

Zur Analogiefähigkeit verbraucherschützender Widerrufsrechte

Unter besonderer Berücksichtigung der mit dem
Vollharmonisierungskonzept einhergehenden Herausforderungen

Dissertation zur Erlangung des Doktorgrades
an der Fakultät für Rechtswissenschaft
der Universität Hamburg

vorgelegt von Till Gerhardt

Hamburg, 2015

Erstgutachter: Prof. Dr. Peter Mankowski

Zweitgutachter: Prof. Dr. Ulrich Magnus

Termin der Disputation: 28.10.2015

Stand der Arbeit: Februar 2014

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	IV
Literaturverzeichnis	IX
§ 1: Einleitung und Gang der Darstellung	1
I. Einleitendes.....	1
II. Herausforderungen bei der Bildung von Analogien.....	4
III. Gang der Untersuchung	8
§ 2: Die Verbandskompetenz.....	10
I. Grundsätzliches.....	10
II. Die Kompetenzverteilung im Verbraucherschutzrecht.....	11
III. Verbraucherschutz als eigenständiges Ziel der Union?	13
1) Normative Begründungsmodelle	14
a) Gesichtspunkte der Systematik.....	16
b) Gesichtspunkte der Historie	18
2) Die Entwicklung der Verbraucherpolitik der Union.....	21
3) Die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips	24
III. Zwischenergebnis zu § 2 und Auswirkungen auf die Verteilung der Kompetenzen.....	29
1) Die Zielsetzungen des Unionsrechts als für die Kompetenzverteilung relevanter Aspekt	29
2) Der räumliche Geltungsbereich einer Neuregelung als für die Kompetenzverteilung relevanter Aspekt.....	30
§ 3: Voraussetzungen der Lückenschließung.....	33
I. Grundsätzliches.....	33
II. Die europäische Dimension	36
§ 4: EU-Richtlinien als unmittelbarer Anknüpfungspunkt für die Bildung von Analogien	41
I. Grundsätzliches.....	41
II. Die Möglichkeiten eines nationalen Richters	41
Vergleichbare Interessenlage.....	42
III. Die Möglichkeiten eines Unionsrichters.....	43
1) Vergleichbare Interessenlage.....	43
2) Planwidrige Regelungslücke auf EU-Ebene	43
a) Grundsätzliches	43
b) Die Regelungsabsicht des europäischen Gesetzgebers	44

aa) Die Sichtweise des ADR	45
bb) Die Sichtweise des EWSA	45
IV. Praktische Gesichtspunkte.....	46
V. Zwischenergebnis zu § 4	49
§ 5: Normen des BGB als Anknüpfungspunkt zur Bildung von Analogien	50
I. Planwidrige Regelungslücke auf nationaler Ebene.....	50
1) Singularia non sunt extendenda?	50
a) Grundsätzliches	50
b) Die Definition der Ausnahme.....	52
c) Folgen für die Rechtsanwendung	54
2) Qualifikation des Schweigens.....	55
a) Die Intention des Gesetzgebers	56
aa) Probleme der historischen Auslegungsmethode.....	57
bb) Der Einfluss späterer legislativer Reformen	59
b) Das Verhältnis verschiedener Auslegungsmethoden zueinander	60
aa) Hierarchische Anordnung der Auslegungsmethoden?.....	60
bb) Der Einfluss des Unionsrechts	62
cc) Zwischenergebnis zu b).....	64
c) Die Konzeption der Widerrufsrechte	65
aa) Der Erkenntniswert der Gesetzgebungsmaterialien im konkreten Fall.....	65
bb) Das Ziel der Binnenmarktverwirklichung als Indiz einer abschließenden Regelung.....	69
d) Die Relevanz des Willens des historischen Gesetzgebers	71
aa) Probleme der Gewaltenteilung und der demokratischen Legitimation der Judikative	72
bb) Der Richter als „Ersatzgesetzgeber“?.....	79
i) Die Aufgaben des Richters	79
ii) Die Unterscheidung zwischen Rechtsschöpfung und Gesetzesauslegung	83
iii) Der „Wille des Gesetzes“.....	87
cc) Zwischenergebnis zu d).....	91
II. Vergleichbare Interessenlage	98
1) Grundsätzliches	98
2) Schutzzwecke der einzelnen Verbraucherschützenden Widerrufsrechte	98
a) Informationsasymmetrien durch die Art des Vertragsschlusses	100
b) Exogene Präferenzstörungen.....	104
c) Endogene Präferenzstörungen	107
d) Gemeinsamkeiten der Schutzzwecke	111

aa) Der persönliche Schutzbereich	111
bb) Der sachliche Schutzbereich	117
III. Alternative Möglichkeiten des Verbraucherschutzes	118
IV. Folgen für die Anwendbarkeit des Allgemeinen Teils des Verbrauchervertragsrechts.....	121
V. Zwischenergebnis zu § 5	123
§ 6: Besonderheiten bei vollharmonisierendem Unionsrecht	126
I. Das Konzept der Vollharmonisierung	126
1) Grundsätzliches	126
2) Die Bewertung des Vollharmonisierungskonzepts	130
3) Überschießende Umsetzung durch die Mitgliedstaaten	132
4) Die Qualität der Gesetzgebung.....	135
a) Die Aufgabenteilung zwischen den gesetzgeberischen Verbänden.....	135
b) Einflüsse auf die Kohärenz der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.....	140
5) Die Ziele der Vollharmonisierung.....	142
a) Das Ziel der Wirtschaftsförderung.....	142
b) Das Ziel der Binnenmarktvertiefung.....	145
c) Das Ziel des Verbraucherschutzes	147
d) Zwischenergebnis zu 5)	149
II. Die Rechtmäßigkeit einer Analogiebildung bei Bestehen vollharmonisierender europarechtlicher Vorgaben.....	151
1) Grundsätzliches	151
a) Ermächtigung durch das europäische Primärrecht	151
b) Die Handlungsmöglichkeiten der Gerichte	151
2) Kriterien für die Eingrenzung mitgliedstaatlicher Handlungsspielräume.....	154
a) Ansätze der Rechtsprechung.....	155
b) Ansätze der Literatur	157
c) Eigener Ansatz	159
aa) Praktische Beispiele	159
bb) Konsequenzen für die Bildung von Analogien.....	163
3) Beispiele nationaler Gestaltungen	166
4) Zwischenergebnis zu II.....	170
III. Die Zweckmäßigkeit einer Analogiebildung bei vollharmonisierenden europarechtlichen Vorgaben	174
1) Rechtsdogmatische Probleme durch neu geschaffene Widerrufsrechte	175
a) Grundsätzliches	175

b) Das Problem der gespaltenen Auslegung.....	178
2) Der Einwand einer überzogenen Regulierung.....	183
3) Tatsächlich wirtschaftliche Verbesserungen durch Harmonisierung?.....	184
a) Die Vermeidung von Compliance-Kosten	184
b) Das Konsumverhalten der Verbraucher.....	188
4) Die Berücksichtigung eines angemessenen Verbraucherschutzstandards.....	190
5) Das Konzept der Subsidiarität	194
IV. Zwischenergebnis zu § 6.....	197
§ 7: Konkrete Vorschläge zur Bildung von Analogien.....	200
I. Vereinbarkeit mit europäischem Primärrecht.....	200
II. Ein Widerrufsrecht beim Bürgschaftsvertrag.....	201
1) Die Vereinbarkeit mit europäischem Sekundärrecht.....	202
2) Die Vergleichbarkeit mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Schuldbeitritt.....	204
a) Die Nähe zum Vertrag als Kriterium.....	204
b) Die Haftungsstufe als Kriterium	205
c) Sprachliche Differenzierungsmöglichkeiten.....	206
d) Das Kriterium der Akzessorietät.....	207
e) Das Kriterium der unterschiedlichen Formvorschriften	207
f) Das Kriterium der Beweislast	208
g) Die Anwendbarkeit des § 425 BGB als Kriterium	208
e) Praktische Gesichtspunkte	209
3) Die Schutzbedürftigkeit des Bürgen.....	210
4) Besonderheiten der vergleichbaren Interessenlage	213
5) Konsequenterweise Ausweitung auch auf Realsicherheiten?.....	214
III. Weitere denkbare Beispiele für Analogien.....	216
1) Mietverträge über Wohnraum.....	216
a) Die Timesharingregelungen als Modell für eine Analogie	216
b) Die Schutzbedürftigkeit des Mieters	217
c) Das Bedürfnis nach einer entsprechenden Regelung	218
d) Die Möglichkeiten eines deutschen Richters	219
e) Die Einschätzung nach der Rechtslage ab dem 13.6.2014.....	220
aa) Die unmittelbaren Auswirkungen der Verbraucherrechterichtlinie selbst.....	221
bb) Das deutsche Umsetzungsgesetz	222
2) Mitgliedschaftsverträge bei bestimmten Vertriebsformen.....	223
a) Die Regelung nach bestehendem Recht	224

aa) Das Kriterium der Entgeltlichkeit.....	224
bb) Die Organisation als Unternehmer i.S.d. § 14 BGB	226
b) Konsequenzen für die Rechtsprechung.....	227
aa) Lösung über das Umgehungsverbot des § 312i BGB	228
bb) Die Analogie als mögliche Lösung.....	228
i) Die Berücksichtigung praktischer Aspekte	229
ii) Rechtspolitische Erwägungen	230
3) Kfz-Leasingverträge mit vereinbarter Kilometerabrechnung.....	230
a) Die Regelung nach bestehendem Recht	231
b) Die Analogie als mögliche Lösung.....	233
4) Beispiele für fehlende Eignungen zur Analogiebildung	236
a) Ein Widerrufsrecht bei lediglich konkreten Präferenzstörungen	237
b) Ein Widerrufsrecht für neuere Software-Entwicklungen, insbesondere sog. Apps	237
c) Ein Widerrufsrecht für C2C-Verträge	238
aa) Die vergleichbare Interessenlage.....	238
bb) Folgen für die Anwendbarkeit anderer BGB-Normen	239
IV. Zwischenergebnis zu § 7.....	240
§ 8: Ergebnis.....	241

Literaturverzeichnis

Achterberg, Norbert, Probleme der Funktionenlehre (München 1970)

Ady, Johannes/ Paetz, Erich, Die Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie in deutsches Recht und besondere verbraucherpolitische Aspekte: WM 2009, 1061-1070

Ahmling, Rebecca, Analogiebildung durch den EuGH im Europäischen Privatrecht (Berlin 2012)

Akerlof, George A.: The Market for "Lemons": Quarterly Journal of Economics Vol. 84, 1970, S. 488–500

D'Amato, Anthony, Judicial Legislation (2010). Faculty Working Papers.

von Aquin, Thomas, Untersuchungen über die Wahrheit, Ed. Edith Stein, Bd. I, Drueten 1952

Aristoteles, Nikomachische Ethik (herausgegeben von Hellmut Flashar, Darmstadt 1974)

Arndt, Adolf, Gesetzesrecht und Richterrecht: NJW 1963, 1273-1284

Von Arnim, Hans Herbert, Wohin treibt Europa?: NJW 2007, 2531-2535

Artz, Markus, Bürgschaft und Verbraucherkreditgesetz – Zur Anwendbarkeit des VerbrKrG auf Bürgschaften unter Berücksichtigung der höchstrichterlichen Rechtsprechung zum Schuldbeitritt, VuR 1997, 227-233

Artz, Markus, Vorschlag für eine vollharmonisierte Horizontalrichtlinie zum Verbraucherrecht, in: Gsell, Beate /Herresthal, Carsten, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), S. 209-218

Ascarelli, Tullio, Studi di diritto comparato e in tema di interpretazione (Mailand 1952)

Baldus, Christian, Verwerfungsargument und Willenstheorie, in: Baldus, Christian/ Theisen, Frank/ Vogel, Friederike (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung (Tübingen 2013), S. 75-85

Bamberger, Heinz Georg/Roth, Herbert (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, 27. Auflage (München 2013)

Bankas, Stathis, Harmonization of European Private Law: Out of Date? Out of Time?: FS Willibald Posch (Wien 2011), S. 11-16

Basedow, Jürgen, Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kontext: AcP 200 (2000), 445-492

Basedow, Jürgen, Rechtssicherheit im europäischen Wirtschaftsrecht – Ein allgemeiner Rechtsgedanke im Lichte der wettbewerbsrechtlichen Rechtsprechung: ZEuP 1996, 571-586

Basedow, Jürgen/ Blaurock, Uwe/ Flessner, Axel/ Schulze, Reiner/ Zimmermann, Reinhard, ZEuP 1993, 1-3 (Editorial)

Baumann, Johannes Maria, Die Rechtsprechung des EuGH zum Vorrang von Gemeinschaftsrecht vor mitgliedstaatlichen Verwaltungsakten und Gerichtsurteilen (Frankfurt a.M. 2010)

Baur, Jürgen/ Stürner, Rolf, Sachenrecht, 18. Auflage (München 2009)

Behrens, Peter, Mindestharmonisierung im Binnenmarkt, in: Everling, Ulrich/ Roth, Wulf-Henning (Hrsg.), Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt (Baden-Baden 1997), S. 33-37

Van den Bergh, Roger, The Uneasy Case for Harmonising Consumer Law, in: Heine, Klaus/ Kerber, Wolfgang (Hrsg.): Zentralität und Dezentralität von Regulierung in Europa (Stuttgart 2007), S. 183-206

Betti, Emilio, Interpretazione della legge e degli atti giuridici (Mailand 1949)

Betti, Emilio, Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre: FS Ernst Rabel Band II (Tübingen 1954), S. 79-168

Beutler, Bengt/ Bieber, Roland/ Pipkorn, Jörn/ Streil, Jochen (Begr.), Die Europäische Union – Rechtsordnung und Politik, 5. Auflage (Baden-Baden 2001)

Bieber, Roland, Zur Rolle der Mitgliedstaaten bei der Ausfüllung von Lücken im EG-Recht, in: Bieber, Roland/ Ress, Georg (Hrsg.), Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts/ The dynamics of EC-law (Baden-Baden 1987), S. 283-310

Blaurock, Uwe, Europäisches Privatrecht: JZ 1994, 270-276

Blaurock, Uwe, Verbraucherkredit und Verbraucherleitbild in der Europäischen Union: JZ 1999, 801-809

Bleckmann, Albert, Zu den Auslegungsmethoden des Europäischen Gerichtshofs: NJW 1982, 1177-1182

Borchardt, Klaus-Dieter, Richterrecht durch den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften: GS Eberhard Grabitz (1995), S. 29-43

Bourgoignie, Thierry, Consumer Law and the European Community: Issues and Prospects, in: Bourgoignie, Thierry/ Trubek, David: Consumer Law, Common Markets and Federalism in Europe and the United States, in: Cappelletti, Mauro/ Seccombe, Monica/ Weiler, Joseph (Hrsg.): Integration Through Law – Europe and the American Federal Experience, Vol. 3 (Berlin/ New York 1987), S. 89-234

Brandner, Gert, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien (Frankfurt a.M. 2003)

Breuer, Marten, Staatshaftung für judikatives Unrecht (2011)

Buck, Carsten, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft (Frankfurt a.M. 1998)

Bund, Elmar, Juristische Logik und Argumentation (Freiburg 1982)

- Bülow, Peter, Recht der Kreditsicherheiten, 6. Auflage (Heidelberg 2003)
- Bülow, Peter, Sicherungsgeschäfte als Haustür- und Verbraucherkreditgeschäfte: NJW 1996, 2889-2892
- Bürger, Michael, Anm. zu AG Wiesloch, Urt. v. 16.11.2001, Az: 1 C 282/01: JZ 2002, 671-672
- Bütter, Michael, Immobilien-Time-Sharing und Verbraucherschutz (Wiesbaden 2000)
- Bydlinski, Franz, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage (Wien/ New York 1991)
- Bydlinski, Franz, System und Prinzipien des Privatrechts, Wien/ New York 1996
- Callies, Christian, Grundlagen, Grenzen und Perspektiven europäischen Richterrechts: NJW 2005, 929-933
- Callies, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), Kommentar zum EUV/AEUV, 4. Auflage (München 2011)
- Canaris, Claus-Wilhelm, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 2. Auflage (Berlin 1983)
- Canaris, Claus-Wilhelm, Die richtlinienkonforme Auslegung und Rechtsfortbildung im System der juristischen Methodenlehre: FS Franz Bydlinski (Wien/New York 2002), S. 47-103
- Canaris, Claus-Wilhelm, „Falsches Geschichtsbild von der Rechtsperversion im Nationalsozialismus“ durch ein Porträt von Karl Larenz?: JZ 2011, 879-888
- Canaris, Claus-Wilhelm, Karl Larenz, in: Grundmann, Stefan /Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, Bd. 2 (Berlin et. al. 2010), S. 263-307
- Canaris, Claus-Wilhelm, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Aufl. (Berlin 1983)
- Canaris, Claus-Wilhelm, Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung“, AcP 200 (2000), 273-364
- Cap, Verena, in: Bydlinski, Peter/ Lurger, Brigitta (Hrsg.), Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (Wien 2012), S. 1-20.
- Cardozo, Benjamin N., The Nature of the Judicial Process (New Haven et al. 1921)
- Christiansen, Ragnhild, Effektive und effiziente Widerrufsrechte (Sipplingen 2011)
- Coester, Michael, Die Zahlungszusage auf der Baustelle – OLG Hamm, NJW 1993, 2625: JuS 1994, 370-372
- Constantinesco, Léontin-Jean, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, Band I. Das institutionelle Recht (Baden-Baden 1977)
- Danco, Anne, Die Novellierung der Verbraucherkreditrichtlinie: WM 2003, 853-861

Dauses, Manfred A. (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, 31. Ergänzungslieferung (München 2012)

Demougin, Dominique/Witt, Peter, Harmonisierung und Systemwettbewerb – Wettbewerb der Systeme versus Wettbewerb der Ideen, in: Ott, Claus/ Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen (Tübingen 2002), S., 40-63

Denkinger, Fleur, Der Verbraucherbegriff (Berlin 2007)

Deppenheuer, Otto, Der Wortlaut als Grenze (Heidelberg 1988)

Dickert, Thomas, Politische Implikationen der Vollharmonisierung, in: Gsell, Beate/ Herresthal, Carsten, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), S. 177-186

Diederichsen, Uwe, Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht (Karlsruhe 1974)

Drexler, Josef, Die gemeinschaftsrechtliche Pflicht zur einheitlichen richtlinienkonformen Auslegung hybrider Rechtsnormen und deren Grenzen: FS Andreas Heldrich (München 2005), S. 67-86

Drexler, Josef, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers: eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge (Tübingen 1998)

Dworkin, Ronald, Taking Rights Seriously (Cambridge/ Massachusetts 1977, 1978)

Ebsen, Ingwer, Gesetzesbindung und „Richtigkeit der Entscheidung“ (Berlin 1974)

Effer-Uhe, Daniel Oliver/ Watson, Jonathan Mark, Der Entwurf einer horizontalen Richtlinie über Rechte der Verbraucher, GPR 2009, 7-11

Eidenmüller, Horst, Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten: AcP 210 (2010), 67-104

Eidenmüller, Horst, Party Autonomy, Distributive Justice and the Conclusion of Contracts in the DCFR, ERCL 2009, 109-131

Eisenberg, Melvin Aron, The Limits of Cognition and the Limits of Contract: 47 Stanford Law Review (1995), 211-259

Ehlers, Dirk, Der Vorrang des Europäischen Unionsrechts: Jura 2011, 187-193

Elze, Hans, Lücken im Gesetz (München/Leipzig 1916)

Engisch, Karl, Einführung in das juristische Denken, 11. Auflage (Stuttgart et. al. 2010)

Erman, Walter (Begr.), BGB-Kommentar, 13. Auflage (Köln 2011)

Esser, Josef, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Richterrechts, 4. Auflage (Tübingen 1990)

- Esser, Josef, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgrundlagen richterlicher Entscheidungspraxis (Frankfurt a.M., erg. Ausgabe 1972)
- Everling, Ulrich, Richterliche Rechtsfortbildung in der Europäischen Gemeinschaft: JZ 2000, 217-227
- Falter, Manuel (Begr.)/ Eckert, Manfred (fortgef.), Die Praxis des Kreditgeschäfts, 16. Auflage (Stuttgart 2004)
- Faure, Michael, The Harmonization of Consumer Contractual Rights: An Economic Perspective: FS Helmut Koziol (Wien 2010), S. 1385-1399
- Fischhoff, Baruch/ Slovic, Paul/ Lichtenstein, Sarah, Knowing with Certainty: The Appropriateness of Extreme Confidence: 3 Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance S. 552-564 (1997)
- Flessner, Axel, Schiffbruch der Interpreten und Statuten: ZEuP 2000, 1-4
- Franck, Jens-Uwe, Bessere Kreditkonditionen für Verbraucher durch mehr Regulierung?, ZBB 2003, 334-340
- Franzen, Martin, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft (Berlin 1999)
- Frenz, Walter, Handbuch Europarecht: Band 1: Europäische Grundfreiheiten (Berlin/Heidelberg 2004)
- Frenz, Walter, Handbuch Europarecht: Band 6: Institutionen und Politiken (Berlin/Heidelberg 2011)
- Fritsch, Michael, Marktversagen und Wirtschaftspolitik, 8. Auflage (München 2004)
- Frommann, Janine, Der Entwicklungsstand des Europäischen Privatrechts, in: Paschke, Marian/ Iliopoulos, Constantin (Hrsg.), Europäisches Privatrecht (Hamburg 1998), S. 19-31
- Fuchs, Andreas, Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzrechts: ZIP 2000, 1273-1287
- Furrer, Andreas, Die Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen (Baden-Baden 1994)
- Gärtner, Rudolf, Zum Standort des Verbraucherrechts: JZ 1992, 73-79
- Gebauer, Martin/ Wiedmann, Thomas (Hrsg.), Zivilrecht unter europäischem Einfluss, 2. Auflage (Stuttgart et al. 2010)
- Van Gelder, Alfons/ Leinemann, Wolfgang, Die Analogie und ihr Verhältnis zur Real-Existenz der Rechtsidee: JZ 1966, 244-246
- Gernhuber, Joachim, Anm. zu BGH 20.09.1995 (BGHZ 130, 377): JZ 1996, 205-207
- Gessner, Jenny, Widerrufsrecht und Widerrufsbelehrung im deutschen und europäischen Verbraucherrecht (Frankfurt a.M. 2009)

Giegerich, Thomas, Organstreit vor dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften: ZaöRV 50 (1990), S. 812-835

Gilles, Peter, Das Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften: Anmerkungen zum jüngsten Verbraucherschutzsondergesetz im Zivilrecht unter Berücksichtigung seines rechtspolitischen Gesamtkontextes: NJW 1986, 1131-1147

Glöckner, Jochen, Über die Schwierigkeit, Proteus zu beschreiben – die Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken in Deutschland: GRUR 2013, 224-238

Godefroid, Christoph, Kraftfahrzeugleasingverträge mit Kilometerabrechnung und § 506 BGB: SVR 2013, 161-167

Godefroid, Christoph, Verbraucherkreditverträge, 3. Auflage (München 2008)

von Goethe, Johann Wolfgang, in: Mandelkow, Karl Robert (Hrsg.), Briefe, Kommentare und Register. Hamburger Ausgabe in sechs Bänden., Bd. 4: 1821-1832 (München 1988)

Göldner, Detlef Christoph, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung (Berlin 1969)

Görisch, Christoph, Demokratische Verwaltung durch Unionsagenturen (Tübingen 2009)

Grabitz, Eberhard (Begr.)/Hilf, Meinhard (fortgef.) /Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Band I – EUV/ AEUV (München 2013)

Gréciano, Philippe, Die Anwendung des Europarechts im innerstaatlichen Bereich (Frankfurt a.M. 2002)

Grigoleit, Hans Christoph, Der Verbraucheracquis und die Entwicklung des Europäischen Privatrechts: AcP 210 (2010), 354-423

Grundmann, Stefan, Europäisches Verbrauchervertragsrecht im Spiegel der ökonomischen Theorie, in: Ott, Claus/ Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen (Tübingen 2002), S. 284-321

Grundmann, Stefan, Kosten und Nutzen eines optionalen Europäischen Kaufrechts: AcP 212 (2012), 502-544

Grundmann, Stefan, Richtlinienkonforme Auslegung im Bereich des Privatrechts- insbesondere: der Kanon der nationalen Auslegungsmethode als Grenze?: ZeuP 1996, 399-424

Grundmann, Stefan/ Riesenhuber, Karl, Die Auslegung des Europäischen Privat- und Schuldvertragsrechts: JuS 2001, 529-536

Gsell, Beate, Vollharmonisiertes Verbraucherkaufrecht nach dem Vorschlag für eine Horizontalrichtlinie, in: Gsell, Beate/ Herresthal, Carsten, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), S. 219-245

Gsell, Beate/ Schellhase, Hans Martin, Vollharmonisiertes Verbraucherkreditrecht – ein Vorbild für die weitere europäische Angleichung des Verbrauchervertragsrechts?: JZ 2009, 20-29

Habersack, Mathias/ Mayer, Christian, Die Problematik der überschießenden Umsetzung, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Europäische Methodenlehre, 2. Auflage (Berlin 2010), S. 425-461

Habersack, Mathias/ Mayer, Christian, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien: JZ 1999, 913-921

Habersack, Mathias, Haustürgeschäfte richtlinie und Realkreditverträge: WM 2000, S. 981-1028

Hakenberg, Waltraud, Gemeinschaftsrecht und Privatrecht - Zur Rechtsprechung des EuGH im Jahr 1997: ZEuP 1998, S. 909-930

Halter, Ulrich, Europarecht: Dogmatik im Kontext, 2. Auflage (Tübingen 2007)

Haratsch, Andreas/ Koenig, Christian/ Pechstein, Matthias, Europarecht, 8. Auflage (Tübingen 2012)

Hau, Wolfgang, Harmonisierung des Immobiliarmietrechts in Europa – Bestandsaufnahmen und Perspektiven, JZ 2010, 553-561

Hau, Wolfgang, in: Stürner, Michael (Hrsg.), Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?, S. 143-158

Hauschka, Christoph E., Grundprobleme der Privatrechtsfortbildung durch die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft: JZ 1990, 521-532

Heck, Philipp, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz: AcP 112, 1914

Heck, Philipp, Rechtserneuerung und Juristische Methodenlehre (Tübingen 1936)

Heck, Philipp, Wie ist den Mißbräuchen, welche sich bei den Abzahlungsgeschäften herausgestellt haben, entgegen zu wirken?, Verhandlungen des Einundzwanzigsten Deutschen Juristentages, Zweiter Band (Berlin 1890), S. 131-195

Hedemann, Justus Wilhelm, Die Flucht in Generalklauseln – eine Gefahr für Recht und Staat (Tübingen 1933)

Heiderhoff, Bettina, Europäisches Privatrecht, 3. Auflage (Heidelberg et al. 2012)

Heiderhoff, Bettina, Gemeinschaftsprivatrecht, 2. Auflage (München 2007)

Heiderhoff, Bettina, Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts (München 2004)

Heiss, Helmut, Verbraucherschutz im Binnenmarkt: Art. 129a EGV und die wirtschaftlichen Verbraucherinteressen: ZEuP 1996, S. 625-647

Herrmann, Claus, Der Schutz des Bürgen (Frankfurt a.M. 1996)

Herresthal, Carsten, Voraussetzungen und Grenzen der gemeinschaftsrechtskonformen Rechtsfortbildung: EuZW 2007, 396-400

Herzog, Roman/Gerken, Lüder, Stoppt den Europäischen Gerichtshof, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 8.9.2008

Heß, Stefan, Die Umsetzung von EG-Richtlinien im Privatrecht (Frankfurt a.M. 1999)

Hesse, Joachim Jens/Ellwein, Thomas, Das Regierungssystem der BRD, Bd. 1, 9. Auflage (Berlin 2004)

Hesse, Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Auflage (Heidelberg 1995)

Hijma, Jac./Valk, W.L. (Hrsg. und Verf.), Wettelijke bedenktijd (2004)

Hildenbrand, Thomas, Vertragsgestaltung und Verbraucherschutz im Time-Sharing-Vertragsrecht (Frankfurt a.M. 1997)

Hilgendorf, Eric/ Kuhlen, Lothar, Die Wertfreiheit in der Jurisprudenz (Heidelberg 2000)

Hillgruber, Christian, Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem: JZ 1996, 118-125

Von Hippe, Eike, Verbraucherschutz, 3. Auflage (Tübingen 1986)

Von Hippel, Eike, Verbraucherschutz in Europa: RabelsZ 45 (1981), 353-375

Hirsch, Günter, Der Richter im Spannungsverhältnis von Erster und Dritter Gewalt, Die Zeit Nr. 41/2003

Hirte, Heribert, Wege zu einem europäischen Zivilrecht (Stuttgart et. al. 1996)

Hoffmann, Jochen, Der Verbraucherbegriff des BGB nach Umsetzung der Finanz-Fernabsatzrichtlinie: WM 2006, 560-567

Hofstede, Geert, Hofstede, Culture's Consequences: Comparing Values, Behaviors, Institutions and Organizations Across Nations, 2. Auflage (Thousand Oaks 2001)

Holzinger, Katharina / Sommerer, Thomas, Race to the Bottom oder Race to Brussels? Regulierungswettbewerb im Umweltschutz, in: Heine, Klaus /Kerber, Wolfgang (Hrsg.), Zentralität und Dezentralität von Regulierung in Europa (2007), S. 207-236

Holzschek, Knut/ Hörmann, Günter/ Daviter, Jürgen, Praxis des Konsumentenkredits (Köln 1982)

Hommelhoff, Peter, Die Rolle der nationalen Gerichte bei der Europäisierung des Privatrechts, FS 50 Jahre Bundesgerichtshof Band II (München 2000), S. 889-925

Honsell, Heinrich, Die Erosion des Privatrechts durch das Europarecht: ZIP 2008, 621-630

Huber, Ulrich, Typenzwang, Vertragsfreiheit und Gesetzesumgehung: Jura 1970, 784-812

Von Hünerbein, Ursula, Der organisierte Verbraucher in der Europäischen Gemeinschaft, in: Haupt, Hans/ Piepenbrock, Hartwig (Hrsg.), Verbraucherpolitik international (Köln 1988), S. 93-116

Ihns, Astrid, Entwicklung und Grundlagen der europäischen Rechtsangleichung (Frankfurt a.M. 2005)

Ipsen, Hans Peter, Europäisches Gemeinschaftsrecht (Tübingen 1972)

Ipsen, Jörn, Rechtsprechung im Grenzbereich zur Gesetzgebung, in: Achterberg, Norbert (Hrsg.), Rechtsprechungslehre (Köln/ Berlin et al. 1986), S. 435-459 (inkl. der anschließenden Debatte)

Ipsen, Jörn, Richterrecht und Verfassung (Berlin 1975)

Ipsen, Jörn, Verfassungsrechtliche Schranken des Richterrechts: DVBl. 1984, 1102-1107

Jäger, Thorsten, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht (Baden-Baden 2006)

Jauernig, Othmar (Hrsg.) Bürgerliches Gesetzbuch mit Allgemeinem Gleichbehandlungsgesetz, 14. Aufl. (München 2011)

Johe, Werner, Die gleichgeschaltete Justiz (Frankfurt 1983)

Jolls, Christine, Behavioral Economic Analysis of Redistributive Legal Rules: 51 Vand. L. Rev., 1653-1677 (1998)

Jordan, Sylvester, Bemerkungen über den Gerichtsgebrauch, dabei auch über den Gang der Rechtsbildung und die Befugnisse der Gerichte: AcP 8 (1825), 191-260

Junker, Abbo, Der EuGH im Arbeitsrecht – Die schwarze Serie geht weiter: NJW 1994, 2527-2528

Kaczorowska, Alina, European Union Law, 2. Auflage (London et. al. 2011)

Kähler, Lorenz, Conflict and Compromise in the Harmonization of European Law, in: Wilhelmsson/Paunio/Pohjola (Hrsg.), Private Law and The Many Cultures of Europe (Alphen aan den Rijn 2007), S. 125-139

Kant, Immanuel, Kritik der reinen Vernunft, 2. Auflage (Riga 1787)

Kappus, Andreas, Verbraucherschutz am Nadelöhr?: NJW 1997, 2653-2654

Kemper, Rainer, Verbraucherschutzinstrumente (Baden-Baden 1994)

Kerber, Wolfgang/ Heine, Klaus, Zur Gestaltung von Mehr-Ebenen-Rechtssystemen aus ökonomischer Sicht, in: Ott, Claus/ Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen (Tübingen 2002), S. 167-194

Kirchhof, Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtssprache (Berlin 1987)

Kittlitz, Martin, Der vertragliche Schuldbeitritt (Berlin 1994)

Klauer, Irene, Die Europäisierung des Privatrechts (Baden-Baden 1998)

- Klingelhöffer, Hans, Anm. zu BGH 20.9.1995 (BGHZ 130, 377-385): ZEV 1996, 26-29
- Klug, Ulrich, Juristische Logik, 4. Auflage (Berlin 1984)
- Koch, Hans-Joachim/ Rüßmann, Helmut, Juristische Begründungslehre (München 1982)
- Kohte, Wolfhard, Die Stellung des Schuldbeitritts zwischen Bürgschaft und Schuldübernahme: JZ 1990, 997-1005
- Kötz, Hein, Vertragsrecht (Tübingen 2009)
- Kramer, Ernst A., Juristische Methodenlehre, (Bern et al. 1998)
- Krämer, Ludwig, EWG-Verbraucherrecht (Baden-Baden 1985)
- Kreutz, Peter, EU-Richtlinie und deutsche Zivilgesetzgebung – eine Beziehung der Missverständnisse: DZWIR 2012, 45-49
- Krey, Volker, Das Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe – ein Gericht läuft aus dem Ruder: JR 1995, 221-228
- Krey, Volker, Zur Problematik richterlicher Rechtsfortbildung contra legem (I), JZ 1978, 361-368
- Kühnhardt, Ludger, Die zweite Begründung der europäischen Integration: APuZ 18/2012, 3-8
- Kunz, Daniel, Verbraucherschutz beim Internethandel in der Europäischen Union (Frankfurt a.M. 2010)
- Kurz, Stefan, Ist der Mehrheitsgesellschafter und Alleingeschäftsführer einer GmbH „Verbraucher“?, NJW 1997, 1828-1829
- Laibson, David, Golden Eggs and Hyperbolic Discounting: 112 (2) The Quarterly Journal of Economics, 443-478 (1997).
- Lando, Ole/ Beale, Hugh (Hrsg.), Principles of European Contract Law Parts 1 and 2 (Den Haag 2000)
- Langenbucher, Katja, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht (München 1996)
- Langenbucher, Katja, Vorüberlegungen zu einer juristischen Methodenlehre, in: Ackermann, Thomas/ Arnold, Arnd/ Eckardt, Diederich u.a. (Hrsg.), Tradition und Fortschritt im Recht, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1999, S. 65-83.
- Langhein, Heinrich, Das Prinzip der Analogie als juristische Methode (Berlin 1992)
- Larenz, Karl, Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie (Tübingen 1934)
- Larenz, Karl, Kennzeichen glücklicher richterlicher Rechtsfortbildungen (Karlsruhe 1965)
- Larenz, Karl, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 5. Auflage (Berlin et al. 1983)
- Larenz, Karl, Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem: NJW 1965, S. 1-10

- Laukemann, Marc, Gesondertes Widerrufsrecht in Pay-TV-Verträgen?: WRP 2000, S. 624-628
- Lehmann, Matthias, Verkehrsschutz im internationalen Gesellschaftsrecht, in: Kern, Bernd-Rüdiger/ Lillie, Hans (Hrsg.), FS Gerfried Fischer (Frankfurt a.M. 2010), S. 237-261
- Leible, Stefan/ Hoffmann, Jochen, „Überseering“ und das deutsche Gesellschaftskollisionsrecht: ZIP 2003, 925-931
- Leisner, Walter, Demokratie: Betrachtungen zur Entwicklung einer gefährdeten Staatsform (Berlin 1998)
- Less, Günter, Von Wesen und Wert des Richterrechts (Erlangen 1954)
- Lieb, Manfred, Rückwirkung von (neuem) Richterrecht?: FS Hans Friedhelm Gaul (Bielefeld 1997), S. 381-397
- Liver, Peter, Der Wille des Gesetzes (Bern 1953)
- Loos, Marco, Right of Withdrawal, in: Howells, Gerraint/ Schulze, Reiner (Hrsg.), Modernising and Harmonising Consumer Contract Law (München 2009), S. 237-277
- Looschelders, Dirk/ Roth, Wolfgang, Juristische Methodik im Prozess der Rechtsanwendung (Berlin 1996)
- Looschelders, Dirk, Schuldrecht Besonderer Teil, 8. Auflage (Köln 2013)
- Lorz, Ralph Alexander, Die Gesetzesauslegung im Blick des Gesetzgebers?, in: Baldus, Christian/ Theisen, Frank/ Vogel, Friederike (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung (Tübingen 2013), S. 87-110
- Lurger, Brigitta, Widerrufsrechte, in: Bydlinski, Peter/ Lurger, Brigita (Hrsg.), Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (Wien 2012), S. 53-95
- Luther, Christoph, Die juristische Analogie: Jura 2013, 449-453
- Lwowski, Hans-Jürgen/ Fischer, Gero/ Langenbucher, Katja (Hrsg.), Das Recht der Kreditsicherung, 9. Auflage (Berlin 2011)
- Madaus, Stephan, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit, Berlin 2001
- Madaus, Stephan, Die persönliche Mithaftung des Verbrauchers bei Haustürgeschäften und Kreditverträgen – Die Entscheidung des BGH vom 2. 5. 2007 – XII ZR 109/04 (LG Frankfurt/Oder): BKR 2008, 54-57
- Magoulas, Georgios, Ökonomische Funktionen und Probleme der Haustürgeschäfte als Instrument direkter Vertriebsstrategien, in: Magoulas, Georgios/ Simon, Jürgen, Recht und Ökonomie beim Konsumentenschutz und Konsumentenkredit (Baden-Baden 1985), S. 391-401
- Mak, Vanessa, Review of the Consumer Acquis: Towards Maximum Harmonization?: ERPL 2009, 55-73

Mankowski, Peter, Abzahlungsgeschäfte und Schuldrechtsmodernisierungsgesetz: VuR 2001, 112-116

Mankowski, Peter, Anm. zu OLG Hamburg 16.11.2000: K&R 2001, 362-367

Mankowski, Peter, Apps und fernabsatzrechtliches Widerrufsrecht: CR 2013, 508-515

Mankowski, Peter, Beseitigungsrechte (Tübingen 2003)

Mankowski, Peter, CESL – who needs it?: IHR 2012, 45-53

Mankowski, Peter, „Gemischte“ Verträge und der persönliche Anwendungsbereich des Internationalen Verbraucherschutzrechts: IPRax 2005, 503-509

Mankowski, Peter, Schwebende Wirksamkeit unter § 361a BGB – Probleme, Reaktionsmöglichkeiten, Kritik und Korrektur – Teil I: WM 2001, 793-802

Mankowski, Peter, Welche Bedeutung hat das Fernabsatzrecht für die Wohnungswirtschaft?: ZMR 2002, 317-326

Mankowski, Peter/ Hölscher, Marie-Therese/ Gerhardt, Till, in: Rengeling, Hans-Werner/ Middeke, Andreas /Gellermann, Martin (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Auflage (München 2014), § 38

Mansel, Heinz-Peter, Der Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht - Teil I: WM 2012, 1253-1267

Mansel, Heinz-Peter, Der Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht - Teil II: WM 2012, 1309-1322

Martinek, Michael, Verbraucherschutz im Fernabsatz – Lesehilfe mit Merkpunkten zur neuen EU-Richtlinie: NJW 1998, 207-208

Masing, Johannes, Vorrang des Europarechts bei umsetzungsgebundenen Rechtsakten: NJW 2006, 264-268

Maunz, Theodor/ Dürig, Günther (Begr.), Grundgesetz-Kommentar, 69. Ergänzungslieferung (München 2013)

Mayer, Christian/ Schürnbrand, Jan, Einheitlich oder gespalten? – Zur Auslegung nationalen Rechts bei überschießender Umsetzung von Richtlinien: JZ 2004, 545-552

McDougal, Myres S., Jurisprudence for a free society: 1 Georgia Law Review (1966), 1-19

McKendrick, Ewan, The State We Are In, in: Vogenauer, Stefan/Weatherill, Stephen (Hrsg.), The Harmonisation of European Contract Law (2006), S. 5-29

Meents, Jan Geert, Verbraucherschutz bei Rechtsgeschäften im Internet (Köln 1998)

Meier, Anne-Kristin, Rechtswirkungen von EG-Richtlinien und EU-Rahmenbeschlüssen im nationalen Recht (Frankfurt a.M. 2008)

- Meyer-Schwickerath, Leonie, Der Unternehmer als Schutzgegner des Verbrauchers (Frankfurt a.M. 2010)
- Micklitz, Hans-Wolfgang, Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts? Plädoyer für ein bewegliches System: NJW-Beilage 2012, 77-81
- Micklitz, Hans-Wolfgang, Divergente Ausgangsbedingungen des Verbraucherrechts in West und Ost, in: ders. (Hrsg.), Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa? (Baden-Baden 1996), S. 3-22
- Micklitz, Hans-Wolfgang, The Targeted Full Harmonisation Approach: Looking Behind the Curtain, in: Howells, Geraint/ Schulze, Reiner (Hrsg.), Modernising and Harmonising Consumer Contract Law (München 2009), S. 47-85
- Micklitz, Hans-Wolfgang/ Reich, Norbert, Der Kommissionsvorschlag vom 8.10.2008 für eine Richtlinie über „Rechte der Verbraucher“, oder: „der Beginn des Endes einer Ära...“: EuZW 2009, 279-286
- Mitropoulos, Stefan, Verbraucherpolitik in der Marktwirtschaft (Berlin 1997)
- Mittwoch, Anne-Christin, Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht (Berlin/Boston 2013)
- Möllers, Thomas M.J., Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration (Tübingen 1999)
- Mühl, Thomas, Der Abschluss von Finanzierungsleasingverträgen als aufsichtspflichtige Finanzdienstleistung: WM 2011, 870-874
- Müller, Wilhelm, Civilistische Abhandlungen, Erster Theil (Gießen 1833)
- Müller-Sarnowski, Barbara, Der Nennbetrag i. S. v. § 12 Abs. 1 Nr. 1 VerbrKrG bei Pkw-Privatleasingverträgen: BB 1994, 446-40
- Muscheler, Karlheinz, Singularia non sunt extendenda: FS Heinrich Wilhelm Kruse zum 70. Geburtstag (Köln 2001), S. 135-160
- Neuner, Jörg, Die Rechtsfindung contra legem (München 1992)
- Neuner, Jörg, Die Rechtsfortbildung, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Europäische Methodenlehre (Berlin 2006), S. 231-246
- Niedobitek, Matthias, Der Vorrang des Unionsrechts, in: Niedobitek, Matthias/ Zemánek, Jiří (Hrsg.), Continuing the European Constitutional Debate : German and Czech Contributions from a Legal Perspective (Berlin 2008), S. 63-105
- Nipperdey, Hans Carl/ Enneccerus, Ludwig, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 1. Band, 1. Halbband, 15. Auflage (Tübingen 1959)
- Nitsch, Jan-Christoph, Kraftfahrzeug-Leasing – eine unendliche Geschichte?: NVZ 2011, 14-15
- Nörr, Knut Wolfgang/ Scheyhing, Robert/ Pöggeler, Wolfgang, Sukzessionen, 2. Auflage (Tübingen 1999)

- Oechsler, Jürgen, Vertragliche Schuldverhältnisse, 2. Auflage (München 2007)
- Oehler, Karl-Heinz, Die Umsetzung der vollharmonisierenden Richtlinie aus Sicht des innerstaatlichen Gesetzgebers, in: Stürner, Michael (Hrsg.), Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht², S. 99-110
- Ohler, Christoph, Objektive Wirkung von Richtlinien, in: Hummer, Waldemar (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten (Wien 2010), S. 147-185
- Omlor, Sebastian, Finanzierungsleasing unter der neuen Verbraucherkreditrichtlinie: NJW 2010, 2694-2700
- Ott/ Claus/ Schäfer, Hans-Bernd, Die Vereinheitlichung des Europäischen Vertragsrechts, in: Ott, Claus/ Schäfer, Hans-Bernd (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen (Tübingen 2002), S. 203-236
- Palandt, Otto (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch, 73. Auflage (München 2014)
- Paschke, Marian, Regelungsziele des Europäischen Privatrechts, in: Paschke, Marian/ Iliopoulos, Constantin (Hrsg.), Europäisches Privatrecht (Hamburg 1998), S. 9-17
- Pawlowski, Hans-Martin, Methodenlehre für Juristen, 3. Auflage (Heidelberg 1999)
- Peters, Bernd, Umsetzung der EU-Verbraucherkreditrichtlinie und das Leasinggeschäft: WM 2001, 865-870
- Petersen, Jens, Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz (Tübingen 2001)
- Pfeiffer, Thomas, Der Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal im europäischen Privatrecht, in: Schulte-Nölke, Hans/ Schulze, Reiner (Hrsg.), Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, (Baden-Baden 1999, S.21-43)
- Pudor, Kerstin, Die Wirkungsweise verbraucherschützender Widerrufsrechte (Frankfurt a.M. 2000)
- Radbruch, Gustav, Einführung in die Rechtswissenschaft, 9. Auflage (Stuttgart 1952)
- Radbruch, Gustav, Rechtsphilosophie, 8. Auflage (Stuttgart 1973)
- Raisch, Peter, Juristische Methoden (Heidelberg 1995)
- Raiser, Thomas, Richterrecht heute: ZRP 1985, S. 111-117
- Rauscher, Thomas, Internationales Privatrecht, 4. Auflage (Heidelberg u.a. 2012)
- Rebmann, Eberhard, Anm. zu BGH 5.6.1996 (BGHZ 133, 71): DZWIR 1996, 456-460
- Redeker, Konrad, Legitimation und Grenzen richterlicher Rechtsetzung: NJW 1972, S. 409-415
- Reding, Viviane, Warum Europa ein optionales Vertragsrecht benötigt: ZEuP 2001, 1-6

- Reich, Norbert, Zur Theorie des Europäischen Verbraucherrechtes: ZEuP 1994, 381-407
- Reich, Norbert, Protection of Consumers' Economic Interests by the EC, 14 Sydney Law Review 23-61 (1992)
- Reich, Norbert, Protection of Consumers' Economic Interests by EC Contract Law - Some Follow-up Remarks, 28 Sydney Law Review 37-62 (2006)
- Reichel, Hans, Schuldmitübernahme (München 1909)
- Reifner, Udo, Die Mithaftung der Ehefrau im Bankkredit – Bürgschaft und Gesamtschuld im Kreditsicherungsrecht: ZIP 1990, 427-438
- Reifner, Udo, Verbraucherschutz und Neoliberalismus: VuR 2009, 3-11
- Reifner, Udo, Handbuch des Kreditrechts (München 1991)
- Reinking, Kurt, Die Änderungen des Kreditvertragsrechts und ihre Auswirkungen auf die Finanzierung und das Leasing von Kraftfahrzeugen: DAR 2010, 252-256
- Reinicke, Dietrich u. Gerhard, Die Ausfüllung primärer und sekundärer Gesetzeslücken nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs: NJW 1952, 1153-1157
- Reinicke, Dietrich/ Tiedtke, Klaus, Kreditsicherung, 5. Auflage (Neuwied 2006)
- Reinicke, Dietrich/ Tiedtke, Klaus, Schutz des Bürgen durch das Haustürwiderrufsgesetz: ZIP 1998, 893-897
- Remien, Oliver, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrags (Tübingen 2003)
- Rengeling, Hans-Werner/ Middeke, Andreas/ Gellermann, Martin (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 3. Auflage (München 2014)
- Riehm, Thomas, Die überschießende Umsetzung vollharmonisierender EG-Richtlinien im Privatrecht: JZ 2006, 1035-1045
- Riehm, Thomas, Grenzen der Vollharmonisierung, in: Busch, Christoph/ Kopp, Christina/ McGuire, Mary-Rose/ Zimmermann, Martin (Hrsg.), Jahrbuch junger Zivilrechtswissenschaftler 2009 (Stuttgart 2010), S. 159-207
- Riehm, Thomas, Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten bei vollharmonisierenden Richtlinien, in: Gsell, Beate/ Herresthal, Carsten (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht (Tübingen 2009), S. 83-111
- Riesenhuber, Karl, Information – Beratung – Fürsorge: ZBB 2004, 325-342
- Riesenhuber, Karl, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (Berlin 2003)
- Ritter, Joachim, Gründer Karlfried (Hrsg.), Historisches Wörterbuch der Philosophie, Band. 4 (Basel/Stuttgart 1976)

- Rittner, Fritz, Das Gemeinschaftsprivatrecht und die europäische Integration: JZ 1995, 849-858
- Ritzer, Christoph/ Ruttloff, Marc, Die Kontrolle des Subsidiaritätsprinzips: Geltende Rechtslage und Reformperspektiven: EuR 2006, 116-137
- Roellecke, Gerd, Zur demokratischen Legitimation der rechtsprechenden Gewalt: FS Walter Leisner (Berlin 1999), S. 553-568
- Rohe, Mathias, Privatautonomie im Verbraucherkreditrecht wohin? Zum Richtlinienvorschlag zur Harmonisierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit: BKR 2003, 267-273
- Rösler, Hannes, 30 Jahre Verbraucherpolitik in Europa: ZfRV 2005, 134-147
- Rösler, Hannes, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts (Tübingen 2012)
- Rösler, Hannes, Europäisches Konsumentenvertragsrecht (Baden-Baden 2003)
- Roth, Wulf-Henning, Europäisches Recht und nationales Recht: FS 50 Jahre Bundesgerichtshof, Bd. II (München 2000), S. 848-888
- Roth, Wulf-Henning, Kompetenzen der EG zur vollharmonisierenden Angleichung des Privatrechts, in: Gsell Beate/Herresthal, Carsten (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), S. 13-45
- Rüthers, Bernd, Demokratischer Rechtsstaat oder oligarchischer Richterstaat?: JZ 2002, S. 365-416
- Rüthers, Bernd, Die unbegrenzte Auslegung, 6. Auflage (Tübingen 2005)
- Rüthers, Bernd, Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz: JZ 2006, S. 53-104
- Rüthers, Bernd, Personenbilder und Geschichtsbilder – Wege zur Umdeutung der Geschichte?: JZ 2011, 593-601
- Rüthers, Bernd, Rechtstheorie, 3. Auflage (München 2007)
- Säcker, Franz Jürgen/ Rixecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, versch. Bände in versch. Auflagen (München)
- Samuel, Geoffrey, System und Systemdenken – zu den Unterschieden zwischen kontinentaleuropäischem Recht und Common Law: ZEuP 1995, 375-397
- Von Savigny, Friedrich Karl, Juristische Methodenlehre (Nach der Ausarbeitung des Jakob Grimm, herausgegeben von Gerhard Wesenberg, Stuttgart 1951)
- Von Savigny, Friedrich Karl, System des heutigen römischen Rechts, Erster Band, Berlin 1840
- Schäfer, Hans-Bernd/ Ott, Claus, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Auflage (Berlin/Heidelberg 2005)

Schattenkirchner, Silvia, Die Entwicklung des Leasingrechts von Mitte 2009 bis Ende 2011: NJW 2012, 197-204

Schermers, Henry G., The Role of the Member States in Filling Lacunae in EC-Law, in: Bieber, Roland/ Ress, Georg (Hrsg.), Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts/ The Dynamics of EC-Law (Baden-Baden 1987), S. 311-317

Schinkels, Boris, Der Kommissionsentwurf einer Verbraucherrechterichtlinie und seine Sprengkraft für § 355 BGB: JZ 2009, 774-779

Schmidt, Jessica, Die „Granulat“-Entscheidung des BGH zum kaufrechtlichen Nacherfüllungsanspruch – Eine dogmatische und rechtspolitische Analyse: GPR 2012, 210-220

Schmidt, Marek, Privatrechtsangleichende EU-Richtlinien und nationale Auslegungsmethoden: RabelsZ 59 (1995), 569-597

Schmidt-Kessel, Martin, Zum Stand der Beratungen der Horizontalrichtlinie Verbraucherschutz – Meilensteine auf dem Weg zum legislatischen Desaster: GPR 2010, 129-137

Schneider, Egon, Logik für Juristen, 5. Auflage (München 1999)

Schneider, Hans Peter, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht (Frankfurt a.M. 1969)

Schneider, Stefan, Was der Gesetzgeber wollte!, in: Baldus, Christian/ Theisen, Frank/ Vogel, Friederike (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung (Tübingen 2013), S. 111-123

Schnorbus, York, Autonome Harmonisierung in den Mitgliedstaaten durch die Inkorporation von Gemeinschaftsrecht: RabelsZ 65 (2001), 654–705

Schlüter, Wilfried, Das obiter dictum (München 1973)

Schmittmann, Jens, Anmerkung zu LG Hamburg 8.3.2000: MMR 2000, 709-711

Schulte-Nölke, Hans/ Twigg-Flesner, Christian/ Ebers, Martin (Hrsg.), EC Consumer Law Compendium (München 2008)

Schulze, Reiner, Vergleichende Gesetzesauslegung und Rechtsangleichung: ZfRV 1997, S. 183-197

Schürnbrand, Jan, Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät (Berlin 2003)

Schürnbrand, Jan, Die Neuregelung des Verbraucherdarlehensrechts: ZBB 2008, 383-391

Schwab, Andreas/ Giesemann, Amelie, Die Verbraucherrechterichtlinie: Ein wichtiger Schritt zur Vollharmonisierung im Binnenmarkt: EuZW 2012, 253-257

Schwacke, Peter, Juristische Methodik, 4. Auflage (Stuttgart 2003)

Schwartz, Andreas, Die zukünftige Sachmängelgewährleistung in Europa – Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vor ihrer Umsetzung: ZEuP 2000, 544-574

- Schwarz, Stefanie, Bürgenschutz durch deutsches und europäisches Verbraucherschutzrecht (Baden-Baden 2001)
- Schweitzer, Michael/ Hummer, Waldemar, Europarecht, 5. Auflage (Neuwied 1996)
- Seidel, Katja, Einflüsse des europäischen Rechts auf das deutsche Verbraucherschutzrecht (Marburg 2001)
- Siems, Mathias, Die neue Verbraucherkreditrichtlinie und ihre Folgen: EuZW 2008, 454-458
- Sinemus, Burkhard, Der Grundsatz der Gewaltenteilung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Frankfurt a.M. 1982)
- Skusa, Nico, Anwendbarkeit der Verbraucherschutzvorschriften auf Leasing- und Mietkaufverträge: NJW 2011, 2993-2999
- Sölter, Annette, Kein Bürgenschutz durch das Verbraucherkreditgesetz?, Bespr. von BGH 21.4.1998 (BGHZ 138, 321): NJW 1998, 2192-2194
- Staake, Marco, Das Ziel der Auslegung: Jura 2011, S. 177-184
- Stammler, Rudolf, Theorie der Rechtswissenschaft (Halle a.d.S. 1911)
- Von Staudinger, Julius (Begr.), BGB-Kommentar, §§ 765-778 (Berlin, versch. Auflagen)
- Stern, Klaus, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland Bd. II (München 1980)
- Strauß, Markus, Auswirkungen der Verbraucherkreditrichtlinie auf Kfz-Leasingverträge aus Anbietersicht: SVR 2011, 206
- Struck, Gerhard, „Räumlich-gegenständlicher Bereich der Ehe“ oder Gemeinsamkeit der Wohnung?: JZ 1976, 160-164
- Study Group on Social Justice in European Private Law, Social Justice in European Contract Law: a Manifesto: European Law Journal 2004, 653-674.
- Stürner, Rolf, Europäische Justiz und Demokratie: FS Winfried Brohm (München 2002), S. 153-167
- Stürner, Rolf, Markt und Wettbewerb über alles? (München 2007)
- Tacou, Theofanis, Das Verbot von Umgehungsgeschäften und das Prinzip der Vertragsfreiheit im Verbrauchervertragsrecht (Baden-Baden 2013)
- Tacou, Theofanis, Der Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher: ZRP 2009, S. 140-143
- Take, Ingo, Legitimes Regieren auf drei Ebenen – Konzeption und Analyseraster, in: Take, Ingo (Hrsg.), Legitimes Regieren jenseits des Nationalstaates (Baden-Baden 2009), S. 9-25
- Tamm, Marina, Das Gemeinsame Europäische Kaufrecht als optionales Instrument – eine kritische Analyse zur Binnenmarktharmonisierungskompetenz der Kommission: VuR 2012, 3-12

Tamm, Marina, Das Grünbuch der Kommission zum Verbraucheracquis und das Modell der Vollharmonisierung – eine kritische Analyse: EuZW 2007, 756-761

Tamm, Marina, Verbraucherschutzrecht (Tübingen 2011)

Tamm, Marina/ Rott, Peter, Verbraucherrecht in neuem Aufbruch: VuR 2012, 1-2 (Editorial)

Taylor, Paul, The Limits of European Integration (New York 1983)

Teichmann, Arndt, Die Gesetzesumgehung (Göttingen 1962)

Teichmann, Arndt, Aufklärungs- und Schutzpflichten gegenüber Verbrauchern, in: Hönn, Günther/ Konzen, Horst/ Kreutz, Peter (Hrsg.), FS Alfons Kraft (Neuwied et.al. 1998)

Thibaut, Anton Friedrich Justus, Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts (1806), herausgegeben von Lutz Geldsetzer (Düsseldorf 1966)

Thomas, Fredrik, Das Maastricht-Urteil des dänischen obersten Gerichtshofs vom 6.4.1998: ZaöRV 58 (1998), 879-906

Tilmann, Winfried, Bundesarbeitskreis Christlich-Demokratischer Juristen - Symposium: Kodifikation des wirtschaftsnahen Zivilrechts in der EG: NJW 1991, 3266-3267

Tilmann, Winfried, Der gewerbliche Rechtsschutz vor den Konturen eines europäischen Privatrechts: GRUR Int 1993, 275-279

De Tocqueville, Alexis, De la démocratie en Amérique, Vol. 1/4 (Paris 1848)

Tömmel, Ingeborg, Das politische System der EU, 3. Auflage (München 2008)

Tonner, Klaus, Das Verbraucherrecht der Gemeinschaft im Spiegel englischsprachiger Literatur: VuR 2010, 172-177

Tonner, Klaus/ Tamm, Marina, Der Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher und seine Auswirkungen auf das nationale Verbraucherrecht: JZ 2009, 277-290

Tonner, Klaus, Die Rolle des Verbraucherrechts bei der Entwicklung eines gemeineuropäischen Zivilrechts: JZ 1996, 533-541.

Tröger, Tobias, Zum Systemdenken im europäischen Schuldvertragsrecht – Probleme der Rechtsangleichung durch Richtlinien am Beispiel der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie: ZEuP 2003, 525-540

Ukrow, Jörg, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH (Baden-Baden 1995)

Ulen, Thomas S., Information in the Market Economy – Cognitive Errors and Legal Correctives, in: Grundmann, Stefan/ Kerber, Wolfgang/ Weatherill, Stephen (Hrsg.), Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market, 2001, S. 98-129

Usher, John A., Legal Order of the Communities - Interpretation by Analogy-Contrasting Cases: ELR 3 (1978), S. 387-390

- Verdross, Alfred/ Simma, Bruno, Universelles Völkerrecht, 3. Auflage (Berlin 1984)
- Vieweg, Klaus/ Werner, Almuth, Sachenrecht, 4. Auflage (Köln 2010)
- Graf Vizthum, Wolfgang, Annahme nach Ermessen bei Verfassungsbeschwerden?: JÖR 53 (2005), 319-343
- Vogenauer, Stefan, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Band I (Tübingen 2001)
- Vogenauer, Stefan, Eine gemeineuropäische Methodenlehre des Rechts – Plädoyer und Programm: ZEuP 2005, 234-263
- Voßkuhle, Andreas/ Sydow, Gernot, Die demokratische Legitimation des Richters: JZ 2002, 673-682
- Wach, Adolf, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, Band I (Leipzig 1885)
- Wahl, Rainer/ Masing, Johannes, Schutz durch Eingriff: JZ 1990, 553-604
- Wagner, Gerhard, The Economics of Harmonization: The case of contract: 39 CMLR, 995-1023 (2002)
- Wank, Rolf, Die Rechtsfortbildung durch den Europäischen Gerichtshof: FS Eugen Stahlhacke zum 70. Geburtstag (Neuwied et. al. 1995), S. 633-655
- Wank, Rolf, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung (Berlin 1978)
- Ward, Ian, In Search of a European Identity: M.L.R. 57 (1994), 315-329
- Weatherill, Stephen, The evolution of european consumer law policy: from well informed consumer to confident consumer?, in: Micklitz, Hans-Wolfgang, Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa? (Baden-Baden 1996), S. 423-468
- Weinstein, Neil D., Unrealistic optimism about future life events: J. Pers. & Soc. Psych. 1980, 806- 820
- Weir, Tony, Die Sprachen des europäischen Rechts: ZEuP 1995, 368-374
- Westermann, Harm Peter, Das neue Kaufrecht einschließlich des Verbrauchsgüterkaufs: JZ 2001, 530-542
- Graf von Westphalen, Friedrich, Bürgschaft und Verbraucherkreditgesetz: DB 1998, 295-300
- Graf von Westphalen, Friedrich, „Der Mensch im Recht“ – nur ein Verbraucher?, ZIP 2002, 1327
- Wieacker, Franz, Gesetz und Richterkunst: zum Problem der außergesetzlichen Rechtsordnung (Karlsruhe 1958)

Wilhelmsson, Thomas, The Average European Consumer: a Legal Fiction?, in: Wilhelmsson/Paunio/Pohjolainen (Hrsg.), Private Law and the Many Cultures of Europe (2007), S. 243-268

Willingmann, Armin, Auf dem Weg zu einem einheitlichen Vertriebsrecht für Waren und Dienstleistungen in der Europäischen Union? – Die Richtlinie über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (97/7/EG): VuR 1998, S. 395-402

Wilmer, Thomas/ Hahn, Harald, Fernabsatzrecht mit Finanzdienstleistungs-, Versicherungs- und Haustürgeschäfterecht, 2 Auflage (Heidelberg 2005)

Windscheid, Bernhard, Lehrbuch des Pandektenrechts Band I, 9. Auflage (Frankfurt am Main 1963)

Würdinger, Markus, Die Analogiefähigkeit von Normen: AcP 206 (2006), 946-979

Würdinger, Markus, Ausnahmenvorschriften sind analogiefähig!: JuS 2008, 949-951

Zahn, Herbert, Anwendung des Verbraucherkreditgesetzes auf die Bürgschaft?: DB 1998, 353-358

Zerres, Thomas, Bedeutung der verbraucherschützenden Umgehungsverbote am Beispiel der „Haustürgeschäfte“: MDR 2004, S. 1334-1339

Zerres, Thomas, Die situativen Voraussetzungen des Haustürwiderrufgesetzes (München/Mering 1997)

Zimmermann, Theo, Der Wortlaut des Gesetzes im Spiegel höchstrichterlicher Rechtsprechung: NJW 1956, 1262-1264

Zippelius, Reinhold, Juristische Methodenlehre, 8. Auflage (München 2003)

Zippelius, Reinhold, Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen, in: FG BVerfG, 2. Band (Tübingen 1976), S. 108-124

Zitelmann, Ernst, Lücken im Recht (Leipzig 1903)

Zoll, Fryderyk, Der Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens und die Vollharmonisierung, in: Stürner, Michael (Hrsg.), Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?, S. 133-141

§ 1: Einleitung und Gang der Darstellung

I. Einleitendes

Das Europäische Privatrecht stellt ein stetig wichtiger werdendes Rechtsgebiet dar, wie immer man auch zu dieser Entwicklung stehen mag. Allein schon aufgrund seiner dogmatischen Komplexität, mehr noch aber aufgrund seiner Bedeutung lohnt es selbst für Skeptiker dieses Prozesses, sich mit den hiermit aufkommenden Rechtsfragen auseinanderzusetzen.¹ Dabei kommt es insbesondere in den Fällen auf rechtswissenschaftliche Begleitung legislativer Tätigkeit an, in denen verschiedene Ebenen für die gleiche (oder zumindest verwandte) rechtliche Materie verantwortlich zeichnen. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang insbesondere das Recht zum Schutz des Verbrauchers.² Das Verbraucherrecht ist in den letzten Jahrzehnten Gegenstand umfangreicher legislativer Tätigkeiten insbesondere in den Mitgliedstaaten,³ aber auch auf supranationaler Ebene geworden.⁴ Dabei sehen sich die unterschiedlichen Akteure nicht nur ähnlichen Problemstellungen gegenüber, etwa was die Standardisierung von Unternehmer-Verbraucher-Verhältnissen anbelangt sowie das Oktroyieren von „Knebelverträgen“, die Nutzung aggressiver Marketingstrategien, Verkaufsmethoden und Werbeaktivitäten, das „Abwälzen“ von Regeln der Gefahrtragung auf den Verbraucher in Fällen von Mängeln und solcher der damit einhergehenden Kosten, die Nutzung unfairer und/oder intransparenter Allgemeiner Geschäftsbedingungen etc. Sie haben auch jedenfalls im Grundsatz oft ähnliche Antworten auf diese Probleme gefunden.

¹ *Vogenauer*, ZEuP 2005, 234, 235.

² Zum Wandel des Verbraucherschutzrechts hin zum reinen Verbraucherrecht s. unten unter § 2 II 2).

³ *Bourgoignie*, in: Bourgoignie/ Trubek: Consumer Law, Common Markets and Federalism in Europe and the United States, in: Cappelletti/ Seccombe/ Weiler (Hrsg.): Integration Through Law – Europe and the American Federal Experience, Vol. 3 (Berlin/ New York 1987), 89 f.

⁴ Umfassend und nicht nur auf Europa konzentriert *Rösler*, ZfRV 2005, 134-147, der auf S. 136 erkennt, dass sich diese Aktivitäten insbesondere auf moderne Erfindungen und Vertriebsmethoden konzentrieren. Umfassend auch *v. Hippel*, RabelsZ 45 (1981), 353-375; *ders.* Verbraucherschutz (3. Aufl. 1986), 183-191 sowie *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (2011), 55 f., gleichfalls mit Verweisen auf außereuropäische Rechtsordnungen.

Ein Ende dieser Tendenz hin zu einem breit gefächerten Verbraucherrecht ist gegenwärtig nicht in Sicht. Ein praktisch besonders wichtiges Rechtsinstitut des Verbraucherschutzes stellt dabei das Recht zum Widerruf von Willenserklärungen dar, das es dem Verbraucher ermöglicht, sich von ungünstigen Verträgen unter bestimmten Voraussetzungen wieder zu lösen. Dieser Grundgedanke zum Schutz der schwächeren Vertragspartei hat durchaus Tradition. So wurde bereits im Jahre 1890 diskutiert, dem Schuldner eines Kreditvertrages in bestimmten Situationen eine Hilfe zukommen zu lassen, womit er sich vom Vertrag zu lösen vermochte – freilich unter Berücksichtigung auch der Interessen des Darlehensgebers. Konkrete unmittelbare Auswirkungen auf die Gesetzgebung hatte dies zunächst noch nicht. Dabei wurde – vergleichbar heutiger Begründungsmuster – angeführt, der Darlehensnehmer könne bei Vertragsschluss die Konsequenzen seines Tuns mitunter nicht in einem Ausmaß einschätzen, welches seinem wirtschaftlichen Risiko bei der Aufnahme eines Darlehens entspricht.⁵ Heute wird zur Begründung eines Widerrufsrechtes zusätzlich oftmals ein angebliches „intellektuelles Gefälle“ zwischen Unternehmern und Verbrauchern angeführt.⁶ Weshalb ein Unternehmer per se dem Verbraucher intellektuell überlegen sein soll, vermag sich indes nicht recht zu erschließen.⁷ Überzeugender erscheint es, auf eine größere wirtschaftliche Machtposition des Unternehmers sowie auf eine üblicherweise professionellere Vorbereitung des Vertrages insbesondere im ökonomischen Bereich (was beispielsweise die Abwägung der wirtschaftlichen Vor- und Nachteile anbelangt) abzustellen. Dagegen ist der Verbraucher mitunter zumindest mit der konkreten Situation – in rechtlicher und/oder tatsächlicher

⁵ Heck, Verhandlungen des Einundzwanzigsten Deutschen Juristentages (1890), Zweiter Band, 131, 180. Auf S. 181 schlägt Heck vor, der Schuldner solle ein „Reugeld“ in Höhe von 10-20 % der Gesamtsumme an den Darlehensnehmer als Ersatz für die Vertragsauflösung zahlen.

⁶ Z.B. Kemper, Verbraucherschutzinstrumente (1994), 34-36, Gessner, Widerrufsrecht und Widerrufsbelehrung im deutschen und europäischen Verbraucherrecht (2009), 5. Kunz, Verbraucherschutz beim Internethandel in der Europäischen Union (2010), 19, schreibt treffender, es bestehe ein Gefälle in der „Professionalität der Parteien“. MünchKomm/Busche (6. Aufl. 2012), Vor § 145 BGB Rn.7, spricht von einer „gestörten Verhandlungsparität, die sich aus wirtschaftlichen, intellektuellen oder situativen Umständen ergeben kann“.

⁷ Im Einzelnen ist umstritten, was genau man unter „Intellekt“ versteht. Das Historische Wörterbuch der Philosophie, Bd. 4 [Ritter/ Gründer (Hrsg.), 1976], 435-438, schreibt hierzu, Intellekt gehe „zunächst auf im Begriffsfeld von <Verstand>, <Vernunft>, <Bewußtsein> und <Geist>“.

Hinsicht – überfordert. Ihm generell einen verminderten Intellekt zu unterstellen, ginge jedoch an den Realitäten vorbei.

Das Prinzip der unbedingten Vertragsbindung ist bei Beteiligungen von Verbrauchern insbesondere durch europäisches Sekundärrecht im Laufe der Zeit zunehmend aufgeweicht worden.⁸ Wo derlei Regelungen (meist in Form von Richtlinien) nicht bestehen, stellt sich die Frage, ob der Richter korrigierend eingreifen darf. Dabei geht es unter anderem darum, Wertungswidersprüche zwischen bereits gesetzlich geregelten Fällen und solchen Konstellationen, die noch keine Regelung durch den Gesetzgeber erfahren haben, zu vermeiden. Die Zunahme von auf Richterrecht basierenden Entscheidungen in den letzten Jahren beruht dabei insbesondere darauf, dass der Gesetzgeber in einigen Bereichen seines vielfältigen Aufgabenfeldes mit der Dynamik einer sich stetig verändernden Gesellschaft kaum Schritt zu halten vermag und der Justiz entweder so gut wie gar keine (beispielsweise im Arbeitskampfrecht)⁹ oder nur unzureichende Gesetzestexte zur Verfügung stellt.¹⁰ Dabei ist nicht nur in der heutigen Zeit die Analogie das wichtigste Instrument richterlicher Rechtsfortbildung¹¹, sondern wird auch historisch beschrieben als „eines der vorzüglichsten Hilfsmittel, unvollständige Gesetze zu ergänzen“¹². Vieles ist dabei im Einzelnen umstritten, so etwa die Frage, ob durch Analogie eine neue Rechtsquelle geschaffen oder lediglich eine bestehende (das analog angewandte Gesetz) umfangreicher genutzt werde.¹³ Derlei Überlegungen sollen jedoch keinen vordergründigen Gegenstand dieser Arbeit bilden. Vielmehr geht es konkret um die Bedingungen für die Herausbildung einer Analogie: Wer darf unter welchen Voraussetzungen in

⁸ Kötz, Vertragsrecht (2009), Rn. 985.

⁹ Ipsen, in: Achterberg (Hrsg.), Rechtsprechungslehre (1986), 435.

¹⁰ Redeker, NJW 1972, 409, 410.

¹¹ Raisch, Juristische Methoden (1995), 151.

¹² Jordan, AcP Bd. 8 (1825), 191, 226.

¹³ Vgl. die umfassende – insbesondere historisch interessante – Darstellung von Langhein, Das Prinzip der Analogie als juristische Methode (1992). Das BAG (NJW 1980, 1642, 1646) stellt hierzu fest: „Auch die Bezeichnung „Richterrecht“ darf nicht zu dem Trugschluß verführen, als könnten die Gerichte Normen setzen. Grundsatzentscheidungen bilden zwar eine Rechtserkenntnisquelle, begründen aber keine Normen“. Ipsen, in: Achterberg (Hrsg.), Rechtsprechungslehre (1986), 435, 437 kritisiert an dieser Rechtsprechung mit Recht, sie verenge die Frage der Zulässigkeit von Richterrecht auf ein Problem der Rechtsquellen.

welchen konkreten Fällen Widerrufsrechte schaffen? Dabei sollen über die Theorie der Analogiebildung hinaus auch konkrete Beispielfälle diskutiert werden.

II. Herausforderungen bei der Bildung von Analogien

Die Bildung von Analogien durch den Richter rührt dabei an Fundamente der staatlich verfassten Ordnung, so beispielsweise der mit dem Rechtsstaatsprinzip einhergehenden im Grundgesetz¹⁴ manifestierten Gewaltenteilung:¹⁵ die Frage nach der Kompetenzzuweisung zwischen den verschiedenen Gewalten, konkret zwischen der Legislative einerseits und der Judikative andererseits. Mit der zunehmenden Europäisierung des Zivilrechts gehen in diesem Zusammenhang auch neue methodische Fragestellungen einher, die ihrerseits nach innovativen Antworten verlangen.¹⁶ Gerade auch für den Richter stellen sich aufgrund seiner Verpflichtung, das Unionsrechts im Allgemeinen und die Richtlinien im Besonderen zu beachten, ganz neue Herausforderungen auch im Bereich des Privatrechts.¹⁷ Unter Berücksichtigung der europäischen Ebene kommt zu den bereits skizzierten Problemen bei der Bildung von Analogien noch die Frage der Verbandskompetenz hinzu: Darf die jeweilige Gesetzeslücke von nationalen Richtern geschlossen werden oder ist ein Organ der Union hierfür zuständig?¹⁸ Das Instrument der Analogiebildung ist dabei dem Europäischen Gerichtshof keineswegs fremd, sondern wird in der rechtsprechenden Praxis angewandt.¹⁹

Die lediglich fragmentarische Rechtsangleichung auf europäischer Ebene verbunden mit Freiräumen der Mitgliedstaaten außerhalb der Regelungsbereiche

¹⁴ Maunz/Dürig/Herzog/Grzeszick, Art. 20 GG (69. Ergänzungslieferung 2013), Rn. 2. Herzog/Grzeszick sehen das Gewaltenteilungsprinzip insbesondere in Art. 20 II S. 2 GG manifestiert (Art. 20 GG Rn. 37).

¹⁵ Looschelders/Roth, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung (1996), 244 f.

¹⁶ Mayer/Schürnbrand, JZ 2004, 545, 552.

¹⁷ Ihns, Entwicklung und Grundlagen der europäischen Rechtsangleichung (2005), 64.

¹⁸ Heß, Die Umsetzung von EG-Richtlinien im Privatrecht (1999), 130.

¹⁹ Vgl. nur EuGH 20.2.1975 – Rs. 64/74, Slg. 1974, 261, 268 f. Rn. 2 f. – *Firma Adolf Reich/Hauptzollamt Landau*; EuGH 11.7.1978 – Rs. 6/78, Slg. 1978, 1657, 1684 Rn. 4 – *Union française de céréales/ Hauptzollamt Hamburg-Jonas*; vgl. auch Ukrow, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH (1995), S. 123 f.

der einzelnen Richtlinien führt überdies zu einem komplexen Interagieren mitgliedstaatlicher und unionsrechtlicher Methoden.²⁰ Das Mehrebenensystem²¹ stellt damit auch die klassische Methodenlehre²² vor neue Herausforderungen. Hinzu kommt noch die besondere Problematik, dass im kompetenziellen Konkurrenzverhältnis zwischen der Legislative einerseits und der Judikative andererseits die mitgliedstaatliche Legislative in einer Doppelfunktion tätig wird: Zum einen beschließt sie Normen in Bereichen, in denen genuin europäische Regelungen fehlen, zum anderen wird sie tätig in der Rechtsetzung zur Ergänzung oder Ausformung des sekundären Unionsrechts.²³ Die nationalen Gesetzgeber sind bereits daran gewöhnt, sich mit Unionsrecht und den damit einhergehenden Methoden auseinanderzusetzen. So bewegen sich die dem Gesetzgeber gestellten Aufgaben gelegentlich in Bereichen, in denen sich zwischen den verschiedenen Ebenen kaum sauber trennen lässt. Wenn der Gesetzgeber beispielsweise im Verbraucherschutzrecht des BGB Änderungen vornimmt, so ist er gehalten, dabei das bestehende Recht auf europäisch zwingende Anordnungen zu untersuchen. Parallel dazu müssen auch die durch den jeweiligen Richter angewandten Methoden dem hybriden Charakter der Fragestellung folgen.

Auch materiell-rechtlich bewegt sich die Frage nach der Möglichkeit, eine Regel analog anzuwenden, in einem Spannungsfeld: Überwiegt das Interesse, die Sachverhalte aufgrund materieller Gerechtigkeitserwägungen gleich zu behandeln oder ist eine unterschiedliche Behandlung aus Gründen der Rechtssicherheit – was das bestehende Vertrauen der Beteiligten auf die Geltung des geschriebenen Rechts anbelangt – gerechtfertigt?²⁴ Dabei kann mitunter sogar eine

²⁰ *Grigoleit*, AcP 210 (2010), 345, 378.

²¹ Zu ökonomischen Herausforderungen von Mehrebenensystemen wie dem Europas vgl. *Kerber/Heine*, in: Ott/ Schäfer (Hrsg.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen* (2002), 167-194.

²² Die „Methode“ ist nach dem griechischen Ursprung des Begriffes μέθοδος („Méthodos“) am besten mit dem „Weg zu etwas hin“ beschrieben. Bezogen auf juristische Arbeit meint dies den Weg von einem Lebenssachverhalt hin zu einer rechtlichen Lösung. Der Methodenlehre kommt dabei die Aufgabe zu, diesen Weg so nachvollziehbar und voraussehbar wie möglich zu gestalten, vgl. *Vogenaier*, ZEuP 2005, 234, 235, 262.

²³ *Bieber*, in: *Bieber/Ress* (Hrsg.), *Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts* (1987), 283, 288 f.

²⁴ *Würdinger*, AcP 2006, S. 946, 948; *Neuner*, *Die Rechtsfindung contra legem* (1992), 163 f.; *Jordan*, AcP Bd. 8 (1825), 191, 221.

Verpflichtung durch Art. 3 I GG bestehen, ähnliche Sachverhalte (beziehungsweise vergleichbare Interessenlagen) gleich zu behandeln. Wenn der einfache Gesetzgeber einer solchen Pflicht nicht folgt, so stellt sich die Frage, ob gegebenenfalls die Judikative derlei Systembrüche aufzulösen befugt ist.²⁵ In jedem Fall schafft die unterschiedliche Behandlung ähnlicher Sachverhalte einen Rechtfertigungsdruck, dem standzuhalten sich mitunter als äußerst schwierig gestalten kann.²⁶ Ein (eher rechtspolitischer) Hintergrund bei der Bildung von Analogien besteht dabei auch insofern, als – trotz der jüngst in Kraft getretenen Richtlinie über Rechte der Verbraucher²⁷ – der in der Literatur vielfach beklagte „Flickenteppich“²⁸ sekundärrechtlichen Verbraucherschutzes sich oftmals in gleichfalls inkohärenter mitgliedstaatlicher Umsetzung niederschlägt.²⁹ Dieser

²⁵ *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT I/1, S. 320; *Schnorbus*, *RabelsZ* (65) 2001, 654, 669 und 675 f.; *Brandner*, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien (2003), 6.

²⁶ *Roth*, FG 50 Jahre Bundesgerichtshof Bd. II (2000), 847, 881.

²⁷ Richtlinie 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 Richtlinie 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.

²⁸ *Hauschka*, JZ 1990, 521, 523 f. erkennt „in nationale Systeme eingestreute Fragmente rechtlicher Gestaltung, deren Antinomie von Zusammenhanglosigkeit und Detailgenauigkeit die innerstaatliche Rechtsordnung vor erhebliche Probleme stellt“; *Tilmann*, GRUR Int. 1993, 278 spricht in diesem Zusammenhang von einer „Wild-West-Rechtentwicklung“ und *ders.* in NJW 1991, 3266 von einer „Atomisierung des Gemeinschaftsrechts“; *Basedow/ Blaurock/ Flessner/ Schulze/ Zimmermann*, ZEuP 1993, 1, 2, schreiben, „An dem Teppich des Gemeinschaftsprivatrechts weben viele der Brüsseler Generaldirektionen, ohne ein Muster vor Augen zu haben.“ *Blaurock*, JZ 1994, 270, 276 von „Unübersichtlichkeit und Zersplitterung“ sowie dadurch entstehenden „Systembrüchen innerhalb der nationalen Rechte“; *Junker*, NJW 1994, 2527, 2528, bezeichnet das bestehende Regelwerk als „pointilistische Rechtsangleichung ohne System und Konzept“. Ähnlich *Kappus*, NJW 1997, 2653; *Rösler*, ZfRV 2005, 134, 147 und *Kähler*, in: *Wilhelmsson/Paunio/Pohjolainen* (Hrsg.), *Private Law and the Many Cultures of Europe* (2007), 125, 126 f.; *Reifner*, VuR 2009, 3, 4; Zu den Auswirkungen einer fragmentarischen Rechtsharmonisierung s. *Grigoleit*, AcP 210 (2010), 355, 378-388. *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003), 208, hingegen sieht durchaus auch Vorteile der lediglich fragmentarischen Vereinheitlichung des Sachrechts. Dadurch vermeide man es, mit der Rasenmähermethode historisch gewachsene, nationale Rechtsordnungen pauschal anzugleichen. Die sachgerechte Lösung sei stattdessen in der Vereinheitlichung der Kollisionsrechte zu suchen, oder, wo dies nicht ausreicht, in der punktuellen Angleichung des Sachrechts. *Hirte*, Wege zu einem europäischen Zivilrecht (1996), 23 f., weist darauf hin, dass das Handeln verschiedener Gesetzgeber auf mehreren Ebenen stets zu einer Verkomplizierung der rechtlichen Landschaft führe. Dies ist jedoch auch in Deutschland bereits durch das Nebeneinander von Bund und Ländern ein bekanntes (und im Großen und Ganzen akzeptiertes) Phänomen.

²⁹ *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003), 198; *Kähler*, in: *Wilhelmsson/Paunio/Pohjolainen* (Hrsg.), *Private Law and the Many Cultures of Europe* (2007),

Problematik und damit einhergehend dem Ruf nach einem Mehr an Kohärenz in der europarechtlichen Gesetzgebung vermag sich auch die Kommission bereits seit einigen Jahren nicht mehr zu entziehen,³⁰ wenngleich Lösungen mitunter schwierig zu finden sind. Dieses Bruchstückhafte der europäischen Gesetzgebung zu beheben, wird noch durch die fragmentarische Aufteilung von Kompetenzen zwischen der Union einerseits und den Mitgliedstaaten andererseits erschwert: Hätte der europäische Gesetzgeber umfassendere Kompetenzen, so würde es ihm sicherlich leichter fallen, ein kohärenteres Bild legislativer Tätigkeit darzustellen.³¹

Analogiebildungen können ihren Teil dazu beitragen, durch Richterrecht Dissonanzen und Inkohärenzen in der jeweiligen Gesetzeslandschaft behutsam zu korrigieren. Besonders schwer wiegen solcherlei Umstände in kodifizierten Gesetzssystemen wie dem deutschen, während in Rechtsordnungen, die weitgehend auf case law basieren, die Inkohärenz als Teil der jeweiligen Rechtskultur bezeichnet werden kann.³² So gilt das historische equity-System des common law als im Grunde beinahe vollständig inkohärent.³³ Der deutsche Gesetzgeber scheint auf diese recht neue Aufgabe hingegen noch unzureichend vorbereitet zu sein. Der Hinweis, dieser sei sich „ganz offenbar über den Charakter und die Funktion des Instrumentes Richtlinie im Unklaren“,³⁴ scheint jedoch eher der üblichen Polemik der deutschen Literatur geschuldet und der Realität nicht gerecht zu werden.

Die Verbraucherschützenden Normen mag man dabei durch ihre zunehmend dichtere Ausgestaltung zwar mittlerweile auf dem Weg von reinen Inseln³⁵ im

125, weist darauf hin, dass eine Harmonisierung auf europäischer Ebene auch dadurch erschwert wird, dass bereits die innerstaatlichen Rechte in sich oftmals inkohärenter Natur sind.

³⁰ Vgl. Europäisches Regieren – Ein Weißbuch, 25. 7. 2001, KOM (2001) 428 endg., S. 8.

³¹ *Hirte*, Wege zu einem europäischen Zivilrecht (1996), 23 f.

³² So *Fryderyk Zoll* in seinem Vortrag „Formation of European Law, using the example of the Common European Sales Law“ am 8. Januar 2013 an der Universität Katowice. MünchKomm/Micklitz (6. Aufl. 2012), Vor §§ 13, 14 BGB, Rn. 30.

³³ So *David Ibbetson* in seinem Vortrag „European Legal History“ am 19. März 2013 an der Universität Cambridge. Vgl. auch *Geoffrey Samuel*, ZEuP 1995, 375, 384 f.

³⁴ *P. Kreutz*, DZWIR 2012, 45, 46.

³⁵ So noch *Rittner*, JZ 1995, 849, 851 und 853.

übrigen Recht hin zu Archipelen sehen³⁶ – am grundsätzlich fragmentarischen Charakter der einzelnen Rechte hat sich dadurch jedoch wenig geändert. Dieser Misstand könnte mit der Herausarbeitung von Analogien für vergleichbare Fälle wenn nicht behoben, so doch zumindest abgemildert werden.³⁷ Vergleichbares kann auch durch den Gesetzgeber selbst erfolgen, namentlich durch die „überschießende Umsetzung“³⁸. Dabei muss jedoch berücksichtigt werden, dass eine solche Umsetzung zwar zu einer in sich schlüssigeren Systematik auf nationaler Ebene führen kann, dieses jedoch gleichzeitig ein weiteres Divergieren der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen mit sich bringt, wenn nicht alle Mitgliedstaaten eine derartige überschießende Umsetzung vornehmen.

III. Gang der Untersuchung

Diese Arbeit soll der Frage nachgehen, ob und, falls ja, welcher Richter ein europarechtlich begründetes Widerrufsrecht für Verbraucher analog für die Herausbildung eines neuen Widerrufsrechtes heranziehen darf. Dabei soll der Frage, welche Befugnisse dem Richter grundsätzlich im Verhältnis zum Parlament zukommen (einem Jahrhundertthema, das für sich genommen ganze Bibliotheken zu füllen vermag)³⁹ in einem geringeren Maße als theoretisch möglich nachgegangen werden. Der Schwerpunkt liegt auf der Herausarbeitung praktischer zivilrechtlicher Lösungen.

In bestimmten Fällen – wie noch zu zeigen sein wird, hierzu insbesondere unter § 4 – wäre auch der Europäische Gerichtshof zur Bildung von Analogien befugt. Die Realisierung einer solchen Möglichkeit erscheint jedoch als politisch (und derart würde der Gerichtshof handeln) zu unwahrscheinlich, um sie allzu vertieft

³⁶ *Basedow*, AcP 200 (2000), 445, 45; *Roth*, FG 50 Jahre Bundesgerichtshof Bd. II (2000), 847, 881.

³⁷ *Klauer*, Die Europäisierung des Privatrechts (1998), merkt hierzu an, dass die einzige Möglichkeit, ein wirklich harmonisiertes und deutlich weniger fragmentiertes zivilrechtliches Regelwerk zu erlangen, in der Einführung eines Europäischen Zivilgesetzbuches liegt.

³⁸ So erstmals *Habersack/Mayer*, JZ 1999, 913. Weiter dazu: *Roth*, FG 50 Jahre Bundesgerichtshof Bd. II (2000), 847, 880 f.; *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht (2006); *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, 545-552; *Brandner*, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien (2003).

³⁹ *Everling*, JZ 2000, 217, 218 auch unter Berücksichtigung rechtsvergleichender Gesichtspunkte aus dem angelsächsischen und romanischen Raum.

zu verfolgen. Insbesondere soll es daher um die Möglichkeiten eines nationalen (in concreto: deutschen) Richters gehen, innerhalb seines Kompetenzbereiches verbraucherschützende Widerrufsrechte neu zu schaffen.

Dabei sollen nach der Frage, welcher Verband und welches Organ unter welchen Voraussetzungen dazu berufen ist, Widerrufsrechte zu schaffen, insbesondere die mit den aktuellen vollharmonisierenden Tendenzen der Unionspolitik einhergehenden Herausforderungen beleuchtet werden. Zum Abschluss sollen einzelne konkrete Möglichkeiten zur Analogiebildung angedacht und auf ihre Tauglichkeit überprüft werden.

§ 2: Die Verbandskompetenz

I. Grundsätzliches

Zunächst stellt sich die Frage, welche Ebene zur Lückenschließung ermächtigt ist, mithin die Frage nach der Verbandskompetenz: Sollen Organe der Union oder solche der Mitgliedstaaten berufen sein, etwaige Lücken im Gesetz festzustellen und zu füllen?⁴⁰ Die Frage, ob ein mitgliedstaatliches Organ eine Lücke füllen darf in einem Bereich, in welchem zumindest auch die Union zuständig zur Rechtsetzung ist, stellt dabei weniger ein besonderes Problem, ob und wie Lücken gefüllt werden, sondern vielmehr ein solches der Wahrnehmung von Kompetenzen dar.⁴¹ Die Kompetenz zur Lückenfüllung folgt dabei keiner eigenen Variante der Aufgabenverteilung zwischen den verschiedenen Ebenen, sondern richtet sich sinnvollerweise nach der allgemeinen Kompetenzverteilung zwischen den Mitgliedstaaten einerseits und der Europäischen Union andererseits.⁴² Diese ist inzwischen durch den Vertrag von Lissabon relativ klar erfolgt (Artt. 3 ff. AEUV).⁴³

Dabei muss wie im gesamten Unionsrecht das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung beachtet werden, wonach die EU nicht aus sich selbst heraus, sondern nur im Rahmen der ihr durch die Verträge verliehenen Kompetenzen tätig werden darf.⁴⁴ Sofern die Union in der betreffenden Rechtsmaterie eine ausschließliche Zuständigkeit genießt, sind ihre Organe selbst berufen, die

⁴⁰ *Kerber/ Heine*, in: *Ott/ Schäfer* (Hrsg.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen* (2002), 167, 171 f.

⁴¹ *Bieber*, in: *Bieber/Ress* (Hrsg.), *Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts* (1987), 283, 291.

⁴² *Bieber*, in: *Bieber/Ress* (Hrsg.), *Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts* (1987), S. 283, 307 f. m.w.N.; *Heß*, *Die Umsetzung von EG-Richtlinien im Privatrecht* (1999), S. 130; *Everling*, *JZ* 2000, 217, 221; *Grigoleit*, *AcP* 210 (2010), 354, 388.

⁴³ Vgl. hierzu instruktiv: *Kaczorowska*, *European Union Law* (2. Aufl. 2011), 78 f.

⁴⁴ *Ukrow*, *Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH* (1995), 217-221; vgl. zum Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung auch *Paschke*, in: *Paschke/ Iliopoulos* (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht* (1998), 9, 10 f.; *Seidel*, *Einflüsse des europäischen Rechts auf das deutsche Verbraucherschutzrecht* (2001), 27; *Ihns*, *Entwicklung und Grundlagen der europäischen Rechtsangleichung* (2005), S. 189 f.; *Grigoleit*, *AcP* 210 (2010), 354, 364; *Kaczorowska*, *European Union Law* (2. Aufl. 2011), S. 78.

entsprechende Lücke zu schließen. Dies betrifft in erster Linie den Richtliniengeber oder, sofern dieser untätig bleibt, den Gerichtshof der Europäischen Union⁴⁵. Bei der weitaus häufigeren konkurrierenden Zuständigkeit hingegen sind grundsätzlich die Organe der Mitgliedstaaten befugt, die jeweilige Lücke zu schließen.⁴⁶ Dabei ist es aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts⁴⁷ selbstverständlich unumgänglich, dass diese bei der Lückenschließung das geltende EU-Recht hinreichend beachten.

II. Die Kompetenzverteilung im Verbraucherschutzrecht

Die wichtigsten europäischen Verbraucherschutzrichtlinien finden ebenso wie die nunmehr durchgeführte Zusammenfassung einiger dieser Richtlinien unter dem Namen „Richtlinie über Rechte der Verbraucher“⁴⁸ ihre Rechtsgrundlage in dem heutigen Art. 169 (ex-Art. 153 EGV) i.V.m. Artt. 114 (ex-Art. 95 EGV), 4 II f AEUV. Damit wird eine sogenannte „geteilte Zuständigkeit“⁴⁹ zwischen den Verbänden begründet. Solange die Union nicht tätig wird, dürfen die Mitgliedstaaten (und damit, sofern dies nach innerstaatlichem Recht möglich ist, auch die nationalen Gerichte) entsprechende Regelungen auf dem bis dato noch unregulierten Gebiet schaffen. In den hier relevanten Konstellationen geht es um das Recht von Verbrauchern, in bestimmten Situationen, in denen sie besonders schutzwürdig erscheinen, Verträge zu widerrufen. Diese Situationen sind von unionsrechtlicher Seite zumindest nicht vollständig, sondern vielmehr lediglich fragmentarisch geregelt. Sofern den jeweiligen Richtlinien, etwa im Rahmen einer Vollharmonisierungsmaßnahme, nicht die negative Aussage entnommen werden

⁴⁵ Dabei insbesondere der Gerichtshof selbst: *Schermers*, in: *Bieber/Ress* (Hrsg.), *Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts* (1987), 311, 317.

