Jürgen Kohler, Greifswald*

Das Sein verstimmt das Bewusstsein – Eine (polemische) Gedankenskizze zur Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie[1]

Das neue Verbraucherschutzrecht verdient eine kritische Würdigung, und zwar in mehreren Hinsichten. Zunächst rechtshandwerklich; in dieser Hinsicht hat es sowohl formal als auch inhaltlich signifikante, die Qualität der deutschen Zivilrechtskodifikation deutlich mindernde Schwächen. Des Weiteren aber auch (europa-)politisch; schlecht gemachtes Richtlinien-Europarecht, das den Menschen „klein denkt" und sich beim „kleinen Mann" beliebt machen will, verfehlt die Berufung, die die Europäische Union für Europa richtigerweise haben sollte und haben muss. Der Beitrag will diese Thesen illustrieren.

I. Das „alte" Bürgerliche Gesetzbuch und die „neue" Verbraucherschutzgesetzgebung

Dereinst gab sich Deutschland ein Bürgerliches Gesetzbuch, das seinem Namen gerecht wurde, wenn er richtig verstanden wird. Dazu darf „bürgerlich" nicht als *bourgeois*, sondern als *civilis*, als Werk für den *citoyen* verstanden werden, wobei der *citoyen* jemand ist, der Selbstbestimmung mit persönlicher Übernahme der Folgen seines freien Handelns koppelt und außerdem die so das Selbst belastende Autonomie mit dem Respekt vor den gleichen Rechten der anderen verbindet. Der daraus folgende oberste Grundsatz des „Sorge für dich selbst" und „Falle anderen nicht zur Last": das ist ein anderes – ein in diesem Sinne *bürgerliches* – Verständnis von sozialem Verhalten als das Sozialstaatsverständnis, dass „Einer des anderen Last trage"[2] und man auf die „Fürsorglichkeit der Gesellschaft" rechnen dürfe; wenn auch richtig sein mag, dass beide Maximen zusammen das Soziale ausmachen, so kommt es nämlich doch sehr darauf an, welche davon die primäre und welche die subsidiäre Maxime ist.

In das Handwerkszeug der Zivilrechtskodifikation übersetzt, ging es folgerichtig darum, den Einzelnen grundsätzlich als intellektuell, emotiv und ökonomisch selbststeuerungsfähig, also als autonome Person zu verstehen, die gerade deshalb auch die Konsequenzen ihrer Entscheidung tragen konnte; der Einzelne war dem gemäß als frei, aber auch als selbst- und zugleich als fremdverantwortlich gedacht. Der Wert-Idee nach ging es mithin um verantwortete Freiheit[3] statt Patriarchalismus. Diese Idee übersetzte sich rechtlich, sowohl hinsichtlich der Orientierung der Gesetzgebung als auch der Rechtstechnik, einerseits in den Gedanken der Privatautonomie[4] und andererseits in das Prinzip der Freiheitsbegrenzung durch das sozialethische Minimum sowie des uneingeschränkten Haftenmüssens für vorwerfbar schädigendes Verhalten. In der austarierten Komplementarität von Freiheit und Einstandspflicht ist die Verbindung von Bewegung und Erdung geschaffen, die Dynamik und Standfestigkeit zugleich nicht nur darstellt, sondern eröffnet; im metaphorischen Sinne, so wie *Michelangelos* berühmte *David*-Skulptur in Florenz dies eindrucksvoll ins Bild setzt.

In diesen normativen Zusammenhang des nationalen Rechts stellte nun der Gesetzgeber mit dem zum 13. Juni 2014 in Kraft getretenen Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie[5] die grundsätzlich auf Vollharmonisierung zielende Verbraucherrechterichtlinie der Europäischen Union.[6] Ein solches „Ereignis" veranlasst naturgemäß dazu, das Neue zu „würdigen". Der Text lädt zwar dazu schon wegen seiner formal abstoßenden Gestaltung nicht geradezu ein, aber eine Befassung mit der Neuregelung lässt sich gar nicht vermeiden. Das gilt ganz gleichgültig, wie man das Verbraucherschutzrecht politisch einschätzt: Als Kompensation „struktureller Unterlegenheit" der Konsumenten gegenüber Unternehmern im Bereich Handel und Dienstleistungen, herrührend aus dem Mangel an „vergleichbaren[7] Kenntnissen, Informationen und Erfahrungen".[8] Oder aber als überhaupt unnö-

* Der Autor ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht und Zivilprozessrecht an der Universität Greifswald.

1 Zur berichtenden Darstellung des neuen Verbraucherschutzrechts wird insb. hingewiesen auf (Stand Anfang Juli 2014): *Beck*, Die Reform des Verbraucherschutzrechts, Jura 2014, 666 (666 ff.); *Möller*, Die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie im deutschen Recht, BB 2014, 1411 (1411 ff.). Vergleiche zu § 474 Abs. 3 BGB (u. III.1.) auch *Kohler*, NJW 2014, 2817 (2817 ff.).

2 Das gilt vor allem in einer Gesellschaft, die Letzteres uneingestanden (unter dem Schlagwort „sozial" kaschiert) mit dem Subtext auflädt, dass die anderen meine Last tragen sollen.

3 Das Leitbild eines vernünftigen, urteilsfähigen und selbstverantwortlichen Rechtsgenossen prägt das Vertrags-, Schuld- und Sachenrecht; so die zutreffende Einschätzung von *Säcker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, Bd. I, 6. Aufl. 2012, Einl. Rn. 32, unter Rekurs auf *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit, 2. Aufl. 1967, S. 482.

4 Privatautonomie im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches wird verstanden als das Prinzip der Selbstgestaltung der Rechtsverhältnisse durch den Einzelnen nach seinem Willen; so BVerfGE 72, 155 (170) = WM 1986, 828 (831); BVerfGE 89, 214 (231) = NJW 1994, 36 (38); BVerfG, NJW 1994, 2749 (2750); *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Neuausgabe 1992, S. 1, 15.

5 Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20.09.2013; BGBl. I, S. 3642 ff.

6 RL 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der RL 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates; ABl. L 304 vom 22.11.2011, S. 64 ff. – Der Grundsatz der Vollharmonisierung ergibt sich aus Art. 4 der Richtlinie.

7 Gemeint ist: „gleicher". Vergleichbar ist alles, entgegen landläufiger Redensart sogar Äpfel mit Birnen.

8 So etwa *Papier*, Rechtspolitik im Namen des Verbrauchers, FAZ vom 09.05.2014, S. 16.

tig[9] oder zumindest, namentlich was die Gewährung von Widerrufsrechten und die Ausgestaltung ihrer Rechtsfolgen angeht, als übermäßige und überkomplexe Reglementierung. Oder als Implantat, welches aus dem BGB ein KBGB – ein Kleinbürgerliches Gesetzbuch – macht, das von zeitgeistgemäß staatsprägendem Beschützerdrang beseelt[10] den Geist der gouvernantenhaften Bevormundung, gegründet auf dem impliziten – freilich explizit in Abrede gestellten[11] – Axiom des Fürwillensschwach- und Fürdummhaltens,[12] mit daraus folgendem Hang zur impliziten Beleidigung[13] des sonst vielbeschworenen „mündigen Bürgers“[14] atmet. Allen diesen wertenden Meinungen zum Trotz gilt nämlich: Praktisch bedeutsam und rechtlich belangreich ist die Materie zweifellos, und daher gehört sie zum professionellen Muss.

Die nähere Befassung mit der Regelung ernüchtert allerdings. Dies gilt sowohl bei Betrachtung der Reformgesetzgebung in grundsätzlichen Hinsichten, sozusagen der „großen Welt“, als auch bei ihrer Analyse im Detail, also der „kleinen Welt“. Einige skizzenhafte Beobachtungen müssen und mögen genügen, um das Entstehen von Verstimmtheit zu ergründen.

II. Die „große Welt“: Stil und Recht

Die recht unbestimmt so genannte „große Welt“ ist zunächst die Welt des ersten Eindrucks. Das ist eine Frage des Bildes, das die Gesetzgebung macht. Dies mag man zunächst die Dimension des Ästhetischen nennen. Diese Dimension sollte nicht unterschätzt werden; man möge darüber sinnieren, welchen notwendigen Zusammenhang es zwischen dem Schönen und dem Wahren sowie Guten gibt: Verhält es sich wirklich nur in der Mathematik so, dass die „elegante“ Lösung[15] zugleich die „gute“ und folglich auch die „richtige“ ist?[16]

1. Ein Weg durch das Labyrinth

Schon der neue § 312 BGB vergnügt nicht. Für Verbraucherverträge werden dort Geltungsbereiche bestimmter Normen festgelegt. Diese Regelung ist allerdings nicht verbraucherfreundlich. So wird hier nicht definiert, was ein Verbrauchervertrag ist, vielmehr wird dazu auf die Klammerdefinition in § 310 Abs. 3 BGB zurückverwiesen; dagegen hatte sich § 312 Abs. 1 BGB a.F., der den Widerruf bei sog. Haustürgeschäften regelte, nicht gescheut, den Definitionsinhalt des § 310 Abs. 3 BGB unmittelbar in seinem Tatbestand zu wiederholen, obwohl es die Regelung des § 310 Abs. 3 BGB inhaltsgleich auch schon seinerzeit gab. Ist der Bezug auf § 310 Abs. 3 BGB nachvollzogen, grenzt § 312 Abs. 1 BGB alsdann aber auf Verbraucherverträge ein, die eine entgeltliche Unternehmerleistung zum Gegenstand haben; nur für diese und mithin nicht für Verbraucherverträge über unentgeltliche Unternehmerleistungen sollen also die Kapitel 1 und 2 des diesen übergeordneten Untertitels 2 gelten. Dass die Kapitel 3 und 4 für alle Verbraucherverträge, also ohne Rücksicht auf Entgeltlichkeit oder Unentgeltlichkeit der vertraglich ausbedungenen Unternehmerleistung, gelten sollen, kann man mutmaßen, wenn man die Überschrift des Untertitels 2 mitliest. Aber so einfach verhält es sich doch nicht; denn die erste Norm des Kapitels 3, § 312i BGB betreffend allgemeine Pflichten im Geschäftsverkehr, gilt keineswegs nur – wohl aber auch – für Verbraucherverträge, sondern vielmehr auch für Verträge zwischen Unternehmern,

9 Die viel beschworene „strukturelle Unterlegenheit“ ist weitgehend ein nicht fundiertes Vorurteil. Es ist nämlich keine Folge „struktureller Unterlegenheit“ auf Grund von Mängeln an Kenntnissen, Informationen und Erfahrungen, wenn man sich auf Haustür-Drücker oder unverstandene Angebote im Internet einlässt. Wer nicht liest oder nicht lesen will oder nicht lesen kann, weil die Information ungenügend ist, und trotzdem als voll Geschäftsfähiger Verträge schließt, verdient nicht die Aufhebung des Prinzips *pacta sunt servanda*; im Übrigen hilft das Recht der AGB ohnehin inhaltlich, und zwar wohl auch gegen Voreinstellungen von nicht vertragstypischen Nebenleistungen im elektronischen Handel, sofern es sich dabei um überraschende Klauseln im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB handelt. Auch hatte der Versandhandel Rücktrittsrechte – und übrigens auch unentgeltliche Warenrücksendung – ohnehin schon vor der Verbraucherschutzgesetzgebung vertraglich eingeräumt, und zwar aus wohlverstandenem Eigeninteresse am Geschäftsabschluss gerade mit dem mündigen Verbraucher, der seit eh und je nicht die Katze im Sack – d.h., aus dem Katalog, sei dieser aus Papier oder elektronisch – kaufen wollte.

