

2. Grundlagen des Deutschen Verbraucherschutzes

Johannes HAGER*

I. Einleitung

Der Schutz des Verbrauchers hat – gerade in der jüngeren Vergangenheit – gewichtige Fortschritte gemacht, ja fast einen Siegeszug angetreten. Hatte sich die Rechtsprechung lange recht hart etwa mit der Kontrolle von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) getan, so gab es den ersten Durchbruch mit dem Erlass des Gesetzes zur Regelung des Rechts der AGB vom 01.04.1977. Entscheidende Neuerungen wurden in der Folgezeit vor allem vom Europäischen Recht angestoßen. Zu nennen sind namentlich die Richtlinien über das Haustürgeschäft – also Verträge, die in einer Situation der Überrumpelung, sei es an der Haustüre, sei es durch unvermutetes Ansprechen initiiert werden. Verabschiedet wurden Richtlinien über das Fernabsatzgeschäft, den Verbraucherkredit sowie über den elektronischen Geschäftsverkehr; auch dem Recht der AGB galt noch eine weitere Richtlinie. Diese – zunächst in Sondergesetzen geregelte – Materie hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Schuldrechtsreform in das BGB integriert. Einige Materien sind noch separat geregelt, etwa im Fernunterrichtsgesetz.

II. Die Instrumente des Verbraucherschutzes

Beim Verbraucherschutz handelt es sich nicht um eine einheitlich erlassene Regelung. Vielmehr haben sich zunächst unterschiedliche Konzepte herausgebildet, die sich allerdings im Laufe der Zeit angenähert haben, jedoch immer noch Unterschiede aufweisen.

1. Im Rahmen des Vertragsschlusses bedient sich der Gesetzgeber zweier Mittel, die ineinandergreifen. Zum einen steht dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zu. Davon kann er etwa gemäß § 312 Abs. 1 S. 1 BGB Gebrauch machen, wenn der Vertrag im Bereich der Privatwohnung abgeschlossen wurde. Gleiches gilt bei Fernabsatzgeschäften nach § 312d Abs. 1 S. 1 BGB oder bei Verbraucherdarlehensverträgen nach § 495 Abs. 1 BGB. Zum anderen sind dem Verbraucher bei Vertragsschluss eine Reihe von Informationen zu geben. Ausgangspunkt der Belehrung ist § 360 Abs. 1, 2 BGB. Die Details sind in Art. 246 EGBGB geregelt. Dazu existiert in Anlage 1 zu Art. 246 § 2 Abs. 3 S. 1 EGBGB ein Muster für die Widerrufsbelehrung.

* Professor an der Juristischen Fakultät der Ludwig-Maximilians-Universität, München

2. Auch nach dem Vertragsschluss ist der Verbraucher durch spezielle Regeln, insbesondere bei den so genannten finanzierten Geschäften, geschützt. Einwendungen, die ihm gegenüber dem Lieferanten zustehen, kann er auch gegenüber der das Geschäft finanzierenden Bank geltend machen.¹⁾

3. Der Vertrag unterliegt in vielerlei Hinsicht der Inhaltskontrolle. Diese Begrenzung kann als Schranke ausgeformt sein. So darf im Verbrauchsgüterkauf nach § 475 Abs. 1 S. 2 BGB von den Gewährleistungsregeln der §§ 433-435, 437, 439-445 BGB nicht abgewichen werden. Dasselbe gilt für den Klauselkatalog des § 309 BGB. Wertungen fließen dagegen ein bei § 308 BGB und § 307 BGB.

III. Die unterschiedlichen Ansatzpunkte

1. Der Gesetzgeber setzt zum einen an den Umständen an, unter denen ein Vertrag zustandekommt. Dazu zählen im Wesentlichen zwei Konstellationen.

a) Der Verbraucher kann durch Ansprache an der Haustür, am Arbeitsplatz, bei einer vom Unternehmer durchgeführten Freizeitveranstaltung – man spricht in der Regel von so genannten Kaffeefahrten²⁾ – oder in Verkehrsmitteln bzw. öffentlich zugänglichen Verkehrsflächen überrumpelt und so in seiner Entscheidungsfreiheit beeinträchtigt werden.³⁾ Hierher gehören auch Arbeitsverträge.⁴⁾ Eine Aufhebung des Arbeitsvertrags fällt aber nicht unter § 312 BGB.⁵⁾ Eine derartige Überrumpelungssituation kann auch bestehen, wenn der Verbraucher den Vertrag bei einer privaten Einladung in der Wohnung des Unternehmers schließt.⁶⁾

b) Oder der Unternehmer bedient sich eines Vertriebssystems, das auf der Verwendung von Fernkommunikationsmitteln basiert; dazu zählen nach § 312b Abs. 2 BGB E-Mails oder Telekopien, aber auch normale Briefe. Anlass für die Schaffung der Norm war der Umstand, dass der Verbraucher in der Praxis keine Möglichkeit hat, vor Abschluss des Vertrages das Erzeugnis zu sehen oder die Eigenschaften der Dienstleistung im Einzelnen zur Kenntnis zu nehmen.⁷⁾ Er kann sich auch an keine natürliche Person wenden, um weitere Informationen zu erlangen.⁸⁾

2. Andere Vorschriften knüpfen an die Eigenart des konkreten Geschäftes an. Dazu zählen beispielsweise Verträge über Teilzeitwohnrechte nach den §§ 481 ff. BGB. Deren

1) Vgl. dazu unten III.4.

2) MünchKomm/Masuch, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 5. Aufl. 2007, § 312 Rn. 44.

3) BGHZ 165, 363, 367 = BGH NJW 2006, 845, 846; BGH NJW 2004, 362 f.; 2004, 1376, 1378.

4) BVerfG NJW 2007, 286, 287; BAGE 115, 19, 28 = BAG NJW 2005, 3305, 3308.

5) BAGE 109, 22, 30 = BAG NJW 2004, 2401, 2404; BAGE 115, 340, 352 Rn. 45 = BAG NJW 2006, 938, 942.

6) BGH NJW-RR 2006, 1715 f. Rn. 13 ff.

7) EuGH Slg. 2009, I-7315 Rn. 20 = NJW 2009, 3015.

8) BGH NJW 2004, 3699, 3700; Palandt/Grüneberg, BGB, 70. Aufl. 2011, § 312b Rn. 3.

Gefährlichkeit liegt in der Unklarheit des Nutzungsrechts und in dem relativ hohen Preis; auch hier gilt es, übereilten Vertragsschlüssen vorzubauen.⁹⁾ Ähnliches gilt für Verbraucherdarlehen und sonstige Finanzierungen sowie für Verbrauchsgüterkaufverträge.

