht eingeräumt sein. Es reicht, daß die ratenweise erbrachten Leistungen zumindestens wirtschaftlich als Zahlungen auf den Kaufpreis angesehen werden können⁵⁶. Auch hier besteht im Einzelfall die Schwierigkeit darin, den normalen Mietvertrag, der nicht dem Abzahlungsrecht unterliegt, von dem Mietkaufvertrag abzugrenzen, insbesondere bei längerfristigen Verträgen.

(bb) Ein weiterer Sonderfall, der hier kurz darzustellen ist, ist das sogenannte *Leasing*. Unter Leasing versteht man einen mietähnlichen Vertragstyp, durch den dem Leasing-Nehmer eine Sache im allgemeinen für die betriebsgewöhnliche Nutzungsdauer gegen Entgelt überlassen wird, wobei die Leasing-Raten so bemessen sind, daß durch sie voll der Kaufpreis einschließlich Kosten und Gewinn des Leasing-Instituts erbracht wird. Bei Einschaltung eines Leasing-Instituts, das den Gegenstand im eigenen Namen erwirbt und ihn dem Leasing-Nehmer weiter überläßt, spricht man vom sogenannten Finanzierungsleasing⁵⁷.

Das Finanzierungsleasing kommt allerdings hauptsächlich im Investitionsgüterbereich vor und betrifft insoweit nicht Belange des Verbraucherschutzes. Sollten Leasing-Verträge auch mit Endverbrauchern geschlossen werden, so kann davon ausgegangen werden, daß die Regeln über den Mietkauf entsprechend Anwendung finden und daß sich die Anwendung des Abzahlungsgesetzes danach bestimmt, ob der Käufer zumindestens wirtschaftlich Eigentümer werden soll, etwa bei Bestehen einer Kaufoption⁵⁸. Auch dies ist eine Frage des Einzelfalles und nicht generell zu entscheiden.

4 Finanzierte Dienstleistungen

335 Während die Finanzierung von Kaufverträgen in der oben beschriebenen Form im Rückgang begriffen ist, erfreut sich die Finanzierung von *Dienstleistungen* zunehmender Beliebtheit. Hierfür sind ökonomisch gesehen eine Reihe von Gründen maßgebend: zunächst weisen inzwischen viele Dienstleistungen für den einzelnen Verbraucher ähnlich hohe Beträge aus, die er nicht auf einmal aufbringen kann und die deshalb die Einschaltung einer Finanzierungsinstanz erfordern, etwa Fernunterrichtsverträge, Urlaubsreisen oder größere Reparaturverträge. Zum anderen versuchen bestimmte Unternehmen, aufwendige Dienstleistungen mit dem Argument einer entsprechenden Finanzierung dem Kunden 'zu verkaufen', wobei sich die Arbeitsteilung zwischen Dienstleistung und Finanzierung als besonders gewinnbringend erweist. Schließlich dient die Einschaltung einer Finanzierungsbank gleichzeitig dazu, Einwendungen des Empfängers gegenüber der Dienstleistung auszuschließen⁵⁹. Insgesamt gesehen muß gesagt werden, daß die Finanzierung von Dienstleistungen, von Einzelfällen abgesehen, eine durchaus *verbraucherfeindliche Tendenz* hat, da sie, anders als beim Sacherwerb, den Verbraucher langfristig an eine ihm häufig nicht überschaubare und in ihrem Erfolg von vornherein nicht erkennbare Dienstleistung bindet, seine Rechtsbehelfe beschneidet und zur Überforderung seiner ökonomischen Mittel führt.

Verbraucherpolitisch gesehen besteht also ein dringendes Regelungsbedürfnis für finanzierte Dienstleistungen. Es fehlt allerdings an einer vergleichbaren gesetzlichen Vorschrift wie dem Abzahlungsgesetz. Bis auf die unten noch darzustellende Ausnahme des Fernunterrichtsschutzgesetzes vom 24.8.1976 fehlt für finanzierte Dienstleistungen jede Art gesetzlicher Regelung, so daß also hier Verbraucherpraxis und Rechtsprechung auf die mehr oder minder problematische Anwendung allgemeiner zivilrechtlicher Regelungen angewiesen sind. Hinzukommt, daß solche Fälle nur selten die Aufmerksamkeit

oberster Gerichte erlangen, so daß also eine ergänzende Rechtsfortbildung durch Richterrecht erst in Ansätzen erkennbar ist.

Als zentrales Problem aller finanzierten Dienstleistungen erweist sich der sogenannte *Einwendungsdurchgriff*. Die verbraucherpolitische Problematik ist dabei ganz ähnlich der, wie wir sie beim finanzierten Abzahlungsgeschäft kennengelernt haben. Durch die Aufspaltung des einheitlichen Dienstleistungsvertrages, sei es rechtlich ein Werkvertrag, ein Dienstvertrag, ein Vermittlungsvertrag oder eine Geschäftsbesorgung, in zwei selbständige Verträge, wobei der eine ein Darlehensvertrag mit einem Teilzahlungsinstitut ist, werden dem Verbraucher gegenüber dem Finanzierungsinstitut Einwendungen genommen, die er normalerweise, insbesondere bei Schlechtleistung, bei Vertragsverletzung oder Täuschung gegenüber dem Dienstverpflichteten hätte.

Im Anwendungsbereich des Fernunterrichtsgesetzes (258) schreibt §8 vor, daß §§2 bis 7 des Gesetzes auf Verträge, die darauf abzielen, die Zwecke eines Fernunterrichtsvertrages in einer anderen Rechtsform zu erreichen, entsprechende Anwendung finden. Damit sind insbesondere die verbraucher-schützenden Vorschriften über die Rechte und Pflichten der vertragschließenden Parteien, über Form und Inhalt des Fernunterrichtsvertrages, über das Widerrufs- und das Kündigungsrecht des Teilnehmers gemeint. Eine solche Umgehungsform würde insbesondere dann vorliegen, wenn ein Finanzierungsinstitut eingeschaltet wird. Dadurch verliert der Kunde insbesondere nicht sein Widerrufsrecht gemäß §4 FUSG (114).

Da andere Dienstleistungen, vom AGB-Gesetz einmal abgesehen, bislang rechtlich nicht zwingend geregelt sind, fehlen auch Vorschriften über den Einwendungsdurchgriff bei finanzierten Verträgen. Dies gilt etwa für Urlaubsreisen, für Ehevermittlungsverträge, für Schlankheitskuren, Heimunterricht, Reparaturleistungen und so weiter. Einige Instanzgerichte argumentieren hier mit dem *Nachteilsverbot*, das die Rechtsprechung für das finanzierte Abzahlungsgeschäft entwickelt hat^{59a}. Richtigerweise sollte man hier die Lösung vom AGB-Gesetz her suchen: was in AGB nicht ausgeschlossen werden kann, kann auch mittelbar durch Einschaltung einer Finanzierungsbank nicht erreicht werden. Durch eine solche weite Ausdehnung des Einwendungsdurchgriffes können Manipulationen von Dienstleistungsunternehmen und angeschlossenen Teilzahlungsinstituten zulasten des Kunden nicht vollständig, jedoch zu einem Teil unterbunden werden. Die Rechtsprechung argumentiert hier mit Aufklärungspflichten und läßt die Bank für ein Verschulden und für Arglist von Verhandlungshelfern haften^{59b}.

Hinzuweisen bleibt in diesem Zusammenhang auf die Reformbestrebungen bei finanzierten Verträgen. Der Novellierungsvorschlag der Bundesregierung zu §607a sieht einen Absatz 4 vor, wonach ein Einwendungsdurchgriff entsprechend bei Darlehen (stattfindet), die zum Zwecke der Erlangung einer anderen Leistung als des Kaufes eines Gegenstandes gewährt werden. Dieser Vorschlag beinhaltet eine echte Neuerung gegenüber dem bisherigen, unbefriedigenden und verworrenen Rechtszustand, da er völlig vom Begriff des Abzahlungsgeschäftes abstrahiert und den Konsumenten bei Dienstleistungen ähnlich sichert wie bei Kaufverträgen. Den Grund dafür sieht der Entwurf richtig im Kreditmoment des finanzierten Dienstleistungsvertrages, was zu einer Verlockung des Kunden führe, die eine zutreffende Beurteilung der mit der

längerfristigen Zahlungsverpflichtung verbundenen Belastung erschwere. Nach Meinung der Bundesregierung kommen hierbei nach den bisherigen Erfahrungen insbesondere finanzierte Verträge über Ehevermittlungen und Eheanbahnungen, Urlaubsreisen und Fernlehrgänge in Betracht. Es fragt sich allerdings, ob hier nicht der Entwurf noch einen Schritt weiter auf eine gesamtschuldnerische Haftung hätte gehen müssen. Denn wegen der besonderen Natur der Dienstleistungen ist eine Finanzierung durch Dritte nur möglich, wenn, wie im Regelfalle auch üblich, eine enge Geschäftsverbindung zwischen Unternehmer und Darlehensgeber besteht. Dieses Zusammenwirken dürfte im Regelfall eine gesamtschuldnerische Haftung rechtfertigen. Beiden ist der gleiche Zweck gemeinsam, Vertrieb einer Dienstleistung in arbeitsteiliger Form an den Kunden. Ansprüche etwa aus Schlechterfüllung sollten deshalb dem Kunden gegen beide, Unternehmer und Darlehensgeber zustehen, ohne auf die Höhe der geleisteten Zahlungen beschränkt zu sein. Dadurch wäre insbesondere eine bessere Kontrolle der Dienstleistungsunternehmen durch den Darlehensgeber gewährleistet.

III DIE BANKMÄßIGE FINANZIERUNG

1 Bedeutung des bankmäßigen Verbraucherkredites

336 Die inzwischen häufigste Form des Verbraucherkredites ist die der Kreditgewährung durch Banken oder Sparkassen, ohne daß das Darlehen für einen bestimmten Anschaffungszweck gebunden wird. Die Banken und Sparkassen haben diese Kreditform an Endverbraucher *stark* ausgeweitet und führen eine intensive Werbung dafür durch. Für den Verbraucher hat diese Kreditform den Vorteil leichter Erreichbarkeit und der freien Verfügbarkeit über das gewährte Darlehen. Dies erklärt zu einem nicht geringen Teil die Beliebtheit dieser Kreditform. Der Nachteil liegt in der Bindung an eine bestimmte Bank; denn im allgemeinen setzt dieser Kredit das Bestehen eines Lohn- oder Gehaltskontos bei der Bank bzw. *Sparkasse* voraus. Einlagen- und Kreditgeschäft werden von der Bank bzw. Sparkasse kombiniert. Es kommen aber auch Ausnahmen vor, etwa durch Werbung von Banken für sogenannte postalisch bearbeitete Kredite⁶⁰.

Aus verbraucherpolitischen Gesichtspunkten ist bemerkenswert, daß diese Kreditform bislang *so gut wie keine gesetzliche Regelung* gefunden hat. Denn das Abzahlungsgesetz ist im allgemeinen mangels Zweckbindung des Darlehens nicht direkt oder analog anwendbar. Die wenigen zivilrechtlichen Vorschriften über Darlehensverträge in den §§607ff BGB stehen zur Disposition der Parteien und werden von den Banken und Sparkassen in ihren Allgemeinen Geschäftsbedingungen dann auch entsprechend umgestaltet. In Wirklichkeit sind also die AGB der Banken bzw. Sparkassen, verbunden mit besonderen AGB für den jeweiligen einzelnen Kredit, die maßgebende Rechtsgrundlage der Beziehung zwischen Bank und Verbraucher. Nur mittelbar greift das AGB-Gesetz ein. Außerdem existieren noch Vorschriften wettbewerbsrechtlicher oder öffentlich-rechtlicher Art, insbesondere über die Höhe der Zinsen, auf die unten noch eingegangen wird.

In diesem Zusammenhang ist lediglich auf einige verbraucherpolitische Probleme einzugehen, die sich durch das Bestehen von Banken- bzw. Sparkassen-AGB bei Verbraucherkrediten stellen.

2 Vertragsgestaltung in den AGB

337 (aa) Auch im Bereich des Verbraucherkredites werden die AGB der Banken Vertragsbestandteil nur gemäß der allgemeinen Regel von §2 Abs. 1 und 2 AGB-Gesetz (311ff). Für den einzelnen Verbraucherkredit sind dabei zwei Stufen zu unterscheiden: zunächst verwenden alle Banken und Sparkassen einheitliche AGB, die beim Bundeskartellamt als Konditionenempfehlung registriert sind⁶¹. Durch Einschaltung des Bundeskartellamtes wird erreicht, daß im Vorwege rechtswidrige Klauseln durch eine Präventivkontrolle beseitigt werden können. Eine aufsichtsbehördliche Genehmigungspflicht für die Banken- bzw. Sparkassen-AGB besteht (von besonderen Fällen einmal abgesehen) jedoch nicht (282f). Die AGB regeln jedoch nur das Geschäftsverhältnis zwischen Bank und Kunden in allgemeiner Weise. Die Spezifikation im Einzelfall erfolgt dann durch die in dem einzelnen Kreditvertrag vereinbarten AGB. Rechtlich geschieht das in der Weise, daß der Verbraucher ein Kreditantragsformular der Bank unterschreibt, in dem die wichtigsten Rechtsfragen der Abwicklung des Kredits geregelt sind. Auch diese sind nach den allgemeinen Grundsätzen der AGB-Kontrolle zu überprüfen. Hinzukommt, daß *Individualvereinbarungen* zwischen Kunden und Bank die Allgemeinen Geschäftsbedingungen verdrängen.

Weder in gesetzlichen Vorschriften noch in den AGB wird, soweit bekannt, dem Kunden ein *Widerrufsrecht* hinsichtlich seines Kreditantrages vorbehalten. Mit dem, auch formlos möglichen Zustandekommen des Kreditvertrages ist der Kunde an diesen gebunden. Einseitig kann er also von dem Vertrag nicht loskommen. Er ist im allgemeinen zur Inanspruchnahme des Darlehens auch verpflichtet. Will er das Darlehen nicht in Anspruch nehmen, das heißt also, vom Vertrag zurücktreten, so begeht er nach geltender Rechtspraxis einen Vertragsverstoß. Die Bank kann dann Erstattung ihrer Aufwendungen und bei Verschulden des Kunden Schadenersatz verlangen. Allerdings regelt sich die Höhe des Ersatzanspruches nach den für die Bank entstandenen Aufwendungen und Schäden. Sie darf nicht mittelbar dadurch den Kunden zur Inanspruchnahme des Darlehens zwingen. Sie kann auch dem Kunden kein Entgelt für das Darlehen berechnen, das sie ihm ja nicht zur Verfügung gestellt hat. Einzelheiten sind allerdings in der Rechtspraxis umstritten und können hier nicht näher dargestellt werden. *Aufwendungsersatzklauseln* in AGB unterliegen einer Kontrolle gemäß §10 Nr 7 ABGB. Hier können insbesondere *überhöhte* Aufwendungen beschränkt und Pauschalierungsklauseln verhindert werden⁶². Eine *Pauschalierung des Schadenersatzes* der Bank findet sich in zahlreichen Formularen, etwa durch Vereinbarung einer bestimmten Mindestzinssumme, die auch bei Nichtinanspruchnahme des Darlehens gezahlt werden muß. Solche Schadenersatzpauschalen sind allerdings nach §11 Nr 5 ABGB nur noch unter einschränkenden Voraussetzungen möglich; sie dürfen also nicht zu einer Überhöhung der Schadenspauschale führen, noch dem Kunden den Nachweis nehmen, daß der Schaden in Wirklichkeit niedriger war (267f.).

338 (bb) Ist der Kreditvertrag wirksam zustande gekommen und das Darlehen an den Kunden ausgezahlt, so ist der Kunde gemäß den Darlehensbedingungen zur Rückzahlung des Darlehens und zur Entrichtung der vereinbarten Zinsen verpflichtet (345). Für den Kunden besonders wichtig ist dabei die Regelung in den Geschäftsbedingungen, was bei Verzug oder teilweiser Unmöglichkeit mit seiner Rückzahlungsverpflichtung geschehen soll. Denn die Bank hat natürlich Interesse, daß der Kunde seine Verpflichtungen einhält, während aufseiten des Kunden Schwierigkeiten denkbar sind, die seine Rückzahlungsverpflichtung negativ beeinflussen, vom Ausnahmefall des 'schlechten Schuldners' einmal abgesehen. Zu denken ist etwa an vorübergehende Arbeitslosigkeit oder Arbeitsunfähigkeit, an negative Änderungen der Vermögensverhältnisse, an Probleme im familiären Bereich und so weiter. Es ist ein vom deutschen Recht anerkannter Grundsatz, daß Schwierigkeiten mit der Erfüllung der Rückzahlungsverpflichtung den Verbraucher grundsätzlich nicht befreien oder ihm auch nur eine vorübergehende Einrede gewähren (§279 BGB)⁶⁴. Der Kunde ist vielmehr unter allen Umständen von rechtswegen gehalten, seine Vertragsverpflichtungen zu erfüllen, ohne Rücksicht auf Änderungen seiner Vermögens- und sonstigen Verhältnisse.

Hinzukommt, daß bei Verzögerungen der Rückzahlungspflicht der Bank bzw. Sparkasse ein außerordentliches Kündigungsrecht zustehen kann. Nach allgemeinen Grundsätzen des Zivilrechtes besteht dieses Kündigungsrecht nur aus wichtigem Grund und sonst bei besonderer Vereinbarung⁶⁵. Die AGB der Banken bzw. Sparkassen nennen als solche außerordentlichen Kündigungsgründe⁶⁶:

- unrichtige Auskünfte des Kunden über seine Vermögensverhältnisse (zum Beispiel Einkommensverhältnisse, Belastung mit sonstigen Verpflichtungen, Wert der Sicherheiten)⁶⁷;
- Eintritt des Vermögensverfalls, insbesondere bei Leistung des Offenbarungseides, Wechsel- und Scheckprotesten;
- erhebliche Gefährdung des Vermögens, zum Beispiel durch Vollstreckung anderer Gläubiger in das wesentliche Vermögen, Vermögensverschiebung ins Ausland;
- Verzug mit der Leistung der vereinbarten Zinsen und Tilgungen.

Hier ist allerdings nicht geregelt, mit wievielen Darlehensraten der Kunde in Verzug sein muß und wie hoch die Verzugssumme insgesamt zu sein hat. Dabei empfiehlt es sich, den Rechtsgedanken des §4 Abs. 2 Abz G analog anzuwenden: danach wird das gesamte Darlehen nur fällig, wenn der Kunde mit mindestens zwei aufeinanderfolgenden Raten ganz oder teilweise in Verzug ist und die Verzugssumme ein Zehntel der Darlehenssumme einschließlich Zinsen beträgt⁶⁸.

In der Rechtsprechung bislang auch nicht geklärt ist die Frage, ob die Bank ohne weitere Voraussetzungen von ihrem Kündigungsrecht Gebrauch machen kann oder ob sie dem Kunden vorher eine entsprechende Mitteilung mit Hinweis auf die Rechtsfolgen machen muß (sogenannte qualifizierte Mahnung gemäß §326 BGB). Aus Gesichtspunkten des Kundenschutzes ist von ihr zu verlangen, daß sie von ihrem Kündigungsbegehren nur dann Gebrauch machen kann, wenn sie vorher dem Kunden entsprechende Mitteilung gemacht hat, damit dieser die

für ihn außerordentlich einschneidende Kündigungsfolge noch abwenden kann. Sonst ist die Kündigung unwirksam. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann keine andere Regelung vereinbart werden, wie §11 Nr 4 AGBG zeigt⁶⁹. Nach einer neuen Entscheidung des Bundesgerichtshofes⁷⁰, die allerdings nicht speziell zum Verbraucherkredit ergangen ist, besteht *keine allgemeine Abmahnpflicht der Bank*. Der BGH folgert dies aus der analogen Anwendung des §626 BGB. Danach kann das Darlehen aus wichtigem Grund gekündigt werden. Es ist allerdings möglich, daß *ohne* entsprechende Abmahnung kein wichtiger Grund vorliegt, insbesondere wenn der Kunde nach Abmahnung wieder zahlen würde oder wenn er gar nicht weiß, ob die Bank sein Verhalten als vertragswidrig ansieht. Dies ist eine Frage des Einzelfalles.

Die Formulare der Banken nennen noch andere Gründe für die Kündigung aus wichtigem Grund, etwa das Unterlassen der gebotenen Gestellung oder Verstärkung von Sicherheiten, die erhebliche Gefährdung der Sicherheiten oder sonstige erhebliche Vertragsverletzungen des Kunden.

Nachteilig für den Kunden ist auch, daß er im Falle seines Verzuges *keinen Anspruch auf Kreditprolongation* hat. Vielmehr hängt die Kreditprolongation ganz vom Ermessen der Bank ab, das sie allerdings nach Treu und Glauben handhaben muß. Bei geringfügigem Verzug oder bei Verzug aus wichtigen Gründen kann deshalb aus Treu und Glauben ein Prolongationsrecht des Kunden gegeben sein. Aber auch hierzu fehlt eine gesicherte, den Kunden schützende Rechtspraxis.

- 339 (cc) In der Praxis der Banken und Sparkassen hat sich neben dem nicht zweckgebundenen Bar- oder Personenkredit noch der sogenannte *Überziehungskredit* auch für Endverbraucher herausgebildet. Er entspricht in seiner wirtschaftlichen Natur in etwa dem Kontokorrentkredit an Kaufleute. Die Krediteinräumung geschieht in der Weise, daß der Kunde sein Lohn- oder Gehaltskonto in bestimmter Weise und bestimmter Höhe überziehen kann. Dabei obliegt es jeweils dem Ermessen der Bank, in welchem Umfange sie dem Kunden die Überziehung gestattet. Die Bank kann jederzeit den Überziehungskredit reduzieren oder rückgängig machen. Bei Auflösung der Geschäftsverbindung wird der Überziehungskredit sofort fällig⁷¹.

3 Kreditgewährung aufgrund von Scheckkarten

- 340 (aa) Neben dem oben beschriebenen 'normalen' bankmäßigen Kundenkredit gibt es in der Bundesrepublik Deutschland verschiedene Formen wertpapierrechtlich vor sich gehender Kreditgewährung. Die Banken und Sparkassen haben sogenannte *Euroscheckkarten* ausgegeben, mit deren Hilfe Kunden erleichtert über ihr Guthaben durch Schecks verfügen können. Die Scheckkarte garantiert gegenüber dem Schecknehmer die Einlösung durch die Bank in bestimmter Höhe, die zur Zeit DM 300 beträgt. Das Scheckkartensystem ist inzwischen über alle EG-Staaten verbreitet; hier werden wechselseitig die garantierten Schecks honoriert.

Die *Scheckkarte* dient zunächst nicht einer Kreditgewähr, sondern nur der erleichterten Verfügung über ein vorhandenes Guthaben. Es läßt sich jedoch nicht übersehen, daß inzwischen auch die Scheckkarte für *Kredit-*

beschaffungszwecke benutzt wird, insbesondere wenn dem Kontoinhaber und Scheckkartenbesitzer eine Überziehung seines Kontos gestattet ist. In diesem Fall bestimmt sich das Rechtsverhältnis zur Bank nach den oben genannten Grundsätzen. Auf sonstige Einzelheiten der Scheckkarte soll hier nicht eingegangen werden, da sie formalrechtlich nicht einen Kreditakt betrifft, sondern einen wertpapierrechtlichen Vorgang, der sich angesichts der Strenge des Scheckrechtes von allgemeinen zivilrechtlichen und verbraucher-schützenden Grundsätzen unterscheidet. Ein sogenannter Einwendungsdurchgriff ist hier noch weniger denkbar als beim normalen Bankkredit.

- 341 (bb) Besondere Probleme des Verbraucherschutzes haben sich in letzter Zeit bei *Verlust und Fälschung von Schecks* ergeben. Die AGB der Banken und Sparkassenbürden das Verlust- und Fälschungsrisiko dem Verbraucher auf⁷². Sie haften nur bei *grob fahrlässiger* Verletzung ihrer Prüfungspflicht. Die Rechtsprechung lehnt eine grobe Fahrlässigkeit ab, wenn die Bank trotz Nichtvorlage der Scheckkarte den (gefälschten) Scheck auszahlt⁷³, da die Scheckkarte den Inhaber bloß zu erleichterten Verfügungen über sein Guthaben ermächtigen soll, der Bank aber keine Prüfungspflicht auferlege. Etwas Gleiches soll gelten, wenn der Betrag des (gefälschten) Schecks wesentlich den Kontostand bzw. den Kreditrahmen überschreitet⁷⁴. Damit wird praktisch zulasten des Verbrauchers der Scheck wie *Bargeld* behandelt, obwohl sich für die Bank aufgrund der genannten Fälle der Verdacht der Fälschung geradezu aufdrängen mußte.