10 Im Englischen gibt es für das dahinter stehende Staatsverständnis den treffenden Terminus *nanny state*.

11 Vgl. BGH, NJW 2006, 3200 (3203) Rn. 16, wo unter Berufung auf das sog. europäische Verbraucherleitbild davon gesprochen wird, dass der Verbraucher eine mit den Marktgegebenheiten vertraute, verständige Person sei.

12 Sozialpsychologisch betrachtet, wirkt das Verbraucherschutzrecht in weiten Regelungsbereichen wie ein Schadensbegrenzungs- und Reparaturunternehmen für schlechte Erziehung: Es kompensiert Nichtlernen von Widerstand gegen Versuchungen, also hedonistische Übertreibung (voluntatives Defizit), in Verbindung mit Mängeln im Wissen um ökonomisch-rechtliche Zusammenhänge und interessengetriebene Vermarktungsmechanismen bzw. Defiziten hinsichtlich der Bereitschaft, sich damit zu befassen (kognitives Defizit), und der Scheu vor dem Mut oder die Fähigkeit zum freundlichen Neinsagen bei Verführung oder Undurchschaubarkeit (soziale Überanpassung, Herdenverhalten, Konfliktaversion).

13 Ein Beispiel ist die um sich greifende Belehrungs-Zumutung, die in vielen Fällen schulmeisterlich wirkt und lästig ist. Diese Zumutung ist weitgehend Ausdruck der Einschätzung des Menschen als eines zwar nur sektoriell, aber insoweit doch konstitutionell geschäftsunfähigen Wesens.

14 Zumindest politisch bemerkenswert ist wohl doch die Gleichzeitigkeit von Verbraucherschutzgesetzgebung und der vereinzelten Forderung im Bereich des Staatsrechts, jegliche Personen, partiell einschließlich nicht voll Geschäftsfähiger, trotz dabei obwaltender Mängel an Kenntnissen, Informationen und Erfahrungen für imstande zu halten, über komplexe Fragen des Gemeinwesens in Wahlen oder Volksbegehren zu entscheiden. Für eine solche Forderung exemplarisch *Schulte*, Die UN-Behindertenrechtskonvention und der Ausschluss von Menschen mit Behinderung vom Wahlrecht, ZRP 2012, 16 (16 ff.); vgl. dazu auch *Lang*, Inklusives Wahlrecht, ZRP 2013, 133 (133 ff.).

15 Elegant, und damit gut, ist eine Lösung vor allem, wenn sie mit möglichst einfachen Mitteln auskommt. Das allein lässt schon Zweifel am neuen Verbraucherschutzrecht aufkommen, wenn es tatsächlich eine vierte Rechtsform zur Bewältigung von Restitutionsproblemen einführt; vgl. dazu näher im Folgenden, insb. u. III.2.

16 Zur Darstellung der ästhetischen Dimension des Rechts *Triepel*, Vom Stil des Rechts – Beiträge zu einer Ästhetik des Rechts (1947), Nachdruck 2007; besprochen von *H. Weber*, NJW 2008, 741 (741 ff.).

wie § 312i Abs. 2 S. 2 BGB und auch die Verwendung des Begriffs „Kunde“ statt „Verbraucher“ in § 312i Abs. 1 S. 1 BGB zeigt.

Hat sich der Leser durch § 312 Abs. 1 BGB gearbeitet, ermüdet ihn dessen zweiter Absatz erst recht durch Komplexität. Danach gelten die Kapitel 1 und 2, d.h. die §§ 312a-312h BGB und mithin acht längliche Paragrafen, allerdings im Wesentlichen entgegen der in § 312 Abs. 1 BGB gemachten Ankündigung durchaus nicht, sondern nur § 312a BGB, und innerhalb dessen von sechs Absätzen auch nur – keineswegs konsekutive – vier Absätze. Diese Schrumpfung des Anwendungsbereichs auf nahe Null gilt nach dem enumerierenden Tatbestand des § 312 Abs. 2 BGB in dreizehn Fallgruppen, die teils in weitere Untergruppen gegliedert sind und die teils auf weitere Normen weiterverweisen.

Wer noch Kraft hat, mag hier und da probehalber herausfinden wollen, welcher Sinn sich hinter diesem Katalog und seinen Geltungserhaltungen im Rahmen des § 312a BGB erschließt. So erfasst § 312 Abs. 2 Nr. 2 BGB Verträge über den Erwerb oder die Übertragung von Eigentum an Grundstücken, also solche Sachlagen, die im deutschen Recht nach § 311b Abs. 1 BGB notarielle Beurkundung mit Nichtigkeitsverdikt gemäß § 125 BGB im Unterlassensfall erfordern. Was auf diesem Hintergrund aber die Verweisung auf § 312a Abs. 3 BGB erreichen soll, offenbart sich nicht recht, wenn dort angeordnet ist: „Eine Vereinbarung, die auf eine über das vereinbarte Entgelt für die Hauptleistung hinausgehende Zahlung des Verbrauchers gerichtet ist, kann ein Unternehmer mit einem Verbraucher nur ausdrücklich treffen. Schließen der Unternehmer und der Verbraucher einen Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr, wird eine solche Vereinbarung nur Vertragsbestandteil, wenn der Unternehmer die Vereinbarung nicht durch eine Voreinstellung herbeiführt.“ Sollen hier etwa Scheingeschäfts-Nebenabreden erfasst werden? Und kaum besser ergeht es der Verweisung des § 312 Abs. 2 Nr. 13 BGB, der Verträge über den Verkauf beweglicher Sachen auf Grund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen betrifft, auf § 312a Abs. 1 BGB, der besagt: „Ruft der Unternehmer oder eine Person, die in seinem Namen oder Auftrag handelt, den Verbraucher an, um mit diesem einen Vertrag zu schließen, hat der Anrufer zu Beginn des Gesprächs seine Identität und gegebenenfalls die Identität der Person, für die er anruft, sowie den geschäftlichen Zweck des Anrufs offenzulegen.“ Vielleicht soll hier die Zukunft einer zwangsvollstreckungsweisen Veräußerung mittels telefonisch agierender Drückerkolonne geregelt werden?

Wer § 312 Abs. 2 BGB durchschritten hat, stößt alsdann auf eine normgeltungsregelnde Sondernorm für Verträge über sogenannte soziale Dienstleistungen – was immer dies genau sein mag, das Gesetz nennt nur zwei oder drei Fallbeispiele.[17] Ist dieser Tatbestand geklärt, gibt es sieben Nummern mit engen Definitionen zur Anwendbarkeit einzelner Normen aus dem Bereich der §§ 312a-312h BGB, und von diesen wiederum in den meisten Fällen nur einiger weniger Absätze, wobei die Listung der Verweisung keineswegs der Reihung der in Bezug genommenen Normen folgt und die Nummern 2 bis 5 in eine Regelung hätten zusammengefasst werden können, wenn der Gesetzgeber sich hier – anders als im Fall des § 312a Abs. 2 BGB, aus welchem Grunde auch immer – die Verschlagwortung des Inhalts der in Bezug genommenen Absätze erspart hätte.

Für die Bestimmungen zum Normanwendungsbereich, die sich in § 312 Abs. 4-6 BGB ergeben, stellt sich mindestens ähnlich große Unübersichtlichkeit ein. Dem Leser muss man dies ersparen.

Die erste Erkenntnis aus allem ist: Verbraucherschutzgesetzgebung sollte damit beginnen, den Verbraucher vor der Gesetzgebung zu schützen.

2. Zu viele Worte, zu wenige Worte

Gesetze können zu knapp, sie können zu ausschweifend gefasst sein. Ein Beispiel für beide Unzulänglichkeiten sind die §§ 356a-356c BGB, aber auch die §§ 357-357c BGB.

Dürftig, jedenfalls gemessen an der Lesegewohnheit, die das deutsche Recht über Jahrzehnte anerzogen hat, ist es, wenn man den genannten Vorschriften im Text selbst nicht ansieht, welchen Regelungsbereich sie haben, falls man dazu nicht die Normüberschriften hinzuliest. Die §§ 356a-356c BGB enthalten drei verschiedene Spezifizierungen zu Widerrufsrechten, die an je unterschiedliche Vertrags- bzw. Vertragsabschlussarten anknüpfen. Dem Text selbst ist dies in den Fällen der §§ 356a, 356b BGB nicht zu entnehmen, man muss auf die Überschriften schauen; anders hingegen überraschenderweise in § 356c BGB. Gleiches findet sich in den §§ 357-357c BGB, die vier verschiedene Rückgewährregelungen je nach der Art des vom Widerruf betroffenen Vertragstyps enthalten; auch hier findet sich der Hinweis auf die unterschiedlichen Anwendungsbereiche nicht im Text der Normen. Nun also sind Normüberschriften essentiell, nämlich selbst unmittelbar tatbestandlich. Überschriften, d.h. Lapidarformulierungen im Telegrammstil, wurden im Bürgerlichen Gesetzbuch erst 2002 amtlich, sind aber herkömmlich keine „seriöse“ Rechtsquelle; sie waren nämlich

17 Die Zahl lässt sich wegen mehrdeutiger Formulierung trotz zu unterstellender Kompetenz des Lesers, bis drei zu zählen, nicht feststellen, weil der Begriff „einschließlich“ als Zusatz zum genannten Fall der Langzeitpflege auf Untergruppenbildung deutet und sich daher die Frage stellen mag, ob dies ein selbständig-gleichrangiges Beispiel ist; es handelt sich also gewissermaßen um zweieinhalb Fallbeispiele. Selbstverständlich kommt es aber auf diese Erwägungen normativ nicht an. Allerdings provoziert die spezifische Erwähnung der Langzeitpflege die Frage, ob die Kurzzeitpflege vom Normtatbestand nicht erfasst sein soll. Das ist eine zumindest nicht abwegige Mutmaßung, weil zuvor allgemein von Unterstützung „dauerhaft oder vorübergehend“ hilfsbedürftiger Personen die Rede ist. Wenn bzw. weil nämlich „dauerhaft“ Pflegebedürftige ohnehin Langzeitpflegefälle sind, hätte man diese nicht anschließend eigens benennen müssen, es sei denn, damit sollte ein eigenständiger Regelungsgehalt verbunden sein; dieser dürfte aber wohl nur in der Exklusion der Kurzzeitpflege zu sehen sein. Sinn und Zweck der Regelung legen das allerdings nicht nahe; doch wenn dies nicht gewollt war, sollte man sich so nicht ausdrücken.

bislang nur Orientierungshilfen, die der *Beck-Verlag* seit eh und je verwendet hatte und die sich der Gesetzgeber mehr oder minder reflektiert zu eigen gemacht hatte.[18] Hier nun wird diese Lese- und Wertungsweise von Überschriften durchbrochen.

