

WOLFGANG SEILER

Verbraucherschutz  
auf elektronischen  
Märkten

*Jus Privatum*

108

---

**Mohr Siebeck**

# JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 108





Wolfgang Seiler

# Verbraucherschutz auf elektronischen Märkten

Untersuchung zu Möglichkeiten und Grenzen  
eines regulativen Paradigmenwechsels  
im internetbezogenen Verbraucherprivatrecht

Mohr Siebeck

*Wolfgang Seiler*, geboren 1958; Studium der Rechtswissenschaften und Philosophie an der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg; 1989 wiss. Assistent an der Universität Hannover; 1990 Promotion (Freiburg); 1993 Ministerium (Europa-, Verfassungs-, Datenschutz- und Presse-recht sowie Recht der Neuen Medien); 2001 wiss. Assistent an der Carl-von-Ossietzky-Universität Oldenburg; 2005 Habilitation (Oldenburg); Privatdozent an der Universität Oldenburg

978-3-16-157953-0 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

ISBN 3-16-148873-3

ISBN-13 978-3-16-148873-3

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

© 2006 Mohr Siebeck Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Computersatz Staiger in Rottenburg/N. aus der Garamond-Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

*Für Monika*



## Vorwort

Die nachfolgende Untersuchung ist die überarbeitete und gekürzte Fassung einer Habilitationsschrift, die der Carl-von-Ossietzky-Universität Oldenburg im Wintersemester 2004/2005 zur Annahme vorgelegen hat.

Als ich mich entschloss, doch noch zu habilitieren und zu meiner früheren wissenschaftlichen Tätigkeit zurück zu kehren, war ich bereits seit einigen Jahren in der Rechtsabteilung eines Ministeriums tätig. Zu meinem Arbeitsbereich gehörten das Europarecht, das Datenschutzrecht und das Recht der Neuen Medien, zu denen auch Gesetzentwürfe zu fertigen waren. Als Habilitationsschrift wollte ich deshalb ein Thema aus der rechtspolitischen Perspektive bearbeiten, nachdem die Sichtweise von Gesetzgebung und Rechtspolitik durch meinen Lebensweg zu einer mir vertrauten und inzwischen auch bevorzugten Form des Nachdenkens über und des Zugangs zum Recht geworden war. Das Informations- und Kommunikationsdienstegesetz war zu dieser Zeit bereits erlassen worden und das Fernabsatzgesetz sowie die Schuldrechtsmodernisierung standen bevor, während die Europäische Union an Regelungen für den Schutz des Verbrauchers bei der Nutzung der Neuen Medien arbeitete. Die Zukunft Europas sah man zu einem großen Teil mit der Förderung und Entwicklung der Neuen Medien verbunden; die Öffentlichkeit erwartete von der Umstellung des Rechts und der Wirtschaft auf den eCommerce Außerordentliches. Ihr Informationsbedürfnis war deshalb erheblich, die Möglichkeiten, dieses Bedürfnis auch zu decken, waren gering.

Dies war das Klima, in dem sich mein Interesse entsprechend meinem privat- und wirtschaftsrechtlichen sowie rechtsinformatischen Schwerpunkt, den ich aus meiner wissenschaftlichen Tätigkeit ins Ministerium mitgebracht hatte, auf eine tiefere Befassung mit dem Verbraucherrecht der Neuen Medien zu richten begann. Nach dem Beginn der Arbeiten stellte sich allerdings schnell heraus, dass der Kenntnisstand in der Wissenschaft zwar fortgeschritten war, sich jedoch auf die dogmatische Klärung des normativen Regelungsbestandes beschränkte, der sich inzwischen angesammelt hatte und der schnell wuchs. Untersuchungen, die sich bemühten, das im Entstehen befindliche Rechtsgebiet in den weiteren privatrechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Zusammenhang einzuordnen, auf das zugrunde liegende System zu beziehen und auf Konsistenz zu überprüfen, fehlten indes.

Gleichzeitig wurden in den Wirtschaftswissenschaften verstärkt die ökonomischen Mechanismen der Neuen Medien untersucht und in diesem Zusam-

menhang vermehrt die US-amerikanischen Arbeiten zur Internet-Ökonomie rezipiert. In der anfänglichen Euphorie des Internetbooms bildete sich der Standpunkt, die Internet-Ökonomie sei etwas ganz Neues und ganz Anderes, das mit herkömmlichen ökonomischen Abläufen schlicht nicht zu vergleichen sei. Sie stelle deshalb ein völlig neues Marktmodell dar. In der Rechtswissenschaft führte dies zu der parallelen Annahme, Regelungen für das Internet müssten ganz anders als herkömmliche Regelungen sein. Für das mit Markt und Wettbewerb eng verbundene Verbraucherrecht der Neuen Medien ergab sich die Frage, ob sich die Gesetzgeber bei all der Betriebsamkeit, die sie auf allen Ebenen entfaltet hatten, über die ökonomischen und rechtlichen Grundlagen des Rechtsgebiets, das sie gerade zu schaffen im Begriff waren, jemals Rechenschaft abgelegt hatten, und ob sie nicht ganz andere Regelungen erlassen müssten, wenn sie es getan hätten. In diesem Umfeld fand ich schließlich das eigentliche Thema meiner Habilitationsschrift, die das Experiment wagt, das Verbraucherrecht der elektronischen Märkte auf seine rechtlichen und ökonomischen Grundlagen zurück zu führen und letztere gegen die neue Grundlage der Internet-Ökonomie auszutauschen.

Die Umstände, unter denen die Arbeit zustande kam, waren indes nicht immer einfach. Die akademische Beschäftigung musste anfangs auf Abende und Wochenenden beschränkt bleiben. Freilich war klar, dass eine Habilitationsschrift auf diese Weise keine Chance hat, fertig zu werden; Entscheidungen waren unumgänglich. Ich bemühte mich deshalb um meine Abordnung als wissenschaftlicher Assistent an die Universität Oldenburg, die allerdings erst rund achtzehn Monate später möglich war. Hier war ich bis zum Abschluss der Arbeit tätig. Allerdings hatte ich die ganze Zeit hindurch noch den Status eines abgeordneten Regierungsbeamten, den ich aus rechtlichen Gründen auch nicht aufzugeben bereit war. Da Abordnungen nur befristet ausgesprochen werden können, waren in regelmäßigen Abständen Entscheidungen über die Verlängerung der Abordnung erforderlich. Das zumindest theoretische Risiko des Abbruchs der Habilitation und der notwendig werdenden Rückkehr ins Ministerium war so ein ständiger Begleiter. Er führte nicht nur zu organisatorischem Zusatzaufwand, sondern auch zu dem anhaltenden Druck, die Arbeit so schnell wie möglich zu einem erfolgreichen Abschluss zu bringen.

Konnte dieser Druck einerseits belastend wirken, führte mir andererseits das Thema der Arbeit selbst immer wieder vor Augen, dass der schnelle Abschluss der Arbeit ohnehin geboten ist. Da ich mich des Verbraucherrechts der elektronischen Märkte nämlich in einem recht frühen Stadium angenommen hatte und dieses Gebiet in den folgenden Jahren einen beinahe explosionsartigen Aufschwung erlebte, wurden während der Bearbeitungszeit nicht nur zahlreiche neue einschlägige Richtlinien und Gesetze erlassen, sondern die meisten Gesetze, die in der Arbeit eine Rolle spielen, wurden auch novelliert, viele davon mehrmals. So wurden, um nur wenige Beispiele zu nennen, das zentrale Fernab-

satzrecht mehrfach geändert, fast alle verbraucherrechtlichen Sondergesetze durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz aufgehoben und in das BGB integriert und das UWG sowie das GWB umfassend novelliert. Jede Gesetzesänderung erforderte auch eine Änderung der bisherigen Bearbeitung. Schon allein, um hier die Übersicht zu behalten, war es notwendig, behandelte Vorschriften in ihrer historischen Entwicklung zu betrachten. Jedes Mal stellte sich wieder die Frage, inwieweit Literatur und Rechtsprechung zur alten Rechtslage bei der Diskussion des geltenden Rechts weiter verwendet werden können. Daneben war eine wahre Flut von neu erscheinender Literatur und Rechtsprechung zu rezipieren. An dieser Stelle sei darauf hingewiesen, dass Änderungen der Rechtslage, Literatur und Rechtsprechung bis November 2005 berücksichtigt werden konnten.

Manches ist unter diesen Umständen unbehandelt geblieben oder kürzer abgehandelt worden, als dies aus heutiger Sicht wünschenswert erscheinen mag. Dies gilt zum einen für den gewählten methodischen Ansatz, der noch prägnanter hätte abgegrenzt werden können, zum anderen für die Gründe des Verbraucherschutzes auf elektronischen Märkten, die anhand der aufbereiteten ökonomischen Theorien hätten abgeleitet werden können, vielleicht sogar sollen, oder für das Lauterkeitsrecht, das von der netzökonomischen Betrachtung ausgenommen wurde. Daneben mag an mehreren Stellen die dogmatische Behandlung des geltenden europäischen und deutschen Rechts, insbesondere das gesamte Verbrauchsgüterkaufrecht, etwas kurz gekommen sein. Angesichts des Novellierungstempos in diesem Bereich konnte und sollte der Schwerpunkt der Untersuchung aber nicht auf der Vollständigkeit der dogmatischen Einzelheiten liegen, sondern auf den Grundlagen und Zusammenhängen des Rechtsgebiets.

Danken möchte ich zunächst und vor allem Herrn Prof. Dr. Jürgen Taeger, der mir nicht nur durch die Betreuung der Arbeit, sondern auch durch seine Bereitschaft, mich ungeachtet aller mit der Abordnung verbundener administrativer Hürden am Lehrstuhl zu beschäftigen, den Weg zur Habilitation erst geebnet hat. Mit viel Vertrauen in meine intellektuelle Selbständigkeit sowie darauf, dass ich meinen Weg gehen werde, hat er mir sowohl bei der Auswahl als auch bei der Bearbeitung des Themas die Freiheit gelassen, ohne die ich meine Gedanken nicht hätte entwickeln können.

Die Tätigkeit an der Universität Oldenburg, ohne die die Arbeit nicht hätte geschrieben werden können, wäre aber auch nicht möglich gewesen ohne die großzügige und wohlwollende Behandlung meiner Anliegen durch das Ministerium. Besonderen Dank schulde ich hier Herrn Abteilungsleiter Ministerialdirigent Dr. Joachim Krech, der unter jahrelanger Hintanstellung eigener Interessen und unter Verzicht auf meine Arbeitskraft meine Absichten und Pläne immer wieder unterstützt hat.

Schließlich danke ich Herrn Prof. Dr. Andreas Wiebe, LL.M., von der Wirtschaftsuniversität Wien und Herrn apl. Prof. Dr. rer. pol. Ulrich Scheele vom

Institut für Volkswirtschaftslehre und Statistik der Universität Oldenburg für die Mühe der Zweit- und Drittbegutachtung. Dem Verlag Mohr Siebeck danke ich für die Aufnahme der Untersuchung in die Reihe Jus Privatum.

Keinesfalls vergessen möchte ich an dieser Stelle meine Familie und alle, die mir privat nahe stehen. Sie haben an meiner Habilitation nicht nur geduldig mitgetragen, sondern in mir immer wieder die Überzeugung gestärkt, dass all die Entbehrungen und Opfer nicht sinnlos sind, wenn mein eigener Glaube an die Habilitation nachzulassen drohte.

