

German Working Papers in Law and Economics

Volume 2004

Paper 18

Kommentar zu Georg von Wangenheim: Wie kommt es zu umfangreichem Sozialschutz im Zivilrecht?

Peter Mankowski
Universität Hamburg

Abstract

Wie kommt es zu umfangreichem Sozialschutz im Zivilrecht? - Kommentar zu *Georg v. Wangenheim*

VON

Peter Mankowski

A. Einleitung

Das Referat nimmt die vorgegebene Frage ganz wörtlich. Es fragt nach den Entstehungsgründen und Entstehungsvoraussetzungen für Sozialschutz im Zivilrecht und versucht diese zu systematisieren. Dabei wendet es sein Augenmerk der tatsächlichen Entstehung zu.¹ Es wirft sozusagen einen Blick in die Werkstätten der Rechtssetzer und Rechtsschaffenden. Es verliert sich nicht darin, den vielen Beiträgen über innere Gründe und Rechtfertigungen z.B. für vertraglichen Verbraucherschutz² einen weiteren hinzuzufügen. Als Korreferent und Kommentator lässt man sich auf diese Pfadabhängigkeit gern ein, denn sie verspricht einiges an Innovationspotenzial. Als juristischer Korreferent kann man allerdings kaum umhin, exemplarisch und damit pointillistisch, ja manchmal fast anekdotisch vorzugehen, indem man die abstrakt analysierten und systematisierten Entstehungsbedingungen für Sozialschutz im Zivilrecht an konkreten Beispielen zu belegen oder zu erschüttern sucht. Es geht gleichsam um die Probe aufs Exempel.

B. Public choice

I. Mieterschutz als Beispiel

Public choice dürfte sich am deutlichsten für den Mieterschutz nachweisen lassen. Die Mehrheit der Bevölkerung und damit der Wählerschaft besteht aus Mietern. Es geht um die Befriedigung eines vitalen Grundbedürfnisses. Wer hier als gestaltender Politiker versagt, muss den Zorn seines Wahlvolks fürchten. Eben weil es um ein vitales Bedürfnis geht, ist es täglich präsent. Daher ist es weniger wahrscheinlich, dass Versäumnisse oder Belastungen in Vergessenheit geraten. Zudem ist in Deutschland der Organisationsgrad von Mietern (genauer: die Zahl von Interessenwahrern und Interessenvertretern für Mieter) traditionell hoch. Des Weiteren sind die Volumina hinreichend groß und ist die Zahl der Wiederholungsspiele (auch auf dem Sekundärmarkt für Beratungsleistungen) so groß, dass es sich für einen Teil der Anwaltschaft lohnt, sich als „Mieteranwälte“ zu spezialisieren. Das Gewicht der Mieterorganisationen wiederum ist groß genug, dass sich an deren Spitze Politiker stellen. Dass der Deutsche Mieterbund jahrzehntelang von einem ehemaligen Bundesjustizminister geführt wurde³ und heute von einer ehemaligen Bundesministerin und Vizepräsidentin des Deutschen Bundestages geführt wird,⁴ sei deutlichster Beleg. Im übrigen dürfte es kein Zufall gewesen, dass beide

¹ Vgl. auch allgemein Schäfer, H.-B., Entwicklung und Begründung von Schutznormen im Vertragsrecht, German Working Papers in Law and Economics, 2001.

² Kritisch etwa van den Bergh, R., Wer schützt den europäischen Verbraucher vor dem Brüsseler Verbraucherschutz? – Zu den möglichen adversen Effekten der europäischen Richtlinien zum Schutze des Verbrauchers, 1997, S. 77; Schäfer, H.-B., Grenzen des Verbraucherschutzes und adverse Effekte des Europäischen Verbraucherschutzes, 2000, S. 559.; außerdem z.B. Grundmann, S., Das Thema Systembildung im Europäischen Privatrecht, 2000, S. 284; Haupt, S., An Economic Analysis of Consumer Protection Law, German Law Journal 4 (11).

³ Gerhard Jahn war 1969-1974 Bundesminister der Justiz und 1979-1998 Präsident des Deutschen Mieterbundes.

⁴ Anke Fuchs war 1982 Bundesministerin für Jugend, Familien und Gesundheit und 1998-2002 Vizepräsidentin des Deutschen Bundestages (sowie 1987-1991 Bundesgeschäftsführerin der SPD).

Verbandspräsidenten der SPD angehör(t)en und parallele Jahrzehnte lang für diese Partei Mitglied des Deutschen Bundestages waren.⁵

II. Organisierbarkeit der Schutzprofiteure

Zu recht wirft das Referat aber generell die Frage auf, inwieweit die Schutzprofiteure organisiert werden können. Die Mieterorganisationen in Deutschland sind nur ein Beispiel. Die Gewerkschaften sind ein weiteres. Der Einfluss der Verbraucherverbände, genauer: der Verbraucherzentralen wächst. Allerdings ist er immer noch steigerungsfähig. Zudem hängen die Verbraucherzentralen in Deutschland am öffentlichen Finanztopf. Sie sind am ehesten Interessenvertreter der Verbraucher. Zugleich zeigen sie aber ein denkbares Modell: Verbraucherzentralen sind unabhängig von einer Mitgliederstruktur. Sie sind keine Verbrauchervereine. Daher haben sie nicht mit der Organisation und Bündelung von Individualinteressen, zu der angesichts eines nicht immer direkten Nutzens eher schwache Anreize bestehen. Verbraucherzentralen sind gleichsam als Wahrer eines öffentlichen Interesses installiert. In dieser Stärke liegt zugleich die Schwäche begründet, von öffentlichen Zuschüssen abhängig zu sein und sich nicht aus Mitgliederbeiträgen selber tragen zu können.

In Einzelfällen gelingt es, für bestimmte Produktmärkte zumindest einen Teil der Nachfragerinteressen zu organisieren. Prominent sind die Märkte, auf denen die ehemaligen Staatsmonopolisten tätig sind. Telekom, Post und Bahn stehen Vereinigungen von Telekom-, Post- und Bahnnutzern gegenüber. Ob diese Vereinigungen repräsentativ sind, spielt keine Rolle. Sie sind insoweit Repräsentanten, als sie angehört werden und an eventuellen Reformrunden teilnehmen. Sie bilden immerhin Gesprächspartner. Wegen der Prominenz und Größe dieser Unternehmen und wegen des fortbestehenden Anteilsbesitzes des Staates bietet sich außerdem eine gute Zielscheibe für öffentliche Kritik. Diese wird in den Medien gern aufgenommen. Es dürfte müßig sein, an die diversen Presseberichte über Pannen und Versäumnisse bei der Deutschen Bahn AG zu erinnern. Dem Staat kommt als Mehrheitseigner und ehemaligem Träger des Monopolisten eine besondere Regulierungsaufgabe zu. Spontane Emanation von Kundeninteressen ersetzt zu einem erheblichen Teil institutionelle Organisation. Interessenorganisation heißt nicht notwendig, dass ein gezieltes Zusammenwirken einer Vielzahl von Schutzprofiteuren eine Institution zur Interessenwahrung generieren müsste, die laufenden Einfluss zu gewinnen versuchte. Dem korrespondiert, dass der Staat seine Regulierungsaufgabe weniger durch Gesetze, sondern vielmehr informell über seine Rolle als bestimmender Anteilseigner wahrnimmt. Die Preisreform der Bahn wurde nicht per Gesetz korrigiert, sondern per Entscheidung der Unternehmensorgane, auf die massiver politischer und medialer Druck ausgeübt worden war.

III. Beispiele für Durchsetzungsstärke unternehmerischer Lobbies

Andererseits haben sich Organisationsgrad und Stärke unternehmerischer Lobbies in der Geschichte des Verbraucherschutzrechts etliche Male deutlich bemerkbar gemacht. Als Beispiel seien die Versicherungs- und die Kreditwirtschaft genannt. Beide sind vergleichsweise homogene und oligopolistische Branchen mit hohen Markteintrittskosten. Beide sind gut organisiert. Welche Erfolge können sie verzeichnen? Auf der deutschen Ebene ist zuvörderst die Ausnahme der Versicherungsverträge vom sachlichen Anwendungsbereich des Haustürgeschäftrechts zu nennen. Dies ist um so bemerkenswerter, als Versicherungsprodukte für „Drückervertrieb“ an der Haustür typische Produkte waren und sind. Der Erfolg war um so größer, als das Versicherungsvertragsrecht bis 1990 kein Widerrufsrecht des Versicherungsnehmers enthielt. Von 1987 bis 1990 profitierte die Branche also in Deutschland von ihrem Lobbying-Erfolg in größtem Maße. In anderen Mitgliedstaaten der EG mag die zeitliche Er-

⁵ Anke Fuchs war 1980-2002 MdB, Gerhard Jahn war 1957-1990 MdB.

folgsdimension gar bis heute anhalten, soweit diese nicht in ihrem nationalen Versicherungsvertragsrecht die Schutzlücke des europäischen Vertriebsrechts geschlossen haben.