Man mag das allerdings so machen, verboten ist diese Darstellungsweise nicht; dann muss eben der Rechtsanwender partiell umlernen – er muss freilich wissen, wann die Überschrift juristisch wirklich belangreich und wann sie nur ein wenig ernst zu nehmen ist. Aber wenn man dies tut, dann doch zumindest innerhalb des Verbraucherschutzrechts wenigstens konsequent. An dieser bescheidenen Erwartung gemessen, ist dann aber § 356c BGB ein atavistischer Ausrutscher; denn dort steht der Anwendungsbereich im Normtext selbst. Überdies leistet man sich in § 356b BGB trotz der expliziten Beschränkung des Normanwendungsbereichs in der Normüberschrift auf Verbraucherdarlehensverträge und damit trotz der damit insinuierten Abkoppelung der Regelung von ihrem Umfeld, gleich im ersten Satz davon zu reden, dass die Widerrufsfrist „auch" nicht vor einem bestimmten Ereignis beginne, womit das Rätsel gestellt ist, was zusätzlich zu dem „auch" denn eigentlich als Primärfall in Bezug genommen sein soll. Gemeint ist wohl, dass dies die in § 355 Abs. 2 BGB genannten Voraussetzungen für den Lauf der Widerrufsfrist sein sollen. Die Überschrift in § 356b BGB weist aber den Charakter als bloße Ergänzungsregelung nicht aus, sondern sie suggeriert Normspezialität; dass hier diese Überschrift insoweit doch nicht ganz ernst zu nehmen ist, muss sich der Leser in Anbetracht des ansonsten in den §§ 356, 356a, 356b BGB gegenteilig Geltenden erst erschließen.

Alles in allem bleibt zumindest ein Eindruck von schlechter Textredaktion und von Stilbruch, schlimmstenfalls von unnützer Lese- und Verständniskomplikation durch scheinbare Textvereinfachung.

Andererseits ist das Gesetz ausschweifend. Man mag sich schon fragen, ob die Natur der Sache oder spezifische Gerechtigkeitserwägungen es wirklich erfordern, neben einer Grundnorm zum Widerrufsrecht in § 355 BGB noch vier Folgenormen zu Spezifika in bestimmten Sachlagen vorzusehen, und ob dergleichen für die Rechtsfolgenregelung nach Widerruf gilt, für die in den §§ 357-357c BGB vier verschiedene Regelungen je nach Vertragsgegenstand vorgesehen werden. Möge dies hier auf sich beruhen. Es bleibt jedoch die Frage, welchen Erkenntnisgewinn etwa eine Regelung wie in § 357 Abs. 5 BGB vermitteln soll: „Der Verbraucher ist nicht verpflichtet, die empfangenen Waren zurückzusenden, wenn der Unternehmer angeboten hat, die Waren abzuholen." Vielleicht soll das besagen, dass die Rückgewährpflicht grundsätzlich eine Schickschuld begründet. Weder aus § 355 BGB noch aus § 357 Abs. 4 oder Abs. 6 BGB[19] erhellt sich das klar, und wenn der Gesetzgeber schon viele Worte macht, wäre gerade das doch primär eine Mitteilung an den als aufklärungsbedürftig, da kenntnis-minderbemittelt gedachten Verbraucher wert.

Symptomatisch für Textbreite ist auch der neue § 474 Abs. 1 und 2 BGB im Vergleich zum vormaligen § 474 Abs. 1 BGB a.F., welche beide Verbrauchsgüterkaufverträge[20] regeln bzw. regelten. Das neue Recht besagt in zwei Absätzen und insgesamt vier Sätzen, was das alte Recht in einem Absatz und zwei Sätzen vermochte, ohne dass die Texterweiterung eine Änderung des Inhalts oder wenigstens eine Verbesserung der Verständlichkeit zur Folge hätte. Nur einer der hinzugefügten Sätze hat Neuigkeitswert, beschränkt auf die schlichte – allerdings doch wohl inhaltlich ziemlich selbstverständliche – Mitteilung, dass ein Verbrauchsgüterkauf immer noch ein solcher ist, wenn neben die Verkaufskomponente auch ein Dienstleistungselement tritt. Selbst wenn man diese Ergänzung für nötig hält, wäre es trotzdem so einfach wie nach altem Recht gegangen; aus drei Sätzen wird nur einer, und zwar ein kaum komplizierterer: Die folgenden Vorschriften gelten ergänzend für den Vertrag, durch den ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache kauft, einschließlich des Falls der zusätzlichen vertraglichen Verpflichtung des Unternehmers zur Erbringung einer Dienstleistung (Verbrauchsgüterkauf).

3. Schädigung der Kodifikationsidee

Die bisherigen Bemerkungen kann man als Stilfragen, und damit vielleicht als Geschmacksfragen, abtun. Nimmt man Stil aber ernst – nicht nur um der Ästhetik willen, was auch schon ein Wert ist – und schaut auf die Rechtsbedeutung von Rechtsstil, so ist doch durchaus Wesentliches berührt: Die Idee der Kodifikation.[21] Kodifikation ist Knappheit ohne Unklarheit. Das erfordert klare Sprachführung, Systemdenken und regelhaft eindeutiges Darstellen von Recht. Die Verbraucherschutznormen sind davon weiter entfernt denn je.

III. Die „kleine Welt": Textinhalte und Rechtsgehalte

Über Rechtsinhalte zu sprechen erscheint nicht als Reden über die „kleine Welt"; es geht ja dabei um – zumindest

18 Lesenswert zu dieser Praxis und daraus folgenden Konsequenzen *Stieper*, Amtlich wider Willen – Zur gesetzlichen Übernahme nichtamtlicher Paragrafenüberschriften, GRUR 2003, 398 m.w.N.

19 Dies gilt für § 357 Abs. 4 BGB insofern, als die Norm nur die die Fälligkeit der Preisrückzahlung betreffenden Folgen einer Rücksendung der Ware durch den Verbraucher regelt, woraus nicht folgt, dass diesem die Rücksendung regelhaft als Schickschuld obliegt. Für § 357 Abs. 6 BGB gilt dies, weil die Norm nur die Kostentragung regelt, und zwar fallweise differenzierend, so dass sich dort kein Regelbild hinsichtlich der Schickschuld ergibt, zumal § 269 Abs. 3 BGB ohnehin erkennen lässt, dass die Kostentragung kein starkes Indiz für die Art der geschuldeten Leistungshandlung ist.

20 Der gesetzlich gewählte Begriff „Verbrauchsgüterkauf" ist an sich unsinnig; es geht nicht darum , dass Verbrauchsgüter gekauft werden, sondern dass ein Verbraucher Güter kauft, ungeachtet der Frage, ob diese zum Verbrauch bestimmt sind. Besser, wenngleich nicht ohne Doppelsinnigkeit – dies ist jedoch dem Genitiv eigen, weil er zwischen *genitivus subjectivus* und *genitivus objectivus* schwanken kann –, ist wohl der Terminus „Verbraucherkauf".

21 Vgl. übersichtsweise zur Theorie der Kodifikation *Honsell*, in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 15. Aufl. 2013, Einleitung zum BGB Rn. 43 ff.

anscheinend – noch Wichtigeres als Stil von Rechtsdarstellung. Das stimmt. Aber „Kleinheit" soll hier nur so verstanden werden, dass eine konkrete Norm betrachtet und dabei die Bewertung, über Form und Stil hinausgehend, *en miniature* dazu dienen soll, auch sachlich Fragwürdiges eines gesetzgeberischen Produkts zu beleuchten.

1. Unsinn

Ein eklatantes Beispiel für eine Fehlregelung liefert das in § 474 Abs. 3 S. 1 BGB Angeordnete. Die Norm lautet: „Ist eine Zeit für die nach § 433 zu erbringenden Leistungen weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger diese Leistungen abweichend von § 271 Abs. 1 nur unverzüglich verlangen."

Wer diesen Satz für sich genommen mit den Augen eines Philologen liest, aber doch wohl auch, wer nach dem sich spontan einstellenden Verständnis des durchschnittlichen Verbrauchers[22] fragt, um dessen Wohl es doch beim Verbraucherschutzrecht an sich gehen soll, wird zunächst stutzig. Das, was „nur unverzüglich" sein kann, ist das „verlangen können". Die Wendung liest sich daher adverbial, und das „nur" verstärkt die Begrenzung des Verlangenkönnens *prima facie* sogar noch dahingehend, hier gar eine rechtsvernichtende Einwendung gegen die betreffende kaufrechtliche Leistungspflicht für den Fall sowohl des Nichtverlangens als auch des nicht unverzüglichen Verlangens zu sehen.[23] Nichts scheint ja ganz unmöglich, zumal weil die Regelung die Rechtslage im Vergleich zum Bezugsfall des § 271 Abs. 1 BGB, wo die Fälligkeit sofort eintritt, ebenso unzweifelhaft wie überraschend zum Nachteil des kaufenden Verbrauchers verschlechtert und man sich daher durchaus herausgefordert fühlen darf, nach dem offensichtlich intendierten „Ob" der Rechtsverschlechterung auch über das „Wieviel" der Rechtsverschlechterung zu sinnieren. Erst im zweiten Akt kommt die Erkenntnis, soviel Unfug könne das Gesetz denn doch nicht anordnen sollen und wollen. Deshalb müsse, so schließt man zu guter Letzt nach einigem Nachdenken und Aufbieten guten Glaubens an gesetzgeberische Vernunft, das „nur unverzüglich" doch wohl attributivisch zu verstehen sein, es müsse also gelesen werden als: der Gläubiger kann (sofort) verlangen, dass die Erfüllung unverzüglich stattfindet. Diese Erkenntnis mag man schließlich als Sieg der teleologischen Auslegung feiern – aber gute Gesetzgebung lässt es doch tunlichst nicht erst auf diese ankommen.

Diese Bemerkungen mag man bis hierher als Form- und Stilfrage abtun. Die besagte Norm lohnt aber eine weitergehende, die materielle Richtigkeit beleuchtende Untersuchung, die auch ein helleres Licht auf die Tücken europarechtlicher Vereinheitlichungs- und nationaler Umsetzungsmechanismen wirft. Die Frage lautet: Warum wird eigentlich von der Grundregel des § 271 Abs. 1 BGB hinsichtlich der Fälligkeit der Leistungen für den Fall abgewichen, dass sich nichts Vorrangiges aus der Bestimmung der Leistungszeit und den Umständen ergibt? Dafür lohnt ein Blick auf die einschlägige EU-Richtlinie[24] und die in den einschlägigen Gesetzgebungsmaterialien[25] zum Ausdruck gebrachten Erwägungen zu ihrer Transformation in deutsches Recht.