3. Nicht an konkrete Vertragstypen knüpfen die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB zur Regelung des Rechts der AGB an. Hier gilt es – unabhängig von der Art des Vertrages – Gestaltungen vorzubeugen, die den Verbraucher unangemessen benachteiligen.

IV. Grundbegriffe

Als Komplementärbegriffe stehen sich der Unternehmer und der Verbraucher gegenüber.¹⁰⁾

1. Der Unternehmer ist gemäß § 14 BGB gekennzeichnet durch eine gewerbliche oder eine selbstständige berufliche Tätigkeit. Darunter versteht man die planmäßige, dauerhafte und nach außen gerichtete selbstständige Tätigkeit. Entgeltlichkeit genügt; eine Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich.¹¹⁾ Ein Pferdezüchter ist daher unabhängig davon Unternehmer, ob er diese Zucht hobbymäßig betreibt.¹²⁾ Die konkrete Tätigkeit – etwa eine Darlehensvergabe – braucht nicht der Hauptzweck des Unternehmens zu sein; nur ausschließlich private Geschäfte sollen ausgenommen werden.¹³⁾ Entscheidend ist nicht die Erfahrung als Kreditgeber, sondern die Schutzbedürftigkeit des Kreditnehmers.¹⁴⁾ So zählen zur Unternehmertätigkeit auch Verträge, die im Nebenberuf abgeschlossen werden, etwa als ebay-Powerseller.¹⁵⁾ Die reine Vermögensverwaltung gehört nicht zu den Fällen des § 14 BGB.¹⁶⁾

2. Auf der anderen Seite steht der Begriff des Verbrauchers nach § 13 BGB. Die Verträge dürfen nicht zu einem Zweck abgeschlossen werden, der einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Zur gewerblichen Tätigkeit zählen auch die vorbereitenden Geschäfte.¹⁷⁾ Lediglich bei Existenzgründerdarlehen sind nach § 512 BGB die Vorschriften des Verbraucherkredits anzuwenden, wenn der Nettodarlehensbetrag 75.000,- Euro nicht übersteigt. Die Verbrauchereigenschaft ist aber zu bejahen, wenn es um Rechtsgeschäfte im Vorfeld – etwa um eine Beratung – geht.¹⁸⁾ Gewerbliches Handeln muss – um die Verbrauchereigenschaft auszuschließen – eindeutig aus

9) Bamberger/Roth/Eckert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. Aufl. 2007, § 481 Rn. 3.

10) Vgl. dazu den instruktiven Überblick bei C. Wolf JA 2010, 843 ff.

11) BGHZ 167, 40, 45 Rn. 16 ff. = BGH NJW 2006, 2250, 2251; Palandt/Ellenberger (Fn. 8), § 14 Rn. 2.

12) BGHZ 167, 40, 45 Rn. 15 = BGH NJW 2006, 2250, 2251.

13) BGHZ 179, 126, 130 Rn. 16 ff. = BGH NZG 2009, 273, 274; Palandt/Ellenberger (Fn. 8), § 14 Rn. 2.

14) BGHZ 179, 126, 132 Rn. 19 = BGH NZG 2009, 273, 275.

15) OLG Frankfurt NJW 2005, 1438; Palandt/Ellenberger (Fn. 8), § 14 Rn. 2.

16) BGHZ 149, 80, 87 = BGH NJW 2002, 368, 369; Palandt/Ellenberger (Fn. 8), § 14 Rn. 2.

17) BGH NJW 2005, 1273, 1274.

18) BGH NJW 2008, 435, 436 Rn. 7.

Sicht des Vertragspartners vorliegen.¹⁹⁾ Wer sich wahrheitswidrig als Unternehmer ausgibt, kann sich auf den Verbraucherschutz nicht berufen.²⁰⁾

V. Widerrufs- bzw. Rückgaberecht und Informationspflichten

Hauptinstrumentarium des Verbraucherschutzes ist das Widerrufsrecht nach § 355 BGB bzw. das Recht zur Rückgabe nach § 356 BGB.

1. Voraussetzung dafür ist die ausdrückliche Einräumung durch das Gesetz selbst. Der Mechanismus sei am Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften nach § 312 Abs. 1 S. 1 BGB veranschaulicht.

a) Bei seiner möglicherweise übereilten Entscheidung war der Verbraucher unter Umständen nicht in der Lage, das Für und Wider gründlich abzuwägen.²¹⁾ Diese Überlegungen soll er nun nachholen können.

b) Der Widerruf ist völlig ins Belieben des Verbrauchers gestellt; er bedarf namentlich keiner Begründung.²²⁾ Der Verbraucher hat das Recht, die Bedenkzeit völlig frei und ohne Druck zu nutzen.²³⁾ Für die Erklärung gelten die normalen rechtsgeschäftlichen Regeln. Sie ist in der Textform des § 126b BGB abzugeben, kann allerdings auch durch die Rücksendung der Ware erklärt werden. Eine Besonderheit bringt die Regelung über die Rechtzeitigkeit. Es genügt nach § 355 Abs. 1 S. 2 BGB die rechtzeitige Absendung. Das ändert allerdings nichts daran, dass es sich nach wie vor um eine empfangsbedürftige Willenserklärung handelt, deren Wirksamkeit vom Zugang abhängt.²⁴⁾ Nur das Verzögerungsrisiko geht zu Lasten des Unternehmers. Notfalls muss die Erklärung wiederholt werden;²⁵⁾ dazu treffen den Verbraucher gewisse Erkundigungsobliegenheiten.²⁶⁾

c) Das Widerrufsrecht ist ein Gestaltungsrecht.²⁷⁾ Es besteht auch, wenn der Vertrag nichtig sein sollte; das erfordern der Sinn des Widerrufsrechts und der Schutz des Verbrauchers, der gerade nicht nur auf die bereicherungsrechtliche Abwicklung verwiesen sein soll.²⁸⁾ Dogmatisch gesehen geht es um einen Sonderfall des Rücktrittsrechts.²⁹⁾ Das hat zur Folge, dass der Vertrag bis zum Widerruf wirksam ist. Man spricht mehrheitlich von schwebender

19) BGH NJW 2009, 3780, 3781 Rn. 11.

20) BGH NJW 2005, 1045, 1046 f.

21) Palandt/*Grüneberg* (Fn. 8), § 355 Rn. 3.

22) BGHZ 183, 235, 240 Rn. 17 = BGH NJW 2010, 610, 611.

23) EuGH Slg. 2009, I-7315 Rn. 23 = NJW 2009, 3015.

