

MICHAEL HÖHNE

Das Widerrufsrecht
bei Kaufverträgen
im Spannungsverhältnis
von Opportunismus und
Effektivität

*Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales
Privatrecht*

*Studien zum ausländischen
und internationalen Privatrecht*

354

Mohr Siebeck

Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht

354

Herausgegeben vom

Max-Planck-Institut für ausländisches
und internationales Privatrecht

Direktoren:

Jürgen Basedow, Holger Fleischer und Reinhard Zimmermann



Michael Höhne

Das Widerrufsrecht bei Kaufverträgen im Spannungsverhältnis von Opportunismus und Effektivität

Die Rückabwicklung nach Widerruf unter besonderer
Berücksichtigung der Verhaltensökonomik

Mohr Siebeck

Michael Höhne, geboren 1987; Studium der Rechtswissenschaft an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main; 2012 Erste Juristische Staatsprüfung; 2013–16 wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Internationales und Europäisches Privatrecht und Rechtsvergleichung an der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main.

D 30

e-ISBN PDF 978-3-16-154512-2

ISBN 978-3-16-154511-5

ISSN 0720-1141 (Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht)

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

© 2016 Mohr Siebeck, Tübingen. www.mohr.de

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

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Nädele in Nehren gebunden.

Meiner Familie

Vorwort

Die nachfolgende Untersuchung wurde im Wintersemester 2015/2016 vom Fachbereich Rechtswissenschaft der Johann Wolfgang Goethe-Universität Frankfurt am Main als Dissertation angenommen. Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur wurden bis zum 5.3.2016 berücksichtigt.

Besonderer Dank gebührt Herrn Prof. Dr. Felix Maultzsch, LL.M. (NYU) für die stets verlässliche Betreuung der Dissertation sowie die vielfältigen Anmerkungen und die wertvollen Hinweise im gesamten Verlauf der Entstehung der Arbeit. Herrn Prof. Dr. Peter von Wilmsowsky, LL.M. (Berkeley) danke ich insbesondere für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Es war für mich zudem ausgesprochen lehrreich, an den Lehrstühlen der beiden genannten Hochschullehrer als Wissenschaftlicher Mitarbeiter zu arbeiten.

Ferner danke ich den Herausgebern sowie dem Verlag Mohr Siebeck für die Aufnahme der Arbeit in die Schriftenreihe „Studien zum ausländischen und internationalen Privatrecht“ und die Veröffentlichung.

Frau Wiss. Mit. Amelie Rauser, LL.M. (UCL) danke ich für die außerordentlich aufmerksame Korrektur der Manuskriptfassung dieser Untersuchung sowie die immerwährende, unermüdliche Unterstützung.

Herrn Dr. Martin Kaltwasser danke ich dafür, dass er mich vom ersten Tag unserer Zusammenarbeit an überaus wohlwollend aufgenommen und meine Entwicklung dadurch sowie durch viele Fachgespräche geprägt hat.

Des Weiteren danke ich Herrn Dr. Arian Nazari-Khanachayi, LL.M. Eur. für die äußerst gründliche Durchsicht der ersten Fassung der Dissertation sowie das Teilen der Faszination für die Rechtswissenschaft.

Ohne meine Eltern und meine Schwester wäre diese Untersuchung nicht möglich gewesen. Sie haben meinen Weg immer bedingungslos, in jeglicher Hinsicht und ohne Grenzen unterstützt. Dafür bin ich zutiefst dankbar.

Frankfurt am Main, im März 2016

Michael Höhne

Inhaltsübersicht

Vorwort.....	VII
Inhaltsverzeichnis.....	XI
Abkürzungsverzeichnis	XXII
Einleitung.....	1
I. Effektivität des Widerrufsrechts im Widerstreit mit opportunistischem Verbraucherverhalten.....	1
II. Konzentration der Untersuchung auf Kaufverträge	2
III. Suche nach einer Lösung im Rückgewährschuldverhältnis	3
IV. Gang der Darstellung	6
Teil 1: Grundlagen des Spannungsverhältnisses von Opportunismus und Effektivität des Widerrufsrechts	7
I. Zwecke der Widerrufsrechte bei Kaufverträgen	7
II. Effektivität des Widerrufsrechts bei Kaufverträgen.....	18
III. Opportunistisches Verbraucherverhalten und Rechtsmissbrauch.....	30
IV. Opportunismus als Grenze der Verbraucherbegünstigung und Verbraucherschutz als Grenze der „Opportunismusbekämpfung“	43
Teil 2: Implikationen der Verhaltensökonomik für das Spannungsverhältnis von Opportunismus und Effektivität	47
I. Relevanz verhaltensökonomischer Erkenntnisse bei der Bestimmung der Effektivität.....	48
II. (Mangelnde) Effektivität des Verbraucherschutzinstruments aus verhaltensökonomischer Perspektive.....	54