Oldenburg, im Mai 2006

Wolfgang Seiler

# Inhaltsübersicht

Vorwort .....	VII
Inhaltsverzeichnis .....	XV
Abkürzungen .....	XXV

§ 1 Einleitung .....	1
I. Gegenstand und Ziel der Untersuchung .....	1
II. Methode und Gang der Untersuchung .....	5
III. Grundbegriffe der Untersuchung und Eingrenzung .....	14

## Erstes Kapitel

### Hergebrachte Paradigmen des Verbraucherprivatrechts

§ 2 Ökonomisches Paradigma .....	20
I. Verbraucherpolitik der Bundesregierungen .....	20
II. Entwicklung der Verbrauchergesetzgebung .....	29
III. Nationalökonomische Theorie des Verbraucherschutzes .....	51
IV. Wirtschafts- und rechtspolitische Theorien des Verbraucherschutzes .....	101
§ 3 Sonderrechtsparadigma .....	121
I. Verbraucherrecht und Zivilrechtskodifikation .....	121
II. Verbraucherrecht und Privatautonomie .....	131
§ 4 Europarechtsparadigma .....	145
I. Entwicklung der verbraucherpolitischen Kompetenz- grundlagen im europäischen Primärrecht .....	146
II. Parallelen und Divergenzen in den europäischen und deutschen Verbraucherpolitiken .....	157
Zusammenfassung des ersten Kapitels .....	169

## Zweites Kapitel

## Verbraucher und elektronische Märkte

§ 5	Ökonomische Grundlagen elektronischer Märkte .....	172
	I. Merkmale und Koordinationsprozesse .....	172
	II. Bedeutung von Information und Informationskosten für den Markt .....	177
§ 6	Virtuelle Marktplätze für Verbraucher .....	206
	I. Entwicklung des Internet zum kommerziellen Transaktionsmedium .....	207
	II. Elektronische Verbrauchermärkte im Internet .....	210
	III. Gründe für Verbraucherschutz auf elektronischen Märkten ...	216
	Zusammenfassung des zweiten Kapitels .....	219

## Drittes Kapitel

Netzökonomie als alternatives Paradigma  
des Verbraucherprivatrechts der elektronischen Märkte

§ 7	Netzökonomie .....	222
	I. Industrieökonomisches Konzept .....	223
	II. Implikationen der Netzökonomie für Anbieterstrategien, Marktstruktur und Wettbewerb .....	240
§ 8	Bedeutung der Netzökonomie für das Verbraucher- privatrecht der elektronischen Märkte .....	245
	I. Zur Einordnung der Netzökonomie als neues Marktmodell ...	245
	II. Bedeutung des informations- und netzökonomischen Paradigmas für das Verbraucherprivatrecht der elektronischen Märkte .....	246
§ 9	Verbraucherbezogene Implikationen der Netz- und Informationsökonomie .....	248
	I. Zunehmende Markttransparenz und Wettbewerbsintensität ..	248

II. Sinkende Transaktionskosten und Disintermediation .....	256
III. Verschiebung der Marktmacht zur Verbraucherseite .....	260
Zusammenfassung des dritten Kapitels .....	262

## Viertes Kapitel

### Europäische und nationale Instrumente des Verbraucherprivatrechts der elektronischen Märkte im Licht des netzökonomischen Paradigmas

§ 10 Wettbewerbsrechtliche Instrumente .....	264
I. Kartellrecht und Kartellpolitik .....	265
II. Zusammenfassung .....	293
§ 11 Europäische Instrumente .....	295
I. Rechtsgrundlagen .....	295
II. Sekundärrechtlicher Verbraucherbegriff .....	313
III. Instrumente des europäischen Verbraucherrechts der elektronischen Märkte .....	315
§ 12 Anbieter-Informationspflichten .....	318
I. Fernabsatzrecht .....	320
II. eCommerce-Recht .....	349
III. Telediensterecht .....	354
IV. Ältere Materien .....	359
V. Folgerungen .....	365
§ 13 Verbraucherspezifische Vertragslösungsrechte .....	373
I. Allgemeine Widerrufs- und Rückgaberegelungen (§§ 355 ff.) ..	373
II. Modifizierende Bestimmungen des speziellen Verbraucher- privatrechts für elektronische Märkte .....	383
III. Folgerungen .....	398

§ 14 Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen .....	400
I. Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den elektronischen Vertrag .....	402
II. Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen .....	408
Zusammenfassung des vierten Kapitels .....	412
Ergebnisse der Untersuchung .....	413
Verzeichnis der zitierten Gerichtsentscheidungen .....	415
Literaturverzeichnis .....	423
Web-Quellen-Verzeichnis .....	457
Namensregister .....	461
Schlagwortverzeichnis .....	463

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	VII
Inhaltsübersicht .....	XI
Abkürzungen .....	XXV
§ 1 Einleitung .....	1
I. Gegenstand und Ziel der Untersuchung .....	1
1. Gegenstand der Untersuchung .....	1
2. Ziel der Untersuchung .....	5
II. Methode und Gang der Untersuchung .....	5
1. Methode der Untersuchung .....	5
a) Denken in leitenden Konstruktionsparadigmen .....	6
b) Historisch-deskriptiver Ansatz .....	7
c) Funktion der Nationalökonomie in der Untersuchung .....	8
d) Abgrenzung zur normativen economic analysis of law .....	8
aa) Konzept .....	8
bb) Kritik .....	10
2. Gang der Untersuchung .....	13
III. Grundbegriffe der Untersuchung und Eingrenzung .....	14
1. Elektronische oder elektronisierte Märkte .....	14
2. Verbraucherprivatrecht der elektronischen Märkte und Wettbewerbsrecht .....	16
3. Netzökonomie .....	17

## Erstes Kapitel

## Hergebrachte Paradigmen des Verbraucherprivatrechts

§ 2 Ökonomisches Paradigma .....	20
I. Verbraucherpolitik der Bundesregierungen .....	20
1. Programmatik .....	20
2. Politikfelder, Wettbewerbspolitik und Verbraucherprivatrecht .....	25
II. Entwicklung der Verbrauchergesetzgebung .....	29
1. Ausbreitung des Verbrauchergedankens im Wettbewerbsrecht .....	31
a) Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb von 1909 sowie Novellen von 1965 und 1986 .....	31
b) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen von 1957 .....	33
2. Stationen privatrechtlichen Verbraucherschutzes bei besonderen Absatz- und Vertriebsformen .....	36
a) Abzahlungsgesetz von 1894 sowie Novellen von 1969 und 1974 .....	36
b) Haustürgeschäftewiderrufsgesetz von 1986 .....	40
c) Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts von 2000 .....	45
aa) Fernabsatzgesetz .....	45
bb) Änderungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs .....	49
III. Nationalökonomische Theorie des Verbraucherschutzes .....	51
1. Markt als Koordinationsverfahren: Zum Verhältnis von Verbraucherrecht und Markt .....	52
a) „The invisible Hand“ .....	52
b) Neoklassische Theorie des stationären Marktgleichgewichts .....	56
c) Liberale Markttheorien .....	63
aa) Markt als prozesshaftes Geschehen .....	63
α) Marktprozesstheorie .....	63
β) Marktsicht Friedrich August von Hayeks .....	65
bb) Chicago School .....	71
d) Ordoliberaler Sicht: das Ordnungsmodell Euckens .....	75
2. Konzeptionen des Wettbewerbs .....	76
a) Dynamischer Wettbewerb der Klassik .....	76
b) Vollkommener Wettbewerb der statischen Gleichgewichtstheorie .....	77
c) Vollkommener Wettbewerb der Chicago School .....	80
d) Vollständige Konkurrenz bei Eucken .....	85

e) Dynamischer Wettbewerb der Marktprozessstheorie („effective competition“) .....	86
f) Wettbewerb als Entdeckungsverfahren im Sinne von Hayeks ...	90
3. Marktziele .....	91
a) Effizienz .....	91
b) Individuelle Freiheit .....	94
c) Stärkung sozialer Aspekte .....	95
d) Gesellschaftliche Freiheit .....	97
4. Zusammenfassung .....	100
IV. Wirtschafts- und rechtspolitische Theorien des Verbraucherschutzes .....	101
1. Verbraucherpolitische Theorien .....	102
2. Rechtspolitische Verbraucherschutztheorien .....	103
a) Liberales Wettbewerbs- und Informationsmodell .....	104
b) Systemkritische Alternativmodelle .....	108
aa) Konstantin Simitis .....	108
bb) Udo Reifner .....	110
cc) Norbert Reich .....	113
dd) Dieter Hart und Christian Joerges .....	116
3. Zusammenfassung .....	117
§ 3 Sonderrechtsparadigma .....	121
I. Verbraucherrecht und Zivilrechtskodifikation .....	121
1. Ausklammerung sozialer Materien aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch .....	121
2. Kodifikationsidee und gesellschaftlich-ökonomischer Strukturwandel .....	125
3. Politik der privatrechtlichen Verbrauchergesetzgebung .....	129
a) Standortdebatte .....	129
b) Schuldrechtsmodernisierungsgesetz von 2001 .....	130
II. Verbraucherrecht und Privatautonomie .....	131
1. Funktionen von Vertrag und Vertragsfreiheit .....	131
a) Vertrag und Vertragsfreiheit als Institutionen zur Ermöglichung von Selbstbestimmung .....	131
b) Vertrag und Vertragsfreiheit als Institutionen zur Ermöglichung einer „richtigen“ Regelung .....	133
c) Kritik an der Lehre von der „richtigen“ Regelung .....	134
d) Marktmechanismus als Schutzobjekt von Vertrag und Vertragsfreiheit .....	135
2. Paradigmenwechsel von der formalen Privatautonomie des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Vertragsgerechtigkeit ...	136

3. Gründe für Verbraucherschutz auf konventionellen Märkten .....	140
4. Zusammenfassung .....	143
§ 4 Europarechtsparadigma .....	145
I. Entwicklung der verbraucherpolitischen Kompetenzgrundlagen im europäischen Primärrecht .....	146
1. Römische Fassung des EG-Vertrages von 1957 (Rechtsangleichung) .....	146
2. Einheitliche Europäische Akte von 1986 (Binnenmarktkompetenz) .....	149
3. Verbraucherschutz unter dem EU-Vertrag von Maastricht 1992 (binnenmarktunabhängige Kompetenz) .	151
4. Verbraucherschutz nach den Verträgen von Amsterdam von 1997 und Nizza von 2001 (kompetenzielle Konsolidierung) .....	154
II. Parallelen und Divergenzen in den europäischen und deutschen Verbraucherpolitiken .....	157
1. Verbraucherpolitische Konzeption .....	157
2. Schutzniveau .....	159
a) Rechtsprechung des EuGH zur Warenverkehrsfreiheit .....	159
b) Unterschiedliche Leitvorstellungen vom Verbraucher .....	164
c) Wandel des deutschen Verbraucherleitbildes .....	166
Zusammenfassung des ersten Kapitels .....	169

## Zweites Kapitel

### Verbraucher und elektronische Märkte

§ 5 Ökonomische Grundlagen elektronischer Märkte .....	172
I. Merkmale und Koordinationsprozesse .....	172
II. Bedeutung von Information und Informationskosten für den Markt .....	177
1. Theorie der vollkommenen Märkte .....	179
2. Theorie der unvollkommenen Märkte .....	182
a) Informations- und Transaktionskosten .....	183
aa) Begriff .....	183
bb) Informations- und Transaktionskosten als Koordinierungskosten .....	184

b) Informationsökonomie .....	187
aa) Unvollkommene Preistransparenz .....	189
bb) Unvollkommene Qualitätstransparenz .....	193
cc) Lemon-Märkte und Verbraucherrecht .....	198
c) Marktprozessstheorie und Neue Institutionenökonomie .....	201
§ 6 Virtuelle Marktplätze für Verbraucher .....	206
I. Entwicklung des Internet zum kommerziellen Transaktionsmedium .....	207
II. Elektronische Verbrauchermärkte im Internet .....	210
1. Einzelhandelssysteme .....	211
2. Online-Malls .....	213
3. Auktionssysteme .....	214
4. Powershopping .....	215
III. Gründe für Verbraucherschutz auf elektronischen Märkten ...	216
Zusammenfassung des zweiten Kapitels .....	219

### Drittes Kapitel

## Netzökonomie als alternatives Paradigma des Verbraucherprivatrechts der elektronischen Märkte

§ 7 Netzökonomie .....	222
I. Industrieökonomisches Konzept .....	223
1. Netzwerktheorie und Netzeffekte .....	224
a) Direkte Netzwerke und direkte Netzeffekte .....	225
b) Indirekte Netzwerke und indirekte Netzeffekte .....	226
c) Netzeffekte auf elektronischen B2C-Märkten .....	228
d) Netzeffekte als Versagen des neoklassischen Marktes .....	229
2. Marktstruktur in der Netzökonomie .....	231
3. Lock-in-Effekte .....	233
4. Ergänzende Konzepte .....	235
a) Fixkosten .....	235
b) Externe Effekte .....	237
c) Asymmetrische Information .....	238
d) Öffentliche Güter .....	240
II. Implikationen der Netzökonomie für Anbieterstrategien, Marktstruktur und Wettbewerb .....	240

1. Marketingstrategien .....	241
a) Follow-the-free .....	241
b) Versioning .....	241
c) Weitere Möglichkeiten der Erlösgenerierung .....	242
2. Marktstruktur und Wettbewerb .....	243
§ 8 Bedeutung der Netzökonomie für das Verbraucher- privatrecht der elektronischen Märkte .....	245
I. Zur Einordnung der Netzökonomie als neues Marktmodell ...	245
II. Bedeutung des informations- und netzökonomischen Paradigmas für das Verbraucherprivatrecht der elektronischen Märkte .....	246
§ 9 Verbraucherbezogene Implikationen der Netz- und Informationsökonomie .....	248
I. Zunehmende Markttransparenz und Wettbewerbsintensität ..	248
II. Sinkende Transaktionskosten und Disintermediation .....	256
III. Verschiebung von Marktmacht zur Verbraucherseite .....	260
Zusammenfassung des dritten Kapitels .....	262

#### Viertes Kapitel

### Europäische und nationale Instrumente des Verbraucherprivatrechts der elektronischen Märkte im Licht des netzökonomischen Paradigmas