Auf der europäischen Ebene ist die Ausnahme für Finanzdienstleistungen in Art. 3 Abs.1 i.V.m. Anhang II der Fernabsatzrichtlinie⁶ hervorzuheben.⁷ Gerade bei einem Produktbereich, der sich für Fernabsatz besonders eignet und der wegen der Produktkomplexität bessere Darstellungsmöglichkeiten namentlich im Internet besonders gut einsetzen kann, wurde die Fernabsatzrichtlinie nicht durchgesetzt. Es dauerte mehr als fünf Jahre, bis die spezielle Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen endlich geschaffen war. So lange schaffte es die Bankwirtschaft erfolgreich, sich gegen eine zusätzliche Regulierung zu wehren. Selbst bei der Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen⁸ konnte sie zudem eine Besonderheit durchsetzen: Das erste Mal in der Geschichte des europäischen Verbraucherschutzrechts etabliert eine Richtlinie nicht nur ein Mindestschutzniveau, sondern zugleich ein Maximalschutzniveau.⁹ Es handelt sich um die erste vollharmonisierte Richtlinie im Verbrauchervertragsrecht. Sie lässt den Mitgliedstaaten keinen Spielraum, über das Schutzniveau der Richtlinie hinauszugehen und mehr Verbraucherschutz zu gewähren. Der Bankwirtschaft ist es also gelungen, den Sozialschutz auch nach oben begrenzen zu lassen. Gleiches scheint im nächsten Schritt für das Verbraucherkreditrecht bevorzustehen.¹⁰ Allerdings sind dagegen Widerstände im Europäischen Parlament erwachsen.¹¹

Eine mit Vorsicht zu betrachtende Sonderrolle spielen auch öffentliche Unternehmen, zu deren Gunsten etliche Ausnahmen von Verbraucherschutzregimes bestehen.¹² Services publics und Dienste der Daseinsvorsorge mögen in gewissem Umfang eine Sonderrolle verdienen, aber trotzdem ist ein Einfluss der Eigentümerinteressen der Staaten keineswegs auszuschließen.

C. Die europäische Dimension

I. Bestandsaufnahme: nationale und europäische Wurzeln im Verbraucherschutzrecht

⁶ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG 1997 L 144/19.

⁷ Ebenso z.B. Weatherill, S., *Justifying Limitis to Party Autonomy in the Internal Market*, 2001, S. 182.

⁸ Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, ABl. 2002 L 271/16, dazu u.a. Brandl, E./Hohensinner, E., *Finanzdienstleistungen im Fernabsatz*, ÖBA 2003, S. 52.; Kalkman, W.M.A./ Rijkels, J.J., *Europese Richtlijn verkoop op afstand van financiële diensten en de betekenis daarvan voor het Nederlandse verzekeringsbedrijf*, 2003, S. 8; Lachmair, S., *Was bringt die neue Fernabsatz-Richtlinie betreffend Finanzdienstleistungen für Verbraucher?*, RdW 2003, S. 184; Winkler, M., *La commercializzazione a distanza di servizi finanziari e la tutela ai consumatori: la direttiva n. 2002/65/CE*, *Dir. comm. int.* 2003, S. 537; Paracampo, M.-T., *La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari e la tutela del consumatore*, *Nuova giur. civ. comm.* 2003 II 382; Van Huffel, M., *La directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance des services financiers*, 2003, 345.

⁹ Siehe Erwägungsgrund (13) RL 2002/65/EG und das Fehlen einer Mindestschutzklausel.

¹⁰ Siehe Art. 30 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Kredit an Verbraucher, von der Kommission vorgelegt am 11.9.2002, ABl. 2002 C 331/200; zu dem Vorschlag Danco, A., *Die Novellierung der Verbraucherkreditrichtlinie*, WM 2003, S. 853; Rohe, M., *Privatautonomie im Verbraucherkreditrecht wohin?*, BKR 2003, S. 267; Reifner, U., *Empfehlungen zum Vorschlag einer EU-Richtlinie für Konsumentenkredite*, VuR 2004, S. 11.

¹¹ Siehe den Vorschlag eines Art. 30 Abs. 5a nach dem Änderungsantrag 196 im Rechtsausschuss des Europäischen Parlaments; dazu Reifner, U., *Konsumentenkreditrichtlinie im Europaparlament – Zurück zu den Siebziger?*, VuR 2004, S. 85, 89.

¹² Micklitz, H.-W., *Zur Notwendigkeit eines neuen Konzepts für die Fortentwicklung der Verbraucherrechte in der EU*, VuR 2003, S. 2, 7.

Eine ganze Dimension ist zu v. *Wangenheims* Referat zu ergänzen, nämlich die europäische Dimension. Das heutige Verbrauchervertragsrecht ist in Europa nur selten nationalen Ursprungs. Vielmehr hat es seine Wurzeln in aller Regel in Europa. Die Bestandsaufnahme für das deutsche Recht etwa fällt so aus: Nationalen Ursprungs ist der Verbraucherschutz im Abzahlungsrecht, bei Fernunterrichtsverträgen und (noch¹³) durch KAGG und AuslInvestG. Europäischen Ursprungs ist der Verbraucherschutz im Haustürgeschäfte-, Verbraucherkredit-,¹⁴ Fernabsatz-, Timesharing- und Pauschalreiserecht sowie zukünftig beim Fernabsatz von Finanzdienstleistungen. Eine hybride Lage besteht im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, das seine wesentliche Konturen vor der europäischen Regulierung¹⁵ national enthielt und in dem die nationale deutsche Regulierung durchaus (wenn auch mit Abweichungen) wesentliches Vorbild der europäischen Regulierung war.¹⁶ Eine weitere Hybridlage besteht im Versicherungsvertragsrecht.

II. Nationale Einflüsse und europäische Kompromisse

Das europäische Verbrauchervertragsrecht beruht auf dem sogenannten Informationsparadigma.¹⁷ *Formalisme informatif* hat seine Wurzeln im französischen Recht,¹⁸ das sich insoweit in den 1930ern zu entwickeln begann und in den 1970ern kulminierte.¹⁹ Es wäre interessant zu untersuchen, weshalb ausgerechnet Frankreich Motor der Entwicklung war. Im europäischen Vereinheitlichungsprozess hat sich dann wesentlich Frankreich bei der Gestaltung des Verbrauchervertragsrechts durchgesetzt, sicherlich unterstützt durch den seit den späten 1960ern gewandelten Zeitgeist. Die europäische Ebene fügt der Rechtsschöpfung bei vereinheitlichenden und harmonisierenden Rechtsakten eine Dimension hinzu. Als Optionen stehen nämlich die Modelle der nationalen Rechtsordnungen zur Wahl. Jeder Staat wird zunächst das Modell seines eigenen Rechts bevorzugen und im Rat sowie zuvor informell über seine Beamten in der Kommission den anderen Staaten zur Übernahme vorschlagen. Im Erfolgsfall würde er nämlich seiner Volkswirtschaft Anpassungskosten ersparen und den nationalen Sekundärmarkt für Rechtsberatungsleistungen nicht aufstören. In der täglichen Beratungspraxis sich verzehrende Juristen schätzen es bekanntlich nicht sehr, sich auf neue und ungewohnte Rechtslagen einstellen zu müssen. Auch Ministerialbürokratien schätzen es nicht sehr, sich auf für sie gedanklich neue Konzepte umstellen zu müssen. Insoweit stehen hinter den nationalen Modellen die Staaten, und power-broking spielt eine große Rolle. Dies schlägt sich nicht zuletzt in Paketlösungen nieder, die oft Materien, die miteinander eigentlich in der Sache nichts zu tun haben, zusammenschüren und Kompromissen zuführen. Von einer Allianz aus hard core consumerists und supranationalists, deren unseligem Zusammenwirken das eu-

¹³ Änderungen stehen als Folge der Umsetzung der Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen bevor; siehe den Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen, BR-Drs. 84/04, auch abgedr. in: ZBB 2004, 75, dazu Knöfel, S., Auf dem Weg zu einem neuen Schuldrecht für den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen, ZGS 2004, S. 182, und zuvor den Referententwurf des Bundesjustizministeriums mit Besprechung Härting, N./ Schirmbacher, M., Fernvertrieb von Finanzdienstleistungen an Verbraucher: Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie für Finanzdienstleistungen, DB 2003, S. 1777.

¹⁴ Mit der Ausnahme des Widerrufsrechts aus § 495 BGB, früher § 7 VerbrKrG, für das es (noch) kein europäisches Vorbild gibt; siehe aber mit Blick auf die Zukunft Art. 11 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Kredit an Verbraucher, von der Kommission vorgelegt am 11.9.2002, ABl. 2002 C 331/200

¹⁵ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG 1993 L 95/29.

¹⁶ Kapnopoulou, E., Das Recht der missbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union, 1997, S. 66 f.

¹⁷ Wilhelmsson, Th., Private Law Remedies against the Breach of Informational Duties, 2003, S. 245.

¹⁸ Whittaker, S., The Reformulation of Contractual Formality, 2002, S. 210 f.

¹⁹ Terré, F./ Simler, P./ Lequette, Y., Droit civil – Les obligations, 7. Aufl. 1999, S. 243-246.

ropäische Verbrauchervertragsrecht als autopoetisches Unsystem entspringe,²⁰ zu sprechen ist jedenfalls übertrieben, wenn nicht schlichtweg eine Polemik.