Der Kunde ist gegen das Verlustrisiko von Euroschecks durch einen besonderen Fonds der Banken und Sparkassen zwar geschützt, wenn er Schecks und Scheckkarte zusammen verliert, nicht aber, wenn ihm nur seine Schecks abhanden kommen. Durch die Ausdehnung des Euroscheck-Systems sind damit dem Verbraucher im Einzelfall hohe Risiken überbürdet worden.

4 Kreditvermittlung

- 342 (aa) Die Kreditvermittlung hat sowohl ökonomisch wie auch verbraucherpolitisch in den letzten Jahren in der Bundesrepublik Deutschland erheblich an Bedeutung zugenommen, nicht immer 'zum Nutzen und Frommen' des Kunden. Hier tritt nicht die Bank selbst an den Kunden heran bzw. ein Kunde an die Bank, sondern ein Kreditvermittler wird eingeschaltet, um für den Kunden bei einer Teilzahlungsbank, mit der er im allgemeinen zusammenarbeitet, ein Darlehen in bestimmter Höhe zu beschaffen. Die verbraucherpolitische Gefährlichkeit dieses Geschäftes liegt auf der Hand: zunächst sind die geforderten Zinsen im allgemeinen sehr viel höher als normale Bankzinsen für Verbraucherkredite, da die Provision des Kreditvermittlers mitfinanziert werden muß. Die Kreditvermittler selbst versuchen in ihrer Werbung den Anschein zu erwecken, als seien sie ohne weiteres in der Lage, vom Kunden gewünschte Geldsummen ohne Schwierigkeiten zur Verfügung zu stellen, etwa durch die Bezeichnung als 'Barkredit', 'Sofortkredit' und so weiter. Überhaupt erweist sich die Werbung der Kreditvermittler in vieler Hinsicht als mißbräuchlich und irreführend und ist daher besonders aufmerksam unter allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Aspekten zu überprüfen⁷⁵. Schließlich sind

die Kreditbedingungen für den Kunden im allgemeinen wesentlich härter als beim normalen Teilzahlungskredit, etwa durch überhöhte Schadensersatzpauschalen, überzogene Aufwendungsersatzklauseln, Fälligkeitsvereinbarungen und ähnliches⁷⁶.

Die Kreditvermittlung ist im Recht der Bundesrepublik Deutschland bislang lediglich in einigen Vorschriften der Gewerbeordnung und der aufgrund der Gewerbeordnung erlassenen Makler- und Baufrägenerverordnung vom 11.6.1975 geregelt. Für das *zivilrechtliche Verhältnis* zwischen Kunden, Kreditvermittler und Teilzahlungsbank *fehlt es an einer gesetzlichen Regelung*⁷⁷. Die Praxis der Formulare ist die, daß der Kreditvertrag durch besondere Abrede zwischen Teilzahlungsbank und Kunden auf Vermittlung des Kreditvermittlers zustandekommt. Für diesen Vertrag gilt ähnliches, was oben zum bankmäßigen Verbraucherkredit gesagt wurde. Die Regelung der Provisionszahlungspflicht erfolgt im allgemeinen in der Weise, daß die Provisionssumme auf die Kreditsumme 'draufgeschlagen' wird und aus den Darlehensraten mit zu erbringen ist. Die Bank zahlt vorher die Provision an den Kreditvermittler aus. Über die Höhe der Provision gibt es keinerlei Vorschriften; es gilt vielmehr das allgemein darzustellende Wucherverbot. Der Vertrag unterliegt, anders als das Abzahlungsgeschäft, keinem Widerrufsrecht, sofern nicht ausnahmsweise ein Umgehungsgeschäft im Sinne von §6 AbzG gegeben ist. Unter Umständen greift die Arglistanfechtung ein; der Vermittler ist nicht Dritter im Sinne von §123 BGB⁷⁸. Ein solches Umgehungsgeschäft mag vorliegen, wenn etwa der Kreditvermittler gleichzeitig ein Warenumsatzgeschäft vermittelt⁷⁹. Die fehlende Widerrufsmöglichkeit kann im Streitfall für den Kunden zur Folge haben, daß er bei Nichtinanspruchnahme des Darlehens auf die Vermittlerprovision als Schadensersatz in Anspruch genommen wird. Eine gefestigte Rechtspraxis hierzu besteht bislang nicht⁸⁰.

343 (bb) Eine besondere Form der Kreditvermittlung ist bei sogenannten *Unfallhelferringen* gegeben⁸¹. Unfallhelferringe beinhalten das Zusammenwirken mehrerer Unternehmen, etwa eines Abschleppunternehmens, eines Mietwagenunternehmens, eines Reparaturunternehmens und einer Finanzierungsbank zur schadensrechtlichen Abwicklung eines Verkehrsunfalles. Durch Abtretung seiner Forderungen aus dem Unfall an den Unfallhelferring sollte der Kunde von der Abwicklung entlastet werden und sofort über einen Mietwagen verfügen können. Oberflächlich betrachtet, scheint die Einrichtung eines Unfallhelferringes verbraucherfreundlich zu sein, da sie dem Verbraucher die häufig schwierigen und lästigen Angelegenheiten einer Abwicklung der Unfallfolgen abnimmt. In Wirklichkeit handelt es sich hier jedoch um höchst zweifelhafte Geschäftstypen. Für den Verbraucher nachteilig war insbesondere die Rechtsfolge, daß er selbst in Anspruch genommen werden konnte, wenn der Unfallhelferring aus der Versicherung des Schädigers nicht voll befriedigt wurde.

Die Rechtsprechung hat solche Verträge als sittenwidrig erklärt, da sie gegen das Verbot der nichtgenehmigten Rechtsberatung verstießen⁸². Die Rückzahlungsverpflichtung aus dem Darlehensvertrag bestand nach Rechtsgründen nicht und konnte von dem Geschädigten und Kunden der Teilzahlungsbank des Unfallhelferringes entgegengesetzt werden.⁸³

344 (cc) Der bereits erwähnte Regierungsentwurf zu finanzierten Rechtsgeschäften und zum Maklerrecht bemüht sich um eine Teilregelung des Rechtes der Kreditvermittlung. Grundsätzlich gelten für die Darlehensvermittlung die allgemeinen Vorschriften des Maklerrechtes, die jetzt zwingend ausgestaltet sind. Zusätzlich ist vorgesehen, daß der Vertrag der Schriftform bedarf, wie wir dies aus dem Abzahlungsrecht kennen (323). In der Vertragsurkunde ist die Vergütung des Darlehensvermittlers in einem vom Hundersatz des Darlehens anzugeben. Zusätzlich muß der Vertrag die Angaben entalten, die aus §1a des Abzahlungsgesetzes bekannt sind, insbesondere den effektiven Jahreszins. Dadurch wird insbesondere auch eine Kongruenz zwischen den öffentlich-rechtlichen Preisangabevorschriften und den privat-rechtlichen Informationspflichten erreicht. Diesem Vorschlag ist allerdings von seiten des Bundesrates widersprochen worden, da der Kreditvermittler häufig erst einen Darlehensgeber suchen müsse und deshalb den Effektivzins nicht angeben könne. Diese Kritik ist insoweit richtig, als die Angabe des Effektivzinses in den Darlehensvertrag und nicht in den Vertrag mit dem Kreditvermittler gehört. Insoweit leidet der Reformentwurf an einem Systembruch, indem er nur das Recht der Kreditvermittlung, nicht aber des normalen bankmäßigen Darlehens regelt. In §655b werden zusätzliche Voraussetzungen an die Provisionszahlungspflicht des Auftraggebers und Darlehensnehmers gestellt. Es reicht nicht die bloße Darlehenszusage aus, sondern das Darlehen muß bereits geleistet sein. Zusätzlich sieht die Vorschrift vor, daß Vorschüsse nicht vereinbart und angenommen werden dürfen. Dementsprechend sind auch Schadenersatzpauschalen und Vertragsstrafen bei Nichtinanspruchnahme eines zugesagten Darlehens unwirksam, sofern sie nicht, wie §655c ausdrücklich klarstellt, 10% der Vergütung erreichen. Der Sinn der letzten Vorschrift ist allerdings nicht einsichtig, da dadurch doch mittelbar dem Kunden Zahlungen für eine nicht in Anspruch genommene Leistung zugemutet werden, die seine freie Entscheidung hinsichtlich der Inanspruchnahme des Darlehens beschränken.

Der Entwurf will mit diesen Vorschriften bekanntgewordenen Mißständen auf dem Gebiet der Kreditvermittlung entgegenzutreten. Allerdings läßt er zentrale andere Anliegen außer Betracht, die im Zusammenhang mit der Regelung der Zinshöhe und sonstigen Kontrollmaßnahmen noch darzustellen sind.

IV DIE REGELUNG DES ZINSES

1 Wirtschaftsrechtliche Fragen

345 Für den Verbraucher ist der Zins der entscheidende Kostenfaktor für die Inanspruchnahme des Kredits. Nach deutschem Recht gibt es zur Zeit keine staatliche Festsetzung des Zinses. Nach §23 des Gesetzes über das Kreditwesen ist es zwar möglich, durch Rechtsverordnung Höchstzinssätze vorzuschreiben; von dieser Ermächtigung hat jedoch die Bundesregierung seit 1967 keinen Gebrauch mehr gemacht⁸⁴. Sie überläßt den Zins der freien Vereinbarung der Parteien, genauer, der Bestimmung durch den 'Wettbewerb'. Es gilt daher wirtschaftspolitisch ein ähnlicher Grundsatz wie wir ihn bereits bei der Festsetzung des Preisparameters kennengelernt haben (24).

Inwieweit Banken und Sparkassen durch Kartelle, abgestimmte Verhaltensweisen oder Empfehlungen die Zinsen für Verbraucherkredite gemeinsam festsetzen können, etwa durch Regelung von Mindest- oder Höchstzinssätzen für Verbraucherkredite, ist in der Literatur im Zusammenhang mit der Auslegung des §102 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen lebhaft umstritten⁸⁵. Danach sind nämlich wettbewerbsbeschränkende Verträge und Empfehlungen von Banken insoweit freigestellt, als sie einer Überwachung durch das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen unterliegen. Da aber eine solche Überwachung von Zinsabkommen nicht stattfindet, kann man davon ausgehen, daß etwaige Zinsabkommen von der Freistellung nicht gedeckt sind. Eine andere Meinung nimmt jedoch eine generelle Freistellung von Zinsabkommen und Zinsempfehlungen vom Kartellverbot an und gibt dem Kartellamt nur eine Mißbrauchsaufsicht⁸⁶. In der Praxis spielt jedenfalls für die sogenannten Soll-Zinsen diese Streitfrage keine Rolle, da hier lebhafter Wettbewerb herrscht und Zinsabkommen bzw. Empfehlungen, anders als für den oben (35) geschilderten Fall der Sparzinsen, nicht vorgekommen sind. Vielmehr werben Banken, Sparkassen und sonstige Kreditinstitutionen intensiv um den Verbraucher.

2 Das Wucherverbot

346 Zivilrechtlich haben wir im deutschen Recht zwei Vorschriften, die den Kunden vor überhöhten Zinsen schützen. Zunächst kennt das BGB in § 138 Abs. 2 das allen europäischen Rechten bekannte Wucherverbot. Der Wucherparagraph des BGB ist durch das erste Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29.7.1976 neu gefaßt worden. Der Kreditwucher ist auch strafbar (§302a Strafgesetzbuch). Eine wucherische Zinsabrede ist ungültig. Der Kunde muß dann lediglich das Darlehen zurückzahlen; ihn trifft keine Zinszahlungsverpflichtung⁸⁷. Es erfolgt keine Herabsetzung der überhöhten Zinsen auf angemessenes Niveau⁸⁸. Der Tatbestand des Wuchers setzt zweierlei voraus: zum einen muß ein *auffälliges Mißverhältnis* zwischen Leistung und Gegenleistung bestehen. Beim Kreditwucher kann die sogenannte Wuchergrenze nicht ein für allemal festgelegt werden. Als Maßstab gilt der sogenannte *effektive Jahreszins*, das heißt alle Gebühren, Provisionen, Disagio und Kosten sind einzubeziehen⁸⁹. Dieses auffällige Mißverhältnis ist natürlich anhand der jeweiligen Marktlage zu ermitteln; ist das Zinsniveau hoch, ist die Wuchergrenze anders zu bestimmen als bei niedrigem Zinsniveau. Zur Zeit wird man etwa eine Effektivverzinsung von 30% als wucherisch annehmen können⁹⁰. Allerdings berücksichtigt hier die Rechtsprechung das Risiko des Darlehens: ein nur wenig gesichertes Darlehen soll höher verzinst werden als ein *normal* gesichertes⁹¹.

Der Tatbestand des Wuchers setzt zum zweiten voraus, daß der Wucherer die Zwangslage, die Unerfahrenheit, den Mangel an Urteilsvermögen oder die erhebliche Willensschwäche des Verbrauchers ausbeutet. Das muß am Einzelfall ermittelt werden und bedeutet, daß insbesondere wenig erfahrene Verbraucherkreise geschützt werden können, zum Beispiel Jugendliche, alte Menschen, sozial schwache Schichten und Ausländer⁹². Ein Gesetzgebungsvorschlag, der im Bundesrat eingebracht worden ist, geht davon

aus, das subjektive Moment des (Kredit-) Wuchers ganz zu streichen und nur noch auf das objektive Mißverhältnis abzustellen⁹³. Ob diese Vorschrift allerdings in das geltende Recht übernommen wird, ist noch fraglich.

Während bei normalen bankmäßigen Verbraucherkrediten der Wuchervorwurf im allgemeinen ausscheidet, spielt er inzwischen eine besondere Rolle bei der bereits oben geschilderten Kreditvermittlung.⁹⁴ Zusätzlich zu der normalen Zinsvereinbarung kommt ja hinzu, daß der Kreditvermittler eine Provision verlangt, die in den effektiven Jahreszins eingeht, sowie eine besondere Restschuldersicherung und ähnliches verabredet. Die Wuchergrenze wird hier sehr viel eher erreicht als beim normalen Teilzahlungskredit. Umstritten ist dabei in der Rechtsprechung, ob überhaupt die Vermittlerprovision und die Restschuldersicherung in den für die Feststellung des Wuchers maßgebenden effektiven Jahreszins eingerechnet werden kann. Für die Restschuldersicherung wird angenommen, daß sie zum effektiven Jahreszins gehört⁹⁵. Für die Provision des Kreditvermittlers hat dies eine Entscheidung des Oberlandesgerichts München mit sehr fragwürdigen Gründen abgelehnt⁹⁶. Richtigerweise muß auch hier der effektive Jahreszins anhand der Gesamtbelastung des Kunden berechnet werden.⁹⁷

In der neuen Rechtsprechung wird die Zinsüberhöhung nicht nur nach der besonderen Wuchervorschrift, sondern auch am Maßstab der Sittenwidrigkeit gemäß §138 Abs. 1 BGB gemessen. Sittenwidrigkeit nimmt der BGH generell dann an, wenn zwischen den Leistungen des Darlehensgebers und den von ihm durch einseitige Vertragsgestaltung festgelegten Gegenleistungen des Darlehensnehmers ein auffälliges Mißverhältnis besteht und der Darlehensgeber die Lage des Darlehensnehmers bei der Festlegung der Vertragsbedingungen bewußt zu seinem Vorteil ausnutzt. Dem steht es gleich, wenn sich der Darlehensnehmer als objektiv sittenwidrig Handelnder zumindestens leichtfertig der Erkenntnis verschließt, daß sich der Darlehensnehmer nur aufgrund seiner wirtschaftlich schlechteren Lage auf diese Darlehensbedingungen einläßt⁹⁸. Den Vergleichsmaßstab für die sittenwidrige Zinsüberhöhung bildet der marktübliche Zins, wie er etwa von der Deutschen Bundesbank ermittelt wird. Bei der Zwischenschaltung eines Kreditvermittlers wird zu Recht nicht von diesen Maßstäben abgewichen, da sonst die sittenwidrige Überhöhung nie nachgewiesen werden könnte, sondern am möglicherweise gerade zu kontrollierenden Verhalten der Kreditvermittler und Teilzahlungsbanken gemessen werden müßte. Für den Verbraucher und Darlehensnehmer ist es wirtschaftlich auch gleich, ob er das Darlehen bei einer 'normalen' Bank oder bei einem einer Teilzahlungsbank angeschlossenen Kreditvermittler beantragt hat⁹⁹.

Durch die neue Rechtsprechung ist ein wichtiger zusätzlicher Kontrollmaßstab geschaffen worden, aber die Sittenwidrigkeitsgrenze ist damit noch nicht generell festgelegt. Eine solche objektive Bestimmung versucht das OLG Stuttgart in einer weitbeachteten Entscheidung vom 24.4.1979¹⁰⁰. Es nimmt im Sinne einer objektiv-wirtschaftspolitischen Interpretation des Sittenwidrigkeitstatbestandes zunächst an, daß ein besonders grobes Mißverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung dann vorliegt, wenn der von der Deutschen Bundesbank ermittelte marktübliche Zins um 100% überschritten wird. Das Gericht differenziert danach zwischen der

Sittenwidrigkeit, die es erst bei besonders grobem Mißverhältnis annimmt, dann aber auf Prüfung weiterer Voraussetzungen verzichtet, und Wucher, der schon bei einem bloß auffälligen Mißverhältnis vorliegt, allerdings zusätzlich ein subjektives Moment, nämlich die Ausbeutung einer Notlage usw. verlangt. Ob diese Differenzierung allerdings dem Gesetz entspricht, erscheint fraglich. Mir selbst erschien eine Lösung überzeugender, die ausschließlich auf den Wuchertatbestand abhebt und generell davon ausgeht, daß etwa bei einer 100 prozentigen Überschreitung des Marktzinses auch der subjektive Tatbestand des Wuchers vorliegt, da nicht einzusehen ist, wie eine solche Vereinbarung ohne die Ausbeutung einer Notlage zustandekommen könnte. Unterhalb dieser starren Grenze wäre dann eine Differenzierung im Einzelfall möglich, so daß etwa eine 50 prozentige Zinsüberhöhung durchaus wucherisch sein könnte, wenn gleichzeitig die Notlage, etwa von alten Menschen ausgebeutet wird.

Beim wegen Zinswucher oder Sittenwidrigkeit nichtigen Kreditvertrag erfolgt die Rückabwicklung nach den Vorschriften über das Bereicherungsrecht. Im deutschen Recht ist aber anerkannt, daß nur die Zinsabrede, nicht die Darlehenshingabe den Sittenverstoß begründet¹⁰¹. Der Kunde muß also Zinsen nicht als ersparte Aufwendungen herausgeben, hat allerdings die Darlehensvaluta zurückzuerstatten, wobei ihm das Privileg der Teilzahlungsabrede zugute kommt. Wird das Darlehen nicht direkt an den Kunden, sondern an den Kreditvermittler oder einen Dritten ausgezahlt, so läßt die Rechtsprechung die Bereicherungsforderung nur gegen den Empfänger, nicht aber gegen den Verbraucher zu¹⁰².

3 Vorzeitige Kündigung bei Zinsüberhöhung

347 Eine weitere zivilrechtliche Schutzvorschrift des Verbrauchers ist in §247 BGB gegeben. Diese Vorschrift ist in letzter Zeit von Bedeutung geworden und hat bereits zu heftigen rechtspolitischen Kontroversen geführt. Nach §247 BGB kann nämlich der Darlehensnehmer nach dem Ablauf von sechs Monaten das Kapital unter Einhaltung einer Kündigungsfrist von sechs Monaten kündigen, wenn ein höherer Zinssatz als 6 v.H. für das Jahr vereinbart ist. Dies ist vor allem wichtig für sogenannte Altkredite, die unter höheren Zinssätzen abgeschlossen worden sind als heute am Markt durchsetzbar¹⁰³. Von der Deutschen Bundesbank ist gefordert worden, den §247 ganz zu streichen, weil sonst die Funktionsfähigkeit des Kreditmarktes gefährdet werde¹⁰⁴. Eine solche Initiative ist abzulehnen, da sie den (auch verbraucherschützenden) Charakter des §247 BGB leugnet. Andere Vorschläge wollen das Kündigungsrecht auf eigentliche Verbraucherkredite, die an einer bestimmten Obergrenze festgemacht werden, beschränken^{104a}.

4 Zinsangabepflicht

348 Eine weitere wichtige verbraucherschützende Vorschrift ist die Pflicht des Kreditinstituts, des Abzahlungsverkäufers bzw. des Kreditvermittlers, den *effektiven Jahreszins* anzugeben. Grundlage hierfür ist §1 Abs. 4 Preisangabenverordnung (40). Die Angabepflicht besteht zunächst dann, wenn überhaupt mit Zinsen geworben wird. Bei bloß allgemeinen Anpreisungen über Kredite

besteht keine Angabepflicht. Eine Ausnahme macht die neue Rechtsprechung dann, wenn der Kreditgeber bzw. der Kreditvermittler Angebote macht, die nach der Verkehrsauffassung und der Art der Präsentation die Bereitschaft zu einem Vertragsschluß ausdrücken; ein zivilrechtlich wirksames Angebot muß nicht vorliegen^{104b}. Als effektiver Jahreszins wird definiert der sich unter Zugrundelegung der gesamten Laufzeit des Kredits, des ausgezahlten Betrages, der Tilgungsleistung, des Zinssatzes, der Vermittlungskosten und der sonstigen Kosten sich ergebende Preis in vom Hundert des Kredits für das Jahr. Dieser effektive Jahreszins soll insbesondere dem Kunden Klarheit schaffen über die Nebenbelastungen des Darlehens, etwa über Abschlußgebühren, über Provisionen, über Restschuldversicherung und ähnliches. Gleichzeitig soll die Pflicht zur Angabe der Zinsen dem Kunden einen Zinsvergleich ermöglichen.

Unklar sind die zivilrechtlichen Folgen eines Verstoßes gegen die Angabepflicht hinsichtlich des effektiven Jahreszinses. Die Rechtsfolge des Abzahlungsrechts ist schon behandelt worden: sie führt zur Unwirksamkeit des Vertrages bzw. zur Überlassung des Kaufgegenstandes ohne Zinspflicht (323). Die Preisangabenverordnung regelt nicht selbst die Fragen der zivilrechtlichen Wirksamkeit bei Verstößen; überwiegend wird angenommen, daß sie auf die zivilrechtliche Vertragsgestaltung keinen Einfluß hat¹⁰⁵. Das OLG Celle hat kürzlich angenommen, daß der Rechtsgedanke des § 1a Abs. 3 AbzG auch auf den bankmäßigen Teilzahlungskredit *analog* Anwendung findet¹⁰⁶. Diese Entscheidung sichert den Schutzzweck der Preisangabenverordnung auch zivilrechtlich und ist daher im Verbraucherinteresse zu begrüßen, hat sich allerdings nicht durchgesetzt.

V BESTELLUNG VON SICHERHEITEN

349 Verbraucherkredite werden, wie auch sonstige Kredite, im allgemeinen nur gegen entsprechende Sicherung abgegeben. Für Sparkassen besteht ohnehin in den entsprechenden gesetzlichen Vorschriften eine ausdrückliche Pflicht, Sicherheiten hereinzunehmen. Das Recht der Kreditsicherheiten findet sich im allgemeinen Zivilrecht und in den Geschäftsbedingungen des Kreditgebers¹⁰⁷. Verbraucherschützende Vorschriften durch Gesetzesakt sind nur in Ausnahmefällen bislang erlassen worden. Im einzelnen bleibt folgendes festzuhalten.

1 Regelung der Lohn- und Gehaltsabtretung

350 Die heute für Verbraucherkredite wichtigste Sicherungsform bildet die *Abtretung von Lohn- und Gehaltsforderungen* des Kunden an die kreditgebende Stelle. Sie ist rechtlich zulässig, auch etwa in der Form, daß die dem Kunden im kritischen Fall jeweils zustehenden Ansprüche aus Lohn- bzw. Gehaltsforderungen an die Bank abgetreten werden. Es handelt sich hier um eine sogenannte, verdeckte, auf die Zukunft gerichtete Abtretung, die dem Drittschuldner (etwa dem Arbeitgeber) zu ihrer Gültigkeit nicht mitgeteilt wird und die Verfügungsbefugnis des Kunden bezüglich Lohn und Gehalt nicht einschränkt, sondern erst für den Krisenfall wirksam wird. Tritt allerdings der

Fall des Zahlungsverzuges ein, wird die Bank die Abtretung an den Arbeitgeber des Kunden mitteilen und verlangen, daß an sie in Höhe des pfändbaren Betrages Lohn- und Gehaltszahlungen entrichtet werden. Da der Kunde sich hiermit einverstanden erklärt hat, kann er dagegen nicht vorgehen¹⁰⁸.