§ 10 Wettbewerbsrechtliche Instrumente .....	264
I. Kartellrecht und Kartellpolitik .....	265
1. Wettbewerbspolitisches Konzept des GWB .....	266
2. Fallbeispiele aus den USA .....	269
a) Erstes Beispiel: Markt für PC-Betriebssysteme .....	270
aa) Fall Vereinigte Staaten gegen Microsoft .....	271
bb) Rolle der Verbraucher auf dem Betriebssystemmarkt .....	277
b) Zweites Beispiel: Kreditkartenmarkt .....	279
aa) Fall Vereinigte Staaten gegen Visa und MasterCard .....	280
bb) Rolle der Verbraucher auf dem Kreditkartenmarkt .....	283
3. Kartellpolitik der elektronischen B2C-Märkte nach deutschem Recht .....	283

a) Marktbeherrschung .....	283
aa) Abgrenzung des relevanten Marktes .....	284
bb) Marktmacht .....	286
b) Behinderungswettbewerb .....	287
aa) Preisunterbietung .....	288
bb) Preismissbrauch .....	290
cc) Produktkoppelung .....	290
dd) Ausschließlichkeitsbindung .....	291
ee) Zugang zu wesentlichen Einrichtungen .....	292
II. Zusammenfassung .....	293
§ 11 Europäische Instrumente .....	295
I. Rechtsgrundlagen .....	295
1. Grundfreiheiten .....	296
2. Sekundärrecht .....	297
a) Fernabsatzrichtlinie .....	297
aa) Informationsparadigma .....	299
bb) Widerrufsparadigma .....	301
cc) Unangeforderte Werbung durch Fernkommuni- kationsmittel .....	301
b) eCommerce-Richtlinie .....	302
aa) Anbieteridentifikation bei elektronischer Kommunikation .....	304
bb) Unerbetene kommerzielle Kommunikation .....	305
cc) Elektronische Verträge .....	307
c) Nicht internetspezifische Richtlinien .....	310
II. Sekundärrechtlicher Verbraucherbegriff .....	313
III. Instrumente des europäischen Verbraucherrechts der elektronischen Märkte .....	315
1. Anbieter-Informationspflichten .....	315
2. Verbraucherspezifische Vertragslösungsrechte .....	316
3. Inhaltskontrolle .....	317
4. Zusammenfassung .....	317
§ 12 Anbieter-Informationspflichten .....	318
I. Fernabsatzrecht .....	320
1. Anwendungsbereich .....	320
a) Fernkommunikationsmittel .....	320
b) Vertragsgegenstand .....	323
c) Organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem .....	324
d) Bereichsausnahmen .....	327
aa) Fernunterrichtsverträge .....	328
bb) Time-Sharing-Verträge .....	328

cc) Versicherungsgeschäfte .....	329
dd) Grundstücks- und Immobilienverträge .....	331
ee) Hauslieferungsverträge .....	331
ff) Tourismusleistungen .....	333
gg) Automatenverträge und Verträge zur Nutzung öffentlicher Fernsprecheinrichtungen .....	334
2. Informationspflichten des Internet-Anbieters .....	334
a) Lauterkeitsrechtliche Vorabinformationen .....	335
b) Zivilrechtliche Unterrichtungspflichten vor Vertragsschluss ...	337
aa) Transparenzgebot .....	338
bb) Zeitpunkt der Information .....	338
cc) Informationsübermittlung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen .....	339
dd) Inhalt der Informationspflichten .....	340
α) Wesentliche Merkmale der Leistung und Zustandekommen des Vertrages .....	340
β) Mindestlaufzeit .....	341
χ) Leistungsvorbehalte .....	341
δ) Preis .....	342
ε) Liefer- und Versandkosten .....	342
φ) Einzelheiten der Vertragserfüllung .....	343
γ) Widerrufs- und Rückgaberecht .....	343
η) Kosten der Fernkommunikation .....	343
ι) Gültigkeit befristeter Angebote .....	344
c) Dokumentation nach Vertragsschluss .....	344
aa) Zeitpunkt und Form .....	345
bb) Zu dokumentierende Informationen .....	346
cc) Ausnahmen für Dienstleistungen der Fernkommunikation.	347
dd) Zeitpunkt zur Mitteilung der nachvertraglichen Informationen .....	347
d) Folgerungen .....	348
II. eCommerce-Recht .....	349
1. Anwendungsbereich des § 312e BGB .....	350
2. Anbieterpflichten .....	352
a) Mittel zur Eingabekorrektur .....	352
b) Informationspflichten nach § 3 BGB-InfoV .....	352
c) Zugangsbestätigung .....	353
d) Zurverfügungstellung von Vertragsbedingungen .....	354
III. Telediensterecht .....	354
IV. Ältere Materien .....	359
1. Verbraucherkreditrecht .....	359
a) Teilzahlungsgeschäfte im Fernabsatz .....	359
b) Ratenlieferungsverträge .....	360
c) Überziehungskredite .....	360

2. Versicherungsrecht .....	361
3. Preisrecht .....	362
4. Handels- und Gesellschaftsrecht .....	364
V. Folgerungen .....	365
<b>§ 13 Verbraucherspezifische Vertragslösungsrechte .....</b>	<b>370</b>
I. Allgemeine Widerrufs- und Rückgaberegelungen (§§ 355 ff.) ..	373
1. Widerrufsrechte .....	373
a) Gestaltungsrecht für schwebend wirksame Verträge .....	373
b) Beginn und Dauer der Widerrufsfrist .....	374
c) Form und Inhalt der Widerrufsbelehrung .....	375
2. Rückgaberechte .....	376
a) Anordnung durch spezielles Verbraucherprivatrecht .....	376
b) Vertragsschluss aufgrund eines Verkaufsprospekts .....	377
c) Ausübung des Rückgaberechts .....	378
3. Rechtsfolgen von Widerruf und Rückgabe .....	378
a) Gegenseitige Rückgewährpflicht .....	378
b) Kosten und Gefahr der Rücksendung .....	379
c) Haftung des Verbrauchers .....	380
4. Verbundene Verträge .....	382
a) Widerrufsdurchgriff .....	382
b) Einwendungsdurchgriff .....	383
II. Modifizierende Bestimmungen des speziellen Verbraucher- privatrechts für elektronische Märkte .....	383
1. Fernabsatzrecht .....	384
a) Widerrufsfrist .....	384
aa) Beginn des Fristlaufs .....	384
bb) Dauer der Widerrufsfrist .....	385
b) Widerrufsausschlüsse .....	386
aa) Individualanfertigungen, verderbliche und nicht zur Rückgabe geeignete Waren .....	387
bb) Urheberrechtlich geschützte Audio- und Video- aufzeichnungen sowie Software .....	387
a) Meinungsstand zum Widerrufsabschluss bei Online-Lieferung .....	388
β) Kritik der Meinungen .....	390
cc) Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierte .....	395
dd) Wett- und Lotteriedienstleistungen .....	395
ee) Waren aus Auktionen .....	396
ff) Finanzierungshilfen .....	396
2. Verbraucherkreditrecht .....	396

a) Teilzahlungsgeschäfte im Fernabsatz .....	396
b) Ratenlieferungsverträge .....	397
3. eCommerce-Recht .....	398
III. Folgerungen .....	398
§ 14 Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen .....	400
I. Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen in den elektronischen Vertrag .....	402
1. Ausdrücklicher Hinweis auf Allgemeine Geschäftsbedingungen .....	403
2. Möglichkeit zumutbarer Kenntnisnahme .....	405
II. Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen .....	408
1. Bestätigung des AGB-Gesetzes durch das informations- und netzökonomische Paradigma .....	408
2. Folgerungen .....	412
Zusammenfassung des vierten Kapitels .....	412
Ergebnisse der Untersuchung .....	413
Verzeichnis der zitierten Gerichtsentscheidungen .....	415
Literaturverzeichnis .....	423
Web-Quellen-Verzeichnis .....	457
Namensregister .....	461
Schlagwortverzeichnis .....	463

# Abkürzungsverzeichnis

a.A.	anderer Ansicht
a.F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt
Abs.	Absatz
AbzG	Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte (Abzahlungsgesetz)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
AfP	Archiv für Presserecht (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
AG	Aktiengesellschaft
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingung
AGBG	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)
AktG	Aktiengesetz
Amer.Econ.Rev.	The American Economic Review (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
Amer.J.Sociology	The American Journal of Sociology (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
Amer.Polit.Sci.Rev.	American Political Science Review (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
AntitrustL.J.	Antitrust Law Journal (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
API	Application Programming Interface
ARPA	Advanced Research Projects Agency
Art.	Artikel
ASQ	Administrative Science Quarterly (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
Aufl.	Auflage
AuslInvestmG	Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen (Auslandsinvestmentgesetz)
B2B	Business to Business
B2C	Business to Consumer
BayVBl	Bayerisches Verwaltungsblatt (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz

BellJ.Econ.	Bell Journal of Economics (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGB-InfoV	Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht (BGB-Informationspflichten-Verordnung)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (zitiert nach Band, Seite)
BK	Bonner Kommentar
BKartA	Bundeskartellamt
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht (zitiert nach Jahr, Seite)
Bl.	Blatt
BMWA	Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie (seit Oktober 2002 umbenannt in BMWA)
BSE	Bovine Spongiforme Enzephalopathie
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
Btx	Bildschirmtext
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts (zitiert nach Band, Seite)
CACM	Communications of the ACM (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Nummer, Seite)
Cal.L.Rev.	California Law Review (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
CATS	Computer-Assisted Trading System
CD	Compact Disk
CDU	Christlich Demokratische Union
CERN	Centre Européenne pour la Recherche Nucléaire
Cir.	Circuit
Co.	Company
Conn.	Connecticut
Conn.L.Rev.	Connecticut Law Review (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
Corp.	Corporation
CR	Computer und Recht (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
CRi	Computer und Recht International (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
CRS	Computerreservierungssystem(e)
D.C.	District of Columbia
DB	Der Betrieb (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
DBW	Die Betriebswirtschaft (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
DIN	Deutsches Institut für Normung
DiskE	Diskussionsentwurf
DR	Deutsches Recht (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)

DRiZ	Deutsche Richterzeitung (zitiert nach Jahr, Seite)
Drs.	Drucksache
DTB	Deutsche Terminbörse
DuD	Datenschutz und Datensicherung (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
EC	Euro Cheque
Econ.J.	The Economic Journal (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
eCRL	eCommerce-Richtlinie
EDI	Electronic Data Interchange
EDIFACT	Electronic Data Interchange for Administration, Commerce and Transport
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EG	Europäische Gemeinschaften
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EGG	Gesetz über den Elektronischen Geschäftsverkehr (Elektronischer-Geschäftsverkehr-Gesetz)
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
eKomm.	elektronische Kommunikation
ELR	European Law Review (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
endg.	endgültig
et al.	et alii
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuGRZ	Europäische Grundrechte-Zeitschrift (zitiert nach Jahr, Seite)
EuGVÜ	Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen
EuR	Europarecht (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
EuSchVÜ	Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
EUV	Vertrag über die Europäische Union
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (zitiert nach Jahr, Seite)
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
f./ff.	folgende
FARL	Fernabsatzrichtlinie
Fed.	Federal
FernAbsG	Fernabsatzgesetz
FernUSG	Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht (Fernunterrichtsschutzgesetz)
FNC	Federal Networking Council
GenG	Genossenschaftsgesetz

GewArch	Gewerbearchiv (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
GG	Grundgesetz
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)
GmSOGB	Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes
GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
GRUR Int.	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
h. M.	herrschende Meinung
HarvardBus.Rev.	Harvard Business Review (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Nummer, Seite)
HGB	Handelsgesetzbuch
Hk	Handkommentar
Hs.	Halbsatz
HWiG	Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften (Hautürgeschäftewiderrufsgesetz)
i.d.F.	in der Fassung
i.S.v.	im Sinne von
i.V.m.	in Verbindung mit
IHK	Industrie- und Handelskammer
Ill.	Illinois
IMP	Interface-Massage-Processor
Inc.	Incorporated
insbes.	insbesondere
Int.Econ.Rev.	International Economic Review (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
Int.J.Ind.Organ.	International Journal of Industrial Organization (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Nummer, Seite)
Int.J.Soc.Econ.	International Journal of Social Economics (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
ITRB	Der IT-Rechtsberater (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
IuKDG	Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Infor- mations- und Kommunikationsdienste (Informations- und Kommunikationsdienstegesetz)
J.Bus.	The Journal of Business (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
J.Bus.Res.	Journal of Business Research (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
J.Econ.Hist.	Journal of Economic History (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
J.Econ.Lit.	Journal of Economic Literature (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)

J.Econ.Perspect.	The Journal of Economic Perspectives (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
J.Finan.Intermediation	Journal of Financial Intermediation (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
J.Finance	The Journal of Finance (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
J.Ind.Econ	Journal of Industrial Economics (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
J.LawEcon.	The Journal of Law and Economics (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Nummer, Seite)
J.Marketing	Journal of Marketing (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Nummer, Seite)
J.Polit.Economy	The Journal of Political Economy (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Nummer, Seite)
JA	Juristische Arbeitsblätter (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
Jb.J.ZivRWiss.	Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
JCMC	Journal of Computer-Mediated Communication (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Nummer, Seite)
JCP	Journal of Consumer Policy (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
JMIS	Journal of Management Information Systems (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Nummer, Seite)
JMR	Journal of Marketing Research (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
JNSt	Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
JurPC	Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik (zitiert nach Web-Dok.)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
JZ	Juristenzeitung (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
K&R	Kommunikation und Recht (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
KAGG	Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (Kapitalanlagegesellschaftsgesetz)
Kap.	Kapitel
KJ	Kritische Justiz (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
KMU	kleine und mittlere Unternehmen
KritV	Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
KWG	Gesetz über das Kreditwesen (Kreditwesengesetz)