III. Konsequenzen der (verhaltensökonomisch belegten) Ineffektivität und Lösungsmöglichkeiten	74
IV. Möglichkeiten anreizorientierten Vorgehens bei der Verhinderung von Opportunismus	79
V. Optionales Widerrufsrecht bei Fernabsatzgeschäften	81
VI. Resümee	85

Teil 3: Das Rückgewährschuldverhältnis nach Widerruf im Lichte des Spannungsverhältnisses von Opportunismus und Effektivität.....	86
---	----

I. Rücksendung der Ware	87
II. Versandkosten und -risiken	100
III. Reihenfolge der Leistungsverpflichtungen: Das Zurückbehaltungsrecht des Unternehmers vor Rückzahlung	162
IV. Wertersatz für einen Wertverlust der Ware	175
V. Nutzungsherausgabe und -ersatz	207
VI. Aufwendungsersatz.....	239
VII. Das Rückgewährschuldverhältnis als „beweglicheres System“	249

Zusammenfassung und Schlussbetrachtung	251
--	-----

I. Generelle Zusammenfassung in Thesen	251
II. Thesen, die Anregungen zu Rechtsänderungen enthalten	255
III. Schlussbetrachtung	257

Literaturverzeichnis.....	259
Sachregister.....	283

Inhaltsverzeichnis

<i>Vorwort</i>	VII
<i>Inhaltsübersicht</i>	IX
<i>Abkürzungsverzeichnis</i>	XXII

Einleitung	1
-------------------------	---

<i>I. Effektivität des Widerrufsrechts im Widerstreit mit opportunistischem Verbraucherverhalten</i>	1
<i>II. Konzentration der Untersuchung auf Kaufverträge</i>	2
<i>III. Suche nach einer Lösung im Rückgewährschuldverhältnis</i>	3
<i>IV. Gang der Darstellung</i>	6

Teil 1: Grundlagen des Spannungsverhältnisses von Opportunismus und Effektivität des Widerrufsrechts	7
---	---

<i>I. Zwecke der Widerrufsrechte bei Kaufverträgen</i>	7
1. Primär marktbezogene Zwecksetzungen	7
2. Primär verbraucherbezogene Zwecksetzungen	9
a) Zwecksetzungen bei Fernabsatzverträgen	9
b) Zwecksetzungen bei Haustürgeschäften und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen	12
c) Zusammenfassung	18
<i>II. Effektivität des Widerrufsrechts bei Kaufverträgen</i>	18
1. Allgemeine Ausgangspunkte zum Effektivitätsgrundsatz	19
a) Gewährleistung eines Mindestschutzniveaus	19
b) Effektivität bei vollharmonisierender Richtlinie	20
c) Der relevante Maßstab	21
2. Der Effektivitätsgrundsatz bei der Ausgestaltung von Widerrufsrechten im Rückgewährschuldverhältnis	22

a) Ausführungen des Richtliniengebers zur Effektivität des Widerrufsrechts.....	23
aa) Gesetzgebungsauftrag durch Art. 4 Satz 4 Haustürwiderufs-RL	23
bb) Aussagegehalt des Erwägungsgrundes 14 zur Fernabsatz-RL	23
cc) Klarstellung durch Erwägungsgrund 47 zur Verbraucherrechte-RL.....	24
b) Die maßgebenden Gerichtsentscheidungen zur Rückabwicklung von Kaufverträgen	24
aa) Effektivitätswidersprechender Wertersatz („Messner“)	24
(1) Regelung bei Fernabsatzverträgen nach der Schuldrechtsreform.....	25
(2) Keine Richtlinienkonformität von § 357 Abs. 1, 3 BGB (i.F.v. 2004)	25
(3) Herstellung der Richtlinienkonformität	27
bb) Effektivitätshindernde Hinsendekosten („Heinrich Heine“)	28
cc) Fazit.....	29
3. Ergebnis.....	29
 <i>III. Opportunistisches Verbraucherverhalten und Rechtsmissbrauch</i>	 30
1. Die Möglichkeit(en) opportunistischen Verbraucherverhaltens	30
2. Auswirkungen von Opportunismus	32
a) Interne Auswirkungen.....	33
b) Externe Auswirkungen.....	34
aa) Belastung aller Verbraucher	34
(1) Preiserhöhungen	34
(2) Umfang des Angebots und Anzahl der Anbietenden.....	36
(3) Zwischenergebnis	37
bb) Belastung des stationären Handels	37
(1) Gefahr der Entwicklung des Einzelhandels zum Vorführraum ..	37
(2) Erwägungsgrund 20 zur Verbraucherrechte-RL und die Konsequenzen.....	39
cc) Fazit.....	40
3. Opportunismus als Rechtsmissbrauch	40
4. Opportunismusbewältigung.....	43
 <i>IV. Opportunismus als Grenze der Verbraucherbegünstigung und Verbraucherschutz als Grenze der „Opportunismusbekämpfung“</i>	 43

