

# § 241a BGB und das Bereicherungsrecht – zum Begriff der „Bestellung“ im Schuldrecht –

Stephan Lorenz

## I. 100 Jahre danach: Neues im BGB

Über 100 Jahre nach Inkrafttreten des BGB schickt sich der Gesetzgeber an, Kernstücke der Kodifizierung neu zu fassen. Die Gründe sind vielschichtig: Einerseits werden mit langem Atem in Angriff genommene, dann aber zumindest auf legislatorischer Ebene schon fast in Vergessenheit geratene Projekte urplötzlich in die Tat umgesetzt, wie das – wenigstens in den Grundlagen – etwa bei der derzeit geplanten Umsetzung der Vorschläge der Schuldrechtskommission durch das Schuldrechtsreformgesetz der Fall ist. Andererseits zwingt die immer hektischere Tätigkeit des europäischen Gesetzgebers auf dem Gebiet des Zivilrechts den nationalen Gesetzgeber zu legislatorischen Reaktionen, die sich sinnvollerweise auf Dauer nicht auf Sondergesetze außerhalb des BGB beschränken können, will man nicht die Gesamtkodifikation des Bürgerlichen Rechts als das allgemeine, für jedermann geltende Privatrecht unüberschaubar machen. Vor diesem Hintergrund markiert das „Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro“ vom 30.6.2000<sup>1</sup> den Beginn eines im Ansatz begrüßenswerten Trends zur Reintegration bisher ausgelagerter Teile des sog. „Verbraucherschutzrechts“ in das BGB. Begrüßenswert ist diese eng mit der Frage der Eigenständigkeit des Verbraucherschutzrechts als einem „Sonderprivatrecht“ verbundene Tendenz nicht nur im Hinblick auf die Übersichtlichkeit des Bürgerlichen Rechts, sondern insbesondere im Hinblick auf die Notwendigkeit einer genaueren systematischen und rechtstechnischen Verzahnung mit den Mechanismen des BGB.<sup>2</sup> Ob dies auch bezüglich

---

<sup>1</sup> BGBl. 2000 I S. 897.

<sup>2</sup> Ein Beispiel für eine gelungene Einbettung ist die vom Gesetzgeber im Rahmen der Reintegration bzw. Bündelung der Verbraucherschützenden Widerrufsrechte in §§ 361a, 361b BGB zu Recht aufgegebene Konstruktion der „schwebenden Unwirksamkeit“ der Willenserklärung des Verbrauchers; zur Kritik hieran vgl. bereits *Medicus*, in: Gutachten

der neuen, insbesondere stilistisch umstrittenen Regelung<sup>3</sup> des § 241a BGB gelungen ist, soll Gegenstand der nachfolgenden Erörterungen sein. Nicht nur angesichts der Arbeitsgebiete des *Jubilars* drängt sich hier insbesondere die Frage der bereicherungsrechtlichen Bedeutung auf, die im Zentrum der folgenden Überlegungen stehen soll.

## II. Die Genese von § 241a BGB

### 1. Art. 9 der Fernabsatzrichtlinie

Die durch das genannte Gesetz v. 30.6.2000 leicht verspätet umgesetzte EG-Fernabsatzrichtlinie<sup>4</sup> enthielt in ihrem Art. 9 eine Regelung über „unbestellte Waren und Dienstleistungen“. Diese Regelung verpflichtete die Mitgliedstaaten, die erforderlichen Maßnahmen zu treffen, die mit einer Zahlungsaufforderung verbundene Zusendung unbestellter Waren bzw. unbestellte Erbringung von Dienstleistungen zu untersagen und den Verbraucher von jedweder Gegenleistung für den Fall zu befreien, daß unbestellte Waren geliefert oder unbestellte Dienstleistungen erbracht wurden, „wobei das Ausbleiben einer Reaktion nicht als Zustimmung gilt“.

### 2. Umsetzungsbedarf

Im Gegensatz zu den meisten anderen Regelungen der Fernabsatzrichtlinie ergab sich aus Art. 9 für das deutsche Recht zumindest auf den ersten Blick kein Umsetzungsbedarf: Die mit einer Zahlungsaufforderung versehene Versendung unbestellter Waren ist als sog. „reißerische Werbung“ im Regelfall bereits nach § 1 UWG unzulässig.<sup>5</sup> Angesichts der insoweit klaren wettbewerbsrechtlichen Rechtslage hat auch der Gesetzgeber keinerlei Umsetzungsbedarf gesehen.<sup>6</sup> Ebenso eindeutig waren die Rechtsfolgen in Bezug auf die

---

und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts, Bd. I (1981), S. 479, 526f. („eher fernliegend“); *Westermann*, in: Gutachten und Vorschläge, Bd. III (1983), S. 99; eingehend *S. Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag (1997), S. 55ff. Zu den Vorteilen der Neuregelung in zivilprozessualer Sicht vgl. *K. Schmidt* JuS 2000, 1096ff.; kritisch hingegen zuletzt *Mankowski* WM 2001, 793ff., 833ff.

<sup>3</sup> Am heftigsten wohl die Kritik von *Flume* ZIP 2000, 1427, 1428 („Wahrhaft ungeheuer“).

<sup>4</sup> Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, Abl. EG Nr. L 144 vom 4.6.1997, wiedergegeben u.a. in NJW 1998, 212.

<sup>5</sup> Vgl. etwa BGH NJW 1992, 3040; *Emmerich*, Recht des unlauteren Wettbewerbs, 5. Aufl. 1997, § 11/5.

<sup>6</sup> So ausdrücklich die Begr. des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 14/2658 S. 23.

Frage des Zustandekommens eines Vertrags: Daß aus der Zusendung als solcher keine *vertraglichen* Gegenleistungspflichten erwachsen, folgt bereits aus § 305 BGB, d.h. dem Erfordernis eines Vertragsschlusses zur Begründung eines rechtsgeschäftlichen Schuldverhältnisses. Daß das „Ausbleiben einer Reaktion“ nicht als Zustimmung zum Vertragsschluß gilt, ergibt sich, wenngleich nicht ausdrücklich kodifiziert, vollkommen unstreitig aus den Regelungen des Allgemeinen Teils des BGB. Es gilt – zumindest außerhalb des von der Richtlinie nicht berührten kaufmännischen Verkehrs – ganz unstreitig der Grundsatz „*qui tacet consentire non videtur*“.<sup>7</sup> Das geltende deutsche Recht kennt insbesondere auch dann keine Ablehnungspflicht des Empfängers, wenn der Absender einseitig erklärt, der Vertrag gelte bei Nichtablehnung innerhalb einer bestimmten Frist als geschlossen.<sup>8</sup> Die materielle Richtigkeit dieses Befundes findet auch rechtsvergleichend Bestätigung.<sup>9</sup> Da diese Rechtslage im deutschen Recht an Eindeutigkeit nichts zu wünschen übrig ließ, ergab sich auch im Hinblick auf das europarechtliche Gebot der Bestimmtheit des Rechtszustandes in Bezug auf die Regelungen der umzusetzenden Richtlinie<sup>10</sup> keinerlei legislatorischer Handlungsbedarf. Jedenfalls nicht in gleichem Maße eindeutig war dies in Bezug auf Folgeansprüche, die sich aus der Zusendung unbestellter Waren bzw. der Erbringung unbestellter Dienstleistungen im deutschen Recht ergeben. Wenngleich in den Einzelheiten umstritten, ergaben sich hier bisher im Grundsatz unstreitig Aufbewahrungs- und Rückgabepflichten des Empfängers sowie Nutzungsersatzansprüche des Absenders. Dies war der Grund einer gewissen Skepsis des Gesetzgebers in Bezug auf die von der Richtlinie vorgegebene Freistellung des Empfängers von „*jedweder*“

<sup>7</sup> Vgl. hierzu nur *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § 28 Rn. 47; zu den Fällen des sog. „beredten Schweigens“ vgl. *dens.* a.a.O. Rn. 48ff. sowie insbes. *Canaris*, FS Wilburg (1975), S. 77; aus der Rspr. vgl. zuletzt BGH NJW 1996, 919 m.w.N.

<sup>8</sup> Aus der Rspr. vgl. bereits RG LZ 1919, 966; zur davon nicht betroffenen Möglichkeit der Parteien, Erklärungsbedeutung des Schweigens zu vereinbaren, vgl. nur *Larenz/Wolf* a.a.O. (Fn. 7) Rn. 49; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage 1992, § 5, 2 a.

<sup>9</sup> Für das französische Recht vgl. schon *Cour d'appel Douai* v. 10. März 1874 D.P. 1874.2.153 sowie etwa *Ghestin*, *Traité de Droit Civil, Les Obligations, Le Contrat: Formation*, 2. Aufl. 1988 S. 308 m.w.N. Die *vente sans commande préalable* ist im übrigen in Frankreich durch Art. R. 635–2 des *Code pénal* unter Strafandrohung gestellt. Für das englische Recht vgl. *Treitel*, *Law of Contracts*, 10. Aufl. 1999, S. 30ff.; *Felthouse v. Bindley* (1862) 11 C.B. (N.S.) 869. Für das amerikanische Recht vgl. etwa *Calamari/Perillo*, *Contracts*, 4. Aufl. 1998 § 2–18; *Restatement, Contracts* § 72 (1) (b), *Restatement, Second, Contracts* § 69 (1) (b); für die europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung vgl. Art. 2.204 Abs. 2 „Principles of European Contract Law“ sowie Art. 2.6 Abs. 1 S. 2 der UNIDROIT-Principles of International Commercial Contracts.

<sup>10</sup> Vgl. dazu nur *Bleckmann*, *Europarecht*, 6. Aufl. 1997, Rn. 442f. m.w.N.