Aus *sozialpolitischen* Gründen hat der Gesetzgeber jedoch die Höhe der Abtretung beschränkt, um dem Kreditnehmer ein Existenzminimum zu lassen. Die Abtretung ist deshalb gemäß §400 BGB nur zulässig in Höhe des jeweils pfändbaren Betrages, der in den §§850a ff der Zivilprozeßordnung in der jeweils novellierten Fassung festgelegt ist. Auf Einzelheiten soll hier nicht eingegangen werden. Bemerkenswert ist das Bestreben des Gesetzgebers, das Existenzminimum an die jeweilige Einkommensentwicklung anzupassen. Das vierte Pfändungsfreigrenzengesetz vom 28.2.1978 hat die Grundfreibeträge erheblich angehoben. Das Gesetz schützt *Kontenguthaben* in zweierlei Weise vor dem Gläubigerzugriff: §835 Abs. 2 ZPO führt eine *Zweiwochensperre* ein. Das Geldinstitut darf vor Ablauf dieser Frist nicht an den Gläubiger zahlen. Schutz bis zum *nächsten Zahltag* ermöglicht ein neuer §850k ZPO¹⁰⁹.

2 Sonstige Sicherheiten

351 (aa) Ein weiterer Fall der Sicherheit ist die *Bürgschaft* bzw. die *Mithaftung* eines Familienangehörigen. Zur Wirksamkeit der Bürgschaftsbestellung durch einen Nicht-Kaufmann ist allerdings erforderlich, daß sie *schriftlich* erfolgt (§766 BGB). Weitere Schutzvorschriften kennt das deutsche Recht hier nicht, von gewissen minimalen Informationspflichten der Bank abgesehen¹¹⁰. Insbesondere ist es möglich, daß der Bürge auf die sogenannte Einrede der Vorausklage verzichtet, das heißt, selbstschuldnerisch haftet. Bei Verbraucherkrediten ist es üblich, daß Familienangehörige als Bürgen oder Mithaftende für die Darlehenssumme in Höhe des jeweiligen Rückstandes, also einschließlich rückständiger Zinsen und Kosten haften.

(bb) Eine sogenannte *Sachsicherung* erfolgt entweder durch *Sicherungsübereignung* oder, beim Abzahlungsverkauf, durch Einräumung eines Eigentumsvorbehaltes. Die Besicherung ist formfrei möglich und kann auch, wie inzwischen von der Rechtsprechung entschieden, *unpfändbare* Gegenstände erfassen¹¹¹. Einzelheiten der Sicherheitsbestellung sollen hier nicht referiert werden. Ein gewisser Schuldnerschutz besteht für den Fall, daß der Kunde in Verzug gerät und das Kreditinstitut zur Verwertung schreitet. Nach dem Abzahlungsrecht ist es nicht möglich, daß der Abzahlungsverkäufer bzw. die Teilzahlungsbank beim finanzierten Abzahlungsgeschäft gleichzeitig den Kaufpreis fordert und das ihr vorbehaltene Eigentum zurückerhält. Bei der Sicherungsübereignung kann die Bank nur jeweils in Höhe der gesicherten Forderung einschließlich Zinsen und Kosten die Verwertung durchführen¹¹². Hierfür bestehen in den Geschäftsbedingungen der Bank bzw. Sparkasse entsprechende Vorschriften, die die Bank bzw. Sparkasse weitgehend in der Verwertung freistellen sollen. Diese Klauseln können jedoch nach dem neuen AGB-Gesetz eine einseitige Benachteiligung des Kunden beinhalten und sind daher insoweit nicht wirksam¹¹³.

(cc) Eine spezielle Sicherungsmöglichkeit haben sich Banken bzw. Sparkassen dadurch eingeräumt, daß sie an allen Forderungen und Gegenständen des Kunden ein Pfandrecht haben, die in den Besitz bzw. die Verfügungsgewalt der Bank gelangen, etwa Wertpapiere, Schecks, Sparkassenbücher und ähnliches¹¹⁴. §19 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken und die entsprechende Vorschrift des §21 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Sparkassen sehen hier ein umfassendes *Sicherungsrecht* vor, das bislang von der Rechtsprechung nicht beanstandet worden ist¹¹⁵. Dadurch erreicht die Bank praktisch, daß das Vermögen des Kunden, das in ihre Verfügungsgewalt gelangt, einer Art *Generalhypothek* durch sie unterliegt. Eine solche Generalhypothek kann aber nach Grundsätzen des AGB-Rechtes unzulässig sein. Eine gefestigte Rechtspraxis hierzu hat sich allerdings noch nicht herausgebildet.

Inzwischen sind allerdings auch gegenläufige Tendenzen zu verzeichnen. In ihren neuen AGB, die aufgrund des AGB-Gesetzes als Konditionenempfehlung angemeldet worden sind, haben die Banken auf die sogenannte Generalhaftungsklausel, die *alle* Ansprüche der Bank gegen den Kunden dem Pfandrecht unterwarf, verzichtet. Die Pfändung des Gehaltskontos und damit auch das Pfandrecht der Bank an dem von ihr geführten Konto ist gemäß §850k ZPO seit dem 1.4.1978 nur noch eingeschränkt möglich¹¹⁶

(dd) Auch *Wechsel* können zur Besicherung von Krediten verwendet werden. Das Wechselrecht kennt hier keine Beschränkung hinsichtlich der wechselfähigen Besicherung von Kundenkrediten. Allerdings ist diese Form der Sicherung bei Kundenkrediten unüblich und kann im Einzelfall gegen die guten Sitten verstoßen. Dennoch haftet der Kunde gegenüber Dritten unbedingt und unbeschränkt aus dem Wechsel; gerade hier liegt die besondere Gefahr einer wechselfähigen Besicherung, da sie dem Kunden Einwendungen, die ihm gegen das Teilzahlungsinstitut zustehen, nimmt. Es ist deshalb zu überlegen, ob entsprechend englischem Vorbild und EG-Entwürfen ein Verbot wechselfähiger Besicherung erwogen werden sollte. Rechtspolitische Initiativen hierzu sind in der Bundesrepublik Deutschland bislang nicht feststellbar¹¹⁷

VI STAATSKONTROLLE VON VERBRAUCHERKREDIT

1 Allgemeines

352 Wie bereits oben geschildert, unterliegen Verbraucherkredite allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften; es besteht weitgehende Vertragsfreiheit, sowohl hinsichtlich des Abschlusses, als auch des Inhaltes von Verbraucherkreditverträgen. Eine staatliche Kontrolle von Verbraucherkrediten besteht im Recht der Bundesrepublik Deutschland praktisch nicht, und zwar weder hinsichtlich des Vertragsinhaltes noch der Zinsregelung noch der Besicherung. Man vertraut hier auf die *Allokationsfunktion* des Wettbewerbes und auf die *'Mündigkeit' des Verbrauchers*, die durch entsprechende rechtliche Regelungen sichergestellt werden soll.

2 Zulassung zum Gewerbe

53 Eine staatliche Kontrolle besteht praktisch nur hinsichtlich der gewerberechtl. bzw. bankaufsichtsrechtlichen Zulassung bestimmter Institutionen zum Abschluß von Verbraucherkrediten.

(aa) Institutionen, die *bankmäßig* tätig sind, bedürfen einer *entsprechenden Erlaubnis durch das Bundesaufsichtsamt* für das Kreditwesen. Die gewerbsmäßige Kreditierung ist ein bankmäßiges Geschäft und damit genehmigungspflichtig. Allerdings bestehen zwei wichtige, nicht unbedingt einsichtige Ausnahmen: die Tätigkeit der Kreditvermittler unterliegt nicht der Bankenaufsicht, da sie nicht selbst Kreditgeschäfte tätigen, sondern solche nur vermitteln. Auch Leasing-Institute sind (wie Abzahlungsverkäufer) nicht bankmäßig tätig, da sie von ihnen erworbene Gegenstände ja vermieten und nicht Kredite beschaffen. Leasing-Institute sind deshalb der Genehmigungspflicht nach dem Gesetz über das Kreditwesen nicht unterworfen¹¹⁸.

(bb) Für *Kreditvermittler* sieht §34c der neugefaßten Gewerbeordnung eine Erlaubnispflicht vor. Die Erlaubnis kann allerdings nur bei fehlender Zuverlässigkeit oder bei ungeordneten Vermögensverhältnissen versagt werden (§35 GewO). Da die Gewerbebehörde die Unzuverlässigkeit bzw. die ungeordneten Vermögensverhältnisse nachweisen muß, hat die Erlaubnispflicht für Kreditvermittler kaum praktische Bedeutung. Nach wie vor kann praktisch jeder, der nicht gerade als Betrüger vorbestraft worden ist oder über dessen Vermögen das Konkursverfahren eröffnet worden ist, zugelassen werden. §34c der Gewerbeordnung gibt also nur in ganz extremen Fällen einen wirksamen Verbraucherschutz. Die nachträgliche Untersagung des Gewerbes eines Kreditvermittlers ermöglicht §35 GewO. Sie ist nur bei *Unzuverlässigkeit* möglich und durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beschränkt¹¹⁹.

3 Sonstige Vorschriften

354 Sonstige Beschränkungen der Geschäftstätigkeit von Kreditinstituten und Kreditvermittlern ergeben sich im Rahmen allgemeiner wettbewerbsrechtlicher und gewerberechtl. Vorschriften. Die Werbung der Kreditinstitute und Kreditvermittler hat sich an den Grundsätzen des Täuschungsverbot (80ff). Das hat vor allem Bedeutung für Kreditvermittler, deren Werbung häufig irreführend ist. Hier versucht eine nicht immer einheitliche Gerichtspraxis, Mißstände der Werbung zu bekämpfen¹²⁰. Gewerberechtlich ist es verboten, Darlehen im Reisegewerbe zu vermitteln (112); die zivilrechtliche Rechtsfolge der verbotenen Darlehensvermittlung im Reisegewerbe ist lange Zeit streitig gewesen, bis der BGH in einer Entscheidung vom 22.5.1978 die Nichtigkeit gemäß §134 BGB angenommen hat¹²¹. Der BGH argumentiert hier mit dem Schutz des Verbrauchers vor der Eingehung unüberlegter Verpflichtungen. Dabei kommt es nicht auf die konkrete Schutzbedürftigkeit im Einzelfall an, da sonst der Beweisnot des Kunden nicht hinreichend Rechnung getragen werde. Der Verbotstatbestand wird weit gefaßt. Er umfaßt

die den Kunden werbende, ihn beratende und die das Darlehen vorbereitende Tätigkeit des Vermittlers außerhalb der eigenen Geschäftsräume, etwa auf einer Werbeveranstaltung des Darlehensgebers oder eines Dritten. Die Ausnahme, daß ein mit einem Darlehensvertrag verbundenes Warengeschäft zulässig ist, legt der BGH eng aus. Die Rückgewährpflicht des Darlehensnehmers bestimmt sich nach Bereicherungsrecht (346). Durch die Rechtsprechung ist ein weitgehender, effektiver Schutz des Kunden vor Haustürgeschäften von Darlehensvermittlern erreicht, wie wir ihn in anderen Rechten kennen und wie er von dem EG-Entwurf zum Verbrauchercredit gefordert wird. Allerdings gilt das Verbot nicht, wenn das Darlehensgeschäft mit einem Warenumsatzgeschäft verbunden ist. Dies hat in der letzten Zeit zu zahlreichen Mißbräuchen geführt, etwa wenn ein Kreditvermittler gleichzeitig eine Ware verkauft und ein Darlehen anbietet und dadurch den Kunden doppelt schädigt. Ein Widerrufsrecht besteht hier nur unter den oben genannten Voraussetzungen des Abzahlungsrechtes.

Kreditinstitute unterliegen einer gewissen Überwachung durch das Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, das allerdings im wesentlichen den Schutz der Einleger und Sparer verfolgt, nicht der Kreditnehmer, insbesondere nicht der Verbraucher als Kreditnehmer. Das Bundesaufsichtsamt achtet darauf, daß die Pflicht zur Angabe des effektiven Jahreszinses von den Kreditinstituten eingehalten wird. Nach §23 Abs. 3 des Gesetzes über das Kreditwesen kann das Bundesaufsichtsamt eine mißbräuchliche Werbung der Kreditinstitute beanstanden, etwa bei aggressiver Werbung um Kunden für Verbraucherkredite, bei irreführenden Angaben und so weiter, hat bislang allerdings von diesen Befugnissen nur informell Gebrauch gemacht¹²². Indirekt versucht das Bundesaufsichtsamt eine Kontrolle der Kreditvermittler dadurch, daß es den Banken aufgibt, bei den mit ihnen zusammenarbeitenden Kreditvermittlern auf die Einhaltung etwa der Zinsangabepflichten zu achten und auf sachliche Werbung hinzuwirken.

VII KREDITAUSKUNFTEIEN UND KREDITINKASSOSTELLEN

1 Kreditauskunft

355 Häufig wird der Verbraucher erst eine Kreditzusage erhalten, wenn seine *Kreditwürdigkeit* überprüft worden ist. Dies kann durch die kreditgewährende Stelle selbst, aber auch durch eine sogenannte *Kreditauskunftei* geschehen.

Kreditauskunfteien spielen im Verbraucherkredit der BRD eine große praktische Rolle. Die Banken und Sparkassen sind nämlich der 'Schufa', einer Auskunftei über Anschaffungskreditschuldner, angeschlossen, die über alle Kreditnehmer Daten speichert und den Kreditinstituten auf Anfrage übermittelt; umgekehrt teilen die angeschlossenen Kreditinstitute alle relevanten Daten über Kreditnehmer und deren Kreditverhalten der Schufa mit. Die Bedeutung der 'Schufa' wird daran deutlich, daß sie 1977 22 Mio Auskünfte über 24 Mio Wirtschaftsteilnehmer erteilte. Für den Verbraucher, der einen Kredit aufnehmen will, ist es wichtig, den Inhalt der über ihn gespeicherten Daten zu seiner *Kreditwürdigkeit* zu wissen, um gegebenenfalls bei Unrichtigkeit Löschung und Schadenersatz zu erlangen.

Das Recht der Datenspeicherung und -übermittlung durch Kreditauskunfteien ist inzwischen durch das am 1.1.1978 in Kraft getretene *Bundesdatenschutzgesetz* (BDSG) geregelt. Maßgebliche Grundlage sind die §§31ff BDSG¹²³. §32 BDSG gestattet zunächst generell das *Speichern* von Daten zur Kreditwürdigkeit und ähnliches, sofern kein Grund zur Annahme besteht, daß dadurch schutzwürdige Belange des Betroffenen verletzt werden. Die Übermittlung solcher Daten an Kreditinstitute und ähnliches ist zulässig, wenn der Empfänger ein berechtigtes Interesse an ihrer Kenntnis glaubhaft dargelegt hat; bei einem Kreditantrag eines Verbrauchers ist dieser Regelfall wohl immer gegeben.

Wichtig für den Verbraucher ist die Regelung des §34 BDSG. Danach besteht eine *Benachrichtigungspflicht* bei erstmaliger *Übermittlung* von Daten; die Speicherung ist nicht mitteilungspflichtig¹²⁴. Der Kunde kann *Auskunft* über die zu seiner Person gespeicherten Daten verlangen, muß aber dafür ein Entgelt zahlen, und zwar auch dann, wenn die Auskunft für ihn wertlos ist.¹²⁵

§35 BDSG regelt dann den Anspruch des Verbrauchers auf *Berichtigung* personenbezogener Daten, wenn diese *unrichtig* sind. Eine *Sperrung* der Daten erfolgt, wenn ihre Richtigkeit vom Verbraucher bestritten wird und sich weder Richtigkeit noch Unrichtigkeit feststellen lassen. Nach Ablauf von fünf Jahren besteht gleichfalls eine Sperrpflicht und auf Verlangen des Verbrauchers eine Löschungspflicht. Zur Vermeidung der Verwirklichung dieser Rechte kann sich die 'Schufa' nicht darauf berufen, ihr seien die Daten von den Kreditinstituten falsch geliefert worden, denn sie ist 'Herr' der von ihr gespeicherten und übermittelten Daten; sonst würden die Rechte des Verbrauchers praktisch wirkungslos werden.

Neben den besonderen Ansprüchen nach dem BDSG bestehen noch allgemeine zivilrechtliche Ansprüche auf *Unterlassung* der Speicherung und Übermittlung von Daten, die das Persönlichkeitsrecht oder den Kredit des Verbrauchers verletzen (§§823 Abs. 1, 824 BGB). Auch besteht ein *Schadenersatzanspruch*, wobei allerdings fraglich ist, inwieweit durch Ablehnung eines Kreditantrages dem Verbraucher ein Schaden entstanden ist. Auf weitere Einzelheiten dieser praktisch wenig bedeutungsvollen Vorschriften soll hier nicht eingegangen werden. Keine Haftung trifft die Schufa für Mitteilungen bei Nichtdurchführung der den Anschlußfirmen obliegenden Identitätsprüfung¹²⁶.

Unter Gesichtspunkten des Zivilrechtes wie des Datenschutzes ist in letzter Zeit eine Klausel in den Darlehensformularen der Banken sehr umstritten, die es den Banken erlaubt, Informationen aus dem Darlehensantrag des Kunden an die Schufa weiterzugeben¹²⁷. Zwar hat der Kunde und Darlehensnehmer diese Klausel mit unterschrieben, da sie aber in allen Darlehensformularen enthalten ist, hat er gar keine Wahl, als diese Klausel zu 'akzeptieren', um in den Genuß des Darlehens zu kommen. Häufig ist ihm die Bedeutung dieser Klausel gar nicht klar. Es ist deshalb möglich, diese Klausel als unbillige Benachteiligung des Kunden im Sinne von §9 Abs. 1 AGB-Gesetz anzusehen. Sie kann auch gegen zwingende Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes verstoßen, das eine Weitergabe von Daten nur im Einzelfall und nur unter Abwägung der jeweils betroffenen Interessen zuläßt. Schließlich wäre zu prüfen, ob die Klausel nicht auch aus kartellrechtlichen Gründen angreifbar ist, da sie

einheitlich in allen Darlehensformularen verwendet wird und insoweit dem Tatbestand einer nicht angemeldeten und damit verbotenen Konditionenempfehlung gleichkommt.

2 Kreditinkasso

356 Vom Verbraucher aufgenommene Kredite werden bei Zahlungsschwierigkeiten häufig nicht durch den Kreditgeber selbst, sondern durch ein *Inkassobüro* eingezogen. Die für die Tätigkeit eines solchen Büros maßgebende Rechtsvorschrift ist Art. 1 §1 des Rechtsberatungsgesetzes (RBG) von 1935. Die Tätigkeit eines Inkassobüros ist danach *erlaubnispflichtig*¹²⁸. Die Erlaubnis wird nur als *Teilerlaubnis* erteilt, umfaßt also nicht die eigentliche Rechtsverfolgung im Mahnverfahren und durch Klage¹²⁹. Eine Inkassotätigkeit ohne Erlaubnis braucht der Schuldner nicht gegen sich gelten zu lassen; die Forderungsübertragung ist insoweit unwirksam.

Durch die Einschaltung eines Inkassoinstituts können dem Verbraucher zusätzliche Kosten entstehen, die allerdings durch die gesetzliche Regelung des Verzugschadens in §§286ff BGB begrenzt sind. Eine Erfolgsprovision des Inkassobüros muß er nicht tragen¹³⁰, sondern allenfalls Anwaltskosten¹³¹. Eine vollständige Überwälzung der Inkassokosten durch das Kreditinstitut auf den Verbraucher in Allgemeinen Geschäftsbedingungen verstößt gegen §9 Abs. 2 Nr 1 AGBG.

VIII REFORM DES VERBRAUCHERKREDITRECHTS

356a Das Recht des Verbraucherkredits in der Bundesrepublik ist — anders als in vielen Ländern innerhalb und außerhalb der EG¹³² — von einem Flickteppich rechtlicher Regelungen gekennzeichnet, die nur gewisse Randformen der verbraucherpolitischen Probleme betreffen und zudem leicht umgangen werden können. Im Prinzip herrscht hier ein ungebrochenes Vertrauen in das Wirken der Marktkräfte und die Richtigkeitsgewähr der Vertragsautonomie¹³³, die nur angelegentlich beim Zinswucher (346) oder bei der AGB-Kontrolle (338) zu staatlichen Interventionen führt. Die Rechtsdurchsetzung der — ohnehin wenigen — verbraucherschützenden Vorschriften wird gerade dort durch besondere Mängel gekennzeichnet, wo sozial schwache Verbraucher betroffen sind¹³⁴.

Der deutsche Gesetzgeber tut sich deshalb mit der Reform so schwer, weil er im Recht des Verbraucherkredits immer noch rechtsformspezifisch anknüpft, d.h. vom Abzahlungsgesetz ausgeht. Deutlich wird das an der Novellierung des §607a (333), wo für die praktisch kaum mehr wichtige¹³⁵ Frage des Einwendungsdurchgriffes eine detaillierte Regelung vorgeschlagen wird, während die wirklich brennenden Probleme einer Regelung der Verzugsfolgen oder einer Bekämpfung des Kreditwuchers der Rechtsprechung überlassen werden.

Durch ein für das Justizministerium erstattetes Gutachten von v. Marschall¹³⁶ wird zum ersten Mal im deutschen Recht die Frage einer umfassenden Regelung des Verbraucherkredits zur Diskussion gestellt. Dabei bewegen sich viele Rechtsvorschläge auf dem Boden des geltenden Rechts,

etwa in Richtung einer Erweiterung des §1a AbzG (323) auf alle Kreditverträge. Für das Widerrufsrecht plädiert der Autor nicht für eine Regelung gemäß §1b für alle Kreditgeschäfte (324) sondern nur für Sondervorschriften für Haustürgeschäfte, wie wir sie im englischen und belgischen Recht kennen. Bemerkenswert sind seine Überlegungen zur Reform der Verzugsfolgen. Nach geltendem Recht herrscht hier — vom Ausnahmefall des AbzG abgesehen (325) — Vertragsautonomie (338) und damit Verfolgungsautonomie des Gläubigers. Der Autor unterscheidet zwischen *vorübergehenden Verzögerungen* in der Rückzahlung und *endgültigem Scheitern*. Bei vorübergehenden Störungen will er dem Gläubiger zusätzliche Mittel an die Hand geben, um den Schuldner zur Rückzahlung zu zwingen, etwa durch zeitweilige Ansichnahme der Sicherheit¹³⁷. Eine richterliche Vertragshilfe, einen 'délai de grâce' oder ein Zwangsmoratorium lehnt er — anders als in vielen ausländischen Rechten — ab. Dieser Punkt scheint sicherlich noch der Diskussion zu bedürfen. Beim endgültigen Scheitern verlangt er eine zügige Abwicklung des Kreditverhältnisses unter Verwertung der Sicherheiten, um Wertverluste und ein Anwachsen der Zinsen und Kosten zu vermeiden¹³⁸. Eine Dreimonatsfrist für die Verwertung soll den Gläubiger zur Eile anhalten.

Weitergehende Reformvorschläge, die in einem Entwurf eines Konsumkreditgesetzes gipfeln, sind von Reifner entwickelt worden¹³⁹. Insbesondere plädiert er für die gesetzliche Einführung einer Zwangsstundung bei Zahlungsschwierigkeiten des Schuldners.

Ein Richtlinienentwurf der EG vom 27.4.1979¹⁴⁰ bezweckt eine einheitliche Regelung des Verbraucherkredits in der gesamten EG. In Art. 6 ist Schriftform mit weitgehenden Informationspflichten vorgesehen, unterschieden nach zweckgebundenen, zweckfreien und Kreditkartenverträgen. Ein Widerrufsrecht ist nicht vorgesehen. Wechsel dürfen nicht zur Sicherung oder Zahlung verwendet werden. Eine Besserstellung des Verbrauchers nach nationalem Recht wird dadurch nicht verhindert.

ANMERKUNGEN

1. Reifner, *Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung*, 1979, S. 123ff; ders., E. Weitz und R. Üsseler, *Tatsachen zum Verbraucherschutz im Konsumentenkredit* [1978], S. 216ff.
2. Zum generellen Problem vgl. 1. Kapitel, Ziff. 4.
3. Vgl. Scholz, JZ [1975], S. 727, allerdings ohne kritisches Eingehen auf diesen Tatbestand; Marschall v. Bieberstein, *Gutachten zur Reform des finanzierten Abzahlungskaufs* [1978], S. 9ff.; dazu Reich, ZVP [1979], S. 353.
4. Benöhr, ZHR 138 [1974], S. 492ff.
5. BGHZ 62, 42; KG NJW [1975], S. 1327; Reich, JZ [1975], S. 555; Reich, *Alternativkommentar zum BGB (AK)*, §1 AbzG Rz 5–6.
6. BGH DB [1978], S. 1026.
7. Reich, *Verbraucherkredit*, 2.A. [1979] (Reich), Ziff. 115.
8. BGH NJW [1978], S. 1315; ähnl. BGH NJW [1979], S. 874.
9. Vgl. dazu Reich, JuS [1978], S. 451ff. (mit Nachweisen).