LG	Landgericht
lit.	litera
LM	Lindenmeier-Möhring (Nachschlagewerk des Bundesgerichtshofs, zitiert nach Nummer, Paragraph, Blatt)
LMBG	Gesetz über den Verkehr mit Lebensmitteln, Tabakerzeugnissen, kosmetischen Mitteln und sonstigen Bedarfsgegenständen (Lebensmittel- und Bedarfsgegenständegesetz)
Ltd.	Limited
Mass.	Massachusetts
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
MDStV	Mediendienste-Staatsvertrag
MichiganL.Rev.	Michigan Law Review (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
MIT	Massachusetts Institute of Technology
MMR	MultiMedia und Recht (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
MS	Microsoft
MünchKomm	Münchener Kommentar
MuW	Markenschutz und Wettbewerb (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
n.F.	neue Fassung
N.Y.U.L.Rev.	New York University Law Review (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
NASA	National Aeronautics and Space Administration
NASDAQ	American Stock Exchange
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
NJW CoR	Computerreport der Neuen Juristischen Wochenschrift (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
NJW-RR	NJW-Rechtsprechungsreport (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
NLJ	The National Law Journal (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
Nw.U.L.Rev.	Northwestern University Law Review (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
öAR	ökonomische Analyse des Rechts
OEM	Original Equipment Manufacturer
OLG	Oberlandesgericht
ORDO	Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
PAngV	Preisangabenverordnung
Quart.J.Econ.	The Quarterly Journal of Economics (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)

RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht (zitiert nach Jahr, Seite)
RANDJ.Econ.	The RAND Journal of Economics (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
RDV	Recht der Datenverarbeitung (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
REM	Rational egoistischer Mensch
REMM	resourceful, evaluative, maximizing man
Res.LawEcon.	Research in Law and Economics (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
Rev.Econ.Stat.	The Review of Economics and Statistics (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
Rev.Econ.Stud.	The Review of Economic Studies (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
RGBL	Reichsgesetzblatt
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (zitiert nach Band, Seite)
RIW	Recht der internationalen Wirtschaft (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
RL	Richtlinie
RM	Reichsmark
Rs.	Rechtssache
S.D.N.Y.	Southern District of New York
SigG	Signaturgesetz
SignRL	Signatur-Richtlinie
Slg.	Sammlung
SloanManage.Rev.	Sloan Management Review (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Nummer, Seite)
SMG	Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz)
SOFFEX	Swiss Options and Financial Future Exchange
Sp.	Spalte
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
st. Rspr.	ständige Rechtsprechung
Stan.Tech.L.Rev.	Stanford Technological Law Review (Internet-Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr)
TCP/IP	Transmission Control Protocol/Internet Protocol
TDDSG	Teledienstedatenschutzgesetz
TDG	Teledienstegesetz
Teilbd.	Teilband
TexasL.Rev.	Texas Law Review (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
TIS	The Information Society (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Nummer, Seite)
Ts.	Taurus
TSRL	Time-Sharing-Richtlinie

TÜV	Technischer Überwachungsverein
TV	Television
TzWrG	Gesetz über die Veräußerung von Teilzeitnutzungsrechten an Wohngebäuden (Teilzeit-Wohnrechtegesetz)
TzWrG	Teilzeit-Wohnrechtegesetz
U.Pa.L.Rev.	University of Pennsylvania Law Review (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
U.S., US	United States
U.S.C.	United States Code
UCLAL.Rev.	University of California Los Angeles Law Review (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
UFITA	Archiv für Urheber-, Film-, Funk- und Theaterrecht (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
UkIaG	Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz)
USA	United States of America
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
UWLAL.Rev	University of West Los Angeles Law Review (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
v.	versus
VAG	Gesetz über die Beaufsichtigung von Versicherungsunternehmen (Versicherungsaufsichtsgesetz)
VerbrKrG	Verbraucherkreditgesetz
VerbrKrRL	Verbraucherkredit-Richtlinie
VersR	Versicherungsrecht (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
VertriebsR	Vertriebsrecht
VO	Verordnung
Vol.	Volume
VuR	Verbraucher und Recht (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
Web-Dok.	Web-Dokument
WI	Wirtschaftsinformatik (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Nummer, Seite)
WIPO	World Intellectual Property Organization
WiSt	Wirtschaftswissenschaftliches Studium (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
WISU	Das Wirtschaftsstudium (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
WM	Wertpapier-Mitteilungen (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
WWW	World Wide Web

YaleL.J.	The Yale Law Journal (Zeitschrift, zitiert nach Band, Jahr, Seite)
ZEuP	Zeitschrift für europäisches Privatrecht (zitiert nach Jahr, Seite)
ZfB	Zeitschrift für Betriebswirtschaft (zitiert nach Jahr, Seite)
ZfV	Zeitschrift für Versicherungswesen (zitiert nach Jahr, Seite)
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (zitiert nach Jahr, Seite)
ZgS	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft (zitiert nach Jahr, Seite)
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht (zitiert nach Band, Jahr, Seite)
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht und Insolvenzpraxis (Zeitschrift, zitiert nach Jahr, Seite)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik (zitiert nach Jahr, Seite)
ZVersWiss	Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft (zitiert nach Jahr, Seite)
ZWS	Zeitschrift für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften (zitiert nach Band, Jahr, Seite)



# § 1 Einleitung

## *I. Gegenstand und Ziel der Untersuchung*

### *1. Gegenstand der Untersuchung*

Die weltweiten Prozesse der Vernetzung von Computern und der Digitalisierung von Informationen haben einen tief greifenden Wandel gesellschaftlicher und ökonomischer Strukturen ausgelöst, der im Wirtschaftsleben vor allem zur Entstehung des internetbasierten elektronischen Geschäftsverkehrs geführt hat. Die Geschwindigkeit, mit der sich der elektronische Geschäftsverkehr in den letzten zehn Jahren entwickelt hat, ist nicht nur der Rasanz des technischen Fortschritts geschuldet, der in der Informations- und Kommunikationstechnologie sprichwörtlich ist, sondern auch auf die Tendenz der Industriegesellschaften zur Internationalisierung von Produktion und Handel. Trat elektronischer Geschäftsverkehr historisch zunächst in Gestalt zwischenbetrieblicher Kooperationsformen auf<sup>1</sup>, so bedeuteten die Implementierung des World Wide Web im Jahre 1992 sowie die Aufhebung des Verbots der kommerziellen Internetnutzung im Jahre 1994 eine Wende. Sie führten binnen Kurzem nicht nur zur Öffnung ehemals geschlossener B2B-Systeme gegenüber privaten Letztverbrauchern wo dies sinnvoll war, sondern auch zur Entstehung neuer elektronischer Konsumangebote im Internet<sup>2</sup>.

Die umfassende und in ihren Folgen bisher nicht zu überblickende Entwicklung zur Informationsgesellschaft, die hier im Hinblick auf den elektronischen B2C-Geschäftsverkehr kurz zusammengefasst ist, traf nicht nur die deutsche Zivilrechtsordnung unvorbereitet. Dem gewachsenen Bedürfnis, den Geschäftsverkehr elektronisch abzuwickeln, konnte sie anfänglich mit ihren auf papiergebundener Geschäftskommunikation basierenden Vorschriften nur eingeschränkt Rechnung tragen. Insbesondere das Vertragsrecht und das zivilprozessuale Recht des Urkundsbeweises, die weitgehend an Papierdokumenten anknüpften, wirkten restriktiv. Empirisch gestützte Untersuchungen konnten belegen, dass nicht zuletzt die durch die Rechtsordnung ausgelöste Unsicherheit den Mittelstand, dem als größtem Arbeitgeber der deutschen Wirtschaft für die Frage der Arbeitsplätze

---

<sup>1</sup> Vgl. nur *Picot/Reichwald/Wigand*, Die grenzenlose Unternehmung, 1998, S. 327 ff.

<sup>2</sup> Vgl. *Schmid*, WI 1993 (Nr. 35), S. 465 (470 f.); *Picot/Reichwald/Wigand*, Die grenzenlose Unternehmung, 2003, S. 340 f.

besondere Bedeutung zukommt, von der Teilnahme am elektronischen Geschäftsverkehr und der Entwicklung des mit ihm präsumtiv verbundenen Arbeitsmarktpotentials abhielt<sup>3</sup>.

Zur Vermeidung wirtschaftlicher Fehlentwicklungen entschlossen sich die deutschen Gesetzgeber zum Handeln, indem sie ohne Rechtsetzungsbefehl aus Brüssel am 1.8.1997 mit dem Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz<sup>4</sup> auf Bundes- und dem Mediendienste-Staatsvertrag<sup>5</sup> auf Länderebene ein europaweit erstes und nach ihrer Auffassung angemessenes und vollständiges Rahmenrecht für den elektronischen Geschäftsverkehr schufen. Die erst später erlassenen binnenmarktbezogenen EU-Rechtsangleichungsmaßnahmen auf dem Gebiet des elektronischen Geschäftsverkehrs wie die eCommerce-<sup>6</sup> oder die Signaturrechtlinie<sup>7</sup> führten national nur noch zu Änderungen oder Fortschreibungen des vorhandenen Regelungsrahmens. So änderte das Elektronischer-Geschäftsverkehr-Gesetz<sup>8</sup>, das den überwiegenden Teil der eCommerce-Richtlinie transformierte, im Wesentlichen das Teledienstegesetz<sup>9</sup> und das Teledienstedatenschutzgesetz<sup>10</sup>. Das Signaturgesetz 2001<sup>11</sup>, das neben der Transformation der Signaturrechtlinie auch der Auswertung der mit dem Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz gewonnenen Erfahrungen diente<sup>12</sup>, löste das als Artikel 3 IuKDG erlassene frühere Signaturgesetz ab.

Die 1997 noch vernachlässigten Anpassungen des materiellen Zivilrechts und des Verbraucherprivatrechts mussten auf Druck des europäischen Gesetzgebers

---

<sup>3</sup> *Kilian/Picot et al.*, Electronic Data Interchange, 1994, z.B. S. 109; *Lanwes/Lehmer*, Einsatzbarrieren für die Nutzung des Internet, Forschungsbericht Nr. 18 des Lehrstuhls für Wirtschaftsinformatik III der Universität Regensburg, 1998, S. 8 ff.; *Müller/Schoder*, Electronic Commerce, Arbeitsbericht Nr. 137 des Instituts für Informatik und Gesellschaft/Telematik der Universität Freiburg, 1999, z.B. S. 27, <http://www.ta-akademie.de>.

<sup>4</sup> Gesetz zur Regelung der Rahmenbedingungen für Informations- und Kommunikationsdienste (IuKDG) vom 22.7.1997, BGBl. I S. 1870.

<sup>5</sup> Staatsvertrag über Mediendienste (MDStV) vom 20.1. bis 7.2.1997, verkündet als Anlage zu den Landesgesetzen zum Mediendienste-Staatsvertrag.

<sup>6</sup> Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr – eCRL), ABl. EG L 178 vom 17.7.2000, S. 1.

<sup>7</sup> Richtlinie 1999/93/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen, ABl. EG L 13 vom 19.1.2000, S. 12.

<sup>8</sup> Gesetz über rechtliche Rahmenbedingungen für den elektronischen Geschäftsverkehr (EGG) vom 14.12.2001, BGBl. I S. 3721.

<sup>9</sup> Es bildet Art. 1 IuKDG vom 22.7.1997, BGBl. I S. 1870.

<sup>10</sup> Es bildet Art. 2 IuKDG vom 22.7.1997, BGBl. I S. 1870.

<sup>11</sup> Gesetz über Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen und zur Änderung weiterer Vorschriften vom 16.5.2001, BGBl. I S. 876.

<sup>12</sup> Begründung zum Signaturgesetz 2001, S. 4, <http://www.iid.de/iukdg/gesetz/310102siggbegr.pdf>.

jetzt nachgeholt werden, der allein in der Zeit von Mai 1997 bis Mai 2000 nicht weniger als fünf verbraucherbezogene EG-Richtlinien erließ<sup>13</sup>. Sie wurden zwischen Juni 2000 und Januar 2002 durch mehrere Gesetze in nationales Recht transformiert<sup>14</sup>. Insbesondere das Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts vom 27.6.2000<sup>15</sup> und das Formvorschriften-Anpassungsgesetz vom 13.7.2001<sup>16</sup> führten zur Änderung der meisten bis dahin bestehenden verbraucherprivatrechtlichen Sondergesetze. Mit Wirkung vom 1.1.2002 wurden sie durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz<sup>17</sup> zum größten Teil aufgehoben und unter nochmaliger Änderung in das BGB integriert. Politisch ist das Verbraucherrecht im elektronischen Geschäftsverkehr von Anfang an als Instrument betrachtet worden, Vorbehalte und Unsicherheiten der Konsumenten gegenüber dem neuen Medium abzubauen und diesem im Interesse von Wirtschaftswachstum und Arbeitsplätzen zum Durchbruch zu verhelfen.