Gegenleistungspflicht: Zwar stellen gesetzliche Ansprüche des Absenders gegen den Empfänger auf Nutzungs- oder Schadensersatz, die sich bisher aus Bereicherungsrecht, Deliktsrecht oder den Regelungen über das Eigentümer-Besitzer-Verhältnis ergeben konnten<sup>11</sup>, im Sinne des deutschen Rechts keineswegs eine „Gegenleistung“ für die unbestellte Ware dar. Die gebotene autonome Auslegung dieses Begriffes im Rahmen von Art. 9 FARL kann aber durchaus weiter gehen, als der den §§ 320ff. BGB zugrundeliegende Begriff der Gegenleistung, zumal Art. 9 FARL vom Ausschluß „jedweder“ Gegenleistung spricht. Es erscheint vor diesem Hintergrund alles andere als ausgeschlossen, daß der Begriff auch gesetzliche Ansprüche auf Nutzungs- oder Schadensersatz erfaßt, die wirtschaftlich als Äquivalent für die Nutzung und insbesondere den Verbrauch der Sache und daher eine „Gegenleistung“ im weiteren Sinne darstellen.<sup>12</sup> Insofern erwies sich eine entsprechende Regelung des Gesetzgebers nicht ohne weiteres als unnötig.<sup>13</sup>

### III. Inhalt und Zweck der Regelung

#### 1. Der Ausschluß vertraglicher Ansprüche

Hat die Regelung hinsichtlich des Entstehens vertraglicher Ansprüche ausschließlich deklaratorischen Charakter, so schließt sie – anders als etwa das österreichische Pendant in Gestalt von § 864 Abs. 2 ABGB<sup>14</sup> und wohl auch das französische Recht in Art. L. 122-3 *Code de la Consommation*<sup>15</sup> – insbesondere nicht die auch bisher mögliche konkludente Annahme unter Verzicht auf deren Zugang (§ 151 S. 1 BGB) des in der Übersendung liegenden

<sup>11</sup> Vgl. dazu im Einzelnen nur *Schwung* JuS 1985, 449ff. m.w.N.

<sup>12</sup> Vgl. die Begr. des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 14/2658 S. 23.

<sup>13</sup> A.A. *Casper* ZIP 2000, 1602, 1609.

<sup>14</sup> „Das Behalten, Verwenden oder Verbrauchen einer Sache, die dem Empfänger ohne seine Veranlassung übersandt worden ist, gilt nicht als Annahme eines Antrages. Der Empfänger ist nicht verpflichtet, die Sache zu verwahren oder zurückzuleiten, er darf sich ihrer auch entledigen. Muß ihm jedoch nach den Umständen auffallen, daß die Sache irrtümlich an ihn gelangt ist, so hat er in angemessener Frist dies dem Absender mitzuteilen oder die Sache an den Absender zurückzuleiten.“ Die Regelung wurde im Jahre 1997 als „Vorwegumsetzung“ der damals in Entwurfsform vorliegenden Fernabsatzrichtlinie eingeführt.

<sup>15</sup> Danach hat im Falle einer „vente sans commande préalable“ der Unternehmer dem Verbraucher Zahlungen zurückzuerstatten, die dieser „sans engagement exprès et préalable“ geleistet hat. Bei der „Kodifizierung“ des Verbraucherschutzrechts im *Code de la consommation* handelt es sich um eine wenig vorbildhafte, im wesentlichen unsystematische bloße Zusammenstellung bisheriger Einzelgesetze unter einem gemeinsamen Titel, vgl. hierzu die zutreffende Kritik von *Witz/Wolter* ZEuP 1995, 35ff.

Vertragsangebots durch den Empfänger aus.<sup>16</sup> Die Gesetzesbegründung verweist insoweit lediglich auf die allgemeinen Grundsätze des Vertragsrechts, so daß nicht davon ausgegangen werden kann, daß von der bisher geltenden Rechtslage abgewichen werden sollte. Freilich wird man im Hinblick darauf, daß der Empfänger die Sache *de facto* „wie geschenkt“ nutzen und behalten darf, von einem solchen Willen nur in Ausnahmefällen ausgehen können. Bereits aus den allgemeinen Regeln der Beweislast ergibt sich, daß der entsprechende innere Tatbestand vom Absender nachgewiesen werden müßte. Weiter kommt es im Falle des Zugangsverzichts nach § 151 S. 1 BGB für die Frage nach Existenz und Inhalt einer Annahmeerklärung allein auf den inneren Willen des Erklärenden an. Maßgeblich ist insoweit nicht der objektive Empfängerhorizont (§ 157 BGB)<sup>17</sup>, sondern das Vorliegen eines „wirklichen Annahmewillens (§ 133 BGB)“.<sup>18</sup> Man wird deshalb insbesondere in der Nutzung oder der Weiterveräußerung der Sache nicht ohne weiteres eine konkludente Annahme der Offerte des Absenders sehen dürfen. Angesichts der Existenz der Vorschrift dürfte eher eine tatsächliche Vermutung für das Gegenteil sprechen. Sieht man mit dem BGH in der Annahme nach § 151 S. 1 BGB keine Willenserklärung, sondern eine Willensbetätigung<sup>19</sup>, die „vom Standpunkt eines unbeteiligten objektiven Dritten aufgrund aller äußerer Indizien“ auf einen solchen „wirklichen Annahmewillen“ schließen läßt, objektiviert man freilich wiederum die Betrachtungsweise und ist *de facto* nicht weit von den Auslegungskriterien einer empfangsbedürftigen Willenserklärung entfernt. Dann läge es in der Tat nahe, in der Nutzung/Weiterveräußerung der Sache eine Annahme i.S.v. § 151 S. 1 BGB zu sehen und den entgegenstehenden inneren Willen des Empfängers analog § 116 BGB als unbeachtlich anzusehen.<sup>20</sup> Die Problematik kann und

<sup>16</sup> So aber offensichtlich im österreichischen Recht vgl. etwa *Schwimann-Apathy*, ABGB Praxiskommentar, 2. Aufl. 1997, § 864 Rn. 7. Ähnliches wurde auch im anglo-amerikanischen Recht vertreten, s. hierzu die oben Fn. 9 zitierte Entscheidung *Felthouse v. Bindley*; dagegen ausdrücklich *Calamari/Perillo* a.a.O. (Fn. 9) § 2–18 (S. 81) sowie *Treitel* a.a.O. (Fn. 9) S. 30.

<sup>17</sup> Das übersieht *Casper* ZIP 2000, 1602, 1607 Fn. 44, wenn er in seinem Beispiel des Empfängers einer unbestellten Flasche Wein, der sich vergreift und diese versehentlich austrinkt, einen nach § 119 Abs. 1 BGB anfechtbaren Vertragsschluß annimmt. Vgl. hiergegen zutreffend die wohl h.M., vgl. etwa *Palandt/Heinrichs*, BGB, 60. Aufl. 2001, § 151 Rn. 2; *MünchKomm/Kramer*, BGB, 3. Aufl. 1993, § 151 Rn. 50; *Larenz*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 7. Aufl. 1989 § 28 I S. 533, der zutreffend darauf abstellt, daß in diesem Fall kein dem des § 116 BGB vergleichbarer Fall vorliege; weitere Nachweise bei *Repgen*, Abschied von der Willensbetätigung, AcP 200 (2000) S. 533 (544 Fn. 42).

<sup>18</sup> So wörtlich die st. Rspr., vgl. zuletzt BGH NJW 2000, 276, 277 m. ausf. Nachw. Aus der Literatur vgl. etwa *Larenz/Wolf* a.a.O. (Fn. 7) § 28 Rn. 15.

<sup>19</sup> Hiergegen im Ausgangspunkt zutreffend *Repgen* (Fn. 17) S. 533ff.

<sup>20</sup> Aus der Rspr. vgl. etwa BGH NJW-RR 1986, 415 (416); zust. *MünchKomm/Kramer* a.a.O.

muß hier nicht eingehend behandelt werden<sup>21</sup>, wird man doch in den von § 241a BGB erfaßten Fallgestaltungen gerade der Betrachtungsweise eines objektiven Dritten Rechtskenntnis unterstellen müssen, so daß selbst aus dieser Warte das Verhalten des Empfängers in einer unter § 241a BGB zu subsumierenden Fallgestaltung nicht auf einen „wirklichen Annahmewillen“ schließen läßt. Weiter sind die Gründe, wie sie etwa *Larenz* zutreffend für eine analoge Anwendung von § 116 BGB vorgebracht hat<sup>22</sup>, hier gerade wegen der von § 241a BGB angeordneten Rechtsfolge nicht einschlägig.

## 2. Der Ausschluß von Rückgewähransprüchen

### a) Wettbewerbsrecht mit bürgerlich-rechtlichen Sanktionen

Der Gesetzgeber ist allerdings noch einen Schritt weitergegangen. Er hat sich nicht etwa, wie von der Bundesregierung auf verfassungsrechtliche Bedenken des Bundesrats hin als mögliche Alternative vorgeschlagen<sup>23</sup>, in Anlehnung an § 864 Abs. 2 ABGB darauf beschränkt, den Empfänger von der Pflicht zur Verwahrung freizustellen und ihm ein Recht eingeräumt, sich der Sache zu entledigen<sup>24</sup>, sondern er hat eine generelle Freistellung von Ansprüchen angeordnet, indem er formulierte, daß „durch die Lieferung unbestellter Sachen oder durch die Erbringung unbestellter sonstiger Leistungen durch einen Unternehmer an einen Verbraucher ... ein Anspruch gegen diesen nicht begründet“ wird. Nach dem ausdrücklichen Willen des Gesetzgebers bezieht sich dieser Ausschluß jedweden Folgeanspruchs<sup>25</sup> auch auf Rückgabeansprü-

---

(Fn. 17) § 151 Rn. 50; ausf. Nachweise des Streitstandes bei *Repgen* (Fn. 17) S. 543.