⁴⁶ *Heß*, *Die Umsetzung von EG-Richtlinien im Privatrecht* (1999), 133 f.

⁴⁷ Vgl. hierzu jeweils umfassend: *Gréciano*, *Die Anwendung des Europarechts im innerstaatlichen Bereich* (2002), 37-39; *Masing*, *NJW* 2006, 264-268; *Niedobitek*, in: *Niedobitek/Zemanek* (Hrsg.), *Continuing the European Constitutional Debate: German and Czech Contributions from a Legal Perspective* (2008), 63-103; *Meier*, *Rechtswirkungen von EG-Richtlinien und EU-Rahmenbeschlüssen im nationalen Recht* (2008), 33-36; *Baumann*, *Rechtsprechung des EuGH* (2010), 5-37; *Ehlers*, *Jura* 2011, 187-193 m.w.N.

⁴⁸ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher.

⁴⁹ *Mak*, *ERPL* 2009, 55, 63. *Tamm*, *EuZW* 2007, 756, 759 spricht vom „Grundsatz des partnerschaftlichen Zusammenwirkens“.

kann, dass ein weitergehender Schutz der Verbraucher nicht zulässig ist (dazu unten unter § 6), liegt die Kompetenz zum Erlass weiterer verbraucherschützender Widerrufsrechte in anderen als den bereits geregelten Situationen demnach bei den Mitgliedstaaten selbst.

Nimmt man als Anknüpfungspunkt für die Analogiebildung (also das Gesetz, was gleichsam als „Modell“ für das neu zu schaffende Widerrufsrecht dienen soll) die europarechtliche Richtlinie selbst und nicht das nationale Verbraucherschutzrecht, so wäre denkbar, eine solche Analogiebildung durch die Union zuzulassen. Verfügt diese über die Kompetenz zum Erlass der analog heranzuziehenden Richtlinie, so könnte man annehmen, sie sei auch zur Bildung der Analogie berufen. Würde man der Union eine solche Art von „Annexkompetenz“ für die Analogiebildung in Bereichen, in denen der Union zumindest bislang keine originäre Rechtsetzungskompetenz zukommt, zubilligen, so liefe man allerdings Gefahr, die bestehende Kompetenzverteilung – und damit neben dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung auch die Beachtung des Subsidiaritätsprinzips – zu beeinträchtigen. Dieser Herangehensweise wohnt deshalb das Problem inne, dass der Rechtsanwender über die Lückenfüllung zu einer schleichenden Aushöhlung der vertraglich verfassten Kompetenzverteilung zwischen der Union einerseits und den Mitgliedstaaten andererseits gelangen könnte. *Jörn Ipsen*⁵⁰ hat dies im Verhältnis zwischen Bund und Ländern einst als zusätzliches Problem neben dem der „horizontalen Gewaltenteilung“ erkannt.

Die Gefahr einer Verletzung einer solchen „vertikalen Gewaltenteilung“ besteht gleichsam im Verhältnis des Unionsrechts zu den jeweiligen nationalen Rechtsordnungen. Dabei besteht die Besonderheit des Unionsrechts, dass die einzelnen Kompetenznormen in weiten Kategorien umschrieben sind, bei denen naturgemäß ein erheblicher Spielraum für Auslegungszweifel bleibt, wie zu Recht das Højesteret (der dänische Oberste Gerichtshof) feststellt⁵¹. Art. 114 AEUV beispielsweise verlangt einen Binnenmarktbezug, der bei nahezu jedweder

⁵⁰J. Ipsen, in: Achterberg (Hrsg.), *Rechtssprechungslehre* (1986), 435, 445 – 447.

⁵¹Højesteret 6.4.1998, *Ugeskrift for Retsvæsen*, 1998, 800. Hierzu auch *Fredrik Thomas*, *ZaöRV* 58 (1998), 879-906.

zivilrechtlichen Maßnahme, welche eine unionsweite Rechtsvereinheitlichung oder –harmonisierung zum Gegenstand hat, relativ leicht zu begründen ist. Eine Ausnahme hierzu mag lediglich das Familien- und Erbrecht darstellen, sofern der geregelte Sachverhalt keinen grenzüberschreitenden Bezug aufweist.⁵² Um eine ausufernde Kompetenz der Union und damit eine Aushöhlung des Prinzips der begrenzten Einzelermächtigung zu verhindern, ist es angezeigt, insbesondere Art. 114 AEUV restriktiv auszulegen.⁵³

Die EU verfügt demnach sinnvollerweise lediglich dann über die Verbandskompetenz zur Bildung von Analogien, wenn in dem durch diese Analogien zu regelnden Bereich ihr eine durch die europäischen Verträge übertragene Zuständigkeit erwächst. Ist dies nicht der Fall, so besteht im Umkehrschluss die Verbandskompetenz der Mitgliedstaaten für die Ausbildung einer Analogie.⁵⁴ Ob diese von ihrer Kompetenz Gebrauch machen, ist dann freilich ihre eigenständige, autonome Entscheidung. Im Folgenden gilt es, herauszufinden, ob der Verbraucherschutz als alleiniges Ziel der Union ausreicht, um den Anforderungen der Kompetenztitel gerecht zu werden.

III. Verbraucherschutz als eigenständiges Ziel der Union?

Eine Kompetenz der Union zur Schaffung von Analogien im Geltungsbereich einzelner Mitgliedstaaten würde bestehen, wenn das Ziel des Verbraucherschutzes ausreicht, um die Anforderungen der Kompetenztitel zu erfüllen. Würde der EuGH beispielsweise in Deutschland ein Widerrufsrecht durch eine Analogie schaffen, so würde dies den dort lebenden Verbrauchern zu Gute kommen und diese damit schützen. Dabei müsste der EuGH wie ohnehin immer im Rahmen der Verbandskompetenz der Union handeln. Dies wäre der Fall, wenn das Unionsrecht das Ziel des Verbraucherschutzes als Selbstzweck verfolgt. Möglicherweise darf sie jedoch lediglich in Situationen tätig werden, in denen mit

⁵² *Mankowski/Hölscher/Gerhardt*, in: Rengeling/Middeke/Gellermann, Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union (3. Aufl. 2014), § 38 Rn. 1.

⁵³ Vgl. *Kunz*, Verbraucherschutz beim Internethandel in der Europäischen Union (2010), 25 f.; *Mittwoch*, Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht (2013), 131.

⁵⁴ So auch *Ahmling*, Analogiebildung durch den EuGH im Europäischen Privatrecht (2012), 148 f.

einer weiteren Verbraucherschützenden Maßnahme zugleich der Binnenmarkt gestärkt bzw. vollendet⁵⁵ würde. Dann würde es stets einer unionsweiten Geltung des betreffenden neu geschaffenen Widerrufsrechts bedürfen.

1) Normative Begründungsmodelle

Der Verbraucherschutz als Ziel der Europäischen Union (bzw. der jeweiligen Vorgängerorganisationen) hat im Laufe der Jahrzehnte stetig an Einfluss gewonnen.⁵⁶ Die Bedeutung dieser Politik mag sich aktuell bereits aus dem Umstand ergeben, dass der AEUV durch die Erwähnung in einem eigenen Titel (XV) dem Verbraucherschutz auch systematisch eine besonders herausgehobene Stellung einräumt.⁵⁷

Heiderhoff betont in diesem Zusammenhang, die Widerrufsrechte zielten nicht etwa generell auf einen erhöhten Schwächerenschutz, sondern vielmehr darauf, die Marktaktivitäten der Verbraucher zu erhöhen und damit zur Verwirklichung des Binnenmarktes beizutragen.⁵⁸ Nach anderer Ansicht besteht das vorrangige Ziel des Verbraucherschutzrechts in der Sicherung der wirtschaftlichen Selbstbestimmung der Konsumenten⁵⁹ oder in der Hebung des Lebensstandards

⁵⁵ Inwieweit dieser bereits vollendet ist, lässt sich dabei schwerlich bestimmen. Die Kommission geht in ihren Vorarbeiten zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (Single Market Act), KOM(2011) 635 endg., von einigem Bedarf an Verbesserungen aus. So exportiert gegenwärtig durchschnittlich nur jedes zehnte im Warenhandel tätige Unternehmen Waren aus der Europäischen Union in andere Mitgliedstaaten der Union. Hinzu kommt, dass sich diese Ausfuhren meist auf wenige andere Mitgliedstaaten beschränken. Dieser Umstand gründet auch in den unterschiedlichen Regelungen der Mitgliedstaaten zum Vertragsrecht, s. Eurobarometer 320 (Europäisches Vertragsrecht in Geschäften zwischen Unternehmen), 2011, 15, und Eurobarometer 321 (Europäisches Vertragsrecht in Geschäften zwischen Unternehmen und Verbrauchern), 2011, 19. Hierzu ausführlich unten unter § 6 I 4 a).

⁵⁶ Hierzu sehr ausführlich und anschaulich *Rösler*, ZfRV 2005, 134 – 147 sowie (wenn auch naturgemäß mittlerweile nicht mehr auf dem neuesten Stand) v. *Hippel*, RabelsZ 45 (1981), 353-375.

⁵⁷ *Rösler*, ZfRV 2005, 134, 135.

⁵⁸ *Heiderhoff*, Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts (2004), S. 408 f.; *dies.*, Europäisches Privatrecht (3. Aufl. 2012), Rn. 177 und 183 – 186.

⁵⁹ *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers (1998), 282. *Franck*, ZBB 2003, 334, 335, sieht das primäre Ziel im Verbraucherschutz. „Daneben“ kennzeichne das EU-Recht, „dass alle harmonisierenden Maßnahmen dem Auf- und Ausbau eines funktionierenden Binnenmarktes dienen“. Anschließend scheint *Franck* doch das Ziel des Verbraucherschutzes nur dann als legal i.S.d. europäischen Verträge anzunehmen, wenn die jeweilige sekundärrechtliche

der europäischen Bevölkerung.⁶⁰ Letzteres sollte jedoch, folgt man dem das gesamte Europarecht beherrschenden Subsidiaritätsgedanken (wenngleich dieser zweifelsohne in der Praxis der Normsetzung oftmals auf seinen Torso reduziert wird)⁶¹, nicht Gegenstand der Rechtsetzungsbefugnisse der Europäischen Union sein, sofern hierdurch nicht der Binnenmarkt gefördert wird. Diesem Gedanken trägt auch die Regelung des Art. 169 II lit.a AEUV Rechnung, in welcher Maßnahmen zur Erhöhung des Verbraucherschutzniveaus auf solche im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarktes beschränkt werden. Die durch Art. 169 AEUV der Union zur Verfolgung einer eigenständigen Verbraucherschutzpolitik eingeräumte Kompetenz ist somit insbesondere durch die Bestimmung des Art. 169 II lit.b AEUV im Ergebnis eingegrenzt und den jeweiligen Verbraucherschutzpolitiken der Mitgliedstaaten lediglich nachgeordnet.⁶² Würde man aus Art. 169 II lit.b AEUV eine allgemeine Kompetenz der Union zur Schaffung neuer Verbraucherschutzregelungen ohne Bezug zur Verwirklichung des Binnenmarktes herauslesen, so erschiene der Wortlaut des AEUV überstrapaziert: Maßnahmen der Union, die sich auf eine derart interpretierte Norm stützen, würden die gesetzgeberische Tätigkeit der Mitgliedstaaten nicht mehr „unterstützen“ oder „ergänzen“, sondern vielmehr „ersetzen“.⁶³ In der Praxis ist ohnehin erst eine einzige Richtlinie auf die Kompetenznorm des Art.

Maßnahme der Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Regelwerke und damit der Vertiefung des Binnenmarktes dient. *Schwab/ Gieseemann*, EuZW 2012, 253, sehen die Zwecke der Verwirklichung des Binnenmarktes und des Verbraucherschutzes – ähnlich wie zunächst *Franck* – als parallel angestrebt an. Die EU-Justizkommissarin *Viviane Reding* betont die Bedeutung der einzelnen Bürger für das Binnenmarktprojekt.: „Let's not forget that the Single Market is much more than a project for businesses. One of the challenges of promoting European integration is that citizens often don't see the benefits of the Single Market. That needs to change. The new Barroso Commission is fully committed to putting citizens first. The citizen is the focus of both rebuilding our economy and President Barroso's policy-making agenda.“, so in ihrer Rede am 15.3.2010 beim European Consumer Day in Madrid (SPEECH/10/92).

⁶⁰ *Norbert Reich*, ZEuP 1994, 381, 393 f.

⁶¹ *Honsell*, ZIP 2008, 621, 622 f. weist – nicht ganz zu Unrecht – darauf hin, dass in den Begründungserwägungen die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips oftmals schlicht behauptet wird, ohne dass dies der Wahrheit entspreche. Vgl. für Viele *Hans Magnus Enzensberger* in der FAZ vom 3.2.2010 mit seiner Polemik „Wehrt euch gegen die Bananenbürokratie!“, der die Brüsseler Regelungswut anprangert und das Gewicht des ausgedruckten Amtsblattes der Union bereits im Jahr 2005 als dem eines jungen Nashorns ebenbürtig bezeichnet.

⁶² *Callies/Ruffert/Krebber*, Kommentar zum AEUV (4. Aufl. 2011), Art. 169 AEUV, Rn. 3, 20.

⁶³ *Roth*, in: *Gsell/Herresthal* (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), 13, 28 f.

169 II lit.b AEUV (genauer gesagt auf deren Vorgängernorm Art. 129a II EGV) gestützt worden: die sogenannte „Preisangabenrichtlinie“^{64,65}

a) Gesichtspunkte der Systematik

Dem entgegen steht die Tatsache, dass das Primärrecht der Union an anderer Stelle, in concreto über die nunmehr rechtlich bindende Grundrechtecharta in ihrem Art. 38 („Die Politiken der Union stellen ein hohes Verbraucherschutzniveau sicher“), den Verbraucherschutz als Ziel benennt, ohne dass in diesem Zusammenhang der Binnenmarkt Erwähnung findet. Auch der neue Art. 3 II EUV erwähnt – anders noch als der frühere Art. 4 I EGV – die „soziale“ Marktwirtschaft, was möglicherweise einen Hinweis auf eine künftige Veränderung der Unionsziele darstellen könnte.⁶⁶

Dem entspricht auch die nunmehr außer Kraft getretene (wenngleich mit ähnlichem Inhalt in die neue Verbraucherrechterichtlinie⁶⁷ inkorporierte) Haustürgeschäfte richtlinie⁶⁸. Auch wenn das Sekundärrecht nicht in der Lage ist, der Union Kompetenzen zu gewähren, so vermögen dessen Bestimmungen doch indizielle Wirkung selbst für Fragen der Kompetenzverteilung zu entfalten. Dies gilt insbesondere, wenn eine Richtlinie – wie hier die Haustürgeschäfte richtlinie – seit langem in Kraft war, ohne dass namhafte Stimmen Bedenken bezüglich der Verbandskompetenz angemeldet hätten.⁶⁹ Die Haustürgeschäfte richtlinie (und

⁶⁴ Richtlinie 98/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse.

⁶⁵ *Riehm*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009, 159, 194 f.

⁶⁶ *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht (3. Aufl. 2012), Rn. 186.

⁶⁷ Richtlinie 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 Richtlinie 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. Zu deren Entstehungsgeschichte sehr instruktiv: *Cap*, in: Bydlinski/ Lurger (Hrsg.), Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher, 1-20.

⁶⁸ Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen.

⁶⁹ *Rösler*, ZfRV 2005, 134, 138, zeigt sich zumindest verwundert über das Ziel der Richtlinie, nicht etwa grenzüberschreitende Verträge und damit die Vitalisierung des Binnenmarktes zu fördern, sondern zumeist rein national bleibende Probleme zu lösen, die lediglich auf der Anwendung unerwünschter Vertriebsmethoden beruhen.

dementsprechend in Teilen die Verbraucherrechterichtlinie) beschäftigte sich mit Rechtsfragen, die typischerweise bei nicht grenzüberschreitenden Situationen aufkommen. Wenngleich auch beispielsweise Touristen im Urlaub auf der Straße eines anderen Mitgliedstaates zu einem Vertragsschluss gedrängt werden könnten, so betrifft der Hauptanwendungsfall doch eine rein inländische Problematik. Der Binnenmarkt ist von der Frage, ob Verbrauchern bei Haustürgeschäften ein Widerrufsrecht zukommt, insofern kaum betroffen. Dies ist lediglich insoweit der Fall, als jedwede unterschiedliche Normgebung abstrakt geeignet ist, Handel zu erschweren – dass dies jedoch kaum zum Ansatzpunkt für die Zubilligung von Kompetenzen taugt, liegt auf der Hand.

Der Verbraucherschutz als isolierter Selbstzweck ist jedoch sinnvollerweise – auch wenn das europäische Sekundärrecht in seinen Formulierungen teilweise selbst einen gegenteiligen Eindruck erweckt⁷⁰ – nicht Gegenstand der Kompetenzen der Unionsebene.⁷¹ Die Union darf mithin lediglich in Feldern aktiv werden, in denen Handelsbarrieren zwischen den Mitgliedstaaten bestehen und in denen die konkrete verbraucherschützende Maßnahme geeignet ist, die Vertiefung des Binnenmarktes zu unterstützen.⁷² Hierauf deutet auch die

⁷⁰ So heißt es in der Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher unter dem Entscheidungsgrund 23: „Um einen optimalen Schutz des Verbrauchers zu gewährleisten, muss dieser hinlänglich über die Bestimmungen dieser Richtlinie und die auf diesem Gebiet gegebenenfalls bestehenden Verhaltensmaßregeln informiert werden, und ihm sollte ein Recht auf Widerruf eingeräumt werden“. *Eidenmüller*, AcP 210 (2010), 67, 69, weist darauf hin, dieses seines Erachtens nicht begründete Widerrufsrecht pflanze „sich so [...] reflexionslos weiter fort“.

⁷¹ *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003), 229 m.w.N.; *Mak*, ERPL 2009, 55, 63; *Tamm/Rott*, Editorial VuR 2012, 1; *Grigoleit*, AcP 210 (2010), 354, 374, ist der Ansicht, der allgemeine Gedanke des Verbraucherschutzes vermöge schon allein deshalb keinen Binnenmarktbezug zu begründen, weil bereits das Kollisionsrecht für hinreichend verlässliche Rahmenbedingungen Sorge. Diese Ansicht ist indes insofern problematisch, als das Kollisionsrecht gegebenenfalls auf eine ausländische Rechtsordnung verweist, welche über andere materielle Regelungen verfügt als die deutsche. Es wäre lebensfremd, dem Verbraucher abzuverlangen, die zivilrechtlichen Regelwerke aller Mitgliedstaaten der Union inhaltlich zu kennen. *Basedow* (frei zitiert und in der Sache unterstützt von *Heiss*, ZEuP 1996, 625) sieht die Ziele des Verbraucherschutzes einerseits und der Vertiefung des Binnenmarktes andererseits wohl als parallel laufend (und eben nicht sich gegenseitig fördernd), wobei er letzterem Ziel im Falle des Auftretens eines Konfliktes den Vorrang gewähren will.

⁷² *Mak*, ERPL 2009, 55, 64. *Franck*, ZBB 2003, 334, 335, der allerdings etwas unpräzise davon spricht, der Binnenmarkt müsse als Ziel „daneben“ stehen. Passender ist es, von „darüber“ zu sprechen.

Präambel des EUV hin, welche als Ziel zwar den sozialen Fortschritt ihrer Völker benennt, jedoch nur im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarktes.⁷³

b) Gesichtspunkte der Historie

In eine andere Richtung zielte die Schlusserklärung der Staats- und Regierungschefs der Gipfelkonferenz vom 19.-21. Oktober 1972 in Paris, die verlautbaren ließ:

„Dieses Programm soll insbesondere dem Ziel dienen, [...] die Arbeits- und Lebensbedingungen zu verbessern [...] und Maßnahmen zugunsten des Verbraucherschutzes zu verstärken und zu koordinieren.“⁷⁴

Von einer Einkleidung zu treffender Maßnahmen in das Ziel des Binnenmarktes ist hier nicht die Rede. Nun wäre die Versammlung der Staats- und Regierungschefs heutzutage eine solche des Europäischen Rates, mithin eines Unionsorgans, welches – obwohl es als „politisches Leitorgan der EU“⁷⁵ handelt – die Kompetenzen als Teil des Primärrechts grundsätzlich⁷⁶ nicht selbstständig ändern kann.⁷⁷ Zu damaliger Zeit jedoch fungierte die Versammlung der Staats- und Regierungschefs noch nicht als Organ der Gemeinschaften, sondern lediglich als noch relativ unregelte politische Beratungsgruppe.⁷⁸ Diese zurrte mehr und mehr politische Leitentscheidungen zur Entwicklung der Gemeinschaften fest.

⁷³ „IN DEM FESTEN WILLEN, im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarkts sowie der Stärkung des Zusammenhalts und des Umweltschutzes den wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt ihrer Völker unter Berücksichtigung des Grundsatzes der nachhaltigen Entwicklung zu fördern und Politiken zu verfolgen, die gewährleisten, dass Fortschritte bei der wirtschaftlichen Integration mit parallelen Fortschritten auf anderen Gebieten einhergehen, [...]“.

⁷⁴ Sechster Gesamtbericht der Kommission (1972) 12 f.

⁷⁵ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht (8. Aufl. 2012), Rn. 238; So auch Art. 15 I S. 1 EUV: „Der Europäische Rat gibt der Union die für ihre Entwicklung erforderlichen Impulse und legt die allgemeinen politischen Zielvorstellungen und Prioritäten hierfür fest“.

⁷⁶ Eine dogmatisch etwas eigentümliche Ausnahme stellt die Regelung des Art. 86 Abs. 4 AEUV dar, welche es dem Rat als Unionsorgan (wenn auch unter Beteiligung anderer Unionsorgane) gestattet, Vertragsänderungen vorzunehmen.

⁷⁷ *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Kumin*, Das Recht der Europäischen Union (2012), Art. 15 EUV Rn. 70.

⁷⁸ *Hilf/Pache*, in: *Grabitz (Begr.)/Hilf (fortg.)*, Das Recht der Europäischen Union (37. EL 2008), Art. 4 EUV, Rn. 3-6.

„Herren der Verträge“ blieben die Mitgliedstaaten;⁷⁹ die versammelten Staats- und Regierungschefs repräsentierten in den 1970er Jahren noch ihre jeweiligen Herkunftsstaaten. Wenngleich dies in Teilen de facto auch noch heutzutage gilt, so ist der Europäische Rat zumindest offiziell mittlerweile ein Organ der Union. Was die Festlegung von Kompetenzen anbelangt, so handelte diese noch recht neuartige Gruppierung zumindest in einer Grauzone. Eine solche Schlusserklärung einer derartigen Konferenz ist in jedem Fall jedoch zumindest in rechtlicher Hinsicht keineswegs bindend⁸⁰ – schon gar nicht, was ein derart bedeutendes Thema wie die Festlegung und Ausweitung von Kompetenzen anbelangt.

Der (Minister-) Rat legte im Laufe der Debatte um die Vertiefung der Verbraucherschutzpolitik indes ein eher skeptisches Verhalten an den Tag.⁸¹ So versuchte der Rat in den 1990er Jahren beispielsweise, die (allerdings in den vorherigen Jahren überproportional angewachsenen) Haushaltsmittel für die Verbraucherschutzpolitik einzuschränken, was nur dank der Initiative des Europäischen Parlaments verhindert werden konnte.⁸² Die Unionsorgane sind (oder zumindest waren) sich also auch untereinander nicht immer einig, was die angestrebte Dimension und Bedeutung der Verbraucherrechtspolitik anbelangt. Deren Agieren und Positionen vermögen also gleichfalls bei der Frage der Unionskompetenzen nicht weiterzuhelfen.

Ein weiterer, bedeutender Akteur in der politischen Diskussion ist naturgemäß die Kommission. In der „Verbraucherpolitischen Strategie 2002-2006“ der Kommission heißt es:

⁷⁹ *Frenz*, Handbuch Europarecht (2001): Band 6, Kap. 1, § 1, Rn. 13.; *Görisch*, Demokratische Verwaltung durch Unionsagenturen (2009), S. 169; *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht (8. Aufl. 2012), Rn. 53.

⁸⁰ *Hilf/Pache*, in: Grabitz (Begr.)/Hilf (fortg.), Das Recht der Europäischen Union (37. EL 2008), Art. 4 EUV, Rn. 4.

⁸¹ *Rösler*, ZfRV 2005, 134, 145.

⁸² *Von Hünerbein*, in: Haupt/Piepenbrock (Hrsg.), Verbraucherpolitik International (1988), 93, 113. Die Gesamtsumme für die Verbraucherschutzpolitik stieg von ca. 1,3 Mio. ECU im Haushaltsjahr 1984 auf 16,2 Mio. ECU im Jahr 1992. Der Etat für den Verbraucherschutz wurde in diesem Zeitraum verzwölfeinhalbfacht, während der Gesamtetat der Gemeinschaft in diesem Zeitraum nur um das 2,3fache anstieg; vgl. hierzu *Mitropoulos*, Verbraucherpolitik in der Marktwirtschaft (1997), 289.

„Die Verbraucherpolitik der EU zielt somit darauf ab, in der gesamten EU ein kohärentes und einheitliches Umfeld zu schaffen, in dem die Verbraucher Einkäufe außerhalb ihres Heimatlandes ohne Bedenken tätigen können.“⁸³

Der „Verbraucherpolitischen Strategie“ kommt freilich keine rechtliche Außenwirkung zu (ohnehin kann auch die Kommission als Unionsorgan nicht die primärrechtlich festgesetzten Grenzen der Unionskompetenzen neu justieren).⁸⁴ Positionen der Kommission können – wie jedwede Standpunkte von Unionsorganen – allenfalls als Indikator dafür taugen, dass eine bestimmte Kompetenz als gegeben angenommen wird. Die in der „Verbraucherpolitischen Strategie 2002-2006“ verwandte Formulierung deutet eher drauf hin, dass der Verbraucherschutz lediglich als Mittel zur Vertiefung des Binnenmarktes gesehen wird. Gleiches gilt für die Verbraucherrechterichtlinie⁸⁵, in deren Art. 1 es heißt:

„Zweck dieser Richtlinie ist es, durch Angleichung bestimmter Aspekte der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten in Bezug auf Verträge, die zwischen Verbrauchern und Unternehmern geschlossen werden, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu erreichen und damit zum ordnungsgemäßen Funktionieren des Binnenmarkts beizutragen.“

Wobei dieselbe Richtlinie in ihrem Erwägungsgrund (7) wiederum bestimmt:

„Durch eine solche Harmonisierung sollte es zur Beseitigung der sich aus der Rechtszersplitterung ergebenden Hindernisse und zur Vollendung des Binnenmarkts auf diesem Gebiet kommen. Die betreffenden Hindernisse lassen sich nur durch die Einführung einheitlicher Rechtsvorschriften auf Unionsebene

⁸³ KOM (2002), 208 endg. S. 8. Hierzu *Rösler*, ZfRV 2005, 134, 140, 144

⁸⁴ Vgl. *Haag*, in: Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil (Begr.), Die Europäische Union – Rechtsordnung und Politik (2001), Rz. 402.

⁸⁵ Richtlinie 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 Richtlinie 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.

abbauen. Darüber hinaus sollten die Verbraucher in den Genuss eines hohen, einheitlichen Verbraucherschutzniveaus in der gesamten Union kommen.“

Ob die Erhöhung des Verbraucherschutzniveaus tatsächliches Ziel ist oder lediglich genannt wird, um das wichtigere Ziel eines vertieften Binnenmarktes zu erreichen, bleibt fraglich. Insbesondere sind die neueren Vorstellungen der Kommission verbraucherschutzpolitisch eher als Rück- denn als Fortschritt zu werten. So werden durch die neueren Bestrebungen zur Vollharmonisierung (dazu unten unter § 6) bzw. der Einführung eines optionalen Instruments als Möglichkeit der Rechtswahl⁸⁶ die unterschiedlichen Niveaus der mitgliedstaatlichen Regelungen auf einem bestimmten Niveau „gekappt“.⁸⁷ Dabei besteht die Gefahr, durch derartige Maßnahmen das Verbraucherschutzniveau eher zu senken, als zu erhöhen oder auf dem bestehenden Niveau zu manifestieren.

Historische Gesichtspunkte zeichnen insgesamt ein gespaltenes Bild von der Wichtigkeit der Verbraucherschutzpolitik. Ein echtes Argument für oder gegen die Kompetenz zu gesetzgeberischer Tätigkeit, wenn der Verbraucherschutz als Selbstzweck verfolgt wird, kann hierdurch schwerlich gewonnen werden.

2) Die Entwicklung der Verbraucherpolitik der Union

Historisch betrachtet, war der Schwächerenschutz als Selbstzweck anfänglich noch originäres Ziel der EU-Politik (bzw. deren Vorgängerorganisationen). Dies änderte sich jedoch spätestens mit Inkrafttreten der Einheitlichen Europäischen Akte im Jahre 1987.⁸⁸ So hatte der Schutz vor Übereilung an der Haustür –

⁸⁶ Durch die mögliche Einführung eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts; hierzu unten unter § 6 III 3).

⁸⁷ Mit konkreten Beispielen einer Verschlechterung der Position des Verbrauchers durch die mögliche Einführung eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts vgl. *Tamm*, VuR 2012, 3, 8, Fn. 15.

⁸⁸ Sutherland-Report: The Internal Market after 1992: Meeting the Challenge, Report to the EEC Commission by the High Level Group on the Operation of the Internal Market; zu finden unter http://aei.pitt.edu/1025/1/Market_post_1992_Sutherland_1.pdf. *Heiss*, ZEuP 1996, 625 bezeichnet den Verbraucherschutz in der Variante des § 129a I lit.b EGV als ein gegenüber der Binnenmarktidee „nachgereihtes Ziel der Gemeinschaftspolitik“.

wie gezeigt – zunächst noch einen sehr geringen Bezug zur Errichtung eines Binnenmarktes, sondern sollte tatsächlich nur den Verbraucher an der Haustür schützen. Dies änderte sich später insofern, als das Verbraucherschutzrecht nunmehr zum Verbraucherrecht beziehungsweise zum reinen „Marktverhaltensrecht“ bzw. „Marktzugangsrecht“ wurde und sich damit in seiner europäischen Dimension seines Bezugs zum Sozialstaatsprinzip weitgehend entledigte.⁸⁹ Dem Verbraucher sollte danach lediglich die Aufgabe zukommen, seine Rolle bei der Errichtung eines Binnenmarktes auszufüllen.⁹⁰

Ob durch den Erlass von Richtlinien ein solcher Binnenmarkt tatsächlich in Gänze erreicht werden kann, erscheint angesichts weiter bestehender Probleme – etwa durch Sprachbarrieren,⁹¹ kulturelle Eigenarten der europäischen Völker, klimatisch oder anders bedingte unterschiedliche Anforderungen an Waren bis hin zu schlichten Transportkosten⁹² – auch heute noch fraglich.⁹³ Jedoch sind Sprachbarrieren in der Vergangenheit unzweifelhaft deutlich niedriger geworden, die internationale Vernetzung und internationales Handeln der Europäer sind –

⁸⁹ *Weatherill*, in: Micklitz (Hrsg.), *Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa?* (1996), 423, 462-465; *Reich*, 14 *Sydney L. Rev.* 23 (1992); *ders.* 28 *Sydney L. Rev.* 37 (2006); *Micklitz*, in: *ders.* (Hrsg.), *Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa?* (1996) 3, 6, 7; dem wohl auch zustimmend *Heiderhoff*, *Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrecht* (2004), 202; Kritisch *Tamm*, *Verbraucherschutzrecht* (2011), 62-66, die darauf hinweist, es gehe selbstverständlich um die Besserstellung und damit um den *Schutz* des Verbrauchers. *MünchKomm/Micklitz* (6. Aufl. 2012), Vor § 13 BGB Rn. 74;

⁹⁰ *MünchKomm/Micklitz* (6. Aufl. 2012), Vor § 13 BGB Rn. 74.

⁹¹ *Weir*, *ZEuP* 1995, 368 f., weist darauf hin, dass die Bedeutung mangelnder Sprachkenntnisse der Unionsbürger in der juristisch-politischen Diskussion oft unterschätzt würde, weil die handelnden Akteure im Vergleich zu ihrer Bevölkerung meist überproportional viele Sprachen beherrschten.

⁹² *Mankowski*, *IHR* 2012, 45, 52.

⁹³ *Danco*, *WM* 2003, 853, 859, sieht dieses Problem aufgrund der rechtlichen Komplexität und des finanziellen Risikos insbesondere bei Darlehensverträgen. Hierbei komme es vielen Verbrauchern sehr auf die Möglichkeit an, sich vor Ort und ohne Sprachbarrieren über das bestehende Angebot zu informieren. Dies erscheint zunächst logisch. Jedoch zeigen Geldanlagen auch von Verbrauchern, dass diese zunehmend bereit sind, auch die angebotenen Dienste ausländischer Geldinstitute in Anspruch zu nehmen, wenn die versprochene Rendite nur hoch genug ist. So hatten bei der im Jahr 2008 in Insolvenz geratenen isländischen Kaupthing-Bank – angelockt von hohen Zinsversprechungen – etwa 30.000 deutsche Sparer insgesamt 330 Millionen Euro angelegt (<http://www.zeit.de/online/2009/07/island-kaupthing-entschaedigung>). Aktuell beispielsweise wirbt die Bank of Scotland aggressiv damit, dass sie nach eigenen Angaben die höchsten Zinssätze für Tagesgeldkonten anbietet (<http://www.bankofscotland.de/de.html>); *Siems*, *EuZW* 2008, 454, 457 spricht von „natürlichen Grenzen“ wie z.B. kulturellen Unterschieden.

auch wenn man selbstverständlich im vertrauten Markt vor Ort mehr konsumiert als in auswärtigen Märkten – deutlich gestiegen,⁹⁴ so dass zumindest Schritte in die Richtung eines vertieften Binnenmarkts erfolgen. Ein gesteigertes Verbrauchervertrauen in eine dem eigenen Heimatrecht ähnliche Verbraucherrechtsordnung erscheint jedenfalls auch aus heutiger Perspektive unerlässlich auf dem Weg zu einer Vollendung des Binnenmarkts.⁹⁵

Die klassische Politik, „consumer rights“ zu fördern, wurde seit dem Inkrafttreten der EEA zu einer solchen, die lediglich die Möglichkeit der „consumer choice“ zu sichern versuchte. Es sollte dem Verbraucher ermöglicht werden, über Grenzen hinweg aktiver Marktteilnehmer zu sein.⁹⁶ Verbraucherpolitik gilt seitdem vermehrt als Markt-, weniger als klassische Sozialpolitik.⁹⁷ Die europäische Verbraucherrechtspolitik bekam fortan einen anbieterorientierten Charakter.⁹⁸ Dieses Bild eines instrumentalisierten Verbrauchers mag zunächst einmal einige Irritationen hervorrufen, rührt doch die Akzeptanz einer supranationalen Organisation mit einem vermeintlich überbordenden Beamtenapparat in der europäischen Bevölkerung vornehmlich daher, dass die Menschen konkrete Vorteile für sich sehen.⁹⁹ Andererseits verlangt das Subsidiaritätsprinzip danach,

⁹⁴ Vgl. beispielsweise die durch das EuGH-Urteil vom 4.10.2011, verb. Rs. C-403/08 und C-429/08, Slg. 2011, I-9083 – Football Association Premier League Ltd und andere gegen QC Leisure und andere; Karen Murphy gegen Media Protection Services Ltd erwirkte Möglichkeit für Gastwirte, ausländische Decoder und ausländisches Pay-TV zu nutzen, obwohl die heimische Sportliga einen exklusiven Vermarktungsvertrag mit einem nationalen Wettbewerber abgeschlossen hat.

⁹⁵ So die Kommission bereits im Grünbuch über Verbrauchsgütergarantien und Kundendienst, KOM(93) 509 endg. vom 15.11.1993, S. 12.

⁹⁶ *Norbert Reich*, 14 Sydney L. Rev. 23, insb. 26 f. (1992); *ders.* 28 Sydney L. Rev. 23 (2006).

⁹⁷ *Micklitz*, in: *ders.* (Hrsg.), *Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa?* (1996) 3, 4, begründet dies mit dem Europäischen Primärrecht, welches sozialstaatliche Elemente nur ansatzweise aufweise. *Norbert Reich*, ZEuP 1994, 381, 387 f. betont hingegen, dass „Wirtschaftsleben und Wettbewerb nicht um ihrer selbst oder abstrakt zur Optimierung wirtschaftlicher Wohlfahrt gewährleistet sind, sondern letztendlich zum Nutzen aller Bürger“. *Heiss*, ZEuP 1996, 625 f. stellt einerseits fest, dass die Verbraucherschutzpolitik keineswegs lediglich eine Annexkompetenz zur Wirtschaftspolitik sei, sondern einen selbstständigen Teil des Gemeinschafts- (nunmehr Unionsrechts) bilde. Andererseits sieht er die Verbraucherschutzpolitik doch wiederum als Mittel zur Erreichung des Binnenmarktes und betont, „Binnenmarkt und Verbraucherschutz [seien insofern] Komplementärbegriffe, keine Gegensätze“. Zumindest letzterem ist insofern zuzustimmen, als diese Politiken sich wechselseitig zu befruchten imstande sind.

⁹⁸ *Tamm*, *Verbraucherschutzrecht* (2011), 242 m.w.N.

⁹⁹ *Rösler*, ZfRV 2005, 134, 137, 140, konstatiert, die Mitgliedstaaten würden ihren Einfluss auf die Unionsrechtsetzungsorgane nur zu gern nutzen, um zu vermeiden, dass die Union durch verbraucherschützende Maßnahmen ein „humaneres Gesicht“ erhält. Hierzu unter der

den Nationalstaaten solche Fragen zu überlassen, die diese mindestens ebenso gut ausfüllen können wie die Union.¹⁰⁰ Der mitgliedstaatlichen Ebene so viele Bereiche wie möglich zur eigenständigen Entfaltung ihrer jeweiligen Besonderheiten innerhalb ihrer (Rechts-)Kultur zu belassen, ist ein wesentlicher Grundgedanke der Union und eine *conditio sine qua non* für die Legitimität der Union als Organisation mit eigenständiger Rechtsetzungsgewalt.¹⁰¹ Keinesfalls sollte beispielsweise der Kompetenztitel zur Binnenmarktvertiefung der Union überstrapaziert und damit eine „de facto Kompetenz-Kompetenz“ geschaffen werden.¹⁰² Ob das Subsidiaritätsprinzip durch verbraucherschützende Maßnahmen ohne Binnenmarktbezug verletzt wäre, gilt es im Folgenden zu untersuchen.

3) Die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips

Das Subsidiaritätsprinzip ist ein wesentlicher Grundpfeiler der europäischen Verträge. Eine Maßnahme der Union ergeht nach dem Wortlaut des Art. 5 III EUV in Übereinstimmung mit dem Subsidiaritätsprinzip, wenn einerseits das verfolgte Ziel auf mitgliedstaatlicher Ebene nur unzureichend verwirklicht werden kann und andererseits das Ziel durch die Union „besser zu verwirklichen“ ist.

Warum der Verbraucherschutz aber besser durch die Union als von mitgliedstaatlicher Seite gewährt werden kann, ist kaum schlüssig darstellbar. Die

Bezeichnung „cuckoo-in-the-nest-syndrome“: *Taylor*, *The Limits of European Integration* (1983), 222 f., der beispielhaft die Bemühungen der Kommission im Jahr 1978 erwähnt, lokale Büros der EU in verschiedenen Städten und Gemeinden europaweit zu gründen, um die zu dieser Zeit aufkommende Massenarbeitslosigkeit einzudämmen. Diese Bemühungen wurden auch aufgrund des Widerstands der Mitgliedstaaten eingestellt, die den direkten Kontakt von Gemeinschaftsinstitutionen mit der Bevölkerung insbesondere in Wohlfahrtsfragen vermeiden wollten. Die Mitgliedstaaten befürchteten nicht nur eine mögliche ökonomische Ineffizienz bei derartigem Handeln der Gemeinschaft, sondern sahen auch ihre Autorität (und möglicherweise ihr Alleinstellungsmerkmal) als Staaten in Gefahr (S. 198). Ebenso *Bourgoignie*, in: *Bourgoignie/Trubek: Consumer Law, Common Markets and Federalism in Europe and the United States*, in: *Cappelletti/ Seccombe/ Weiler* (Hrsg.): *Integration Through Law – Europe and the American Federal Experience*, Vol. 3 (Berlin/ New York 1987), 89, 98, 212.

¹⁰⁰ *Tamm*, *Verbraucherschutzrecht* (2011), 251.

¹⁰¹ Vgl. Sutherland-Report: *The Internal Market after 1992: Meeting the Challenge*, Report to the EEC Commission by the High Level Group on the Operation of the Internal Market, S. 1 f., zu finden unter http://aei.pitt.edu/1025/1/Market_post_1992_Sutherland_1.pdf.

¹⁰² *Grundmann*, *AcP* 212 (2012), 502, 520.

Frage der Effizienz des jeweiligen Gesetzgebungsapparates ist jedoch ein wesentlicher Anhaltspunkt für die Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips.¹⁰³ Insbesondere verläuft ein Rechtsetzungsverfahren auf nationaler Ebene üblicherweise schneller und flexibler als ein solches auf supranationaler Ebene. Dies gilt allein schon aufgrund der europarechtlichen Besonderheit, dass letzteres – sofern es, wie im Verbraucherschutz meist, in Form einer Richtlinie geschieht – in zwei aufeinanderfolgenden Schritten (dem Unionsakt einerseits und der nationalen Umsetzung andererseits) geschieht, wo ersteres lediglich aus einem Akt besteht.¹⁰⁴ Zumindest historisch gesehen mag dies auch an den besonders komplizierten Rechtsetzungsverfahren und der Vielzahl an stakeholders innerhalb des Rechtsetzungsapparates der Union liegen. Nicht zuletzt auch das immense Aufgebot an Lobbyisten¹⁰⁵ – nicht selten durch ihre vorherige Tätigkeit politisch hervorragend vernetzt¹⁰⁶ – leistet bei der Verschleppung von Rechtsetzungsprozessen eine in ihrem Sinne sehr effektive Arbeit. Deren Arbeit führt teilweise zu erstaunlichen Volten inhaltlicher Art sowie eher exotischen Bündnissen beim Abstimmungsverhalten im Rat.¹⁰⁷ Eine nachgerade berüchtigte Rolle spielt dabei der sprichwörtliche Brüsseler „Kuhhandel“, bei welchem

¹⁰³ *Weatherill*, in: Micklitz (Hrsg.), *Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa?* (1996), 423, 451, der jedoch gleichzeitig davor warnt, das Subsidiaritätsargument werde teilweise vorgeschoben, um politisch ungewollte Ergebnisse durch Aktivitäten der Union im Bereich des Verbraucherschutzes zu verhindern.

¹⁰⁴ So auch *Rösler*, *Europäisches Konsumentenrecht* (2003), 84 f.

¹⁰⁵ Vgl. hierzu beispielsweise das online zugängliche Transparenzregister der EU: <http://ec.europa.eu/transparencyregister/public/consultation/listlobbyists.do?reset=&locale=en#en>. Aktuell (Daten vom 14.2.2013) waren bei der Union 5544 Organisationen unterschiedlichster Provenienz registriert, darunter 2660 „In-house lobbyists and trade/professional associations“. Als Beispiel sei der Konzern Daimler genannt, welcher alleine in Brüssel 11,5 Vollzeitstellen für Lobbyarbeit bereithält, verbunden mit einem jährlichen Etat von 2,8 Millionen Euro. Hierzu *Lamparter/Pinzler/Tatje* in *Die Zeit* Nr. 37 v. 5.9.2013, S. 26 f.

¹⁰⁶ Hierzu gibt es – allerdings ebenso auf Ebene des Bundes und der Länder – unzählige Beispiele. Erwähnt seien hier unter Vielen der ehemalige Sprecher der Bundesregierung, *Thomas Steg*, welcher heutzutage als Cheflobbyist von VW arbeitet sowie der Daimler-Cheflobbyist *Eckart von Klæden*, der pikanterweise bereits während seiner Zeit als Staatsminister im Kanzleramt seine neue Tätigkeit aufnahm. Der Präsident des Verbandes der Automobilindustrie (VDA), *Matthias Wissmann*, war vormals Bundesminister für Forschung und Technologie sowie später für Verkehr. Hierzu *Lamparter/Pinzler/Tatje* in *Die Zeit* Nr. 37 v. 5.9.2013, S. 26 f.

¹⁰⁷ Vgl. hierzu den sehr instruktiven Artikel „Gift für das Klima“ von *Lamparter/Pinzler/Tatje* in *Die Zeit* Nr. 37 v. 5.9.2013, S. 26 f.

Mitgliedstaaten im Unionsorgan Rat Positionen räumen und sich hierfür auf vollkommen anderen Feldern Zugeständnisse versprechen lassen.¹⁰⁸

Bei aller Beschwerde über diese Zustände bei Rechtsetzungsprozessen in der Union ist jedoch zu beachten, dass auch Nationalstaaten gleichfalls vor derartigen Konnexitäten eigentlich unzusammenhängender Materien nicht gefeit sind.¹⁰⁹

Trotz einiger Parallelen zu mitgliedstaatlichen Rechtsetzungsprozessen lässt sich eine besonders langatmige Entwicklung auf Unionsebene nicht gänzlich leugnen. Der Entstehungsprozess der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen¹¹⁰ beispielsweise zog sich ausgehend vom Jahr 1975, wo erste Vorschlagsentwürfe der Kommission auftauchten, über die Publikation eines Grünbuches zur Frage der Unangemessenheit von Vertragsklauseln im Jahr 1984¹¹¹ hin zum endgültigen Beschluss der Richtlinie am 5. April 1993. Innerhalb dieses sehr langen Zeitraumes hatten einige Mitgliedstaaten den Rechtsetzungsprozess der damaligen EWG schlicht überholt: so trat in der Bundesrepublik Deutschland das AGBG am 1. April 1977 in Kraft. Am 26. Oktober 1977 (in Kraft getreten am 1. Februar 1978) folgte Großbritannien mit dem Unfair Contract Terms Act und am 10. Januar 1978 Frankreich mit Art. 35 der Loi n° 78-23 sur la protection et l'information des consommateurs des

¹⁰⁸ *Lamparter/Pinzler/Tatje*, Die Zeit Nr. 37 v. 5.9.2013, S. 26 f., erwähnen hierzu das Beispiel des Mitgliedstaats Portugal. Dieser änderte seine Position im Rat bezüglich strenger Vorgaben an den CO₂-Ausstoß von Autofлотten aufgrund des deutschen Hinweises auf durch den Konzern Volkswagen geschaffene Arbeitsplätze in Portugal um 180 Grad. Großbritannien unterstützte die deutsche Linie gleichfalls, nachdem Deutschland Großbritannien Unterstützung bei den Verhandlungen über den Erhalt des einst unter Margaret Thatcher ausbedungenen sogenannten „Britten-Rabattes“ zusagte.

¹⁰⁹ Ein anschauliches Beispiel hierfür lieferten die Verhandlungen im Bundesrat zur Steuerreform der damaligen rot-grünen Bundesregierung im Jahr 1999. So stimmte Berlins Regierender CDU-Bürgermeister Eberhard Diepgen der Reform zu, weil ihm von Seiten des Bundes Finanzierungsversprechen in Höhe von 400 Millionen DM für den maroden Haushalt des Landes Berlin gemacht wurden (vgl. <http://www.bpb.de/apuz/27910/konflikt-und-konsens-im-bundesrat?p=all>). Ähnliches galt für die Zustimmung der Großen Koalitionen im Land Brandenburg und dem Stadtstaat Bremen (vgl. *Herz*, Die Zeit online vom. 20. Juli 2000, http://www.zeit.de/2000/30/Der_naechste_Kuhhandel_bitte_/seite-1.)

¹¹⁰ Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen.

¹¹¹ *Krämer*, EWG-Verbraucherrecht (1985), 205.

produits et des services.¹¹² Die zu dieser Zeit (Ende der 1970er Jahre) im Hinblick auf Verbraucherschutzrechte progressivsten Mitgliedstaaten (Dänemark und das Vereinigte Königreich) verhalfen der Gemeinschaft dazu, die Entwicklung im Verbraucherschutzrecht aufzuholen und den Mitgliedstaaten dahingehend zu folgen. Dies geschah allein schon, indem diese beiden Mitgliedstaaten personell Schlüsselpositionen in den ersten Ausschüssen der Kommission, die sich mit dieser recht neuen Thematik auseinanderzusetzen hatten, besetzten.¹¹³ Diese erwähnte vergleichsweise schleppende Entwicklung auf gemeineuropäischer Ebene im Zuge der Klauselrichtlinie scheint jedoch – gerade durch die zunehmende Straffung von Rechtssetzungsverfahren innerhalb der Union (beispielsweise durch das verminderte Erfordernis der Einstimmigkeit) – ein historischer Extremfall zu sein. Zumindest heutzutage vermag dieses Beispiel nicht immer als Begründung taugen, die Effektivität legislativen Handelns auf Unionsebene generell zu verneinen. Dennoch bleibt eine gewisse Trägheit – auch ausgehend vom oben bereits erwähnten zweistufigen Verfahren – beim Handeln der Unionslegislative zu konstatieren. Dies mag es zumindest erschweren, die Union als geeigneteren Gesetzgeber im Bereich des Verbraucherschutzes allgemein anzusehen. Dem ungeachtet hat die Union als im Bereich des Verbraucherschutzes wichtigster Gesetzgeber mittlerweile die Mitgliedstaaten de facto abgelöst.¹¹⁴

¹¹² Rösler, ZfRV 2005, 134, 137 f. weist auch auf historisch interessante legislative Tätigkeiten Italiens, Polens, Spaniens und Griechenlands hin.

¹¹³ *Bourgoignie*, in: Bourgoignie/ Trubek: Consumer Law, Common Markets and Federalism in Europe and the United States, in: Cappelletti/ Seccombe/ Weiler (Hrsg.): Integration Through Law – Europe and the American Federal Experience, Vol. 3 (Berlin/ New York 1987), 89, 119. Das Vereinigte Königreich und Dänemark verfügten bereits über Verbraucherschutzverbände mit Hunderttausenden Mitgliedern (so die britische Consumers' Association) oder zumindest gefestigten Strukturen zur Vertretung von Verbraucherinteressen und Vermittlung zwischen verschiedenen Interessen folgenden stakeholders, wie es beispielsweise das bereits zu dieser Zeit bestehende dänische *Ombudsman*-System (vgl. zu dessen heutiger Funktion <http://www.consumerombudsman.dk>) oder der *Director General of the Office of Fair Trading* in England darstellte. Dies wurde begleitet durch verschiedene weitere, auch legislative Aktivitäten zum besseren Schutz der Verbraucher.

¹¹⁴ Micklitz, in: ders. (Hrsg.), Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa? (1996) 3, 4, sieht (allerdings aus der Sicht des Jahres 1996) diese Entwicklung aufgrund des Subsidiaritätsprinzips als noch offen an.

Auch ausgehend von Gesichtspunkten der Effektivität¹¹⁵ erscheint es sinnvoll, die Kompetenz der Union lediglich auf Sachverhalte mit Binnenmarktbezug zu begrenzen. Was für die Verbraucher vor Ort gut ist, vermögen nämlich – jedenfalls in der Theorie – Autoritäten vor Ort meist besser einzuschätzen als die ferne Kommission in Brüssel. Allein das Ziel, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten, schafft somit auch aus ökonomischer Perspektive keine Berechtigung für eine juristische Intervention der Union.

Im Ergebnis ähnlich hat die EU-Kommission in ihrem aktuellen Strategie-Papier „Europa 2020“ ihre fünf Kernziele für das aktuelle Jahrzehnt benannt: Beschäftigung, Forschung und Entwicklung, Bildung, Klima und Energie sowie die Verringerung von Armut und sozialer Ausgrenzung.¹¹⁶ Der Verbraucherschutz wird nur noch am Rande erwähnt und keineswegs als Selbstzweck angeführt. Der Begriff des Verbrauchers tritt hierbei nur noch im Zusammenhang mit „consumer choice“ und „consumer access“ in Erscheinung, womit die Kommission auch durch die getroffene Wortwahl den Wechsel hin zu einer Instrumentalisierung des Verbrauchers nachvollzieht. Dass der Verbraucher die Zugangsmöglichkeit zu Märkten erwirbt und ihm die Informationen zur Verfügung gestellt werden, die er benötigt, um seine Entscheidung zum Vertragsschluss möglichst objektiv und ausgewogen fällen zu können, erscheint dabei eben nur noch als Mittel zum Zweck, als Hilfspolitik für die Durchsetzung der Binnenmarktpolitik mit dem Ziel, ein gesteigertes Wirtschaftswachstum zu erreichen.¹¹⁷ Der Schutz des Verbrauchers gegenüber marktmächtigeren Anbietern ist für die Kommission anscheinend kein Thema mehr.¹¹⁸

¹¹⁵ Vgl. hierzu bezogen auf Verbraucherschutzinstrumente: Christiansen, Effektive und effiziente Widerrufsrechte (2011).

¹¹⁶ Zu finden unter http://ec.europa.eu/europe2020/index_de.htm.

¹¹⁷ So schon *Bourgoignie*, in: Bourgoignie/ Trubek: Consumer Law, Common Markets and Federalism in Europe and the United States, in: Cappelletti/ Seccombe/ Weiler (Hrsg.): Integration Through Law – Europe and the American Federal Experience, Vol. 3 (Berlin/ New York 1987), 89, 154, 178.

¹¹⁸ *Tonner*, VuR 2010, 172; *Tamm*, VuR 2012, 3, 10.

III. Zwischenergebnis zu § 2 und Auswirkungen auf die Verteilung der Kompetenzen

1) Die Zielsetzungen des Unionsrechts als für die Kompetenzverteilung relevanter Aspekt

Aus einer Gesamtschau historischer, systematischer und prinzipienorientierter Aspekte lässt sich ableiten, dass der Union nur dann eine Kompetenz zum Beschluss Verbraucherschutzpolitischer Maßnahmen zukommt, wenn damit zugleich der Binnenmarkt vertieft wird. Hierfür sprechen insbesondere die politischen Entscheidungen der Unionsorgane hin zu einer Instrumentalisierung der Rolle des Verbrauchers sowie das Subsidiaritätsprinzip.

Politisch mag man die Schaffung eines Binnenmarktes als endgültiges Ziel insofern kritisieren, als eine Hilfe für das Funktionieren von Märkten auf den ersten Blick kaum zum Selbstzweck taugt. Dem Markt sollte stattdessen in einer das Gemeinwohl berücksichtigenden Sichtweise lediglich eine instrumentale, auf andere Zweckverfolgungen begrenzte Funktion zukommen.¹¹⁹ Seine Berechtigung schöpft sich daraus, der Bevölkerung zu dienen. Im Bereich des Unionsrechts besteht die Besonderheit, dass die EU sowie insbesondere deren Vorläuferorganisationen das Projekt eines gemeinsamen Marktes als Mittel zur Friedenserhaltung nutzen beziehungsweise nutzten.¹²⁰ Auch wenn dies im Lauf der Zeit¹²¹ in den Hintergrund rückte, so bleibt das Ziel der Friedenserhaltung ein wesentliches der Union, deren bisheriges Erreichen zugleich einen der größten Erfolge ihrer historischen wie gegenwärtigen Existenz ausmacht.¹²² In der

¹¹⁹ Vgl. z.B. *Stürner*, Markt und Wettbewerb über alles? (2007).

¹²⁰ *Von Arnim*, NJW 2007, 2531, 2532 sieht als Hauptziele der Union die Schaffung von Frieden und Wohlstand an.

¹²¹ Wohl auch aus einer der natürlichen demographischen Entwicklung geschuldeten Geschichtsvergessenheit heraus. Jüngere Generationen empfinden den Friedenszustand in Europa naheliegenderweise als „normal“ und weniger als Errungenschaft.

¹²² *Rittner*, JZ 1995, 849; So auch die Begründung des Norwegischen Nobel-Komitees vom 12.10.2012 für die Verleihung des Friedensnobelpreises 2012 an die Europäische Union: „The union and its forerunners have for over six decades contributed to the advancement of peace and reconciliation, democracy and human rights in Europe. [...] The EU is currently undergoing grave economic difficulties and considerable social unrest. The Norwegian Nobel Committee wishes to focus on what it sees as the EU's most important result: the successful struggle for peace and reconciliation and for democracy and human rights. The stabilizing part played by the

Literatur wird teilweise vertreten, die Friedenserhaltung sei als finales Ziel der Union mittlerweile abgelöst worden durch das Ziel der „Behauptung Europas im Zeitalter der Globalisierung und in dessen Mitgestaltung durch eine weltfähig (sic!) gewordene EU.“¹²³ Dies erscheint jedoch sinnvollerweise lediglich ein zusätzliches „Nebenziel“ neben dem eigentlich nach wie vor bestehenden historischen Auftrag, dessen scheinbare Selbstverständlichkeit einen oft seine Existenz vergessen lässt. Der Binnenmarkt ist damit, historisch betrachtet, selbst ein (wenn auch mittlerweile deutlich verselbstständigtes) Mittel zum Zweck, jedoch auf dem Weg dorthin zumindest ein Zwischenziel. Dass vertiefter Handel grundsätzlich immer geeignet ist, Frieden zu erhalten, sorgt dafür, dass beim Ziel der Vertiefung des Binnenmarktes nicht mehr stets geprüft werden muss, ob zugleich der Frieden innerhalb der Union gefördert wird. Hiervon lässt sich stets ausgehen. Ähnlich entfällt der Verbraucherschutz durch die Marktorientierung keineswegs als Ziel der Union, sondern erfährt indirekt über die Verwirklichung des Binnenmarktes als Ziel der Union eine eigenständige Bedeutung.¹²⁴

2) Der räumliche Geltungsbereich einer Neuregelung als für die Kompetenzverteilung relevanter Aspekt

Die Interessenlage hinter den europarechtlichen Richtlinien wird durch die möglichst weitgehende Verwirklichung des Binnenmarktes definiert; bei derjenigen hinter einem national geschaffenen Widerrufsrecht reicht ein Bezug zum Verbraucherschutz als Selbstzweck aus. Analogiebildungen durch mitgliedstaatliche Organe, die auf bereits bestehende verbraucherschützende Richtlinien als Bezugspunkt einer gemeinsamen Interessenlage abstellen, würden, wenn sie nur in einem Mitgliedstaat durch justizielle Rechtsschöpfung Geltung beanspruchten, gerade nicht der Verwirklichung des Binnenmarktes dienen. Sie würden dessen Vertiefung durch eine weitergehende Rechtszersplitterung sogar schaden.

EU has helped to transform most of Europe from a continent of war to a continent of peace., zitiert nach der offiziellen Website des Nobelkomitees: http://nobelpeaceprize.org/en_GB/laureates/laureates-2012/announce-2012/

¹²³ Kühnhardt, APuZ 18/2010, 3.

¹²⁴ Vgl. Reich, 14 Sydney L. Rev. 23, 26 (1992).

Anders ließe sich die Lage betrachten, wenn auch das „neue“ Widerrufsrecht den Binnenmarkt fördert oder, genauer gesagt, die Förderung des Binnenmarktes zum Ziel hat.¹²⁵ Dies ist schlüssigerweise lediglich in Fällen denkbar, in denen das Widerrufsrecht in der gesamten Europäischen Union eingeführt wird – ein Akt, den kein nationales Gericht vollziehen kann. Nur der Gerichtshof selbst könnte eine Analogie bilden, die auf das Verbraucherschützende Sekundärrecht als Anknüpfungspunkt für die gemeinsame Interessenlage abstellt. Hierzu würde der europäischen Ebene auch die Verbandskompetenz zukommen.

Die im nationalen Bereich bestehenden Bedenken bezüglich der Gewaltenteilung¹²⁶ erscheinen im Europarecht weniger offensichtlich, da der EuGH sich selbst als „Motor der Integration“ begreift.¹²⁷ Einer solchen Bezeichnung (welche übrigens auch für die Rolle des Verbrauchers im Binnenmarktprojekt gewählt wird)¹²⁸ kann der EuGH ohne eigene Normsetzungskompetenz schwerlich gerecht werden. Diese Kompetenz wird auch in der Literatur als eine im Vergleich zu den Normsetzungsorganen der Union (dabei insbesondere der Kommission, dem Rat und dem Europäischen Parlament) „konkurrierende“ bezeichnet, die immer dann greife, wenn der Sekundärrechtsgeber untätig bleibt.¹²⁹

¹²⁵ Vgl. *Frommann*, in: *Paschke/Iliopoulos* (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht* (1998), 19, 21.

¹²⁶ Hierzu unten unter § 5 I d) aa).

¹²⁷ Für Viele: *Haltern*, *Europarecht: Dogmatik im Kontext* (2. Aufl. 2007), Rn. 594. Weniger progressiv erscheint die Aussage, man habe „den Bock zum Gärtner gemacht“, indem man dem Gerichtshof die Kompetenz zur Überwachung der Einhaltung der europarechtlichen Normen übertrug (*Von Arnim*, NJW 2007, 2531, 2534), da der EuGH – was unabhängig von der Bewertung dieser Absicht zutrifft – zur Ausweitung der Unionskompetenzen neige. Ähnlich *Honsell*, ZIP 2008, 621, der dem EuGH vorwirft, er entwickle langsam ein „gouvernement des juges“. *Roman Herzog* und *L. Gerken* schreiben in der FAZ vom 8.9.2008, der EuGH entziehe „mit immer erstaunlicheren Begründungen den Mitgliedstaaten ureigene Kompetenzen“ und greife auf diese Art „massiv in ihre Rechtsordnungen“ ein. *Dickert*, in: *Gsell/Herresthal*, *Vollharmonisierung im Privatrecht* (2009), S. 177, 181, stellt fest, die Unionsorgane allgemein und insbesondere die Kommission neigen zu einer extensiven Auslegung der Kompetenztitel.

¹²⁸ Vgl. *Kunz*, *Verbraucherschutz beim Internethandel in der Europäischen Union* (2010), 27.

¹²⁹ *Borchardt*, *GS Grabitz* (1995), 29, 39. Dabei bestehen bei der Gesetzgebung durch den EuGH im Vergleich zur Legitimation insbesondere der nationalen Parlamente erhebliche Defizite. Vgl. hierzu *Von Arnim*, NJW 2007, 2531, 2533, formuliert hierzu treffend: „Insgesamt hat das Bild der europäischen Demokratie viele Flecken. Würde ein Beitrittskandidat derartige Defizite aufweisen, hätte er nicht die geringste Chance, in die EU aufgenommen zu

Die Kompetenz der Union zur weiteren Einführung von Widerrufsrechten besteht demnach in Fällen, in denen der Binnenmarkt durch einen gesteigerten – und unionsweiten (!) – Verbraucherschutz gefördert wird.¹³⁰ Dem entspricht auch die Bedeutung der Verbraucherpolitik für die Verwirklichung des Binnenmarktes aus Sicht der Kommission.¹³¹ Der EuGH wäre demnach befugt, verbraucherschützende Widerrufsrechte durch das Mittel der Analogie einzuführen, sofern der Geltungsbereich dieses Aktes sich auf sämtliche Mitgliedstaaten bezieht. Isoliert auf die Geltung innerhalb nur eines Mitgliedstaates besteht eine vergleichbare Kompetenz nicht.

werden. Alle diese Mängel begründen eine Situation organisierter Unverantwortlichkeit und erleichtern es Politik und Bürokratie, sich von Kontrolle weitgehend freizuzeichnen.“

¹³⁰ *Gessner*, Widerrufsrecht und Widerrufsbelehrung im deutschen und europäischen Verbraucherrecht (2009), 9; *Tonner/Tamm*, JZ 2009, 277, 282, sehen die Beziehung zwischen der Idee der weitestmöglichen Vollendung des Binnenmarktes einerseits und dem Ziel des größtmöglichen Schutzes der Verbraucher andererseits als eine antagonistische an, wenngleich mit wenig nachvollziehbarer Begründung: „Dieses resultiert daraus, dass die Gemeinschaft ihre primäre Zwecksetzung in der Erreichung eines gemeinsamen Binnenmarktes sucht und findet“. Auf S. 289 hingegen schreiben *Tonner/Tamm*, mit den verbraucherschützenden Richtlinien würden zwei Ziele parallel verfolgt: Den Binnenmarkt weiter zu harmonisieren und den Verbraucherschutz zu intensivieren. Dies erscheint richtig, auch wenn m.E. diese Ziele nicht parallel, sondern vertikal verfolgt werden (sollten).

¹³¹ Vgl. Die Rede des EU-Kommissars für Gesundheit und Verbraucherpolitik, *Tonio Borg*, vom 24.4.2013, S. 2: “Since my appointment in late November, we have made significant progress on a number of important consumer files, in line with our fundamental objective reflected in the Consumer Agenda – to put consumers at the very heart of the Single Market. Effective consumer policy is an essential component for completion of the Single Market, and for the overall success of the Europe 2020 strategy.”, http://ec.europa.eu/commission_2010-2014/borg/docs/speech_24042013_en.pdf

§ 3: Voraussetzungen der Lückenschließung

I. Grundsätzliches

Die Analogie hilft dabei, unvollkommenes Recht weiter zu vervollkommen. Diese Notwendigkeit besteht umso mehr, als das unvollkommene Regelungsmittel (d.h. das lückenbehaftete Gesetz) menschliche, mithin unvollkommene Beziehungen regelt.¹³² Möchte man dieses Regelungssystem vervollkommen, so müssen die Voraussetzungen einer Analogie erfüllt werden.

Die Analogie wird in der Literatur beschrieben als „die Übereinstimmung gemäß einem Verhältnis“¹³³ oder, rein juristisch besehen, als eine Begründungsform, die immer dann möglich ist, wenn für ihre Basis und den speziellen Satz, den man auf den zu entscheidenden Fall anwenden will, sich ein *tertium comparationis* findet. Dieses muss es erlauben, eine Ähnlichkeitsbeziehung zwischen den speziellen Sätzen herzustellen, wobei die Übereinstimmung zwischen den beiden Sätzen gerade in dem konkret entscheidenden Kriterium liegen muss.¹³⁴ In den hier untersuchten Bereichen ist das *tertium comparationis* in der *ratio* („dem gleichen Grund“¹³⁵) des hinter den kodifizierten Widerrufsrechten stehenden Rechtsprinzips zu sehen, Verbrauchern in bestimmten, sie besonders gefährdenden Situationen eine Möglichkeit zu geben, sich vom Vertrag zu lösen.¹³⁶ Welche Situationen dies sind, wird später zu erörtern sein.

Jeder Analogieschluss beruht dabei auf dem Prinzip, Gleiches müsse gleich behandelt werden.¹³⁷ Der Richter ist angehalten, Inkonsequenzen in den

¹³² *Van Gelder/Leinemann*, JZ 1966, 244.

¹³³ *Thomas von Aquin*, Untersuchungen über die Wahrheit, Ed. Edith Stein, Bd. I, 1952, 75.

¹³⁴ *Bund*, Juristische Logik und Argumentation, 185.

¹³⁵ *Thibaut*, Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts (1806), 122; *Müller*, Civilistische Abhandlungen, Erster Theil (1833), 203.

¹³⁶ Vgl. *Langenbucher*, in: *Ackermann/Arnold/Eckardt u.a.* (Hrsg.), Tradition und Fortschritt im Recht, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1999, 65, 80. Hierzu genauer unter § 5) II) 2) b) dd).

¹³⁷ *Langenbucher*, in: *Ackermann/Arnold/Eckardt u.a.* (Hrsg.), Tradition und Fortschritt im Recht, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1999, 65, 78; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre (8.

Wertentscheidungen des Gesetzgebers aufzudecken und zu beseitigen. Die Lösung eines rechtlichen Problems muss sich also nicht nur systematisch, sondern auch teleologisch im Sinne der „Einheit des Rechts“ in den Kontext der bestehenden Normen einfügen.¹³⁸

Wenn der Richter in dieser Weise tätig wird, so muss sein Handeln bestimmte Anforderungen erfüllen. Andernfalls würde er sich, was die formellen Voraussetzungen seines Handelns anbelangt, der Willkür verdächtig machen. Als Grundvoraussetzung einer jeden Analogie wird in Deutschland das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke angesehen.¹³⁹ Dabei werden die Rechtsfolgen einer Norm auf einen gesetzlich nicht oder zumindest nur unzureichend geregelten realen Fall wegen dessen Ähnlichkeit mit dem Tatbestand der betreffenden Norm angewandt.¹⁴⁰ Das Schweizerische Zivilgesetzbuch formuliert in seinem Art. 1 II treffend:

„Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll das Gericht nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die es als Gesetzgeber aufstellen würde.“

Ähnlich geht der österreichische Gesetzgeber in § 7 ABGB vor:

„Läßt sich ein Rechtsfall weder aus den Worten, noch aus dem natürlichen Sinne eines Gesetzes entscheiden, so muß auf ähnliche, in den Gesetzen bestimmt entschiedene Fälle, und auf die Gründe anderer damit verwandten Gesetze Rücksicht genommen werden. Bleibt der Rechtsfall noch zweifelhaft; so muß

Aufl. 2003), 69; *Rüthers*, *Rechtstheorie* (3. Aufl. 2007), Rn. 889; *Stammler*, *Theorie der Rechtswissenschaft* (1911), 645; *Schwacke*, *Juristische Methodik* (4. Aufl. 2003), 106; *Jordan*, *AcP* Bd. 8 (1825), 191, 225.

¹³⁸ *Zippelius*, *Juristische Methodenlehre* (8. Aufl. 2003), 66; *Luther*, *Jura* 2013, 449, 450.

¹³⁹ Vgl. hierzu umfassend *Elze*, *Lücken im Gesetz* (1916) 3-37 sowie anstelle vieler: BGH 13.11.2001, BGHZ 149, 165, 174; BGH 13.3.2003, NJW 2003, 1932, 1933; *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (2. Aufl. 1991), 473 m.w.N und *Tacou*, *Das Verbot von Umgehungsgeschäften* (2013), 217; vgl. auch *Thibaut*, *Theorie der logischen Auslegung des römischen Rechts* (1806), 120. Zur weiteren Unterteilung in verschiedene „Lückenarten“ vgl. *Kramer*, *Juristische Methodenlehre* (1998), 139-146.

¹⁴⁰ *Schneider*, *Logik für Juristen* (5. Aufl. 1999), 150; *Bydlinski*, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff* (2. Aufl. 1991), 472-479.

solcher mit Hinsicht auf die sorgfältig gesammelten und reiflich erwogenen Umstände nach den natürlichen Rechtsgrundsätzen entschieden werden.“

In Deutschland fehlt eine positiv-gesetzliche Anordnung dieser Art. Die Anordnung des Schweizer Zivilgesetzbuchs geht jedoch wie auch diejenige des österreichischen ABGB von denselben Prämissen wie die Methodenlehre hierzulande aus. Der Unterschied besteht also weniger in den Inhalten, sondern lediglich in der Autorenschaft – das Parlament dort, die rechtswissenschaftliche Literatur hier.

Dass Gesetze nicht derart präzise und umfassende Regelungen enthalten können, dass sie in der Lage wären, jegliche Fragestellungen zu regeln, die das Leben mit sich bringen, liegt auf der Hand. Regelungslücken (auch planwidrige) wird es somit immer geben. Der Gesetzgeber hat dies quasi „eingepreist“ und versucht lediglich in besonders sensiblen Rechtsgebieten wie beispielsweise den Abgaben- und Leistungsgesetzen, welche das Haushaltsrecht des Parlaments betreffen, die Regelungen so detailliert zu gestalten, dass der Richter de facto lediglich zum Vollzieher des Gesetzes wird.¹⁴¹ Die Konsequenz der Einsicht, dass nicht alle Lebenssachverhalte im Voraus geregelt werden können, besteht einerseits in der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe und Generalklauseln¹⁴² durch den Gesetzgeber¹⁴³ und andererseits in der notwendigen Aufgabenteilung dahingehend, dass die Judikative manchmal schlicht neue Regeln schaffen muss, die bei Verabschiedung des ähnliche Probleme regelnden Gesetzes noch nicht absehbar waren oder schlicht (und sei es durch Versäumnis des Gesetzgebers) nicht gesehen wurden.¹⁴⁴

¹⁴¹ *Ipsen*, in: Achterberg (Hrsg.), Rechtsprechungslehre (1986), 435, 436.

¹⁴² Eine interessante Frage ist, welche Ebene (welcher Verband) eigentlich für die Ausformung von unbestimmten Rechtsbegriffen und Generalklauseln verantwortlich ist, die im europäischen Sekundärrecht eingegliedert sind. Vgl. hierzu *Gsell/Schellhase*, JZ 2009, 20, 24.

¹⁴³ *Ipsen*, in: Achterberg (Hrsg.), Rechtsprechungslehre (1986), 435, 436.

¹⁴⁴ *Leisner*, Demokratie (1998), 633 f., weist darauf hin, dass es gelegentlich Einzelfälle gebe, die so singulär seien, dass eine Normierbarkeit derselben auch für eine noch so ausgefeilt differenzierende Legislative kaum möglich sei. *Leisner* zieht hieraus die Konsequenz, die Judikative bewege sich gelegentlich in einem Raum der „demokratischen Anarchie.“

Dabei besteht sowohl die Möglichkeit, eine Gesetzes (oder Einzel-)analogie herauszuarbeiten (also sich an einer konkreten Norm zu orientieren) als auch diejenige, eine Rechtsanalogie zu bemühen.¹⁴⁵ Bei letzterer wird aus der Rechtsordnung insgesamt oder Teilen derselben (meist aus mehreren miteinander „verwandten“ Vorschriften) ein Prinzip herausgestellt, dessen Rechtsfolgen sinnvollerweise auch in anderen als den bereits geregelten Fällen zur Anwendung gelangen sollten.¹⁴⁶

II. Die europäische Dimension

Für die Frage, welche Rechtsordnung über das Ausfüllen von Rechtslücken entscheidet, gilt jedenfalls Folgendes: Ob eine Regelungslücke besteht und wie eine solche gegebenenfalls auszufüllen ist, entscheidet die jeweilige Rechtsordnung selbstständig.¹⁴⁷ Problematisch ist bei den hier zur Diskussion stehenden Widerrufsrechten, dass eine nationale Regelungslücke mit einer durch EU-Sekundärrecht angeordneten Rechtsfolge „gefüllt“ werden soll, der Analogiebildung also gleichsam eine „Zwitterstellung“¹⁴⁸ zwischen nationalem Recht einerseits und unionsrechtlicher Regelung andererseits zukommt. Obschon das jeweilige Sekundärrecht selbstredend in nationales Recht umgesetzt wurde und demzufolge man auch von einem einheitlichen nationalrechtlichen Sachverhalt ausgehen könnte, lässt sich der Ursprung dieser Regeln nicht verleugnen. Selbst wenn beispielsweise das jeweilige Widerrufsrecht in Deutschland oder anderen Staaten bereits chronologisch vor der Anordnung durch das Unionsrecht bestand, so musste dieses nach dem Erlass des Unionsakts zumindest modifiziert werden. Dementsprechend ist für das Herausarbeiten der Voraussetzungen der Bildung einer Analogie auch die Sichtweise der

¹⁴⁵ *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (1972), 184 f.; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1991) 477; *Kramer*, Juristische Methodenlehre (1998), 150 f.

¹⁴⁶ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1991) 478. Vgl. zur weiteren Unterteilung von Lückenarten umfassend *Kramer*, Juristische Methodenlehre (1998), 139-146.

¹⁴⁷ *Bieber*, in: *Bieber/Ress* (Hrsg.), Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts (1987), 283, 286.

¹⁴⁸ *Habersack/Mayer*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre (2. Aufl. 2010), § 15 Rn. 4, die von einem „hybriden Charakter“ nationaler Normen sprechen, welche in überschießender Umsetzung europäischen Sekundärrechts ergehen.

unionsrechtlichen Ebene relevant. So könnte man annehmen, auch das Vorliegen der dort geforderten Voraussetzungen für eine Analogiebildung müsse geprüft werden, um der dogmatischen Zwitterstellung gerecht zu werden.

Nimmt man das EU-Recht selbst zum Maßstab, um auf Unionsebene eine Analogie herbeizuführen, so ist die Berücksichtigung der europäischen Sichtweise, was die Voraussetzungen der Analogiebildung anbelangt, evident. Dies ergibt sich wie erwähnt aus der dogmatischen Zwitterstellung des auf europäischen Anordnungen basierenden nationalen Privatrechts. Der hybride Charakter desselben verlangt mithin, auch die europäischen Voraussetzungen in die Analogiebildung einzubeziehen.

Für eine solche Berücksichtigung mag ein Vorlageverfahren sprechen: Der Bundesgerichtshof hatte dem EuGH durch Beschluss vom 29.11.1999¹⁴⁹ zur Vorabentscheidung gem. Art. 267 AEUV (ehemals Art. 234 EGV) die Frage vorgelegt, ob der nationale Gesetzgeber durch die Richtlinie 85/577/EWG („Haustürgeschäfte-Richtlinie“) gehindert sei, eine Fristenregelung des nationalen VerbrKrG, welche ihrerseits auf der Richtlinie 87/102/EWG („Verbraucherkreditrichtlinie“) beruht, analog auf die nationale Umsetzung der Haustürgeschäfte-Richtlinie (in damaliger Gestalt des HWiG) anzuwenden.¹⁵⁰ Der EuGH beantwortete diese Frage dahingehend, dass die angedachte Befristung des Widerrufsrechts gegen die Haustürgeschäfte-Richtlinie verstoße, wobei die Methode, Regelungen einer Richtlinie in einer anderen analog heranzuziehen, nicht ausdrücklich für rechtswidrig erklärt wird; vielmehr erklärt sich der EuGH zu dieser Frage gar nicht.¹⁵¹ Der Generalanwalt *Warner*¹⁵² interpretiert die EuGH-Rechtsprechung dergestalt, dass eine Analogieziehung im EU-Sekundärrecht möglich ist, wenn eine „offensichtliche Lücke“ einer Regelung vorliegt; die von ihm zum Beleg angeführte Rechtsprechung des Gerichtshofes indes verzichtet

¹⁴⁹ BGH 29.11.1999, NJW 2000, 521.

¹⁵⁰ Umfassend zu dieser Frage: *Habersack*, WM 2000, 981-1028.

¹⁵¹ EuGH 13.12.2001 – Rs. C-481/99, Slg. 2001, I-9945-9987.

¹⁵² GA *Jean-Pierre Wagner*, Schlussanträge in der Rs. C-137/77 vom 2.5.1978, EuGH Slg. 1978 S. 1638, 1642 – Stadt Frankfurt am Main/ Max Neumann.

auf das Merkmal der Evidenz und lässt eine einfache Regelungslücke ausreichen.¹⁵³

Der Analogieschluss gehört zum „methodischen Grundrüstzeug“ des EuGH, der ihn stetig anwendet, wenn auch oftmals, ohne ihn als solchen zu bezeichnen. Häufiger als Richtlinien werden dabei europäische Verordnungen zum „Modellgesetz“ für richterrechtlich geschaffene Neuregelungen herangezogen.¹⁵⁴ Die „deutschen“ Voraussetzungen zur Analogiebildung werden dabei vom EuGH und dessen Generalanwälten weitgehend übernommen.¹⁵⁵ Generalanwalt *Tesouro*¹⁵⁶ beispielsweise stellt, *Engisch* zitierend, auf die vergleichbare Interessenlage ebenso wie auf die Regelungslücke ab. Der EuGH postuliert gleichfalls zwei der deutschen Rechtslehre sehr ähnliche Voraussetzungen der Analogiebildung: So „können sich Wirtschaftsteilnehmer mit Erfolg auf die entsprechende Anwendung einer Verordnung berufen, die ihren Fall eigentlich nicht erfaßt, wenn sie dartun, daß die für sie geltende Regelung zum einen der Regelung, auf deren analoge Anwendung sie sich berufen, weitgehend entspricht, und zum anderen eine Lücke enthält, die mit einem allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts unvereinbar ist und die durch die entsprechende Anwendung geschlossen werden kann“.¹⁵⁷ Gleichwohl sieht sich der Gerichtshof relativ selten der Aufgabe ausgesetzt, (kleinere) Lücken zu schließen, was schlicht daran liegt, dass das Unionsrecht gar nicht den Anspruch hat, eine allumfassende Rechtsordnung darzustellen. Wenn ganze Bereiche ungeregt sind, so bleiben kleinere Lücken, die durch Analogiebildung mit rechtlicher Wertung ausfüllbar wären, aus.¹⁵⁸ Um im Bild zu bleiben: Wo die Begrenzungen durch das

¹⁵³ Vgl. EuGH 15.12.1966 – Verb. Rs. C-15/64 und C-60/65, Slg. 1966, 685, 698 – Jean Moreau/Kommission der EAG

¹⁵⁴ *Lehmann*, in: FS Gerfried Fischer (2010), 237, 239.

¹⁵⁵ EuGH 20.2.1975 – Rs. 64/74, Slg. 1974, 261, 268 f. Rn. 2 f. – Firma Adolf Reich/Hauptzollamt Landau; EuGH 11.7.1978 – Rs. 6/78, Slg. 1978, 1657, 1684 Rn. 4 – Union française de céréales/Hauptzollamt Hamburg-Jonas; vgl. auch *Ukrow*, Richterliche Rechtsfortbildung durch den EuGH (1995), 123 f. und *Lehmann*, in: FS Gerfried Fischer (2010), 237, 240 f.

¹⁵⁶ GA *Giuseppe Tesouro*, Schlussanträge in der Rs. C-30/88 vom 4.7.1989, Slg. 1989, 3711, 3728 (Rn. 19).

¹⁵⁷ EuGH 12.12.1985 – Rs. 165/84, Slg. 1985, 3997, 4019 Rn. 14 – John Friedrich Krohn GmbH & Co. KG/ Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordnung.

¹⁵⁸ *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht (3. Aufl. 2012), Rn. 108.

bestehende Recht so weit entfernt liegen, dass der unregelte Raum ein ganzes Gebiet betrifft, lässt sich nicht mehr von einer kleineren Regelungslücke sprechen. Das Unionsrecht ist somit bereits aus sich heraus, qua seiner Natur, auf größere Lücken ausgelegt. Damit lässt sich relativ häufig eine bewusste Lücke annehmen,¹⁵⁹ was die Voraussetzung einer Analogiebildung häufig entfallen lassen würde. Aus dieser Erkenntnis heraus wird teilweise aufgrund des „bewusst fragmentarischen und unvollständigen Charakters“ des Unionsrechts dem Kriterium der planwidrigen Regelungslücke sogar die Eignung für die Herausbildung von Möglichkeiten zur Analogiebildung abgesprochen.¹⁶⁰ Der EuGH neigt dazu, sich in weiträumig unregelten Bereichen bei der Bildung von Analogien weniger an konkreten, ähnliche Interessenlagen regulierenden Normen zu orientieren, weil solche Normen eben manchmal gar nicht existieren. Stattdessen nimmt der EuGH in diesen Fällen rechtliche Anleihen vielmehr an den allgemeinen Rechtsgrundsätzen der Union. Streng genommen liegt dabei nach einer Ansicht nicht mehr wirklich eine Analogie vor, sondern vielmehr eine komplette Rechtsneuschöpfung.¹⁶¹ Sinnvollerweise ändert die Orientierung an allgemeinen Rechtsgrundsätzen hingegen nicht allzu viel im Vergleich zu konventionellen Analogien, sieht man einmal von der bei ersterem fehlenden, bei letzterem gegebenen Konkretetheit der Rechtsfolge ab. Dies gilt insbesondere für die oben angesprochene Möglichkeit der Bildung einer Gesamtanalogie, welche letztlich gleichfalls auf grundsätzliche Wertentscheidungen des Gesetzgebers rekurriert.

In Fällen der eigenständigen Neuregelung durch einen mitgliedstaatlichen Richter ergibt sich (wie oben angedeutet) zunächst das Problem der „Zwitterstellung“ einer Analogiebildung im nationalen Recht bei europarechtlicher Ummantelung. Diese Zwitterstellung ergibt sich hier sogar im doppelten Sinne: die europarechtlichen Methoden einschließlich derjenigen, die sich mit der Bildung von Analogien befassen, wirken über das umzusetzende Sekundärrecht in die nationalen Rechtsordnungen ein. Andererseits speisen sich die europarechtlichen

¹⁵⁹ Ahmling, Analogiebildung durch den EuGH im Europäischen Privatrecht (2012), 149.

¹⁶⁰ Vogenauer, ZEuP 2005, 234, 254.

¹⁶¹ Heiderhoff, Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts (2004), 185 f.

Methoden aus einem wertenden Vergleich der Methoden mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen.¹⁶² Die Methoden bedingen sich mithin wechselseitig. Welche Methode hier – so man sie denn überhaupt trennen kann, was stark zweifelhaft erscheint – Anwendung finden sollte, kann insofern dahingestellt bleiben, als auch die europäische Analogiebildung nach einer planwidrigen Regelungslücke verlangt (s.o.).¹⁶³ Dass die europäischen sich von den deutschen Voraussetzungen nicht wesentlich unterscheiden, ist in diesem Zusammenhang ein glücklicher, die Dogmatik vereinfachender, Umstand.

¹⁶² *Vogenauer*, ZEuP 2005, 234, 253.

¹⁶³ *Ihns*, Entwicklung und Grundlagen der europäischen Rechtsangleichung (2005), 26.

§ 4: EU-Richtlinien als unmittelbarer Anknüpfungspunkt für die Bildung von Analogien

I. Grundsätzliches

Eine Möglichkeit, sich der zumindest vordergründig etwas strenger erscheinenden nationalen Methodikzwänge rund um das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke zu entziehen, könnte darin bestehen, nicht das nationale Verbraucherschutzrecht, sondern vielmehr die EU-Richtlinien selbst als Basis einer Analogie heranzuziehen. Sofern die Ziele der Richtlinien durch analoge Anwendung ihrer unmittelbaren Regelungsbereiche besser erreicht werden können, so müssen sich die Gerichte bei der Wahl und Anwendung der Auslegungsmethoden und –ergebnisse nicht mehr im nationalen Rahmen bewegen.¹⁶⁴ Zwar verlangt, wie oben gezeigt, auch die europarechtliche Ebene das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke; sowohl die Planwidrigkeit als auch die Regelungslücke beziehen sich jedoch auf andere, nämlich genuin europäische Anknüpfungspunkte, wenn die entsprechende Analogie europaweit ausgedehnt werden soll. Bei der Suche nach vergleichbaren Interessenlagen könnte man sich neben dem nationalen Recht mithin durchaus ebenso am europäischen Recht orientieren. Der Möglichkeit zur analogen Heranziehung europarechtlichen Sekundärrechts wird auch in der Literatur weitgehend entsprochen.¹⁶⁵

II. Die Möglichkeiten eines nationalen Richters

Möglicherweise könnte ein nationaler (z.B. deutscher) Richter Unionsrecht als Anknüpfungspunkt für die Bildung von Analogien verwenden. Dazu müsste im deutschen Recht eine planwidrige Regelungslücke bestehen. Darüber hinaus

¹⁶⁴ Grundmann, ZEuP 1996, 399, 421 f. Nach ganz h.M. obliegt es dabei allen innerstaatlichen Stellen, mithin auch den Gerichten, die Ziele der Richtlinie zu verfolgen, vgl. Christiansen, Effektive und effiziente Widerrufsrechte (2011), S. 57 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

¹⁶⁵ Vgl. z.B. Bleckmann, NJW 1982, 1177, 1181; Neuner, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre (2006), 231, 241; hierzu auch: Usher, ELR 3 (1978), 387-390. In den dort diskutierten Fällen geht es um die analoge Heranziehung einer europarechtlichen Regelung zur Ausfüllung einer Lücke in einer anderen europarechtlichen Norm.

müsste zwischen der Situation in Deutschland und der durch den EU-Sekundärrechtsakt geregelten Problemstellung eine vergleichbare Interessenlage bestehen.

Vergleichbare Interessenlage

Die Akte der Union (also die verbraucherschützenden Richtlinien) müssten dieselben Ziele verfolgen wie die noch fiktiven Rechtsschöpfungen eines deutschen Richters. Wie bereits gezeigt (s.o. unter § 2 III), verfügt die Union über die Kompetenz zur Herausbildung neuer Widerrufsrechte lediglich in Fällen, in denen der Binnenmarkt gestärkt wird. Die Interessenlage hinter den bereits bestehenden Richtlinien, welche die Einführung von Widerrufsrechten zum Gegenstand haben, liegt somit darin, den Verbraucherschutz zu intensivieren. Dies gilt jedoch nur insoweit, als hierdurch ebenso der Binnenmarkt vertieft wird. Eine rein nationale Maßnahme hingegen würde zwar den Verbraucherschutz in diesem Mitgliedstaat stärken, durch den nationalen Alleingang aber gerade nicht den Binnenmarkt im Sinne eines homogenen Rechtsgebildes vertiefen, sondern hierbei sogar kontraproduktiv wirken. Dies gilt zumindest, soweit nicht die Mehrzahl der anderen Mitgliedstaaten ein vergleichbares Widerrufsrecht selbstständig eingeführt hat. Dann nämlich wäre der nationale Schritt wiederum ein solcher in Richtung einer weitgehenderen Vereinheitlichung, wenn dieser auch nicht durch Unionsorgane, sondern durch die Mitgliedstaaten selbst vorangetrieben würde.

Vergleichbar ausgeweitete Widerrufsrechte in anderen Mitgliedstaaten gibt es jedoch gegenwärtig nicht flächendeckend. Die bereits bestehenden, unionsweite Geltung beanspruchenden Widerrufsrechte verfolgen somit durch den Binnenmarktbezug ein anderes Ziel als solche Entsprechungen, die ein nationaler Richter kraft eigener Gestaltungsmacht einführt. Eine vergleichbare Interessenlage zwischen sekundärrechtlich festgelegten Widerrufsrechten und potentiellen Neuschöpfungen auf mitgliedstaatlicher Ebene besteht somit nicht. Zum Anknüpfungspunkt für ein Tätigwerden eines nationalen Gerichts taugt das Sekundärrecht der Union mithin keineswegs.

Da keine vergleichbare Interessenlage besteht, kommt es auf die Existenz einer planwidrigen Regelungslücke im deutschen Recht (noch) nicht an.

III. Die Möglichkeiten eines Unionsrichters

Möglicherweise könnte jedoch anstelle eines nationalen Richters der Europäische Gerichtshof selbst ein Bestreben entfalten, unionsweit ein Widerrufsrecht durch Rechtsneuschöpfung einzuführen.

1) Vergleichbare Interessenlage

Durch eine derartige Analogiebildung würde über die unionsweite Geltung des neu entstehenden Gesetzes auch der Binnenmarkt eine entsprechende Stärkung erfahren, womit ein für die Analogiebildung erforderliches *tertium comparationis* bestünde. Hier wären zwischen bestehenden Widerrufsrechten einerseits und denkbaren Situationen, in denen der Bürger sich einer ähnlichen unterlegenen Lage ausgesetzt sieht, andererseits durchaus vergleichbare Interessenlagen denkbar.¹⁶⁶

2) Planwidrige Regelungslücke auf EU-Ebene

a) Grundsätzliches

Damit der Europäische Gerichtshof Richtlinien selbst als unmittelbaren Anknüpfungspunkt für die Bildung einer Analogie heranzuziehen, müsste im Unionsrecht eine planwidrige Regelungslücke bestehen. *Lehmann* will danach differenzieren, ob die Union in dem fraglichen Bereich generell tätig wird. Ist dies nicht der Fall (wie im konkret diskutierten Beispiel im Gesellschaftskollisionsrecht), so fehle es an der Planwidrigkeit, weil die Union in diesem Gebiet die Entscheidung getroffen habe, keine Aktivitäten zu entfalten.¹⁶⁷

¹⁶⁶ Hierzu auf die nationale Ebene bezogen, aber mit den gleichen Wertungen bzgl. des Verbraucherschutzes, s. unten unter § 5 II.

¹⁶⁷ *Lehmann*, in: FS Gerfried Fischer (2010), 237, 240 f.

Der weiterführende Gedanke, es liege in solchen Fällen im Grunde nicht einmal eine Regelungslücke vor, weil es schlicht gar keine Regelung gebe,¹⁶⁸ erscheint hingegen wenig sinnvoll. Freilich kann diese fehlende Aktivität im Einzelfall auch daran liegen, dass der Union schlichtweg die primärrechtlichen Kompetenzen für ein solches Handeln fehlen. Dann stellt sich die Frage einer möglichen Analogiebildung jedoch ohnehin nicht, da die Kompetenzverteilung keinesfalls über richterrechtlich geschaffene Regelungen ausgehebelt werden darf.

b) Die Regelungsabsicht des europäischen Gesetzgebers

Bei der Regelungsabsicht des europäischen Gesetzgebers bestehen im Vergleich zu der erkennbaren Intention mitgliedstaatlicher Gesetzgeber einige Besonderheiten. So ist das europäische Recht von vornherein nicht auf Vollständigkeit ausgelegt. Die „Lücken“ sind also Teil der europarechtlichen Programmatik (s.o.).¹⁶⁹ Deren Planwidrigkeit zu bestimmen, wird noch durch die Vielzahl an Akteuren im politischen Geschäft der Union sowie die teils sehr langwierigen Verfahren bis zum finalen Erlass des Sekundärrechtsakts erschwert.¹⁷⁰ Aus den bestehenden Unterlagen, beispielsweise zur Entstehungsgeschichte der Verbraucherrechterichtlinie¹⁷¹, lässt sich jedenfalls keine negative Regelungsanordnung im Sinne einer Ablehnung weiterer Verbraucherschützender Maßnahmen auf anderen als den bereits umfassten entnehmen.¹⁷² Dies könnte eher für die Planwidrigkeit der Regelungslücke sprechen.