10. BGH NJW [1976], S. 1354; [1977], S. 714.
11. LG Hamburg NJW [1973], S. 804; Reich, AK §1 AbzG Rz 3.
12. Eike v. Hippel, *Verbraucherschutz*, 2.A. [1979], S. 168ff. Reich/Tonner/Wegener, *Verbraucher und Recht* [1976], S. 185ff; Löwe NJW [1974], S. 2257; Reich, JZ [1975], 550; Reich, NJW [1978], S. 516f; v. Marschall, a.a.O. (Anm. 3), S. 50ff.
13. Löwe, NJW [1974], S. 2258; Reich, JZ [1975], S. 551; Bachmann, NJW [1978], S. 866; LG Frankfurt DB [1977], S. 672; Canaris, NJW [1978], S. 1891; BGH NJW [1979], S. 2089; Reich, Ziff. 59.
14. BGHZ 62, 42, NJW [1977], S. 1632.
15. v. Hippel, a.a.O. (Anm. 2), S. 164f.; Reich, JZ [1975], S. 552ff.
16. Reich, JuS [1978], S. 452ff.
17. LG Berlin, NJW [1977], S. 254.
18. Löwe, NJW [1974], S. 2259; Reich, JZ [1975], S. 552; Reich AK §1b AbzG RZ 5.
19. Erfahrungsbericht der Bundesregierung, BT-Drucksache 8/234, S. 7; Reich, Ziff. 139ff.
20. BGH NJW [1975], S. 206.
21. BGH NJW [1977], S. 713.
22. Palandt Putzo, Komm. zum BGB, 39. A. [1980], §1b AbzG, Anm. 1; Reich, AK §1b AbzG RZ 6.
23. NJW [1977], S. 254.
24. Reich, JZ [1975], S. 552ff. Löwe, NJW [1974], S. 2259.
25. BGHZ 19, 330; Derleder, ZHR 139 [1975], S. 45.
- 25a. Reich, AK §2 AbzG RZ 8f.
26. BGH NJW [1974], S. 747; v. Marschall, a.a.O. (Anm. 3), S. 209ff.
27. BGH NJW [1977], S. 1632; Kritik Heckelmann, FS Bärmann, (Anm. 3), S. 432ff; Reich, JZ [1975], S. 555; v. Marschall, a.a.O. (Anm. 3), S. 146ff.
28. Bericht Bundesregierung, BT-Drucksache 8/234, S. 8.
29. Hörter, *Der finanzierte Abzahlungskauf* [1969]; Müller – Laube, *Teilzahlungskredit und Umsatzgeschäft* [1973]; v. Marschall, a.a.O. (Anm. 3), S. 11ff.
30. Scholz, JZ [1975], S. 727, a.M. Gilles, JZ [1975], S. 306, 729.
31. BGHZ 47, 241; NJW [1970], S. 702.
32. BGH NJW [1971], S. 2301; OLG Stuttgart NJW [1977], S. 1926.
33. BGH NJW [1970], S. 701.
34. BGH NJW [1971], S. 2301.
35. OLG Stuttgart, NJW [1977], S. 1926. BGH BB [1980], S. 385.
36. BGHZ 47, 253; NJW [1970], S. 701.
37. OLG Stuttgart NJW [1967], S. 2016; [1977], S. 1244.
38. BGHZ 62, 42.
39. Löwe, NJW [1974], S. 2263f; Reich, JZ [1975], S. 554; LG Berlin NJW [1977], S. 254; auch BGH BB [1980], S. 385.
40. Reich, Ziff. 158; OLG Köln NJW [1979], S. 726.
41. BGHZ 47, 241; 75, 112. Auch BGH BB [1980], S. 385.
42. Müller Laube, a.a.O. (Anm. 29); Weitnauer, JZ [1968], S. 201.

43. BGHZ 47, 207; NJW [1973], S. 452; [1975], S. 1317; [1976], S. 1093; DB [1978], S. 1026.
44. BGHZ 33, 293; 47, 207, 217; DB [1978] S. 1026 (1028).
45. BGHZ 47, 224; NJW [1971], S. 2301.
46. BGH NJW [1973], S. 452; S. 611.
47. BGH DB [1978], S. 1026 (1028).
48. OLG Stuttgart NJW [1977], S. 1244. Anderer Meinung Bauer, NJW [1975], S. 2009; Joerges AK §812 RZ 34.
49. BGH WM [1978], S. 459; WM [1979], S. 489 = NJW [1979], S. 2194. BB [1980], S. 635.
- 49a. BGH NJW [1979], S. 2511; [1980], S. 782.
50. Emmerich, JuS [1972], S. 279; Weick, JZ [1974], S. 13; Gilles, JZ [1975], S. 305; v. Marschall, a.a.O. (Anm. 3), S. 199ff; weitergehend Reifner (Anm. 1) S. 226, 233, 244ff. Zum ganzen jetzt Reich, JZ 1980, S. 329ff.
51. Reich/Tonner, DB [1974], S. 1149; oben 7. Kapitel, Ziff. 265.
52. BGHZ 51, 69; auch BGH NJW [1976], S. 1093 (Sicherungsgrundschuld).
53. v. Marschall, a.a.O. (Anm. 3), S. 199ff (für Zulassung eines Zurückbehaltungsrechts).
54. BT-Drucksache 8/3212 mit (weitgehend zustimmender) Stellungnahme des Bundesrates.
- 54a. Reich, JZ [1980], S. 336.
55. BGH NJW [1974], S. 365.
56. Vgl. LG Zweibrücken NJW [1974], S. 193.
57. Reich 'Beitrag Leasing', in: *Vahlens-Zivilrechtsbücher*, Bd 3 [1974], S. 50ff; Reich AK §6 Abz.G Rz 22ff. Derleder AK vor §§535ff RZ 64f.
58. BGH NJW [1977], S. 1058. BGH NJW [1978], S. 1382.
59. Grundsätzlich dazu Gilles, JZ [1975], S. 305; v. Marschall, a.a.O. (Anm. 3), S. 197ff.
- 59a. OLG Schleswig NJW [1974], S. 648; OLG Hamburg MDR [1977], 403; OLG Düsseldorf NJW [1973], S. 1612; LG Augsburg NJW [1972], S. 637; [1973], S. 1709 u. 1704; in ähnl. Richtung jetzt BGH DB [1978], S. 1026; vgl. zum Ganzen Finger, JZ [1979], S. 583.
- 59b. BGH NJW [1978], S. 2145.
60. Reich, Ziff. 6; Reifner, a.a.O. (Anm. 1), S. 30ff.
61. BKA-Bericht [1977], BT-Drucksache 8/1925; S. 81.
62. Reich, Ziff. 77.
63. Ulmer/Brandner/Hensen, *Komm. zum AGBG*, §10 Nr 7 Rdnr 13.
64. Dazu Reifner, a.a.O. (Anm. 1), S. 159ff, zugleich mit rechtspolitischen Erörterungen; v. Marschall, a.a.O. (Anm. 3), S. 181ff. Reich, JZ [1980], S. 334.
65. BGH WM [1969], S. 335; DB [1978], S. 787.
66. Reich, Ziff. 15.
67. OLG Karlsruhe BB [1972], S. 287.
68. Reich, Ziff. 16; v. Marschall, a.a.O. (Anm. 3), S. 182ff.
69. Vgl. OLG Frankfurt BB [1976], S. 857.
70. DB [1978], S. 787.
71. Reich, Ziff. 24.
72. Reich, Ziff. 29ff.

73. LG Berlin NJW [1977], S. 586.
74. OLG München v. 18.4.1978, 9 U 3987/77.
75. Scholz, MDR [1977]. S. 887ff; Reich, Ziff. 88.
76. Dies kann ein Nichtigkeitsgrund sein, BGH NJW [1979], S. 805, 808.
77. Reich, Ziff. 102.
78. BGH NJW [1978], S. 2144; NJW [1979], S. 1593.
79. Scholz, MDR [1977], S. 890f; BGH TW [1967], S. 155; OLG München WM [1975], S. 1316.
80. Scholz, MDR [1977], S. 892.
81. Reich, Ziff. 101.
82. BGH NJW [1974], S. 50.
83. BGH JZ [1976], 479 mit Anm. Köndgen.
84. Bähre/Schneider, Komm. zum KWG, 2.A. [1977], §23 Ziff. 5.
85. Möschel, *Das Wirtschaftsrecht der Banken*, [1973], S. 326ff; Rinck, *Wirtschaftsrecht*, 5.A. [1977], S. 163ff.
86. Bähre/Schneider, a.a.O. (Anm. 84), Ziff. 10.
87. RGZ 161, 55; BGH NJW [1962], S. 1148.
88. Rühle, *Das Wucherverbot — effektiver Schutz des Verbrauchers vor überhöhten Preisen?* [1978], S. 64, 70, Reich, JZ [1980], S. 334 in Kritik dieser Auffassung.
89. BGH JR [1976], S. 17; Canaris, NJW [1978], S. 1894.; LG Frankfurt/M. NJW [1978], S. 1926; Rühle, a.a.O. (Anm. 88), S. 21ff.; Reich, NJW [1977], S. 636; a.M. OLG München NJW [1977], S. 152.
90. OLG Hamm NJW [1973], S. 1001; LG Frankfurt/M. NJW [1978], S. 1926.
91. BGH WM [1976], S. 1221.
92. Reich, Ziff. 73.
93. BT-Drucksache 8/456.
94. Reich, Ziff. 98.
95. LG Berlin BB [1978], S. 15, BGH NJW [1979], S. 2089; OLG Stuttgart; BB [1979], S. 1168 (nur zu 1/2).
96. OLG München NJW [1977], S. 152; Scholz, MDR [1977], S. 892.
97. Reich, NJW [1977], S. 636; KG WM [1975], S. 128 (129); diff. Canaris, NJW [1978], 1894; BGH NJW [1979], S. 805, 808, 2089.
98. BGH NJW [1979], S. 805, 808.
99. BGH NJW [1979], S. 2089; Reich, Ziff. 98.
100. OLG Stuttgart BB [1979], S. 1168.
101. RGZ 161, 52 (55); BGH NJW [1962], S. 1148; Bachmann, NJW [1979], S. 2082; Reich, JZ 1980, S. 334.
102. BGH NJW [1979], S. 1597.
103. Reich, Ziff. 69; Buß NJW [1977], S. 1520; Scholz, MDR [1977], S. 892.
104. FAZ v. 16.6.1978.
- 104a. VPK v. 22.4.1980.
- 104b. BGH BB [1980], S. 494.
105. BGH NJW [1974], S. 859; OLG Bremen NJW [1977], S. 638 und oben 2. Kapitel, Ziff. 41.
106. OLG Celle NJW [1978], S. 1268 mit abl. Anm. Ott; ähnl. Bachmann,

- NJW [1978], S. 865; anders OLG Celle NJW [1978], S. 1487; BGH NJW [1979], S. 805, (806).
107. Überblick bei H.J. Weber, *Sicherungsgeschäfte*, 2.A. [1978]; Reich, Ziff. 35ff.
 108. Zur Rechtspolitischen Problematik vgl. v. Marschall, a.a.O. (Anm. 3), S. 176ff, 195ff. Reifer a.a.O. (Anm. 1), S. 314.
 109. Dazu Hartmann, NJW [1978], S. 609; Reich, Ziff. 48.
 110. Reich. NJW [1978], S. 516; BGH WM [1974], S. 8; v. Marschall a.a.O. (Anm. 3), S. 206ff. Reich, AK vor §§765ff, RZ 14ff.
 111. OLG Frankfurt NJW [1973], S. 104 gegen OLG Stuttgart NJW [1971], S. 50.
 112. BGH WM [1966], S. 115.
 113. BGH WM [1967], S. 290. Reich, Ziff. 51.
 114. Canaris, *Bankvertragsrecht* [1973], S. 1257.
 115. Vgl. BGH BB [1976], S. 577; Reich, Ziff. 47.
 116. Hartmann, NJW [1978], S. 610; Reich, Ziff. 48.
 117. Von Marschall a.a.O. (Anm. 3), S. 211.
 118. Bähre/Schneider a.a.O. (Anm. 84), S. 41ff.
 119. Landmann/Rohmer, Komm. zur Gewerbeordnung, 13. A. [1977], §35 Anm. 5ff.
 120. Scholz, MDR [1977], S. 888f; Reich, Ziff. 88.
 121. BGH NJW [1978], S. 1970; NJW [1979], S. 1597.
 122. Bähre/Schneider, Komm. zum KWG, 2.A. [1977], §23 Ziff. 8.
 123. Mallmann, in Simitis u.a., Komm. zum BDSG [1977], §31 Anm. 15; vgl. auch "Der Spiegel" 1/1979, S. 24ff.
 124. Dazu Mallmann, a.a.O. (Anm. 123), §34 Anm. 3.
 125. Auskunft des Datenschutzbeauftragten, Prof. Bull, v. 16.6.1978 an den Verfasser.
 126. BGH NJW [1978], S. 2151.
 127. Vgl. Test 8/79, S. 18. Auch OLG Celle NJW [1980], S. 347.
 128. Altenhoff/Busch/Kampmann, Komm. zum RBG, 4.A. [1977], Art. 1 §1 Anm. 13ff.
 129. Altenhoff, a.a.O. (Anm. 128), Anm. 44.
 130. Altenhoff, a.a.O. (Anm. 128), Anm. 34; zum Ganzen Jäckle, JZ [1978], S. 675.
 131. OLG Nürnberg DB [1973], S. 962; OLG Düsseldorf MDR [1974], S. 226.
 132. v. Marschall, a.a.O. (Anm. 3), S. 55ff; v. Hippel, a.a.O. (Anm. 12), S. 179ff.
 133. Vgl. aber BGH NJW [1979], S. 805ff zur Nichtigkeit eines Kreditvertrages wegen unübersichtlicher Gestaltung der Verzugsfolgen.
 134. Vgl. die Studie von Reifner/Weitz/Uesseler, *Tatsachen zum Verbraucherschutz im Konsumentenkredit* [1978].
 135. v. Marschall, a.a.O. (Anm. 3), S. 199ff.
 136. v. Marschall, a.a.O. (Anm. 3), S. 14ff, S. 135ff; dazu Reich ZVP [1979], S. 353. Zum ganzen den Überblick bei Reich, JZ 1980, S. 195ff.
 137. v. Marschall, a.a.O. (Anm. 3), S. 184ff.
 138. v. Marschall, a.a.O. (Anm. 3), S. 187ff.
 139. Reifner, a.a.O. (Anm. 1), S. 401ff.
 140. BT-Drucks. 8/2953; v. Marschall, a.a.O. (Anm. 3), S. 112ff.

Rechtsberatung und Rechtsdurchsetzung im Verbraucherrecht

I DIE PROBLEMATIK

357 Unsere Darstellung des Verbraucherrechts hat gezeigt, daß in den letzten Jahren eine Vielzahl von Rechtsvorschriften und Gerichtsentscheidungen ergangen ist, die entweder direkt die Stellung des Verbrauchers am Markt oder im Recht verbessern oder doch indirekt einen verbraucherpolitisch positiven Beitrag zur Regelung der Marktverhältnisse leisten. Daß dabei noch erhebliche Lücken bestehen, daß Widerstand der Anbieterseite zu überwinden ist, daß die strukturellen Defizite von Markt und Recht, wie wir sie im 1. Kapitel analysiert haben, dadurch bislang kaum kompensiert wurden, bleibt allerdings nicht zu verkennen. Immerhin sind positive Entwicklungen im Verbraucherrecht nicht zu leugnen, und es bleibt hier zu untersuchen, wie sie verwirklicht werden.

Das Problem der Verwirklichung des Rechtes ist zunächst nichts, was dem Verbraucherrecht spezifisch wäre, sondern was alle Rechtsgebiete betrifft. Es erhält allerdings im Verbraucherrecht dadurch besondere Brisanz, daß offenbar erhebliche Vollzugsdefizite bestehen, und daß der einzelne Verbraucher häufig weder weiß, was seine Rechte sind, noch in der Lage ist, damit etwas anzufangen. Es scheint uns, daß das Recht dem Verbraucher eine Mündigkeit attestiert, die den sozialen Verhältnissen häufig zuwiderläuft und für untere Verbraucherschichten zu einer praktischen Rechtsverweigerung führen kann. Doch dies sind bislang nur Hypothesen, die anhand der rechtlichen Maßnahmen noch genauer überprüft werden müssen.

Das Verbraucherrecht in der Bundesrepublik Deutschland wird, wie wir das im einzelnen dargestellt haben, im wesentlichen auf drei Ebenen durchgesetzt: durch Fachbehörden, durch die Tätigkeit der Verbände (Verbandsklage gegenüber unlauteren Wettbewerbspraktiken und rechtswidrigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen) und durch den einzelnen Verbraucher im Rahmen von Zivilrechtsverhältnissen. Hinzukommt zunehmend die Einrichtung sogenannter Selbstkontrollorgane, etwa im Bereich der Werbung, die allerdings häufig nicht verbraucherpolitischen Interessen dient, sondern die Anbieterseite vor staatlichen Eingriffen schützen soll (126). Kollektive Verhandlungsmacht von Verbraucherorganisationen zur Durchsetzung verbraucherpolitischer Interessen spielt, anders als im Arbeitsrecht, praktisch keine Rolle, da es an einer mitgliederschaftlichen Organisation der Verbraucher weitgehend fehlt und die hier mögliche Tätigkeit der Gewerkschaften durch ein noch zu enges

Selbstverständnis und durch mögliche Konflikte mit ihren eigentlichen Interessen gekennzeichnet wird (7).

Zwei Instrumente der Verbraucherpolitik spielen im Recht der Bundesrepublik Deutschland so gut wie keine Rolle und können deshalb außer Acht gelassen werden: einerseits die Instrumente des Strafrechtes, die nur in Extremfällen eingesetzt werden, etwa bei betrügerischen Wettbewerbshandlungen, und die auch nur repressiv wirken¹. Andererseits kennt die Bundesrepublik keine zentralisierte Einrichtung des Verbraucherschutzes, wie es der Konsumenten-Ombudsman der skandinavischen Länder darstellt. Ob ein solcher Konsumenten-Ombudsman wünschenswert und verfassungsrechtlich zulässig ist, soll uns deshalb hier weiter nicht beschäftigen, da keinerlei Initiativen in diese Richtung erkennbar sind².

Für den weiteren Fortgang der Darstellung gehen wir von der, allerdings vielfach sehr fraglichen Hypothese aus, daß die behördliche Aufsichtstätigkeit im Rahmen der ihnen zugewiesenen Kompetenz und die Verbandsklagerechte im Prinzip positiv funktionieren. Wir haben bereits oben dargestellt, wo wir hier erhebliche Vollzugslücken sehen (117ff — Werbung; 274ff — AGB). Wir wenden uns jetzt dem *individuellen Verbraucher* zu. Wie kennt er seine Rechte, wie kann er seine Rechte möglichst schnell, kostengünstig und ohne persönliche Belastung für ihn durchsetzen, wie kann er sich wehren gegen unberechtigte Ansprüche der Anbieterseite?

Der Schutz des einzelnen Verbrauchers durchläuft dabei drei Stufen:

- Der Verbraucher muß zunächst einmal überhaupt seine Rechte und Pflichten kennen. Das geltende Zivilrecht geht davon aus, daß jeder Rechtsunterworfenen vollständige Gesetzeskenntnis hat und daß seine vertraglichen Pflichten ihm schon deshalb bekannt sind, weil sie nur mit seinem Willen begründet werden können. Dieses liberale Modell bricht sich jedoch an der Wirklichkeit, insbesondere bei sozial schwachen Verbrauchern. Eine Abhilfe besteht darin, daß das Recht der Anbieterseite besondere Informationspflichten auferlegt, etwa über ein mögliches Widerrufsrecht bei Haustür- und Abzahlungsgeschäften oder über den Inhalt von Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei ihrer vertraglichen Einbeziehung³. Allgemeiner kann das Problem dahingehend formuliert werden, daß der Verbraucher Beratungsmöglichkeiten vorfinden muß, die ihm Kenntnis von Rechten und Pflichten, besonders im Konfliktfall ermöglichen.
- Die Kenntnis des Rechts bedeutet einen ersten Schritt zu seiner Verwirklichung, verlangt aber weitere Maßnahmen. Ein wichtiger Schritt in diese Richtung ist getan, wenn bei Streitigkeiten zwischen Verbrauchern einerseits und Handel bzw. Handwerk andererseits *außergerichtliche Verfahren* zur Verfügung stehen, die eine schnelle Rechtsdurchsetzung möglichst durch gütliche Einigung und ohne große Formalitäten und Kosten ermöglichen.
- Sollte auf "gütlichem Wege" der Streit nicht beizulegen sein, so muß nach unserer Verfassungsordnung letztinstanzlich ein unabhängiges Gericht über den Streit entscheiden. Es ist zu fragen, ob das vorhandene *Gerichtsverfahren* hierfür ausreicht oder Verbesserungsmöglichkeiten erfordert.

II DIE RECHTSBERATUNG DES VERBRAUCHERS

1 Die Bedeutung des Rechtsberatungsgesetzes von 1935

358 (aa) Es gibt in der Bundesrepublik kein Gesetz, das sich speziell mit der Rechtsberatung des Verbrauchers beschäftigt. Vielmehr wird die Verbraucherberatung, soweit sie Rechtsberatung ist, von den allgemeinen Vorschriften des Rechtsberatungsgesetzes von 1935, das noch heute gilt und dessen verfassungsrechtliche Wirksamkeit im allgemeinen nicht bezweifelt wird, geregelt⁴.

Das Gesetz verbietet die geschäftsmäßige Besorgung fremder Rechtsangelegenheiten, gleichgültig, ob sie entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt, all denjenigen Personen, die hierfür nicht eine besondere Erlaubnis haben. Das Gesetz und die beiden dazu ergangenen Ausführungsverordnungen regeln dann Grundlage, Verfahren und Umfang für die Erlaubnis zur Rechtsberatung. Art. 1 §3 des Gesetzes nimmt die Rechtsberatung und Rechtsbetreuung etwa von Behörden, von Körperschaften des öffentlichen Rechts im Rahmen ihrer Zuständigkeit, von Anwälten und von Genossenschaften vom Gesetz aus. Nach §7 besteht keine Erlaubnispflicht, wenn auf berufsständischer oder ähnlicher Grundlage gebildete Vereinigungen oder Stellen im Rahmen ihres Aufgabenbereichs ihren Mitgliedern Rat und Hilfe in Rechtsangelegenheiten gewähren.

Die Bedeutung des Gesetzes für die Verbraucherrechtsberatung kann nur erschlossen werden, wenn man sich die Interpretation der oben erwähnten Vorschriften in der Praxis etwas genauer und vor allem kritischer ansieht.

Der *Begriff der Rechtsberatung* wird von der Rechtspraxis außerordentlich weit gezogen: Voraussetzung ist dabei, daß es sich um einen Rat handelt, der auf einen ganz bestimmten Einzelfall bezogen ist. Nach herrschender Praxis soll darunter fallen⁵:

- Aufklärung über die Rechtslage in einem Rechtsfalle des praktischen Lebens;
- Aufklärung über die Möglichkeiten, Folgerungen aus der Rechtslage zu ziehen;
- Rat an den Ratsuchenden, sich in einem bestimmten Sinne zu verhalten;
- Hilfe bei der Befolgung dieses Rates, soweit der Beratende nicht nach außen hin auftritt, also insbesondere die Anfertigung eines bestimmten Vertragsentwurfes, der Entwurf eines bestimmten Mahn- oder Aufforderungsschreibens, der Entwurf einer Eingabe an das Gericht oder sonstige Behörden.

Der Begriff der Rechtsberatung wird auch dann als erfüllt angesehen, wenn eine Zeitschrift, eine Rundfunk- oder Fernsehanstalt im Rahmen ihrer verfassungsrechtlich geschützten Informationsfreiheit in einem Einzelfall Rechtshilfe durch sogenannte Briefkästen leistet⁶. Die Rechtsprechung differenziert hier danach, ob die rechtliche Erörterung der betreffenden Angelegenheit im Vordergrund steht, ob der Schwerpunkt der Beratung im Rechtlichen liegt, und ob das Wesentliche die an die gesamte Leserschaft gerichtete allgemeine Rechtsbelehrung über juristische Fragen sei⁷. Die

herrschende Auffassung in der Literatur meint, daß eine verbotswidrige Rechtsberatung nicht dadurch zulässig werde, daß die Auskunft veröffentlicht wird. Diese Auffassung ist aber, wie unten noch zu zeigen sein wird, aus verfassungsrechtlichen Gründen (Art. 5 Grundgesetz) höchst fragwürdig.