Nationale Traditionen können wirtschaftsliberal sein (so namentlich in Großbritannien) oder auf starken Verbraucherschutz setzen (so namentlich in den skandinavischen Staaten). Geographischer Umfang und räumliche Zusammensetzung der EU, ja selbst die Besetzung der jeweiligen Präsidentschaft (die eigene nationale Vorstellungen in gewissem Umfang hintan stellen muss, um dem allseits gepflegten Bild eines „ehrlichen Maklers“ zu entsprechen) können so über den jeweiligen Umfang von Sozialschutz in der EU-Gesetzgebung mitentscheiden. Des weiteren verschiebt sich die Matrix, indem Interessengruppen in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich starken Einfluss auf die Formulierung der jeweiligen nationalen Position für die Verhandlungen auf europäischer Ebene nehmen können.²¹ Die Vielzahl der nationalen Interessen können Gesetzgebungsprozesse in der EU zudem verlängern und so eine zeitige Reaktion des Gemeinschaftsgesetzgebers auf (in einer Wettbewerbswirtschaft notwendig angelegte und legitime²²) Versuche von Unternehmen, die tatsächlichen Wirkungen bereits bestehender Regulierungen möglichst gering zu halten, stark verzögern und behindern.²³

D. Institutionelle Verfestigungen

Die europäische Ebene bietet zugleich ein Beispiel für die Eigendynamik einmal erreichter institutioneller Verfestigungen: Anwalt der Verbraucherinteressen ist eine eigene Generaldirektion „Gesundheit und Verbraucherschutz“ (SanCo). Diese Generaldirektion muss ebenso ständig ihre Existenzberechtigung nachweisen wie ihr Gegenspieler, die wesentlich von Unternehmensinteressen geprägte Generaldirektion „Binnenmarkt“. Sie muss Aktivitäten entfalten und Erfolge vorweisen. Ihre Spezialisierung drängt sie zu Ausweitung und Ausbau des Sozialschutzes.²⁴ Wenn sie insoweit nicht durchsetzungsstark und erfolgreich genug ist, droht ihre eigene Existenz bei zukünftigen Umorganisationen der EU-Kommission in Frage gestellt zu werden. Ihr institutionelles Eigeninteresse gesellt sich den Lobbyinteressen hinzu. Die zu ziehende Lehre lässt sich klar formulieren: Gelingt es, eine kritische Masse zu erreichen und eine Institution zu installieren, so verstärkt deren Existenzinteresse die Tendenz zum Sozialschutz. Allerdings bliebe noch die vorgelagerte Frage zu beantworten, wie und aus welchen Gründen es zunächst zu jener institutionellen Verfestigung gekommen ist. Zwei Erklärungsansätze dafür zeichnen sich im public choice-Bereich ab: Zum einen verlangt die steigende Zahl von Mitgliedstaaten nach neuen Kommissaren.²⁵ Zum anderen hat die EG früh eine Kompetenz für Verbraucherschutz, nicht aber eine für Zivilrecht allgemein angenommen. Dies schafft Anreize, EG-Recht über Verbraucherschutzgedanken zu installieren, um die eigene Bedeutung der EG im Widerspiel mit den Mitgliedstaaten zu erhöhen.²⁶

²⁰ So *Calliess, G.-P.*, Nach der Schuldrechtsreform: Perspektiven des deutschen, europäischen und internationalen Verbrauchervertragsrechts, AcP 203 (2003), S. 575, 591.

²¹ Näher *Schneider, G./ Baltz, K.*, Specialisation Pays Off: Interest Group Influence on EU Pre-Negotiations in Four Member States, JNPÖ 22 (2003), S. 243;

Schmidt-Trenz, H.-J., Specialisation Pays Off: Interest Group Influence on EU Pre-Negotiations in Four Member States, JNPÖ 22 (2003), S. 264.

²² *Hanson, J./ Logue, K.*, The Costs of Cigarettes: The Economic Case for Ex Post Incentive-Based Regulation, Yale Law Journal 108 (1998), S. 1163.

²³ Siehe *Howells, G.*, European Consumer Law – The Minimal and Maximal Harmonisation Debate and Pro Independent Consumer Law Competence, 2002, S. 73.

²⁴ Vgl. ansatzweise *van den Bergh, R.*, Towards a European Private Law: To Harmonise or Not to Harmonise, That is the Question, 2002, S. 337.

²⁵ Diskussionsbeitrag *Schmidtchen, D.* in diesem Band.

²⁶ Diskussionsbeitrag *Kirchner, C.* in diesem Band.

E. Sozialschutz und Richterrecht

I. Sozialschutz und institutionalisierte Spezialisierung von Spruchkörpern

Der richterrechtliche Sozialschutz (oder in den meisten Fällen genauer: die stärker sozial-schützende Auslegung von Gesetzesrecht durch Richter²⁷) vollzieht sich wesentlich dort, wo es spezialisierte Gerichtszweige oder zumindest feste Spezialzuständigkeiten gibt. Für Deutschland sind insoweit prominent zu nennen: einerseits die Arbeitsgerichtsbarkeit als spezialisierter Gerichtszweig und andererseits die Mietabteilungen der Amtsgerichte als feste Spezialzuständigkeit. Als Unterstützung sei angeführt, dass sich sonst kaum je die Anwaltschaft so deutlich in zwei antagonistische Lager spaltet, deren Anhänger immer nur für eine Seite des zugrundeliegenden Vertrages agieren und so gut wie nie zur anderen Seite wechseln, sei es auch nur für einen Fall („Arbeitgeberanwälte“ gegen „Arbeitnehmeranwälte“ oder „Gewerkschaftsanwälte“; „Vermieteranwälte“ gegen „Mieteranwälte“). Bei der Arbeitsgerichtsbarkeit kommt das Argument der institutionellen Verfestigung abgewandelt zum Zuge. Denn die Arbeitsgerichtsbarkeit hat ein Eigeninteresse an ihrer Fortexistenz als ein eigenständiger Gerichtszweig.

Spezialzuständigkeiten fördern jedenfalls eine bestimmte Perspektive. Als Beispiel sei der berühmte Konflikt insbesondere aus den frühen 1990ern zwischen dem IX. und dem XI. Zivilsenat über existenzgefährdende Bürgschaften genannt.²⁸ Der IX. Senat ist wesentlich für Insolvenzrecht zuständig, der relativ spät gegründete XI. Senat für Bankrecht. Das Bürgschaftsrecht aber war lange Zeit dem IX. Senat zugewiesen. Er erhob die alte Parömie „Den Bürgen sollst du würgen“ zu harscher Realität und ließ den eiskalten Wind der Privatautonomie aus dem 19. Jahrhundert²⁹ herüberwehen. Den Konflikt legte endgültig erst eine Änderung der Geschäftsverteilung bei, welche die Zuständigkeit für Bürgschaftssachen dem XI. Senat übertrug.³⁰ Spezialisierung muss also nicht zwingend den Sozialschutz fördern. Als weiteres Beispiel sei die Rechtsprechung des XI. Zivilsenats zur Abwicklung (oder besser: Nichtabwicklung) in Haustürsituationen geschlossener³¹ Realkreditverträge zur Finanzierung des Erwerbs überteuerter und inzwischen wertloser Immobilien (der sarkastisch so genannten „Schrottimmobilien“) genannt. Der XI. Zivilsenat weigert sich hartnäckig, Kreditvertrag und finanzierten Immobilienkaufvertrag als verbundene Geschäfte anzusehen.³² Vermutlich wird er infolge einer mutigen instanzgerichtlichen Vorlage³³ vom EuGH eines besseren belehrt

²⁷ Dazu sogleich E IV.

²⁸ IX. Zivilsenat: BGH 16.5.1991, NJW 1991, 2015; BGH 21.11.1991, NJW 1992, 1234; BGH 16.1.1992, NJW 1992, 896; BGH 24.2.1994, BGHZ 125, 206; BGH 24.2.1994, NJW 1994, 1341; BGH 5.1.1995, BGHZ 128, 230; BGH 30.3.1995, NJW 1995, 1886; BGH 13.7.1995, ZIP 1995, 1888; BGH 2.11.1995, NJW 1996, 513.

XI. Zivilsenat: BGH 22.1.1994, WM 1991, 313; BGH 24.11.1992, BGHZ 120, 272; BGH 26.4.1994, NJW 1994, 1726. Aus der Literatur: *Grün, B.*, Die Generalklauseln als Schutzinstrumente der Privatautonomie am Beispiel der Kreditmithaftung von vermögenslosen nahen Angehörigen, WM 1994, S. 713. *Pape, G.*, BGH-aktuell - Bürgschaftsrecht, NJW 1995, S. 1006. *Sostmann, U.*, Die Mitverpflichtung von Bürgen bei Grundschuldbestellungen, DNotZ 1995, S. 261; *Gernhuber, J.*, Ruinöse Bürgschaften als Folge familiärer Verbundenheit, JZ 1995, S. 1086; *Tiedtke, K.*, Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Bürgschaftsrecht seit 1990, ZIP 1995, S. 521; *Reinicke, D./Tiedtke, K.*, Bürgschaft und Wegfall der Geschäftsgrundlage, NJW 1995, S. 1449; aus heutiger Sicht *Zwade, Chr.*, Finanziell überfordernde Bürgschaften von GmbH (& Co.)-Gesellschaftern, sonstigen Beteiligten und nahen Angehörigen, GmbHR 2003, S. 141.