<sup>21</sup> Eingehend zuletzt *Repgen* (Fn. 17), der sich zwar im Grundsatz zutreffend für die Willenserklärungstheorie ausspricht, bei der Frage des Anfechtungserfordernisses aber die Auslegungskriterien für nichtempfangsbedürftige Willenserklärungen nicht hinreichend berücksichtigt.

<sup>22</sup> *Larenz* a.a.O. (Fn. 17) § 28 I S. 533: Wer in Kenntnis der Sachlage eine Handlung vornehme, die ihm nur gestattet sei, wenn er das Vertragsangebot annehme, ohne den Willen zu haben, eine Annahme zu erklären, gleiche demjenigen, der eine Willenserklärung unter einem geheimen Vorbehalt abgebe.

<sup>23</sup> Gegenäußerung der Bundesregierung BT-Drucks. 14/2920 S. 5, 14; der Rechtsausschuß hat diesen Alternativvorschlag verworfen, Beschlußempfehlung BT-Drucks. 14/3195 S. 32.

<sup>24</sup> § 864 Abs. 2 ABGB (oben Fn. 14) schließt die Vindikation (§ 366 ABGB) nicht aus. Bis dahin darf der Empfänger die Sache zwar nutzen und auch verbrauchen, ohne daß vertragliche Ansprüche entstehen, jedoch hat er nach ganz h.M. für Ge- bzw. Verbrauch der Sache bereicherungsrechtlich Nutzungsersatz zu leisten, vgl. *Koziol*, Grundriß des bürgerlichen Rechts, Bd. I, 11. Aufl. 2000, S. 111f.; *Schwimmann-Apathy* a.a.O. (oben Fn. 16) § 864 ABGB Rn. 9, wo im Hinblick auf den weiten Gegenleistungsbegriff der Richtlinie (s.o. II. 2.) zu Recht an der Richtlinienkonformität der Regelung gezweifelt wird.

che des Absenders aus jedwedem Rechtsgrund, d.h. auch auf Bereicherungsansprüche sowie die Vindikation. Daß es dadurch i.d.R. zu einem dauernden Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz kommen wird<sup>26</sup>, wird ausdrücklich hingenommen. Die zahlreichen, bis in das Strafrecht hineinreichenden Folgeprobleme, die sich hieraus ergeben<sup>27</sup>, hat der Gesetzgeber wohl nicht bedacht. Als Begründung für diesen radikalen Schnitt wird dabei – rechtsvergleichend unter Hinweis auf eine entsprechende Regelung im portugiesischen Recht<sup>28</sup> – die „Angemessenheit“ einer solchen Rechtsfolge in Bezug auf das wettbewerbswidrige Verhalten des Absenders angeführt, wenn dieser einem Verbraucher bewußt unbestellte Leistungen aufdrängt.<sup>29</sup> Der Zweck der in Bezug auf die Richtlinienvorgabe überschießenden Regelung<sup>30</sup> ist damit die bürgerlich-rechtliche Sanktion wettbewerbswidriger Verhaltensweisen, wodurch der Gesetzgeber wettbewerbsrechtlichen Verhaltensgeboten größere Effektivität verschaffen will. Diese Intention findet sich auch an anderer Stelle der mit dem Fernabsatzgesetz eingeführten Neuregelungen in Gestalt von § 661a BGB.

Man mag die Sinnhaftigkeit dieser Regelung in Zweifel ziehen, jedoch bestehen gegen sie keine verfassungsrechtlichen Bedenken unter dem Gesichtspunkt von Art. 14 GG, wie sie der Bundesrat noch erwogen hatte.<sup>31</sup> Lediglich rechtspolitische oder gar stilistisch-ästhetische Zweifel berechtigen keinesfalls

---

<sup>25</sup> Selbstverständlich hat die Norm insoweit konstitutiven Charakter und beschränkt sich nicht auf die deklaratorische Aussage, daß solche Ansprüche nicht bestünden. Sie kann daher keineswegs, wie von *Flume* ZIP 2000, 1427, 1428 dargelegt, in ihrer Aussage „sachlich falsch“ sein, weil durch das Zusenden unbestellter Ware Ansprüche „sehr wohl begründet“ würden.

<sup>26</sup> In der Übersendung unbestellter Ware liegt i.d.R. kein unbedingtes Übereignungsangebot, der Absender erklärt ein solches lediglich unter der Bedingung der Zustimmung zum Verpflichtungsgeschäft bzw. der Erbringung der Gegenleistung.

<sup>27</sup> Vgl. hierzu nur *Riehm* JURA 2000, 512.

<sup>28</sup> Art. 14 des Gesetzesdekrets Nr. 272/87 v. 3.7.1987 über Haustür- und Fernabsatzgeschäfte verbietet die unbestellte Zusendung von Waren/Erbringung von Dienstleistungen, Art. 15 Nr.1 bestimmt, daß der Empfänger eines unbestellten Produkts dieses ohne Vertragsschluß weder bezahlen noch aufbewahren muß, sondern „a título gratuito“ behalten darf. Art. 15 Nr.2 gewährt dem Empfänger einen Kostenersatzanspruch im Falle der Rücksendung.

<sup>29</sup> So die Begr. des Regierungsentwurfs BT-Drucks.14/2658 S.46.

<sup>30</sup> Der Entwurf der Richtlinie aus dem Jahre 1993 (Abl. EG 1993 C 308/18) sah in Art.9 Abs.2 noch ein Recht des Verbrauchers vor, „über das Erzeugnis oder die Dienstleistung frei zu Verfügten, ohne dafür zahlen zu müssen, außer wenn es sich um einen offensichtlichen Irrtum handelt“.

<sup>31</sup> Es handelt sich um eine Inhalts- und Schrankenbestimmung i.S.v. Art. 14 I 2 GG, nicht um eine Legalenteignung. Verfassungsrechtliche Bedenken unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit, wie sie *Riehm* JURA 2000, 512f. andeutet (sachlich mit § 864 Abs.2

dazu, die Regelung – wie von *Flume* wütend gefordert – als „*pro non scripto*“ zu behandeln.<sup>32</sup> Angesichts des sowohl im Gesetzeswortlaut als auch in den Materialien unzweideutig zum Ausdruck kommenden Willens des Gesetzgebers sind auch Versuche einer teleologischen Reduktion der Norm mit dem Ziel der Aufrechterhaltung der Vindikation<sup>33</sup> von vorneherein zum Scheitern verurteilt. Mag die zivilrechtliche Sanktion von wettbewerbswidrigem Verhalten insbesondere auf dem Hintergrund der jahrelangen Diskussion um das Problem der „Folgeverträge“ auch neuartig erscheinen, weil sie ein Element der „Strafe“ beinhaltet, steht es doch ganz außer Zweifel, daß der Gesetzgeber – im Rahmen des verfassungsrechtlich Erlaubten – solche Sanktionen einführen kann und vorliegend auch einführen wollte.<sup>34</sup> Das gälte selbst dann, wenn dies – wie behauptet – bisherigen Prinzipien des BGB widersprechen sollte, denn auch diese stehen (im Rahmen der Verfassung) selbstverständlich zur Disposition des Gesetzgebers.<sup>35</sup>

b) *Der Präventionsgedanke als Fremdkörper im BGB?*

Aber auch die Behauptung, der Regelungsgehalt der Vorschrift widerspreche „anerkannten Prinzipien“ des BGB, ist schlechthin unrichtig. Weder ist der Präventions- oder der Sanktionsgedanke eine dem geltenden Zivilrecht bisher vollkommen fremde Komponente, noch ist die allgemein-zivilrechtliche Sanktion wettbewerbswidrigen Verhaltens eine legislatorische Neuheit.<sup>36</sup> Hinsichtlich des Präventionsgedankens kann etwa auf § 817 S. 2 BGB verwiesen werden<sup>37</sup>, bezüglich der individualvertragsrechtlichen Sanktion wettbewerbswidrigen Verhaltens ist auf § 13a UWG hinzuweisen.<sup>38</sup> Auch ist

---

ABGB übereinstimmender Alternativvorschlag der Bundesregierung (oben bei Fn. 23f.) als milderes Mittel, bestehen angesichts der Einschätzungsprärogative des Gesetzgebers nicht. Im Ergebnis wie hier *Schmidt-Räntsch* ZBB 2000, 344, 349.

<sup>32</sup> *Flume* ZIP 2000, 1427, 1429.

<sup>33</sup> So *Casper* ZIP 2000, 1602, 1606f.; nicht nachvollziehbar *Bülow/Artz* NJW 2000, 2049, 2056, wo ohne weitere Begründung dargelegt wird, daß die Vindikation „natürlich unberührt“ bleibe.

<sup>34</sup> In der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses BT-Drucks. 14/3195 S.32 ist ausdrücklich von einer der Vorschrift zugeordneten „Abschreckungswirkung“ die Rede.

<sup>35</sup> So aber die Argumentation von *Casper* a.a.O., der die von ihm vertretene teleologische Reduktion der Norm in bezug auf eine Aufrechterhaltung der Vindikation damit rechtfertigt, daß sich die erkennbare Regelungsabsicht des Gesetzgebers (Sanktionscharakter, Auseinanderfallen von Eigentum und Besitz) im Widerspruch zu „anerkannten Rechtsprinzipien“ des BGB stehe. Zutreffend hiergegen auch *Sosnitza* BB 2000, 2317, 2319f. (unzulässige offene Korrektur des parlamentarischen Gesetzgebers).

<sup>36</sup> Zutreffend verweist gerade im vorliegenden Zusammenhang *Sosnitza* BB 2000, 2317, 2321 u.A. auf § 817 S. 2 BGB und § 13a UWG.

