



JURISTISCHE FAKULTÄT



UNIVERSITÄT
HEIDELBERG
ZUKUNFT
SEIT 1386

Zusammenfassung der Dissertation mit dem Titel

„Widerrufsfolgen zwischen Vollharmonisierung und Systemgerechtigkeit“

Dissertation vorgelegt von Hannes Fischer

Erstgutachter: Prof. Dr. Thomas Lobinger

Zweitgutachter: Prof. Dr. Andreas Piekenbrock

Institut für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Insolvenzrecht

Kapitel 1

1. Als Fundament für die Überlegungen dieser Arbeit dient ein System, in dem das bürgerliche Vermögensrecht als Rechtszuweisungsordnung gedacht wird. Jede einem Rechtssubjekt zugewiesene Rechtsposition wird als Substanzrecht Schutzrechten gewährleistet. Dies gilt sowohl für absolute Substanzrechte, die – wie das Eigentum – *erga omnes* wirken, als auch für relative Substanzrechte, die lediglich zwischen den Parteien Geltung beanspruchen. Strukturell ist erkennbar, dass sämtliche Rechtspositionen primär von negatorischen Schutzrechten gewährleistet werden, die auf Rechtsverwirklichung abzielen. Sekundären Schutz gewährleisten schadensersatzrechtliche Schutzrechte, die auf den Ausgleich eines erlittenen (Vermögens-)Schadens abzielen sowie kondiktionsrechtliche Schutzrechte, die auf die Abschöpfung rechtsgrundlos erlangter Vorteile gerichtet sind.

2. Bei vertraglich begründeten relativen Substanzrechten stellt der privatautonom gebildete Wille der Parteien den Geltungsgrund der *inter partes* wirkenden Vermögensordnung dar. Diese Grundsätze der Privatautonomie und der Vertragsfreiheit finden sich prominent sowohl im System des deutschen bürgerlichen Vermögensrechts wie auch des europäischen Primär- und Sekundärrechts wieder. Naturgemäß in einem engen Zusammenhang mit dem Grundsatz der Privatautonomie steht der Grundsatz der Vertragstreue. Erst das Zusammenspiel dieser Grundsätze ermöglicht eine verbindliche relative Vermögensordnung. Verbraucherschützende Widerrufsrechte eröffnen ein Spannungsfeld zwischen den Grundsätzen der Privatautonomie und der Vertragstreue, da sie dem Verbraucher in ihrem Anwendungsbereich die Möglichkeit eröffnen, sich ohne weitere Begründung von einem bereits geschlossenen Vertrag zu lösen und die so geschaffene relative Vermögensordnung wieder rückgängig zu machen.

3. Analysiert man den Grundsatz der Privatautonomie jedoch eingehender, wird deutlich, dass die durch den Parteiwillen legitimierte Vermögensordnung erst dann von der Rechtsordnung geschützt wird, wenn sich im Vertrag ein tatsächlich autonom gebildeter Wille wiederfindet. So wurde etwa dort, wo „die freie Selbstbestimmung auf rechtsgeschäftlichem Gebiete widerrechtlich beeinträchtigt wird“ die Möglichkeit der Anfechtung durch § 123 Abs. 1 BGB geschaffen. Auch die Einführung der Geschäftsfähigkeit als Voraussetzung für den wirksamen Abschluss von Verträgen lässt sich auf einen ähnlichen gedanklichen Ansatz zurückführen. Im Zuge einer immer weitergehenden Materialisierung wurden strukturell vergleichbare Ansätze des „Schwächeren“-Schutzes im Bereich etwa des Arbeits- und Wohnungsmietrechts eingeführt.

Auch der Verbraucher wurde als schutzbedürftiges Subjekt ausgemacht. Seine Schutzbedürftigkeit wird zum einen aus einer vermeintlich „strukturellen Unterlegenheit“ im Vergleich zum Unternehmer hergeleitet, zum anderen wurden diverse Situationen ausgemacht, die spezielle Gefahren für die Willensbildung des Verbrauchers darstellen können.

4. Angesichts dieser Überlegungen stellen verbraucherschützende Widerrufsrechte keine Durchbrechung des Grundsatzes der Vertragstreue dar. Vielmehr sollen sie eine tatsächlich privatautonome Entscheidung des Verbrauchers dadurch absichern, dass dieser in bestimmten Vertragsabschlusskonstellationen eine Art Bedenkzeit zugesichert bekommt. Diese Bedenkzeit dient damit dem Ausgleich eines typisiert angenommenen Mangels der Willensbildung des Verbrauchers, wobei sich die typisierten Beeinträchtigungen der Willensbildungsfreiheit bei den unterschiedlichen Widerrufsrechten unterscheiden. Erst nach Ende dieser Bedenkzeit setzt der Grundsatz *pacta sunt servanda* ein. Da mit dieser Erweiterung der materiellen

Vertragsfreiheit des Verbrauchers zwangsläufig gewisse Unsicherheiten auf Seiten der Unternehmer einhergehen, ist ebenso auf eine wirksame Begrenzung verbraucherschützender Rechtsakte zu achten.