Diese legislative Entwicklung vollzog sich innerhalb eines Zeitraumes von nur fünf Jahren. Binnen dieser Frist leiteten die deutschen Gesetzgeber in Bund und Ländern auf dem politisch und wissenschaftlich von Anfang an umstrittenen Gebiet des Verbraucherprivatrechts zwei bedeutsame Entwicklungen ein:

---

<sup>13</sup> Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragabschlüssen im Fernabsatz (Fernabsatzrichtlinie – FARL), ABl. EG L 144 vom 4.6.1997, S. 19; Richtlinie 98/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse (Preisangabenrichtlinie), ABl. EG L 80 vom 18.3.1998, S. 27; Richtlinie 98/27/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 1998 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen (Unterlassungsklagenrichtlinie), ABl. EG L 166 vom 11.6.1998, S. 51; Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter (Verbrauchsgüterkaufrichtlinie), ABl. EG L 171 vom 7.7.1999, S. 12; Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr – eCommerce-Richtlinie – eCRL), ABl. EG L 178 vom 17.7.2000, S. 1.

<sup>14</sup> Fernabsatzrichtlinie transformiert durch Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung auf Euro vom 27.6.2000 (BGBl. I S. 897, berichtigt am 21.7.2000 [BGBl. I S. 1139]), in Kraft seit 30.6.2000; Preisangabenrichtlinie transformiert durch Preisangabenverordnung vom 28.7.2000 (BGBl. I S. 1244), in Kraft seit 1.9.2000; Unterlassungsklagen- und Verbrauchsgüterkaufrichtlinie transformiert durch Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138), in Kraft seit 1.1.2002; eCommerce-Richtlinie transformiert durch Elektronischer-Geschäftsverkehr-Gesetz vom 14.12.2001 (BGBl. I S. 3721), in Kraft seit 21.12.2001, Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 13.7.2001 (BGBl. I S. 1542), in Kraft seit 1.8.2001, sowie Schuldrechtsmodernisierungsgesetz vom 26.11.2001 (BGBl. I S. 3138), in Kraft seit 1.1.2002.

<sup>15</sup> Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung auf Euro vom 27.6.2000, BGBl. I S. 897, berichtigt am 21.7.2000, BGBl. I S. 1139.

<sup>16</sup> Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts und anderer Vorschriften an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 13.7.2001, BGBl. I S. 1542.

<sup>17</sup> Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001, BGBl. I S. 3138.

erstens wurde der seit den Anfängen des BGB verfolgte Weg der verbraucherprivatrechtlichen Sondergesetze jedenfalls grundsätzlich aufgegeben, und zweitens wurde ein neues verbraucherprivatrechtliches Teilgebiet, das Online-Verbraucherrecht oder, wie es in dieser Untersuchung auch genannt wird, das Verbraucherprivatrecht der elektronischen Märkte, ins Leben gerufen. Es scheint nach allem an der Zeit innezuhalten, zurückzublicken, Konturen und Grenzen des entstandenen Teilgebiets zu betrachten und eine Bilanz zu versuchen, ob seine unter europäischem Druck entstandene legislative Konzeption vor dem Hintergrund der Entwicklung des Verbraucherprivatrechts im Übrigen grundsätzlich gelungen oder reformbedürftig ist.

Zu kritischer Prüfung besteht auch Anlass. Inzwischen mehren sich die Klagen der Geschäftswelt, der (europäische) Gesetzgeber habe das Online-Verbraucherrecht überreguliert, insbesondere beim Internet-Kauf zu übermittelnde Informationen in einem Ausmaß angeordnet, das vom Verkäufer kaum mehr zu bewältigen und vom Verbraucher kaum mehr zu rezipieren sei. Die Folge sei die Nichtbeachtung der Schutzvorschriften und ein Online-Verbraucherrecht, das ins Leere geht. Grundsätzlicher ist die Kritik, der Gesetzgeber habe es versäumt, ein dem neuen Medium Internet angemessenes Verbraucherprivatrecht zu schaffen, das seinen technischen und ökonomischen Eigenheiten gerecht wird<sup>18</sup>. Das Versäumnis sei darauf zurück zu führen, dass – und dies betrachtet die Untersuchung als Hypothese, die zu belegen sie die Absicht hat – der Gesetzgeber bei der Konzeption von Verbraucherrecht von der Formel „Online-Recht gleich Offline-Recht“ ausgegangen sei.

Der so an der Old Economy orientierten Konstruktion von Verbraucherprivatrecht der elektronischen Märkte stehen jüngere Erkenntnisse der Wirtschaftswissenschaften gegenüber, wonach das traditionelle Markt- und Wettbewerbsmodell der Neoklassik, das für traditionelle Märkte seine Berechtigung hat, die ökonomischen Prozesse und Zustände auf elektronischen Märkten nicht angemessen zu erfassen und zu beschreiben vermag. Die Elektronisierung der Marktbeziehungen habe zu einer neuen Ökonomie, der sogenannten Internet-, Netzökonomie oder New Economy geführt, die als „neues ökonomisches Marktmodell mit neuen Spielregeln“<sup>19</sup> traditionelle volks- und betriebswirtschaftliche Modellvorstellungen und -zusammenhänge geradezu „auf den Kopf“ stellt<sup>20</sup>. Da Verbraucherpolitik in erster Linie Wettbewerbspolitik und Verbraucherprivatrecht in erster Linie Marktrecht ist, erscheint die Annahme nahe liegend, dass aus der Netzökonomie konstruktive Implikationen für das Verbraucherprivatrecht folgen müssen. Dennoch liegt bisher keine Monografie vor, die das geltende Verbraucherschutzrecht der elektronischen Märkte mit den

<sup>18</sup> Bartsch/Lutterbeck, Vorwort, in: *dies.* (Hrsg.), *Neues Recht für neue Medien*, 1998, S. V (VI).

<sup>19</sup> Zerdick/Picot et al., *Die Internet-Ökonomie*, 2001, S. 156.

<sup>20</sup> Ebenda, S. 156.

neuen Maßgaben der Netzökonomie systematisch in Verbindung bringt und sie in die Verbraucherschutzdiskussion einbezieht. Dieser Aufgabe unterzieht sich die vorliegende Untersuchung.

## *2. Ziel der Untersuchung*

Ziel der Untersuchung ist es demnach, das in den letzten Jahren entstandene Verbraucherprivatrecht der elektronischen Märkte vor dem Hintergrund seiner Entwicklungsbedingungen zu sichten, ökonomisch zu erklären und, soweit erforderlich, mit der Absicht von Reformvorschlägen zu kritisieren.

Dieses Ziel versucht die Untersuchung durch eine Reihe von Teilzielen zu erreichen. Ihr erstes besteht darin zu skizzieren, nach welchen leitenden Strukturprinzipien der deutsche Gesetzgeber das Verbraucherprivatrecht für traditionelle und elektronische Märkte gestaltet hat (Gestaltungsparadigmen). Sinn der Darstellung ist insoweit erkennbar werden zu lassen, dass das vorliegende Verbraucherprivatrecht kein rechtspolitisches Konzept ist, das vom Gesetzgeber frei gewählt wurde, sondern eines, das evolutorisch aus historischen Voraussetzungen und bedingenden, insbesondere ökonomischen Faktoren entstanden ist. Beabsichtigt ist damit der Nachweis, dass die Verbraucherprivatrechte der konventionellen und der elektronischen Märkte jeweils auf „ihre“ Ökonomie verweisen. Weiteres Teilziel ist die Herausarbeitung von Unterschieden zwischen traditionellen und elektronischen Märkten, die sich dafür in Anspruch nehmen lassen, dem Verbraucherprivatrecht der elektronischen Märkte ein anderes ökonomisches Modell zugrunde zu legen als das des Verbraucherprivatrechts der traditionellen Märkte. Ist dieses Zwischenziel erreicht, schließt sich die Identifizierung eines dem Verbraucherprivatrecht der elektronischen Märkte möglicherweise adäquateren ökonomischen Paradigmas an, als das die Arbeit das Konzept der Netzökonomie diskutiert. Sie ist der Maßstab, anhand dessen das geltende Verbraucherprivatrecht der elektronischen Märkte kritisiert wird. Ziel und Absicht der Kritik ist die Unterbreitung von Novellierungsvorschlägen an die Adresse des europäischen und nationalen Gesetzgebers.

## *II. Methode und Gang der Untersuchung*

### *1. Methode der Untersuchung*

Wegen dieser Ziele ist die Untersuchung im weitesten Sinne der (normativen) Gesetzgebungstheorie zuzurechnen. Deren Ziele lassen sich einerseits als kausal-deskriptive Erfassung der Rechtsetzung in ihren Zusammenhängen, Bedingungen, Ursachen und Wirkungen (analytische Theorie) und anderer-

seits als Gewinnung präskriptiver Aussagen darüber beschreiben, wie die Rechtssetzung unter Beobachtung vorgegebener Ziele, Werte und Aufgaben rational und effektiv gestaltet werden könnte und sollte (normative Theorie). Sie versteht sich damit als Theorie der gesetzgeberischen Praxis. Als geeignete Forschungsmethoden werden insbesondere interdisziplinäre Ansätze angesehen<sup>21</sup>. Eine gesetzgebungstheoretische Methode im Sinne einer bereit liegenden und konsentierten Schule, die nur angewendet werden muss, existiert jedoch nicht. Vielmehr besteht in der Gesetzgebungstheorie Konzept-, Ziel- und Methodenpluralität<sup>22</sup>. So betrachtet *Eidenmüller* die ökonomische Analyse des Rechts in Deutschland als gesetzgebungstheoretische Methode<sup>23</sup>, *Eberle* weist auf die Rechtsinformatik als Methode der Gesetzgebungstheorie hin<sup>24</sup> und *Rödig* entwickelte die auf aussagenlogischem Kalkül basierende „axiomatische“ Methode der Gesetzgebungstheorie<sup>25</sup>. Auch die Praxis der Gesetzgebung wendet kein einheitliches Erkenntnisverfahren an. Sie erwartet im Gegenteil Hilfen von der Gesetzgebungstheorie. Die Untersuchung beschreibt deshalb einen eigenen methodischen Weg.

### a) Denken in leitenden Konstruktionsparadigmen

Dieser besteht in erster Linie in einem Denken in leitenden Konstruktionsparadigmen. Darunter versteht die Untersuchung die Rückverfolgung und Aufdeckung von Faktoren und Zusammenhängen, die das gesetzgeberische Regulierungskonzept in einem ideengeschichtlichen Sinn determiniert haben. Im Unterschied zur strengen mathematisch-naturwissenschaftlichen Vorausbestimmung lässt die ideengeschichtliche Determinierung Spielräume und Variationsbreiten, innerhalb derer Ergebnisse gefunden werden, und bildet so

<sup>21</sup> Vgl. *Schäffer*, Über Möglichkeit, Notwendigkeit und Aufgaben einer Theorie der Rechtssetzung, in: *ders.* (Hrsg.), *Theorie der Rechtssetzung*, 1988, S. 11 (13, 37 f.); *Karpen*, *Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre*, 1989, S. 15 f.

<sup>22</sup> Vgl. den historischen Überblick bei *Karpen*, *Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre*, 1989, S. 20 ff. Ferner *Kubeš*, *Theorie der Gesetzgebung*, 1987, S. 17 ff.; *Heyen*, *Historische und philosophische Grundfragen der Gesetzgebungslehre*, in: *Schreckenberger* (Hrsg.), *Gesetzgebungslehre*, 1986, S. 11 ff.

<sup>23</sup> *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 1995, S. 490.

<sup>24</sup> *Eberle*, *Gesetzgebung und ADV – Beiträge der Rechts- und Verwaltungsinformatik*, in: *Schreckenberger* (Hrsg.), *Gesetzgebungslehre*, 1986, S. 121 ff.

<sup>25</sup> Vgl. *Rödig*, *Gesetzgebungstheorie als praxisorientierte, rechtswissenschaftliche Disziplin auf rechtstheoretischer Grundlage*, in: *Rödig/Baden/Kindermann*, *Vorstudien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, 1975, S. 11 ff.; *ders.*, *Logische Kriterien für die korrekte Verwendung von Legaldefinitionen*, in: ebenda, S. 38 ff.; *ders.*, *Einige Regeln für korrektes Legaldefinieren*, in: ebenda, S. 71 ff.; *Rödig/Thieler-Mevissen*, *Die Regel-Ausnahme-Technik des Gesetzgebers in logischer Sicht*, in: ebenda, S. 88 ff.; *Rödig*, *Zum Begriff des Gesetzes in der Rechtswissenschaft*, in: *ders.* (Hrsg.), *Studien zu einer Theorie der Gesetzgebung*, 1976, S. 5 ff.; *ders.*, *Logische Untersuchungen zur Makrostruktur rechtlicher Kodifikate*, in: ebenda, S. 592 ff.

den Rahmen, in dem sich ein begonnener Systemgedanke fortsetzt. Die verbraucherrechtlichen Konstruktionsparadigmen, auf die die Arbeit eingeht (ökonomisches, Sonderrechts-, Europarechtsparadigma), stellen freilich nur eine Auswahl dar. Es gibt weitere. Wichtig erscheint zu betonen, dass bei diesem Denken kein Paradigma einen Ausschließlichkeitsanspruch erhebt und parallele Einflüsse nicht ausschließt. Die Begründung eines Ergebnisses aus kausalen und im genannten Sinn determinierenden Einzelfaktoren und Entwicklungslinien führt im Recht zu einem Verfahren, das der Analyse von Prozessen und Zuständen anhand von Modellen in der Nationalökonomie ähnlich ist. Vergleichbar der nationalökonomischen Modellierung verändert die Untersuchung das ökonomische Gestaltungsparadigma als einzelne „Modellannahme“ ceteris paribus, also bei gleich bleibenden Annahmen und Bedingungen im Übrigen, und fragt nach den verbraucherrechtlichen Implikationen, die sich unter der modifizierten Paradigmenlage für das Verbraucherprivatrecht der elektronischen Märkte ergeben.