Zur Rechtsberatung gehört auch die Rechtsbesorgung. Jede Tätigkeit soll dazu genügen, durch die fremde Rechtsangelegenheiten unmittelbar gefördert werden⁸. Dies kann auch Rechtsgestaltung sein, zum Beispiel Formulierung eines Kauf-, Miet-, Darlehens-, Dienst- oder Werkvertrages, oder die Beendigung eines bestimmten Vertragsverhältnisses, etwa durch Entwurf eines Kündigungsschreibens. Die rechtsbesorgende Tätigkeit soll auch in der Rechtsverwirklichung liegen, also um bestehende Rechtsbeziehungen zu klären, bestehende Rechte und Ansprüche zu sichern oder durchzusetzen. Dies stellt das Gesetz ausdrücklich für das Inkasso von Forderungen klar.

Rechtsberatung und Rechtsbesorgung sind von allgemeiner Beratung, insbesondere in wirtschaftlichen Beziehungen, abzugrenzen⁹. Die Grenzen sind allerdings im Einzelfall schwer zu ziehen. Die Rechtsprechung stellt darauf ab, ob der Schwerpunkt der Tätigkeit auf wirtschaftlichem oder auf rechtlichem Gebiet liegt¹⁰. Die Kommentarliteratur ist hier enger und nimmt eine Rechtsberatung bereits dann an, wenn durch die zunächst wirtschaftlich orientierte Beratung auch Rechtsfolgen ausgelöst werden¹¹. Diese Meinung wird noch unter dem Verfassungsrecht zu überprüfen sein.

Rechtsberatung und Rechtsbesorgung sind unabhängig davon erlaubnispflichtig, ob sie entgeltlich oder unentgeltlich erfolgen, ob sie egoistisch oder altruistisch sind, ob sie durch fachlich qualifizierte Personen durchgeführt werden oder nicht¹². Die Tätigkeit muß lediglich *geschäftsmäßig*, sei es haupt- oder nebenamtlich erfolgen. Der Gegensatz zu *geschäftsmäßig* ist die gelegentliche Rechtsberatung. Wenn also ein Hochschullehrer oder ein Verwaltungsjurist gelegentlich Rechtsrat erteilt, so verstößt er damit nicht gegen das Rechtsberatungsgesetz. Handelt es sich jedoch um eine Tätigkeit von einer gewissen Dauer und Regelmäßigkeit, so liegt formal ein Verstoß gegen das Rechtsberatungsgesetz vor¹³.

In dieser weiten Auslegung der Begriffe 'Rechtsberatung bzw. Rechtsbesorgung' und 'geschäftsmäßig' wird für die Verbraucherrechtsberatung eine außerordentlich scharfe Restriktion eingeführt. Die Verbraucherrechtsberatung wird, soweit nicht eine Genehmigung erteilt ist und die Ausnahmen des Gesetzes greifen, praktisch auf Anwälte monopolisiert. Wenn dagegen behauptet wird, daß Gesetz diene dem Verbraucherschutz¹⁴, so ist dies nichts als eine vordergründige Rechtfertigung für den durch das Gesetz geschaffenen Monopolanspruch des Anwaltes auf alle Rechtsberatungsangelegenheiten. Dabei wird nicht berücksichtigt, daß Verbraucherschutz nur insoweit erforderlich ist, als mit Rechtsfragen nicht hinreichend vertraute Personen natürlich keine Rechtsberatung sollen leisten dürfen. Umgekehrt muß aber angenommen werden, daß jeder, der ein volles juristisches Studium mit praktischer Ausbildung absolviert hat, zur Rechtsberatung qualifiziert ist, wie das Gesetz es ja beim Anwalt festgelegt hat.

359 (bb) In der Praxis der Verbraucherarbeit hat das Gesetz außerordentlich nachteilige Folgen. Dabei bestehen im Prinzip drei Möglichkeiten, von den

einschneidenden Restriktionen des Gesetzes für Verbraucherrechtsberatung los-zukommen.

(1) Man geht zunächst davon aus, daß die allgemeine Beratung der Verbraucherzentralen in der Regel keine Rechtsberatung ist sondern bloße wirtschaftliche Beratung und Entscheidungshilfe in Sachen des täglichen Lebens, der Haushaltsführung und ähnliches¹⁵. Damit ist die normale Beratungstätigkeit der Verbraucherzentralen vom Gesetz gedeckt. Problematisch sind die Fälle, die sowohl wirtschaftliche wie rechtliche Komponenten haben, insbesondere bei Dienstleistungen und bei Krediten. Eine sinnvolle wirtschaftliche Beratung ist ohne Erörterung der Rechtsfragen, ohne Durchdenken rechtlicher Alternativen und ohne Hinweis auf Rechtsfolgen nicht möglich. Will etwa ein Verbraucher wissen, welche Lebensversicherung oder welcher Kredit für ihn am günstigsten ist, so sind nicht nur der "wirtschaftliche Wert", sondern auch die Vertragsbedingungen, die Kündigungsmöglichkeiten für ihn von entscheidender Bedeutung. Es geht nicht an, hier mit der Kommentarliteratur immer eine Rechtsberatung anzunehmen, wenn die Beratung auch rechtliche Folgen hat. Vielmehr ist mit der Rechtsprechung davon auszugehen, daß der Schwerpunkt der Beratung auf wirtschaftlichem Gebiet liegt und daß angesichts der Verrechtlichung vieler Verbraucherprobleme eine Rechtsberatung im Einzelfall in Kauf genommen werden muß, so daß sie nicht gegen Art. 1 §1 des Rechtsberatungsgesetzes verstößt.

Eine Rechtsberatung liegt auch dann nicht vor, wenn eine Verbraucherzentrale an den unten darzustellenden Schlichtungs- oder Schiedsstellen mitwirkt. Hier wird ja nicht Rechtsrat oder Rechtsbesorgung im Einzelfall geleistet, sondern es erfolgt eine Mitwirkung an einem Verfahren, das die schnelle und zügige Durchsetzung von Beschwerden des Verbrauchers zum Ziel hat¹⁶.

(2) Mitgliedschaftlich strukturierte Verbraucherorganisationen können ihren Mitgliedern gemäß §7 im Rahmen ihres Aufgabenbereichs Rat und Hilfe in Rechtsangelegenheiten gewähren. Da die deutschen Verbraucherorganisationen nicht mitgliedschaftlich strukturiert sind¹⁷, kommt diese Möglichkeit nicht in Betracht, insbesondere nicht bei den regionalen oder örtlichen Verbraucherzentralen. Es mag höchstens daran gedacht werden, ob nicht angesichts der Struktur der Verbraucherzentralen, die im allgemeinen nur Körperschaften als Mitglieder haben, die Mitglieder dieser Körperschaften und damit mittelbaren Mitglieder der Verbraucherzentrale Rechtsberatung erhalten können. Dieser Fall ist, soweit ersichtlich, noch nicht praktisch geworden. Er hängt davon ab, wie weit der Begriff des "Mitgliedes" gefaßt wird. Es ist durchaus dankbar, daß auch eine *mittelbare Mitgliedschaft* ausreicht¹⁸.

Auf der anderen Seite kann die Mitgliederrechtsberatung bereits von den verbraucherorientierten Organisationen wahrgenommen werden, die auf speziellen Gebieten Verbraucherinteressen wahrnehmen¹⁹, insbesondere die Mieterorganisation und die Vereinigungen der Kraftfahrer. Die Mieterorganisationen nehmen aktiv Rechtsberatung ihrer Mitglieder vor, während die Automobilvereinigungen, die sich, wie im 1. Kapitel angedeutet, weniger als Verbraucherorganisation als vielmehr als "Kraftfahrerlobby" verstehen, hiervon keinen Gebrauch machen, sondern allerhöchstens eine Rechts-

schutzversicherung ihren Mitgliedern anbieten. Inwieweit Gewerkschaften ihren Mitgliedern Rechtsrat in Verbraucherdingen geben können, ist eine Frage ihrer Stellung generell als Verbraucherorganisation (7) Ersichtlich haben sie hiervon bislang noch keinen Gebrauch gemacht.

360 (3) Das in der Praxis häufigste Beratungsmodell der Verbraucherzentralen setzt eine Genehmigung nach §1 des Rechtsberatungsgesetzes voraus. Diese Genehmigungen sind von den meisten Verbraucherzentralen inzwischen beantragt und nach Widerständen durch die örtlichen Anwaltskammern auch zum großen Teil erteilt worden. In ihrem zweiten Verbraucherbericht hat die Bundesregierung folgende Meinung vertreten: "Die Verbraucherzentralen sollten daher bei ausreichender personeller Ausstattung und Qualifikation die Erlaubnis zur Rechtsbesorgung erhalten. Die Zuständigkeit für die Erteilung der Erlaubnis zur Rechtsberatung liegt jedoch bei den Ländern²⁰." Die Erlaubnis wird im allgemeinen an eine rechtskundige, in der Verbraucherzentrale tätige Person erteilt, ist beschränkt auf den Arbeitsbereich der Verbraucherzentrale und wird in der Regel auf drei Jahre befristet²¹.

Aufgrund dieser Erlaubnis sind etwa von der Verbraucherzentrale Niedersachsen in Jahre 1976 2100 Beratungen vorgenommen worden, in Bayern 750. In Hamburg war im Jahr 1977 eine Zunahme um fast ein Drittel auf insgesamt 4000 Beratungen zu verzeichnen. Die Rechtsberatung zeigt also eine deutliche Aufwärtsentwicklung²². Angesichts der vielen Konfliktfälle, denen der Verbraucher im Wirtschafts- und Rechtsverkehr ausgesetzt ist, ist diese Zahl, bezogen auf den Einzugsbereich der jeweiligen Verbraucherzentralen, als extrem niedrig zu bezeichnen. Es hat sich in der Praxis als besonders hinderlich erwiesen, daß die Verbraucherzentralen gemäß §1 der 2. Ausführungsverordnung zum Rechtsberatungsgesetz vom 3.4.1936 einem Werbeverbot unterliegen, das heißt also auf die bei ihnen bestehende Rechtsberatungsmöglichkeit in öffentlichen Anzeigen und Mitteilungen nicht hinweisen dürfen²³.

361 (cc) Die Analyse der Auslegung und der praktischen Erfahrung mit dem Rechtsberatungsgesetz befriedigt aus verbraucherpolitischer Sicht nicht. Sie bedarf daher dringend einer Modifikation. Die Arbeitsgemeinschaft der Verbraucher und der Verbraucherbeirat beim Bundeswirtschaftsminister haben daher gefordert, durch eine Änderung des Rechtsberatungsgesetzes den Verbraucherverbänden gesetzlich die Befugnis zur Rechtsberatung einzuräumen²⁴. Die Bundesregierung hat demgegenüber erkennen lassen, daß es bei der bestehenden Rechtslage bleiben soll und daß lediglich im Einzelfall versucht wird, die Rechtsberatungserlaubnis für Verbraucherzentralen zu bekommen²⁵.

Die bisherige Praxis des Rechtsberatungsgesetzes ist jedoch unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten einer kritischen Würdigung zu unterziehen²⁶. Dabei ist aus der Sicht des Verfassungsrechtes zunächst zu unterscheiden zwischen entgeltlicher und unentgeltlicher Rechtsberatung. Soweit die entgeltliche Rechtsberatung vorliegt, ist das Grundrecht auf Berufsfreiheit in Art. 12 betroffen. Hier ist es seit langem anerkanntes Recht, daß aus Gründen des Gemeinwohls die Berufsausübung beschränkt werden kann²⁷. Es ist daher von der Verfassung her möglich, die entgeltliche

Rechtsberatung und Rechtsbesorgung auf Anwälte zu monopolisieren und sie ansonsten einer Erlaubnispflicht zu unterwerfen, etwa für Inkassobüros. Eine solche Interpretation entspricht auch Belangen des Verbraucherschutzes, da ja unqualifizierte Personen oder 'Geschäftemacher' von der Rechtsberatung ferngehalten werden sollen.

Anders ist die Lage jedoch bei der *unentgeltlichen Rechtsberatung* zu beurteilen. Hier ist die verfassungsrechtliche Handlungsfreiheit von Art. 2 Grundgesetz sowie die Meinungs-, Informations- und Pressefreiheit in Art. 5 Grundgesetz betroffen. Nach allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen müssen Eingriffe sich im Rahmen der Verhältnismäßigkeit halten²⁸. Die Verhältnismäßigkeit ist zweifellos dann gegeben, wenn nicht qualifizierte Personen von der unentgeltlichen Rechtsberatung ferngehalten werden sollen. Etwas anderes gilt jedoch für die unentgeltliche Rechtsberatung von qualifizierten Personen, insbesondere von Juristen. Dabei ist es zulässig, ein Genehmigungsverfahren vorzuschalten, um unqualifizierte oder unzuverlässige Personen von der unentgeltlichen, geschäftsmäßigen Rechtsberatung fernzuhalten. Ist jedoch die Person zuverlässig und qualifiziert, so hat sie einen *Anspruch* auf Erteilung der Erlaubnis gemäß Art. 1 §1 Rechtsberatungsgesetz²⁹. Die bisherige Praxis der Genehmigung durch die Amts- bzw. Landgerichtspräsidenten, die hier restriktive Bedingungen schafft, ist vor der Verfassung nicht haltbar. Insbesondere darf auch in verkappter Form keine Bedürfnisprüfung eingeführt werden oder es dürfen keine Gesichtspunkte des Standeschutzes der Anwälte in die Genehmigung einfließen. Mit der Genehmigung ist lediglich sicherzustellen, daß die Rechtsberatung auch ordnungsgemäß durchgeführt wird, so daß etwa der Abschluß einer Haftpflichtversicherung verlangt werden kann. Dieser Standpunkt scheint sich inzwischen auch bei den gesetzgebenden Körperschaften durchzusetzen. Ein Änderungsentwurf des Rechtsberatungsgesetzes vom 20.6.1980 (BT-Drucks. 8/4277) will Art. 1 §3 um eine Ziff. 8 ergänzen. Danach ist die außergerichtliche Besorgung von Rechtsangelegenheiten von Verbrauchern durch Verbrauchentralen gesetzlich von der Genehmigungspflicht freigestellt.

Das *Werbeverbot* für die entgeltliche Rechtsberatung mag vor der Verfassung als Berufsausübungsregelung Bestand haben, weil es bekanntlich in gleicher Weise für Anwälte und sonstige rechtsberatende und rechtsvertretende Berufe gilt. Für die unentgeltliche Rechtsberatung fehlt jeder sachliche Grund für das Werbeverbot. Vielmehr ergibt sich aus der verfassungsrechtlich geschützten Handlungsfreiheit die Möglichkeit, für eine gesetzlich zulässige, von der Verfassung geschützte Tätigkeit auch zu werben (78). Die Information ist lediglich den allgemeinen zivilrechtlichen Schranken unterworfen. Es geht nicht an, die unentgeltliche, genehmigte Rechtsberatung den gleichen standesrechtlichen Schranken zu unterwerfen wie die entgeltliche Rechtsberatung.

Ein besonderes Problem stellt sich für die Rechtsberatung von Presse bzw. Rundfunk in Form von Briefkastenanfragen und ähnliches, die nach bisheriger Praxis gegen das Rechtsberatungsgesetz verstoßen soll. Es ist zwar richtig, daß die verfassungsrechtlich geschützte Meinungsfreiheit durch allgemein geltende Gesetze beschränkt werden kann, doch hat das Bundesverfassungsgericht ebenso darauf hingewiesen, daß die gesetzlichen Beschränkungen im Lichte und im Sinne der verfassungsrechtlichen Garantie der Meinungs- und Pressefreiheit ausgelegt werden müssen³⁰. Das führt dann dazu, den Begriff der verbotenen

Rechtsberatung wesentlich enger zu handhaben als dies gegenwärtig die Praxis ist. So kann es Zeitungen nicht verwehrt sein, über Rechtsfälle des täglichen Lebens Belehrung und Auskunft zu geben, da dies zu ihrem verfassungsrechtlichen Auftrag gehört. Dabei ist es gleichgültig, ob dies in Form allgemeiner Erläuterungen oder anhand eines Einzelfalles geschieht. Inwieweit dieser Einzelfall zu anonymisieren ist, ist lediglich eine Frage des Persönlichkeitsschutzes, nicht aber des Rechtsberatungsgesetzes. Es steht also nach der hier vertretenen Auffassung nichts im Wege, daß Zeitungen bzw. Rundfunk- und Fernsehanstalten Verbrauchern dadurch in Rechtsfragen Rat und Hilfe leisten, daß sie einen Einzelfall aufgreifen, Lösungsmöglichkeiten beschreiben und Rechtsfolgen benennen. Einer besonderen Erlaubnis bedarf es nicht, da eine genehmigungspflichtige Rechtsberatung überhaupt nicht vorliegt (358).

Schließlich sei noch ein letzter Gesichtspunkt für die hier vertretene Meinung aufgeführt: unentgeltliche Rechtsberatung wird überwiegend als *sozialstaatliche* Aufgabe angesehen. Dies hat etwa Schoreit in mehreren Schriften vertreten³¹. Das Bundesverfassungsgericht hat einen ähnlichen Standpunkt für das Armenrecht bei Gericht vertreten³²; es steht nichts im Wege, dies auch auf die dem Verfahren vorgelagerte unentgeltliche Rechtsberatung zu erstrecken. Der Sozialstaatsgedanke hat Bedeutung bei der verfassungsrechtlichen Würdigung von Gesetzen, die eine sozialstaatlich gebotene Aufgabe erheblich einschränken bzw. sogar monopolisieren. Diese Beschränkungen entsprechen in dem Umfange, wie das hier entwickelt worden ist, nicht dem Sozialstaatsverständnis und sind insoweit entweder direkt verfassungswidrig oder im Wege verfassungskonformer Auslegung auf ein sozialstaatsgemäßes Niveau herunterzuschrauben.

2 Reformbestrebungen

362 Aus den oben angeführten Erwägungen des Sozialstaates ist die Rechtsberatung in der Bundesrepublik Deutschland im Laufe der letzten Jahre Gegenstand eines erheblichen Meinungsstreites geworden³³. Die Diskussion erfaßt dabei nicht nur den Verbraucherschutz, sondern generell die Rechtsberatung sozial schwacher Schichten, etwa in Eheangelegenheiten, in Mietsachen, in Problemen des Arbeits- und Sozialrechtes und ähnliches. Wir wollen hier diese Diskussion nur insoweit nachzeichnen, als sie für die Verbraucherrechtsberatung wichtig ist.

363 (aa) Es gibt bereits seit längerer Zeit unterschiedliche Rechtsberatungseinrichtungen, die, wenn auch nicht hauptsächlich, Auskünfte und Rechtsrat in Verbraucherfragen geben, etwa im Zusammenhang mit dem Abzahlungskauf. In Hamburg besteht etwa seit 1947 eine öffentliche Rechtsauskunftsstelle, die 1974 in über 11 000 Zivilrechtsfällen Rat erteilt hat³⁴. Ähnliche Stellen sind in Elmshorn und Lübeck errichtet worden³⁵. Die von Anwaltsseite hiergegen aus dem Rechtsberatungsgesetz vorgetragenen Bedenken sind nicht überzeugend, da die öffentlich-rechtlichen Körperschaften, insbesondere die Gemeinden, einen umfassenden Auftrag zur Daseinsvorsorge und Sozialhilfe haben und deshalb im Rahmen des Art. 1 §3

Rechtsberatungsgesetz auch zur allgemeinen Rechtsberatung befugt sind.

Andere Länder haben sich entweder für gemischte Modelle oder für Modellversuche entschieden. In Berlin etwa wird Rechtsberatung durch anwaltliche Stellen (Rechtsberatungsstellen des Anwaltsvereines) und durch Rechtsberatungsstellen der Bezirksämter geleistet. Wie empirische Untersuchungen der Rechtsberatung in Westberlin zeigen, wird die öffentliche Rechtsberatung vor allem von sozial schwachen Schichten in Anspruch genommen, während die Beratung durch Anwaltsvereine eher mittelschicht-orientiert ist³⁶. Kosten entstehen dem Ratsuchenden entweder überhaupt nicht oder in nur geringem Umfang. Die anwaltliche Beratung wird im allgemeinen in Anspruch genommen, um einen Rechtsstreit zu beginnen oder zu führen, während dies bei der öffentlichen Rechtsberatung nicht der Fall ist. Etwa ein Fünftel aller von der öffentlichen Rechtsberatung bzw. der Beratung durch den Anwaltsverein bearbeiteten Fälle sind solche des Verbraucherschutzes.

In Hessen sind drei Modelle erprobt worden³⁷. Bei Modell 1 haben die örtlichen Anwaltsvereine in Zusammenarbeit mit der Justizverwaltung bei den Amtsgerichten Rechtsberatungsstellen eingerichtet, die zu bestimmten Sprechzeiten mit Rechtsanwälten besetzt sind. Bei Modell 2 handelt es sich um Beratungsstellen, die mit pensionierten Richtern als Beratern besetzt sind. Bei Modell 3 können Ratsuchende bei der Rechtsantragsstelle des Amtsgerichts einen Berechtigungsschein für eine anwaltliche Beratung erhalten. Mit dem Berechtigungsschein kann der Ratsuchende einen Anwalt seiner Wahl aufsuchen, der erforderlichenfalls auch die gerichtliche Vertretung übernimmt. Allen Beratungsmodellen ist eine Vorprüfstelle vorgeschaltet. Bei der anwaltlichen Beratung ist eine kleine Gebühr vom Ratsuchenden zu zahlen. Die bisherigen Erfahrungen zeigen, daß drei Fünftel der Fälle aus dem Bereich des Verbraucherschutzes stammen. Diese Zahlen beweisen, daß offenbar ein großes Bedürfnis für die Verbraucherrechtsberatung besteht, die von den vorhandenen Institutionen nicht befriedigt wird. Allerdings sind die Zahlen, die bislang ermittelt wurden, noch viel zu gering, um Hochrechnungen zu erlauben.

Es gibt noch andere Modellversuche und Möglichkeiten der Rechtsberatung für den Verbraucher, die allerdings noch keine genauen Zahlen über ihre Tätigkeit vorgelegt haben und kaum Rückschlüsse auf Notwendigkeit und Intensität der Beratung erlauben. Dem Verbraucher sind häufig die Beratungsstellen auch gar nicht bekannt, sofern sie nicht, wie in Hamburg, eine lange Tradition haben.

- 364 (bb) Die Reformdiskussion in der Bundesrepublik Deutschland hat sich sehr bald auf die Streitfrage konzentriert, ob die unentgeltliche Rechtsberatung durch Anwälte oder durch öffentliche Beratungsstellen durchgeführt wird. Hierfür sind unterschiedliche Modelle vorgelegt worden. Der Deutsche Anwaltsverein hat ein außergerichtliches Armenrecht vorgeschlagen³⁸. Die Rechtsberatung soll danach ausschließlich durch Anwälte vorgenommen werden. Sie steht minderbemittelten Personen offen, die gegen Vorlage eines Berechtigungsscheines bei einem von ihnen gewählten Anwalt Rechtsrat erhalten. Das Honorar wird vom Staat bezahlt. Die Bedürftigkeitsprüfung erfolgt durch den Anwalt. Die Beratung findet danach in zentralen

Auskunftsstellen der Rechtsanwälte (in Großstädten) oder in der Anwaltskanzlei statt.

Andere Vorschläge gehen in die Richtung, daß die bereits bestehenden öffentlichen Beratungsstellen bundesweit erweitert werden. Diese Beratungsstellen sollen von den Gemeinden eingerichtet und getragen werden. Die Beratung kann durch ehrenamtliche Kräfte erfolgen. Dies reduziert die Kostentragung. Die öffentliche Rechtsberatung ist stärker sozialkompensatorisch³⁹. Sie will nicht Vorbereitung und Vertretung für einen Prozeß, sondern Sozialhilfe für den Ratsuchenden sein.

365 (cc) Inzwischen liegt ein CDU-Entwurf eines Gesetzes über die außergerichtliche Rechtsberatung und Vertretung für Bürger mit geringem Einkommen⁴⁰ sowie ein Regierungsentwurf eines Beratungshilfegesetzes der Bundesregierung vor⁴¹. Bemerkenswert ist, daß beide Entwürfe von einem anwaltlichen Beratungsmodell ausgehen, so daß sich hier die Standesinteressen der Anwälte gegenüber dem sozialkompensatorischen Anliegen von öffentlichen Beratungsstellen durchsetzen konnten.