Teil 2: Implikationen der Verhaltensökonomik für das Spannungsverhältnis von Opportunismus und Effektivität	47
I. Relevanz verhaltensökonomischer Erkenntnisse bei der Bestimmung der Effektivität	48
1. Rationales Verbraucherverhalten beim Widerruf als Ausgangspunkt	48
2. Das Paradoxon des „plötzlich“ rationalen Verbrauchers	49
3. Einsatz von Verhaltensökonomik zur Berücksichtigung realitätsgetreuen Verhaltens.....	52
a) Erkenntnismethode der Verhaltensökonomik und der Einsatz von Empirie	52
b) Realitätsbezogene Wertungen.....	53
4. Ergebnis.....	53
II. (Mangelnde) Effektivität des Verbraucherschutzinstruments aus verhaltensökonomischer Perspektive.....	54
1. Vermutung fehlender Effektivität des Widerrufsrechts	54
2. Anomalien im Verbraucherverhalten bezüglich des Widerrufsrechts	55
a) Schwierigkeiten beim Festlegen und Bewerten der Entscheidungsgrundlagen	56
aa) Der zur Prüfung notwendige Besitz führt subjektiv zu einer Sachwertsteigerung: <i>endowment effect</i>	56
(1) Besitz als Grundlage einer Wertsteigerung.....	56
(2) Auswirkungen des <i>endowment effect</i> bei Widerrufsrechten	57
bb) Der Umgang mit neuen Informationen: kognitive Dissonanzen	59
(1) Die Reduktion kognitiver Dissonanzen als Problem	60
(2) Dissonanzen bei Kaufsituationen.....	61
(a) Die Auswirkungen eines Umtauschrechts auf die Dissonanzen	62
(b) Dissonanzen bei Fernabsatzgeschäften	64
(c) Dissonanzen bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen	64
(3) Zwischenergebnis	65
cc) Die Schwierigkeit, durch Prüfung von bestehenden Eindrücken abzuweichen: <i>priming</i> und Anker-Effekt	66
dd) Verlustaversion als Hindernis richtiger Wert(ein)schätzung: <i>loss aversion</i>	67
ee) Spätere Kaufpreiserstattung vs. Möglichkeit jetziger Nutzung: <i>hyperbolic discounting</i>	68

b) Die Schwierigkeit, einen aktuellen Status durch Handlung zu verlassen.....	69
aa) <i>Status quo bias</i>	70
bb) <i>Omission-commission bias</i>	71
cc) Prokrastination/ <i>inertia</i>	71
dd) <i>Sunk cost fallacy</i>	72
ee) Fazit.....	73
c) Zusammenfassung.....	73
III. Konsequenzen der (verhaltensökonomisch belegten) Ineffektivität und Lösungsmöglichkeiten	74
1. Schwebende Unwirksamkeit des Vertrages.....	74
2. Bestätigungslösung zum Ausgleich von Verhaltensanomalien	75
3. Auswirkungen und Ausgleich der Verhaltensanomalien im Rückgewährschuldverhältnis	77
IV. Möglichkeiten anreizorientierten Vorgehens bei der Verhinderung von Opportunismus.....	79
V. Optionales Widerrufsrecht bei Fernabsatzgeschäften.....	81
1. Verhaltensökonomische Aspekte.....	82
2. Erhöhtes Vorkommen von <i>showrooming</i>	83
3. Gefahr von Opportunismus zulasten des Fernabsatzes.....	84
4. Ergebnis.....	85
VI. Resümee	85
Teil 3: Das Rückgewährschuldverhältnis nach Widerruf im Lichte des Spannungsverhältnisses von Opportunismus und Effektivität.....	86
I. Rücksendung der Ware	87
1. Grundzüge der Rechtslage.....	87
2. Gefährdung der Effektivität des Widerrufsrechts?	87
a) Generelles Problem des vom Verbraucher zu erbringenden Aufwands	88
b) Effektivität bei fehlender Möglichkeit des Postversands	88
aa) Probleme aufgrund von Dissonanzreduktion	89
bb) Die Tatbestandsmerkmale des § 357 Abs. 6 Satz 3 BGB.....	89
(1) Verbesserung der Effektivität aufgrund der Möglichkeit einer engen Auslegung des Begriffes „Post“	90