Freilich setzt sich dieses Verfahren, wie jede Modellierung in der Wissenschaft, der Kritik aus. Der Einwand drängt sich auf, die Nachzeichnung der Entwicklung eines Rechtsgebiets anhand von leitenden Konstruktionsparadigmen sei zu schematisch und starr, um gesellschaftlichen Prozessen, wie sie der Gesetzgebung zugrunde liegen, gerecht werden zu können. Wie jedes Modell erhebt aber auch das angewandte Paradigmen-Modell nicht den Anspruch, die Realität abzubilden oder vollständig zu erklären. Es geht ihm vor allem um ergebnisgerechte Beschränkung auf die wirksamen Prinzipien und damit um die Reduktion von realer Komplexität, ohne die weder ökonomische noch gesellschaftliche oder rechtliche Analysen durchführbar wären.

### *b) Historisch-deskriptiver Ansatz*

Die ideengeschichtliche Rückverfolgung von kausalen und im beschriebenen Sinn determinierenden Systemen bedingt den innerhalb des Paradigmen Denkens angewandten historisch-deskriptiven Ansatz. Die Analyse der Entwicklung des geltenden Verbraucherprivatrechts erfordert die Kenntnisnahme realer Prozesse. Eine Kritik der Entwicklung vor dem Hintergrund eines eigenen verbrauchertheoretischen Standpunktes ist insoweit nicht beabsichtigt. Vielmehr versucht die Arbeit den vom Gesetzgeber eingeschlagenen Weg aufzugreifen und im Sinne reformpolitischen Denkens für das neue Gebiet des Verbraucherrechts der elektronischen Märkte fortzuführen. Darin äußert sich freilich auch ein konkreter rechtspolitischer Standpunkt.

Dem Ansatz liegt die Zustimmung der Untersuchung zur Feststellung von *Joerges* zu Grunde, dass die Entwicklung des Verbraucherrechts in der Bundesrepublik nicht durch große theoretische Entwürfe veranlasst, von solchen nicht einmal maßgeblich beeinflusst wurde, sondern im „Entdeckungsverfahren“

ren Praxis“ begonnen und fortgeführt wurde<sup>26</sup>. Ihrem Versuch eines experimentellen Wechsels des ökonomischen Gestaltungsparadigmas liegt die Zustimmung zur weiteren Annahme von *Joerges* zugrunde, dass Anstöße für die weitere Entwicklung des Verbraucherrechts weniger von neuen theoretischen Entwürfen der Rechtsdogmatik zu erwarten sind, als vielmehr von der Praxis und ihrem Entdeckungsverfahren selbst<sup>27</sup>. Die Anwendung eines deskriptiven Verfahrens der Praxisbeobachtung und -kritik wird so zum Gebot.

### c) Funktion der Nationalökonomie in der Untersuchung

Der angewandten Paradigmen-Methode, die dem Modelldenken der Nationalökonomie entspricht, entsprechen inhaltlich starke Bezüge zur nationalökonomischen Theorie. Die enthaltenen volkswirtschaftstheoretischen Ausführungen mögen nach Ansicht mancher Leser für eine juristische Arbeit zu umfangreich sein. Indes wurden sie durch die Fragestellung der Untersuchung nahe gelegt. Denn das Verbraucherprivatrecht ist ein Rechtsgebiet, das mit der Mikroökonomie, namentlich der Markt- und Wettbewerbstheorie auf das Engste verbunden ist. Die Konzentration auf elektronische Märkte und der Wechsel des ökonomischen Paradigmas *ceteris paribus* bedingte umfangreiche informations- und netzökonomische Darlegungen. Ihre Funktion ist jedoch nicht die einer juristischen Theorie wie in der ökonomischen Analyse des Rechts, sondern eines mit dem Rechtssystem interdependenten ökonomischen Systems, das die Prinzipien verbraucherprivatrechtlicher Gestaltung im genannten Sinn lenkt. Sie fungieren als das hinter dem verbraucherrechtlichen Regelungskonzept elektronischer Märkte stehende ökonomische Modell, das im Übrigen weiteren Paradigmen und spezifischen eigenen juristischen Ziel- und Wertsetzungen wie dem Sozialstaatsgedanken, Gerechtigkeit oder Humanität folgt. Es geht ihnen dagegen nicht darum, das Recht ausschließlich nach dem Kriterium der ökonomischen Effizienz zu gestalten.

### d) Abgrenzung zur normativen economic analysis of law

#### aa) Konzept

Dieses Anliegen verfolgt indes die aus den USA stammende normative economic analysis of law<sup>28</sup>. Sie ist in erster Linie eine Methode der Anwendung des ökonomischen Kalküls auf das Recht. Den Begriff der Effizienz bezieht sie auf die Res-

<sup>26</sup> *Joerges*, Verbraucherschutz als Rechtsproblem, 1981, S. 132.

<sup>27</sup> Ebenda, S. 134.

<sup>28</sup> Als ihre Schöpfer gelten *Guido Calabresi* und *Ronald H. Coase*, die Anfang der sechziger Jahre die Verantwortung für gesellschaftlich relevantes Verhalten thematisierten. Das von *Coase* in seinem 1960 erschienen grundlegenden Aufsatz „The Problem of Social Costs“,

sourcesallokation<sup>29</sup>. Effizienz wird gesteigert, indem eine Ressource einer wertvolleren oder effektiveren Nutzung zugeführt wird. Es folgt, dass eine rechtliche Regelung dann besser als eine andere ist, wenn sie die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt im Sinne einer sozialen Optimierung erhöht, indem sie die Nutzung von Ressourcen verbessert. Dieses Anliegen verfolgt die economic analysis of law in zwei unterschiedlichen Aussagerichtungen: zum einen durch analytische Aussagen über die allokativen Konsequenzen von Rechtsnormen und rechtlichen Entscheidungen zu ihrem besseren Verständnis sowie zu ihrer Bewertung anhand des Kriteriums der ökonomischen Effizienz (positive ökonomische Analyse des Rechts), zum anderen durch Empfehlungen zur Gestaltung ökonomisch effizienter Normierungen. Im Zusammenhang mit Normierungsempfehlungen untersucht sie auch die Mechanismen, die Rechtsänderungen zugrunde liegen (normative ökonomische Analyse des Rechts)<sup>30</sup>.

*Eidenmüller* fasst das Forschungsprogramm der ökonomischen Analyse US-amerikanischer Prägung in einer eingehenden Untersuchung über die Funktion der ökonomischen Analyse in Deutschland deshalb wie folgt zusammen<sup>31</sup>: (1) Die Folgen von Rechtsnormen und rechtlichen Einzelentscheidungen (z.B. Urteilen, Verwaltungsakten) im Verhalten der Rechtssubjekte sind durch das ökonomische Verhaltensmodell des homo oeconomicus erfassbar, denn auch Rechtssubjekte reagieren rational und nutzenmaximierend. Rechtliche Sanktionen wirken wie Preise, die in ein Nutzen-Kosten-Kalkül eingestellt werden. (2) Recht ist im ökonomischen Sinne effizient, wenn es die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt erhöht. Eine Bewertung seiner Folgen im Verhalten der Rechtssubjekte sollte daher auf der Grundlage der Wohlfahrtsökonomik erfolgen. (3) Alle rechtlichen Entscheidungen, auch die des Gesetzgebers, sollten im genannten Sinne zu effizienten Folgen führen.

Unterschiedliche Auffassungen bestehen innerhalb des Forschungsansatzes der ökonomischen Analyse darüber, inwieweit konkurrierende rechtspolitische Zielsetzungen zuzulassen sind. Eine ausschließliche Orientierung am Ziel der ökonomischen Effizienz wird von den Vertretern der Chicago School gefor-

J.LawEcon., Vol. 3 (1960), S. 1 ff., dargelegte *Coase*-Theorem wurde zum Ausgangspunkt einer als „economic analysis of law“ bezeichneten Ökonomie des Rechts.

<sup>29</sup> Vgl. *Schmidchen/Weth*, Der Effizienz auf der Spur, 1999, S. 17 ff.; *Koboldt/Leder/Schmidchen*, WiSt 1992, S. 334 (334.); *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1995, S. 47 ff.; *Posner*, Recht und Ökonomie, in: *Assmann/Kirchner/Schanze* (Hrsg.), Ökonomische Analyse des Rechts, 1978, S. 93 (99 ff.); *Buraw*, JuS 1993, S. 8 (9).

<sup>30</sup> Zu dieser Zweiteilung insbesondere *Posner*: „... economics has both a normative and a positive role in the study of law and legal institutions“ (*Posner*, Recht und Ökonomie, in: *Assmann/Kirchner/Schanze* [Hrsg.], Ökonomische Analyse des Rechts, 1978, 93 [105]); s. ferner *Koboldt/Leder/Schmidchen*, WiSt 1992, S. 334 (334.). Ohne sie explizit anzusprechen wird sie auch von *Schmidchen/Weth*, Der Effizienz auf der Spur, 1999, oder *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Rechts, 2000, zu Grunde gelegt.

<sup>31</sup> Vgl. *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip, 1995, S. 4 ff.; die gleiche Kennzeichnung legen *Schmidchen/Weth*, Der Effizienz auf der Spur, 1999, S. 10, zu Grunde.

dert<sup>32</sup>. Demgegenüber tritt *Lehmann* für die Berücksichtigung allokativer Gesichtspunkte dort ein, wo sie sich vom Rechtsgebiet her anbieten<sup>33</sup>. Dies entspricht der älteren rechtspolitischen Tradition in Deutschland, die bis in die siebziger Jahre hinein unter der Bezeichnung „Recht und Ökonomie“ ökonomische Modelle und Methoden auf das Recht anwendete, insbesondere auf das Kartellrecht<sup>34</sup>. Dieser Richtung ist das in dieser Untersuchung angewendete Verfahren verwandt.

Im Unterschied zur positiven economic analysis, der es um ein vertieftes Verständnis der ökonomischen Funktionen von Normen und der hinter den schriftlichen Urteilsgründen verborgenen wahren Motive für gerichtliche Entscheidungen geht<sup>35</sup>, unterbreitet die normative analysis Vorschläge, wie Recht konzeptionell zu konstruieren ist, um dem Ziel der Effizienz gerecht zu werden. Dadurch wird Recht tendenziell zu einem ökonomischen Argument. Aus juristischer Perspektive kann die normative analysis wegen ihrer Grundlagen im Utilitarismus zur Rechtsphilosophie gerechnet werden<sup>36</sup>.

### *bb) Kritik*

In Deutschland ist die ökonomische Analyse des Rechts auf zum Teil heftige prinzipielle Kritik gestoßen<sup>37</sup>. Sie richtet sich vor allem gegen ihr einseitiges Abstellen auf das Effizienzparadigma und den diesem zugrunde liegenden methodologischen Individualismus.

<sup>32</sup> Siehe dazu § 2 I.III.c)bb) und 2.c).

<sup>33</sup> *Lehmann*, Verbraucherschutz und Schutz des Schwächeren im Zivilrecht, in: *Finsinger/Simon* (Hrsg.), *Recht und Risiko*, 1988, S. 364 (387). Ähnlich *Van den Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, S. 588 (589); *Kirchner*, Ökonomische Analyse des Rechts, in: *Assmann/Kirchner/Schanze* (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, 1978, S. 75 (78 f.); Ausführlich *Ott/Schäfer*, JZ 1988, S. 213 (214 f.), die betonen, dass die ökonomische Analyse des Rechts auch verwendet werden kann, um andere Gerechtigkeitsprinzipien auf die Allokationsgerechtigkeit hin zu überprüfen. Für einen nicht ausschließlichen Geltungsanspruch auch *Assmann*, Die Transformationsprobleme des Privatrechts und die Ökonomische Analyse des Rechts, in: *Assmann/Kirchner/Schanze* (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, 1978, S. 21 (51). Nach *Schmidtchen*, JITE, Vol. 147 (1991), S. 31 (32), sind aus der Ökonomie keine Werturteile für das Recht ableitbar.

<sup>34</sup> Vgl. zu dieser Richtung z. B. *Reich*, *Markt und Recht*, 1977; *Magoulas* (Hrsg.), *Recht und Ökonomie beim Konsumentenschutz und Konsumentenkredit*, 1985; *Zöpel*, *Ökonomie und Recht*, 1974; *Arndt*, *Recht, Macht und Wirtschaft*, 1968.