5. Verbraucherschützende Widerrufsrechte entwickelten sich zunächst als Reaktion auf ganz bestimmte Vertragsabschlusskonstellationen und dort bestehende oder vermutete Missstände. So wurde etwa das erste „verbraucherschützende“ Widerrufsrecht im deutschen Recht im Bereich des Vertriebs ausländischer Investmentanteile geschaffen. Diesem Widerrufsrecht in § 23 Abs. 1 KAGG und § 11 Abs. 1 AuslInvG lag der Gedanke zugrunde, dass regelmäßig geschulte Verkäufer Kunden in deren Wohnungen aufsuchten und aggressive Verkaufsstrategien nutzten. Mit anderen Worten wurden Elemente sowohl der strukturellen Unterlegenheit als auch der situationsbedingten Einschränkung der Willensbildungsfreiheit ausgemacht.

Im Laufe der Zeit wurden in unterschiedlichen Bereichen des Verbraucherschutzrechts Widerrufsrechte geschaffen, die Beeinträchtigungen insbesondere aufgrund einer gewissen „Überrumpelungsgefahr“ beim Vertragsschluss ausgleichen sollten. Diese Überrumpelungsgefahr wurde überall dort ausgemacht, wo der Verbraucher in der Regel nicht mit einer rechtsgeschäftlichen Bindung rechnet und sich ihr physisch und psychisch schwerer entziehen kann als in einem Ladengeschäft. Die „Haustürsituation“ steht dabei beispielhaft für diese Schutzerwägungen und die Haustürgeschäfte richtlinie war der erste Versuch, die Schutzmechanismen auf europäischer Ebene anzugleichen.

Zu der reinen Vertragsschlusskonstellation kam zum Teil – wie etwa im Bereich der Abzahlungsgeschäfte und Verbraucherkredite – die Gefahr hinzu, dass der Verbraucher die sich aus dem Vertrag ergebenden Verpflichtungen nicht vollständig überblicken konnte. Nach und nach entwickelte sich in diesen Bereich der für den Verbraucher potentiell ruinöse Vertragsinhalt zum primären Schutzzweck, was zur Folge hatte, dass die entsprechend geschaffenen Widerrufsrechte keine „Haustürsituation“ mehr voraussetzten, sondern allein den Abschluss eines in den Anwendungsbereich fallenden Vertrages zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer.

Schließlich entwickelte sich auch der Fernabsatz zu einem Bereich, in dem die Vertragsabschlussituation eine abschließende Willensbildung des Verbrauchers nicht zuzulassen drohte. Anders als im Bereich der „Haustürgeschäfte“ bestand das Problem jedoch nicht in einer die Willensbildung typisiert einschränkenden Überrumpelungssituation, sondern vielmehr in dem Informationsdefizit, das dadurch resultiert, dass der Verbraucher einen Vertrag über eine Ware abschließt, die er – anders als im Ladengeschäft – vor Vertragsschluss nicht untersuchen kann. Die Einführung von Widerrufsrechten für Fernabsatzverträge sollte auf dieses Problem reagieren und dem Verbraucher die Möglichkeit eröffnen, die Ware physisch zu inspizieren und gleichsam eine abschließende Entscheidung zu treffen, bevor der Grundsatz der Vertragstreue nach Ablauf der Widerrufsfrist einsetzt.

6. Im weiteren Verlauf der Harmonisierung wurden die verschiedenen Widerrufsrechte einander angeglichen. Diese durch die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie bedingte Zusammenführung hatte im nationalen Recht unter anderem zur Folge, dass die Unterscheidung zwischen schwebend wirksamen und schwebend unwirksamen Verträgen, die ihren Ursprung in den unterschiedlichen Schutzzwecken der Widerrufsrechte hatte, aufgegeben wurde. Im Rahmen der Schuldrechtsmodernisierung erfolgte eine weitere Harmonisierung des Widerrufsfolgenrechts, das neben rechtstechnischen auch – teilweise kontrovers diskutierte – inhaltliche Änderungen mit sich brachte. Auch im Zuge dieser weitergehenden Harmonisierung

bleibt jedoch – wie schon zuvor bei den unterschiedlichen Einzelsystemen – erkennbar, dass die relative Vermögensordnung innerhalb des widerrufsbedingten Rückabwicklungssystem durch Schutzrechte gewährleistet wird, die strukturell als negatorisch, kondiktions- und schadensersatzrechtlich qualifiziert werden können.

7. Beeinflusst wurde das Recht der Widerrufsfolgen auch von diversen Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs. So stellte dieser zunächst in den sich mit sog. „Schrottimmobilienfällen“ beschäftigenden Entscheidungen *Schulte* und *Crailsheimer Volksbank* klar, dass ein vom Verbraucher zu zahlender Nutzungersatz mit dem Schutzzweck der europarechtlich überformten Widerrufsrechte vereinbar sei. Der Entscheidung kann nach hier vertretener Auffassung entnommen werden, dass die vor dem Vertragsschluss bestehende *relative Vermögensordnung* im Sinne der zwischen den Parteien geltenden Zuweisung subjektiver Rechtspositionen als Ausgangspunkt für die Rückabwicklung zugrunde gelegt werden soll.