<sup>37</sup> Zum Präventionsgedanken in § 817 BGB s. bereits Mot. II S. 850 i.V.m. S. 849, vgl. hierzu



rechtsfolgenbezogen die Situation eines dauernden Auseinanderfallens von Besitz und Eigentum weder als solche noch in Bezug auf den Präventionsgedanken eine dem BGB vollkommen fremde Konstellation. Abgesehen von dem im Gesetzgebungsverfahren bezuggenommenen, jedoch nicht mit dem Präventionsgedanken zusammenhängenden und praktisch wohl angesichts der 30-jährigen Frist weniger relevanten Fall der Verjährung der Vindikation<sup>39</sup> ist hier die von der Rechtsprechung<sup>40</sup> allerdings noch nicht rezipierte, in der Literatur aber vorherrschende Ansicht von Interesse, welche zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen gerade aus generalpräventiven Erwägungen den Kondiktionsausschluß des § 817 S. 2 BGB grundsätzlich auch auf die Vindikation ausdehnen will, weil dahinter ein allgemeines Prinzip der Rechtsschutzversagung zu sehen sei.<sup>41</sup> Vor diesem Hintergrund erweist sich ein Vindikationsausschluß durch § 241a BGB alles andere als systemfremd, vielmehr kann die Regelung rechtspolitisch wie dogmatisch als eine § 817 S. 2 BGB verwandte Norm aufgefaßt werden: Dem unlauter Handelnden wird der Rechtsschutz insgesamt versagt. Rechtspolitische Einwände sowie die

---

*Staudinger/W.Lorenz*, BGB, 14. Bearb. 1999, § 817 Rn. 5 a.E. sowie eingehend *Canaris*, FS Steindorff (1990) S. 519, 523f.; *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2: Besonderer Teil, 13. Aufl. 1994, § 68 III 3 a (S. 162f.). Zum allerdings erst in jüngerer Zeit insbesondere unter Einfluß der „ökonomischen Analyse“ vermehrt hervorgehobenen Präventionsgedanken im Deliktsrecht vgl. etwa *Kötz*, Deliktsrecht, 8. Aufl. 1998, Rn. 119ff.; *Koch* JZ 1999, 924, 927; *Schäfer/Ott*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 3. Aufl. 2000, S. 113ff.; zum Präventionsgedanken in § 6 AGBG s. *Canaris* a.a.O. S. 547; *Sosnitzka* BB 2000, 2317, 2321; zum Präventionsgedanken beim gesetzlichen Verzugszins s. zuletzt *Kindler*, Gesetzliche Zinsansprüche im Zivil- und Handelsrecht (1995), S. 172ff.; grundlegend *Basedow* ZHR 143 (1979), 317, 323 sowie Nr. 16 der Erwägungsgründe der EG-Richtlinie Nr. 2000/35/EG v. 29.6.2000, Abl. EG Nr. L 200 v. 8.8.2000.

<sup>38</sup> Wenngleich bei § 13a UWG weniger generalpräventive Erwägungen im Vordergrund standen, vgl. hierzu sowie zum offensichtlichen Versagen der Norm *S. Lorenz* (Fn. 2) S. 363ff.

<sup>39</sup> S. die Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 14/2658. Zur Verjährung der Vindikation s. (auch rechtsvergleichend) *Müller-Katzenburg* NJW 1999, 2551, 2557 m.w.N. *Sosnitzka* BB 2000, 2317, 2320 erwähnt zusätzlich die Problematik der Stellung des Vorbehaltskäufers nach Verjährung des Kaufpreisanspruchs, wo allerdings nach h.M. analog § 223 BGB dem Verkäufer/Eigentümer die Vindikation belassen wird.

<sup>40</sup> Die Rechtsprechung betont seit RGZ 145, 152ff. den Ausnahmecharakter von § 817 S. 2 BGB, der es verbiete, „ihr einen über das Bereicherungsrecht hinausreichenden allgemeinen Rechtsgedanken zu entnehmen und das Rückforderungsverbot auf andere als bereicherungsrechtliche Ansprüche auszudehnen“ (so zuletzt BGH NJW 1992, 310, 311 m.w.N.)

<sup>41</sup> S. nur *Staudinger/W. Lorenz* § 817 Rn. 14 m.w.N.; *Larenz/Canaris* a.a.O. (Fn. 37) § 68 III 3 e (S. 165f.); *Medicus*, Bürgerliches Recht, 18. Aufl. 1999, Rn. 697; a.A. etwa *MünchKomm/Lieb*, BGB, 3. Aufl. 1997, § 817 BGB Rn. 25.

kodifikatorisch-ästhetische Frage der Integration der Regelung in das BGB<sup>42</sup> sowie ihrer Stellung zwischen den Kardinalnormen der §§ 241 und 242 BGB<sup>43</sup> gehen insoweit an der Sache vorbei. Materiellrechtlich lehrt die Rechtsvergleichung, daß die Regelung nicht so exotisch ist, wie von manchen ihrer Kritikern behauptet. Neben dem bereits vom Gesetzgeber angeführten portugiesischen Recht<sup>44</sup> enthält etwa das englische Recht in Gestalt des *Unsolicited Goods and Services Act* bereits seit dem Jahre 1971 eine ähnliche Regelung: Nach Sec. 1 dieses Gesetzes darf der Empfänger (der übrigens nicht notwendig ein Verbraucher sein muß) unbestellte, zum Zwecke des Vertragsschlusses zugesandte Sachen unter Ausschluß jedes Folgeanspruchs nach einer bestimmten Frist „wie geschenkt“ („*as if they were an unconditional gift to him*“) behalten, wobei die Dauer der Frist durch eine förmliche Aufforderung zur Abholung von 6 Monaten auf 30 Tage abgekürzt werden kann.<sup>45</sup> Gleiches bzw. Ähnliches gilt im Recht Belgiens<sup>46</sup>, Dänemarks<sup>47</sup>, in bestimmten spanischen Foralrechten<sup>48</sup> sowie wohl auch im niederländischen Recht.<sup>49</sup> In Frankreich verpflichtet Art. 122-3 des *Code de la Consommation* den Absender im Falle einer „*vente sans commande préalable*“<sup>50</sup> zur Rückerstattung vom Empfänger geleisteter Zahlungen einschließlich Zinsen. Ob der Empfänger die zugesandte Ware ohne Bezahlung behalten darf, wird in der Literatur nicht einheitlich beurteilt.<sup>51</sup>

---

<sup>42</sup> Flume ZIP 2000, 1427, 1429; Casper ZIP 2000, 1602, 1606 („gehört in das UWG“).

<sup>43</sup> Vgl. neben Flume ZIP 2000, 1427ff. insbesondere Hensen ZIP 2000, 1151 („Nun duckt sich unser Goldstück, der § 242 BGB, ganz klein hinter den schrecklichen § 241a BGB“).

<sup>44</sup> Oben Fn. 28.

<sup>45</sup> Ähnlich die Regelung in Irland, s. Part IV Sec. 47 Sale of Goods Act 1980, vgl. hierzu sowie zum Folgenden auch den Länderbericht der EG-Kommission, in: Vorschlag für eine Richtlinie des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz vom 20.5.1992, Kom (92) 11 endg. – SYN 411, S. 26 - 70.

<sup>46</sup> Art. 76 des Gesetzes über die Handelspraktiken, Verbraucherinformation und Verbraucherschutz (*loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur*) v. 29.8.1991 verbietet grundsätzlich die Zusendung unbestellter Ware, der Empfänger muß die Ware weder bezahlen noch zurückgeben.

<sup>47</sup> Nach § 4 des Gesetzes über bestimmte mit Verbrauchern abgeschlossene Verträge (*Lov om visse forbrugeraftaler*) vom 23.12.1987 kann ein Verbraucher unaufgefordert zugesandte Ware unentgeltlich behalten, sofern es sich nicht um eine irrtümliche Zusendung handelt.

<sup>48</sup> Valencia: Art. 23 Abs. 4 des Gesetzes v. 29.12.1986.

<sup>49</sup> S. dazu den Länderbericht zum Richtlinienentwurf (oben Fn. 45) S. 61: Der Verbraucher hat die Wahl, die Ware auf Kosten des Unternehmers zurückzusenden oder kostenlos zu behalten.

<sup>50</sup> Zur strafrechtlichen Sanktion s. oben Fn. 9.

<sup>51</sup> Nach *Calais-Auloy/Steinmetz*, *Droit de la Consommation*, 4. Aufl. 1996, Rn. 498 ist der Empfänger bereicherungsrechtlich zwar nicht zur Rücksendung, wohl aber zur Herausgabe

#### IV. Bereicherungsrechtliche Bedeutung der Regelung

##### 1. Die Intention des Gesetzgebers

Die letztendlich Gesetz gewordene Fassung von § 241 a BGB wirft zahlreiche bereicherungsrechtliche Folgefragen auf. Eine Vielzahl dieser Fragen gehen auf den teilweise ungenauen Wortlaut der Regelung zurück. Nach dem bisher Dargelegten kann davon ausgegangen werden, daß es alleiniger Sinn der Regelung ist, den wettbewerbswidrigen Praktiken der Vertragsanbahnung durch die unbestellte Zusendung von Waren bzw. das unbestellte Erbringen sonstiger Leistungen durch den Ausschluß jedweden Folgeanspruchs entgegenzuwirken, ohne aber in sonstigen Fällen rechtsgrundloser Vermögensverschiebungen neues Recht zu schaffen. Dem Sanktionscharakter der Norm und dem damit verfolgten präventiven Zweck dient vornehmlich der Ausschluß der Vindikation.