²⁹ So treffend *Honsell, H.*, Urteilsanmerkung, JZ 1989, S. 495.

³⁰ Zum 1.1.2001, siehe Geschäftsverteilungspläne des Bundesverfassungsgerichts, der obersten Gerichtshöfe des Bundes und des Bundespatentgerichts für das Geschäftsjahr 2001, BAnz. 2001 Beil. Nr. 72 a, 3-62.

³¹ Vornehm umschrieben für: im Drückervertrieb vermittelte.

³² Zuletzt BGH 16.9.2003, WM 2003, 2184; BGH 23.9.2003, WM 2003, 2186; BGH 28.10.2003, WM 2003, 2410 (dazu *Mankowski, P.*, Entscheidungsanmerkung, WuB IV D. § 3 HWiG 1.04.).

³³ LG Bochum 29.7.2003, WM 2003, 1609.

werden.³⁴ Sozialschützend ist diese Rechtsprechung aber (bisher) nicht. Die Wiederbegegnungswahrscheinlichkeit ist bei einer durchstrukturierten Branche für den Richter jedenfalls höher. Die Kreditwirtschaft ist beim Banksenat repeat player. Umgekehrt wird sich der Richter persönlich kaum in die Rolle des Kreditgebers hineinversetzen. Vielmehr würde näher liegen, dass er sich mit dem Kreditnehmer identifizierte, weil es weit wahrscheinlicher ist, dass er persönlich einen Kredit aufnehmen muss (namentlich für einen Hausbau) als dass er (zudem professionell) einen Kredit vergeben würde. Die keineswegs kunden-, sondern durchaus bankenfreundliche Rechtsprechung scheint indes zu indizieren, dass dies nicht geschieht.

II. Zuordnung von Richterrecht zum Sozialschutz: die Historie des AGB-Rechts als Beispiel

An einem scheinbar prominenten Beispiel sei andererseits gezeigt, dass es eine Definitionsfrage ist, ob Richterrecht dem Sozialschutz zugeordnet werden kann: Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat heute seine größere Bedeutung im B2C-Bereich. Dies ist weiter verstärkt durch § 310 Abs. 3 BGB³⁵ und die Tatsache, dass die einschlägige EG-Richtlinie³⁶ sich nur auf missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen erstreckt (und deshalb echtes Verbraucherschutzrecht ist³⁷). Darüber hinaus aber ist es wesentliche Regulierung in B2B-Beziehungen. Dort hat es richterrechtlich sogar seinen Ursprung genommen. Die Grundsatzentscheidungen des BGH, mit denen das deutsche AGB-Recht seinen Ausgangspunkt in § 242 BGB fand, ergingen seinerzeit zum rein kaufmännischen Seefrachtgeschäft.³⁸ Von einem typischen Ansatz speziell und spezifisch des Sozialschutzes im üblichen Sinn kann man dabei nicht sprechen.³⁹

III. Sozialschutz als Nebenprodukt richterlicher Politik auf der europäischen Ebene

Bevor das Gemeinschaftsprivatrecht im größerem Umfang Verbraucherschutzrichtlinien ausbildete, gab es seit den 1970ern Verbraucherschutzprogramme.⁴⁰ Obwohl diese Verbraucherschutzprogramme unverbindliches soft law waren, benutzte sie der EuGH in seinem Selbstverständnis als Motor des Gemeinschaftsrechts⁴¹ und erhob ihre Anerkennung zum Teil der Gemeinschaftspolitik und des Gemeinschaftsrechts.⁴² Der Verbraucher sollte der aktiven

³⁴ Näher *Staudinger, A.*, Urteilsanmerkung, GPR 2003/04, S. 22; *Rott, P.*, Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für die Rückabwicklung von Haustürgeschäften, VuR 2003, S. 409; *Fischer, N.*, „Heininger“ geht in die Verlängerung – oder das Wunder von „Bochum“ (?), VuR 2004, S. 8. Sehr kritisch zur BGH-Rechtsprechung die Stellungnahme der Europäischen Kommission in der Rs. C-350/03, abgedr. in: ZGS 2004, 98.

³⁵ Zur „Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen“ in diesem Sinne siehe insbesondere die gleichnamige Monographie von *Borges, G.*, Die Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen, 2000 (besprochen u.a. von *Mankowski, P.*, Buchbesprechung, WM 2001, S. 1354).

³⁶ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG 1993 L 95/29.

³⁷ Siehe nur *Micklitz, H.-W.*, AGB-Gesetz und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ZEuP 1993, S. 522, 524; *Ulmer, P.*, Zur Anpassung des AGB-Gesetzes an die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, EuZW 1993, S. 337, 338; *Grabitz, E./Hilf, M./Pfeiffer, Th.*, A 5 Vorbem. Rn. 24 (Mai 1999).

³⁸ BGH 27.10.1960, BGHZ 33, 364, 371 f.; BGH 2.2.1961, BGHZ 34, 216, 219; BGH 29.1.1968, BGHZ 49, 356, 363; zum Lagervertrag auch BGH 17.2.1964, BGHZ 41, 151, 154 f.

³⁹ Ebenso *Schäfer, H.-B.*, Theorie der AGB-Kontrolle, in: Konsequenzen wirtschaftrechtlicher Normen – Festschrift für Claus Ott zum 65. Geburtstag, 2002, S. 280, 306.

⁴⁰ Programm über Verbraucherschutz und Information, ABl. EG 1975 C 92/1 und ABl. EG 1981 C 133/1.

⁴¹ Zum Richterrecht des EuGH methodologisch zuletzt z.B. *Edward, D.*, Richterrecht in Community Law, 2003, S. 75; *Sacco, R.*, Concepts juridiques et création du droit communautaire par le juge, 2003, S. 81.

⁴² Zur Entwicklung *Micklitz, H.-W./Weatherill, S.*, Consumer Policy in the European Community: Before and After Maastricht, Journal of Consumer Policy 16 (1993), S. 293; *Kind, S.*, Die Grenzen des Verbraucherschutzes

Teilhabe am Binnenmarkt teilhaftig werden und dadurch von den Vorteilen des Gemeinsamen Marktes profitieren.⁴³ Das eigentliche Ziel war, die Entwicklung des Gemeinschaftsrechts voranzutreiben. Der EuGH mag dabei auch Stärkung und Ausbau seiner eigenen Rolle im Institutionengefüge im Auge gehabt haben.⁴⁴ Die primären Motive waren andere, als den Sozialschutz auszubauen. Der richterrechtliche Sozialschutz war nur Mittel zum Zweck und gleichsam Nebenprodukt richterlicher Politik. Die verbindliche Umsetzung dieser Politik oblag sowieso dem Gemeinschaftsgesetzgeber, der sich ihrer in der Folgezeit getreulich angenommen hat. Die großen Quantensprünge des europäischen Verbrauchervertragsrechts und insbesondere dessen heute typische Elemente (Informationspflichten, Widerrufsrecht mit cooling-off period,⁴⁵ halbzwingender Charakter) sind legislativer, nicht richterrechtlicher Natur.

IV. Umfang genuin richterrechtlichen Sozialschutzes in gesetzesbasierten Rechtsordnungen

1. Richterrecht, Gesetzesbindung und Instanzgerichte

Schließlich ist in Rechtsordnungen, die zentral auf Kodifikationen und geschriebenes Gesetzesrecht setzen, Vorsicht geboten bei der Annahme genuinen Richterrechts im sozialschützenden Bereich. Die Bedeutung von Richterrecht ist in common law-Rechtsordnungen naturgemäß größer. Hinzu treten die unterschiedliche prozessrechtliche Einbindung, fundamentale Unterschiede bei einigen prozessualen Instrumenten (pre-trial discovery, jury und American rule der Kostenverteilung fehlen in Europa). Vor allem darf man aber die gänzlich andere Sozialisierung von Richtern nicht außer acht lassen: Richter müssen sich in common law-Staaten des englischen Systems lange Jahre als Anwalt verdient gemacht haben, in den USA werden sie teilweise nach englischem System ausgewählt, teilweise aber direkt von der Bevölkerung gewählt werden, während sie in Kontinentaleuropa beamtenähnlich sind und Laufbahnen durchlaufen. Deshalb lassen sich alle US-amerikanischen Studien zur Effizienz und Bedeutung von Richterrecht nur mit großer Vorsicht und unter ständiger Kontrolle auf kontinentaleuropäische Rechte und insbesondere das deutsche Recht übertragen. In einem System grundsätzlich kodifizierten Rechts bewegt sich das Richterrecht vielmehr prinzipiell auf gesetzlicher Basis und steht im Wechselspiel mit den gesetzlichen Wertungen. Wieder sei das Mietrecht als Beispiel angeführt:⁴⁶ Man mag beklagen, dass Vermieter zumindest in erster Instanz vor den Mietabteilungen der Amtsgerichte kaum je gewinnen. Dies ist aber nicht auf genuines Richterrecht zurückzuführen. Vielmehr ist es auf die gesetzlichen Vorgaben und

durch Information, 1998, S. 52; *Martinek, M.*, Unsystematische Überregulierung und konstraintentionale Effekte im Europäischen Verbraucherschutzrecht – oder: Weniger wäre mehr, 2000, S. 512.

