

# Klaus Tonner

## Verbraucherrecht und Selbstregulierungskonzepte<sup>2\*</sup>

107

### 1. Einleitung

»Nach Marktversagen Politikversagen«: In diese Formel wird die Beobachtung eingekleidet, daß eine staatsinterventionistische Wirtschaftspolitik, die auf die Fehlleistungen reiner Marktregulierung des Wirtschaftssystems reagiert, ihrerseits in eine Krise geraten ist. Die aktuelle Nichtdurchsetzbarkeit interventionistischer Konzepte gibt Gelegenheit zum Nachdenken, was mit diesen Konzepten eigentlich erreicht wurde, ob sie ein ungeeignetes Mittel gesellschaftlicher Steuerung sind oder nur wegen der tagespolitischen Kräfteverhältnisse (vorübergehend) nicht realisiert werden können. Hier soll dieser weitgespannten Fragestellung auf einem kleinen Teilgebiet nachgegangen werden, dem des Verbraucherrechts, und eine kurze Bestandsaufnahme der Entwicklung des Verbraucherrechts konfrontiert werden mit theoretischen Überlegungen, die aus dem Scheitern staatsinterventionistischer Konzepte weitgehende Schlußfolgerungen ziehen: In der von ihnen als »postmodern« bezeichneten Gesellschaft sei auf »Selbstreferenz« der Teilsysteme zu beharren, gleichzeitig könne aber auf gesamtgesellschaftliche Steuerung, die sich auf »Kontextvorgabe« zurückziehen habe, nicht verzichtet werden, so daß man eine »strukturelle Koppelung« erreichen muß. »Reflexives Recht« ist gefordert. Es ist vor allem Gunter Teubner, der diese Gedanken zur – inzwischen angelaufenen – Diskussion gestellt hat<sup>1</sup>. Daneben spielt die von Wiethölter ins Gespräch gebrachte Kategorie des prozeduralen Rechts eine Rolle<sup>2</sup>. In dieser Zeitschrift ist bereits mehrfach darauf eingegangen worden, inwieweit die Verfassungsrechtsprechung auf prozedurale Elemente rekurriert<sup>3</sup>. Hier geht es darum, die Tragfähigkeit dieser

<sup>2\*</sup> Eine frühere Fassung dieses Beitrags war unter dem Titel »Regulierung und Selbstregulierung im Verbraucherbereich«, Sozialökonomische Studientexte der Hochschule für Wirtschaft und Politik Nr. 5, 1984, Gegenstand zahlreicher Diskussionen. Ich danke allen Diskutanten für die zahlreichen Anregungen, die mir bei der Erstellung der hier vorgelegten Fassung eine wertvolle Hilfe waren. Statt aller möchte ich nur Dr. Hans-W. Micklitz, Wissenschaftlicher Referent am Zentrum für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen, nennen.

<sup>1</sup> Ich beziehe mich auf folgende Arbeiten von Teubner: Teubner, Reflexives Recht: ARSP 1982, 13–59; Teubner/Wilke, Kontext und Autonomie: ZfRSoz 1984, 4–35; Teubner, Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in: Kübler (Hrsg.), Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Solidarität (1984) 289–344. Zur Diskussion vgl. Brüggemeier/Joerges (Hrsg.), Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts, Materialien des Zentrums für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen (ZERP-MAT) 4 (1984) sowie die Beiträge von Joerges und Reich in der Festschrift für Wassermann (1984). Die internationale Diskussion muß hier vernachlässigt werden.

<sup>2</sup> Wiethölter, Entwicklung des Rechtsbegriffs, in: Gessner/Winter (Hrsg.), Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft (1982) 38 ff. Hier beziehe ich mich vor allem auf Wiethölter, Materialisierungen und Prozeduralisierungen von Recht, Vortrag vom 7. 12. 1982, abgedr. in ZERP-MAT 4 (s. o. Note 1) 25–64.

<sup>3</sup> Zum Volkszählungsurteil Mückenberger, KJ 1984, 1 ff.; zu Umwelturteilen, insbesondere dem Kalkar-Beschluß R. Wolf, KJ 1984, 239 ff.

Ansätze auf einem Teilgebiet des Zivilrechts, dem Verbraucherrecht, auszuloten<sup>4</sup>. Es soll untersucht werden, ob den theoretischen Kategorien des reflexiven und prozeduralen Rechts eine empirisch vorfindliche Wirklichkeit entspricht, ob sie eine konzeptionelle Hilfestellung für die Verbraucherpolitik geben können und wo ihre Grenzen liegen.

## 2. Bestandsaufnahme

### 2.1 Verbraucherrecht in der BRD

Analysiert man die Entwicklung des Verbraucherrechts in der BRD, so lassen sich drei Ebenen unterscheiden, auf denen die mit dem Regierungswechsel vom Oktober 1982 markierte »Wende« sich ganz unterschiedlich niederschlägt:

- die Ebene rechtspolitischer Proklamationen
- die Ebene der Gesetzgebungstätigkeit
- die Ebene der Rechtsprechung.

Am schärfsten fiel die »Wende« im Bereich rechtspolitischer Proklamationen aus. Die 70er Jahre waren – national wie international – Konjunkturzeiten verbraucherpolitischer Programme. Neben zwei Programmen der Bundesregierung gab es Erklärungen nahezu aller politischer Parteien<sup>5</sup>. In den Erklärungen des Bundesjustizministers zu Beginn der Legislaturperioden hatte die Verbraucherpolitik ihren festen Platz. Nicht zu Unrecht konnte von Hippel noch 1979 den Einleitungssatz der 1. Aufl. seines Standardwerkes zum Verbraucherschutz in die 2. Aufl. übernehmen: »Der Verbraucherschutz, genauer: der Schutz des privaten Endverbrauchers, gehört zu den international aktuellsten rechtspolitischen Themen und Forderungen unserer Zeit«<sup>6</sup>. Im Bericht des Bundesjustizministers über seine rechtspolitischen Vorstellungen für die 10. Legislaturperiode taucht das Wort »Verbraucherschutz« dagegen nicht mehr auf<sup>7</sup>.

Differenzierter ist das Bild aber auf der Ebene der Gesetzgebungstätigkeit. In ihrem verbraucherpolitischen Programm aus dem Jahre 1975<sup>8</sup> sah die damalige Bundesregierung vor, das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, das finanzierte Abzahlungsgeschäft, den Reiseveranstaltungsvertrag, die Produkthaftung, den Widerruf von Haustürgeschäften und Füllmengen bei Fertigpackungen zu regeln sowie die Schadenersatzmöglichkeiten nach dem UWG zu verbessern. Wichtige Teile dieses Programms sind umgesetzt worden. Insbesondere das AGB-Gesetz ist ein Meilenstein in der Entwicklung des Zivilrechts. Andere Teile sind auf der Strecke geblieben, so das finanzierte Abzahlungsgeschäft, die Produkthaftung, die UWG-Reform und das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften<sup>9</sup>. Mit zunehmender Dauer der sozialliberalen Koalition häuften sich die zwar in Angriff genommenen, aber nicht verabschiedeten Reformen. Als anschauliches Beispiel mag das mehrfache

<sup>4</sup> Ein ähnliches methodisches Vorgehen liegt dem Aufsatz von Winter/Unger, KJ 1984, 394 ff., zugrunde, die den Übergang von intervenuonustischem zu flexiblen Verwaltungsrecht am Beispiel des Zweckenfremdungsverbot für Wohnraum aufweisen.

<sup>5</sup> Vgl. die Dokumentation bei Biervert/Fischer-Winkelmann/Rock (Hrsg.), Verbraucherschutz in der Marktwirtschaft (1974).

<sup>6</sup> v. Hippel, Verbraucherschutz (1. April 1974, 2. Aufl. 1979).

<sup>7</sup> Engelhard, ZRP 1983, 233 ff.; recht 1983, 61 ff.

<sup>8</sup> BT-Drucks. 7/4181, abgedr. bei v. Hippel (oben N. 6) 239 ff.

<sup>9</sup> Diese Vorhaben waren im Gesetzgebungsprogramm des Bundesjustizministers für die 9. Legislaturperiode noch enthalten, vgl. Vogel, ZRP 1981, 1, 3 ff. und Schmude, recht 1981, 21 ff., sind aber nicht verwirklicht worden.

Steckenbleiben der UWG-Reform dienen<sup>10</sup>. Ein Herzstück sozialstaatlicher Vertragsrechtsreform, das Mieterschutzrecht (2. WoKSchG von 1974)<sup>11</sup>, wurde noch von der sozialliberalen Koalition eigenhändig demontiert<sup>12</sup>. Auf der anderen Seite scheint es undenkbar, daß weitere zentrale Materien der einmal verabschiedeten Verbraucherschutzgesetzgebung (wie etwa das AGB-Gesetz) abgebaut werden. Ein regelrechter Deregulierungskatalog, den Bundeswirtschaftsminister Graf Lambsdorff im Februar 1984 präsentierte<sup>13</sup>, erfaßte aus dem Verbraucherbereich nur Marginalien (Rabattgesetz und das Sonderveranstaltungsrecht aus dem UWG), deren verbraucherschützender Charakter ohnehin zweifelhaft ist.

Es gibt sogar noch ein ehemals sozialliberales Reformvorhaben, die Neuordnung des Maklervertragsrechts, die als Regierungsvorlage in den Gesetzgebungsprozeß der 10. Legislaturperiode wieder eingebracht wurde<sup>14</sup>. Der Bundesrat brachte im Februar 1985 erneut seinen Entwurf eines Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften ins Gesetzgebungsverfahren ein<sup>15</sup>. Die von den sozialdemokratischen Justizministern Vogel und Schmude in Gang gesetzte Gesamtüberarbeitung des BGB führte zur Einsetzung einer Kommission<sup>16</sup>.

Blickt man auf die Ebene der Rechtsprechung, so stellt man eine verhältnismäßig große Kontinuität fest. Die Rechtsprechung hat stets bestimmte Tendenzen gefördert, ja sogar vor den Zeiten der verbraucherpolitischen Hochkonjunktur eine Vorreiterrolle gespielt, nämlich insbesondere dort, wo Vertragsdisparität ausgeglichen werden sollte, während sie direktinterventionistische Maßnahmen eher gebremst hat.