24) MünchKomm/*Kramer* (Fn. 2), 5. Aufl. 2006, § 121 Rn. 9; Staudinger/*Singer*, BGB, Bearb. 2004, § 121 Rn. 11.

25) Palandt/*Edenhofer* (Fn. 8), § 121 Rn. 4; Soergel/*Hefermehl*, BGB, 13. Aufl. 1999, § 121 Rn. 10.

26) *J. Hager* JR 1988, 287.

27) Palandt/*Grüneberg* (Fn. 8), § 355 Rn. 3; MünchKomm/*Masuch* (Fn. 2), § 355 Rn. 20 m.w.N.

28) BGHZ 183, 235, 240 Rn. 17 = BGH NJW 2010, 610, 611.

29) BGH NJW-RR 2004, 1058 f.; Palandt/*Grüneberg* (Fn. 8), § 355 Rn. 3; MünchKomm/*Masuch* (Fn. 2), § 355 Rn. 29.

Wirksamkeit und einem einseitigen Auflösungsrecht des Verbrauchers.³⁰⁾

2. Die Widerrufsfrist beträgt gemäß § 355 Abs. 2 S. 1 BGB in der Regel 14 Tage; sie setzt voraus, dass der Verbraucher spätestens bei Vertragsschluss deutlich auf sein Recht, den Vertrag widerrufen zu können, hingewiesen wurde. Im Rahmen des § 312b BGB – also bei Fernabsatzverträgen – kann die Belehrung gemäß § 355 Abs. 2 S. 2 BGB unverzüglich nach Vertragsschluss nachgeholt werden. Erfolgt die Mitteilung später, so beträgt die Widerrufsfrist nach § 355 Abs. 2 S. 3 BGB einen Monat. Besonders strikt ist im Anschluss an die Rechtsprechung des EuGH³¹⁾ § 355 Abs. 4 S. 3 BGB gefasst. Von wenigen – hier zu vernachlässigenden – Ausnahmen abgesehen erlischt das Widerrufsrecht bei mangelnder Belehrung nicht.³²⁾ Die Belehrung hat umfassend, unmissverständlich und für den Verbraucher eindeutig zu sein. Der Verbraucher muss in die Lage versetzt werden, von seinem Widerrufsrecht machen zu können.³³⁾ Dazu gehört insbesondere die eindeutige Information über den Beginn der Frist.³⁴⁾ Verwendet der Unternehmer das genannte Muster,³⁵⁾ so genügt das gemäß § 360 Abs. 3 S. 1 BGB. Dasselbe gilt bei der Verwendung des Musters der Anlage 2 zu Art. 246 § 2 Abs. 3 S. 1 EGBGB für die Rückgabebelehrung; das regelt § 360 Abs. 3 S. 2 BGB.

VI. Besonderheiten der Rückabwicklung

Die Rückabwicklung folgt – da es sich eben um einen Sonderfall des Rücktritts handelt – dessen Regeln; das bestimmt § 357 Abs. 1 BGB ausdrücklich. Die Leistungen sind zurückzuerstatten, bei Untergang ist nach § 346 Abs. 2 BGB Wertersatz zu leisten. Dabei bringt § 357 Abs. 3 BGB – rechtspolitisch höchst angreifbar – zwei Verschlechterungen gegenüber dem normalen Rücktrittsrecht. Entgegen § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB hat der Verbraucher nach § 357 Abs. 3 S. 1 BGB auch für die durch bestimmungsgemäße Gebrauchnahme entstandenen Verschlechterungen Wertersatz zu leisten, wenn er spätestens bei Vertragsschluss auf diese Rechtsfolge und eine Möglichkeit hingewiesen worden ist, sie zu vermeiden. Damit wird der Verbraucherschutz an einer empfindlichen Stelle aufgeweicht; der Unternehmer erhält einen Anreiz, den Verbraucher zur möglichst raschen Ingebrauchnahme der Sache anzuhalten. Einen Wertverlust von ca. 20 % durch die bloße Erstzulassung eines neuen Kfz³⁶⁾ wird kaum ein Verbraucher kompensieren wollen oder auch nur können. Damit

30) MünchKomm/Masuch (Fn. 2), § 355 Rn. 29; skeptisch – da kein Bedürfnis für die Bezeichnung – Palandt/Grüneberg (Fn. 8), § 355 Rn. 3; a.A. Staudinger/Kaiser, BGB, Bearb. 2004, § 355 Rn. 18.

31) EuGH Slg. 2001, I-9945 Rn. 44 ff., 48 = NJW 2002, 281, 282.

32) Zu beachten ist § 360 Abs. 3 S. 1 und S. 2 BGB; vgl. dazu schon oben II. 1.

33) BGHZ 180, 123, 128 Rn. 14 = BGH NJW 2009, 3572, 3573; BGH NJW 2002, 3396, 3397 f.; 2009, 3020, 3021 Rn. 17; 2010, 989, 990 Rn. 14 f.; NJW-RR 2009, 709, 710 Rn. 14.

34) BGHZ 180, 123, 128 Rn. 14 = BGH NJW 2009, 3572, 3573; BGH NJW 2002, 3396, 3398; NJW-RR 2009, 709, 710 Rn. 14.

35) Vgl. oben II. 1.

36) Vgl. den Hinweis in der Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks 14/6040 S. 199.

droht das Widerrufsrecht seine Funktion einzubüßen.³⁷⁾ Der EuGH hat konsequenterweise entschieden, dass ein Wertersatz dem Wortlaut und der Zielsetzung der RL 97/7/EG Art. 6 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 zuwiderliefe.³⁸⁾ Einen Wertersatz für die Möglichkeit der Benutzung anzuordnen steht den Mitgliedsstaaten offen, wobei das Gericht einschränkt. Der Verbraucher müsse die (im Fernabsatz gekaufte) Ware auf eine mit den Grundsätzen des Bürgerlichen Rechts wie denen von Treu und Glauben oder der ungerechtfertigten Bereicherung nicht zu vereinbarenden Art und Weise benutzt haben.³⁹⁾ Der BGH fasst jetzt das Merkmal der „Prüfung“ weit. Ein Wasserbett dürfe befüllt werden, da es erst dann aufgebaut sei.⁴⁰⁾ Ähnlich problematisch ist es, das Privileg des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB – also den Ausschluss des Wertersatzes, wenn die Verschlechterung oder der Untergang beim Rücktrittsberechtigten eingetreten ist, obwohl er diejenige Sorgfalt beachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt – nach § 357 Abs. 3 S. 3 BGB zu versagen, wenn der Verbraucher über sein Widerrufsrecht ordnungsgemäß belehrt worden war.