(2) Lieferung der Ware zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses zur Wohnung des Verbrauchers bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen.....	91
cc) Bewertung der Ausnahmeregelung in Bezug auf die Effektivität des Widerrufsrechts.....	92
c) Die Verpflichtung zum Abbau aufgebauter Waren im Lichte der Effektivität des Widerrufsrechts	93
d) Zusammenfassung.....	96
3. Rücksendeverpflichtung des Verbrauchers als notwendiger Ausschluss von Opportunismus	97
4. Ergebnis.....	97
5. Rücksende- und Abbaupflicht <i>de lege ferenda</i>	98
a) Erweiterte und eingeschränkte Abholpflicht des Unternehmers	98
b) Abbaupflichtung des Unternehmers.....	98
 II. <i>Versandkosten und -risiken</i>	100
1. Grundzüge der Rechtslage.....	100
a) Die Kosten der Versendungen	100
aa) Kostenlast bezüglich der Hinsendekosten	100
bb) Übernahme der Rücksendekosten durch den Verbraucher.....	101
cc) Grundgedanken zu einem etwaigen Interessenausgleich	102
b) Transportgefahr bei der Rücksendung	103
2. Effektivität der Regelungen.....	104
a) Fernabsatzverträge und allgemeine Überlegungen zur Kostenverteilung.....	104
aa) Die Auferlegung der Rücksendekosten als (ungewollt große) Belastung der Verbraucher.....	104
(1) Änderung der tatsächlichen Rückgabesituation im Vergleich zum alten Recht	105
(2) Die irritierende Vorstellung des Europäischen Gerichtshofs und des Richtliniengebers.....	108
(3) Verhaltensökonomische Gründe für eine übermäßige Belastung der Verbraucher und Einschränkungen der Effektivität.....	110
(a) <i>Status quo bias</i> und <i>loss aversion</i>	110
(b) Dissonanzreduktionen	111
(c) Prokrastination	112
(d) Zwischenergebnis.....	113
(4) Das Argument „keine Effektivitätsprobleme vor Umsetzung der Verbraucherrechte-RL in den anderen Mitgliedstaaten“	113
(5) Erkenntnisse aus Studien zum Umgang der Verbraucher mit Rücksendekosten	114

(6) Zwischenergebnis	116
bb) Keine Notwendigkeit von Rücksendung in der Originalverpackung	116
cc) Besonderheiten bei Waren, die nicht per Post rückgesendet werden können	116
dd) Hinsendekosten als versunkene Kosten.....	118
(1) Das Konzept der versunkenen Kosten	119
(2) Sind Hinsendekosten versunkene Kosten?	119
(3) Zwischenergebnis	121
ee) Versandkosten und Förderung des Binnenmarktes	121
ff) Fazit.....	122
b) Besonderheiten bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen	123
aa) Zurechenbarkeit des Widerrufs bei Überrumpelung	123
bb) Überrumpelung hinsichtlich der Kosten für Expressversand	123
cc) Effektivitätseinbußen mangels hinreichender Information	125
dd) Die Verkürzung des Anwendungsbereichs der Widerrufs- vorschriften bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen	126
ee) Fazit.....	128
c) Die Gefahrtragung bei Rücksendung der Ware	128
3. Auferlegung der Rücksendekosten als Schutzmechanismus gegenüber Opportunismus	129
a) Versandkosten als wirksames Mittel gegen faktische Leihe.....	130
aa) Kostenentstehung als Hindernis positiver Kosten-Nutzen- Abwägung	131
bb) Unterstützung der Vermutung durch Studien.....	133
cc) Schwierigkeiten bei der Feststellung von Nutzungsersatz- ansprüchen und Verlustminimierung auf Unternehmenseite	134
dd) Keine andere Handhabe bei faktischer Leihe ohne Nutzung (<i>situational returnaholics</i>).....	135
b) Auswirkung auf Bestellungen zur Auswahl aus Produkten	136
c) Verhinderung der iterativen Bestellung gleicher Ware	138
d) Einschränkung des Kaufs mit geringer Bestehens- wahrscheinlichkeit	140
e) Das Problem des Teilwiderrufs bei Sammelbestellungen.....	141
f) Gegenläufige Tendenzen: Steigerung der Attraktivität von <i>showrooming</i>	144
4. Ergebnis.....	145
5. Versandkosten <i>de lege ferenda</i>	145
a) Umkehrung der Kostentragung im Vergleich zum geltenden Recht....	145
aa) Konstellationen ohne Hinsendekosten – hauptsächlich außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge.....	146

bb) Bewertungskategorien zu der vorgeschlagenen Lösungsmöglichkeit	147
(1) Unklarheit über resultierende Pflichten	147
(2) Veränderung der Transaktionskosten	148
(3) Probleme mit den Wertungen der Heinrich Heine-Rechtsprechung?	150
(4) Auswirkungen auf die Gestaltung der Hinsendekosten	150
(5) Kaum Gefahr durch zusätzlichen Opportunismus	152
(6) Abschwächung von Verhaltensanomalien	152
(7) Beseitigung von Kostenbeifferungsproblemen bei Teilwiderruf	153
(8) Entkräftung der typischen Argumente gegen die Tragung der Rückkosten durch den Unternehmer	154
cc) Notwendigkeit einer Differenzierung	155
b) Tragung aller Versandkosten durch den Unternehmer?	156
aa) Fernabsatzverträge	157
bb) Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge	158
(1) Opportunismusverhinderung als nicht valides Argument für eine Kostentragung zulasten des Verbrauchers	158
(2) Vorteile der Regelung gegenüber einer Umkehrung der Kostentragung	159
(3) Übermäßige Belastung des Unternehmers?	159
(4) Besonderheiten bei faktischen Haustürgeschäften	160
(5) Zwischenergebnis	160
c) Fazit	160