Dies sei an einigen Beispielen erläutert. Die Vorreiterrolle der Rechtsprechung zeigt sich besonders deutlich am AGB-Gesetz von 1976, dessen materiellrechtlicher Teil weitgehend kodifizierte Rechtsprechung ist. Genannt sei nur die Figur des wesentlichen Grundgedankens des dispositiven Rechts, von dem in AGB nicht abgewichen werden darf<sup>17</sup>, welche der Generalklausel des § 9 AGB-Gesetz zugrundeliegt. Das gleiche gilt für das Reiserecht: Die Regelung über Stornogeühren (§ 651i BGB) ist vorgezeichnet durch den sogenannten Impfschadensfall<sup>18</sup>, das Verbot der Vermittlerklausel in § 651a Abs. 2 BGB geht auf den Ferienhausfall zurück<sup>19</sup>, und der Schadenersatz für vertane Urlaubszeit, § 651f Abs. 2 BGB hat seinen Ursprung im sogenannten Rumänien-Fall<sup>20</sup>. Nicht immer ist verbraucherschützende Rechtsprechung kodifiziert worden: Die Produzentenhaftung etwa und der Verbrauchercredit sind Rechtsgebiete, in denen die gesetzgeberische Reform wegen des Zusammenhangs mit der EG-Rechtsvereinheitlichung, auf den noch einzugehen ist, steckengeblieben ist, die Rechtsprechung aber gleichwohl einen nicht unbeachtlichen Stan-

<sup>10</sup> Vgl. Lehmann, BB 1981, 1717 ff.; zuletzt Vogt/Vogt, NJW 1984, 2860.

<sup>11</sup> Bereits dieses Gesetz mußte sich den Vorwurf gefallen lassen, in Folge des Begriffs der ortsüblichen Vergleichsmiete im wesentlichen ein Recht des Vermieters auf angemessene Kapitalverwertung zu beinhalten, vgl. Gärtner, DuR 1977, 364 ff.

<sup>12</sup> Vgl. Haug, (Ver-)Mieterschutz (1983).

<sup>13</sup> Vgl. Handelsblatt vom 24. 2. 1984. Allerdings unterliegen auch Deregulierungsanläufe offenbar dem Reduktionismus, denn in der aus dieser Initiative entstandenen Regierungsvorlage, BT-Drucks. 10/1790, tauchen diese Materien nicht mehr auf.

<sup>14</sup> BT-Drucks. 10/1014. Zu Inhalt und Kritik des Gesetzes vgl. Tonner, BB 1984, 241 ff.

<sup>15</sup> BT-Drucks. 10/2876.

<sup>16</sup> Vgl. die Rede von Bundesjustizminister Engelhard auf der konstituierenden Sitzung der Kommission, NJW 1984, 1201. Allgemein zur Schuldrechtsüberarbeitung Brüggemeier, KJ 1983, 386; aus konservativer Sicht Lieb, AcP 183 (1983), 327.

<sup>17</sup> BGHZ 41, 154.

<sup>18</sup> BGHZ 60, 14.

<sup>19</sup> BGHZ 61, 267.

<sup>20</sup> BGHZ 63, 98; zum ganzen Hart/Joerges, in: Assmann u. a., Wirtschaftsrecht als Kritik des Privatrechts (1980) 137 ff.; Tonner, Der Reisevertrag (1979) Einl. Rdz. 17 ff.

dard an Verbraucherschutz geschaffen hat<sup>21</sup>. Etwas überspitzt könnte man sagen, daß die Last des Verbraucherschutzes im Zivilrecht im wesentlichen auf den Schultern des BGH ruhte und der Gesetzgeber lediglich das eine oder andere von BGHZ nach BGBl. transformierte.

Der BGH entwickelte die verabschiedeten Verbraucherschutzgesetze auf dem Wege der Materialisierung des Vertragsrechts weiter. Dies läßt sich z. B. für die beiden genannten Gesetze, das AGB-Gesetz und das Reiserecht, nachweisen, kann hier aber aus Raumgründen nicht ausgeführt werden<sup>22</sup>. Es geschieht nicht unter explizit verbraucherpolitischem Impetus, sondern um die Funktionsfähigkeit der marktmäßigen Steuerung qua Vertrag zu gewährleisten.

Der Materialisierungsprozeß geht über die verabschiedeten Verbraucherschutzgesetze hinaus. So darf bekanntlich die Kontrolle nach dem AGB-Gesetz sich nicht auf eine Äquivalenzprüfung der Hauptleistungspflichten erstrecken, was sich aus § 8 AGB-Gesetz, wenn auch etwas verklausuliert, so doch nach der Entstehungsgeschichte eindeutig ergibt. Dennoch hat die Rechtsprechung daraus nicht den Schluß gezogen, eine Äquivalenzkontrolle von Verträgen generell zu unterlassen, vielmehr gibt es auf der Basis von § 138 BGB gewichtige Ausnahmen. Von enormer praktischer Bedeutung ist die Rechtsprechung zum Verbraucherkredit. Seit 1981 sind Kreditverträge ab einer bestimmten Abweichung vom marktüblichen Zinsniveau sittenwidrig<sup>23</sup>. Trotz der Kritik aus Bankkreisen an diesem Urteil hat der BGH auch vor dem Urteil abgeschlossene und inzwischen voll abgewickelte Verträge für sittenwidrig erklärt<sup>24</sup>. Die Verfassungsbeschwerde gegen dieses Urteil ist abgewiesen worden<sup>25</sup>.

Möglicherweise greifen die Generalklauseln des Allgemeinen Teils des BGB jetzt auch im Mietrecht. Nach einer Rechtsentscheid des BGH vom 11. 1. 1984, dem eine entsprechende, z. T. noch weitergehende Rechtsprechung der Oberlandesgerichte vorausging, ist eine Mietvereinbarung bei einer Mietpreisüberhöhung nach § 5 WiStG insoweit nichtig, als der Mietzins die ortsübliche Vergleichsmiete mehr als nur unwesentlich übersteigt<sup>26</sup>. Beurteilungsnorm ist hier § 134 BGB.

Aber auch über § 9 AGB-Gesetz nähert sich der BGH einer Preiskontrolle, indem Preisänderungs- und Nebenleistungsklauseln der Kontrolle unterstellt werden. Besonders bedeutsam ist hier ein neueres Urteil des BGH zum Recht des Reparaturvertrages, in dem die Klausel »Fahrzeiten gelten als Arbeitszeiten« für unzulässig erklärt wird<sup>27</sup>. Eine Äquivalenzkontrolle ist das aber nicht, denn der BGH zwingt den Handwerker lediglich, unterschiedliche Entgelte für Fahr- und für Arbeitszeit zu verlangen, schreibt ihm aber nichts über die Höhe der Preise vor. Es geht dem BGH also um Preistransparenz.

Man kann feststellen, daß die Rechtsprechung auf dem Wege der »Materialisierung«<sup>28</sup> oder »Kompensation gestörter Vertragsparität« (Hönn)<sup>29</sup> weiter fortschrei-

21 Vgl. die Darstellung dieser Rechtsgebiete bei Reich/Micklitz, Verbraucherschutzrecht in der Bundesrepublik Deutschland (1980) 187 ff. (Produzentenhaftung), 344 ff. (Verbraucherkredit). Der Verbraucherschutzcharakter der Produzentenhaftung ist allerdings differenziert zu sehen, vgl. Micklitz, ZVP/JCP 3 (1979) 329 ff.

22 Vgl. etwa Bohle/Micklitz, BB 1983, Beil. 11 für das AGB-Gesetz, die gleichzeitig die Beschränkung der Rechtsprechung auf das Informationsmodell herausarbeiten.

23 BGHZ 80, 153, übersichtliche Darstellung bei Reich/Micklitz (oben N. 21) 365 ff.

24 NJW 1983, 2692.

25 NJW 1984, 2345; vgl. auch Reifner/Siederer, NJW 1984, 2315.

26 NJW 1984, 722.

27 BGH NJW 1984, 2160.

28 Brüggemeier, in: Assmann u. a. (oben N. 10) 23.

29 Vgl. Hönn, Kompensation gestörter Vertragsparität (1982) 280 ff. sowie ders., JZ 1983, 677, 680.

ter<sup>30</sup>, wobei sie nicht nur die Vertrags(neben)bedingungen, die meist Haftungsfragen betreffen, prüft, sondern auch auf besonders wichtigen Gebieten (Kredit und Wohnen) eine Äquivalenzkontrolle der Hauptleistungspflicht des Verbrauchers in Richtung einer Anbindung an marktübliche Entgelte vornimmt.

Gegenüber dieser positiven Einschätzung erweist sich die Reaktion der Rechtsprechung bei marktinterventionistischen Maßnahmen als genau Gegenteil, sofern man eine Reaktion überhaupt feststellen kann. Von einer Vorreiterrolle der Rechtsprechung kann keine Rede sein. Das, was in den 70er Jahren an marktinterventionistischen Maßnahmen außerhalb des Vertragsrechts diskutiert wurde – vor allem Preis- und Investitionskontrolle<sup>31</sup> –, hat so gut wie gar nicht Gesetzescharakter erreicht<sup>32</sup>. Ansätze in die gemeinte Richtung ließen sich noch am ehesten im GWB finden, dessen Charakter als Verbraucherschutzgesetz betont wurde<sup>33</sup>, und dort in der durch die 2. GWB-Novelle von 1973 ermöglichten Preismißbrauchsaufsicht. Doch die Bemühungen des Bundeskartellamtes, die entsprechenden gesetzlichen Ermächtigungen in die Praxis umzusetzen, wurden vom BGH in den beiden Valium-Entscheidungen dadurch blockiert, daß er zwar die Möglichkeit einer Preiskontrolle nach § 22 GWB theoretisch anerkannte, aber die Beweisanforderungen so hoch schraubte, daß sie praktisch nicht zu erfüllen sind<sup>34</sup>. Außer im Pharmabereich holte sich das Bundeskartellamt auch bei den Bemühungen, Preismißbräuche im Mineralölsektor zu bekämpfen, gerichtliche Niederlagen<sup>35</sup>. Auch das Euglucon-Verfahren, in dessen Verlauf die betroffenen Unternehmen Anfang 1984 die Preise erheblich senkten, bevor es zu einer förmlichen Untersagungsverfügung des Bundeskartellamtes kam, kann wegen der besonderen Umstände des Falles (auslaufendes Patent) nicht als Widerlegung der Ineffizienz der Preismißbrauchsaufsicht dienen<sup>36</sup>. Die Entscheidungsbegründungen können hier nicht im einzelnen referiert und kritisiert werden, aber jedenfalls läßt sich feststellen, daß alle Versuche, das GWB für eine marktinterventionistische Wirtschaftspolitik zu instrumentalisieren, vom BGH wirksam abgebremsst wurden.