VII. Verbundene Geschäfte

Besondere Probleme werfen Fallgestaltungen auf, in denen der Verbraucher nicht nur einen Liefervertrag mit einem Unternehmer, sondern auch mit einem anderen Partner einen Darlehensvertrag schließt. Es ist ebenso vorstellbar, dass beide Verträge mit demselben Gegner zustande kommen. Damit wird ein wirtschaftlich einheitlicher Vertrag aufgespalten – und zwar in ein Bargeschäft und in einen Darlehensvertrag. Im Zentrum des Interesses stehen mehrere Fragen. Zum einen geht es um die Zurechnung einer arglistigen Täuschung, zum anderen um die Möglichkeit und die Modalitäten des Widerrufs sowie seine Rechtsfolgen. Einwendungen gegenüber dem Lieferanten können unter Umständen auch dem Anspruch auf Rückzahlung des Darlehens entgegengehalten werden. Und schließlich geht es um die Rückabwicklung, wenn der Liefervertrag unwirksam ist.

1. Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Rechtsgeschäfte, auch wenn sie wirtschaftlich verbunden sind, rechtlich selbstständig bleiben.⁴¹⁾ Davon gibt es aber Ausnahmen, wenn verbundene Verträge vorliegen. § 358 Abs. 3 S. 1 BGB setzt zweierlei voraus. Zum einen muss das Darlehen den Zweck haben, das Bargeschäft zu finanzieren. Dabei geht es um die objektive Zielsetzung; einer ausdrücklichen Abrede bedarf es nicht. Der Kredit kann auch zur wiederholten Verwendung durch den Verbraucher gedacht sein.⁴²⁾

37) Die Ausnahme des § 357 Abs. 3 S. 3 BGB kann in der Darstellung hier vernachlässigt werden. Der Regierungsentwurf empfiehlt, das Auto auf dem Privatgelände ohne Zulassung zu testen (BT-Drucks 14/6040 S. 200). Das ist im Regelfall unrealistisch.

38) EuGH Slg. 2009, I-7315 Rn. 23, EuGH NJW 2009, 3015.

39) EuGH Slg. 2009, I-7315 Rn. 26, EuGH NJW 2009, 3015.

40) BGH NJW 2011, 56, 58.

41) BGHZ 133, 254, 259; 159, 294, 309; MünchKomm/Habersack (Fn. 2), § 358 Rn. 27.

42) EuGH EuZW 2008, 19, 20 Rn. 32 ff.

Die zeitliche Reihenfolge, in der die Verträge abgeschlossen werden, spielt keine Rolle.⁴³⁾ Zum anderen muss eine wirtschaftliche Einheit vorliegen. Unternehmen wie Darlehensgeber müssen aus der Sicht des Verbrauchers wie eine einzige Vertragspartei auftreten.⁴⁴⁾ § 358 Abs. 3 S. 2 BGB stellt dabei eine unwiderlegliche⁴⁵⁾ Vermutung für die Verbindung auf, wenn der Unternehmer selbst die Gegenleistung finanziert oder wenn sich der Darlehensgeber bei der Vorbereitung oder beim Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrags der Mitwirkung des Unternehmers bedient.⁴⁶⁾ Eine derartige Mitwirkung liegt vor, wenn die Initiative nicht vom Kreditnehmer ausgeht, sondern der Beauftragte des Unternehmers dem Interessenten mit den Unterlagen des Liefervertrages zugleich den Kreditvertrag des Finanzierungsinstituts vorlegt, das sich zuvor dem Unternehmer gegenüber zur Finanzierung bereit erklärt hat.⁴⁷⁾ Weitere – jedoch nicht unter § 358 Abs. 3 S. 2 BGB, sondern unter § 358 Abs. 3 S. 1 BGB fallende – Indizien liegen vor, wenn der Verbraucher von der freien Verfügung über den Kredit ausgeschlossen war,⁴⁸⁾ die Formulare einheitlich gestaltet wurden,⁴⁹⁾ die Verträge zur gleichen Zeit abgeschlossen werden,⁵⁰⁾ dieselbe Vertriebsorganisation für beide Verträge eingesetzt war⁵¹⁾ oder die beiden Verträge – etwa ein Darlehensvertrag und eine Restschuldversicherung – aufeinander Bezug nehmen.⁵²⁾

2. Täuscht der Unternehmer den Verbraucher arglistig, so ist dieser nicht nur zur Anfechtung des Liefergeschäfts, sondern auch des Darlehensvertrages berechtigt; der Unternehmer ist beim letztgenannten kein Dritter im Sinne des § 123 Abs. 2 S. 1 BGB.⁵³⁾

3. Der Widerruf des Vertrages über die Lieferung strahlt auch auf den Kreditvertrag aus.

a) Der Verbraucher soll vor den Risiken geschützt werden, die die Aufspaltung eines

43) BGH NJW 2003, 2093; Palandt/*Grüneberg* (Fn. 8), § 358 Rn. 11.

44) BGH NJW 1992, 2560, 2562 m.w.N.; Palandt/*Grüneberg* (Fn. 8), § 358 Rn. 12.

45) BGHZ 156, 46, 51 = BGH NJW 2003, 2821, 2822; BGHZ 167, 252, 257 Rn. 14 = BGH NJW 2006, 1788, 1789 (zu § 9 VerbrKrG); BGHZ 184, 1, 2 Rn. 9 = BGH NJW 2010, 561; BGH NJW 2003, 3703, 3704; 2007, 3200, 3201 Rn. 19; NJW-RR 2008, 1436, 1437 Rn. 32.

46) BGH NJW-RR 2005, 1073, 1074.

47) BGHZ 156, 46, 51 = BGH NJW 2003, 2821, 2822; BGHZ 167, 252, 257 Rn. 14 = BGH NJW 2006, 1788, 1789; BGH NJW 2003, 3703, 3704; 2007, 3200, 3201 Rn. 19.

48) BGHZ 184, 1, 10 Rn. 31 = BGH NJW 2010, 531, 533; BGH NJW 1983, 2250, 2251; 2003, 3703, 3704; NJW-RR 2008, 1436, 1437 Rn. 26; Palandt/*Grüneberg* (Fn. 8), § 358 Rn. 12; MünchKomm/*Habersack* (Fn. 2), § 358 Rn. 47.

49) BGH NJW 1987, 1698, 1700; NJW-RR 2008, 1436, 1437 Rn. 26; Palandt/*Grüneberg* (Fn. 8), § 358 Rn. 12.

50) BGH NJW 2003, 2093.