⁴³ Siehe EuGH 7.3.1990 – Rs. C-362/88, Slg. 1990, I-667, I-689 Rn. 18-19 – GB-INNO-BM/Confédération du commerce luxembourgeois; EuGH 18.5.1993 – Rs. C-126/91, Slg. 1993, I-2361, I-2389 f. Rn. 15, 17 – Schutzverband gegen Unwesen in der Wirtschaft e.V./Yves Rocher GmbH; EuGH 2.2.1994 – Rs. C-315/92, Slg. 1994, I-317, I-336 Rn. 15 – Verband Sozialer Wettbewerb e.V./Clinique Laboratories SNC u. Estée Lauder Cosmetics GmbH; EuGH 6.7.1995 – Rs. C-470/93, Slg. 1995, I-1923, I-1944 Rn. 24 – Verein gegen Unwesen in Handel und Gewerbe Köln e.V./Mars GmbH; zu allen als Bausteine des Verbraucherleitbilds im Gemeinschaftsrecht *Drexler, J.*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 53 f.

⁴⁴ Dazu allgemein *Voigt, S.*, Iudex calculat: The ECJ's Quest for Power, JNPÖ 22 (2003), S. 77; *Schäfer, H.-B.*, Iudex calculat: The ECJ's Quest for Power, JNPÖ 22 (2003), S. 102.

⁴⁵ Dazu insbesondere *Rekaiti, P./ van den Bergh, R.*, Cooling-Off Periods in the Consumer Law of the EC Member States – A Comparative Law and Economics Approach, Journal of Consumer Policy 23 (2000), S. 371; *Mankowski, P.*, S. 739 f. et passim.

⁴⁶ Ein weiteres Beispiel böte das Kündigungsschutzrecht, dessen wesentliche gesetzliche Ausgestaltung in Deutschland makroökonomische Größen in der Ausrichtung der deutschen Industrie auf Spezialisierung und hohe Kenntnisse der Arbeitskräfte widerspiegelt; siehe *Eger, T.*, Opportunistic Termination of Employment Contracts and Legal Protection against Dismissal in Germany and the USA, Int. Rev. L. & Econ. 23 (2004), S. 381, 399.

Wertungen zurückzuführen. Ein weiteres Beispiel mögen die instanzgerichtlichen Entscheidungen bieten, die Versuchen des Gebrauchtwagenhandels, über fast manipulative Beschreibungen der Soll-Beschaffenheit („Schrott“, „Bastlerfahrzeug“) dem kaufrechtlichen Fehlerbegriff und dem Verbrauchsgüterkaufrecht zu entkommen, einen Riegel vorschoben.⁴⁷

Amtsgerichte sehen nicht wesentlich über ihren Sprengel hinaus, und die Arbeitsbelastung ihrer Abteilung (insbesondere der Mietabteilungen) ist so groß, dass sie sich mit gezielter Rechtsentwicklung gar nicht befassen können. Das einzelne Amtsgericht will keine Rechtsfortentwicklung. Seine einzelnen Abteilungen wollen höchstens eine einheitliche Rechtsprechung des Amtsgerichts. Bildlich gesprochen: Über die eigene Gerichtskantine und das Gespräch mit den Kollegen des eigenen Gerichts reicht die Koordinationsleistung auf dieser Ebene (zumeist) nicht hinaus. Zu mehr reicht auch die Autorität eines einfachen erstinstanzlichen Gerichts nicht. Zum bestätigenden Vergleich: In England bildet sich common law-Richterrecht auch nicht bei den County Courts, mangels übergreifender Autorität und mangels Publikation der Entscheidungen.⁴⁸

2. Respekt vor dem Gesetzgeber und richterliche Zurückhaltung

Der Respekt vor dem Gesetzgeber und vor der Gewaltenteilung, in Deutschland zudem in vielen Fällen die Wesentlichkeitsdoktrin für grundrechtsrelevante Sachverhalte, bindet Richter in einem gesetzesbasierten System und kann ihnen aus ihrem Selbstverständnis heraus Zurückhaltung gebieten gegenüber Schritten, die große Umwälzungen nach sich ziehen könnten.⁴⁹ Solche Schritte überlassen und überantworten Richter gern dem Gesetzgeber, insbesondere wenn sie deren weitere Konsequenzen nicht voll überblicken können oder für volkswirtschaftlich sehr bedeutsam halten.⁵⁰ Wirtschafts- und sozialpolitische Gestaltung ist jedenfalls kein zentrales Anliegen der deutschen Zivilgerichte. Herausragendes Beispiel für judicial self-restraint aus jüngster Zeit ist die Ablehnung einer Analogie zu § 505 BGB für Ratenleistungsverträge jenseits der Lieferung beweglicher Sachen durch den BGH.⁵¹ Den Anforderungen einer modernen Informations- und Dienstleistungsgesellschaft wird dies nicht mehr gerecht und führt zu ineffizienter Ungleichbehandlung von Waren und Dienstleistungen.⁵² Trotzdem hat der BGH die richterrechtliche Einbeziehung von Dienstleistungen in das betreffende Verbraucherschutzregime als außerhalb seiner Kraft und Kompetenz liegend verweigert und die Frage dem Gesetzgeber überantwortet.⁵³

V. Richterrechtlicher Sozialschutz und externe Effekte

⁴⁷ Insbesondere OLG Oldenburg 3.7.2003, ZGS 2004, 75; AG Marsberg 9.10.2002, ZGS 2003, 119; AG Zeven 19.12.2002, ZGS 2003, 158. Zur Problematik *Schulte-Nölke, H.*, Anforderungen an haftungseinschränkende Beschaffenheitsvereinbarungen beim Verbrauchsgüterkauf, ZGS 2003, S. 184; *Schinkels, B.*, Zur Abgrenzung von zulässiger Beschaffenheitsvereinbarung und Umgehung der Gewährleistung beim Verbrauchsgüterkauf, ZGS 2003, S. 310; *Schinkels, B.*, Zum Vorrang der nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB) vor damit unvereinbaren Beschaffenheitsangaben – „Ausschlacht-“, und „Bastlerfahrzeuge“ nur auf besonderen Verbraucherwunsch, ZGS 2004, S. 226; *Stölting, C.*, Zulässigkeit negativer Beschaffenheitsvereinbarungen in Verbrauchsgüterkaufverträgen, ZGS 2004, S. 96.

⁴⁸ Siehe v. *Bar, C.*, A New Jus Commune Europaeum and the Importance of the Common Law, 2000, S. 74 f.

⁴⁹ Gleichermaßen kritisch und ermutigend *Ohly, A.*, Generalklausel und Richterrecht, AcP 201 (2001), S. 1, 2 f., 33 f.

⁵⁰ *Ohly, A.*, Generalklausel und Richterrecht, AcP 201 (2001), S. 1, 1, 35, 46 f.

⁵¹ BGH 13.3.2003, GRUR 2003, 622 – Pay-TV-Abonnement = MMR 2003, 527 m. krit. Anm. *Mankowski, P.*

⁵² Näher *Mankowski, P.*, Abzahlungsgeschäfte und Schuldrechtsreform, VuR 2001, S. 112;

Mankowski, P., Entscheidungsanmerkung, K & R 2001, S. 365; *Mankowski, P.*, Entscheidungsanmerkung, MMR 2003, S. 529 sowie *Brand, O.*, Urteilsanmerkung, JR 2004, S. 67.

⁵³ BGH 13.3.2003 - I ZR 290/00, GRUR 2003, 622 – Pay-TV-Abonnement = MMR 2003, 527 m. krit. Anm. *Mankowski, P.*

Das Referat stellt die These auf, dass im Richterrecht insbesondere solche „sozialschützenden“ Normen zu finden seien, deren Kosten zum großen Teil in Form entgangener Marktchancen bei Dritten anfielen (unter 3.2.1). Es versucht diese These aus dem Interesse der konkret Vertragsbeteiligten einerseits und der mangelnden Einklagbarkeit von Marktchancen andererseits heraus zu untermauern. Im Mietrecht und in richterrechtlichen Erschwerungen der Kündigung von Arbeitnehmern könnte man vorderhand Belege zu sehen geneigt sein. Indes bedürfte auch dies genauerer Überprüfung: Erhöhung des Kündigungsschutzes (verstanden als Bestandsschutz nach deutschem Modell) verstärkt in der Realität nur die Verhandlungsposition des Arbeitnehmers und erhöht darüber die Abfindung, welche der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer für dessen Bereitschaft, aus dem Unternehmen auszuschneiden, zahlt. Denn in der Realität enden Kündigungsschutzprozesse in aller Regel mit einem Vergleich, dass der gekündigte Arbeitnehmer gegen Zahlung einer Abfindung ausscheidet. Bestandsschutz mutiert zum Abfindungsschutz. Abfindungsschutz aber schmälert zwar die Ressourcen des Arbeitgebers, vermindert aber die Marktchancen konkurrierender Arbeitsinteressen auf Einstellung weniger, weil der Arbeitsplatz trotzdem frei wird (sofern er nicht insgesamt abgebaut wird). Richterrechtliche Stärkung des Kündigungsschutz hat so nur eher indirekte externe Effekte. Im übrigen gilt wiederum: Die Grundentscheidung pro oder contra Schutz hat der Gesetzgeber getroffen.