##### 2. § 241 a BGB als Kondiktionsausschluß

Der Ausschluß der Vindikation wäre freilich für sich genommen nicht ausreichend, würde die Vorschrift nicht Herausgabe-, Nutzungs- und Schadensersatzansprüche auch aus anderen Rechtsgründen ausschließen. In Bezug auf Nutzungsersatzansprüche ist das Bereicherungsrecht von besonderer Bedeutung, da nach wohl h.M. der Empfänger bisher zumindest bis zu einem Abholversuch des Absenders als berechtigter Besitzer anzusehen war<sup>52</sup> und damit mangels Vindikationslage Nutzungsersatzansprüche nicht aus §§ 987 ff. BGB, sondern allein aus Bereicherungsrecht in Betracht kamen. Da die Regelung nunmehr die Kondiktion generell, d.h. sowohl in Bezug auf eine Rückgabe als auch in Bezug auf Nutzungsersatz ausschließen will, stellt sie bereicherungsrechtlich einen offensichtlich im Zusammenhang mit den §§ 814, 815, 817 BGB zu sehenden Spezialfall des Ausschlusses der (i.d.R. auf den geleisteten Besitz bezogenen) Kondiktion des Absenders dar.

---

verpflichtet. *Bénabent*, *Les contrats spéciaux*, 3. Aufl. 1997, Rn. 124 schließt hingegen aus Art. 122–3 C. cons. auf einen Wegfall der Herausgabepflicht. Die von *Dekeuwer-Défossez*, *Droit commercial*, 6. Aufl. 1999, Rn. 489 für die gleiche Aussage als „*jurisprudence bien assise*“ in Anspruch genommene Entscheidung der *Cour de Cassation* vom 14.4.1942, Sirey 1942.1.123 ist nicht einschlägig.

<sup>52</sup> *Staudinger/Gursky* (Neubearbeitung 1999), Vorbem. 15 §§ 987–993 BGB; *Palandt/Bassenge*, BGB, 60. Aufl. 2001, Vorbem. zu § 987 Rn. 6 (vor Herausgabeverweigerung bei Abholversuch); a.A. etwa *MünchKomm/Medicus*, BGB, 3. Aufl. 1997, Vorb. §§ 987–1003 Rn. 16 m.w.N.

a) Bereicherungsrechtliche Ausgangslage: *condictio indebiti* oder *condictio ob rem*?

Nach bisheriger Rechtslage waren bereicherungsrechtliche Ansprüche des Absenders infolge der Zusendung unbestellter Ware zum Zwecke des Vertragschlusses entweder als Leistungskondiktion in Form der *condictio indebiti* oder aber als Zweckverfehlungskondiktion (*condictio ob rem*) zu qualifizieren. Richtigerweise handelt es sich nicht um einen Fall der *condictio ob rem*, da es in der von § 241a BGB anvisierten Fallgestaltung an der hierfür erforderlichen einverständlichen Zwecksetzung der Leistung fehlt.<sup>53</sup> Diese setzt nämlich nicht nur voraus, daß der Empfänger die Erwartung des Leistenden (Zustandekommen eines Vertrages) kennt, sondern daß er darüber hinaus „durch die Annahme zu verstehen gibt, daß er die Zweckbestimmung billigt“.<sup>54</sup> Das ist in der hier interessierenden Fallgruppe aber i.d.R. schon deshalb nicht der Fall, weil der Empfänger die Zwecksetzung vor dem ihn unvorbereitet treffenden Empfang der Leistung gar nicht kennen kann. Nach a.A. sollte hingegen die bloße Kenntnis des Empfängers ausreichend sein, um einen Fall der *condictio ob rem* zu begründen.<sup>55</sup> Dieser, wegen der geringen praktischen Relevanz der Frage wohl nicht bis ins Letzte ausgefochtene Streit, war allein hinsichtlich der Konditionssperrungen von Bedeutung. Sofern man nämlich einen Fall der *condictio indebiti* bejaht, scheiterten Bereicherungsansprüche des Absenders bereits bisher an § 814 BGB, während man bei Annahme einer *condictio ob rem* erst im Falle von § 815 BGB, nicht aber bereits bei bloßer Kenntnis der Nichtschuld zu einem Kondiktionsausschluß kommt. Zwar hat man in den Fällen der Leistung auf formnichtige, aber heilbare Verträge<sup>56</sup> sowie in den Fällen der Leistung auf schwebend unwirksame Verträge<sup>57</sup> in der Erwartung der Heilung bzw. Genehmigung gerade zur Umgehung der Rechtsfolge des § 814 BGB einen Fall der *condictio ob rem* gesehen, jedoch unterscheiden sich diese Fälle von denjenigen der unbestellten Warensendung ganz entscheidend dadurch, daß die Zwecksetzung des Leistenden bereits vor bzw. mit Annahme der Leistung erkennbar ist und damit zumindest i.d.R. von einem mit der Annahme konkludent geäußerten Einverständnis mit der Zwecksetzung des Leistenden gesprochen werden kann. Damit wiederholt § 241a Abs. 1 und 2 BGB insoweit lediglich die Regelung des § 814 BGB für einen Spezialfall. Sofern man nicht § 814 BGB auf Fälle reduziert, in denen der Leistende definitiv wußte, daß die Schuld nicht entstehen wird<sup>58</sup>, hat die Regelung bereicherungsrechtlich nur deklaratorischen Charakter.

---

<sup>53</sup> Vgl. etwa Welker, Bereicherungsausgleich wegen Zweckverfehlung (1974), S. 106.

<sup>54</sup> BGHZ 44, 321, 323.

<sup>55</sup> So etwa Söllner AcP 163 (1963), S. 20, 35.

<sup>56</sup> So in den typischen „Unterverbriefungsfällen“, vgl. dazu nur BGH NJW 1980, 451 sowie Staudinger/W. Lorenz § 812 Rn. 110.

<sup>57</sup> Vgl. etwa BGHZ 65, 123, 126; Staudinger/W. Lorenz § 814 Rn. 8.

b) Das Verhältnis zu sonstigen Fällen der *condictio indebiti*

## aa) Das Problem: Verschärfung von §§ 814, 815 BGB?

Der begrenzte Zweck von § 241 a BGB, den geschilderten Absatzmethoden effektiv Einhalt zu gebieten, ohne aber im übrigen Eingriffe in die Mechanismen des Eigentümer-Besitzer-Verhältnisses und des Bereicherungsrechts vorzunehmen, kam in der vom Rechtsausschuß in letzter Minute geänderten Fassung des Regierungsentwurfs, die noch an eine Lieferung zum Zweck des Vertragsschlusses anknüpfte, noch sehr viel besser zum Ausdruck<sup>59</sup>: Damit waren sämtliche Fälle der Leistung auf eine vermeintlich bestehende (gesetzliche oder vertragliche) Leistungsverpflichtung vom Rückforderungsausschluß ausgenommen, weil sie nicht „zum Zwecke der Anbahnung eines Vertrages“ erfolgen. Nunmehr dient vornehmlich Abs. 2 der Regelung der Begrenzung des Regelungsgehalts auf den Normzweck. Danach sind gesetzliche Ansprüche nicht ausgeschlossen, wenn die Leistung nicht für den Empfänger bestimmt war („Irrläufer“) oder in der irrigen Vorstellung einer Bestellung (*condictio indebiti*) erfolgte und der Empfänger dies erkannt hat oder bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können (Abs. 2).<sup>60</sup> Man könnte versucht sein, in letzterem eine Erweiterung von § 814 BGB zu sehen. Danach ist nämlich eine Kondiktion erst dann ausgeschlossen, wenn der Leistende das Fehlen des Rechtsgrundes positiv kannte. § 241 a Abs. 2 BGB macht hingegen den Fortbestand der Kondiktion auch im Falle fehlender Kenntnis des Leistenden davon abhängig, daß der Empfänger den Irrläufer bzw. die Motivation des Leistenden kannte oder kennen mußte. Ratio dieser Regelung ist es offensichtlich, einerseits die irrtümliche Lieferung aufgrund einer vermeintlichen Bestellung nicht durch den Ausschluß von Folgeansprüchen zu „bestrafen“, andererseits aber dem Leistenden hierdurch keine Ausflüchte zu eröffnen, indem man ihm mit der häufig kaum widerlegbaren Behauptung, von einer Bestellung ausgegangen zu sein, den Ausweg aus dem Kondiktionsausschluß des § 814 BGB ermöglicht. Das ist zweifellos ein zu begrüßender Ansatz. Es stellt sich allerdings die Frage, ob diese Erweiterung von § 814 BGB (Kondiktionsausschluß auch in Fällen der Gutgläubigkeit des Absenders) auf die von § 241 a BGB anvisierten Fälle zu beschränken ist oder ob sie auch Auswirkungen auf sonstige Fälle der *condictio indebiti* in den Fällen nichtiger bzw. nichtzustandegekommener Verträge bzw. Fälle der *condictio ob rem* hat. Sieht man nämlich in dem „Normalfall“ einer rechtgrundlosen Leistung im Falle eines nichtigen oder nichtzustandegekommenen Vertrags eine

---

<sup>58</sup> Vgl. Staudinger/W. Lorenz § 814 Rn. 8; Welker a.a.O. (Fn. 53) S. 102f.

<sup>59</sup> Der Rechtsausschuß hielt diese Formulierung für „entbehrlich“, weil sie dazu angetan sei, die Aussage der Vorschrift „zu verwässern“ (BT-Drucks. 14/3195 S. 32).

<sup>60</sup> Die weitere Einschränkung in Abs. 3 für den Fall der Ersatzlieferung bleibt hier unberücksichtigt.

„unbestellte“, weil nicht geschuldete Leistung, wäre mit § 241a BGB eine wesentliche Verschärfung von § 814 BGB eingetreten.

*bb) Der Begriff der „Bestellung“*

*(1) Die Relevanz der Frage: Überschneidungsbereich von § 241a und §§ 814, 815 BGB*

Die Frage, ob im Falle der Leistung auf einen nichtigen Vertrag die Kondition des Leistenden über die vom Gesetzgeber durch § 241a BGB anvisierten Fälle hinaus nunmehr zusätzlich davon abhängt, daß der Leistungsempfänger den Leistungszweck des Leistenden bzw. das Fehlen des Rechtsgrundes kennt oder kennen muß, hängt eng mit dem Begriff der „Bestellung“ zusammen. Nur wenn dieser Begriff mit demjenigen des „rechtlichen Grundes“ in § 812 BGB gleichzusetzen ist, können sich Abgrenzungsprobleme ergeben. Zugespitzt lautet die Frage: Gibt es einen Überschneidungsbereich von § 241a und §§ 814, 815 BGB?