Die EU-Richtlinie besagt in der deutschen Fassung: „Sofern die Vertragsparteien hinsichtlich des Zeitpunkts der Lieferung nichts anderes vereinbart haben, liefert der Unternehmer die Waren, indem er den physischen Besitz an den Waren oder die Kontrolle über die Waren dem Verbraucher unverzüglich, jedoch nicht später als dreißig Tage nach Vertragsabschluss, überträgt." Dies ist eine recht genaue Übersetzung der englischen bzw. französischen Fassung, die wie wohl gewöhnlich und jedenfalls hier ziemlich sicher – die für das deutsche Recht sehr merkwürdige Terminologie „physischer Besitz" deutet darauf hin – die Beratungen bestimmten. Der englische Text lautet: „Unless the parties have agreed otherwise on the time of delivery, the trader shall deliver the goods by transferring the physical possession or control of the goods to the consumer without undue delay, but not later than 30 days from the conclusion of the contract." Die französische Fassung lautet: "Sauf si les parties en disposent autrement concernant le moment de la livraison, le professionnel livre les biens en en transférant la possession physique ou le contrôle au consommateur sans retard injustifié, mais au plus tard trente jours après la conclusion du contrat."

Bezugnehmend auf diese europarechtliche Vorgabe der Richtlinie, die auf Vollharmonisierung gerichtet ist, wurde die Neufassung des § 474 Abs. 3 BGB in den einschlägigen Gesetzesmaterialien im Hinblick auf die vorgeschlagene Abweichung vom Sofortigkeitserfordernis in § 271 Abs. 3 BGB unter Bezug auf Erwägungsgrund 51 der EU-Richtlinie wie folgt erläutert bzw. begründet: „Die Vertragsparteien bewirken ihre Leistungen unverzüglich, wenn sie ihre Pflichten aus dem Vertrag ohne schuldhaftes Zögern (§ 121 Absatz 1 [BGB]) erfüllen. Anders als das Merkmal ‚sofort' in § 271 Absatz 1 [BGB] bemisst sich das Merkmal ‚unverzüglich' nicht nach einem ausschließlich objektiven Maßstab, sondern danach, in welcher Zeit den Vertragsparteien eine Erfüllung ihrer Pflichten subjektiv zugemutet werden kann. Für die überwiegende Anzahl der Fälle wird die vorgeschlagene Gesetzesänderung nicht zu Ergebnissen führen, die von der bisherigen Rechtslage abweichen. […] Eine unverschuldete zeitliche Verzögerung der Leistung ist etwa denkbar, wenn der Unternehmer eine Sache verkauft, die er vor der Übereignung und Übergabe an den Verbraucher noch an dessen Sonderwünsche anpassen oder sich selbst von einem Dritten besorgen muss. Bereits objektiv kann sich der Zeitpunkt

22 Dabei sei unterstellt, dass ein Verbraucher den Unterschied zwischen sofort und unverzüglich versteht.

23 Die die Gefahr des Missverständnisses noch verstärkende Einfügung des „nur" ist zwar mit dem Bemühen zu erklären, den Kontrast zur Regelung in § 271 Abs. 1 BGB hervorzuheben. Doch dies entlastet den Gesetzgeber nicht vom Vorwurf zumindest der Ungeschicklichkeit; diese Darstellung dieser Rechtsfolge ist nämlich redundant und daher offenkundig überflüssig, weil § 474 Abs. 3 S. 1 BGB ohnehin ausdrücklich erklärt, vom „sofort" im Tatbestand des § 271 Abs. 1 BGB abzurücken und diesen Begriff im hiesigen Anwendungsbereich durch „unverzüglich" zu ersetzen.

24 RL 2011/83/EU, Art. 18 Abs. 1.

25 BR-Drs. 817/12, darauf rekurrierend BT-Drs. 17/12637.

der Fälligkeit der Leistung in einem solchen Fall um diejenige Zeitspanne verschieben, die der Unternehmer benötigt, um die Sache entsprechend der vertraglichen Vereinbarung mit dem Verbraucher noch nach dessen Wünschen auszugestalten oder die Sache in seinen Besitz zu bringen. Jedenfalls dürfte die zeitliche Verzögerung der Lieferung in einem solchen Fall entschuldigt sein."

Ob *undue* und *injustifié* nicht etwas essentiell anderes als „unverzüglich" ist, nämlich eine Frage der objektiven Sachlage bzw. der sich aus der Natur der Sache ergebenden und damit die Leistungszeit objektiv rechtfertigenden Umstände, während „unverzüglich" im Sinne der Definition des Begriffs in § 121 Abs. 1 BGB auf Verschuldenskategorien im Sinne des § 276 Abs. 1 BGB verweist, ist ein ernst zu nehmendes Problem. Dafür, dass dies der Fall ist, spricht zumindest *prima facie* der sprachliche Anschein. Verhält es sich so, wäre bereits die deutsche Fassung der Richtlinie zweifelhaft.

Irrig ist aber die Annahme, mit dieser Erkenntnis seien sachliche Zweifelhaftigkeiten der deutschen Transferregelung nicht nur normgenetisch erklärt, sondern auch in der Sache ausgeräumt. Ein solcher Irrtum verkennt, dass die EU-Richtlinie in keiner der zitierten drei Fassungen so, wie dies aber § 474 Abs. 3 BGB schließlich – offenbar vom Tatbestand des § 271 Abs. 1 BGB inspiriert – tut, auf die „Umstände" als fälligkeitsbestimmenden Faktor abstellt. Das hätte dazu führen müssen, in § 474 Abs. 3 S. 1 BGB entweder konsequent den Bezug auf die „Umstände" zu streichen oder auf die Ersetzung von „sofort" durch „unverzüglich" zu verzichten, weil in Wirklichkeit das, was *undue* und *injustifié* meint, schon in den „Umständen" enthalten ist, auf die sowohl § 271 Abs. 1 BGB als ausdrücklich und zusätzlich ebenso § 474 Abs. 3 S. 1 BGB rekurrieren. Beides ist aber nicht geschehen, und zwar ausweislich der Gesetzesmaterialien absichtlich nicht. Und dies führt nun dazu, dass der Rechtsanwender allen Grund zu der Annahme hat, es handele sich um drei sinnvoll aggregierte Merkmale der Fälligkeitsbestimmung, was – Sinnhaftigkeit der Gesetzgebung unterstellt – bedeutet, dass es inhaltliche Unterschiede geben muss.

Die Probe aufs Exempel belehrt allerdings eines Besseren. Das zeigen die vom Bundesgesetzgeber angeführten beiden Beispiele:[26] Der Unternehmer verkauft eine Sache, die er vor der Übereignung und Übergabe an den Verbraucher noch an dessen Sonderwünsche anpassen oder sich selbst von einem Dritten besorgen muss. Der erste Fall passt nämlich unzweifelhaft schon unter das Tatbestandsmerkmal der vertraglichen Leistungszeitbestimmung und hilfsweise jedenfalls der Umstände der Leistung, sofern sich eben aus diesen nicht schon die Konkludenz einer entsprechend als hinausgeschoben vereinbarten Fälligkeit ergibt. Die damit getroffene Fälligkeitsregelung ist eine objektive, über die Pflicht- bzw. Rechtmäßigkeit entscheidende; sie hat mit Verschuldensfragen im Sinne der Unverzüglichkeitsdefinition nichts zu tun.[27] Hinsichtlich des zweiten Beispielsfalls – Erforderlichkeit für den Unternehmer, sich den Leistungsgegenstand zunächst von einem Dritten zu beschaffen – gilt nichts anderes. Entweder ist dies dem kaufenden Verbraucher bekannt oder entspricht dies den Üblichkeiten nach der Art des Geschäfts, und dann ist der Fälligkeitstermin entsprechend hinausgeschoben kraft Vereinbarung, die auch schweigend-konkludent in diesem Sinne getroffen wird, oder der Aufschub ergibt sich aus den Umständen, nämlich der Natur der Sache; auf Verschuldensaspekte im Sinne von Unverzüglichkeit kommt es durchaus nicht an. Fehlt es aber gerade an einer derartigen ausdrücklichen oder konkludenten Vereinbarung und entspricht es nicht dem Geschäftstypus oder den sonstigen Begleitfaktoren, dass der Unternehmer sich die Sache zunächst von einem Dritten beschaffen muss, darf sich der Kunde, auch und gerade wenn er Verbraucher ist, dagegen verwahren, auf ein Zuwartenmüssen beim Beliefertwerden des mit ihm kontrahierenden Unternehmers verwiesen zu werden. Die Fälligkeitsbestimmung ist eine Frage der Professionalität, die man gerade vom Unternehmer – mehr noch als beim Verkauf zwischen Konsumenten, wo in bemerkenswerter Weise weiter der härtere Maßstab des § 271 Abs. 1 BGB gilt – erwartet und erwarten darf. Was also soll wirklich mit der Subjektivierung der Fälligkeit erreicht werden, was nicht ohnehin, sondern nur so erreichbar ist und was überdies auch noch sachlich gerechtfertigt ist?

Nun verhält es sich nicht so, dass das Nichtverschulden der Nichtleistung bei der – streng im Sinne des § 271 Abs. 1 BGB bestimmten – Fälligkeit der Leistung gänzlich unerheblich sein dürfte. Es ist dies auch im herkömmlichen deutschen Recht nicht der Fall, wenngleich nicht bei der Fälligkeit. Das Nichtzuvertretenhaben der Nichtleistung spielt bekanntlich eine Rolle, wenn es um die Schadensersatzhaftung geht; dies zeigen die §§ 280 Abs. 1 S. 2, 286 Abs. 4 BGB. Wird also der Schuldner, als Unternehmer etwa ein Einzelkaufmann, unversehens krank, oder treten durch politik-, kriegs- oder witterungsbedingte Umstände bedingt unvermeidlich Lieferschwierigkeiten auf, ist das also schadensersatzrechtlich zu berücksichtigen. Dort, aber auch nur dort, gehört die Verschuldensfrage hin, nicht schon in die Fälligkeitsbestimmung.

Gegen Letzteres, d.h. die Steuerung bereits der Fälligkeit, spricht schon die Richtigkeit bzw. Verfehltheit der Verteilung von Darlegungs- und Beweislast zur Fälligkeit: Bei den vorgenannten schadensersatzbezogenen Normen muss der Schuldner die Voraussetzungen des Nichtzuvertretenhabens des Nichtleistens bei Fälligkeit darlegen und beweisen, da das Nichtzuvertretenhaben eine Einwendung begründet. Bei § 271 Abs. 1 BGB kann man sich darüber allerdings streiten.[28] Wenn aber dort bei der Verteilung der Darlegungs- und Beweislast darauf abgestellt wird, dass die Norm eine Abweichung von der – durch die Sofortig-

26 Vgl. BT-Drs. 17/12637, S. 70.

27 Der Gesetzgeber hat das selbst gemerkt, wenn es in den Gesetzesmaterialien heißt: Bereits objektiv kann sich der Zeitpunkt der Fälligkeit der Leistung in einem solchen Fall um diejenige Zeitspanne verschieben, die der Unternehmer benötigt, um die Sache entsprechend der vertraglichen Vereinbarung mit dem Verbraucher noch nach dessen Wünschen auszugestalten.