Bei einer Zusammenschau der dargestellten Rechtsprechung<sup>37</sup> fällt vor allem die unterschiedliche Reaktion der Rechtsprechung bei der Preiskontrolle auf, je nachdem ob sie einzelvertragsbezogen ist (§§ 134, 138 BGB: Wohnen, Kredit) oder global von staatswegen erfolgt (§ 22 GWB: Pharma, Mineralöl). Das Erstere wird forciert, das Letztere verhindert. In beiden Fällen verläßt die Rechtsprechung jedoch das Marktparadigma nicht, da die geprüften Preise auf durchschnittliche Marktpreise bezogen werden (§ 134: ortsübliche Vergleichsmiete, § 138 Abs 1 BGB: Schwerpunktzins, § 22 Abs. 4 GWB: Vergleichsmarktkonzept).

30 Zu einem ähnlichen Ergebnis gelangt Micklitz, Der Reparaturvertrag (1984) bezüglich der Rechtsprechung zu den im Reparaturrecht einschlägigen Klauseln.

31 Vgl. dazu Reich, Markt und Recht (1977) 141 ff.

32 Bezeichnenderweise tauchen in dem einschlägigen Abschnitt bei Reich (vorige N., S. 218 ff.) hauptsächlich Maßnahmen de lege ferenda auf.

33 Vgl. z. B. Reich, ZVP/JCP 1 (1977) 227 ff.; Kraft, WuW 1981, 317 ff.

34 BGHZ 68, 23 – Valium I; BGHZ 76, 142 – Valium II. Ausführliche Darstellung aller Entscheidungen und ihres theoretischen Umfeldes bei Spieß, Preismißbrauchsaufsicht über marktbeherrschende Unternehmen als ordnungspolitisches Problem? (1980) 114 ff.; vgl. auch Hart/Joerges (oben N. 20) 196 ff.

35 Vgl. die Darstellung bei Paetow/Tonner, Ölpreiskrise und Wettbewerbspolitik, Sozialökonomische Studientexte der Hochschule für Wirtschaft und Politik Nr. 4 (1984) 23 ff.

36 Vgl. Paetow, WRP 1985, 257 ff.

37 Eine Zusammenschau nimmt von Olshausen ZHR 146 (1982) 259 ff. vor.

Wegen der auf dem Gebiet des Verbraucherschutzes recht bedeutsamen Verzahnung zwischen nationalstaatlicher und EG-rechtlicher Regulierung (oder Nichtregulierung) wäre das Bild unvollständig, wollte man nicht auch auf die letztere eingehen.

Vergleichsweise große Übereinstimmung mit der Situation in der BRD herrscht noch auf der proklamatorischen Ebene. Hier ist ebenfalls eine scharfe Wende festzustellen. Das Erste Programm für eine Politik zum Schutze und zur Unterrichtung der Verbraucher vom 14. 4. 1975<sup>38</sup> sah noch einen Regulierungsansatz vor. Es sollte versucht werden, den Schutz des Verbrauchers durch legislative Maßnahmen auf möglichst hohem Niveau zu erreichen, und zwar entweder durch die Harmonisierung vorhandenen Rechts der Mitgliedstaaten oder auch durch Neuschaffung von Recht auf EG-Ebene. In Umsetzung dieses Programms legte die EG-Kommission in den folgenden Jahren eine Reihe von Richtlinienentwürfen vor, und zwar über Haustürgeschäfte<sup>39</sup>, Produkthaftung<sup>40</sup>, Fernunterricht<sup>41</sup>, irreführende Werbung<sup>42</sup> und Verbraucherkredite<sup>43</sup>.

Im Zweiten Gemeinschaftsprogramm für die Verbraucher vom 19. 5. 1981 entwickelt die Kommission eine völlig neue Sicht der Verbraucherpolitik. Weitere Richtlinienentwürfe als die bereits steckengebliebenen werden nicht mehr angekündigt. Das neue Schlagwort heißt Dialog zwischen Verbrauchern, Herstellern und Händlern. Nicht mehr legislativen Maßnahmen wird das Wort geredet (obwohl sie verbal nicht ausgeschlossen werden), vielmehr müsse dem Standpunkt der Verbraucher durch geeignete Verfahren Rechnung getragen werden. Es sollten besondere Vereinbarungen zwischen den Beteiligten ausgearbeitet werden; die Kommission bietet ihre Hilfestellung für das Zustandekommen an<sup>44</sup>.

Wie im nationalen Bereich, so bildete sich auch im EG-Bereich die programmatische Wende nicht ganz so scharf auf der Ebene der Gesetzgebung ab. Die genannten Entwürfe wurden jahrelang behandelt, ohne vom EG-Ministerrat verabschiedet zu werden, bis schließlich die Richtlinie zur irreführenden Werbung am 10. 9. 1984, wenn auch in verwässerter Form, doch noch verabschiedet wurde<sup>45</sup>. In der Kommission bestehen Überlegungen, eine Richtlinie über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen zu entwickeln<sup>46</sup>. Wenn man nur die Implementation des Verbraucherprogramms betrachtet, erfaßt man einen zu engen Ausschnitt der EG-Initiativen. Im Zuge des Programms zum Abbau technischer Handelshemmnisse und des Aktionsprogramms für Sicherheit und Gesundheitsschutz am Arbeitsplatz sind zahlreiche Richtlinien ergangen, die sich teilweise auch mit verbraucherrelevanten Aspekten befassen, vor allem unter dem Aspekt der Qualitäts- und Sicherheitsregulierung von Konsumgütern<sup>47</sup>.

Das Scheitern der Richtlinienentwürfe aus dem Verbraucherprogramm ist nicht zuletzt dem Verhalten der Bundesregierung im EG-Ministerrat zuzuschreiben. Gegenüber Anfragen im Bundestag begründet die Bundesregierung ihre Untätigkeit

38 ABl der EG Nr. C 92 v. 25. 4. 1975, abgedr. bei v. Hippel (oben N. 6) 348 ff.

39 ABl der EG Nr. C 70 vom 21. 3. 1978.

40 ABl der EG Nr. C 241 v. 14. 10. 1976.

41 ABl der EG Nr. C 208 c. 31. 8. 1977, später zurückgezogen.

42 ABl der EG Nr. C 70 v. 21. 3. 1978.

43 ABl der EG Nr. C 80 v. 27. 3. 1979.

44 EG-Bulletin, Beil. 4/79, v. Rat am 19. 5. 1981 angenommen, ABl der EG Nr. C 133 v. 3. 6. 1980.

45 Oben N. 42.

46 KOM (84) 55 endg.

47 Vgl. dazu die Projektskizze von Brüggemeier u. a., Sicherheitsregulierung und EG-Integration, ZERP DP 3/84, S. 73 ff.; zum Lebensmittelbereich Krämer, JCP 7 (1984) 473 ff.

bei der nationalen Regulierung der Haustürgeschäfte und der Produzentenhaftung mehrfach mit dem Hinweis auf die »zu erwartenden« EG-Richtlinien<sup>48</sup>. Sie betrieb also eine doppelte Blockadepolitik.

Auf der Ebene der Rechtsprechung ist die Situation gekennzeichnet durch ein Urteil des EuGH in Sachen Cassis-de-Dijon<sup>49</sup>. Der EuGH erklärte eine deutsche Vorschrift, die für Liköre einen bestimmten Alkoholprozentsatz vorschreibt und damit den Import des französischen Likörs Cassis de Dijon verhinderte, als Verstoß gegen Art. 30 EWG-Vertrag, der mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen sowie Maßnahmen gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedsstaaten verbietet. Damit war eine Möglichkeit geschaffen, jede nationale Verbraucherschutzvorschrift als Verstoß gegen Art. 30 anzusehen, soweit sie Einfuhren aus anderen EG-Ländern behindert und nicht durch eine der Ausnahmen des Art. 36, z. B. Gesundheitsschutz, gedeckt ist. Eine sichere, allgemein anerkannte Interpretation, was dieses Urteil für den europäischen Verbraucherschutz bedeutet, gibt es bis heute nicht. Eine verbraucherfeindliche Auslegung würde bedeuten, daß Art. 30 ein Mittel zur Rechtsvereinheitlichung auf dem Niveau des Mitgliedstaats mit dem schwächsten Schutzniveau darstellt<sup>50</sup>. Eine solche Auslegung des Cassis-Urteils ist aber nicht zwangsläufig.

Wie weit der EuGH mit der Anwendung des Art. 30 EWG-Vertrag gegenwärtig geht, mag man aus zwei neueren Entscheidungen zum niederländischen Arzneimittelrecht entnehmen. Mit einem Urteil vom 29. 11. 1983 beanstandete der EuGH zwar eine Preisregelung, aber nur deshalb, weil sie inländische und importierte Produkte unterschiedlich behandelte<sup>51</sup>. Im übrigen wurde die bisherige Rechtsprechung bestätigt, wonach nationalstaatliche Preisregelungen zulässig sind, wenn sie inländische und importierte Produkte unterschiedslos behandeln und den Absatz der Importprodukte nicht unmöglich machen oder gegenüber dem inländischer Erzeugnisse erschweren. Damit wird wohl den Versuchen der pharmazeutischen Industrie, mit Hilfe des Art. 30 nationalstaatliche Preisregelungen auszuhebeln<sup>52</sup>, der Boden entzogen. In einer weiteren Entscheidung zum niederländischen Recht wurden Negativlisten für erstattungsfähige Medikamente gebilligt, wenn sie Importprodukte nicht diskriminieren und die Auswahl auf objektiven und überprüfbareren Kriterien beruht<sup>53</sup>.

Die Auswirkungen von Cassis für den Verbraucherschutz sind also keineswegs so fatal wie von manchen zunächst befürchtet oder auch erhofft. Auch für die europäische Ebene können wir feststellen, daß die Rechtsprechung sich verhältnismäßig kontinuierlich entwickelt und von politischen und wirtschaftlichen Konjunkturen vergleichsweise frei bleibt.

48 Aus einer Antwort auf eine parlamentarische Anfrage zum Stand des EG-Richtlinienentwurfs zu den Haustürgeschäften wird deutlich, daß die jetzige Bundesregierung wesentlich zur Blockade im EG-Ministerrat beiträgt, BT-Drucks. 10/1859, S. 2.

49 NJW 1979, 1776 = EuGHE 1979, 649.

50 So die Reaktion der EG-Kommission, ABl der EG Nr. C 256 v. 3. 10. 1980, der jedoch keine weiteren Reaktionen folgten. Cassis bedeutet, daß in einem Mitgliedsland rechtmäßig hergestellte Produkte in anderen frei vermarktet werden dürfen. Daraus wird gelegentlich der Umkehrschluß gezogen, daß in einem Land für gefährlich gehaltene Produkte in der ganzen EG als gefährlich gelten müssen, Krämer (oben N. 47) 478.