Maßgeblich prägte der EuGH das gesamte System der Widerrufsfolgen zudem mit seiner Entscheidung in der Sache *Messner*. Der EuGH stellte zunächst fest, dass eine Regelung, die dem Verbraucher für den Fall der Ausübung seines Widerrufsrechts generell einen Nutzungersatzanspruch auferlegt, der in jedem Fall zu zahlen ist, nicht mit der Fernabsatzrichtlinie vereinbar sei. Andererseits stünde die Richtlinie solchen Regelungen „nicht entgegen, wonach der Verbraucher einen angemessenen Wertersatz zu zahlen hat, wenn er die durch Vertragsabschluss im Fernabsatz gekaufte Ware auf eine mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts wie denen von Treu und Glauben oder der ungerechtfertigten Bereicherung unvereinbare Art und Weise benutzt hat.“ Während die Konsequenzen dieses Judikats im Detail kontrovers diskutiert wurden, wurde zumindest im Grundsatz deutlich, dass der EuGH ein am Effektivitätsgrundsatz orientiertes Verständnis der maßgeblichen Normen forderte, das sich jedoch auch am diesen zugrundeliegenden Schutzzweck messen zu lassen hat.

8. Nachdem zunächst ein ambitionierteres Projekt geplant war, beschränkt sich die VR-RiL in ihrer endgültigen Fassung weitgehend auf die Neufassung Zusammenführung der Haustürgeschäfte- und der Fernabsatzrichtlinie. Durch diese noch weitergehende Zusammenführung der unterschiedlichen Regelungsgegenstände auf europäischer Ebene treten die den Widerrufsrechten zugrundeliegenden Schutzzwecke noch stärker in den Hintergrund. Die Rechtsfolgen des Widerrufs im nationalen Recht wurden sehr stark an den Wortlaut der als vollharmonisierend verstandenen Richtlinienvorschriften der VR-RiL angepasst und mit der Einführung des § 361 Abs. 1 BGB wurde das System der Widerrufsfolgen in den §§ 355 ff. BGB für abschließend erklärt. Insbesondere diese explizit angeordnete Abgeschlossenheit des Widerrufsfolgensystems bedingt die später untersuchten Rechtsschutzlücken.

Kapitel 2

9. Seit Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie geht die ganz herrschende Ansicht davon aus, dass sich das ursprüngliche Vertragsverhältnis durch den Widerruf mit Wirkung *ex nunc* in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandle. Damit einher geht zwangsläufig das Verständnis, dass die Legitimation der widerrufsbedingten Rückabwicklung im Parteiwillen zu finden ist, die Rückabwicklungsfolgen also gleichsam konkludent mitvereinbart wurden. Diese Ansicht wird primär aufgrund der vermuteten Nähe der Widerrufs- zu den Rücktrittsfolgen vertreten, bei

denen die herrschende Meinung ebenfalls der „Umwandlungstheorie“ folgt. Neben dem – nicht mehr bestehenden – Verweis der Widerrufs- auf die Rücktrittsfolgen verweist die herrschende Ansicht zur Begründung ihres Standpunktes auf den Umstand, dass die Widerrufsfolgen den *status quo ante contractum* als Ziel der Rückabwicklung auswiesen, sowie auf die systematische Eingliederung der Rücktritts- und Widerrufsfolgen vor den „Erlöschensgründen“ der §§ 362 ff. BGB.

10. Nach hier vertretener Ansicht kann der herrschenden Meinung zur dogmatischen Einordnung schon der Rücktritts- insbesondere aber der Widerrufsfolgen nicht zugestimmt werden. Zunächst zeigt eine Rechtsfolgenanalyse, dass die Widerrufsfolgen schon gar nicht die Wiederherstellung des *status quo ante* gewährleisten sollen. Vielmehr kann allein die zum Zeitpunkt vor dem Vertragsschluss bestehende Vermögensordnung als Ausgangspunkt der Rückabwicklung angesehen werden.

Weiter kann der Verweis auf die systematische Stellung der Widerrufsfolgen im Gesamtsystem des BGB nicht als Argument der herrschenden Ansicht dafür herangezogen werden, dass die Vertragsbeziehung durch den Widerruf nicht beendet, sondern umgewandelt wird. Die Erlöschensgründe der §§ 362 ff. BGB beziehen sich nämlich gerade nicht auf die gesamte Vertragsbeziehung, sondern auf Schuldverhältnisse im engeren Sinn bzw. Forderungen.