¹⁶⁸ *Lehmann*, in: FS Gerfried Fischer (2010), 237, 241.

¹⁶⁹ *Grigoleit*, AcP 210 (2010), 354, 391.

¹⁷⁰ S. oben unter § 2 II 3).

¹⁷¹ Richtlinie 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 Richtlinie 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.

¹⁷² Vgl. zur Entstehungsgeschichte der VRRRL insbesondere aus österreichischer Perspektive *Verena Cap*, in: Bydlinski/ Lurger (Hrsg.), Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher, 1, 2-8.

aa) Die Sichtweise des ADR

Im Gegenteil deutet beispielsweise die Stellungnahme des Ausschusses der Regionen¹⁷³ zum damaligen Vorschlag der Kommission für eine Verbraucherrechterichtlinie eher auf den Wunsch hin, den Verbraucherschutz noch zu intensivieren: So betont der ADR, man halte „zugleich an dem Ziel fest, den Verbraucherschutz innerhalb der EU weiter zu stärken und fortzuentwickeln, was eine notwendige Voraussetzung für das Funktionieren des Binnenmarkts ist“ und erwarte, „dass es auch in Zukunft möglich sein wird, dass Mitgliedstaaten über gemeinschaftsweit einheitliche Standards hinausgehen dürfen“. Letzteres wendet sich zwar insbesondere gegen das Vollharmonisierungskonzept, beruht jedoch auf dem politischen Willen, den Verbraucherschutz eher zu intensivieren als eine Ausweitung verhindern zu wollen.

bb) Die Sichtweise des EWSA

Auch der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss deutet in seiner Stellungnahme in diese Richtung: so sieht er „die Verbraucherschutzpolitik nicht nur als Bestandteil der Binnenmarktstrategie der EU, sondern auch als ein wichtiges und bekräftigendes Element der Bürgerschaft an. Im Hinblick auf die gemeinschaftsweite Harmonisierung muss das Leitprinzip nach Auffassung des EWSA darin bestehen, das beste und höchste Verbraucherschutzniveau zu übernehmen, das in den einzelnen Mitgliedstaaten existiert.“¹⁷⁴ Diese Ansicht erscheint allerdings lediglich in der Einleitung zur Stellungnahme des EWSA, was als Hinweis auf eine eher weniger mit harten Rechtsfolgen zu versiehende Meinung des EWSA gelten mag. Jedoch heißt es später – etwas konkreter – die im EWSA vertretenen Verbraucherverbände befürchteten, mit dem vollharmonisierenden Vorschlag der Kommission werde eine künftige Entwicklung in Richtung eines vertieften Verbraucherschutzes verhindert. Der

¹⁷³ Stellungnahme des ADR „Rechte der Verbraucher“ auf dessen 79. Plenartagung (21./22. April 2009), DEVE-IV-038 (ADR/2009/9) unter dem Berichterstatter *Wolfgang G. Gibowski* (EVP).

¹⁷⁴ Stellungnahme des EWSA zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, vom 16. Juli 2009, INT/464 „Verbraucherrechte“, EWSA2009/1190.

EWSA schlägt deshalb eine „Begrenzung des Anwendungsbereichs des Vorschlags einzig und ausschließlich auf Verkäufe außerhalb der Geschäftsräume und den Fernabsatz, da es sich um jene Anwendungsbereiche der grenzüberschreitenden Transaktionen handelt, in denen Hindernisse durch den Vorschlag beseitigt werden sollen und in denen die vollständige Harmonisierung kohärenter erscheint“¹⁷⁵ vor. Hierin lässt sich zweierlei erblicken: Zum einen will man den Anwendungsbereich der Richtlinie begrenzen, also wohl in anderen Bereichen die Möglichkeit bewahren, tätig zu werden. Zum anderen wird die Beschränkung des Anwendungsbereichs auf Haustürsituationen und Fernabsatzvertriebswege lediglich aus dem Grund angestrebt, dass eine Vollharmonisierung den Verfassern nur in diesen Gebieten passend erscheint. Der EWSA lehnt also nicht weitere Verbraucherrechte ab (ganz im Gegenteil), sondern möchte diesen lediglich nicht mithilfe des durch die Kommission vorgezeichneten Instruments erreichen.

Ob die Regelungslücke tatsächlich planwidriger Natur ist¹⁷⁶, kann nicht abschließend geklärt werden, erscheint jedoch eher insofern wahrscheinlich, als die Beteiligten am Gesetzgebungsverfahren auf Unionsebene sich keineswegs gegen einen erweiterten Verbraucherschutz ausgesprochen haben, sondern eher die angedachten Instrumente als unpassend angesehen haben.

IV. Praktische Gesichtspunkte

Würde der EuGH Widerrufsrechte selbst schaffen, so müsste sein Handeln wie jegliche Akte von Unionsorganen an den Maßstäben der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit gemessen werden.¹⁷⁷ Der pauschale Verweis auf die Subsidiarität gilt dabei als eine Art politische Allzweckwaffe, um missliebige Initiativen aus Brüssel abzulehnen. Ein „hartes Kriterium“ ist er hingegen

¹⁷⁵ Punkt 4.1.3. der Stellungnahme.

¹⁷⁶ Zur Problematik der Bestimmung einer planwidrigen Regelungslücke allgemein vgl. unten unter § 5 I.

¹⁷⁷ *Lehmann*, in: FS Gerfried Fischer (2010), S. 237, 241; vgl. auch *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (2011), 250 f.

nicht.¹⁷⁸ Dies macht sich schon allein an der fehlenden Neigung des EuGH bemerkbar, Verstöße gegen das Subsidiaritätsprinzip wirklich zu prüfen, geschweige denn, sie als solche anzuerkennen.¹⁷⁹ Ob das Protokoll über die Anwendung der Grundsätze der Subsidiarität und der Verhältnismäßigkeit¹⁸⁰ hieran etwas Wesentliches ändert, wird sich im Laufe der Zeit noch herausstellen müssen, darf aber angesichts von dessen Existenz mit ähnlichem Inhalt in der Vergangenheit wohl bezweifelt werden.

Würde der EuGH selbst rechtsgestaltend tätig werden, würde er sich ohnehin in der komfortablen, wenn auch politisch fragwürdigen Situation befinden, dass letztlich nur er selbst über die Zulässigkeit dieses Handelns befinden könnte. Daraus mag man zwei Dinge schlussfolgern: Zum einen wird der EuGH idealerweise sich dieses Missstandes, was die Einhaltung der Gewaltenteilung anbelangt, bewusst sein und dementsprechend sensibel vorgehen. Ohne Frage wäre die Reaktion der ihn begleitenden juristischen Literatur andernfalls wieder einmal verheerend. Ob der EuGH sich hiervon beeinflussen lässt, ist schwierig vorab zu erahnen. Eher dagegen spricht, dass er in der Vergangenheit von kritischen Reaktionen der Wissenschaft und insbesondere der Literatur nur selten verschont blieb, ohne dass dies eine erkennbare Auswirkung auf sein Selbstbewusstsein zeitigte.

Dabei hat sich der EuGH in der Vergangenheit als durchaus ambitioniert gezeigt, was seine Rolle als „Motor der Integration“¹⁸¹ anbelangt. Überdies unterscheidet der EuGH nicht allzu sauber zwischen extensiver Auslegung und Rechtsneuschöpfung durch Analogie.¹⁸² Für ihn mag also die „Klippe“ oder „Hemmschwelle“ zu einer eigenen rechtsgestalterischen Tätigkeit nicht so hoch

¹⁷⁸ *Riehm*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009, 159, 198.

¹⁷⁹ *Ritzer/Ruttloff*, EuR 2006, 116, 121; *Grabitz/ Hilf /Nettesheim/ Bast/von Bogdandy*, Das Recht der EU (50. Ergänzungslief. 2013), Art. 5 Rn. 49.

¹⁸⁰ ABl. vom 26.10.2012, C 326/206.

¹⁸¹ Vgl. oben § 2 III 3).

¹⁸² S. unten unter § 5 I 2) d) bb) ii).

sein, wie dies für die deutsche Justiz zumindest vordergründig¹⁸³ der Fall zu sein scheint.

Hinzu kommt, dass der EuGH freilich nur über die Frage der Zulässigkeit einer Rechtsneuschöpfung entscheiden könnte, wenn diese Problematik zu ihm gelangt. Insbesondere könnte dies geschehen, wenn ein mitgliedstaatliches Gericht dem EuGH eine entsprechende Frage zur Vorabentscheidung vorliegt. Dieses Vorgehen müsste, so könnte man zunächst annehmen, in etwa auf die Beantwortung der Frage zielen, ob die jeweilige Richtlinienbestimmung einer Auslegung entgegensteht, wonach ein zusätzliches Widerrufsrecht eingeführt würde. Dann allerdings würde das mitgliedstaatliche Gericht selbst rechtsgestaltend tätig werden und der EuGH diesem Unterfangen lediglich nicht entgegenwirken – was jedoch sinnvollerweise unterbleiben müsste, da dieses mitgliedstaatliche Gericht eben nur das nationale Gesetz als „Muster“ eigener Rechtsgestaltung verwenden kann und nicht das Unionsrecht selber.

Sinnvoller wäre die Vorlagefrage mithin andersartig formuliert. Beispielsweise könnte das mitgliedstaatliche Gericht fragen, ob die Richtlinienbestimmung dahingehend auszulegen¹⁸⁴ ist, dass sie eine Regelung wie das in Frage stehende „neue“ Widerrufsrecht unionsweit anordnet. Dies könnte der EuGH bejahen und würde damit selbst rechtsgestaltend tätig.

Eine Konsequenz für das Handeln mitgliedstaatlicher Gerichte hätte dies im Übrigen grundsätzlich kaum: Zwar müssten die mitgliedstaatlichen Gerichte die Anordnungen des EuGH freilich beachten und das neu geschaffene Widerrufsrecht umsetzen; ihre eigene Rechtsgestaltungsmacht in positiver Hinsicht, was also eigene Analogien auf nationaler Ebene anbelangt, wäre dadurch jedoch keineswegs eingeschränkt, solange diese sich an dem nationalen Widerrufsrecht als „Mustergesetz“ orientieren und nicht an der sekundärrechtlichen Anordnung des Unionsrechts.

¹⁸³ Vgl. erneut unter § 5 I 2) d) bb) ii).

¹⁸⁴ Zu betonen ist – noch einmal – dass der EuGH methodisch zwischen Auslegung und Rechtsneuschöpfung nicht wirklich unterscheidet.

V. Zwischenergebnis zu § 4

Neben auf nationaler Ebene eingeführten Widerrufsrechten stellen auch die Richtlinien selbst taugliche Anknüpfungspunkte für die Bildung von Analogien dar. Dies gilt jedoch nicht für das Handeln nationaler Richter: Da die bestehenden Richtlinien auf den Verbraucherschutz nur insoweit zielen, als durch die getroffenen Maßnahmen zugleich der Binnenmarkt vertieft wird, durch eine auf nationaler Ebene eingeführtes Widerrufsrecht jedoch zunächst einmal ein gegenteiliger Effekt erreicht würde, mangelt es insofern bereits an einer vergleichbaren Interessenlage.

Anders stellt sich die Lage bei einem auf Unionsebene, also durch den Europäischen Gerichtshof, unionsweit eingeführten Widerrufsrecht dar: Ein derartiges Handeln würde den Binnenmarkt weiter vertiefen und sich damit an der hinter den bereits existenten Widerrufsrechten stehenden Interessenlage orientieren.

Ob der Unionsrechtsgeber auch eine planwidrige Regelungslücke hinterlassen hat, die der Europäische Gerichtshof in berechtigter Weise füllen könnte, erscheint insbesondere angesichts des insgesamt fragmentarischen Charakters des Unionsrechts zumindest fraglich. Es spricht jedoch einiges dafür, eine solche Lücke anzunehmen.

Praktisch könnte der Gerichtshof ein Widerrufsrecht entwickeln, wenn ein nationales Gericht in einem Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV die Frage stellt, ob die bestehenden Widerrufsrechte dahingehend auszulegen sind, dass auch in der noch unregelten, in Frage stehenden Konstellation ein solches bestehen sollte.

§ 5: Normen des BGB als Anknüpfungspunkt zur Bildung von Analogien

Ein darauf folgender logischer Anknüpfungspunkt für die Bildung von Analogien ist die Bezugnahme auf bestehende Normen des nationalen (hier deutschen) Zivilrechts, dabei im Falle der Widerrufsrechte auf solche des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Hierzu müssen die Voraussetzungen einer Analogie auf Ebene des deutschen Rechts vorliegen.

I. Planwidrige Regelungslücke auf nationaler Ebene

1) Singularia non sunt extendenda?

a) Grundsätzliches

Aufgrund eines möglichen Ausnahmecharakters ließe sich hier jedoch mit der bekannten Formel „Singularia non sunt extendenda“¹⁸⁵ eventuell die Eignung der bestehenden Widerrufsrechte des BGB zum Modell für weitere derartige Regelungen absprechen. Die Planwidrigkeit einer Lücke im Verbraucherschutzrecht ließe sich demzufolge mit der Begründung verneinen, der Ausnahmecharakter einer Norm spreche gerade gegen einen generell wirkenden Rechtscharakter. So nimmt der 1. Zivilsenat des BGH¹⁸⁶ (wenngleich ohne nähere Begründung)¹⁸⁷ an, mit der Enumeration von Tatbeständen habe sich der Gesetzgeber bewusst gegen die Aufstellung eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes entschieden. Dem BGH lässt sich zugutehalten, dass dem Gesetzgeber schwerlich

¹⁸⁵ Näher hierzu: *Kramer, Juristische Methodenlehre* (2005), 185.

¹⁸⁶ BGH 13.3.2003, NJW 2003, 1932, 1933.

¹⁸⁷ Teilweise sogar mit höchst zweifelhafter Untermauerung dieser These; etwa indem darauf abgestellt wird, bei gegenteiliger Interpretation sei in concreto § 1b IV AbzG gegenstandslos. Diese Betrachtungsweise setzt die Annahme einer vollkommen kohärenten Gesetzessystematik voraus. De facto sind jedoch zahlreiche Gesetze ohne oder beinahe ohne praktischen Anwendungsbereich (etwa § 933 BGB), ohne dass dies irgendeinen Einfluss auf die Interpretationsmöglichkeiten der übrigen, in sich schlüssigen Gesetze hätte. Der Gesetzgeber arbeitet naturgemäß nicht perfekt.

zu unterstellen ist, er habe angenommen, weitere den Verbraucher gefährdende Situationen seien nicht existent. Demzufolge wäre, sofern man eine Lücke im ansonsten bestehenden Regelungsdickicht bejahen möchte, diese zumindest nicht planwidriger, sondern bewusster Natur. Dadurch wäre der Richter gehindert, im Verbraucherschutzrecht Analogien zu entwickeln.

Doch selbst, wenn man die enumerierten Beispiele von Widerrufsrechten als eng zu handhabende Ausnahmen vom Prinzip des *pacta sunt servanda* sieht, so bedeutet dies – entgegen der Ansicht des BGH¹⁸⁸ – noch nicht zwingend, dass eine Analogiebildung unmöglich ist. Dieser lehnt im konkreten Beispiel eine solche Möglichkeit zwar ab, kommt jedoch durch eine *de facto* vollzogene Analogiebildung im Gewand der (als solcher kaum haltbaren)¹⁸⁹ extensiven Auslegung zum gleichen Ergebnis.¹⁹⁰ Dabei umgeht der BGH das Problem nur scheinbar, indem er die materielle Frage, ob die bewusste Formalisierung gesetzlicher Tatbestände durch die Legislative durch die Gerichte konterkariert werden darf, keineswegs beantwortet. Stattdessen verlagert der BGH durch den Austausch der Begriffe der Analogie einerseits und der extensiven Interpretation andererseits die bestehenden Probleme lediglich von einer materiell-rechtlichen auf eine sprachliche Ebene.¹⁹¹

Der auch vom BGH zumindest formell eingehaltene Grundsatz des „*singularia non sunt extendenda*“, wonach Ausnahmenvorschriften restriktiv anzuwenden und nicht analog angewandt werden dürfen, ist im deutschen im Gegensatz

¹⁸⁸ BGH 20.09.1995, BGHZ 130, 377, 382, der den Kunstgriff vollzieht, die Analogie zwar abzulehnen, die Anwendung des § 1374 II BGB auf einen dort nicht geregelten Fall aber dennoch zu bejahen mit der Begründung, die Zuordnung zu einem der in § 1347 II aufgeführten Fälle ergebe sich aus einer „am Sinn der gesetzlichen Regelung orientierten Auslegung ihrer Tatbestandsmerkmale“.

¹⁸⁹ *Würdinger*, AcP 2006, 945, 959.

¹⁹⁰ *Klingelhöffer*, ZEV 1996, 26, 28; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen (3. Aufl. 1999), Rn. 502, weist mit Recht darauf hin, dass die Rechtsprechung die Begriffe „Analogie“, „ausdehnende bzw. einschränkende Auslegung“ und „teleologische Reduktion“ ihrem jeweiligen Bedürfnis anpasst und demzufolge willkürlich verwendet.

¹⁹¹ Vgl. die Anmerkung von *Gernhuber*, JZ 1996, 205, 206 .

beispielsweise zum italienischen Recht¹⁹² nicht kodifiziert; ob er dennoch gilt, ist umstritten. Teilweise wird vertreten, die analoge Anwendung einer Ausnahmegvorschrift verwerfe de facto die Grundregel und konterkarriere damit das Verwerfungsmonopol des Bundesverfassungsgerichts aus Art. 100 I GG.¹⁹³ *Savigny*¹⁹⁴ argumentiert für die Geltung des „Singularia“-Satzes, bei Sachverhalten, die nicht unter die konkrete Ausnahme fallen, fehle es meist bereits an einer Regelungslücke, da in diesen Fällen die Grundregel eingreift, von der die gegebenenfalls analog heranzuziehende Ausnahme abweicht. Das wäre hier der Grundsatz der Vertragsbindung.

b) Die Definition der Ausnahme

Nun kann es jedoch Schwierigkeiten bereiten, zu bestimmen, welche Norm eine Ausnahme darstellt. Bemerkenswert ist die Sichtweise, durch die Entscheidung, eine Norm nicht analog anzuwenden, werde diese genau genommen erst zur Ausnahme und nicht andersherum. Der Gedanke, eine bestimmte Norm sei nicht analog anwendbar, weil sie eine Ausnahme sei, verkehre die Ursache-Wirkungs-Relation. Tatsächlich dürfe man eine Norm erst dann als Ausnahmegvorschrift bezeichnen, wenn ihre Rechtsfolgen sich nicht in zulässiger Weise auf andere Situationen erstrecken ließen. Aus der Bezeichnung als Ausnahme folge in jedem Fall sachlich schlichtweg nichts.¹⁹⁵

Hinzu kommt, dass jede Regel ihrerseits eine Ausnahme von einer noch allgemeineren Regel darstellen kann; eine Ausnahme hingegen kann im Verhältnis zu einer „Unterausnahme“ wiederum eine Regel begründen¹⁹⁶ oder als Ausnahme der Ausnahme wieder zur Regel zurückkehren.¹⁹⁷ Gerade das Unionsrecht liefert

¹⁹² Wo es in Art. 14 Cod.Civ. heißt: „Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati.“. Hierzu umfassend: *Muscheler*, FS Heinrich Wilhelm Kruse (2001), 135, 143-146.

¹⁹³ *Hillgruber*, JZ 1996, 118, 119 f.

¹⁹⁴ *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts, Band I (1840), 293.

¹⁹⁵ *Schneider*, Logik für Juristen (5. Aufl. 1999), 151. Ähnlich *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (5. Aufl. 1983), 339 m.w.N.

¹⁹⁶ *Muscheler*, FS Heinrich Wilhelm Kruse (2001), 135, 146.

¹⁹⁷ *Engisch*, Einführung in das juristische Denken (11. Aufl. 2010), 183 f.

hierfür durch teilweise dreifache (!) Verneinungen anschauliches Material. So heißt es in der neuen Verbraucherrechterichtlinie in deren Art. 14 IV b) ii): „Der Verbraucher hat *nicht* aufzukommen für: die vollständige oder teilweise Bereitstellung von digitalen Inhalten, die *nicht* auf einem körperlichen Datenträger geliefert werden, wenn der Verbraucher *nicht* zur Kenntnis genommen hat, dass er mit seiner Zustimmung sein Widerrufsrecht verliert“. – Wenn man dazu noch bedenkt, dass das Widerrufsrecht selbst gemeinhin als eine Ausnahmeregelung gilt, so kostet es den Leser doch einige Mühen, hier noch festzustellen, welche Unterregelung letztlich noch als Ausnahme und welche als Rückkehr zur ursprünglichen Regel anzusehen ist.

Probleme mit der Geltung dieses Satzes ergeben sich außerdem insofern, als jedwede neue Regelung im Widerspruch zum status quo ante des bestehenden Rechts steht, ergo regelwidrig ist und damit eine Ausnahme darstellt.¹⁹⁸ Dabei besteht die Gefahr, dass je nach Sichtweise oder gewünschtem Ergebnis jede Norm zur Ausnahmegvorschrift erklärt werden kann, so dass neben den allgemeinsten Sätzen fast nur noch singuläre bestehen.¹⁹⁹ Überdies ist der Ausnahmebegriff verschiedenartig bestimmbar: So kann man ihn beispielsweise statistisch (nach der Anzahl seiner Anwendungsfälle, was allein schon aufgrund der Dynamik einer sich im Fluss befindlichen Rechtsanwendung problematisch ist) oder rein logisch-dogmatisch versuchen zu definieren.²⁰⁰ Im Ergebnis bleibt jedenfalls unklar und erscheint mitunter willkürlich, welche Norm eine Ausnahme darstellen soll und welche sich in ein bestehendes Regelwerk einfügt.

¹⁹⁸ Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts (9. Aufl. 1963), § 29.

¹⁹⁹ Klug, Juristische Logik (4. Aufl. 1984), 113 f.; vgl. auch Heck, AcP 112 (1914), 188, der sowohl die Gefahr der „Begriffsjurisprudenz“ sieht als auch eine solche, sich bei der Einordnung einer Norm zu sehr vom angestrebten Ergebnis leiten zu lassen, ob für diese das Analogieverbot gelten soll oder nicht. Heck war trotz seiner grundsätzlich begrüßenswerten Vorstellungen einer nicht zu weiten Gestaltungsmöglichkeit des Richters wie zahlreiche Kollegen seiner Zeit bereit, Bedenken einer übermäßigen Aushöhlung des bestehenden Gesetzeswerkes zu räumen, wenn die NS-Ideologie dem entgegenstand. So bezeichnete er es als eine legitime Methode, vom Gesetzestext abzuweichen, wenn dieser den „Gemeinschaftszielen“ entgegenliefe. Welche Ziele dies konkret seien, wollte Heck den seines Erachtens neuen und reichen Erkenntnismitteln „Führerwort und Parteiverlautbarung [der NSDAP]“ entnehmen: Heck, Rechtserneuerung und Juristische Methodenlehre (1936), S. 13. Auch Larenz (Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie, 1934, S. 34 und 44) sah den Führerwillen als oberste Rechtsquelle an.

²⁰⁰ Heck, AcP 112, (1914), 1, 187 f.

c) Folgen für die Rechtsanwendung

Die Geltung des Satzes „Singularia non sunt extendenda“ im Sinne eines strikten Analogieverbotes ist mithin für das deutsche Recht (und wohl auch darüber hinaus) abzulehnen.²⁰¹ Die Frage, welche Norm eine Ausnahme darstellt und welche die Regel, kann kaum schlüssig beantwortet werden. Etwas arg pathetisch formuliert *Heck* in diesem Zusammenhang gar, es gebe „keine zweite Formel, die so viel Unheil angerichtet und so viel verfehlte Erkenntnisse verschuldet hat“²⁰². Auf der anderen Seite stellt *Heck* der deutschen Methodenlehre damit ungewollt ein ordentliches Zeugnis aus. Wenn diese Formel bereits die folgenschwerste ihrer Art ist, so mag es so schlecht um den Zustand der deutschen Methodenlehre nicht bestellt sein.

Ein Analogieverbot besteht sinnvollerweise also nur dann, wenn die analog heranzuziehende Norm ausdrücklich oder zumindest ihrem Zweck nach bestimmt, dass die angeordnete Rechtsfolge ausschließlich in den aufgeführten Fällen eingreifen soll.²⁰³ Hat der Gesetzgeber sowohl eine Regel als auch eine Ausnahme statuiert, so ist bei Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke diejenige Vorschrift entsprechend einschlägig, deren Wertungen auf den konkreten Fall am sinnvollsten anwendbar erscheint. Ob dies die Regel oder die Ausnahme ist, kann bei der Suche nach einer sachgerechten Lösung keine Rolle spielen.²⁰⁴

²⁰¹ vgl. BGH 18.5.1955, BGHZ 17, 266, 277: „Der Umstand, daß diese Befugnislücke [...] gesetzestechnisch als eine Ausnahme gefaßt ist, vermag allein noch nicht eine einschränkende Auslegung zu rechtfertigen.“ *Stammler*, Theorie der Rechtswissenschaft (1911), 645; *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz (2. Aufl. 1983), 183, der die These aufstellt, es gebe keine ihrer Natur nach jeder Analogie unzugänglichen Vorschriften: vielmehr verfüge jede Norm über eine *ratio legis*, die auch auf andere Fälle anwendbar sei; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen (3. Aufl. 1999), Rn. 489a; *Würdinger*, Ausnahmenvorschriften sind analogiefähig!, JuS 2008, 949-951; *Engisch*, Einführung in das juristische Denken (11. Aufl. 2010), 258.

²⁰² *Heck*, AcP 112 (1914), 1, 186.

²⁰³ *Larenz*, NJW 1965, 1, 5.

²⁰⁴ *Reinicke*, NJW 1952, 1153. Auch *Tacou*, Das Verbot von Umgehungsgeschäften (2013), 82, weist darauf hin, dass eine lediglich punktuelle Regelung durch den Gesetzgeber gleichwohl durch einen Analogieschluss überwunden werden kann.

2) Qualifikation des Schweigens

Für die Frage, ob eine planwidrige Regelungslücke vorliegt, ist entscheidend, welcher Art das Schweigen des Gesetzgebers zu der konkret aufkommenden Rechtsfrage ist. Das Kriterium der „Planwidrigkeit“ soll dabei der Abgrenzung zwischen einer „Lücke“ und einem lediglich „rechtspolitischen Fehler“ des Gesetzgebers dienen.²⁰⁵ Letzteres zu korrigieren, würde eine unerlaubte Rechtsfortbildung *contra legem*²⁰⁶ darstellen.²⁰⁷

Gleichwohl ist diese Differenzierung oftmals schwierig vorzunehmen und mitunter vom Ergebnis her gelenkt.²⁰⁸ Dabei bemisst sich die Annahme einer Planwidrigkeit weniger nach objektiven Gegebenheiten, als vielmehr nach einem Werturteil, nämlich der Ansicht, dass anstelle der Lücke eine Regelung vorhanden sein sollte.²⁰⁹ Methodisch ist dies insofern angreifbar, als die Unterschiede der Prüfung zwischen den zwei Kriterien, der planwidrigen Regelungslücke einerseits und der vergleichbaren Interessenlage andererseits, verschwimmen, wo letztlich eine Frage gestellt wird: Sollte sinnvollerweise die bereits bestehende Rechtsfolge auf einen noch unregelmäßigten Tatbestand ausgeweitet werden?²¹⁰ Diese Wertung ist zwar ein subjektiver Akt des Richters, sie muss aber möglichst rational begründet

²⁰⁵ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (2. Aufl. 1991), 473; *Kramer*, Juristische Methodenlehre (1998), 138-140.

²⁰⁶ Nach *Krey*, JZ 1978, 361, 367, soll eine Rechtsfortbildung *contra legem* nicht bereits dann zu bejahen sein, wenn der Richter eine gesetzgeberische Wertung teilweise modifiziert oder preisgibt. Für die Bejahung eines solchen Auflehns gegen das Gesetz müsse der Regelungszweck des Gesetzes in sein Gegenteil verkehrt werden.

²⁰⁷ *Zippelius*, FG BVerfG 2. Band (1976), 121; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (5. Aufl. 1983), 358; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (2. Aufl. 1991), 473; *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD (1995), 217 und 235 f.; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung (1996), 65 f.; *Kramer*, Juristische Methodenlehre (1998), 138; *Canaris*, FS Franz Bydlinski (2002), 47, 84; *Depenheuer*, Der Wortlaut als Grenze (1988), 17 f., 58, geht davon aus, der Wortlaut des Gesetzes könne unmöglich zugleich Gegenstand der Auslegung und Grenze derselben sein. Es ginge lediglich darum, den Gesetzestext zu verstehen.

²⁰⁸ *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung (1978), 70.

²⁰⁹ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz (2. Aufl. 1983), 16; *Neuner*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre (2006), 231, 233, der betont, die Lückenfüllung sei nicht mehr als eine bloße Umschreibung der Zulässigkeitskriterien praeterlegaler Rechtsfindung und ersetze keinesfalls Wertungen; *Rüthers*, Rechtstheorie (3. Aufl. 2007), Rn. 889.

²¹⁰ *Luther*, Jura 2013, 449, 453, plädiert daher dafür, die althergebrachte Trennung der traditionellen Voraussetzungen einer Analogie aufzugeben.

und objektiviert werden.²¹¹ *Larenz* will dabei einen differenzierten Bewertungsmaßstab anwenden: Bei der Lückenschließung gehe es um die Regelungsabsicht des Gesetzgebers und die Teleologie des Gesetzes selber, bei der rechtspolitischen Gestaltung hingegen um eine von außen an das Gesetz herangetragene Kritik.²¹² Ähnlich geht – wenig erstaunlich – *Canaris* vor, wonach der „Plan“, nach dem sich die Widrigkeit desselben bemisst, an einem der Rechtsordnung immanenten Maßstab orientiere; der rechtspolitische Fehler hingegen werde nach einem externen Maßstab bestimmt.²¹³ Dies erscheint jedoch als eine eher sprachliche Verlagerung des Problems, denn eine objektive Differenzierung, ob ein Regelungsvorschlag „von innen“ oder „von außen“ im Verhältnis zum Gesetz erfolgt, lässt sich kaum plausibel darstellen.

a) Die Intention des Gesetzgebers

Für die Analogieziehung ist jedenfalls grundsätzlich kein Raum, wenn der Gesetzgeber die Enumeration bewusst abschließend gewählt hat, sog. „qualifiziertes Schweigen“;²¹⁴ wenn also der Richter durch die Analogiebildung seine Vorstellungen an die Stelle der erkennbaren Intention des Gesetzgebers schieben²¹⁵ und damit den Gehorsam gegenüber dem Gesetz verweigern würde.²¹⁶ Indes steht hier gerade in Frage, ob der Gesetzgeber eine solch eindeutige Entscheidung getroffen hat. Ebenso denkbar wie die Aufstellung einer abschließenden Liste von Widerrufsrechten ist die Möglichkeit, dass die Legislative es schlicht versäumt hat, über vergleichbare Situationen nachzudenken und diese zu regeln. So kann sich eine Gesetzeslücke auch im Laufe der Zeit ergeben, wenn ein Problem erst entsteht oder der Gesetzgeber die Existenz dieser rechtlichen Frage zum Zeitpunkt des Gesetzesbeschlusses nicht oder nur

²¹¹ *Redeker*, NJW 1972, 409, 411.

²¹² *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (5. Aufl. 1983), 359.

²¹³ *Canaris*, FS Franz Bydlinski (2002), 47, 83.

²¹⁴ *Schwacke*, Juristische Methodik (4. Aufl. 2003), 101; vgl. auch *Reinicke* NJW 1952, 113 m.w.N.; *Hirsch*, Die Zeit Nr. 41/2003.

²¹⁵ BVerfG 3.4.1990, NJW 1990, 1593, 1594.

²¹⁶ *Rüthers*, JZ 2002, 365, 366; *Laukemann*, WRP 2000, 624, 626.

unzureichend wahrnahm.²¹⁷ Schließlich kann es auch passieren, dass der Gesetzgeber das Problem zwar registrierte, sich jedoch nicht auf eine konkrete, in Gesetzesform gegossene Lösung einigen konnte (möglicherweise aus technischen Gründen o.Ä.) und daher eine Regelung ausblieb, ohne dass eine solche wirklich vom Parlament abgelehnt worden wäre.

aa) Probleme der historischen Auslegungsmethode

Die Gesetzgebungsmaterialien (also die Gesetzesbegründungen und Protokolle der Verhandlungen) vermögen bei der Beantwortung dieser Fragen allenfalls indizielle Wirkung zu entfalten: So werden sie eben nicht vom Gesetzgebungsorgan als Ganzem verfasst, sondern beruhen auf den Meinungen einzelner am Legislativverfahren beteiligter Personen. Diese nehmen in den unterschiedlichsten Rollen (und oftmals hinter verschlossenen Türen) während des jeweiligen Verfahrens auf den Inhalt des Gesetzes Einfluss.²¹⁸ Ob die später niedergeschriebenen Vorstellungen wirklich in die jeweiligen Absichten der Mehrheit der Parlamentarier aufgenommen wurden, ist stark zweifelhaft.²¹⁹

Problematisch ist bereits allein die Frage, wie sich „der Wille des Gesetzgebers“ zusammensetzen soll. So lässt sich den Parlamentariern kaum ein einheitlicher Wille unterstellen.²²⁰ Gedanken einzelner Abgeordneter mögen sich in den Gesetzgebungsmaterialien wiederfinden; solche anderer Parlamentarier jedoch mitunter nicht, obgleich diese im Einzelfall einen ungleich größeren Einfluss auf das letztlich verabschiedete Gesetz gehabt haben mögen.²²¹ Ebenso wenig kann man annehmen, dass die Mehrheit der Parlamentarier lediglich den Willen des jeweiligen Verfassers des Gesetzes, also meist der mit der Arbeit konkret

²¹⁷ BVerfG 3.4.1990, BVerfGE 82, 6, 11f.

²¹⁸ R. A. Lorz, in: Baldus/Theisen/Vogel (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung (2013), 87, 97.

²¹⁹ Zippelius, Juristische Methodenlehre (8. Aufl. 2003), 51.

²²⁰ BVerfG 21.5.1952, BVerfGE 1, 299, 312; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (5. Aufl. 1983), 316; R. A. Lorz, in: Baldus/Theisen/Vogel (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung (2013), 87, 97 f.

²²¹ Stefan Schneider, in: Baldus/Theisen/Vogel (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung (2013), 111, 114.

befassten Ministerialbeamten, annehmen.²²² Auch diese Ministerialbeamten verfügen freilich über verschiedene Intentionen. Würde man den historischen Willen des Gesetzgebers auf seine Ursprünge zurückverfolgen, so müsste man als Rechtsanwender theoretisch den jeweils damit befassten Referatsleiter – oder sogar noch eine Ebene darunter den „Erfinder“ des Gesetzes, sofern es ihn denn überhaupt gibt – sowie auf jeder weiteren Entwicklungsstufe die hiermit befassten Personen befragen.²²³ Dass dies in der Praxis kaum möglich sein wird, liegt auf der Hand.

Vielmehr ist das Endprodukt so gut wie immer ein Kompromiss verschiedener Intentionen und zahlreicher Beteiligter, noch dazu aus unterschiedlichen staatlichen wie nichtstaatlichen (man denke beispielsweise an Lobbygruppen) Institutionen. Es besteht ein wahrer „Wildwuchs an Einflussnahmen und Beteiligungsformen“.²²⁴ Welche dieser Einflüsse bei der Ausarbeitung des gesetzgeberischen Willens überhaupt berücksichtigt werden dürfen, ist schwierig zu beantworten.²²⁵ Die „Stimme des Gesetzgebers“ erscheint daher eher als ein heterogener Chor mehrerer Stimmen in verschiedenen Tonlagen. Allein die Grundmelodie lässt sich bestenfalls noch erkennen. Über mehr als „Grundentscheidungen, Wertsetzungen und Regelungszwecke“ des Gesetzgebers lässt sich deshalb anhand der Gesetzgebungsmaterialien kaum eine nachvollziehbare Aussage treffen.²²⁶

²²² Jäger, *Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht* (2006), 131.

²²³ Stefan Schneider, in: Baldus/Theisen/Vogel (Hrsg.), *„Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung* (2013), 111, 117 f.

²²⁴ R. A. Lorz, in: Baldus/Theisen/Vogel (Hrsg.), *„Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung* (2013), 87, 100; Stefan Schneider, in: Baldus/Theisen/Vogel (Hrsg.), *„Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung* (2013), 111, 112 f.

²²⁵ Vgl. Stefan Schneider, in: Baldus/Theisen/Vogel (Hrsg.), *„Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung* (2013), 111 f.

²²⁶ BVerfG 11.6.1980, BVerfGE 54, 277, 297 f.; Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft* (5. Aufl. 1983), 316 f.

bb) Der Einfluss späterer legislativer Reformen

Als Indiz für ein „bewusstes Schweigen“ wird es teilweise angesehen, wenn der Gesetzgeber die entsprechende Norm (hier insbesondere relevant § 355 BGB, der darauf abstellt, dem Verbraucher müsse ein Widerrufsrecht „durch Gesetz“ eingeräumt worden sein) mehrfach reformiert hat und dabei trotz einer bekannten Diskussion in Rechtsprechung und Literatur das entsprechende Widerrufsrecht nicht ausdrücklich ausgedehnt hat.²²⁷ Man könnte annehmen, in dem Bestehen auf ein gesetzlich angeordnetes Widerrufsrecht sei die negative Anordnung zu sehen, es solle darüber hinaus keine weiteren Rechte dieser Art geben, die nicht durch den Gesetzgeber ihre Anordnung erfahren haben. Gleichwohl erscheint diese Interpretation recht tendenziös. Wahrscheinlicher als eine subtile weitere Botschaft erscheint, dass der Gesetzgeber schlicht auf die bestehenden Widerrufsrechte und die diese anordnenden Normen verweisen wollte.

Die Eingliederung der verbraucherschützenden Widerrufsrechte in das BGB (namentlich des Verbraucherkreditgesetzes, des Fernabsatzgesetzes, des Haustürwiderrufgesetzes, des Teilzeit-Wohnrechtegesetzes sowie des AGB-Gesetzes) durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz ist überwiegend als rein systematische Integration derselben in das bestehende Regelwerk ohne eine umfassende inhaltliche Auseinandersetzung zu verstehen.²²⁸ Mit der Reform sollte also keineswegs deren Inhalt als Spezial- bzw. Ausnahmenvorschriften bestätigt werden, sondern lediglich eine systematische Integration erfolgen. Dass die Vorschriften inhaltlich keine wesentlichen Änderungen erfahren haben, spricht demnach weder für noch gegen die Möglichkeit, sie zur Bildung von Analogien heranzuziehen.²²⁹ Ob aus einer speziellen Regelung, wie sie die enumerierten verbraucherschützenden Widerrufsrechte darstellen, sich die Grundentscheidung des Gesetzgebers für eine generelle Privilegierung des Verbrauchers ablesen lässt, oder ob durch die Sondervorschrift der Gesetzgeber gerade erkennen lässt, keine

²²⁷ BGH 13.3.2003, NJW 2003, 1932, 1933.

²²⁸ Vgl. BT-Drucks. 14/6040, S. 97.

²²⁹ Heiderhoff, Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts (2004), 397.

allgemeine Regel aufstellen zu wollen, ist reine Ansichtssache und bewirkt damit jedenfalls keine eindeutig zu erkennende Grundentscheidung des Gesetzgebers.²³⁰

b) Das Verhältnis verschiedener Auslegungsmethoden zueinander

Diese Überlegungen sind Teile einer überwiegend auf die Betrachtung der Entstehungsgeschichte angelegten Auslegung der verbraucherschützenden BGB-Bestimmungen. Die relativ schwierig durchzuführende historische stellt jedoch bekanntlich nur eine unter mehreren Auslegungsmethoden dar. Welche Auslegungsmethode im Zweifelsfall im Verhältnis zu den jeweils anderen übergeordnet sein soll, ist Gegenstand von Meinungsverschiedenheiten in der Literatur.

aa) Hierarchische Anordnung der Auslegungsmethoden?

Teilweise wird die Auslegung nach teleologischen Gesichtspunkten (jedenfalls im Verhältnis zur Auslegung nach dem Wortlaut)²³¹ als die letztentscheidende angesehen.²³² Nach anderer Ansicht soll eine pauschale Rangfolge zu anfällig für eine ergebnisorientierte Herangehensweise sein,²³³ was *Enneccerus/Nipperdey*

²³⁰ Jäger, *Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht* (2006), 135 f.

²³¹ EuGH 17.3.1998 - Rs. C-45/96, Slg. 1998, I-1199, 1221, (Tz. 19) – *Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG/ Edgar Dietzinger; Lando/Beale* (Hrsg.), *Principles of European Contract Law Parts 1 and 2* (2000), 108 f.;

²³² BGH 18.5.1955, BGHZ 17, 266, 276; 9.1.1959, BGHZ 29, 163, 170: „Höher als der Wortlaut des Gesetzes steht sein Sinn und Zweck“. Dem folgend *Canaris*, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz* (2. Aufl. 1983), S. 91 f., Fn. 23. Überzeugend stellen *Enneccerus/Nipperdey* (BGB AT I/1, S. 333) dar, dass selbst bei scheinbar eindeutigem Wortlaut, etwa in Form identisch verwendeter Begriffe, dieser nur bedingt weiterhilft. So ist beispielsweise unstrittig, dass der Terminus der „Genehmigung“ in § 184 BGB eine gänzlich andere Bedeutung erfährt als in § 1819 BGB, obgleich allein der Wortlaut eine gegenteilige Interpretation nahelegt. *Koch/Rußmann* (*Juristische Begründungslehre*, 1982, 182) hingegen wollen dem Wortsinn und der historischen Auslegung Vorrang vor dem telos der jeweiligen Norm einräumen.

²³³ vgl. *Schwacke*, *Juristische Methodik* (4. Aufl. 2003), 86 m.w.N., hierzu auch: *Engisch*, *Einführung in das juristische Denken* (11. Aufl. 2010), 148 f. Hier nicht relevant ist die Vorgehensweise, derjenigen Auslegungsmethode den Vorrang zu gewähren, welche den Zielen der jeweiligen Richtlinie am besten entspricht (vgl. *Hommelhoff*, FS 50 Jahre BGH Bd. II, 2000, S.889, 891 m.w.N.), da die Richtlinien ja eben nur innerhalb ihres Anwendungsbereiches Wirkung entfalten, darüber hinaus (etwa was Verbraucherschutz im Allgemeinen anbelangt) aber schweigen. Gleichwohl darf eine etwaige Analogiebildung selbstverständlich den Zielen des Primär- wie des Sekundärrechts nicht entgegenlaufen.

wiederum nicht als Problem sehen, sondern im Gegenteil eine solche Herangehensweise sogar empfehlen.²³⁴

Die gerade während des juristischen Studiums oftmals bevorzugte Auslegung nach dem Wortlaut des Gesetzes stellt jedenfalls oft nur scheinbar die einfachste Methode dar. Schon, was vom Wortsinn umfasst ist, kann dabei mitunter schwierig zu erfassen sein. Eine hübsche Definition des „möglichen Wortsinns“ liefert dabei *Ebsen*: es handle sich dabei um „die Summe aller Normhypothesen, die sich nach dem üblichen oder einem speziellen Sprachgebrauch ohne Verletzung sprachlicher Regeln mit dem Text vereinbaren lassen“²³⁵. Überzeugend erscheint es, mit *Zimmermann*²³⁶ den Wortlaut lediglich als Mittel zu Mitteilung der Gedanken und Durchsetzung der Ziele des Gesetzgebers zu verstehen. Demnach wäre die Auslegung nach dem Wortlaut eine Art Hilfsmethode der teleologischen Auslegung. Selbiges soll nach *Stefan Schneider* für die historische Auslegungsmethode gelten, da diese für sich genommen praktisch kaum zu leisten sei (s. o.) und ihr daher eher eine assistierende Funktion bei der Anwendung anderer Auslegungsmethoden zukäme.²³⁷

Wenn der Wortlaut des Gesetzes der Bildung eines neuen Widerrufsrechts durch richterlichen Rechtsschöpfungsakt entgegenzustehen scheint, der hinter diesem Wortlaut stehende telos diese Möglichkeit aber zulässt, so scheint es jedenfalls angezeigt, dem hinter dem Gesetz stehenden Sinn und Zweck der Regelung den Vorzug zu gewähren. So nimmt der Richter als Rechtsanwender an der Entwicklung eines Rechtssatzes selbst teil und formt das Gesetz entsprechend den jeweils aktuellen Wertungen und Herausforderungen aus. Dies unterscheidet ihn vom reinen Rechtshistoriker, der sich als bloßer Beobachter der geschichtlichen Entwicklung versteht.²³⁸ Bei einer erhöhten Bedeutung der

²³⁴ *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT I/1, 334 f.

²³⁵ *Ebsen*, Gesetzesbindung und „Richtigkeit“ der Entscheidung (1974), 45.

²³⁶ *Zimmermann*, NJW 1956, 1262.

²³⁷ *Stefan Schneider*, in: Baldus/Theisen/Vogel (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung (2013), 111, 122 f.

²³⁸ BGH 18.5.1955, BGHZ 17, 266, 276; *Staahe*, Jura 2011, 177, 181; *Radbruch*, Rechtsphilosophie, 207, der formuliert, Der Richter dürfe „den Gedanken des Gesetzgebers nicht nur nachdenken, sondern soll ihn darüber hinaus auch zu Ende denken“.

teleologischen Auslegungsmethode gilt es freilich, sensibel vorzugehen und Vorsicht walten zu lassen gegenüber einer Tendenz, durch richterrechtliche, mitunter nur scheinbar objektive Gerechtigkeitserwägungen das geschriebene Recht dem Wind des Zeitgeistes schutzlos auszuliefern.²³⁹

bb) Der Einfluss des Unionsrechts

Gerade im hier relevanten Bereich vermag für die Beantwortung der Frage nach der Anerkennung einer Hierarchie innerhalb der verschiedenen Auslegungsmethoden der Umstand indizielle Wirkung zu entfalten, dass im Europäischen Privatrecht (unter dessen Einfluss das Problem der Analogiebildung im sekundärrechtlich determinierten Bereich steht) die historische Auslegungsmethode zu Gunsten der teleologischen oftmals ausgeblendet wird.²⁴⁰ Die teilweise in Annexe ausgegliederten umfassenden Definitionen wichtiger Begriffe des europäischen Sekundärrechts sollen nach einer Ansicht zu der kritikwürdigen Situation führen, dass die Auslegung nach dem Wortlaut für die übrigen Auslegungsmethoden kaum mehr Raum lasse.²⁴¹ Weshalb dies der Fall sein soll, erscheint jedoch wenig schlüssig. Hier scheint eher der Teufel an die Wand gemalt zu werden. Kein wichtiger Akteur des europäischen Rechts – weder ein Gericht noch ein anderes Unionsorgan noch namhafte Stimmen in der Literatur – sieht die anderen Auslegungsmethoden als obsolet an. Die relativ präzisen Definitionen dienen vielmehr der Klarstellung des Inhalts von Grundbegriffen.

²³⁹ Heck, AcP 112 (1914), 1, 62.

²⁴⁰ EuGH 27.10.1977 – Rs. 30/77, Slg. 1977, 1999, 2010 (Tz. 14) - *Pierre Boucherau*, wo auf den „allgemeinen Aufbau“ und den „Zweck der Regelung“ abgestellt wird, wenn der Wortlaut der verschiedenen Sprachfassungen zu keinem eindeutigen Ergebnis führt. Von einer Berücksichtigung historischer Einflüsse ist hingegen nicht die Rede; *Norbert Reich*, ZEuP 1994, 381, 389 setzt das berühmte Argument der Wahrung des „effet utile“ mit der teleologischen Auslegungsmethodik gleich; *Marek Schmidt*, *RabelsZ* 59 (1995), 569, 582 m.w.N., seltsamerweise allerdings (wie die meisten anderen Quellen auch) ohne jeglichen Verweis auf EuGH-Rechtsprechung; stattdessen verweist die Literatur zum Beleg der Handlungsweise des EuGH munter auf sich selbst. *Gebauer*, in: *Gebauer/ Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss* (2. Aufl. 2010), Kap. 4 Rn. 7, spricht von einer „überragenden Bedeutung“ der teleologischen Auslegungsmethodik in der Rechtsprechung des EuGH.

²⁴¹ So *Reifner*, *VuR* 2009, 3, 6 im Hinblick auf die Regelungsvorschläge des DCFR.

Eher im Gegenteil kommt anderen Aspekten bei der Auslegung des Europarechts sogar eine größere Bedeutung als im nationalen Recht zu. So wird dem Gesichtspunkt der Kohärenz als einer in sich schlüssigen Systematik auf europäischer Ebene als Auslegungskriterium ein vergleichsweise hohes Gewicht eingeräumt.²⁴² Die systematische Auslegung ist damit zumindest im Hinblick auf ein hohes Kohärenzniveau im Unionsrecht eine wichtige Methode.

Im Unionsrecht nimmt die Suche nach dem hinter einer Norm stehenden Sinn in gewisser Weise sogar einen größeren Raum ein als im nationalen, zumindest aber deutschen Recht: Dabei dient die Rechtsprechung des Gerichtshofs keineswegs nur der Rechtsfindung, sondern ist zugleich eine eigene Rechtsquelle. Dieses zunächst paradox anmutende Ergebnis lässt sich angesichts der auch in der europarechtlichen Literatur vielfach bemühten Exegese der EuGH-Rechtsprechung kaum anzweifeln.²⁴³ Der EuGH hat dabei mit unterschiedlichsten Erwartungen und ganz unterschiedlicher kritischer Begleitung durch die jeweilige Literatur zu kämpfen: So neigen deutsche Obergerichte dazu, in ihren Begründungen weit auszuholen und lehrbuchhafte Ausschweifungen einzuflechten; ihre französische Äquivalente hingegen gehen eher lakonisch und autoritär vor, wohingegen britische Obergerichte im Stil eher unterhaltsam und gesprächig agieren.²⁴⁴ Neben den drei genannten gibt es eine Vielzahl weiterer Besonderheiten in kleineren Mitgliedstaaten, was die Erwartungshaltungen der jeweiligen nationalen Literatur zum Teil unberechtigt erscheinen lässt.²⁴⁵ Eine gewisse Melange dieser Stile ist unvermeidlich; niemand kann ernstlich erwarten, beim EuGH die gleiche Vorgehensweise wie bei „seinen“ jeweiligen Obergerichten vorzufinden. Überdies kommt europarechtlichen Leitentscheidungen eine vielfach größere Bedeutung zu als deren deutschen

²⁴² Grundmann/Riesenhuber, JuS 2001, 529, 531.

²⁴³ Vgl. neben Vielen z.B. Flessner, ZEuP 2000, 1-4 zum Urteil *Centros*. Flessner, verweist darauf, dass bereits innerhalb eines Vierteljahres nach Erscheinen des *Centros*-Urteils allein in Deutschland 16 Entscheidungsbesprechungen und Aufsätze hierzu erschienen sind. S. auch Leible/Hoffmann, ZIP 2003, 925-931 zum Urteil „Überseering“.

²⁴⁴ Flessner, ZEuP 2000, 1.

²⁴⁵ Flessner, ZEuP 2000, 1, mit bildhaften Beispielen: Der niederländische Hooge Raad formuliere „umständlich“, der dänische Højesteret „kurz und locker“, der österreichische Oberste Gerichtshof „etwas kanzleihaft“.

Äquivalenten. Bereits dem Studierenden der Rechtswissenschaft sind Entscheidungen mit Namen wie „Keck“, „Cassis de Dijon“, „Dassonville“, „Francovich“, „Faccini Dori“, „Überseering“, „Centros“ etc. oftmals geläufig. Diese dienen dabei aber keineswegs lediglich als Entscheidungshilfe für den konkreten Fall, sondern durch die in den jeweiligen Entscheidungen aufgestellten Voraussetzungen für bestimmte Rechtsfolgen eben gerade als eigene Rechtsquelle. Generalanwalt *Lenz* betreibt ausdrücklich eine teleologische Auslegung nicht etwa einer europarechtlichen Norm, sondern tatsächlich eines vorangegangenen Urteils des Gerichtshofs.²⁴⁶ In derselben Sache schließt sich der Gerichtshof der Vorgehensweise seines Generalanwalts an und spricht sogar davon, der *effet utile* seines eigenen Präjudizes dürfe nicht beeinträchtigt werden.²⁴⁷

Auch unter Berücksichtigung europarechtlicher Gesichtspunkte spricht somit nichts dafür, der Teleologie einen geringeren Stellenwert im Vergleich zu anderen Auslegungsmethoden einzuräumen. Möchte man überhaupt eine Hierarchie der Auslegungsmethoden anerkennen (was in dieser Pauschalität verhältnismäßig leicht zu kritisieren ist), so spricht einiges dafür, diejenige der Teleologie weit oben anzusiedeln.

cc) Zwischenergebnis zu b)

Ob eine Hierarchie unter den Auslegungsmethoden existiert, ist sehr umstritten. Wird eine solche bejaht, so muss freilich noch eine Entscheidung über die Reihenfolge derselben getroffen werden. Die Schwachpunkte der historischen Auslegungsmethode sind hinreichend erwähnt: Insbesondere spricht der Gesetzgeber nicht mit einer Stimme. Auch die Gesetzgebungsmaterialien vermögen nur selten hinreichend Aufschluss zu geben.

Die Auslegungsmethode nach dem Wortlaut ist eher eine „Hilfsmethode“ der teleologischen Auslegungsmethode, da sie den Sinn und Zweck einer Norm

²⁴⁶ Schlussanträge des GA Carl Otto Lenz vom 1.12.1988 in der Rs. 359/87, Slg. 1989, 585, Rn. 29 – Pietro Pinna v. Caisse d'allocations familiales de la Savoie.

²⁴⁷ EuGH 2.3.1989 – Rs. 359/87, Slg. 1989, 585, Rn. 16 – Pietro Pinna v. Caisse d'allocations familiales de la Savoie.

vermitteln soll. Vorrang verdienen die Auslegungsmethoden nach dem Telos einer Norm sowie nach der Systematik, insbesondere durch das unionsrechtliche Insistieren auf der Einhaltung des Kohärenzgebots.

Die historischen Debatten um die Qualifikation legislativen Schweigens erweisen sich als vielschichtig und werden kontrovers geführt. Letztlich entscheidend für die Vorgehensweise zum Herausarbeiten der Planwidrigkeit der Regelungslücke ist ein Zweischnitt:

Erstens: Hat der historische Gesetzgeber die Widerrufsrechte bewusst abschließend konzipiert und, falls diese Frage trotz der bekannten Probleme mit der historischen Auslegungsmethode bejaht werden kann,

Zweitens: Lässt sich dieser historische Wille gegebenenfalls unter dem Gesichtspunkt einer in sich kohärenten und an materieller Gleichheit orientierten Rechtsordnung ignorieren?²⁴⁸

c) Die Konzeption der Widerrufsrechte

aa) Der Erkenntniswert der Gesetzgebungsmaterialien im konkreten Fall

Geht man der Frage nach, ob die Widerrufsrechte durch den Gesetzgeber bewusst abschließend entworfen wurden, so lässt sich ein differenziertes Panorama verschiedener Positionen auffinden: So wird in der Literatur vertreten, aus Gründen der Rechtssicherheit, der Rechtsklarheit und des Ausnahmecharakters (zu letzterem s.o. unter lit.a) seien die Widerrufsrechte einer Analogiebildung nicht zugänglich, wobei als Begründung insbesondere die BT-Drucks. 10/2876, 9 f zu § 1 I HWiG aF angeführt wird.²⁴⁹ Bei näherem Hinsehen entpuppt sich dieses Argument jedoch als Trugschluss: so wird vom Bundestag als Motiv für das Fehlen einer Generalklausel oder einer weiter gehenden

²⁴⁸ Von Westphalen, DB 1998, 295, 297.

²⁴⁹ Staudinger/ Thüsing (Neub. 2012), § 312 BGB Rn. 80.

Kasuistik die gewünschte Beschränkung des Anwendungsbereiches des Gesetzes „auf das Wesentliche“ sowie eine möglichst klare Abgrenzbarkeit desselben angeben.²⁵⁰ Ob „das Wesentliche“ im Sinne eines hinreichend effektiven Verbraucherschutzes jedoch wirklich nur die aufgezählten Fälle umfassen soll, vermag die Begründung des Bundestages kaum auszusagen. Das Bedürfnis nach einem klar umrissenen Anwendungsbereich ist verständlich und vernünftig. Daraus zu schlussfolgern, der Bundestag habe ausschließlich die enumerierten Fälle als „wesentliche“ angesehen, ohne der Rechtsprechung ein der dynamischen Entwicklung ähnlicher rechtlicher Herausforderungen entsprechendes Instrumentarium an die Hand zu geben, ginge jedoch zu weit. Vielmehr zielt die Formulierung in keinerlei Richtung; sie lässt durch ihre Offenheit einen Interpretationsspielraum zu, der bei der Beantwortung der Frage, ob die Widerrufsrechte durch die Legislative abschließend konzipiert wurden, nicht weiterhilft.

Umgekehrt könnte man gerade im Hinweis auf das „Wesentliche“ ein (wenn auch eng umrahmtes) Einfallstor für die analoge Anwendung ähnlich gelagerter Fälle sehen. In diesem Zusammenhang ist auch die Vorschrift des § 312i S. 2 BGB²⁵¹ zu sehen. Das Umgehungsverbot soll teilweise durch teleologische Auslegung oder analoge Anwendung auf vergleichbare Fälle obsolet werden.²⁵² Wenn jedenfalls § 312i S. 2 explizit anordnet, auch ähnliche Konstellationen sollten unter die Verbraucherschutznormen fallen, so lässt sich dies gerade als Indiz gegen die abschließende Aufzählung der Widerrufsrechte ansehen. Die Trennungslinie zwischen (dogmatisch kritizierter) Analogie einerseits und teleologischer Auslegung unter Berufung auf Umgehungsverbote ist dabei oftmals kaum präzise und in dogmatischer Weise logisch zu ziehen. Welche Variante

²⁵⁰ BT-Drucks 10/2876, S. 9 f zu § 1 Abs 1 HWiG aF.

²⁵¹ Ab dem 13.6.2014 kodifiziert in § 312k I S. 2 BGB.

²⁵² *Teichmann*, Die Gesetzesumgehung (1962), 105; *Huber*, Jura 1970, 784, 798; MünchKomm/*Masuch* (6. Aufl. 2012), § 312 BGB Rn. 42; MünchKomm/*Wendehorst* (6. Aufl. 2012), § 312i BGB Rn. 2; Palandt/*Grüneberg* (73. Aufl. 2014), § 312 BGB Rn. 11; § 312 g Rn. 3.

vorliegt, erscheint eher als sprachliche Finesse, um das gewünschte Ergebnis dogmatisch zu untermauern.²⁵³

Nach Erwägungen des LG Koblenz²⁵⁴ und – ihm folgend – des LG Hamburg²⁵⁵, soll beispielsweise die Beschränkung des Widerrufsrechts des heutigen § 510 i.V.m. § 355 BGB auf „Gegenstände“ (im Sinne körperlicher Gegenstände²⁵⁶) auf einen nachträglichen Einfügungswunsch des Bundesrates zurückzuführen sein, welcher auf diese Weise lediglich habe verhindern wollen, dass sich durch die Ersetzung des vormaligen Abzahlungsgesetzes durch das Verbraucherkreditgesetz (den Vorläufer der nunmehr in das BGB eingefügten Normen, hier des § 510 BGB) eine Verschlechterung gegenüber der ursprünglich nach § 1c AbzG geltenden Rechtslage für den Verbraucher ergibt.²⁵⁷ Daraus können jedoch kaum Rückschlüsse auf den sachlichen Anwendungsbereich des (damals neuen) § 2 VerbrKrG gezogen werden. Das OLG Hamburg²⁵⁸ führt hierzu an, eine Enumeration spreche für eine abschließende Regelungsabsicht und damit für ein „bewusstes Schweigen“ zu der in Frage stehenden Situation; andernfalls wäre eine rechtliche Lösung etwa in Form einer Generalklausel eingeführt worden.²⁵⁹ Dass eine als Ausnahme gestaltete Regelung jedoch nicht gegen die Heranziehung in Form einer Analogie spricht, ist bereits hinreichend dargelegt worden.²⁶⁰ Das OLG Hamburg²⁶¹ beruft sich weiterhin auf den ausdrücklichen Hinweis der entsprechenden EU-Richtlinie 87/102/EWG in ihrem Art. 1 I lit.c, dass Verträge

²⁵³ A.A. *Zerres*, MDR 2004, 1334, 133 f. Das OLG Dresden (14.12.1994, NJW 1995, 1164, mitgeteilt von RA *Hüsken*) bejaht eine Haustürsituation in einer Hotelhalle mit der Begründung, der telos des HWiG verlange danach, eine „Umgehung“ wie diese zu verhindern.

²⁵⁴ LG Koblenz 15.4.1998, mitgeteilt von *Eckhard*, VuR 1998, 266-268.

²⁵⁵ LG Hamburg 8.3.2000, ZIP 2000, 974-976, m. Anm. *Schmittmann*, MMR 2000, 709, 711.

²⁵⁶ *Laukemann*, WRP 2000, 624, 625; *Staudinger/ Kessal-Wulf* (Neub. 2012), § 510 BGB Rn. 8.

²⁵⁷ BT-Drucks. 11/5462, S. 35; BT-Drucks. 11/8274, S. 21.

²⁵⁸ OLG Hamburg 16.11.2000, K & R 2001, 362,363.

²⁵⁹ So auch *Laukemann*, WRP 2000, 624, 626 f.

²⁶⁰ S.o. unter § 5 I 1). *Zerres*, MDR 2004, 1334, 1338, weist darauf hin, aus dem Enumerationsprinzip lasse sich kein absolutes Analogieverbot herleiten. Ebenso: *Palandt/ Grüneberg* (73. Aufl. 2014), § 312 Rn. 11 sowie *Tacou*, Das Verbot von Umgehungsgeschäften (2013), 82.

²⁶¹ OLG Hamburg 16.11.2000, K & R 2001, 362,364; s. auch in der Folgeinstanz BGH 13.3.2000, NJW 2003, 1932, 1933, der darauf abstellt, der Gesetzgeber habe gerade keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz geschaffen.

über Dienstleistungen nicht in ihren Regelungsbereich fallen. Dies solle gegen die Einbeziehung immaterieller Vertragsgegenstände sprechen. Ob der Gesetzgeber jedoch eine überschießende Umsetzung angestrebt hat oder eben nicht, ist eine Auslegungsfrage, die sich nicht in einer bloßen Behauptung erschöpfen darf. Weiterhin wird angeführt, § 2 VerbrKrG sei eine Anomalie, deren Systemwidrigkeit durch eine analoge Anwendung nicht noch verstärkt werden solle.²⁶² Hier wird jedoch der Richter, der seine Wertentscheidungen nicht an die Stelle derjenigen des Gesetzgebers setzen soll (so das Argument gegen eine Analogie), gerade indem er die Analogie ablehnt, zum Korrektor des Gesetzgebers – nur diesmal nicht in inhaltlicher, sondern in gesetzestechnischer Hinsicht. Ob der Richter aber dem Gesetzgeber vorzuschreiben hat, welche seiner Gesetze Anomalien und daher eng zu handhabende Ausnahmen darstellen, darf bezweifelt werden.

In einer ähnlichen Ausgangslage glaubt der Bundesgerichtshof darlegen zu können, der Bundestag habe sich bewusst für eine abschließende Regelung (und damit konkret gegen eine Aufnahme von Bürgschaften in die entsprechende Widerrufsregelung) entschieden. Zur Untermauerung dieser These verweist der BGH auf die Gesetzgebungsmaterialien des Parlaments zum Verbraucherkreditgesetz.²⁶³ Tatsächlich hat sich der Bundestag mit den Stimmen der damaligen Regierungskoalition aus CDU/CSU und FDP gegen die Annahme des durch die SPD-Fraktion eingebrachten Änderungsantrages entschieden, welcher auf eine Aufnahme weiterer Sicherheiten abzielte.²⁶⁴ Die Schlussfolgerung des BGH, dies spreche für eine bewusste Ausklammerung, erscheint hingegen etwas voreilig. Die Ablehnung geschah vorrangig wohl eher aus Zeitgründen: Das Plenum des Bundestages wollte insbesondere den „Neubürgern“ aus den Neuen Bundesländern schnellstmöglich (zum 1.1.1991) nach dem Anschluss derselben an die alte Bundesrepublik einen adäquaten Verbraucherschutz zukommen lassen. Die Abgeordneten sahen die neuen Mitbürger als relativ schutzlos an, da diese im Gegensatz zu den Westdeutschen

²⁶² BGH 13.3.2003, NJW 2003, 1932, 1933; *Mankowski*, K & R 2001, 362, 365.

²⁶³ BGH 21.4.1998, BGHZ 138, 321, 328; den gleichen Weg geht *Zahn*, DB 1998, 353, 356.

²⁶⁴ Plenarprotokoll 11/233, S. 18643.

mit den Gefahren des marktwirtschaftlichen Systems weniger Erfahrung aufwiesen.²⁶⁵ Hieraus entstand ein zeitlicher Druck, der es teilweise nicht mehr zuließ, die für notwendig erachtete Regelung allzu umfassend und perfektionistisch auszugestalten. In dem Ausklammern aus Zeitgründen eine inhaltliche Ablehnung zu sehen, ginge jedenfalls zu weit, wie teilweise unmittelbar aus den Wortbeiträgen von Mitgliedern der Regierungsfractionen hervorgeht.²⁶⁶

Auch die Begründung der Bundesregierung zum VerbrKrG,²⁶⁷ wonach Bankbürgschaften keine Finanzierungshilfe im Sinne des Entwurfes darstellen, vermag einen der Analogiebildung entgegenstehenden Willen nicht zu begründen. Hierbei geht es nämlich, wie der Wortlaut schon verdeutlicht, um den gerade entgegengesetzten (und in der Praxis reichlich unwahrscheinlichen) Fall, dass eine Bank sich für einen Verbraucher verbürgt.²⁶⁸

bb) Das Ziel der Binnenmarktverwirklichung als Indiz einer abschließenden Regelung

Da die Richtlinien den Binnenmarkt fördern wollen und die anderen Mitgliedstaaten eine derartige Ausweitung des Verbraucherschutzes eher nicht vollständig gleichsam nachvollziehen würden, könnte dieses Faktum dafür sprechen, die nationale Regelung aufgrund der europarechtlichen Einflüsse als abschließend zu verstehen. Gegen weitere, nicht harmonisierte Widerrufsrechte spricht, so könnte man zumindest vordergründig annehmen, also das unionsrechtliche Ziel der Verwirklichung des Binnenmarkts, dem auch die

²⁶⁵ Vgl. Plenarprotokoll 11/233, S. 18640 f. und 18642. Dabei kam es in der Debatte zu teilweise skurril anmutenden Bemerkungen: So nahm der CDU-Abgeordnete *Erwin Marschewski* offensichtlich seine konservativen Vorstellungen der Rollenverteilung als in Ostdeutschland gleichfalls vorherrschend an, indem er insbesondere „die Frauen an den Türen“ als gefährdet ansah (Plenarprotokoll 11/233, S. 18639). Dies mag als Kuriosum in gewisser Weise Pate stehen für die damals nicht selten vorherrschende Befangenheit mit Stereotypen innerhalb der westdeutschen Politikerkaste.

²⁶⁶ So heißt es in der Debatte beim ersten Redner der Unionsfraction, dem *MdB Marschewski*, der Änderungsvorschlag der SPD-Fraction sei „sicherlich überlegenswert“, allerdings „jetzt würde das Ganze doch eher im Eilverfahren gemacht werden“ (Plenarprotokoll 11/233, S. 18639).

²⁶⁷ BT-Drucks. 11/5462, S. 18.

²⁶⁸ So auch *von Bülow*, NJW 1996, 2889, 2891; *von Westphalen*, DB 1998, 295, 297.

Bundesrepublik Deutschland inklusive all seiner Organe verpflichtet ist.²⁶⁹ Jedoch steht in Frage, wer eigentlich durch einen erhöhten Verbraucherschutz in einem Mitgliedstaat vom Konsum in Märkten anderer Mitgliedstaaten abgehalten werden sollte. Ein deutscher Verbraucher beispielsweise würde weniger geneigt sein, bei einer französischen Bank einen Bürgschaftsvertrag abzuschließen, wenn er dort sich nicht des gleichen Schutzes gewiss wäre wie in seinem heimischen, ihm vertrauten Markt. Gleichwohl ist dabei zu berücksichtigen, dass der Verbraucher sich schon jetzt in einem lediglich fragmentarisch geregelten rechtlichen Rahmen bewegt, mit unterschiedlichen Verbraucherschutz-niveaus. Wenngleich diese inzwischen in Teilen nivelliert sind (und diese Tendenz durch das Konzept der Vollharmonisierung noch verstärkt wird, vgl. unten unter § 6), so kann die Schlussfolgerung nicht lediglich darin bestehen, den Verbraucherschutz an das jeweils geringste Niveau anzupassen. Mindestens ebenso wahrscheinlich wäre es, dass beispielsweise französische Verbraucher angesichts des hohen Schutzniveaus in Deutschland nunmehr verstärkt Bereitschaft zeigen würden, sich auf dem deutschen Markt zu bewegen. Eine solche Entwicklung aber würde den zwischenstaatlichen Handel und damit eine Vertiefung des Binnenmarkts sogar noch fördern.

Nach einer Eurobarometer-Umfrage über den Verbraucherschutz im Binnenmarkt besteht nach wie vor ein großes Misstrauen der Bürger beim Kauf von Waren und der Nutzung von Dienstleistungen aus einem anderen Mitgliedstaat. Gleichzeitig gaben europaweit 35 % der Befragten an, den besten Verbraucherschutz in einem Rückgaberecht innerhalb einer bestimmten Bedenkzeit zu sehen.²⁷⁰ Vermehrte Widerrufsrechte können also durchaus ihren Beitrag zum grenzüberschreitenden Handel leisten. Wenn Widerrufsrechte ausgebaut würden, so könnte durch ein gestärktes Verbrauchervertrauen das Misstrauen in den Handel mit Unternehmen anderer Mitgliedstaaten sinken. Schlussendlich wäre es denkbar, dass sich andere Mitgliedstaaten angesichts des

²⁶⁹ Vgl. hierzu *Hauschka*, JZ 1990, 521, 532; *Blaurock*, JZ 1994, 270, 276; *Frommann*, in: *Paschke/Iliopoulos* (Hrsg.), *Europäisches Privatrecht* (1998), 19, 21; *Christiansen*, *Effektive und effiziente Widerrufsrechte* (2011), 54.

²⁷⁰ IP/06/1268, „Kommission präsentiert Ergebnisse der Eurobarometer-Umfrage über Verbraucherschutz im Binnenmarkt“ vom 27.9.2006.

Wettbewerbs auch um das Vertrauen der Konsumenten dazu entschließen, einen vergleichbaren Schutz einzuführen.

Ob das Ziel der Binnenmarktverwirklichung durch ein eigenständiges mitgliedstaatliches Vorgehen gefährdet wäre, kann unterschiedlich beantwortet werden. Auch wenn vermehrte Widerrufsrechte das Verbrauchervertrauen stärken und das grenzüberschreitende Handeln vermehren kann, so gilt dies doch insbesondere, wenn das (möglichst hohe) Niveau dieser Verbraucherschutznormen unionsweit einheitlich ausgestaltet ist. Nur dann nämlich wird der Verbraucher auch im europäischen Ausland sorglos konsumieren. Nimmt man an, dass der deutsche Gesetzgeber aufgrund der unionsrechtlichen Ursprünge der bestehenden Verbraucherschutznormen das Ziel der Binnenmarktverwirklichung in seinen Willen aufgenommen hat, so spräche dies dafür, dass er die Widerrufsrechte zumindest solange abschließend konzipiert hat, bis der europäische Gesetzgeber ihm einen weiteren Regelungsauftrag aufgibt.

Die erste Frage ist somit nicht eindeutig zu beantworten. Beide Sichtweisen beanspruchen ihre jeweilige Durchsetzung: dass der Gesetzgeber einzelne Widerrufsrechte individuell eingeführt und ausgestaltet hat, kann als bewusste Ablehnung anderer, nicht aufgeführter Widerrufsrechte verstanden werden. Es ist jedoch ebenso gut möglich, das Schweigen des Gesetzgebers als im obigen Sinne unqualifiziert zu verstehen.²⁷¹ Ob die Antwort auf diese Frage im Ergebnis Relevanz entfaltet, hängt auch von der Beantwortung der zweiten Frage ab.

d) Die Relevanz des Willens des historischen Gesetzgebers

So stellt sich die Frage, ob der historische Wille des Gesetzgebers, selbst wenn man ihn dahingehend unterstellt, dass über die bereits bestehenden keine weiteren Widerrufsrechte bestehen sollen, gegebenenfalls ignoriert werden kann. Bei bewusst abschließender Konzeption der Widerrufsrechte scheint das

²⁷¹ AnwKomm (-Reiff) (2002), § 505 Rn. 5: „Die [...] vorgenommene Aufzählung ist abschließend. Doch ist deswegen weder eine analoge Anwendung ausgeschlossen noch eine restriktive Auslegung geboten“.

Ergebnis vordergründig festzustehen: Dann könnte die Möglichkeit, eine Analogie zu bilden, an ihr Ende gelangt sein.²⁷² *Canaris*²⁷³ schlägt zur Beantwortung der Frage nach der Planwidrigkeit einer Regelungslücke vor, zu analysieren, ob die „Lücke“ sich in die bestehende Gesamtrechtsordnung einfügt. Dabei soll, indem darauf verzichtet wird, lediglich auf die konkret bestehenden Regelungen in dem vergleichbaren Rechtsbereich abzustellen und stattdessen die gesamte Rechtsordnung als „Eingliederungsmaßstab“ herangezogen wird, der Brückenschlag hin zur Beachtung des Art. 20 III, wonach der Richter an „Gesetz und Recht“ gebunden ist, gelingen.²⁷⁴ Danach ließe sich der gesetzgeberische Wille, die bereits bestehenden Widerrufsrechte abschließend auszugestalten, mitunter ignorieren, wenn dem hinter der Gesamtrechtsordnung stehenden Willen des Gesetzgebers eine andere Aussage innewohnt. Eine ausfüllungsbedürftige Lücke liegt vor, „wenn das Gesetz innerhalb der Grenzen seines möglichen Wortsinnes und das Gewohnheitsrecht eine Regelung nicht enthalten, obwohl die Rechtsordnung in ihrer Gesamtheit eine solche fordert“²⁷⁵. Je weiter man sich vom Gesagten und Gewollten entfernt, steigt dabei der Druck zur Legitimation darüber hinausgehender Rechtsfortbildungen.²⁷⁶

aa) Probleme der Gewaltenteilung und der demokratischen Legitimation der Judikative

Die Möglichkeit, den historischen Willen des Gesetzgebers zu ignorieren, ist insofern problematisch, als dabei die Einhaltung der Gewaltenteilung tangiert sein könnte. Es stellt sich mithin die Frage, welche Gewalt innerhalb eines Verbandes zur Gesetzgebung berufen ist, was klassischerweise unter dem Begriff der

²⁷² So neben Vielen beispielsweise *Staudinger/ Kessal-Wulf* (Neub. 2012), § 510 BGB Rn. 8; *Luther*, *Jura* 2013, 449, 450.

²⁷³ *Canaris*, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz* (2. Aufl. 1983), 43; *Canaris*, *FS Bydlinski* (2002), S. 47, 84 f. Ebenso *Looschelders/Roth*, *Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung* (1996), 282.

²⁷⁴ *Canaris*, in: *Grundmann/Riesenhuber* (Hrsg.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*, Bd. 2 (2010), 263, 302.

²⁷⁵ *Canaris*, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2. Aufl. 1983, 39.

²⁷⁶ *Koch/ Rüßmann*, *Juristische Begründungslehre* (1982), 261.

„Organkompetenz“ diskutiert wird. Hierbei besteht das Problem, ob der Richter das bestehende Recht derart auslegen kann, dass die von ihm gewünschte Änderung der Rechtslage erreicht werden kann (*de lege lata*) oder ob er eine solche Änderung lediglich als wünschenswert betrachten darf, ohne dass er auf das Ergebnis in seinem Sinne aktiv Einfluss nehmen könnte (*de lege ferenda*).²⁷⁷

Letztlich stellt die Frage nach der Planwidrigkeit einer Regelungslücke eine (teilweise als überflüssig betrachtete²⁷⁸) „Zwischenstufe“ auf dem Weg zur Lösung der verfassungstheoretischen Kompetenzproblematik dar. Das Prinzip der Gewaltenteilung in der Version des Grundgesetzes bestimmt dabei keine strikte Gewaltenteilung, sondern vielmehr, dass eine Gewalt nicht in den „Kernbereich“ der Zuständigkeit einer anderen Gewalt eingreifen darf.²⁷⁹ In der Praxis wird der überwiegende Teil der Arbeit, insbesondere was die technische Vorbereitung von Gesetzen anbelangt, freilich in den für den jeweiligen Fachbereich zuständigen Ministerien als Teil der Exekutive erledigt. Dies erklärt sich allein schon aus den insbesondere auf Landesebene meist wesentlich großzügiger ausgestatteten Personalabteilungen der Ministerien im Vergleich zu den relativ unterbesetzten Abgeordnetenstäben der Parlamente.²⁸⁰

Der Richter muss nach heutigem Verständnis einer keineswegs strikten Gewaltenteilung jedoch nicht nur "la bouche, qui prononce les paroles de la loi" im Sinne Montesquieus sein;²⁸¹ er wendet nicht wie idealtypisch die Verwaltung

²⁷⁷ Zippelius, *Juristische Methodenlehre* (8. Aufl. 2003), 67. McDougal, 1 *Georgia L. Rev.* 1, 3 (1966) sieht diese Frage – wenn auch in concreto auf die Gewaltenteilung innerhalb der Vereinigten Staaten bezogen – weniger von einer methodisch sauberen Vorgehensweise, als vielmehr durch eine Orientierung am gewünschten Ergebnis gesteuert. Wenn ein Gericht eine Entscheidung fällen möchte, so würde es die zu entscheidende Frage als eine „rechtliche“ bezeichnen. Wenn es die Entscheidung lieber delegieren möchte, so benenne es diese als eine politische Frage oder eine Problematik, die einen „act of state“ erfordert (ausgenommen dann logischerweise einen solchen Akt der Judikative).

²⁷⁸ Koch/Rüßmann, *Juristische Begründungslehre* (1982), 254.

²⁷⁹ BVerfG 27.4.1959, BVerfGE 9, 268, 279 f., 20.6.1967, BVerfGE 22, 106, 111; 10.10.1972, BVerfGE 34, 52, 59.

²⁸⁰ R. A. Lorz, in: Baldus/Theisen/Vogel (Hrsg.), *„Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung* (2013), 87, 101-103

²⁸¹ BVerfG 8.4.1987, BVerfGE 75, 223, 243 f., das in diesem Zusammenhang auf eine gesamteuropäische Tradition verweist.

lediglich das Gesetz an, sondern „er verhilft dem Sollen zum Sein“²⁸². Selbst wenn man annimmt, der Gesetzgeber habe bewusst die in Frage stehenden Konstellationen nicht mit einem Widerrufsrecht versehen, so kann es mitunter Situationen geben, in denen das Gesetz den Gesetzgeber überholt. Reduziert man die betreffende Norm auf ihren Sinn, so kann es sich ergeben, dass das bestehende Regelwerk mit den kulturellen und sozialen Veränderungen innerhalb einer Gesellschaft nicht mehr Schritt hält und eine vernünftige Entscheidung nur mehr möglich ist, wenn man das Gesetz anders interpretiert, als dies im Sinne derer war, die es schufen.²⁸³ Die Planwidrigkeit der Regelungslücke kann somit in einem subjektiven, auf die (oft kaum zu ermittelnden, s.o.) Gedanken des historischen Gesetzgebers rückführbaren, oder in einem objektiven Sinne beurteilt werden.

Schließlich können Wertentscheidungen des Grundgesetzes dazu führen, dass der historische Wille des Gesetzgebers (so er denn existiert) sogar ignoriert werden darf, wie der BGH in der Erstreckung des § 253 BGB auf immaterielle Schäden²⁸⁴ es vollzog und später²⁸⁵ ausdrücklich bestätigte. Es hätte innerhalb dieser Rechtsprechung durch den BGH auch die Möglichkeit gegeben, dem Gesetzgeber lediglich einen Auftrag zur Neuschaffung eines formellen Gesetzes an die Hand zu geben. Stattdessen billigt das BVerfG²⁸⁶ ausdrücklich die Neuschaffung dieses Rechts durch den Richter, was in der Literatur allerdings

²⁸² *Hirsch*, Die Zeit Nr.41/2003; vgl. auch *Zitelmann*, Lücken im Recht (1903), 37, der für eine Ergänzung und Weiterbildung der Gesetze anhand von Lebenserfahrung und sozialem Verständnis plädiert.

²⁸³ Vgl. *Liver*, Der Wille des Gesetzes (1953), 28 f.

²⁸⁴ BGH 19.9.1961, BGHZ 35, 363-37: „Die unter dem Einfluß der Wertentscheidung des Grundgesetzes erfolgte Ausbildung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes wäre aber lückenhaft und unzureichend, wenn eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts keine der ideellen Beeinträchtigung adäquate Sanktion auslösen würde“. Hierzu auch *Ipsen*, in: Achterberg (Hrsg.), Rechtsprechungslehre (1986), 435, 441 f.

²⁸⁵ BGH 5.3.1963, BGHZ 39, 124-134: „Mit der Anerkennung eines durch die Normen des Deliktsrechts geschützten ‚allgemeinen Persönlichkeitsrechts‘ setzte sich schließlich unter dem Einfluß der Wertentscheidung des Grundgesetzes (Art 1 und 2) eine von der Konzeption des Gesetzgebers von 1900 grundsätzlich abweichende Auffassung über den Privatrechtsschutz ideeller Werte in der Rechtsprechung durch.“

²⁸⁶ BVerfG 14.2.1973, BVerfGE 34, 269.

teilweise stark kritisiert wurde.²⁸⁷ Verfassungsrechtlich bedenklich ist diese Frage angesichts der Vorgaben des Rechtsstaats- und des Demokratieprinzips aus Artt. 20 II 2, III GG sowie der Rechtsbindung des Richters in Art. 97 I GG.²⁸⁸ Das Rechtsstaatsprinzip gewährleistet neben dem hier gleichfalls relevanten Prinzip der Gewaltenteilung auch das Maß an Rechtssicherheit für den dem Gesetz unterworfenen Bürger. Dies ist auch insofern unerlässlich, als die Bürger ihre Freiheitsrechte effektiv ausüben sollten.²⁸⁹ Dabei muss der Bürger sein Verhalten anhand einer aus der ex-ante-Sicht möglichst berechenbaren Rechtsordnung ausrichten können;²⁹⁰ ihm soll das rechtstreue Verhalten nicht durch intransparente Kompetenzverteilungen unnötig erschwert werden.²⁹¹ Wenn der Bürger sich aber nicht mehr auf das geschriebene Recht verlassen kann und sich stattdessen der Willkür eines selbst gestaltend wirkenden Richters ausgesetzt sieht, so ist diese Rechtssicherheit Gefahren ausgesetzt. Das Rechtsstaatsprinzip setzt dem eigenmächtig tätigen Richter daher Grenzen.

Auch bei europarechtlich zumindest beeinflussten Analogiebildungen stellt sich die Frage der Organkompetenz dabei nach dem jeweiligen nationalen Verfassungsrecht, so dass an dieser Stelle keine europarechtlichen Besonderheiten zu berücksichtigen sind.²⁹² Nach deutschem Verfassungsrecht (und bei weitem nicht nur hier) darf die Judikative, wenn der Gesetzgeber eine eindeutige Entscheidung getroffen hat, diese nicht aufgrund eigener rechtspolitischer Vorstellungen modifizieren beziehungsweise durch eine Lösung ersetzen, die so

²⁸⁷ *Ipsen*, DVBl. 1984, 1102, 1104, der davon spricht, die vom BVerfG befürwortete Lösung über eine Analogie zu § 847 BGB sei „eigentlich nur geeignet, den Spott der Fachwelt hervorzurufen“.

²⁸⁸ *Larenz*, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen (1965), 3; *Schneider*, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht (1969), 9-13; *Sinemus*, Der Grundsatz der Gewaltenteilung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (1982); *Bleckmann*, NJW 1982, 1181; *Ipsen*, in: Achterberg (Hrsg.), Rechtsprechungslehre (1986), 435, 439; *Rüthers*, JZ 2002, 365, 368;

²⁸⁹ Vgl. BVerfG 24.07.1957, BVerfGE 7, 89, 92; 12.12.1957, BVerfGE 7, 194, 196; 19.12.1961, BVerfGE 13, 261, 271.

²⁹⁰ *Leisner*, Demokratie (1998), 633 f., bezeichnet die Tatsache, dass Richter sich mit Einzelfällen konfrontiert sehen, die der Gesetzgeber so nicht im Voraus planen konnte oder schlicht aus Versäumnis nicht normiert hat, als eine Art „demokratische Anarchie“: „Herrschaft reicht nur so weit, wie die Befehlswirkung noch in etwa absehbar ist, sonst kann sie vielleicht im Augenblick beugen, nicht aber auf Dauer ordnen“.

²⁹¹ *Rüthers*, JZ 2006, 53.

²⁹² *Herresthal*, EuZW 2007, 396, 400.

im Parlament nicht erreichbar war.²⁹³ Die Ergreifung politischer Initiativen ist traditionell nicht etwa Aufgabe der Rechtsprechung, sondern vielmehr der Legislative.²⁹⁴ Insbesondere ist das Parlament als Gesetzgeber ein direkt demokratisch legitimes Organ, wohingegen die solche Fragen, wie sie den Gegenstand dieser Arbeit darstellen, letztlich entscheidenden Obergerichte nach einem zwischen den im Parlament vertretenen Parteien informell vereinbarten, für den Bürger sehr intransparenten und kaum zu kontrollierenden System besetzt werden.²⁹⁵

Dabei ist eine gewisse Politisierung des Richters im Sinne eines wachen Beobachters der politischen Landschaft durchaus beabsichtigt.²⁹⁶ Eine vollständig unpolitische Rechtsetzung ist auch durch den Richter ohnehin kaum möglich, da die Fragestellungen, mit denen er sich konfrontiert sieht, oftmals genuin politische Aspekte betreffen.²⁹⁷ Dies gilt auch im Vergleich mit anderen Rechtsgebieten, insbesondere im Bereich des Verbraucherschutzrechts.²⁹⁸ Mehr noch als die Justiz der nationalen Ebene wird die demokratische Legitimation des EuGH kritisiert,²⁹⁹ was auch an der intransparenten Art der Entscheidungsfindung beim Gerichtshof liegt. Die Ursache dieses Missstandes wird unter anderem in der fehlenden Möglichkeit des EuGH-Richters gesehen, ein Sondervotum abzugeben.³⁰⁰ Eine ebenso große Bedeutung mag der Mangel

²⁹³ BVerfG 14.5.1985, BVerfGE 69, 315 (372); 3.4.1990, BVerfGE 82, 6, 12; *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung (1975), 236; *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (5. Aufl. 1983), 358; *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff (1991) 473 u. 475; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung (1996), 228 f.

²⁹⁴ Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der BRD (1995), 217.

²⁹⁵ *Rüthers*, JZ 2002, 365, 370 f., der von der Gefahr einer Perpetuierung eines „Gewohnheitsunrechts“ spricht; hierzu auch: *Redeker*, NJW 1972, 409, 415; *Stern*, Das Staatsrecht der BRD, Bd. II (1980), 399-406; *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673-682.

²⁹⁶ *Ipsen*, Richterrecht und Verfassung (1975), 214.

²⁹⁷ *Redeker*, NJW 1972, 409, 413.

²⁹⁸ *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (2011), Vorwort.

²⁹⁹ *Graf Vitzthum*, JÖR 53 (2005), 319, 332; Zu demokratietheoretischen Legitimationsproblemen nicht nur des EuGH, sondern generell der an Entscheidungsfindungen beteiligten EU-Organen vgl. *Tömmel*, Das politische System der EU (3. Aufl. 2008), 206; *Rösler*, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts (2012), 468.

³⁰⁰ *Rösler*, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts (2012), 462-466.

der Bezugnahme der Richtersprüche auf europarechtliche Fachliteratur entfalten.³⁰¹

Der Erkenntnis einer mangelhaften demokratischen Legitimation der Justiz³⁰² zuwiderlaufend hat die dritte Gewalt im Laufe der Zeit einen immer größeren Bedeutungszuwachs erlebt,³⁰³ was teilweise schon als „Flucht der Politik ins Recht“³⁰⁴ und „scheinbare Arbeitsverweigerung der Legislative“³⁰⁵ bezeichnet wird. Ein wichtiges Instrument, Verantwortung auf die Justiz zu delegieren, stellt dabei das vermehrte Zurückgreifen auf Generalklauseln als Regelungsinstrument dar.³⁰⁶ Durch das relativ geringe Maß an demokratischer Legitimation des Richters erscheint das Verhältnis zwischen demokratischem Prinzip einerseits und der Judikative andererseits dabei als eine „– wenn auch durch Tradition und Gewohnheit gut versorgte – Wunde der Staatstheorie“³⁰⁷. Im Parlament besteht jedenfalls nach idealem Bild zumindest bei grundlegenden Kontroversen von hoher Bedeutung für die Allgemeinheit eine gewisse Öffentlichkeit im Rahmen einer Debatte (obschon selbstredend wesentliche Teile der parlamentarischen Arbeit in den Ausschüssen und damit gleichsam „hinter verschlossenen Türen“ stattfinden)³⁰⁸. Die prekäre Legitimationsbasis des Richters beruht dabei nicht nur auf dem intransparenten Ernennungsverfahren und der gleichfalls nicht voll transparenten Entscheidungsfindung im Gerichtssaal. Nicht ohne Grund ziehen sich die Richter zur Beratung zurück; ein Mindestmaß an Diskretion ist

³⁰¹ Rösler, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts (2012), 466-468.

³⁰² Stürner, FS W. Brohm (2002), 153, 154, bezeichnet die demokratische Legitimität der obersten Gerichte in Deutschland als noch relativ hoch, da diese zumindest indirekt vom Volk gewählt werden.

³⁰³ Voßkuhle/Sydow, JZ 2002, 673 f., m.w.N.

³⁰⁴ Stürner, FS W. Brohm (2002), 153, 164. Ipsen, in: Achterberg (Hrsg.), Rechtsprechungslehre (1986), S. 435, 436, weist hingegen darauf hin, die Verwendung von Generalklauseln beispielsweise sei nicht notwendigerweise als Flucht aus der politischen Verantwortung zu verstehen. Stattdessen entspreche diese Vorgehensweise lediglich der Einsicht in die naturgemäß begrenzte Regelungsmöglichkeit des Gesetzgebers.

³⁰⁵ Glöckner, GRUR 2013, 224, 225 weist allerdings darauf hin, eine solche könne durchaus ihre Berechtigung haben.

³⁰⁶ So ausführlich und zu interessantem Zeitpunkt Hedemann, Die Flucht in Generalklauseln – eine Gefahr für Recht und Staat (1933); Glöckner, GRUR 2013, 224, 225.

³⁰⁷ Roellecke, FS W. Leisner (1999), 553, 554; Hierzu auch Leisner, Demokratie (1998), S. 628- 636.

³⁰⁸ U.A. mit interessantem Vergleich zur Praxis des britischen Unterhauses: Hesse/Ellwein, Das Regierungssystem der BRD, Bd. 1 (9. Aufl. 2004), 232, m.w.N.

erforderlich, um eine offene Aussprache nicht zu unterlaufen oder in das – zeitliche wie räumliche – Vorfeld der Beratung zu verlagern. Ein zusätzliches Problem besteht in der – wenngleich mit guten Gründen eingeführten – Unabhängigkeit des Richters, der auf „Volkes Stimme“ keinen Wert legen muss und anders als ein Parlamentarier nicht bei der nächsten Wahl für sein Votum abgestraft werden kann.³⁰⁹ Die Formel „Im Namen des Volkes“³¹⁰ droht derart zur leeren Hülle zu verkommen. Wenn ein Gesetz wegen des Widerstands der öffentlichen Meinung letztlich doch nicht verabschiedet wird, bestünde bei ausuferndem Richterrecht die Möglichkeit, dass der Richter sich über diese Entscheidung hinwegsetzt und das entsprechende Gesetz gleichwohl selbst „beschließt“.³¹¹ *Rüthers*³¹² sieht in diesem Zusammenhang die Gefahr eines „schleichenden Verfassungswandels vom Gesetzesstaat zum Richterstaat“, wenn beispielsweise ein Richter das Untermaßverbot als verletzt ansieht und selbstständig am Parlament vorbei Regelungen zur Geltung verhilft, die zwar nicht der parlamentarischen Mehrheit, wohl aber dem Richter selbst passend erscheinen. Die Legislative befindet sich dabei überdies in der Situation, dass sie nur über eine einzige Möglichkeit verfügt, ihren Willen durchzusetzen: indem sie verfolgte Zwecke gegenüber den diese Zwecke im Einzelfall durchsetzenden anderen beiden Gewalten möglichst genau inhaltlich determiniert.³¹³

Die Justiz ist gem. Art. 1 III GG zwar ebenso wie die Legislative dazu berufen, den Grundrechten zur Durchsetzung zu verhelfen. Dies soll jedoch lediglich im Rahmen bestehender Kompetenzen geschehen und keineswegs neue Kompetenzen schaffen. Wenn ein Schutzwürdiger diesen Schutz verdient, so muss er diesen bei der Instanz suchen, die ihn bieten kann. Dies soll, was die Neuschaffung von Gesetzen anbelangt, jedoch grundsätzlich (wenn auch mit der

³⁰⁹ Vgl. *Voßkuhle/Sydow*, JZ 2002, 673, 682.