51 NJW 1985, 544.

52 Mit Hilfe eines Gutachtens von Mestmäcker, Vereinbarkeit von Preisregelungen auf dem Arzneimittelmarkt mit dem Recht der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (1979).

53 Urteil v. 7. 2. 1984, NJW 1985, 542. Zum ganzen Reich, ZHR 148 (1984) 356 ff.

## 2.3. Theorien »mittlerer Reichweite«

Um die Grenzlinie zwischen erfolgreichen und gescheiterten Marktinterventionen im Verbraucherbereich begrifflich-abstrakt zu fassen, soll auf mehrere Erklärungsversuche von Norbert Reich zurückgegriffen werden, die sich als Theorien mittlerer Reichweite begreifen lassen, bevor wir auf die sogenannten Großtheorien eingehen, die heute in Mode sind<sup>54</sup>.

Zunächst einmal hat Reich die Theorie von der doppelten Instrumentalität des Wirtschaftsrechts entwickelt. Auf der Analyse von Habermas und Offe aufbauend, erklärt er die reibungslose Regulierung von Marktprozessen wegen ihrer Grundbedingungen im kapitalistischen Wirtschaftssystem für unmöglich. Modernes Wirtschaftsrecht weist einen Doppelcharakter auf: Es organisiert einerseits die marktmäßig ablaufenden ökonomischen Prozesse, indem es die dafür erforderlichen Normen und Institutionen zur Verfügung stellt. Andererseits ist es staatliches Instrument, um auf diese Marktprozesse einzuwirken und sozialstaatliche Zielsetzungen in diese Prozesse einzubringen<sup>55</sup>. Daraus kann man folgern, daß rechtliche Maßnahmen umso eher Erfolg haben, als das Recht beide Funktionen ausfüllen kann. Sozialstaatliches Interventionsrecht darf nicht gegen Marktprozesse gerichtet sein, sondern muß in diese inkorporiert werden. Im ersteren Fall wird es vom vorhandenen Normen- und Institutionensystem gleichsam abgestoßen, wie die gescheiterte Preismißbrauchsaufsicht nach § 22 GWB<sup>56</sup> und andere gescheiterte Preishöhenkontrollen außerhalb des GWB zeigen<sup>57</sup>. Eine komplexere Organisation der Marktprozesse, etwa durch zwingendes Vertragsrecht, können diese offenbar verkraften. Es erscheinen daher indirekte Formen der Wirtschaftsregulierung, die Marktprozesse nicht ausschalten, sondern für ihre Ziele einspannen wollen, erfolgversprechender<sup>58</sup>. Diese Einschätzung liegt auch einer Reihe von Gesetzesentwürfen der Bundestagsfraktionen der Grünen aus der letzten Zeit zugrunde<sup>59</sup>. Ähnliches gilt für Preisregulierungen: Soweit sie den Durchschnittspreis eines Marktes dem marktmäßigen Zustandekommen überlassen und nur extreme Abweichungen im Einzelfall abschneiden, sind sie für das Marktsystem hinnehmbar (Beispiele Verbraucherkredit, Vergleichsmiete).

Reich hat ferner eine Unterscheidung nach marktkonformen und markt kompensatorischen Verbraucherschutzmaßnahmen vorgeschlagen<sup>60</sup>. Markt konforme Maßnahmen beseitigen lediglich Mißstände, ohne die marktmäßige Befriedigung aufzuheben, markt kompensierende intervenieren in die Marktprozesse, sei es qua Staat, sei es qua Förderung von Gegenmacht. An dieser Einteilung ist kritisiert worden, daß auch markt kompensatorische Eingriffe letztlich markt konform sind, da der markt förmige Tausch nicht aufgehoben wird<sup>61</sup>. Dies ist richtig, jedoch erhält das Begriffspaar meines Erachtens dann einen Sinn, wenn man »markt komplementär«

54 Der Begriff »Theorien mittlerer Reichweite« stammt aus der amerikanischen Diskussion. Vgl. das Plädoyer von Reich für solche Theorien in: Festschrift Wassermann (1984) IV 1.

55 Reich (oben N. 31) 64 ff., insbes. 65; dazu Nahamowitz, KJ 1979, 99, 101 f.

56 Spieß (oben N. 34) spricht von der ordnungspolitischen Derogation dieser Norm durch Rechtsprechung und Rechtswissenschaft.

57 Vgl. dazu Pactow/Tonner, in: Jahrbuch für Gesellschaftstheorie und Sozialökonomie 1985.

58 Zu einem dieser Einsicht entsprechenden Modell der Preisregulierung im Mineralölsektor vgl. Pactow/Tonner (oben N. 35) 51 ff.

59 Z. B. im Energiebereich, BT-Drucks. 10/2255 (Entwurf eines Gesetzes zur Förderung der Windenergie), zur Wasserversorgung BT-Drucks. 10/2201.

60 Reich/Tonner/Wegener, Verbraucher und Recht (1976) 19 ff.; Reich (oben N. 31) 198 ff. Die Begriffe gehen auf Habermas, Legitimationsprobleme im Spätkapitalismus (1979) 77 f. zurück, der noch stärker differenzierend markt konstituierende, markt komplementäre, markt substituierende und markt kompensierende staatliche Maßnahmen unterscheidet.

61 Micklitz (oben N. 30) 164.

auf »marktsubstituierend« einengt. Dann kann es zwar nicht mehr – wie in dem seinerzeitigen Reich'schen Ansatz – als Strukturierungsmerkmal für Verbraucherschutzkonzeptionen dienen, aber es grenzt erfolversprechende (marktkonforme) von offensichtlich zum Scheitern verurteilten (marktsubstituierenden) Maßnahmen ab. Bezeichnenderweise enthält die seinerzeitige Übersicht von Reich über »marktkompensatorisches Verbraucherrecht« lediglich Vorschläge *de lege ferenda*, von denen keiner verwirklicht worden ist<sup>62</sup>.

In einer Fallstudie über Marktversagen und Politikversagen am Beispiel der amerikanischen Federal Trade Commission (FTC) kommt Reich zu dem Ergebnis, daß trotz weiter Interventionsspielräume ein Reduktionismus auf marktkonforme Maßnahmen im Sinne einer dem Informationsmodell verpflichteten Verbraucherpolitik stattfindet. Darüber hinausgehende Maßnahmen konnte die FTC nicht durchsetzen, auch wenn sie von der Art des Marktversagens angezeigt waren. Auf diese Weise wird zwar das Niveau an Informationspflichten angehoben, aber das konstatierte Marktversagen bleibt<sup>63</sup>. Auch dieses Beispiel zeigt sehr deutlich, daß sozialstaatliche Zielsetzung nicht gegen Marktprozesse frontal anrennen kann.

#### 2.4. Zwischenergebnis

Eine mit dem Regierungswechsel vom 1. 10. 1982 in Verbindung zu bringende »Wende« im Verbraucherrecht beschränkt sich auf die Ebene politischer Proklamationen. Damit unterscheidet sich das Verbraucherrecht deutlich vom Arbeitsschutzrecht, vom Sozialrecht und vom Wohnungsmietrecht, wo jeweils ein bemerkenswerter Regulierungsabbau festzustellen ist<sup>64</sup>. Die unterschiedliche Intensität der Deregulierung liegt meines Erachtens an der vorgefundenen unterschiedlichen Regulierungsdichte, die ihre Ursachen wiederum in der unterschiedlichen Betroffenheit hat. Im Unterschied zu Arbeits- und Mieterinteressen sind Verbraucherinteressen vergleichsweise disparat, schwer organisierbar und deswegen auch schwerer in den staatlichen Regulierungsprozeß der 70er Jahre einzubringen gewesen. Es existiert deswegen schlicht wenig verbraucherrechtliche Regulierung, die nun abgebaut werden könnte.

Wenn man sich die programmatischen Erklärungen und theoretischen Erwartungen der 70er Jahre anschaut, fällt auf, daß die Umsetzung sich auf eine Förderung der in der Rechtsprechung ohnehin vorhandenen Materialisierungstendenzen des Vertragsrechts beschränkt<sup>65</sup>. Marktkompensatorische, besser: marktsubstituierende verbraucherpolitische Ansprüche sind am Staat gleichsam abgeprallt. Auch die Erwartung eines ständig zunehmenden Staatsinterventionismus, wie sie etwa noch 1980 bei Brüggemeier zum Ausdruck kommt, hat sich nicht bestätigt<sup>66</sup>. Demgegenüber darf die kontinuierliche Materialisierung des Vertragsrechts nicht vergessen werden. Hier hat sich bewahrheitet, was Brüggemeier schrieb<sup>67</sup>.

Der Prozeß der Materialisierung des Vertragsrechts ist so alt wie die Kodifikation des Formalrechts, das BGB selber<sup>68</sup>, und hat mit der Wende auch keineswegs ein

62 Reich (oben N. 31) 218 ff. Heute hält auch er »marktkorrigierende« Verbraucherpolitik für auf Dauer mit systemischen Anforderungen nicht vereinbar, Reich, Staatliche Regulierung zwischen Marktversagen und Politikversagen (1984) 136 Fn. 5.

63 Reich (vorige N.) 93 f., 133 f.

64 Vgl. zum Arbeitsschutzrecht Zacherl, KJ 1984, 184 ff., zum Wohnungsmietrecht Haug (oben N. 12).

65 Oder, wie Joerges, AG 1983, 57 ff., 58, etwas behutsamer formuliert: »... Am Ende (überleben) in aller Regel nur die von der Rechtsprechung bereits konsentierten Programmteile.«

66 Brüggemeier, in: Assmann u. a. (oben N. 20) 36.

67 Brüggemeier, in: Assmann u. a. (oben N. 20) 39 f.

68 Vgl. die Nachweise früher AGB-Rechtsprechung bei Reich/Tonner, in: Hamburger Jahrbuch für Wirtschafts- und Gesellschaftspolitik 18 (1973) 216 ff.

Ende gefunden. Träger dieses Materialisierungsprozesses war und ist die Rechtsprechung. Das Spezifikum der sozialliberalen Ära bestand darin, daß der Gesetzgeber Rechtsprechungsergebnisse in vermehrtem Umfang in Paragraphenform überführte. Über die Materialisierung des Vertragsrechts hinausgehende Verbraucherschutzansätze führten in der Regel das schöne, aber kurze Scheindasein von Seifenblasen. Eine – allerdings wichtige – Ausnahme gilt für die Verbandsklagebefugnis des § 13 AGB-Gesetz.