51) BGHZ 184, 1, 10 Rn. 31 = BGH NJW 2010, 531, 533; BGH NJW-RR 2005, 1073, 1074; 2008, 1436, 1437 Rn. 26.

52) BGHZ 184, 1, 10 Rn. 32 = BGH NJW 2010, 531, 533.

53) BGHZ 167, 239, 251 Rn. 29, 30 = BGH NJW 2006, 1955, 1957; BGHZ 183, 112, 120 Rn. 24 = BGH NJW 2010, 596, 598; BGH NJW 2007, 2407, 2408 Rn. 14; 2007, 3200, 3202 Rn. 25; 2008, 2912, 2913 Rn. 19; 2010, 602, 603 Rn. 19; Palandt/*Ellenberger* (Fn. 8), § 123 Rn. 14; i.E. auch BGH NJW-RR 2009, 1275, 1278 f. Rn. 38.

wirtschaftlich einheitlichen Vertrages in zwei Geschäfte mit sich bringt.⁵⁴⁾ Mit dem Widerruf nur eines Vertrages wäre ihm nicht gedient.⁵⁵⁾ Wäre er beispielsweise an den Darlehensvertrag trotz Widerrufs des Liefergeschäfts gebunden, würde ihm dieses Darlehen nicht nur nichts nützen, sondern könnte ihn der Nachteile wegen faktisch davon abhalten, den Liefervertrag zu widerrufen. Das gilt auch umgekehrt. Das Widerrufsrecht existiert auch, wenn der Liefervertrag – etwa wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten – nichtig ist.⁵⁶⁾

b) Die Rechtsfolgen des Widerrufs sind in § 358 Abs. 4 BGB geregelt. Ansprüche auf Zahlung von Zinsen und Kosten aus der Rückabwicklung des Darlehensvertrages gegen den Verbraucher sind ausgeschlossen. Hat der Verkäufer den (Netto-)Kreditbetrag noch nicht erhalten, vollzieht sich die Rückabwicklung des nicht wirksam gewordenen Vertrags zwischen dem Verkäufer und dem Verbraucher.⁵⁷⁾ Ist das Darlehen bereits an den Unternehmer geflossen, so würde nach den normalen Regeln die Abwicklung über Eck – also zwischen dem Darlehensgeber und dem Verbraucher und zwischen dem Verbraucher und dem Verkäufer – erfolgen. Vor dieser Aufspaltung will § 358 Abs. 4 S. 3 BGB den Verbraucher bewahren.⁵⁸⁾ Deshalb tritt der Darlehensgeber nach § 358 Abs. 4 S. 3 BGB gegenüber dem Verbraucher in die Rechte und Pflichten des Unternehmers ein,⁵⁹⁾ auch in das Rückabwicklungsverhältnis.⁶⁰⁾ Das bedeutet insbesondere, dass das Darlehen nicht an den Darlehensgeber zurückzuzahlen ist, weil dieser die Rolle des Unternehmers einnimmt, der seinerseits den Kaufpreis zu erstatten hat. Beide Ansprüche werden saldiert.⁶¹⁾ Umgekehrt hat allerdings der Verbraucher dem Darlehensgeber die Sache zu übereignen bzw. zu übertragen,⁶²⁾ wenn dieser nicht bereits Sicherungseigentümer ist.⁶³⁾ Das gilt auch für die Rückgabe einer Anzahlung, die vom Verbraucher aus eigenen Mitteln geleistet wurde; auch sie ist vom Darlehensgeber zu erstatten.⁶⁴⁾ Im Verhältnis zwischen dem Darlehensgeber und dem Lieferanten sind deren vertragliche Abreden vorrangig. Sollten sie fehlen, so gibt die Rechtsprechung eine Rückgriffskondition; gegen den Verbraucher besteht wegen des Schutzzwecks des Gesetzes kein Anspruch.⁶⁵⁾

4. Entpuppt sich die vom Unternehmer gelieferte Sache als mangelhaft, könnte die Aufteilung

54) BGHZ 180, 123, 132 Rn. 26 = BGH NJW 2009, 3572, 3574; Palandt/*Grüneberg* (Fn. 8), § 358 Rn. 1; Staudinger/*Kessal-Wulf*, BGB, 2004, § 358 Rn. 67.

55) MünchKomm/*Habersack* (Fn. 2), § 358 Rn. 1.

56) BGHZ 183, 235, 240 Rn. 17 ff.; BGH NJW 2010, 610, 611 f.

57) BGHZ 131, 66, 72 f. = BGH NJW 1995, 3386, 3388.

58) BGH Beck RS 2010, 21675.

59) BGHZ 180, 123, 132 Rn. 26 = BGH NJW 2009, 3572, 3574.

60) BGHZ 131, 66, 73 = BGH NJW 1995, 3386, 3388; a.A. BGH BeckRS 2010, 21673.

61) MünchKomm/*Habersack* (Fn. 2), § 358 Rn. 84.

62) BGHZ 159, 280, 287 f. = BGH NJW 2004, 2731, 2733; BGHZ 167, 252, 260 Rn. 19 = BGH NJW 2006, 1788, 1789 f.

63) MünchKomm/*Habersack* (Fn. 2), § 358 Rn. 84.

64) BGHZ 131, 66, 72 f. = BGH NJW 1995, 3386, 3388; BGHZ 180, 123, 133 Rn. 27 = BGH NJW 2009, 3572, 3574.

65) BGHZ 133, 254, 263 f. = BGH NJW 1996, 3414, 3415.

des verbundenen Geschäfts wiederum Nachteile für den Verbraucher mit sich bringen. Besteht doch – bei getrennter Betrachtung der beiden Verträge – die Gefahr, dass der Verbraucher das Darlehen verzinsen und zurückzahlen muss, obgleich er die Sache nicht so verwenden kann, wie im Liefervertrag vereinbart ist. Dem beugt § 359 BGB vor, indem er die Einwendungen aus dem verbundenen Vertrag auf den Darlehensvertrag erstreckt.