III. Reihenfolge der Leistungsverpflichtungen:

<i>Das Zurückbehaltungsrecht des Unternehmers vor Rückzahlung</i>	162
1. Grundzüge der Rechtslage	162
2. Einschränkungen der Effektivität	164
a) Notwendigkeit von Vertrauen zugunsten des Unternehmers	165
aa) Grundlegendes Vertrauensproblem	165
bb) Hinzukommende (Klage-)Risiken	166
cc) Auszahlungen von Unternehmern bei Rückgewähr nach Widerruf: empirische Untersuchungen	168
dd) Aufzwingen erhöhter Rücksendekosten bzw. Einschränkung der Versandarten	169
b) Die besondere Belastung finanzschwacher Verbraucher	170
c) Keine Überwindung der Prokrastination	171
d) Erweiterung des Anwendungsbereiches von § 357 Abs. 4 Satz 2 BGB zur Gewährleistung eines effektiven Widerrufsrechts	171
3. Opportunismusverhinderung als fragwürdiger Ausgangspunkt	172

4. Ergebnis.....	173
5. Zurückbehaltungsrecht <i>de lege ferenda</i>	174
 IV. Wertersatz für einen Wertverlust der Ware	175
1. Grundzüge der Rechtslage.....	176
2. Effektivität bei speziellen Regelungsaspekten.....	178
a) Rückwirkungen entstehender und entstandener Wertersatzansprüche auf die Effektivität	178
b) Annäherung der Prüfungsmöglichkeit an den stationären Handel	179
aa) Uneindeutigkeit des Begriffes „Funktionsweise“.....	179
bb) Mit der Ware „nur so umgehen und sie nur so in Augenschein nehmen“, wie der Verbraucher dies im stationären Handel dürfte	181
cc) Vergleichbare Ladengeschäfte: Fachgeschäft, Discounter oder „Median Markt“?.....	184
c) Ausgangspunkt der Berechnung des Wertersatzes unter Effektivitätsgesichtspunkten	187
aa) Regelung bei Dienstleistungsverträgen als Basis eines Vergleichs	188
bb) Vergleich der Wertungen und Rückwirkung auf Kaufverträge.....	189
cc) Fazit.....	190
d) Beweislast	190
e) Effektivitätsfördernde Maßnahmen als Effektivitätshindernis: Prüfung und Verhaltensanomalien.....	191
f) Problem einer „alles oder nichts“-Lösung	192
g) Nebeneinander von Wertersatz und Sachrückgewähr: Das Problem des vollständigen Wertverlusts der Ware	193
h) Zusammenfassung.....	196
3. Opportunismus	196
a) Die wertmindernde Nutzung über die Prüfung hinaus als „Klassiker des Opportunismus“	196
b) Geringe abschreckende Wirkung für opportunistisch handelnde Verbraucher	197
aa) Schwierigkeit einer Abgrenzung der Funktionsprüfung von darüber hinausgehender Nutzung und Beweisprobleme	197
bb) Geringer Wertverlust durch über eine Überprüfung hinausgehenden Gebrauch.....	198
cc) Etwaige Reputationsverluste	199
dd) Fazit.....	200
c) Zusätzliche Information über Möglichkeiten, Wertersatzpflichten zu vermeiden	200
d) Zusammenfassung.....	201

4. Übernahme des Zufallsrisikos durch den Unternehmer im Spannungsverhältnis zwischen Effektivität und Opportunismus.....	202
a) Das Tragen des Zufallsrisikos durch den Unternehmer im Lichte der Effektivität	202
b) Entstehen von Möglichkeiten opportunistischen Verhaltens	203
aa) Behaupteter Diebstahl	203
bb) Durch zufälligen Untergang ausgelöster Widerruf.....	205
c) Zusammenfassung.....	206
5. Ergebnis.....	207
 V. <i>Nutzungsherausgabe und -ersatz</i>	207
1. Grundzüge und mögliche Hintergründe der Rechtslage	208
a) Verzicht von Richtliniengeber und nationalem Gesetzgeber auf Nutzungersatzansprüche und Nutzungsherausgabeansprüche.....	208
b) Schwierigkeit der Feststellung von Nutzungen und Verfolgung von Ansprüchen auf Nutzungsherausgabe	210
c) Rechtfertigung aufgrund typischerweise geringwertiger, sich ausgleichender Ansprüche	211
d) Zusammenfassung.....	212
2. Nutzungen des Verbrauchers.....	212
a) Verzicht auf Nutzungersatz zulasten des Verbrauchers zur Gewährleistung von Effektivität?	213
aa) Beeinflussung der Widerrufsentscheidung aufgrund der Kosten ...	213
(1) Relevanz der Kosten (nur) bei Nutzungersatzansprüchen.....	213
(2) Gewährleistung von Effektivität durch Angemessenheit der Kosten.....	214
(3) Gefährdung der Effektivität durch Beweislast oder Beweislast erleichterungen	214
bb) Gefahr der Verhinderung einer umfangreichen Prüfung	215
cc) Fazit.....	216
b) Gefahr von Opportunismus mangels Nutzungersatzes.....	216
aa) Nutzung als Verstoß gegen Grundsätze des bürgerlichen Rechts ..	216
bb) Kein Anreiz zum Unterlassen einer übermäßigen Nutzung (<i>ex post</i>).....	220
cc) Mangelnde Sanktionsmöglichkeit von faktischer Leihe.....	221
dd) Fazit.....	222
c) Zusammenfassung.....	222
d) Übermäßige Nutzung <i>de lege ferenda</i>	222
aa) Ausschluss des Widerrufsrechts bei übermäßiger Nutzung als Ausgleich zwischen Effektivität und Opportunismus?.....	223
(1) Entwicklungen in der Schweiz	223
(2) Bewertung der Ausschlussregelung.....	225