Der Befund, die Materialisierung des Vertragsrechts schreite ungebrochen voran, wird auch durch die EG-rechtliche Dimension nicht verändert. Zwar sind die Bemühungen, EG-weit zwingendes Vertragsrecht im Verbraucherbereich zu schaffen, durch die Nichtbehandlung der diversen Richtlinienentwürfe im Ministerrat weitgehend zum Stillstand gekommen. Aber von einem Abbau des nationalstaatlichen Bestandes an zwingendem Vertragsrecht kann keine Rede sein. Vielmehr richtet sich die Deregulierungstendenz in der Handhabung des Art. 30 EWG-Vertrag gegen nationalstaatliche Normen, die klassischerweise als öffentliches Recht zu bezeichnen wären. Ministerrat, Kommission und Gerichtshof lassen die Mitgliedsstaaten bei marktconformen Maßnahmen, insbesondere in der weiteren Materialisierung des Vertragsrechts, gewähren, ohne selbst – mit den genannten Ausnahmen – aktiv zu werden. Der Argwohn richtet sich eher gegen marktinterventionistische Maßnahmen, bei denen man protektionistische nationalstaatliche Marktabschottungsstrategien vermutet<sup>69</sup>. Von daher gewinnt die Einschätzung an Plausibilität, Verbraucherschutzmaßnahmen seien besser auf der nationalstaatlichen als auf der europäischen Ebene anzumelden, also gewissermaßen regionalisiert<sup>70</sup>.

### 3. Neuere theoretische Rechtskonzepte

Die Suche nach der angemessenen rechtlichen Regulierungsform hat zu einer lebhaften Debatte geführt, aus der der Wiethölterische Begriff der »Prozeduralisierung« und der Teubnersche Begriff des »reflexiven Rechts« besonders hervortragen. »Hintergrundtheorien« sind für die Wiethölterische Prozeduralisierungskategorie die Habermassche Theorie kommunikativen Handelns<sup>71</sup>, während bei Teubner Luhmannsche Einflüsse dominieren, jedoch auch Elemente von Habermas auftauchen<sup>72</sup>. Es können hier aber nicht der Einfluß von Habermas bzw. Luhmann auf Wiethölter bzw. Teubner rekonstruiert werden. Vielmehr sollen die beiden Positionen kurz skizziert werden und dann im nächsten Abschnitt der Versuch einer Stellungnahme aus der Sicht des Verbraucherrechts unternommen werden.

#### 3.1. Die Prozeduralisierungskategorie: Wiethölter<sup>73</sup>

Historischer Hintergrund sei die Wende von idealen Vernunftsystemen zu lernenden Sozialsystemen (S. 6); Kennzeichen und Lernproblem moderner Gesellschaften sei ihre »stabile Dauerveränderung« (S. 7). Der Übergang von rechtlichen Gewähr-

69 Vgl. Matera, RMC 1983, 252 ff.

70 So die Tendenz bei Reich, Regulierung und Sozialintegration in der EG, ZERP-DP 3/83.

71 Explizit Wiethölter (oben N. 2) 30. Verbindungslinien zwischen Habermas und Wiethölter zieht Brüggemeier, in: ZERP MAT 4 (oben N. 2) 65 ff.

72 In ARSP 1982 bezieht sich Teubner nicht ganz widerspruchsfrei auf Habermas und Luhmann. Der Aufsatz mit Willke in ZfRSoz 1984 ist dagegen fast rein »Luhmannianisch«, während in Verrechtlichung (1984) wieder zahlreiche Habermassche Elemente auftauchen (Quellenangaben in N. 1).

73 Zugrundegelegt wird der Vortrag vom Dezember 1982 (oben N. 2), nach dessen Manuskript im folgenden im Text zitiert wird.

leistungen (das tradierte Rechtskonzept, das von der Freiheitsausübung der Individuen ausgeht) zu politischen Gewährungen sozialer Positionen verstricke »rechtlich« verfaßte Gesellschaften in folgenreiche Systemkrisen. Rechtsprogramme würden deshalb – jenseits von Formalisierungen wie Materialisierungen – immer mehr auf Prozeduralisierungen umgestellt; sie zielten nicht auf soziale Gewährleistungen (als »Freiheitsrecht«), nicht auf Gewährungen (als »politische Verwaltung«), sondern auf Bedingungen der Möglichkeit solcher Gewährleistungen und Gewährungen (S. 8). Rechtsordnung wird verstanden als gebundenes Handeln von Menschen unter Ziel-Mittel und/oder Regel-Ausnahme-Vorgaben (Plänen, Programmen) der »Gesellschaft« selbst; ihre juristische Kernkategorie ist die Organisation, ihre politisch-ökonomische Sphäre die »Produktion«; sie benötige den sozialen Konsens über Vorstellungen und Verwirklichungen eines möglichen besseren Zustandes (S. 9). »Wer dafür nicht (mehr?) auf ›Gott‹ oder ›Markt‹ und auch (noch?) nicht auf ›selbstreferenzielle Systeme‹ setzt, muß sich auf Begründungsregeln für praktische Rechtssätze einlassen« (S. 31). Wiethölter plädiert für eine »kommunikative Vernunftmoral« (S. 33); Prozeduralisierung wird verstanden als die Transformation eines gesellschaftlichen Zusammenhangs von Rechtsfreiheiten in ein System von Rechtfertigungen eines jeweiligen neuen gesellschaftlichen Zusammenhangs von »Ideen« und »Interessen«. Solche Neueinrichtung – als stabiler Wandel in Permanenz – werde vom Stande der Vergesellschaftung erzwungen (S. 34). »Negative« politisch-ökonomische Krisentheorien (Ergebnis: Systeme gelangen in Krisen an ihr Ende) werden durch »positive« abgelöst (Ergebnis: Systeme gelangen kraft Lernfähigkeit zu stabilem Dauerwandel) (S. 35 f.).

### 3.2. Reflexives Recht: Teubner<sup>74</sup>

Die Teubnersche Analyse geht davon aus, daß herkömmliche zentrale politische Steuerung wegen der Eigendynamik ausdifferenzierter gesellschaftlicher Teilsysteme immer weniger möglich sei<sup>75</sup>. Teubner/Wilke führen als Ursachen, infolgeder in »hochentwickelten Gesellschaften« zwar ein ständig zunehmender Steuerungsbedarf vorhanden sei, die Steuerungskapazität aber nicht entsprechend gesteigert werden könne<sup>76</sup>, die steigende Eigenkomplexität gesellschaftlicher Teilsysteme und die Weltkomplexität an; rechtliche Regulierung wirke kontraproduktiv. Ein hohes Maß staatlicher Zentralsteuerung könne hohe Grade an Komplexität nicht verarbeiten. Teubner/Wilke unterscheiden vier gesellschaftliche Strukturtypen<sup>77</sup>:

- prämodern: niedrige Steuerungskomplexität, niedrige Teilsystemkomplexität
- liberal: niedrige Steuerungskomplexität, hohe Teilsystemkomplexität
- sozialistisch: hohe Steuerungskomplexität, niedrige Teilsystemkomplexität
- postmodern: hohe Steuerungskomplexität, hohe Teilsystemkomplexität.

Nach ihrer Auffassung leben wir in einer postmodernen Gesellschaft, für die es die angemessene Rechtsform zu finden gilt. Direkte zentrale Steuerung durch Organisation oder Plan und Selbststeuerung durch spontane Ordnungsbildung wie Markt, Wahl oder Konsens seien nicht mehr möglich<sup>78</sup>.

<sup>74</sup> Zugrundegelegt werden die N. 1 genannten Arbeiten. Als »Einstiegslektüre« sei der »Verrechtlichung«-Aufsatz empfohlen, der nicht nur einige Kritikpunkte an den früheren Arbeiten berücksichtigt, sondern auch das theoretische Umfeld mit beleuchtet, so daß er für den Nicht-Rechtssoziologen leichter verständlich ist.

<sup>75</sup> Teubner/Wilke (oben N. 1), Einleitung.

<sup>76</sup> A. a. O., Einleitung.

<sup>77</sup> A. a. O., Schema in Teil II.

<sup>78</sup> A. a. O., am Ende von Teil II.

Nach Teubner/Willke ist aber auch Marktregulierung überholt. Der Aspekt des Marktversagens ist in dem Konzept von Teubner/Willke mit aufgenommen, sie fordern kein »Zurück zum Markt« und unterscheiden sich deutlich von marktradikalen Positionen à la Chicago<sup>79</sup>.

Teubner und Willke befinden sich auf der Suche nach der angemessenen Kombination von autonomer Selbstorganisation und gesellschaftlich verbindlicher Kontextvorgabe<sup>80</sup>. Diese Kombination bezeichnet Teubner als die strukturelle Koppelung von Politik, Recht und gesellschaftlichem Lebensbereich<sup>81</sup>. Gesellschaftssteuerung in diesem Sinne darf nicht mehr von einem Teilsystem ausgehen, sondern aus der interdependenzgesteuerten Interaktion aller betroffenen Akteure<sup>82</sup>. Sie muß Abstimmungsbeziehungen zwischen den gesellschaftlichen Teilsystemen organisieren in Formen der verfahrensmäßigen Absicherung, die eine Bedrohung der Identität der Teile als dysfunktional bewertet<sup>83</sup>.

Reflexives Recht zielt auf »regulierte Autonomie«, es fördert aktiv selbst-regulierende »lernende« Sozialsysteme und versucht zugleich, deren negative externe Effekte mit kompensatorischen Korrekturen abzubauen<sup>84</sup>.

Die Überwindung des Formalrechts kann auf zwei Wegen erfolgen: einmal durch Materialisierung, wobei die Normen von einer Zweckorientierung beherrscht werden. »Verlangt ist regulation not adjudication, die von nichthierarchischen post-bureaucratic organizations implementiert wird«<sup>85</sup>. Die andere Orientierung nennt Teubner die reflexive: »Das Recht übernimmt hier nicht die Verantwortung für bestimmte soziale Ergebnisse, sondern zieht sich darauf zurück, selbstregulatorische Mechanismen zu regulieren, wie etwa Verhandlung, Dezentralisierung, Planung, organisierten Konflikte«<sup>86</sup>. Teubner sieht gewisse Affinitäten zu seinem Begriff des reflexiven Rechts in Wiethölters Prozeduralisierung, in Eike Schmidts Sozialautonomie<sup>87</sup> und in Joerges Entdeckungsverfahren Praxis<sup>88</sup>. Eine deutliche Parallele zu neoliberalen Rechtskonzeptionen wird nicht gelegnet<sup>89</sup> und auf die Nähe zum Tarifvertragssystem hingewiesen<sup>90</sup>.