28 Vgl. dazu *Bittner*, in: Staudinger (Fn. 21), § 271 Rn. 29 f. m.w.N.; der Unterschied wird an den Begriffen Einwands- und Leugnungstheorie festgemacht.

keit der Leistungspflicht charakterisierte – Regelfälligkeit für den Fall abweichender Vereinbarung oder spezifischer Umstände regelt und daher der Schuldner nur darlegungs- und beweislastpflichtig sei, wenn etwas anderes als der Regelfall der Sofortigkeit behauptet werde,[29] spricht die Übertragung auf den Fall des § 474 Abs. 3 S. 1 BGB dafür, es dort ebenso zu halten, also den Gläubiger als hinsichtlich des Merkmals der Unverzüglichkeit für darlegungs- und beweispflichtig anzusehen, weil die Unverzüglichkeit, entsprechend der Sofortigkeit in § 271 Abs. 1 BGB, den Regelmaßstab der Fälligkeit bildet.[30] Wenn es sich bei § 474 Abs. 3 S. 1 BGB anders verhalten sollte, ist dies zumindest nicht evident und müsste jedenfalls, wenn überhaupt zulässig und nicht nur von einer großzügigen Handhabung des *prima-facie*-Beweises die Rede sein soll, doch noch eigens rechtlich begründet werden.

Noch viel misslicher als in beweisrechtlicher Hinsicht ist die Auswirkung des § 474 Abs. 3 S. 1 BGB im Bereich des gesetzlichen Rücktrittsrechts gemäß § 323 BGB. Dieses setzt Fälligkeit der Leistung – und grundsätzlich die Setzung einer weiteren Erfüllungsfrist – voraus, nicht aber ein Verschulden. Dies ist eine der praktisch wesentlichen, begrüßenswerten Änderungen der Schuldrechtsreform, mit der vom vormaligen verschuldensabhängigen Erfordernis des Verzugs als Grundlage des Rücktrittsrechts gemäß der Vorläufernorm, § 326 BGB a.F., abgesehen wurde. Der Sinn der Änderung wird darin gesehen, dem Gläubiger allein auf Grund des objektiven Umstands der Verzögerung eine Möglichkeit zur Lösung des synallagmatischen Vertrags und damit zur Neudisposition zu geben, statt ihn in den Unwägbarkeiten der Erfüllungserwartung festzuhalten, nur weil der Schuldner die Nichtleistung nicht zu vertreten hat.[31] Warum dies nun, da in diesem Fall schon die Fälligkeit wegen § 474 Abs. 3 S. 1 BGB nicht eintritt, anders sein soll, ist nicht einzusehen; der Verbraucherschutz erfordert dies gewiss nicht. So zwingt[32] die Regelung des § 474 Abs. 3 S. 1 BGB zumindest zu schwierigen Umweg-Argumentationen zur Vermeidung des ungewünschten Ergebnisses, wenn es denn auf dieser Basis überhaupt zu vermeiden ist.

Ist also § 474 Abs. 3 S. 1 BGB ein schwer wiegender Fehler, so ist es übrigens sein zweiter Satz zumindest in psychologischer Hinsicht. Die Regel besagt: „Der Unternehmer muss die Sache in diesem Fall spätestens 30 Tage nach Vertragsschluss übergeben." Das soll sicherlich zur Rechtssicherheit beitragen. Viel gravierender dürfte aber rechtstatsächlich werden, dass der tüchtige und redliche Unternehmer natürlich weiterhin sofort liefert und die Regelung für ihn ohnehin ohne Belang ist, während der weniger redliche oder weniger fähige Unternehmer, für den die Regel letztlich relevant ist, leicht in Versuchung kommt, fälschlich die Höchstfrist als erlaubte Mindestfrist zu verstehen und zu glauben, langsam arbeiten zu dürfen sei die normativ gesetzte Regel.[33] *Mañana* als verführerische Rechtsmaxime – wahrscheinlich nicht gewollt; aber gut gewollt ist eben nicht notwendigerweise auch gut gemacht.

Außerdem ist die Regel *in abstracto* auch und gerade dann verfehlt, wenn man eines der Regelbeispiele des Gesetzgebers für Unverzüglichkeit der Leistung – und nicht etwa eine entsprechende Vereinbarung oder die Sachumstände – als Maßgabe ernst nimmt, nämlich den Fall der Sachbearbeitung auf Verlangen des Käufers. Dauert diese nämlich notwendigerweise länger als einen Monat, ist Fälligkeit nach dem ersten Satz nicht, wohl aber nach dem zweiten Satz eingetreten. Das macht keinen Sinn – es sei denn, man wiche dann wieder auf die Parteivereinbarung oder die Umstände aus und nähme folglich den Anwendungsbeispiele anführenden Gesetzgeber doch lieber nicht ernst,[34] oder man deutete § 474 Abs. 3 S. 2 BGB seinem Text zuwider um.

2. Primitivierung durch Komplizierung unter Regelungsverlust

§ 357 Abs. 7 BGB regelt die Rechtsfolgen nach einem Widerruf des Verbrauchers für den Fall, dass die dem Verbraucher gelieferte Ware inzwischen einen Wertverlust erlitten hat. Im Unterschied zum bisherigen Recht, das in § 357 BGB a.F. eine – partiell modifizierende – Verweisung auf die rücktrittsrechtlichen Normen vorgesehen hatte, wird nun unmittelbar eine Wertersatzpflicht angeordnet, aber beschränkt auf den Fall der ordnungsgemäßen Belehrung über das Widerrufsrecht und auf den Fall des Wertverlusts, der nicht auf den Umgang mit der Ware zurückzuführen ist, der zur Prüfung der Beschaffenheit, der Eigenschaften und der Funktionsweise der Ware notwendig war.[35] In den §§ 357a-357c BGB finden sich davon abweichende Sonderregeln für besondere Vertragsgegenstände.

Hier möge dahingestellt bleiben, ob vier verschiedene, überdies jeweils in sich komplizierte Rechtsfolgeregelungen im Widerrufsfall wirklich erforderlich sind. Wesentlicher ist, dass schon die Regelung der Rückabwicklungshaftung im Grundfall des § 357 BGB nicht überzeugt. Dabei mag man schon Zweifel geltend machen, ob die Komplexität der Regelungen des deutschen Rechts im Be-

29 So *Bittner*, in: Staudinger (Fn. 21), § 271 Rn. 30; das dürfte die richtige Lösung sein.

30 Für diese Darlegungs- und Beweislastregel dürfte übrigens auch § 474 Abs. 3 S. 2 BGB sprechen, der erst nach Ablauf von dreißig Tagen seit Vertragsschluss davon ausgeht, dass Unverzüglichkeit keine Maßgabe der Fälligkeit ist.

31 Statt vieler *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II, 6. Aufl. 2012, § 323 Rn. 2.

32 Der Ausweg, über § 323 Abs. 4 BGB schon vor Fälligkeit zum Rücktritt zu kommen, wird tatbestandlich selten eröffnet sein.

33 Ähnliche intentionswidrige Effekte dürften im Fall des § 286 Abs. 3 BGB eintreten.

34 Auch im Fall des § 474 Abs. 3 BGB möchte man gern den von *Flume*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung, ZIP 2000, 1427 (1428 f.), zu § 241a BGB gemachten Vorschlag zur Anwendung bringen, die Norm wegen ihres bis zur Rechtsschädigung führenden Unsinns als nicht geschrieben anzusehen, also schlicht zu ignorieren; verfassungsrechtlich und rechtsmethodisch darf aber dieser Neigung nicht zu erliegen sein.

35 Im bisherigen Verbraucherschutzrecht hatte dies ähnlich schon § 357 Abs. 3 S. 1 BGB als Modifikation der sich aus § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB ergebenden rücktrittsrechtlichen Wertersatzhaftung vorgesehen.

reich von Herausgabe- und Rückabwicklungsregelungen, die sich aus dem durchaus nicht optimal koordinierten Nebeneinander von Eigentümer-Besitzer-Verhältnis, Bereicherungsrecht und rücktrittsrechtlichen Normen ergibt, noch gesteigert werden muss, indem nun ein viertes Rückabwicklungsregime vorgesehen wird.[36] Die Antwort dürfte eine negative sein, weil man bisher mit der Verweisung auf das Rücktrittsrecht zurechtkommen konnte, trotz oder vielleicht gerade wegen der durch § 357 Abs. 3 S. 3 BGB a.F. für die meisten der hier einschlägigen Fälle erreichten Unanwendbarkeit des zweifelhaften § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB.

Besonders kritikwürdig ist vielmehr, dass die rudimentäre Regelung in § 357 Abs. 7 BGB nun Lücken aufweist, die zu Fragen führen, die vormals rücktrittsrechtlich längst entschieden waren.

Wie ist etwa mit Verwendungen und Nutzungen umzugehen, zu denen das Rücktrittsrecht Regelungen in § 346 Abs. 1 BGB und in § 347 Abs. 1 und 2 BGB vorhält,[37] nicht aber der neue § 357 BGB? Soll insbesondere das Schweigen zumindest hinsichtlich der Nutzungen als bewusste Verwerfung derartiger Verpflichtungen des Verbrauchers angesehen werden, so wie dies § 474 Abs. 5 S. 1 BGB für den gewährleistungsrechtlichen Fall des § 439 Abs. 4 BGB – aber auch dort gerade nicht für die beiderseitige Rückabwicklung im Rücktrittsfall – vorsieht; und soll eine solche Negativentscheidung auch für die Verzinsung des Kaufpreises gelten?

Bei Werteinbußen am Leistungsgegenstand ist zu fragen: Ist die Rückabwicklung etwa synallagmatisch, obwohl eine dem § 348 BGB entsprechende Regelung fehlt – § 357 Abs. 4 BGB scheint in der Tat darauf hinzudeuten –, und könnte deshalb, und zwar gerade weil bei Nichtgeltung des § 348 BGB nicht bloß die auf die §§ 320, 322 BGB beschränkte Verweisung maßgeblich ist, auch die sich aus dem Zusammenwirken von § 275 BGB mit § 326 Abs. 1 BGB ergebende Gefahrtragung unmittelbar Platz greifen, bzw. für den Fall, dass die vollständige Anwendung der §§ 320-326 BGB – wie anzunehmen sein dürfte – abzulehnen ist, gelten dann wenigstens die §§ 320, 322 BGB in abwicklungstechnischer Hinsicht?[38] Und wie etwa verhält es sich in den die rücktrittsrechtliche Wertersatzpflicht ausschließenden Fällen des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB, in denen der Wertverlust auf einem vom Unternehmer zu vertretenden Umstand beruht oder der Wertverlust auch beim Unternehmer eingetreten wäre, aber der Wertersatz für diesen Verlust deshalb doch nicht schon nach § 357 Abs. 7 BGB ausgeschlossen ist: Muss die Kappung der vormaligen Verweisung auf das Rücktrittsrecht als Argument für den entsprechenden Umkehrschluss gelten? Oder indiziert die Nichtübernahme des in § 357 Abs. 4 BGB a.F. enthaltenen Satzes, dass weitergehende Ansprüche im Rückgewährfall nicht bestehen, nun die Geltung des Gegenteils, also die prinzipielle Zulassung konkurrierender Schadensersatzhaftung zumindest in bestimmten Sach- und Kenntnislagen?[39] Gewichtig ist insbesondere die Frage: Findet unter keinen Umständen, insbesondere nicht einmal in dem rücktrittsrechtlich von § 346 Abs. 4 BGB erfassten Fall, eine Schadensersatzhaftung auf Grund der §§ 280 ff. BGB wegen einer zwischen Ausübung des Widerrufs[40] und Rückgabe der Ware eintretenden schuldhaften Verschlechterung statt – muss also § 357 Abs. 7 BGB als eine unter allen Umständen abschließende Regelung unter Beschränkung der Haftung auf Wertersatzpflichten verstanden werden, wie dies der Rückschluss aus der Beseitigung der Verweisung auf das Rücktrittsrecht suggeriert, und wie dies § 361 BGB noch explizit verstärkt –, oder gilt insofern etwa unmittelbar das allgemeine Leistungsstörungsrecht gemäß den §§ 280 ff. BGB, oder sollte es nicht doch richtigerweise gelten? Zu Letzterem lässt sich schwerlich sagen, dass dies von diesem Zeitpunkt an unbillig wäre, wenn die Ware nun etwa durch unsachgemäße Aufbewahrung oder Gebrauch schuldhaft beschädigt wird. Was ist das Gerechtigkeitskalkül hinter der uneingeschränkten Präklusion einer Schadensersatzhaftung auf Seiten des Verbrauchers?