³¹⁰ *Roellecke*, FS W. Leisner (1999), 553-568; *Stürner*, FS W. Brohm (2002), 153, 166, formuliert treffend: „Nichts schadet dem Recht und der Rechtspflege mehr als die Entwicklung zur Entfremdung des Bürgers von Recht und Richtern, das Gefühl der Ohnmacht und fehlender Gestaltbarkeit.“

³¹¹ *Ipsen*, DVBl. 1984, 1102, 1104.

³¹² *Rüthers*, JZ 2002, S. 365-416 und JZ 2006, 53, 59.

³¹³ *Ebsen*, Gesetzesbindung und „Richtigkeit“ der Entscheidung (1974), 34.

Einschränkung einer Verletzung des Untermaßverbotes) nicht die Judikative, sondern die Legislative sein.³¹⁴

bb) Der Richter als „Ersatzgesetzgeber“?

i) Die Aufgaben des Richters

Grundsätzlich fällt die Schöpfung neuer Gesetze in den Aufgabenbereich des parlamentarischen Gesetzgebers. Gelegentlich jedoch muss der Richter diesen ergänzen, insbesondere, wenn der Gesetzgeber sich zu einem Problem nicht oder nur unvollständig äußert. Die Grenze zwischen zulässiger Rechtsfortbildung einerseits und unzulässiger politischer Gestaltung andererseits ist indes gelegentlich schwierig zu ziehen.³¹⁵ Es vermag einzuleuchten, dass weder dem Richter, noch dem konkret Betroffenen eine Entscheidung zugemutet werden kann, die zwar gesetzestreu erscheint, deren Ergebnis jedoch niemand versteht und welche evident ungerecht ist.³¹⁶ Dann kann es sein, dass der Richter nicht umhin kommt, „korrigierend“ tätig zu werden und sein Urteil nicht nur vom unmittelbaren Wortlaut des bestehenden Regelwerks, sondern gleichsam von Kriterien wie „Vernunft“ und „Gerechtigkeit“ leiten zu lassen.³¹⁷ Wenn das Gesetz eine Auslegung in seinem Sinne nicht mehr zulässt, so sieht sich der Richter gegebenenfalls in der Position, dass er die rechtliche Basis seiner Entscheidung ändern muss, um sein Urteil zu einem gerechten zu machen. Es kann nicht ignoriert werden, dass das Grundgesetz in Art. 20 III einen strikten Gesetzespositivismus ablehnt, indem es nicht nur auf das Gesetz, sondern auch auf das „Recht“ abstellt.³¹⁸ Diese Sichtweise wird flankiert durch das Art. 20 III GG entsprechende Pendant auf europäischer Ebene in Gestalt des Art. 19 I S. 2 EUV (ähnlich dem vormaligen Art. 220 EGV): „Er [der Gerichtshof] sichert die

³¹⁴ *Wahl/Masing*, JZ 1990, 553, 559.

³¹⁵ *Calliess*, NJW 2005, 929, 932.

³¹⁶ *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem (1992), 163; *Less*, Von Wesen und Wert des Richterrechts (1954), 82.

³¹⁷ *Ebsen*, Gesetzesbindung und „Richtigkeit“ der Entscheidung (1974), 47.

³¹⁸ So auch *Ebsen*, Gesetzesbindung und „Richtigkeit“ der Entscheidung (1974), 48 f., der darauf abstellt, im Parlamentarischen Rat habe die Tendenz vorgeherrscht, die Justiz nicht ohne Einschränkungen an die Entscheidungen des parlamentarischen Gesetzgebers zu binden.

Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge“.³¹⁹ Dass der Vertrag nicht vom „Gesetz“ sondern eben vom „Recht“ spricht, ist kein Zufall, sondern hat einen dem deutschen Recht vergleichbaren Bedeutungsgehalt, der erheblich über die Arbeit am geschriebenen Gesetz hinausgeht.³²⁰ Als Jurist sollte man jedoch trotz (oder gerade wegen) des stetig wachsenden Bestandes an Normen die hinter den einzelnen Normen stehenden Grundgedanken und Wertentscheidungen des Gesetzgebers herausarbeiten.³²¹ Die Aufgaben der Justiz beschränken sich demnach keineswegs lediglich auf das Erkennen und Aussprechen von Entscheidungen des Gesetzgebers, wie auch das Bundesverfassungsgericht in diesem Zusammenhang betont:

„Die Aufgabe der Rechtsprechung kann es insbesondere erfordern, Wertvorstellungen, die der verfassungsmäßigen Rechtsordnung immanent, aber in den Texten der geschriebenen Gesetze nicht oder nur unvollkommen zum Ausdruck gelangt sind, in einem Akt des bewertenden Erkennens, dem auch willenhafte Elemente nicht fehlen, ans Licht zu bringen und in Entscheidungen zu realisieren. [...] Es muß einsichtig gemacht werden können, daß das geschriebene Gesetz seine Funktion, ein Rechtsproblem gerecht zu lösen, nicht erfüllt. Die richterliche Entscheidung schließt dann diese Lücke nach den Maßstäben der praktischen Vernunft und den ‚fundierten allgemeinen Gerechtigkeitsvorstellungen der Gemeinschaft‘“.³²²

Probleme entstehen in diesem Zusammenhang, wenn das Gesetz es dem Richter unmöglich macht, zu einem nicht nur dogmatisch logischen, sondern auch

³¹⁹ Everling, JZ 2000, 217, 221.

³²⁰ Hierzu in pathetischer Wortwahl, aber in der Sache treffend Grabitz/Hilf/Nettesheim/Mayer, EUV-Kommentar, Band I (49. Ergänzungslieferung 2012), Art. 19 EUV Rn. 23: „Der Begriff „Recht“ in Art. 19 EUV ist im umfassenden Sinne zu verstehen. Er kann nicht ausschließlich auf das Unionsrecht bezogen werden. Vielmehr ist er *Inbegriff der Gerechtigkeitsidee* der abendländischen Verfassungskultur, die in den Unionsverträgen wie in den staatlichen Verfassungen einen jeweils spezifischen Ausdruck gefunden hat. Dabei greift dieser Begriff über die geschriebenen Normen hinaus und verschmilzt die nationalen Rechtstraditionen, aus denen die Unionsverträge und mittelbar das sekundäre Unionsrecht hervorgehen, zu einem einheitlichen Normgefüge, zu einer umfassenden materiellen Verfassungsgarantie“.

³²¹ Tamm, Verbraucherschutzrecht (2011), Vorwort.

³²² BVerfG 14.2.1973, BVerfGE 34, 269, 286-288; vgl. hierzu auch: BVerfG 16.6.1959, BVerfGE 9, 338.

materiell gerechten Ergebnis zu gelangen. Für den Fall, dass der Richter sich gezwungen sieht, zwischen dem Gesetz einerseits und der Gerechtigkeit andererseits zu entscheiden, sollte er die Freiheit haben, vom Gesetz durch eigene Rechtsfindung abzuweichen.³²³ Dies ist, wie bereits *Aristoteles*³²⁴ anmerkte, nicht etwa ein „Fehler“ des Gesetzes, sondern vielmehr zwangsläufige Folge der abstrakten Natur kodifizierter Gesetzssysteme.³²⁵ Diese sind nicht in der Lage, sämtliche Lebenssituationen vorauszuahnen und bedürfen daher der Mitarbeit des Richters, um in Einzelfall zu einem vertretbaren Ergebnis zu gelangen. Gleichzeitig muss klar sein, dass ein Abweichen vom Gesetz die Ausnahme bleiben muss. Diese sollte nur dann gestattet sein, wenn das Festhalten am Gesetz zu unhaltbaren, der Gerechtigkeit evidentermaßen zuwiderlaufenden Ergebnissen führt.³²⁶

Der BGH stellt in der aus dem Sachenrecht bekannten Fräsmaschinen-Entscheidung³²⁷ auf ein interessantes Kriterium für die Frage, ob ein solches unhaltbares Ergebnis vorliegt, ab, das näherer Betrachtung verdient: die Willkür. So stellt der BGH zunächst fest:

„Rechtspolitische Erwägungen befreien aber den Richter nicht von seiner Verpflichtung, das geltende Recht anzuwenden.“ – Anschließend setzt er sich dennoch mit der Kritik der Literatur (konkret an den unterschiedlichen Möglichkeiten, Eigentum zu erlangen zwischen §§ 933 und 934 BGB) auseinander und vermag diese auch nachzuvollziehen. Die Ausführungen gipfeln dann in dem Satz:

„Die Regelung ist jedenfalls nicht willkürlich, so daß der Richter nicht in der Lage ist, von dem vom Gesetzgeber klar zum Ausdruck gebrachten Willen abzuweichen.“

³²³ Less, Von Wesen und Wert des Richterrechts (1954), 81-83.

³²⁴ *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, Buch V, Rn. 1137b.

³²⁵ So auch BVerfG 14.2.1973, BVerfGE 34, 269, 287; *Ascarelli*, Studi di diritto comparato (1952), S. 174.

³²⁶ *Neuner*, Die Rechtsfindung contra legem (1992), 163.

³²⁷ BGH 27.3.1968, BGHZ 50, 45, 51 f.

Der BGH verweigert sich also vordergründig der Rechtspolitik, sieht aber die Grenzen dieser Haltung dort, wo der Gesetzgeber nicht mehr nachvollziehbar gehandelt hat.

Auf der anderen Seite darf selbstverständlich auch der Richter nicht willkürlich handeln. Würde die Justiz die parlamentarische Willkür durch ihre eigene ersetzen, wäre nichts gewonnen. Hier vermag die Literatur als Mittlerin und ausgleichendes, korrigierendes Element eine eigene Funktion zu erfüllen. Die „Zähmung“ der Justiz soll demnach eines der vornehmsten Aufgaben der juristischen Methodenlehre darstellen.³²⁸

Wie bereits dargestellt, ist die Judikative im Gegensatz zum Parlament jedoch nicht gleichwertig demokratisch legitimiert. Legitimität ist auf der anderen Seite allerdings ein mehrschichtiges Attribut. Das Maß an demokratischer Legitimität betrifft lediglich einen Teil derselben, nämlich die sogenannte „Input-Legitimität“.³²⁹ Wenn das Ergebnis einer Abwägung jedoch evident ungerecht oder unsinnig ist, so vermag ein derartiges, auf demokratische Weise zustande gekommenes Gesetz dennoch keine ausreichende Akzeptanz in der Bevölkerung zu erlangen. Das Ergebnis ist also wesentlicher Teil der Legitimität einer Entscheidung, was in der Politikwissenschaft als „Output-Legitimität“³³⁰ bezeichnet wird. Der Richter sollte in Ausübung seiner Tätigkeit dem Gesetz nicht blind folgen, sondern ist vielmehr einem „denkenden Gehorsam“ verpflichtet,³³¹ um auch der „Output“-Legitimität Genüge zu tun.

³²⁸ Vogenauer, ZEuP 2005, 234, 254.

³²⁹ Dies betrifft auch die sog. „Throughput-Dimension“, welche Elemente der Transparenz der Entscheidungsfindung, des Überwachungsverfahrens und der Sanktionsmechanismen beinhaltet. Die „Input-Legitimität“ umfasst daneben die Repräsentativität der Regelungsarrangements (Kongruenzprinzip), also die Einbeziehung der wesentlichen Stakeholder in den Prozess der Entscheidungsfindung sowie die Orientierung am Konsens. Take, in: Take (Hrsg.), Legitimes Regieren jenseits der Nationalstaaten (2009), 9, 14.

³³⁰ Die „Output-Dimension“ umfasst die Akzeptanz der Regelungsarrangements bei den Adressaten als rechtmäßig und gerecht sowie die Übereinstimmung mit universellen Prinzipien. Wenn ein Gremium als besonders kompetent und deren Lösung als gerecht angesehen wird, so erhöht dies die „Output-Legitimität“ der getroffenen Entscheidung, Take, in: Take (Hrsg.), Legitimes Regieren jenseits der Nationalstaaten (2009), 9, 14 f.

³³¹ Enneccerus/Nipperdey, BGB AT I/1, 320.

ii) Die Unterscheidung zwischen Rechtsschöpfung und Gesetzesauslegung

Interessant in diesem Zusammenhang ist, dass auch die europäische Ebene – wenn auch von Teilen der Literatur kritisiert³³² – sich mitunter nicht strikt an das geschriebene Gesetz gebunden sieht.³³³ Rechtsanwendung und Rechtsfortbildung sind dabei auch nach deutscher Methodenlehre ohnehin oftmals kaum oder nur unter höchst schwierigen gedanklichen Verrenkungen voneinander zu trennen.³³⁴ Nach *Ebsen* etwa soll als Auslegung nur der Teil justizieller Arbeit gelten, der „zu einer inhaltlichen Fremdbestimmung [durch den Gesetzgeber] der richterlichen Entscheidung führt“. Hiervon solle die Rechtsfortbildung unterschieden werden, in der gar nicht erst „nach inhaltlicher Determinierung durch dieses Gesetz gesucht wird“³³⁵. Wie dies herauszufinden ist, kann der Beobachter der justiziellen Arbeit oftmals sicherlich nur erahnen. *Ebsens* zunächst nachvollziehbarer Gedanke erscheint in der Praxis jedenfalls eher untauglich.

Insbesondere auf europäischer Ebene wird auf diese Differenzierung weitgehend verzichtet.³³⁶ Der EuGH spricht – in Anlehnung an die französische Methodenlehre³³⁷ – pauschal von „interprétation“, unabhängig davon, ob er nach

³³² Vgl. *Giegerich*, ZaöRV 50 (1990), 812, 824, der jedoch gleichsam die Gefahr einer „Rechtserstarrung“ sieht, soweit dem EuGH Rechtsfortbildungskompetenzen gänzlich versagt würden.

³³³ Vgl. unter Bezugnahme auf vielfältige EuGH-Rechtsprechung: GA *G. Federico Mancini*, Schlussanträge in der Rs. 294/83 vom 4.12.1985, Slg. 1986, 1341, 1350 – Les Verts/ Europäisches Parlament: „Die Verpflichtung, das Recht einzuhalten [...] geht der Beschränktheit des geschriebenen Rechts vor“.

³³⁴ *Wach*, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts Bd. I (1885), 256; *N. Achterberg*, Probleme der Funktionenlehre (1970), 149-154; *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (1972), 178; *Koch/Rußmann*, Juristische Begründungslehre (1982), 254; *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts (1990), 255 schreibt, Lückenfüllung sei nur der „makroskopische Grenzstatbestand“ der Auslegungsarbeit; *Ihns*, Entwicklung und Grundlagen der europäischen Rechtsangleichung (2005), 26; *Rösler*, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des Zivilrechts (2012), 144.

³³⁵ *Ebsen*, Gesetzesbindung und „Richtigkeit“ der Entscheidung (1974), 70.

³³⁶ *Herresthal*, EuZW 2007, 396, 397; *Lehmann*, in: FS Gerfried Fischer (2010), 237, 240 f.

³³⁷ *Schulze*, ZfRV 1997, 183, 188; *Constantinesco*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, Bd. I (1977), 807; *Vogenauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd. I (2001), 289 f., der betont, dass die französischen Gerichte in Fällen, in denen sie eindeutig

deutschem Verständnis das bestehende Recht auslegt oder neues Recht schafft.³³⁸ Auch in der italienischen Literatur wird das politische Rechtsetzungsmonopol kritisiert³³⁹ und zwischen Rechtsschöpfung und Auslegung nicht differenziert,³⁴⁰ gleiches gilt für die britische Rechtslehre,³⁴¹ wenngleich letztere – womöglich aufgrund des für den angelsächsischen Rechtskreis typischen Hangs zum Pragmatismus – ohnehin auf eine Systematisierung von Auslegungsregeln verzichtet.³⁴² Der ehemalige U.S. Supreme Court-Richter Benjamin N. Cardozo schrieb gar, „law [...] is not found, but made“³⁴³ stellt aber gleichzeitig klar: „He [der Richter] legislates only between gaps. He fills the open spaces in the law“³⁴⁴. *Vogenauer* schreibt – wenngleich ohne Begründung –, auch im deutschen Recht verlief die entscheidende Grenze letztlich nicht zwischen Auslegung einerseits und Rechtsfortbildung durch den Richter andererseits, sondern vielmehr zwischen zulässiger und unzulässiger Rechtsfortbildung.³⁴⁵

So sehr man auch aus deutscher Perspektive einen Unterschied erkennen mag und die Analogie eben nicht das bestehende Recht interpretiert, sondern einen neuen, noch unregelmäßig mit einer Rechtsfolge versieht, die ein Gesetz für einen anderen Fall vorsieht, das bestehende Gesetz also lediglich „Modell steht“

contra legem entscheiden, ihre Vorgehensweise selbst als „Auslegung“ bezeichnen. Auch in der französischen Literatur werde die Analogie als Form der Auslegung behandelt.

³³⁸ *Constantinesco*, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, Bd. I (1977), 807; *Borchardt*, GS *Grabitz* (1995), 29, 37; *Wank*, FS *Stahlhacke* (1995), 633, 635 m.w.N.; *Buck*, Über die Auslegungsmethoden des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaft (1998), 51; *Everling*, JZ 2000, 217, 218; vgl. auch *Schweitzer/Hummer*, Europarecht (5. Aufl. 1996) Rn. 445; *Franzen*, Privatrechtsangleichung durch die Europäische Gemeinschaft (1999), 358; *Vogenauer*, ZEuP 2005, 234, 248; *Christiansen*, Effektive und effiziente Widerrufsrechte (2011), 58 f. sowie *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht (3. Aufl. 2012), Rn. 118.

³³⁹ *Ascarelli*, Studi di diritto comparato (1952), 165-204, insbesondere 183 f.

³⁴⁰ *Betti*, Interpretazione della legge e degli atti giuridici (1949), 179 f.

³⁴¹ *Christiansen*, Effektive und effiziente Widerrufsrechte (2011), 60.

³⁴² *Vogenauer*, ZEuP 2005, 234, 252.

³⁴³ *Cardozo*, The Nature of the Judicial Process (1921), S. 115. Kritisch hierzu (und allgemein zu richterlicher Rechtsschöpfung aus US-amerikanischer Sicht: *D’Amato*, Judicial Legislation (2010).

³⁴⁴ *Cardozo*, The Nature of the Judicial Process (1921), 113.

³⁴⁵ *Vogenauer*, ZEuP 2005, 234, 254.

für die Neuregelung,³⁴⁶ so gilt es doch anzuerkennen, dass andere Rechtsordnungen diesen Unterschied nicht erkennen. Deren methodische Modelle mögen in ihrer Existenzberechtigung nicht zwingend den traditionellen Modellen der deutschen Lehre unterlegen sein. Es gibt keinen Grund, die eigene – wenn auch zunächst logisch erscheinende – Differenzierung der anderen Herangehensweise für überlegen zu halten. Die Analogiebildung ist demnach keineswegs so eindeutig von der Auslegung zu unterscheiden, wie man vordergründig annehmen könnte. Ein Verbot von Rechtsfortbildungen für den Richter ist demzufolge kaum sinnvoll stringent durchsetzbar, weil schlichtweg unklar ist, was genau als eigene Rechtsetzung des Richters gilt. Je nach Sichtweise ändern sich damit die Legitimationsgrenzen richterlicher Tätigkeit.

Wie gezeigt, stellt in bestimmten Konstellationen die Herausbildung neuen Rechts jedenfalls eine wesentliche Aufgabe nicht nur der klassischen Gesetzgebungsorgane, sondern auch eine solche des Richters dar.³⁴⁷ So muss dieser, wenn die Legislative zu bestehenden Problemen schweigt, gegebenenfalls als Ersatzgesetzgeber auftreten.³⁴⁸ Alles andere wäre eine regelrechte „Rechtsverweigerung“.³⁴⁹ Dies wäre weder dem Richter noch dem vor Gericht

³⁴⁶ *Luther*, Jura 2013, 449, 450, beschreibt dies wie folgt: „Der Unterschied [der Analogie] zur Subsumtion besteht darin, dass der Obersatz durch die Erweiterung des Normanwendungsbereichs modifiziert wird.“

³⁴⁷ *Schneider*, Richterrecht, Gesetzesrecht und Verfassungsrecht (1969), 12 f., 18 f.; *Wieacker*, Gesetz und Richterkunst (1958), 6 f. *Larenz*, NJW 1965, 1; *Arndt*, NJW 1963, 1273, 1280; *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Richterrechts (1990), 286 f.; *Schlüter*, Das obiter dictum (1973), 23 f., der jedoch darauf dringt, der Richter müsse bei der Rechtsschöpfung stets den konkreten Fall im Auge behalten und dürfe keine generellen Regelungen schaffen.

³⁴⁸ BGH 30.10.1951, BGHZ 3, 308, 315; *Diederichsen*, Die Flucht des Gesetzgebers aus der politischen Verantwortung im Zivilrecht, 35; *Wach*, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts Bd. I (1885), 255; vgl. auch mit differenzierter Ansicht *Langenbucher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht, 25 f.: „Die ideale Verwirklichung des Demokratie- und Gewaltenteilungsgrundsatzes setzt eine tätige Legislative voraus“.

³⁴⁹ *Larenz*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (5. Aufl. 1983), 357. Bekanntermaßen ist *Larenz'* Ansatz aus dessen Bedürfnis heraus zu verstehen, der NS-Ideologie den Weg in das bestehende Normenwerk zu erleichtern. Dass *Larenz* auch in der Methodenlehre der Nachkriegszeit für eine größere Freiheit des Richters gegenüber dem Wortlaut des Gesetzes warb, erscheint angesichts seiner während des Dritten Reiches publizierten Werke (z.B. „Deutsche Rechtserneuerung und Rechtsphilosophie“ aus dem Jahr 1934) nur konsequent. Zu *Larenz'* Verstrickung in den Nationalsozialismus und dessen späterer Verklärung als „stiller Widerständler“ vgl. sehr instruktiv *Rüthers*, JZ 2011, 593-601 sowie *Larenz'* Schüler *Canaris*, JZ 2011, 879-888, dessen Gegenrede lediglich insofern zu überzeugen vermag, als sie *Canaris* eigene Rolle innerhalb dieser Verklärung recht glaubwürdig bestreitet. *Canaris* gelingt es in seinem

erscheinenden Bürger zuzumuten. Zu weit ginge es hingegen, das Schweigen der Legislative zu einem bestimmten sich dem Rechtsanwender stellenden juristischen Problem als konkludente Aufforderung an die Judikative zu sehen, an ihrer Stelle tätig zu werden.³⁵⁰ Gleiches gilt für die Ansicht³⁵¹, Legislative und Judikative sei die Rechtsbildung gemeinsam und in wechselseitiger Kontrolle angetragen. Dies gilt nur insofern, als die Interventionsschwelle für das Eingreifen des Gesetzgebers zum Ausgleich von Ungleichgewichten in Märkten der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers und damit bei bestehenden Regelungslücken auch derjenigen des Richters obliegt.³⁵² Auf der anderen Seite scheint in der Rechtsrealität der parlamentarische Gesetzgeber angesichts seiner gelegentlichen Untätigkeit mitunter sogar geradezu erleichtert zu sein, die oftmals heiklen Regulationaufträge durch schlichtes Nichtstun an die Judikative delegieren zu können.³⁵³ Hinzu kommt, dass eine Reaktion auf neue verbraucherpolitische Fragestellungen durch die Legislative teilweise ausbleibt oder zu spät erfolgt. Würde man der Justiz die Möglichkeit zu einer solchen Reaktion verwehren, so könnte dies zu einem (zumindest zwischenzeitlichen) „Erstarren“ der Verbraucherschutzpolitik führen.³⁵⁴

Das Abstellen auf den Rechtsgedanken einer Generalklausel kann als Rechtsanwendung „intra legem“, die klassische Analogie als Bildung neuen Rechts „praeter legem“ erfolgen; welche Variante in der Argumentation genutzt wird, erscheint oftmals willkürlich und damit besonders anfällig für eine

Beitrag über seinen Lehrer in *Grundmann/Riesenhuber* (Hrsg.), *Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler*, Bd. 2 (2010), S. 263, 279, immerhin, sich von seinem Mentor teilweise zu distanzieren, indem er diesem vorwirft, durch die Bestimmung der Rechtsfähigkeit einer Person nach Zugehörigkeit zu einer bestimmten Rasse an der Ursünde des Nationalsozialismus seinen Anteil gehabt zu haben. Einige Verharmlosungen (z.B. auf S. 280: „Ein begeisterter oder gar gläubiger ‚Nazi‘ kann er demnach nicht gewesen sein“) sind *Canaris* angesichts von *Larenz'* Rolle an der berüchtigten Kieler „Stoßtrupp“-Fakultät dennoch vorzuwerfen.

³⁵⁰ *Redeker*, NJW 1972, 409, 412; *Stammler*, *Theorie der Rechtswissenschaft* (1911), 643, der formuliert, es müsse „auf jede rechtliche Frage auch eine rechtliche Antwort möglich sein“.

³⁵¹ *Raiser*, ZRP 1985, S. 111, 116. *Ipsen*, in: *Achterberg* (Hrsg.), *Rechtsprechungslehre* (1986), 435, 437 m.w.N. *Krey*, JZ 1978, 362, 368, spricht von einem „arbeitsteiligen Zusammenwirken von erster und dritter Gewalt bei der Normbildung“.

³⁵² *Tamm*, *Verbraucherschutzrecht* (2011), 966.

³⁵³ *Lieb*, FS *Hans Friedhelm Gaul* (1997), 381.

³⁵⁴ *Mankowski*, *Beseitigungsrechte* (2003), 278.

ergebnisorientierte Argumentation.³⁵⁵ Der Unterschied zwischen den beiden Vorgehensweisen ist mithin nicht so groß, dass die Rechtsneuschöpfung durch den Richter ein wirkliches Tabu brechen würde.

Dabei ist klar, dass der Richter zur Bildung von Analogien im Zivilrecht im Vergleich beispielsweise zu einer solchen im Strafrecht aus gutem Grunde relativ frei ist,³⁵⁶ zumal er – idealerweise in wechselseitiger Befruchtung mit der Wissenschaft jedenfalls auf höchstrichterlicher Ebene – aufgrund seiner täglichen Praxiserfahrung mit rechtlichen Problemen mitunter im Vergleich zum parlamentarischen Gesetzgeber besser geeignet erscheint, alltagstaugliche Lösungen für konkrete Fragestellungen zu finden.³⁵⁷ Gleichwohl ist es unter dem Gesichtspunkt einer mangelnden demokratischen Legitimation des Richters (s.o.) notwendig, der Versuchung, sich aus persönlich empfundenen sozialpolitischen Motiven als Ingenieur innerhalb der legislativ bestimmten Rechtsordnung zu betätigen, nur in materiell zwingenden Ausnahmefällen zu erliegen.³⁵⁸

iii) Der „Wille des Gesetzes“

Wenn die Interessenlagen und die diese ausmachenden tatsächlichen Umstände und Lebensverhältnisse sich neu formiert haben, so ist der Wille des historischen Gesetzgebers mitunter neu zu interpretieren, selbst wenn dieser (naturgemäß) die fraglichen Konstellationen bei der Schaffung des Gesetzes gar nicht oder nur unzureichend vorhergesehen hat.³⁵⁹ Eine derartige Herangehensweise lässt sich

³⁵⁵ *Esser*, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung (1972), 179 f.

³⁵⁶ *Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft (1952), 161 f.

³⁵⁷ *Lieb*, FS *Hans Friedhelm Gaul* (1997), 381, 382.

³⁵⁸ *Lieb*, FS *Hans Friedhelm Gaul* (1997), 381, 383; *R. A. Lorz*, in: *Baldus/Theisen/Vogel* (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung (2013), 87, 107. Zu weit geht beispielsweise der BGH in BGHZ 90, 378, der gesetzgeberische Reformen zugunsten des Erhalts seiner bisherigen Rechtsprechung schlicht ignoriert, freilich, indem er dennoch vordergründig auf einen vermeintlichen Willen abstellt: „Mit diesem Gesetzeszweck wäre es unvereinbar, die Grundsätze, die von der Rechtsprechung anhand der §§ 30, 31 GmbHG aufgestellt worden sind, fortan nicht mehr anzuwenden, ohne daß die neuen Vorschriften einen gleichwertigen Gläubigerschutz bieten. Denn damit würde dem Gesetzgeber zu Unrecht der Wille unterstellt, hinter dem von der Rechtsprechung schon erreichten Stand zurückzubleiben.“ Vgl. hierzu auch *Dworkin*, *Taking Rights Seriously* (1977/ 1978), insbesondere S. 123-130.

³⁵⁹ *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT I/1, 320.

freilich kritisieren, etwa insofern, als das Bestehen eines „objektiven Willens des Gesetzes“ schwerlich vernünftig darzulegen ist; so verfügen über die Fähigkeit zur Willensbildung – und damit auch über einen Willen selbst – genau genommen nur Menschen, jedoch keine verschriftlichten Produkte menschlicher Willensbildungsprozesse. In concreto setzt der Richter seine Wertentscheidung (obgleich dieser selbstverständlich bemüht sein muss, möglichst objektive Kriterien für eine solche anzuführen³⁶⁰) an die Stelle derjenigen des historischen Gesetzgebers. Dies sollte jedoch nicht über die lediglich fiktive Existenz eines eigenständigen „Gesetzeswillens“ hinwegtäuschen.³⁶¹ Diese Fiktion kann lediglich über das Abstimmungsverhalten der Abgeordneten erreicht werden, welches sich als einheitlich darstellt,³⁶² vermag jedoch nicht über die tatsächlich bestehenden Dissonanzen zwischen dem tatsächlichen Willen der einzelnen Abgeordneten (sofern sie sich überhaupt einen solchen gebildet haben) einerseits und ihrem nach außen erkennbaren Verhalten andererseits hinweg zu helfen.

Der Ehrlichkeit halber, so könnte man meinen, sollte der Richter diese Neuschaffung von Recht nicht als „Auslegung des bestehenden Rechts“ bezeichnen.³⁶³ Auf der anderen Seite muss beachtet werden, dass in Deutschland Gesetze aus Zeiten und unter Herrschaftsformen gelten, wie sie unterschiedlicher kaum sein könnten. Die jeweils subjektiven Absichten der historischen

³⁶⁰ *Engisch*, Einführung in das juristische Denken (11. Aufl. 2010), 269.

³⁶¹ *Hilgendorf/Kuhlen*, Die Wertfreiheit in der Jurisprudenz (2000), 23; *Rüthers*, JZ 2011, 593, 601. *Canaris*, in: *Grundmann/Riesenhuber* (Hrsg.), Deutschsprachige Zivilrechtslehrer des 20. Jahrhunderts in Berichten ihrer Schüler, Bd. 2 (2010), 263, 298, beruft sich zum vermeintlichen Beleg der gegenteiligen These auf Immanuel Kant (Critik der reinen Vernunft, 2. Aufl. 1787, 314 und 370). *Canaris* lässt sich wohl eher stark vom Wunsch treiben, diesen unbestritten großen Philosophen auf seiner Seite zu wissen, ohne dass die bemühten Textstellen eine solche Sichtweise tatsächlich hergeben.

³⁶² *R. A. Lorz*, in: *Baldus/Theisen/Vogel* (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung (2013), 87, 97-99.

³⁶³ *Rüthers*, JZ 2006, 53, 57 f., der in diesem Zusammenhang darauf hinweist, es sei kein Zufall, sondern vielmehr Methode, dass die deutschen Juristen dem Gesetz einen „objektiven Willen“ unterstellen. Dies habe es erst ermöglicht, dieselben Gesetze unter den verschiedensten Herrschaftsformen völlig unterschiedlich auszulegen, ohne mit Verweis auf den jeweiligen historischen Willen des Gesetzgebers auf eine neue Gesetzgebung dringen zu müssen. Vgl. beispielhaft für die NS-Zeit *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung (6. Aufl. 2005), insbesondere §§ 12 und 13 sowie *Johe*, Die gleichgeschaltete Justiz (1983), der die Einführung des „gesunden Volksempfindens“ als Maßstab für die Auslegung des bestehenden Gesetzeswerkes beschreibt, 18 f. und 36 f.

Gesetzgeber lassen sich allein schon ideologisch kaum miteinander vereinbaren.³⁶⁴ Will man dennoch eine kohärente Gesamtschau geltender Gesetze erreichen, so führt an der Herausarbeitung von eher objektiv orientierten Regelungsanordnungen (man mag dies als „objektiven Willen“ oder, nach der mittlerweile herrschenden³⁶⁵ „gemäßigt objektiven Theorie“ mit dem Bundesverfassungsgericht als „im Gesetz zum Ausdruck kommender objektivierter Wille des Gesetzgebers“³⁶⁶ bezeichnen) kein Weg vorbei. Ohne die Anerkennung eines vom historischen Willen des Gesetzgebers losgelösten „Willens des Gesetzes“ erscheint es schwerlich möglich, neuartige Fälle unter alten Gesetzestext zu fassen.³⁶⁷ Erkennt man dieses Modell an (wie zur Begleitung moderner Entwicklungen nur schwer erlässlich), so mag dies bedeuten, dass die Regelung im Gesetzestext „geschlummert habe wie die Marmorstatue im Marmorblock“.³⁶⁸ Auch dem historischen Gesetzgeber war schließlich bewusst, dass die von ihm erlassenen Gesetze sich an einer im Fluss befindlichen Realität messen lassen müssen.³⁶⁹ Den Richter trifft eine Verantwortung für die „Richtigkeit“ seiner zu treffenden Entscheidung. Er sollte daher die Möglichkeit haben, von veralteten gesetzgeberischen Vorstellungen jedenfalls in Situationen abzuweichen, in denen sich der historische Gesetzgeber nicht absichtlich gegen die in Frage stehende Regelung gewandt hat, sondern in der dieser die spätere Entwicklung schlicht nicht vorhergesehen hat.³⁷⁰

Eine Hilfe für den Rechtsanwender können jedenfalls vordergründig im Gesetz festgelegte Auslegungsregeln darstellen, in denen der Gesetzgeber seinen Willen darlegt. Jedoch sind auch diese Auslegungsregeln ihrerseits auslegungsbedürftig. Nach welchen Regeln diese Auslegung erfolgen soll, ist dabei unklar.

³⁶⁴ *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung (1978), 75

³⁶⁵ *Schwacke*, Juristische Methodik (4. Aufl. 2003), 71 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

³⁶⁶ BVerfG 9.11.1988, BVerfGE 79, 106, 121. *Wach*, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, Bd. I (1885), 256 ist der Ansicht, mit der Objektivierung in verbindender Gesetzesform habe sich der hinter dem Gesetz stehende Gedanke von der Person des Urhebers gelöst und seinen neuen Träger in der Gesetzesurkunde gewonnen.

³⁶⁷ *Esser*, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts (1990), 258 f.

³⁶⁸ *Radbruch*, Einführung in die Rechtswissenschaft (1952), 161.

³⁶⁹ BVerfG 14.2.1973, BVerfGE 34, 269, 288.

³⁷⁰ *Ebsen*, Gesetzesbindung und „Richtigkeit“ der Entscheidung (1974), 54 f.

Auslegungsregeln vermögen die Suche nach dem Willen des Gesetzgebers mithin lediglich zu verlagern.³⁷¹

Der ursprüngliche Wille des Gesetzgebers bildet zwar den Ausgangspunkt einer am Wortsinn ansetzenden Interpretation; er ist jedoch im Hinblick auf Veränderungen im übrigen Teil der Rechtsordnung oder der tatsächlichen Gegebenheiten einer Gesellschaft fortzuentwickeln.³⁷² Dies führt sogar bis hin zur These, es gebe keinen Grund, den historischen Willen des Gesetzgebers zu berücksichtigen, wenn dieser unter Umständen gebildet wurde, die mit denen der heutigen Zeit nur noch wenig gemein haben.³⁷³ Teilweise wird diese Handhabung als „Aktualisierung des gesetzgeberischen Willens“³⁷⁴ bezeichnet. Dies mag man als „Spitzfindigkeit und Übertreibung der hochgezüchteten deutschen Methodenlehre“ verstehen, welche es im Zuge der notwendigen Herausbildung einer europäischen Methodenlehre abzulegen gelte.³⁷⁵ Neben der Angleichung an die Methodenlehren anderer Mitgliedstaaten vermag diese pointierte Darstellung ein Argument in der Sache gegen die Annahme eines objektivierten Willens jedoch keinesfalls zu ersetzen. Es gilt auf diese Weise auch, Versteinerungen innerhalb der Rechtsordnung zu vermeiden. So können beispielsweise historisch getroffene Wertungen eines nach wie vor bestehenden Gesetzes zur Rechtfertigung eines Grundrechtseingriffs nur herangezogen werden, wenn diese Wertungen des heutigen Verständnisses der Verfassung entsprechen.³⁷⁶ Eine Aktualisierung des Gesetzesinhalts jenseits des Wortlauts ist damit auch von der Verfassungsebene vorausgesetzt.

³⁷¹ R. A. Lorz, in: Baldus/Theisen/Vogel (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung (2013), 87, 105.

³⁷² Zimmermann, NJW 1956, 1262, 1263 f.; Krey, JZ 1978, 361, 367; Looschelders/Roth, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung (1996), 64. Ebsen, Gesetzesbindung und „Richtigkeit“ der Entscheidung (1974), 46: „Der Wortlaut ist zwar das wichtigste Erkenntnismittel, kann aber widerlegt werden“.

³⁷³ Stefan Schneider, in: Baldus/Theisen/Vogel (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung (2013), 111, 120 mit Verweis auf Baldus.

³⁷⁴ Zimmermann, NJW 1956, 1262, 1264.

³⁷⁵ Vogenauer, ZEuP 2005, 234, 254.

³⁷⁶ BeckOK/ J. Mayer (27. Aufl. 2013), § 2303 BGB, Rn. 4.

Bemerkenswert ist auch die Sichtweise³⁷⁷, Gesetz sei eben nur, was mittels des vorgeschriebenen Gesetzgebungsverfahrens ordnungsgemäß seinen Weg in das Bundesgesetzblatt gefunden hat. Den Gegenstand der Beschlussfassung bildete jedoch nur der Gesetzestext selbst, nicht das dahinterstehende Motiv der am Entwurf arbeitenden einzelnen Abgeordneten (und/oder der mit der Materie befassten Ministerialbeamten). Diesem Gedanken ist gleichwohl entgegenzuhalten, dass der Gesetzestext kaum von den dahinter stehenden Motiven zu trennen ist. Ein beispielsweise im Völkerrecht³⁷⁸ durchaus übliches Verharren am Wortlaut einer Norm ist dem Zivilrecht mit guten Gründen fremd. Einen Text ohne seine Historie und ohne die hinter ihm stehenden Motive zu interpretieren, würde zwangsläufig zu Ergebnissen führen, die nicht nur vom Gesetzgeber nicht intendiert waren, sondern die auch in der Sache als zufällig erschienen. Jedwede unglückliche Formulierung könnte auf diese Weise gravierende rechtliche Folgen zeitigen, ohne dass irgendjemand dies beabsichtigt hätte. Neben dem Richter wären damit auch die Parlamentarier selbst Sklaven des Wortlauts – ein Zustand, den niemand ernstlich herbeisehnen kann. Demzufolge verdient weniger die wortgetreue, als vielmehr die zweckgetreue Entscheidung die Einordnung als gesetzestreu.³⁷⁹ Einen gesetzgeberischen Willen gibt es jedenfalls in klar konturierter Fassung keineswegs.³⁸⁰

cc) Zwischenergebnis zu d)

Rechtsfortbildung und Rechtsneuschöpfung durch Analogiebildung sind im Einzelfall oftmals derart schwer voneinander zu trennen,³⁸¹ dass diese

³⁷⁷ *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung (1996), 66.

³⁷⁸ *Verdross/Simma*, Universelles Völkerrecht (3. Aufl. 1984), § 776, 492; *Rauscher*, Internationales Privatrecht (4. Aufl. 2012), Rn. 114. Auch im Völkerrecht spielen Teleologie und Historie der Norm eine Rolle, jedoch erlangen objektive bzw. „objektivierte“ Kriterien bei der Normauslegung eine größere Bedeutung als beispielsweise im deutschen Zivilrecht.

³⁷⁹ *Van Gelder/Leinemann*, JZ 1966, 244, 245.

³⁸⁰ *Baldus*, in: *Baldus/Theisen/Vogel* (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung (2013), 75, 85; *Stefan Schneider*, in: *Baldus/Theisen/Vogel* (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung (2013), 111, 120.

³⁸¹ *Tacou*, Das Verbot von Umgehungsgeschäften (2013), 218 f. bemüht zwar die unterschiedliche dogmatische Herleitung der Institute, geht jedoch gleichzeitig auf die „sehr nahen“ Rechtsfolgen ein.

Unterscheidung es nicht zu tragen vermag, dem Richter beim Schweigen des Gesetzgebers die Gesetzesergänzung zu verbieten. Die Arbeit des Richters bringt es – ebenso wie diejenige der rechtswissenschaftlichen Forschung und Lehre – ohnehin zwangsläufig mit sich, dass der Inhalt der Gesetze beeinflusst wird.³⁸² Dies geschieht bereits bei der einfachen Auslegung der Gesetze, also der eigentlichen Kerntätigkeit der dritten Gewalt. Durch die Auslegung wird der Gesetzestext im Grunde überhaupt erst mit Inhalt gefüllt, was bei einem strikten Verständnis von Gewaltenteilung genau genommen auch in den Aufgabenbereich der Legislative eingreifen würde. Dass dem jedoch nicht so ist, liegt auf der Hand. Wenn der Richter über die eigentliche Auslegung hinaus in der beschriebenen Weise als „Ersatzgesetzgeber“ auftritt, so wäre es zu viel verlangt, von ihm das Ignorieren politischer Gedankengänge zu verlangen. So ist (wenngleich angesichts der verfassungsrechtlichen Vorgaben eine gewisse Sensibilität zu wahren ist), der Richter angesichts seines Aufgabenkreises gehalten, auf politische Fragestellungen politische Antworten zu geben, an deren Charakter sich nicht dadurch etwas ändert, dass ein anderes Organ als die ursprünglich zuständige Legislative sie trifft. Die Integration auch politischer Argumente³⁸³ ist somit zwangsnotwendige Folge der Aufgabendelegierung (so sie denn vorliegt) der Legislative an die Judikative.³⁸⁴ Insbesondere die Verfassungsgerichtsbarkeit fungiert als eine geradezu genuin politische Institution.³⁸⁵

Ein wesentliches Argument für die Achtung des subjektiven Willens des Gesetzgebers besteht in den Bedürfnissen nach Rechtssicherheit und Vertrauensschutz, die das Abstellen auf den Wortlaut befriedigen soll.³⁸⁶ So soll der Bürger sein Verhalten auch im zivilrechtlichen Miteinander (im Bereich des Strafrechts unzweifelhaft ohnehin) anhand der bestehenden Gesetze ausrichten können. Gleichwohl erscheint die Annahme etwas lebensfremd, der Verbraucher

³⁸² *Honsell*, ZIP 2008, 621, beschreibt dieses Phänomen in blumiger Sprache mit dem Bild von „Zentrifugalkräften, denen jede Kodifikation alsbald durch Gerichte und Wissenschaftler ausgesetzt ist, die wie die Zwerge im Berge eifrig auslegen, anpassen, korrigieren und fortbilden“.

³⁸³ Diese sind Teil der Frage, wie weit man den Verbraucherschutz ausdehnen möchte.

³⁸⁴ *Langenbacher*, Die Entwicklung und Auslegung von Richterrecht (1996), 25 m.w.N.

³⁸⁵ *Leisner*, Demokratie (1998), 636, wenngleich seine Schlussfolgerung „Verfassungsrichter werden politisch gewählt, damit sie politisch handeln“ nicht wirklich schlüssig erscheint.

³⁸⁶ BVerfG 14.2.1973, BVerfGE 34, 269, 288.

als juristischer Laie vertraue auf den Wortlaut des Gesetzes ohne Herbeiziehung fachkundigen Rechtsrats. Auch dürfte kaum einem Bürger die Entstehungsgeschichte eines Gesetzes mit den dahinter stehenden Wortmeldungen einzelner Parlamentarier bekannt sein. Das vermeintlich zu schützende Vertrauen in den Wortlaut einer Norm gelangt so üblicherweise gar nicht erst zur Entstehung.³⁸⁷ Ein im Regelfall nie entstandenes Vertrauen aber lässt sich schwerlich erschüttern.

Ungleich wichtiger als Argumente des Wortlauts und der Historie können solche des Regelungs- und Schutzzwecks wiegen. Im Sinne einer in sich schlüssigen Gesetzssystematik könnte es daher geboten sein, „neue“ Widerrufsrechte im Wege der Analogie herauszuarbeiten. So ist bei der Interpretation des gesetzgeberischen Willens nicht nur die konkrete *Regelungsabsicht* des Gesetzgebers zu untersuchen; mindestens ebenso große Bedeutung kann es haben, auf die eher abstrakte Wertentscheidung dahinter abzustellen.³⁸⁸ So sollte es nicht nur darum gehen, die Vorstellungen des historischen Gesetzgebers in allen Einzelheiten herauszuarbeiten und umzusetzen, sondern vielmehr mindestens ebenso intensiv darum, den hinter diesen stehenden Grundentscheidungen zur Durchsetzung zu verhelfen.³⁸⁹ Eine solche Grundentscheidung könnte man darin sehen, Verbrauchern in unterlegenen Situationen durch ein rechtliches Instrumentarium in Form eines Widerrufsrechts die Möglichkeit eines Ausgleichs dieses Ungleichgewichts an die Hand zu geben. Kaum jemand versteht es, wenn weit überwiegend ähnliche Sachverhalte eine gänzlich unterschiedliche Regelung erfahren. Sofern solche Ähnlichkeiten bestehen (dazu sogleich), so wäre es geboten, nicht am Wortlaut des Gesetzes Halt zu machen, sondern die Widerrufsrechte umsichtig fortzubilden. Der Richter sollte nicht der Semantik des Gesetzes ausgeliefert sein, wenn dies dazu führt, dass er auf veränderte Lebensbedingungen oder evidente Unzulänglichkeiten der

³⁸⁷ Grundmann, ZeuP 1996, 399, 423.

³⁸⁸ Insbesondere BGH 23.5.1951, BGHZ 2, 176, 187; *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT I/1, S. 320 und S. 334 Fn 10; *Krey*, JZ 1978, 361, 367; *ders.*, JR 1995, 221, 223; *Zippelius*, FG BVerfG 2. Band (1976), 118; *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung (1996), 227; vgl. zur verfassungskonformen Auslegung auch BVerfG 11.6.1958, BVerfGE 8, 28, 34; 23.10.1958, BVerfGE 8, 210, 220 f.; 19.6.1973, BVerfGE 35, 263, 279 f.

³⁸⁹ *Canaris*, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz (2. Aufl. 1983), 91 f., Fn 23.

gesetzgeberischen Tätigkeit nicht sinnvoll reagieren kann.³⁹⁰ Obwohl gerade angesichts der enormen wirtschaftlichen Bedeutung der Ausübung von Widerrufsrechten³⁹¹ derlei Überlegung einen Gang in ein „rechtspolitisches Minenfeld“ bedeuten kann, ist es angezeigt, sich nicht mit einer rein rechtstechnischen Antwort zufrieden zu geben, sondern auch andere Aspekte – namentlich solche des verfolgten Zweckes und eines zufriedenstellenden Minimums an dogmatischer Kohärenz – zu berücksichtigen.³⁹² Wenn das Maß an Ungerechtigkeit ein bestimmtes Niveau überschreitet, so ist der „Wille des Gesetzes“ – orientiert an Art. 3 I GG – dem Willen des Gesetzgebers vorzuziehen. Noch genauer geht es um den „Willen der Gesetze“ im Plural, nämlich der immanenten Teleologie mehrerer Gesetze beziehungsweise (seltener) der Gesamtrechtsordnung.³⁹³ Es gilt also in solcherlei Fällen, nicht nur herauszuarbeiten, was der Gesetzgeber, hätte er die in Frage stehende Situation berücksichtigt, gedacht hätte.³⁹⁴ Vielmehr geht es, um mit dem ehemaligen BGH-Präsidenten Günther Hirsch zu sprechen, um die Frage, was der Gesetzgeber „vernünftigerweise gedacht haben sollte“³⁹⁵. Dabei soll es nach einer Ansicht für den Richter die Möglichkeit geben, bei Vorliegen objektiver Fehler (sofern man solche anerkennen mag), vom subjektiven Willen des historischen Gesetzgebers abzuweichen und damit den „Willen des Gesetzes“ gegenüber demjenigen des Gesetzgebers Vorzug zu erweisen.³⁹⁶ Wenn der historische Gesetzgeber bestimmte Situationen bei der Schaffung des Gesetzes nicht bedacht hat, so

³⁹⁰ Luther, Jura 2013, 449.

³⁹¹ Hierzu Christiansen, Effektive und effiziente Widerrufsrechte (2011), 29-31.

³⁹² Mankowski, K & R 2001, 362, 366.

³⁹³ So mit Verweis auf seinen Lehrer Larenz: Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz (20. Aufl. 1983), 34.

³⁹⁴ BGH 13.7.1988, BGHZ 105, 140, 143; 31.1.1990, BGHZ 110, 183, 193; 20.11.1992, BGHZ 120, 239, 252; Gegen die Berücksichtigung eines „hypothetischen Willens“ des Gesetzgebers: Mayer/Schürnbrand, JZ 2004, 545, 551. Zumindest im konkreten Fall dafür Hoffmann, WM 2006, 560, 563 f.

³⁹⁵ Hirsch, Die Zeit Nr. 41/2003. Noch weiter geht Betti, FS Ernst Rabel Bd. II (1954), 79, 89, der die Ansicht vertritt, der gesetzgeberische Wille sei gar nicht Objekt der Auslegung, sondern vielmehr deren Ergebnis. Diese Ansicht erscheint hingegen wenig überzeugend.

³⁹⁶ Hirsch, Die Zeit Nr. 41/2003; vgl. auch Bund, Juristische Logik und Argumentation (1982), S. 173; Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (5. Aufl. 1983), 31-35. Anders Luther, Jura 2013, 449, der gerade gegenteilig schreibt, bei einer Analogie setze man den Willen des Gesetzgebers an die Stelle des Gesetzeswortlautes, da in letzterem ersterer nur unvollkommen zum Ausdruck gelange.

könnte es mithin angezeigt sein, durch Bildung von Analogien selbst gegen den Wortlaut des Gesetzes zu agieren,³⁹⁷ um evidente Widersprüche zu beseitigen; dies allein schon, weil dem Gesetzgeber zu unterstellen ist, dass er das Gesetz in das bestehende Gesamtgefüge vernünftig im Verhältnis zu seinem Zweck und dem übrigen Recht einbetten wollte.³⁹⁸ Dabei mag man allgemeineren „Strukturentscheidungen“ als legislativ getroffenen Wertungen eher zu folgen versuchen als konkreteren „Sachentscheidungen“.³⁹⁹ So ist es keine Seltenheit, dass aktuell sich stellende Probleme zum Zeitpunkt des Gesetzeserlasses noch nicht bedacht wurden. Dies kann als schlichtes Versäumnis des historischen Gesetzgebers gewertet werden, mag aber auch beispielsweise technischen oder gesellschaftlichen Neuerungen geschuldet sein, die zum relevanten Zeitpunkt so noch nicht absehbar waren.⁴⁰⁰

Der BGH stellt wiederum darauf ab, ob der Gesetzgeber „willkürlich“ gehandelt hat (dann wäre eine „rechtspolitische“ Korrektur zulässig, wenngleich der BGH dies nicht so bezeichnen würde) oder ob die Argumentation des Gesetzgebers nachvollziehbar erscheint, was eine solche Korrektur verbieten würde.⁴⁰¹

Wenn die Entstehungsgeschichte eines Gesetzes eine andere Interpretationsmöglichkeit bietet als der hinter einem oder mehreren Gesetzen stehende Zweck, so stellt sich die Frage, ob eine Auslegungsmethode die anderen überwiegt. Die Entscheidung über die Herausarbeitung einer Hierarchie zwischen der Berücksichtigung des historischen Willens des Gesetzgebers einerseits und der teleologischen Orientierung am „Willen des Gesetzes“ andererseits mündet in eine durch Wertungsgesichtspunkte geprägte Form der Abwägung.⁴⁰² In der Literatur wird in diesem Zusammenhang die Frage aufgeworfen, warum

³⁹⁷ *Ipsen*, in: Achterberg (Hrsg.), Rechtsprechungslehre (1986), 435, 440, sieht den Wortlaut hingegen als Grenze des Erlaubten an.

³⁹⁸ *Wach*, Handbuch des deutschen Civilprozessrechts, Bd. I (1885), 257 f.; *Enneccerus/Nipperdey*, BGB AT I/1, 320.

³⁹⁹ *Mayer/Schürnbrand*, JZ 2004, 545, 551.

⁴⁰⁰ Vgl. *Hoffmann*, WM 2006, 560, 564

⁴⁰¹ BGH 27.3.1968, BGHZ 50, 45, 51 f.

⁴⁰² *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung (1996), 282; *Grundmann/Riesenhuber*, JuS 2001, 529.

eigentlich Widerrufsrechte zwingend gesetzlich angeordnet werden müssten. Wenn doch die Einräumung derselben durch ein gesteigertes Verbrauchervertrauen letztlich auch den Unternehmen zugutekämen, müssten diese doch selbst ein Interesse haben, dem Kunden einen derartigen Schutz zu gewähren.⁴⁰³ Diese Ansicht übersieht, dass zumindest für kleinere Unternehmen der Vorteil durch allgemein gesteigerten Konsum innerhalb einer Gesellschaft zu mittelbar ist, als dass diese Unternehmen tatsächlich breitflächig den Verbrauchern Widerrufsrechte einräumen würden. Hinzu kommt, dass es an den Realitäten vorbeiginge, von jedem einzelnen grenzüberschreitend tätigen Unternehmen innerhalb der Union zu erwarten, eine derartige Weitsicht und ein derartig ausgeprägtes Verantwortungsgefühl für das Funktionieren der Märkte zu erwarten. Gerade wenn man das Ziel verfolgt, grenzüberschreitende Marktaktivitäten der europäischen Bevölkerung zu fördern, ist es sinnvoll, dem Bürger zu versichern, dass er sich unionsweit auf gewisse Mindeststandards des Verbraucherschutzes verlassen kann, ohne dass er – womöglich noch in fremder Sprache – sich mit den individuellen Vertragsbedingungen eines jeden Unternehmens auseinandersetzen muss.

Das „Kleben am Wortlaut“ wie auch an den historisch getroffenen Entscheidungen des Gesetzgebers – so es diese hier denn überhaupt klar gegeben hat – ist demnach keineswegs so strikt durchzusetzen, wie man zunächst annehmen könnte. Der Sinn des Verbraucherschutzsystems kann das bestehende Gesetz überholen. Der Wille des historischen Gesetzgebers kann demzufolge in bestimmten Situationen tatsächlich ignoriert werden. Dies gilt namentlich, wenn dieser Wille nicht mehr den aktuellen Gegebenheiten entspricht – einerseits in tatsächlicher Hinsicht (wenn sich etwa bestimmte faktische Voraussetzungen geändert haben), andererseits in rechtlicher Hinsicht (wenn etwa das übrige Verbraucherschutzsystem evident anderen Wertungen zugrundeliegt).

Dieses Ergebnis wird noch dadurch gestützt, dass der aktuelle Gesetzgeber (wenngleich nicht der historische) „sich wehren kann“: Wenn ein Gericht eine Analogie zu einem bestehenden Widerrufsrecht schafft und der Gesetzgeber

⁴⁰³ Eidenmüller, AcP 210 (2010), 67, 75.

dieses Ergebnis als unbillig empfindet, so steht es ihm frei, durch eine negative Regelungsanordnung (etwa durch den simplen Satz: „Die gesetzlich enumerierten Widerrufsrechte gelten abschließend für die genannten Konstellationen“ o.ä.) die Rechtslage in seinem Sinne zu gestalten. Das angeführte Gegenargument, die Auslegung dieser Gestaltung sei wiederum Sache der Gerichte, die also gleichsam „zurückschlagen“ könnten und das letzte Wort hätten⁴⁰⁴, gilt nur in dem Maße, wie der parlamentarische Gesetzgeber im Wortlaut des Gesetzes Interpretationsmöglichkeiten belässt. Bei einer Anordnung wie der oben beispielhaft aufgeführten, könnte ein Gericht nur unter größten juristischen Verrenkungen und damit im Ergebnis nicht in zulässiger Weise auf neu geschaffenen Widerrufsrechten bestehen.

Im Ergebnis darf der Richter mithin – wenn auch unter Einhaltung der gebotenen Sensibilität – Widerrufsrechte schaffen, mit deren Geltung der parlamentarische Gesetzgeber sich nicht oder nur unzureichend auseinandergesetzt hat.

⁴⁰⁴ R. A. Lorz, in: Baldus/Theisen/Vogel (Hrsg.), „Gesetzgeber“ und Rechtsanwendung (2013), 87, 106.

II. Vergleichbare Interessenlage

1) Grundsätzliches

Hinter den bereits bestehenden und möglichen neuen, durch die Justiz erschaffenen Widerrufsrechten muss eine vergleichbare Interessenlage bestehen. *Savigny*⁴⁰⁵ betont, dass bei der „richtigen“ Art der Analogiebildung keineswegs neues Recht aus leerem Raum heraus erfunden, sondern vielmehr die Gesetzgebung „aus sich selbst ergänzt“ würde, indem ein allgemeiner Satz angewandt oder ein spezieller Satz auf seinen Sinn („Grund“) reduziert und hieraus eine allgemeine Regel abgeleitet würde. Die Gefahr eines subjektiven, mitunter willkürlichen Lückenschließungsgedankens ist dabei umso höher, je allgemeiner der gemeinsame Ansatzpunkt gewählt wird. Es gilt deshalb, die vergleichbare Interessenlage möglichst nah am Gesetz (und nicht beispielsweise allgemein von naturrechtlichem Gedankengut oder verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen) herauszuarbeiten.⁴⁰⁶

Von Belang ist es dabei, nicht lediglich einseitig die Interessen der Verbraucher zu berücksichtigen, sondern auch die der Gegenseite – mithin der Unternehmer – in eine sachgerechte Gesamtschau einzubeziehen.⁴⁰⁷

2) Schutzzwecke der einzelnen verbraucherschützenden Widerrufsrechte

Die vergleichbare Interessenlage erfordert eine Ähnlichkeit bzgl. des Rechtsgrundes und des Schutzbedürfnisses;⁴⁰⁸ die zu schaffende Regelung darf nicht „frei im Raum schweben“, sondern muss mit den bereits vorhandenen gesetzgeberischen Grundentscheidungen im Einklang stehen.⁴⁰⁹ Es muss sich um

⁴⁰⁵ *Savigny*, Juristische Methodenlehre (Hrsg. *Wesenberg*, 1951), 41 f.

⁴⁰⁶ *Wank*, Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung (1978), S. 73 f.; *Struck*, JZ 1976, S. 163; *Göldner*, Verfassungsprinzip und Privatrechtsnorm in der verfassungskonformen Auslegung und Rechtsfortbildung (1969), 91 f.

⁴⁰⁷ Vgl. BGH 13.3.2003, NJW 2003, 1932, 1933.

⁴⁰⁸ *Bydlinski*, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, S. 477; *Laukemann*, WRP 2000, 624, 525.

⁴⁰⁹ *Petersen*, Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz (2001), 65.

einen Fall handeln, der zwar nicht unter den Wortlaut⁴¹⁰, wohl aber unter den telos der analog zu behandelnden Norm zu fassen ist.⁴¹¹ Wie oben unter § 2 II bereits festgestellt, ist der Verbraucherschutz kein Selbstzweck des EU-Sekundärrechts, sondern dient vorrangig der Verwirklichung des Binnenmarktes.

Dieser Befund muss indes keine unmittelbaren Auswirkungen auf die EU-Richtlinien vollziehenden nationalen (in diesem Fall BGB-) Normen haben. Deren Zwecke liegen freilich in erster Linie in der Umsetzung der jeweiligen Richtlinie, im Übrigen jedoch lässt sich allein schon aus ihrer teilweise inhaltsähnlichen Existenz in lediglich systematisch anderer Gestalt (beispielsweise im alten AGBG) schlussfolgern, dass der Schutz des Verbrauchers in diesen besonders gefährdenden Situationen ein ureigenes Anliegen des deutschen Gesetzgebers war. Den verschiedenen Widerrufsrechten gemein ist die Absicht, dem Verbraucher in Situationen, in denen er sich aus noch näher zu beschreibenden Gründen dem Unternehmer gegenüber in einer unterlegenen Lage befindet, eine nachvertragliche Frist einzuräumen, innerhalb derer er den Vertrag rückabwickeln kann.⁴¹² Man mag dies als „rollensoziologisch motiviertes Konfliktmanagement“ wie im Arbeits- oder Mietrecht verstehen.⁴¹³

Teilweise wird vertreten, der Verbraucherschutz sei nicht allgemein Schutzzweck der Widerrufsrechte, weil die zivilrechtlichen Normen auch den Verbraucher belastende Regelungen beinhalten.⁴¹⁴ Dieser Schluss impliziert die Annahme, ein Schutzzweck müsse stets absolut und ohne Einschränkungen verfolgt werden, was jedoch bei Schutzzwecken sachgerechterweise niemals der Fall ist. Mit einer Beachtung dieses Einwands ist also wenig gewonnen.

⁴¹⁰ *Canaris*, Die Feststellung von Lücken im Gesetz (2. Aufl. 1983), 22, möchte dabei etwas bedeutungsschwanger zwischen einem „Bedeutungskern“ und einem „Bedeutungshof“ unterscheiden. *Looschelders/Roth*, Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung (1996), S. 66, schreiben ähnlich vom „Normhof“. Zum Stil der Rechtssprache allgemein und zum Gebrauch sprachlicher Bilder im Speziellen vgl. beispielhaft *Kirchhof*, Die Bestimmtheit und Offenheit der Rechtssprache (1987), der freilich selbst zum Gebrauch einer sehr bildhaften und blumigen Sprache neigt.

⁴¹¹ *Raisch*, Juristische Methoden (1995), 154.

⁴¹² *Basedow*, AcP 200 (2000), 445, 454.

⁴¹³ *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (2011), Vorwort.

⁴¹⁴ *Artz*, VuR 1997, 227, 228.

Die Schutzzwecke der Widerrufsrechte des BGB gehen jenseits des Verbraucherschutzes als allgemeinem Ziel von verschiedenen Konstellationen aus, die den Verbraucher in den konkreten Situationen als besonders schutzwürdig erscheinen lassen. Ihre konkreten Begründungen lassen sich daher differenzieren:

a) Informationsasymmetrien durch die Art des Vertragsschlusses

Bei nahezu jedwedem Vertrag befindet sich der Anbieter in einer im Vergleich zum Nachfrager komfortablen, ja überlegenen Situation. Da ersterer das betreffende Gut zumeist selbst hergestellt hat oder ihm dessen Eigenschaften zumindest durch wiederkehrende Einkäufe beim Hersteller beziehungsweise Anbieter besser bekannt ist, stellt sich die Position des Nachfragers – was die Quantität und Qualität der Informationen anbelangt – grundsätzlich als eine unterlegene dar.⁴¹⁵

Der Verbraucher sieht sich allein schon durch die in den meisten Fällen bestehende (zum Teil künstlich herbeigeführte) Produktvielfalt einer zunehmend unübersichtlichen Situation ausgesetzt.⁴¹⁶ Darüber hinausgehende Informationsasymmetrien bestehen, wenn der Verbraucher durch die bei der konkret in Rede stehenden Vertragsart besondere Vertriebsform nicht oder nur unzureichend in der Lage ist, das Angebot zu besehen sowie die Vertrauenswürdigkeit des Vertragspartners abzuschätzen; typischerweise gilt dies beim Vertragsschluss im Fernabsatzsystem.⁴¹⁷ Die durch Produktionsabläufe und Vertriebsmethoden der Moderne ohnehin schon zu konstatierende Entfremdung des Verbrauchers von den auf diese Weise bezogenen Konsumgütern wird durch

⁴¹⁵ *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik (8. Aufl. 2011), 249.

⁴¹⁶ *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente (1994), 38 f.

⁴¹⁷ Erwägungsgrund (14) der RL 97/7/EG; Erwägungsgrund 37 der Verbraucherrechterichtlinie (RL 2011/83/EU vom 25. Oktober 2011); *Martinek*, NJW 1998, 207; *Willingmann*, VuR 1998, 395, 399; *Fuchs*, ZIP 2000, 1273; *Pudor*, Die Wirkungsweise verbraucherschützender Widerrufsrechte (2000), S. 94; *Bürger*, JZ 2002, 671 (Anm. zu AG Wiesloch 16.11.2001 – Az: 1 C 282/01); *Mankowski*, ZMR 2002, 317; *ders.*, Beseitigungsrechte (2003), S. 235; *Jauernig/Stadler*, 14. Aufl. 2011, § 312b Rn. 2 sprechen von einer „gesteigerten Ungewissheitssituation“; MünchKomm/Wendehorst (6. Aufl. 2012), § 312b BGB Rn. 1.

den Fernabsatz gleichsam „auf die Spitze getrieben“.⁴¹⁸ Insbesondere im Internet oder beim Teleshopping besteht die Gefahr, dass eine Ware durch aufwändige Werbung stark (und mitunter – betriebswirtschaftlich nachvollziehbar – übermäßig) vorteilhaft präsentiert wird. Im Gegensatz zum Handkauf in einem Geschäft kann der Kunde die Ware nicht tatsächlich in Augenschein nehmen und prüfen; er ist der werbenden Beschreibung des Fernkommunikationsmittels hilflos ausgeliefert und kauft auf diese Weise gewissermaßen „die Katze im Sack“⁴¹⁹. Der Kunde kann in diesen Situationen die genauen Eigenschaften und die Qualität der jeweiligen Ware oder Dienstleistung erst nach Vertragsschluss einigermaßen zuverlässig einschätzen.⁴²⁰ Auf der anderen Seite hat der Unternehmer ein zumindest kurzfristiges betriebswirtschaftliches Interesse daran, dem Verbraucher nicht alle Informationen vollständig zur Verfügung zu stellen. Ohne ein regulierendes Korrektiv sind die Anreize für den Unternehmer, seinen Wissensvorsprung zugunsten des Verbrauchers auszugleichen, schwach ausgeprägt.⁴²¹ Wenn der Verbraucher aber die Möglichkeit bekommt, die Ware nach der Zusendung zu überprüfen, die Vor- und Nachteile dann abzuwägen und seine Entscheidung zum Vertragsschluss noch einmal zu überdenken, so wird ihm dieser Nachteil genommen.⁴²² Dies führt nicht lediglich zu einem erhöhten Schutz des Verbrauchers, sondern mittelbar auch zu gesteigertem Konsum: Ein Verbraucher, der in permanenter Sorge vor einer Unterlegenheitssituation oder gar vor betrügerischem Handeln der Gegenseite agiert, wird im Zweifel modernen Vertriebsmethoden eher abgeneigt sein, wodurch eigentlich vorteilhafte und sinnvolle Geschäfte gar nicht erst zum Abschluss kämen.⁴²³ Dieser Entwicklung entgegenzuwirken, ist ein Teil der Schutzzwecke der bereits bestehenden Widerrufsrechte.

⁴¹⁸ *Mankowski*, Beseitigungsrechte (2003), 235 f.

⁴¹⁹ *Staudinger/Thüsing* (Neub. 2012), Vor §§ 312, 312a BGB Rn. 27.

⁴²⁰ *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik (8. Aufl. 2011), 249, formuliert bildhaft, es existiere „gewissermaßen eine Art Sichtblende zwischen ihm und der Qualität eines bestimmten Angebots“.

⁴²¹ *Ulen*, in: *Grundmann/Kerber/Weatherill* (Hrsg.), Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market, 2001, 98, 99.

⁴²² *Loos*, in: *Howells/Schulze* (Hrsg.), Modernising and Harmonising Consumer Contract Law (2009), 237, 247.

⁴²³ *Ulen*, in: *Grundmann/Kerber/Weatherill* (Hrsg.), Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market (2001), 98, 99.

Das Gesagte gilt zunächst für Waren im Sinne körperlicher Gegenstände. Bei einer Dienstleistung besteht die entsprechende Möglichkeit, diese Leistung zu überprüfen, zwar naturgemäß nicht. Dennoch wird dem Verbraucher nach Art. 9 II lit.a der Verbraucherrechterichtlinie ein Widerrufsrecht auch für Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen zugebilligt, dessen Ausübungsfrist mit dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses zu laufen beginnt. Auch bei einem Vertrag über die Erbringung von Dienstleistungen, der nicht über ein Fernabsatzinstrument geschlossen wird, kann schließlich üblicherweise diese Leistung nicht vorab besehen werden. Darüber hinaus besteht beispielsweise im Fernabsatz die Problematik, dass die oft vorliegende Unkenntnis der Identität des Vertragspartners (mitunter handelt es sich gar um einen fiktiven Namen, etwa beim ebay-Account) die Rechtsdurchsetzung erschwert.⁴²⁴ Gerade im Dienstleistungsgewerbe, aber auch beim Erwerb hochwertiger Waren, hängt die Erfüllung des Vertrages zumindest auch von der persönlichen Zuverlässigkeit und Seriosität des Unternehmers ab, welche der Verbraucher im Fernabsatzvertrieb meist weniger gut einschätzen kann als bei persönlichem Kontakt auf konventionelle Art.⁴²⁵ Im Interesse eines funktionierenden Binnenmarktes liegt dabei das eigentliche Ziel des Richtliniengebers weniger im Verbraucherschutz als solchem, sondern darin, das Verbrauchervertrauen in eine moderne Vertriebsform zu stärken, die weitaus besser als konventionelle Vertriebsformen in der Lage ist, internationalen Handel zu fördern.⁴²⁶

Dabei kommt beispielsweise dem E-Commerce eine stetig steigende Bedeutung innerhalb der Gesamtwirtschaft zu. Tätigten im Jahr 2001 noch lediglich ca. 18% der Internetnutzer aktiv Online-Einkäufe mit jährlich mindestens 20 Einkäufen,

⁴²⁴ *Mankowski*, WM 2001, 793, 796; *Bürger*, JZ 2002, 671 (Anm. zu AG Wiesloch 16.11.2001 – Az: 1 C 282/01).

⁴²⁵ *Gessner*, Widerrufsrecht und Widerrufsbelehrung im deutschen und europäischen Verbraucherrecht (2009), 13; *Mankowski*, ZMR 2002, 317.

⁴²⁶ *Loos*, in: *Howells/ Schulze* (Hrsg.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law* (2009), 237, 246 f.

so waren es im Jahr 2008 bereits fast zwei Drittel derselben.⁴²⁷ Mit dem Stand des Jahres 2011 hatten bereits 85 % aller Internetnutzer mindestens einmal eine Ware oder Dienstleistung im Internet bestellt.⁴²⁸ Dabei nutzen bereits 72 % der Gesamtbevölkerung (ausgenommen Kinder unter 14 Jahren) das Internet.⁴²⁹ Der Austausch von Waren und Dienstleistungen über das Internet wird damit für den Handel generell, aber auch für die Fortentwicklung des Binnenmarktes immer wichtiger. Das Internet ist aufgrund seiner grundsätzlich bestehenden Unabhängigkeit von Staatsgrenzen für die Vertiefung des Binnenmarktprojekts ein geradezu ideales Medium.⁴³⁰ Dies gilt allerdings nur, wenn die niedrigen Transaktionskosten des Mediums Internet nicht durch ungünstige rechtliche Rahmenbedingungen erhöht werden. Wenn die Gefahren im Internethandel sich als für den Verbraucher relativ groß darstellen oder die Verbraucherschützenden Regelungen den Unternehmer zu sehr in dessen Freiheit einschränken, so erhöhen sich auch die Transaktionskosten.⁴³¹ Dadurch verlöre der Fernabsatz als Vertriebsmodell im Allgemeinen und der Internethandel im Besonderen Einiges an seiner Attraktivität und seiner grundsätzlich bestehenden, beinahe idealen Eignung für die Vertiefung des Binnenmarktprojekts. Die Informationsasymmetrie zwischen den Parteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses ist damit der Anknüpfungspunkt, durch ein Schutzinstrument das Vertrauen des Verbrauchers zu steigern. Zugleich wird hierdurch der

⁴²⁷ Studie der Fittkau & Maaß Consulting mit dem Titel: „E-Commerce: Online-Einkäufer immer aktiver“ vom 1.6.2008, abrufbar unter <http://www.w3b.org/e-commerce/e-commerce-online-einkäufer-immer-aktiver.html>

⁴²⁸ Studie „Netzgesellschaft“ der BITKOM aus dem Jahr 2011, abrufbar unter http://www.bitkom.org/files/documents/BITKOM_Publikation_Netzgesellschaft.pdf

⁴²⁹ „Die Internetnutzung deutscher Privatpersonen ab 14 Jahren liegt laut Umfrage bei etwa 72 Prozent. Je jünger die Zielpersonen, umso höher ist der Anteil der Internetnutzer. 14-29-Jährige sind zu 95 Prozent online, dicht gefolgt von der Altersgruppe der 30-49-Jährigen, die das Internet zu 89 Prozent nutzen. Damit liegt die Internetnutzung der 14-49-Jährigen auf sehr hohem Niveau und nähert sich der Bevölkerungsrepräsentativität immer mehr an. Dagegen weisen Personen im Alter ab 50 Jahren eine (noch) deutlich geringere Internetnutzung auf. 50-64-Jährige sind zu 68 Prozent im Internet aktiv. Bei Personen ab 65 Jahren fällt die Internetnutzung mit 24 Prozent im Vergleich noch weiter ab. Damit ist in dieser Altersgruppe fast jeder Vierte im Internet präsent. Vor dem Hintergrund des demographischen Wandels wird es zukünftig jedoch immer mehr Personen in den älteren Altersgruppen geben, die bereits langjährig privat und beruflich mit dem Internet vertraut sind.“ – Studie „Netzgesellschaft“ der BITKOM aus dem Jahr 2011, abrufbar unter http://www.bitkom.org/files/documents/BITKOM_Publikation_Netzgesellschaft.pdf

⁴³⁰ Kunz, Verbraucherschutz beim Internethandel in der Europäischen Union (2010), 13, 15 f.

⁴³¹ Kunz, Verbraucherschutz beim Internethandel in der Europäischen Union (2010), 16.

internationale Handel und damit der Binnenmarkt gestärkt und vertieft. Ob das Mittel, dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zuzugestehen, sachgerecht ist, um dessen Nachteil beim Zustandekommen des Vertrages auszugleichen, mag angesichts der Tatsache, dass der Verbraucher – anders als beim traditionellen Haustürgeschäft – sich die Vertriebsform selbst ausgesucht und damit den Nachteil bewusst in Kauf genommen hat, kontrovers beurteilbar sein.⁴³² In jedem Fall ist die Behebung des Nachteils politisch gewollt, um den Binnenmarkt zu vertiefen.

b) Exogene Präferenzstörungen

Unter den Terminus der „exogenen Präferenzstörung“ sind Fälle zu subsumieren, in denen durch die besondere Verkaufssituation die freie Willensbildung des Verbrauchers durch störende Einflüsse von Seiten des Unternehmers beeinträchtigt sein kann, insbesondere bei Haustürgeschäften.⁴³³ Anders als im herkömmlichen Handel vor Ort geht die Verkaufssituation in der Haustürsituation (die freilich nicht auf ihren Wortsinn beschränkt ist, wie bereits der Wortlaut des § 312 I BGB⁴³⁴ deutlich macht) nicht vom Kunden, sondern ausschließlich vom Unternehmer aus, so dass der Verbraucher mitunter die Folgen seines Handelns nicht umfänglich genug überschaut und abgewogen hat. In der neuen Verbraucherrechtlinie ist durch Art. 2 Nr. 8 bestimmt, dass die Haustürsituation ausgeweitet wird. Wo im deutschen Recht vormals eine solche nur bestand, wenn der Unternehmer die Initiative zu Vertragsverhandlungen ergreift,⁴³⁵ musste aufgrund der europarechtlichen Vorgaben auch im deutschen Recht § 312 I BGB dahingehend geändert werden, dass eine Haustürsituation

⁴³² Loos, in: *Howells/ Schulze* (Hrsg.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law* (2009), 237, 248, hält aus diesem Grund das Widerrufsrecht für ein sinnwidriges Instrument.

⁴³³ Erwägungsgrund (5) zur RL 85/577/EWG; Begründung zum HWiG, BT-Drs. 10/2876; umfassend auch *Zerres*, Die situativen Voraussetzungen des Haustürwiderrufgesetzes (1997). *Eidenmüller*, AcP 210 (2010), 67, 82, führt das Beispiel an, dass ein Kunde den entsprechenden Vertrag nur schließt, um den ihm lästigen Verhandler „loszuwerden“. Im Umkehrschluss müsse der Verbraucher ein Widerrufsrecht erhalten.

⁴³⁴ Ab 13.6.2014 § 312b I BGB.

⁴³⁵ *MünchKomm/Masuch* (6. Aufl. 2012), § 312 BGB Rn. 38 f.; *Palandt/ Grüneberg* (71. Aufl. 2012), § 312 BGB Rn. 6. Zur neuen Rechtslage nunmehr *Palandt/Grüneberg* (73. Aufl. 2014), § 312 BGB Rn. 13

grundsätzlich⁴³⁶ auch in Fällen besteht, in denen die entsprechende Initiative zum Vertragsschluss vom Verbraucher ausgeht. Auch bei solchen kann – wenngleich nicht was das überraschende Auftreten an sich anbelangt – so doch in der Art und Weise sowie dem Inhalt des Auftretens eine den Verbraucher benachteiligende Überraschungssituation bestehen.⁴³⁷ Ein Hauptvorteil des Haustürgeschäfts aus Sicht des Unternehmers (und gegebenenfalls auch aus Sicht des Verbrauchers) besteht darin, potentielle Kunden zu gewinnen, die nicht in räumlicher Nähe zu Geschäften ansässig sind. Dies trifft insbesondere auf die Landbevölkerung zu,⁴³⁸ die sich mit alltäglichen Vertragsschlusssituationen und Neuerungen des Vertriebs üblicherweise seltener konfrontiert sieht als die Stadtbevölkerung und daher besonders schutzwürdig erscheint. Als besonders gefährdete Zielgruppe hat das Haustürwiderrufsrecht außerdem die Gruppe älterer Verbraucher im Blick, die – sei es aus traditioneller Höflichkeit oder Unerfahrenheit – gegenüber aufdringlichen Verkaufsmethoden verallgemeinernd gesprochen relativ schutzlos erscheinen mag.⁴³⁹ Erschwerend kommt zu diesem Umstand noch hinzu, dass geschickte Unternehmer oftmals mit „Lockangeboten“, überreichten Präsenten etc. arbeiten.⁴⁴⁰ Als lebensnahes Beispiel mögen hier Vertreibende von Zeitungsabonnements herhalten, welche oftmals in Bahnhofshallen die Situation ausnutzen, dass Reisende kurz vor dem Besteigen des Zuges noch kurzfristig eine günstige und interessante Leselektüre benötigen. Zum Abschluss eines Abonnements wird dann – betriebswirtschaftlich durchaus nachvollziehbar – oftmals eine kostenlose Zeitung oder Zeitschrift den Bahnreisenden direkt mitgegeben.

Der Unternehmer gerät durch die Haustürsituation in eine Position, die es ihm ermöglicht, dem Verbraucher die Rahmenbedingungen für den Vertragsabschluss

⁴³⁶ Mit Ausnahme von Situationen, in denen „der Verbraucher den Unternehmer ausdrücklich aufgefordert hat, ihn aufzusuchen, um dringende Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten vorzunehmen“, § 312g II Nr. 11 BGB in der Fassung ab dem 13.6.2014.

⁴³⁷ Schwab/ Giesemann, EuZW 2012, 253, 254. Dies bezweifelnd Artz, in: Gsell/Herresthal, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), 209, 214.

⁴³⁸ Meents, Verbraucherschutz bei Rechtsgeschäften im Internet (1998), 102.

⁴³⁹ Lurger, in: Bydlinski/Lurger (Hrsg.), Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012), 53, 60.

⁴⁴⁰ Gilles, NJW 1986, 1131, 1139 .

de facto zu diktieren.⁴⁴¹ Der Verkäufer bestimmt durch sein überraschendes, „überrumpelndes“ Verhalten die Informationsquellen des Verbrauchers allein schon aufgrund der mit der Haustürsituation oftmals einhergehenden zeitlichen Drucksituation.⁴⁴² Dies geschieht sowohl, indem es letzterem faktisch unmöglich gemacht wird, mögliche Konkurrenzangebote einzuholen, als auch, indem dem Verbraucher die Möglichkeit erschwert wird, in Ruhe und gegebenenfalls unter Hinzuziehung von Meinungen ihm nahestehender oder professioneller Dritter das Angebot des Unternehmers inhaltlich zu prüfen. Hinzu kommt noch die örtliche Drucksituation, verursacht durch das Aufsuchen des Verbrauchers in dessen privater Umgebung. So gilt es allgemein als unhöflich, einem (selbst ungebetenen) Gast die Tür zu weisen, ohne ihm dessen Wunsch zu erfüllen.⁴⁴³ Nicht selten gelingt es dem geschulten Verkäufer, subtil auf diesen Umstand hinzuweisen und dem Verbraucher ein „schlechtes Gewissen“ einzureden. Der Verbraucher soll überdies in seiner Privatsphäre geschützt werden, indem es durch die Einführung eines Widerrufsrechts für Unternehmer unattraktiver wird, ihre Absatzbemühungen auch auf den privaten Bereich des Verbrauchers auszudehnen. Auch wenn nach der ab dem 13.6.2014 geltenden Gesetzeslage ein Widerrufsrecht auch in Fällen besteht, in denen der Verbraucher den Unternehmer zu sich bestellt hat, so entfällt zwar die Überraschungssituation des Auftretens durch den Unternehmer; es bleibt jedoch ein besonderer psychologischer Druck durch den persönlichen Kontakt zwischen Unternehmer und Verbraucher als Grund des Widerrufsrechts bestehen.⁴⁴⁴

Der Verbraucher läuft durch diese Art von Absatzmethoden Gefahr, eine unüberlegte, mangelhafte Willenserklärung abzugeben, ja geradezu ökonomisch

⁴⁴¹ *Magoulas*, in: *Magoulas/Simon* (Hrsg.), *Recht und Ökonomie beim Konsumentenschutz und Konsumentenkredit* (1985), 391, 394 f.

⁴⁴² *Weatherill*, in: *Micklitz* (Hrsg.), *Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa?* (1996), 423, 456; *Canaris*, *AcP* 200 (2000), 273, 346; *Seidel*, *Einflüsse des europäischen Rechts auf das deutsche Verbraucherschutzrecht* (2001), 37; *Riesenhuber*, *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts* (2003), 225; *Wilmer/Hahn*, *Fernabsatzrecht* (2. Aufl. 2005), 215; *Gessner*, *Widerrufsrecht und Widerrufsbelehrung im deutschen und europäischen Verbraucherrecht* (2009), 11; *MünchKomm/Masuch* (6. Aufl. 2012), § 312 BGB Rn. 1. Die Widerrufsregelung ist ein schönes Beispiel für die Aufnahme eines eigentlich umgangssprachlichen Ausdrucks „Überrumpelung“ in den Köcher juristischer Fachtermini.

⁴⁴³ *Mankowski*, *Beseitigungsrechte* (2003), 225.

⁴⁴⁴ *Staudinger/Thüsing* (Neub. 2012), § 312 BGB Rn. 191.

irrational zu handeln.⁴⁴⁵ Überdies sind Verkäufer oftmals nicht nur psychologisch besonders für die Haustürsituation geschult, sondern werden auf Provisionsbasis entlohnt, was einer aggressiven Verkaufsstrategie bekanntermaßen förderlich ist (was seitens der Unternehmen zumindest unterschwellig wohl auch intendiert sein dürfte). Indem das Entlohnungssystem das Risiko zu geringen Absatzes oftmals vom verkaufenden Unternehmen auf die jeweiligen Vertreter abwälzt und die räumliche Eigenständigkeit der Vertreter eine wirksame Kontrolle derselben durch den Verkäufer erschwert, sind erstere besonders gefährdet, ihren Informationspflichten nur unzureichend nachzukommen oder sogar eindeutige Vertragsverstöße (etwa durch Fälschung von Unterschriften) zu begehen.⁴⁴⁶ Das dahinterstehende Unternehmen wird freilich die Verantwortung für derartige Fehlritte stets auf den einzelnen Vertreter abwälzen.

c) Endogene Präferenzstörungen

Die unter dem Stichwort der „endogenen Präferenzstörungen“ zusammenfassbaren Gefährdungen betreffen Konstellationen, in denen der Verbraucher aufgrund des hohen finanziellen Risikos und/oder der Komplexität der vertraglichen Materie Probleme hat, eine für ihn sinnvolle Entscheidung zu treffen, insbesondere bei Timesharing⁴⁴⁷-, Darlehens⁴⁴⁸- und Lebensversicherungsverträgen.⁴⁴⁹ Bei Timesharingverträgen kommt noch hinzu, dass nicht nur der Vertragsgegenstand besonders komplex ist, sondern sich auch der Vertragstext oftmals als besonders intransparent erweist.⁴⁵⁰ Überdies befindet

⁴⁴⁵ *Mankowski*, Beseitigungsrechte (2003), 222 f.; *Gessner*, Widerrufsrecht und Widerrufsbelehrung im deutschen und europäischen Verbraucherrecht (2009), 11.

⁴⁴⁶ *Magoulas*, in: *Magoulas/Simon* (Hrsg.), Recht und Ökonomie beim Konsumentenschutz und Konsumentenkredit (1985), 391, 396.

⁴⁴⁷ Hierzu umfassend *Hildenbrand*, Vertragsgestaltung und Verbraucherschutz im Time-Sharing-Vertragsrecht (1997) und *Bütter*, Immobilien-Time-Sharing und Verbraucherschutz (2000).

⁴⁴⁸ *Weatherill*, in: Micklitz (Hrsg.), Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa? (1996), 423, 457 f.; *Schwarz*, Bürgenschutz durch deutsches und europäisches Verbraucherschutzrecht (2001), S. 122; *Franck*, ZBB 2003, 334, 335.

⁴⁴⁹ Begr. RegE zum VerbrKrG, BT-Drucks. 11/5462, S. 21 rechts; *Kurz*, NJW 1997, 1828, 1829; *Mankowski*, WM 2001, 793, 797 f; *Eidenmüller*, AcP 210 (2010), 67, 80 f.; 103; vgl. hierzu auch *Mankowski*, Beseitigungsrechte (2003), 222-243 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

⁴⁵⁰ *Mankowski*, WM 2001, 793, 798.

sich das Timesharing-Objekt oftmals im Ausland und wird z.B. über einen Katalog, eine Internetseite o.ä. beworben, was dem Verbraucher die Ansicht der Immobilie erschwert. Insofern ergeben sich Überschneidungen mit den Begründungsmodellen der Informationsasymmetrien durch die Art des Vertragsschlusses. Gleichsam ergeben sich Überschneidungen mit den exogenen Präferenzstörungen, da Timesharing-Anbieter ihre Produkte oft aggressiv bewerben.⁴⁵¹ Insofern ergeben sich Ähnlichkeiten mit der Haustürsituation. Das Widerrufsrecht bei Timesharingverträgen beruht damit genau genommen auf allen drei Begründungsmodellen für die Existenz derartiger Rechte.

Bei Darlehensverträgen kennt der Verbraucher zwar vordergründig die für seinen Vertragsschluss relevanten Informationen. Jedoch sind diese en detail für einen Laien oftmals schwer nachzuvollziehen, was beispielsweise unterschiedliche Varianten von Tilgungsplänen und verschiedene Zusatzkosten (etwa Verwaltungs- und Abschlusskosten, Disagio, Zinsen, Kosten für die Eintragung von Grundpfandrechten etc.) anbelangt.⁴⁵² Selbst wenn ein Laie mit viel Mühe diese Berechnungen anstellt, so fällt es ungleich schwerer, derlei Kalkulationen für Angebote gleich mehrerer miteinander konkurrierender Kreditinstitute anzustellen. Dieser Umstand wird in der Literatur unter dem Terminus der „Preisunkenntnis“⁴⁵³ recht passend zusammengefasst. Dadurch wird nicht nur dem individuell betroffenen Verbraucher eine im Einzelfall effiziente Lösung verwehrt, sondern es wird auch ein Wettbewerb um das für Verbraucher günstigste Angebot behindert,⁴⁵⁴ was langfristig zu einem Absinken der durchschnittlichen Qualität der Angebote führen kann, gleich dem berühmten „Market for Lemons“⁴⁵⁵. Hinzu kommt bei den angesprochenen Vertragsarten

⁴⁵¹ Bütter, Immobilien-Time-Sharing und Verbraucherschutz (2000), 179.

⁴⁵² Franck, ZBB 2003, 334, 335.

⁴⁵³ Franck, ZBB 2003, 334, 335; Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik (8. Aufl. 2011), 270 f.

⁴⁵⁴ Franck, ZBB 2003, 334, 335.

⁴⁵⁵ Vgl. am Beispiel des Marktes für Gebrauchtwagen der berühmte Aufsatz von Akerlof, The Market for Lemons, 84 Quarterly Journal of Economics, 488–500 (1970). Hierzu mit einer anschaulichen Erklärung Fritsch, Marktversagen und Wirtschaftspolitik (8. Aufl. 2011), 250 f., mit einem gewissermaßen spiegelbildlichen Beispiel für Informationsasymmetrien auf Anbieterseite, die gleichfalls zu einem Abfall der durchschnittlichen Qualität der Angebote am Markt führen kann (S. 251 f.). Franck, ZBB 2003, 334, 338, vertritt die durchaus bemerkenswerte Ansicht,

die für gewöhnlich sehr lange Laufzeit, welche die wirtschaftliche Bewegungsfreiheit des Verbrauchers zusätzlich einengt und nach verständlicher Ansicht des Richtliniengebers eines rechtlichen Korrektivs bedarf.⁴⁵⁶ Der überlegenen Stellung des Unternehmers, welcher sich mit den oft schwierig zu durchschauenden Vertragsarten im Regelfall besser als der Verbraucher auskennt, soll mit dem Widerrufsrecht ein verbraucherschützendes Äquivalent entgegengesetzt werden.

Auch hier besteht ausweislich der Begründungserwägungen der betreffenden Richtlinie⁴⁵⁷ neben dem Verbraucherschutz ein wesentlicher Schutzzweck darin, einen gemeinsamen Verbraucherkreditmarkt herbeizuführen, indem die Verbraucher unionsweit darauf vertrauen können, ein bestimmtes Schutzniveau bei der Eingehung von Darlehensverträgen garantiert zu bekommen. Damit wird nicht nur dem Schwächerenschutz, sondern auch der Vertiefung des Binnenmarktes Genüge getan. Die Richtlinien bewegen sich, indem sie neben dem Verbraucherschutzgedanken auch auf die Binnenmarktvertiefung als dahinter stehendes Ziel abstellen,⁴⁵⁸ insofern demzufolge innerhalb der Verbandskompetenz der Union.

Hinter dem Widerrufsrecht bei Verbraucherkreditverträgen steht außerdem der politische Wille des nationalen Gesetzgebers, private Verschuldung zu begrenzen.⁴⁵⁹ Ob dieser Gedanke letztlich ausschlaggebend sein sollte, erscheint angesichts der Daten des Statistischen Bundesamtes zweifelhaft:⁴⁶⁰

derartige Marktstörungen sollten ausschließlich durch das Kartellrecht beseitigt werden, wohingegen das Verbraucherschutzrecht sich auf seine Kernaussrichtung des Schwächerenschutzes konzentrieren sollte.

⁴⁵⁶ *Mankowski*, Beseitigungsrechte (2003), 223.

⁴⁵⁷ Die Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit weist in ihren Begründungserwägungen 1-5 auf das Ziel der Errichtung eines Binnenmarktes für Verbraucherkredite hin. Erst anschließend in den Erwägungen 6-9 wird der Verbraucherschutz als Selbstzweck genannt. Ob dies eine Hierarchie in der Wichtigkeit der jeweiligen Erwägungen zu begründen vermag oder eher der systematischen Notwendigkeit geschuldet ist, irgendeine Reihenfolge zu wählen, ist unklar.

⁴⁵⁸ S.o., unter § 2 III.