In dem Verrechtlichungs-Aufsatz räumt Teubner das aufgrund seiner früheren Äußerungen leicht mögliche Mißverständnis aus, das Nacheinander von Formalrecht, materiellem Recht und reflexivem Recht sei als historische Abfolge zu verstehen<sup>91</sup>. Vielmehr wird sowohl dem Formalrecht als auch in gewisser, allerdings sehr unscharf bestimmter Weise dem materiellen Recht eine Existenzberechtigung zuerkannt, während reflexives Recht (nur) das klassische Interventionsrecht überwinden soll, welches in das »regulatorische Trilemma« gerät: Verrechtlichung (durch Interventionsrecht) bedeutet den Versuch, die komplizierten Beziehungen zwischen drei sich selbst steuernden Sozialsystemen zu regeln, und zwar von Politik, Recht und dem regulierten Lebensbereich. Dies ist nur möglich in den Bahnen und Grenzen der jeweiligen Selbststeuerung und Selbsterhaltung der drei

79 A. a. O., Teil III am Anfang.

80 A. a. O., Teil III am Anfang.

81 Teubner, Verrechtlichung (oben N. 1) passim, insbes. 316.

82 Teubner/Willke (oben N. 1), Teil III.

83 A. a. O., Teil III.

84 A. a. O., Teil IV 1 (2).

85 Teubner, Reflexives Recht (oben N. 1) 22.

86 A. a. O., 23.

87 E. Schmidt, JZ 1980, 155.

88 Joerges, Verbraucherschutz als Rechtsproblem (1981) 111 ff.

89 Vgl. Micklitz (oben N. 30) 134 ff.

90 Vgl. Haru/Joerges, in: Assmann u. a. (oben N. 20) 137 ff.; Tonner (oben N. 20) Einl. Rdz. 11 ff.

91 Kritisch in dieser Hinsicht Gorthold, in: ZERP MAT 4 (oben N. 1) 241 ff., der detailliert darlegt, daß stets ein Nebeneinander dieser drei Rechtsformen bestanden hat.

Teilsysteme. Werden diese überschritten, kommt es zum regulatorischen Trilemma: Der Eingriff ist entweder irrelevant oder hat desintegrierende Wirkungen für den betroffenen Lebensbereich oder hat desintegrierende Wirkungen für das regulatorische Recht selbst<sup>92</sup>.

Reflexive Rationalität könnte dagegen das dominante Organisationsprinzip einer »postmodernen Gesellschaft« sein<sup>93</sup>. »Statt umfassender Konfliktregulierung in allen möglichen Sozialkontexten im Sinne materialer Rechtsrationalität, die letztlich eine Selbstüberforderung des Rechts bedeuten, müsste Reflexion im Rechtssystem zu beschränkteren, abstrakteren, indirekteren Formen der sozialen Kontrolle führen«<sup>94</sup>. »Resultat solcher rechtlichen Reflexionsprozesse wäre nun nicht notwendig eine Politik der deregulation ... Es ist daher Habermas' Konzept einer Demokratisierung gesellschaftlicher Teilsysteme, das mit seiner Betonung prozeduraler Legitimation die Richtung angeben kann, auf die reflexives Recht sich hin entwickeln mag ... Während Recht als sozialstaatliches ›Medium‹ der Gesellschaftsteuerung die kommunikativen Strukturen der verrechtlichten Handlungsbereiche zu verletzen droht<sup>95</sup>, kann Recht als ›Institution‹ kommunikative Strukturen unverletzt lassen, ja, sie sogar rechtlich fördern, wenn es sich auf die – wie Habermas sagt – ›äußere Verfassung‹ des kommunikativ strukturierten Sozialbereichs beschränkt. Recht als ›äußere Verfassung‹ muß Verfahren der Konfliktregulierung ermöglichen, die den Strukturen verständigungsorientierten Handelns angemessen sind«<sup>96</sup>.

Zum Schluß gelangt Teubner zum Verbraucherrecht, wo er sich mit Überlegungen von Joerges begegnet, dessen Entdeckungsverfahren Praxis er als praktische Entdeckung bezeichnet<sup>97</sup>. Er sieht, daß seine Überlegungen eine praktische Entsprechung im kollektiven Arbeitsrecht haben, dieses jedoch nicht ohne weiteres auf das Verbraucherrecht übertragbar ist<sup>98</sup>. »Jedoch mögen funktionale Äquivalente darin gefunden werden, daß mit staatlich-rechtlicher Hilfe ›künstlich‹ autonome öffentliche Institutionen geschaffen werden, die Verbraucherinformationen liefern oder die Verbraucherinteressen für ihre wirtschaftlich-politische Repräsentation wirksam organisieren«<sup>99</sup>.

Wegen der autopoietischen Organisation gesellschaftlicher Subsysteme ist Rechtsintervention auf den indirekten Weg dezentraler Kontextsteuerung verwiesen. Das bedeutet mehr als residuale Steuerung; es bedeutet, das Problem struktureller Koppelung von Recht, Politik und gesellschaftlichem Lebensbereich anzugehen.<sup>100</sup>

#### 4. Prozedurales oder reflexives Recht im Verbraucherbereich?

##### 4.1. Elemente prozeduralen/reflexiven Rechts im Verbraucherrecht

Sucht man nach Elementen prozeduralen oder reflexiven Rechts im geltenden Verbraucherrecht, so stößt man zwangsläufig auf die Verbandsklagebefugnis gem.

92 Teubner, Verrechtlichung (oben N. 1) 313 ff., insbes. 316. Auf einer empirischen Ebene belegt Reich (oben N. 62) dasselbe Phänomen.

93 Teubner, Reflexives Recht (oben N. 1) 44.

94 A. a. O., 47.

95 Hierfür wurde Teubner inzwischen wohl auch den Habermasschen Begriff der Kolonialisierung verwenden.

96 Teubner, Reflexives Recht (oben N. 1) 49.

97 A. a. O., 54.

98 Teubner, Reflexives Recht (oben N. 1) 51; ders., Verrechtlichung (oben N. 1) 337 f.

99 Teubner, Reflexives Recht (oben N. 1) 51; ders., Verrechtlichung (oben N. 1) 339.

100 Teubner/Wilke (oben N. 1) (dezentrale Kontextsteuerung); Teubner, Verrechtlichung (oben N. 1) 343 (strukturelle Koppelung).

§ 13 AGB-Gesetz, die es den Verbraucherverbänden erlaubt, auf Unterlassung unzulässiger AGB zu klagen. Zur Beurteilung der Zulässigkeit von AGB stellt das AGB-Gesetz im wesentlichen die Klauselverbotskataloge der §§ 10 und 11 und die Generalklausel des § 9 zur Verfügung. Die Verbandsklagebefugnis wird heute im großen und ganzen und auch von der Verbraucherseite als positiv eingeschätzt<sup>101</sup>. Sie hat eine doppelte Kollektivierung gefördert<sup>102</sup>. Auf der Anbieterseite kam es zu einer ganzen Welle von Anmeldungen von Konditionenempfehlungen beim Bundeskartellamt<sup>103</sup>. Vor allem kleine und mittlere Unternehmen waren bei der Anpassung ihrer AGB an das AGB-Gesetz auf die Hilfestellung ihrer Verbände angewiesen, die diese nur in Form einer nach § 9 GWB anzumeldenden Konditionenempfehlung gewähren konnten. Aus diesem Verfahren ergibt sich eine Kontrollmöglichkeit des Bundeskartellamtes, das gem. § 38 GWB über Konditionenempfehlungen eine Mißbrauchsaufsicht ausübt<sup>104</sup>. Insgesamt ist auf diese Weise ein erheblicher Kollektivierungsschub von AGB in den einzelnen Branchen erreicht worden.

Auf der anderen Seite gelang es dem Verbraucherschutzverein, der im wesentlichen für die Verbraucherzentralen die Klagebefugnis nach § 13 AGB-Gesetz wahrnimmt, Rechtsprobleme einer höchstrichterlichen Klärung zuzuführen, die bislang noch nie die Ebene des BGH erreicht hatten. Bei allem Lob, das der höchstrichterlichen Inhaltskontrolle vor Inkrafttreten des AGB-Gesetzes gezollt wurde<sup>105</sup>, darf nicht vergessen werden, daß die Inhaltskontrolle nicht verbraucherpolitisch motiviert, sondern gegen Vertragsdisparität allgemein gerichtet war<sup>106</sup> und viele verbraucherpolitische Probleme gar nicht anhängig gemacht wurden oder nicht bis nach Karlsruhe gelangten. Auch darf die Möglichkeit von Vielprozessierern (sprich: Unternehmen) nicht vergessen werden, aus einer Vielzahl unveröffentlichter Urteile in gleichgelagerten Fällen die für sie günstigen auszuwählen, in weiteren ähnlichen Verfahren einzuführen und so eine herrschende Meinung aufzubauen<sup>107</sup>. Die Verbandsklagebefugnis scheint tendenziell geeignet zu sein, diese verfahrensmäßigen Benachteiligungen von Verbrauchern abzumildern und hat auch bereits zu einer Reihe von Verbesserungen der Rechtsstellung des Verbrauchers geführt<sup>108</sup>, wenn auch der Weg des BGH nicht gerade einseitig verbraucherfreundlich ist.

Es werden also nicht qua Interventionsrecht mit Hilfe staatlicher Aufsichtsbehörden bestimmte Klauseln verboten, sondern es wird den Akteuren im betroffenen Teilsystem überlassen, ob sie überhaupt aktiv werden wollen. Man sollte sich die Entstehungsgeschichte des verfahrensrechtlichen Teils des AGB-Gesetzes in Erinnerung rufen: In der Absicht des Gesetzgebers lag es zunächst, eine Behördenlösung einzuführen, wobei man an eine präventive Grobkontrolle durch das Bundeskartellamt, verbunden mit einer Registrierungspflicht, dachte<sup>109</sup>. Die Behördenlösung scheiterte, weil der Bundesrat mit seiner CDU/CSU-Mehrheit dem Gesetzesvorha-

101 Bohle/Micklitz (oben N. 22) 2; Bunte, DB 1982, Beil. 13; Ulmer, BB 1982, 584 ff.

102 Der Begriff stammt von Micklitz (oben N. 30) 135.

103 Zahlen bei Bohle/Micklitz (oben N. 22) 9.

104 Zur Praxis des Bundeskartellamtes Hennig, DB 1984, 1509 ff.

105 Vgl. nur die Diskussion auf dem 30. Deutschen Juristentag 1974 in Hamburg, die aber auch die Funktion hatte, das AGB-Gesetz abzuwehren.