Der Regierungsentwurf der Bundesregierung vom 17.8.1979 zu einem Beratungshilfegesetz versucht die bisherige Diskussion zusammenzufassen⁴². Der Entwurf definiert außergerichtliche Beratung als sozialstaatliche Aufgabe. Die Beratung ist naturgemäß nicht nur auf Angelegenheiten des Verbraucherschutzes beschränkt. Sie soll institutionell durch Zusammenarbeit zwischen staatlichen Stellen (Amtsgerichte) mit Anwälten erfolgen. Die Rechtsberatung selbst soll, sofern nicht das Amtsgericht die Sache erledigen kann, in der Regel durch Anwälte erfolgen, wobei den Stadtstaaten Hamburg, Berlin und Bremen zugesichert wird, daß ihr bisheriges System der Öffentlichen Rechtsberatung erhalten bleibt. Die Entscheidung über die Gewährung einer unentgeltlichen Rechtsberatung wird in der Regel durch staatliche Stellen, nämlich den Rechtspfleger des Amtsgerichtes getroffen. Der Ratsuchende erhält einen Berechtigungsschein, mit dem er zum Anwalt seiner Wahl geht. Er muß hierfür ein Pauschalentgelt von DM 10 zahlen, während die sonstigen Kosten nach einer Gebührentabelle dem Anwalt vom Staat erstattet werden. Die Regelgebühr für den Anwalt beträgt DM 50 und dient der Erleichterung der Abrechnung. In eiligen Fällen kann der Anwalt selbst die Berechtigung feststellen.

§ 2 des Entwurfes definiert Beratungshilfe als Beratung des Rechtsuchenden und, soweit dies für eine zweckentsprechende Hilfe notwendig ist, als Vertretung. Die Vertretung umfaßt alle Gebiete des Zivilrechtes, also auch die zivilrechtlichen Vorschriften des Verbraucherschutzes, darüber hinaus noch das Recht des unlauteren Wettbewerbes, das durch die Reformvorstellungen stärkeren verbraucherschützenden Charakter erhalten soll (123). Weiterhin wird Beratungshilfe in verwaltungsrechtlichen Sachen gewährt, die auch viele Bereiche des Verbraucherschutzes umfassen. Die Beratungshilfe steht nur denjenigen natürlichen Personen zu, denen es nach ihren wirtschaftlichen Verhältnissen nicht zugemutet werden kann, eigene Mittel für eine gebührenpflichtige Tätigkeit eines Rechtsanwaltes aufzubringen. In §3 wird dann im einzelnen die für die Beratungshilfe maßgebliche Berechnungsgrenze festgelegt (doppelter Regelsatz der Sozialhilfe und Zuschläge).

Kritik ist an dem Entwurf insoweit anzubringen, als er sich zu sehr am

anwältlichen Modell anlehnt und zu sehr die Entgeltorientierung der Rechtsberatung betont. Eine sozialkompensatorische Rechtsberatung wird nicht intendiert⁴³. Der status quo der bisherigen öffentlichen Rechtsberatungsstellen wird zwar nicht tangiert, jedoch werden damit gleichzeitig weitere Modelle öffentlicher Rechtsberatung abgeschnitten. Die unentgeltliche altruistische Rechtsberatung wird in dem Entwurf leider überhaupt nicht behandelt, sondern bleibt in den engen Schranken des Rechtsberatungsgesetzes genehmigungsbedürftig.

Der Entwurf ist am 18 Juni 1980 (BGB I 689) mit kleinen Änderungen (das Paxuschalentgelt wurde auf DM 20 angehoben) verabschiedet worden. Er tritt am 1 Januar 1981 in Kraft.

III VERBRAUCHERBESCHWERDEN

1 Allgemeines

366 Wenn ein Verbraucher Beschwerden anlässlich des Kaufes eines Produktes oder der Inanspruchnahme einer Dienstleistung hat, kann er sich natürlich an seinen Vertragspartner wenden und um Abhilfe bitten. Je mehr er hier rechtlich beraten und erfahren ist, umso größer wird der Nachdruck sein, mit dem er sein Begehren vertritt, und umso höher sind die Erfolgchancen. Ob der Unternehmer allerdings auf diese Beschwerde eingeht, sie überhaupt zur Kenntnis nimmt, dem Verbraucher entgegenkommt, ihm eine kulanztweise Regelung anbietet oder sie ablehnt, liegt ganz in seinem Ermessen. Im Konfliktfall muß dann eben, so die Logik unseres Rechtes, der Verbraucher seine Rechte gerichtlich durchsetzen. Eine Behörde kann er im allgemeinen zur Verfolgung seiner Interessen nicht einsetzen.

Dieses liberale Rechtsdurchsetzungsmodell bedeutet in der Praxis jedoch eine faktische Entrechtung des Verbrauchers⁴⁴. Das liegt an zweierlei. Der Verbraucher ist in seinen Problemen, in seiner Beschwerde isoliert und sieht sich einem im allgemeinen sach- und rechtskundigen Unternehmer gegenüber, der sich zudem noch durch seine Verbände, Kammern und sonstige Organisationen beraten und vertreten lassen kann. Die angebliche Waffengleichheit führt zur Ungleichheit und zur Asymmetrie der Rechtsverhältnisse. Auf der anderen Seite ist es eine Fiktion unseres Rechtes, daß alle Konfliktfälle vor Gericht ausgetragen und durch Gerichte rechtskräftig entschieden werden müssen. Ein ähnliches Ergebnis kann durch Schlichtungs- und Schiedsverfahren erreicht werden, wie sie im Bereich der gewerblichen Wirtschaft schon seit langem zur Streitbeilegung bestehen.

Verbraucherbeschwerden können außerhalb des gerichtlichen Verfahrens, das natürlich als letzte Notbremse erhalten bleiben muß, nur dann effektiv behandelt werden, wenn der Verbraucher aus seiner Rolle als isolierter Einzelner herausgelöst wird, wenn Repräsentanten seiner Interessen an dem Verfahren zur Streitbeilegung beteiligt sind und wenn ein schnelles, kostengünstiges und effektives Verfahren möglichst außerhalb gerichtlicher Instanzen bereitgestellt wird. Eine effektive Behandlung von Verbraucherbeschwerden verlangt also ein ausgebautes Schlichtungs- und Schiedssystem

unter paritätischer Beteiligung von Verbrauchervertretern. Die Bundesregierung schreibt in ihrem zweiten Verbraucherbericht: 'Die Bundesregierung begrüßt diese Einrichtung (Schlichtungs- und Schiedsstellen), die dem Verbraucher vielfach zur Durchsetzung seiner Ansprüche verhelfen, ohne ihn dem Kostenrisiko eines Gerichtsverfahrens auszusetzen. Sie sieht das zweckmäßigste Modell für solche Schlichtungsstellen darin, diese mit je einem Repräsentanten der Anbieter- und der Verbraucherseite und einem neutralen Vorsitzenden zu besetzen⁴⁵, Bedauerlich an dieser Feststellung ist allerdings, daß die Bundesregierung die paritätische Besetzung nur als zweckmäßig ansieht, nicht jedoch als elementares Gebot des Verbraucherschutzes.

2 Praktische Bedeutung von Schlichtungs- und Schiedsstellen

367 In der Tat bestehen in der Bundesrepublik eine Fülle von Schlichtungs- und Schiedsstellen, deren Tätigkeit allerdings bislang noch nicht systematisch erforscht ist⁴⁶. Diese Schlichtungsstellen haben Industrie- und Handelskammern für ihre Bezirke eingerichtet. Ähnliches ist erfolgt im Bereich der Handwerkskammern und Innungen, etwa im Textilreinigungs- und im Kfz-Handwerk. Schoret berichtet, daß im Februar 1976 42 Schlichtungsstellen bei 36 Industrie- und Handelskammern bestanden⁴⁷. Nach Angaben von von Falckenstein bestanden Mitte 1977 46 solcher Stellen in 40 Kammerbezirken⁴⁸. Der Deutsche Industrie- und Handelstag berichtete Mitte 1978, daß 1977 20 000 Verbraucherbeschwerden von diesen Schlichtungsstellen bearbeitet wurden⁴⁹.

Die Organisation dieser Institutionen ist unterschiedlich. Um deren Aufbau zu vereinheitlichen, wurden vom Deutschen Industrie- und Handelstag einige Modelle entwickelt, die eine Institutionalisierung der Schlichtungsstellen in verschiedener Ausprägung vorsehen. Die gewählten Formen reichen von der Abstellung eines Sachbearbeiters zur Klärung solcher Beschwerden bei jeweils einseitiger Verhandlung mit dem Gewerbetreibenden und dem Verbraucher, über ein Gespräch bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Kontrahenden, bis zu einer stärkeren Institutionalisierung, die in der Arbeit einer dreiköpfigen Schiedskommission gipfelt. In diesen Schiedskommissionen sind häufig, jedoch nicht zwingend, auch Vertreter der Verbraucherseite als Beisitzer tätig. In 70% der Fälle sollen durch diese Schlichtungsstellen gütliche Einigungen erzielt worden sein. Die Beschwerden betreffen vor allem Fragen des Qualitätsservice, der Garantien und der Haftung.

Im Dienstleistungsgewerbe sind von den zuständigen Verbänden bzw. Kammern und Innungen Schiedsstellen eingerichtet worden. Die Landesverbände des Deutschen Textilreinigungsverbandes haben gemeinsam mit den Verbraucherzentralen in den meisten Bundesländern 'Schiedsstellen für Textilreinigungsreklamationen' eingerichtet, die überwiegend mit Vertretern der Verbraucherzentralen und der Textilreiniger sowie einem vereidigten Sachverständigen besetzt sind. Sie können Reklamationen rasch und sachkundig beurteilen. Der Verbraucher kann zu seinem Recht kommen, ohne ein kostspieliges Laborgutachten einholen zu müssen. Solche Schiedsstellen bestehen etwa in Hamburg, in Berlin, in Bayern und in Hessen (letzte hatte jährlich 2500 Beschwerden zu verhandeln).

Ein weiteres System der Schiedsstellen besteht im Kfz-Handwerk⁵⁰. Es

scheint, daß die meisten regionalen Innungen solche Schiedsstellen eingerichtet haben. Die Verhandlungen finden nach vorheriger erfolgloser Klärung zwischen Reklamant und Gewerbetreibenden vor einer Fünferkommission statt. Sie besteht aus einem Vorsitzenden und Vertretern des ADAC, der DAT, der KfZ-Innung und des TÜV. Die Schiedssprüche sind für die Innungsmitglieder verbindlich. Nicht alle Werkstätten gehören jedoch der Innung an. Inwieweit die Schiedssprüche auch zu Lasten des Verbrauchers eine verbindliche Entscheidung beinhalten, ist bislang nicht geklärt. Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen des Kraftfahrzeughandwerkes gehen davon aus, daß die Schiedsstelle verbindlich über das Vorliegen bzw. die Abwesenheit von Mängeln entscheiden kann. Sie wird damit praktisch als Schiedsgutachter tätig. Eine solche Klausel beschneidet jedoch den Kunden in der Durchsetzung seiner Gewährleistungsrechte und kann überdies als überraschend unwirksam sein⁵¹. Eine Klärung hat diese Rechtsfrage bislang noch nicht bekommen.

Schließlich sei auf Reformbestrebungen im Rahmen des Rechtes des unlauteren Wettbewerbes verwiesen. Die Novelle zum UWG soll einen neuen §27a einführen, der die Einrichtung von Einigungsstellen bei den Industrie- und Handelskammern zur Beilegung von Wettbewerbsverstößen vorsieht⁵². Wird die Einigungsstelle durch einen Verbraucher oder einen Verbraucherverband angerufen, so ist sie mit einem Vorsitzenden zu besetzen, der die Befähigung zum Richteramt hat, während die Beisitzer paritätisch aus dem Kreis der Gewerbetreibenden und der Verbraucher kommen müssen. Diese Initiative beruht auf den nach Meinung der Bundesregierung positiven Erfahrungen mit den Schlichtungsstellen der Industrie- und Handelskammern⁵³. Da nach Wettbewerbsrecht zukünftig auch der einzelne Verbraucher Ersatzansprüche geltend machen können (123), ist es nach Auffassung der Bundesregierung erforderlich, auch den Verbrauchern und ihren Verbänden den Zugang zu den Einigungsstellen zu eröffnen. Damit soll zugleich den Schlichtungsstellen für ihre erfolgreiche Tätigkeit der Rücken gestärkt werden. Diese Initiative ist sicherlich ein Schritt in die richtige Richtung, wenngleich auch nur auf einem sehr partiellen Sektor des Verbraucherrechtes. Für den Hauptteil der Verbraucherbeschwerden bleibt diese Initiative ohne entscheidende Auswirkung.

Insgesamt kann festgestellt werden, daß die Handhabung von Verbraucherbeschwerden in der Bundesrepublik im Sinne neuerer Tendenzen des Verbraucherschutzes außerordentlich lückenhaft, uneinheitlich und zersplittert ist. Auf vielen Bereichen bestehen überhaupt keine institutionalisierten Schlichtungsverfahren. Eine wirklich paritätische Besetzung vorhandener Schlichtungs- und Schiedsstellen ist nur in wenigen Bereichen anzutreffen, etwa beim Textilreinigungsgewerbe. Die Tätigkeit der Schlichtungs- und Schiedsstellen ist dem Verbraucher häufig nicht bekannt und zudem örtlich und sachlich zersplittert. Entscheidungsbefugnisse haben diese Stellen nach der geltenden Rechtslage ohnehin nicht, es sei denn, sie treten als Schiedsgutachter auf, was aber für den Verbraucher zu einer Verkürzung seiner Rechtsstellung führen kann.

Insgesamt erscheint es erforderlich, den bisherigen Wildwuchs der Schlichtungs- und Schiedsstellen zu beschneiden und eine Vereinheitlichung bei paritätischer Besetzung der Schlichtungsstellen anzustreben. Es erscheint auch

erforderlich, daß von staatlicher Seite die Tätigkeit dieser Schlichtungsstellen entsprechend finanziell unterstützt wird. Nur so können sie wirklich institutionell unabhängig sein.

IV GERICHTLICHE DURCHSETZUNG VON VERBRAUCHERANSPRÜCHEN

1 Grundsätze

368 Wir haben gesehen, daß ein Verbraucher seine Ansprüche vor Gericht durchsetzen muß, wenn er auf andere Weise nicht zu seinem Recht oder doch zu einem ihn befriedigenden Kompromiß mit dem Unternehmer kommt. Der Zugang zu den hier zuständigen Zivilgerichten steht formal jedem Verbraucher offen, sofern er nur in seinen Rechten betroffen ist. Bei Vertragsverletzungen, Gewährleistungsansprüchen, Haftungsfragen, und ähnlichen Problemen kann er vor Gericht klagen. Da Verbraucherklagen im allgemeinen keinen höheren Streitwert als DM 3000-, haben, ist das Amtsgericht das von ihm anzurufende Gericht, vor dem kein Anwaltszwang herrscht.

Diese formale Rechtsschutzmöglichkeit wirkt jedoch in der Praxis, folgt man sozialwissenschaftlichen Untersuchungen über die tatsächliche Wirkungsweise des Zivilprozesses, ganz anders⁵⁴. Zunächst fällt auf, daß in Fragen des Verbraucherrechtes praktisch nie Verbraucher selbst als Kläger tätig werden, sondern zu etwa 95% der Fälle als Beklagte. Das gerichtliche Verfahren wird also offensichtlich von der Anbieterseite als Instrument benutzt, um gegen den Verbraucher ihre berechtigten oder unberechtigten Ansprüche durchzusetzen. Der Verbraucher kann sich zwar im Verfahren dann auf seine Rechte berufen und etwa einer Zahlungsklage Schlechtlieferung oder Nichterfüllung entgegenhalten. Wir hatten aber bereits gesehen, daß ihm diese Rechte häufig durch Freizeichnungsklauseln oder durch bestimmte Finanzierungsformen abgeschnitten oder eingeschränkt werden. Das Gerichtsverfahren wird praktisch als Beitreibungsinstitution vonseiten der Anbieter betrieben, die dann naturgemäß ihre überlegene ökonomische Macht und ihr besseres rechtliches 'Know-how' gegen den hier isolierten Verbraucher einsetzen können.

Die Rechtsdurchsetzung oder Rechtsverfolgung ist zudem für den Verbraucher noch durch eine Reihe von rechtlichen und faktischen Barrieren erschwert. Die eine liegt zunächst im Kostenrisiko des Verfahrens⁵⁵. Es ist Grundsatz des deutschen Prozeßrechtes, daß der Unterlegene alle Kosten des Gegners, etwa dessen Anwaltskosten neben seinen eigenen Kosten zu tragen hat. Wird in das Verfahren ein Sachverständiger eingeschaltet und der Streit in zwei Instanzen ausgetragen, so kann es durchaus passieren, daß die Kostenlast, die der Verbraucher zu tragen hat, in etwa dem verfolgten Anspruch an Höhe nicht nachsteht. Nur für den Fall, daß er ganz obsiegt, trägt er keine Kosten, dafür allerdings das Beitreibungsrisiko; wenn der verurteilte Schuldner nicht zahlt, so kann er nicht nur seinen Anspruch nicht durchsetzen, sondern bleibt zusätzlich auf seinen Kosten hängen. Selbst wenn er in der ersten Instanz, etwa vor dem Amtsgericht obsiegt, kann er auch gegen seinen Willen zur Verhandlung vor dem Berufungsgericht gezwungen werden. Unterliegt er hier, so hat er alle

Kosten, auch die des gewonnenen Rechtsstreites erster Instanz zu tragen, sofern nicht ein Ausnahmefall des §97 Abs. 2 Zivilprozeßordnung vorliegt, der aber in der Praxis nur selten angewendet wird.

Wie bereits betont, muß der Verbraucher vor dem Amtsgericht zwar nicht einen Anwalt beiziehen, wird aber anwaltlicher Hilfe gerade dann bedürfen, wenn er nicht selbst rechtskundig ist oder wenn die andere Seite durch einen Anwalt vertreten worden ist. In der Praxis wird der Anwalt von ihm im allgemeinen einen Vorschuß verlangen, wozu er nach geltendem Recht auch berechtigt ist vor Übernahme des Mandates. Die Prozeßführung geschieht also zunächst ganz auf das Risiko des Verbrauchers.

Diese Selektionswirkung der Kostentragungspflicht bedeutet in der Praxis, daß der Verbraucher nicht nur von einer eigenen Prozeßführung abgehalten wird, sondern häufig ein gegen ihn gerichtetes Verfahren erst gar nicht aufnehmen und deshalb freiwillig nachgeben wird, insbesondere bei Zweifelsfällen, die auch durch Rechtsauskunft nicht geklärt werden können. Damit sind im geltenden Zivilprozeßrecht Zugangssperren für Verbraucher, speziell für sozial schwache Schichten errichtet, die der Idee der sozialen Symmetrie krass zuwiderstehen³⁶. Man mag geneigt sein, in der Einrichtung des Armenrechtes eine gewisse Korrektur zu sehen. So hat dann auch das Bundesverfassungsgericht betont, daß das Armenrecht Ausdruck sozialstaatliche Fürsorge für den sozial schwachen Kläger oder Beklagten sei³⁷. In Wirklichkeit verstärkt und verschärft die praktische Handhabung des Armenrechtes die soziale Selektion im Zivilprozeß. Dieses Armenrecht steht nur armen Personen zur Verfügung, die nicht imstande sind, ohne Beeinträchtigung des für sie und ihre Familie notwendigen Unterhaltes die Kosten des Prozesses zu bestreiten. Der Bewilligung des Armenrechtes vorgeschaltet ist eine Prüfung der Erfolgsaussicht der Klage. Wird diese verneint, so wird das Armenrecht nicht bewilligt und damit praktisch die Rechtsverfolgung ausgeschlossen. Das Armenrecht bewirkt nur, daß die arme Partei von ihren eigenen Kosten befreit ist und daß ihr ein Anwalt zur vorläufig unentgeltlichen Wahrnehmung ihrer Rechte beigeordnet wird. Weil dieser Anwalt, der sogenannte Armenanwalt, nach niedrigeren Gebührensätzen als der normale Prozeßvertreter bezahlt wird, besteht an der Übernahme des Mandates durch erfolgreiche und erfahrene Anwälte natürlich kein Interesse. Auch kann der armen Partei gemäß §116 ein Referendar beigeordnet werden. Die Bewilligung des Armenrechtes ändert nichts an der Kostenerstattungspflicht, so daß also im Falle des Unterliegens die arme Partei theoretisch die Kosten des Gegners tragen muß (§117 Zivilprozeßordnung). Eine Reform ist ab 1.1.1981 wirksam (370).

Insgesamt gesehen ist der rechtsuchende oder rechtsschutzbedürftige Verbraucher also in einer sehr nachteiligen Situation: von einem gerichtlichen Verfahren muß man ihm bei verständiger Würdigung aufgrund der Kostensituation und des Kostenrisikos im allgemeinen abraten. Adäquate Beschwerde- und Schlichtungsstellen stehen ihm nur in Ausnahmefällen zur Verfügung. Rechtsrat kann er lediglich unter eingeschränkten Voraussetzungen erhalten. Es scheint, daß auf diesem Gebiet, und nicht in der Mangelhaftigkeit der Verbraucherschutzgesetze, die gravierendste Lücke im Verbraucherschutz in der Bundesrepublik Deutschland besteht. Die Reformbewegung hat

versucht, einige der größten Mißstände abzustellen, ohne daß bislang ein durchschlagender Erfolg zu sehen wäre.

2 Verbot von Gerichtsstandsklauseln

369 Eine faktische Erschwernis der Rechtsverfolgung durch Verbraucher konnte in Vergangenheit durch die Praxis sogenannter Gerichtsstandsklauseln festgestellt werden. Im Zivilprozeß galt, ähnlich wie im allgemeinen Vertragsrecht, der Grundsatz der Vertragsfreiheit hinsichtlich der Vereinbarung des örtlich zuständigen Gerichtes. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder in Formularverträgen pflegten Unternehmen im allgemeinen ihren Geschäftssitz als Gerichtsstand zu vereinbaren, auch wenn der Verbraucher ganz woanders seinen Wohnsitz hatte oder der Vertrag an einem anderen Ort geschlossen worden bzw. zu erfüllen war. Aufgrund der eingetretenen Mißstände und der faktischen Beschneidung der Rechtsdurchsetzung für den Verbraucher hat der Gesetzgeber mit Wirkung zum 1.4.1974 in §38 ZPO ein sogenanntes Prorogationsverbot erlassen⁵⁸. Weitergehende Vorschriften befinden sich in §§6a, 6b Abzahlungsgesetz für Abzahlungsgeschäfte und solche Verträge, die dem Abzahlungsrecht unterliegen (326). Gerichtsstandsvereinbarungen sind jetzt nicht mehr zulässig, wenn eine Vertragspartei nicht Vollkaufmann oder eine Person des öffentlichen Rechtes ist. Damit sind, gemäß unserer oben entwickelten Verbraucherschutzkonzeption alle Verbraucher gegen solche Gerichtsstandsklauseln geschützt (18). Zusätzlich werden auch Minderkaufleute in den gesetzlichen Schutzbereich mit einbezogen. Damit bleiben zugunsten des Verbrauchers die allgemeinen Vorschriften über die örtliche Zuständigkeit in Kraft, die durch Vertrag nicht geändert werden können. Wird der Verbraucher verklagt, so hat dies entweder an seinem Wohnsitz oder am Erfüllungsort des Vertrages zu geschehen (§§13, 29 Zivilprozeßordnung). Bei unerlaubten Handlungen, im Wettbewerbsrecht oder im Bereich der Produkthaftung ist das Gericht zuständig, in dessen Bezirk die Handlung begangen worden ist (§32 Zivilprozeßordnung, §24 UWG). Ist der Verbraucher Kläger, so ist zuständig im allgemeinen und zu seinen Gunsten das Gericht des vertraglichen Erfüllungsortes. Eine vertragliche Vereinbarung über den Erfüllungsort ist zulasten des Verbrauchers nicht möglich. Das Gesetz sagt aber nicht selbst, welches der Erfüllungsort ist. Dies ergibt sich vielmehr aus den einzelnen vertraglichen Leistungen⁵⁹. Kaufverträge sind im allgemeinen am Wohnsitz des Käufers zu erfüllen, sofern nicht ausnahmsweise eine Holschuld vereinbart worden ist. Bei Versandungskäufen ist also Erfüllungsort der Wohnort des Käufers. Bei Dienstleistungen ist Erfüllungsort der Ort, an dem die Dienstleistung zu erbringen ist, etwa die Kfz-Reparaturleistung dort, wo das Kraftfahrzeug zur Reparatur gegeben wird, auch wenn dies außerhalb des Wohnsitzes des Verbrauchers geschieht, bei Reiseverträgen der Sitz des Reiseveranstalters, weil dort die Reiseleistungen erfüllt werden müssen. Bei Abzahlungsgeschäften ist die Lage für den Verbraucher günstiger, da immer der Wohnsitz des Käufers den Gerichtsstand darstellt, unabhängig von dem Erfüllungsort. Bei sonstigen Verbraucherkrediten ist die Lage dagegen uneinheitlich⁶⁰. Nimmt man an, daß die Darlehensrückzahlung am Ort der Bank zu erfüllen ist, so ist Gerichtsstand für solche Klagen der Geschäftssitz der

Bank, nicht der Wohnsitz des Kreditnehmers. Geht man dagegen davon aus, daß gemäß §269 BGB im Regelfall der Wohnsitz des Schuldners, das heißt also hier des Kreditnehmers ist, und daß §270 nur etwas über die Zahlung, nicht aber über den Erfüllungsort sagt, so ist das Gericht am Wohnsitz des Schuldners zuständig. Für Versicherungsverträge enthält §36 Versicherungsvertragsgesetz eine Sondervorschrift. Leistungsort für die Prämie ist der Wohnsitz des Versicherungsnehmers, so daß er hier auf Zahlung rückständiger Prämien verklagt werden muß. Für die Erbringung der Versicherungsleistung selbst ist allerdings Erfüllungsort Sitz der Versicherungsgesellschaft.