Die Risikotragung für das dem Unternehmer vom Verbraucher Geleistete fehlt übrigens nunmehr. Unerheblich ist diese Lücke allerdings durchaus nicht; man denke etwa an den Fall der Inzahlungnahme eines Gebrauchtfahrzeugs. Die frühere Gesamtverweisung auf das Rücktrittsrecht half weiter. Was gilt nun über § 357 Abs. 1 BGB hinaus, wenn unterstellt werde, dass die Regelung doch nicht auch in Hinsicht auf die Haftung des Unternehmers eine abschließende sei?

Übrigens scheint dem Gesetzgeber grundsätzlich die Phantasie für die Vorstellung der Möglichkeit zu fehlen, dass ein Unternehmer einem Verbraucher nicht nur etwas aufschwatzen, sondern gelegentlich auch ein wertvolles Gut zu billig abschwatzen könnte, und dass sich dann die Frage stellt, ob der Verbraucher die von ihm gelieferte Sache unter Berufung auf Verbraucherschutzregelungen zurückverlangen kann und wie bei Restitutionshindernissen in der Sphäre des Unternehmers zu verfahren ist. Man denke etwa an den reisenden Antiquitätenhändler, der – von Tür zu Tür ziehend – einer unbedarften Privatperson

36 Divergente Rückabwicklungsregelungen dürften für reichlich Verwirrung sorgen. Fraglich ist etwa, wie zu verfahren ist, wenn das Verbraucherschutzrecht tatbestandlich einschlägig ist, der Verbraucher aber ein kluger Mensch ist, der sich ein vertragliches Rücktrittsrecht vorbehalten hatte (mit der Konsequenz der §§ 346 ff. BGB) oder der die Sache im Wege eines Kaufs auf Probe zu Eigentum erwarb (§ 454 BGB, ggf. mit der Folge einer vertragseigenen oder bereicherungsrechtlichen Rückgewährordnung).

37 Auf diese Normen nahm auch die auf das Rücktrittsrecht gerichtete Verweisung des § 357 BGB a.F. Bezug; es handelt sich insoweit nicht um ausgeschlossene weitergehende Ansprüche im Sinne des § 357 Abs. 4 BGB a.F.

38 Deren Nichtgeltung ist allerdings wohl anzunehmen; das dürfte aus der eigenständigen Regelung in § 357 Abs. 4 BGB folgen, die aber zum prozessualen Vollzug nichts Genaues sagt.

39 Das ist allerdings doch nicht intendiert; vgl. BT-Drs. 17/12637, S. 59.

40 Weitergehend mag man fragen, warum eigentlich keine Schadensersatzpflicht für schuldhafte Verluste angezeigt ist, sofern der Verbraucher seine Widerrufsbefugnis auf Grund entsprechender Belehrung kennt. In dieser Situation nimmt die ganz h.M. im Rücktrittsfall eine Schadensersatzhaftung des Rückgewährpflichtigen an, wenngleich die dogmatische Grundlegung umstritten ist.

ein wertvolles Erbstück abkauft. Auch hier ist die Überrumpelungssituation die für Haustürgeschäfte typische, wie sie der Gesetzgebung ursprünglich bei Schaffung der Widerrufsmöglichkeiten bei Haustürgeschäften vor Augen hatte; auch kann in Anbetracht der in § 13 BGB enthaltenen Definition nicht die Rede davon sein, dass die die Antiquität verkaufende Privatperson kein Verbraucher sei, nur weil sie in der Rolle des Verkäufers agiert. Obwohl vom Tatbestand des § 312b Abs. 1 Nr. 1 BGB erfasst, ist aber der Verbraucher dennoch nicht geschützt. Denn diese Norm ist gemäß § 312 Abs. 1 BGB, da zu Kapitel 2 des Untertitels gehörig, nur auf Verbraucherverträge anzuwenden, die eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand haben. Damit wird aber das Rollenspiel bei Verbraucherverträgen auf die Situation eingeengt, in denen der Unternehmer eine Ware leistet oder eine Dienst- bzw. Werkleistung erbringt, während der Verbraucher der Zahlende ist. Ob dies eine Fehlinterpretation des neuen Gesetzestextes ist, die den Verbraucherschutz – den politischen Selbstbelobigungen zum Trotz[41] – unter das Maß des bisher schon Gewährten senkt,[42] ob dahinter etwa ein kluges Gerechtigkeitskalkül steckt, oder ob es bloß ein weiterer Anwendungsfall der Gesetzgebungskategorie „Unfug“[43] ist, möge weiterer Diskussion überlassen bleiben.

3. Gerechtigkeitsdefizit

Schließlich verstößt das widerrufsveranlasste Rückabwicklungsrecht, wie es sich in § 357 BGB manifestiert, evident gegen das Bereicherungsverbot. Die vormals auch im Fall des verbraucherrechtlichen Widerrufs geltende, das Bereicherungsrecht in Bezug nehmende Verweisung des Rücktrittsrechts auf § 346 Abs. 3 S. 2 BGB ist beseitigt. Die unmittelbare Geltung des Bereicherungsrechts neben der in § 357 Abs. 7 BGB geltenden Regelungslage ist zumindest zweifelhaft; nach den Vorstellungen des Gesetzgebers dürfte sie zu verneinen sein.[44] In Fällen der Erbringung von Dienstleistungen oder der quantitativ unbestimmten Leistung von Wasser, Gas oder Strom und von Fernwärme findet sie hingegen sicherlich nicht statt; sonst könnte nämlich die in § 357 Abs. 8 BGB vorgesehene Haftungsrestriktion, die bei Nichterfüllung bestimmter unternehmerischer Hinweispflichten gilt, unterlaufen werden. Aber gerade diese Haftungsrestriktion – eine weitere findet sich namentlich für Leistungen der in § 357 Abs. 9 BGB bezeichneten Art – überzeugt nicht. Wenn der Verbraucher derartige Leistungen und damit deren Vorteile effektiv erlangt sowie entsprechende andere Aufwendungen erspart hat, so dass er durch die unternehmerische Leistung in diesem Maße nachhaltig bereichert ist, so ist es für diese Tatsache sowohl ohne Belang, ob der Verbraucher den Unternehmer zu entsprechender Leistung vor Ablauf der Widerrufsfrist aufgefordert hat, als auch, ob der Unternehmer den Verbraucher für den Widerrufsfall nach Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 3 EGBGB informiert hat. Das gilt auch, soweit das Verbraucherschutzrecht eine Pflicht zur Auskehr gezogener Nutzungen bzw. zu entsprechender Wertvergütung versagt, wie dies unzweifelhaft gemäß § 474 Abs. 5 S. 1 BGB im gewährleistungsrechtlichen Fall der Rückerstattung einer mangelhaften Sache gegen mangelfreie Ersatzlieferung gilt, aber auch darüber hinaus, wenn die in § 357 BGB zutage tretende Beseitigung der vormaligen Verweisung auf das Rücktrittsrecht auch als Beseitigung der früheren Pflicht zur Nutzungsherausgabe bzw. -vergütung gemäß § 346 Abs. 1 BGB zu verstehen sein soll.

Was ist das Gerechtigkeitskalkül hinter dem Sich-Verweigern des Gesetzgebers vor dem Bereicherungsverbot? Die Gutgläubigkeit des Verbrauchers, im Widerrufsfall nichts zurückleisten zu müssen, wenn und weil er vom Unternehmer nicht entsprechend informiert wurde, trägt die Verweigerung nicht. Denn die Haftung, wenn und weil sie eine bereicherungsrechtliche ist, wird nach deutschem Recht zu Gunsten des Gutgläubigen durch die Regelung des § 818 Abs. 3 BGB zuverlässig auf das Maß der nachhaltig vorhandenen Bereicherung beschränkt. Ein Verlust, gemessen am Zustand vor der ihm erbrachten Leistung bzw. ohne diese, droht daher dem Verbraucher von Rechts wegen überhaupt nicht, ohne dass dazu die Versagung einer Wertersatzpflicht bereits dem Grunde nach nötig wäre.

Die letztlichen Motive, wie sie auf Ebene der EU vorherrschen, dürfte die Entscheidung des EuGH offenlegen, die seinerzeit die im deutschen Recht an sich eindeutig getroffene, aber unter dem Aspekt der Richtlinienkonformität schon vom BGH in Frage gestellte[45] Regelung zur Nutzungsersatzpflicht im Fall der kaufrechtlichen Gewährleistung im Wege der Ersatzlieferung zu Fall brachte.[46] Diese Regelung sah – wie dies grundsätzlich außerhalb des Verbraucherkaufrechts immer noch gilt[47] – nach Maßgabe des § 439 Abs. 4 BGB vor, dass die gelieferte mangelhafte

41 Man lese etwa die Pressemitteilung des BMJ vom 12. Juni 2014 unter der Überschrift: Neue Rechte für Verbraucherinnen und Verbraucher.

42 Die Vorgängerregelung, § 312 Abs. 1 BGB a.F., ließ sich noch offener interpretieren, weil dort nur allgemein davon die Rede war, dass der betreffende Vertrag eine entgeltliche Leistung zum Gegenstand habe; eine Fixierung auf die Person dessen, der die entgeltliche, d.h. die Zahlungspflicht auslösende Leistung erbringt, fand mithin im Unterschied zur Fassung des nunmehrigen § 312 Abs. 1 BGB nicht statt.

43 Vgl. dazu schon o. III.1.

44 Das folgt aus dem Willen des Gesetzgebers, die Neuregelung des Widerrufsfolgerechts als abschließende Regelung anzusehen; dies zeigt sich insbesondere an § 361 BGB.