106 Daraus ergibt sich die Streitfrage, ob das AGB-Gesetz ein Verbraucherschutzgesetz ist. Vgl. dazu die Kontroverse zwischen Reich, ZVP/JCP 2 (1978) 236 ff., und Ulmer, ZVP/JCP 2 (1978) 248 ff. Die Auffassung von Ulmer ist heute herrschende Meinung, vgl. zuletzt etwa H. P. Westermann, Verbraucherschutz, in: Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, hrsg. vom Bundesminister der Justiz, Bd. III (1983) 1, 24 ff.

107 Der Vorgang ist mehrfach beschrieben worden, etwa von Bender, RabelsZ 40 (1976) 718, 719 f.

108 Vgl. die differenzierte Würdigung von Bohle/Micklitz (oben N. 22).

109 ASJ Südbayern, ZRP 1972, 148; Vorschläge zur Verbesserung des Schutzes der Verbraucher gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen, 2. Teilbericht der Arbeitsgruppe beim Bundesministerium der Justiz (1975).

ben hätte zustimmen müssen. Das AGB-Gesetz ist ein politischer Kompromiß: Es enthält zwar die materiell-rechtlichen Teile der ursprünglichen Vorschläge (z. B. die Klauselverbotskataloge), verläßt aber im verfahrensrechtlichen Teil die zunächst ins Auge gefaßten staatsinterventionistischen Konzepte und enthält statt dessen kollektiv-rechtliche Regelungen. Was zunächst wie ein typischer Fall von Reduktionismus im Gesetzgebungsverfahren aussieht, hat sich im nachhinein als ein »Glücksfall« herausgestellt, denn bei einer Behördenlösung wäre erst recht mit Reduktionismus zu rechnen gewesen.

Der Verbraucherschutzverein (VSV) leitet seine Bemühungen in der Regel mit einer Abmahnung ein. Wird diese nicht befolgt, so kommt es – wenigstens bei größeren Fällen – zu Verhandlungen, wobei die Stärke des VSV darin besteht, daß er jederzeit zur gerichtlichen Klage übergehen kann. Recht wird also ausgehandelt, wobei allerdings – anders als bei der Tarifautonomie des Arbeitsrechts – die Verbraucherseite auf einen »Schutz des Schwächeren« seitens des judiziellen Systems angewiesen ist, denn ohne eine leidlich verbraucherfreundliche Rechtsprechung läßt sich die Klagebefugnis nicht als Druckmittel in Verhandlungen einbringen. So sehr autonom ist das Teilsystem also nicht; das reflexive Recht funktioniert nur dann, wenn das politische System – hier über die Rechtsprechung – etwas nachhilft.

Bezeichnenderweise weicht die Rechtsprechung immer mehr auf die Generalklausel des § 9 AGB-Gesetz aus, auch in Fällen, wo man eigentlich eine Ziffer aus den Klauselverbotskatalogen anwenden könnte, denn die Klauselverbotskataloge erlauben nur, eine Klausel entweder uneingeschränkt zu verwerfen oder uneingeschränkt zu billigen, während die Generalklausel kompromißhafte Ergebnisse zwischen den Positionen der Parteien erlaubt. Hierin mag man ein Stück reflexives Recht in einem Teilsystem sehen: Dem Teilsystem wird nicht von außen ein fertiges Ergebnis aufoktroiert, sondern die unterschiedlichen Interessen, die innerhalb des Teilsystems vertreten werden, markieren die Pole, zwischen denen dann im Wege des Kompromisses die Rechtsprechung konfliktlichend eine Lösung findet.

Dies sei an einem Beispiel aus dem Reiserecht erläutert: Der VSV hatte die Konditionenempfehlung des Deutschen Reisebüro-Verbandes abgemahnt. Nach langwierigen Verhandlungen einigte man sich über die meisten Klauseln mit Ausnahme der Frage, ob die in der Branche übliche Vorauskasse zulässig ist. Der VSV klagte daraufhin und verlor den Prozeß in 1. Instanz<sup>110</sup>; es ist aber davon auszugehen, daß das Verfahren bis zum BGH weiterbetrieben wird. Wie soll der BGH nun entscheiden? Er könnte sich auf § 11 Nr. 2 AGB-Gesetz stützen, der das Zug-um-Zug-Prinzip des § 320 BGB unabdingbar macht, aber dann könnte er die Vorauszahlungspraxis entweder nur vollständig ablehnen oder vollständig für legal erklären, je nachdem ob er § 11 Nr. 2 für gegeben hält oder nicht<sup>111</sup>. Er müßte also einer Seite eine vollständige Niederlage beibringen. Zieht er sich hingegen auf die Generalklausel zurück<sup>112</sup>, kann er den Streit kompromißhaft beenden. Er könnte eine vollständige Vorauszahlungspflicht verwerfen, aber Teilvorauszahlungsklauseln für zulässig erklären.

Man kann also die These aufstellen, daß die Materialisierung des Vertragsrechts dank der §§ 9 und 13 AGB-Gesetz ihren Fortgang über prozedurale Normen nimmt. Die Geschichte der Materialisierung des Vertragsrechts war nicht die einer Zunahme interventionistischer Normen, sondern die der AGB-Kontrolle: Es wurde in autonome Teilsysteme mehr oder weniger – meist mehr – behutsam eingegriffen

110 LG Frankfurt, NJW 1985, 149.

111 Nach meiner Ansicht ist sie einschlägig, Tonner, DB 1980, 1629.

112 Wofür viele Literatursummen plädieren, vgl. die Nachweise bei Tonner, NJW 1985, 111.

und ihnen – nicht zuletzt in ihrem eigenen Interesse – Umweltverträglichkeit imputiert, d. h. im Teilsystem Wirtschaft wurde die stärkere Seite gezwungen, diejenige Rücksicht auf die schwächere Seite zu nehmen, die gleichermaßen in seinem eigenen Interesse wie dem des Gesamtsystems erforderlich ist. Anders ausgedrückt: Der Stand der Vergesellschaftung erfordert eine Qualität von Vertragsrecht, die sich unter Bedingungen liberaler Marktsteuerung nicht von allein einstellt. Direkte Intervention würde das Ziel verfehlen. Statt dessen fördert der Staat einen Kollektivierungsprozeß in den jeweiligen Teilsystemen, unterstützt den strukturell schwächeren Teil des Teilsystems (»Ersatzkollektivierung« i. S. von Micklitz<sup>113</sup>, »künstliche Organisationen« i. S. v. Teubner<sup>114</sup>) und stellt ein Austarierungssystem (Verbandsklagebefugnis mit judizieller Entscheidung) zur Verfügung.

Die Beobachtung der Existenz prozeduraler Normen im Verbraucherrecht ist auf ein Beispiel gestützt, nämlich das Vertragsrecht. Es kann hier nicht untersucht werden, ob dieser Befund auf andere Teilgebiete des Verbraucherrechts übertragbar ist, aber es spricht doch einiges dafür, z. B. im Wettbewerbsrecht. Im UWG findet sich eine dem AGB-Gesetz analoge Konstruktion, nämlich eine Verbandsklagebefugnis gem. § 13 UWG, die auch dem VSV zusteht, und eine Generalklausel im § 1 UWG. Auch das GWB weist zahlreiche generalklauselartige Begriffe auf, die es dem Bundeskartellamt erlauben, durch die Vorfeldwirkung dieser Normen auf dem Verhandlungswege zu Lösungen zu kommen<sup>115</sup>. Aber gleichzeitig zeigen diese beiden Beispiele, daß der Einsatz prozeduraler Normen allein noch keine Verbesserung der Rechtsstellung des sozial Schwächeren bedeutet. Beim UWG ist die zur verbraucherpolitischen Effektivierung dieses Gesetzes erforderliche Reform gescheitert<sup>116</sup>, und beim GWB stellt sich die Frage, welches Verhandlungspotential im Vorfeld ein Gesetz ermöglichen soll, dessen Implementation weitgehend in symbolischer Politik stecken bleibt<sup>117</sup>.

#### 4.2. Grenzen der prozeduralen/reflexiven Rechtskategorie

Gibt die Entdeckung zunehmender prozeduraler/reflexiver Elemente im Verbraucherbereich Anlaß zu der Forderung, zur Erreichung allgemein anerkannter wohlfahrtsstaatlicher Ziele traditionell interventionistische Normen forciert durch prozedurale/reflexive Normen auszutauschen? Um die Antwort vorwegzunehmen: Ja, aber die Effektivität von Verbraucherrecht wird nicht auf dieser Ebene entschieden.

Unsere Beobachtungen bestätigen nicht nur Wiethölters Entdeckung der prozeduralen Rechtskategorie, sondern auch seine Zweifel an der Möglichkeit »selbstreferentieller« Steuerung der Teilsysteme. Die Zweifel werden bestärkt durch die Feststellung in Reichs FTC-Studie, daß die Delegation der Entscheidungsfindung im FTC-Act auf ein Verfahren vor der FTC nicht komplexitätsreduzierend, sondern eher streitverschärfend wirkte<sup>118</sup>. Das politische System, bei Teubner/Willke nur ein dezentrales Teilsystem unter anderen, wird zwar von der Detailregulierung aller

113 Micklitz (oben N. 30) 112.

114 Teubner, *Reflexives Recht* (oben N. 1).

115 Allgemein dazu Gorthold/Vieth, in: Gessner/Winter (oben N. 2); speziell zu einem der letzten informell abgeschlossenen Verfahren Pactow, WRP 1985, 257 ff. (Euglucon).

116 Vgl. oben N. 6.

117 Zur Preismißbrauchsaufsicht vgl. Spieß (oben N. 34), zur Fusionskontrolle am Beispiel des Texaco-Zerfalls-Verfahrens Pactow/Tonner, WuW 1984, 781 ff.

118 Reich, *Staatliche Regulierung* (oben N. 62) 99 ff.

möglichen Vertragstypen entlastet, die einem »Entdeckungsverfahren Praxis« im Sinne von Joerges überantwortet werden, ihm wachsen aber zahlreiche andere Aufgaben zu, die bei Teubner/Willke nicht auftauchen:

- Wieso gibt es stärkere und schwächere Teilsysteme?
- Wer entscheidet, welche Teilsysteme strukturell schwächer sind?
- Wer entscheidet, welche Teilsysteme in welchem Maß einen künstlichen Ausgleich für ihre Schwächen brauchen?
- Wer entscheidet, wo »künstliche Organisationen« im Sinne von Teubner zu installieren sind?
- Wer entscheidet, welche Teilsysteme an welchen Austarierungsprozessen zu beteiligen sind?
- Wer entscheidet, welches Instrumentarium in den Austarierungsprozessen eingesetzt wird?
- Wie sollen alle diese Entscheidungen ohne gesamtgesellschaftliche Zielvorstellungen möglich sein?
- Wer ist das handelnde Subjekt in dem Teilsystem »Politik«, das all das leisten soll?