Maßgeblich sprechen gegen die herrschende Ansicht jedoch die teleologischen Geltungsgründe der Widerrufsrechte. Diese bezwecken – wie im ersten Kapitel dargestellt – einen Ausgleich typisiert vermuteter Willensmängel beim Vertragsschluss. Es verträgt sich aber nicht, einer Partei ein Vertragslösungsrecht aufgrund eines vermuteten Willensmangels einzuräumen, die Legitimation für die Rückabwicklung dann jedoch in dem – vermutet fehlerhaft gebildeten Willen – zu verankern. Vielmehr handelt es sich um einen heteronomen Schutz durch eine gesetzlich angeordnete Unwirksamkeit des Vertrages und einem korrespondierenden Rückabwicklungssystem. Untermauert wird dies durch einen Vergleich zur Anfechtung, bei der – strukturell vergleichbar – ebenfalls eine nicht vom Parteiwillen getragene relative Vermögensordnung im Wege der Leistungskondiktion heteronom rückabgewickelt wird.

Weiter spricht der Bezugspunkt des Widerrufsrechts – die vom Verbraucher abgegebene Willenserklärung – gegen eine Verankerung der Rückabwicklung im Parteiwillen. Durch den Widerruf der Willenserklärung und deren daraus folgender Unwirksamkeit entfällt vielmehr das Fundament einer vertraglichen Beziehung als dass die Willenserklärung weiterhin den Anknüpfungspunkt für die Rückabwicklung bilden könnte.

Schließlich kann die Entstehungsgeschichte der Normen von der herrschenden Ansicht nicht erfolgreich zur Begründung ihres Standpunkts ins Feld geführt werden. Zudem verstricken sich einige Vertreter der herrschenden Ansicht in Widersprüche mit Blick auf die verbreitet anerkannte Lehre der Doppelwirkung im Recht.

11. Ausgehend von diesen Überlegungen wird dargelegt, dass der Widerruf die Vertragsbeziehung beendet und den Vertrag gerade nicht in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandelt. Der Widerruf führt somit dazu, dass die zwischen den Parteien durch den Vertrag geschaffene relative Vermögensordnung entfällt und es zu einer relativen Vermögensordnung kommt, die weitgehend dem *status quo ante contractum* entspricht, wobei dem Verbraucher über die ihm ursprünglich zugewiesenen Rechtspositionen hinaus ein schutzzweckbedingtes Prüfungs- sowie ein temporäres Besitzrecht an der Kaufsache zukommt. Leistungen, die aufgrund eines widerrufenen Vertrages erbracht wurden, sind aufgrund des Wegfalls der vertraglichen *causa* materiell als rechtsgrundlos erbrachte Leistungen anzusehen, sodass das

Rückabwicklungssystem der §§ 355 ff. BGB im Kern als bereicherungsrechtliches Rückabwicklungssystem verstanden werden kann. In diesem System kommt § 355 Abs. 3 S. 1 BGB eine Doppelfunktion zu. Einerseits schützt er durch den gegenstandsbezogenen Herausgabeanspruch die relative Vermögensordnung in rechtsverwirklichender Weise und stellt somit den primären Schutzaspekt des widerrufsbedingten Rückabwicklungssystems dar. Darüber hinaus stellt das in § 355 Abs. 3 S. 1 BGB verkörperte Forderungsrecht ein eigenes relatives Substanzrecht dar, welches wiederum dem Schutz der verschiedenen bürgerlich-rechtlichen Ordnungssysteme unterliegt.

12. Ebenfalls maßgeblich aufgrund der Schutzzwecke der Widerrufsrechte wird davon ausgegangen, dass der Widerruf den Vertrag *ex tunc* beendet. Auch hier werden Parallelen zwischen der Anfechtung und dem Widerruf deutlich. Wird typisiert davon ausgegangen, dass die zum Vertragsschluss führende Willensbildung mangelbehaftet war, ist es nur konsequent, diesem Willen von Anfang an die Legitimationswirkung der relativen Vermögensordnung zu versagen. Der unklare Wortlaut insbesondere des § 355 Abs. 1 S. 1 BGB lässt ein solches Verständnis ohne Weiteres zu und auch die Rechtsfolgen sprechen für eine (materielle) Rückwirkung.

Kapitel 3

13. Infolge der weitgehend gegenstandsbezogenen Ausgestaltung der Rückgewährpflichten im Widerrufsfolgensystem bleiben insbesondere solche Situationen weitgehend unregelt, in denen dem Verbraucher eine Rückgewähr der Ware *in natura* aus unterschiedlichen Gründen unmöglich ist. Dies bedingt zum einen, dass die Gefahr des zufälligen Sachuntergangs während der Widerrufsfrist unregelt bleibt. Unregelt bleibt zudem das Schicksal etwaiger Surrogate sowie – in weitem Umfang – gezogener Nutzungen. Diese Rechtsschutzlücken drohen durch eine wortlautgetreue Anwendung des § 361 Abs. 1 BGB perpetuiert zu werden. Dennoch geht die herrschende Ansicht davon aus, dass die Norm tatsächlich sämtliche nicht in den §§ 355 ff. BGB vorgesehenen Ansprüche gegen den Verbraucher ausschließen soll, die nach allgemeinen Regeln mit dem Widerruf des Verbrauchers zur Entstehung gelangen könnten.