Eine Verminderung von Marktchancen Dritter und damit ein externer Effekt lassen sich zudem nur auf wenigen Gebieten überhaupt herleiten. Miet- und Kündigungsschutzrecht betreffen nicht zufällig Dauerbeziehungen um knappe Güter mit beschränkten Ressourcen. In ihnen sind zudem vitale Interessen der sozial schwächeren Partei berührt: das Dach über dem Kopf oder der Arbeitsplatz als Einkommens- und damit materielle Existenzgrundlage. Es macht für diese Partei Sinn, um dieses Gut zu kämpfen, unabhängig von Auswirkungen auf Dritte. Bei „normalen“ Austauschgeschäften ist weniger ersichtlich, inwieweit Sozialschutz externe Effekte haben soll. Allenfalls kann man noch davon sprechen, dass erhöhter Schutz des privaten Leistungserwerbers sich in einer Erhöhung des Preises abbilden mag und so finanziell schwächer gestellte Nachfragerschichten sich häufiger gegen den Erwerb der Leistung entscheiden werden. Abgesehen davon lässt sich aber kaum verlässlich identifizieren, welche negativen externen Effekte es haben soll, wenn eine Klausel in einem B2C-Vertrag der richterlichen Inhaltskontrolle nicht standhält.

VI. Verteilung ex post als Anreiz zur Rechtsverfolgung, nicht Aussicht auf zukünftigen Sozialschutz

Für die Wahrscheinlichkeit, mit der Verteilungskämpfe zwischen sozial stärkerer und sozial schwächerer Partei gerichtlich ausgefochten werden, erscheint mithin die Bedeutung des Gutes für die sozial schwächere Partei als der wichtigste Faktor, nicht die Externalisierung von Lasten. Rationale Apathie nimmt ab, je geringer die erwarteten Rechtsdurchsetzungskosten im Verhältnis zum Wert des Gutes werden. Je höher Wert und Bedeutung des Gutes sind, desto höher ist die Kampfbereitschaft, und desto weniger wäre Apathie aus der Sicht der schwächeren Partei rational. Umgekehrt wird auch die Bereitschaft der sozial stärkeren Seite, mit Blick auf Kosten und Verlustrisiko einer gerichtlichen Auseinandersetzung kulant abzuwickeln, um so geringer werden, je höhere Werte auf dem Spiel stehen und je höher kalkuliert die wertabhängigen Kosten einer Kulanzabwicklung wären. Die Aussicht auf zukünftigen Sozialschutz motiviert die sozial schwächere Partei weniger zur Rechtsverfolgung. Insoweit wäre ihr die mögliche Dividende zu indirekt. Die schwächere Partei will eine konkrete Verteilung ex post gelöst wissen. Richterliche Rechtsbestätigung oder Rechtsschöpfung über den konkreten Fall hinaus ist regelmäßig nicht ihr Anliegen. Hinter Musterprozessen stehen typischerweise Interessenwahrer und Organisationen, während der konkrete Kläger nur gleichsam Stellvertreter im untechnischen Sinne ist. In den Fällen, in denen die sozial stärkere Partei

klagt (z.B. der unternehmerische Verkäufer auf Zahlung), wird es dem Kläger gar nicht um zukünftigen Ausbau von Sozialschutz gehen. Dies liefe seinen Intentionen sogar glatt zuwider. Zahlungsklage des Verkäufers und Räumungsklage des Vermieters lassen sich mit Wert und Bedeutung des Gutes weit besser erklären als mit allen über den konkreten Prozess hinausgreifenden Überlegungen. Allenfalls mögen Unternehmen mit Blick auf eine Vielzahl gleich oder ähnlich gelagerter Fälle Interessen an Präzedenzen als öffentlichem Gut haben, welches der Prozess schafft. Rechtsgestaltung ex ante passt generell schlecht zum distributiven Verteilungsspiel ex post, wie es ein Prozess ist. Für gerichtliche Durchsetzung spielen auch mögliche Trittbrettfahreneffekte regelmäßig kaum eine Rolle,⁵⁴ eben weil der jeweilige Kläger im Erfolgsfall schon einen hinreichenden Anreiz für sich allein hat. Am konkret ausgerichteten Prozessergebnis partizipiert niemand anderes direkt. Gerichtliche Rechtsdurchsetzung entspringt materiellem Kalkül. Eine Verteilung ex post ist keine Spekulation auf zukünftige Auszahlungen. Sie ist auch höchstens begrenzt ein Ultimatumspiel. Problematisch erschiene schon, ein Angebot für ein Ultimatumspiel zu finden, es sei denn, man wollte die faktische Verteilung vor dem Prozess dazu erheben. Indes besteht ein erheblicher Unterschied, dass eine Zurückweisung beim Ultimatumspiel im Prinzip kostenfrei, weil rein negativ ist. Die eigene Rechtsverfolgung dagegen ist mit Aufwand, Zeit und Mühe, außerdem mit einem Verlustrisiko behaftet. Diese Faktoren bremsen intrinsische Motivationen, die über den konkreten Prozess hinaus weisen.

F. Sozialschutz und Marktrationalität: wirklich ein Gegensatzpaar?

Das Referat sieht einen wohlfahrtstheoretischen Gegensatz zwischen Sozialschutz und Marktrationalität. Es glaubt diese Antithese der Themenstellung geschuldet.⁵⁵ Allerdings wird nicht klar, inwieweit dies eine selbsterfüllende Prophezeiung ist, indem „Sozialschutz“ als nicht marktrational definiert wird (unter 2. pr.). Einerseits erwähnt das Referat unter den sozialschützenden Normen solche zum Ausgleich von Informationsasymmetrien (unter 2.3), andererseits grenzt es sozialschützende Regeln gegenüber solchen ab, die Unvollkommenheiten von Märkten überwinden (2.5 pr.). Insoweit besteht ein latenter Gegensatz. Einigkeit sollte darüber bestehen, dass zum einen der Ausgleich von Informationsasymmetrien den Einsatz von Ressourcen auf dem Markt verbessert⁵⁶ und dass zum anderen Informationsasymmetrien zu einem Marktversagen führen können.⁵⁷ Verbraucherschutzrecht, unbestreitbar sozialschützend, will solches Marktversagen verhindern, indem es sich bemüht, Informationsasymmetrien auszugleichen.⁵⁸ Verbraucherschutz ist Markt-, nicht Sozialpolitik.⁵⁹ Auf einem Massenmarkt für Standardgüter ist darüber hinaus Vertragsschlusskommunikation so hochgradig standardisiert, dass echte Verhandlungen, also das prozedurale essentielle, um Interessenaus-

⁵⁴ Ausnahmen können sich bei einer Vielzahl gleich oder ähnlich gelagerter Fälle in einem Mietkomplex oder theoretisch bei massenhaften Kündigungen von Arbeitnehmern ergeben. Allerdings ist im arbeitsrechtlichen Bereich die Gefahr von Trittbrettfahrten gering: Grundsätzlich muss jeder einzelne Arbeitnehmer die gegen ihn persönlich gerichtete Kündigung innerhalb der kurzen dreiwöchigen Frist des § 4 KSchG gerichtlich angreifen. Außerdem können personenbezogene Kündigungsgründe individuell ausfallen.

⁵⁵ Inwieweit *Wilhelmsson, Th.*, Need-Rationality in Private Law, Scand. Stud. L. 33 (1989), S. 223 im Hintergrund Pate stand, vermag ich nicht sicher zu beurteilen.

⁵⁶ Siehe nur *Fleischer, H.*, Vertragsschlussbezogene Informationspflichten im Gemeinschaftsprivatrecht, ZEuP 2000, S. 772, 777; *Kalss, S./Lurger, B.*, Rücktrittsrechte, 2001, S. 80.

⁵⁷ Siehe nur *Schäfer, H.-B./Ott, C.*, Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Aufl. 2000, S. 321-324; *Mankowski, P.*, Buchbesprechung, VuR 2000, S. 293, 295.

⁵⁸ Siehe nur *Schäfer, H.-B.*, Grenzen des Verbraucherschutzes und adverse Effekte des Europäischen Verbraucherschutzes, 2000, S. 560; *Grundmann, S.*, Privatautonomie im Binnenmarkt – Informationsregeln als Instrument, JZ 2000, S. 1133, 1137.