<sup>35</sup> *Posner*, *Recht und Ökonomie*, in: *Assmann/Kirchner/Schanze* (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, 1978, S. 93 (103 f.).

<sup>36</sup> Zum Utilitarismus als geistesgeschichtliche Wurzel der ökonomischen Analyse des Rechts insbesondere *Eidenmüller*, *Effizienz als Rechtsprinzip*, 1995, S. 22 ff.; ferner *Posner*, *Recht und Ökonomie*, in: *Assmann/Kirchner/Schanze* (Hrsg.), *Ökonomische Analyse des Rechts*, 1978, S. 93 (107 f.).

<sup>37</sup> Vgl. insbesondere *Horn*, AcP 176 (1976), S. 307 ff.; *Häberle*, in: *Neumann* (Hrsg.), *Ansprüche, Eigentums- und Verfügungsrechte*, 1984, S. 63 ff.; *Fezer*, JZ 1986, S. 817 ff.; *ders.*, JZ 1988, S. 223 ff.; *Canaris*, JZ 1993, S. 377 (384 ff.).

Die ökonomische Analyse des Rechts geht davon aus, dass sich Rechtsanwender und Rechtssubjekte entsprechend der Modellvorstellung des homo oeconomicus verhalten, also grundsätzlich rational, egoistisch sowie nutzen- und gewinnmaximierend<sup>38</sup>. Eine normative Rechtstheorie, die auf die Verhaltensprämissen der REM-Hypothese gestützt wird, setzt sich indes dem prinzipiellen Verdacht aus, der Aufgabe von Recht, eine unter allen Aspekten gerechte Handelsordnung zu normieren und nicht nur eine unter dem Aspekt des kollektiven Wohlstandes gerechte Ordnung, konfligierend gegenüber zu treten. Die ökonomische Analyse ist deshalb dem Einwand ausgesetzt, sie trage zur Abkehr vom universellen und auf sittliche Autonomie gegründeten Menschenbild der Rechtswissenschaft bei<sup>39</sup>. Dass er nicht zu Unrecht erhoben wird, zeigt sich in dem Beispiel, dass die ökonomische Analyse auch das Phänomen des Rechtsgehorsams auf eine Kosten-Nutzen-Rechnung zurückführt und nicht auf autonome sittliche Einsicht der Bürger. In der ökonomischen Analyse können Normen nämlich nur dann Geltung und Einhaltung beanspruchen, wenn ihre Einhaltung für den Rechtsunterworfenen geringere Kosten verursacht als der Gesetzesverstoß<sup>40</sup> – eine Auffassung, die tendenziell zur Ausweitung von Strafandrohungen und Zwangsmitteln und damit zu einer inhumaneren Gesellschaft führt. Hinzu kommt, dass gesetzgeberische Entscheidungen unter außerordentlich komplexen Bedingungen zu treffen sind, so dass ein am Kosten-Nutzen-Paradigma ausgerichtetes Verhaltensmodell gesetzgebungstheoretisch nicht genügen kann.

Schließlich kann die Begründung des Ziels gesamtgesellschaftlicher Wohlfahrt durch das Prinzip der individuellen Nutzenmaximierung im Anschluss an *Drexl* als zirkulär bezeichnet werden<sup>41</sup>. Denn wirtschaftliche Gesamtwohlfahrt legitimiert danach die REM-Hypothese, und diese legitimiert wiederum die kollektive Wohlfahrt als Ziel von Ökonomie und Recht. Der Gerechtigkeitsgehalt des Ökonomischen kann sich aber nicht aus sich selbst ergeben, sondern muss aus Maßstäben gewonnen werden, die außerhalb der Ökonomie liegen. In Betracht kommen insoweit, so ist zu ergänzen, die verfassungsrechtlich verbürgten Werte. Dem kann nur zugestimmt werden. Wie das Verbraucherleitbild des EuGH behauptet auch die Modellvorstellung des homo oeconomicus nicht, dass sie jeden Menschen zutreffend und erschöpfend beschreibt oder eine gerechte Einschätzung ihres Charakters abgibt. Vielmehr hebt sie einzelne Eigenschaften des Menschen hervor, weil jede Theorie ihr Erklärungs- und Prognosepotenzial aus spezifischen Prämissen bezieht, an die sie ihre Ableitungen knüpft. Als Handlungswissenschaft kann die Ökonomie

---

<sup>38</sup> Dies sind die Verhaltensannahmen der sog. REM-Hypothese (resourceful, evaluative, maximizing man), die der Modellvorstellung des homo oeconomicus zu Grunde liegen.

<sup>39</sup> Fezer, JZ 1986, S. 817 (822).

<sup>40</sup> So auch *Schmidtchen/Weth*, Der Effizienz auf der Spur, 1999, S. 15.

<sup>41</sup> *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 172 f.

Entscheidungen von Marktteilnehmern deshalb nur erklären, wenn sie bestimmte Verhaltensmuster zugrunde legt. Werden die Prämissen geändert, ergeben sich andere Ableitungen.

So betrachtet erweist sich die Kritik an dem einseitigen Menschenbild der ökonomischen Analyse des Rechts als Kritik an ihrem einseitigen Erklärungspotenzial im Recht. Zwar muss auch die Rechtswissenschaft von grundsätzlich rationalem Individualverhalten ausgehen, weil andernfalls die Steuerungsfunktion von Normen entfele. Entscheidend erscheint aber gerade für eine realitätsgerechte Gesetzgebungstheorie, dass neben dem ökonomischen Gestaltungsparadigma konkurrierende und ergänzende Paradigmen möglich bleiben, über die weitere rechtspolitische Zielorientierungen in die Normierung einfließen können. Damit ist es der durch ausschließliche Ausrichtung am Effizienzziel eingeschränkte Gerechtigkeitsgehalt der ökonomischen Analyse des Rechts, der sie als Methode in dieser Untersuchung als ungeeignet erscheinen lässt.

Die Einbeziehung volkswirtschaftstheoretischer Erkenntnisse basiert deshalb in dieser Untersuchung nicht auf dem Gedanken der effizienten Ressourcenallokation, sondern auf dem ordoliberalen Prinzip der Interdependenz von Rechtsordnung und Wirtschaftsverfassung, wie es zuerst von *Franz Böhm* formuliert und später im Sinne einer neoliberalen Entsprechung von marktwirtschaftlichem System und Privatrechtsordnung von *Ernst-Joachim Mestmäcker* fortgeführt wurde. Das dem Konzept der Ordnungsinterdependenz zu Grunde liegende normativ-funktionale Verständnis von den Handlungsfreiheiten wurde von *Walter Eucken* in seinen Arbeiten zu Nationalökonomie und Wirtschaftspolitik<sup>42</sup>, von *Friedrich August von Hayek* in seinen Arbeiten zur Verfassung der Freiheit<sup>43</sup> und von *Erich Hoppmann* in seinen Arbeiten zur Theorie der Wettbewerbsfreiheit<sup>44</sup> herausgearbeitet<sup>45</sup>. Durch die maßgebliche Betonung von individueller Freiheit und Autonomie lässt dieses freiheitliche Konzept die engen Grenzen der ökonomischen Analyse des Rechts weit hinter sich.

Von der ökonomischen Analyse des Rechts übernimmt die Untersuchung jedoch das mikroökonomische Analyseinstrumentarium, das in der Untersuchung eine entscheidende Rolle spielt. Dies gilt ebenso für den neoklassischen Marktansatz wie für seine Verfeinerungen durch die Transaktionskosten- und Informationsökonomie. Dabei ist sich die Untersuchung bewusst, dass Ökonomie stets nur einer von vielen bei der Gesetzgebung zu berücksichtigenden Faktoren sein kann, wenngleich er ein besonderer Faktor ist. Auch wenn die Berücksichtigung des ökonomischen Paradigmas bei einigen Materien für den Gesetzgeber eine

---

<sup>42</sup> Vgl. insbes. *Eucken*, Grundlagen der Nationalökonomie (1939), 1989; *ders.*, Grundsätze der Wirtschaftspolitik (1952), 1990.

<sup>43</sup> Z.B. *von Hayek*, The Constitution of Liberty, 1960.

<sup>44</sup> Z.B. *Hoppmann*, Wirtschaftsordnung und Wettbewerb, 1988.

<sup>45</sup> Vgl. dazu auch *Fezer*, JZ 1986, S. 817 (822 f.); *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 179.

konsequente Notwendigkeit ist, müssen legislative Ergebnisse vor dem Hintergrund der verfassungsrechtlich verbürgten Autonomie aller Marktteilnehmer im Wege praktischer Konkordanz gefunden werden.

Die Untersuchung ist sich ferner bewusst, dass sie sich mehreren Risiken aussetzt. Erstens ist sie interdisziplinär. Wer aber interdisziplinär arbeitet, wagt sich, wie der Pionier der Rechtsvergleichung *Ernst Rabel* es charakterisiert hat, auf fremdes Territorium vor<sup>46</sup>: Er setzt sich einem erhöhten Risiko aus, angegriffen zu werden. Verspricht die Expedition aber Gewinn, muss sie gleichwohl unternommen werden. Zweitens folgt sie keiner anerkannten methodischen Schule, sondern geht einen eigenen Weg. Methodengerechtigkeit ist indes kein Selbstzweck. Ihr Sinn ist es, in intersubjektiv überprüfbarer Form angestrebte Ergebnisse zu erzielen. Insofern verlangt sie nicht die Einhaltung einer bekannten Methode, sondern nur das Ablegen von Rechenschaft über ein geeignetes Erkenntnisverfahren sowie seine Einhaltung. Allerdings steigt der Begründungsaufwand, je ungebräuchlicher eine Methode ist. Drittens ist sie über weite Strecken theoretisch und abstrakt. Ihre Aussagen und Schlussfolgerungen können daher nicht stets an der Stringenz einer rechtsdogmatischen Begründung gemessen werden. Das Ziel der Untersuchung muss vielmehr als erreicht gelten, wenn ihren Aussagen Plausibilität zugestanden wird. Viertens musste sie wegen der Masse der einschlägigen Literatur und Rechtsprechung, die durch das hohe Novellierungstempo im Verbraucherrecht während der Bearbeitungszeit stark wuchs, eine Themenauswahl treffen. Dies betrifft sowohl und insbesondere die im vierten Kapitel gemusterten Bereiche des Online-Verbraucherrechts wie die in Bezug genommenen ökonomischen Theorien und Modelle. Indes ist jede Auswahl anfechtbar.

## 2. Gang der Untersuchung

Ihr Ziel der Ermittlung von Reformbedarf im Verbraucherprivatrecht der elektronischen Märkte versucht die Arbeit dadurch zu erreichen, dass sie im ersten Kapitel die Evolution des geltenden Verbraucherprivatrechts der traditionellen und elektronischen Märkte anhand des Paradigmen-Modells analysiert. Als leitende Konstruktionsparadigmen geht die Arbeit auf das ökonomische Paradigma (§ 2), das Sonderrechtsparadigma (§ 3) und das Europarechtsparadigma (§ 4) ein. Da das Sonderrechts- und das Europarechtsparadigma weitgehend invariant sind, befasst sich die weitere Untersuchung ausschließlich mit der Modellierung des ökonomischen Paradigmas für elektronische Märkte.

Dazu werden im zweiten Kapitel ökonomisch relevante Unterschiede zwischen traditionellen und elektronischen Märkten herausgearbeitet, die dafür sprechen, dem Verbraucherprivatrecht der elektronischen Märkte ein anderes

---

<sup>46</sup> *Rabel*, *RabelsZ* 1951, S. 340 (340).

ökonomisches Paradigma zu Grunde zu legen als traditionellen Märkten (§§ 5 und 6). Als alternatives und elektronischen Märkten möglicherweise adäquateres Gestaltungsparadigma wird im dritten Kapitel die Netzökonomie erörtert (§§ 7, 8 und 9) und darin die Bedeutung der Netzökonomie für Verbraucherrolle und Verbraucherprivatrecht der elektronischen Märkte skizziert, wie sie sich nach der bisherigen Untersuchung darstellt.

Das vierte und letzte Kapitel schließlich mustert das entstandene Teilgebiet des Verbraucherprivatrechts der elektronischen Märkte im Licht des netzökonomischen Gestaltungsparadigmas, um zu Reformvorschlägen zu gelangen. Die Erschließung der ausgewählten Materien erfolgt in erster Linie nach verbraucherschutzrechtlichen Schutzinstrumenten, in zweiter Linie nach Rechtsgebieten. Beleuchtet werden die kartellrechtlichen Instrumente (§ 10), die Informationsobliegenheiten des Anbieters auf elektronischen Märkten (§ 12), die verbraucher-spezifischen Vertragslösungsrechte (§ 13) sowie die Inhaltskontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (§ 14). Den Verbraucherschutzinstrumenten vorangestellt ist eine Skizze des europäischen Verbraucherprivatrechts der elektronischen Märkte, von dem die nationalen Schutzinstrumente abgeleitet sind (§ 11).