⁴⁵⁹ BT-Drucks. 11/5462, S. 2. *Habersack*, WM 2000, 981, 988, geht hingegen davon aus, dass gerade bei einem wirtschaftlich bedeutsamen Geschäft der Verbraucher sich dieses besonders gut überlege. Auf die positiven Effekte privater Verschuldungsmöglichkeiten weisen zwei Studien

Hauptauslöser der Überschuldung in %

Ergebnisse der Überschuldungsstatistik 2012	2008	2009	2010	2011	2012
Arbeitslosigkeit	28,2	28,5	28,2	27,0	25,6
Trennung, Scheidung, Tod des Partners/ der Partnerin	13,8	14,0	14,1	14,0	14,2
Erkrankung, Sucht, Unfall	10,7	11,1	11,6	12,1	12,7
Unwirtschaftliche Haushaltsführung	9,4	10,2	10,0	11,3	11,6
Gescheiterte Selbstständigkeit	9,3	8,6	8,4	8,3	8,3
Zahlungsverpflichtung aus Bürgschaft, Übernahme oder Mithaftung	2,2	2,3	2,4	2,6	2,5
Gescheiterte Immobilienfinanzierung	4,1	4,0	4,1	3,9	3,6
Unzureichende Art der Kredit- oder Bürgschaftsberatung	3,5	3,0	3,2	2,9	2,9
Sonstige	18,8	18,4	18,1	18,0	18,5

Die unzureichende Art der Kredit- oder Bürgschaftsberatung nimmt hierbei nur eine sehr untergeordnete Bedeutung bei den Hauptgründen privater Überschuldung ein. Deutlich relevanter sind Arbeitslosigkeit, überzogene Konsumwünsche, insbesondere solchen nach einem eigenen Haus oder einer eigenen Wohnung sowie private Tragödien, die sich durch den Gesetzgeber jedenfalls nur bedingt (und zumindest nicht durch Einräumung von Widerrufsrechten) regeln lassen. Sinnvollerweise geht es in den Fällen exogener Präferenzstörungen vorrangig darum, den Verbraucher in seiner Entscheidungsfreiheit zu stärken. Ob dieser sich verschuldet, bleibt ihm dann selbst überlassen.

der Oxera (Oxford Economic Research Association) vom Juni 2003 und April 2007, beide abrufbar unter www.oxera.com, hin. Diese sind, da von Arbeitgeberseite in Auftrag gegeben, wohl stark ergebnisorientiert entstanden. Ohnehin besteht selbstverständlich ein Unterschied, ob man dem Verbraucher die Aufnahme von Krediten ermöglichen möchte (als *Verschuldung*) oder ob dieser sich dabei finanziell übernimmt, sich also *überschuldet*. Nur vor letzterem soll das Widerrufsrecht schützen.

⁴⁶⁰<https://www.destatis.de/DE/ZahlenFakten/GesellschaftStaat/EinkommenKonsumLebensbedingungen/VermoegenSchulden/Tabellen/Ueberschuldung.html>.

d) Gemeinsamkeiten der Schutzzwecke

Ein neues Widerrufsrecht kann sowohl einzelne bestehende Widerrufsrechte als Modell heranziehen (als sogenannte „Einzelanalogie“) als auch auf einer „Gesamtanalogie“ zu einem ganzen Regelungskomplex (hier: die Verbraucherschützenden Widerrufsrechte im Ganzen) beruhen.⁴⁶¹ In jedem Fall bedarf es einer Gefällekonstellation zwischen einem Unternehmer einerseits und einem Verbraucher andererseits.⁴⁶² Welcher Art dieses Gefälle ist, wird unterschiedlich gesehen. Der Wirklichkeit am nächsten kommt wohl die Vermutung einer Überlegenheit des Unternehmers, was Erfahrung und Taktik im Verkaufsgespräch anbelangt. Nicht überzeugend ist der gelegentlich vorgetragene Hinweis auf eine angebliche „intellektuelle Überlegenheit“⁴⁶³ des Unternehmers.⁴⁶⁴ Weshalb der Unternehmer (wobei es im konkreten Verkaufsgespräch meist nicht einmal auf diesen selbst, sondern auf den jeweiligen Vertreter ankommt) einen höheren Intellekt als der Verbraucher haben soll, bleibt schleierhaft.

aa) Der persönliche Schutzbereich

Der persönliche Schutzbereich der Verbraucherschutznormen hat neben dem sekundärrechtlich normierten Verbraucherbegriff stets auch ein „Verbraucherleitbild“ im Blick, welches von ersterem zu trennen und weit weniger scharf konturiert ist.⁴⁶⁵ Die geschützten Verbraucher stellen eine sehr heterogene Gruppe dar, die zugleich sehr unterschiedlich tätig werden.⁴⁶⁶ Jeglichen Modellen von Verbraucherschutzinstrumenten notwendigerweise inhärent ist daher die Generalisierung von Situationen und Personen. So wird freilich nicht jeder Verbraucher bei Vertragsverhandlungen außerhalb von

⁴⁶¹ *Luther*, Jura 2013, 449, 452.

⁴⁶² *Mankowski*, VuR 2001, 112, 114.

⁴⁶³ So z.B. Palandt/ *Grüneberg* (73. Aufl. 2014), § 312 BGB Rn. 3, immerhin mit dem Hinweis, dies sei letztlich „nicht entscheidend“. Hierzu Näheres bereits oben in der Einleitung.

⁴⁶⁴ S.o. in der Einleitung, m.w.N.

⁴⁶⁵ *Kunz*, Verbraucherschutz beim Internethandel in der Europäischen Union (2010), 28.

⁴⁶⁶ *Micklitz*, NJW-Beil. 2012, 77.

Geschäftsräumen „überrumpelt“ und nicht jeder Unternehmer (bzw. dessen jeweiliger Vertreter) zeichnet sich tatsächlich durch überlegenes Wissen oder besondere taktische „Kniffe“ im Verkaufsgespräch aus. Auch rechtswissenschaftlich gebildeten Verbrauchern steht ein Widerrufsrecht zu, obgleich diese für gewöhnlich keinen so intensiven Schutz benötigen wie der Durchschnitt der Bevölkerung, insbesondere, weil Erstere Verträge grundsätzlich inhaltlich überprüfen (sollten), bevor sie diese eingehen.⁴⁶⁷ Dies gilt speziell in Fällen, in denen Unternehmer zu privaten Zwecken handeln und vom Verbraucherschutzrecht profitieren, obgleich sie dieses Schutzes eigentlich nicht verdienen, weil sich der Grad ihrer Rechtskenntnisse nicht je nach Vertragsanlass ändert.⁴⁶⁸ Zweifelsohne mag dieser Umstand zu teilweise absurden Situationen führen, etwa, wenn Rechtsanwälten oder Juraprofessoren Widerrufsrechte zugebilligt werden, die ersichtlich nicht auf sie, sondern vielmehr auf juristisch unerfahrene Private zugeschnitten sind.⁴⁶⁹ Auf der anderen Seite mag dem Kleinunternehmer eine juristische Expertise oftmals weniger zuzutrauen sein, ohne dass ihm ein vergleichbarer Schutz angediehen würde. Die Alternative zu einem verallgemeinernden Verbraucher- bzw. Unternehmerbegriff bestünde darin, individuell anhand der Maßstäbe von Treu und Glauben zu prüfen, ob der Vertragspartner im konkreten Fall schutzbedürftig ist oder seine Kenntnisse für eine eigenverantwortliche Handlung ausreichen.⁴⁷⁰ Die nicht jedem Einzelfall gerecht werdende Verallgemeinerung ist bei abstrakt-generellen Gesetzen jedoch schlicht zwangsnotwendige Folge ihrer Natur.⁴⁷¹ Einzelne, etwas merkwürdig erscheinende Ergebnisse sind quasi „eingepreist“. Ohnehin kommt es beim Zweck der Widerrufsrechte, jedenfalls was die europarechtlichen Ursprünge angeht, letztlich nicht wirklich auf die jeweilige Gefährdungssituation im

⁴⁶⁷ *Honsell*, ZIP 2008, 621, 623; *Gessner*, Widerrufsrecht und Widerrufsbelehrung im deutschen und europäischen Verbraucherrecht (2009), 15.

⁴⁶⁸ *Kappus*, NJW 1997, 2653 f.; *Honsell*, ZIP 2008, 621, 623, der in seinem Beitrag zum Teil sehr pointillistische Kritik an der EU insgesamt betreibt, wenngleich er dabei gelegentlich über das Ziel hinausschießt.

⁴⁶⁹ *Bydlinski*, System und Prinzipien des Privatrechts (1996), 743.

⁴⁷⁰ *Micklitz*, NJW-Beil. 2012, 77.

⁴⁷¹ *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 348.

Einzelfall an. Stattdessen geht es darum, grenzüberschreitenden Konsum in seiner Allgemeinheit zu fördern.⁴⁷²

Es kommt also bei der Zubilligung von Widerrufsrechten auf die Verbrauchereigenschaft des Betroffenen im Allgemeinen an. Dennoch stellt sich die Frage, an welchem Maßstab sich der Normgeber bei dem zu Schützenden in personeller Hinsicht orientiert hat (beziehungsweise sinnvollerweise orientieren sollte): am Durchschnittsverbraucher⁴⁷³, an einem solchen, der „angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist“⁴⁷⁴ (wobei ein solcher teilweise als Durchschnittsverbraucher gesehen wird)⁴⁷⁵ oder an einem besonders schutzwürdigen Verbraucher, wobei dies entweder generell oder je nach Gegebenheit der konkreten Situation beurteilt werden kann?⁴⁷⁶ Für letzteren spricht, dass es nicht sachgerecht wäre, solchen Verbrauchern keinen hinreichenden Schutz zukommen zu lassen, die – sei es aufgrund ihrer psychischen oder physischen Konstitution, ihres Alters oder ihrer besonderen Leichtgläubigkeit – unterdurchschnittlich informiert und erfahren sind.⁴⁷⁷ Dieser sogenannte „flüchtige Verbraucher“ soll – stark stereotypisierend gesprochen –

⁴⁷² Vgl. *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht (3. Aufl. 2012), Rn. 202.

⁴⁷³ *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003), 204-206, erkennt, dass Verbraucher in ihren Kenntnissen und ihrem Selbstbewusstsein, was internationale Vertragsabschlüsse anbelangt, stark voneinander differieren. Als den zu schützenden Typus des Verbrauchers sieht er „geschäftsfähige, aber einfach strukturierte Menschen“ an.

⁴⁷⁴ So unter Bezugnahme auf EuGH-Rechtsprechung die Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken) in ihrem Erwägungsgrund 18. *Blaurock*, JZ 1999, 801, 803 sieht den „kritischen und verständigen Verbraucher“ als europarechtlich relevanten an.

⁴⁷⁵ *Ebendort* (RL 200/29/EG).

⁴⁷⁶ *Wilhelmsson*, in: *Wilhelmsson/Paunio/Pohjolainen* (Hrsg.), Private Law and the Many Cultures of Europe (2007), 243, 244 f.

⁴⁷⁷ *Wilhelmsson*, in: *Wilhelmsson/Paunio/Pohjolainen* (Hrsg.), Private Law and the Many Cultures of Europe (2007), 243, 244 f. *Micklitz*, NJW-Beil. 2012, 77, 78, schreibt hierzu, besonders schutzwürdige Verbraucher, die aus dem ökonomischen System herausfallen, würden durch das nationale Recht strukturell auf das Sozialrecht verwiesen. Hieraus den Umkehrschluss zu ziehen, diese benötigten nicht den Schutz des Verbrauchervertragsrechts, weil sie – um im Bild zu bleiben – eine Stufe tiefer aufgefangen würden, ginge hingegen zu weit. Sinnvollerweise fallen die besonders schutzbedürftigen Verbraucher gar nicht erst so tief. Hierzu kann ein effizientes Verbrauchervertragsrecht einen wertvollen Beitrag leisten.

relativ impulsiv und reizgesteuert⁴⁷⁸ handeln, gleichzeitig aber arm an Erfahrung und Wissen sein.⁴⁷⁹ Sein besonderes Schutzbedürfnis spricht mithin dafür, ihn zum Leitbild verbraucherschutzrechtlicher Regelungen zu erheben.⁴⁸⁰

Die Überlegung, das Verbraucherleitbild grundsätzlich von einem mündigen und weniger hilflosen Menschen ausgehen zu lassen, hiervon jedoch im Falle des Internets zumindest für einen Übergangszeitraum eine Ausnahme zu machen, da das Internet auch für in anderen Lebensbereichen durchaus eigenständige Bürger Neuland bedeute,⁴⁸¹ ist mittlerweile als obsolet anzusehen. Das Internet ist ein derart gewöhnliches Medium auch für ältere Bürger geworden, dass eine gesonderte Vorstellung vom schützenswerten Verbraucher hier keineswegs mehr gerechtfertigt erscheint.

Für den „durchschnittlichen, mündigen und informierten Verbraucher“⁴⁸² spricht, dass insbesondere dieser Typus tatsächlich grenzüberschreitende Verträge abschließen wird, wohingegen ein unterdurchschnittlich informierter, vielleicht eher ängstlicher Verbraucher generell ohnehin eher dazu neigen wird, sich in seinem bekannten Umfeld zu versorgen. Das europäische Verbraucherleitbild sollte demzufolge an einen Bürger denken, der die durch den Binnenmarkt gebotenen Möglichkeiten tatsächlich nutzt.⁴⁸³ Dieser soll grenzüberschreitend Waren und Dienstleistungen nachfragen und dabei darauf vertrauen dürfen, dass ihm ein Mindestsockel an verbraucherschützenden Instrumenten zur Verfügung steht, ganz gleich, in welchem Mitgliedstaat er aktiv wird. Dieser Typus wird als „confident consumer“ bezeichnet.⁴⁸⁴ Dieser soll in der Lage sein, „legitime

⁴⁷⁸ *Tacou*, Das Verbot von Umgehungsgeschäften (2013), 50, sieht hierin weniger einen neuen Verbrauchertypus, als vielmehr eine neue Verhaltensweise, die mit aggressiver, teilweise technologieunterstützter Werbung sowie der Nutzung der sogenannten „neuen Medien“ zusammenhänge. Dies erscheint sinnvoll.

⁴⁷⁹ *Kunz*, Verbraucherschutz beim Internethandel in der Europäischen Union (2010), 30 m.w.N.

⁴⁸⁰ So wohl *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (2011), 157-162.

⁴⁸¹ *Kunz*, Verbraucherschutz beim Internethandel in der Europäischen Union (2010), 35.

⁴⁸² *Riesenhuber*, ZBB 2003, 325, 333, behauptet angesichts des (vermeintlichen) Überprotektionismus, der Kommission schwebt eher ein unmündiger Verbraucher vor.

⁴⁸³ *Tacou*, Das Verbot von Umgehungsgeschäften (2013), 60 f.

⁴⁸⁴ *Roth*, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), 13, 36 f.

Erwartungen“ zu bilden⁴⁸⁵ und auf der Basis derselben selbstbewusst seinen Konsum nicht von staatlichen Grenzen beschränken zu lassen. Derlei Überlegungen sprechen dafür, den mündigen und informierten Verbraucher als Leitbild zumindest für die unmittelbar europarechtlich begründeten nationalen Verbraucherschutznormen anzunehmen.⁴⁸⁶ Dass das Unionsrecht dennoch ein hohes Schutzniveau als Ziel anstrebt, steht dem nur scheinbar entgegen – man könnte schließlich annehmen, ein mündiger Verbraucher bedürfe nur eines geringen Schutzes. Tatsächlich möchte die Union auch dem informierten Verbraucher ermöglichen, relativ sorglos und im Vertrauen auf die Ähnlichkeit der jeweiligen nationalen Rechtsordnungen die Möglichkeiten des Binnenmarktes zu nutzen.⁴⁸⁷ Er soll also – obwohl er auch anders könnte – nicht permanent Informationen einholen müssen, da dies eine Hemmschwelle darstellen könnte, grenzüberschreitend aktiv zu werden.

Gleichsam stellt sich hierbei die Frage, inwiefern der schutzwürdige Verbraucher „europäisiert“ herausgearbeitet werden sollte.⁴⁸⁸ Streng genommen müsste also zumindest bei den auf EU-Sekundärrecht basierenden Widerrufsrechten ein Verbraucher „europäischen Durchschnitts“ oder – folgt man der Ansicht, ein „mündiger Verbraucher“ sei Regelungsmaßstab – ein „mündiger Verbraucher europäischen Durchschnitts“ als Maßstab angelegt werden. Dies entspricht auch

⁴⁸⁵ Kunz, Verbraucherschutz beim Internethandel in der Europäischen Union (2010), 22 f. m.w.N.

⁴⁸⁶ Gärtner, JZ 1992, 73, 75 f. schreibt, das Verbraucherrecht moderner Industriegesellschaften sei nicht auf „Habenichtse und auf gesellschaftliche Randgruppen zugeschnitten sondern auf den durchschnittlichen Wohlstandsbürger“; Teichmann, in: FS Kraft (1998), 629, 634; Grundmann, in: Ott/ Schäfer (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen (2002), 284, 299 f.; Ady/Paetz, JZ 2009, 1061, 1067; Micklitz, NJW-Beil. 2012, 77; Heiderhoff, Europäisches Privatrecht (3. Aufl. 2012), Rn. 197. Die deutsche Rechtsprechung hat dieses neue Verbraucherleitbild erst mühsam aus der europäischen Vorstellung in die deutsche transferieren können, da im alten deutschen UWG der unterdurchschnittlich informierte Verbraucher als Leitbild galt. Die europäische Ebene traut dem Verbraucher offensichtlich mehr zu – oder anders herum betrachtet – schützt besonders schutzbedürftige Verbraucher weniger.

⁴⁸⁷ Teichmann, in: FS Kraft (1998), 629, 634; Heiderhoff, Europäisches Privatrecht (3. Aufl. 2012), Rn. 199; Tacou, Das Verbot von Umgehungsgeschäften (2013), 61.

⁴⁸⁸ Weatherill, in: Micklitz (Hrsg.), Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa? (1996), 423, 439 f.; Wilhelmsson, in: Wilhelmsson, Paunio, Pohjolainen (Hrsg.), Private Law and the Many Cultures of Europe (2007), 243, 245. Kunz, Verbraucherschutz beim Internethandel in der Europäischen Union (2010), 28. Zu Unterschieden im Verbraucherverhalten, wenn auch nicht auf die europäische Situation im Speziellen, umfassend Hofstede, Culture's consequences: comparing values, behaviors, institutions and organizations across nations (2. Aufl. 2001).

der Tendenz innerhalb des europäischen Sekundärrechts, Regeln vollständig zu harmonisieren.⁴⁸⁹ Unterschiedliche Verbraucherbegriffe, die auf den jeweiligen nationalen „Durchschnittsverbraucher“ abstellen, würden dieser Regelungstendenz widerstreben.⁴⁹⁰

In den hier diskutierten Fällen zur Analogiebildung ausgehend von nationalen Widerrufsrechten könnte man nun zwar davon ausgehen, dass der europäische Verbraucherbegriff keine Rolle spielt. Dem steht jedoch entgegen, dass ein in sich schlüssiges System nationalen Verbraucherschutzrechts sinnvollerweise nicht über voneinander divergierende Verbraucherbegriffe verfügt, zumindest, was ähnliche Regelungsbereiche wie die verschiedenen Anknüpfungspunkte für die Zubilligung von Widerrufsrechten anbelangt. Wenn also der Verbraucherbegriff des § 13 BGB auf Unionsrecht basiert, so sollten richterrechtlich herausgearbeitete Widerrufsrechte sich dieses Verbraucherbegriffs als Basis ihrer eigenen Rechtsschöpfung annehmen. *Peter Kreuz* geht sogar so weit, den Verbraucherbegriff des § 13 BGB trotz seiner Stellung im Allgemeinen Teil des BGB lediglich auf europarechtlich begründete Umsetzungsakte des deutschen Gesetzgebers sowie auf Analogien derselben anzuwenden.⁴⁹¹ Dies ist systematisch kaum vertretbar und dürfte wegen der damit verbundenen gespaltenen Auslegung gleicher Normen zu weit gehen. Ohnehin erscheint die Diskussion um die verschiedenen Verbrauchertypen als eher dogmatisch interessante Aufgabe. Wer möchte schon für sich in Anspruch nehmen, Unterschiede zwischen Verbrauchern aus unterschiedlichen Mitgliedstaaten tatsächlich wissenschaftlich fundiert herausarbeiten zu können, noch dazu mit der Aufgabe kombiniert, die jeweils „mündigen“ Bürger als Maßstab zu nehmen? Um einigermaßen pragmatisch zu einem Ergebnis zu kommen, empfiehlt es sich, das Verbraucherleitbild, was dessen kulturelle Implikationen anbelangt, recht allgemein zu halten und bei allem Schutzwillen sich stets bewusst zu machen, dass insbesondere der Verbraucher geschützt werden soll, der üblicherweise auch tatsächlich grenzüberschreitend tätig wird.

⁴⁸⁹ Hierzu sogleich unter § 6.

⁴⁹⁰ *Wilhelmsson*, in: *Wilhelmsson, Paunio, Pohjolainen* (Hrsg.), *Private Law and the Many Cultures of Europe* (2007), 243, 248 f.

⁴⁹¹ *P. Kreuz*, *DZWIR* 2012, 45, 49.

bb) Der sachliche Schutzbereich

Alle drei oben angeführten Begründungsmodellen beruhen auf der Erkenntnis, dass Menschen generell dazu neigen, die Richtigkeit ihrer Annahmen (hier: was die Kosten-Nutzen-Relation des Vertragsabschlusses anbelangt) zu optimistisch einzuschätzen.⁴⁹² Dabei lassen sie sich zu sehr von Vergleichen mit aktuell Erlebtem leiten und ignorieren frühere Erlebnisse oder objektive Gegebenheiten.⁴⁹³ Darüber hinaus wird üblicherweise langfristigen Effekten bei zu fallenden Entscheidungen im Verhältnis zu kurzfristigen Folgen ein relativ geringes Gewicht eingeräumt, was die rationale Entscheidungsfindung gleichfalls erschwert.⁴⁹⁴ Diesen Störungen abzuwehren ist ein wesentlicher Gedanke hinter der Einrichtung verbraucherschützender Widerrufsrechte.

Zur Begründung eines Widerrufsrechts reicht es nicht lediglich aus, dass eine solche „Störung“ beim Verbraucher vorliegt. Dieser muss durch das Widerrufsrecht in der Lage sein, die Störung zu beseitigen oder wenigstens spürbar zu mindern. Andernfalls verkäme das Widerrufsrecht zum reinen Selbstzweck. Die Störung muss also zumindest im Durchschnitt lediglich temporärer Natur sein. Dem Verbraucher muss es gerade durch den Lauf der Widerrufsfrist und der damit einhergehenden zusätzlichen Bedenkzeit ermöglicht werden, nunmehr eine relativ störungsfreie und damit ungleich stärker reflektierte Entscheidung zu treffen, als dies ohne das Widerrufsrecht der Fall wäre.⁴⁹⁵

⁴⁹² *Fischhoff/ Slovic/ Lichtenstein*, Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance 1997, Vol. 3, No. 4, 552; *Franck*, ZBB 2003, 334, 338. Mit sehr interessanten Beispielen experimenteller Art *Weinstein*, 39 J. Pers. & Soc. Psych. 1980, 806-820; *Jolls*, 51 Vand. L. Rev. 1653, 1659 (1998), mit Verweis auf *Weinstein*; *Ulen*, in: Grundmann/Kerber/Weatherill (Hrsg.), Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market, 2001, S. 98, 117 f., verweist darauf, dass die meisten Menschen davon ausgehen, ihnen werde mehr Gutes widerfahren als dem Durchschnitt der Bevölkerung und weniger Schlechtes. Besonders interessant in diesem Zusammenhang sind Befragungen frisch Verheirateter, die – obgleich sie über Scheidungsraten um 50 % informiert waren – an den „Erfolgsaussichten“ ihrer eigenen Ehe beinahe einhellig keine Zweifel hegten.

⁴⁹³ *Eisenberg*, 47 Stanford L. Rev., 211, 222 (1995).

⁴⁹⁴ *David Laibson*, 112 (2) Quart. J. of Economics, 443, 445 (1997); *Eidenmüller*, AcP 210 (2010), 67, 88 f.

⁴⁹⁵ *Eidenmüller*, AcP 210 (2010), 67, 83 und 88.

Kritisiert wird an diesen Begründungsmodellen, dass dem Verbraucher eine Option zugestanden wird, den Vertrag aufzulösen – dies jedoch nicht etwa aufgrund einer tatsächlichen und zu beweisenden Störung im Prozess der Willensbildung oder –äußerung (wie es beispielsweise bei der Anfechtung von Willenserklärungen nach den Regelungen des BGB der Fall ist), sondern präventiv im Hinblick auf ein eventuell später einsetzendes Umdenken. Dabei müsse eine derartige Störung sich keineswegs im Nachhinein bewahrheiten, der Verbraucher könne es sich auch schlicht anders überlegen.⁴⁹⁶ Dabei wird übersehen, dass die für die Umentscheidung sprechenden Gründe sehr wohl in Fehlern innerhalb der Willensbildungsprozesse liegen. Wenn der Verbraucher sich im Nachhinein gegen ein bestimmtes Produkt (sei es gegen eine im Fernabsatz erworbene Ware oder gegen die Aufnahme eines Darlehens) entscheidet, so hat dies seine Ursache zumeist darin, dass er bei Vertragsschluss nicht in der Lage war, beispielsweise Konkurrenzangebote im Warenversand oder die mit der Kreditaufnahme einhergehenden, oft erst langfristig bedrohlichen, finanziellen Risiken hinreichend genau zu prüfen. Die ihm zugebilligte „cooling-off-period“ ermöglicht es dem Verbraucher, seinen (oftmals unter Zeitdruck getroffenen) Entschluss noch einmal zu überdenken.

III. Alternative Möglichkeiten des Verbraucherschutzes

Wenn die vergleichbare Interessenlage letztlich darauf hinausläuft, den Sinn einer Neuregelung zu bewerten, kommt man nicht umhin, andere Verbraucherschutzinstrumente als Alternativen zu prüfen. Möglicherweise bedarf es keiner neuen Widerrufsrechte, wenn derselbe Schutzstandard auch auf schonendere Art und Weise erreicht werden kann. Die bestehenden Widerrufsrechte werden meist flankiert von einer möglichst umfassenden Informationspflicht, welche dem Unternehmer auferlegt wird. Zahlreiche dieser Informationspflichten wurden mittlerweile – anders als noch im vormaligen § 4 VerbrKrG – durch § 491a BGB i.V.m. Art. 247 EGBGB in den vorvertraglichen Bereich verlagert, wodurch dem (nach der damaligen Rechtslage zu Recht angeführten) Argument, der Verbraucher könne erst ab dem Zeitpunkt des

⁴⁹⁶ Eidenmüller, AcP 210 (2010), 67, 71.

Vertragsschlusses die auf ihn zukommende finanzielle Belastung in Gänze überblicken,⁴⁹⁷ die rechtliche Grundlage entzogen wurde. Trotz (oder gerade wegen) dieser Informationspflichten erscheint es unrealistisch, dem Verbraucher gerade angesichts der Fülle von Informationen, mit denen dieser sich konfrontiert sieht, abzuverlangen, sich mit Zinssätzen und anderen komplexen Abreden bereits vorab hinreichend genau auseinandergesetzt zu haben.⁴⁹⁸ Das Dickicht an Informationen erschwert selbst dem aufmerksamen und verständigen Verbraucher zunehmend die Orientierung, wozu selbstredend neben der puren Fülle auch die juristisch-technisierte Sprache ihren Beitrag leistet.⁴⁹⁹ Im Gegenteil könnten die umfangreichen Informationspflichten des Unternehmers sogar dazu führen, dass der Verbraucher vor der Flut an Material kapituliert und der Sinn dieser Pflichten letztlich in sein Gegenteil verkehrt wird.⁵⁰⁰ Anstelle einer eigenverantwortlich getroffenen Entscheidung des nunmehr ausreichend informierten Verbrauchers mag die Fülle an Informationen dazu führen, dass dieser sich überfordert abwendet und damit selbst die wenigen für ihn wesentlichen Informationen schlicht gar nicht wahrnimmt.⁵⁰¹ Ein ähnlicher Effekt geht üblicherweise von ausufernden AGB-Bestimmungen aus, was von Seiten der Verwender sicherlich zumindest gelegentlich durchaus gewollt ist. Der Verbraucher wird in dieser Hinsicht geradezu „überbeschützt“,⁵⁰² bzw. durch die pure Masse letztlich de facto eher unterbeschützt. Ausgehend von der

⁴⁹⁷ *Mankowski*, WM 2001, 793, 298.

⁴⁹⁸ *Von Hippel*, Verbraucherschutz (3. Aufl. 1986), S. 37, beklagt die Passivität des Verbrauchers, der vorhandene Informationsmöglichkeiten nicht ausreichend nutze. Er sieht in diesem Zusammenhang auch die Problematik der Erziehung der Verbraucher durch den Staat.

⁴⁹⁹ *Micklitz*, NJW-Beil. 2012, 77, 79.

⁵⁰⁰ *Schürnbrand*, ZBB 2008, 383, 385-388; *Artz*, in: Gsell/Herresthal, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), 209, 216 f.; *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik (8. Aufl. 2011), 278 f. Die Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher sieht insbesondere in ihrem Art. 5 trotz dieses Befundes sogar noch eine Ausweitung der Informationspflichten bei Haustürgeschäften und Fernabsatzverträgen vor. *Tacou*, Das Verbot von Umgehungsgeschäften (2013), 77 f. weist interessanterweise darauf hin, dass Unternehmer eine Informationsflut im Vorfeld des Vertragsschlusses verkaufstaktisch zur Verwirrung des Verbrauchers nutzen können und geschickt auf den Verbraucher insofern einwirken, als diese den Vertragsabschluss als einzig logische Konsequenz ansehen könnten.

⁵⁰¹ *Gsell/Schellhase*, JZ 2009, 20, 28.

⁵⁰² *Weatherill*, in: Micklitz (Hrsg.), Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa? (1996), 423, 439 f. *Reifner*, VuR 2009, 3, 4, geht insbesondere auf die neuerdings viermalige (!) Pflicht des Unternehmers zur Information ein und spricht in diesem Zusammenhang von einem geradezu „fanatischen Glauben an das Informationsmodell“.

Erkenntnis, dass jedwede Information nicht nur Nutzen bringt, sondern auch Kosten verursacht, ist es aus Verbraucherschutzpolitischer Sicht nicht erstrebenswert, den Verbraucher möglichst umfassend zu informieren, sondern ihm ein „optimales“ Maß an Information zukommen zu lassen.⁵⁰³ Die mit den Informationspflichten einhergehenden Kosten der Beratungsleistung werden dabei auf alle Kunden kollektiv verteilt. Auch ein Verbraucher, der diese Beratungsleistung gar nicht benötigt oder schlicht nicht informiert werden möchte (etwa aus Desinteresse), muss anteilig die mit der Informationspflicht einhergehenden Kosten tragen.⁵⁰⁴ Der Hinweis, angesichts der Komplexität mancher Vertragsmaterien sei eine Informationspflicht geradezu sinnlos,⁵⁰⁵ führt hingegen zu weit. So kann der Verbraucher sich anhand der Informationen zumindest eine Basis für etwaige weitere Schritte schaffen und gegebenenfalls externe Rechtsberatung hinzuziehen. Wenn ihm beispielsweise bestimmte Möglichkeiten, sich vom Vertrag zu lösen, dargestellt werden, so kann es zwar sein, dass der Verbraucher die genauen Modalitäten nicht versteht. Er kann diese Information jedoch zum Anlass nehmen, sich an einen Dritten zu wenden, der ihm hilft, die Information zu verarbeiten. Ohne den Hinweis auf die Vertragsbeseitigungsmöglichkeiten würde es zu diesem Schritt möglicherweise seltener kommen.⁵⁰⁶ Der alte neoliberale Gedanke, der Bürger werde durch zu viel Schutz bevormundet („Wer möchte sich schon von dem Kreditgeber sagen lassen, wie weit seine Zahlungsfähigkeit reicht?! Wer möchte nicht selbst darüber bestimmen, ob er – und sei es unter außerordentlicher Kraftanstrengung – dazu in der Lage ist, für übernommene Verbindlichkeiten geradezustehen?“)⁵⁰⁷

⁵⁰³ *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik (8. Aufl. 2011), 247.

⁵⁰⁴ *Riesenhuber*, ZBB 2003, 325, 329.

⁵⁰⁵ *Grundmann*, in: Ott/ Schäfer (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen (2002), 284, 299 f.

⁵⁰⁶ Die Informationspflichten führen zu weiteren wenig wünschenswerten Ergebnissen: Durch die Verbraucherrechterichtlinie wird nicht nur der Verbraucher mit neuen Informationen konfrontiert, sondern logischerweise spiegelbildlich hierzu auch dem Unternehmer auferlegt, diese Informationen zu liefern. Dies kann angesichts der Erweiterung des Fernabsatzvertragsbegriffes nunmehr auch solche Unternehmer treffen, die keineswegs ihr Absatz- und Vertriebssystem systematisch auf den Fernabsatz ausgerichtet haben, sondern lediglich einen Vertrag unter Zuhilfenahme eines Fernkommunikationsmittels geschlossen haben. *Artz*, in: Gsell/Herresthal, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), 209, 211-213, führt beispielhaft den Buchhändler an, der von einem Kunden telefonisch gebeten wird, ein Buch zu reservieren. Dieser dürfte mit dem Bereitstellen der Informationen in der Regel überfordert sein.

⁵⁰⁷ *Riesenhuber*, ZBB 2003, 325, 333.

erscheint eher als eine nicht besonders subtil vorgeschobene Variante, dem Unternehmer zulasten des Verbrauchers Vorteile zu gewähren.

Die Informationspflichten sind daher in Teilen durchaus sinnvoll, wenn auch quantitativ etwas überfrachtet. Ausreichend, um den Verbraucher bei bestehenden Präferenzstörungen oder Informationsasymmetrien zu schützen, sind sie hingegen nicht. Dies war für den Richtliniengeber Anlass genug, dem Verbraucher zusätzlich ein Widerrufsrecht zuzugestehen. Diese Wertentscheidung sollte auch bei neuen verbraucherschutzpolitischen Maßnahmen nachvollzogen werden.

IV. Folgen für die Anwendbarkeit des Allgemeinen Teils des Verbrauchervertragsrechts

Prüft man das Vorliegen einer planwidrigen Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage, so gilt es stets, die Sinnhaftigkeit einer möglichen Analogiebildung möglichst umfassend im Blick zu behalten. Problematisch sind dabei insbesondere mit Widerrufsrechten nicht nur typischerweise, sondern nach der bestehenden Gesetzessystematik teilweise geradezu notwendig einhergehende Pflichten und/oder Obliegenheiten, so insbesondere die Pflichten des Unternehmers zur Aufklärung des Verbrauchers über dessen jeweiliges Widerrufsrecht. Man könnte zwar zunächst andenken, eine solche Informationspflicht von den Widerrufsrechten abzutrennen und nicht notwendigerweise dem Unternehmer in einer Situation, welche nach zusätzlicher Regelung durch ein „neues“ Widerrufsrecht verlangt, auch eine dementsprechende Informationspflicht aufzuerlegen. Derlei Überlegungen wären etwa zulässig für Pflichten, die nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Widerrufsrecht stehen, etwa der Pflicht des Unternehmers, dem Kunden im elektronischen Geschäftsverkehr effektive Mittel zur Verfügung zu stellen, um Eingabefehler zu korrigieren aus § 312g I 1 Nr. 1 BGB⁵⁰⁸.

⁵⁰⁸ Ab dem 13.6.2014 der neugefasste § 312i I 1 Nr. 1 BGB.

Bei der Aufklärungspflicht über das jeweilige Widerrufsrecht ergibt sich jedoch die gesonderte Situation, dass nach § 355 BGB der Beginn (und auch das Ende nach § 355 IV S. 3) der Widerrufsfrist vom Zeitpunkt der Aufklärung durch den Unternehmer abhängt. Die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie hilft dem nur scheinbar ab. Die Neufassung des § 355 BGB stellt zwar in ihrem Abs. 2 auf den Vertragsschluss als Fristbeginn ab. In der Neufassung des § 356 III S. 1 BGB findet sich jedoch die Bestimmung, dass der Fristbeginn in jedem Fall nicht vor Unterrichtung des Verbrauchers von dessen Rechten beginnt. Die Frage ist nunmehr, wie der Fristbeginn bei einem neu geschaffenen Widerrufsrecht beschaffen wäre. Der Unternehmer hat, wenn ein Richter möglicherweise nach Jahren des Instanzenzugs rückwirkend ein Widerrufsrecht schafft, zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses eine solche rechtliche Entwicklung mitunter nicht vorhersehen können. Nun könnte er den Verbraucher nachträglich belehren. Eine solche Lösung wird immerhin teilweise durch das künftige Wegfallen des alten „Ewigkeitsrechts“ aus § 355 IV S. 3 BGB erleichtert, wonach die Widerrufsfrist nicht endet, wenn der Unternehmer seiner Informationspflicht nicht (auch nicht nachträglich) nachgekommen ist. Ab dem 13. Juni 2014 gilt nach § 356 III S. 2 BGB eine Höchstfrist für den Widerruf. Danach erlischt die Widerrufsfrist spätestens 12 Monate und zwei Wochen nach Vertragsschluss bzw. nach dem Beginn der Widerrufsfrist nach der jeweils einschlägigen Spezialregelung, beispielsweise nach Erhalt der Ware (§ 356 II n.F.).

Dennoch muss der Unternehmer mit der Ungewissheit einer Jahresfrist rechnen. Hiervon kann er sich lediglich befreien, indem er dem Verbraucher vorsorglich für möglicherweise in der Zukunft durch einen Richter kreierte Widerrufsrechte entsprechende Informationen bereitstellt. Dann aber sieht er sich schnell der Situation ausgesetzt, dem Verbraucher ein vertragliches, freies Rücktrittsrecht eingeräumt zu haben, was im Einzelfall nicht immer beabsichtigt sein wird. Mit dieser Lösung ginge somit ein gewisses Maß an Rechtsunsicherheit oder ein de-facto-Aufzwingen vertraglicher Rücktrittsrechte einher. Eine mögliche (wenn auch latent unbefriedigende) Lösung bestünde darin, diese Rechtsunsicherheit

schlicht in Kauf zu nehmen, zumal selbige ohnehin nach Etablierung einiger Widerrufsrechte weitgehend⁵⁰⁹ nur für einen Übergangszeitraum bestünde.

V. Zwischenergebnis zu § 5

Neu geschaffene Widerrufsrechte sollten sinnvollerweise in das bestehende Regelwerk dogmatisch integriert werden. Dementsprechend sind insbesondere die §§ 355 ff. BGB grundsätzlich auch auf richterrechtlich geschaffene Widerrufsrechte anzuwenden. Dies bleibt nicht gänzlich frei von dogmatischen Herausforderungen. Von Belang ist bei der Herausarbeitung neuer Fallgruppen insbesondere, dass die Rechtsordnung als in sich schlüssiges System bestehen bleibt beziehungsweise die Kohärenz sogar noch optimiert wird.⁵¹⁰ Teil dieses Ziels ist es, neben systematischen auch materielle Wertungswidersprüche zu vermeiden.

Für die Analogie bedarf es nach althergebrachter methodischer Tradition einer planwidrigen Regelungslücke. Die Frage, ob der deutsche Gesetzgeber die Widerrufsrechte abschließend konzipiert hat, ist nicht eindeutig zu beantworten. Es spricht jedoch Einiges dafür, dies entgegen der herrschenden Ansicht in der Literatur zu verneinen.

Der Grundsatz „*singularia non sunt extendenda*“ hilft nicht weiter, da seine dogmatische Begründung sich kaum halten lässt. Insbesondere fällt es oft schwer, zu sagen, ob eine Regelung tatsächlich eine Ausnahme darstellt, da dies vom jeweiligen Bezugspunkt abhängt.

Selbst wenn man von einem bewussten Schweigen des Gesetzgebers ausgeht, so kann es jedoch Situationen geben, die aufgrund ihrer evident ungerechten Ergebnisse nach einem Gleichklang rechtlicher Lösungen mit den bereits

⁵⁰⁹ Freilich könnten mit der Zeit wiederum neue Widerrufsrechte geschaffen werden. Dann jedoch wäre den Unternehmern diese „Gefahr“ zumindest bewusst.

⁵¹⁰ *Larenz, Kennzeichen geglückter richterlicher Rechtsfortbildungen (1965), 13.*

bestehenden Regelungen verlangen. Dies fußt insbesondere auf dem allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 I GG und dem Bezug auf die richterliche Bindung an Gesetz *und Recht* aus Art. 20 III GG.

Letztlich zielt das Kriterium der planwidrigen Regelungslücke wie auch das der vergleichbaren Interessenlage auf die Beantwortung derselben Frage ab: Sollte es sinnvollerweise eine Regelung wie die in Betracht kommende für den konkreten Fall geben? Wenn die hinter dem geregelten Konflikt stehende Interessenlage ähnlich ist (das Wort „vergleichbar“ ist im Grunde nicht ganz präzise: etwas miteinander zu vergleichen bedeutet lediglich, die Unterschiede und Gemeinsamkeiten herauszuarbeiten, nicht aber zwingend, dass die Gemeinsamkeiten überwiegen), dann ist diese Frage im Grundsatz zu bejahen. Da dem Richter angesichts der Gewaltenteilung jedoch eine gewisse Zurückhaltung verfassungsrechtlich in die Wiege gelegt ist, muss er hierbei möglichst sensibel vorgehen und seine rechtsschaffenden Akte auf Fälle evidenter Ungerechtigkeiten beschränken; die Ähnlichkeit der Interessenlage muss also aus sich heraus geradezu nach einer Gleichbehandlung verlangen.

Die vergleichbare (bzw. ähnliche) Interessenlage zwischen bereits bestehenden und neu zu schaffenden Widerrufsrechten verlangt jedenfalls nicht lediglich ein allgemeines Ungleichgewicht zwischen einem Unternehmer oder einem (wie auch immer typisierten, sinnvollerweise jedenfalls einigermaßen mündigen und damit grenzüberschreitend tätigen) Verbraucher. Das BGB umfasst wie auch das europäische Sekundärrecht also keine (selbst ungeschriebene) Generalklausel des Schwächerenschutzes im Allgemeinen, sieht man einmal von § 138 BGB ab, der jedoch kaum zur Blaupause für konkrete verbraucherschützende Widerrufsrechte taugt. Stattdessen muss sich der Verbraucher wegen der Besonderheiten des Vertragstypus oder der besonderen Art des Vertragsschlusses mit einem im Verhältnis zum Unternehmer qualifizierten Defizit konfrontiert sehen. Ein solches kann in Informationsasymmetrien durch die Art und Weise, wie der Vertrag zustande gekommen ist ebenso bestehen wie in exogenen oder endogenen Präferenzstörungen. Wenn in der fraglichen Situation eine solche Lage gleich wie bei einem oder ähnlich wie bei mehreren (also durch eine

Gesamtanalogie zu lösende Konstellation) bereits bestehenden Widerrufsrechten besteht, so sind die Normen des BGB als Anknüpfungspunkt für eine Analogiebildung grundsätzlich geeignet.

§ 6: Besonderheiten bei vollharmonisierendem Unionsrecht

I. Das Konzept der Vollharmonisierung

Besondere Herausforderungen, Analogien zu bilden, könnten durch neuere Regelungstechniken des Unionsrechtsgebers entstehen. Dabei gerät insbesondere das Konzept, Richtlinien mit einer Vollharmonisierungsanordnung zu verbinden, in den Fokus einer problembewussten Herangehensweise.

1) Grundsätzliches

Der europäische Richtliniengeber verfolgte in seiner Verbraucherschutzpolitik seit dem Jahr 1985 bis in das 21. Jahrhundert hinein – mit zumindest teilweise so gesehener Ausnahme der Produkthaftungsrichtlinie⁵¹¹ – ganz überwiegend eine Vorgehensweise mit Hilfe sogenannter Mindeststandardklauseln.⁵¹² Nach diesen ist es dem nationalen Gesetzgeber sowie der diesen gegebenenfalls ersetzenden Judikative nicht verwehrt, durch Einführung neuer Gesetze im Parlament beziehungsweise durch analoge Anwendung nationaler, auf EU-Sekundärrecht beruhender Bestimmungen, dem Verbraucher einen weitergehenden Schutz angedeihen zu lassen.⁵¹³

Beispielhaft ist in diesem Zusammenhang etwa die Formulierung aus den Begründungserwägungen zur ursprünglichen Variante der Verbraucherkreditrichtlinie⁵¹⁴:

⁵¹¹ Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte.

⁵¹² *Gsell/ Schellhaase*, JZ 2009, 20; *Mittwoch*, Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht (2013), S. 45.

⁵¹³ *Von Westphalen*, DB 1998, 295, 297.

⁵¹⁴ Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit.

„Mit dieser Richtlinie werden zwar die Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit in gewissem Umfang angeglichen und es wird ein gewisses Maß an Verbraucherschutz erzielt, doch sollte es den Mitgliedstaaten überlassen bleiben, unter Beachtung ihrer Verpflichtungen aus dem Vertrag zwingendere Maßnahmen zum Schutz der Verbraucher zu erlassen.“

Dem gegenüber stehen die in jüngerer Zeit zunehmend eingeführten Vollharmonisierungsklauseln innerhalb neuerer Richtlinien bzw. im Rahmen der Reform bereits bestehender Richtlinien.⁵¹⁵ Bei diesen bestimmt das jeweilige Sekundärrecht einen Schutzstandard, dessen Schutzniveau gleichzeitig Minimum und Maximum des Zulässigen ist.⁵¹⁶ Wo nach Art. 288 III AEUV die Richtlinie eigentlich nur hinsichtlich des Ziels (nach genauerer Übersetzung: „des Ergebnisses“⁵¹⁷) Verbindlichkeit erlangen soll, hebt das Prinzip der Vollharmonisierung diese ursprüngliche Konzeption weitgehend aus und schreibt auch die Inhalte umfangreich vor. De facto unterscheidet sich die Detailgenauigkeit einer vollharmonisierend wirkenden Richtlinie kaum noch von derjenigen einer Verordnung.⁵¹⁸ Den Mitgliedstaaten verbleibt bei der Umsetzung

⁵¹⁵ R. van den Bergh, in: Heine/Kerber (Hrsg.), Zentralität und Dezentralität von Regulierung in Europa (2007), 184, 192. Schürnbrand, ZBB 2008, 383, 384; Gessner, Widerrufsrecht und Widerrufsbelehrung im deutschen und europäischen Verbraucherrecht (2009), 225; Dickert, in: Gsell/Herresthal, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), 177, 178 f.; Tonner, VuR 2010, 172. Ein frühes Beispiel einer vollharmonisierenden Regelung stellt die sog. Produkthaftungsrichtlinie (RL 85/374/EWG) dar, vgl. EuGH 25.4.2002 – Rs. C-52/00, Slg. 2002, I-3827, Rn. 14 ff. – Kommission/Französische Republik; 25.4.2002 – Rs. C-154/00, Slg. 2002, I-3879, Rn. 12 ff. – Kommission/Republik Griechenland; 25.4.2002 – Rs. C-183/00, Slg. 2002, I-3901, Rn. 25 ff. – María Victoria González Sánchez/Medicina Asturiana SA; 10.1.2006 – Rs. C-402/03, Slg. 2006, I-199, Rn. 22 ff. – Skov Æg/Bilka Lavprisvarehus AS und Bilka Lavprisvarehus AS/Jette Mikkelsen und Michael Due Nielsen.

⁵¹⁶ Micklitz/Reich, EuZW 2009, 279, 280. Artz, in: Gsell/Herresthal, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), 209, 216; Schinkels, JZ 2009, 774, 776; Frenz, Handbuch Europarecht: Bd. 6: Europäische Grundfreiheiten (2011), Rn. 351; Cap, in: Bydlinski/ Lurger (Hrsg.), Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher, 1, 13.

⁵¹⁷ H.P. Ipsen, Europäisches Gemeinschaftsrecht (1972), 21/27; Riehm, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), 83, 88. In der englischen Version wird das Wort „result“ genutzt, in der französischen „résultat“, in der spanischen „resultado“; „resultat“ in der schwedischen, „resultaat“ in der niederländischen, „rižultat“ in der maltesischen Variante; im Rumänischen „rezultatul“, in der polnischen Version „rezultatu“, auf tschechisch allerdings „dosážení“, was am ehesten mit „Erzielung“ zu übersetzen ist und damit dem Deutschen recht nahe kommt. Die zur Zeit 24 Amtssprachen der Union (inklusive des Kroatischen) stehen dabei gleichwertig nebeneinander, so dass es nicht wirklich um korrekte Übersetzungen geht, sondern eher um die Homogenität der Sprachfassungen.

⁵¹⁸ Dickert, in: Gsell/Herresthal, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), 177, 178 f., sieht hierin ohne erkennbare Begründung kein Problem. Es handle sich dennoch um eine Richtlinie.

mithin kein oder zumindest lediglich ein sehr geringer Spielraum.⁵¹⁹ Der Unterschied zwischen den beiden Möglichkeiten der Rechtsgestaltung ist dann insbesondere ein technischer, was nämlich das Erfordernis eines Umsetzungsaktes anbelangt.⁵²⁰ Durch dieses Konzept wird „der Phantasie auch nach oben hin Grenzen gesetzt“, was naturgemäß – und entgegen dem Wortlaut des Art. 288 III AEUV – Handlungsspielräume der verschiedenen nationalen Gesetzgeber einschränkt.⁵²¹ Der Grund, weshalb dennoch die Form der Richtlinie anstelle derjenigen der Verordnung gewählt wird, mag darin liegen, dass die Mitgliedstaaten nach wie vor die Möglichkeit erhalten sollen, den Sekundärrechtsakt zumindest systematisch sorgsam in ihre jeweilige nationale Rechtsordnung einzubetten. Eine derartige möglichst systematisch saubere Eingliederung wird jedoch durch die inhaltliche Detailgenauigkeit der Richtlinie deutlich erschwert.⁵²² Der Umsetzungsspielraum besteht somit überwiegend nur noch in systematischer Hinsicht sowie was den eher unter stilistisch-ästhetischen Gesichtspunkten relevanten Wortlaut des Gesetzes anbelangt.⁵²³ *Tamm* vertritt die Ansicht, die Beibehaltung der Richtlinie als Gesetzgebungsmittel verhindere die angestrebte Rechtsvereinheitlichung weitgehend, da es eben noch stets eines mitgliedstaatlichen Umsetzungsakts bedarf.⁵²⁴

Die Kommission betreibt das Prinzip der zunehmend vertieften Harmonisierung aktuell dennoch mit viel Energie, was langfristig der Vision zur Einführung eines Europäischen Zivilgesetzbuches folgen mag,⁵²⁵ wengleich nach der de-facto-

⁵¹⁹ *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht (8. Aufl. 2012), Rn. 387.

⁵²⁰ Vgl. allgemein (ohne besonderen Hinweis auf das Vollharmonisierungskonzept) *H.P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht (1972), 21/30 und 39/12.

⁵²¹ *Oehler*, in: Stürner (Hrsg.), Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht? (2010), 99; *Ahmling*, Analogiebildung durch den EuGH im Europäischen Privatrecht (2012), 186.

⁵²² *Gsell/Schellhase*, JZ 2009, 20, 27; *Wiedmann/Gebauer*, in: Gebauer/ Wiedmann, Zivilrecht unter europäischem Einfluss (2. Aufl. 2010), Kap. 1, Rn. 103; *Mittwoch*, Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht (2013), 230.

⁵²³ *Riehm*, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), 83, 100 f., sieht diesen Spielraum immerhin noch als relevanten an. *Ady/Paetz*, JZ 2009, 1061, 1063, sehen Gestaltungsspielräume immerhin noch bei Vorliegen von Öffnungsklauseln (konkret: i.R.d. Art. 2 der Verbraucherkreditrichtlinie), was selbstverständlich richtig ist.

⁵²⁴ *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (2011), 257.

⁵²⁵ *Rösler*, ZfRV 2005, 134, 147; *Vogenaier*, ZEuP 2005, 234; *Mankowski/Hölscher/Gerhardt*, in: Rengeling/ Middeke/ Gellermann (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der EU (3. Aufl. 2014),

Herabstufung des Draft Common Frame of Reference zur „tool box“⁵²⁶ künftiger Gesetzesvorhaben die Realisierung eines solchen umfassenden Werkes immer unwahrscheinlicher erscheint. Diese Richtung im Hinblick auf eine vollständigere Harmonisierung gab die Kommission insbesondere mit ihrer Verbraucherpolitischen Strategie für die Jahre 2002-2006 vor.⁵²⁷ Dies stellt interessanterweise eine Kehrtwende insofern dar, als die Kommission im Jahr 1985 das Konzept der Vollharmonisierung noch als eine Strategie bezeichnete, welche „zu viel reglementieren würde, zu zeitraubend und unflexibel wäre und Innovationen ersticken könnte“.⁵²⁸ Das prominenteste Beispiel einer (teilweise)⁵²⁹ vollharmonisierenden Maßnahme stellt dabei die Richtlinie über Rechte der Verbraucher (dabei insb. deren Art. 4) dar,⁵³⁰ wodurch – wenngleich wesentlich ambitionierter im Sinne einer umfassenden Horizontalrichtlinie gestartet – die bisherigen Richtlinien über Haustürgeschäfte und Vertragsabschlüsse im Fernabsatz zu einem einzigen Regelwerk zusammengefasst werden.

Das Konzept der Vollharmonisierung könnte in zweierlei Hinsicht eine wichtige Rolle spielen bei der Suche nach der Möglichkeit, Analogien zu bilden: Zum

§ 38 Rn. 2. Dies geschieht – neben den Forschungsvorhaben der *acquis-group* und der *study-group* gibt es weitere, zumeist private Bemühungen um die Herausarbeitung gemeinschaftlicher Privatrechtsprinzipien – konkret insbesondere durch die Vorarbeiten zum Verordnungsvorschlag für ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (GEK, auf englisch: CESL), Kom (2011), 635 endg., *Mansel*, WM 2012, 1253, 1254. *Honsell*, ZIP 2008, 621, kritisiert die Vereinheitlichung des Verbrauchervertragsrechts insofern, als die Rechtsvereinheitlichung „selbstverständlich“ beim Obligationen- und Handelsrecht beginnen sollte, nicht aber beim Verbraucherrecht. Weshalb dies „auf der Hand liegen soll“, wie *Honsell* schreibt, vermag sich mir nicht zu erschließen. Die Justiz-Kommissarin *Viviane Reding* betont in ZEuP 2011, 1, 3, die Einführung eines optionalen Instruments verfolge nicht das Ziel einer Harmonisierung der unterschiedlichen Zivilrechtsordnungen, da – dogmatisch schwer fassbar – dieses optionale Instrument die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen nicht ersetzen, sondern neben sie treten soll. Vgl. zu dieser Tendenz allgemein *Ian Ward*, M.L.R. 57 (1994), 315, 321.

⁵²⁶ So der DCFR selbst in Punkt 59 der Introduction. *Fryderyk Zoll*, in: Stürner, Michael (Hrsg.), Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht? (2010), 133, 135, bezweifelt die Sinnhaftigkeit der Nutzung des DCFR als „tool box“, da dieser auf ein kohärentes Gesamtsystem, nicht auf bruchstückhafte Verwendung einzelner Regelungsvorschläge ausgerichtet sei.

⁵²⁷ KOM (2002), 208 endg. S. 7.

⁵²⁸ Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat „Vollendung des Binnenmarktes“ vom 28./29. Juni 1985, Kom (85), 310 endg., Rn. 64.

⁵²⁹ Zu den immanenten Ausnahmestimmungen der Verbraucherrechterichtlinie vgl. *Mittwoch*, Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht (2013), 84 f.

⁵³⁰ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher.

einen könnte eine unionsrechtliche Vollharmonisierung den Mitgliedstaaten verbieten, eigenständig darüber hinausgehende Rechte zu schaffen. Zum anderen sind eigene Initiativen auf mitgliedstaatlicher Ebene möglicherweise geeignet, die Vollharmonisierungstendenzen des europäischen Gesetzgebers zu untergraben. Wenn die Frage nach einer planwidrigen Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage wie gezeigt⁵³¹ letztlich in eine Wertungsfrage mündet, nämlich dahingehend, ob Regelungen wie die in Frage stehenden sinnvollerweise existieren sollte, dann sollten bei dieser Wertung auch politische Grundentscheidungen des Unionsrechts berücksichtigt werden.

2) Die Bewertung des Vollharmonisierungskonzepts

Dass – wie so viele juristische Neuerungen – auch der Richtlinienentwurf über die Rechte der Verbraucher von der (insbesondere deutschen) Literatur mit einer Begeisterung empfangen wurde, als stünde die nationale Rechtsordnung unmittelbar vor einem Asteroideneinschlag, ist schon beinahe Tradition.⁵³² Man

⁵³¹ S. oben unter § 5 I 2) und § 5 IV.

⁵³² Vgl. z.B. *Mak*, ERPL 2009, 55, 68: „Nevertheless, to regard maximum harmonization as a cure for such problems may, at least for the moment, be a rather too optimistic view“; *Reifner*, VuR 2009, 3, 4, treibt das Modell der negativen Verbraucherdefinition (Verbraucher ist, wer kein Unternehmer ist) auf die Spitze der Häme: „ein Pferd ist, wenn es kein Esel ist“; *Schmidt-Kessel*, GPR 2010, 129, 136 („Der aktuelle Stand der Beratungen [...] lässt Übles befürchten“, „[Es] droht ein legistisches Desaster“). *Micklitz/Reich*, EuZW 2009, 279 sind der Ansicht, die Vorarbeiten der Kommission seien methodisch „in jeder Hinsicht anzweifelbar“ und sprechen von einer „Harmonisierung ins Blaue hinein“ (S. 281). Kritisch auch *Franck*, ZBB 2003, 334. Ähnlich kritisiert werden beispielsweise auch die Vorarbeiten zu einem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht (GEK). *Mansel*, WM 2012, 1253, 1254, kritisiert schon die Zusammenstellung der Expertenkommission, welche die „Feasibility Study“ zur Umsetzbarkeit des DCFR durchführen soll. In WM 2012, 1309, 1321, kritisiert *Mansel* am GEK insbesondere die häufige Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, was – zutreffenderweise – eine Verschiebung von Verantwortlichkeit auf die judikative Ebene mit sich bringe. Kritisch zur Verbraucherrechterichtlinie auch *Tacou*, ZRP 2009, 140-143; *Tonner/Tamm*, JZ 2009, 277-289, befürchten insbesondere ein Absinken des Verbraucherschutzstandards (S. 282 f.); Zur Verbraucherreditrichtlinie *Riesenhuber*, ZBB 2003, 325; und *Rohe*, BKR 2003, 267-273: „Es entspricht weder der deutschen noch der europäischen Wirtschaftsverfassung, den Verbraucher bereits auf vertragsrechtlicher Ebene vor den Folgen frei getroffener finanzieller Dispositionen zu schützen und ihn damit zugleich partiell zu entmündigen“ (S. 273). *Ady/Paetz*, JZ 2009, 1061, 1070, schieben die Schuld komplexer Regeln und Ausnahmen im Verbraucherreditrecht des BGB auf die entsprechende Richtlinie ab; *Gsell*, in: *Gsell/Herresthal*, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), S. 219, 244 f., „Meine Beurteilung des vollharmonisierenden Verbraucherkaufrechts nach dem RL-Vorschlag fällt nach alldem deutlich negativ aus“; *Banakas*, FS Posch (2011), S. 11, 12, „[the DCFR] ignores the reality of present-day social and economic conditions in the EU countries“, empfindet die Bestrebungen hin zu einem gesamteuropäischen Zivilrecht als „quasi neo-colonial“, da hierdurch auch eine Vorreiterstelle der Unionsrechtsschöpfung für weitere

kann sich des Eindrucks kaum erwehren, dass es dabei zumindest nicht ausschließlich um die Sache geht – vielmehr scheint sich die Literatur auf beinahe jedweden Vorschlag einer Rechtsschöpfung durch Unionsorgane mit einer destruktiven Grundeinstellung zu stürzen, dass vorsichtigem Lob für eine solche Reform bereits ein geradezu exotischer Charakter innewohnt.⁵³³ Dies mag zum Teil nicht nur einem gewissen Konservatismus geschuldet sein, sondern erweckt – neben einem teilweise wohl bestehenden Hang der Autoren zur Häme über die im Vergleich zu Ihnen selbstverständlich völlig unfähigen Bürokraten in Brüssel – in seiner Emotionalität geradezu den Eindruck einer menschlich nachvollziehbaren, aber wenig progressiv erscheinenden Form der „Rechtsnostalgie“.⁵³⁴ Den akademischen Schöpfern des DCFR wird in diesem Zusammenhang gar ein Streben nach einer „neo-Napoleonic legislative glory“ vorgeworfen, was freilich „rather alarming“⁵³⁵ sei.

Mit der Vollharmonisierung soll der Rechtszersplitterung und damit einer Beeinträchtigung des Binnenmarktes durch überschießende Umsetzungen einzelner Mitgliedstaaten entgegengewirkt werden.⁵³⁶ Diese hat zwar neben dem Verbraucherschutz als Selbstzweck durchaus noch eine weitere Funktion insofern, als den Mitgliedstaaten damit die Möglichkeit verliehen wird, die aus Brüssel kommenden „Rechtsbausteine“ so zurechtzuschleifen, dass sie für die heimatliche Rechtsordnung „passfähig“ werden.⁵³⁷ Als Kollateralschaden

Entwicklungen in der Welt angestrebt werde. P. Kreutz, DZWIR 2012, 45, 46, zur inhaltlichen Kritik an Neuschöpfungen von Richtlinien: „Zu kasuistisch seien diese, zu ignorant gegenüber dem gewachsenen Bestand europäischen Zivilrechts, zu oberflächlich im Hinblick auf die Wortlautfassung, zu kurzatmig, was ihre Geltungsdauer anlangt.“, m.w.N.; mit Überblick über die Diskussion und zahlreichen weiteren Nachweisen vgl. auch *Mittwoch*, Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht (2013), 131

⁵³³ Immerhin betont *Schinkels*, JZ 2009, 774, 775, der Kommissionsentwurf zur Verbraucherrechterichtlinie sei deutlich besser gelungen als die deutsche Umsetzung.

⁵³⁴ *Banakas*, FS Posch (2011), 11; *Honsell*, ZIP 2008, 621 f. schreibt beispielsweise: „Das römische Recht erlangte ein Maß an begrifflicher und systematischer Klarheit, an Eleganz und Einfachheit, das später nicht wieder erreicht wurde“.

⁵³⁵ *Banakas*, FS Posch (2011), 11.

⁵³⁶ So die Begründung der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher in ihrem Erwägungsgrund (7). Hierzu auch *Riehm*, in: *Gsell/Herresthal* (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), 83, 109 f.; Zur inhaltlichen Bewertung einer Vollharmonisierung vgl. *Grigoleit*, AcP 210 (2010), 354, 408-414 und *Schmidt-Kessel*, GPR 2010, 129-137.

⁵³⁷ *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (2011), 258.

verbleibt jedoch eine zersplitterte rechtliche Landschaft auf nationaler Ebene. Das Modell der Vollharmonisierung ist mithin geeignet, durch die Konkretheit der inhaltlichen Anordnungen Friktionen und Inkohärenzen im nationalen Recht noch zu vertiefen.⁵³⁸ Wo beim Mindestharmonisierungsprinzip der nationale Gesetzgeber versuchen konnte, die europarechtliche Anordnung inhaltlich schonend in seine Rechtsordnung einzubetten und beispielsweise neue Schutznormen auf das Niveau der auf seiner nationalen Ebene bereits bestehenden Schutznormen anzuheben, bleibt ihm diese Möglichkeit nunmehr verwehrt. Überdies mag die tiefer gehende Regelungstechnik die bekannten Demokratiedefizite der Union noch deutlicher zum Vorschein bringen. Wo der Unterschied zwischen der Gesetzgebung eines Staates und derjenigen einer supranationalen Organisation marginalisiert wird, steigt umgekehrt proportional zu dieser Entwicklung der Rechtfertigungsdruck für eine als in demokratischer Hinsicht zumindest fragwürdig empfundene Struktur.⁵³⁹ Dementsprechend wird das Konzept der Vollharmonisierung teilweise für unionsrechtswidrig gehalten, weil es gegen die bestehende Kompetenzordnung verstoße.⁵⁴⁰ Dies könnte man beispielsweise in Art. 169 AEUV hineinlesen, welcher die Union dazu ermächtigt, „einen Beitrag“ auch zur Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutz-niveaus zu leisten (Abs. 1) sowie in seinem Abs. 3 jedenfalls für solche Maßnahmen, welche diejenigen der Mitgliedstaaten nur ergänzen, eine Öffnungsklausel vorsieht.

3) Überschießende Umsetzung durch die Mitgliedstaaten

Die Mitgliedstaaten haben in der Vergangenheit von der Möglichkeit, Verbrauchern umfassenderen Schutz als von der jeweiligen Richtlinie verlangt, zu gewähren, recht umfangreich Gebrauch gemacht.⁵⁴¹ Dies sei hier am Beispiel der mittlerweile durch die Verbraucherrechterichtlinie überholten Fernabsatzrichtlinie

⁵³⁸ *Mittwoch*, Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht (2013), 286.

⁵³⁹ *Dickert*, in: Gsell/Herresthal, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), 177, 180 f.

⁵⁴⁰ *Riehm*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009, 159, 193 f.; Zu dieser Frage ausgiebig *Mittwoch*, Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht (2013), Teil 2.

⁵⁴¹ Vgl. die umfassende Zusammenstellung in *Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers* (Hrsg.), EC Consumer Law Compendium (2008).

(97/7/EG) dargestellt. Bei dieser waren sowohl die konkrete Vertragsschlusssituation als auch der Vertragsgegenstand als auch der Beginn und die Dauer der Umsetzungsfrist oftmals Gegenstand überschießender Umsetzungen in verschiedenen Mitgliedstaaten.⁵⁴² So variiert beispielsweise die Länge der Widerrufsfrist zwischen sieben Kalendertagen (konkret in Frankreich, sog. „jours francs“, geregelt in Art. L121-20 des Code de la Consommation) bzw. – wie es Art. 6 I der Richtlinie als Mindestmaß fordert – sieben Werktagen (in Österreich, Belgien, Irland, Litauen, Luxemburg, der Niederlande, der Slowakei und dem Vereinigten Königreich) und dem Maximum von vierzehn Kalendertagen (so die überschießende Umsetzung in den Mitgliedstaaten Malta und Slowenien). Bei der Umsetzung der vormaligen Haustürgeschäfte-Richtlinie (85/577/EWG) variierte die Widerrufsfrist gleichfalls zwischen sieben (so in der Tschechischen Republik, Estland, Frankreich und Irland) und fünfzehn Kalendertagen (erneut in den Mitgliedstaaten Malta und Slowenien). Diese unterschiedlichen Regelungen einzuebnen, gilt als notwendiges Mittel zur weiteren Vertiefung beziehungsweise Vollendung des Binnenmarktes.

Freilich gab das alte Modell der Mindestharmonisierung nicht nur den Mitgliedstaaten Umsetzungsspielräume, sondern hat gleichzeitig politische Konflikte entschärft, indem die Verhandlungen in den Entscheidungsgremien (also insbesondere im Rat, mittlerweile auch zunehmend im Parlament) sich lediglich an einem Minimalkonsens orientieren mussten.⁵⁴³ So dauerten die Verhandlungen über die Neufassung der Verbraucherkreditrichtlinie beinahe sechs Jahre, obgleich deren inhaltliche Neuerungen vergleichsweise gering ausfielen.⁵⁴⁴ Diesen (eher verfahrenstechnisch-pragmatischen denn materiellrechtlichen) Vorteil gibt das neue Konzept notwendigerweise auf. Welches Prinzip sich als das effektivere erweist, wird sich wohl erst nach einigen Jahren oder Jahrzehnten zeigen. Interessant ist dabei, dass das Konzept der Mindestharmonisierung in den Handlungsformen der Unionsorgane einst selbst

⁵⁴² *Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers* (Hrsg.), *EC Consumer Law Compendium* (2008), 340-348.

⁵⁴³ Vgl. *Ahmling*, *Analogiebildung durch den EUGH im Europäischen Privatrecht* (2012), 178.

⁵⁴⁴ *Gsell/Schellhase*, *JZ* 2009, 20, 28 f.

dasjenige der Vollharmonisierung weitgehend ablöste.⁵⁴⁵ So betrachtet, ist das scheinbar neue Konzept der Vollharmonisierung eher ein Weg zurück zu den Wurzeln unionsrechtlichen Agierens. Die Kommission hat die Nachteile des scheinbar neuen Leitbildes wohl selbst erkannt und – als eine Art Kompromiss zwischen den konkurrierenden Konzepten – deshalb den Begriff der „targeted harmonisation“ entwickelt.⁵⁴⁶ Hierbei werden nur einzelne Bereiche vollharmonisiert, um den Mitgliedstaaten die Möglichkeit zu lassen, auf anderen Feldern (beispielsweise sogenannten *face-to-face-Kontakten* im Gegensatz zu im Fernabsatz geschlossenen Verträgen) Maßnahmen zu erlassen, die dem Verbraucher einen weitergehenden Schutz angedeihen lassen.⁵⁴⁷ Auf Bestrebungen einzelner Mitgliedstaaten, in bestimmten Bereichen dem Verbraucherschutz einen höheren Stellenwert einzuräumen, soll also hinreichend Rücksicht genommen werden. Den Eigenheiten der verschiedenen Rechtsmaterien kann auf diese Weise individuell in sinnvoller Art und Weise entsprochen werden, ohne dass die gesamte Richtlinie entweder mindest- oder vollharmonisierend gestaltet sein muss.⁵⁴⁸ Gleichwohl verbleibt ein Interpretationsspielraum, was genau mit dem Begriff der „targeted harmonisation“ gemeint ist.⁵⁴⁹ Das Europäische Parlament „spricht sich dagegen aus, dass die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands zum Anlass genommen wird, die Regelungsinhalte der bestehenden sektoriellen Richtlinien auszuweiten oder zusätzliche Richtlinien hinzuzufügen.“⁵⁵⁰ Gleichzeitig geht es „vom Grundsatz der gezielten umfassenden Angleichung“ aus⁵⁵¹ – zumindest auf den ersten Blick ein Widerspruch. Einerseits plädiert also auch das Europäische Parlament für eine umfassende Rechtsangleichung, andererseits soll diese eben nur in bestimmten („gezielten“) Bereichen erfolgen und die Regelungsbereiche

⁵⁴⁵ *Mittwoch*, Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht (2013), 43.

⁵⁴⁶ Vgl. die Verbraucherpolitische Strategie der EU 2007-2013, KOM (2007) 99 endg., 8.

⁵⁴⁷ *Schmidt-Kessel*, GPR 2010, 129, 130.

⁵⁴⁸ *Mittwoch*, Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht (2013), 283.

⁵⁴⁹ *Micklitz*, in: *Howells/ Schulze* (Hrsg.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law* (2009), 47, 52 f.

⁵⁵⁰ Bericht des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherschutz vom 16.7.2007 über das Grünbuch zur Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz, A6-0281/2007 endg., Nr. 7 (S. 6).

⁵⁵¹ Nr. 10 (S. 6) desselben Dokuments.

der Richtlinien gerade nicht einer Erweiterung zuführen. Der zunächst als recht leere Worthülse erscheinende Begriff der „targeted harmonisation“ bringt damit zum Ausdruck, dass in einer einzigen Richtlinie lediglich einige Bestimmungen vollharmonisierend wirken, wohingegen dieselbe Richtlinie in anderen Bereichen durchaus auch mindestharmonisierende Bestimmungen oder einzelne Öffnungsklauseln enthalten kann. Aus Sicht der Kommission sollen insbesondere die Widerrufs- und die Sachmängelgewährleistungsfrist angeglichen werden.⁵⁵² Die viel diskutierte Verbraucherrechterichtlinie ist dabei nur ein Beispiel für einen Sekundärrechtsakt, welcher dem Konzept der „targeted harmonisation“ folgt.⁵⁵³

In jedem Fall geht – unabhängig von einer Bewertung dieser Tatsache – auch das neue Konzept den Weg zu einer vollständigen Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen nicht mit letzter Konsequenz: Die neueren Richtlinien sind durchlöchert mit Öffnungsklauseln oder einzelnen Mindestharmonisierungsbestimmungen. Die Kritik der Literatur am Vollharmonisierungskonzept läuft damit in Teilen leer. Überdies gilt außerhalb des jeweiligen Regelungsbereiches der Richtlinien wiederum die Gestaltungsverantwortung der Mitgliedstaaten.⁵⁵⁴

4) Die Qualität der Gesetzgebung

a) Die Aufgabenteilung zwischen den gesetzgeberischen Verbänden

Das Konzept der Vollharmonisierung dient nicht ausschließlich dazu, eine Vereinheitlichung der unterschiedlichen Rechtsordnungen zu erreichen. Der Anspruch ist vielmehr, auch inhaltliche Verbesserungen zu erreichen, mithin gleichsam die Qualität des Verbraucherprivatrechts in der Union zu erhöhen. Dabei versucht der (europäische) Gesetzgeber, das Recht möglichst effizient zu gestalten. Einerseits gilt es, den Verbraucher möglichst umfassend zu schützen; andererseits müssen nachteilige Nebeneffekte (wie z.B. den möglichen

⁵⁵² Mit Verweis auf die Antwort der Kommissarin Kuneva im Europäischen Parlament am 4. Mai 2009: *Riehm*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009, 159, 204.

⁵⁵³ *Mittwoch*, Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht (2013), 90 f.

⁵⁵⁴ *Mittwoch*, Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht (2013), 86.

Missbrauch eingeräumter Rechte durch Verbraucher oder eine überbordende Bürokratisierung des Vertragsschlusses, z.B. durch übertriebene Informationspflichten) möglichst vermieden werden.⁵⁵⁵

Auf der anderen Seite wohnt dem Konzept der Vollharmonisierung die Gefahr einer gewissen Trägheit der jeweiligen nationalen Gesetzgeber inne, was durch die mangelnde Anpassungsfähigkeit und Innovationsfreude auch für das auf moderne rechtliche Rahmenbedingungen angewiesene Wirtschaftswachstum eher nachteilig ist. Die nationalen Gesetzgeber könnten zu der (womöglich nur in Teilen berechtigten) Feststellung gelangen, dass nunmehr die Union in der Verbraucherschutzpolitik die wichtigen Regelungen selbst trifft. Dadurch könnten sie sich verleitet sehen, ihre eigenständigen Verbraucherschutzpolitiken weitgehend aufzugeben, was dem Schutz der europäischen Verbraucher nicht förderlich wäre.⁵⁵⁶ Auch kann es in vollharmonisierten Bereichen nicht mehr zu einem Wettbewerb der Mitgliedstaaten um die „beste“ Rechtsordnung kommen, da es durch die europarechtlichen Vorgaben der jeweiligen nationalen Legislative versagt bleibt, innovativ tätig zu werden.⁵⁵⁷ Auf ein „befruchtendes Aufeinandertreffen von Unterschieden, Antagonismen, Konkurrenzen und Komplementaritäten“⁵⁵⁸ muss in vollharmonisierten Bereichen künftig verzichtet

⁵⁵⁵ *Riehm*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009, 159, 203.

⁵⁵⁶ *Oehler*, in: Stürner (Hrsg.), Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht? (2010), 99, 100.

⁵⁵⁷ *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003), 187 m.w.N.; *Tamm*, EuZW 2007, 756, 758. *R. van den Bergh*, in: Heine/Kerber (Hrsg.), Zentralität und Dezentralität von Regulierung in Europa (2007), 184, 194 f., der außerdem feststellt, nationale Behörden seien eher in der Lage, Situationen vor Ort einzuschätzen als eine zentrale Behörde in Brüssel. *Von Arnim*, NJW 2007, 2531, 2534 weist darauf hin, Entscheidungen auf nationaler Ebene seien nicht nur näher am Bürger, sondern auch „inhaltlich richtiger“. Ob man bei einer Vielzahl an zu treffenden politischen Entscheidungen von „richtig“ oder „falsch“ sprechen kann, erscheint jedenfalls in der Allgemeinheit dieser Aussage stark zweifelhaft. Zu weit geht auch *Faure*, FS Helmut Koziol (2010), 1385, 1391, der seltsamerweise annimmt, ohne voneinander differierende Rechtsordnungen gebe es letztlich gar keinen Grund für Handel zwischen Mitgliedstaaten.

⁵⁵⁸ *Tonner/Tamm*, JZ 2009, 277, 286. *Gessner*, Widerrufsrecht und Widerrufsbelehrung im deutschen und europäischen Verbraucherrecht (2009), 235. Die Centralvereinigung Deutscher Wirtschaftsverbände für Handelsvermittlung und Vertrieb (CDH) sieht in ihrer Stellungnahme zum Grünbuch „Überprüfung des Verbraucher-Acquis“ gar die Gefahr, die Kommission strebe insgeheim an, die nationalen Normen durch ein europäisches Verbrauchervertragsgesetzbuch zu ersetzen, http://cdh24.de/user/eesy.de/cdh24.de/dwn/stellungnahme_07_gruenbuch_acquis.pdf. Diese Sorge - so man ein solches Regelwerk denn nicht als Fortschritt begreift - erscheint angesichts

werden. Dadurch wird den Mitgliedstaaten in den vollharmonisierten Bereichen künftig die Möglichkeit genommen, von den Rechtsordnungen anderer Mitgliedstaaten zu lernen⁵⁵⁹ und wechselseitige Einflüsse ökonomisch wie juristisch-dogmatisch sinnvoll auszugestalten. Durch einen solchen Wettbewerb der Systeme sollen idealiter Überregulierungen und andere ineffiziente gesetzliche Eingriffe vermieden werden, was zu einem „race to the top“ der Qualität der Gesetzgebungen führen soll, indem sich die effizienteste gesetzgeberische Lösung – ähnlich eines Marktes für Güter – letztendlich durchsetzt.⁵⁶⁰ Durch die Vielzahl unterschiedlicher Systeme könne ein Föderalismus auf Unionsebene dazu beitragen, Fehlentwicklungen eher zu entdecken und dementsprechend zu korrigieren.⁵⁶¹ Einer einzelnen Regelung für ein größeres Gebiet, wie es dasjenige der Union darstellt, fehlt es hingegen an beinahe jeglichem Wettbewerbs- und Innovationsdruck. So können sich zumindest in der Theorie auch qualitativ minderwertige gesetzliche Regelungen langfristig etablieren, ohne dass ein spürbarer Zwang zu Reformen entstünde.⁵⁶² Wenn der Blick auf den Nachbarn nicht mehr die Möglichkeit offenbart, effizientere Gesetze zu entdecken, kann die eigene Rechtsordnung zum Stagnieren neigen. Dies mag kurzfristig Stabilität verheißen, mittel- und langfristig jedoch dem Fortschreiten gesellschaftlicher Entwicklungen nicht mehr entsprechen. *Alexis de Tocqueville* drückte das Resultat dieser Idee in seinem Werk „De la démocratie en Amérique“ dergestalt aus, dass der föderalistische Staat die Vorzüge von kleinen und großen Einheiten [Nationen] miteinander vereint.⁵⁶³ Gleichwohl besteht – wie auch bei Märkten –

der jahrelangen (und relativ fruchtlos gebliebenen) Bemühungen um die Schaffung eines unionsweiten Zivilgesetzbuches indes relativ unbegründet.

⁵⁵⁹ *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003), 196, bezeichnet es recht treffend als Ziel eines solchen Wettbewerbs, „einen Erfahrungsschatz und eine Lösungsvielfalt zu bewahren, die dem nationalen oder dem Europäischen Gesetzgeber als Grundlage für die Rechtsetzung dienen [...] kann“. Ähnlich *Wagner*, The Economics of Harmonization, CMLR 39 (2002), 995, 1023, der auf eine tool box für künftige Generationen und diesen sich stellende rechtliche Herausforderungen abstellt.

⁵⁶⁰ *Kerber/ Heine*, in: Ott/ Schäfer (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen (2002), 167, 185 f. *Wagner*, The Economics of Harmonization, CMLR 39 (2002), 995, 1001.

⁵⁶¹ *Grundmann*, AcP 212 (2012), 502, 512.

⁵⁶² *Grundmann*, AcP 212 (2012), 502, 527.

⁵⁶³ „C'est pour unir les avantages divers qui résultent de la grandeur et de la petitesse des nations que le système fédératif a été créé.“, *Alexis de Tocqueville*, De la démocratie en Amérique (1848), Vol. 1/4, Kapitel 8.

die Gefahr, dass ein Wettbewerb nicht zwingend zu einem „race to the top“, sondern vielmehr zu einem „race to the bottom“ führen kann. So muss das „Lernen“ der Mitgliedstaaten voneinander keineswegs darauf fokussiert sein, bewährte Gesetzgebungstechniken zu übernehmen. Es kann auch beinhalten, geringe Schutzstandards anderer Staaten zu übernehmen oder sogar zu unterbieten, etwa um Unternehmen zumindest scheinbar attraktive Ansiedlungsbedingungen zu ermöglichen.⁵⁶⁴ Ob eine Konkurrenzsituation also überhaupt wünschenswert ist, erscheint keineswegs so eindeutig, wie man auf den ersten Blick annehmen könnte.

Auf der anderen Seite lässt sich eine wünschenswerte Version staatlicher Funktion auch anders darstellen: Danach agiert der Staat als „Schiedsrichter“ und legt nach eigenen nationalen Präferenzen die Spielregeln für die Märkte fest, ohne dass überhaupt das Ziel bestünde, kompetitiv tätig zu werden.⁵⁶⁵ Keinesfalls unumstritten ist die Frage, ob ein solcher Wettbewerb überhaupt besteht⁵⁶⁶ und falls dem so ist, ob (wie bereits erwähnt) ein solcher nicht eher zu einem „race to the bottom“ im Hinblick auf die geringste Regulierungsdichte führt.⁵⁶⁷ Gerade angesichts der aktuellen Finanzkrise ist sehr fraglich, ob ein geringes Maß an Regulierung nicht eher zu Exzessen als zu wünschenswerten Entwicklungen führt.

Auch jenseits ökonomischer Erwägungen – sofern man die Effizienz von Gesetzen hierunter fassen mag – lässt sich die Vielfalt der europäischen Rechtskulturen als Wert an sich begreifen, dessen Umfang durch eine Vollharmonisierung gemindert würde. Gleichwohl ist dieses Phänomen – wie auch die zumindest in einem frühen Stadium der Implementierung bestehende

⁵⁶⁴ *Wagner*, *The Economics of Harmonization*, CMLR 39 (2002), 995, 1003.

⁵⁶⁵ *Demougin/Witt*, in: *Ott/ Schäfer* (Hrsg.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen* (2002), 40, 42 f.

⁵⁶⁶ Dies lehnt *Bernhard Nagel* in seinem Kommentar zu *Kerber/ Heine*, in: *Ott/ Schäfer* (Hrsg.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen* (2002), S. 167-194, als zumindest in Teilen unrealistisch ab, 19, 197. Ähnlich *Grundmann*, *AcP* 212 (2012), 502, 508 f.

⁵⁶⁷ *Demougin/Witt*, in: *Ott/ Schäfer* (Hrsg.), *Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen* (2002), 40, 42 f.

dogmatische Unordnung⁵⁶⁸ – ein steter Begleiter rechtlicher Vereinheitlichungen.⁵⁶⁹ Dies wird durch die Befürworter einer Rechtsvereinheitlichung durch die mit einer solchen Harmonisierung einhergehenden Vorteile einer Vereinfachung und einer größeren Übersichtlichkeit als aufgewogen erachtet. Selbiges gilt für den Verlust der Möglichkeit, auf regionale Besonderheiten (sei es in Form faktischer Umstände oder bestimmter vorherrschender Gerechtigkeitsvorstellungen in den jeweiligen Mitgliedstaaten) hinreichend Rücksicht zu nehmen.⁵⁷⁰ Die Flexibilität bei der Umsetzung ist schließlich auch das Argument, weshalb die Form der Richtlinie und nicht der Verordnung gewählt wird. Im Übrigen ist nicht lediglich die Vielfalt an Rechtskulturen ein Wert an sich, sondern ebenso die Vereinheitlichung verschiedener Regelungsangebote. Eine solche macht es nämlich für die Betroffenen einfacher, ihr Verhalten auf die rechtlichen Rahmenbedingungen einzustellen. Der Vorteil dieser Vereinheitlichung kann sogar so weit gehen, dass selbst eine qualitativ minderwertige legislative Tätigkeit der Union durch den Effekt der Einheitlichkeit letztlich für die Betroffenen (meist Unternehmen, aber auch Verbraucher) ein im Vergleich zu einzelnen nationalen Regelungen günstigeres Ergebnis mit sich bringt.⁵⁷¹ Das Argument, Änderungen der Richtlinie (beispielsweise als Reaktion auf Veränderungen der tatsächlichen oder rechtlichen Lage) seien aufgrund ihrer enormen Reichweite auf schwierigerem Wege möglich als Umstellungen auf mitgliedstaatlicher Ebene, vermag hingegen nicht zu überzeugen: Wenn alle Mitgliedstaaten einzelne Reformen beschließen müssen, so dürfte dies im Zweifel mehr Zeit und juristische Kärnerarbeit in Anspruch nehmen als ein singuläres, großes Reformvorhaben auf unionsrechtlicher Ebene. Der These, ein zunehmend vereinheitlichtes Privatrecht werde auch qualitativ vermutlich „besser“ sein als die jeweiligen nationalen Privatrechtsordnungen

⁵⁶⁸ *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003), 197 f.

⁵⁶⁹ *Kähler*, in *Wilhelmsson/Paunio/Pohjolainen* (Hrsg.), *Private Law and the Many Cultures of Europe* (2007), 125, 131.

⁵⁷⁰ *Study Group on Social Justice in European Private Law*, *European Law Journal* 2004, 653, 654, 656.

⁵⁷¹ *Grundmann*, *AcP* 212 (2012), 502, 523- 525, der jedoch (am Beispiel einer opt-in-Lösung wie es beispielsweise beim CESL angedacht ist) darauf hinweist, im Falle der Durchsetzung dieses Rechts lediglich aufgrund der Standardisierungsvorteile (und eben nicht wegen der Qualität der Gesetzgebung), gebe es keinen „zweiten Versuch“ im Sinne einer Verbesserungsmöglichkeit.

(mögen diese auch durch stetige Konkurrenz miteinander einen qualitativen Zuwachs erlebt haben), lässt sich in der Sache hingegen durchaus entgegentreten.⁵⁷²

Auch, wenn die Harmonisierung bereits einen Wert an sich darstellt, so sind die Unzulänglichkeiten europäischer Gesetzgebungsprozesse – wenn diese in der Literatur auch oft übertrieben dargestellt werden⁵⁷³ – hinlänglich bekannt und lassen nicht zwingend eine materiell gerechte und dogmatisch saubere Lösung erwarten. Indes steht – wie gezeigt – in Frage, ob ein solcher „Wettbewerb“ um die „beste“ Lösung zwischen den nationalen Gesetzgebern überhaupt de facto besteht.⁵⁷⁴

b) Einflüsse auf die Kohärenz der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen

Die vielfach beklagten Dissonanzen und Inkohärenzen innerhalb der nationalen Rechtsordnungen durch den Einbruch des Europarechts⁵⁷⁵ können durch die Vollharmonisierung (idealiter durch eine noch weitgehendere Reform, indem ein Europäisches Zivilgesetzbuch geschaffen würde; dieses erscheint aktuell jedoch politisch nur sehr schwer durchsetzbar) zumindest insofern vermieden werden, als die nationalen Gesetzgeber nicht mehr nach Lösungen suchen müssen, wie die

⁵⁷² *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003), 189.

⁵⁷³ So z.B. im Aufsatz von Honsell, ZIP 2008, 621, der allerdings auch teilweise zu Recht auf Missstände hinweist (etwa die Änderungsanfälligkeit des Sekundärrechts und teilweise fehlerhafte Terminologie wie z.B. beim Titel der „Verbrauchsgüterkaufrichtlinie“, die sich – anders als es ihr Titel suggeriert – keineswegs mit Verbrauchsgütern befasst, sondern mit dem Kauf durch Verbraucher).

⁵⁷⁴ *Behrens*, in: Everling/Roth (Hrsg.), Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt (1997), 33, 36 f., ist der Auffassung, die Voraussetzungen an einen legislativen Wettbewerb würden in der Diskussion für gemeinhin unterschätzt. Tatsächlich werde „kaum [...] einmal für konkrete Normen eine Marktanalyse vorgenommen, indem zunächst einmal die ‚Nachfrager‘ identifiziert werden und im Einzelnen untersucht wird, von welchen Wettbewerbsparametern sie ihre Entscheidungen abhängig machen“. Es gebe „grundlegende Fehlvorstellungen über die Voraussetzungen und die Funktionsfähigkeit eines solchen Wettbewerbs im Rahmen der Gemeinschaft“. Ausführlich hierzu auch *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003), 189 – 195, der allerdings konstatiert, in Bereichen wie dem Verbraucherschutz bestehe ein solcher Wettbewerb durchaus. Durch Harmonisierung im Sinne einer Uniformisierung werde verhindert, dass „einmal gesetzte Verbraucherschutzstandards auf ihre andauernde Berechtigung und Verhältnismäßigkeit überprüft werden können“.

⁵⁷⁵ S. o. unter § 1 II.

jeweilige Anordnung aus Brüssel auch inhaltlich in das bestehende BGB, den code civil, das Burgerlijk Wetboek etc. eingebettet werden kann.⁵⁷⁶ Der europäische Gesetzgeber ist damit selbst gezwungen, auf nationale Besonderheiten in gewisser Weise Rücksicht zu nehmen und die vollharmonisierende Anordnung inhaltlich möglichst schonend auszugestalten. Ob er dies in der Realität tut, steht freilich auf einem anderen Blatt. Jedenfalls verbleibt bei dieser Vorgehensweise ein ungutes Gefühl: Für das schonende Ineinandergreifen stand das Mittel der Richtlinie par excellence. Der europäische Gesetzgeber gab das Ziel vor, den Mitgliedstaaten war in einem gewissen Rahmen die Umsetzung überlassen. Ob der europäische Gesetzgeber nämlich willens und fähig ist, bei der Schaffung neuer vollharmonisierender Maßnahmen wirklich die Vielzahl der nationalen Rechtsordnungen zu berücksichtigen, wird sich erst noch zeigen müssen. Realistischerweise darf dies aber wohl bezweifelt werden. So wird zugunsten der weiteren Vertiefung des Binnenmarktes ein eigentlich bewährtes Prinzip – nämlich das der mindestharmonisierenden Richtlinie – aufgegeben.

Dabei gibt es Stimmen, die angesichts der Probleme, neue verbraucherrechtliche Gesetze in die existierenden Zivilrechtsordnungen einzupassen, sich bereits dafür aussprechen, die frühere „Quarantäne“ der auf Europarecht basierenden Sondergesetze wieder herzustellen.⁵⁷⁷ Frankreich etwa ist mit der Einführung des Code de la Consommation im Jahr 2008 diesen Weg gegangen. Die Vollharmonisierung nimmt zumindest inhaltlich – wenn auch nicht systematisch – dem nationalen Gesetzgeber insofern Arbeit ab. Ob diese Arbeitserleichterung auch zu einem qualitativen Fortschritt der Gesetze führt, wird sich erst noch herausstellen müssen.

⁵⁷⁶ *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003), 199, führt als Musterbeispiel für die „schonende Einführung“ eines neuen Zivilgesetzbuches diejenige des niederländischen Burgerlijk Wetboek an.

⁵⁷⁷ *Micklitz*, NJW-Beil. 2012, 77, spricht davon, „der schwerfällige Tanker BGB [könne] mit der Dynamik des wendigen Verbraucherrechts nicht Schritt halten“.

5) Die Ziele der Vollharmonisierung

Das Konzept der Vollharmonisierung folgt im Wesentlichen drei Zielen:

a) Das Ziel der Wirtschaftsförderung

Erstens soll den Unternehmen mit dieser Vorgehensweise der unionsweite Handel erleichtert werden, indem diese nicht von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedliche Verbraucherschutzniveaus beachten müssen. Durch die Harmonisierung soll ein erhebliches Potential an Einsparungen im Bereich der unternehmensinternen Verwaltungskosten geschaffen werden.⁵⁷⁸ Ziel ist also die Förderung von Wirtschaftswachstum. Die Erschwernisse für den grenzüberschreitenden Handel werden dabei (lebensnah wohl zu Recht) insbesondere für solche Unternehmen gesehen, die ein wirtschaftliches Interesse daran haben müssten, in kleinere andere Mitgliedstaaten zu exportieren, dort aber aufgrund der im Vergleich zu ihrer Heimatrechtsordnung unterschiedlichen Rechtslage auf zu hohe Kosten stoßen, was die Anpassung ihrer Verträge und ähnliche Umwandlungsprozesse angeht.⁵⁷⁹ Bei einer einheitlichen Rechtsordnung wird es den betroffenen Unternehmen ermöglicht, durch sinkende Transaktionskosten die Stückkosten ihrer Produkte zu senken, da schlichtweg eine höhere Anzahl dieser Produkte hergestellt und verkauft wird.⁵⁸⁰ Die Annahme, die meisten Unternehmen hätten sich mittlerweile auf die unterschiedlichen Rechtsordnungen und den damit einhergehenden Mehraufwand eingestellt,⁵⁸¹ ist angesichts des nach wie vor geringen grenzüberschreitenden Handelsvolumens insbesondere bei kleinen und mittleren

⁵⁷⁸ *Mak*, ERPL 2009, 55, 65. *Kunz*, Verbraucherschutz beim Internethandel in der Europäischen Union (2010), 24 f.; *Bernhard Nagel* weist in seiner Besprechung zum Aufsatz von *Kerber/ Heine*, in: *Ott/ Schäfer* (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen (2002), 167-194, darauf hin, dass Rechtsvereinheitlichung nicht zwingend zu sinkenden Transaktionskosten führt, etwa wenn die zentrale Ebene zu schwerfällig auf sich ändernde Umstände reagiert, 195, 199 f.