⁵⁹ *Grundmann, S.*, Das Thema Systembildung im Europäischen Privatrecht – Gesellschafts-, Arbeits- und Schuldvertragsrecht, 2000, S. 42; *Reich, N.*, Verbraucherrechte als – unverzichtbare – subjektive Rechte passiver Marktbürger, 2000, S. 498; *Mankowski, P.*, S. 272.

gleich herbeizuführen, kaum mehr stattfinden und so Kommunikationsasymmetrien die Informationsasymmetrien ergänzen.⁶⁰

Überraschend ist zudem, in der Auflistung sozialschützender Normen auch das AGB-Recht und das Ehevertragsrecht⁶¹ zu finden. Man mag Ehen zumindest teilweise als Austauschbeziehungen sehen – aber haben sie einen Marktbezug, der erlauben würde, angeblichen Sozialschutz gegenüber *Marktrationalität* abzugrenzen? Ehepartner haben im Verhältnis zueinander ein natürliches Monopol für den Abschluss von Eheverträgen miteinander. Kein Ehepartner kann als Partner eines Ehevertrages beliebig oder unter bestimmten Voraussetzungen durch einen Dritten ersetzt werden, den man auf einem Markt finden könnte. Insoweit hat entweder die Auswahl Schwächen – oder aber die Definition von Sozialschutz.

Beim AGB-Recht erscheint wieder das Problem, dass B2B-Beziehungen zu gering angesetzt werden und in der Sicht des Referats B2C-Beziehungen dominieren. Für B2B-Beziehungen kann man aber kaum von einem gezielten Sozialschutz sprechen. Dem AGB-Recht an sich geht es daher nicht um einen Schutz sozial Schwächerer. Es greift auch dann, wenn ein Partner weder rationale Apathie zu seiner bevorzugten Strategie erhebt noch ein Machtgefälle zwischen den Vertragspartnern vorliegt. Den dagegen erhobenen Vorwürfen des Paternalismus⁶² möchte ich hier nicht nachgehen. Ein weiterer Gedanke tritt speziell für das AGB-Recht hinzu: Idealerweise gibt es einen Konditionenwettbewerb auch um Vertragskonditionen. Indem unzulässige Klauseln im Wege der Inhaltskontrolle ausgeschlossen werden und deren Verwendung untersagt wird, verbessert man die Transparenz auf dem Konditionenmarkt. AGB-Recht wird zum Marktordnungsrecht für Konditionenwettbewerb, indem es die Spielregeln dieses Marktes definiert. Der Markt selber ist dazu nicht in der Lage, weil Konditionen Erfahrungsgüter sind. Insofern ist AGB-Recht, gerade soweit man es als sozialschützend ansehen kann, marktrational.

G. Zusammenfassung

1. Die konkreten Entstehungsgründe und Entstehungsvoraussetzungen für Sozialschutz im Zivilrecht zu beschreiben ist eine schwierige Aufgabe. Public choice lässt sich allenfalls für Miet- und Individualarbeitsrecht belegen.

2. Schutzprofiteure zu organisieren ist auf kleinen oder zersplitterten Produktmärkten kaum erfolgversprechend.

3. Sind institutionelle Verfestigungen erst einmal gelungen, befördert dies den Sozialschutz, weil er zur Rechtfertigung und zum Existenzberechtigungsnachweis der betreffenden Institution dient. Die Generaldirektion SanCo in der EG-Kommission ist das beste Beispiel. Besondere Institutionen und Spezialisierungen können auch bei richterlichem Sozialschutz eine Rolle spielen (Arbeitsgerichtsbarkeit und besondere Mietabteilungen).

4. Die europäische Dimension macht das Bild noch komplexer. Unterschiedliche nationale Traditionen und das Eintreten von Staaten für eine Europäisierung und Verallgemeinerung ihrer je nationalen Tradition sind nur der Versuch eines ersten Erklärungsansatzes. Im Prinzip müsste die zusätzliche Ebene, belastet mit Sprachbarrieren und nationalen Besonderheiten, es noch schwieriger machen, die Interesse der Schutzprofiteure zu organisieren.

5. In gesetzesbasierten Rechtsordnungen ist im eigentlichen Sinne richterrechtlicher Sozialschutz selten. Dies hängt aber natürlich davon ab, wie man Richterrecht definiert. Richterliche

⁶⁰ Lienhard, U., Der asymmetrisch standardisierte Vertragsschluss im EG-Privatrecht, 2004, S. 98.

⁶¹ Jüngste Beispiele für eine Inhaltskontrolle wegen ungleicher Verhandlungspositionen, Dominanz des einen und Abhängigkeit des anderen Ehepartners sind wohl BGH 11.2.2004, NJW 2004, 930 (für BGHZ vorgesehen); OLG Düsseldorf 15.10.2003, FamRZ 2004, 461; dazu Rakete-Dombeck, I., Das Ehevertragsurteil des BGH – Oder: Nach dem Urteil ist vor dem Urteil, NJW 2004, S. 1273.

⁶² Zuletzt wohl Schwartz, A./Scott, R.E., Contract Theory and the Limits of Contract Law, Yale Law Journal 113 (2003), S. 541.

Ausfüllung gesetzlicher Wertungen und Wertungsrahmen zählt üblicherweise nicht zum Richterrecht. Erkenntnisse zum Richterrecht in common law-Rechtsordnungen lassen sich allenfalls mit großer Vorsicht und in Ansätzen auf civil law-Rechtsordnungen übertragen.

6. Die Wahrscheinlichkeit gerichtlicher Auseinandersetzungen um konkreten Sozialschutz steigt mit dem Wert und der Bedeutung des umkämpften Gutes für die Parteien. Trittbrettfahereffekte können für die sozial schwächere Partei kaum eine Rolle spielen. Zahlungsklagen (oder mietrechtliche Räumungsklagen) der sozial stärkeren Partei sind erst recht nicht durch Trittbrettfahereffekte belastet. Generell spielen wegen der überragenden und vitalen Bedeutung der auf dem Spiel stehenden Güter für die sozial schwächere Partei das Mietrecht einerseits und das Kündigungsschutzrecht andererseits Sonderrollen.

7. Sozialschutz und Markttransparenz sind kein Gegensatz. Sozialschutz dient häufig dazu, Marktversagen regulatorisch zu kompensieren, und fördert so die Rationalität von Märkten.

H. Literatur

v. Bar, C., A New Jus Commune Europaeum and the Importance of the Common Law, in: Markesinis, B. (Hrsg.), *The Clifford Chance Millennium Lectures – The Coming Together of the Common Law and the Civil Law*, 2000, S. 67.

van den Bergh, R., Wer schützt den europäischen Verbraucher vor dem Brüsseler Verbraucherschutz? – Zu den möglichen adversen Effekten der europäischen Richtlinien zum Schutze des Verbrauchers, in: Ott, C./ Schäfer, H.-B. (Hrsg.), *Effiziente Verhaltenssteuerung und Kooperation im Zivilrecht*, 1997, S. 77.

van den Bergh, R., Towards a European Private Law: To Harmonise or Not to Harmonise, That is the Question, in: *Konsequenzen wirtschaftrechtlicher Normen – Festschrift für Claus Ott zum 65. Geburtstag*, 2002, S. 327.

Borges, G., *Die Inhaltskontrolle von Verbraucherverträgen*, 2000.

Brand, O., Urteilsanmerkung, JR 2004, S. 67.

Brandl, E./ Hohensinner, E., Finanzdienstleistungen im Fernabsatz, ÖBA 2003, S. 52.

Calliess, G.-P., Nach der Schuldrechtsreform: Perspektiven des deutschen, europäischen und internationalen Verbrauchervertragsrechts, AcP 203 (2003), S. 575.

Danco, A., Die Novellierung der Verbraucherkreditrichtlinie, WM 2003, S. 853.

Drexler, J., *Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers*, 1998.

Edward, D., Richterrecht in Community Law, in: Schulze, R./Seif, U. (Hrsg.), *Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft*, 2003, S. 75.

Eger, T., Opportunistic Termination of Employment Contracts and Legal Protection against Dismissal in Germany and the USA, *Int. Rev. L. & Econ.* 23 (2004), S. 381.

Fischer, N., „Heininger“ geht in die Verlängerung – oder das Wunder von „Bochum“ (?), *VuR* 2004, S. 8.

Fleischer, H., Vertragsschlussbezogene Informationspflichten im Gemeinschaftsprivatrecht, ZEuP 2000, S. 772.

Gernhuber, J., Ruinöse Bürgschaften als Folge familiärer Verbundenheit, JZ 1995, S. 1086.

Grabitz, E./Hilf, M. (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 1983, S. 93 ff.

Grün, B., Die Generalklauseln als Schutzinstrumente der Privatautonomie am Beispiel der Kreditmithaftung von vermögenslosen nahen Angehörigen, WM 1994, S. 713.

Grundmann, S., Das Thema Systembildung im Europäischen Privatrecht – Gesellschafts-, Arbeits- und Schuldvertragsrecht, in: *Grundmann, S.* (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000, S. 1.

Grundmann, S., Privatautonomie im Binnenmarkt – Informationsregeln als Instrument, JZ 2000, S. 1133.

Grundmann, S., Europäisches Verbrauchervertragsrecht im Spiegel der ökonomischen Theorie, in: *Ott, C./Schäfer, H.-B.* (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen, 2002, S. 284.