Möglich bleiben soll ein Rückgriff auf die §§ 280 ff. BGB nach herrschender, den Gesetzesmaterialien folgender, Ansicht lediglich dann, wenn eine Pflichtverletzung im Rahmen des *bereits entstandenen* Rückabwicklungsschuldverhältnisses. Durch diesen Ansatz werden die bestehenden Probleme indes lediglich partiell gelöst. Zudem erscheint es unter dem Gesichtspunkt der Effektivität des Widerrufsrechts als beinahe willkürliche Grenzziehung, sämtliche Ansprüche gegen den Verbraucher, die durch den Widerruf unmittelbar entstehen könnten, als ausgeschlossen zu betrachten, nach Ausübung des Widerrufsrechts aber einen Rückgriff auf andere Systeme zuzulassen.

14. Ein Rückgriff auf andere Rechtsschutzsysteme setzt zunächst voraus, dass die Abgeschlossenheitsanordnung in § 361 Abs. 1 BGB teleologisch reduziert werden kann. Bei dem europarechtlich überformten Widerrufsfolgenrecht ist zunächst auf nationaler Ebene zu prüfen, ob die klassischen Voraussetzungen einer teleologischen Reduktion vorliegen. Dabei ist zum einen der Schutzzweck der Norm als ein die Rechtsfortbildung begrenzendes Element im Auge zu behalten. Um die Effektivität des Widerrufsrechts zu wahren, schließt der Schutzzweck eine teleologische Reduktion insoweit aus wie fernabsatzrechtlich erforderliche „Ausprobierkosten“ sowie Strafzahlungen und sonstige Kosten („Bearbeitungsgebühren“, etc.) betroffen sind, die *unmittelbar an die Ausübung des Widerrufsrechts* anknüpfen.

Auch eine *bewusste gesetzgeberische Wertungsentscheidung* schränkt die Möglichkeit einer teleologischen Reduktion ein. Nach hier vertretener Ansicht, kann in Anbetracht der Unklarheiten und Wertungswidersprüche, die aus der derzeitigen Umsetzungsgesetzgebung folgen, davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber sich im Rahmen der Umsetzung der europäischen Vorgaben hinsichtlich der Abgeschlossenheit der Widerrufsfolgen als nicht regelungsbefugt angesehen hat. Damit liegt der Abgeschlossenheitsanordnung und den daraus folgenden Rechtsschutzlücken aber gerade keine bewusste Wertungsentscheidung zugrunde. Eine teleologische Reduktion erscheint daher methodisch durchführbar.

Schließlich stehen auch die Vorgaben der VR-RiL einer Rechtsfortbildung im nationalen Recht nicht entgegen, soweit sie sich außerhalb des Regelungsbereichs der Richtlinie abspielt. Die an die Mitgliedstaaten gerichtete Pflicht, Richtlinienvorgaben inhaltlich exakt umzusetzen, reicht nämlich nur so weit, wie die Richtlinie auch tatsächlich harmonisierende Vorschriften enthält. Außerhalb dieses inhaltlich harmonisierten Bereichs bleibt der nationale Gesetzgeber genuin regelungsbefugt.

15. In dem primär gegenstandsbezogenen Widerrufsfolgenregime findet sich – anders als in § 818 Abs. 2 BGB oder § 346 Abs. 2 BGB – kein verschuldensunabhängiger Wertersatzanspruch. Insbesondere kann § 357 Abs. 7 BGB diese Funktion aufgrund seiner schadensersatzrechtlichen Ordnungsfunktion nicht erfüllen. Zweck und Gesetzgebungsgeschichte machen deutlich, dass die Zufallsgefahr auch nicht durch den Ausschluss des Widerrufsrechts im Fall des Sachuntergangs zugewiesen werden sollte. Schließlich kann auch das Zurückbehaltungsrecht des Unternehmers in § 357 Abs. 4 BGB nicht widerspruchsfrei zur Zuweisung der Zufallsgefahr herangezogen werden.

Damit bleibt die Zufallsgefahr dem Unternehmer zugewiesen. Ob es sich dabei um eine bewusste gesetzgeberische Entscheidung handelt, bleibt höchst zweifelhaft. Dies insbesondere, da die Zufallsgefahr vor der Änderung des Widerrufsfolgenregimes beim Verbraucher lag und der Gesetzgeber die Verschiebung zumindest nicht offenlegte. Zudem hat sowohl nach dem Recht der Rücktrittsfolgen als auch nach allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsätzen der Rückgewährschuldner bei der Rückabwicklung gegenseitiger Verträge im Grundsatz das wirtschaftliche Risiko des zufälligen Untergangs zu tragen.