⁵⁷⁹ *Faure*, FS Helmut Koziol (2010), 1385, 1388 f. Zweifelnd *R. van den Bergh*, in: *Heine/Kerber* (Hrsg.), Zentralität und Dezentralität von Regulierung in Europa (2007), 184, 195.

⁵⁸⁰ *Grundmann*, AcP 212 (2012), 502, 511.

⁵⁸¹ *Ott/Schäfer*, Die Vereinheitlichung des Europäischen Vertragsrechts, in: *Ott/Schäfer* (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen (2002), 203, 213 f.

Unternehmen (KMU)⁵⁸² jedenfalls kein allzu überzeugendes Gegenargument. So entstehen im Gebiet der Europäischen Union stetig neue Unternehmen, die sich nicht von Beginn an auf die unterschiedlichen Rechtsordnungen eingestellt haben, sondern oftmals von vergleichsweise rechtsunkundigen (dafür im Idealfall umso geschäftstüchtigeren) Unternehmern geführt werden. Auch ein späteres Einstellen auf Zusatzkosten kann das Anfallen dieser Kosten im Übrigen nicht beseitigen (allenfalls minimieren), so dass insbesondere den KMU in jedem Fall ein Nachteil entsteht. Die Vollharmonisierung versucht diesen Nachteil der KMU nunmehr zu vermeiden und diese dadurch zu einem erhöhten Investitionsvolumen in anderen Mitgliedstaaten anzuregen.

Die Einführung vollharmonisierender Richtlinien könnte sich langfristig gesehen für die betroffenen Unternehmen wie Verbraucher im Vergleich zu der bisherigen Vorgehensweise des Gesetzgebers unter Schöpfung von Mindestharmonisierungsvorschriften jedenfalls als günstiger erweisen.

Einen auch für ein erhöhtes Wirtschaftswachstum relevanten weiteren Vorteil des Vollharmonisierungskonzepts stellt *Grundmann* heraus. So kann die Anordnung einer Vollharmonisierung geeignet sein, „negative Externalitäten“ zu vermeiden. Damit ist eine Situation gemeint, in der in einem (meist kleineren) Mitgliedstaat bestimmte Interessen kaum oder gar keine Beachtung finden, weil es dort keine Anbieter des betroffenen Produktes gibt oder beispielsweise die heimische Finanzindustrie so wichtig für die Wirtschaftsleistung und dementsprechend mächtig ist, dass die Gegeninteressen der (mitunter ausländischen) Kunden zu wenig einbezogen werden.⁵⁸³ Durch die stärkere Berücksichtigung von auf nationaler Ebene bestehenden Partikularinteressen könnten diese Wirtschaftszweige eine Aufwertung erfahren, die das Wirtschaftswachstum in bislang noch wenig ausgebildeten Bereichen anwachsen ließe.

Eine weitere Theorie, weshalb Vollharmonisierung zu mehr Wirtschaftswachstum führen könnte, besteht darin, dass Verbraucher in der Folge dieses Konzepts

⁵⁸² Hierzu vertiefend unter III 3).

⁵⁸³ *Grundmann*, AcP 212 (2012), 502, 511.

nicht mehr auf einen reinen Mindeststandard an Schutz vertrauen müssen. Stattdessen können sie sich darauf verlassen, dass gerade *derselbe* Schutzstandard auch bei grenzüberschreitendem Handel gilt.⁵⁸⁴ Dadurch kann Unsicherheit vermieden werden, auf ausländischen Märkten zu konsumieren, was dem Wettbewerb und dadurch idealiter auch dem Wirtschaftswachstum zugutekommen soll. Ohne Zweifel wird dieser Prozess jedoch einen längeren Zeitraum in Anspruch nehmen. Die Kenntnisse des Verbrauchers, was seine Rechte in anderen Mitgliedstaaten anbelangt, dürften im Durchschnitt rudimentär sein, was ihm keineswegs vorzuwerfen ist. In der Aufklärungspolitik mag sich eine weitere Aufgabe der Unionsorgane finden, die letztlich der Vertiefung des Binnenmarktes und damit der Förderung des Wirtschaftswachstums sogar förderlicher sein mag als so manches wegen des Eingriffs in Vertragsschlussituationen umstrittene gesetzgeberische Projekt.

Darüber hinaus kann die Tatsache, dass Vereinigungen der Wirtschaft die Notwendigkeit einer weitgehenderen Harmonisierung zumindest teilweise nicht sehen,⁵⁸⁵ dazu führen, die Vollharmonisierungskonzepte zumindest was das Ziel der Erhöhung des Wirtschaftswachstums anbelangt, mit einer gewissen Skepsis zu begleiten. Wengleich die Wirtschaftsverbände (wie überhaupt Interessenverbände) in ihren Positionen sich teilweise von den Interessen ihrer Mitglieder zu lösen scheinen, so wäre es doch zumindest erstaunlich, wenn sie eine Maßnahme kritisieren würden, welche den durch sie vertretenen Unternehmen zugute käme. Es gibt jedoch, wie der Europäische Wirtschafts- und Sozialausschuss in seiner Stellungnahme zum Kommissionsvorschlag für die Verbraucherrechterichtlinie verdeutlicht,⁵⁸⁶ auch auf Seiten der

⁵⁸⁴ Mak, ERPL 2009, 55, 65.

⁵⁸⁵ Vgl. z.B. die Stellungnahme des Zentralverbandes des Deutschen Baugewerbes zur Mitteilung der Europäischen Kommission zum Europäischen Vertragsrecht (2001/C 255/01) vom 8.10.2001, http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/2.1.3.pdf, mit der allerdings doch recht kühn anmutenden Prognose, eine weitergehende Harmonisierung könnte zu einer weiteren Rechtszersplitterung führen; Ott/Schäfer, Die Vereinheitlichung des Europäischen Vertragsrechts, in: Ott/Schäfer (Hrsg.), Vereinheitlichung und Diversität des Zivilrechts in transnationalen Wirtschaftsräumen (2002), 203, 234; Mansel, WM 2012, 1309, 1322 m.w.N.

⁵⁸⁶ Stellungnahme des EWSA zum Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, vom 16. Juli 2009, INT/464 „Verbraucherrechte“, EWSA2009/1190, Punkt 4.1.1.

Unternehmensverbände durchaus andere, den Vollharmonisierungsansatz unterstützende Stimmen. Es mag also zumindest umstritten sein, ob das angestrebte Wirtschaftswachstum durch das Instrument der Vollharmonisierung wirklich erreicht werden kann. Sachliche Argumente sind indes rar. Nicht überzeugend erscheint beispielsweise die Sichtweise,⁵⁸⁷ Harmonisierung führe in erster Linie zu zusätzlichen Kosten auch für die vordergründig durch diese profitierenden Unternehmen. Diese müssten sich eben zunächst wieder auf eine neue Rechtslage einstellen. Für die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie (2011/83/EU) beispielsweise wurden im entsprechenden Gesetzentwurf der Bundesregierung einmalige Umstellungskosten für die deutsche Wirtschaft in Höhe von 7,6 Mio. Euro prognostiziert.⁵⁸⁸ Ein Umwandlungsprozess gleich welcher Art produziert zunächst einmal Kosten. Ein solches Argument vermag jedoch jedwede neue Rechtsschöpfung zu lähmen und führt faktisch zur Manifestierung des status quo. Diese Folge kann niemand ernstlich anstreben, der auch nur ein wenig an progressiver Entwicklung interessiert ist.

b) Das Ziel der Binnenmarktvertiefung

Zum Zweiten – wenngleich dies von den anderen Punkten kaum strikt zu trennen ist, da das Erreichen dieser Ziele sich wechselseitig bedingt – soll der Binnenmarkt vertieft werden, wobei die möglichst weitgehende Harmonisierung zivilrechtlicher Regeln als Mittel hierzu angesehen wird.⁵⁸⁹ Bei jeder Richtlinie kommt es zu dem Problem, dass die rechtliche Umsetzung in ein mitgliedstaatliches Gesetz die Regelung eben zu einer nationalen macht, wodurch diese Regelung nicht mehr durch den EuGH, sondern durch die jeweiligen mitgliedstaatlichen Gerichte ausgelegt wird. Eine kleinere Einschränkung ergibt sich dabei lediglich insofern, als die nationale Umsetzungsregelung jeweils richtlinienkonform ausgelegt werden muss und die Auslegung der betreffenden Richtlinie wiederum letztlich eine Sache des Europäischen Gerichtshofs ist.⁵⁹⁰

⁵⁸⁷ *Tamm*, EuZW 2007, 756, 761. *Faure*, FS Helmut Koziol (2010), 1385, 1394 f.

⁵⁸⁸ BT-Drucks. 17/12637, S. 2.

⁵⁸⁹ *Faure*, FS Helmut Koziol (2010), 1385, 1390.

⁵⁹⁰ *Vogenaue*r, ZEuP 2005, 234, 238.

Dadurch kommt es zwangsläufig zu einem Divergieren der Regelung von den Umsetzungsvarianten der anderen Mitgliedstaaten auch in materieller Hinsicht.⁵⁹¹ Bei nicht vollharmonisierenden Richtlinien kommt neben der unterschiedlichen Einkleidung der europarechtlich geforderten Ziele auch eine unterschiedliche Tiefe der nationalen Regelungen hinzu. Dies steht dem Ziel der Vollendung des Binnenmarktes als einem homogenen Rechts- und Wirtschaftsraum entgegen. Die dabei gelegentlich vorgetragene Kritik, der Vollendung des Binnenmarktes stünden noch weitere Hindernisse im Wege, so dass die Vollharmonisierung lediglich einiger weniger Teile des Zivilrechts nicht ausreiche,⁵⁹² erscheint geradezu ermüdend. Mit diesem Argument lässt sich jedwede Reformbewegung und jedweder Schritt in die richtige Richtung untergraben. Die Vertiefung des Binnenmarktes soll auch dadurch geschehen, dass die Verbraucher sich beim Abschluss von Verträgen mit Unternehmen in oder aus anderen Mitgliedstaaten nicht mehr in einer (vermeintlichen) terra incognita bewegen, sondern Zutrauen finden, denselben Schutz vorzufinden wie in ihrem Heimatstaat.⁵⁹³

Dabei gilt es zu Recht als förderlich, dass Verbraucher heutzutage weit mehr als in früheren Zeiten sich der Möglichkeiten des Binnenmarktes bedienen (können), etwa, indem sie vermehrt reisen oder im Internet grenzüberschreitend konsumieren. Gleiches gilt für die Anbieterseite. Wenn Unternehmer grenzüberschreitend (und oftmals über das Medium Internet) ihre Produkte anbieten können, so ist dies der Vertiefung des Binnenmarktes förderlich.⁵⁹⁴ Die Vollharmonisierung soll auf beiden Seiten Vertrauen stärken und dadurch dem großen Binnenmarktprojekt weiter zur Realisierung verhelfen.

⁵⁹¹ *Vogenauer*, ZEuP 2005, 234, 238.

⁵⁹² *Faure*, FS Helmut Koziol (2010), 1385, 1394.

⁵⁹³ *Tamm*, EuZW 2007, 756, 761.

⁵⁹⁴ *McKendrick*, in: *Vogenauer/Weatherill* (Hrsg.), *The Harmonisation of European Contract Law* (2006), 5, 14.

c) Das Ziel des Verbraucherschutzes

Schließlich sollen mit dem Konzept der Vollharmonisierung auch die Verbraucher einen umfassenden Schutz erfahren.⁵⁹⁵ Zumindest dieses Ziel spricht jedoch keineswegs gegen die Ausweitung verbraucherschützender Rechte auf ähnliche Rechtsmaterien durch nationale Organe im Wege der Analogie, ganz im Gegenteil: Beim Konzept der Vollharmonisierung besteht gerade die Gefahr, dass in einzelnen mitgliedstaatlichen Regelwerken vorhandene oder geplante höhere Verbraucherschutzniveaus auf ein einheitliches, niedrigeres Niveau abgesenkt werden.⁵⁹⁶ Dies gilt sogar in zweierlei Weise: Zum einen wird die getroffene Regelung sich kaum am höchsten Standard ausrichten, so dass zumindest für die Bürger von Mitgliedstaaten mit einem relativ hohen Schutzniveau dieses unmittelbar gesenkt wird. Zum anderen wird es durch die Aufgabe des Grundsatzes der Mindestharmonisierung den Mitgliedstaaten verwehrt, auf diesem Gebiet „Nachbesserungen“ nach oben vorzunehmen.⁵⁹⁷ Selbst wenn ein Mitgliedstaat Inkohärenzen oder schlicht materielle Ungerechtigkeiten erkennt, so ist ihm die Möglichkeit genommen, diese selbst auszugleichen. Er bleibt auf seine Einwirkungsmöglichkeiten innerhalb der europäischen Gesetzgebungsprozesse, das heißt insbesondere im Rat, verwiesen.

Gleichwohl ist dies nur scheinbar ein neues Problem: So kann auch ein Bundesland in Bereichen, in denen es keine Kompetenzen hat, eine von diesem gewünschte Regelung nicht selbst herbeiführen. Umgekehrt gilt dies auch für den Bund im Verhältnis zu den Ländern; ebenso für die Gemeinden im Verhältnis zu den anderen Ebenen, etc. Die fehlende Möglichkeit, ergänzend tätig zu werden, ist also ein „Kollateralschaden“ des föderalen Systems, der sich im Endeffekt sogar als effizient erweisen mag. Denn ob die fragliche Regelung wirklich sinnvoll ist, sollte eher eine einzelne Ebene entscheiden, als dass verschiedene Ebenen im gleichen Feld tätig werden und dort mitunter – je nach politischer Ausrichtung –

⁵⁹⁵ RL 2011/83/EU, Erwägungsgrund (7). Dies wird von Teilen der Literatur bezweifelt, s. *Micklitz/Reich*, EuZW 2009, 279, 280; *Tonner*, VuR 2010, 172.

⁵⁹⁶ *Gessner*, *Widerrufsrecht und Widerrufsbelehrung im deutschen und europäischen Verbraucherrecht* (2009), 234 f. Vgl. zu Deutschland: *Tamm*, EuZW 2007, 756, 760.

⁵⁹⁷ *Micklitz/Reich*, EuZW 2009, 279, 286.

sogar antagonistisch agieren. Ein angemessenes Korrektiv einer klaren Kompetenzverteilung ist mit den Mitwirkungsmöglichkeiten an den Gesetzgebungsprozessen auf der jeweils höheren Ebene gegeben – sei es im Bundesrat des Bundesstaates oder dem (Minister-)Rat der Union.

Ohnehin ist das Problem hier nur in Teilen gegeben, da der Unionsrechtsgeber den Verbraucherschutz keineswegs vollumfassend regelt. Vielmehr verbleibt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eigener Gestaltung in den durch das jeweilige Sekundärrecht nicht geregelten Bereichen. Wie diese Bereiche umrissen werden, ist nicht ganz einfach festzustellen und wird im Folgenden zu erörtern sein.⁵⁹⁸

Wie oben unter § 2 II gezeigt, ist der Verbraucherschutz lediglich dann ein Ziel der Unionspolitik, wenn er sich im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarktes bewegt. Dies gilt freilich auf für diejenigen Politiken, welche die Vollharmonisierung als Instrument nutzen. Der europäische Verbraucher soll Vertrauen gewinnen, so dass er die Angebotsvielfalt des Binnenmarktes intensiver nutzt. Die Vollharmonisierung soll dem Verbraucher in doppelter Hinsicht zugutekommen: Einerseits läuft er Gefahr, durch fehlende Aktivitäten auf ausländischen Märkten günstige Angebote zu verpassen. Ein gesteigertes Vertrauen in äquivalente oder gar identische Schutzreglements auf allen unionsweiten Märkten soll den Verbraucher ermutigen, auch grenzüberschreitend tätig zu werden. Andererseits sehen sich Unternehmen gegenwärtig gezwungen, solche Kosten an die Verbraucher weiterzugeben, die mit dem bestehenden Nebeneinander zahlreicher verschiedener mitgliedstaatlicher Rechtsordnungen einhergehen (s.o.). Wenn Unternehmen diese Kosten aber einsparen können, so käme dies mittelbar auch dem Konsumenten in Form niedrigerer Preise zugute.⁵⁹⁹

Gleichwohl bleibt festzuhalten, dass der Verbraucher durch Art. 6 der Rom I-VO⁶⁰⁰ bereits einen zumindest dem Heimatrecht vergleichbaren Schutz erfährt, ohne dass dies bahnbrechende Auswirkungen auf die Nutzung

⁵⁹⁸ S. sogleich unter § 6 II.

⁵⁹⁹ Eingehend hierzu *Mittwoch*, Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht (2013), 124.

⁶⁰⁰ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I).

grenzüberschreitender Angebote gehabt hätte.⁶⁰¹ Dies mag auch an der (den Bürgern nicht vorwerfbaren) Unwissenheit des Verbrauchers über seine Rechte liegen, wobei selbstredend in Frage steht, ob vollharmonisierende Verbraucherschutzrichtlinien hieran etwas ändern. Ob die Unternehmen tatsächlich ersparte Kosten für die Absicherung von Rechtsunsicherheiten an den Verbraucher weitergeben würden, erscheint zumindest recht unsicher, so dass auch dieses Argument auf tönernen Füßen steht. Schwerer wiegen die Vorteile für Unternehmen, die sich auf einheitliche Rahmenbedingungen verlassen können, was mittelbar durch stärkeren Konkurrenzdruck auch dem Verbraucher zugutekäme – sei es durch gestiegene Qualität oder sinkende Preise der Angebotspalette anbietender Unternehmen.⁶⁰² Diese marktidealen Phänomene mögen in der Realität selbstredend nicht stets ihre Entsprechung finden.

Bei der Festlegung eines bestimmten Verbraucherschutzniveaus kommt es nicht lediglich auf die Frage an, ob das Niveau besonders hoch oder niedrig angelegt ist. Mindestens ebenso relevant ist auch für den Verbraucher, ob die eingeräumten Rechte z.B. verständlich und praktisch durchsetzbar sind sowie ob ein möglichst hohes Maß an Rechtssicherheit gewährleistet ist.⁶⁰³

d) Zwischenergebnis zu 5)

Die neuen vollharmonisierenden Maßnahmen inklusive ihres prominentesten Vertreters, der Verbraucherrechterichtlinie, dienen mithin den genannten drei Zielen: der Förderung des Wirtschaftswachstums, der Vertiefung des Binnenmarktes sowie der Intensivierung des Verbraucherschutzes. Diese Ziele hängen allesamt voneinander ab und bedingen sich wechselseitig. Eigenständige Maßnahmen der Mitgliedstaaten dürften diesen Zielen zumindest nicht zuwiderlaufen. Diese Gefahr besteht bezüglich der ersten beiden Ziele durchaus. Was das Ziel eines vertieften Verbraucherschutzes anbelangt, würde ein

⁶⁰¹ *Oehler*, in: Stürner (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?* (2010), 99, 109.

⁶⁰² Vgl. *Oehler*, in: Stürner (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?* (2010), 99, 109.

⁶⁰³ *Riehm*, *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2009, 159, 203.

mitgliedstaatliches Voranschreiten dieses jedoch nicht konterkarieren, sondern ganz im Gegenteil sogar fördern. Ein richterrechtlich geschaffenes Widerrufsrecht behindert somit die hinter dem Vollharmonisierungskonzept stehenden Ziele auf den ersten Blick teilweise. Es gilt jedoch zu beachten, dass auch das Vollharmonisierungskonzept eben nur innerhalb seines Anwendungsbereiches harmonisieren möchte. Versteht man es nicht als Zwischenschritt auf dem Weg zu einem vollständig harmonisierten europäischen Zivilrecht, so betreffen mitgliedstaatliche Eigeninitiativen die angeführten Ziele nicht. Es soll zwar ein Binnenmarkt geschaffen werden, jedoch zumindest durch die aktuellen Richtlinien eben nur innerhalb ihrer jeweiligen Anwendungsbereiche. Auch wenn das Primärrecht den Binnenmarkt umfassend erreichen möchte, so könnten Mitgliedstaaten andernfalls im Grunde überhaupt keine eigenen Gesetze mehr erlassen, da diese stets die Vollendung des Binnenmarkts im Sinne einer vollständigen Harmonisierung der Rechtsordnungen behindern würde. Das hinter dem Vollharmonisierungskonzept stehende Ziel der Binnenmarktvertiefung wie auch dasjenige der Förderung des Wirtschaftswachstum soll demnach mit den konkret eingesetzten Instrumenten erreicht werden, um im diesem konkreten Regelungsbereich harmonisierte Normen zu schaffen. Das Ziel einer vollständigen Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen besteht keineswegs.

Die Ziele des Vollharmonisierungskonzepts sind damit in einer materiellen Wertung nur in Fällen zu beachten, in denen der Anwendungsbereich der vollharmonisierenden Richtlinien betroffen ist. Außerhalb dieser Anwendungsbereiche (hierzu sogleich) können mitgliedstaatliche Organe diese Ziele weitgehend ignorieren.⁶⁰⁴

⁶⁰⁴ Die gilt freilich nur innerhalb der Grenzen des unionsrechtlichen Loyalitätsgebots.

II. Die Rechtmäßigkeit einer Analogiebildung bei Bestehen vollharmonisierender europarechtlicher Vorgaben

1) Grundsätzliches

a) Ermächtigung durch das europäische Primärrecht

Zunächst stellt sich die Frage, ob die Bildung von Analogien durch Organe der Mitgliedstaaten rechtmäßig ist, wenn vollharmonisierende Maßnahmen bestehen. Es wäre denkbar, den Grundsatz aus Art. 169 Abs. 4 AEUV, wonach die Mitgliedstaaten nicht gehindert sind, in Fällen des Abs. 3 strengere Schutzvorschriften zu erlassen, hier anzuwenden. Dann würde das europäische Primärrecht den Mitgliedstaaten über den Regelungsgehalt der Richtlinien hinausgehende Eigeninitiativen ausdrücklich gestatten. Somit wären im Sekundärrecht angeordnete Vollharmonisierungsprinzipien für die Mitgliedstaaten insoweit irrelevant.

Besagter Abs. 3 bezieht sich ausweislich seines Wortlautes jedoch nur auf Fälle des Abs. 2 lit.b), wohingegen bei der Vollharmonisierung mit dem Ziel, den Binnenmarkt zu vertiefen, nicht lit.b), sondern lit.a) die einschlägige Norm ist. Eine ausdrückliche primärrechtliche Ermächtigung der Mitgliedstaaten zum eigenständigen Voranschreiten im Verbraucherschutzrecht existiert somit nicht. Ob die Mitgliedstaaten also im Geltungsbereich vollharmonisierender Richtlinien in rechtmäßiger Weise Analogien zu bestehenden Widerrufsrechten bilden können, ist nicht in Ansehung des § 169 AEUV zu betrachten.

b) Die Handlungsmöglichkeiten der Gerichte

Neben der Exekutive und der Legislative trifft auch die mitgliedstaatlichen Gerichte die Verpflichtung, sich unionsrechts- und damit auch richtlinien-treu zu verhalten.⁶⁰⁵ Die europarechtliche Ebene sieht die nationale Ebene insoweit als eine Art „black box“. Die Vollharmonisierung schränkt neben den

⁶⁰⁵ *Ihns*, Entwicklung und Grundlagen der europäischen Rechtsangleichung (2005), 37 f.

Handlungsspielräumen der nationalen Legislativorgane mithin auch diejenigen der nationalen Gerichte ein, indem diese ihren „Rettungsanker“ einer Auslegung „in dubio pro consumptore“⁶⁰⁶ verlieren, den sie bei Richtlinien mit Mindestharmonisierungsklauseln noch für sich in Anspruch nehmen konnten.⁶⁰⁷ Über eine solche Möglichkeit verfügen die mitgliedstaatlichen Gerichte lediglich in Fällen, die von der vollharmonisierenden Richtlinie nicht abgedeckt werden sollen. Außerhalb des Anwendungsbereiches einer Richtlinie („extra muros“) verbleibt den Mitgliedstaaten, und damit auch den nationalen Gerichten, die Möglichkeit zur Regelung des Sachverhaltes.⁶⁰⁸ Bei Vorliegen einer Mindestharmonisierungsklausel wie auch der Anordnung einer Vollharmonisierung sind die mitgliedstaatlichen Organe also nicht gleichermaßen gehindert, dem Verbraucher einen stärkeren Schutz angedeihen zu lassen.⁶⁰⁹ Dies folgt bereits aus dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung gem. Art. 5 I und II EUV sowie Art. 2 AEUV und der damit verbundenen originären Souveränität der Mitgliedstaaten.⁶¹⁰ Dem gegenüber stehen die Spielräume „intra muros“.⁶¹¹ Diese sind naturgemäß nur so groß, wie sie der Text des europäischen Gesetzes zulässt, mithin bei einer vollharmonisierenden Richtlinie oder einer Verordnung minimal. Die Spielräume extra muros resultieren aus den nationalen und der europäischen Verfassung, wohingegen diejenigen intra muros abgeleiteter Natur sind, nämlich unmittelbar aus den jeweiligen inhaltlichen Bestimmungen des europäischen Sekundärrechts folgen.⁶¹² Die in den Richtlinien oftmals niedergeschriebenen Öffnungsklauseln sind demzufolge, da sie die Spielräume extra muros betreffen, eher eine Art Auslegungshilfe: Die Richtlinie möchte nicht

⁶⁰⁶ *Tacou*, Das Verbot von Umgehungsgeschäften (2013), 65 m.w.N.

⁶⁰⁷ *Riehm*, in: *Gsell/Herresthal* (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), 83, 84 f.

⁶⁰⁸ *Gsell/Schellhase*, JZ 2009, 20, 23 f., formulieren, der nationale Gesetzgeber dürfe innerhalb der „Löcher im Käse“ (gemeint sind die Gebiete, in denen der europäische Richtliniengeber noch untätig war) frei agieren.

⁶⁰⁹ *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers (1998), 321.

⁶¹⁰ *Rittner*, JZ 1995, 849, 850 f.; *Riehm*, in: *Gsell/Herresthal* (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), S. 83, 86 f.; *Ohler*, in: *Hummer* (Hrsg.), Neueste Entwicklungen im Zusammenspiel von Europarecht und nationalem Recht der Mitgliedstaaten (2010), 147, 157.

⁶¹¹ *Vogelauer*, ZEuP 2005, 234, 241, kritisiert derartige Kategorisierungen als sehr deutschrechtlich. Ein durchschnittlicher britischer Rechtsgelehrter beispielsweise betrachte die Unterteilung der Rechtsfortbildung in die Bereiche *intra*, *extra* oder *contra* legem als keineswegs notwendig.

⁶¹² *Riehm*, in: *Gsell/Herresthal* (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), 83, 86 f.

ein Mehr regeln. Das bedeutet jedoch nicht, dass die Richtlinie originär den Mitgliedstaaten die Kompetenz zum Handeln außerhalb ihrer Mauern zubilligen könnte. Eine solche Kompetenz folgt eben aus dem Verfassungsrecht (dem der Mitgliedstaaten und dem der Union) und der hieraus resultierenden Kompetenzverteilung zwischen den verschiedenen Ebenen, also was das europäische Verfassungsrecht anbelangt insbesondere auch aus den Prinzipien der begrenzten Einzelermächtigung sowie der Subsidiarität.⁶¹³

In zutreffender Weise postuliert auch der EuGH in der Entscheidung *Rabobank*⁶¹⁴, dass in von der jeweiligen Richtlinie nicht umfassten Regelungsbereichen die Zuständigkeit der nationalen Gesetzgeber eröffnet sind. Für die Beantwortung der Frage, welcher Gestaltungsspielraum den Mitgliedstaaten verbleibt, kommt es demnach auf die möglichst exakte Bemessung der Anwendungsbereiche der jeweiligen Richtlinien an.⁶¹⁵ Die Richtlinie ist dabei nur insoweit abschließend, als sie die fragliche Problematik auch umfasst.⁶¹⁶ Es ist also zu fragen, ob die Richtlinie nach ihrer Zielsetzung verhindern will, dass die Mitgliedstaaten die durch diese angeordnete Rechtsfolge auch auf andere Regelungsbereiche ausweitet, oder ob dies nicht der Fall ist.⁶¹⁷ Dies ist durch klassische Auslegung des jeweiligen Gesetzestextes zu ermitteln.⁶¹⁸

Genau genommen sind Bestimmungen, die Bereiche betreffen, die durch das EU-Sekundärrecht gar nicht (mit-)geregelt werden, gar keine von diesem abweichende Regelungen, sondern stehen gleichsam neben diesen.⁶¹⁹ Mögliche Analogien

⁶¹³ *Gsell/Schellhase*, JZ 2009, 20, 23; *Riehm*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009, 159, 196 f.

⁶¹⁴ EuGH 16.12.1997 – Rs. C-104/96, Slg. 1997, I-7211, Rn. 22-24 - Coöperatieve Rabobank Vecht en Plassengebied BA/Erik Aarnoud Minderhoud; hierzu auch: *Hakenberg*, ZEuP 1998, 909, 924.

⁶¹⁵ *Jäger*, Überschießende Richtlinienumsetzung im Privatrecht (2006), 33 f.; *Micklitz/Reich*, EuZW 2009, 279, 280; *Mak*, ERPL 2009, 55, 59.

⁶¹⁶ *Schnorbus*, RabelsZ 65 (2001), 654, 685 f.; *Riehm*, JZ 2006, 1035, 1037 f.; *Schürnbrand*, ZBB 2008, 383, 384.

⁶¹⁷ *Riehm*, JZ 2006, 1035, 1040.

⁶¹⁸ *Riehm*, in: *Gsell/Herresthal* (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), S. 83, 88; *Frenz*, Handbuch Europarecht: Bd. 6: Europäische Grundfreiheiten (2011), Rn. 351 f.

⁶¹⁹ *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003), S. 156; so wohl auch *Gsell/Schellhase*, JZ 2009, 20, 22.

stehen auf einer anderen rechtlichen Basis als die auf EU-Richtlinien basierenden Widerrufsrechte. Die Richtlinien fungieren dabei lediglich als eine Art „Modell“ für das neue Widerrufsrecht.⁶²⁰ Damit ist jedwede Harmonisierungsmaßnahme – gleich, ob sie einen Mindeststandard aufstellt oder vollharmonisierend wirken soll – insofern unvollkommen, als ihre Sperrwirkung gegenüber eigenständigen Legislativakten der Mitgliedstaaten auf ihren jeweiligen sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich begrenzt ist. Darüber hinaus verbleiben den Mitgliedstaaten jeweils Spielräume zur eigenständigen Ausgestaltung von Antworten auf rechtliche Fragestellungen.⁶²¹ Der nationale Gesetzgeber unterliegt außerhalb des Anwendungsbereiches der Richtlinie keinerlei Bindung an deren Inhalt, kann sich deren Regelungsinhalt oder –methodik jedoch zum Vorbild nehmen, wenn er dies für opportun hält.⁶²² Dies muss gleichsam für den rechtsgestaltend wirkenden Richter gelten.

Die Frage, welchen Rahmen die Vollharmonisierung betreffen soll, ist umstritten und noch nicht abschließend geklärt. Insbesondere die Kommission scheint selbst unentschlossen zu sein, inwieweit es Mitgliedstaaten erlaubt sein soll, eigene Regelungen zu treffen.⁶²³

2) Kriterien für die Eingrenzung mitgliedstaatlicher Handlungsspielräume

Riehm schlägt zur Bestimmung des Regelungsbereiches der jeweiligen Richtlinie vor, nach einer „Erweiterung des Anwendungsbereiches“ einerseits und einer „modifizierenden Umsetzung“ andererseits zu differenzieren.⁶²⁴ Ersteres umfasse beispielsweise eine Erweiterung des geschützten Personenkreises und sei – da der Mitgliedstaat sich damit außerhalb des Regelungsbereiches der Richtlinie bewege – grundsätzlich zulässig. Letzteres hingegen soll eine mitgliedstaatliche Regelung

⁶²⁰ *Mak*, ERPL 2009, 55, 60.

⁶²¹ *Behrens*, in: Everling/Roth (Hrsg.), Mindestharmonisierung im Europäischen Binnenmarkt (1997), 33.

⁶²² *Furrer*, Die Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen (1994) 113 f., 219 f.; *Brandner*, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien (2003), 12.; *Riehm*, JZ 2006, 1035, 1036.

⁶²³ MünchKomm/ *Micklitz* (6. Aufl. 2012), Vor § 13 BGB Rn. 40.

⁶²⁴ *Riehm*, JZ 2006, 1035, 1036.

umfassen, die den Verbrauchern mehr Rechte einräumt. Dies stelle eine Abweichung vom Regelungsgebot der Richtlinie dar und sei demnach unzulässig. Nicht vom Regelungsbereich des europäischen Sekundärrechts umfasst wäre danach beispielsweise eine Regelung, welche den Verbraucherbegriff umfassender definiert, als dies die europäische Vorgabe vorsieht.⁶²⁵

a) Ansätze der Rechtsprechung

Der EuGH hat hierzu insofern Stellung genommen, als er eine mitgliedstaatliche Regelung, die verbraucherschützende Normen auch auf Gewerbetreibende ausweitet, als nicht mehr vom Regelungsbereich der Richtlinie umfasst ansah. Die Richtlinie umfasse lediglich das Gebiet des Verbraucherschutzes, nicht dasjenige des Schutzes der Gewerbetreibenden.⁶²⁶ Andere Prämissen scheinen einer Entscheidung des BGH zugrunde zu liegen, in welcher dieser die Verbraucher- oder Unternehmereigenschaft des widerrufenden Bürgen (konkret ging es um den Widerruf des Sicherungsvertrages, welcher in einer Haustürsituation geschlossen wurde) mit der Begründung als irrelevant ansah, Art. 8 der Haustürgeschäfte-Richtlinie beinhalte eine Öffnungsklausel und stehe daher einer solchen Auslegung der nationalen Normen nicht entgegen.⁶²⁷ Diese im Ergebnis sicherlich zustimmungswürdige Betrachtungsweise beruht ersichtlich auf der Annahme des BGH, sich innerhalb des Anwendungsbereiches der Richtlinie zu befinden.⁶²⁸ Dabei ist der Linie des EuGH in der oben zitierten Entscheidung zu folgen, wonach man sich bei einer horizontalen Ausweitung außerhalb des Regelungsbereiches der Richtlinie bewegt. Demnach wäre es in der diskutierten Situation gar nicht auf eine Öffnungsklausel angekommen.

Der Gerichtshof erklärt in einer anderen Entscheidung eine mitgliedstaatliche Maßnahme für richtlinienwidrig, welche den 500 Euro-Selbstbehalt des Geschädigten aus Art. 9 lit.b der Produkthaftungsrichtlinie ignoriert und einem

⁶²⁵ Hierzu unentschieden *Danco*, WM 2003, 853, 860 und *Micklitz/Reich*, EuZW 2009, 279, 281.

⁶²⁶ EuGH 14.3.1991- Rs. C-361/89, Slg. 1991, I-1198, Rn. 22 – Patrice di Pinto.

⁶²⁷ BGH 10.1.2006, BGHZ 165, 363-371.

⁶²⁸ *Riehm*, JZ 2006, 1035, 1037.

derart Geschädigten den vollen Schadensersatz zubilligt.⁶²⁹ Dabei ist erneut eine Auslegung der Richtlinie vorzunehmen: möchte die Richtlinie die Schäden unterhalb des Betrags von 500 Euro nicht regeln und bewegt sich der Mitgliedstaat bei der Einbeziehung derselben außerhalb des Anwendungsbereichs der Richtlinie oder handelt es sich um eine negative Regelungsvorgabe?⁶³⁰ Der Linie des Gerichtshofs ist insofern zuzustimmen, als der durch die Richtlinie bestimmte Selbstbehalt sinnlos wäre, wenn er durch einen Mitgliedstaat ignoriert würde. Der Ansatz, Schäden unter 500 Euro seien vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen und dürften daher durch die Mitgliedstaaten eigenständig geregelt werden, geht erkennbar an der Intention des Richtliniengebers vorbei.⁶³¹ Hier liegt eine negative Regelungsanordnung des europäischen Sekundärrechts vor.

Eine ähnliche Konstellation lag der späteren Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *Moteurs Leroy Somer gegen Dalkia France und Ace Europe*⁶³² zugrunde. Die Produkthaftungsrichtlinie 85/374/EWG schließt in ihren Schadensdefinitionen (Art. 9 lit.b) Schäden aus, die an gewerblich genutzten Sachen entstanden sind. Ein solcher Ausschluss ist dem französischen Produkthaftungsrecht jedoch fremd. Das französische Recht enthält somit umfassendere Schutzmechanismen. Der Gerichtshof stellte in seinem Urteil fest, derartige Schäden an gewerblich genutzten Sachen bewegten sich außerhalb des Geltungsbereichs der Richtlinie. Eine eigenständige nationale Regelung sei daher zulässig.⁶³³ Die Entscheidung wird teilweise als der vorab genannten Entscheidung aus dem Jahr 2002 widersprechend kritisiert.⁶³⁴ Diese vom EuGH vorgenommene Differenzierung ergibt jedoch durchaus Sinn. Art. 9 lit.b der Richtlinie spricht davon, der Begriff des „Schadens“ im Sinne dieser Richtlinie umfasse nur Einbußen, welche an privat genutzten Gegenständen entstehen. Dies

⁶²⁹ EuGH 25.4.2002 – Rs. C-52/00, Slg. 2002, I-3827 – Kommission/Französische Republik.

⁶³⁰ *Riehm*, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), 83, 92.

⁶³¹ Hierzu auch *Riehm*, JZ 2006, 1035, 1042 ff.

⁶³² EuGH 4.6.2009 – Rs. C-285/08, Slg. 2009 I-4733 - *Moteurs Leroy Somer / Dalkia France und Ace Europe*.

⁶³³ Insbesondere in den Rz. 27 und 28.

⁶³⁴ *Riehm*, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), 83, 92.

spricht sehr für eine Eingrenzung des sachlichen Anwendungsbereiches. Die Festlegung einer „Selbstbeteiligung“ des Geschädigten deutet im Gegensatz dazu jedoch darauf hin, dass der Geschädigte nach der Intention des Richtliniengebers tatsächlich den Schaden zu einem Teil selbst tragen soll, enthält also eine negative Regelungsanordnung. Dem erstgenannten Urteil lag mithin eine andere rechtliche Konstellation – wenn auch innerhalb derselben Richtlinie – als dem zweitgenannten zugrunde.

b) Ansätze der Literatur

Teile der Literatur⁶³⁵ möchten die Abgrenzung danach vornehmen, ob der Mitgliedstaat eine Maßnahme auf der Tatbestandsseite einer Norm ergreift (dann liege eine zulässige Erweiterung des Anwendungsbereiches vor) oder eine solche auf der Rechtsfolgenseite (dann handle es sich um eine unzulässige modifizierende Umsetzung). Die Rechtsfolge dürfe nur auf Sachverhalte parallel angewandt werden, wenn diese außerhalb der Kompetenzen der Union liegen oder wenn eine Auslegung der Richtlinie ergibt, dass eine Parallele erlaubt ist.⁶³⁶ Diese Unterscheidung ist jedoch insofern ungeeignet, als einzelne Abweichungen vom Regelungsinhalt der Richtlinie nicht klar der Tatbestands- oder Rechtsfolgenseite zuzuordnen sind. Beispielsweise kann der Selbstbehalt von 500 Euro insofern als Tatbestandsmerkmal anzusehen sein, als Schäden unterhalb dieses Betrags vom Tatbestand in sachlicher Hinsicht nicht betroffen sind. Andererseits stellt die Frage der Höhe der Ersatzpflicht einen klassischen Aspekt der Rechtsfolgenseite dar.⁶³⁷

⁶³⁵ *Brandner*, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien (2003), 13 f. führt hierzu das Beispiel von § 241a BGB an. Art. 9, Spiegelstrich 2 der Fernabsatzrichtlinie (97/7/EG) verlangt von den Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass der Empfänger unbestellter Waren „von jedweder Gegenleistung“ befreit ist. *Brandner* will daraus entnehmen, die Richtlinie verlange nur den Ausschluss vertraglicher Ansprüche, wohingegen der Bundesgesetzgeber (BT-Drucks. 14/2658 S. 23 f., 46) mit der Begründung, der Begriff der Gegenleistung sei europarechtlich autonom auszulegen, zu Recht die Einbeziehung des Ausschlusses gesetzlicher Ansprüche als vom Wortlaut der Richtlinie umfasst ansieht. *Brandner* sieht hierin eine überschießende Umsetzung auf Rechtsfolgenseite, die nur bei Vorliegen von Öffnungsklauseln zulässig wäre.

⁶³⁶ *Riehm*, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), 83, 94.

⁶³⁷ So auch *Riehm*, JZ 2006, 1035, 1038.

Wiederum vorgeschlagen wird eine Unterscheidung nach dem jeweils betroffenen Lebenssachverhalt.⁶³⁸ Der Anwendungsbereich, dessen Erweiterung hierbei als zulässig betrachtet wird, beinhalte die Menge aller Sachverhalte, für welche die Mitgliedstaaten eine Rechtsfolge vorsehen müssten. Der Regelungsinhalt, dessen Modifikation stets unzulässig sei (abgesehen von Fällen, in denen die Richtlinie eine Öffnungsklausel vorsieht), umfasse die jeweilige Relation zwischen Sachverhalt und Rechtsfolge. Letzteres liege vor, wenn die Richtlinie den Mitgliedstaaten für den jeweiligen Lebenssachverhalt eine konkrete Rechtsfolge vorgibt. Lediglich in Fällen, in denen die Richtlinie überhaupt keine Rechtsfolge vorsieht, sei ihr Anwendungsbereich nicht eröffnet und der Mitgliedstaat frei, seine Rechtsordnung nach eigenem Ermessen auszuformen.⁶³⁹

Diese Art der Differenzierung erscheint etwas ungenau. Kaum sind Fälle denkbar, in denen in einer Richtlinie keinerlei Rechtsfolge vorgesehen wird, weil die Anordnung von Rechtsfolgen gerade das Wesen einer Regelung ist, will sie nicht bloße Zielbestimmung sein. Letztlich vermögen auch diese Unterscheidungskriterien nicht darüber hinweg zu täuschen, dass stets herausgearbeitet werden muss, welche Fälle der Richtliniengeber als umfasst ansehen wollte und welche nicht.

Auch eine weitere Theorie, wonach die Vollharmonisierung ein Verbot der Ausweitung des sachlichen, möglicherweise aber nicht des persönlichen Anwendungsbereiches umfasse,⁶⁴⁰ wirkt sowohl in ihrer dogmatischen Grundlage als auch in ihrem rechtspolitischen Ergebnis recht willkürlich.

Die diskutierten Ansätze erscheinen eher wenig geeignet für eine Differenzierung nach zulässiger und unzulässiger Entwicklung der mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.

⁶³⁸ *Riehm*, JZ 2006, 1035, 1038.

⁶³⁹ *Riehm*, JZ 2006, 1035, 1038.

⁶⁴⁰ *MünchKomm/Micklitz* (6. Aufl. 2012), Vor §§ 13, 14 BGB Rn. 40 diskutiert diese Möglichkeit, ohne sich festzulegen.

c) Eigener Ansatz

Dem gegenüber steht der Ansatz, wonach das Gebot der Vollharmonisierung lediglich das Verbot qualitativer, vertikaler Abweichungen der mitgliedstaatlichen Regelungen von den Richtlinienbestimmungen umfasst. Anders ausgedrückt, ist bei einem derartigen Vorgehen die Harmonisierungsintensität betroffen, im Gegensatz zum Harmonisierungsumfang, der horizontalen Abweichung.⁶⁴¹ Die Umsetzung in quantitativer, horizontaler Hinsicht, was also einen erweiterten sachlichen oder persönlichen Anwendungsbereich anbelangt, obliegt damit weiterhin der Rechtsetzungsverantwortung der Mitgliedstaaten.⁶⁴²

Eine ähnliche Richtung deutet das Sekundärrecht selbst an, wenn beispielsweise Erwägungsgrund 9 der Verbraucherkreditrichtlinie⁶⁴³ bestimmt:

„Den Mitgliedstaaten sollte es deshalb nicht erlaubt sein, von dieser Richtlinie abweichende innerstaatliche Bestimmungen beizubehalten oder einzuführen. Diese Einschränkung sollte jedoch nur in den Fällen gelten, in denen Vorschriften durch diese Richtlinie harmonisiert werden. Soweit es keine solchen harmonisierten Vorschriften gibt, sollte es den Mitgliedstaaten freigestellt bleiben, innerstaatliche Rechtsvorschriften beizubehalten oder einzuführen.“

aa) Praktische Beispiele

Verboten wäre also beispielsweise eine Regelung, welche die vollharmonisierte Widerrufsfrist des Verbrauchers verlängern oder die Anforderungen an die Form der Widerrufserklärung lockern oder strikter handhaben würde. Die deutsche Regelung des § 355 II 3 BGB, wonach eine verspätete Widerrufsbelehrung eine

⁶⁴¹ *Ahmling*, Analogiebildung durch den EuGH im Europäischen Privatrecht (2012), 180.

⁶⁴² So i.E. auch *Meyer-Schwickerath*, Der Unternehmer als Schutzgegner des Verbrauchers (2010), 20 f. sowie *Hau*, in: Stürner, Michael (Hrsg.), Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht? (2010), 143, 149. *Ahmling*, Analogiebildung durch den EuGH im Europäischen Privatrecht (2012), 184.

⁶⁴³ Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates.

Verlängerung der Widerrufsfrist hin zu einem Monat zur Folge hat, ist unter Gesichtspunkten der Vollharmonisierung recht fragwürdig.⁶⁴⁴ Der deutsche Gesetzgeber begründete die Ausweitung mit der Notwendigkeit einer Sanktion bei fehlerhafter oder nicht erfolgter Widerrufsbelehrung des Unternehmers.⁶⁴⁵ Dieser Gedanke spielte wohl auf Art. 23 der Verbraucherkreditrichtlinie⁶⁴⁶ an, wonach die Mitgliedstaaten Sanktionen zur Durchsetzung der Richtlinienbestimmungen beschließen sollen.⁶⁴⁷ Durch die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie wurde diese Sanktion in dem neuen § 356b II 2 BGB zwar auf die Widerrufsmöglichkeit bei Darlehensverträgen beschränkt; dies ändert jedoch nichts an ihrer möglichen Richtlinienwidrigkeit. Der europäische Gesetzgeber mag unter der Aufforderung, Sanktionen einzuführen, eher das Knüpfen anderer Rechtsfolgen verstanden haben als die Ausweitung der bereits durch die Richtlinie angeordneten. Andernfalls besteht erneut die als unbefriedigend empfundene Situation, dass europaweit wiederum unterschiedliche Widerrufsfristen gelten, selbst wenn die für den Regelfall (also bei ordnungsgemäß erfolgter Widerrufsbelehrung) vorgesehene Widerrufsfrist harmonisiert ist.⁶⁴⁸ Die französische Legislative beispielsweise hat in diesem Zusammenhang eine unionsrechtlich unbedenkliche Lösung gefunden, indem sie dem Geschäftsführer des unzureichend informierenden Unternehmens eine Strafe auferlegt.⁶⁴⁹ Gleichsam unproblematisch wären in diesem Zusammenhang beispielsweise aufsichtsrechtliche Instrumente des Staates sowie die Einräumung lauterkeitsrechtlicher Ansprüche von Wettbewerbern oder von Kompensationsmöglichkeiten des Verbrauchers, im deutschen Recht beispielsweise aus §§ 280 I, 241 II BGB.⁶⁵⁰

⁶⁴⁴ *Schinkels*, JZ 2009, 774, 777 in dessen Fn. 25.

⁶⁴⁵ Vgl. den Gesetzesentwurf der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/11643, S. 71. So auch *Schinkels*, JZ 2009, 774, 776; *MünchKomm/Masuch* (6. Aufl. 2012), § 355 BGB Rn. 50.

⁶⁴⁶ RL 2008/48/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates.

⁶⁴⁷ *Riehm*, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Privatrecht* (2009), 83, 104 f.

⁶⁴⁸ *Riehm*, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Privatrecht* (2009), 83, 105.

⁶⁴⁹ *Riehm*, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Privatrecht* (2009), 83, 105 mit Verweis auf Art. R121-1 des Code de la Consommation i.V.m. Art. 131-13 Code pénal.

⁶⁵⁰ *Ady/Paetz*, JZ 2009, 1061, 1066.

Leichter macht es einem der europäische Gesetzgeber, wenn er eine Auslegungshilfe bereitstellt, wie es etwa durch den 10. Erwägungsgrund der Verbraucherkreditrichtlinie geschehen ist. In diesem wird explizit darauf hingewiesen, dass durch die Richtlinie dem Verbraucher lediglich für solche Verträge besondere Rechte eingeräumt werden, die ein Darlehen zwischen 200 und 75.000 Euro beinhalten. Darlehensverträge mit einer geringeren oder höheren Darlehenssumme seien hingegen vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen. Durch diese Klarstellung wird den Mitgliedstaaten wiederum die Möglichkeit eingeräumt, für die vom Anwendungsbereich ausgenommenen Vertragsarten eigene Regelungen zu setzen. Zu weit geht wohl die Ansicht⁶⁵¹, die Spanne von 200 bis 75.000 Euro sei eher als Hinweis zu verstehen, welche Regelungsintensität der Unionsgesetzgeber als angemessen betrachte. Der Einwand, durch derartige Erlaubnisse werde das Konzept der Vollharmonisierung konterkariert, da es diese gerade die Vermeidung einer „Rechtszersplitterung“ zum Ziel habe,⁶⁵² geht fehl. Die Vollharmonisierung ist eben nicht als allumfassendes Konzept entworfen. Es geht nur um „targeted harmonisation“, was bedeutet, dass die Richtlinie lediglich innerhalb ihres jeweils individuell zu bestimmenden Anwendungsbereiches – und oftmals nach einzelnen Artikeln differenziert – harmonisierend wirken will.

In diese Richtung zielt auch eine neuere Entscheidung des AG Bielefeld⁶⁵³, wonach der deutsche (judikative) Gesetzgeber frei sei, bei einem nicht von § 506 BGB umfassten Finanzierungsleasingvertrag mit Kilometerabrechnung⁶⁵⁴ das Widerrufsrecht aus §§ 506 I, 495 I analog anzuwenden. Obgleich die Verbraucherkreditrichtlinie⁶⁵⁵ in ihrem Art. 22 I eine Vollharmonisierung anordnet, wird durch das Amtsgericht vertreten,⁶⁵⁶ dass die Richtlinie

⁶⁵¹ Rott, in: Dausen (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts (31. Ergänzungslieferung 2012), Rn. 369.

⁶⁵² Riehm, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), 83, 94 f.

⁶⁵³ AG Bielefeld 8.5.2012 – Az: 412 C 102/11, wiedergegeben von *Beilenhof*, DAR 2012, 468-470.

⁶⁵⁴ *Schattenkirchner*, NJW 2012, 197.

⁶⁵⁵ Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates.

⁶⁵⁶ AG Bielefeld 8.5.2012 – Az: 412 C 102/11, wiedergegeben von *Beilenhof*, DAR 2012, 468, 469; *Schattenkirchner*, NJW 2012, 197.

Finanzierungsleasingverträge mit Kilometerabrechnung nicht geregelt wissen wollte, mithin in horizontaler Hinsicht diesbezüglich keinerlei Aussage trifft und damit dem nationalen Gesetzgeber Freiräume lässt.⁶⁵⁷ Freilich lässt es sich auch in vertretbarer Weise zu einem anderen Auslegungsergebnis gelangen.⁶⁵⁸

Inkohärent mit vorherigen Entscheidungen und wenig sinnvoll erscheint ein Urteil des Gerichtshofs⁶⁵⁹, in welchem dieser auf Vorlage des dänischen Vestre Landsret die Frage zu klären hatte, ob eine Ausweitung der verschuldensunabhängigen Haftung des Herstellers auf den Lieferanten gegen das (angebliche)⁶⁶⁰ Vollharmonisierungsgebot der Produkthaftungsrichtlinie verstößt. Zu Recht machten die Geschädigten und die dänische Regierung⁶⁶¹ geltend, mit der Richtlinie werde keine vollständige Harmonisierung der Haftung für fehlerhafte Produkte, sondern lediglich eine Harmonisierung der Haftung des Herstellers fehlerhafter Produkte vorgenommen. Der EuGH urteilte hierzu, der Kreis der haftenden Personen sei mit den Herstellern als erschöpfend anzusehen.⁶⁶² Dem ist angesichts der vorherigen Überlegungen lediglich insofern zuzustimmen, als der personelle Anwendungsbereich der Richtlinie sich dahingehend erschöpft. Eine negative Regelungsanordnung ist hierin jedoch sinnvollerweise keineswegs zu erkennen.

Durch das Vollharmonisierungskonzept ausgeschlossen wäre auch eine Regelung, die beispielsweise die Gefahrtragungsregel des Art. 20 oder die Regelung über das Tragen der Rücksendekosten aus Art. 13 I UAbs. 2 der Verbraucherrechterichtlinie zum Wohle des Verbrauchers (selbstredend

⁶⁵⁷ Zustimmung *Skusa*, NJW 2011, 2993, 2995.

⁶⁵⁸ So z.B. *Nitsch*, NZV 2011, 14; *Strauss*, SVR 2011, 206; unentschieden *Omlor*, NJW 2010, 2694, 2697 f. Zur Frage der Analogiebildung bei Leasingverträgen mit Kilometerabrechnung vgl. umfassend unten unter § 7 III 3).

⁶⁵⁹ EuGH 10.1.2006 – C-402/03, Slg. 2006, I-199-243 – *Skov Æg/Bilka Lavprisvarehus AS und Bilka Lavprisvarehus AS/Jette Mikkelsen und Michael Due Nielsen*.

⁶⁶⁰ Der EuGH beschreibt in diesem Urteil (Slg. 2006, I-199, I-234, Rn. 23) die Produkthaftungsrichtlinie als vollharmonisierend, obwohl deren Erwägungsgrund 18 besagt: „Mit dieser Richtlinie lässt sich vorerst keine vollständige Harmonisierung erreichen, sie öffnet jedoch den Weg für eine umfassendere Harmonisierung. [...]“.

⁶⁶¹ Rn. 24 der Entscheidung.

⁶⁶² Rn. 34 der Entscheidung.

gleichermaßen zum Wohle des Unternehmers) abändern würde. Exemplarisch dürften die Rücksendekosten nicht pauschal in jedem Fall dem Unternehmer auferlegt werden. Interessanter ist die Frage, ob ein Mitgliedstaat die Hinsendekosten dem Unternehmer auferlegen dürfte. Die Richtlinie trifft hierzu keinerlei Aussage, was teilweise bereits dahingehend interpretiert wird, der Unternehmer habe diese zu tragen.⁶⁶³ Letztlich hängt auch die Beantwortung dieser Frage von der genauen Interpretation der Richtlinienbestimmung ab.

bb) Konsequenzen für die Bildung von Analogien

Unter die Gruppe der horizontalen Umsetzungserweiterungen fällt auch die hier in Frage stehende analoge Anwendung der Verbraucherschützenden Widerrufsrechte, beziehungsweise, genauer: Es handelt sich um eine selbstständige nationale Regelung, die das europäische Recht nicht umsetzt, weil letzteres eben gar keine Aussage über die fragliche Rechtsmaterie trifft. Stattdessen gestaltet es einen Rechtsraum neu und bedient sich dabei zur Umsetzung ihres Ziels der Rechtsfolgen von Regelungen, die ihrerseits auf EU-Sekundärrecht basieren.

Für diese Ansicht spricht auch ein kleines Gedankenexperiment: Würde man der Vollharmonisierung unterstellen, sie wolle auch horizontale Ausweitungen des Anwendungsbereiches (erneut: genau genommen handelt es sich gar nicht um eine Ausweitung) unterbinden, so dürfte der nationale Gesetzgeber sich die Richtlinien auch bezüglich anderer Detailbestimmungen als der Verbrauchereigenschaft oder der Rechtsfolge des Widerrufsrechts keinesfalls zum Modell für eigenständige Neuschöpfungen von Gesetzen nehmen. Selbst nationale Regelungen zu Vertragsschlussmechanismen oder ähnliches, was auf durch Richtlinien beschriebene Situationen zurückgeht, wären dann verboten.⁶⁶⁴ Dass dies rein praktisch schon nicht sein kann (wer mag schon die Entstehungsgeschichte der Normen, was die vergleichende Analyse anbelangt, bis in die Ausschüsse hinein verfolgen?) und auch theoretisch wenig Sinn ergibt, liegt

⁶⁶³ Leider ohne substantielle Begründung: *Tacou*, ZRP 2009, 140, 141 f.

⁶⁶⁴ *Ahmling*, Analogiebildung durch den EuGH im Europäischen Privatrecht (2012), 184.

auf der Hand.⁶⁶⁵ Auch dürfte beispielsweise der altehrwürdige § 138 BGB keinesfalls eine Vertragsbestimmung für nichtig erklären, die als Allgemeine Geschäftsbedingung gilt – weil die Nichtigkeit derselben als Rechtsfolge eben durch die Klauselrichtlinie abschließend geregelt würde. Dadurch aber würde dem § 138 Einiges an Wirksamkeit genommen, zumal gerade im Verhältnis zwischen Unternehmern und Verbrauchern der AGB-Begriff sehr umfassend gilt und damit zahlreiche Verträge abdeckt. Niemand wird in solchen Konstellationen ernsthaft die Anwendbarkeit des § 138 mit einer derartigen Begründung verneinen wollen.

Nun könnte man einer Unterscheidung der Zulässigkeit von Analogiebildungen nach den Kriterien der horizontalen bzw. vertikalen Abweichung entgegenhalten, die Erweiterung in horizontaler Hinsicht könne in ihren faktischen Auswirkungen wesentlich intensiver ausfallen als eine solche in vertikaler Hinsicht.⁶⁶⁶ So wäre die Einheitlichkeit des Binnenmarktes betroffen, wenn einzelne Mitgliedstaaten unterschiedliche Gruppen schützen oder gänzlich verschiedene Vertragsarten mit einem Widerrufsrecht versehen. Demgegenüber ist die Frage, ob der Verbraucher als Partei eines außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossenen Vertrages diesen einen Tag mehr oder weniger lang beseitigen darf, von eher geringer Bedeutung. Die Homogenität des Binnenmarktes wäre bei einer gering ausfallenden vertikalen Abweichung zumindest im Groben gewahrt.

Auch diesem Einwand lässt sich jedoch entgegen, dass zwar das Ziel der Union die Vollendung des Binnenmarktes ist, das Ziel der jeweiligen Richtlinie jedoch nicht über ihren eigenen Regelungsinhalt hinausgeht. Die vertikale „Abweichung“ ist eben keine Abweichung, sondern eine eigenständige Parallelregelung. Auch eine vollharmonisierend wirkende Richtlinie reicht nur so weit, wie es ihr Anwendungsbereich vorsieht. Über den Bereich außerhalb ihrer selbst gesetzten Mauern („der Küstenlinien der ‚Regelungsinseln‘“)⁶⁶⁷ trifft die Richtlinie schlicht

⁶⁶⁵ Mit gleichem Ergebnis in paralleler Konstellation: *Lehmann*, in: FS Gerfried Fischer (2010), 237, 242.

⁶⁶⁶ Dieser Gedanke geht zurück auf einen Anregung von *Dr. Jens M. Scherpe* (Universität Cambridge).

⁶⁶⁷ *Riehm*, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), 83, 90.

gar keine Aussage. Wenn also das Sekundärrecht die Bereiche außerhalb seiner Mauern gleichsam harmonisieren und nicht dem politischen Kräftespiel überlassen möchte, dann muss es die Grenzen seines Anwendungsbereiches – freilich im Rahmen der Kompetenzaufteilung zwischen den Verbänden – weiter ziehen.⁶⁶⁸ Ist dies nicht der Fall, so steht es den Mitgliedstaaten frei, den Binnenmarkt insoweit zu tangieren, als ihre eigene Rechtsschöpfung zumindest vorübergehend für ein Auseinanderdriften der verschiedenen Rechtsordnungen sorgt. Will man dieses Ergebnis vermeiden, so ist es am europäischen Richtliniengeber, weitere Bereiche einer Harmonisierung zuzuführen. Für die Möglichkeit einer weitergehenden Verbraucherschützenden Regelung im Falle horizontaler Abweichungen spricht eben, dass die Kommission mit ihrem Vorschlag zur Verbraucherrechterichtlinie auf Druck der Mitgliedstaaten eher eine targeted harmonisation anstrebte.⁶⁶⁹

Die Auslegung des Sekundärrechts, was die Breite und Tiefe ihres Regelungsbereiches anbelangt, mag mitunter schwierig sein – sie ist jedoch möglich und letztlich unerlässlich.⁶⁷⁰ Wegen der Schwere dieser Aufgabe das Konzept der Vollharmonisierung in Gänze abzulehnen,⁶⁷¹ erscheint übertrieben in der Wirkung und die Herausforderungen überschätzend auf Seiten der Ursache. Zweifelsohne gibt es Grenzfälle zwischen vertikaler und horizontaler Abweichung.⁶⁷² Diese Abgrenzung vorzunehmen, ist dann jedoch Aufgabe des

⁶⁶⁸ So auch *Gsell/Schellhase*, JZ 2009, 20, 26.

⁶⁶⁹ *Viviane Reding*, An ambitious Consumer Rights Directive: boosting consumers' protection and helping businesses, Rede beim European Consumer Day 2010 in Madrid, 15 March 2010 (SPEECH/10/91). Hierzu s. oben unter § 6 I.

⁶⁷⁰ *Riehm*, in: *Gsell/Herresthal* (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Privatrecht* (2009), 83, 92 f., sieht dies erkennbar anders. Die Aufgabe sei zu schwierig. Insbesondere müssten sämtliche Mitgliedstaaten mitunter Jahre auf ein EuGH-Urteil warten, welches die Frage klärt, welche Auslegung denn richtig sei. Bis dahin hätten all diese Mitgliedstaaten jedoch längst Umsetzungsgesetze zu erlassen. Diese Auslegung erscheint jedoch nicht derart kompliziert, dass man sich im allzu dichten „juristischen Nebel“ befinden würde.

⁶⁷¹ *Riehm*, in: *Gsell/Herresthal* (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Privatrecht* (2009), 83, 99, schreibt, es sei „unverantwortlich, die Richtlinie vollharmonisierend und damit zwingend zu gestalten, ohne dass die Grenzen dieser zwingenden Wirkung klar ersichtlich wären“.

⁶⁷² *Gsell/Schellhase*, JZ 2009, 22, 25, bilden das Beispiel einer vollharmonisierenden Richtlinie, die für eine bestimmte Vertragsform die Schriftform anordnet und fragen anschließend, ob es einem Mitgliedstaat erlaubt wäre, für diese Vertragsform zusätzlich ein Verbot der Stellvertretung einzuführen.

Rechtsanwenders, also des Richters im Verbund mit der ihn kritisch begleitenden rechtswissenschaftlichen Literatur.

3) Beispiele nationaler Gestaltungen

Interessanterweise gibt es im neuen Zivilgesetzbuch der Niederlande (Nieuw Burgerlijk Wetboek) durch die Regelung des Art. 7:2 Abs. 2 NBW⁶⁷³ ein Widerrufsrecht für den Käufer einer Immobilie. Dieses ist insofern ungewöhnlich ausgestaltet, als es unabhängig von einer Verbrauchereigenschaft des Käufers besteht und eine „cooling-off-period“ von lediglich drei Tagen vorsieht, beginnend mit der Übergabe der Vertragsurkunde.

Bezüglich dieser niederländischen Regelung sind europarechtliche Bedenken nicht bekannt geworden. Bei Art. 7:2 Abs. 2 NBW handelt es sich zwar nicht um eine rein verbraucherschützende Norm, wodurch die dogmatische Distanz zu den verbraucherschützenden Widerrufsrechten, die in Umsetzung von EU-Sekundärrecht ergehen, relativ groß ist. Gleichwohl mag die unangefochtene Existenz dieser Regelung ein Indiz dafür sein, dass die Mitgliedstaaten Widerrufsrechte in anderen Bereichen und für andere Situationen und/oder Gruppen schaffen können, diese Regelungsgegenstände also von einer etwaigen Vollharmonisierung nicht umfasst sind. Vollkommen unbedenklich wäre die niederländische Regelung lediglich, wenn sie Ausnahmen für von Richtlinien umfasste Situationen enthielte, beispielsweise für Haustür- oder Fernabsatzkonstellationen. Da dies aber nicht der Fall ist und die Regelung dennoch nicht als unionsrechtswidrig gilt, scheint die horizontale Ausweitung der Rechtsfolge keinerlei Widersprüche zum Unionsrecht hervorzurufen.

Gleiches gilt für die am 1. November 2011 in Kraft getretene „Loi Lagarde“⁶⁷⁴, welche die Verbraucherkreditrichtlinie⁶⁷⁵ in Frankreich umsetzt. Diese enthält in

⁶⁷³ Eine englischsprachige Version des NBW findet sich im Internet unter der Adresse www.dutchcivilcode.com. Zu diesen Widerrufsrechten allgemein und ihrem Verhältnis zum Prinzip des pacta sunt servanda im Speziellen vgl. *Hijma/Valk, Wettelijke bedenktijd* (2004).

⁶⁷⁴ Benannt nach der damaligen französischen Wirtschaftsministerin und späteren Generaldirektorin des IWF, *Christine Lagarde*.

Art. 14 des Code de la consommation eine Regelung, wonach innerhalb einer Frist von sieben Tagen nach Zustandekommen des Darlehensvertrages keine der beiden Vertragsparteien eine Zahlung tätigen darf.⁶⁷⁶ Diese Regelung betrifft nicht unmittelbar das Widerrufsrecht des Verbrauchers, sie flankiert dieses jedoch, indem sie dem Verbraucher eine Art „Nebenrecht“ zum Widerrufsrecht einräumt. Der französische Gesetzgeber geht ähnlich in Art. L.311-37 des Code de la Consommation vor, indem er dem Unternehmer weitere Informationspflichten auferlegt, die über die europarechtlichen Bestimmungen hinausgehen.⁶⁷⁷ Ob dies zulässig ist, richtet sich wiederum in erster Linie nach dem jeweils einschlägigen Sekundärrecht. Art. 22 der Verbraucherkreditrichtlinie spricht von Harmonisierung, ohne den genauen Grad derselben zu benennen.

Interessant ist es dennoch, dass eine Regelung wie die französische – da sie soweit erkennbar zumindest in europarechtlicher Hinsicht noch unwidersprochen ist – wohl als nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallend angesehen wird. Auch die französische Regelung vertieft keineswegs die durch die Richtlinie angeordneten Rechte (etwa in Bezug auf den Widerruf oder Informationspflichten), sondern verbreitert sie in horizontaler Hinsicht, indem sie dem Verbraucher einen zusätzlichen Schutz einräumt, der – um im Bild zu bleiben – neben den durch die Richtlinie angeordneten Schutzinstrumenten steht und nicht über diesen. Wo im obig genannten Beispiel der niederländische Gesetzgeber eine europarechtlich bestimmte Rechtsfolge auf einen anderen, vom nationalen Gesetzgeber ausdefinierten Sachverhalt anwendet, nimmt hier der französische Gesetzgeber einen europarechtlich geregelten Tatbestand und versieht diesen mit einer eigenständigen, neuen Rechtsfolge. Beide Regelungen

⁶⁷⁵ RL 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates.

⁶⁷⁶ „Pendant un délai de sept jours à compter de l'acceptation du contrat par l'emprunteur, aucun paiement, sous quelque forme et à quelque titre que ce soit, ne peut être fait par le prêteur à l'emprunteur ou pour le compte de celui-ci, ni par l'emprunteur au prêteur. Pendant ce même délai, l'emprunteur ne peut non plus faire, au titre de l'opération en cause, aucun dépôt au profit du prêteur ou pour le compte de celui-ci. Si une autorisation du prélèvement sur son compte bancaire est signée par l'emprunteur, sa validité et sa prise d'effet sont subordonnées à celles du contrat de crédit.“

⁶⁷⁷ Dies hervorhebend *Gsell/Schellhase*, JZ 2009, 20, 21, gleichsam mit Verweis auf eine ähnliche belgische Regelung: Art. 14 §§ 2 bis 5 des Gesetzes vom 12.6.1991, Belgisch Staatsblad vom 9.7.1991.

sind als horizontale Parallelschöpfungen anzusehen und verstoßen damit nicht gegen die Vollharmonisierungsanordnung.

Ähnlich ist die Ausweitung des Verbraucherbegriffs durch die deutsche Legislative zu beurteilen, wonach auch unselbstständig tätige Arbeitnehmer als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB gelten, obschon nach dem Unionsrecht jeder Bezug zu einer beruflichen Tätigkeit gleich welcher Art die Einordnung als Verbraucher aufhebt.⁶⁷⁸ Letzteres ist zwar umstritten – Teile der Literatur sind der Ansicht, auch das Unionsrecht schließe lediglich den selbstständig beruflich Tätigen vom Verbraucherbegriff aus⁶⁷⁹ – jedoch ist das deutsche Recht hier zumindest in anderer Hinsicht weiter als das europäische. So kann der Verbraucher nach dem BGB auch eine GbR sein, sofern diese nicht gewerblich tätig wird und lediglich aus Gesellschaftern in Form von natürlichen Personen besteht.⁶⁸⁰ Überdies gelten im deutschen Zivilrecht sog. „dual use“-Situationen als unschädlich für die Einstufung als Verbraucher, wenn die entsprechende Ware oder Dienstleistung überwiegend nicht zu beruflichen Zwecken erworben wurde. Mit Geltung vom 13.6.2014 ist dieser Gedanke im neugefassten § 13 BGB sogar ausdrücklich niedergelegt. Auf europäischer Ebene hingegen reicht bereits ein geringfügig beruflicher Zweck, um die Verbrauchereigenschaft auszuschließen.⁶⁸¹ Auch diese insoweit von der europäischen Regelung abweichende deutsche Anordnung stellt – anders als teilweise angenommen⁶⁸² – eine zulässige Parallelregelung dar,⁶⁸³ ohne dass ein realer Konflikt mit dem Prinzip der Vollharmonisierung provoziert würde. Der deutsche Gesetzgeber hat die europäischen Regelungen lediglich in ihren Rechtsfolgen auf andere Tatbestände angewandt. Damit bewegt er sich

⁶⁷⁸ Hierzu BAG NJW 2005, 3305, 3308, der darauf abstellt, die Verbrauchereigenschaft verlange nicht nach einem konsumtiven Zweck des Rechtsgeschäfts; *Riehm*, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Privatrecht* (2009), 83, 87; Staudinger/ *Kannowski* (Neub. 2013), § 13 BGB Rn. 52; Palandt/ *Ellenberger* (73. Aufl. 2014), § 13 BGB Rn. 3.

⁶⁷⁹ Die Begründung, der Arbeitnehmer sei allgemein schutzbedürftig und die verschiedenen Sprachfassungen der Unionssekundärrechtsakte ließen diesen Schluss zu, lässt sich nicht wirklich halten, vgl. *Hoffmann*, WM 2006, 560, 561 m.w.N.

⁶⁸⁰ BGH 23.10.2001, BGHZ 149, 80.

⁶⁸¹ EuGH 20.1.2005, – Rs. C-464/01, Slg. 2005, I-439, Rn. 39 – Johann Gruber / Bay Wa AG. *Hoffmann*, WM 2006, 560, 562 m.w.N.

⁶⁸² *Tacou*, ZRP 2009, 140, 141.

⁶⁸³ *Mankowski*, IPRax 2005, 503, 509, sieht dieses Ergebnis zumindest in Fällen, in denen die europäische Vorgabe eine Öffnungsklausel beinhaltet.

jenseits des persönlichen Anwendungsbereichs der verbraucherschützenden Richtlinien.⁶⁸⁴

In ähnlicher Weise erweitert die französische Cour de Cassation⁶⁸⁵ den Anwendungsbereich des EU-Sekundärrechts in persönlicher Hinsicht, indem er eine Person auch dann als Verbraucher i.S.d. auf EU-Richtlinien basierenden nationalen Verbraucherschutznormen begreift, wenn diese zwar in Ausübung ihres Gewerbes handelt, dabei jedoch für dieses Gewerbe atypische Nebengeschäfte abschließt. Wie ein Verbraucher geschützt ist im französischen Recht damit zumindest in einigen Verbraucherschutzgesetzen jeder „non-professionnel“⁶⁸⁶, wobei insofern zu berücksichtigen ist, dass die europäische Verbraucherfigur stark vom französischen Recht beeinflusst wurde.⁶⁸⁷ Die Anwendung verbraucherschützender Normen auf solche Personen, die nach europäischem Recht nicht als Verbraucher einzustufen sind, geht jedoch über die Grenzen der europarechtlichen Regelung hinaus.⁶⁸⁸ Interessant ist auch in diesem Zusammenhang, dass die Ausweitung des Anwendungsbereiches auf keine nennenswerte Kritik im Hinblick auf einen möglichen Verstoß gegen Unionsrecht trifft.

Im deutschen Recht wiederum existierte über Jahre die Möglichkeit für Unternehmen, den Verbrauchern ein Rückgaberecht gem. § 356 BGB einzuräumen. Dies ging zum Teil deutlich über die gesetzlichen Bestimmungen zum Widerrufsrecht hinaus.⁶⁸⁹ Dieses Rückgaberecht ist nun mit der deutschen Umsetzung der vollharmonisierenden Verbraucherrechterichtlinie abgeschafft

⁶⁸⁴ *Gsell/Schellhase*, JZ 2009, 20, 22.

⁶⁸⁵ Civ. 1re, 3.5.1988, Bull. Civ. I No. 125.

⁶⁸⁶ Loi n° 78-23; hierzu *Denkinger*, *Der Verbraucherbegriff* (2007), 208-212.

⁶⁸⁷ *Pfeiffer*, in: *Schulte-Nölke/ Schulze* (Hrsg.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 21, 34.

⁶⁸⁸ *Heiderhoff*, *Gemeinschaftsprivatrecht* (2. Aufl. 2007), 144.

⁶⁸⁹ *Eidenmüller*, ERCL 2009, 109, 126 f. Insbesondere im Weihnachtsgeschäft erhoffen sich zahlreiche Unternehmen von einer Rückgabemöglichkeit einen gesteigerten Umsatz – lebensnah zu Recht. Teilweise gründen ganze Geschäftsmodelle darauf, den Kunden ein Umtauschrecht einzuräumen, wodurch die Hemmschwelle, im Internet einzukaufen, deutlich gesenkt werden kann (vgl. etwa die Ansätze von Versandhändlern wie Amazon, Zalando, Mey & Edlich etc.).

worden.⁶⁹⁰ Das mag dafür sprechen, dass der deutsche Gesetzgeber davon ausging, das Rückgaberecht verstoße gegen das Vollharmonisierungsprinzip der Richtlinie, was durchaus nachvollziehbar erscheint. Hierdurch wurde der gleiche Tatbestand mit einer nicht wirklich neuen Rechtsfolge versehen, sondern mit einer Art Modifikation der europarechtlich angeordneten Rechtsfolge eines Widerrufsrechts. Dies stellt eher eine unzulässige Abweichung von den europarechtlichen Vorgaben in vertikaler Hinsicht dar, zumal das Widerrufsrecht nach der deutschen Regelung sogar ersetzt werden konnte. Der deutsche Gesetzgeber hat insofern in begründeter Weise in vorauseilendem Gehorsam gehandelt.

4) Zwischenergebnis zu II

Die Ansicht, Erweiterungen des Anwendungsbereiches seien aufgrund der bislang in den jeweiligen Richtlinien verwendeten Öffnungsklauseln zulässig,⁶⁹¹ wird insofern kritisiert, als die Richtlinien lediglich erlauben, den europarechtlich definierten Verbrauchern (und eben nur diesen) zusätzliche Rechte einzuräumen. Die Ausweitung der Rechte auf Personen, die nach europarechtlichem Verständnis keine Verbraucher sind, sollen hiernach hingegen konsequenterweise nicht von den Öffnungsklauseln umfasst sein.⁶⁹² Dies erscheint zwar insofern vertretbar, als die Öffnungsklauseln nur für die vom persönlichen Anwendungsbereich Betroffenen gelten. Widerrufsrechte für – um im ersten Beispiel zu bleiben – unselbstständige Arbeitnehmer sind dann jedoch schlichtweg gar kein Regelungsgegenstand der Richtlinien und insofern auch nicht auf eine Öffnungsklausel angewiesen.⁶⁹³ Auch bei einer vollharmonisierenden Richtlinie sollte es sachgerechterweise den Mitgliedstaaten freistehen, deren

⁶⁹⁰ Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 14.6.2013, BT-Drucks. 17/12637.

⁶⁹¹ So z.B. *Hoffmann*, WM 2006, 560, 562.

⁶⁹² *Riehm*, JZ 2006, 1035, 1041.

⁶⁹³ Vgl. *Mankowski*, ZMR 2002, 317, 318; *Schürnbrand*, ZBB 2008, 383, 384 f.; *Welter*, in: Gebauer/ Wiedmann (Hrsg.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss* (2. Aufl. 2010), Kap. 12 Rn. 143; *Heiderhoff*, *Europäisches Privatrecht* (3. Aufl. 2012), Rn. 214.

Anwendungsbereich auf weitere Gruppen auszudehnen (s.o.),⁶⁹⁴ bzw. – präziser formuliert – das bestehende Gesetz als Modell für ähnliche Neuregelungen zu nehmen. Eine „Erweiterung des Anwendungsbereiches“⁶⁹⁵ liegt dogmatisch gesehen eben gar nicht vor.

Es kommt bei der Beurteilung der Frage, ob eine eigenständige nationale Regelung gegen das Vollharmonisierungsprinzip einer Richtlinie verstößt, mithin darauf an, den Anwendungsbereich der jeweiligen Richtlinie zu bestimmen. Diese muss möglichst exakt ausgelegt werden. Wenn die Richtlinie nach ihrem Regelungsgegenstand die in Frage stehende Neuschöpfung verhindern möchte, so hat diese aufgrund des Vorrangs des gesamten Unionsrechts zu unterbleiben. *Hoffmann* meint, dies im Hinblick auf den Verbraucherbegriff zu erkennen.⁶⁹⁶ Er verweist dabei insbesondere auf Erwägungsgrund 29 der Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen⁶⁹⁷, der den Mitgliedstaaten ausdrücklich gestattet, die Rechtsfolgen der Richtlinie auch auf gemeinnützige Organisationen oder Personen auszuweiten, die Finanzdienstleistungen in Anspruch nehmen, um Unternehmer zu werden. Dies sei eine sinnlose Anordnung, wenn es den Mitgliedstaaten ohnehin freigestellt bliebe, den Anwendungsbereich auf andere Gruppen auszudehnen. Gegen diese These spricht jedoch gleich zweierlei: Zum einen ist ein Erwägungsgrund eben nur ein Erwägungsgrund und gerade keine unmittelbare Anordnung rechtlicher Folgen. Zum anderen ist die Annahme, selbst Erwägungsgründe müssten zwingend sinnvoll sein und ein Anderes zeitige stets rechtliche Folgen in Form eines *argumentum e contrario*, angesichts der vielfach bemängelten Qualität insbesondere der europarechtlichen Gesetzgebung sehr gewagt.

⁶⁹⁴ Staudinger/ *Kannowski* (Neub. 2013), Vor §§ 13, 14 BGB Rn. 19. *Ahmling*, Analogiebildung durch den EuGH im Europäischen Privatrecht (2012), 182.

⁶⁹⁵ So aber *Hoffmann*, WM 2006, 560, 562. Auch *Riehm*, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), 83, 87, schreibt, die Mitgliedstaaten könnten die Richtlinie als Modell für von ihr nicht erfasste Sachverhalte nutzen, „mit anderen Worten also die Richtlinie erweiternd umsetzen“. Genauer besehen hat die Modellfunktion indes nichts mit erweiternder Umsetzung zu tun.

⁶⁹⁶ *Hoffmann*, WM 2006, 560, 562.

⁶⁹⁷ Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG.

Zunächst bedenkenswert erscheint der Vorschlag⁶⁹⁸, die Möglichkeit, weitergehende Rechte zu schaffen, bis zu den Grenzen einer unverhältnismäßigen Behinderung der Grundfreiheiten zuzulassen. Dies gilt jedenfalls, wenn diese Rechte sich jenseits der bestehenden Regelungsbereiche, also gleichsam extra muros, einordnen lassen. Das Kriterium der Verhältnismäßigkeit bildet indes kein alternatives, sondern vielmehr ein zusätzliches mögliches Hindernis auf dem Weg zur Unionsrechtskonformität einer Regelung. Selbst wenn eine mitgliedstaatliche Maßnahme den Anwendungsbereich einer Richtlinie lediglich horizontal und damit in zulässiger Weise erweitert, so kann diese Maßnahme wegen Verstößen gegen europäisches Primärrecht (und dies schließt die Beachtung des Verhältnismäßigkeitsprinzips ein) dennoch unionsrechtswidrig sein.⁶⁹⁹ Für die besonderen Konstellationen bei Vorliegen einer Vollharmonisierungsanordnung hat dieser Gedanke indes keine rechtliche Relevanz.

Riehm weist bei der Frage, wo die Grenzen der Regelungsbereiche verlaufen, richtigerweise daraufhin, dass jedenfalls nicht jedwede Regelung eine eigenständige nationale Norm ausschließen kann, welche sich derselben Mittel wie die Richtlinie bedient.⁷⁰⁰ Daran ändert auch das Konzept der Vollharmonisierung nichts. Andernfalls müsste beispielsweise die Identifizierungspflicht des Anbieters bei Verträgen im Fernabsatz über Finanzdienstleistungen aus Art. 3 I Nr. 1a der RL⁷⁰¹ dazu führen, dass eine solche nur bei Verträgen im Verhältnis zu Verbrauchern (i.S.d. Art. 2 lit.d der Richtlinie) gelten darf. Wenn aber das nationale Vertragsrecht allgemein die Voraussetzung aufstellt, die *essentialia negotii* – und damit auch die Identität der Vertragsparteien – als notwendige Voraussetzung für das Bestehen eines Vertrages anzusehen, dann hieße dies, dass in B2B-Verträgen eine solche Verpflichtung europarechtswidrig wäre. Zusammengefasst bedeutet dies: In Fällen wie den hier

⁶⁹⁸ MünchKomm/Micklitz (6. Aufl. 2012), § 13 BGB Rn. 6; *Heiderhoff*, Grundstrukturen des nationalen und europäischen Verbrauchervertragsrechts (2004), 60 f.

⁶⁹⁹ Näher zu möglichen Verstößen gegen Primärrecht unten unter § 7 I.

⁷⁰⁰ *Riehm*, JZ 2006, 1035, 1042.

⁷⁰¹ Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher.

diskutierten dient die unionsrechtliche Regelung lediglich als Modell für eine eigenständige Regelung des nationalen Rechts. Dass diese sich in Teilen ihrer Auslegung gegebenenfalls an diesem Modell samt der damit einhergehenden Rechtsprechung orientiert, lässt ihren eigenständigen Charakter nicht entfallen. Andernfalls bliebe es dem nationalen Gesetzgeber vollends verwehrt, europarechtliche Normen, die sich in der Praxis durchaus bewährt haben mögen, als Modell eigener Gesetzgebungstätigkeit zu nehmen. Dass dies nicht gewollt sein kann, liegt auf der Hand.

Wenn man (wie hier vertreten) zu dem Schluss kommt, dass eine analoge Anwendung der Verbraucherschützenden Widerrufsrechte bei einer Anordnung der Vollharmonisierung durch das europäische Sekundärrecht nicht unionsrechtswidrig wird, so stellt sich hiernach die Frage, ob eine solche Ausweitung auch *sinnvoll* bzw. *zweckmäßig* ist. Diese eher politisch erscheinende Fragestellung ergibt sich aus der gewandelten Funktion des Richters: Wenn er den Gesetzgeber in dessen Handlungen ersetzt, so muss Gleiches für die den Gesetzgeber antreibenden Gedanken gelten. Der Richter muss also gleich dem eigentlich zuständigen parlamentarischen Gesetzgeber eine von Wertungsgesichtspunkten geprägte rechtspolitische Entscheidung treffen: Sind „neue“ Widerrufsrechte zweckmäßig oder ist dies wegen der neueren Vollharmonisierungsbemühungen der Union zu verneinen?

III. Die Zweckmäßigkeit einer Analogiebildung bei vollharmonisierenden europarechtlichen Vorgaben

Damit einer Analogie eine legitime Existenzberechtigung zukommt, muss sie unter dem Gesichtspunkt eines möglichst weitgehend harmonisierten gemeineuropäischen Zivilrechts zweckmäßig sein. Dies könnte auch in Fällen gelten, in denen ein bestimmter Regelungsgegenstand (wie hier das Widerrufsrecht für Verbraucher in anderen als den bereits unionsrechtlich geregelten Konstellationen) nicht vom Vollharmonisierungskonzept des jeweiligen EU-Sekundärrechts umfasst ist. Eine eigenständige mitgliedstaatliche Maßnahme, die ein Widerrufsrecht in einem Bereich schafft, in welchem die Union noch nicht tätig geworden ist, kann dazu führen, dass die Schuldvertragsnormen zwischen den Mitgliedstaaten weiter auseinander driften. Wenn hingegen jeder Mitgliedstaat lediglich die durch die jeweiligen Richtlinien vorgegebenen Widerrufsrechte einführt, so würde dies im Umkehrschluss bedeuten, dass in den darüber hinausgehenden Bereichen die jeweiligen Rechtsordnungen quasi negativ harmonisiert würden, indem dort nämlich unionsweit keine Widerrufsrechte bestünden. Daher bedarf es einer Abwägung des Ziels einer möglichst weitgehenden Harmonisierung mit den Vorteilen, die eine eigenständige Weiterentwicklung der Verbraucherschutzrechte durch ein mitgliedstaatliches Gericht mit sich bringt.

Das Konzept der Vollharmonisierung verfolgt insbesondere das Ziel der Vereinheitlichung der jeweiligen nationalen Zivilrechtsnormen. Auch wenn die Vereinheitlichung zivilrechtlicher Teilgebiete vordergründig weniger bedeutend erscheint als beispielsweise die Inkraftsetzung einer Verfassung oder die Übertragung wichtiger wirtschafts- oder finanzpolitischer Kompetenzen auf die europäische Ebene, so kann ein solcher Schritt doch für das Leben der europäischen Bevölkerung im Alltag ungleich wichtiger als eher symbolische Schritte sein. Letztlich stellt die Vereinheitlichung des Zivilrechts ein historisches Moment dar, welches vielleicht mehr als erstgenannte Schritte eine neue, supranationale Form der Politik symbolisiert.⁷⁰² Diesem Ziel der Einheitlichkeit

⁷⁰² *Study Group on Social Justice in European Private Law*, ELJ 2004, 653.

steht das Ziel eines höheren Verbraucherschutzniveaus auf nationaler Ebene ebenso gegenüber wie das Erreichen einer in sich schlüssigen nationalen Rechtsordnung, welche auf einheitlichen Gerechtigkeitsvorstellungen basiert. Welche Ziele überwiegen, muss – um einmal in deutscher Verfassungsrechtsterminologie zu schwelgen – im Wege einer praktischen Konkordanz der gegenläufigen Interessen herausgearbeitet werden.

1) Rechtsdogmatische Probleme durch neu geschaffene Widerrufsrechte

a) Grundsätzliches

In der Vergangenheit hat der deutsche Gesetzgeber seine Verpflichtung zur Richtlinienumsetzung bereits mehrfach zum Anlass genommen, nicht nur den sachlichen oder persönlichen Anwendungsbereich der Richtlinie abzudecken, sondern darüber hinaus auch weitere Fälle in die Umsetzung einzubeziehen, wodurch unter anderem eine kohärente Gesetzessystematik gewahrt werden sollte.⁷⁰³ Der nationale Gesetzgeber (beziehungsweise der Richter, der diesen mitunter ersetzen muss) ist im Gegensatz zum Richtliniengeber auf europäischer Ebene darauf angewiesen, die europarechtliche Vorgabe systematisch schlüssig in das bestehende mitgliedstaatliche Regelwerk einzupassen. Dies liegt auch daran, dass der Richtliniengeber lediglich auf die Beseitigung konkreter Missstände und Ungleichgewichte zielt und nicht den Auftrag hat, nationale Rechtsordnungen in ihrer Systematik zu überprüfen. Der nationale Richter hingegen ist gehalten, Wertungswidersprüche und Überschneidungen mit anderen Regelungen der nationalen Rechtsordnung möglichst zu vermeiden.⁷⁰⁴ Dabei gilt es einerseits, die Äußerlichkeiten des Gesetzessystems (insbesondere die Übersichtlichkeit der Darstellung und Logik der Eingliederung betreffend) zu modifizieren. Auf der anderen Seite muss das Zusammenspiel der die Privatrechtsordnung wesentlich

⁷⁰³ Roth, FG 50 Jahre Bundesgerichtshof Bd. II (2000), 847, 881 f.; Tröger, ZEuP 2003, 525, 526.

⁷⁰⁴ Tröger, ZEuP 2003, 525 f.; Roth, FG 50 Jahre Bundesgerichtshof Bd. II (2000), 847, 880 f. spricht von „Inseln von Regelungen gemeinschaftsrechtlicher Herkunft in einem Meer von Normen (noch) autonomen Rechts“; so auch Riehm, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), 83, 90 m.w.N.; Mayer/Schürnbrand, JZ 2004, 525; Habersack/Mayer, in: Riesenhuber (Hrsg.), Europäische Methodenlehre (2. Aufl. 2010), § 15 Rn. 2; Mankowski/Hölscher/Gerhardt, in: Rengeling/Middeke/Gellermann (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union (3. Aufl. 2014), Rn. 95.

ausmachenden Prinzipien unter dem Einfluss neu eingebrachter Normen gegebenenfalls nachjustiert werden, um die Rechtsordnung auch inhaltlich möglichst widerspruchsfrei zu gestalten. Dies gilt insbesondere, wenn man – wie es mittlerweile meist geschieht – eine weitere „Verbannung“ von auf europäischem Sekundärrecht basierendem Verbraucherschutz in Sondergesetze, wie es etwa vormals durch das AGBG und das VerbrKrG praktiziert wurde, verhindern möchte.⁷⁰⁵ Mit dieser Vorgehensweise soll das Bürgerliche Gesetzbuch als zentrale Zivilrechtskodifikation gestärkt sowie die integrative Kraft desselben genutzt werden, um die Einheit des Schuldrechts zu gewährleisten.⁷⁰⁶ Zahlreiche Mitgliedstaaten haben in der Vergangenheit versucht, durch eine solche Art der „Quarantäne“ einer Infektion ihres restlichen, rein nationalen Rechts vorzubeugen (etwa die Republik Österreich mit ihrem Konsumentenschutzgesetz vom 1.10.1979).⁷⁰⁷ Der Schwierigkeitsgrad der Einbettung von Normen in das bestehende Regelwerk steigt dabei mit dem Grad an Geschlossenheit und dem Entwicklungsstand der Systematisierung des vorhandenen nationalen Normbestandes.⁷⁰⁸ Dabei gibt es nicht lediglich die Möglichkeiten der Vollintegration einerseits und der „Quarantäne“ andererseits. Der deutsche Gesetzgeber scheint zunehmend von einer Mischform angetan; dies sogar in mehrfacher Hinsicht: So werden technische Fragen, Widerrufsformularmuster und Ähnliches vermehrt in die BGB- Informationspflichtenverordnung oder das EGBGB ausgegliedert,⁷⁰⁹ so dass die Quarantäne-Variante zumindest partiell überlebt hat. Außerdem zeigt sich der „Allgemeine Teil des Verbraucherrechts“⁷¹⁰ des BGB durchlöchert mit

⁷⁰⁵ *Tröger*, ZEuP 2003, 525 f.; *Vogenaier*, ZEuP 2005, 234, 261; *Ady/Paetz*, WM 2009, 1061. *Schinkels*, JZ 2009, 774, 779, ist hingegen der Ansicht, es sei gerade zur Durchbrechung systematischer Spannungen zum bestehenden BGB sinnvoller, die „Quarantäne“ in Form eines deutschen Verbrauchergesetzbuchs wieder aufleben zu lassen.

⁷⁰⁶ So explizit die Begründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz (BT-Drucks. 14/6040, S. 79).

⁷⁰⁷ *Schwartz*, ZEuP 2000, 544. Hierzu auch schon oben unter § 6 I 4 b).

⁷⁰⁸ *Tröger*, ZEuP 2003, 525, 527; *Westermann*, JZ 2001, 530, 542.

⁷⁰⁹ So geschehen auch aktuell durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 14.6.2013, BT-Drucks. 17/12637. *Ady/Paetz*, WM 2009, 1061, sind der Ansicht, dies sei zumutbar, da das EGBGB in der Gesetzessammlung des Schönfelder in räumlicher und zeitlicher Nähe zum BGB stünde, ergo das Weiterblättern nicht allzu viel Aufwand erfordere – ein sehr pragmatisches Argument.

⁷¹⁰ So in der Bezeichnung treffend *Schinkels*, JZ 2009, 774.