(a) Eignung zur Verhinderung opportunistischen Verhaltens ..225	
(b) Erhöhung der Transaktionskosten und Probleme hinsichtlich der Ressourcenallokation.....225	
(c) Erhöhung der abschreckenden, effektivitätseinschränken- den Wirkung auch für rechtstreue Verbraucher226	
(3) Zwischenergebnis228	
bb) Statuieren von Nutzungsersatz- und Nutzungsherausgabe- ansprüchen.....228	
(1) Grundlagen einer Neuregelung228	
(2) Potentielle Risiken230	
(3) Notwendigkeit einer Unterscheidung der Vertriebsformen?231	
(4) Zwischenergebnis232	
cc) Fazit.....232	
3. Nutzungen des Unternehmers.....233	
a) Nutzungen bei hinreichender Information233	
b) Nutzungen bei Verletzung der Informationspflichten.....233	
aa) Sanktionen im deutschen Recht234	
bb) Notwendigkeit des Anspruchs zur Gewährleistung der Effektivität.....236	
cc) Gefahr der Ausnutzung durch Verbraucher.....237	
(1) Kaufvertrag mit Widerrufsrecht als Geldanlagemöglichkeit237	
(2) Verzögerung der Widerrufserklärung238	
(3) Zwischenergebnis238	
dd) Fazit.....239	
4. Ergebnis.....239	
 VI. Aufwendungsersatz239	
1. Ersatzansprüche hinsichtlich der Verpackung240	
a) Grundzüge der Rechtslage240	
b) Analogie zu Versandkosten zugunsten der Effektivität (insbesondere nach früherer Rechtslage)?241	
c) Verpackungskosten als mittelbare Kosten der Rücksendung.....242	
d) Anspruch auf Ersatz der Kosten für das Verpackungsmaterial und Informationspflichten <i>de lege ferenda</i>243	
e) Zusammenfassung.....244	
2. Verwendungsersatzansprüche des Verbrauchers244	
a) Grundzüge der Rechtslage244	
b) Verwendungen im Spannungsverhältnis von Opportunismus und Effektivität245	
aa) Verwendungen bei hinreichender Information.....245	
bb) Verwendungen bei Verletzung der Informationspflichten246	
cc) Fazit.....248	

3. Ergebnis.....	249
<i>VII. Das Rückgewährschuldverhältnis als „beweglicheres System“</i>	<i>249</i>
Zusammenfassung und Schlussbetrachtung	251
<i>I. Generelle Zusammenfassung in Thesen.....</i>	<i>251</i>
<i>II. Thesen, die Anregungen zu Rechtsänderungen enthalten.....</i>	<i>255</i>
<i>III. Schlussbetrachtung</i>	<i>257</i>
<i>Literaturverzeichnis</i>	<i>259</i>
<i>Sachregister</i>	<i>283</i>

Abkürzungsverzeichnis

a.A.	andere(r) Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.E.	am Ende
A.E.R.	American Economic Review
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
ADR	Alternative Dispute Resolution
Adv. Exp. Soc. Psychol.	Advances in Experimental Social Psychology
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
AG	Amtsgericht
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
Alt.	Alternative
Am. Psychol.	American Psychologist
Am. Sociol. Rev.	American Sociological Review
Anm.	Anmerkung
arg.	argumentum
Art.	Artikel
AT	Allgemeiner Teil
Aufl.	Auflage
B.E.J.E.A.P.	The B.E. Journal of Economic Analysis & Policy
BB	Betriebs-Berater
BBl.	Bundesblatt der Schweiz
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Bd.	Band
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Beil.	Beilage
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGE	Leitentscheide des (Schweizerischen) Bundesgerichts
BGer	(Schweizerisches) Bundesgericht
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BR-Drucks.	Bundesratsdrucksachen
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksachen

Bus. Ethics Eur. Rev.	Business Ethics: A European Review
Bus. Horizons bzw.	Business Horizons beziehungsweise
C.L.S.R. ca.	Computer Law & Security Review circa
Cal. L. Rev.	California Law Review
CESL	Common European Sales Law
CML Rev.	Common Market Law Review
CR	Computer und Recht
D.D.D.M.P.	Journal of Direct, Data and Digital Marketing Practice
DB	Der Betrieb
dens.	denselben
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
E	Entwurf
E.J.	The Economic Journal
E.J.M.	European Journal of Marketing
ebd.	ebenda
Ed.	Edition
EGBGB	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
Electron. Commer. Res.	Electronic Commerce Research
ELR	Erasmus Law Review
endg.	endgültig
ERCL	European Review of Contract Law
Erg.-Lfg.	Ergänzungslieferung
ERPL	European Review of Private Law
et al.	et alii
EuGH	Europäischer Gerichtshof
Eur. J. Law Econ.	European Journal of Law and Economics
EUV	Vertrag über die Europäische Union
euvr	Zeitschrift für Europäisches Unternehmens- und Verbraucherrecht/ Journal of European Consumer and Market Law
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht
EWS	Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht
f./ff.	folgende
FAGG	Fern- und Auswärtsgeschäfte-Gesetz
Fla. St. U. L. Rev.	Florida State University Law Review
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift

GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
GEKR-E/GEK-E	Entwurf zu einem Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht
Geo. L. J.	Georgetown Law Journal
Ger. Law J.	German Law Journal
GKG	Gerichtskostengesetz
GPR	Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
GS	Gedenkschrift
Halbs.	Halbsatz
Harvard Bus. Manager	Harvard Business Manager
HGB	Handelsgesetzbuch
HKK	Historisch-kritischer Kommentar zum BGB
HMD	HMD – Praxis der Wirtschaftsinformatik
Hrsg.	Herausgeber
hrsgg.	herausgegeben
i.e.	id est
i.F.v.	in der Fassung von
i.H.v.	in Höhe von
I.J.C.S.S.	International Joint Conference on Service Sciences
I.J.E.A.	International Journal of Educational Administration
I.J.M.C.	International Journal of Management Cases
I.J.R.D.M.	International Journal of Retail & Distribution Management
i.S.	in Sache(n)
i.S.d.	im Sinne des/der
i.V.m.	in Verbindung mit
J. Behav. Dec. Making	Journal of Behavioral Decision Making
J. Cons. Res.	Journal of Consumer Research
J. Consum. Policy	Journal of Consumer Policy
J. Econ. Behav. & Org.	Journal of Economic Behavior & Organization
J. Exp. Soc. Psychol.	Journal of Experimental Social Psychology
J. Ind. Econ.	Journal of Industrial Economics
J. L. & Econ.	Journal of Law & Economics
J. L. Econ. & Org.	Journal of Law, Economics & Organization
J. Legal Stud.	Journal of Legal Studies
J. Pers. Soc. Psychol.	Journal of Personality and Social Psychology
J. Retailing	Journal of Retailing
J. Risk Uncertain.	Journal of Risk & Uncertainty
J. Serv. Res.	Journal of Service Research
J. Socio.-Econ.	Journal of Social-Economics
J.A.M.S.	Journal of the Academy of Marketing Science
J.B.R.	Journal of Business Research
J.C.A.	Journal of Consumer Affairs
J.E.P.	Journal of Economic Perspectives

J.M.	Journal of Marketing
J.M.M.	Journal of Marketing Management
J.M.R.	Journal of Marketing Research
J.P.E.	Journal of Political Economy
J.P.P. & M.	Journal of Public Policy & Marketing
J.S.M.	Journal of Services Marketing
JBl.	Juristische Blätter
JIPITEC	Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law
JITE	Journal of Institutional and Theoretical Economics
jM	juris – Die Monatszeitschrift
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
jurisPR-ITR	juris PraxisReport IT-Recht
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
K.P.F.	Kiplinger's Personal Finance Magazine
K&R	Kommunikation und Recht
LG	Landgericht
lit.	littera
l. Sp.	linke Spalte
M. & S.O.M.	Manufacturing & Service Operations Management
m.N.	mit Nachweisen
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Manag. Sci.	Management Science
Mark. Lett.	Marketing Letters
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Mich. L. Rev.	Michigan Law Review
Minn. L. Rev.	Minnesota Law Review
MMR	Multimedia und Recht
NJ	Neue Justiz
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NJW-RR	Neue Juristische Wochenschrift – Rechtsprechungsreport
NK	NomosKommentar
Nr.	Nummer
NYU L. Rev.	New York University Law Review
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
o.A.	ohne Angabe
o.Ä.	oder Ähnliches
ODR	Online dispute resolution

OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development/ Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung
OGH	Oberster Gerichtshof (in Österreich)
OLG	Oberlandesgericht
OR	(Schweizerisches) Obligationenrecht
ORDO	ORDO – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft
Org. Beh. & Hum. Dec. Processes	Organizational Behavior and Human Decision Processes
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
Penn St. Int'l. L. Rev.	Penn State International Law Review
Pers. Soc. Psychol. Bull.	Personality and Social Psychology Bulletin
Psychol. Bull.	Psychological Bulletin
Psychol. Market.	Psychology & Marketing
Psychol. Rev.	Psychological Review
Q. J. Econ.	Quarterly Journal of Economics
R.E.D.C.	Revue Européenne de Droit de la Consommation / European Journal of Consumer Law
Rev. Aff. Eur.	Revue des Affaires Européennes
Rev. Econ. Stud.	Review of Economic Studies
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
Rdnr.	Randnummer
RL	Richtlinie
Rs.	Rechtssache
r. Sp.	rechte Spalte
S.	Seite
scil.	scilicet
Serv. Market. Q.	Services Marketing Quarterly
Slg.	Amtliche Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz der Europäischen Gemeinschaften
sog.	sogenannt
Sp.	Spalte
Stan. L. Rev.	Stanford Law Review
StGB	Strafgesetzbuch
StuW	Steuer und Wirtschaft – Zeitschrift für die gesamten Steuerwissen- schaften
SWZ	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht
U. Pa. L. Rev	University of Pennsylvania Law Review
U. Pitt. L. Rev.	University of Pittsburgh Law Review
u.a.	und andere
u.Ä.	und Ähnliches
UCLA L. Rev.	UCLA Law Review
Unif. L. Rev.	Uniform Law Review
Unterabs.	Unterabsatz

UrhG	Urheberrechtsgesetz
Urt.	Urteil
VbR	Zeitschrift für Verbraucherrecht
verb.	verbundene
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergleiche
VJH	Vierteljahrshefte zur Wirtschaftsforschung
VO	Verordnung
vol.	volume
VSBG	Verbraucherstreitbeilegungsgesetz
VuR	Verbraucher und Recht
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
wbl	wirtschaftsrechtliche blätter – Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht
WM	Wertpapier-Mitteilungen – Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht
WRP	Wettbewerb in Recht und Praxis
Yale L.J.	Yale Law Journal
z.B.	zum Beispiel
Z. Betriebswirtsch.	Zeitschrift für Betriebswirtschaft
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZFP	Marketing – Zeitschrift für Forschung und Praxis
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
zfs	Zeitschrift für Schadensrecht
ZGB	(Schweizerisches) Zivilgesetzbuch
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (2002–2008), Zeitschrift für Vertragsgestaltung, Schuld- und Haftungsrecht (2009–2011)
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZPO	Zivilprozessordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZVertriebsR	Zeitschrift für Vertriebsrecht
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Einleitung

„Überhaupt erkläre ich ein für allemal, daß ich bereit bin, alles zu widerrufen [...]; nur darf es mir nicht viele Mühe kosten.“¹

(Heinrich Heine, Berlin, 7.6.1822)

I. Effektivität des Widerrufsrechts im Widerstreit mit opportunistischem Verbraucherverhalten

Verbraucher haben in bestimmten Situationen ein Widerrufsrecht, mithin ein Vertragslösungsrecht, für dessen Ausübung kein besonderer Grund notwendig ist. Der Verbraucher muss sich nicht einmal rechtfertigen, wenn und warum er widerruft. Durch die weitreichenden Rechte entsteht ein großes Potenzial für Widerrufe, bei denen der Verbraucher das Widerrufsrecht ausnutzt oder missbraucht. Der Verbraucher handelt dann opportunistisch, wenn er das Widerrufsrecht nicht dessen Zweck entsprechend gebraucht. Weil er in solchen Situationen den Verbraucherschutz nicht benötigt, wird versucht, opportunistisches Verhalten zu verhindern oder zu beschränken. Hierbei kommen verschiedene Möglichkeiten in Betracht. In den Vereinigten Staaten von Amerika hat sich hierzu sogar ein eigenes Forschungsfeld etabliert.² Allerdings betreffen die Forschungen zumeist Kaufsituationen, bei denen die Vertragslösungsrechte vom Unternehmer freiwillig eingeräumt werden (z.B. im stationären Handel), sodass der Unternehmer wiederum Beschränkungen auch in großem Ausmaß einführen kann.

Dies ist in der Europäischen Union bei den besonderen Vertriebsformen nicht möglich. Das Widerrufsrecht soll effektiv und wirksam sein. Es soll seine Zwecksetzungen auch auf einer tatsächlichen Ebene verwirklichen, wenn der Verbraucher schutzwürdig ist. Das Widerrufsrecht darf folglich nicht zu stark beschränkt werden. Die Effektivität des Widerrufsrechts stellt eine Grenze für die Verhinderung von opportunistischem Verbraucherverhalten dar. Es besteht

¹ Heine, Reisebilder, Nachdruck 1982, S. 48.

² Siehe nur Davis et al., 50 Journal of Economics and Business 445 ff. (1998); Foscht et al., [2013] 41 I.J.R.D.M. 113 ff.; Harris, J. Retailing 84 (2008), 461 ff., jeweils m.w.N.