5. Nach den üblichen bereicherungsrechtlichen Regeln müsste bei der Nichtigkeit der beiden Geschäfte über Eck abgewickelt werden. Der Verbraucher hätte also beim Lieferanten den Kaufpreis geltend zu machen und müsste an den Darlehensgeber die erlangte Valuta zurückzahlen. Das würde zu einer Häufung der Risiken beim Verbraucher führen. Die ganz h.M. geht zum Schutz des Verbrauchers einmal davon aus, dass die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung über die Kondition der Kondition zu erfolgen hat.⁶⁶⁾ Der Vorteil liegt darin, dass dem Verbraucher das Insolvenzrisiko des Lieferanten abgenommen und dieses auf den Darlehensgeber überwältigt wird. Andere bevorzugen eine Lösung über § 813 Abs. 1 S. 1 BGB. Wegen der Nichtigkeit des Kaufvertrags könne dessen Erfüllung verweigert werden. Das schlage über § 359 S. 1 BGB auch auf den Darlehensvertrag durch.⁶⁷⁾ Der Ansatz ist nicht ganz unproblematisch. § 812 BGB ist vorrangig, wenn der Vertrag nichtig ist.⁶⁸⁾ Und das finanzierte Geschäft ist in der Regel eben nichtig und nicht nur einer (dauernden) Einrede ausgesetzt. An der Richtigkeit der Wertung ändert der Weg des BGH allerdings nichts. Bei der bereicherungsrechtlichen Abwicklung soll dem Darlehensgeber nicht ohne weiteres ein Anspruch auf Abtretung des Anspruchs des Verbrauchers gegen den Verkäufer auf Rückzahlung des Kaufpreises zustehen.⁶⁹⁾ Das überzeugt angesichts der parallelen Interessenlage beim Widerruf, bei dem die h.M. einen derartigen Anspruch zubilligt,⁷⁰⁾ wenig.

VIII. Verbraucherschutz durch zwingende Vertragsgestaltung

Am effektivsten ist der Verbraucherschutz natürlich ausgestaltet, wenn die inhaltliche Ausformung der Verträge vorgegeben ist. Der Gesetzgeber bedient sich hierbei unterschiedlicher Mittel, die allerdings im Ergebnis weitgehend konvergieren.

1. Zum einen wird an sich dispositives Recht zur zwingenden Norm erklärt. So sind die Ansprüche des Käufers, namentlich die Gewährleistungsrechte der §§ 433-435, 437, 439-443 BGB nach § 475 Abs. 1 BGB im Verbrauchsgüterkauf zwingend. Dass ein vertraglicher Ausschluss ins Leere geht, bedarf demgemäß keiner näheren Begründung und Rechtfertigung.

66) BGHZ 133, 254, 263 f. = BGH NJW 1996, 3414, 3416; MünchKomm/Habersack (Fn. 2), § 359 Rn. 56 m.w.N.; Staudinger/Kessal-Wulf (Fn. 54), § 359 Rn. 26.

67) BGHZ 174, 334, 342 Rn. 31 = BGH NJW 2008, 845, 846 f.; im Ansatz auch BGHZ 183, 112, 128 Rn. 49 = BGH NJW 2010, 596, 600, im konkreten Fall allerdings wegen der vorrangigen Regel der fehlerhaften Gesellschaft verneint.

68) Palandt/Sprau (Fn. 8), § 813 Rn. 1.

69) BGHZ 174, 334, 344 Rn. 35 ff. = BGH NJW 2008, 845, 847.

70) Vgl. oben VII. 3. b.

Gleiches gilt für die Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit des § 309 BGB. Die Norm ist nicht auf den Kaufvertrag beschränkt.

2. Generell will die Regelung des Rechts der AGB verhindern, dass der Verwender die Freiheit der Vertragsgestaltungsmacht allein für sich in Anspruch nimmt und den anderen Teil unter Abdingung des dispositiven Rechts unangemessen benachteiligt.⁷¹⁾

a) Das Gesetz definiert in § 305 Abs. 1 S. 1 BGB AGB als Vertragsbedingungen, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert sind und die eine Vertragspartei – der Verwender – der anderen Vertragspartei bei Abschluss des Vertrages stellt.

(1) Vertragsbedingungen sind dazu bestimmt, den Vertrag inhaltlich zu gestalten. Bloße Hinweise zählen nicht dazu,⁷²⁾ es sei denn, der Kontext ruft den Eindruck hervor, es würden Rechte und Pflichten des Kunden begründet.⁷³⁾ Auch Regelungen, die den Vertragsabschluss selbst betreffen, fallen unter diesen Begriff, wie z.B. die §§ 308 Nr. 1, 309 Nr. 11 a) BGB zeigen.⁷⁴⁾ Desgleichen erfüllen einseitige Erklärungen des Kunden – etwa das Einverständnis, eine Werbung per SMS zu empfangen – den Begriff der AGB.⁷⁵⁾

(2) Vorformuliert sind Vertragsbedingungen, wenn sie schriftlich oder auf sonstige Weise fixiert sind. Es genügt aber auch, dass sie im Kopf des Verwenders oder seines Abschlussgehilfen gespeichert sind⁷⁶⁾ oder die Bedingungen mündlich geäußert und akzeptiert werden.⁷⁷⁾ Kann der Kunde eine offen gelassene Stelle – etwa die Laufzeit des Vertrages – nach seiner Entscheidung ausfüllen, liegen keine vorformulierten Bedingungen vor. Anders liegt es dagegen, wenn es sich um unselbstständige Ergänzungen handelt, die den Gehalt der Regelung nicht beeinflussen.⁷⁸⁾

(3) Im Normalfall ist das Merkmal der geplanten Verwendung für eine Vielzahl von Verträgen erfüllt, wenn es um mindestens drei Verwendungen geht;⁷⁹⁾ es genügt allerdings der erste Verwendungsfall, da die Absicht entscheidet.⁸⁰⁾ Bei Empfehlungen ist nicht erforderlich, dass die Partei selbst einen mehrfachen Einsatz plant.⁸¹⁾ Bei einer Verwendung gegenüber einem Verbraucher gelten nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB die §§ 305c Abs. 2, 306, 307-309 BGB auch bei der erstmaligen Verwendung.

71) BGHZ 126, 326, 332 = BGH NJW 1994, 2825, 2826; BGHZ 130, 50, 57 = BGH NJW 1995, 2034, 2035; BGHZ 183, 220, 224 Rn. 13 = BGH NJW 2001, 1277, 1278; Palandt/*Grüneberg* (Fn. 8), Überblick vor § 305 Rn. 8 m.w.N.

72) BGHZ 179, 319, 324 Rn. 13 = BGH NJW 2009, 1337, 1338.

73) BGHZ 133, 184, 187 f. = BGH NJW 1996, 2574, 2575.

74) BGHZ 104, 95, 98 f. = BGH NJW 1988, 1908, 1909.

75) BGHZ 141, 124, 126 = BGH NJW 1999, 1864; BGHZ 177, 253, 259 Rn. 18 = BGH NJW 2008, 3055, 3057; BGH NJW 2006, 2677.

76) BGHZ 141, 108, 109 = BGH NJW 1999, 2180, 2181; BGH NJW 2005, 2543, 2544.