*(2) Historie des Begriffs in schuldrechtlichem Zusammenhang*

Der Begriff der „Bestellung“ ist ein Kind der jüngeren Verbraucherschutzgesetzgebung. Während das BGB bisher den Begriff nur in vollkommen anderem Zusammenhang, nämlich für die Übertragung eines Amtes (z.B. § 1789 BGB) oder die Einräumung beschränkter dinglicher Rechte (z.B. §§ 1032, 1139, 1196, 1205 BGB) kannte und im schuldrechtlichen Zusammenhang lediglich den Vertragspartner des Unternehmers im Werkvertrag als „Besteller“ bezeichnete, wurde er im hier interessierenden Kontext der Vertragsanbahnung erstmals in kollisionsrechtlichem Zusammenhang durch Art. 29 Abs. 1 Nr. 2, 3 EGBGB eingeführt. Im HWiG des Jahres 1986 findet sich der Begriff beim Ausschlußtatbestand des § 1 Abs. 2 Nr. 1, im BGB verwendet ihn der Gesetzgeber neben § 241a BGB noch in § 361a Abs. 2 S. 3 Halbs. 2 BGB. Im Diskussionsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz findet sich der Begriff im Zusammenhang mit der Umsetzung der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr („e-commerce-Richtlinie“) im vorgeschlagenen § 305b BGB n.F., der einige Verhaltens- und Aufklärungspflichten des im „e-commerce“ tätigen Unternehmers bei „elektronischen Bestellungen“ eines „Kunden“ enthält.<sup>61</sup>

---

<sup>61</sup> Mehr als fraglich ist freilich der Standort dieser Regelung im BGB, da die Verletzung dieser Verhaltensregeln gem. § 305b Abs. 5 des Entwurfs keinerlei Auswirkungen auf die Vertragswirksamkeit hat. Der Regierungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz enthält nunmehr in § 312e Abs. 1 eine Legaldefinition des Begriffes als Abgabe der „auf den Vertragsschluß gerichteten Willenserklärung“, s. BT-Druck. 14/6040 S. 14.

### (3) Kollisionsrechtlicher und europarechtlicher Begriff

Kollisionsrechtlich stellt der Begriff der Bestellung in Art. 29 Abs. 1 Nr. 2, 3 EGBGB ein ortsbezogenes Anknüpfungsmerkmal des internationalen Schuldvertragsrechts dar. Er dient der Sonderanknüpfung verbraucherschützender Normen des Landes, in welchem ein Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. In diesem Zusammenhang ist unter „Bestellung“ jede auf den Vertragsabschluß gerichtete Erklärung des Verbrauchers zu verstehen, gleichzeitig, ob sie materiellrechtlich als Abgabe oder Annahme eines verbindlichen Angebots oder als bloße *invitatio ad offerendum* anzusehen ist.<sup>62</sup> Für das materielle Recht dürfte diese für das Kollisionsrecht sicher zutreffende Definition allerdings nichts hergeben. Kollisionsrechtlich ist ein untechnischer Sammelbegriff gerade deshalb notwendig, um die Sonderanknüpfung nicht von den dogmatischen Feinheiten des jeweiligen auf den Vertragsschluß anwendbaren Rechts abhängig zu machen. Gleiches gilt für den in § 305b BGB-E i.d.F. des Diskussionsentwurfs zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz verwendeten, aus der „e-commerce-Richtlinie“ stammenden Begriff. Anders als Vorentwürfe der Richtlinie will die „e-commerce-Richtlinie“ den Vertragsschlußmechanismus selbst nicht regeln und verwendet daher zur Anknüpfung der Verhaltenspflichten zutreffend einen untechnischen Oberbegriff.

### (4) Haustürwiderrufsgesetz

Auch in § 1 Abs. 2 Nr. 1 HWiG verwendet das Gesetz den Begriff der „Bestellung“ im Zusammenhang mit dem Vertragsschluß, jedoch wird hierbei etwas gänzlich anderes bezeichnet: Als Ausschlußtatbestand für das Bestehen des Widerrufsrechts in der „Haustürsituation“ des § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG soll es gelten, wenn die Vertragsverhandlungen zwar in einer an sich zum Widerruf berechtigenden Situation geführt wurden, der ein Widerrufsrecht rechtfertigende typische Überrumpelungseffekt aber deshalb nicht vorliegt, weil die Vertragsverhandlungen auf vorhergehende „Bestellung“ des Verbrauchers geführt wurden. Dieser ist dann (in ebenfalls typisierter Betrachtungsweise) aus doppeltem Grund nicht schutzbedürftig: Einerseits wird er nicht unvorbereitet mit dem Ansinnen eines Vertragsschlusses konfrontiert, andererseits hat er die noch verbleibende Gefährdung seiner rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit selbst herbeigeführt und insoweit seine Interessen freiwillig selbst exponiert (Selbstgefährdung der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit).<sup>63</sup> Der Begriff der „Bestellung“ betrifft damit in diesem Zusammenhang keinerlei rechtsgeschäftliches Handeln des Verbrauchers, sondern die an den anderen Teil ergehende tatsächliche Aufforderung zu mündlichen Ver-

<sup>62</sup> S. nur MünchKomm/Martiny, 3. Aufl. 1998, Bd. 10: IPR, Art. 29 EGBGB Rn. 25; Soergel v. Hoffmann, BGB, 12. Aufl. 1996, Art. 29 EGBGB Rn. 22.

<sup>63</sup> Vgl. hierzu S. Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, 1997, S. 163ff.

tragsverhandlungen in einer der von § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG erfaßten Situationen. Es handelt sich also – ähnlich wie etwa bei der rechtfertigenden Einwilligung im Deliktsrecht – nicht um eine rechtsgeschäftliche Erklärung oder eine geschäftsähnliche Handlung<sup>64</sup>, sondern um eine Gestattung tatsächlicher Handlungen.<sup>65</sup> Von Interesse ist allerdings, daß – wie die Rechtsprechung bald erkannt hat – zur Vermeidung von Umgehungen bestimmte Anforderungen an die Freiwilligkeit dieser „Bestellung“ zu stellen sind, so daß im Falle einer vom Vertragspartner zur Umgehung des Widerrufsrechts „provokierten“ Bestellung der Ausschlußtatbestand nicht greift.<sup>66</sup>

(5) „Bestellung“ i.S.v. § 361a BGB

In wiederum anderem Zusammenhang wird der Begriff „Bestellung“ in § 361a Abs. 2 S. 3 BGB verwendet. Dort bezeichnet er im Zusammenhang mit der Frage der Möglichkeit, einem Verbraucher für den Fall der Ausübung eines Widerrufsrechts die Kosten der Rücksendung der Ware aufzuerlegen, die vertragsgemäß gelieferte Ware, d.h. den bzw. die Vertragsgegenstände. Für den vorliegenden Zusammenhang ist diese – übrigens in hohem Maße unpräzise<sup>67</sup> – Verwendung des Begriffs „Bestellung“ ohne jeden Belang.

(6) „Bestellung“ i.S.v. § 241a BGB

Nach seiner oben dargelegten *ratio* will § 241a BGB lediglich bestimmten wettbewerbswidrigen Praktiken der Vertragsanbahnung auf der Ebene des allgemeinen Zivilrechts entgegenwirken, nicht aber allgemein-bereicherungsrechtlich „neues Recht“ schaffen. Der Begriff der „Bestellung“ ist daher vor dem Hintergrund des Wettbewerbsrechts zu verstehen. Danach liegt die Zusendung „unbestellter Ware“ dann vor, wenn die Zusendung ohne Veranlassung durch den Empfänger erfolgt. „Bestellung“ ist damit die tatsächliche Aufforderung zur Zusendung der Ware/Erbringung der Leistung bzw. die Vereinbarung der Zusendung der Ware/Erbringung der Leistung. Der Begriff beinhaltet keinerlei rechtsgeschäftliches Element.<sup>68</sup> Damit liegt etwa bei der Zusendung einer von einem Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäfts-

<sup>64</sup> So aber MünchKomm/Ulmer, BGB, 3. Aufl. 1995, § 1 HWiG Rn. 38; Palandt/Putzo, 59. Aufl. 2000, § 1 HWiG Rn. 17.

<sup>65</sup> Zur rechtfertigenden Einwilligung im Deliktsrecht vgl. BGHZ 29, 33, 36 m.w.N.

<sup>66</sup> Aus der Rspr. des BGH vgl. etwa BGHZ 109, 127; 110, 308; BGH NJW 1994, 3351 ff.