Insgesamt gesehen hat also das Prorogationsverbot für den Verbraucher eine deutliche Besserstellung seiner Rechte gebracht, zumal die Gerichte dieses Verbot von Amts wegen im Mahn- und im Hauptverfahren durch entsprechende Verweisung beachten müssen. Gänzlich zufriedenstellend ist die Rechtslage jedoch nicht, da angesichts der Regelung über den Erfüllungsort der Verbraucher zur Rechtsverfolgung, sei es als Kläger, sei es als Beklagter, auch außerhalb seines Wohnsitzes gezwungen sein kann.

3 Sonstige Reformbestrebungen

370 Im Rahmen des Verfahrensrechts sind einige Reformbestrebungen zu verzeichnen, die jedoch nicht verbraucherspezifisch orientiert sind. Durch die sogenannte Vereinfachungsnovelle, die hier nicht im einzelnen nachzuzeichnen ist, sollte vor allem das gerichtliche Verfahren beschleunigt und die mündliche Verhandlung wieder in den Mittelpunkt gerückt werden⁶¹. Eine solche effektive Verfahrensbeschleunigung dient natürlich auch den Rechtsdurchsetzungsinteressen des Verbrauchers. Das Mahnverfahren, das bislang im wesentlichen als Schuldbeitreibungsverfahren für die Anbieter gegen den Verbraucher betrieben wurde, ist insoweit entschärft worden, als die frühere Bezeichnung des Zahlungsbefehles umgeändert wurde in Mahnbescheid, wodurch der irreführende Eindruck vermieden wird, der zur Zahlung aufgeforderte Schuldner, das heißt hier der Verbraucher, sei von Rechts wegen gehalten, diese Zahlung auch zu bewirken. Außerdem ist die Widerspruchsbelehrung jetzt deutlicher gestaltet und ein Formular zur Ausübung des Widerspruches beigelegt⁶².

Eine weitere Reform zeichnet sich im Recht des unlauteren Wettbewerbs ab (123). Danach soll Verbraucherverbänden die gerichtliche Geltendmachung von gebündelten Schadensersatzansprüchen im Wettbewerbsprozeß ermöglicht werden. Der Erlös ist — nach Abzug der Unkosten — an die Betroffenen, die ihre Ansprüche abgetreten haben, auszukehren. Der Verband bedarf nach §13c E UWG keiner besonderen Erlaubnis nach dem RBG (358), unterliegt aber einer Mißbrauchsaufsicht und darf nur in sachlicher Form auf die Möglichkeit der Abtretung hinweisen.

Von interessierten Kreisen ist diese Form der Verbandsklage zur Verbesserung der individuellen Rechtsdurchsetzung heftig kritisiert worden⁶³. Man befürchtet eine Denaturierung des Gerichtsverfahrens, einen Mißbrauch durch unseriöse Vereine und einen Anprangerungseffekt durch Werbung mit der gebündelten Geltendmachung. Diese Kritik vermag jedoch nicht zu überzeugen. Sie übersieht, daß Verbraucherschäden wegen Geringfügigkeit

oder Unkenntnis der Betroffenen häufig nicht geltend gemacht werden. Also besteht die Notwendigkeit einer kollektiven Geltendmachung. Eher ist zu befürchten, daß die Vorschläge des Entwurfes wenig praktikabel sind, etwa aufgrund der Notwendigkeit schriftlicher Abtretung, der Schwierigkeit der Schadensfeststellung und der Beweislastprobleme⁶⁴. Auch versagt die gebündelte Geltendmachung bei dem wichtigsten Schadensfall, nämlich den sogenannten Vertragsschäden (119). Hier sollte es dem Verband möglich sein, Ansprüche auf Vertragsrücktritt und Rückzahlung gebündelt geltend zu machen. Darin läge eine echte Fortentwicklung der Rechtsdurchsetzung.

Weitere Reformen betreffen die Frage der Kostentragung, die inzwischen deutliche Konturen gewonnen haben. Es besteht Einigkeit in der rechtspolitischen Diskussion, daß das bisherige Armenrecht durch einen Anspruch auf *Verfahrenshilfe* ersetzt werden soll⁶⁵. Wie dieser Anspruch im einzelnen aussieht, war ungewiß. Es wird weiterhin überlegt, ob nicht die sich insbesondere aus der Kostentragung ergebenden Zugangsbarrieren abgeschafft werden müssen. So wird etwa diskutiert, Gerichtsverfahren zum 'Null-Tarif' durchzuführen oder eine allgemeine Pflichtversicherung einzuführen⁶⁶. Beide Vorschläge werden wegen der befürchteten Kostenlawine allerdings verworfen und haben keine Chance auf Realisierung. Der Deutsche Juristentag hat sich 1976 mit den möglichen Alternativen beschäftigt und dabei nur einige wenige Änderungen des Kostenrechtes vorgeschlagen⁶⁷. Zwar seien Änderungen des Kosten- und Gebührenrechtes im Interesse einer effektiveren Rechtsverwirklichung notwendig, ein Null-Tarif und eine globale Rechtsschutzpflichtversicherung wurden aber abgelehnt. Das Armenrecht soll durch eine Verfahrenshilfe abgelöst werden. Das Kostenrecht soll etwas sozialer gestaltet werden, wobei im einzelnen die Abstimmung sehr kontrovers verlaufen ist.

Ein Entwurf der Bundesregierung von Mitte 1979 eines 'Gesetzes über Prozeßkostenhilfe'⁶⁸ stellt das bisherige Armenrecht auf eine neue Grundlage. Zum einen soll der Zugang zum Rechtsschutz erleichtert werden. Die Anspruchsberechtigung wird erweitert. Auch Mehrverdienende sollen nach Maßgabe ihres eigenen Könnens Prozeßkostenhilfe in Anspruch nehmen. Wenn sie die anfallenden Prozeßkosten nicht auf einmal aus ihrem dafür verfügbaren Einkommen und Vermögen aufbringen können, erhalten sie Prozeßkostenhilfe Zug um Zug gegen Anordnung zumutbarer Ratenzahlung ('Recht auf Raten'). Zum anderen soll aber auch das Prozeßkostenrisiko im Fall des Verlustes auf ein zumutbares Maß begrenzt werden. Unabhängig von der Höhe der gestundeten oder vorgeschossenen Gebühren ist die Ratenzahlungspflicht auf 48 Monate begrenzt. Insgesamt soll jedermann ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitwertes Rechtsschutz erhalten können, ohne sich deswegen in einer sparsamen, aber angemessenen Lebensführung wesentlich einschränken zu müssen.

Insgesamt stellt der Entwurf einen Schritt in die richtige Richtung dar, auch wenn er natürlich nur zu einem Teil Probleme des Verbraucherschutzes betrifft; ihm unterfallen alle zivilrechtlichen Streitigkeiten. Allerdings begegnet der Entwurf an zwei Stellen Bedenken: einerseits bleibt es bei der alten Regelung (368), wonach im Unterliegensfalle der Prozeßkostenhilfe-Berechtigte bei Prozeßverlust dem Gegner dessen volle Kosten erstatten muß. Das dürfte eine erhebliche Risikobelastung für den Konsumenten beinhalten, insbesondere in

rechtlichen Zweifelsfragen. Zum zweiten erhält der beigeordnete Rechtsanwalt eine geringere Gebühr als die Regelgebühr. Das wirkt sich faktisch als Diskriminierung der 'armen' Prozeßpartei aus. Die zuständigen parlamentarischen Körperschaften haben den Entwurf inzwischen gebilligt; das Gesetz wurde am 13.6.1980 (BGB I 677) verkündet und gilt ab 1.1.1981. Es bleibt allerdings bei der gerichtlichen Prüfung der Erfolgsaussichten der Klage, was zu einer faktischen Rechtsverkürzung führt.

4 Weitergehende Überlegungen zum gerichtlichen Verbraucherschutz

371 Die bisherige Reformdiskussion hat noch zu wenig die besonderen Belange des Verbraucherschutzes berücksichtigt. Hier erscheinen neue Überlegungen notwendig, wie wir sie aus den angelsächsischen und skandinavischen Ländern kennen. Da es bislang hierzu praktisch keine Diskussionen gibt, können nur Stichworte genannt werden.

- Es ist zu überlegen, ob Verbraucherklagen nicht in einem vereinfachten gerichtlichen Verfahren ohne Rechtsmittelmöglichkeit verhandelt werden⁶⁹. Eine Anwaltsbeiziehung sollte zwar nicht verboten sein, jedoch sollte ähnlich dem Arbeitsrecht eine Kostenerstattung für Anwaltskosten nicht stattfinden.
- Es wäre zu überlegen, inwieweit das amtsgerichtliche Verfahren in Verbraucherangelegenheiten nicht ähnlich wie das arbeitsgerichtliche Verfahren mit je einem Beisitzer vonseiten der Gewerbetreibenden und der Verbraucher erweitert werden könnte. Dann wäre eine institutionelle Mitbeteiligung der Verbraucherseite am Verfahren gewährleistet⁷⁰.
- Dem Verfahren sollte eine Güteverhandlung vorgeschaltet sein, um eine außergerichtliche Beilegung zu ermöglichen. Wenn bereits paritätisch besetzte Schlichtungsstellen bestehen, sollte das Gericht von sich aus den Streit dorthin verweisen können.
- Bei komplexen technischen Fragen sollte die Beiziehung eines Sachverständigen auf Kosten des Staates und nicht letztlich auf Kosten der unterliegenden Partei möglich sein.
- Es ist zu überlegen, inwieweit Verbraucherverbänden die altruistische Geltendmachung von Verbraucherklagen möglich ist⁷¹. Dies scheitert bislang an den Vorschriften des Rechtsberatungsgesetzes⁷². Wenn es im gewerblichen Bereich Ausnahmegenehmigungen für Inkassostellen gibt, ist aber aus dem Gedanken der rechtlichen Symmetrie eine ähnliche Möglichkeit für die Verfolgung von Verbraucherklagen zu erwägen. Dies betrifft insbesondere komplexere Fälle mit grundsätzlicher Bedeutung für die Weiterentwicklung des Rechtes. Die kollektive Rechtsdurchsetzung im Rahmen des Wettbewerbs- und AGB-Rechtes könnte hier sinnvoll ergänzt werden auf der Ebene der individuellen Rechtsdurchsetzung, die häufig ähnlich komplexe Materien aufweist.

ANMERKUNGEN

1. Vgl. dazu speziell für das UWG Schrickler, GRUR Int. [1973], S. 694ff, sowie die Rechtstatsachen bei v. Falckenstein, *Die Bekämpfung*

- unlauterer Geschäftspraktiken durch Verbraucherverbände* [1977], S. 50ff, 99ff, und in dem Entwurf einer UWG-Novelle, BT-Drucksache 3/2145, S. 9ff.
2. Dazu Simitis, *Verbraucherschutz — Schlagwort oder Rechtsprinzip?*, [1976], S. 301; Hummel Liljegren, 'Der Bundestag sollte einen Verbraucherbeauftragten haben', in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, B 24/78, S. 24ff; Reich/Tonner/Wegener, *Verbraucher und Recht* [1976], S. 210 (mit Skepsis); Däubler, 'Konsumentenombudsmann und Verbraucherselbsthilfe', in: Duden, *Gerechtigkeit in der Industriegesellschaft* [1972], S. 57ff.
 3. Dazu Reich, NJW [1978], S. 513ff.
 4. Dazu Schoreit, *Rechtsberatung unentgeltlich*, 2. A. [1976], S. 67ff; Reich/Tonner/Wegener, a.a.O. (Fußn. 4), S. 232ff; Altenhoff/Busch/Kampmann, *Kommentar zum Rechtsberatungs Gesetz*, 4. A. [1978], S. 7f und unten Ziff. 361. Reifner JZ [1976], 509ff.
 5. Altenhoff, a.a.O. (Anm. 4), S. 11.
 6. Altenhoff, a.a.O. (Anm. 4), S. 13.
 7. BGH NJW [1956], S. 591.
 8. Altenhoff, a.a.O. (Anm. 4), S. 15.
 9. Schoreit, ZVP [1977], S. 117.
 10. BGH NJW [1956], S. 591; Bayr OLG Anw Bl [1964], S. 143.
 11. Altenhoff, a.a.O. (Anm. 4), Fußn. 7, S. 16f.
 12. Altenhoff, a.a.O. (Anm. 4), S. 27.
 13. Altenhoff, a.a.O. (Anm. 4), S. 26.
 14. Altenhoff, a.a.O. (Anm. 4), S. 8.
 15. Vgl. Schoreit, ZVP [1977], S. 117f.
 16. Vgl. Schoreit, ZVP [1977], S. 114.
 17. Vgl. oben Ziff. 6 sowie Schoreit, ZVP [1977], S. 119.
 18. Bedenken bei Altenhoff, a.a.O. (Anm. 4), Fußn. 7, S. 155f.
 19. Bedenken bei Altenhoff, a.a.O. (Anm. 4), S. 158 unter Berufung auf das Merkmal der 'auf berufsständischer Grundlage' errichteten Vereinigung; dagegen Schoreit, ZVP [1977], S. 120.
 20. BT-Drucksache 7/4181, Ziff. III 5.9.
 21. Vgl. Schoreit, ZVP [1977], S. 120.
 22. Schoreit, ZVP [1977], S. 118.
 23. Altenhoff, a.a.O. (Anm. 4), Fußn. 7, S. 261f.
 24. Schoreit, ZVP [1977], S. 121.
 25. 2. Verbraucherbericht, BT-Drucksache 7/4181, Ziff. III 5.9.
 26. Vgl. Schneider, MDR [1976], S. 1ff; Reifner JZ [1976], S. 509.
 27. Vgl. Reich, *Markt und Recht*, [1977], S. 94ff.
 28. Reich, a.a.O. (Anm. 27), S. 110ff.
 29. Unentschieden Altenhoff, a.a.O. (Anm. 4), S. 61f.
 30. BVerfGE 7, 198; 12, 113; 25, 256.
 31. Schoreit, a.a.O. (Anm. 4), S. 88ff.
 32. BVerfG NJW [1974], S. 229ff; Eike Schmidt, JZ [1972], S. 681.
 33. Dazu Baumgärtel, *Gleicher Zugang zum Recht für alle* [1976]; Rasehorn (Hrsg.), *Rechtsberatung als Lebenshilfe* [1979]; Schoreit (Anm. 4), durchgehend; Reifner/Gorges, *Alternativen zur Rechtsberatung* [1978],

- unveröff. MS des Wissenschaftszentrums Berlin unter allgemeinen Gesichtspunkten.
34. Schoreit, a.a.O. (Anm. 24), S. 113ff.
 35. Schoreit, a.a.O. (Anm. 24), S. 131f.
 36. Reifner, 'Unentgeltliche Rechtsberatung in West-Berlin', in: *Rechtsbedürfnis und Rechtshilfe*, hrsg. von E. Blankenburg [1978], S. 43ff; Schoreit, a.a.O. (Anm. 24), S. 118ff.
 37. Dazu Löber, ZRP [1977], S. 44ff.
 38. Bei Baumgärtel, a.a.O. (Anm. 33), S. 35.
 39. Vgl. Schoreit, a.a.O. (Anm. 4), S. 107.
 40. BT-Drucksache 8/1713.
 41. BR-Drucks. 404/79; dazu Baumgärtel, ZRP [1979], S. 302ff.
 42. Eine kritische Würdigung mit einem Alternativvorschlag enthalten: Blankenburg u.a., *Beratungshilfegesetz* (Kritik am Gesetzentwurf der Bundesregierung und Alternativentwurf mit Begründung), [1980].
 43. Dazu Reifner/Gorges, a.a.O. (Anm. 33).
 44. Dazu Wassermann, *Der soziale Zivilprozeß* [1978].
 45. BT-Drucksache 7/4181, Ziff. II 3.10.
 46. Dazu allg. v. Hippel, *Verbraucherschutz* 2 Aufl. [1979], S. 130ff; ders. *RabelsZ* [1976], S. 531f; Skepsis bei Simitis, *Verbraucherschutz* [1975], S. 167f.
 47. Schoreit, ZVP [1977], S. 413f.
 48. v. Falckenstein, *Die Bekämpfung unlauterer Geschäftspraktiken durch Verbraucherverbände* [1977], S. 169ff.
 49. FAZ v. 19.9.1978.
 50. v. Falckenstein a.a.O. (Anm. 48), S. 175, vgl. auch den Bericht von Nöthe/Nordwig, 'Die Arbeit der Schiedsstellen des Kfz- Handels und Gewerbes', Mitt. der VBZ/NRW 5 – 6 [1978], S. 10ff.
 51. Ulmer/Brandner/Hensen, *Komm. z. AGBG*, 3. A. [1978], Anh. §§9 – 11, Rz 615; Schoreit, ZVP [1977], S. 114.
 52. BT-Drucksache 8/2145, S. 30.
 53. a.a.O. (Anm. 52).
 54. Wassermann u.a., *Menschen vor Gericht* [1979].
 55. Grunsky, Gutachten A zum 51. DJT [1976], S. A 7ff; Baumgärtel, a.a.O. (Anm. 33), S. 121ff.
 56. Rasehorn, *Recht und Klassen* [1974]; Wassermann, *Der soziale Zivilprozeß* [1978]. Bender/Schumacher, *Erfolgsbarrieren vor Gericht* [1980].
 57. BVerfG NJW [1974], S. 229; NJW [1979], S. 2608 (2609).
 58. Dazu Löwe, NJW [1974], S. 473.
 59. Dazu im einzelnen die Kommentarliteratur.
 60. Dazu v. Marschall, *Gutachten zur Reform des finanzierten Abzahlungskaufes* [1978], S. 209ff — zugleich mit rechtspolitischer Würdigung.
 61. Dazu Hartmann, NJW [1978], S. 1457. Vgl auch die rechtssoziologische Kritik von Blankenburg JZ [1979], S. 216ff.
 62. Dazu Franzski, NJW [1979], S. 9 (14). Büchel, NJW [1979], S. 945. vgl. auch die rechtssoziologische Kritik von Blankenburg JZ [1979] S. 216ff.
 63. Michaeli, GRUR [1979], S. 8ff.

64. Reich, ZRP [1978], S. 100ff; Stein, ZVP [1979], S. 29ff.
65. Trocker (Anm. 55), S. B 67ff.
66. Vgl. Gutachten Grunsky, 51. DJT [1976], S. A 22ff, 51ff.
67. NJW [1976], S. 2004.
68. BT-Drucksache 8/3068; dazu Kollhosser, ZRP [1979], S. 297ff.
69. v. Hippel, a.a.O. (Anm. 46), S. 105ff.
70. Vgl. Reich/Tonner/Wegener (Anm. 7), S. 255.
71. Vgl. im UWG die Reformbestrebungen, Ziff. 119ff, 370, die aber für die Mehrzahl der Fälle nicht greifen.
72. Stürner, JZ [1978], S. 699.

Sachverzeichnis

Zahlen verweisen auf Randziffern.

- Abzahlungsgeschäfte**, 17, 27, 82, 90, 103, 112, 116, 226, 259, 261, 261a, 298, 321, 329, 330, 332, 334 – 336, 338, 342, 344, 348, 351, 353, 356, 357, 363, 369
- Allgemeine Geschäftsbedingungen** (s. auch Konditionenempfehlungen, Musterbedingungen, staatliche Kontrolle, unlautere Vertragsklauseln)
- Abgrenzung zu Individualvereinbarungen**, 1, 60, 219, 269, 270, 271, 318, 337
- Aufstellen von AGB**, 1, 234, 270, 299 – 301
- Aushandeln von AGB**, 309
- Einbeziehung in Verträge**, 18, 201, 219, 234, 272, 312, 357
- Empfehlen von AGB**, 301 – 303
- Geltung für Verbraucher/Kaufleute**, 17, 18, 32, 206, 238, 264, 270, 273, 314, 317,
- Arzneimittel**, 10, 15, 18, 20, 21, 29, 55, 58, 66, 78, 79, 86, 96, 98, 100, 101, 103, 110, 124, 126 – 128, 131 – 133, 135 – 137, 147 – 158, 164, 175, 179 – 186, 188, 189, 190
- Entschädigungsfonds**, 180, 189, 191
- Gefährdungshaftung**, 147, 179, 180 – 182
- Informationspflichten**, 58, 66, 78, 98, 100
- Registrierungsverfahren**, 147, 149, 152, 156
- Wirksamkeitsnachweis**, 20, 152, 195
- Zulassungsverfahren**, 128, 131, 147 – 153, 157, 163, 195
- Zulassung zum Vertrieb**, 110, 154, 157
- Zulassung zur Herstellung**, 131, 150 – 152, 157, 180
- Arzneimittelbuch**, 131, 133, 155
- Autokauf**, 8, 18, 26, 28, 32, 36, 72, 74, 109, 208, 209, 211, 216 – 218, 221, 226, 237, 242, 268, 276, 309, 321, 328, 369
- Autoreparaturen**, 8, 196, 227, 276, 309, 367
- Bankenaufsicht** (s. staatliche Kontrolle)
- Barzahlungsnachlaß**, 109
- Bausparkassen**, 283, 284, 292, 305
- Beweislast**, 28, 29, 35, 68, 85, 90, 93 – 95, 105, 115, 116, 180, 201, 209, 213, 215, 324, 353
- Anscheinsbeweis**, 168
- Beweis der Arglist**, 204, 217, 226
- Beweis der Einbeziehung von AGB**, 270, 271
- Beweis der Kausalität** 68, 166, 168, 170, 174, 179, 180
- Beweis des Schadens**, 68, 170, 174
- Beweis des Verschuldens**, 166, 167
- Beweislastklauseln**, 268, 275
- Beweislastumkehr**, 93, 95, 166 – 168, 172, 179, 360
- Boykottaufforderung**, 70, 74
- Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen**, 35, 188, 231, 282 – 289, 291, 302, 305, 307, 345, 353, 354
- Bundesaufsichtsamt für das Versicherungswesen**, 36, 188, 277 – 281, 283, 285, 291, 292, 302, 305 – 308
- Bundesgesundheitsamt**, 58, 128, 137 – 139, 152, 156, 163, 164, 188,
- Bundeskartellamt**, 26, 28 – 30, 35, 44, 46, 76, 124, 126, 127, 130, 195, 216, 227, 231, 275, 276, 305, 309, 337
- Bundesverfassungsgericht**, 31, 43, 70, 78
- Deutsche Bundesbank**, 23, 35, 133, 161, 347, 348,

Deutsches Institut für Normung (DIN), 75, 133, 161, 240

Deutscher Werberat, 126

Energieversorgung, 31, 33, 39, 224, 270

Fehlerbegriff, 166, 167, 170, 173, 180, 182, 201, 208, 213, 216,

Fernunterricht, 6, 8, 10, 17, 61, 100, 103, 113, 116, 131, 194, 197–200, 258–261a, 267, 268, 290–292, 298, 335

Fertigpackungen, 42, 64–68

finanzierte Abzahlungsgeschäfte, 321, 328, 329, 333, 335, 351,

finanzierte Dienstleistungen, 321, 322, 324, 335

Freizeichnungsklauseln (s. unlaute
Vertragsklauseln)