Dass keine bewusste Zuweisung im nationalen Recht erfolgt, hängt mit den Regelungen der VR-RiL zusammen. Auch die VR-RiL verhält sich zur Zuweisung der Zufallsgefahr nämlich nicht explizit. Auf europäischer Ebene sind hinsichtlich dieser Problematik primär die Vorschriften in Art. 12-14 VR-RiL in den Blick zu nehmen. Dabei sprechen sowohl die Gesetzgebungsgeschichte als auch die Erwägungsgründe der Richtlinie dafür, dass mit Art. 14 Abs. 2 VR-RiL keine Risikoallokation für den Fall des zufälligen Sachuntergangs vorgenommen, sondern lediglich einschränkende Voraussetzungen für solche Wertersatzansprüche aufgestellt werden sollten, die im Zusammenhang mit der Prüfung der Ware entstehen könnten. Auch das Zurückbehaltungsrecht kann – wie schon auf nationaler Ebene – nicht herangezogen werden. Während der Wortlaut des Art. 13 Abs. 3 VR-RiL für ein die Gefahrtragung beeinflussendes Verständnis zunächst offen zu sein scheint, sprechen die sich aus einem derartigen Verständnis ergebenden Wertungswidersprüche maßgeblich gegen eine solche Lesart. Im Ergebnis ist die Frage des zufälligen Sachuntergangs während der Widerrufsfrist nicht vom Regelungsbereich der Richtlinie umfasst.

16. Die aus § 355 Abs. 3 S. 1 BGB folgende Rücksendeverpflichtung des Verbrauchers bezieht sich ihrem Wortlaut nach lediglich auf die „empfangenen Leistungen“ als solche und wird in den §§ 355 ff. BGB an keiner Stelle explizit auf Surrogate erstreckt. In der Sache lässt es sich indes nicht begründen und widerspricht dem Konzept des umfassenden Schutzes des

Substanzrechts, dass dem Unternehmer bei der widerrufsbedingten Rückabwicklung zwar im Wege des rechtsverwirklichenden Schutzes der primäre Leistungsgegenstand zugewiesen sein, ein an die Stelle der Sache tretendes Surrogat aber dem Verbraucher gebühren und der Schutz des Substanzrechts somit unvollständig bleiben soll.

Auch die Richtlinienvorschriften sehen einen Surrogatherausgabeanspruch nicht ausdrücklich vor. Nach dem hier vertretenen Verständnis steht Art. 14 Abs. 5 VR-RiL einem Anspruch auf Herausgabe des Surrogats im nationalen Recht nicht entgegen. Für eine solche Lesart spricht neben den Erwägungsgründen auch der Zweck der Norm, das Widerrufsrecht nicht zu einem „kostenpflichtigen“ Rechtsbehelf werden zu lassen, da der rein auf Abschöpfung ausgerichtete Anspruch auf Herausgabe des Surrogats das Vermögen des Verbrauchers nicht über den ursprünglichen Zustand hinaus belasten würde. Aus diesem Grund steht auch der Effektivitätsgrundsatz einer Rechtsfortbildung auf nationaler Ebene nicht entgegen.

17. Aufgrund der Fokussierung des Widerrufsfolgenrechts auf den primären Leistungsgegenstand halten die §§ 355 ff. BGB weiter keine ausdrückliche Lösung für das Problem der Veräußerung der Sache während der Widerrufsfrist bereit. Insbesondere kann der Unternehmer nicht auf § 357 Abs. 7 BGB zurückgreifen, um den Veräußerungserlös beim Verbraucher abzuschöpfen oder sich zumindest den Wert der veräußerten Sache ersetzen zu lassen. § 357 Abs. 7 BGB setzt einen objektiven Wertverlust der Ware voraus, der im Fall der Veräußerung – zumindest in der Regel – nicht vorliegt. Dass es indes nicht sachgerecht ist, dem Verbraucher zusätzlich zu seinem Kaufpreisrückerstattungsanspruch einen etwaigen Weiterveräußerungserlös zu belassen, ist evident. Es folgt systemlogisch daraus, dass die Sache nach dem Widerruf *ex tunc* – zumindest zwischen den Parteien – dem Rückgewährgläubiger zugeordnet ist, sodass sich die Veräußerung der Sache als Eingriff in eine diesem zugeordnete Rechtsposition darstellt

Auf europäischer Ebene stellt sich die Problematik ähnlich dar wie im nationalen Recht. Auch hier scheitert ein sachgerechter Interessensausgleich für den Fall der Weiterveräußerung maßgeblich daran, dass der Wortlaut des Art. 14 Abs. 2 VR-RiL zu eng ist, um für einen Abschöpfungsanspruch heranzuziehen, wenn die Sache keinen objektiven Wertverlust erleidet. Die Richtlinie bezweckt es allerdings nicht, dem Unternehmer einen solchen Abschöpfungsanspruch zu versagen; vielmehr liegt auch ein solcher außerhalb des Regelungsbereichs der Richtlinie. Schließlich steht der Effektivitätsgrundsatz einem Anspruch auf Herausgabe des *commodum ex negotiatione cum re* nicht entgegen, da der Verbraucher aufgrund der bloß vermögensabschöpfenden Funktion eines solchen Anspruchs zur Erfüllung nicht auf sein Stammvermögen zurückgreifen muss.