45 BGH, NJW 2006, 3200 (3200 ff.).

46 EuGH, NJW 2008, 1433 (1433 ff.) – Auf dieser EuGH-Entscheidung beruht die entsprechende Regelung in § 474 Abs. 2 S. 1 BGB a.F., jetzt textgleich in § 474 Abs. 5 S. 1 BGB. Zwischen der EuGH-Entscheidung und der Gesetzesänderung hatte der BGH die vormalige Regelung schon durch richtlinienkonforme Auslegung eingeschränkt; vgl. BGHZ 179, 27 Rn. 25, 427; dazu methodenkrit. *Lorenz*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III, 6. Aufl. 2012, Vor § 474 Rn. 3.

47 Die Regelung ist unter dem Aspekt der durch sie möglicherweise ausgelösten Inäquivalenzen im Synallagma durchaus im Grundsätzlichen zweifelhaft; vgl. dazu etwa *Kohler*, ZGS 2004, 48 (48 ff.). Diese Zweifel müssten aber zur generellen Änderung der Regelung führen, sie rechtfertigen nicht die partielle Suspendierung nur für den Teilbereich des Verbrauchsgüterkaufs; vgl. dazu *Gaier*, in: MüKo BGB (Fn. 3), § 346 Rn. 24 m.w.N. Allerdings lässt der Rückschluss aus § 474 Abs. 5 S. 1 BGB die Annahme zu,

Sache nach rücktrittsrechtlichen Regeln zurückzugewähren sei. Nach § 346 Abs. 1 BGB schließt dies die Pflicht zur Herausgabe gezogener Nutzungen bzw. zum Ersatz ihres Wertes ein. Dies allerdings ließ der EuGH nicht gelten, weil diese Rechtskonsequenz nicht mit der seinerzeit einschlägigen EU-Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zu vereinbaren sei. Der EuGH begründete dies insbesondere mit der Auffassung, die einschlägige EU-Richtlinie erforderte für den Fall, dass der Verbraucher Mangelgewährleistungsrechte geltend mache, die Unentgeltlichkeit für den Verbraucher im Vollzug der sich daraus ergebenden Mängelrechte, und ferner mit der politischen Zielsetzung, den Verbraucherschutz zu stärken und dem dadurch zu dienen, dass der Verbraucher nicht unter dem Eindruck einer Nutzungsersatzpflicht von der Geltendmachung seiner Gewährleistungsrechte abgeschreckt werden soll.[48] Damit ist klar, worum es geht: Um parteiliche Interessenpolitik, nicht um ein Gerechtigkeitskalkül.

Dass es nicht um ein Gerechtigkeitsurteil als solches geht, zeigt sich daran, dass die Argumentation, mit der das Bereicherungsverbot umgangen wird, nicht überzeugt. Dass Unentgeltlichkeit auch die Nichtherausgabe gezogener Nutzungen umfasse, ergibt sich aus den herangezogenen Materialien keineswegs mit hinreichender Klarheit; in Wirklichkeit lassen die Materialien die Grenzen der Unentgeltlichkeit[49] offen, und zwar gerade in Bezug auf Nutzungsersatz, wenn der EuGH doch andererseits feststellen muss, dass die Richtlinie eine Berücksichtigung der Nutzungen beim gewährleistungsbedingten Rücktritt sehr wohl zulässt. Die zweite Begründungserwägung ist eine politische, die zwar im Rahmen teleologischer Auslegung eine Rolle spielen mag. Aber auf die entscheidende Frage, wie sich diese politische Maxime zum Bereicherungsverbot verhalte, ergibt sich aus der Maxime als solcher nichts. Fehl geht der Hinweis des EuGH, das Bereicherungsverbot gelte nicht, wenn und weil der Verbraucher nur diejenige Nutzung aus der mangelhaften und nun zurückzugewährenden Sache erlangt habe, die er aus dem – nun lediglich verspätet vertragsgemäß zur Verfügung stehenden – Verbrauchsgut erlangen werde, wie er es bereits von Anbeginn hätte erlangen müssen.[50] Der Verbraucher erhält nämlich mit der Ersatzlieferung einer neuen Sache, und zwar gerade dann, wenn es sich bei dieser um ein dem Verschleiß unterworfenes Verbrauchsgut handelt – und der seinerzeit streitgegenständliche Fall des so genannten Herd-Sets illustriert dies –, eine damit um die Zeitspanne, die zwischen mangelhafter Erstlieferung und Ersatzlieferung liegt, verlängerte Gesamtnutzungsdauer; daher tritt schon dadurch eine Bereicherung ein, mag der Verbraucher dann auch nur das ihm von Anbeginn Zustehende erhalten.

Aber selbst wenn man dies anders sehen möchte oder im Einzelfall könnte, rechtfertigt dies dennoch nicht die vollständige Präklusion der Nutzungsherausgabepflicht bereits dem Grunde nach mit dem Argument, damit werde das politische Ziel realisiert, die Verbraucherrechte durch Unentgeltlichkeit der Durchführung von Mangelgewährleistungsrechten zu stärken. Ein Beispielsfall zeigt dies. Nach Maßgabe der §§ 100 i.V.m. 99 Abs. 1 BGB gehören zu den Nutzungen auch Sachfrüchte *in natura*, wie beispielsweise ein Wurf junger Hunde, und wenn der Verbraucher einen Ersatz für das – unerkannt trächtige – Muttertier verlangt, weil dieses einen kaufrechtlich relevanten Mangel aufweist, bedeutet die Pflicht zur *natural* möglichen und daher auch nur in dieser Weise geschuldeten Herausgabe der Jungtiere im Fall des § 439 Abs. 4 BGB weder, dass dem Käufer im Zuge der gewährleistungsrechtlichen Abwicklung ein Entgelt abverlangt wird, noch etwa, dass ihm dadurch eine Nutzung entzogen würde, die er bei einer bereits von Anbeginn ordnungsgemäßen Lieferung ebenso gezogen hätte. Warum in diesem Fall aber der Käufer geschont wird, indem schon die Anwendung der §§ 439 Abs. 4 i.V.m. 346 Abs. 1 BGB ausgeschlossen wird, ist mit der gegebenen Begründung nicht schlüssig. Und warum es sich im Übrigen rechtfertigen lassen soll, dem Käufer den Erlös zu belassen,[51] wenn er die Welpen wegen zwischenzeitlichen Weiterverkaufs nicht herausgeben kann, ist ebenso wenig einzusehen, wenn und weil der Erlös als nachhaltiges Wertresiduum in seinem Vermögen ist. Damit ist evident, dass die Argumentation des EuGH selbst dann, wenn man sie dem Grunde nach akzeptieren möchte, gegen das Übermaßverbot verstößt, und zwar ohne Not, also unzulässig. Denn dieser Verstoß wäre sinnhaft zu vermeiden, wenn man das Bereicherungsverbot ernst nähme. Die sachgerechte Lösung, und zwar auch und gerade bei Nutzung durch Ziehung von Gebrauchsvorteilen, lässt sich nämlich zwanglos auf der Rechtsfolgenseite durch kasuell richtige Anwendung einerseits der Wertbemessung und andererseits überdies des § 818 Abs. 3 BGB fallgenau optimiert erreichen.[52]

Alles in allem zeigt sich am Fall des § 474 Abs. 5 S. 1 BGB symptomatisch, was das Verbraucherschutzrecht politisch motiviert und deshalb rechtlich prägt, und zwar nicht nur in Fragen des Nutzungsersatzes, sondern generell hinsichtlich der Gefahrverteilung im Rückgewährver-

dass dies nicht der Gesetzeslage außerhalb des Verbrauchsgüterkaufs entspricht.

48 EuGH, NJW 2008, 1433 Rn. 34 ff.

49 Diese Grenze ist insb. für die Unentgeltlichkeit jenseits der Kosten der eigentlichen Durchführung der Rückgewähr als technische Aufgabe zu bestimmen; diesseits dieser Grenze ist namentlich an eventuelle Ausbau-, Verpackungs- und Transportkosten zu denken.

50 Vgl. EuGH, NJW 2008, 1433 Rn. 41.

51 Wird die Herausgabe der Welpen in Natur nicht nach § 346 Abs. 1 BGB geschuldet, kommt folgerichtig weder eine an die Stelle dieses Anspruchs tretende Wertersatzpflicht gemäß § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB noch eine Kauferlösherausgabe als Surrogat gemäß § 285 BGB in Betracht.

52 Auf rücktrittsrechtlicher Basis setzt dies eine sachgerechte Anwendung des § 346 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BGB voraus, bzw. die Einsicht dahingehend, dass die Haftung für Nutzungen in Gestalt von Gebrauchsvorteilen, sofern sie nicht ohnehin eine bereicherungsrechtliche ist, sondern auf § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB zu gründen ist, der Anspruchsbegrenzung gemäß § 818 Abs. 3 BGB unterliegt, sofern der Käufer nicht bereicherungsrechtlich verschärft haftet, er also unverklagt und gutgläubig ist.

hältnis: Überschießender Verbraucherschutz, der Großzügigkeit auf Kosten Dritter gewährt, selbst um des Preises der Missachtung des Bereicherungsverbots. Dem gebietet auch kein EuGH Einhalt.

III. EU-Recht und nationales Recht: Politischer Geist und rechtliche Gestalt

Das Verbraucherschutzrecht, wie es sich im Lichte der hier gemachten Beobachtungen darstellt, ist das „Recht der Kleinen Leute" – aber ist es auch „richtiges" Recht, gemessen an immanenten Gerechtigkeitsmaßstäben und an sinnhafter Rechtssystematik? Was treibt die EU zu solchem Verbraucherschutz? Die Antwort ist eine politische, und sie legt leider eine fehlgeleitete politische Schwäche der Institution bloß:[53] Die EU-Kommission hat die akzeptanzfördernde Kraft des Verbraucherschutzes erkannt und entfaltet auf diesem Gebiet im hohen Maße Aktivitäten, bisweilen auch um das – sogar nach ihrer eigenen Einschätzung – ramponierte Ansehen der EU aufzubessern. Das trifft sich damit, dass Verbraucherschutz ein in der Politik ohnehin sehr beliebtes Betätigungsfeld ist, weil er in besonderer Weise geeignet ist, den Bürgern Akzeptanz des politischen Systems abzugewinnen und seine Staats- und Politikverdrossenheit zu minimieren.

Wenn Populismus nicht nur ein politisches Totschlag-Schlagwort ist und stattdessen der Begriff tatsächlich eine Bedeutung hat, wenn ferner die Begriffe populistisch und populär vermöge der Übereinstimmung in ihrer Wortwurzel teilidentische Bedeutung haben, und wenn Populärsein essentielle, wesenhafte Bezüge zur Demokratie hat, weil diese vom Populären im Sinne der Unterstützung durch die Volksmehrheit getragen und gekennzeichnet ist, dann ist Populismus wohl zutreffend definiert als das im durchaus demokratischen Sinne Populäre, das allerdings mit gefälligen und daher einschmeichelnden, aber in der Sache „schlechten", d.h. nicht recht durchdachten Lösungen gekoppelt wird. Das EU-Verbraucherschutzrecht ist dann in diesem Sinne populistisch. Umso bedauerlicher, wenn dann nicht einmal der typische Effekt des Populistischen, sich – kurzfristig – beliebt zu machen, eintritt: Mit durchschaubar missratenem Einschmeicheln wird nämlich niemand, schon gar nicht auf Dauer, populär.