Spezialvorschriften. So beanspruchen die ab dem 13. Juni 2014 geltenden §§ 312 und 312a BGB allein schon durch ihre Titel⁷¹¹ eine Anwendung für sämtliche Typen von Verbraucherverträgen. Gleiches gilt für § 355 BGB, welcher auch in seiner neuen Ausprägung bekanntermaßen die direkten Rechtsfolgen des Widerrufs eines Verbrauchervertrags anordnet. Bereits in den unmittelbar folgenden Normen (§§ 312b ff. sowie §§ 356 ff.) gibt es jedoch für die jeweiligen Vertragstypen eigene Bestimmungen. Dieser Umstand lässt die Zusammenfassung einzelner Regelungen zu einem Scheinriesen legislativen Wirkens werden.

Ein solch hoher Anspruch an ein systematisch möglichst schlüssig erscheinendes Normenwerk, wie er dem deutschen BGB angetragen wird, vermag mitunter eine Aufforderung an den Gesetzgeber darzustellen, europarechtliche Vorgaben auch auf ähnliche, vom Richtliniengeber nicht intendierte Fälle auszudehnen.⁷¹² Dies könnte dazu beitragen, den Normgeber in die Lage zu versetzen, die Durchbrechungen und Ausnahmen allgemeiner Bestimmungen auf ein Minimum zu reduzieren. Gegen die Möglichkeit, bei vollharmonisierenden Maßnahmen „nach oben abzuweichen“ (so man denn überhaupt von einer Abweichung sprechen möchte; tatsächlich wird eine vom EU-Sekundärrecht nicht umfasste Materie neu geregelt, s.o. unter § 6 II) spricht jedoch auch die hierdurch komplexer werdende Rechtsdogmatik, wie im Folgenden zu sehen sein wird.

⁷¹¹ § 312 BGB wird nicht mehr den Titel „Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften“, sondern allgemein „Anwendungsbereich“ tragen; § 312a BGB den Titel „Allgemeine Pflichten und Grundsätze bei Verbraucherverträgen; Grenzen der Vereinbarung von Entgelten“.

⁷¹² Roth, FG 50 Jahre Bundesgerichtshof Bd. II (2000), 847, 881 f. führt beispielhaft an die Ausdehnung des von Art. 3 Abs. 6 der Publizitätsrichtlinie 68/151/EWG geforderten Drittschutzes im Kapitalgesellschaftsrecht durch § 15 III HGB auf das gesamte Handels- und Personenhandelsgesellschaftsrecht. Die persönlichen Anwendungsbereiche der Spaltungs- und der Verschmelzungsrichtlinien (RL 82/891/EWG) (RL 78/85/EWG) wurden durch das Umwandlungsgesetz in deutsches Recht unter Ausweitung des persönlichen Anwendungsbereiches transformiert. Zur (grundsätzlich bejahten) Zulässigkeit der Ausweitung des persönlichen Anwendungsbereiches vgl. MünchKomm/Micklitz (6. Aufl. 2012), § 13 BGB Rn. 6, wenn auch mit unzutreffendem Verweis auf die Rechtsprechung des EuGH Rs. C-208/98, Slg. 2000, I-1741.

b) Das Problem der gespaltenen Auslegung

Problematisch erscheint bei einer nicht durch das Europarecht angeordneten Neuschaffung eines Widerrufsrechtes insbesondere die Frage, was dies für die Auslegung des neuen, zunächst rein nationalen Widerrufsrechtes bedeuten mag. Wenn dieses auf ähnliche oder sogar dieselben Fachtermini, Fristen und Formvorschriften zurückgreift, so stellt sich die Frage, ob ein nationaler Richter etwa bei der Bestimmung des Verbraucherbegriffes⁷¹³ die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu berücksichtigen hätte oder ob dieser – da er sich gleichsam außerhalb des Unionsrechts bewegt – einen eigenen, rein national ausdefinierten Begriff formen dürfte. So ist bei derartigen Regelungen (wie auch bei überschießenden Umsetzungen von Richtlinien) grundsätzlich zwar eine nationalrechtliche Auslegung geboten, da sie eben rein nationales Recht darstellen. Sinnvoll erscheint es jedoch, die nationalen Umsetzungsnormen – und auch diejenigen, die über den unmittelbaren Regelungsbereich der Richtlinien hinausgehen – aufgrund ihres hybriden Charakters⁷¹⁴ zwischen Unionsrecht einerseits und nationalem Recht andererseits im Geiste des europäischen Verbraucherschutzrechts auszulegen.⁷¹⁵ Dies gilt allein schon aufgrund des Grundsatzes des europarechtsfreundlichen Verhaltens mitgliedstaatlicher Organe.⁷¹⁶ Gegen diesen Ansatz könnte zwar das Kooperationsverhältnis zwischen dem Gerichtshof einerseits und den Gerichten der Mitgliedstaaten andererseits⁷¹⁷ sprechen, welches nicht nur in eine Richtung („nach oben“)

⁷¹³ Hierzu umfassend *Hoffmann*, WM 2006, 560-567 m.w.N. Zum Problem einer gespaltenen Auslegung innerhalb der aus dem unionsrechtlichen Verband kommenden Anordnungen vgl. *Mankowski*, IPRax 2005, 503, 508.

⁷¹⁴ *Vogenaue*, ZEuP 2005, 234, 260. Zum Konzept des Umgangs mit hybriden Normen vgl. *Basedow*, AcP 200 (2000), 445-492. *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (2011), 58, erkennt zu Recht, dass dem Verbraucherschutz nicht nur zwischen den Regelungsebenen ein hybrider Charakter zukommt, sondern auch in horizontaler Weise, da das Verbraucherrecht in verschiedenen Rechtsgebieten Auswirkungen zeitigt. *Tamm* spricht dabei von einem „Querschnittscharakter“ bzw. der „Pluridisziplinarität“ dieses Rechtsgebiets.

⁷¹⁵ Ausführlich für das ähnlich gelagerte Problem der einheitlichen Auslegung von in überschießender Richtlinienumsetzung ergangenen Normen *Drexler*, FS Heldrich (2005), 67, insbesondere S. 81-83; *Habersack/Mayer*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), Europäische Methodenlehre (2. Aufl. 2010), § 15 Rn. 4.

⁷¹⁶ *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht (3. Aufl. 2012), Rn. 112.

⁷¹⁷ Hierzu *Breuer*, Staatshaftung für judikatives Unrecht (2011), 470; *Maunz/Dürig/Grzeszick*, GG-Kommentar (2011), Art. 20 Rn. 313. *Rösler*, Europäische Gerichtsbarkeit auf dem Gebiet des

gepflegt wird. Ebenso hat sich der EuGH in Bereichen der rein nationalen Rechtspflege Zurückhaltung auferlegt.⁷¹⁸ Auch sprechen die Richtlinien selbst von ihrem jeweiligen Anwendungsbereich; dass sie darüber hinaus Geltung beanspruchen wollen, wird durch ihre Texte nicht indiziert und wäre überdies wegen eines Verstoßes gegen die Kompetenzordnung sowohl unionsrechts- als auch grundgesetzwidrig. Indes ist in Fällen wie dem vorliegenden gerade fraglich, ob wirklich ein rein nationaler Sachverhalt besteht. Im Übrigen würde eine unterschiedliche Interpretation gleicher Begriffe oder ungleiche Regelung ähnlicher Konstellationen zur Verwirrung nicht nur beim betroffenen Bürger, sondern auch beim Rechtsanwender führen, die in mehrfacher Hinsicht nicht sinnvoll wäre.⁷¹⁹ Selbst bei einer abschließenden Konzeption der Widerrufsrechte durch den nationalen Gesetzgeber könnte es also mitunter angezeigt sein, aufgrund europarechtlicher Wertungen, die durch den Hybridcharakter der betroffenen Normen in die Bewertung derselben einfließen, diesen Willen wenn nicht zu ignorieren, so doch in einer Weise auszulegen, die mit den Grundgedanken des europäischen Verbraucherschutzes konform geht. Letztlich sollte dieses Problem – allein schon, da es sich so oder ähnlich in vielen Mitgliedstaaten stellt – eines Tages durch die Wissenschaft gelöst werden, indem diese auf der Basis rechtsvergleichender Vorarbeiten eine gesamteuropäische Methodenlehre entwickelt.⁷²⁰

In einem Fall wie dem hier diskutierten müsste die deutsche Rechtsprechung die Modifikation bei der Auslegung nachvollziehen und dies konsequenterweise auch auf neu geschaffene Widerrufsrechte ausweiten, um ein Nebeneinander von beispielsweise zwei verschiedenen Verbraucherbegriffen und damit eine gespaltene Auslegung zu vermeiden.⁷²¹ Um ein solches Ergebnis zu umgehen,

Zivilrechts (2012), 450, verweist dabei auch auf informelle Ansätze wie Teilnahme von EuGH-Richtern an Diskussionsveranstaltungen, persönliche Kontakte und offizielle Besuche von Delegationen und Studiengruppen. So haben im Jahr 2011 insgesamt 84 Delegationen nationaler Richter und Staatsanwälte mit insgesamt 895 Mitgliedern aus EU-Mitgliedstaaten (und 400 aus Drittstaaten) den EuGH in Luxemburg besucht, s. Jahresbericht 2011 des EuGH, S. 267 u. 269.

⁷¹⁸ *Drexl*, FS Heldrich (2005), 67, 81.

⁷¹⁹ *Drexl*, FS Heldrich (2005), 67, 83.

⁷²⁰ *Vogenauer*, ZEuP 2005, 234, 260.

⁷²¹ *Effer-Uhe/Watson*, GPR 2009, 7, 10. Hierzu auch *Hoffmann*, WM 2006, 560, 563.

könnte der Rechtsanwender die betreffenden Begriffe einheitlich auslegen. Dies ist zumindest verfassungsrechtlich lediglich in Fällen geboten, in welchen keine hinreichenden sachlichen Gründe für die Differenzierung der Auslegungsergebnisse bestehen.⁷²² Von solchen Problemen ist hier zwar nicht auszugehen; gleichwohl kann eine einheitliche Auslegung sich als dogmatisch sinnvoll erweisen.

Gegen eine solche einheitliche Auslegung spricht jedenfalls im Beispiel des Verbraucherbegriffes der klare Gesetzeswortlaut des § 13 BGB. Wenn dieser anordnet, unselbstständig Berufstätige sollten geschützt werden, so lässt sich dieser Wille zumindest bei denjenigen Normen, die nicht auf europarechtlichen Vollharmonisierungsmaßnahmen beruhen, kaum überzeugend ignorieren.⁷²³ Ähnlich argumentiert der BGH in seiner sogenannten „Granulat“-Entscheidung⁷²⁴ zur Frage des Pflichtenkreises des Nacherfüllenden. Eine richtlinienkonforme Auslegung im Sinne einer Pflicht, Ein- und Ausbaurkosten bei der Nacherfüllung zu tragen, soll den Unternehmer lediglich gegenüber Verbrauchern treffen. Bei C2C-Konstellationen sowie den (seltenen) Fällen des C2B hingegen bleibt es nach dem BGH bei der Lösung, welche der Gesetzeswortlaut des § 439 BGB, mehr noch aber die Systematik des BGB andeutet: Hiernach soll der Nacherfüllungsanspruch nicht weiter gehen als der ursprüngliche Erfüllungsanspruch,⁷²⁵ welcher Ein- und Ausbaurkosten jedenfalls nicht umfasste. Inwieweit die Gesetzessystematik des BGB, wie sie der BGH versteht, einer richtlinienkonformen Auslegung überhaupt zulässig ist und ob nicht das deutsche Recht schlicht richtlinienwidrig ist, stellt eine andere Frage dar.

Den Vorrang einer gespaltenen Auslegung sieht der BGH in seiner „Quelle-Rechtsprechung“⁷²⁶ auch durch die gesetzgeberische Entscheidung bestätigt, die

⁷²² Hoffmann, WM 2006, 560, 564 m.w.N.

⁷²³ Hoffmann, WM 2006, 560, 566.

⁷²⁴ BGH 17.10.2012, ZIP 2012, 2397.

⁷²⁵ Die Gesetzesbegründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, BT-Drucks. 14/6040, S. 221, bezeichnet die verschiedenen Nacherfüllungsansprüche als „Modifikationen des Erfüllungsanspruchs“.

⁷²⁶ BGH 26.11.2008, BGHZ 179, 27 = NJW 2009, 427, 428.

Norm des § 474 II einzuführen.⁷²⁷ Hierdurch werden zumindest teilweise Sonderregelungen für Verbrauchsgüterkäufe⁷²⁸ geschaffen. Man könnte hier den Willen des Gesetzgebers hineininterpretieren, das Problem der gespaltenen Auslegung notfalls in Kauf zu nehmen.

Geht man dennoch anders vor, berücksichtigt der Rechtsanwender bei der Auslegung rein nationalen Rechts aufgrund der gleichen Bezugnahme auf Rechtsinstitute oder Begriffe also die Gesetzgebung des Unionsrechtsgebers sowie die Rechtsprechung der europäischen Gerichtsbarkeit, obgleich diese formell keinerlei Auswirkung auf die Auslegung nationalen Rechts haben, so kann dies zu einigen dogmatischen Spannungen in der Rechtsfindung bei einer eben lediglich nur vordergründig autonomen Frage im Mehrebenensystem führen.⁷²⁹ Die Frage, ob die Rechtsprechung der Unionsgerichtsbarkeit berücksichtigt werden sollte, beruht dabei keineswegs auf europarechtlichen Erwägungen, da man sich in derartigen Konstellationen eben nicht im Kompetenzbereich des Unionsrechts bewegt.⁷³⁰ Allein die autonome Entscheidung eines Mitgliedstaates, seine Rechtsordnung in Anlehnung an ein europäisches Referenzmodell zu harmonisieren, führt nicht zu einer Ausweitung des Zuständigkeitsbereiches der unionsrechtlichen Ebene. Stattdessen muss die Frage, ob die Rechtsprechung der Unionsgerichte in dogmatisch hybriden Fällen (wie dem hier diskutierten) Berücksichtigung bei der Auslegung der durch den jeweiligen Mitgliedstaat eingeführten nationalen Regelung finden soll, in diesem Mitgliedstaat selbst aus dessen eigener Rechtsordnung heraus geklärt werden.⁷³¹ Immerhin etwas erleichtert wird diese dogmatisch anspruchsvolle Aufgabe durch die mittlerweile

⁷²⁷ So richtig festgestellt von *Schmidt*, GPR 2013, 210, 217 f.

⁷²⁸ Eigentlich ist diese Terminologie falsch. Es geht nicht um den Handel mit Verbrauchsgütern, sondern um den Handel zwischen Unternehmern und Verbrauchern.

⁷²⁹ *Rösler*, Europäisches Konsumentenvertragsrecht (2003). *Möllers*, Die Rolle des Rechts im Rahmen der europäischen Integration (1999), 15, 63, rekurriert dabei insbesondere auf die unbefriedigend komplizierte Situation im Produkthaftungsrecht, wo europarechtliche Regelungen sich auch auf Bereiche auswirken, die eigentlich autonom nationales Recht darstellen.

⁷³⁰ *Furrer*, Die Sperrwirkung des sekundären Gemeinschaftsrechts auf die nationalen Rechtsordnungen (1994) 113 f., 219 f.; *Brandner*, Die überschießende Umsetzung von Richtlinien (2003), 11 f. So im Ergebnis auch der BGH in seiner „Granulat“-Entscheidung vom 17.10.2012, ZIP 2012, 2397, Rn. 20.

⁷³¹ *Schnorbus*, RabelsZ 65 (2001), 654, 686.

übliche Aufforderung des Sekundärrechts an die Mitgliedstaaten, in ihren jeweiligen Umsetzungsvorschriften einen Hinweis auf den europarechtlichen Ursprung dieser Normen zu inkorporieren.⁷³²

Nationale Alleingänge, die europarechtlich begründete Widerrufsrechte zum Modell nehmen, führen also zunächst zumindest scheinbar zu dogmatischen Problemen. Diese lassen sich jedoch lösen, indem diese neuen Widerrufsrechte sich auch bei der Auslegung ihrer Begrifflichkeiten am bestehenden Recht und damit anhand der letztlich durch den EuGH bestimmten Auslegung orientieren. Ähnlich geht auch der BGH in seiner Granulat-Entscheidung vor, indem er die Nacherfüllungspflicht zwar auf den Verbrauchsgüterkauf beschränkt, innerhalb dieser Verträge aber den Verbraucher auch insoweit schützt, als dessen Einstufung als Verbraucher nach deutschem Recht über die europarechtlichen Anforderungen hinausgehen.⁷³³ Überdies können nationale Alleingänge jedenfalls theoretisch dazu beitragen, die Kohärenz innerhalb der jeweiligen nationalen Rechtsordnungen wiederherzustellen oder zumindest zu verbessern, wohingegen das Konzept der Vollharmonisierung aufgrund seiner inhaltlichen Festlegungen die nationalen Systematiken eher zu stören geeignet ist.⁷³⁴ Die hierdurch drohenden Wertungswidersprüche zwischen nationaler und supranationaler Gesetzgebung stellen sich auf der anderen Seite jedoch schlicht als genuine Folge eines Mehrebenensystems dar.⁷³⁵ Die einzige Möglichkeit, derartige Widersprüche komplett zu vermeiden, wäre nationale Isolation – ein Weg, den man nicht ernsthaft in Erwägung ziehen möchte. Es gilt also, durch flexible Instrumente derartige Widersprüche möglichst schonend auszugleichen und damit die praktisch bestehenden Nachteile eines Mehrebenensystems zu eher theoretischen

⁷³² Hierzu mit Beispielen einzelner Richtlinien *Hirte*, Wege zu einem europäischen Zivilrecht (1996), 45 f., der dennoch Verbesserungsbedarf bei dieser Kennzeichnungspflicht anmahnt. *Hirte* weist zu Recht darauf hin, dass die Frage, ob eine Norm auf EU-Recht beruht, mitunter nicht ganz einfach zu klären ist, weil beispielsweise auch ältere nationale Normen zum Teil von europäischem Recht im Laufe der Jahre überlagert werden.

⁷³³ BGH 17.10.2012, ZIP 2012, 2397, Rn. 19. Hierzu *Schmidt*, GPR 2013, 210, 215.

⁷³⁴ Vgl. *Gsell*, in: Gsell/Herresthal, Vollharmonisierung im Privatrecht (2009), 219, 241f., m.w.N., die jedoch erfreulicherweise auch den antagonistischen Trend einer möglichen Rechtszersplitterung bei dem Einsatz von mit Öffnungsklauseln ausgestatteten Mindestharmonisierungsrichtlinien sieht.

⁷³⁵ *Oehler*, in: Stürner (Hrsg.), Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht? (2010), 99, 108.

werden zu lassen. Als ein solches Instrument kann neben einer möglichst einheitlichen Auslegung auch die Analogie zu Regelungen, welche durch die höhere Ebene angeordnet wurden, fungieren.

2) Der Einwand einer überzogenen Regulierung

Dass ein neu geschaffenes Widerrufsrecht zunächst einmal ein Mehr an Gesetz mit sich bringt und allein schon mit dem Argument, das Anschwellen der Gesetzesflut werde zu einer Plage für die Bürger, angegriffen werden kann, liegt auf der Hand und ist ernst zu nehmen. Dennoch gibt es auf anderen Gebieten sehr viel unwichtigere Gesetze und der Verbraucherschutz scheint – jedenfalls was die Widerrufsrechte anbelangt – kein sinnvolles Objekt des Abbaus (vermeintlich) überflüssiger Normen darzustellen. Zum einen bieten die Widerrufsrechte im Gegensatz beispielsweise zu manchen überprotektionistisch wirkenden Informationspflichten der Verkäufer dem Verbraucher einen tatsächlichen Nutzen. Dies gilt unabhängig davon, dass Widerrufsrechte aus verschiedensten Gründen (und in der Realität wohl insbesondere in Haustürsituationen)⁷³⁶ freilich nicht immer ausgeübt werden, auch wenn der Verbraucher das Geschäft im Nachhinein als für sich nachteilig befindet. Zum anderen ist die Klage über zu zahlreiche Gesetze ein solch altes Lied,⁷³⁷ dass deren argumentative Basis mittlerweile auf einem ähnlichen Stand wie die gefühlt seit Menschengedenken bestehende Klage über die fortschreitende Geschwindigkeit von Veränderungen im Alltag und die damit einhergehende Rastlosigkeit der Menschen erscheint.⁷³⁸ Der reale Hintergrund mag dabei oftmals bedeutend weniger erdrückend als die subjektive Wahrnehmung sein.

⁷³⁶ Lurger, in: Bydlinski/Lurger (Hrsg.), Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012), 53, 56, mit Verweis auf einen Aufsatz von Eidenmüller. Dieser verweist auf eine im Internet nicht mehr einsehbare Studie.

⁷³⁷ U.A. mit Verweisen auf Tacitus, Montesquieu („Wenn es nicht notwendig ist, ein Gesetz zu erlassen, dann ist es notwendig, kein Gesetz zu erlassen.“) und Savigny: Honsell, ZIP 2008, 621, 622. Hierzu treffend die Frankfurter Allgemeine Zeitung mit dem Hinweis, „man sollte Montesquieu nur dann zitieren, wenn es notwendig ist“, F.A.Z., 18.03.2005, Nr. 65 / Seite 39. In der Tat scheint gerade unter Juristen das Zitieren bekannter Sätze Montesquieus – natürlich so gut wie ausnahmslos aus dessen Hauptwerk „De l’esprit des lois“ – ein Muss zu sein.

⁷³⁸ Bereits Johann Wolfgang von Goethe hat seine Figur des Faust als eine in problematischer Weise rastlose geformt. Goethe schuf diesem Gedanken nachgehend in einem Schreiben an seinen Großneffen, den Juristen Nicolovius in Berlin 1825 den Begriff „veloziferisch“ als

3) Tatsächlich wirtschaftliche Verbesserungen durch Harmonisierung?

a) Die Vermeidung von Compliance-Kosten

Neben dogmatischen Problemen gilt es stets, auch die Auswirkungen von Rechtsetzung auf ökonomische Rahmenbedingungen im Auge zu behalten: In wirtschaftlicher Hinsicht spricht für die Vollharmonisierung aus der Warte der Kommission, dass der Binnenmarkt in der Gegenwart hauptsächlich von großen Unternehmen mit entsprechender juristischer Expertise genutzt werden kann, wohingegen die Handlungsmöglichkeiten kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU)⁷³⁹ – die 99 % aller Unternehmen mit Sitz in der Europäischen Union ausmachen⁷⁴⁰ – von der Last 28⁷⁴¹ verschiedener Rechtssysteme mitunter erdrückt werden.⁷⁴² Den betroffenen Unternehmen entstehen hierbei mitunter hohe Compliance-Kosten.⁷⁴³ Neben der Tatsache, dass Verträge übersetzt werden müssen, ist es oftmals auch notwendig, die Inhalte der Verträge anzupassen oder

Verschränkung von Velocitas (die Eile) und Luzifer: „Für das größte Unheil unsrer Zeit, die nichts reif werden läßt, muß ich halten, daß man im nächsten Augenblick den vorhergehenden verspeist, den Tag im Tage vertut, und so immer aus der Hand in den Mund lebt, ohne irgendetwas vor sich zu bringen. [...] So wenig nun die Dampfmaschinen zu dämpfen sind, so wenig ist dies auch im Sittlichen möglich: die Lebhaftigkeit des Handels, das Durchrauschen des Papiergeldes, das Anschwellen der Schulden, um Schulden zu bezahlen, das alles sind die ungeheuern Elemente, auf die gegenwärtig ein junger Mann gesetzt ist. Wohl ihm, wenn er von der Natur mit einem mäßigen ruhigen Sinn begabt ist.“, abgedruckt in: Mandelkow, Karl Robert (Hrsg.), Briefe, Kommentare und Register. Bd. 4: 1821-1832 (1988), S. 159. Ähnlich *Franz Kafka*, der nach einem Besuch des Goethehauses in seinem Tagebuch den Satz notiert: „Es ist Ungeduld, die den Menschen aus dem Paradies vertrieb und ihn daraus immer weiter entfernt“. *Nietzsche* äußert sich vergleichbar: „Aus Mangel an Ruhe läuft unsere Zivilisation in eine neue Barbarei aus. Zu keiner Zeit haben die Tätigen, das heißt, die Ruhelosen, mehr gegolten.“ <http://www.signatura-online.de/?p=85> und *Manfred Osten*, Goethes Entdeckung der Langsamkeit und die Beschleunigung der modernen Wissenschaft (2003), <http://www.forschung-und-lehre.de/archiv/09-03/osten.html>.

⁷³⁹ Zur Definition der KMU vgl. Europäische Kommission, Generaldirektion Unternehmen und Industrie,

http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/facts-figures-analysis/sme-definition/index_de.htm.

⁷⁴⁰ So der Hinweis der Kommission auf ihrer Internetseite, http://ec.europa.eu/enterprise/policies/sme/index_de.htm.

⁷⁴¹ Stand 1.1.2014 mit dem Beitritt Kroatiens zum 1.7.2013.

⁷⁴² Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht (Single Market Act), KOM(2011) 635 endg.; *Wagner*, *The Economics of Harmonization*, CMLR 39 (2002), 995, 1013.

⁷⁴³ *Riehm*, *Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler* 2009, 159, 201. Hierzu im Ansatz s.o. unter § 6 I 5 a).

– noch darüber hinausgehend – die Art, Geschäfte zu tätigen, weitaus grundsätzlicher nach der jeweiligen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung neu auszurichten.⁷⁴⁴ Für diese Unternehmen lohnt es sich insbesondere nicht, in andere Mitgliedstaaten zu investieren oder mit KMU aus anderen Mitgliedstaaten Handel zu treiben, wenn in diesen Mitgliedstaaten für die handelnden KMU nur ein jeweils kleiner Markt bedient werden kann.⁷⁴⁵ Hiervon werden mittelbar auch Verbraucher betroffen, da diesen durch den geringeren Konkurrenzdruck höhere Einkaufspreise entstehen, als dies bei einem vollumfänglich verwirklichten Binnenmarkt der Fall wäre.⁷⁴⁶ Die (vermeintlichen) Schwierigkeiten im Umgang mit fremden Rechtsordnungen stellen dabei im Vergleich mit anderen, z.B. kulturellen Faktoren, für europäische Unternehmen eine erstaunlich hohe Hemmschwelle dar, in anderen als dem Heimatstaat zu kaufen oder zu verkaufen.⁷⁴⁷ Für 49 % der europaweit befragten Unternehmen ist die Rechtszersplitterung innerhalb der Europäischen Union ein wenigstens minimal entscheidender Umstand für die Entscheidung, in anderen Mitgliedstaaten geschäftlich tätig zu werden oder nicht.⁷⁴⁸ Dieser Wert dürfte bei KMU noch höher liegen, da umsatzstarke, gegebenenfalls weltweit agierende Unternehmen ihre Praxis darauf eingestellt haben, sich mit unterschiedlichen Rechtssystemen auseinanderzusetzen, indem sie beispielsweise mit lokalen Rechtsanwälten kooperieren. Auch stellt es für diese großen Unternehmen kein allzu großes Hindernis dar, schlichtweg eine lokale Niederlassung zu gründen, die gleich zu Beginn ihrer Tätigkeit nach den lokalen Regeln zu spielen weiß.⁷⁴⁹ Auch wenn zahlreiche KMU sich mittlerweile auf die rechtliche Diversität einigermaßen praktikabel eingestellt haben (etwa ebenfalls durch Kooperationen mit Rechtsanwälten vor Ort oder schlichtweg durch Rechtswahl und/oder Vertragsgestaltung), so kommt es immer wieder zu ungewollten Begleiteffekten dieser rechtlichen Unterschiede, etwa in Form nichtiger AGB, hoher

⁷⁴⁴ *Wagner*, CMLR 39 (2002), 995, 1013 f..

⁷⁴⁵ *V. Reding*, ZEuP 2011, 1, 3.

⁷⁴⁶ *V. Reding*, ZEuP 2011, 1, 4; *Tamm*, VuR 2012, 3.

⁷⁴⁷ Eurobarometer 320 (2011), S. 15.

⁷⁴⁸ Eurobarometer 320 (2011), S. 16.

⁷⁴⁹ *Wagner*, CMLR 39 (2002), 995, 1014 f.

Schadensersatzforderungen o.ä.⁷⁵⁰ Überdies soll es Unternehmen (und auch hierbei insbesondere den KMU) ermöglicht werden, ihre (Vertriebs- und Werbe-) Strategie für den Unionsbereich einheitlich auszurichten, ohne tatsächlich für jeden Mitgliedstaat aufgrund der jeweiligen Sondergesetze eigenständige Maßnahmen entwickeln zu müssen.⁷⁵¹

Gleichwohl ist – wie bei jeder Studie – so auch bei dieser eine gewisse Skepsis zu wahren, was ihre Ergebnisse und deren Interpretation anbelangt, insbesondere aufgrund der Tatsache, dass die Kommission selbst die Studie in Auftrag gegeben hat und diese daher möglicherweise anfällig gegenüber einer ergebnisorientierten Herangehensweise sein könnte.⁷⁵² Selbige Skepsis gilt es natürlich, gegenüber Studien an den Tag zu legen, welche das Gegenteil beweisen sollen.⁷⁵³ Ein interessantes Argument bringt *McKendrick*, der darauf hinweist, dass der innerbritische Handel recht unproblematisch funktioniert, obschon die englischen, walisischen und schottischen Vertragsrechte in wesentlichen Punkten wie auch in der verwandten Methodik teilweise deutlich voneinander abweichen. *McKendrick* bezweifelt gleichwohl selbst, dass dieses Argument allzu schwer wiegt.⁷⁵⁴

Dass neben den unterschiedlichen Rechtsordnungen auch andere Faktoren wie die jeweils unterschiedliche steuerliche Behandlung der Unternehmen, verschiedene technische Voraussetzungen und/oder Sicherheitsanforderungen, die unterschiedliche Sprache, weitere rechtliche Unterschiede jenseits des Verbrauchervertragsrechts (etwa zwischen den verschiedenen nationalen

⁷⁵⁰ Vgl. mit interessanten Beispielen aus der Praxis die Stellungnahme des VDMA (Verband Deutscher Maschinen- und Anlagenbau) zur Mitteilung der Kommission zum europäischen Vertragsrecht vom 10. Oktober 2011: http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/comments/2.1.2.pdf.

⁷⁵¹ *Roth*, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Privatrecht* (2009), 13, 40.

⁷⁵² *Tamm*, *VuR* 2012, 3, 10.

⁷⁵³ So die von Arbeitgeberseite in Auftrag gegebenen Studien des Oxera-Instituts vom Juni 2003 und April 2007. *Faure*, *FS Koziol* (2010), S. 1385, 1393 kritisiert die Methodik der Studie der Kommission, insbesondere, was die Einseitigkeit der Fragestellung durch die Kommission anbelangt.

⁷⁵⁴ *McKendrick*, in: *Vogenauer/Weatherill* (Hrsg.), *The Harmonisation of European Contract Law* (2006), 5, 15 und 21 mit Verweis auf die Position der Regierung des Vereinigten Königreichs.

Lauterkeitsrechten⁷⁵⁵) oder Transportkosten eine Rolle für fehlende Handelsvolumina zwischen Mitgliedstaaten spielen,⁷⁵⁶ vermag die Notwendigkeit einer Harmonisierung dabei kaum zu mindern. Die Transportkosten würden bei zunehmendem Handel schließlich sinken. Überdies kann es kaum sinnvoll sein, das Beseitigen einer Hürde mit dem Argument abzulehnen, der Weg zum vollendeten Binnenmarkt sei auch hiernach nicht barrierefrei zu beschreiten. Unternehmer sollen – wie auf der anderen Seite die Verbraucher – in eine vergleichbare Rechtslage in anderen Mitgliedstaaten vertrauen können und dadurch an Sicherheit gewinnen, ihre Produkte grenzüberschreitend anzubieten. Neben dem „confident consumer“ gilt es also gleichermaßen, einen „confident entrepreneur“ zu fördern.⁷⁵⁷ Nur mit diesem Zweiklang ist eine weitere Vertiefung des Binnenmarktes effektiv zu erreichen.

Einer solchen förderlich mag das Konzept der Vollharmonisierung auch insofern sein, als es verhindern kann, dass Unternehmen und Verbraucher aus verschiedenen Mitgliedstaaten einen handelshemmenden Konflikt über die Geltung ihrer jeweiligen Rechtsordnung austragen. Eine dritte, neutrale Rechtsordnung kann hier geeignet sein, für mehr Akzeptanz zu sorgen. Vollharmonisierendes Sekundärrecht kommt dem recht nahe – wenn die beiden mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen sich in den relevanten Punkten kaum oder gar nicht voneinander unterscheiden, verliert die Rechtswahl an Bedeutung.⁷⁵⁸ Auch dadurch kann es sowohl dem Verbraucher als auch dem Unternehmer vereinfacht werden, nationalstaatliche Grenzen bei der Ausweitung des eigenen Wirkungskreises künftig zu ignorieren.

⁷⁵⁵ *Mankowski*, IHR 2012, 52 f.

⁷⁵⁶ *Faure*, FS Helmut Koziol (2010), 1385, 1391; *McKendrick*, in: Vogenauer/Weatherill (Hrsg.), *The Harmonisation of European Contract Law* (2006), 5, 22; s. auch schon oben § 2 III).

⁷⁵⁷ *Roth*, in: Gsell/Herresthal (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Privatrecht* (2009), 13, 37; *McKendrick*, in: Vogenauer/Weatherill (Hrsg.), *The Harmonisation of European Contract Law* (2006), 5, 14.

⁷⁵⁸ *McKendrick*, in: Vogenauer/Weatherill (Hrsg.), *The Harmonisation of European Contract Law* (2006), 5, 14 f.

b) Das Konsumverhalten der Verbraucher

Auch der Hinweis, Verbraucher würden üblicherweise einen Radius von 6,8 Kilometern nicht überschreiten, um ihre Bedürfnisse als Konsumenten zu befriedigen,⁷⁵⁹ vermag nur scheinbar die Irrelevanz der Bemühungen zu einer Vertiefung des Binnenmarktes darzulegen. Der erwähnte „6,8-Kilometerradius“ beruht auf einer Studie aus dem Jahr 1994 und betrifft das Verhalten von Verbrauchern im Kanton Zürich. Zunächst einmal ist die Schweiz in den europäischen Binnenmarkt aufgrund ihrer nicht nur formellen Eigenständigkeit deutlich weniger eingebunden als dies für Verbraucher aus EU-Mitgliedstaaten der Fall ist, so dass die Vergleichbarkeit dieser Daten zumindest zweifelhaft erscheint. Der räumliche Umkreis, indem die Menschen konsumieren, hat sich in den letzten Jahren trotz moderner Vertriebsmethoden kaum geändert, wie neuere Studien zeigen.⁷⁶⁰ Dies mag jedoch seinen Ursprung auch darin haben, dass die Verbraucher zunehmend auf Fernabsatzvertriebswege zurückgreifen,⁷⁶¹ für welche der Kilometerradius nicht gilt, weil räumliche Entfernung beispielsweise im Internet schlicht keine Rolle spielt. Für den Verbraucher ist es gleichgültig, ob ihm ein Paket aus Spanien nach Deutschland geschickt wird oder innerhalb Deutschlands seinen Weg zu ihm findet, solange die Transportzeit und die damit einhergehenden Versandkosten nicht wesentlich differieren. Im Übrigen ist lokales Handeln der Verbraucher sowohl ökologisch als auch ökonomisch durchaus wünschenswert. So gibt es keinen sinnvollen Grund, einfache Waren oder Lebensmittel quer durch den Kontinent zu transportieren, wenn diese

⁷⁵⁹ Wagner, *The Economics of Harmonization*, CMLR 39 (2002), 995, 1016 f. mit Verweis auf Statistische Berichte des Kantons Zürich, Heft 1/1996, Verkehrsverhalten im Kanton Zürich 1994, S. 19 f.; R. van den Bergh, in: Heine/Kerber (Hrsg.), *Zentralität und Dezentralität von Regulierung in Europa* (2007), 184, 196, weist darauf hin, die ganz überwiegend lokale Aktivität von Verbrauchern führe dazu, dass von harmonisierten Regelungen hauptsächlich Touristen profitieren würden. Diese zu unterstützen, könne jedoch keine Rechtfertigung darstellen, den Mitgliedstaaten eine eigenständige Regelungskompetenz zu versagen.

⁷⁶⁰ Mit dem vergleichenden Zeitraum zwischen 1994 und 2010: http://www.statistik.zh.ch/dam/justiz_innern/statistik/Publikationen/statistik_info/si_2012_09_mobilitaet_mzmv2010.pdf, Grafik 7.

⁷⁶¹ So hat sich die relative Anzahl der Online-Shopping nutzenden Verbraucher in der Union zwischen den Jahren 2006 und 2012 beinahe verdoppelt. Die Mehrheit der Bürger bestellt Waren und Dienstleistungen dabei weiterhin aus dem eigenen Heimatstaat. Jedoch hat sich der Anteil der auch in dieser Hinsicht grenzüberschreitend aktiven Bürger in den letzten Jahren erheblich vergrößert; vgl. den *ECC-net 2012 annual report*, S. 12, http://ec.europa.eu/consumers/ecc/docs/report_ecc-net_2012_en.pdf.

ebenso gut vor Ort produziert und gehandelt werden können. Sinnvoll ist es lediglich, Vertriebsmethoden zu unterstützen, die hiermit nicht oder zumindest nicht spürbar konkurrieren, sowie Menschen zu ermutigen, ihren räumlichen Aktivitätsradius nicht von staatlichen Grenzen unterbrechen zu lassen. Der Binnenmarkt soll also sinnvollerweise Ländergrenzen überflüssig machen, räumliche Entfernungen per se aber keineswegs.⁷⁶²

Ob Verbraucher internationale Geschäfte tätigen, hängt neben dem Vertrauen auf einen der Heimatrechtsordnung äquivalenten Schutz im Übrigen sehr von den individuellen Fähigkeiten (beispielsweise was Sprachkenntnisse anbelangt) und dem individuellen Selbstbewusstsein des einzelnen Konsumenten ab.⁷⁶³ Mit diesem Argument ließe sich die These stützen, Harmonisierung von Rechtsordnungen habe kaum einen spürbaren Effekt auf die Vertiefung des Binnenmarktes. Folgt man dieser Argumentationsstruktur, ist jedoch jedwede überregionale Schuldvertragsgesetzgebung angreifbar. Im Übrigen würde die geringe Bedeutung der rechtlichen Neuregelung diese so „ungefährlich“ erscheinen lassen, dass die Vehemenz der Kritik an einer Vollharmonisierung den Beobachter daran zweifeln lässt, dass die Kritiker deren Auswirkungen tatsächlich für so gering halten. Auch wenn die Harmonisierung verbraucherschützender Vorschriften (wie ohnehin jedweder Normen) den Binnenmarkt nicht alleine verwirklichen kann, so hilft dies doch, Barrieren auf dem Weg dorthin abzubauen. Was das individuelle Selbstbewusstsein des Verbrauchers anbelangt, so kann dieses, was das Konsumieren auf ausländischen Märkten anbelangt, realitätsnah sicherlich durch gesteigertes Vertrauen in die Rechtssicherheit sogar erhöht werden. Auch Sprachkenntnissen ist es kaum abträglich, wenn der Verbraucher

⁷⁶² *Wagner*, *The Economics of Harmonization*, CMLR 39 (2002), 995, 1016, verweist auf das Ergebnis der erwähnten Züricher Studie, dass die Verbraucher zwar in ihrem kleinen räumlichen Radius konsumieren, dieser Radius jedoch keineswegs vor Staatsgrenzen Halt macht.

⁷⁶³ *Riesenhuber*, *System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts* (2003), 204 f. zweifelt an, dass derlei Hemmnisse noch eine allzu große Rolle spielen, da die Bevölkerungen zunehmend mutiger würden und mehr Kenntnisse über andere Kulturen hätten. Zumindest der Verbraucher, auf welchen diese Beschreibung zutrifft, rufe „daher nicht so sehr nach Schutz durch den Gesetzgeber, sondern nach Freiheit, seine Verhältnisse entsprechend den individuellen Präferenzen selbst ordnen zu können“. Riesenhuber erkennt auf S. 206 jedoch selber, dass es nicht der Sinn des Gesetzes sein kann, sich am individuellen Verbraucher auszurichten, sondern dass eine gewisse Pauschalisierung unumgänglich ist. Den „Normaltypus“ des Verbrauchers bezeichnet er als „geschäftsfähig, aber einfach strukturiert“.

sich durch ein größeres Vertrauen in seinen Schutz vermehrt in ausländische Gefilde wagt – und sei es lediglich online auf möglicherweise fremdsprachigen Internetseiten. Auf diese Weise bedingen sich verschiedene Faktoren, die zu einer vermehrten Nutzung der durch den Binnenmarkt gebotenen Möglichkeiten führen, gegenseitig.

Ökonomisch gesehen bestehen zwar einige restliche Zweifel, ob Vollharmonisierung wirklich geeignet ist, zu den gewünschten Ergebnissen zu führen. Zumindest einige dieser Zweifel erscheinen jedoch übertrieben beziehungsweise sind insofern ausräumbar, als deren Thesen zumindest auch nicht gegen eine Harmonisierung sprechen. Aus ökonomischer Sicht scheint also ein nationaler Alleingang im Verbraucherschutzrecht zunächst einmal nicht zweckmäßig zu sein.

4) Die Berücksichtigung eines angemessenen Verbraucherschutzstandards

Die Bemühungen insbesondere der Kommission – und damit insgesamt das Konzept, Vollharmonisierung einzusetzen, um den Binnenmarkt zu vertiefen – bergen die Gefahr in sich, dass der Verbraucherschutzstandard relativ gering gehalten wird.⁷⁶⁴ Dieser Umstand spräche mithin dafür, nationales Voranschreiten im Verbraucherschutzrecht als zweckmäßig zu erachten. Aktuell betrifft dies konkret insbesondere die Überlegungen zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht, welche die Einführung eines – dogmatisch anspruchsvollen – optionalen Instruments⁷⁶⁵ beinhalten. Dieses soll gleichsam neben die nationalen Rechtsordnungen als Teil derselben treten. Um diese Option zu einer realen werden zu lassen, müssen Unternehmer – auf deren Bestreben die Option realistischere häufiger gewählt wird als dass eine Rechtswahl durch den Verbraucher stattfindet – diese Option als eine attraktive Wahl empfinden. Dies wird jedoch nur der Fall sein, wenn der Schutz des Verbrauchers hinter dem

⁷⁶⁴ Tamm, Verbraucherschutzrecht (2011), 240 f.

⁷⁶⁵ Fryderyk Zoll, in: Stürner, Michael (Hrsg.), Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht? (2010), 133, 141, bezeichnet das Konzept des optionalen Instruments als modernen Anforderungen gerechter werdende Neuerung. Das traditionelle Instrument der Richtlinie habe „die Grenze seiner Leistungsfähigkeit erreicht“.

Schutzniveau des jeweiligen nationalen Rechts zurückbleibt.⁷⁶⁶ Ob eine Vollharmonisierung zumindest im Bereich der Rechtswahl zu einem hohen Verbraucherschutzniveau führt, darf also bezweifelt werden.⁷⁶⁷ Man mag es als unrealistisch ansehen, dass der hohe Schutzstandard der deutschen oder skandinavischen Rechtsordnungen sich europaweit durchsetzen wird. Dennoch erscheint es erstrebenswert, sich zumindest nicht auf den kleinsten gemeinsamen Nenner zu einigen, um den Verbraucherschutz auf einem wenigstens einigermaßen hohen Niveau zu etablieren.⁷⁶⁸ Das Konzept der Harmonisierung allgemein verfolgt auch das Ziel, einen Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten um den geringstmöglichen Verbraucherschutzstandard zu verhindern, ein sogenanntes „race to the bottom“, was durchaus treffend als Gefahr einer „Schutzdumpingspirale“ bezeichnet wird.⁷⁶⁹ Teilweise wird der Effekt eines „race to the bottom“ jedoch auch angezweifelt.⁷⁷⁰ Ein solcher sei auch im Umweltrecht befürchtet worden, was sich jedoch weder dogmatisch noch empirisch beweisen ließ.⁷⁷¹ Im Gegenteil sei dort eher ein „race to the top“ zu beobachten. Für die Entscheidungen von Unternehmen, wo sie ihre Niederlassungsstandorte bzw. ihre Marktangebote begründen oder aufrechterhalten, seien andere Aspekte wie das (gleichfalls zunehmend harmonisierte) Arbeitsrecht, die Freizeitangebote und allgemeine Lebensqualität für hochqualifizierte Mitarbeiter oder eine gute Infrastruktur weitaus entscheidender. Ein Wettbewerbsnachteil für Unternehmen entstünde in Mitgliedstaaten mit einem hohen Verbraucherschutzstandard nur, wenn sich dieser nicht an ökonomischer Effizienz orientiere, sondern lediglich an dem Motiv, Güter umzuverteilen. Letzteres ist jedenfalls kein Motiv hinter der Einführung von verbraucherschützenden Widerrufsrechten. Wenn den

⁷⁶⁶ *Tamm*, VuR 2012, 3, 11.

⁷⁶⁷ Vgl. unter Vielen die Stellungnahme der Österreichischen Notariatskammer vom 10.1.2012 zum Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM (2011) 635, S. 6 f.; *Tamm*, EuZW 2007, 756, 759; *Mak*, ERPL 2009, 55, 68. *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (2011), 241 f.

⁷⁶⁸ *Effer-Uhe/Watson*, GPR 2009, 7, 11.

⁷⁶⁹ So auch *Riesenhuber*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003), 195 mit Verweis auf Autoren, die eine solche Gefahr jedoch nicht sehen.

⁷⁷⁰ *R. van den Bergh*, in: Heine/Kerber (Hrsg.), Zentralität und Dezentralität von Regulierung in Europa (2007), 184, 197 f. Hierzu bereits oben unter § 6 I 4 a).

⁷⁷¹ Zu diesem Beispiel vgl. *Holzinger/ Sommerer*, in: Heine/Kerber (Hrsg.), Zentralität und Dezentralität von Regulierung in Europa (2007), 207-236, die zum gleichen Ergebnis wie *R. van den Bergh* kommen.

betroffenen Unternehmen jedoch keine wettbewerbsrechtlichen Nachteile drohen, dann gibt es für die Mitgliedstaaten auch keinen politischen Grund, den Verbraucherschutzstandard gering zu halten. Diese Überlegungen lassen sich in gewissem Umfang auch auf die aktuelle Diskussion übertragen. Wenn politische Stakeholder oder Lobbyisten bei der Festschreibung eines europäischen, vollharmonisierten Verbraucherschutzstandards argumentieren, dieser dürfe aufgrund des globalen Wettbewerbs, welchem sich die in der EU ansässigen Unternehmen gegenübersehen, nicht unverhältnismäßig hoch ausfallen, so lässt sich diese Darlegung mit den genannten Feststellungen recht überzeugend entkräften.

Den Befürchtungen, der Verbraucherschutzstandard werde durch das Konzept der Vollharmonisierung gesenkt, lässt sich jedoch auch noch anderweitig begegnen. So kann nicht lediglich der Verbraucherschutz Mittel zum Zweck der Vertiefung des gemeineuropäischen Binnenmarktprojektes sein. Umgekehrt kann dies auch insofern gelten, als der Verbraucher durch eine mit einem schärferen Wettbewerb einhergehende größere Anbietervielfalt eventuell Preisvorteile erzielen kann. Wenn also der Binnenmarkt gestärkt wird – sei es durch die europäischen Verbraucherschutznormen selbst oder durch die Einführung eines vordergründig den zumindest deutschen Verbraucherschutzstandard absenkenden optionalen Instruments – so könnte dies, indem der Binnenmarkt vertieft wird, mittelbar zu Vorteilen für den Verbraucher führen.⁷⁷² Dass eine Verschärfung des Wettbewerbs zwar in volkswirtschaftlicher Theorie zu Vorteilen für den Verbraucher führt, dieser Schluss aber der Lebenswirklichkeit oftmals nicht standzuhalten vermag, ist dabei evident.⁷⁷³ Gesetzgebung hat freilich nicht nur die Belange der Verbraucher, sondern auch diejenigen der anderen Betroffenen (als insbesondere der Unternehmer) zu wahren.⁷⁷⁴ Eine solche Berücksichtigung ist – jedenfalls idealtypisch – ohnehin in jedweder Verhältnismäßigkeitsabwägung verwirklicht. Verbraucherschutz sollte nicht um jeden Preis und bis zu gleich welcher Intensität entsprochen werden. Jedoch sollte

⁷⁷² *Tamm*, VuR 2012, 3, 11.

⁷⁷³ Vgl. *Mak*, ERPL 2009, 55, 68.

⁷⁷⁴ *Mak*, ERPL 2009, 55, 65 f.

man sich der Gefahr bewusst sein, dass Vollharmonisierung im Zweifel eher zu einer Verringerung des Verbraucherschutzstandards führen mag, wohingegen die ausgeübte Möglichkeit eines mitgliedstaatlichen Organs, ein Widerrufsrecht neu zu schaffen, in die gegenteilige Richtung zielt.

Eine weitere Gefahr für den Erhalt des bestehenden Verbraucherschutzstandards könnte langfristig darin bestehen, dass einige Mitgliedstaaten verständlicherweise bestrebt sind, ihre nationale Rechtsordnung konsistent zu halten, und zwar auch im Hinblick auf einen einheitliches Verbraucherschutzniveau. Wenn also eine vollharmonisierende Maßnahme ein im Vergleich zur bisherigen mitgliedstaatlichen Rechtsordnung niedriges Schutzniveau für ihren Anwendungsbereich anordnet, so könnte sich dieser Mitgliedstaat dazu durchringen, im Laufe der Zeit die eigene Rechtsordnung „zu straffen“. Dies kann beispielsweise durch die Einführung eines „Allgemeinen Teils des Verbraucherrechts“ wie im deutschen Recht erfolgen. Wenn aber etwa einheitliche Widerrufsfristen, Formvorschriften etc. angestrebt werden, so müssen sich diese notwendigerweise an dem (dann relativ niedrigen) Schutzniveau der vollharmonisierenden Maßnahme ausrichten. Dem Verbraucherschutz wäre damit auch indirekt ein Bärendienst getan.

Ob eigenständige mitgliedstaatliche Fortentwicklungen der Verbraucherschutzpolitiken dem Niveau des Verbraucherschutzes eher zu- oder abträglich ist, kann nicht eindeutig festgestellt werden. Auch das Vollharmonisierungskonzept mag zumindest indirekt zu einem relativ hohen Verbraucherschutzniveau führen. Ein neu geschaffenes Widerrufsrecht könnte so eventuell, indem es dem Vollharmonisierungskonzept entgegenläuft, letztlich einen erhöhten Verbraucherschutz sogar verhindern.

Dies erscheint jedoch sehr theoretisch. Zunächst einmal wird der Verbraucherschutz erhöht. Überdies – wie gezeigt – vermag eine mitgliedstaatliche Initiative mitunter legislative Nachahmer auf europäischer Ebene oder in Form anderer Mitgliedstaaten mit sich bringen.

5) Das Konzept der Subsidiarität

Gegen ein Überwiegen des Ziels einer weitergehenden Rechtsharmonisierung im Vergleich zu eigenständigen Maßnahmen der Mitgliedstaaten lässt sich weiterhin anführen, dass es ein wesentliches, idealtypisches Merkmal der Union ist, die Eigenständigkeit ihrer Mitgliedstaaten zu achten. Die unionsrechtliche Ebene soll lediglich in Situationen tätig werden, in welchen die Mitgliedstaaten ein Problem nicht selbst zufriedenstellend lösen können und die Union im Gegenzug in der Lage ist, dies zu leisten. Dieser Gedanke ist primärrechtlich im Konzept der Subsidiarität aus Art. 5 III EUV verankert, wird jedoch durch diverse Vorschläge der Kommission zunehmend untergraben.⁷⁷⁵ In den früheren Jahren der EWG, welche gleichsam durch das Konzept der Vollharmonisierung geprägt waren, wurde das Argument der Achtung kultureller Besonderheiten der Mitgliedstaaten noch nicht allzu häufig gegen die Vollharmonisierung ins Feld geführt. Dies mag daran liegen, dass die EWG „aus den Trümmern des Zweiten Weltkriegs“ noch weitaus fortschrittlicher wirkte als deren Rechtsnachfolgerinnen, zumal die europäische Bevölkerung sich an deren Vorteile mittlerweile gewöhnt hat und daher eher geneigt ist, deren Nachteile in den Fokus zu nehmen. Ein weiterer Grund aber besteht darin, dass in der Frühzeit der EWG wie auch der EG insbesondere eher technische Normen angeglichen wurden. Dies ließ der Kritik einer zu geringen Beachtung kultureller Eigenheiten wenig Raum, weil die aufgegriffenen Themen schlicht weniger Emotionen weckten.⁷⁷⁶

Auf der anderen Seite steht der Gedanke der Subsidiarität nicht über allen anderen Prinzipien der Union. Sicherlich sollte die Union in einigen kulturell besonders sensiblen Bereichen – etwa dem Familienrecht oder was die Strafbarkeit etwa von Drogenkonsum oder Abtreibung anbelangt – auf nationale Empfindsamkeiten Rücksicht nehmen und legislatorische Vorsicht walten lassen.

⁷⁷⁵ Vgl. diese Tendenz bereits im Jahr 1994 erkennend *Ian Ward*, M.L.R. 57 (1994), 315, 321. Siehe auch *Tamm*, EuZW 2007, 756, 758 sowie die inhaltlich kritische Stellungnahme des Deutschen Bundestages zum Vollharmonisierungskonzept der Verbraucherkreditrichtlinie: „Die unterschiedlichen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten erfordern unterschiedliche Schutzmaßnahmen.“, BT-Drs. 15/1288, S. 6. *Oehler*, in: Stürner (Hrsg.), Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht? (2010), 99, 100 f., bezeichnet diese Problematik ohne Begründung seltsamerweise als eine solche der Verhältnismäßigkeit, nicht der Subsidiarität.

⁷⁷⁶ *Mittwoch*, Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht (2013), 46.

Dies ergibt sich schon allein aus der primärrechtlichen Verankerung des Subsidiaritätsprinzips in Art. 5 III EUV.⁷⁷⁷ In Bereichen wie dem Schuldvertragsrecht allgemein und dem Verbraucherschutzrecht als darin enthaltenem Teil im Besonderen jedoch scheint der Verweis auf kulturelle Eigenständigkeiten der mitgliedstaatlichen Rechtssysteme eher vorgeschoben, um aus eigentlich anderen Motiven abgelehnte europäische Rechtsentwicklung zu verhindern. Der Verweis auf vermeintliche kulturelle Besonderheiten erfolgt dabei durch die Literatur oftmals in einer derart pathetischen Wortwahl,⁷⁷⁸ dass ein Widerspruch kaum möglich erscheint, ohne sich der Nichtachtung eigenständiger nationaler Identitäten und damit einer Art von Rechtsimperialismus verdächtig zu machen. Jedoch ist kaum sinnvoll darstellbar, weshalb aus Rücksicht auf kulturelle Traditionen beispielsweise einem Spanier bei einem bestimmten Vertrag über den Kauf einer Ware ein Widerrufsrecht zugesprochen werden sollte, einem Tschechen jedoch nicht. Gerade das Schuldvertragsrecht ist ein eher emotionsloses Rechtsgebiet, was vielmehr rationaler ökonomischer Interessenabwägung als besonderen kulturellen Entwicklungen innerhalb einer Gesellschaft folgt. Diese ökonomischen Kräfteverhältnisse differieren aber zwischen den Mitgliedstaaten nicht so sehr, dass sie eine unterschiedliche Behandlung derselben Rechtsfrage erforderlich erscheinen lassen.⁷⁷⁹ So ist es ‚common sense‘ in sämtlichen Mitgliedstaaten, dass gestörte Märkte nach einer staatlichen Regulierung verlangen, welche ungleiche Voraussetzungen – insbesondere was das Vorliegen von Informationen anbelangt – zwischen Unternehmern und Verbrauchern auszugleichen geeignet sind. Auf

⁷⁷⁷ Ritzer/Ruttloff, EuR 2006, 116, 118.

⁷⁷⁸ Riesenhuber, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts (2003); Vgl. auch Goode, zitiert nach McKendrick, in: Vogenauer/Weatherill (Hrsg.), The Harmonisation of European Contract Law (2006), S. 5, 28: "European legal culture would be greatly impoverished if, at the level of fundamental principle and dispositive law, a single set of rules were to be imposed on Member States" und McKendrick auf derselben Seite selbst: "Would it not be better to celebrate our diversity rather than continue the quest for (a dull) uniformity?"; Tamm, EuZW 2007, 756, 758, spricht von einer „Nichtanerkennung des eigenständigen Bedeutungsgehalts der heterogenen mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen“. Faure, FS Helmut Koziol (2010), 1385, 1396 f. wirft der Kommission vor, sie betreibe einen „legal paternalism that clearly disrespects national differences in preferences and legal culture. The Commission arrogantly believes that it knows better which legal rules are fit for a majority of citizens in particular Member States. The benefits of a differentiated approach are to be sacrificed.“.

⁷⁷⁹ Hierzu Weatherill, in: Micklitz (Hrsg.), Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa? (1996), 423, 439 f.

die ein oder andere Weise hat jeder Mitgliedstaat eine im Vergleich mit anderen Mitgliedstaaten recht ähnliche Vorstellung der Festlegung und Durchsetzung verbraucherschützender Maßnahmen. Die Notwendigkeit, Verbraucher in bestimmten Situationen, in welchen sie als besonders gefährdet erscheinen, zu informieren, zu beraten, ihnen Möglichkeiten zu geben, sich von eingegangenen Verträgen unter bestimmten Voraussetzungen zu lösen und diesen Rechten in ihrer Durchsetzung Hilfe durch den Staat zukommen zu lassen, ist im Grundsatz sowie (wenn auch in unterschiedlicher Ausprägung) in der Implementierung in Gesetzesform allen Mitgliedstaaten der Union gemein.⁷⁸⁰ Dementsprechend ist eine Rechtsangleichung – und nichts anderes verfolgt das Konzept der Vollharmonisierung – gerade in diesem Bereich relativ unproblematisch zu begründen. Die Wahrung von Rechtstraditionen und damit die Beachtung des Subsidiaritätsprinzip spielen also für die Begründung der Zweckmäßigkeit nationaler Alleingänge im Verbraucherschutzrecht sinnvollerweise eine weniger herausgehobene Rolle, als man zunächst annehmen könnte.

Der Gedanke, wenn man schon mit nationalen Traditionen breche, so könne man gleich einen Schritt weiter gehen und globale Regelungen einführen, anstatt auf europäischer Ebene zu verharren,⁷⁸¹ führt nicht wirklich weiter, lässt sich aber zumindest nicht sinnvoll gegen eine Unionalisierung des Schuldvertragsrechts anführen: So ist es nicht nur unrealistisch, von der Möglichkeit einer globalen Harmonisierung auszugehen, sondern schlichtweg eine andere Frage als diejenige der Vereinheitlichung auf europäischer Ebene. Nichts spricht gegen eine Globalisierung auch des Schuldvertragsrechts – sieht man einmal von dem Erhalt gemeineuropäischer Traditionen im Schuldvertragsrecht ab. Der Subsidiaritätsgedanke müsste, so man ihn denn im Schuldvertragsrecht vollumfänglich akzeptiert, politisch zumindest auch im Verhältnis der Union zur UN (über die ein solches Projekt wohl Verwirklichung fände) gelten. Mit der Harmonisierung zunächst einmal jedoch auf europäischer Ebene zu verbleiben,

⁷⁸⁰ V. Hippel, *RabelsZ* 45 (1981), 353, 374; Bourgoignie, in: Bourgoignie/ Trubek: *Consumer Law, Common Markets and Federalism in Europe and the United States*, in: Cappelletti/ Seccombe/ Weiler (Hrsg.): *Integration Through Law – Europe and the American Federal Experience*, Vol. 3 (1987), 89.

⁷⁸¹ McKendrick, in: Vogenauer/Weatherill (Hrsg.), *The Harmonisation of European Contract Law* (2006), 5, 28 f.

schon die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen weit mehr als eine Globalisierung derselben und ist im Übrigen aufgrund der jahrzehntlang erprobten Rechtsetzungsprozesse im Staatenverbund der Europäischen Union auch wesentlich einfacher und effizienter zu verwirklichen.

Das Subsidiaritätsprinzip verlangt grundsätzlich danach, die Ausübung von Kompetenzen auf einer möglichst niedrigen Ebene anzusiedeln. Ein solches erscheint im Bereich des Schuldvertragsrechts nicht allzu dringlich, da es hierbei weniger auf kulturelle Eigenarten der europäischen Völker ankommt, sondern vielmehr auf ökonomischen Interessenausgleich. Dennoch sind Mitgliedstaaten ebenso wie die Unionsebene in der Lage, durch die Einführung von Widerrufsrechten dem Verbraucherschutz zur Durchsetzung zu verhelfen. Unter Beachtung des Subsidiaritätsprinzips spricht demnach einiges dafür, eigenständige Widerrufsrechte auf mitgliedstaatlicher Ebene als zweckmäßig zu erachten.

IV. Zwischenergebnis zu § 6

Analogien zu bestehenden Widerrufsrechten dürfen den Zielen der vollharmonisierenden Richtlinien nicht entgegenstehen. Analogien sind auch bei Bestehen vollharmonisierenden Sekundärrechts jedenfalls in Fällen zulässig, in denen durch diese Neuschöpfungen die Spielräume der Mitgliedstaaten außerhalb der durch die Richtlinien geregelten Bereiche betroffen sind. In horizontaler Hinsicht darf der Mitgliedstaat die rechtlichen Mittel der Richtlinie (insbesondere die Rechtsfolgen) auf weitere Bereiche ausdehnen. Ebenso darf der nationale Gesetzgeber solche Tatbestände inklusive von Gruppierungen in persönlicher Hinsicht (beispielsweise das Verhältnis von Verbrauchern und Unternehmern) mit anderen Rechtsfolgen versehen, als dies die Richtlinie tut. Dies kann in vielfältiger Weise (keinesfalls nur durch die Zubilligung von Widerrufsrechten) geschehen und zahlreiche verschiedene Politikfelder umfassen.⁷⁸² Solange die Ziele der Richtlinie durch derartige staatliche Maßnahmen nicht tangiert werden, ist der Mitgliedstaat frei, zu handeln. Lediglich innerhalb des jeweiligen Anwendungsbereichs zeitigt die Vollharmonisierung also Wirkung. Die Aufgabe

⁷⁸² Mit Beispielen *Gsell/Schellhase*, JZ 2009, 20, 23.

des Richters besteht darin, den Anwendungsbereich der Richtlinie durch Auslegung möglichst genau herauszuarbeiten und auf diese Weise auszuloten, wo die Grenzen des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums liegen. Methodisch gesehen unterscheiden sich mindestharmonisierende Richtlinien damit nicht von ihren vollharmonisierenden Äquivalenten – beide wirken nur innerhalb ihres jeweiligen Anwendungsbereichs.⁷⁸³ Bei letzteren sind die Grenzen in vertikaler Hinsicht (was die Regelungsintensität anbelangt) nur strikter gezogen.

Was die Zweckmäßigkeit anbelangt, sollte man bei der auf den Geltungsbereich eines Mitgliedstaates beschränkten Neuschaffung eines Widerrufsrechtes insofern Sensibilität walten lassen, als damit neuere Tendenzen zur Vollharmonisierung wenn auch nicht im konkreten Einzelfall, so doch von der generellen Regelungstendenz möglicherweise unterminiert werden könnten. „Möglicherweise“ deshalb, weil ein vertiefter Verbraucherschutz durch einen Mitgliedstaat selbstverständlich auch Nachfolger mit sich ziehen könnte, so dass letztlich doch ein homogenes Verbraucherschutznetz über das Unionsgebiet gespannt wäre. Dementsprechend muss das progressive Verhalten eines Mitgliedstaates nicht zwingend dazu führen, dass Verbraucherschutzniveaus auseinanderdriften; es kann im Gegenteil sogar mit sich bringen, dass die Mitgliedstaaten auf nationaler Ebene nicht nur den Verbraucherschutz, sondern dadurch sogar noch den Binnenmarkt stärken. Das Ziel der zunehmenden Rechtsharmonisierung ist ein nachvollziehbares. Man sollte es jedoch nicht als zwangsnotwendig erachten, „sich auf dem niedrigsten Niveau zu treffen“, sondern kann mitgliedstaatliches Vorgehen auch als fruchtbares Experiment und mögliches Modell für künftige (vollharmonisierende) EU-Sekundärrechtsakte betrachten. Ein autonomes Vorgehen eines Mitgliedstaates hätte, neben der erhöhten materiellen Gerechtigkeit im konkret geregelten Fall, auch den Vorteil, dass die nationale Rechtsordnung in sich schlüssiger würde. Das Gegenargument, durch das Unterminieren des Vollharmonisierungskonzepts (sofern man ein solches denn überhaupt annehmen möchte) würde eine höheres Maß an Kohärenz auf

⁷⁸³ Gsell/ Schellhase, JZ 2009, 20, 22; Mittwoch, Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht (2013), 87 f.

europarechtlicher Ebene verhindert,⁷⁸⁴ greift insofern nur teilweise, da, wie gezeigt, die Union ein solches Fortschreiten auch in eigenen Akten nachvollziehen könnte, was zu einem kohärenten System auch im Unionsrecht führen könnte.

Im Übrigen ist im Rahmen der Zweckmäßigkeit zu beachten, dass durch einen Mitgliedstaat geschaffene Widerrufsrechte den Zielen der Vollharmonisierung eben nur teilweise entgegenlaufen. Was jedoch beispielsweise den Verbraucherschutz und die Beachtung des Subsidiaritätsprinzips anbelangt, so ist ein mitgliedstaatlicher Alleingang eher zu befürworten. Letztendlich gilt es, von Fall zu Fall zu differenzieren und das Vollharmonisierungskonzept in eine Wertung einzubeziehen, wenn in dem fraglichen Bereich eine entsprechende Richtlinie existiert.

⁷⁸⁴ Mak, ERPL 2009, 55, 69.

§ 7: Konkrete Vorschläge zur Bildung von Analogien

I. Vereinbarkeit mit europäischem Primärrecht

Durch Analogiebildung neu geschaffene Widerrufsrechte müssen – auch wenn sie vordergründig rein nationale Akte darstellen – ihrerseits wie alles nationale Recht mit dem europäischen Primärrecht vereinbar sein.⁷⁸⁵ Hier erscheint der Gedanke naheliegend, dass ein zusätzliches Widerrufsrecht für Verbraucher bestimmte Grundfreiheiten der Unternehmer oder sogar das Binnenmarktkonzept selbst beeinträchtigt. Dies gilt jedenfalls, soweit in dem fraglichen Bereich keine abgeschlossene Harmonisierung durch einen Sekundärrechtsakt der Union vorliegt. Andernfalls wird die nationale Maßnahme nur an dem Sekundärrechtsakt gemessen.⁷⁸⁶ Nun könnte man natürlich annehmen, die immer häufiger werdenden Fälle einer Vollharmonisierung ließen eine Überprüfung von Akten der Mitgliedstaaten am Primärrecht nahezu überflüssig werden, weil die oben genannte Ausnahme eben immer häufiger greift. Tatsächlich bewegen sich die Analogiebildungen (jedenfalls soweit sie zulässig sind) jedoch, wie gezeigt, außerhalb des Anwendungsbereiches der vollharmonisierenden Richtlinien. Diese wirken zwar vollharmonisierend, aber eben nur innerhalb der durch sie geregelten Bereiche. Außerhalb dieser Bereiche spielt das jeweilige Sekundärrecht gar keine Rolle – was die Überprüfung der mitgliedstaatlichen Maßnahme unmittelbar am *Primärrecht* dennoch ermöglicht.

Bereits sehr fraglich erscheint, ob ein neu geschaffenes Widerrufsrecht durch einen Mitgliedstaat überhaupt eine Beschränkung von Grundfreiheiten darstellt. Mit der Keck-Rechtsprechung des EuGH⁷⁸⁷ liegt es nahe, bei einem

⁷⁸⁵ EuGH 15.7.1964, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1141, *Costa/E.N.E.L.*; *Gebauer*, in: *Gebauer/ Wiedmann* (Hrsg.), *Zivilrecht unter europäischem Einfluss* (2. Aufl. 2010), Kap. 4 Rn. 15; *Haratsch/ Koenig/ Pechstein*, *Europarecht* (8. Aufl. 2012), Rn. 178 f.; *Heiderhoff*, *Europäisches Privatrecht* (3. Aufl. 2012), Rn. 35.

⁷⁸⁶ EuGH 20.9.1988, Rs. C-190/87, Slg. 1988, 4689, 4720, Rn. 10 – Oberkreisdirektor des Kreises Borken u.a. / Moormann; EuGH, Rs. C-37/92, Slg. 1993, I-4947, 4978, Rn. 9 – Vanacker und Lesage; *Frenz*, *Handbuch Europarecht*: Bd. 6: *Europäische Grundfreiheiten* (2011), Rn. 351 f.

⁷⁸⁷ EuGH 24.11.1993, verb. Rs. C-267/91 u. C-268/91, Slg. 1993, I-6126, Rn. 16 f. – *Keck/ Mithouard*.

Widerrufsrecht eine vertriebsbezogene Maßnahme anzunehmen, die dazu noch unterschiedslos für inländische wie ausländische Marktteilnehmer gilt und den Marktzugang rechtlich wie tatsächlich diskriminierungsfrei regelt.⁷⁸⁸ Danach würde schon gar keine unionsrechtlich relevante Beschränkung vorliegen.

Selbst wenn man eine Beschränkung bejahen möchte, so gilt es anschließend jedoch, die Hürde des Rechtfertigungsgrundes zu überwinden. Als mögliche Rechtfertigungsgründe stehen sowohl der Verbraucherschutz selbst als auch die Kohärenz der nationalen Rechtsordnung zur Verfügung – wenngleich letzteres im Einzelnen sorgsamer Prüfung bedarf, um kein Einfallstor für einschränkende Maßnahmen der Mitgliedstaaten zu schaffen. Der EuGH hat seit der berühmten Entscheidung *Cassis de Dijon*⁷⁸⁹ die Existenz ungeschriebener Rechtfertigungsgründe im Grundsatz anerkannt und dabei bereits den Verbraucherschutz als einen solchen ausdrücklich erwähnt.

Eine ungerechtfertigte Beschränkung von Grundfreiheiten stellt die Neueinführung eines Widerrufsrechtes jedenfalls nicht dar. Dies untermauern verschiedene Argumente. Derlei Analogiebildungen verstoßen mithin keineswegs gegen Grundfreiheiten des AEUV.

II. Ein Widerrufsrecht beim Bürgschaftsvertrag

Ein häufig diskutiertes Musterbeispiel für die analoge Anwendbarkeit der verbraucherschützenden Widerrufsrechte ist der Bürgschaftsvertrag. Hier gilt es, die Möglichkeit zu prüfen, das Widerrufsrecht des Darlehensnehmers aus § 495 I BGB in entsprechender Anwendung auch dem Bürgen zuzubilligen.⁷⁹⁰

⁷⁸⁸ Einen hierzu analogen Gedanken verfolgt *Riehm*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2009, 159, 201 f.

⁷⁸⁹ EuGH 20.2.1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, 662 (Rn. 8), Rewe/ Bundesmonopolverwaltung für Branntwein.

⁷⁹⁰ Zum Schutz des Bürgen in Haustürsituationen unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH vgl. z.B. *Reinicke/Tiedtke*, ZIP 1998, 893-897. Der EuGH hat im Urteil 17.3. 1998, Slg. 1998, I-1199 – Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG / Edgard Dietzinger klargestellt, dass die RL 85/577 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen den Bürgen grundsätzlich erfassen kann.

1) Die Vereinbarkeit mit europäischem Sekundärrecht

Ein neu geschaffenes Widerrufsrecht dürfte wie jegliches nationale Recht nicht gegen europäisches Recht verstoßen. Hier steht insbesondere in Frage, ob das europäische Verbraucherkreditrecht nicht einer Analogie zu dessen nationalen Umsetzungsnormen entgegenstehen würde. Dies wäre zumindest dann nicht der Fall, wenn der Bürgschaftsvertrag aus dem Anwendungsbereich des europäischen Verbraucherkreditrechts ausgenommen wäre.

Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs⁷⁹¹ sind die Vorschriften des VerbrKrG (der heutigen §§ 488 ff. BGB) jedenfalls dann nicht entsprechend auf einen Bürgschaftsvertrag anzuwenden, wenn der Bürge kein Verbraucher ist – eine Selbstverständlichkeit, möchte man meinen. Der BGH führt (ohne im konkreten Fall mit einem Verbraucher befasst zu sein) weiter aus, der Richtlinie des Rates über Verbraucherkredite in ihrer damaligen Fassung⁷⁹² sei kein Anhaltspunkt für die Annahme zu entnehmen, sie wolle Bürgschaften umfassen. Er beruft sich dabei insbesondere auf Art. 1 I und II, lit.c der Richtlinie, wonach Bürgschaftsverträge jedenfalls nicht direkt unter die Definition eines Kreditvertrages zu subsumieren sind. Der BGH begründet dies damit, dass der Bürge im Gegensatz zum Kreditnehmer keine Gegenleistung erhält. Die direkte Anwendbarkeit der Richtlinie wie auch ihrer Umsetzung im deutschen Recht (der Kreditvertragsbegriff des § 488 I BGB variiert hier nicht von der europäischen Vorstellung) wird vom BGH demnach zu Recht verneint. Auch der EuGH kommt – selbstverständlich nur auf das europäische Recht bezogen – zu diesem Ergebnis.⁷⁹³

Mit der Neufassung der Verbraucherkreditrichtlinie hat sich diesbezüglich prima facie wenig geändert. Die Kommission wollte das Bürgschaftsrecht in den

⁷⁹¹ BGH 21.4.1998, BGHZ 138, 321.

⁷⁹² Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22. Dezember 1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit.

⁷⁹³ EuGH 17.3. 1998, Slg. 1998, I-1199 – Bayerische Hypotheken- und Wechselbank AG/ Edgar Dietzinger.

Anwendungsbereich der Richtlinie einbeziehen,⁷⁹⁴ was jedoch am Widerstand des Europäischen Parlaments scheiterte.⁷⁹⁵ In der konsolidierten Fassung des Parlaments erhielt Art. 3 Nr. 1 des Entwurfs die schlichte Formulierung: „This Directive applies to credit agreements“. Eine negative Aussage durch das Europäische Parlament ist hiermit lediglich insofern verbunden, als die Richtlinie einen bestimmten sachlichen Anwendungsbereich hat und dieser nur Darlehensverträge umfassen soll. Hierfür spricht auch die Überschrift „Scope“. Diese Formulierung wurde auch in der letztlich verabschiedeten und damit rechtlich relevanten Variante der Verbraucherkreditrichtlinie – konkret in deren Art. 2 I – übernommen.⁷⁹⁶ Keinesfalls deutet dies auf eine negative Regelungsanordnung dahingehend hin, dass die Mitgliedstaaten für andere Situationen die entsprechenden Rechtsfolgen nicht selbst einführen dürfen. Das Europäische Parlament stellt hierfür lediglich kein direktes rechtliches Instrumentarium bereit.

Die Regelung der vollharmonisierend wirkenden Verbraucherkreditrichtlinie ist damit ein Paradebeispiel für eine vergleichsweise unkomplizierte Auslegung des Richtlinien textes. Das Bürgschaftsrecht ist vom Anwendungsbereich der Richtlinie nicht umfasst. Das europäische Sekundärrecht steht einer nationalen Regelung, welche für ein weiteres Sicherungsmittel dieselbe Rechtsfolge in Form einer Widerrufsmöglichkeit vorsieht, keineswegs entgegen.

Auch was die Zweckmäßigkeit anbelangt, so scheint trotz des Vollharmonisierungskonzepts⁷⁹⁷ der neuen Verbraucherkreditrichtlinie diese keinesfalls gegen eine eigenständige Parallelregelung durch einen Mitgliedstaat zu sprechen. Hier soll eben nur eine ähnliche Konstellation mit gleichen juristischen

⁷⁹⁴KOM (2002) 443 endg., S. 11: „Mit dem vorliegenden Vorschlag soll diese Lücke durch Ausweitung des Geltungsbereichs der Richtlinie auf jeden Garanten und somit jeden Verbraucher geschlossen werden, der eine Sicherheit leistet, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine persönliche oder sachliche Sicherheit handelt und ob der damit gesicherte Kredit einem Verbraucher oder einem Kaufmann gewährt wird.“

⁷⁹⁵ Resolution des Europäischen Parlaments vom 20.4.2004, P5_TA(2004)0297.

⁷⁹⁶ Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates.

⁷⁹⁷ Vgl. etwa Erwägungsgrund 9 der RL 2008/48/EG.

(Rechtsfolge-) Methoden gelöst werden, ohne dass das Ziel der „gezielten Harmonisierung“ untergraben würde. Auch spricht nichts dafür, dass hierdurch den allgemeinen Zielen des Vollharmonisierungskonzepts entgegengewirkt würde. Mag dies für die Vertiefung des Binnenmarktes als unionsweit einheitlicher Rechtsraum noch gelten, so ist dies bezüglich eines effektiven Verbraucherschutzes und der Einhaltung des Subsidiaritätsprinzips indes nicht der Fall.

Die Einführung eines Widerrufsrechts für den Bürgen ist somit unter unionsrechtlichen Gesichtspunkten gut vertretbar.

2) Die Vergleichbarkeit mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Schuldbeitritt

Für die Analogiemöglichkeit bezogen auf die Bürgschaft könnte die Tatsache sprechen, dass die deutsche höchstrichterliche Rechtsprechung⁷⁹⁸ die verbraucherschützenden Vorschriften des Darlehensrechts jedenfalls auf den Schuldbeitritt entsprechend anwendet.⁷⁹⁹ Man könnte erwägen, aus Gleichbehandlungsgesichtspunkten heraus diese entsprechende Anwendung auf den Bürgschaftsvertrag auszuweiten.

a) Die Nähe zum Vertrag als Kriterium

Hierzu müssten der Schuldbeitritt und die Bürgschaft solche Ähnlichkeiten aufweisen, dass eine Ungleichbehandlung ein willkürliches und damit ungerechtfertigtes Ergebnis bedeuten würde. Der BGH nimmt etwa an, es bestehe insofern ein wesentlicher Unterschied zwischen dem Schuldbeitritt und der Bürgschaft, als bei ersterem der Beitretende seinerseits zum Schuldner der Forderung aus dem Kreditvertrag wird, wohingegen bei der Bürgschaft nur für

⁷⁹⁸ BGH 5.6.1996, BGHZ 133, 71; 10.7.1996, BGHZ 133, 220, 222 f.; 12.11.1996, BGHZ 134, 94; BGH 28.1.1997, NJW 1997, 1442.

⁷⁹⁹ LG Neubrandenburg 9.10.1996, NJW 1997, 2826 f.; LG Köln 13.11.1997, WM 1998, 172 f.; Artz, VuR 1997, 227-233.

fremde Schuld gehaftet wird.⁸⁰⁰ Zweifelsohne ist es sinnvoll, dem gleich einem Kreditnehmer gefährdeten Schuldbeitretenden die Verbraucherschützenden Rechte zukommen zu lassen. Was diesen jedoch vom Bürgen unterscheidet, soll nach der Rechtsprechung des BGH weniger ein unterschiedliches Maß an Schutzbedürftigkeit, sondern vielmehr die Nähe zum Vertrag sein. Genau genommen reduziert sich selbst dieses Differenzierungskriterium jedoch auf ein dogmatisches Minimum: Weder der Schuldbeitretende noch der Bürge werden Partei des (Darlehens-) Vertrages. Die „Nähe“ zum Vertrag allein erscheint jedoch eher als ein wenig greifbares Kriterium. Was genau eine solche ausmachen soll, verbleibt im Ungefähren.

b) Die Haftungsstufe als Kriterium

Den Schuldbeitretenden unterscheidet vom Bürgen möglicherweise die Primärhaftung einerseits und die lediglich subsidiäre Haftung (§ 771 BGB) andererseits.⁸⁰¹

Auch die grundsätzlich nur subsidiäre Haftung des Bürgen im Vergleich zur „gleichstufigen“ Haftung des Schuldbeitretenden lässt diesen jedoch kaum weniger schutzwürdig erscheinen: So gibt es nicht selten Fälle, in denen der Bürge selbstschuldnerisch haftet (§ 773 BGB) sowie solche, in welchen das Geschäft für den Bürgen ein Handelsgeschäft darstellt und ohnehin die Einrede der Vorausklage nicht erhoben werden kann (§ 349 HGB). Der lehrbuchhafte Satz, der Schuldbeitretende („Schuldmitübernehmende“) hafte für eigene, der Bürge aber für fremde Schuld,⁸⁰² mag in der Regel gelten; in der Ausnahme jedoch nicht, was sich schon allein am Begriff der „selbstschuldnerischen Bürgschaft“ verdeutlicht. Überdies ist die Ausnahmestellung dieser Variante lediglich

⁸⁰⁰ BGH 21.4.1998, BGHZ 138, 321, 325 f.

⁸⁰¹ *Looschelders*, Schuldrecht BT (8. Aufl. 2013), Rn. 938.

⁸⁰² Z.B. RG 28.9.1917, RGZ 90, 415, 417; *Reichel*, Schuldmitübernahme (1909), 87 f.; *Kothe*, JZ 1990, 997, 1000; *Coester*, JuS 1994, 370; *Sölter*, NJW 1998, 2192, 2193; *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, Sukzessionen (2. Aufl. 1999), 256; *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten (6. Aufl. 2003), Rn. 1581; *Reinicke/Tiedtke*, Kreditsicherung (5. Aufl. 2006), Rn. 4; *Fischer*, in: *Lwowski/ Fischer/ Langenbucher*, Das Recht der Kreditsicherung (9. Aufl. 2011), 258; *Looschelders*, Schuldrecht BT (8. Aufl. 2014), Rn. 938.

dogmatisch eine solche; in der tatsächlichen Praxis der Kreditvergabe bildet die selbstschuldnerische Bürgschaft aufgrund des für den Darlehensgeber höheren Sicherungsniveaus mittlerweile den Regelfall,⁸⁰³ zumal die Einrede der Vorausklage auch durch AGB wirksam abbedungen werden kann.⁸⁰⁴ Im Sparkassenrecht beispielsweise gilt nur die selbstschuldnerische Bürgschaft als taugliche Sicherheit; diese kann allenfalls durch eine Ausfallbürgschaft einer juristischen Person des öffentlichen Rechts ersetzt werden.⁸⁰⁵

In der Praxis haften also sowohl der Bürge als auch der Beitretende nach außen primär und lediglich im Innenverhältnis subsidiär. Letzteres spielt für die Einordnung als gleichstufige Haftung jedoch keine Rolle.⁸⁰⁶

c) Sprachliche Differenzierungsmöglichkeiten

Trotz dieser Umstände wird in der Literatur teilweise versucht, den Unterschied zwischen den beiden hier untersuchten Rechtsinstituten durch etwas bemüht wirkende sprachliche Abschwächungen dennoch zu konstruieren: Bei der Bürgschaft bleibe die Hauptverbindlichkeit „der zentrale Punkt“ des Verhältnisses zwischen den Beteiligten, während die Bürgschaftsverbindlichkeit „etwas Sekundäres“ darstelle, mit dem „Charakter des Hilfsweisen“.⁸⁰⁷ Der Schuldbeitritt hingegen stehe gleichrangig neben der Hauptverbindlichkeit. Dass dies lediglich ein linguistisches Bemühen darstellt, die dogmatische wie faktisch-ökonomische Nähe auszublenden, um die traditionelle Differenzierung zwischen den beiden Rechtsinstituten beizubehalten, erscheint recht evident.

⁸⁰³ Falter/Eckert, Die Praxis des Kreditgeschäfts (16. Aufl. 2004), 390 f., der darlegt, die einfache BGB-Bürgschaft ohne Ausschluss der Einrede der Vorausklage gem. § 773 BGB erlange in der Praxis keinerlei Bedeutung.

⁸⁰⁴ BGH 24.11.1980, NJW 1981, 761.

⁸⁰⁵ Falter/Eckert, Die Praxis des Kreditgeschäfts (16. Aufl. 2004), 391.

⁸⁰⁶ Schürnbrand, Der Schuldbeitritt zwischen Gesamtschuld und Akzessorietät (2003), 98 f., betont, das Kriterium der Gleichstufigkeit sei „kein begrifflich-konstitutives Merkmal für die Begründung einer Gesamtschuld“.

⁸⁰⁷ Nörr/Scheyhing/ Pöggeler, Sukzessionen (2. Aufl. 1999), 257.

d) Das Kriterium der Akzessorietät

Auch soweit die Unterscheidung auf die Akzessorietät der Bürgschaft im Gegensatz zur fehlenden Akzessorietät des Schuldbeitritts anspielt, lässt sich kaum sinnvoll abgrenzen:⁸⁰⁸ Der Anspruch aus einem Schuldbeitritt geht nach mittlerweile h.M.⁸⁰⁹ gem. § 401 BGB analog gleichsam über. Bei beiden Formen der Kreditsicherung kommt es überdies im Haftungsfall zur *cessio legis*: Bei der Bürgschaft über § 774 I 1 BGB, beim Schuldbeitritt über § 426 II BGB.⁸¹⁰ Den relevanten Unterschied zwischen den beiden Sicherungsrechten gerade in dem Faktum der scheinbar verschiedenen § 774 I einerseits und § 426 andererseits zu sehen,⁸¹¹ erscheint allein schon aufgrund des Verweises des § 774 II auf die Regelung des § 426 wenig begründet. Der Ausgleich im Innenverhältnis der Beteiligten hängt von der konkreten Ausgestaltung desselben ab – eine Tatsache, die auch die betreffenden Normen (insbesondere § 426 I) hinreichend verdeutlichen. Dies gilt indes erneut für beide Arten der Kreditsicherung.

e) Das Kriterium der unterschiedlichen Formvorschriften

Die weitere Annahme des BGH, der Bürge sei schon wegen des Formerfordernisses des § 766 BGB weniger schutzwürdig als der Schuldbeitretende,⁸¹² ist insofern überholt, als das konstitutive Schriftformerfordernis des Darlehensvertrages (§§ 492, 494 BGB) nach der mittlerweile h.M.⁸¹³ auf den Schuldbeitritt analog angewandt wird.

⁸⁰⁸ Kittlitz, Der vertragliche Schuldbeitritt (1994), S. 114; Schürnbrand, ZBB 2008, 383, 38, der von einer „funktionalen Austauschbarkeit“ zwischen den beiden Rechtsinstituten spricht.

⁸⁰⁹ z.B. BGH 23.11.1999, NJW 2000, 575; MünchKomm/Roth (6. Aufl. 2012), § 401 BGB Rn. 9; Palandt/Grüneberg (73. Aufl. 2014), § 401 BGB Rn. 4.

⁸¹⁰ Artz, VuR 1997, 227, 229.

⁸¹¹ Reifner, ZIP 1990, 427, 431.

⁸¹² BGH 21.4.1998, BGHZ 138, 321, 327; ebenso Kohte, JZ 1990, 997, 1001.

⁸¹³ Vgl. nur BGH 5.6.1996, BGHZ 133, 71; Nörr/Scheyhing/Pöggeler, Sukzessionen (2. Aufl. 1999), S. 258; Palandt/Grüneberg (73. Aufl. 2014), Überblick vor § 414 BGB Rn. 3 m.w.N.

f) Das Kriterium der Beweislast

Selbst die in diesem Zusammenhang unterschiedlichen Beweislastregelungen (bei der Bürgschaft muss gem. § 774 I 3 der Hauptschuldner beweisen, dass er im Innenverhältnis nicht die volle finanzielle Last tragen muss, wohingegen beim Schuldbeitritt bewiesen werden muss, dass entgegen der Regel des § 426 I dem Schuldbeitretenden ein voller Regress gegen den Hauptschuldner zusteht) vermögen keine hier relevante Unterscheidungsmöglichkeit zu entfalten: Die Abgrenzung zur Bürgschaft wird nur dort Probleme bereiten, wo der Schuldbeitritt ausschließlich dem Zweck der Absicherung des Gläubigers und damit der Unterstützung des Hauptschuldners dient. In diesen Fällen jedoch werden die Umstände, die eine vollständige Haftung des Hauptschuldners im Innenverhältnis begründen, relativ evident vorliegen und damit leicht zu beweisen sein – dort, wo die Differenzierung also besonders schwierig wird, ist sie wegen der faktisch gleichen Rechtsfolgen gar nicht notwendig.⁸¹⁴

Die Abgrenzung nach der Begründung eigener Schuld einerseits und der akzessorischen Haftung für fremde Schuld andererseits gerät so im Ergebnis zu einer rein sprachlichen Differenzierung ohne Auswirkungen auf das tatsächliche Risiko, für die Schuld des Hauptschuldners letztendlich eintreten zu müssen.⁸¹⁵

g) Die Anwendbarkeit des § 425 BGB als Kriterium

Die einzig relevante Differenzierungsmöglichkeit zwischen dem Bürgen und den Schuldbeitretenden besteht in der Regelung des § 425 BGB. Hier zeigt sich die selbstständige Behandlung des Schuldbeitretenden, was beispielsweise die isolierte

⁸¹⁴ Kittlitz, Der vertragliche Schuldbeitritt (1994), 117.

⁸¹⁵ So auch *Bülow*, Recht der Kreditsicherheiten (6. Aufl. 2003), Rn. 1581, der von „wenig Aussagekraft“ dieser Differenzierung spricht. *Zahn* (DB 1998, 353, 356) erkennt diese Problematik gleichfalls, zieht daraus jedoch keinerlei Konsequenzen. In der Literatur überwiegen Stimmen, die ohne ausreichendes Problembewusstsein für selbstverständlich halten, was nicht selbstverständlich ist, z.B. *Madaus*, Der Schuldbeitritt als Personalsicherheit (2001), 84-115; *Artz*, VuR 1997, 227, 229, der betont, es stehe „außer Zweifel, daß sich die dogmatische Konstruktion der Bürgschaft grundlegend vom Schuldbeitritt unterscheidet“. *Artz* flüchtet sich zur Begründung dieser zweifelhaften These gleichfalls in die oben angesprochene Leerformel, nicht ohne auf den folgenden Seiten seine anfängliche Annahme detailliert und m.E. korrekt zu widerlegen.

Verjährung bei jedem Gesamtschuldner anbelangt im Vergleich zur akzessorisch angelegten Regelung der Bürgschaft. Letztere verjährt zum gleichen Zeitpunkt wie die Hauptschuld. Auswirkungen auf die Schutzbedürftigkeit der Sicherheit Leistenden hat § 425 indes kaum. Die selbstständige Behandlung des Schuldbeitretenden lässt diesen eher weniger schutzbedürftig als den Bürgen erscheinen, da ersterer größere Einflussmöglichkeiten auf das Schuldverhältnis hat (beispielsweise durch die Möglichkeit, einen Verzug und den damit verbundenen Schadensersatz gem. §§ 497 I, 288, 247 BGB durch rechtzeitige Zahlung zu verhindern), wo letzterer sich darauf verlassen muss, dass der Schuldner sich ordnungsgemäß verhält und Schaden auch vom Bürgen nimmt. § 425 unterscheidet sich zwar dogmatisch von § 767 I 1, welcher den Umfang der Bürgschaftsforderung von demjenigen der Hauptschuld abhängig macht. In der Praxis wird durch den Sicherungsvertrag zwischen Schuldbeitretendem und Gläubiger jedoch beinahe immer trotz der Regelung des § 425 die gleiche Rechtsfolge wie die des § 767 I 1 herbeigeführt.⁸¹⁶ Der Inhalt der Bürgschaft wird somit unmittelbar nach dem Inhalt der Hauptschuld bestimmt. Beim Schuldbeitritt ist das Anwachsen der ursprünglichen Schuld die Bedingung für die Wirksamkeit der bereits vorab im Sicherungsvertrag vereinbarten zusätzlichen Verbindlichkeit.⁸¹⁷ Erneut unterscheiden sich die Rechtsfolgen kaum.

e) Praktische Gesichtspunkte

Sofern sich zwischen diesen beiden Formen der Kreditsicherung überhaupt sinnvoll unterscheiden lässt (was sehr fragwürdig erscheint), hängt es in der Praxis überdies von der jeweils getroffenen Auslegung des Vertrags und damit auch ein Stück weit vom Zufall ab, ob der Dritte als Bürge auftritt oder der Schuldbeitritt.⁸¹⁸ Oftmals wird den Beteiligten der Unterschied (verständlicherweise) gar nicht bewusst sein und der Richter muss aufgrund der getroffenen (mitunter zufälligen) Formulierungen eine Einordnung treffen. Sofern man dem Bürgen nicht das gleiche Schutzniveau wie dem Schuldbeitretenden zugestehen möchte,

⁸¹⁶ *Kittlitz*, Der vertragliche Schuldbeitritt (1994), 116.

⁸¹⁷ *Kittlitz*, Der vertragliche Schuldbeitritt (1994), 116.

⁸¹⁸ *Zahn*, DB 1998, 353, 354.

besteht in der Folge die Gefahr, dass Darlehensgeber zur Kreditsicherung absichtlich den Schuldbeitritt im lediglich formellen Gewand einer selbstschuldnerischen Bürgschaft verlangen.⁸¹⁹ Auf diese Weise entledigten sie sich des durch den BGH eingeräumten Widerrufsrechts und gelangten so zu einem Sicherungsmittel ohne jeglichen Schwebezustand.