77) BGHZ 148, 74, 77 = BGH NJW 2001, 2635, 2636; BGH NJW 1988, 410.

78) BGH NJW 1998, 1066, 1067.

79) BGH NJW 2002, 138, 139; 2004, 1454; BAGE 117, 155, 159 Rn. 20 = BAG NZA 2006, 746, 747.

80) Palandt/*Grüneberg* (Fn. 8), § 305 Rn. 9.

81) BGHZ 184, 259, 263 Rn. 10 = BGH NJW 2010, 1131; BGH NJW 2000, 2988, 2989.

(4) Nach § 305 Abs. 1 S. 3 BGB liegen AGB nicht vor, soweit sie im Einzelnen ausgehandelt sind; das Aushandeln ist das Gegenteil des Stellens i.S.d. § 305 Abs. 1 S. 1 BGB. Ein Aushandeln liegt vor, wenn der Verwender den gesetzesfremden Kerngehalt seiner Bedingungen ernstlich zur Disposition stellt; der Kunde muss tatsächlich auf den Inhalt der Bedingungen Einfluss nehmen können.⁸²⁾ Oft wird das zu einer Änderung des ursprünglichen Vertragsentwurfs führen. Ein Aushandeln kann aber auch gegeben sein, wenn es nach gründlicher Erörterung bei dem gestellten Text bleibt.⁸³⁾

b) Das Gesetz trägt dem partiellen Marktversagen Rechnung. Für den Kunden lohnt es sich regelmäßig nicht, Zeit und Geld zu investieren, um durch Verhandlungen eine Änderung des Entwurfs des Verwenders zu erreichen. Auch die Suche nach anderen Vertragspartnern ist oft unverhältnismäßig, was den Aufwand angeht.⁸⁴⁾ Obwohl die Vorschriften auch bei der Verwendung gegenüber Unternehmern gelten, liegt ihr Schwergewicht bei der Vereinbarung mit Verbrauchern; hierbei ist das Schutzniveau zu Gunsten des Verbrauchers in § 310 Abs. 3 BGB nochmals erhöht. Im Einzelnen lassen sich verschiedene Gruppen von Maßnahmen zur Sicherung des Verbrauchers unterscheiden.

c) AGB werden nur unter präzisen Voraussetzungen Vertragsinhalt. Nach § 305 Abs. 2 BGB ist Bedingung, dass der Kunde ausdrücklich auf die Klausel bzw. die Bedingungen hingewiesen wird, die Klauseln zur Kenntnis nehmen kann und mit deren Geltung einverstanden ist. Eine stillschweigende Unterwerfung durch den Verbraucher ist damit auch dann ausgeschlossen, wenn er hätte wissen müssen, dass der Partner seine AGB zugrundelegen will.⁸⁵⁾

d) Die nächste Korrektur bedient sich einiger Auslegungsregeln.

(1) So haben nach § 305b BGB Individualabreden Vorrang vor AGB. Das gilt auch und namentlich für Schriftformklauseln. Sie können nachträglich getroffene Einzelvereinbarungen nicht außer Kraft setzen. Demgemäß scheidet etwa die mündliche Vereinbarung, den Mietzins für Geschäftsräume zu senken, nicht an einer formularmäßig vereinbarten Schriftformklausel. Die mündliche Abrede geht trotz des Interesses des Verwenders vor, einem langfristig vereinbarten Vertrag nicht durch nachträgliche mündliche Abreden die Schriftform zu nehmen.⁸⁶⁾

(2) Überraschende Klauseln werden nach § 305c Abs. 1 BGB nicht Bestandteil des Vertrages. Das ist etwa der Fall, wenn der Kaufpreis ab einem Zeitpunkt verzinst werden soll, der vor dem Vertragsschluss liegt.⁸⁷⁾

(3) Schließlich gehen Zweifel zu Lasten des Verwenders; das bestimmt § 305c Abs. 2 BGB.

82) BGHZ 143, 103, 111 = BGH NJW 2000, 1110, 1111 f.; BGHZ 150, 299, 302 f. = BGH NJW 2002, 2388, 2389; BGH NJW 1988, 410; 1992, 1107 f.; 2005, 2543, 2544; 2010, 1131, 1132 f. Rn. 18.

83) BGHZ 143, 103, 112 = BGH NJW 2000, 1110, 1111 f.; BGH NJW 1988, 410.

84) MünchKomm/Basedow (Fn. 2), Vor § 305 Rn. 5.

85) Palandt/Grüneberg (Fn. 8), § 305 Rn. 25.

86) BGH NJW 2006, 138, 139.

87) BGH NJW 1986, 1805, 1806.

Die Klausel, dass die Mängelbeseitigung durch einen Fachbetrieb durchzuführen und der Verkäufer hiervon zu unterrichten sei, gestattet auch eine zeitlich nach der Nachbesserung liegende Information.⁸⁸⁾ § 305c Abs. 2 BGB kann auch zu einer kundenfeindlichen Auslegung führen, wenn diese Interpretation der Klausel zur Verwerfung der Abrede als nichtig führt. So ist eine vertragsmäßig vorgesehene Laufzeitverlängerung in einem Partnerschaftsvermittlungsvertrag unwirksam, wenn und soweit sie den Eindruck erweckt, sie erlaube keine Lösung vom Vertrag nach § 627 BGB, obwohl es um Dienste höherer Art geht.⁸⁹⁾ Auch eine Entgeltklausel einer Bank ist nichtig, wenn sie beim Kunden die Vorstellung verursachen kann, sie erlaube auch Forderungen für die Erbringung von Leistungen geltend zu machen, zu deren kostenlosen Erbringung die Bank verpflichtet ist.⁹⁰⁾

e) Der wichtigste Bereich des Verbraucherschutzes gegen AGB ist indes die Inhaltskontrolle. Neben dem schon erwähnten § 309 BGB enthält § 308 BGB Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit. Das Spezifikum liegt in der Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, wie etwa die unangemessen lange Frist in § 308 Nr. 1 BGB; die Feststellung der Nichtigkeit beinhaltet also eine richterliche Wertung.⁹¹⁾ Hauptinstrument der Inhaltskontrolle ist § 307 BGB. Er enthält zum einen nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB den Maßstab des dispositiven Rechts. Von den wesentlichen Grundgedanken dieses dispositiven Rechts darf nicht abgewichen werden. Ein Beispiel ist der Grundsatz, dass ein Schadensersatzanspruch regelmäßig Verschulden voraussetzt.⁹²⁾ Wesentliche Rechte und Pflichten, die aus der Natur des Vertrages folgen, so genannte Kardinalpflichten, dürfen zum anderen nach § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB nicht abbedungen werden. So kann die Pflicht zur ordnungsgemäßen Beratung durch ein Forschungslabor nicht durch AGB ausgeschlossen werden.⁹³⁾ Die Freizeichnung von sämtlichen Ansprüchen, die gegenüber dem Verwender bestehen, ist unwirksam, da sie auch Hauptpflichten umfasst, deren Nichteinhaltung den Vertragszweck gefährdet.⁹⁴⁾ Eine Spielbank kann nicht ihre Kardinalpflicht abdingen, die Einhaltung einer Spielsperre zu überwachen.⁹⁵⁾ Und schließlich regelt § 307 Abs. 1 S. 2 BGB das so genannte Transparenzgebot. Die Klausel, der Mieter müsse aufgelaufene Intervalle für Renovierungen anteilig entschädigen, ist für den Verbraucher nicht hinreichend klar und daher nichtig.⁹⁶⁾