### III. Grundbegriffe der Untersuchung und Eingrenzung

#### 1. Elektronische oder elektronisierte Märkte

Der verwendete Begriff der elektronischen oder elektronisierten Märkte kann in der wirtschaftswissenschaftlichen und wirtschaftsinformatischen Literatur als etabliert gelten<sup>47</sup>; in der juristischen Literatur wird er bisher kaum verwendet. Im ökonomischen Sinne bezeichnet er Märkte, deren Marktbeziehungen infolge des Einsatzes der Informations- und Kommunikationstechnik „mediatisiert“ sind<sup>48</sup>. Auf mediatisierten Märkten begegnen sich Anbieter und Nachfrager nicht mehr konventionell, sondern in einem elektronischen Kommunikationsraum. Da auf elektronischen Märkten in der Regel die gleichen Produkte gehandelt werden wie auf konventionellen Märkten, bildet sich der Wettbewerbspreis auf elektronischen Märkten allerdings nicht ausschließlich im elektronischen

<sup>47</sup> Vgl. nur *Malone/Yates/Benjamin*, CACM, 30 (1987) Nr. 6, S. 484 ff.; *Malone/Yates/Benjamin*, HarvardBus.Rev., Vol. 67 (1989) Nr. 5/6, S. 166 ff.; *Schmid*, WI 1993 (Nr. 35), S. 465 ff.; *Picot/Reichwald*, Informationswirtschaft, in: *Heinen* (Hrsg.), Industriebetriebslehre, 1991, S. 241 ff.; *Picot/Reichwald/Wiegand*, Die grenzenlose Unternehmung, 2003, S. 335 ff.; *Benjamin/Wiegand*, SloanManage.Rev., Vol. 37 (1995), S. 62 ff.; *Himberger*, Der elektronische Markt als Koordinationssystem, 1994, S. 2 ff.; *Krähenmann*, Ökonomische Gestaltungsanforderungen für die Entwicklung elektronischer Märkte, 1994, S. 12 ff.; *Merz*, Elektronische Dienstemärkte, 1999, S. 15 ff.

<sup>48</sup> Z.B. *Schmid*, WI 1993 (Nr. 35), S. 465 ff.; *Krähenmann*, Ökonomische Gestaltungsanforderungen für die Entwicklung elektronischer Märkte, 1994, S. 203; *Picot/Reichwald/Wiegand*, Die grenzenlose Unternehmung, 2003, S. 338.

Kommunikationsraum, sondern auf der Basis der elektronischen und konventionellen Gesamtnachfrage.

Auf elektronischen Märkten ist die vollständige Mediatisierung der Marktbeziehungen in allen ihren Phasen (Informations-, Vereinbarungs-, Abwicklungsphase<sup>49</sup>) bisher noch eine Ausnahme. Real existierende Systeme unterstützen regelmäßig nur einzelne Transaktionsphasen. Um ihren Objektbereich nicht zu sehr einzuschränken, wird in den Wirtschaftswissenschaften meist eine pragmatische Begriffsfassung verwendet, wonach unter elektronischen Märkten solche Märkte verstanden werden, auf denen alle oder nur einzelne Phasen und Funktionen der marktmäßig organisierten Leistungs koordinierung elektronisch unterstützt werden<sup>50</sup>. In diesem Sinne wird der Begriff auch in dieser Untersuchung verwendet. Als notwendig und hinreichend betrachtet sie die Mediatisierung der Informations- und der Vereinbarungsphase. Die Abwicklungsphase kann demgegenüber traditionell ablaufen, sie kann aber auch digitalisiert sein. Beide Fälle werden vom Untersuchungsbegriff der elektronischen Märkte umfasst.

Mit dem Begriff des elektronischen Geschäftsverkehrs im Internet oder des eCommerce weist der Begriff der elektronischen Märkte insofern einen Kongruenzbereich auf, als sich der internetbasierte eCommerce als Handel auf elektronischen (Internet-)Märkten darstellt, der Begriff der elektronischen Märkte aber nicht auf den eCommerce beschränkt ist. Er umfasst alle Märkte auf der Basis elektronisierter Kommunikationsbeziehungen, auch außerhalb des Internet. Freilich ist das Internet heute die wichtigste technische Plattform für elektronische Märkte mit Verbraucherbeteiligung. Den Begriff der elektronischen Märkte neben dem des eCommerce in die verbraucherrechtliche Diskussion einzubringen und zu verwenden, macht dennoch Sinn. Er betont in besonderer Weise, dass die Elektronisierung der marktlichen Kommunikationsbeziehungen nicht auf ein pragmatisches „Businesshandling“ beschränkt ist, sondern Anlass gibt, nach ihren Auswirkungen auf die Grundlagen des marktwirtschaftlichen Geschehens und auf die Änderungen für die rechtliche Stellung des Verbrauchers auf dem Markt zu fragen.

---

<sup>49</sup> Z.B. Schmid, WI 1993 (Nr. 35), S. 465 (465 f.); Picot/Reichwald/Wiegand, Die grenzenlose Unternehmung, 2003, S. 338 f.; Neuburger, Electronic Data Interchange – Einsatzmöglichkeiten und ökonomische Auswirkungen, 1994, S. 43 ff.; Merz, Elektronische Dienstmärkte, 1999, S. 21 f.; Müller/Schoder, Electronic Commerce, Arbeitsbericht Nr. 137 des Instituts für Informatik und Gesellschaft/Telematik der Universität Freiburg, 1999, S. 4, <http://www.ta-akademie.de>.

<sup>50</sup> Z.B. Schmid, WI 1993 (Nr. 35), S. 465 ff.; Himberger, Der elektronische Markt als Koordinationssystem, 1994, S. 3; Picot/Reichwald/Wiegand, Die grenzenlose Unternehmung, 2003, S. 339; Neuburger, Electronic Data Interchange – Einsatzmöglichkeiten und ökonomische Auswirkungen, 1994, S. 46.

## 2. Verbraucherprivatrecht der elektronischen Märkte und Wettbewerbsrecht

Unter dem Begriff des Verbraucherprivatrechts versteht diese Untersuchung die Gesamtheit aller zivil- und wettbewerbsrechtlichen Normen, die für die Stellung des Verbrauchers auf dem Markt von Bedeutung sind. Dabei kommt es insbesondere nicht darauf an, dass die erfassten Normen nur für Verbraucher gelten. Auch die Wettbewerbsgesetze (GWB und UWG) sowie zahlreiche Bestimmungen des BGB wie die Gewährleistungsvorschriften rechnet sie insoweit zum Verbraucherprivatrecht. Die Verwendung des Begriffs Verbraucherprivatrecht besagt auch noch nicht, dass sie das Privatrecht des Verbraucherschutzes als eigenständiges Rechtsgebiet auffasst, sei es als Sonderprivatrecht für Verbraucher oder als eigenständigen Teil des allgemeinen Zivilrechts. Ob eine solche Auffassung möglich ist, hängt von den Anforderungen ab, die an das Vorliegen eines eigenständigen Rechtsgebietes gestellt werden<sup>51</sup>.

Da das Verbraucherrecht der elektronischen Märkte ausschließlich der Marktgegenseite und nicht auch staatlichen Stellen Rechte und Pflichten im Interesse des Verbrauchers auferlegt, handelt es sich bei ihm nach der herrschenden Sonderrechtstheorie vollumfänglich um Privatrecht; die Frage der sonst sinnvollen und üblichen, aber nicht immer trennscharfen Einteilung in öffentliches und privates Verbraucherrecht<sup>52</sup> stellt sich auf elektronischen Märkten nicht. Dennoch spricht die Untersuchung von Verbraucherprivatrecht der elektronischen Märkte und nicht schlicht von Verbraucherrecht der elektronischen Märkte um zu betonen, dass sich rechtsdogmatische Verbindungslinien zum herkömmlichen Verbraucherprivatrecht und zum allgemeinen Zivilrecht ergeben. Die Herausarbeitung der Entwicklungslinien und Grundprinzipien des traditionellen Verbraucherrechts konzentriert sich folglich auf das Wettbewerbs- und Privatrecht. Verbraucherpolitisch sind beide

---

<sup>51</sup> Die Qualifizierung des Verbraucherrechts als eigenständiges Rechtsgebiet ist bis heute umstritten. Ohne Nachweis des Vorliegens einer konsentierten dogmatischen Verbraucherrechtstheorie, die bisher nicht gelungen ist, sprechen nur diejenigen vom Verbraucherrecht als einem Rechtsgebiet, die als einzige Bedingung die Existenz von Gesetzen fordern, die dem Verbraucherrecht, aus welchem Grunde auch immer, zugerechnet werden können, z.B. *Tonner*, JZ 1996, S. 533 (534).

<sup>52</sup> Die im Gegensatz zum europäischen im deutschen Recht übliche Einteilung in öffentliches und privates Recht hat lange Tradition und ist dem Wandel der Rechtsordnung unterworfen. Ein stets gültiges Abgrenzungskriterium gibt es nicht. Die Rechtsprechung bedient sich zur Abgrenzung der Rechtswege im Interesse sachgerechter Einzelfallentscheidungen unterschiedlicher theoretischer Ansätze (GmSOGB BGHZ 108, 287; BVerwGE 89, 282; BGHZ 121, 128). In der Literatur ist die Sonderrechtstheorie derzeit wohl herrschend, nach der eine Vorschrift dann öffentlich-rechtlicher Natur ist, wenn sie auf mindestens einer Seite ausschließlich staatliche Stellen berechtigt oder verpflichtet und damit zum Sonderrecht des Staates gehört (*Eyermann*, VwGO, 2000 § 40 Rdnr. 44; *Kopp/Schenke*, VwGO, 2003, § 40 Rdnr. 11).

zusammen mit dem Verbraucherprivatrecht der elektronischen Märkte dem Schutz der wirtschaftlichen Verbraucherinteressen zuzurechnen.

Dabei ist das Verbraucherprivatrecht der elektronischen Märkte derjenige Teil des Verbraucherprivatrechts, der die Stellung des Verbrauchers auf Märkten mit vollständig oder teilweise elektronisierten Marktbeziehungen regelt, also auf Märkten mit mediatisierter Informations- und Vereinbarungsphase oder mit zusätzlich mediatisierter Abwicklungsphase. Zum Verbraucherprivatrecht der elektronischen Märkte können folglich auch die zahlreichen Gesetze und Verordnungen des Datenschutzes im nicht-öffentlichen Bereich gerechnet werden<sup>53</sup>. Vor dem Hintergrund ihres Ziels der Effektivierung des informationellen Selbstbestimmungsrechtes nach Artikel 2 GG werden sie in dieser Untersuchung aber nicht mehr zum Schutz wirtschaftlicher Verbraucherinteressen gerechnet und sind nicht in den Untersuchungsbereich einbezogen. Desgleichen ist das für das Internet bedeutsame Urheberrecht nicht einbezogen, weil es nicht dem Schutz des Verbrauchers, sondern dem Schutz des Urhebers dient.

Soweit in dieser Untersuchung die Begriffe des Wettbewerbsrechts, des Kartellrechts und des Lauterkeitsrechts verwendet werden, soll das Kartellrecht das Recht des GWB, also das Recht gegen Wettbewerbsbeschränkungen bezeichnen, obwohl sich das GWB nicht nur mit Kartellen befasst. Das Lauterkeitsrecht bezieht sich auf die Regelungsgegenstände des UWG. Die Gesamtheit von Kartell- und Lauterkeitsrecht wird Wettbewerbsrecht genannt, das als allgemeines Wirtschaftsrecht dem Privatrecht nahe steht und in dieser Untersuchung vom Begriff des Privatrechts mitumfasst ist, ohne deshalb dogmatisch als Teil des Privatrechts betrachtet zu werden<sup>54</sup>.

### 3. Netzökonomie

Wie in der ökonomischen Literatur wird in der Untersuchung mit Netz-, Internet- oder digitaler Ökonomie die Summe der durch die Elektronisierung der Märkte bewirkten ökonomischen Prozesse und Zusammenhänge bezeichnet. Sie werden in der Untersuchung als industrieökonomisches Konzept aufgefasst, das sowohl die Betrachtung der Mikroebene (z.B. Unternehmensgröße, -wachstum und -gewinne sowie Kostenstruktur) als auch der Mesoebene (z.B. Marktkonzentration und -ergebnis) und damit sowohl ihrer mikroökonomischen als auch ihrer wettbewerbspolitischen Implikationen erlaubt. Das Konzept der

---

<sup>53</sup> Z.B. Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), Teledienstedatenschutzgesetz (TDDSG), Teledienstedatenschutzverordnung (TDDSV).

<sup>54</sup> Dogmatisch ist das Wettbewerbsrecht zwar „von privatrechtlichen Beziehungen gekennzeichnet“, gilt aber systematisch nicht als Teil des Privatrechts, vgl. z.B. *Fikentscher*, Wirtschaftsrecht, Bd. 1, 1983, S. 32 f.; *Raiser*, Die Zukunft des Privatrechts (1971), in: Die Aufgabe des Privatrechts, 1977, S. 211 f. Insoweit trifft die vorliegende Untersuchung nur eine sprachliche Konvention.