Härting, N./Schirmbacher, M., Fernvertrieb von Finanzdienstleistungen an Verbraucher: Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie für Finanzdienstleistungen, DB 2003, S. 1777.

Hanson, J./Logue, K., The Costs of Cigarettes: The Economic Case for Ex Post Incentive-Based Regulation, Yale Law Journal 108 (1998), S. 1163.

Haupt, S., An Economic Analysis of Consumer Protection Law, German Law Journal 4 (11) (Nov. 2003) <www.germanlawjournal.com/pdf/Vol04No11> .

Honsell, H., Urteilsanmerkung, JZ 1989, S. 495.

Howells, G., European Consumer Law – The Minimal and Maximal Harmonisation Debate and Pro Independent Consumer Law Competence, in: *Grundmann, S./Stuyck, J.* (Hrsg.), An Academic Green Paper on European Contract Law, 2002, S. 73.

Van Huffel, M., La directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation à distance des services financiers, 2003, 345.

Kalkman, W.M.A./Rijkels, J.J., Europese Richtlijn verkoop op afstand van financiële diensten en de betekenis daarvan voor het Nederlandse verzekeringsbedrijf, 2003, S. 8.

Kalss, S./Lurger, B., Rücktrittsrechte, 2001.

Kapnopoulou, E., Das Recht der missbräuchlichen Klauseln in der Europäischen Union, 1997.

Kind, S., Die Grenzen des Verbraucherschutzes durch Information, 1998.

Knöfel, S., Auf dem Weg zu einem neuen Schuldrecht für den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen, ZGS 2004, S. 182.

Lachmair, S., Was bringt die neue Fernabsatz-Richtlinie betreffend Finanzdienstleistungen für Verbraucher?, RdW 2003, S. 184.

Lienhard, U., Der asymmetrisch standardisierte Vertragsschluss im EG-Privatrecht, 2004.

Mankowski, P., Buchbesprechung, VuR 2000, S. 293.

Mankowski, P., Abzahlungsgeschäfte und Schuldrechtsreform, VuR 2001, S. 112.

Mankowski, P., Buchbesprechung, WM 2001, S. 1354.

Mankowski, P., Entscheidungsanmerkung, K & R 2001, S. 365.

Mankowski, P., Entscheidungsanmerkung, MMR 2003, S. 529.

Mankowski, P., Beseitigungsrechte – Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute, 2003.

Mankowski, P., Entscheidungsanmerkung, WuB IV D. § 3 HWiG 1.04.

Martinek, M., Unsystematische Überregulierung und kontraintentionale Effekte im Europäischen Verbraucherschutzrecht – oder: Weniger wäre mehr, in: Grundmann, S. (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000, S. 511.

Micklitz, H.-W., AGB-Gesetz und die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ZEuP 1993, S. 522.

Micklitz, H.-W., Zur Notwendigkeit eines neuen Konzepts für die Fortentwicklung der Verbraucherrechte in der EU, VuR 2003, S. 2.

Micklitz, H.-W./ Weatherill, S., Consumer Policy in the European Community: Before and After Maastricht, Journal of Consumer Policy 16 (1993), S. 285.

Ohly, A., Generalklausel und Richterrecht, AcP 201 (2001), S. 1.

Pape, G., BGH-aktuell - Bürgschaftsrecht, NJW 1995, S. 1006.

Paracampo, M.-T., La direttiva 2002/65/CE sulla commercializzazione a distanza di servizi finanziari e la tutela del consumatore, Nuova giur. civ. comm. 2003 II 382.

Rakete-Dombeck, I., Das Ehevertragsurteil des BGH – Oder: Nach dem Urteil ist vor dem Urteil, NJW 2004, S. 1273.

Reich, N., Verbraucherrechte als – unverzichtbare – subjektive Rechte passiver Marktbürger, in: Grundmann, S. (Hrsg.), Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000, S. 481.

Reifner, U., Empfehlungen zum Vorschlag einer EU-Richtlinie für Konsumentenkredite, VuR 2004, S. 11.

Reifner, U., Konsumentenkreditrichtlinie im Europaparlament – Zurück zu den Siebzigern?, VuR 2004, S. 85.

Reinicke, D./ Tiedtke, K., Bürgschaft und Wegfall der Geschäftsgrundlage, NJW 1995, S. 1449.

Rekaiti, P./ van den Bergh, R., Cooling-Off Periods in the Consumer Laws of the EC Member States – A Comparative Law and Economics Approach, Journal of Consumer Policy 23 (2000), S. 371.

Rohe, M., Privatautonomie im Verbraucherkreditrecht wohin?, BKR 2003, S. 267.

Rott, P., Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben für die Rückabwicklung von Haustürgeschäften, VuR 2003, S. 409.

Sacco, R., Concepts juridiques et création du droit communautaire par le juge, in: *Schulze, R./ Seif, U. (Hrsg.)*, Richterrecht und Rechtsfortbildung in der Europäischen Rechtsgemeinschaft, 2003, S. 81.

Schäfer, H.-B., Grenzen des Verbraucherschutzes und adverse Effekte des Europäischen Verbraucherschutzes, in: *Grundmann, S. (Hrsg.)*, Systembildung und Systemlücken in Kerngebieten des Europäischen Privatrechts, 2000, S. 559.

Schäfer, H.-B., Entwicklung und Begründung von Schutznormen im Vertragsrecht, German Working Papers in Law and Economics, 2001 Paper 21 <www.bepress.com/gwp/default/vol2001/iss1/art21>.

Schäfer, H.-B., Theorie der AGB-Kontrolle, in: Konsequenzen wirtschaftrechtlicher Normen – Festschrift für Claus Ott zum 65. Geburtstag, 2002, S. 279.

Schäfer, H.-B., Iudex calculat: The ECJ's Quest for Power, JNPÖ 22 (2003), S. 102.

Schäfer, H.-B./Ott, C., Lehrbuch der Ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Aufl. 2000.

Schinkels, B., Zur Abgrenzung von zulässiger Beschaffenheitsvereinbarung und Umgehung der Gewährleistung beim Verbrauchsgüterkauf, ZGS 2003, S. 310.

Schinkels, B., Zum Vorrang der nach dem Vertrag vorausgesetzten Verwendung (§ 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 BGB) vor damit unvereinbaren Beschaffenheitsangaben – „Ausschlacht-“, und „Bastlerfahrzeuge“ nur auf besonderen Verbraucherwunsch, ZGS 2004, S. 226.

Schmidt-Trenz, H.-J., Specialisation Pays Off: Interest Group Influence on EU Pre-Negotiations in Four Member States, JNPÖ 22 (2003), S. 264.

Schneider, G./ Baltz, K., Specialisation Pays Off: Interest Group Influence on EU Pre-Negotiations in Four Member States, JNPÖ 22 (2003), S. 243.

Schulte-Nölke, H., Anforderungen an haftungseinschränkende Beschaffenheitsvereinbarungen beim Verbrauchsgüterkauf, ZGS 2003, S. 184.

Schwartz, A./ Scott, R.E., Contract Theory and the Limits of Contract Law, Yale Law Journal 113 (2003), S. 541.

Sostmann, U., Die Mitverpflichtung von Bürgen bei Grundschuldbestellungen, DNotZ 1995, S. 261.

Staudinger, A., Urteilsanmerkung, GPR 2003/04, S. 22.

Stölting, C., Zulässigkeit negativer Beschaffenheitsvereinbarungen in Verbrauchsgüterkaufverträgen, ZGS 2004, S. 96.

Terré, F./Simler, P./Lequette, Y., Droit civil – Les obligations, 7. Aufl. 1999.

Tiedtke, K., Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Bürgschaftsrecht seit 1990, ZIP 1995, S. 521.

Ulmer, P., Zur Anpassung des AGB-Gesetzes an die EG-Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, EuZW 1993, S. 337.

Voigt, S., Iudex calculat: The ECJ's Quest for Power, JNPÖ 22 (2003), S. 77.

Weatherill, S., Justifying Limits to Party Autonomy in the Internal Market - EC Legislation in the Field of Consumer Protection, in: *Grundmann, S./Kerber, W./Weatherill, S.* (Hrsg.), Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market, 2001, S. 173.

Whittaker, S., The Reformulation of Contractual Formality, in: *Birks, P./Pretto, A.* (Hrsg.), Themes in Comparative Law – In Honour of Bernard Rudden, 2002, S. 199.

Wilhelmsson, Th., Need-Rationality in Private Law, Scand. Stud. L. 33 (1989), S. 223.

Wilhelmsson, Th., Private Law Remedies against the Breach of Informational Duties, in: *Schulze, R./Ebers, M./Grigoleit, H.C.* (Hrsg.), Informationspflichten und Vertragsschluss im Acquis communautaire, 2003, S. 245.

Winkler, M., La commercializzazione a distanza di servizi finanziari e la tutela ai consumatori: la direttiva n. 2002/65/CE, Dir. comm. int. 2003, S. 537.

Zwade, Chr., Finanziell überfordernde Bürgschaften von GmbH (& Co.)-Gesellschaftern, sonstigen Beteiligten und nahen Angehörigen, GmbHR 2003, S. 141.