18. Nach ganz herrschender Ansicht soll § 361 Abs. 1 BGB im Besonderen Nutzungsersatzansprüche des Unternehmers gegen den Verbraucher ausschließen. Einen vermögensabschöpfenden Nutzungsersatzanspruch hält das Widerrufsfolgenrecht nicht bereit. Mit § 357 Abs. 7 BGB besteht lediglich ein Wertersatzanspruch für einen durch die übermäßige Prüfung der Ware verursachten Wertverlust, also ein Anspruch mit schadensausgleichender Ordnungsfunktion. Ein solcher Anspruch greift einmal bei wertstabilen Gütern zu kurz und versagt ebenso in dem Fall der Fruchtziehung durch den Verbraucher. Es widerspricht aber sowohl dem Gesamtsystem des BGB als auch den durch andere Normen des Widerrufsfolgenrechts erkennbaren Wertungen innerhalb dieses Systems, dem Verbraucher diese – ihm nach dem Widerruf *ex tunc* nicht mehr zugewiesenen – Nutzungsvorteile zu belassen. Damit stünde der widerrufende Verbraucher etwa besser als der arglistig Getäuschte, was mit Blick auf die jeweilige Intensität der Beeinflussung der Willensbildung nicht überzeugen kann.

Entgegen der ganz überwiegenden Lesart steht die VR-RiL einem allein auf Abschöpfung zuweisungswidrigen Habens ausgerichteten Nutzungersatzanspruch nicht entgegen. Gerade in Ansehung des Umstandes, dass Art. 14 Abs. 2 VR-RiL auf die *Messner* Entscheidung zurückgeht, deren Gegenstand ein Nutzungersatzanspruch war, kann die Norm lediglich insoweit als „negative Rechtsfolgenanordnung“ gesehen werden, als sie den Verbraucher von einer Haftung freistellt, die in der Höhe nicht über einen entsprechenden Schadensersatz hinausgeht. Mit anderen Worten darf durch die bloße Prüfung der Ware auch kein Anspruch gegen den Verbraucher auf Nutzungersatz entstehen. Auch ein Vergleich zu dem Entwurf eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts, das im Gegensatz zur VR-RiL einen ausdrücklichen Ausschluss von Nutzungersatzansprüchen vorsah, spricht dafür, dass die VR-RiL sich auch insoweit inhaltlich nicht positioniert. Ein Nutzungersatzanspruch im nationalen Recht ist mit den Vorgaben, die der EuGH durch seine Rechtsprechung aufgestellt hat sowie mit dem Effektivitätsgrundsatz zumindest dann in Einklang zu bringen, wenn er tatsächlich lediglich auf die Abschöpfung rechtsgrundlos gezogener Nutzungen gerichtet ist.

Kapitel 4

19. Denkt man – wie hier vertreten – die Widerrufsfolgen als spezielle Ausgestaltung der Leistungskondition und greift zur Lückenschließung daher auf das allgemeine Bereicherungsrecht zurück, so können Rechtsschutzlücken im Zusammenhang mit der Herausgabe eines erlangten Surrogates durch die Anwendung der §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 1 BGB geschlossen werden. Ein solcher Anspruch des Unternehmers wäre aufgrund seiner rein abschöpfenden Ordnungsfunktion von vornherein ungeeignet, das Widerrufsrecht als wirtschaftlich weniger attraktiv erscheinen zu lassen und kollidiert daher nicht mit dem Gebot eines effektiven Widerrufsrechts. Setzt man das *commodum ex re* als deren unmittelbares Substitut mit der Sache gleich, kann es für die Abschöpfung dieses Vermögensvorteils zudem keinen Unterschied machen, ob eine fehlerfreie Widerrufsbelehrung vorliegt oder nicht.

20. Zur Schließung der materiellen Rechtsschutzlücken im Bereich der Weiterveräußerung der Sache erscheint ein Rückgriff auf § 818 Abs. 1 BGB sachgerechter als auf § 285 BGB, da das durch den Widerruf ausgelöste Schuldverhältnis nicht auf die Aufstockung des Vermögens des anderen Teils abzielt, sondern auf Rückabwicklung gerichtet ist und somit von der relativen Vermögensordnung ausgeht, die vor Vertragsschluss bestand. Dabei wird davon ausgegangen, dass § 818 Abs. 1 BGB auch den Anspruch auf das *commodum ex negotiatione* gewährt. Der Effektivitätsgrundsatz steht dem Rückgriff auf das Bereicherungsrecht in dieser Konstellation nicht entgegen zumal dieses durch § 818 Abs. 3 BGB systemimmanent die Begrenzung auf eine bloße Abschöpfung rechtsgrundlos erlangter Vorteile gewährleistet. Sowohl die Rechtsprechungs- und Gesetzgebungshistorie als auch der Schutzzweck der Widerrufsrechte sprechen zudem dafür, dass eine solche Abschöpfung nicht von einer Belehrung durch den Verbraucher abhängig ist.