<sup>67</sup> So läßt sich weder dem Wortlaut noch der Begründung der erst im Vermittlungsverfahren eingefügten Regelung entnehmen, ob sich der genannte Wert der „Bestellung“ etwa beim gleichzeitigen Bezug mehrere Gegenstände auf den Gesamtwert der Lieferung oder die jeweiligen Einzelgegenstände bezieht. Nach der Genese der Regelung, welche einem möglichen Mißbrauch des Widerrufsrechts im Versandbuchhandel begegnen sollte, wird man wohl auf den jeweiligen Einzelwert abzustellen haben.



fähigen „bestellten“ Ware bzw. der Erbringung einer von diesem „bestellten“ Dienstleistung oder in anderen Fällen der anfänglichen oder nachträglichen Vertragsunwirksamkeit kein Fall des § 241 a BGB vor, wenn nur die Zusendung/ Leistungserbringung mit dem *tatsächlichen Willen* des Empfängers erfolgte. Damit bedarf es in diesen Fällen zur Aufrechterhaltung gesetzlicher Ansprüche auch nicht der – gegenüber § 814 BGB wegen des Erfordernisses der Erkennbarkeit strengeren – Regelung des § 241 a Abs. 2 BGB. Auch eine nicht geschuldete Ware bzw. sonstige und damit rechtsgrundlos erbrachte Leistung kann somit i.S.v. § 241 a BGB „bestellt“ sein, wenn nur eine tatsächliche Aufforderung zu ihrer Zusendung bzw. Erbringung vorlag. So ist etwa denkbar, daß ein Verbraucher sich – nicht mehr als eine *invitatio ad offerendum* aussprechend – eine Ware „zur Ansicht“ zusenden läßt.<sup>69</sup> Daß umgekehrt auch eine wirklich geschuldete Leistung „unbestellt“ erfolgen kann, ist demgegenüber unschädlich, weil ohnehin ein *vertraglicher* Anspruch des Absenders besteht, der durch § 241 a Abs. 1 BGB nicht ausgeschlossen ist: Er wird nicht „durch die Lieferung“, sondern durch einen (vorher abgeschlossenen) Vertrag begründet. Problematisch bleibt allein der nach dem Wortlaut der Vorschrift mitumfaßte, praktisch aber wohl kaum relevante Fall der unaufgeforderten Zusendung/Leistungserbringung aufgrund eines unerkannt nichtigen bzw. später angefochtenen und damit *ex tunc*-nichtigen Vertrags. Nimmt man § 241 a BGB in diesem Fall wörtlich, so würde sich aus § 241 a Abs. 2 BGB eine vom Gesetzgeber nicht beabsichtigte Verschärfung des allgemeinen Bereicherungsrechts ergeben. Man wird hier im Wege einer teleologischen Reduktion zur Nichtanwendbarkeit der Regelung kommen können. Insbesondere hier zeigt sich der Vorteil der dogmatisch wie stilistisch wesentlich genaueren, vom Rechtsausschuß aber verworfenen früheren Entwurfsfassung der Regelung<sup>70</sup>: Durch die Anknüpfung an die Zusendung/Leistungserbringung „zum Zwecke der Anbahnung eines Vertrags“ wären mögliche Mißverständnisse bereits tatbestandlich vermieden worden, die in Abs. 2 Gesetz gewordenen, kompliziert formulierten Ausnahmetatbestände hätten sich erübrigt.

Mit dieser rein tatsächlichen Bedeutung des Begriffs der „Bestellung“ in § 241 a BGB hat dieser, wenngleich der Zusammenhang ein anderer ist, eine große Nähe zu dem in § 1 Abs. 2 Nr. 1 HWiG verwendeten Begriff der „vorhergehenden Bestellung“. Obwohl kein Rechtsgeschäft, wird man auch im Zusammenhang mit § 241 a BGB gewisse Anforderungen an die Freiwilligkeit der

---

<sup>68</sup> Unrichtig Casper ZIP 2000, 1602, 1604, der als „Bestellung“ i.S.v. § 241 a BGB das „Angebot auf Abschluß eines obligatorischen Verpflichtungsgeschäfts durch einen Verbraucher“ sowie „den auf die Leistungserbringung gerichteten Vertrag“ versteht. Zur gleichlautenden Legaldefinition im Regierungsentwurf zur Schuldrechtsmodernisierung s.o. Fn. 61.

<sup>69</sup> Zu eng daher Casper ZIP 2000, 1602, 1604, wonach eine Leistungserbringung „unbestellt“ ist, wenn hiermit erst die Vertragsofferte verbunden ist.

<sup>70</sup> S. dazu oben bei Fn. 59.

„Bestellung“ stellen müssen und Fälle „provozierter Bestellungen“ miteinbeziehen müssen. Dabei kann ohne weiteres auf die diesbezügliche Rechtsprechung zu § 1 Abs. 2 Nr. 1 HWiG zurückgegriffen werden.

c) § 241 a BGB als Erweiterung von § 817 S. 2 BGB

Aus dem bisher Gesagten ergibt sich folgendes: § 241a BGB schafft bereicherungsrechtlich für den Fall der Vertragsanbahnung durch Zusendung unbestellter Waren bzw. die Erbringung sonstiger Leistungen nur gegenüber § 815 BGB „neues Recht“. Zugleich ist die Regelung in Bezug auf konkurrierende Ansprüche dogmatisch als eine konsequente Erweiterung von § 817 S. 2 BGB zu sehen: Im Mittelpunkt steht der Präventionsgedanke, der sämtliche konkurrierende Ansprüche erfaßt.

V. Bereicherungsrechtliche Folgeprobleme des Vindikationsausschlusses: Weiterveräußerung durch den Empfänger

Diente das bisher Gesagte der dogmatischen Einordnung und Begrenzung der Regelung in der Konsequenz einer klar ermittelbaren gesetzgeberischen Intention, so stellen sich in der Folge des Vindikationsausschlusses sachenrechtliche und bereicherungsrechtliche Folgeprobleme, die der Gesetzgeber zumindest ausweislich der Materialien nicht bedacht haben dürfte. So stellt sich insbesondere die Frage, ob der Absender bei Weiterveräußerung der Sache durch den Empfänger gegen diesen Ansprüche auf Erlösherausgabe aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB herleiten kann. In der Konsequenz des Ausschlusses der Vindikation<sup>71</sup> wird man dies verneinen müssen, wenn man den Charakter von § 816 Abs. 1 S. 1 BGB als Vindikationsersatz betont.<sup>72</sup> Das ist freilich zumindest nach dem Wortlaut der Regelung nicht zwingend.<sup>73</sup> Man wird es sich keinesfalls so einfach machen können, dieses Problem in der Weise zu umgehen, daß man in der Weiterveräußerung stets eine konkludente Annahme des Vertragsangebots sieht.<sup>74</sup> Richtigerweise wird man aufgrund von § 241a Abs. 1 BGB bereits eine (gesetzliche) Berechtigung des Empfängers/

<sup>71</sup> Inkonsequent daher Casper ZIP 2000, 1602, 1608, der zwar eine Vindikationsmöglichkeit bejaht, aber Ansprüche aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB offensichtlich für ausgeschlossen hält.

<sup>72</sup> So Riehm JURA 2000, 505, 512.

<sup>73</sup> A.A. etwa Sosnitza BB 2000, 2317, 2322, wonach § 241a BGB dem Verbraucher nur ein persönliches Nutzungsrecht einräumen wolle und die Funktion von § 241a BGB, einen Ausgleich für den Einbruch des Absenders in die Privatsphäre zu schaffen, andernfalls überschritten werde.

<sup>74</sup> So aber Casper ZIP 2000, 1602, 1608, der auch hier die Auslegungsregeln im Rahmen einer allein in Betracht kommenden Annahme nach § 151 S. 1 BGB verkennt, s. dazu oben bei Fn. 17.

Weiterveräußerers nicht nur zum Besitz der Sache, sondern auch zur Verfügung über diese annehmen müssen<sup>75</sup>, womit ein Anspruch aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB bereits tatbestandlich ausgeschlossen ist. Das hat den weiteren Vorteil, daß der Erwerb durch Dritte dann nicht von deren Gutgläubigkeit abhängt und damit auch gegenüber ihnen eine Vindikation des Absenders in jedem Fall<sup>76</sup> ausgeschlossen ist. Im Falle unentgeltlicher Weiterveräußerung ist damit auch ein Anspruch gegen den Erwerber aus § 822 BGB ausgeschlossen. Nur dies entspricht der vom Gesetzgeber ausdrücklich für „angemessen“ erachteten Lage, daß die Regelung „im Ergebnis auf eine Schenkung hinausläuft“<sup>77</sup>, wobei der Gesetzgeber hier wohl nicht das Trennungsprinzip in Erwägung gezogen und nur an eine schuldrechtliche Position gedacht haben dürfte, sondern – wie im Falle einer Handschenkung (§ 516 BGB) – trotz der dauerhaften Trennung von Eigentum und Besitz den wirtschaftlichen Effekt einer schenkweisen Übereignung erreichen wollte.<sup>78</sup> Diese aber berechtigt nicht nur zur Selbstnutzung, sondern zum beliebigen Umgang mit der Sache (§ 903 BGB). Nur die volle Verfügungsbefugnis des Empfängers entspricht auch dem ausdrücklich beabsichtigten Präventivcharakter der Regelung.<sup>79</sup> Da im übrigen § 241 a BGB ganz unzweifelhaft dem Empfänger gegenüber dem Absender/Eigentümer ein (gesetzliches) Recht zum Besitz i.S.v. § 986 BGB einräumt, wäre auch bei einer dinglich gescheiterten Weiterveräußerung der Sache eine Vindikation des Eigentümers gegenüber dem Besitzer wegen der bis zu ihm reichenden Besitzrechtskette nach § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB ausgeschlossen, so daß auch bei Verneinung einer Veräußerungsbefugnis ein

---

<sup>75</sup> Auch dies übersieht Casper ZIP 2000, 1602, 1608, der offenbar Verfügungsberechtigung mit Eigentum gleichsetzt.

<sup>76</sup> Überträgt der Empfänger nur den unmittelbaren Besitz an der Sache, indem er sie etwa verleiht, so ist eine Vindikation gegenüber dem unmittelbaren Besitzer nach § 986 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB ausgeschlossen, da § 241 a Abs. 1 BGB den Empfänger gegenüber dem Absender (dauerhaft) zum Besitz berechtigt.

<sup>77</sup> So die Begründung des Regierungsentwurfs BT-Drucks. 14/2658 S. 46 im Zusammenhang mit der als Vorbild genommenen Regelung des portugiesischen Rechts (o. Fn. 28).