Auch zeigt sich, dass man mit „Interessen" allein nicht zuverlässig „Recht setzen" kann. Interessen muss man zwar kennen, berücksichtigen, ausgleichen. Sie allein aber zur Richtschnur der Gesetzgebung zu nehmen taugt nicht, um Rechtsfrieden durch Rechtsetzung zu erreichen, wenn dabei elementare Gerechtigkeitskalküle auf der Strecke bleiben. Das Resultat, die Wirkung auf das staatsbürgerliche Bewusstsein, ist fatal: Das zu falschen Lösungen führende Schielen nach dem Massen-Interesse des so genannten „Kleinen Mannes" als Übergang vom Populären zum Populistischen dürfte manch einer als Schritt von der Demokratie zur Ochlokratie wahrnehmen.

Es ist schade und ein Schaden für die EU, dass sie sich auf so getriebenes Rechtsgestalten einlässt. Dabei ist es um so schädlicher, dass die Produkte des rechtlichen Gestaltungswillens, die auf Vereinheitlichung[54] zielenden Richtlinien und ihre Umsetzung, den Eindruck weiter[55] verstärken, die EU sei auch auf dem Gebiet des Rechts[56] eine Institution zur Senkung[57] von Qualitätsstandards.[58] Das Schädlichste ist aber wohl, dass die EU, wiewohl gegen diese Lesart protestierend,[59] sich ihre Bürger klein

53 Die Einschätzungen in den folgenden beiden Sätzen sind fast wortgleich die Ausführungen von *Papier* (Fn. 8), S. 16.

54 Die Europäische Union könnte es statt mit Rechtsstandardisierung durchaus auch mit dem Wettbewerb von Rechtsordnungen versuchen und deren unterschiedliche Qualitätsniveaus transparent machen, damit der Verbraucher optieren kann. Aber Wettbewerb in der Union ist nicht eine Idee, auf die Unionspolitiker so leicht kommen, die zwar gelegentlich das Subsidiaritätsprinzip loben, in der Praxis aber nicht viel dafür tun.

55 EU-rechtlich bedingte „Sündenfälle" hat es auf dem Gebiet des Zivilrechts bereits früher gegeben. Zu erinnern ist hier an § 241a BGB, aber auch an § 105a BGB; vgl. zu Letzterem die Glosse von *Kohler*, Die Kunst, ein nicht vorhandenes Problem nicht zu lösen – oder: die Smartiegesetzgebung, JZ 2004, 348 (348 ff.).

56 Ob auch die Euro-Geldpolitik der EU bzw. der EZB im Vergleich zu Zeiten der D-Mark als Qualitätsminderung anzusehen ist, mag an anderer Stelle zu untersuchen sein. Ein solcher Verdacht liegt allerdings nahe: Inflation im Bereich von zwei Prozent wird nicht mehr als Übel im Sinne einer allenfalls hinnehmbaren Obergrenze, sondern als Ideal im Sinne eines anzustrebenden Minimums angesehen, und der reale Negativzins zwecks stiller Enteignung von Sparern ist praktizierte Politik zur politisch sanften Entlastung jahrzehntelang verschwenderisch betriebener Staatshaushalte. Dies geschieht im vermeintlichen Interesse der Konjunkturförderung, obwohl die Erfahrung aus den Weichwährungsländern gegen das nachhaltige Funktionieren solcher Rezepte spricht, die Blasenbildung gefördert wird und ein Anreiz zur Kreditvergabe an Kreditunwürdige gesetzt wird.

57 Es gehört zum Vorurteil der Europäer, sich im Besitz unübertrefflicher Qualitätsstandards zu wähnen; u.a. mit diesem Irrtum wird bekanntlich jetzt der Kampf gegen das europäisch-amerikanische Freihandelsabkommen betrieben. Dabei erkennen sogar die europäischen Pharmaunternehmen an, dass die US-amerikanischen Qualitätsmaßstäbe im Pharmabereich höher sind. Auch verstehen die Amerikaner nicht, warum französischer Rohmilchkäse zulässig ist; er ist vielleicht gefährlicher als das vielbemühte chlorgebadete Huhn, gegen dessen Vermarktung man ebenso wenig sein muss, wenn und weil man kraft richtiger Auszeichnung schlicht von dessen Kauf absehen kann.

58 Die Politik der Vollumsetzungs-Richtlinien verstärkt geradezu die Tendenz zur Niveausenkung, weil sie Rechtswettbewerb zwischen den Mitgliedsstaaten ausschließt und damit das Instrument der potentiellen Marktmacht von verbraucherfreundlichem Recht beseitigt. Die Notwendigkeit eines Wettbewerbs der Rechtssysteme scheint die Bundesregierung grundsätzlich allerdings – wenngleich dennoch zu kurz gegriffen – erkannt zu haben, da auf S. 167 des Koalitionsvertrages „Deutschlands Zukunft gestalten" für die 18. Legislaturperiode zu lesen ist, dass die Initiative „Law – Made in Germany" fortzuführen und weiterzuentwickeln sei; zu diesem lobenswerten rechtspolitischen Ziel *Wernicke*, „Law - Made in Germany": Von der Selbstvergewisserung zum rechtspolitischen Ziel der 18. Legislaturperiode, ZRP 2014, 34 (34 ff.); dazu vor dem Hintergrund eines Wettbewerbs der Rechtsordnungen *Kern*, Wettbewerbsverzerrungen im Wettbewerb der Rechtsordnungen, 114-123 in diesem Heft.

59 Offiziell geht es stets um die Stärkung des Binnenmarkts im Wege der Gewinnung von Verbrauchervertrauen in transnationale Rechtsgeschäfte und um Minderung von Transaktionskosten von Unternehmen beim Eintritt in transnationalen Wirtschaftsverkehr – wie glaubwürdig diese Gründe und wie notwendig die Richtlinie zum

denkt[60] – eben nicht als Mündige,[61] sondern als konstitutionell Schwache, des Verbraucherschutzrechts Bedürftige, denen es nicht zugetraut und denen daher von Rechts wegen erspart wird, aus einem Schaden für das Leben zu lernen[62] und aus sich heraus autonom zu werden.

Alles dies, was am Ende zum Ansehensverlust der EU als Institution beiträgt, ist zutiefst bedauerlich, institutionell betrachtet. Denn die EU wird ja sehr wohl gebraucht für Ernstes – wenngleich sie das Ernste, für das sie nötig ist, leider in vielen Hinsichten nur mäßig realisiert. Das gilt zum Beispiel im Drittverhältnis für die gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik in allen ihren Facetten, einschließlich etwa der Migrationspolitik. Und im Inneren gilt dies für Mehrung von Freiheit und Freizügigkeit in allen Aspekten sowie für die Förderung von Sicherheit, wozu etwa die so genannte Cyberpolitik gehört; ferner für Infrastrukturentwicklung, dabei namentlich Energie- und Verkehrspolitik. Die EU mag nicht zuletzt, wovon ja oft die Rede ist, auch den innereuropäischen Frieden gewährleisten; aber vielleicht sind dafür andere Gründe, Umstände und Organisationen noch wichtiger und an sich auch hinreichend.[63]

Was aber geschieht, wenn das Wichtige nicht wirklich nachdrücklich getan und das Falsche nicht nachdrücklich gelassen wird? Es wird dubioses EU-Recht geschaffen, das in nationales Recht transformiert zu werden verlangt. Und so geschieht es – auf der Bühne des nationalen Rechts tritt dann in das Licht der Öffentlichkeit, ästhetisch betrachtet, ein Bürgerliches Gesetzbuch neuer Art: *Michelangelos David* – mit abgeschlagenem Spielbein und *Pinocchios* Nase.[64]

Erreichen dieser Ziele ist, sei hier dahingestellt. Aus Verbrauchersicht dürfte der Vertrauensgewinn schon deshalb gering sein, weil sich an der Undurchsichtigkeit ausländischen Rechts, die sich aus der Kontextualisierung des Verbraucherschutzrechts in die Spezifik der anderen Rechtsordnung ergibt, nichts ändert, und diese sich auf die Bezugselemente des Verbrauchergeschäfts signifikant auswirken können; das gilt etwa für Fragen der Schadensersatzbestimmung oder der Sicherheit des Eigentumserwerbs.

60 Der klassische Politikjargon, der die Melodie des Minder(wertigkeits-)befindens intoniert und die Mutmaßung des korrekturbedürftigen Kleinseins transportiert, lautet, dass jemand „auf Augenhöhe“ gebracht werden müsse und solle. Ein schönes Beispiel für die Lyrik des Auf-Augenhöhe-Bringens findet sich in der Gesetzesbegründung, BT-Drs. 17/10488, S. 1, zur Einführung der Behandlungsvertragsregelung in den §§ 630a ff. BGB. Dort werden Patienten auf Augenhöhe mit Ärzten gebracht, indem der Gesetzgeber niederschreibt, was ohnehin weitestgehend schon geltende Rechtslage war und sich aus vernünftiger Vertragsauslegung sowie allgemeinen Rechts- und Anstandsregeln ergibt. Wenn Ärzte „Halbgötter in Weiß“ sind, fragt sich nur, ob gleiche Augenhöhe nun deren Herabholen auf das Niveau des „Wir-hier-unten“ bedeutet oder aber die Erhebung aller zu Halbgöttern. Letzteres wäre sicher schöner, und es wäre eine bemerkenswerte Leistung des Bundestags: Divinität für alle durch Gesetzgebung, das schafft so leicht kein anderer.

61 Bei *Oppermann/Classen/Nettesheim*, Europarecht, 6. Aufl. 2014, § 36 Rn. 5, wird dies freundlich wie folgt gesagt: „Allerdings können einem weitreichenden Verbraucherschutz auch paternalistische Tendenzen innewohnen.“

62 Nichts ist eine so heilsame Lektion für das ganze Leben wie der Abschluss eines sich als wenig sinnvoll erweisenden Zeitschriftenabonnementvertrags an der Haustür. Und wer konstitutionell auf rechtsgeschäftlichem Gebiet nicht einmal so weit lernfähig ist, auf nichts objektiv Unvernünftiges einzugehen, was er rechtlich nicht verstanden hat und was er sich wirtschaftlich nicht überlegt hat, unterfällt in der Regel entweder den §§ 104 ff. BGB, sollte unter Betreuung gestellt werden oder wird durch § 138 BGB oder durch AGB-rechtliche Regeln geschützt.

63 Wenn die Europäische Gemeinschaft dafür wirklich essentiell sein sollte, so war es allerdings schon die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft in der Gestalt zur Zeit *Adenauers* und *de Gaulles*.

64 Für kritische Lektüre und nützliche Hinweise danke ich meinen wissenschaftlichen und studentischen Mitarbeitern *Christin Godglück*, *Petra Kurtze-Keller* sowie *Philipp Amthor*, *Jan Robin Bohorc* und *Martin Klingberg*.