21. Zum Schließen der im Bereich des Nutzungersatzes aufgedeckten Lücken ist der Ordnungsfunktion der Widerrufsfolgen entsprechend ebenfalls auf die §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 BGB zurückzugreifen. Unproblematisch ist dieser Rückgriff auch mit Blick auf den Effektivitätsgrundsatz, soweit lediglich solche Vorteile abgeschöpft werden, die sich – wie gezogene Früchte – rechtsgrundlos im Vermögen des widerrufenden Verbrauchers befinden und *in natura* herausgabefähig sind. Auch im gem. ErwG 47 S. 3 VR-RiL als Vergleichsmaßstab heranzuziehenden Ladengeschäft steht dem Verbraucher nicht die Möglichkeit zur kostenlosen Sachfruchtziehung zu. Eine Abschöpfung solcher Vermögensvorteile, die aus der über die Prüfung hinausgehenden Nutzung resultieren,

kollidiert daher nicht mit den Vorgaben der VR-RiL. Schließlich ist für diesen auf Abschöpfung *in natura* gerichteten Anspruch eine ordnungsgemäße Belehrung über das Widerrufsrecht nicht erforderlich.

Die Abschöpfung der aus dem Gebrauch einer Ware folgenden Vermögensvorteile erfolgt demgegenüber durch die subsidiär anwendbaren §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1, 818 Abs. 1, 2 BGB, da Gebrauchsvorteile nicht *in natura* herausgegeben werden können. Gerade weil der Verbraucher die Gebrauchsvorteile aber nicht *in natura* herausgeben kann, sondern im Rahmen eines auf eine Geldzahlung gerichteten Anspruchs den Wert zu ersetzen hat, den er sich durch die Nutzung der Sache erspart hat, stellt sich die Abschöpfung der Vermögensvorteile *für den Verbraucher* als eine Zahlungspflicht dar, für deren Erfüllung er eigenes Kapital mobilisieren muss, sodass der Effektivitätsgrundsatz Einschränkungen erforderlich macht. Zunächst kann die bloße Nutzungsmöglichkeit aufgrund der vom EuGH in der Rs. *Messner* aufgestellten Grundsätze keinen Ersatzanspruch begründen. Sodann kann ein Nutzungsersatzanspruch in dem Rahmen nicht bestehen, der durch das Prüfungsrecht nach § 357 Abs. 7 Nr. 1 BGB ausgeschlossen ist. Auch hinsichtlich der Auskehr von Gebrauchsvorteilen wird eine Belehrung nicht vorausgesetzt, sie ein Indiz für die vermögensmäßige Entscheidung des Verbrauchers in einem hypothetischen Kausalverlauf darstellen.

22. Die Frage der Gefahrtragung während der Widerrufsfrist spitzt sich auf die Problematik zu, die im allgemeinen Bereicherungsrecht unter dem Stichwort der sog. Saldotheorie diskutiert wird. Diese auf Billigkeitsgesichtspunkten gründende Theorie erlaubt es nicht, die von der Rechtsprechung anerkannten Ausnahmen systemkonform zu erklären. Es wird daher auf eine modifizierte Zweikonditionenlehre zurückgegriffen, die danach fragt, ob dem Rückgewährschuldner dadurch eine Bereicherung im Vermögen verbleibt, dass er auf Kosten des Rückgewährgläubigers den Verlust einer eigenen Sache erspart hat. Durch das Abstellen auf diesen hypothetischen Kausalverlauf lassen sich die „Ausnahmen“ von der Saldotheorie systemgerecht erklären und transparent auf vergleichbar gelagerte Sachverhalte übertragen.

Sowohl bei Haustür- als auch bei Fernabsatzgeschäften spricht im Hinblick auf die Schutzzwecke eine Vermutung dafür, dass der den Widerruf erklärende Verbraucher einen entsprechenden, alternativen Erwerbsentschluss nicht gefasst hätte, sodass auch eine abschöpfbare Ersparnisbereicherung nicht vorliegt. Diese Vermutung ist indes widerlegbar. Ein starkes Indiz für eine vermögensmäßige Entscheidung des Verbrauchers in einem hypothetischen Kausalverlauf, die dazu führen würde, dass eine abschöpfbare Ersparnisbereicherung vorliegt, kann etwa angenommen werden, wenn der Verbraucher den Widerruf unmittelbar nach dem Sachuntergang erklärt und den gleichen Gegenstand alsbald bei einem anderen Händler erwirbt. In diesen atypischen Fällen steht auch der Effektivitätsgrundsatz einer Gefahrtragung durch den Verbraucher nicht entgegen. Hielte man den Verbraucher in diesen Fällen nicht an seiner Vermögensentscheidung fest, korrigierte der Widerruf nämlich nicht lediglich ein hinsichtlich der Selbstbestimmung bestehendes Defizit, sondern privilegierte den Verbraucher ohne Konnex zu den Schutzzwecken gegenüber anderen Formen des Vertragsschlusses.

Analog zum Nutzungsersatz für Gebrauchsvorteile stellt eine ordnungsgemäße Belehrung auch für die Frage eines die Rückleistungsgefahr regelnden Wertersatzanspruches weder eine notwendige noch eine hinreichende Bedingung dar, da auf die vermögensmäßige Entscheidung im hypothetischen Kausalverlauf abzustellen ist.