<sup>78</sup> Dafür sprechen übrigens auch die vom Gesetzgeber rechtsvergleichend herangezogenen Vorbilder: Da sowohl das englische als auch das portugiesische Recht sachenrechtlich dem Traditions- bzw. Konsensprinzip folgen und daher durch die Fiktion einer Schenkung auch zur dinglichen Vollberechtigung des Empfängers gelangen, stellt sich dort das Problem der Divergenz von Eigentum und Besitz nicht.

<sup>79</sup> A.A. Sosnitzer BB 2000, 2317, 2322, der insoweit zu Unrecht einen kompensativen Charakter der Regelung unterstellt: Bei „wertender Betrachtung“ sehe § 241 a BGB eine Freistellung des Empfängers von Ansprüchen des Versenders lediglich als *Ausgleich* für einen Einbruch in die Privatsphäre des Verbrauchers vor. Es gehe daher über das Ziel eines solchen Ausgleichs hinaus, wenn man dem Empfänger zusätzlich die Befugnis zur Weiterveräußerung einräume.

Herausgabeanspruch des Absenders gegenüber dem Dritten nicht in Betracht kommt.<sup>80</sup>

#### VI. Inhaltsleeres Eigentum: § 241a BGB als gesetzlicher Erwerbstatbestand?

Aus dem Dargelegten sowie aus weiteren Folgen des in § 241a BGB angeordneten Ausschlusses in Bezug auf das Deliktsrecht, aber auch auf das Strafrecht<sup>81</sup> ergibt sich in der Tat, daß vom Eigentum des Absenders nicht mehr als eine „leere Hülle“ zurückbleibt, die mit der in § 903 BGB beschriebenen Rechtsposition nichts mehr gemein hat.<sup>82</sup> Da auch ein Erwerb durch Ersitzung (§ 937 BGB) mangels gutgläubigen Eigenbesitzes zumindest i.d.R. nicht in Betracht kommt, ist vorgeschlagen worden, § 241a Abs. 1 BGB als einen gesetzlichen Eigentumserwerbstatbestand aufzufassen. Dies wäre rechtspolitisch zweifelsohne konsequent und – wie dargelegt – auch rechtsvergleichend zumindest nicht singulär, widerspricht aber der eindeutigen Inkaufnahme der Situation des dauernden Auseinanderfallens von Besitz und Eigentum durch den Gesetzgeber, der offensichtlich nicht den Mut zu einem solchen Radikalschritt hatte. Nicht überzeugen kann dabei das Wortlautargument aus Art. 16 Abs. 2 WG bzw. Art. 21 ScheckG (gutgläubiger Erwerb von Wechsel und Scheck).<sup>83</sup> Zwar trifft es zu, daß im Wortlaut dieser Regelungen nur vom Verlust eines Herausgabeanspruchs die Rede ist, dennoch aber nach ganz einhelliger Ansicht ein Fall des (gutgläubigen) Eigentumserwerbs vorliegt.<sup>84</sup> Diese terminologische Divergenz ist jedoch allein auf den staatsvertraglichen Charakter dieser Rechtsnormen zurückzuführen und daher im Zusammenhang mit § 241a BGB in keiner Weise argumentativ verwertbar. Der Absender verliert damit Eigentum erst durch die Weiterveräußerung der Sache durch den Empfänger an einen Dritten. Auf diese Weise kann sich übrigens der Empfänger auch mittelbar im Zusammenspiel mit Dritten selbst Eigentum verschaffen: Da er – obwohl Nichteigentümer – als Berechtigter verfügt, würde ihm eine Rückübereignung rechtsgeschäftlich Eigentum verschaffen. Die Einwände, die bei der Verfügung eines Nichtberechtigten gegen einen Rückerwerb vom gutgläubigen Erwerber (zutreffend) vorgebracht werden<sup>85</sup>, sind im Zusammenhang mit § 241a BGB wegen der Verfügungsbe-

<sup>80</sup> Dies übersieht *Sosnizza* a.a.O. S. 2322f.

<sup>81</sup> So muß § 241a Abs. 1 BGB etwa bei Zerstörung/Beschädigung der Sache durch den Empfänger fraglos sowohl zivilrechtlich als auch strafrechtlich als Rechtfertigungsgrund angesehen werden.

<sup>82</sup> So zutreffend *Riehm* JURA 2000, 505, 512.

<sup>83</sup> *Riehm* JURA 2000, 505, 512.

<sup>84</sup> S. nur *Baumbach/Hefermehl*, Wechselgesetz und Scheckgesetz, 21. Aufl. 1999, Art. 16 WG Rn. 8.

rechti gung und der „Quasi-Eigentü m erstellung“ des Empf ä ngers nicht einschlä g i g. Der Erwerb w ä re gegenü ber dem Absender auch kondiktionsfest: Unabh ä ngig von der Frage des „Vorrangs“ der Leistungsbeziehung zum rü ckü bereignenden Dritten<sup>86</sup> w ä re selbst bei Zugrundelegung einer Nichtleistungskondiktion der Erwerb jedenfalls nicht „auf Kosten“ des Absenders erfolgt, weil diesem aufgrund von § 241 a BGB die Sache nicht mehr wirtschaftlich „zugewiesen“ ist.<sup>87</sup>

## VII. Zusammenfassung und Ausblick

1. Die Beurteilung der Regelung des § 241 a BGB leidet an einer Vermengung rechtspolitischer und kodifikatorisch-systematischer bzw. ä sthetischer Fragen. Dies verdunkelt den Blick auf Regelungsgehalt und Konsequenzen der Regelung.
2. Das Anliegen des Gesetzgebers, bestimmten bisher nur wettbewerbsrechtlich unzul ä ssigen Praktiken durch allgemein-zivilrechtliche Sanktionen effektiver präventiv zu begegnen, ist uneingeschr ä nkt zu begrü ß en und rechtsvergleichend in keiner Weise ungew ö hnlich.
3. Bereicherungsrechtlich kann § 241 a BGB als eine § 817 S.2 BGB verwandte Regelung mit ü berwiegendem Präventionscharakter angesehen werden.
4. Der Begriff der „Bestellung“ ist im BGB nicht einheitlich belegt. Im Zusammenhang mit § 241 a BGB hat er keinerlei rechtsgeschäftlichen Charakter, sondern bezeichnet die tatsächliche Aufforderung zur Zusendung einer Ware bzw. der Erbringung einer Leistung. Nur so werden gesetzgeberisch unbeabsichtigte Folgen für das allgemeine Bereicherungsrecht au ß erhalb des Komplexes von § 241 a BGB vermieden.
5. Ob eine Norm wie § 241 a BGB kodifikatorisch in das BGB „gehört“ oder besser – etwa im Zusammenhang mit § 13 a UWG – im UWG aufgehoben w ä re, ist eine reine Geschmacksfrage ohne Auswirkung auf die Auslegung der Regelung. Der Systematik des BGB sind jedenfalls Normen mit Präventionscharakter seit jeher bekannt. Angesichts der zahlreichen betroffenen Rechtsbereiche ist es auch sinnvoll, die Regelung im Allgemeinen Teil des Schuldrechts zu verankern. Nur durch den *a limine*-Ausschluß jedweden Anspruchs

---

<sup>85</sup> S. dazu nur *Baur/Stürner*, Sachenrecht, 17. Aufl. 1999, § 52 D II Rn. 34 m.w.N.

<sup>86</sup> S. dazu nur *Staudinger/W. Lorenz* § 812 Rn. 36ff. m.w.N.

<sup>87</sup> Zum „Zuweisungsgehalt“ als tatbestandliche Eingrenzung im Bereich der Nichtleistungskondiktion vgl. etwa *Staudinger/W. Lorenz* § 812 Rn. 23 m.w.N.

werden „Tricksereien“ mit dogmatischen Feinheiten des BGB für diese Bereiche schlicht ausgeschaltet, ohne im übrigen in die feinen Mechanismen des Allgemeinen Teils bzw. des Schuldrechts einzugreifen. Ob dies ausgerechnet im Anschluß an § 241 BGB, die erste Norm des Schuldrechts, geschehen mußte, ist stilistisch in der Tat problematisch.

6. Ebenso wie bei § 661a BGB wird die prognostizierbar geringe Zahl von Anwendungsfällen in der gerichtlichen Praxis nicht etwa ein Beweis für ein „Mauerblümchendasein“ der Norm<sup>88</sup>, sondern ein solcher für ihre Effizienz sein. Es ist ein typisches Merkmal gelungener Präventionsnormen, ihre Existenzberechtigung durch die Entbehrlichkeit ihrer Anwendung zu beweisen. Das unterscheidet § 241a BGB von der hauptsächlich kompensatorischen Regelung des § 13a UWG.

7. Einwände gegen § 241a BGB bestehen weder in rechtspolitischer Sicht noch im Hinblick auf den kodifikatorischen Standort der Regelung. Die Tendenz, das „Verbraucherschutzrecht“ in das BGB zurückzuholen und so einen Schritt weg von einer Entwicklung zum „Sonderprivatrecht“ zu gehen, ist uneingeschränkt zu begrüßen. Ein großes Fragezeichen ist freilich hinter die „handwerklichen“ Fähigkeiten des Gesetzgebers, insbesondere seine Formulierungskunst zu stellen. Ein exakterer Umgang mit Begriffen und Formulierungen hätte eventuelle Mißverständnisse und dogmatische Unklarheiten vermeiden können und die Regelung auch stilistisch zwischen den Kardinalnormen der §§ 241, 242 BGB weniger abfallen lassen. Das aber ist weder die Schändung eines Kulturdenkmals<sup>89</sup> noch muß man deshalb gleich „heulen“.<sup>90</sup>

---

<sup>88</sup> Ein solches befürchtet *Sosnitza* BB 2000, 2317, 2323.

<sup>89</sup> So *Flume* ZIP 2000, 1427, 1429 insgesamt zu den Änderungen im BGB im Zusammenhang mit dem Fernabsatzgesetz.

<sup>90</sup> *Hensen* ZIP 2000, 1151.