Diese Fragen deuten auf einige allgemeinere Schwierigkeiten des systemtheoretischen Ansatzes, insbesondere auf das Ausblenden des Machtaspekts<sup>119</sup>. Über die Strukturen konkreter Teilsysteme macht er keine Aussagen, über die Zusammenhänge von Arbeit, Produktion und Konsum erfahren wir nichts. Diese Theorie läßt sich auf solche Fragestellungen auch nicht »herunterkonkretisieren«.

Etwas hilfreicher erscheint mir der Wiethölter'sche Ansatz. Das, was der systemtheoretische Ansatz zu bieten hat, nämlich die Einsicht in die Dysfunktionalität herkömmlich-interventionistischer Regulierungen, wird von ihm unter der Formel »nicht Gewährleistungen, nicht Gewährungen, sondern Bedingungen der Möglichkeit solcher Gewährleistungen und Gewährungen« aufgenommen. Über systemtheoretisches Denken hinaus führt aber der Hinweis auf die »Produktion« als politisch-ökonomische Sphäre der Gesellschaft und die Notwendigkeit eines Konsenses über Vorstellungen und Verwirklichungen eines möglichen besseren Zustandes<sup>120</sup>. Natürlich schimmert hier der Habermas'sche Diskurs durch<sup>121</sup>. Was auch immer man gegen Habermas kritisch einzuwenden hat, es besteht immerhin die Möglichkeit, die Kategorie der Macht zu erfassen, während systemtheoretische Ansätze sie gleichsam wegabstrahieren.

In dem Verrechtlichungsbeitrag hat Teubner sich diesem Problem gestellt. Am Beispiel des GWB wird konzediert, daß Durchsetzungsprobleme etwas mit Machtasymmetrien zu tun haben können. Aber die Machtfrage gehört für Teubner allenfalls auf den zweiten Platz. Das »tieferliegende« Problem bestehe darin, »daß Regulierungsbereiche mit Indifferenz reagieren, wenn ... die Relevanzkriterien des gesellschaftlichen Selbststeuerungsmechanismus verfehlt [werden].« Hierauf einfach nur die Machtressourcen (des Kartellamts etwa) zu verstärken, könne statt zur gesuchten strukturellen Koppelung auch zur Desintegration führen<sup>122</sup>. Daß »strukturelle Koppelung« deswegen verfehlt werden kann, weil bei der Selbststeuerung der Teilsysteme Macht im Spiel ist, kommt Teubner nicht in den Sinn. Richtiger scheinen mir bestimmte Positionen in der Implementationsforschung zu sein – die

119 Speziell zu diesem Aspekt Reich, in: Festschrift Wassermann (oben N. 1).

120 Wietholter, Vortrag (oben N. 2) 8 f. Zur Differenzierung von Prozeduralisierung und reflexivem Recht vgl. auch Joerges in: Festschrift Wassermann (oben N. 1).

121 Habermas, Legitimationsprobleme (oben N. 60) 27 ff.

122 Teubner, Verrechtlichung (oben N. 1) 320.

Teubner von seinem Standpunkt aus folgerichtig kritisiert<sup>123</sup> – , die die Notwendigkeit »struktureller Koppelung« zwar anerkennen, aber als ein technisches Effektivitätsproblem auffassen<sup>124</sup>.

K. Plett hat zutreffend darauf hingewiesen, daß mit dem systemtheoretischen Ansatz sich vor allem zwei Phänomene nicht erklären lassen: zum einen die Dominanz bestimmter Teilsysteme über andere, zum andern die Herausbildung hierarchischer Strukturen in den Teilsystemen<sup>125</sup>.

Mit Reich ist daran festzuhalten, daß Macht und Materialisierung des Rechts nicht auseinanderzuidividieren sind. »[Materialisiertes Recht] nimmt zugunsten des Schwächeren Partei. Es kritisiert die Behauptung, daß formales Recht Macht ... neutralisieren kann. Materialisiertes Recht im sozialstaatlichen Kontext nimmt an Macht Anstoß und versucht – häufig erfolglos – dessen Kompensation.«<sup>126</sup>

Materialistische Erklärungen für die Stellungen des Verbrauchers im Beziehungsfeld Arbeit – Produktion – Konsum, wie sie Reich<sup>127</sup>, Reifner<sup>128</sup> und ich<sup>129</sup> in den 70er Jahren vorgelegt haben, sind als Konzepte für die Zielformulierung in Verbraucherpolitik und -recht durch die modernen Selbstregulierungsüberlegungen nicht aus den Angeln gehoben worden. Bei der Analyse des Scheiterns (verbraucher)politischer Programme kann man das jeweilige politische Kräfteverhältnis nicht einfach abtun und alles auf verfehlte »strukturelle Koppelung« schieben. Nur darf man auch nicht den umgekehrten Fehler begehen und an der gegenwärtigen Selbstregulierungsdebatte vorbeigehen. Für die instrumentelle Ebene hat sie uns sehr wohl etwas zu sagen. Die Restriktionen, die der Verbraucherpolitik – wie anderen Bereichen auch – entgegenstehen, sind vermutlich einer Gemengelage von politischen Gegenbewegungen und verfehlter »struktureller Koppelung« geschuldet. Anders ausgedrückt: Das Verfehlen der »strukturellen Koppelung« ist nicht (nur) auf das Fehlen des Steuerungswissens der politischen Akteure zurückzuführen, sondern eben auch darauf, daß Teilsysteme nicht nur horizontal vernetzt sind, sondern hierarchisch gegliedert<sup>129a</sup>.

Die Theorie von der doppelten Instrumentalität des Wirtschaftsrechts wird m. E. sowohl durch die vorgefundene Realität als auch durch Teile der Teubnerschen Begrifflichkeit bestätigt: Direkte, platt marktinterventionistische Maßnahmen verfehlen die »strukturelle Koppelung«, weil sie die durch die Autonomie der Teilsysteme begründete Widerstandsfähigkeit derselben nicht in Rechnung stellen. Nur dort, wo Recht in die Organisation von Marktprozessen eingreift, spricht ihnen zwar die Spielregeln vorgibt, aber die Autonomie der Teilsysteme respektiert, kann es erfolgreich sein, nicht aber dort, wo es sich gegen die Marktprozesse wendet, spricht die »Selbstreferenz« nicht respektiert. Das bedeutet letztlich, daß das System nicht wider die Marktlogik zu steuern ist; man kann es gleichsam nur mit seiner eigenen (Markt-)Logik überlisten.

Wir halten daran fest, daß prinzipiell die staatliche Regulierung im Verbraucherbereich notwendig ist und die Frage nach herkömmlich interventionistischem oder prozeduralem Recht demgegenüber eine zwar wichtige, aber logisch nachrangige

123 Teubner, Verrechtlichung (oben N. 1) 326.

124 Erwa Mayntz, Implementation politischer Programme, Bd. I (1980).

125 Plett, in: ZERP MAT 4 (oben N. 1) 215 ff.

126 In: Festschrift Wassermann (oben N. 1) III 6.

127 ZRP 1974, 187 ff., insbesondere 189 f.; Reich/Tonner/Wegener (oben N. 60) 19 ff.; Reich, Markt und Recht (oben N. 31) 190 ff.

128 Alternatives Wirtschaftsrecht am Beispiel der Verbraucherverschuldung (1979) 407 ff.; ders., ZVP/JCP 3 (1978) 203 ff.

129 DuR 1975, 119 ff.; ders., ZVP/JCP 4 (1979) 252 ff.

129a Plett (oben N. 125).

Frage nach den geeigneten Mitteln ist<sup>130</sup>. Der Staat nimmt sich dieser Aufgabe allen marktradikalen Politikerreden zum Trotz auch heute noch an, wenn auch nur über die Rechtsprechung. Immerhin reicht es noch, wie wir oben festgestellt haben, zu einer einzelvertragsbezogenen Preiskontrolle in den sozial besonders prekären Bereichen Kredit und Wohnen, geht also bis hart an die Grenze dessen, was noch als marktkonform zu bezeichnen ist. Wichtiger als die gewiß nicht unwichtigen Erkenntnisse über geeignete Steuerungsmittel in komplexen Gesellschaften scheint mir die Beobachtung zu sein, daß es marktkonforme Staatsintervention allen politischen Konjunkturen zu Trotz stets gegeben hat, während marktsubstituierende Eingriffe stets an den Systemgrenzen aufgelaufen sind. Auch Wiethölter's Bemerkung über positive Krisentheorien<sup>131</sup> findet hier ihre Grenzen: Bei aller Dauerhaftigkeit und Überlebensfähigkeit des bestehenden Systems kann ich nicht erkennen, wo und wie seine Lernfähigkeit über Marktlogik hinauszugehen vermag.

### 5. *Schlußbemerkung*

Wir haben gesehen, daß marktkonformer Verbraucherschutz unabhängig von politischen Konjunkturen sich voranbewegt, während marktsubstituierende Maßnahmen an der Resistenzfähigkeit des Teilsystems »Wirtschaft« auflaufen. Die Teubnersche Begrifflichkeit hilft hier ein Stück weiter, weil sie darauf hinweist, daß nur solche Maßnahmen Erfolg haben können, die die Autonomie der Teilsysteme in Rechnung stellen. Sie hat dort ihre Grenzen, wo es um die Frage hierarchischer Vernetzung und von Machtasymmetrien geht. Hier kommt es letztlich darauf an, die strukturelle Schwäche von Teilsystemen oder Teilen von Teilsystemen auszugleichen. Dieses Problem führt auf die Frage der Organisation von Verbraucherinteressen. Wie kann Recht Verbraucherinteressen so organisieren, daß sie Durchsetzungschancen gegenüber Anbieterinteressen haben? Diese Frage, die sich als Resümee aus den hier angestellten Überlegungen ergibt, kann hier nur noch gestellt, aber nicht mehr beantwortet werden<sup>132</sup>.

<sup>130</sup> Im Ergebnis ähnlich für das Verbraucherrecht auf EG-Ebene Bourgoignie, JCP 7 (1984) 307 ff.

<sup>131</sup> Wiethölter, Vortrag (oben N. 2).

<sup>132</sup> Einen Versuch, zwischen der Skylla der nicht erfolgenden Selbstorganisation und der Charybdis des Staatsinterventionismus hindurchzusegeln, stellt das Projekt »Neue Formen der Verbraucherrechtsberatung«, durchgeführt unter Leitung von Udo Reifner an der VZ Hamburg, dar. Die Projektergebnisse sind jedoch noch nicht veröffentlicht. Zum Projektansatz vgl. Reifner/Adler, ZVP/JCP 5 (1981) 346 ff.