Garantien

Garantiefristen, 214, 237

Haltbarkeitsgarantien, 237

Herstellergarantien, 194, 237

Verkäufergarantien, 218, 237

Garantieverträge, 237

Gebrauchsanweisungen, 45, 142, 182

Gebrauchtwaren, 204, 208, 216–218, 220, 221, 226, 242, 262, 276

geplanter Verschleiß, 195

Gerichtsstandsklauseln (s. unlaute
Vertragsklauseln)

Gewerbeaufsicht, 21, 112, 124, 128, 131, 132, 137–139, 162–164, 188, 353

Gewerkschaften, 7, 28, 81, 294, 357, 359

Gewinnabschöpfung, 29, 30, 123

Gütekennzeichnung, 10, 54, 75, 76, 197, 240

Haftung (s. auch Information)

Gefährdungshaftung, 147, 166, 170, 173, 179–183, 186, 189, 190, 193

Haftung des Imorteurs, 178–180

Haftung für Arglist, 202, 204, 217, 319

Haftung für Fahrlässigkeit, 71, 125, 210, 217, 254

Haftung für Fremdverschulden, 254, 256

Haftung für Mitverschulden, 172

Haftung für vertragliche Nebenpflichten, 128, 173, 187, 210, 214

Haftung für vorvertragliche Pflichten, 210, 214, 217, 220

Haftung für Werbung, 14, 21, 22, 74, 81, 119, 120, 125, 218, 239, 240, 242, 245, 246

Haftung für zugesicherte Eigenschaften, 201, 204, 205, 218–220, 237, 240, 242–244, 246, 254, 319

Mängelhaftung des Herstellers, 134, 166, 167, 170, 237, 351

quasi-vertragliche Haftung des Herstellers, 166, 179

Staatshaftung, 188, 193, 291

Verschuldenshaftung, 125, 166–168, 170, 171, 173, 180–187, 193, 202, 205, 210, 225, 229, 231, 254, 331

Haftungsausschluß (s. auch unlaute
Vertragsklauseln), 172, 173, 176, 181, 201, 202, 204, 205, 208–210, 216, 217, 220, 223, 225, 234, 240, 254,

Haftungsbegrenzung, 173, 176, 177, 183, 193, 204, 210–212, 218, 225, 229, 231, 254, 260, 275, 311, 313

Handelsmarken, 78

Haushaltsgeräte, 75, 209

Haustürgeschäfte, 78, 82, 103, 105, 115–116, 119, 121, 226, 324, 354, 356a, 357

Hypothekenbanken, 288, 305, 333

Information

freiwillige Informationssysteme, 43, 75

Gegendarstellungsrecht, 71, 73, 122

Haftung, 43, 70–74, 335, 357

Kaufempfehlungen, 70, 73

Kritik (s. Öffentliche Kritik)

Widerufs-, Richtigstellungsanspruch, 71–74

Informationspflichten (s. auch Kennzeichnungspflichten, Preisauszeichnung), 43, 60–63, 78, 84, 98, 100, 116, 182, 198, 217, 261, 324, 330, 331, 344, 348, 351

über den bestimmungsgemäßen Gebrauch, 142, 182

über Produktgefahren, 142, 166, 167, 182

über vertragliche Rechte, 82, 90

Informationswert, 43, 78

Kapitalanlagegesellschaften, 289, 305

Kartellverbot, 26, 30, 34, 35, 38, 76

kartellrechtliche Freistellung, 21, 33–35, 37–39, 44, 76, 126, 130, 345

Kataloge, 41, 42, 56, 247, 254

- Kaufempfehlungen**, (s. Information)
- Kennzeichnung**, 1, 6, 14, 19, 20, 42 – 58, 69, 81, 83, 84, 97, 98, 100, 127
 der Haltbarkeit, 45 – 49
 der Herstellung (Ort/Zeit), 45 – 51, 53, 58,
 der Menge, 42 – 44, 46, 47, 64 – 67
 der Zusammensetzung, 44, 45, 47 – 58
 des Herstellers, 45, 46
 des Verwendungszweckes, 45
 freiwillige Kennzeichnungsvereinbarungen, 21, 44, 55 – 69, 75 – 77, 126
- Konditionenempfehlungen**, 22, 216, 227, 238, 247, 250, 253, 275, 276, 298, 301, 302, 309, 337, 351
- Konditionenkartelle**, 275, 276, 292, 309
- Konsumentenkredit**, 10, 30, 116, 282 – 289, 291, 292, 308, 321 – 356c
 Einwendungsdurchgriff, 331 – 335, 340, 351, 356a
- Kreditkosten**, 35, 39, 323, 336, 342, 344 – 348
- Kreditvermittlung**, 4, 112, 321, 324, 328, 329, 333, 342 – 344, 346, 348, 353, 354
- Kreditwucher**, 4, 24, 115, 345, 346, 348, 356a
- Personalkredit**, 321, 324, 328 – 330, 336 – 338, 344, 369
- Rückzahlung**, 323, 330, 338, 343
- Scheckkarten**, 321, 340, 341
- Sicherungen**, 329, 350, 351
- Überziehungskredit**, 321, 339, 340
- Zinsen**, 35, 39, 116, 323, 330, 336 – 338, 342 – 345
- Zinsangabe**, 41, 116, 323
- Koppelungsangebote**, 106, 109
- Kosmetika**, 10, 42, 45, 47, 55, 57, 58, 64, 65, 68, 86, 92, 97, 135, 140, 141 – 144, 175, 201
- Leasing**, 207, 222, 223, 268, 322, 334, 353
- Lebensmittel**, 10, 15, 16, 18, 20 – 22, 42 – 55, 58, 64, 65, 67, 68, 75, 78, 79, 83, 86, 92, 97, 100, 102, 109, 124, 126 – 128, 131 – 133, 135, 136, 157, 163, 188, 201
- Lebensmittelbuch**, 131, 133, 138
- Leistungsvorbehalte** (s. unlatere Vertragsklauseln)
- Markenartikel**, 27, 28, 56, 72, 78, 83, 103, 123
- Mietkauf**, 207, 222, 223, 224, 268, 322, 334, 353
- Mißbrauchsaufsicht des BKA**, 13, 28 – 30, 33, 35, 39, 275, 345
- Mittelschichtenorientierung der Verbraucherpolitik**, 4, 6, 11
- Mittelstandsschutz**, 18, 104, 105, 107, 110, 270
- Mogelpackungen**, 64, 68, 127
- Musterbedingungen**, 247, 281, 302, 316
- Normung**, 1, 6, 10, 11, 68, 75, 128 – 130, 133, 161 – 163, 171, 196, 240
- Normenprüfstellen**, 59, 161, 164
- Normungsinstitute** (s. auch Deutsches Institut für Normung), 75, 133, 161, 240
- Normungssysteme**, 75, 128, 161, 164, 171
- Schaffung von Normen**, 133, 161, 164
- Verbraucherbeteiligung**, 1, 6, 10, 22, 75, 76, 161, 164
- öffentliche Kritik**, 43, 70, 71, 74, 90, 102, 122
- Popularklage**, 134
- Preisabsprachen**, 25, 26, 29, 30
- Preisangabe**, 17, 40 – 42, 64, 69, 85
- Preisausschreiben**, 78, 105, 110
- Preisbindungen**, 13, 24, 27, 28
- Preisempfehlungen**, 10, 13, 28, 30, 85
- Preiserhöhungen**, 24, 26, 29, 31, 32, 33, 41
- Preisgenehmigung**, 33, 34, 36 – 39
- Preiskartelle**, 25, 26
- Preiskontrolle**, 24, 25, 29, 30 – 33, 39
- Preismißbrauch**, 28 – 30, 35, 39
- Preisvergleiche**, 40 – 43, 64, 69, 70, 72, 73, 75, 77,
- Preiswerbung**, 27, 41, 42, 85, 88, 91, 93, 109
- Preiswettbewerb**, 13, 25 – 29, 35, 36, 39, 41, 106, 107
- Produktbeobachtungspflicht**, 134, 166, 167, 175, 179
- Produktgefahren**, 44, 75, 128
- Produktzusammensetzung**, 13, 44, 45, 49, 51, 55 – 57
- Prospekte**, 43, 44, 60 – 63, 78
- Prospektpflicht**, 43, 44, 60, 61, 62, 63
- Prozeßkosten**, 118, 123, 368, 370, 371
- Prüfzeichen**, 59, 75

Qualitätskennzeichen, 69, 75
Qualitätsklassen, 54, 75
Qualitätsstandards, 194
Qualitätswerbung, 86 – 88, 97 – 99
Quotenvereinbarungen, 26

Rabatte, 26, 27, 31, 41, 78, 85, 103, 107, 109
Ratenkäufe, 112, 322, 323
Rechtsberatung, 6, 343, 356 – 368
Rechtsdurchsetzung, 6, 8, 9, 11, 15 – 17, 20 – 22, 30, 62, 103, 111, 112, 114, 116, 119, 120, 220, 247 – 257a, 268, 276, 309, 335, 354
Reisegewerbe, 6, 17, 62, 103, 111, 112, 114, 116, 220, 247 – 250, 257a, 267, 268, 276, 309, 335, 354, 350
Reklamationen, 6, 8, 366, 367
Reparaturverträge, 8, 196, 227, 276, 309, 335, 367, 369
Rückrufpflicht, 20, 134, 157, 162, 166, 167

Schadenersatz, 30, 68, 71, 115, 118 – 120, 123, 134, 171, 173, 183, 188, 334, 337, 343,
für Differenzschäden, 119, 122
für Mangelfogeschäden, 173, 204, 205, 218
für nutzlos aufgewandte Urlaubszeit, 254
für Personenschäden, 173, 177, 181, 225
für Sachschäden, 119, 173, 225
für Vertragsschäden, 119, 122, 370
kollektive Geltendmachung durch Verbraucherverbände, 370
Schmerzensgeld, 173, 183, 193
Schäden, 119, 120, 173, 177, 225, 254
Schiedsverfahren, 6, 8, 359, 366 – 368, 371
Selbstkontrolleinrichtungen der Wirtschaft (*s. auch* Werbung), 1, 11, 21, 78, 97, 100, 102, 102b, 124 – 126, 128 – 130, 133, 161, 163, 295, 357
Sicherheitsstandards, 21, 130
Sicherheitskennzeichen, 59, 75, 76, 164
Sonderangebote, 85, 103, 238
Sonderveranstaltungen (*s. auch* Verkaufsveranstaltungen), 4, 85, 103, 238
soziale Randgruppen, 4, 11, 18, 24, 43, 105, 321, 346, 348, 356a, 357, 362, 363, 368
sozialkompensatorischer Verbraucherschutz, 24
Sparkassen, 35, 124, 321, 336, 338, 345

staatliche Kontrolle, 15, 18, 20, 26 – 31, 35, 36, 39, 78, 93, 118, 127, 194, 195, 337, 353, 357
Aufsicht über Banken AGB, 31, 35, 39, 124, 231, 282, 286, 292, 307, 308, 321, 328, 329 ff
Aufsicht über Fernunterrichtsunternehmen, 131, 290
Aufsicht über Versicherungen AVB, 277 – 281, 292, 307, 308
Betriebskontrolle, 131, 137, 150, 151, 157, 175, 195,
Einfuhrkontrolle, 139, 163
Herstellerqualifikation, 131, 139, 150
Produktionsablauf, 131, 132, 137, 148, 192
Produktzusammensetzung, 131, 137, 139, 142, 143, 148, 149
Zulassung von AGB, 270, 277 – 281, 286, 288, 306 – 308, 311
Zulassung von Produkten, 131, 142, 161, 164
Zulassung zum Geschäftsbetrieb, 196 – 200, 258, 260, 278, 284, 290, 306, 353
Zulassung zum Vertrieb, 131, 139, 142
staatliche Sanktionen
Beschlagnahme von Waren, 132, 157
Bußgelder, 68, 140, 143, 146, 148, 158, 162, 163, 308
Einfuhrverbot, 163
Herstellungsverbot, 136, 137, 142, 145, 150, 162
Strafsanktionen, 124, 125, 140, 143, 146, 155, 158, 162, 163, 308
Vertriebsverbot, 20, 41, 83, 132, 139, 142, 145, 162, 164
Stiftung Warentest, 6, 72, 75, 76, 162, 194, 318
Submissionsabsprachen, 26

Tabakwaren, 10, 15, 44, 45, 55, 75 – 77, 97, 100, 102, 102a, 110, 124, 126, 135
technische Arbeitsmittel, 59, 128, 159 – 164, 188, 194, 201, 237
Test-Zeitschrift, 4, 6, 72
Textilien, 55, 65, 227

unbestelltes Zusenden von Waren, 105
Untätigkeitsklage gegen Behörden, 134, 188
Unterlassungsanspruch

- Werbung, 80, 83, 134, 280, 298, 299, 303, 305
- Wettbewerbshandlungen, 104, 119
- Unterlassungs- and Widerrufsanspruch betr. AGB, 299, 301 – 303
- Verbandsklage**, 8, 20, 30, 123, 370, 371
- §13 AGBG, 6, 9, 16, 21, 30, 264, 274, 393 – 305, 307, 308, 317, 357
- §13 UWG, 6, 16, 31, 30, 79, 107, 118, 123, 294 – 304, 312, 357
- Verbraucherbegriff, 2 – 5, 17, 18, 21, 33, 41, 94, 109, 116, 273
- Verbraucherbeiräte, 10, 28, 93, 109, 361
- Verbraucherberatung, 6, 7, 10
- Verbraucherberichte der Bundesregierung, 10, 69, 75, 360, 366
- Verbrauchererziehung, 6, 8, 10
- Verbraucherforschung, 3, 4, 6, 43
- Verbrauchergegenmacht, 11, 12, 133
- Verbrauchercredit (s. Konsumentencredit)
- Verbraucherrecht als eigenständiges Rechtsgebiet, 1, 2, 4, 12, 19, 22
- Verbraucherrepräsentation, 1, 6 – 12, 15, 16, 21, 30, 126, 133, 138, 161, 292, 259, 366, 367, 371
- AGB-Kontrolle, 1, 11, 309, 359
- Normung, 1, 6, 10, 11, 75, 76, 161, 164
- Preiskontrolle, 30
- Werbekontrolle, 126
- Wettbewerbskontrolle, 126
- Verbraucherverbände, 1, 6, 8, 20, 21, 28, 30, 43, 70 – 74, 76, 81, 90, 92, 93, 101, 118, 119, 120, 122, 127, 128, 134, 293, 305, 317, 357, 359 – 361, 366
- vergleichende Warentests, 4, 6, 8, 43, 72, 73, 75, 76, 194
- Verjährung vertraglicher Ansprüche, 166, 201, 210, 214, 228, 237
- Verjährung deliktischer Ansprüche, 166, 175, 183
- Verkaufsveranstaltungen, 4, 78, 82, 103, 105, 106, 111
- Verkehrssicherungspflicht, 128, 166 – 168, 172, 179, 186, 187, 193
- Vermittler (s. auch Konsumentencredit, unlautere Vertragsklauseln), 36, 41, 112, 220, 233, 248, 335
- Verpackungen, 41, 42, 64, 78, 97
- Versandhandel, 41, 56, 324
- Versicherungen, 3, 6, 24, 31, 36, 63, 82, 91, 124, 126, 232, 277 – 280, 368, 369
- vertragliche Rechte
- Anfechtung, 103, 115, 119, 121, 217, 331, 335, 342
- Aufrechnung, 268
- Kündigung, 61, 223, 256, 261, 268, 338, 347, 348
- Leistungsverweigerung, 212, 268
- Minderung, 201, 204, 205, 208, 209, 211, 238, 252, 254, 331
- Nachbesserung, 202, 204, 205, 208, 209 – 212, 216, 228, 235, 238, 254, 268, 331
- Nachlieferung, 201, 202, 268
- Rücktritt, 68, 115, 121, 132, 125, 205, 209, 251, 255, 256, 268, 325, 330, 331, 338
- Schadenersatz, 68, 119 – 125, 201, 202, 204, 205, 210, 252, 268
- Umtausch, 238
- Wandelung, 201, 204, 205, 208, 209, 238, 254, 331
- Widerruf, 61, 82, 90, 102, 103, 115, 116, 121, 122, 260, 261, 298, 301, 303, 305, 324 – 326, 330, 335, 337, 342, 354, 365a, 357
- Zurückbehaltung, 268
- Vertragsklauseln, unlautere, 4, 10, 20, 23, 32
- Dritthaftungsklauseln, 224, 237, 257a
- Freizeichnungsklauseln, 116, 194, 201 – 210, 215 – 221, 223 – 232, 234, 237, 254, 262, 263, 266, 271, 311, 313, 368
- Fremdleistungsklauseln, 248
- Fristverkürzungsklauseln, 213, 214, 252, 253, 257, 275
- Gerichtsstandsklauseln, 17, 257, 326, 369
- Leistungsänderungsvorbehalte, 215, 250, 267
- Preisänderungsvorbehalte, 41, 251, 268
- Preisgleitklauseln, 23, 41, 268
- Schadenspauschalierung, 226, 255, 257a, 260, 267, 268, 337, 342
- Schriftformklauseln, 216, 219, 252, 268
- Vermittlerklauseln, 220, 248
- Vertragsstrafen, 116, 226, 260, 268, 344
- Vertreterbesuche, 103, 105, 113 – 115
- Vertriebsgemeinschaften, 26
- vorläufiger Rechtsschutz, 119, 303, 304
- Warenzeichen**, 76, 81, 178, 179, 240
- Warnpflicht der Hersteller, 166, 171, 182

- Warnhinweise, 15, 45, 48, 55, 57, 58, 75, 100, 142
- Wartungsservice, 5
- Wartungsverträge, 227, 230
- Werbung, 3, 5, 10, 43, 61, 62, 64, 78, 103 – 127
- Alleinstellungswerbung, 83, 86, 88, 93
- Arzneimittelwerbung, 78, 98, 100, 101, 110, 124
- Berichtigungswerbung, 119, 122, 123
- gesundheitsbezogene Werbung, 83, 84, 86, 92, 93, 97, 98, 100, 101, 102a
- Gutachterwerbung, 83, 84, 88, 89, 93, 97
- irreführende Werbung, 20, 41, 60, 68, 76, 78, 80–89, 92–101, 105, 109, 118, 119, 121, 127, 154
- Medienwerbung, 78, 81, 82, 90, 100, 102, 106, 124, 126
- Schleichwerbung, 74, 90, 102
- sittenwidrige Werbung, 68, 90–93, 101, 108, 118, 121, 127,
- Suggestivwerbung, 64, 78, 81, 90, 92, 95, 97, 99, 101, 102a, 105
- täuschende Werbung, 60, 78, 80, 97, 98, 124
- vergleichende Werbung, 76, 88, 91, 95
- Werbebeschränkungen, 17, 77, 78, 97, 100, 102, 102a, 102b, 124
- Werbekontrolle, 5, 11, 20, 21, 22, 78, 93, 100, 124, 126
- Werbeselbstkontrolle, 1, 11, 21, 97, 100, 102b, 124 – 126, 357
- Werbeverbote, 78, 92, 101, 102, 102a, 102b, 360, 361
- Wettbewerb, 14, 21, 28, 29, 70, 73, 74, 80, 81, 103, 105 – 127
- abgestimmte Verhaltensweisen, 26, 30, 35
- irreführender Wettbewerb, 13, 19, 41, 76, 324, 342
- Preiswettbewerb, 85, 88, 90, 93, 119
- sittenwidriger Wettbewerb, 41, 104 – 115, 127
- unlauterer Wettbewerb, 10, 13, 20, 22, 109, 118, 119, 324
- Wettbewerbsbeschränkungen, 13, 20, 39, 76, 105, 106, 109, 126, 345
- Wettbewerbsförderung, 10, 25, 39, 107, 131
- Wettbewerbskontrolle, 20, 21
- Wucher (s. *auch* Kreditwucher), 4, 20, 24, 115
- Zinsen** (s. Konsumentenkredit)
- Zinsempfehlungen, 35, 39, 345
- Zinskartelle, 345
- Zugaben, 78, 103, 107 – 110

Gesetzesverzeichnis

Zahlen verweisen auf Randziffern.

- Abzahlungsgesetz, 17, 103, 112, 116, 226, 298, 322–330, 334, 335, 338, 344, 348, 356a, 369
- Arzneimittelgesetz, 58, 66, 98, 100, 110, 124, 128, 131, 134, 137, 147–158, 163, 164, 180–183, 185, 186, 190, 191, 193
- Auslands-Investmentgesetz, 126
- Außenwirtschaftsgesetz, 163
- Bausparkassengesetz, 283–286, 288, 307, 308
- Beratungshilfegesetz, 365
- Brotgesetz, 55
- Bundesdatenschutzgesetz, 355
- Bundesfernstraßengesetz, 102b
- Bundessozialhilfegesetz, 189
- Bürgerliches Gesetzbuch, 24, 68, 71–74, 103, 115, 122, 132, 134, 165, 173, 175, 177, 179, 180, 183, 185, 187, 188, 194, 201–205, 208, 210, 212, 213, 216–219, 233, 236, 237, 240, 243, 245–248, 252–256, 259, 261, 268, 280, 286, 291, 298, 300, 307, 312, 317, 319, 329, 331, 333, 335, 336, 338, 342, 344, 346, 347, 350, 351, 354, 355, 356, 356a, 369
- Butterverordnung, 47
- Diätverordnung, 53
- Eichgesetz, 40, 42, 64, 65, 67, 68, 85, 127
- Energiegesetz, 33
- Fertigpackungsverordnung, 42, 64, 65, 67
- Fleischverordnung, 49
- Fruchtsaftverordnung, 51
- Geflügelhygienegesetz, 47
- Gerätesicherheitsgesetz, 59, 128, 159–164, 171, 180, 196,
- Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 6, 16, 21, 22, 30, 41, 68, 70, 79–87, 89, 90, 92–94, 97, 101, 103–105, 107, 108, 114, 115, 118, 119, 122, 123, 125–127, 239, 288, 293–295, 303–305, 317, 324, 367, 369
- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, 25–30, 33–35, 37, 39, 72, 91, 126, 227, 251, 268, 275, 276, 292, 345
- Gesetz über das Kreditwesen, 124, 188, 282, 307, 308, 345, 353
- Gesetz über die Werbung mit Heilmitteln, 98, 100, 101, 110
- Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften, 289
- Gesetz über Reiseveranstaltungsverträge, 62, 103, 194, 247, 248, 262
- Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht, 61, 100, 103, 113, 116, 194, 197–199, 258–262a, 267, 298, 335
- Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität, 24, 346
- Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 6, 9, 16–18, 20–2, 30, 32, 118, 173, 194, 203, 206, 208–216, 218, 219, 223–226, 228–234, 236–238, 250, 251, 254, 255–260, 261a–274, 286, 292–299, 301, 305, 308, 309, 311–319, 335, 337, 338, 355, 356
- Gesetz zur Sicherung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft, 23
- Gewerbeordnung, 112, 113, 131, 353
- Grundgesetz, 7, 11, 31, 43, 70, 72, 78, 81, 122, 138, 291, 358, 361
- Hackfleischverordnung, 201, 273, 288

Hypothekendarstellungsgesetz, 228, 308
Kakaoverordnung, 50
Käseverordnung, 47
Konsummilchverordnung, 47
Kraftverkehrsordnung, 234
Lebensmittel- und Bedarfsgegenstände-
gesetz, 17, 45, 97, 100, 102, 102a, 110,
128, 131, 134 – 146, 157, 158, 163, 164
Lebensmittelkennzeichnungsverordnung,
46, 49, 55, 64, 65
Lohnfortzahlungsgesetz, 192
Margarinegesetz, 48
Milchgesetz, 47
Nährwertkennzeichnungsverordnung, 52,
97
Personenbeförderungsgesetz, 34, 234
Pflichtschutzversicherungsgesetz, 36
Preisangabenverordnung, 40 – 42, 85, 268,
348
Preisgesetz, 31
Preisstopverordnung, 33
Rabattgesetz, 26, 103, 107, 109
Rechtsberatungsgesetz, 356 – 361, 363 –
365, 370
Strafgesetzbuch, 24, 103, 139, 346
Straßenverkehrsordnung, 102b
Textikennzeichnungsgesetz, 56
Verordnung über kosmetische Mittel, 57
Versicherungsaufsichtsgesetz, 36, 124,
278 – 281, 283, 285, 288, 292, 307, 308
Versicherungsvertragsgesetz, 63, 369
Verwaltungsgerichtsordnung, 134
Verwaltungsverfahrensgesetz, 308
Währungsgesetz, 23
Warenzeichengesetz, 81
Wechselgesetz, 332
Wirtschaftsstrafgesetzbuch, 24
Zivilprozeßordnung, 17, 253, 257,
303 – 305, 308, 317, 350, 351, 361,
368, 369