Eine Gleichbehandlung der beiden Rechtsinstitute ist demzufolge nicht nur dogmatisch logisch, sondern auch in der faktischen Konsequenz notwendig, um willkürliche Ergebnisse zu vermeiden. Vertreten wird hierzu die Ansicht, eine solche Ungleichbehandlung sei nicht problematisch, sofern sich die jeweiligen Verträge außerhalb der Anwendungsbereiche der §§ 134, 138 BGB bewegten. Der Darlehensgläubiger bediene sich lediglich der Privatautonomie und der „Typenfreiheit“.⁸²⁰ Die Rechtswissenschaft sollte jedoch nicht lediglich in Kategorien wie „verboten“ oder „sittenwidrig“ denken. Hier geht es um die Frage, ob Ungleichbehandlungen logisch und sachgerecht sind, was für die Rechtfertigung einer differenzierenden Behandlung von Rechtsinstituten eine Rolle spielen sollte. Argumentationen außerhalb der Anwendungsbereiche der §§ 134, 138 BGB zu beschränken, entbehrt jedenfalls einer sinnvollen Grundlage. Ebenso denkbar wie eine Anpassung des Darlehensrechts „nach oben“ hin zum Verbraucherschutzniveau des Schuldbeitretenden, wäre freilich, die Rechtsprechung zum Schuldbeitritt zu revidieren und bei dieser das eingeräumte Widerrufsrecht wieder zu entziehen.⁸²¹ Solange dies jedoch nicht geschieht, gebietet das Widerrufsrecht beim Schuldbeitritt, ein solches gleichsam für das funktional äquivalente Rechtsinstitut der Bürgschaft anzuerkennen.

3) Die Schutzbedürftigkeit des Bürgen

Der Bürge muss für die Anerkennung einer Analogie auf „seinen“ Vertrag mindestens ebenso schutzwürdig erscheinen wie der Kreditnehmer und nach der Rechtsprechung des BGH auch wie der Schuldbeitretende. Dies verlangt das

⁸¹⁹ Reifner, ZIP 1990, 427, 432; ders. Handbuch des Kreditrechts (1991), Rn. 195.

⁸²⁰ Herrmann, Der Schutz des Bürgen (1996), 136 f.

⁸²¹ Schürnbrand, ZBB 2008, 383, 385.

Kriterium der vergleichbaren Interessenlage. In diese Richtung zielt auch die Kommission in ihrem (diesbezüglich allerdings gescheiterten) Vorschlag zur neuen Verbraucherkreditrichtlinie so, indem sie fordert:

„Man darf diesen Personen [Sicherheit leistenden Verbrauchern] nicht einen Anspruch auf ein Mindestmaß an Information und einen vergleichbaren Schutz versagen, wie ihn der Verbraucher/Darlehensnehmer genießt.“⁸²²

Die gleiche Schutzbedürftigkeit des Bürgen im Verhältnis zum Kreditnehmer (und dem Schuldbeitretenden) liegt in dem Faktum begründet, dass ersterer bei Eintritt des Sicherungsfalles gleich wie der Darlehensschuldner verpflichtet ist, die Darlehenssumme zurückzuzahlen.⁸²³ Ein Unterschied könnte jedenfalls theoretisch⁸²⁴ freilich insofern angenommen werden, als der Kreditnehmer stets primär und unmittelbar haftet, wohingegen der Bürge grundsätzlich eben erst im Sicherungsfall herangezogen werden soll. Den Bürgen für weniger schutzwürdig zu halten, weil der Bürgschaftsfall möglicherweise gar nicht eintritt, erscheint jedoch kurios: Es ist gerade der Sinn einer Bürgschaft, letztlich haften zu müssen. Andernfalls wäre das Sicherungsmittel der Bürgschaft ein solches, das bei Eintritt des Sicherungsfalles ganz und gar untypische Auswirkungen zeitigen würde. Wo aber ein Sicherungsmittel bereitgestellt wird, ist eine mögliche Abschöpfung der darin enthaltenen Sicherheiten geradezu „normal“. Überdies werden in der Praxis Bürgschaften im Vergleich zu anderen Formen der Kreditsicherung überproportional häufig abgeschöpft.⁸²⁵ Damit hängt die Schutzbedürftigkeit sowohl des Schuldbeitretenden als auch des Bürgen ausnahmslos von der Bonität des Hauptschuldners ab,⁸²⁶ da im Innenverhältnis regelmäßig ohnehin stets letzterer zur Zahlung verpflichtet sein wird.

⁸²² KOM (2002) 443 endg., S. 11.

⁸²³ Schwarz, Bürgenschutz durch deutsches und europäisches Verbraucherschutzrecht (2001), 122.

⁸²⁴ De facto werden ohnehin meist selbstschuldnerische Bürgschaftsverträge geschlossen, s.o. unter 2) b).

⁸²⁵ Holzschek/Hörmann/Daviter, Praxis des Konsumentenkredits (1982), 231.

⁸²⁶ So auch Von Westphalen, DB 1998, 295, 298. Sölter (NJW 1998, 2192, 2193) hält die Frage für entscheidend, ob sich die analoge Anwendung des Widerrufsrechts „noch in das Leitbild der Bürgschaft als [...] der Absicherung des Gläubigers gegen den Ausfall des Hauptschuldners

Der Bürge ist ebenso wie der Schuldbeitretende in gewisser Hinsicht sogar schutzbedürftiger als der Darlehensnehmer, da erstere beiden nur schulden, jedoch nicht im Gegenzug eine Forderung aus dem Kreditvertrag erwerben.⁸²⁷ Dabei kommt dem Bürgen in der Regel innerhalb dieser Sicherungsgeber eine im Vergleich zum Schuldbeitretenden höhere Schutzwürdigkeit zu, da ersterer oftmals aus altruistischen Motiven handelt, wohingegen letzterer meist zumindest auch ein eigenes Interesse verfolgt.⁸²⁸ Diese selbstverständlich generalisierende Betrachtung⁸²⁹ wird sowohl vom RG⁸³⁰ als auch vom BGH⁸³¹ seltsamerweise als Argument für ein Widerrufsrecht lediglich beim Schuldbeitritt angesehen.⁸³²

Die bereits oben erwähnte Ansicht, der Bürge erfahre bereits durch §§ 134, 138 BGB hinreichenden Schutz,⁸³³ erscheint im Übrigen auch aus Gleichbehandlungsgesichtspunkten wenig schlüssig. So ist kein sachlicher Grund ersichtlich, warum dieser Gedanke nicht gleichfalls für den Schuldbeitritt (oder auch für den Kreditnehmer selbst) gelten sollte. Wenn aber der Gesetzgeber (und sei unionsrechtlich motiviert) die Wertung getroffen hat, dass für einen Darlehensnehmer der Schutz der §§ 134, 138 BGB nicht ausreicht, so muss dies sachgerechterweise auch für die ebenso gefährdeten Personen, namentlich den Beitretenden wie den Bürgen, gelten.

dienende Sicherheit einfügt“. Letztlich geht es jedoch, wie oben unter § 7 II 2) gezeigt, beim Schuldbeitritt um nichts anderes.

⁸²⁷ *Von Westphalen*, DB 1998, 295, 297.

⁸²⁸ LG Neubrandenburg, 9.10.1996, NJW 1997, 2826; *Reifner*, ZIP 1990, 427, 430 u. 433; Hermann, *Der Schutz des Bürgen* (1996), 138; *Nörr/Scheyhing/Pöggeler*, *Sukzessionen* (2. Aufl. 1999), 258; Gerade beim Standardfall des bürgenden Familienangehörigen kommt es jedoch vor, dass dieser insofern ein eigenes Interesse verfolgt, als das Darlehen der gemeinsamen Lebensführung zugute kommen soll, vgl. *Zahn*, DB 1998, 353, 354. *Kohte*, JZ 1990, 997, 1000, bestreitet die Existenz eines generellen Unterschieds im Grad des Eigeninteresses zwischen den beiden Sicherungsformen.

⁸²⁹ Mittlerweile werden auch bei Schuldbeitritten in Form einer „Sicherungsmitschuld“ oftmals lediglich altruistische Interessen verfolgt, insbesondere bei Familienangehörigen, vgl. *Erman/Röthel* (13. Aufl. 2011), Vor §§ 414 ff. BGB Rn. 17 und *Staudinger/Horn* (Neub. 2013), Vorb. zu §§ 765-778 BGB Rn. 408 f. Dadurch werden die vermeintlichen Unterschiede zur Bürgschaft nur noch unklarer.

⁸³⁰ RG 23.11.1906, RGZ 64, 318, 320.

⁸³¹ BGH 25.9.1980, NJW 1981, 47.

⁸³² *Staudinger/Horn* (Neub. 2013), Vorb. zu §§ 765-778 BGB Rn. 408 f.

⁸³³ *Zahn*, DB 1998, 353, 355.

4) Besonderheiten der vergleichbaren Interessenlage

Nun ist der Bürge im Gegensatz zum Darlehensnehmer nicht in der Lage, nachträglich den Markt zu sondieren, weil es schlicht keinen Markt für Bürgschaften gibt. Er kann lediglich entscheiden, ob er die Bürgschaft abschließen möchte oder nicht. Diese Entscheidung wird jedoch ganz überwiegend davon abhängen, wie solvent der Bürge selbst und insbesondere die Person, für deren Schuld gebürgt werden soll, ist. Das klassische „Einholen von Vergleichsangeboten“ ist bei der Bürgschaft nicht möglich, bei Kreditverträgen hingegen sehr wohl. Damit enthält das Widerrufsrecht des Kreditnehmers einen zusätzlichen Rechtfertigungsgrund im Vergleich zu einem solchen beim Bürgen.⁸³⁴ Wenn die europarechtlich begründeten Widerrufsrechte jedoch gar nicht in erster Linie das Ziel des Schwächerenschutzes verfolgen, sondern vielmehr, den Verbrauchern eine aktive und dynamische Rolle im Markt zuzubilligen, so ließe sich mit diesem Gedanken eine entsprechende Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers beim Abschluss von Bürgschaftsverträgen verneinen.

Andererseits ist, wie oben gezeigt, eine auf nationaler Ebene geschaffene Analogie eben doch in der Lage, sich lediglich auf den Verbraucherschutz als Grundgedanken der Widerrufsrechte zurückzuziehen. Dass der rechtspolitische Hintergrund der Unionsrichtlinien ein anderer ist, kann zumindest teilweise dahinstehen, da das „Modellgesetz“ für die Analogie eben ein nationales ist.

Hinzu kommt, dass beim Schuldbeitritt exakt dieselbe Problematik besteht: Auch für den Schuldbeitritt gibt es keinerlei Markt, es geht auch hier lediglich darum, den Verbraucher vor voreilig eingegangenem finanziellen Risiko zu schützen. Höchstens mittelbar lässt sich auch dies – da der europarechtliche Hintergrund der Widerrufsrechte aufgrund ihrer dogmatischen „Zwitterstellung“ eben nur teilweise ohne Bedeutung ist – insofern als ein Beitrag zu aktiverem Marktgeschehen der Verbraucher begreifen, als dieser in der Lage sein soll, relativ angstfrei – und damit eben auch schlichtweg häufiger – zu agieren.

⁸³⁴ *Madaus*, BKR 2008, 54, 56; *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht (3. Aufl. 2012), Rn. 339.

Wenn der Bürge Gefahren ausgesetzt ist, welche denen des Hauptschuldners gleichen, so müssen konsequenterweise die zu seinen Gunsten eingreifenden Schutzmechanismen diese Gefährdungslage nachvollziehen. Eine derartige Entscheidung hat, sofern der parlamentarische Gesetzgeber weiterhin schweigt, der hiermit befasste Richter zu treffen.⁸³⁵

5) Konsequenterweise Ausweitung auch auf Realsicherheiten?

Nun könnte man einwenden, wenn ein Widerrufsrechts für den Bürgen bejaht wird, so müsse dies konsequenterweise gleichfalls für Personen gelten, die zur Kreditsicherung ein Grundpfandrecht bestellen. Damit einher geht der implizite Vorwurf, mit der Analogiebildung werde die Büchse der Pandora hin zu einer weiteren Entfernung vom Grundsatz des „pacta sunt servanda“ geöffnet.⁸³⁶

Ein Widerrufsrecht bei einem mit einem Realakt (der Eintragung) verknüpften dinglichen Vertrag (vgl. § 873)⁸³⁷ anzuerkennen, wäre jedenfalls derart systemfremd, dass dies nicht allein mit der Schutzbedürftigkeit des Kreditsichernden zu begründen wäre. Das Widerrufsrecht ist bei schuldrechtlichen Verträgen mittlerweile ein etablierter Bestandteil im Werkzeugkasten des europarechtlich geprägten Juristen,⁸³⁸ wohingegen bei dinglichen Verträgen – wegen der wirtschaftlichen Bedeutung gerade im Immobiliarsachenrecht – ein viel größeres Bedürfnis nach Rechtssicherheit besteht. Die grundsätzlich berechtigte Erwartung, die Eintragungen im Grundbuch seien korrekt (vgl. §§ 891 f. BGB), würden durch mit Widerrufsrechten einhergehenden Schwebezuständen in diesem Rechtsgebiet deutlich konterkariert. Der „Kollateralschaden“ der Annahme eines Widerrufsrechtes wäre an dieser Stelle ungleich hoch, brächte dies doch eine stete

⁸³⁵ Schwarz, Bürgenschutz durch deutsches und europäisches Verbraucherschutzrecht (2001), 123 f.

⁸³⁶ Zahn, DB 1998, 353, 357; Loos, in: Howells/ Schulze (Hrsg.), Modernising and Harmonising Consumer Contract Law (2009), 237, 241.

⁸³⁷ Baur/ Stürner, Sachenrecht (18. Aufl. 2009), § 19 Rn. 9-13.

⁸³⁸ Eidenmüller, AcP 210 (2010), 67, 68.

Ungewissheit über die Richtigkeit des Grundbuchs mit sich. Bei der Bürgschaft hingegen ginge es jeweils lediglich um die konkrete Planungssicherheit eines individuellen Kreditgebers, der zur Sicherung seiner Interessen beispielsweise in der Lage wäre, im Darlehensvertrag die Auszahlung des Kredits vom ereignislos verstrichenen Ablauf einer etwaigen Widerrufsfrist abhängig zu machen. Sofern bei der Eingehung von Realsicherheiten überhaupt eine Widerrufsregelung sinnvoll denkbar wäre, so würde sich eine solche nicht auf die Realsicherheit selbst, sondern höchstens auf den Sicherungsvertrag beziehen.⁸³⁹ Das ausgeübte Widerrufsrecht hätte dann zur Folge, dass der Sicherungsgeber das Sicherungsrecht beim Sicherungsnehmer nach § 812 I 1 Var.1 BGB kondizieren könnte.⁸⁴⁰

Jedenfalls haben die bestehenden Verbraucherschützenden Widerrufsrechte lediglich den Widerruf obligatorischer, nicht aber dinglicher Geschäfte zum Gegenstand.⁸⁴¹ Dies mag dafür sprechen, eine Ausweitung auf dingliche Verträge (und auch auf Sicherungsverträge, die den Abschluss dieser dinglichen Verträge ermöglichen) als systemfremd abzulehnen.

Dass der Bundesgerichtshof den Bürgen als im Vergleich zum Schuldbeitretenden weniger schutzwürdig betrachtet, erscheint demnach insgesamt wenig überzeugend.⁸⁴² Die mögliche Ausweitung des Verbraucherschutzes auf Bürgschaftsverträge durch Analogiebildungen der Rechtsprechung stellt damit eine notwendige Korrektur des gesetzgeberischen Fehlgriffs⁸⁴³ dar, die Bürgschaft und den Schuldbeitritt differenziert zu behandeln.

⁸³⁹ *Bülow*, NJW 1996, 2889. *Ders.* auf S. 2892 sieht den eine Realsicherheit Stellenden in einer vergleichbaren Situation und will das Widerrufsrecht für den Sicherungsvertrag anwenden. Dies geht wohl zu weit. Dagegen spricht nicht nur das besondere Bedürfnis nach Rechtsklarheit im Sachenrecht, sondern auch das auf den Wert der Realsicherheit begrenzte Schutzbedürfnis desjenigen, der die Realsicherheit bestellt.

⁸⁴⁰ *Vieweg/ Werner*, Sachenrecht (4. Aufl. 2010), § 15 Rn. 91.

⁸⁴¹ *Bülow*, NJW 1996, 2889.

⁸⁴² LG Neubrandenburg, 9.10.1996, NJW 1997, 2826; *Artz*, VuR 1997, 227, 231; *Oechsler*, Vertragliche Schuldverhältnisse (2. Aufl. 2007), Rn. 453; A.A. *Rebmann*, DZWIR 1996, 456, 459, der ohne nähere Begründung betont, das befristete Widerrufsrecht „passe“ im Gegensatz zum Schuldbeitritt nicht zur Bürgschaft sowie wohl auch *Godefroid*, Verbraucherkreditverträge (3. Aufl. 2008), Rn. 115-123 m.w.N.

⁸⁴³ *Kittlitz*, Der vertragliche Schuldbeitritt (1994), 118.

III. Weitere denkbare Beispiele für Analogien

1) Mietverträge über Wohnraum

a) Die Timesharingregelungen als Modell für eine Analogie

Neben einer Analogie für Bürgschaftsverträge könnte man gleichfalls eine Einzelanalogie zum Widerrufsrecht bei Teilzeit-Wohnrechteverträgen in Erwägung ziehen. Diese sind im BGB insbesondere in den §§ 481 ff. BGB umgesetzt und beruhen auf der sog. Timesharingrichtlinie (zuletzt novelliert im Jahre 2009).⁸⁴⁴ Das Widerrufsrecht selbst wird dabei durch § 485 angeordnet, wobei der Systematik des BGB folgend auf den „Allgemeinen Teil des Verbrauchervertragsrechts“, konkret § 355 BGB, verwiesen wird, der seinerseits über § 357 I 1 zu den Rechtsfolgen des Rücktrittsrechts (§ 346) gelangt.

Die Timesharingrichtlinie strebt nun wie die meisten neueren Richtlinien weitgehend⁸⁴⁵ eine Vollharmonisierung innerhalb ihres Anwendungsbereiches an und stellt dabei – was eigentlich ohnehin evident sein sollte – klar, dass die Mitgliedstaaten in den Bereichen extra muros in ihrer eigenen Rechtsgestaltungsfreiheit unbeschränkt agieren können.⁸⁴⁶ Hier steht in Frage, eine europarechtlich angeordnete Rechtsfolge als Modell für eine ähnliche Regelung zu nehmen, die Anordnungen also in horizontaler Hinsicht auszuweiten, ohne mit den Regelungsgegenständen der Richtlinie in Konflikt zu

⁸⁴⁴ Richtlinie 2008/122/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Januar 2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen

⁸⁴⁵ *Mittwoch*, Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht (2013), 78, sieht in Art. 11 Abs. 3 der Richtlinie, welcher bestimmt, dass die Mitgliedstaaten die Einzelheiten bezüglich der Beendigung ggf. existenter akzessorischer Verträge in eigener Verantwortung regeln sollen, eine Mindestharmonisierungsbestimmung.

⁸⁴⁶ So Begründungserwägung (3) der Richtlinie: „Daher sollten bestimmte Aspekte der Vermarktung, des Verkaufs und des Wiederverkaufs von Teilzeitnutzungsrechten und langfristigen Urlaubsprodukten sowie der Tausch von Rechten, die sich aus Teilzeitnutzungsverträgen ergeben, in vollem Umfang harmonisiert werden. Die Mitgliedstaaten sollten keine von dieser Richtlinie abweichenden nationalen Bestimmungen beibehalten oder erlassen dürfen. In Bereichen, in denen keine harmonisierten Bestimmungen bestehen, sollte es den Mitgliedstaaten weiterhin freistehen, nationale Bestimmungen im Einklang mit dem Gemeinschaftsrecht beizubehalten oder einzuführen.“

geraten. Dies ist geradezu ein Paradebeispiel für einen möglichen mitgliedstaatlichen Alleingang, der keineswegs mit den Grundsätzen der Vollharmonisierung kollidiert.

b) Die Schutzbedürftigkeit des Mieters

Es mag angezeigt erscheinen, durch Rechtsakte der Union einen im Vergleich zu Teilzeitwohnrechten Nutzenden mindestens vergleichbaren Schutz zumindest demjenigen angedeihen zu lassen, der im europäischen Ausland Wohnraum anmietet. Hiermit sind zumeist weitaus existenziellere Fragen verknüpft als bei dem in erster Linie auf einen begrenzten Zeitraum (genauer: mehrere begrenzte Zeiträume) zugeschnittenen Timesharingbereich, der noch dazu üblicherweise lediglich die Verbringung des Urlaubs betrifft und nicht eine solche des Alltags.⁸⁴⁷

Das EU-Verbraucherrecht hat derartige Verträge bislang noch wenig in den Blick genommen. Es ist auf seinem momentanen Stand sehr auf Kaufverträge fokussiert, was eher nicht dem Grad der realen Bedeutung des Kaufrechts entspricht.⁸⁴⁸ So können andere Vertragsarten (wie beispielsweise die Immobiliarmiete⁸⁴⁹) weitaus wichtiger und finanziell riskanter für den Bürger sein als eine recht profane Bestellung von Waren über das Internet oder der Kauf eines Haushaltsgerätes an der Haustür. Zudem sind der freie Zugang zu Wohnraum sowie ein damit einhergehendes Verbraucherrecht essentiell für die Verwirklichung des freien Personen- und Kapitalverkehrs: Der Personenverkehr ist insofern betroffen, als mobile Arbeitnehmer oder Erholung Suchende mitunter in einem anderen als ihrem Heimatstaat auf Wohnraum angewiesen sind; der freie Kapitalverkehr insofern, als das Mietrecht bei gewerblichen Investoren aus anderen Mitgliedstaaten Bedingungen für Renditeerzielung schafft.⁸⁵⁰

⁸⁴⁷ *Hau*, in: Stürner, Michael (Hrsg.), *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?* (2010), 143; *ders.*, JZ 2010, 553.

⁸⁴⁸ *Reifner*, VuR 2009, 3, spricht davon, es würden hierdurch moderne Entwicklungen zu einer Dienstleistungs- oder Kreditgesellschaft ignoriert. Dies ist nicht wirklich nachvollziehbar, da beides durch Richtlinien geregelt (und sogar mit Widerrufsrechten ausgestattet) ist. *Grundmann*, AcP 212 (2012), 502, 531, bedauert die Reduzierung auf das Kaufrecht.

⁸⁴⁹ Hierzu *Hau*, JZ 2010, 553.

⁸⁵⁰ *Remien*, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrags* (2003), 123.

Zumindest solange die Union in diesen Feldern nicht aktiv wird, besteht die Möglichkeit für die Mitgliedstaaten (und damit auch für deren Gerichte), ihrerseits ein Widerrufsrecht einzuführen.

c) Das Bedürfnis nach einer entsprechenden Regelung

Nun existiert zumindest in Deutschland in bestimmten Konstellationen bereits ein Widerrufsrecht auch bei Mietverträgen über Immobilien, allerdings lediglich, wenn diese über bestimmte Vertriebswege abgeschlossen werden. So umfasst das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften aus § 312 I BGB⁸⁵¹ auch Übereinkünfte, welche die in Rede stehenden Mietverträge zum Gegenstand haben.⁸⁵² Gleiches gilt für Mietverträge, die über den Fernabsatz zustande gekommen sind⁸⁵³ – mag dies auch aus nachvollziehbaren Gründen in der Praxis zumindest innerstaatlich noch die Ausnahme sein.⁸⁵⁴ So möchten die meisten Vermieter ihre Immobilie nicht unbesehen dem jeweiligen Mieter überlassen, auch weil hiermit ein doppeltes Risiko verknüpft ist: Nicht nur benötigt der Vermieter einen Vertragspartner, der verlässlich die Miete begleicht, auch ist er darauf angewiesen, dass der Mieter seine Immobilie nicht beschädigt.⁸⁵⁵ Auf der anderen Seite werden die meisten Mieter eine Wohnung nicht anmieten wollen, ohne diese vorab persönlich besichtigt zu haben. Überdies ist auch der Mieter auf die Zuverlässigkeit seines Vermieters beziehungsweise einer gegebenenfalls zwischengeschalteten Hausverwaltung angewiesen.

⁸⁵¹ Ab dem 13.6.2014 in Gestalt des § 312b I BGB.

⁸⁵² Dies ergibt sich aus einem Umkehrschluss aus § 312 Abs. 3 BGB, der eine Ausnahme für Mietverträge gleich welcher Art nicht vorsieht.

⁸⁵³ Die Bereichsausnahmen des § 312 b BGB sprechen in Abs. 3 Nr. 4 von der Übertragung dinglicher Rechte an Grundstücken. Dies soll zwar nach MünchKomm/*Wendehorst* (6. Aufl. 2012), § 312b BGB Rn. 75, auch für das schuldrechtliche Geschäft gelten. Hiermit ist aber lediglich der Kaufvertrag gemeint, nicht hingegen ein Mietvertrag als völlig andersartiges Geschäft.

⁸⁵⁴ *Tonner*, JZ 1996, 533, 536, beschreibt dies (wenngleich im Jahr 1996) noch als „naheliegend“, da der Wohnungsmarkt „kaum zum grenzüberschreitenden Handel geeignet“ sei.

⁸⁵⁵ *Mankowski*, ZMR 2002, 317, 321.

Gleichwohl werden mit der zunehmenden Mobilität innerhalb Europas (und auch innerhalb der jeweiligen Mitgliedstaaten) neue Formen der Vertragsanbahnung bis hin zum Vertragsabschluss an Bedeutung gewinnen. So sehen etwa Praktikanten, Sprachschüler oder lediglich für einen kurzen Zeitraum in einem anderen Teil des Kontinents oder des Mitgliedstaats Beschäftigte sich nicht stets in der Lage, zu einem Kennenlernen persönlich zu erscheinen.⁸⁵⁶ Überdies werden Vermietungen zunehmend von juristischen Personen abgewickelt, deren Geschäftsführer oder ähnliche Repräsentanten nicht immer persönlich zugegen sein können (wenngleich diese sich lebensnah oftmals dezentral durch Vertraute vor Ort vertreten lassen werden).

Eine endogene Präferenzstörung kann bei Mietverträgen über Wohnraum insofern bestehen, als dem Vermieter üblicherweise der Zustand des zu vermietenden Objekts weitaus besser bekannt ist als dem potentiellen Mieter. Neben der Bauqualität betrifft dies auch die rechtliche Ausgestaltung des Nutzungsrechts.⁸⁵⁷ Hinzu kommt, dass Mieter gerade in Ballungsgebieten üblicherweise darauf angewiesen sind, Wohnraum als Lebensmittelpunkt zur Verfügung gestellt zu bekommen.⁸⁵⁸

Es ist jedenfalls kein rationaler Grund ersichtlich, dem Verbraucher gerade für Teilzeitwohnrechte ein Widerrufsrecht zuzubilligen, für ähnliche, nicht minder „gefährliche“ Verträge aber nicht.⁸⁵⁹

d) Die Möglichkeiten eines deutschen Richters

Es gilt bei der Schaffung eines Widerrufsrechtes zu beachten, dass ein auf nationaler Ebene neu geschaffenes Widerrufsrecht sinnvollerweise nicht die Richtlinienbestimmung unmittelbar als Modell aufgreifen sollte, sondern vielmehr die nationale Umsetzungsbestimmung (s.o.). Die Richtlinie verfolgt nämlich das

⁸⁵⁶ *Hau*, JZ 2010, 553, 555.

⁸⁵⁷ Vgl. *Bütter*, Immobilien-Time-Sharing und Verbraucherschutz (2000), 52 f.

⁸⁵⁸ *Tacou*, Das Verbot von Umgehungsgeschäften (2013), 141.

⁸⁵⁹ *Grigoleit*, AcP 210 (2010), 354, 387.

Ziel, durch die Verbraucherschutzbestimmungen den Binnenmarkt zu vertiefen, was ein nationaler Alleingang gerade nicht schaffen würde. Nimmt man jedoch die BGB-Bestimmungen – hier also § 485 – zum Modell für die Analogie, so gibt es keinen Grund, ein neu geschaffenes Widerrufsrecht auf Fälle mit grenzüberschreitendem Bezug zu beschränken. Dies gilt insbesondere insofern, als in Fällen mit grenzüberschreitendem Bezug oftmals gar kein deutsches Recht – und damit auch kein deutsches Richterrecht – anwendbar ist. Wenn etwa die von einem Mietvertrag betroffene Immobilie in einem anderen europäischen Mitgliedstaat belegen ist, so gilt bei fehlender Rechtswahl – welche regelmäßig ohnehin eher nicht zu Lasten des Unternehmers gehen wird – das Recht dieses Mitgliedstaates (Art. 4 I lit.c der Rom I-Verordnung⁸⁶⁰). Die verbraucherfreundlichen Ausnahmen der Art. 6 I, II Rom I-VO gelten nach Art. 6 IV lit.c zwar für Timesharingverträge, nicht aber für die hier in Rede stehenden Mietverträge. Die vermeintlich Verbraucherschützende Regelung würde also im Regelfall leer laufen. Eine Analogie zur Regelung des § 485 sollte mithin Mietverträge über Wohnraum umfassen, welche nach deutschem Recht bemessen werden. Dabei muss auf Vermieterseite ein Unternehmer sowie auf Mieterseite ein Verbraucher tätig werden.

e) Die Einschätzung nach der Rechtslage ab dem 13.6.2014

Eine veränderte Rechtslage könnte sich aus dem Inkrafttreten der Verbraucherrechterichtlinie und deren Umsetzungsgesetz in Deutschland ergeben. Möglicherweise verfügt zumindest eine dieser beiden Normen über eine negative Regelungsanordnung, was eine Analogiebildung nahezu⁸⁶¹ unbegründbar machen würde. Ausnahmslos unmöglich würde sie bei einer negativen Regelungsanordnung durch die europäische Ebene, da diese in der

⁸⁶⁰ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I).

⁸⁶¹ Ein Anderes beschränkt sich auf extreme Ausnahmefälle, in denen Art. 3 I GG ein Ignorieren des Willens des Gesetzgebers verlangt. Ein solcher evidenter Verfassungsverstoß ist hier jedoch schwerlich erkennbar.

Normenhierarchie vollständig über dem nationalen Recht, und damit auch über dem Gleichheitssatz des Grundgesetzes, steht.⁸⁶²

aa) Die unmittelbaren Auswirkungen der Verbraucherrechterichtlinie selbst

Art. 3 III lit.e der Verbraucherrechterichtlinie nimmt aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie Verträge über „die Begründung, den Erwerb oder die Übertragung von Eigentum oder anderen Rechten an Immobilien“ heraus. Als „andere Rechte an Immobilien“ dürften angesichts des Wortlauts auch Mietverträge über Immobilien gelten. Wenn das Unionssekundärrecht ein solches Widerrufsrecht nicht anordnet, heißt dies jedoch selbst in Fällen der Vollharmonisierung nicht zwingend, dass eine Ausweitung der Widerrufsrechte in horizontaler Hinsicht verboten sein soll (s.o. unter § 6 II).⁸⁶³

Für die Beantwortung der Frage, ob eine negative Regelungsanordnung vorliegt, können auch die Begründungserwägungen herangezogen werden. Die Verbraucherrechterichtlinie äußert sich zu Verträgen über die Vermietung von Wohnraum explizit im Erwägungsgrund 26 wie folgt:

„Verträge [...] über die Vermietung von Wohnraum sind bereits Gegenstand einer Reihe spezifischer einzelstaatlicher Rechtsvorschriften. [...] Die in dieser Richtlinie enthaltenen Bestimmungen eignen sich nicht für diese Verträge, welche daher vom Geltungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen werden sollten.“

Entscheidend ist hier insbesondere der zweite Satz, wenngleich er im Lichte des ersten interpretiert werden muss. Der europäische Gesetzgeber ist der Auffassung, die Bestimmungen der Richtlinie mitsamt des Widerrufsrechts seien ungeeignet für Verträge über den Abschluss eines Wohnraummietvertrags. Dies ist zunächst einmal eine politische Wertung. Wenn jedoch die eine Ebene nicht tätig wird, weil sie eine Regelung für wenig sinnvoll hält, so bedeutet dies noch

⁸⁶² *Haratsch/Koenig/Pechstein*, Europarecht (8. Aufl. 2012), Rn. 57.

⁸⁶³ So auch *Hau*, in: Stürner, Michael (Hrsg.), Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht? (2010), 143.

nicht zwingend, dass nicht die andere Ebene eine solche Regelung sehr wohl für sinnvoll halten und dementsprechend aktiv werden darf. Ein Anderes ergäbe sich nur, wenn die höhere Ebene ein Verbot ausspräche. Der erste Satz der Begründungserwägung jedoch deutet darauf hin, dass man den Mitgliedstaaten einen gewissen Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zubilligen möchte. Der Mietvertrag soll zwar vom Geltungsbereich der Richtlinie ausgenommen werden. Dass er jedoch durch die Mitgliedstaaten nicht mit einer vergleichbaren Rechtsfolge versehen werden darf, ginge an Interpretation zu weit. Eine negative Regelungsanordnung würde anders formuliert. Die Mitgliedstaaten sind demnach frei, außerhalb des Anwendungsbereiches der Richtlinie selbst tätig zu werden, sofern sie eine solche Regelung für sinnvoll erachten.

bb) Das deutsche Umsetzungsgesetz

Eine mögliche negative Regelungsanordnung könnte jedoch durch den deutschen Gesetzgeber getroffen worden sein. So bestimmt § 312 IV S. 1 i.V.m. §§ 312 III Nr. 7, 312g I BGB in der ab dem 13.6.2014 geltenden Fassung, dass bei Verträgen über die Vermietung von Wohnraum ein Widerrufsrecht besteht, sofern diese Verträge über den Fernabsatz oder in einer Haustürsituation abgeschlossen wurden. Dies trifft zunächst einmal keine Aussage über eine Regelungsmöglichkeit für außerhalb dieser Vertriebssysteme abgeschlossene Mietverträge. Ein Anderes könnte sich aus § 312 IV S. 2 BGB n.F. ergeben, wonach das Widerrufsrecht nicht in Fällen besteht, in denen der Mieter die Wohnung zuvor besichtigt hat. Diese Ausnahme gilt nach dem unmittelbaren Gesetzestext zwar lediglich für Wohnraummietverträge, die über die genannten Vertriebswege abgeschlossen wurden. Wenn nach der gesetzgeberischen Entscheidung aber dieses Widerrufsrecht nicht gelten sollte, wenn die spezifischen Gefahren der beiden Vertriebssysteme nicht bestehen, so könnte man hieraus im Umkehrschluss eine negative Regelungsanordnung entnehmen. Der deutsche Gesetzgeber hält Verbraucher anscheinend nicht für schutzwürdig, wenn sie einen Mietvertrag über Wohnraum abschließen, der zwar über einen „gefährlichen“ Vertriebsweg abgeschlossen wurde, diese Gefahr jedoch anderweitig (durch die Besichtigung der Immobilie) egalisiert wurde.

Nun könnte diese Wertung zunächst einmal nur im Haustürgeschäfte- und Fernabsatzverbraucherrecht Geltung beanspruchen. Man könnte einwenden, dass eine Einzelanalogie zum Timesharingrecht unbeeinflusst durch die §§ 312 ff. BGB bleiben sollte. Hiergegen spricht jedoch neben dem soeben erwähnten Argument der Wertung für den Abschluss von Mietverträgen außerhalb des durch die Vertriebssysteme geschaffenen Risikobereichs auch der neu gefasste Titel des durch § 312 BGB eingeleiteten ersten Kapitels: „Anwendungsbereich und Grundsätze bei Verbraucherverträgen“. Diese allgemein gehaltene Formulierung wurde wohl nicht ohne Grund derart gewählt.

Der deutsche Gesetzgeber hat damit nicht direkt eine negative Regelungsanordnung getroffen; wohl aber eine Wertung, die eine Analogie zum Timesharingrecht trotz der bestehenden vergleichbaren Interessenlage zwar nicht ausschließt, jedoch wenig sinnvoll erscheinen lässt. Ein Anderes könnte sich lediglich aus Art. 3 I GG ergeben. Dann müsste das Verlangen nach gleicher Behandlung gleicher Sachverhalte so intensiv ausfallen, dass die einfachgesetzliche Wertung keine Berücksichtigung finden darf. Eine solche evidente Ungleichbehandlung ist jedoch nicht ersichtlich.

Ein Widerrufsrecht für Mietverträge über Wohnraum ist daher abzulehnen. Dass dies auch dem in der Richtlinie angedeuteten politischen Willen des europäischen Sekundärrechtsgebers zu entsprechen scheint, vermag das Ergebnis in seiner Begründung nur noch weiter zu stützen.

2) Mitgliedschaftsverträge bei bestimmten Vertriebsformen

Ein weiteres Beispiel einer möglichen Analogie stellt eine solche für Haustürgeschäfte oder Verträge im Fernabsatz dar, welche keinen klassischen Kaufvertrag, Dienstvertrag oder ähnliches zum Gegenstand haben, sondern vielmehr eine Mitgliedschaft in einer (oftmals gemeinnützigen) Organisation, die für den geleisteten Beitrag dem Mitglied keine Gegenleistung erbringt. Solche Organisationen sind meist als Verein (z.B. die Welthungerhilfe, die Diakonie, die

Deutschlandsektionen von Ärzte ohne Grenzen und Amnesty International) oder als Stiftung (z.B. die Deutschlandsektion des WWF) organisiert. Der Verbraucher erhält für seine meist finanziellen Beiträge keine nennenswerten Gegenleistungen, sieht man einmal von dem qualitativ zu vernachlässigenden Erhalt von Mitgliedszeitschriften etc. ab. Aus deutschen Fußgängerzonen sind Vertreibende solcher Mitgliedschaften hinlänglich bekannt. Sie nutzen dabei weniger die Privatheit der Situation aus, wohl aber die sogenannte „Überrumpelungssituation“. Ein Verbraucher begibt sich üblicherweise in ein Geschäft, wenn er Verträge eingehen möchte. Außerhalb davon möchte er zumeist von Derartigem verschont bleiben. Nun versteht es der Vertreibende oftmals, dem Verbraucher bei dessen Einkaufstour ein schlechtes Gewissen einzureden – wer mag schon mit einer guten Begründung die Leistung von Hilfszahlungen ablehnen, wenn er in unmittelbarem zeitlichem und örtlichem Zusammenhang für das Vielfache eines Jahresbeitrages der jeweiligen (Hilfs-) Organisation Konsumgüter erwirbt? Dennoch möchte nicht jeder Verbraucher im Nachhinein seine frisch erworbene Mitgliedschaft aufrecht erhalten. Die „cooling-off-period“ sorgt nicht selten für ein Umdenken und den Wunsch des Verbrauchers, seine Entscheidung rückgängig zu machen.

a) Die Regelung nach bestehendem Recht

Helfen würde dem betroffenen Verbraucher ein eingeräumtes Widerrufsrecht. Hierbei gilt es zunächst zu klären, ob eine Analogie überhaupt erforderlich ist oder ob § 312 BGB⁸⁶⁴ bereits dahingehend ausgelegt werden kann, dass Beitrittsverträge zu Organisationen direkt vom Anwendungsbereich umfasst sind.

aa) Das Kriterium der Entgeltlichkeit

Entscheidendes Kriterium ist hierbei nach dem alten wie neuen (ab dem 13.6.2014 geltenden) Gesetzeswortlaut, ob eine entgeltliche Leistung vorliegt. Dies wiederum hängt von der Beantwortung der Frage ab, ob „der

⁸⁶⁴ Erneut: Ab dem 13.6.2014 in § 312b BGB geregelt.

Austauschcharakter die Mitgliedschaft wesentlich prägt“.⁸⁶⁵ Um den Anwendungsbereich des § 312 BGB zu eröffnen, müsste es dem Beitretenden weniger um die Mitgliedschaft an sich gehen, als vielmehr um eine „echte“ Gegenleistung der Organisation als Vertragspartnerin, beispielsweise in Form der Anlage von Kapital.⁸⁶⁶ Ein von § 312 umfasster Vertrag hat regelmäßig in erster Linie den Vertrieb von Waren oder Dienstleistungen zum Gegenstand.⁸⁶⁷ Dies ist bei Mitgliedschaften zu Organisationen nicht gegeben, bei welchen der Verbraucher keine materielle Gegenleistung erhält.

Es kommt also darauf an, ob der Beitretende seinen finanziellen oder anders gegenständlichen Beitrag leistet, gerade um hierfür eine Gegenleistung zu erhalten. Verneint wurde dies durch die Rechtsprechung beispielsweise beim Beitritt zu einem Luftrettungsverein,⁸⁶⁸ obgleich der Beitretende einige konkrete Vorteile aus seiner Mitgliedschaft zog (etwa einen besonderen Versicherungsschutz). Dennoch war der Verein für die Bevölkerung insgesamt unabhängig von einer Mitgliedschaft in seiner Tätigkeit als Retter in der Not aktiv, womit die Gegenleistung des Vereins (und damit das Austauschverhältnis) als unbeachtlich angesehen wird. Der Beitrag des Neumitglieds erschöpfte sich insbesondere in einer finanziellen Zuwendung, ohne dass eine dominierende Gegenleistung des Vereins ersichtlich wäre.

In einem anderen Fall wurde durch die Rechtsprechung – gleichsam zu Recht – eine entgeltliche Leistung bejaht, da der Beitritt zu einer in der Vermögensverwaltung tätigen GbR nicht lediglich organisationsrechtliche Folgen zeitigte. Stattdessen ging es dem Beitretenden letztlich im Wesentlichen darum, konkrete finanzielle Profite aus der Mitgliedschaft zu erwirken.⁸⁶⁹ Er wurde

⁸⁶⁵ MünchKomm/Masuch (6. Aufl. 2012), § 312 BGB Rn. 34. So auch das OLG Karlsruhe 27.6.1990, NJW 1991, 433, 434.

⁸⁶⁶ BGH 18.10.2004, NJW-RR 2005, 180, 181.

⁸⁶⁷ Staudinger/ Thüsing (Neub. 2012), § 312 BGB Rn. 19, 23.

⁸⁶⁸ OLG Karlsruhe 27.6.1990, NJW 1991, 433, zum gleichen Beispiel vgl. auch OLG München 17.1.1991, ZIP 1991, 756.

⁸⁶⁹ OLG Köln, 14.8.1989, NJW-RR 1989, 1339, 1340 f.

Mitglied, um eine Gegenleistung zu erhalten. Damit war ein entgeltliches Geschäft i.S.d. § 312 I BGB zu bejahen.

Beim Beitritt zu gemeinnützigen Organisationen liegt hingegen regelmäßig kein Austauschverhältnis i.S.d. § 312 I 1 BGB vor. Es handelt sich um ein rein organisationsrechtliches Geschäft, wenn auch auf Seiten des Verbrauchers mit entgeltlichem Charakter.⁸⁷⁰ Eine materielle Gegenleistung erwartet der Verbraucher nur insofern, als die Organisation üblicherweise Hilfe für Dritte leisten soll. Das reicht aber für ein Austauschverhältnis zwischen einem Verein, einer Stiftung oder einer ähnlich verfasster Organisation auf der einen Seite und dem Verbraucher auf der anderen Seite nicht aus.

bb) Die Organisation als Unternehmer i.S.d. § 14 BGB

Nur scheinbar eine andere Frage stellt diejenige nach der Erfüllung des personellen Anwendungsbereiches des § 14 BGB bzw. der dahinterstehenden Richtlinienbedingungen dar: Sind gemeinnützige Organisationen vom Unternehmerbegriff des § 14 umfasst oder nicht? Grundsätzlich wird diese Frage bejaht, jedenfalls dann, wenn die Organisationen sich „dieser Absatzform [dem Haustürgeschäft bzw. dem Fernabsatz] zum Vertrieb ihrer Produkte bzw. ihrer Dienstleistungen bedienen“⁸⁷¹. Hier geht es mithin erneut um die Frage, ob eine gemeinnützige Organisation, die im Grunde lediglich Mitgliedsbeiträge finanzieller Art oder gelegentlich Beiträge in Form von Mitarbeit anstrebt, überhaupt Produkte und Dienstleistungen anbietet. Der sachliche und der personelle Anwendungsbereich verschwimmen hierbei. Man wird diese Frage bei einer derartigen Organisation eher ablehnen müssen. Es geht eben nicht um das Anbieten von Produkten und Dienstleistungen – es gibt schlicht keine Gegenleistung für die Beiträge des Verbrauchers. Damit sind im Regelfall gemeinnützige Organisationen nicht als Unternehmer i.S.d. § 14 BGB zu qualifizieren.

⁸⁷⁰ MünchKomm/Masuch (6. Aufl. 2012), § 312 BGB Rn. 34

⁸⁷¹ MünchKomm/Micklitz (6. Aufl. 2012), Vor §§ 13, 14 BGB Rn. 103.

Die neue Verbraucherrechterichtlinie weitet in ihrem Art. 3 I zunächst scheinbar den sachlichen Anwendungsbereich der Richtlinie im Vergleich zu den Vorgängerbestimmungen, welche auf Verträge über „Waren und Dienstleistungen“⁸⁷² beschränkt waren, aus. Nunmehr sind „jegliche Verträge, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossen werden“, umfasst. In den folgenden Artikeln jedoch (etwa bei den Informationspflichten) ist stets dennoch lediglich von Waren und Dienstleistungen die Rede. Durch die Aufrechterhaltung des Unternehmerbegriffes, wonach ein Anbieten von Produkten am Markt erforderlich ist, bleiben Mitgliedschaftsverträge im Verhältnis zu gemeinnützigen Organisationen jedenfalls im Grundsatz auch nach dem neuen Recht vom Anwendungsbereich ausgeschlossen. Dies lässt sich sowohl über den personellen, als auch über den sachlichen Anwendungsbereich begründen.

Demnach sind Mitgliedschaftsbeitritte zu gemeinnützigen Organisation in der beschriebenen Form vom Anwendungsbereich des nationalen wie europäischen Verbraucherschutzrechts ausgenommen.⁸⁷³

b) Konsequenzen für die Rechtsprechung

Jedoch sollte es unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten dem zu schützenden Verbraucher nicht zum Nachteil gereichen, wenn er keine Gegenleistung erhält. Verpflichtet der Verbraucher sich zu einer Leistung (etwa regelmäßigen Beitragszahlungen), so erscheint er nicht weniger schützenswert als ein Verbraucher, welcher einen Gegenwert erhält. Dies mag aufgrund der oftmals einhergehenden altruistischen Motive für die Mitgliedschaft sogar ganz im Gegenteil ein Mehr an Schutzwürdigkeit begründen. In Betracht kommt also, eine Analogie zum Widerrufsrecht des § 312 I 1 BGB zu bilden. Dies betreffe Konstellationen, in welchen Organisationen, die keine Produkte oder Dienstleistungen anbieten, außerhalb von Geschäftsräumen (ebenso im

⁸⁷² Vgl. z.B. Art. 1 I der Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen.

⁸⁷³ Wohl mit a.A. *Wilmer/Hahn*, Fernabsatzrecht (2. Aufl. 2005), S. 215.

Fernabsatz, dann über eine Analogie zu § 312d BGB bzw. zu § 312g BGB n.F.) mit Verbrauchern für diese kostenpflichtige Mitgliedschaftsverträge schließen.

Es könnte also angezeigt sein, anstelle des parlamentarischen Gesetzgebers richterrechtlich tätig zu werden und dem Gleichbehandlungsgrundsatz durch eigene Rechtsschöpfung zur Durchsetzung zu verhelfen.

aa) Lösung über das Umgehungsverbot des § 312i BGB⁸⁷⁴

Der Gesetzgeber selbst ist anscheinend davon ausgegangen, problematische Einzelfälle ließen sich mit dem Umgehungsverbot des § 312i BGB lösen. Vereinsbeitritte sollten vom Anwendungsbereich des § 312 I grundsätzlich nicht erfasst sein; der Verbraucher sollte in problematischen Einzelfällen über das Umgehungsverbot dennoch ein Widerrufsrecht erhalten.⁸⁷⁵ Eine Umgehung von Vorschriften, die auf ein bestimmtes Kriterium abstellen, liegt in den hier diskutierten Fällen jedoch keineswegs vor. Deren Voraussetzungen sind schlicht nicht erfüllt. Dieser Umstand lässt den Verbraucher allerdings kaum als weniger schutzwürdig erscheinen. § 312i BGB – der ohnehin einen eher deklaratorischen Charakter hat⁸⁷⁶ – ist entgegen der Ansicht des Gesetzgebers ein unpassendes Instrument, um dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zuzubilligen.

bb) Die Analogie als mögliche Lösung

Wenn über das Umgehungsverbot kein Widerrufsrecht geschaffen werden kann, so kommt es mithin darauf an, ob der Richter eine Analogie zum Haustürwiderrufsrecht schaffen sollte. Der Ansatz, entgegen der erkennbaren Absicht des Gesetzgebers das Widerrufsrecht auf Vereinsbeitritte ohne Austauschcharakter der jeweiligen Leistungen dennoch direkt anzuwenden,⁸⁷⁷

⁸⁷⁴ Ab dem 13.6.2014 in § 312k BGB geregelt.

⁸⁷⁵ Vgl. den Gesetzesentwurf des Bundesrates zum HWiG, BT-Drucks. 10/2876, S. 9.

⁸⁷⁶ MünchKomm/Wendehorst (6. Aufl. 2012), § 312i BGB Rn. 2.

⁸⁷⁷ Gilles, NJW 1986, 1131, 1139.

geht dogmatisch fehl. Die passende Methode aus dem Instrumentenkasten des Juristen für ein derartiges Vorgehen liefert die Analogie.

Hierzu bedarf es der Erfüllung ihrer Voraussetzungen. Die Frage, ob eine planwidrige Regelungslücke bei vergleichbarer Interessenlage vorliegt, ist, wie gezeigt, letztlich auf die Frage konzentrierbar, ob nach Wertungsgesichtspunkten die betreffende Regelung ausreicht oder ob das bestehende Maß an Ungleichbehandlung es gebietet, die mit der Gewaltenteilung einhergehenden Bedenken als vergleichsweise unbedeutend erscheinen zu lassen.

i) Die Berücksichtigung praktischer Aspekte

Nun könnte man gegen eine Analogie einwenden, es sei bei bestimmten Organisationsformen unpraktikabel, eine Rückabwicklung vorzunehmen. Wenn beispielsweise eine gemeinnützige Gesellschaft oder ein gemeinnütziger Verein permanent Mitglieder verliert und deren Beiträge rückwirkend zurückbezahlt werden müssten, so könnte dies besagte Organisationen in wirtschaftliche Turbulenzen stürzen. Gleiches gilt freilich für die Gläubiger, welche vor finanziellen Risiken entsprechend geschützt werden müssen. Auch erscheint es kompliziert, beispielsweise Arbeitsbeiträge von Gesellschaftern rückabzuwickeln, erneut insbesondere in Fällen ohne unmittelbaren wirtschaftlichen Bezug. Wenn eine Konstellation sich aber für das Instrument des Widerrufsrecht quasi qua Natur der Situation nicht eignet, so sollte nicht nur der parlamentarische Gesetzgeber, sondern gleichfalls der diesen ersetzende Richter von einer Einführung eines solchen Rechts Abstand nehmen.

Lösen lässt sich diese Problematik wohl am besten, indem man die Grundsätze über die fehlerhafte Gesellschaft anwendet. Danach wird die Mitgliedschaft des Widerrufenden ex nunc beendet. Die bereits geleisteten Beiträge werden im Gegensatz zur durch §§ 357, 346 I BGB angeordneten Rechtsfolge in der

Gesellschaft einbehalten. Die Ansprüche des Ausscheidenden sind dann auf eine Abfindung im Rahmen der Auseinandersetzung beschränkt.⁸⁷⁸

ii) Rechtspolitische Erwägungen

Billigt man dem Verbraucher ein Widerrufsrecht bei Mitgliedschaftsverträgen mit nichtkommerziellen Organisationen zu, so könnte man dem rechtspolitisch entgegenhalten, dass diese meist gemeinnützig orientiert sind und demnach in ihrer wirtschaftlichen Basis eher gestärkt als geschwächt werden sollten. Es scheint andererseits sehr fraglich, ob eine solche staatliche Unterstützung sich auf das Bereitstellen günstiger schuldvertraglicher Normen konzentrieren sollte, zumal diese zulasten der Verbraucher gingen. Vielmehr stehen dem Staat zur Förderung gemeinnütziger Tätigkeiten andere Möglichkeiten zur Verfügung, die sich als Regulierungsinstrumente bewährt haben, insbesondere aus dem Steuerrecht. Wenn eine gemeinnützige Organisation einen Vertriebsweg für die Mitgliedschaft nutzt, welcher zu Recht als problematisch gilt, so muss sie die „cooling-off-period“ des jedenfalls potentiell überrumpelten Verbrauchers aushalten können. Wie bei einem kommerziellen Unternehmen ist es dann an ihr, das eigene Angebot so attraktiv zu gestalten, dass der Verbraucher von der ihm sich bietenden Möglichkeit keinen Gebrauch macht.

Eine Analogie zu § 312 I 1 bzw. zu § 312d I 1 BGB für Verträge über die Mitgliedschaft in Organisationen, welche für die zu leistenden Beiträge keine Gegenleistung anbieten, ist gut vertretbar, sofern der Vertrag in einer Haustürsituation oder im Wege des Fernabsatzes geschlossen wurde.

3) Kfz-Leasingverträge mit vereinbarter Kilometerabrechnung

Ein weiteres mögliches Widerrufsrecht könnte sich für Leasingverträge über Kraftfahrzeuge ergeben, wenn diese Verträge über eine sogenannte

⁸⁷⁸ Vgl. für eine sehr ähnliche Konstellation BGH 2.7.2001, BGHZ 148, 201 = NJW 2001, 2718, 2719.

„Kilometerabrechnung“ aus dem zugunsten der Verbraucher bestehenden Regelwerk fallen würden. Dies beschreibt eine vertragliche Konstruktion, nach der die eine Vertragspartei (hier: der Verbraucher) sich im Rahmen eines Finanzierungsleasingvertrags⁸⁷⁹ zum Ende der Vertragslaufzeit weder dazu verpflichtet, das Eigentum an der Sache zu erwerben noch dazu, eine etwaige Lücke zwischen vorab kalkuliertem und später tatsächlich erlangtem Verkaufserlös auszugleichen. Stattdessen fließt in die Kalkulation des Unternehmers eine abstrakte Abnutzung des Kfz ein, deren Erstattung durch den Verbraucher bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise einer Amortisationsfunktion gleichkommen mag.⁸⁸⁰ Der Leasingnehmer zahlt die monatlichen Leasingraten (meist zu Beginn der Laufzeit zusätzlich einen einmaligen Betrag) sowie, falls die gefahrenen Kilometer die vorab kalkulierten überschreiten, einen Ausgleich für die Mehrkilometer.⁸⁸¹ Das Risiko der Höhe des bei einem Weiterverkauf erlangten Erlöses trägt hierbei jedoch der Leasinggeber.⁸⁸²

a) Die Regelung nach bestehendem Recht

Um eine Analogie zu begründen, bedarf es freilich auch hier einer Regelungslücke insofern, als die fragliche Konstellation nicht bereits unter das bestehende positive Recht hinreichend subsumierbar ist. Andernfalls verbliebe für eine richterrechtliche Neuschöpfung kein Raum.

Entscheidend ist die Frage, ob ein Leasingvertrag mit Kilometerabrechnung unter die Regelung des § 506 I, II BGB fällt, also insbesondere, ob der Verbraucher bei Vertragsende für „einen bestimmten Wert des Gegenstandes einzustehen hat“ (§ 506 II 1 Nr. 3). Dass dieser Fall durch die (vollharmonisierende)

⁸⁷⁹ Im Gegensatz hierzu steht die Variante des sog. Operating-Leasing, bei der die Amortisation erst durch mehrmaliges, kurzzeitige Verleasen erreicht werden soll, vgl. z.B. OLG Düsseldorf 2.10.2012, BeckRS 2012, 21220; *Looschelders*, Schuldrecht BT (8. Aufl. 2013), Rn. 509 f.

⁸⁸⁰ BGH 24.4.1996, NJW 1998, 2033; *Skusa*, NJW 2001, 2993.

⁸⁸¹ *Staudinger/Kessal-Wulf* (Neub. 2012), § 506 BGB Rn. 36.

⁸⁸² *Müller-Sarnowski*, BB 1994, 446, 449.

Verbraucherkreditrichtlinie⁸⁸³ nicht angeordnet ist, stellt insofern kein Problem dar, als die deutsche Norm eine zulässige Parallelregelung auf horizontaler Ebene bildet.⁸⁸⁴

Der deutsche Gesetzgeber hat in der Begründung zum Entwurf der Bundesregierung darauf hingewiesen, dass das „Eintreten für einen bestimmten Wert“ als Tatbestandsmerkmal des § 506 II 1 Nr. 3 BGB gegeben sein soll, wenn ein bestimmter Wert „im Vertrag als feste Zahl vereinbart ist“.⁸⁸⁵ Dies ist bei einem Leasingvertrag mit Kilometerabrechnung tatsächlich nicht der Fall. Vielmehr hängt eine etwaige Abschlusszahlung des Kunden hierbei von den gefahrenen Kilometern ab, ist mithin gerade keine „feste Zahl“.⁸⁸⁶ Bei Leasingverträgen ohne Kilometerabrechnung hingegen hat der Kunde die gegebenenfalls bestehende Differenz zwischen der Vorabkalkulation und dem tatsächlich bestehenden Restwert des Fahrzeugs auszugleichen.⁸⁸⁷

Die gesetzgeberische Entscheidung lässt sich jedoch auch sehr gut anders einordnen.⁸⁸⁸ Die Begründung der Bundesregierung zum Gesetzesentwurf spricht davon, Finanzierungsleasingverträge fielen in aller Regel unter die Neuregelung des § 506 Abs. II.⁸⁸⁹ Dass die Variante einer Kilometerabrechnung hiervon ausgenommen sei, ist nicht auch nur angedeutet. Überdies verfügen Begründungen zu Gesetzesentwürfen allgemein über eine lediglich begrenzte Aussagekraft.⁸⁹⁰ Weiterhin sollte eine am telos orientierte Auslegung weniger am

⁸⁸³ Vgl. Erwägungsgrund (9) und Art. 22 der Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates.

⁸⁸⁴ So auch *Omlor*, NJW 2010, 2694, 2697; *Reinking*, DAR 2010, 252, 254.

⁸⁸⁵ BT-Drucks. 16/11643, S. 92.

⁸⁸⁶ *Omlor*, NJW 2010, 2694, 2697.

⁸⁸⁷ Eine solche Differenz muss dabei keineswegs auf einem Rechenfehler oder unvorhergesehenen Ereignissen (einem Unfall o.ä.) beruhen, sondern kann durchaus von den Vertragsparteien eingeplant gewesen sein, etwa um die monatlichen Leasingraten möglichst niedrig zu halten, vgl. *Godefroid*, SVR 2013, 161, 162.

⁸⁸⁸ *Peters*, WM 2011, 865, 866, spricht von einem „widersprüchlichen Bild“ der Entwurfsbegründung.

⁸⁸⁹ BT-Drucks. 16/11643, S. 93.

⁸⁹⁰ S. oben unter § 5 I 2) a) aa).

Wortlaut einer Regelung „kleben“. Das „Einstehen für einen bestimmten Wert“ kann durchaus auf die Amortisationsfunktion für den Leasinggeber abstellen. Eine solche wäre jedoch bei korrekter Berechnung der anfallenden Kosten auch beim Leasingvertrag mit Kilometerabrechnung gegeben.⁸⁹¹

Die Tatsache, dass § 500 BGB a.F. mit dem Titel „Finanzierungsleasingverträge“ aufgehoben wurde, ohne dass der Terminus in der Neuregelung übernommen wurde, mag man dahingehend verstehen, dass diese von der aktuellen Regelung des § 506 BGB nicht mehr umfasst sein sollen.⁸⁹² Freilich lässt sich ebenfalls vertreten, dass der Gesetzgeber das Finanzierungsleasing einschließlich der eine Kilometerabrechnung beinhaltenden Variante unter den § 506 II 1 Nr. 3 BGB fassen wollte, ohne diese Vertragsform konkret zu benennen. Für den gesetzgeberischen Willen, die materielle Rechtslage zu ändern, ist jedenfalls wenig ersichtlich.⁸⁹³

Es mag die gewählte Formulierung dennoch eher dafür sprechen, die in Frage stehende Vertragsart nicht unter den Wortlaut der Norm zu fassen. Dann würde sich ein Widerrufsrecht zumindest nicht aus einer direkten Anwendung des § 506 II Nr. 3 BGB ergeben.

b) Die Analogie als mögliche Lösung

Die Rechtsfolgen des geregelten Falles können auf den unregelmäßigten Fall mit Hilfe der Analogie übertragen werden, sofern dies rechtspolitisch sinnvoll ist und der Gesetzgeber nicht seinen entgegenstehenden Willen verdeutlicht hat.⁸⁹⁴ Man mag in der fehlenden Erwähnung im Gesetz des in der Praxis schon seit längerem üblichen Finanzierungsleasingvertrags mit Kilometerabrechnung⁸⁹⁵ ein Indiz für die fehlende Planwidrigkeit der Regelungslücke sehen. Dass der Gesetzgeber eine

⁸⁹¹ Staudinger/*Kessal-Wulf* (Neub. 2012), § 506 BGB Rn. 36.

⁸⁹² *Godefroid*, SVR 2013, 161, 164.

⁸⁹³ *Reinking*, DAR 2010, 252, 254.

⁸⁹⁴ Vgl. zur Relevanz des Willens des historischen Gesetzgebers oben § 5 I 2) d).

⁸⁹⁵ *Reinking*, DAR 2010, 252, 254, spricht von einer „für das Kraftfahrzeugleasing äußerst bedeutsamen Vertragsart“.

solch bekannte Konstruktion schlicht übersehen habe, sei kaum realistisch, was für die bewusste Lücke spreche.⁸⁹⁶ Auf der anderen Seite mangelt es auch an einem Indiz für eine bewusste Auseinandersetzung des Gesetzgebers mit der vorher bestehenden, im Wesentlichen durch den BGH⁸⁹⁷ ausgeformten Rechtslage.⁸⁹⁸ Selbst wenn die Regelungslücke jedoch eine plangemäße wäre, so muss der Richter – wie gezeigt – nicht nur der Intention des historischen Gesetzgebers folgen (sofern sich eine solche überhaupt schlüssig herausarbeiten lässt), sondern mindestens gleichsam dem hinter dem Verbraucherrecht stehenden „Willen des Gesetzes“ bzw. „der Gesetze“.⁸⁹⁹

Bei einer evidenten Ungleichbehandlung ähnlicher Interessenlage ist es am Richter, diese Ungleichbehandlung auszugleichen. Es müsste jedenfalls eine ähnliche Interessenlage zwischen den von § 506 II 1 Nr. 3 BGB umfassten Fällen und der typischerweise hinter einem Leasingvertrag mit Kilometerabrechnung bestehenden Konstellation vorliegen. Dies könnte insofern bestehen, als § 506 II 1 Nr. 3 die verbraucherschützenden Maßnahmen des Darlehensrechts auf die unmittelbar geregelte Konstellation anwendet, um das hohe und komplex zu durchschauende finanzielle Risiko des Verbrauchers durch eine „cooling-off-period“ abzufedern. Wenn aber der Verbraucher bei einem Leasingvertrag mit Kilometerabrechnung dieses Risiko gleichermaßen trägt, so müsste sinnvollerweise auch die Rechtsfolgenseite auf diesen Fall übertragen werden.

Für ein solches ähnliches Risiko spricht beispielsweise, dass in die AGB der Leasinggeber üblicherweise eine Klausel eingebracht ist, wonach den Leasingnehmer bei übermäßiger Nutzung des Fahrzeugs eine Ausgleichspflicht trifft.⁹⁰⁰ Was den Zustand der Sachsubstanz anbelangt, so besteht das Risiko bei den durch § 506 II 1 Nr. 3 geregelten Fällen wie auch bei den hier in Frage stehenden Konstellationen gleichermaßen beim Leasingnehmer.⁹⁰¹

⁸⁹⁶ *Godefroid*, SVR 2013, 161, 164 f.

⁸⁹⁷ BGH 24.4.1996, NJW 1996, 2033; 11.3.1998, NJW 1998, 1637.

⁸⁹⁸ OLG Düsseldorf 2.10.2012, BeckRS 2012, 21220.

⁸⁹⁹ S.o. unter § 5 I 2) d) bb) iii).

⁹⁰⁰ BGH 11.3.1998, NJW 1998, 1637, 1639; *Omlor*, NJW 2010, 2694, 2697.

⁹⁰¹ *Staudinger/Kessal-Wulf* (Neub. 2012), § 506 BGB Rn. 36.

Der Unterschied zwischen den beiden Vertragstypen besteht lediglich insofern, als etwaige Marktentwicklungen bei Gebrauchtfahrzeugen beim Kilometerleasingvertrag in die Risikosphäre des Leasinggebers fallen, bei „normalen“ Finanzierungsleasingverträgen hingegen in diejenige des Leasingnehmers.⁹⁰² Derartige Marktentwicklungen können mitunter gravierende Ausmaße annehmen.⁹⁰³ Letztlich ist es jedoch an dem Leasinggeber, derartige Risiken in seine Kalkulationen einzubeziehen und beispielsweise entsprechend zu „mitteln“, in dem er sie auf seine Kunden verteilt oder – wie es in der Praxis meist geschieht – das Risiko insoweit abzufedern, als der Leasinggeber Rückkaufklauseln mit dem Fahrzeughändler oder dem Hersteller vereinbart.⁹⁰⁴ Das Investitionsrisiko liegt damit lediglich formell, jedoch nicht effektiv beim Leasinggeber. Letztlich gelangt der Leasinggeber auch bei einer vereinbarten „Kilometerklausel“ zu einer Vollamortisation⁹⁰⁵.⁹⁰⁶ Der Unterschied zwischen den zweifellos umfassten Fällen und denjenigen Konstellationen, die eine Kilometerabrechnung beinhalten, ist mithin, was die hinter ihnen stehende Interessenlage anbelangt, minimal. Eine Ungleichbehandlung in den Rechtsfolgen kann auf diese Weise keineswegs begründet werden.⁹⁰⁷ Nimmt man an, dass die Leasingverträge mit einer Kilometerabrechnung nicht unmittelbar unter die Regelung des § 506 II 1 Nr. 3 BGB fallen, so wird dies sinnvollerweise letztlich durch die Anwendung einer Analogie egalisiert.

⁹⁰² *Müller-Sarnowski*, BB 1994, 446, 449; *Skusa*, NJW 2011, 2993, 2998.

⁹⁰³ *Godefroid*, SVR 2013, 161, 163, 164, u.a. mit dem treffenden Beispiel der sog. „Abwrackprämie“ in Deutschland im Zuge der Wirtschafts- und Finanzkrise seit dem Ende des Jahres 2008.

⁹⁰⁴ *Peters*, WM 2011, 865, 867.

⁹⁰⁵ Kritisch zur Relevanz des Kriteriums der Vollamortisation: *Mühl*, WM 2011, 870, 872.

⁹⁰⁶ BGH 14.11.2012, NJW-RR 2013, 1067; vgl. auch BaFin, Hinweise zum Tatbestand des Finanzierungsleasings, http://www.bafin.de/SharedDocs/Veroeffentlichungen/DE/Merkblatt/mb_090119_tatbestand_finanzierungsleasing.html.

⁹⁰⁷ Ebenso OLG Düsseldorf 2.10.2012, BeckRS 2012, 21220; *Reinking*, DAR 2010, 252, 254.

4) Beispiele für fehlende Eignungen zur Analogiebildung

Nun gibt es Vertragstypen, die aufgrund der Eigenart ihrer Gegenstände kaum geeignet sind, mit einem Widerrufsrecht bedacht zu werden. So würde etwa ein Widerrufsrecht beim Kauf verderblicher Waren eine unverhältnismäßige Belastung des Unternehmers bedeuten. Dem trägt auch die nunmehr ausdrückliche gesetzliche Bestimmung des § 312g II Nr. 2 BGB (mit Geltung ab dem 13.6.2014) sowie deren Basis, Art. 16d der Verbraucherrechterichtlinie (VRRL) Rechnung.

Ähnlich würde ein Beseitigungsrecht bei entsiegelter Software lebensnah eine hohe Missbrauchsrate mit sich bringen. Auch dies ist mittlerweile durch den europäischen (Art. 16i VRRL) sowie den deutschen (§ 312g II Nr. 6 BGB in der Variante ab dem 13.6.2014) Gesetzgeber nachvollzogen worden. Dem steht auch nicht entgegen, dass nach jüngster EuGH-Rechtsprechung⁹⁰⁸ eine nationale Regelung nicht gegen Unionsrecht verstößt, die bei tatsächlicher Nutzung der Ware trotz ausgeübten Widerrufs einen Anspruch des Unternehmers auf Wertersatz ermöglicht. Bei einer Software-Lieferung ist allein schon aufgrund der theoretisch beliebig häufig durchführbaren Reproduzierbarkeit die Gefahr eines verschleierten Missbrauchs zu hoch, nur um den besonderen Verbraucherinteressen wegen der Art des Vertragsschlusses (zumeist im Fernabsatz) Rechnung zu tragen.

Neben den diskutierten Fällen gibt es zahlreiche weitere Beispiele möglicher Analogiebildungen, welche die aufgeführten Voraussetzungen nicht erfüllen bzw. schlichtweg wenig sinnvoll erscheinen. Der Phantasie eines rechtsschöpfenden Richters wären keine Grenzen gesetzt, müsste er sich nicht im Rahmen dessen bewegen, was seine durch die Verfassung definierte Organkompetenz umfasst. Einige mögliche Analogien, deren Vollzug im Ergebnis jedoch nicht empfehlenswert erscheint, seien hier in gebotener Kürze besprochen:

⁹⁰⁸ EuGH 3.9.2009 – Rs. C-489/07, Slg 2009, I-7315 – Pia Messner/Firma Stefan Krüger.

a) Ein Widerrufsrecht bei lediglich konkreten Präferenzstörungen

Den Bedenken, Widerrufsrechte seien zu pauschal in ihrer Vermutung eines Verhandlungsungleichgewichts⁹⁰⁹ könnte man begegnen, indem man zumindest nicht nur auf überwiegende Ungleichgewichte im Sinne eines quantitativen Durchschnitts abstellt, sondern dem Verbraucher ein (zusätzliches) Widerrufsrecht in konkreten Situationen zubilligt, in denen er beispielsweise durch aggressive Werbung, aufdringliche Verkäufer in Geschäften oder ähnliches in seiner Entscheidungsfindung beeinflusst ist. Die Gegenargumente jedoch liegen auf der Hand: Derlei Situationen sind eher über das Lauterkeitsrecht zu lösen. In Extremsituationen hilft dem Verbraucher der Allgemeine Teil des BGB, dabei insbesondere dessen § 138. Neben Beweisschwierigkeiten tritt noch die Konzeption der bestehenden Widerrufsrechte: Diese sind durch die Gesetzgeber auf beiden Ebenen (sowohl auf derjenigen der Union als auch auf Bundesebene) als verallgemeinernde Regelungen gerade ohne ein Besehen des Einzelfalls angelegt. Sie taugen weniger als Muster einer Neuregelung, die lediglich auf konkrete Einzelfälle abstellt.

b) Ein Widerrufsrecht für neuere Software-Entwicklungen, insbesondere sog. Apps

Grundsätzlich bedenkenswert sind auch richterrechtlich geschaffene Widerrufsrechte für Produkte, die neuen technischen Entwicklungen folgen. Gerade hierbei vermag das Richterrecht gegenüber einem zuweilen langsamen parlamentarischen Verfahren seine Stärken zu entfalten. Ein eventuelles Widerrufsrecht für Verträge über die Bereitstellungen sogenannter „Applications“ (kurz: „Apps“)⁹¹⁰ ist jedoch durch Art. 16 lit.m der Verbraucherrechterichtlinie explizit im Sinne einer negativen Regelungsanordnung ausgeschlossen worden.⁹¹¹ Damit gelangt die Justiz an die Grenzen ihrer Rechtsschöpfungskompetenz.

⁹⁰⁹ S.o. unter § 5 II 2 d) aa).

⁹¹⁰ <http://www.internetworld.de/Nachrichten/E-Commerce/Dienstleistungen/Hessens-Verbraucherschutzministerin-fordert-Widerrufsrecht-fuer-Apps-Return-to-Sender-76172.html>.

⁹¹¹ Hierzu ausführlich *Mankowski*, CR 2013, 508.

c) Ein Widerrufsrecht für C2C-Verträge

Denkbar sind auch Ausweitungen der persönlichen Schutzbereiche. Beispielsweise könnte zu einzelnen oder mehreren Widerrufsrechten eine Analogie insofern gebildet werden, als auch C2C-Verträge umfasst wären. Wenn also beispielsweise ein Verbraucher im Fernabsatz eine Ware oder Dienstleistung bei einem anderen Verbraucher erwirbt, so könnte man darüber nachdenken, dem Käufer ein Widerrufsrecht zuzubilligen, welches nach bestehendem Recht einer Konstellation folgt, in welcher er bei einem Unternehmer den Kauf getätigt hätte.⁹¹² Ein Konflikt mit dem Konzept der Vollharmonisierung bestünde dabei keineswegs: Diese Anordnungen umfassen von ihrem persönlichen Anwendungsbereich stets B2C-Konstellationen. Eine negative Regelungsanordnung dahingehend, dass Mitgliedstaaten Verbraucher nicht gegenüber anderen Verbrauchern schützen dürften, ist hierin nicht zu sehen. Wie die Mitgliedstaaten Verträge zwischen Verbrauchern regeln, bleibt ihnen vielmehr selbst überlassen.

aa) Die vergleichbare Interessenlage

Nun sind C2C-Situationen in Bereichen wie etwa dem Timesharing zwar selten, nicht aber unbedingt in anderen Gebieten: So vergeben Verbraucher einander Kredite (wenn auch meist in geringerem Umfang als beispielsweise durch eine Bank), sie schließen miteinander Verträge außerhalb von Geschäftsräumen ab (logischerweise, da ein Verbraucher für gewöhnlich nicht über solche verfügt) oder verkaufen einander Produkte über das Internet, etwa bei der bekannten Plattform ebay. Insofern könnte man also zunächst annehmen, der kaufende Verbraucher (um im Beispiel des Kaufrechts zu bleiben), befinde sich in einer Position, die den Situationen gleicht, welche den bestehenden Widerrufsrechten zugrunde liegen: er kann das Produkt im Internet zum Beispiel nicht richtig besehen. Dadurch befindet er sich in einer gegenüber dem Verkäufer unterlegenen Lage, unabhängig davon, ob der Verkäufer als Unternehmer oder Verbraucher agiert. Andererseits ist eine Überrumpelungsgefahr durch

⁹¹² Kunz, Verbraucherschutz beim Internethandel in der Europäischen Union (2010), 49.

professionell geschulte Verkäufer im C2C-Bereich eher selten anzunehmen; auch übermäßige finanzielle Risiken im Bereich der privaten Darlehensvergabe liegen lebensnah vergleichsweise selten (wenn auch keineswegs niemals) vor. Die Situationen zwischen den bestehenden Widerrufsrechten und potentiell weiteren für C2C-Konstellationen sind somit teilweise vergleichbar. Das Gefälle in der Professionalität der Vorbereitung zwischen Verbrauchern auf beiden Seiten ist jedoch nicht demjenigen in einer B2C-Situation ähnelnd. Damit entfällt ein hinter C2C-Situationen stehender Gedanke, der den bestehenden Widerrufsrechten zugrunde liegt.

bb) Folgen für die Anwendbarkeit anderer BGB-Normen

Hinzu kommt ein eher systematisches Argument: Die Widerrufsrechte des BGB gehen – unionsrechtlich begründet – einher mit einer Vielzahl anderer Pflichten, insbesondere der Information des Verbrauchers durch den Unternehmer. Derlei Informationspflichten einem verkaufenden (oder Dienste anbietenden) Verbraucher auf der Anbieterseite aufzubürden, würde diesen schnell überfordern. Dies gilt insbesondere insofern, als die Informationspflichten durch neuere Richtlinien vorschläge eher ausgebaut werden und dem Anbieter diese Pflichten in verschiedenen Stadien des Vertragsschlusses auferlegt werden. Nun könnte man ein Widerrufsrecht zwar auch gegenüber Verbrauchern schaffen, ohne dem Anbieter die Informationspflichten als Annex zusätzlich aufzubürden. Dies würde jedoch dem Versuch des deutschen Gesetzgebers widersprechen, die Widerrufsrechte systematisch einigermaßen kohärent in das BGB einzupassen. Ein „Allgemeiner Teil des Verbrauchervertragsrechts“ müsste sogleich jeweilige Sonderregelungen für Verträge mit Verbraucherbeteiligung auf Anbieterseite erfassen – ein zwar gangbarer,⁹¹³ aber nicht wünschenswerter Weg. Sinnvoller ist es, Widerrufsrechte nur dort zu gewähren, wo die bislang damit einhergehenden Pflichten (insbesondere der Information) gleichsam auferlegt werden könnten, ohne dass dies den Eindruck der Systemwidrigkeit hinterließe.

⁹¹³ Vgl. etwa § 474 ff. BGB, welche für mehrere allgemeine Regelungen des Kaufrechts Ausnahmen für Verträge unter Beteiligung eines Verbrauchers auf der Nachfragerseite gewähren.

Widerrufsrechte für C2C-Situationen sind daher sinnvollerweise abzulehnen. Die Entscheidung des nationalen wie europäischen Gesetzgebers, solche Rechte lediglich gegenüber Unternehmern zu gewähren, scheint keineswegs ein Zufallsprodukt politischer Rechtsschöpfung, sondern vielmehr eine bewusste Entscheidung zu sein. Das Widerrufsrecht ist nur eines unter mehreren Beseitigungsrechten,⁹¹⁴ welches in B2C-Situationen zum Einsatz kommen soll. Eine Ausweitung über diesen Bereich hinaus widerspräche der Entscheidung der Legislative und ist praktisch wenig sinnvoll.

IV. Zwischenergebnis zu § 7

Bei der Herausarbeitung konkreter Analogien gilt es, sich von Extrempositionen abzuheben. Als solche gelten einerseits die Ansicht, die §§ 134 und 138 böten einen hinreichenden Schutz der schwächeren Vertragspartei. Alle weiteren Beseitigungsrechte, die nicht auf einer Schlechtleistung o.ä. beruhen, seien überflüssig und trügen lediglich ihren Teil zur Aushöhlung der Vertragsbindung bei. Das andere Extrem besteht darin, jeden Vertrag zwischen Unternehmern und Verbrauchern mit einem Widerrufsrecht auszustatten. Derlei Positionen sind weder materiell sinnvoll noch werden sie der differenzierten Systematik des Verbraucherschutzrechts gerecht.⁹¹⁵

Als vertretbares Widerrufsrecht ist ein solches für den Bürgschaftsvertrag anzuerkennen. Gleiches gilt für den Vertrag über die Mitgliedschaft einer Organisation, welche dem Verbraucher keine Gegenleistung anbietet sowie für den Leasingvertrag mit einer Kilometerabrechnung. Die wenigen denkbaren Situationen, für die eine Analogie als sinnvolles Instrument des Ausgleichs von Störungen im Markt erscheint, vermögen die rechtspolitische Brisanz einer solchen Rechtsgestaltung durch den Richter vielleicht etwas abzumildern.

⁹¹⁴ Zu den verschiedenen Arten von Beseitigungsrechten vgl. umfassend *Mankowski, Beseitigungsrechte* (2003).

⁹¹⁵ *Tamm, Verbraucherschutzrecht* (2011), 964.

§ 8: Ergebnis

Widerrufsrechte dienen dazu, Ungleichgewichte in Märkten auszugleichen. Hier relevant sind solche, die auf Informationsasymmetrien zwischen den Vertragsparteien sowie auf Präferenzstörungen auf Seiten des Verbrauchers beruhen. Nicht jedes Ungleichgewicht verlangt jedoch nach einem rechtlichen Ausräumen. Gelegentlich schaffen es Märkte selbst, Regulative zu schaffen.⁹¹⁶ Wenn der europäische wie der nationale Normgeber es in bestimmten Situationen für geboten hält, dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zuzubilligen, so gilt es, diese Entscheidungen trotz der damit einhergehenden Missbrauchsgefahr⁹¹⁷ im Sinne einer Einschätzungsprärogative zu respektieren. Sofern der Gesetzgeber in ähnlichen Situationen jedoch schweigt, so ist es für den Richter nach einer Abwägung mitunter angezeigt, den parlamentarischen Gesetzgeber zu ersetzen und an seiner statt dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zuzubilligen.

Wer durch die vereinzelte Einführung von Widerrufsrechten die Gefahr sieht, dass eine europaweit homogene Entwicklung im Verbraucherschutzrecht behindert würde, der übersieht, dass das Voranschreiten eines Mitgliedstaates durchaus Nachahmer in Form der Gesetzgeber anderer Mitgliedstaaten – oder sogar auf europäischer Ebene – mit sich bringen könnte. Überdies vermögen die Erfordernisse materieller Gerechtigkeit jedenfalls im Einzelfall schwerer zu wiegen als das Beharren auf einem möglichst niedrigen Schutzniveau, nur um in allen Mitgliedstaaten den gleichen Stand an demselben zu erhalten. Ohnehin ist das Vollharmonisierungskonzept nur auf eine gezielte, nicht auf eine vollständige Vollharmonisierung ausgerichtet. Außerhalb der durch das europäische Recht

⁹¹⁶ Etwa indem Unternehmen sich durch das Einräumen konkreter Sonderrechte wie z.B. einer Garantieleistung oder eines vertraglich bestimmten Widerrufsrechts bei Verbrauchern einen guten Ruf und hierdurch insgesamt einen Marktvorteil verschaffen. Hierzu *Fritsch*, Marktversagen und Wirtschaftspolitik (8. Aufl. 2011), 262 f.

⁹¹⁷ Dies gilt insbesondere, da der Verbraucher in seiner Erklärung keinen Grund für sein Lösen vom Vertrag angeben muss. So kann er bestimmte Produkte kurzfristig für einen bestimmten Zweck (etwa das im Fernabsatz bestellte Zelt für einen Camping-Ausflug oder das Kleid für eine Feier) nutzen und anschließend ohne finanzielle Einbußen den Vertrag rückabwickeln. Vgl. *Lurjer*, in: Bydlinski/Lurjer (Hrsg.), Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher (2012), 53, 57 f.

gesetzten Mauern steht es dem Mitgliedstaat frei, seine eigenen rechtspolitischen Vorstellungen zu verwirklichen.

Gegen die Analogiebildung mag vordergründig sprechen, dass hierdurch über die bestehenden, kodifizierten Widerrufsrechte hinaus das – auch europarechtlich anerkannte⁹¹⁸ – Prinzip des *pacta sunt servanda* weiter ausgehöhlt würde.⁹¹⁹ Dem lässt sich jedoch entgegenhalten, dass das „*pactum*“ als Basis der vermeintlichen Bindung hier lediglich in formeller Hinsicht besteht, weil der Verbraucher seine Entscheidung mitunter nicht nach freien Stücken getroffen hat, sondern durch die Begleitumstände zu einer bestimmten Entscheidung gedrängt wurde.⁹²⁰

Canaris möchte dabei – durchaus bedenkenswert – nach formeller und materieller Vertragsfreiheit unterscheiden. Ähnlich wie Formvorschriften auch dazu dienen, den Vertragspartner vor übereilten Handlungen zu schützen, so könne auch eine gesetzlich geschaffene Schwebelage das durch die besondere Vertragssituation

⁹¹⁸ EuGH 6.4.1962 – Rs. 13/61, Slg. 1962, 99, 113 – *Kledingverkoopbedrijf de Geus en Uitdenbogerd/ Robert Bosch GmbH u.a.*; 10.7.1980 – Rs. 99/79, Slg. 1980, 2511, 2534 – *SA Lancôme und Cosparfrance Nederland BV/ Etos BV und Heyn Supermart BV*; 30.4.1986, verb. Rs. 209-213/84, Slg. 1986, 1425, 1469 – *Ministère public/ Lucas Asjes u.a.* Hierzu auch *Basedow*, *ZeUP* 1996, 570, 578-585, der darauf hinweist, der EuGH sei hierbei den „klassischen Weg des Richterrechts gegangen, indem er zunächst in beiläufigen Bemerkungen auf allgemeine Rechtsgrundsätze hingewiesen hat, um in späteren Entscheidungen dann auf die eigenen Präjudizien als Autorität zu verweisen“. *Basedow* sieht – ohne diesen Punkt näher zu erläutern – jedoch gerade eine Wirkungsweise der Rechtssicherheit darin, Lücken zu füllen (*ZEUP* 1998, 570, 579). Dies erscheint insoweit problematisch, als das Richterrecht gerade dem kodifizierten und damit bekannten Recht entgegentritt. „Lücken“ in dem Sinne, dass gar keine Regelung existiert, sind jedoch selten. Meist geht es vielmehr um Wertungen, wonach bestimmte Regeln in anderen Bereichen gleichfalls Anwendung finden sollten, vgl. z.B. *Looschelders/Roth*, *Juristische Methodik im Prozeß der Rechtsanwendung* (1996), 282. *Heiderhoff*, *Europäisches Privatrecht* (3. Aufl. 2012), Rn. 230 m.w.N. auch in rechtspolitischer Hinsicht (etwa die Aufnahme des Prinzips in die *Lando-Grundregeln Ar. II 1.03 des DCFR*) sowie *Tacou*, *Das Verbot von Umgehungsgeschäften* (2013), 41 f., der betont, im Europarecht beziehe sich dies im Vergleich zur deutschen Rechtslage vorrangig auf die Vertragsabschlussfreiheit, wohingegen auf der Vertragsausgestaltungsfreiheit im Unionsrecht ein weitaus geringerer Schwerpunkt liegt.

⁹¹⁹ *Loos*, in: *Howells/ Schulze* (Hrsg.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law* (2009), 237, 241; *Lurger*, in: *Bydlinski/Lurger* (Hrsg.), *Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher* (2012), 53, 54. Nach *Herrmann*, *Der Schutz des Bürgen* (1996), 7, soll das Prinzip der Rechtssicherheit keinen Selbstzweck darstellen. Dem ist sinnvollerweise nicht zu folgen. Selbstverständlich dient das Prinzip letztlich – wie alle Rechtsprinzipien – einem anderen Zweck, hier insbesondere dem Handel. Auf dem Weg dorthin bildet dieses Prinzip jedoch bereits eine hinreichend gefestigte Basis, um als Selbstzweck betrachtet zu werden. Aus niederländischer Sicht zu diesem Spannungsfeld *Valk*, in: *Hijma/Valk* (Hrsg.), *Wettelijke bedenktijd* (2004), 87, 129.

⁹²⁰ *Loos*, in: *Howells/ Schulze* (Hrsg.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law* (2009), 237, 241.

geschaffene Ungleichgewicht wieder ausgleichen. Damit werde die Vertragsfreiheit zumindest in materieller Hinsicht sogar noch unterstützt.⁹²¹ Darüber hinaus gilt dieses Prinzip nicht zu Unrecht als Garant ökonomischer Effizienz. Handel würde sich ohne Berücksichtigung der Vertragssicherheit weitgehend auf Handgeschäfte beschränken, womit komplexere Verträge mitunter gar nicht erst zum Abschluss gelangen würden.⁹²²

Wer in diesem Zusammenhang die Privatautonomie als gefährdet ansieht, weil der Wille zum Vertragsschluss nicht schlicht vollzogen, sondern mit einem Schwebezustand versehen wird (wenn auch einem der Wirksamkeit), muss mithin bedenken, dass dem Verbraucher in bestimmten Situationen eine autonome Willensentscheidung gar nicht möglich ist.⁹²³ Der Richter greift durch die Ausarbeitung eines Widerrufsrechtes also in bestimmten Fällen gar nicht in die Privatautonomie ein, sondern ermöglicht diese genau genommen erst.⁹²⁴ Dies mag man als „Entmündigung“⁹²⁵ des Verbrauchers oder „paternalistische Fürsorge [des Gesetzgebers]“⁹²⁶ bezeichnen. Ob derjenige, der einen ungünstigen Vertrag geschlossen hat, im Nachhinein seiner Mündigkeit vertraut, sollte jedoch ihm selbst überlassen bleiben.

Ein weiterer Vorteil der Ausformung neuer Widerrufsrechte soll in der Vermeidung ineffizienter Verträge liegen. Wenn der Verbraucher in der

⁹²¹ *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 344.

⁹²² *Eidenmüller*, AcP 210 (2010), 67.

⁹²³ *Hermann*, Der Schutz des Bürgen (1996), 13.

⁹²⁴ So auch BVerfG 19.10.1993, BVerfGE 89, 214-236.

⁹²⁵ *Rohe*, BKR 2003, 267, 273.

⁹²⁶ *Heiss*, ZEuP 1996, 625, 629 sieht jedoch, dass es gilt, die „privatautonome Entscheidungsfähigkeit des Verbrauchers“ zu sichern. Zum Vorwurf des paternalistischen Fehleingriffs des Gesetzgebers mangels zu korrigierenden Marktversagens vgl. *Mankowski*, Beseitigungsrechte (2003), S. 268-274 und *Heiderhoff*, Europäisches Privatrecht (3. Aufl. 2012), Rn. 288 f. *Franck*, ZBB 2003, 334, sieht gleichfalls die Gefahr des Paternalismus, jedoch ironischerweise ausgerechnet im Kreditmarkt. *Franck* wirft der Kommission im Jahr 2003 vor, diese habe nicht hinreichend dargelegt, dass die bislang bestehenden Marktmechanismen die Interessen des Verbrauchers nicht ausreichend schützen. Dass die Kommission durch die Vorkommnisse der Finanzkrise Ende der 2000er-Jahre und der damit verbundenen Verluste gerade bei Kleinanlegern Recht behalten sollte, zeigt einmal mehr die lediglich vorgeschobene Freiheitsliebe des neoliberalen Lagers. Zur verantwortungslosen Kreditvergabe an Verbraucher und die damit einhergehende Finanzmarktkrise, die selbst Volkswirtschaften ins Wanken brachte, vgl. *Ady/Paetz*, JZ 2009, 1061, 1066.

Rückbetrachtung zu dem Ergebnis kommt, dass die von ihm erworbene Ware oder Dienstleistung einen geringeren Wert als ein Konkurrenzprodukt oder zumindest als der gezahlte Preis hat, so erscheint dieser Vertrag als ineffizient.⁹²⁷

Es erscheint sinnvoll, in bestimmten – nicht allzu zahlreichen – Bereichen die aufgezeigte Ungleichbehandlung gleicher Situationen durch richterliche Rechtsschöpfung zu beseitigen. Dies könnte durch ein deutsches Gericht geschehen, wenn es die betreffenden Normen des BGB als Modell nähme oder – politisch weitaus brisanter – durch den EuGH, wenn dieser die Richtlinienanordnung selbst in der entsprechenden Weise „auslegt“. Besonders dringlich erscheint es, die Beseitigungsrechte des Bürgschaftsvertrags an diejenigen des Darlehensvertrags anzugleichen.

Durch die Einführung zusätzlicher Widerrufsrechte könnte sich über ein erhöhtes Verbrauchervertrauen auch der Konsum der betreffenden Güter steigern lassen, was wohl zu einem erhöhten Wirtschaftswachstum führen würde. *Eidenmüller* sieht in diesem Zusammenhang die Gefahr, durch mehr Widerrufsrechte den Weg von einem mündigen und verantwortungsbewussten Verbraucher hin zu einem dem erratischen Konsum frönenden „stolpernden Gesell, dem das Recht aus einer Kalamität nach der anderen hilft“ zu beschreiten.⁹²⁸ In eine ähnliche Richtung zielt die These, der Bürger würde vom selbstbestimmten „citoyen“ durch die Verbraucherpolitik zum unmündigen und passiven „consommateur“ reduziert.⁹²⁹ Dies erscheint jedoch übertrieben. Indem der Bürger Schutz erfährt, verliert er nicht auf der Gegenseite seine Mündigkeit. Zweifelsohne ist die Steigerung des Konsums als Selbstzweck kritisierbar. Dies gilt nicht lediglich in ökologischer Hinsicht, sondern auch insofern, als ein humanistisches Weltbild den Bürger nicht lediglich auf dessen Rolle als Konsumenten reduzieren sollte. Es steht jedoch in Frage, ob Widerrufsrechte wirklich diesen Typus des Bürgers fördern. Niemand geht beispielsweise Verträge über Bürgschaften „probehaltber“ ein. Überdies zeigen Erfahrungswerte, dass Widerrufsrechte zumindest in einigen

⁹²⁷ *Eidenmüller*, AcP 210 (2010), 67, 72.

⁹²⁸ *Eidenmüller*, AcP 210 (2010), 67, 86, ähnlich *Gärtner*, JZ 1992, 73, 79.

⁹²⁹ *Graf v. Westphalen*, ZIP 2002, 1327.

Bereichen wie beispielsweise dem Darlehensrecht keineswegs dazu führen, dass diese Rechte in exzessiver Weise ausgeübt würden.⁹³⁰ Wer „blinden Konsum“ verringern will, sollte die Schalthebel nicht in der Beschneidung Verbraucherschützender Rechte sehen, sondern eher im – ungleich mühevolleren – Weg, das gesellschaftliche Klima zu einem weniger materialistischen zu ändern. Dies ist indes eine Aufgabe, die sich der Verbraucherrechtspolitik allenfalls am Rande stellt.

⁹³⁰ MünchKomm/Schürnbrand (6. Aufl. 2012), § 495 BGB Rn. 1.