f) Nach der Rechtsprechung und der h.M. ist die ganze Klausel nichtig, wenn sie teilweise gegen die §§ 307 ff. BGB verstößt; man spricht insoweit vom Verbot der geltungserhaltenden

88) BGH NJW 2007, 504, 505 f. Rn. 21 ff.

89) BGH NJW 1999, 276, 277 f.

90) BGH NJW 2009, 2051, 2052 f. Rn. 13 f.

91) Palandt/*Grüneberg* (Fn. 8), § 308 Rn. 1.

92) BGHZ 164, 196, 210 f.

93) BGH NJW 1993, 335.

94) BGH NJW-RR 2001, 342, 343.

95) BGHZ 174, 255, 258 Rn. 12 = BGH NJW 2008, 840, 841.

96) BGH NJW 2007, 1438 f. Rn. 17 f.

Reduktion.⁹⁷⁾ Die Gegenmeinung lehnt ein solches Verbot ab.⁹⁸⁾

(1) Begründet wird das im Wesentlichen mit zwei Argumenten. Der Kunde laufe Gefahr, angesichts des Wortlauts der Klausel seine Rechte nicht geltend zu machen; der Verwender könne so einen Anreiz erhalten, diese AGB aufzustellen, wenn er nur riskierte, dass sie im Prozess auf das gerade noch Zulässige reduziert werde.⁹⁹⁾ Zudem dürfe der Verwender nicht das Gericht dazu missbrauchen, den gesetzeskonformen Inhalt zu ermitteln.¹⁰⁰⁾

(2) Doch lässt die h.M. selbst Ausnahmen von der strengen Regel zu, die diese schlussendlich aushöhlen und das Ergebnis kaum berechenbar machen. Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion bei untypischen Fällen nicht anzuwenden¹⁰¹⁾ ist an sich selbstverständlich. Der BGH lässt aber eine weitere Ausnahme zu, wenn bei der Klausel der rechtswidrige Teil gestrichen werden kann und der angemessene Teil eine aus sich heraus verständliche Regelung bildet; nichtig ist dann nur der rechtswidrige Teil.¹⁰²⁾ So kann etwa die Abrede, ein Mieter habe eine Kautionsleistung zu leisten, im Übrigen aufrechterhalten werden, auch wenn die sofortige Fälligkeit der gesamten Kautionsleistung gegen § 551 Abs. 2 BGB verstößt.¹⁰³⁾ Schließlich bleibt aber auch nach h.M. die ergänzende Auslegung zulässig, um die durch die nichtige Klausel entstehende Lücke zu schließen. So sind bei Globalsicherheiten Freigabeklauseln unwirksam, die diese Freigabe ins Ermessen des Sicherungsnehmers stellen. Gleichwohl ist die Übereignung nicht unwirksam; an die Stelle der nichtigen Klausel ermittelt der BGH in ergänzender Auslegung einen ermessensunabhängigen Freigabeanspruch.¹⁰⁴⁾

IX. Zusammenfassung

1. Der Verbraucherschutz des Deutschen Bürgerlichen Rechts ist nach wie vor eher unsystematisch und partiell auch zufällig geregelt. Der Trend allerdings geht hier zu

97) BGHZ 84, 109, 115 f. = BGH NJW 1982, 2309, 2310; BGHZ 96, 18, 25 f. = BGH NJW 1986, 1610, 1612 f.; BGHZ 143, 103, 118 = BGH NJW 2000, 1110, 1113; BGHZ 146, 377, 385 = BGH NJW 2001, 1419, 1421; BGHZ 161, 189, 196 = BGH NJW 2005, 1275, 1277; BGHZ 183, 220, 225 Rn. 16 = BGH NJW 2010, 1277, 1278; BGH NJW 2011, 139, 141 Rn. 27; BGH NJW 2005, 1574, 1576.

98) MünchKomm/Basedow (Fn. 2), § 306 Rn. 12 ff.; J. Hager, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung von Rechtsgeschäften, 1983, S. 89 f.; ders. JuS 1985, 264 ff.; ders. JZ 1996, 175 ff.; ders. JR 1998, 419 ff.; Uffmann, Das Verbot der geltungserhaltenden Reduktion, 2010, 254 ff.

99) BGHZ 143, 103, 119 = BGH NJW 2000, 1110, 1113; Palandt/Grüneberg (Fn. 8), § 306 Rn. 6.

100) BGHZ 84, 109, 116 = BGH NJW 1982, 2309, 2310; BGHZ 143, 103, 119 = BGH NJW 2000, 1110, 1113 f.

101) BGH NJW 1993, 1133, 1135 (Ausschluss der ordentlichen Kündigung betrifft nicht die außerordentliche); 1994, 1798, 1799 (keine Verzinsung nicht mehr bestehender Ansprüche).

102) BGHZ 107, 185, 190 f. = BGH NJW 1989, 3215, 3216; BGHZ 136, 314, 322 = BGH NJW 1997, 3437, 3439; BGHZ 145, 203, 211 f. = BGH NJW 2001, 292, 294; BGH NJW 1999, 1108, 1109; 2006, 1059, 1060.

103) BGH NJW 2003, 2899 f. zu § 515b Abs. 1 S. 1 a.F. BGB, der inhaltlich der Neufassung entspricht.

104) BGHZ 137, 212, 221 f. = BGH NJW 1998, 671, 673.

zwingenden Regeln, die durch Information nicht kompensiert werden können.

2. Das Institut des Widerrufs und der Einwendungsdurchgriff haben sich im Großen und Ganzen als tauglich erwiesen.

3. Auch das Recht der AGB ist seit Jahren gängiges richterliches Instrumentarium, das sich – trotz mancher Schwächen im Detail – bewährt hat.