

## **Stellungnahme**

zu Art. 26 des Entwurf eines Gesetzes  
zur Änderung des Rechts der Vertretung durch  
Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten

vorgelegt zur

Sachverständigenanhörung am 03. 06. 2002 vor dem

*Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages*

von

*Prof. Dr. Thomas Pfeiffer*

Direktor des

Instituts für ausländisches und internationales Privat- und Wirtschaftsrecht

der Universität Heidelberg

Augustinergasse 9

69117 Heidelberg

## **A. Vorbemerkung**

Nachdem die Heininger-Entscheidung des EuGH sowohl den Ausschluss des Widerrufsrechts bei Haustür(real-)krediten als auch seine Verfristung bei unzureichender Belehrung verworfen hat, hat zunächst der BGH in einer wohlbegründeten Entscheidung reagiert. Fast ebenso schnell handelt nun der Gesetzgeber, und zwar durch einen an das OLG-Vertretungsänderungsgesetz angefügten Art. 25. Dieser soll - was nach *Heininger* Zustimmung verdient - teilweise mit Rückwirkung versehen werden. Die Schnelligkeit dieser Initiative erfreut; doch wäre eine gründliche Diskussion geboten gewesen. Dazu trägt es sicher nicht bei, wenn der jetzige Vorschlag unter derart verdeckter Flagge in das BGB Eingang findet.

## **B. EG-rechtlicher Handlungsbedarf**

Kernstück der Vorschläge zu Art. 25 des OLG-Vertretungsänderungsgesetzes ist die Anpassung des BGB an die Anforderungen, die der Europäische Gerichtshof durch sein Urteil vom 13. Dezember 2001, Rs. C-481/99 – *Heininger* ./ Bayerische Hypo- und Vereinsbank AG, ausgesprochen hat. Damit sind zweierlei Vorgaben für den deutschen Gesetzgeber maßgebend:

Erstens muss klargestellt werden, dass ein Widerrufsrecht nach den Vorschriften zur Transformation der Haustürgeschäfte-Richtlinie 85/577/EWG auch in denjenigen Fällen besteht, die in den Anwendungsbereich der Verbraucherkreditrichtlinie 87/102/EWG fallen, und zwar auch dann, wenn es sich um einen grundpfandrechlich gesicherten Kredit handelt.

Zweitens muss beachtet werden, dass bei unterbliebener Belehrung nach Art. 4 der Richtlinie 85/577/EWG eine Befristung des Widerrufsrechts auf ein Jahr ab Vertragsschluss nicht den Anforderungen der Richtlinie entspricht.

Bei der Würdigung dieser Anforderungen für das deutsche Recht ist außerdem zu bedenken, dass für den Gesetzgeber das Gebot der transparenten Umsetzung gilt, damit – insbesondere im Bereich des Verbraucherrechts – der einzelne Verbraucher seine in der Richtlinie vorgesehenen Rechte dem nationalen Recht mit hinreichender Deutlichkeit entnehmen kann. Es genügt

deshalb zur Wahrung der Anforderung des EG-Rechts nicht, dass die Rechtsprechung im Wege der Analogie oder der korrigierenden Auslegung richtlinienkonforme Ergebnisse erzielt. Damit sind insbesondere § 312a BGB und § 355 Abs. 3 BGB in der bisherigen Fassung nicht mehr als europarechtskonform anzusehen. Der Gesetzgeber muss handeln.

Den hieraus erwachsenden Mindestanforderungen wird der vorliegende Gesetzentwurf gerecht, indem er vorsieht, dass die Regelungen des deutschen Rechts zum Widerruf von Haustürgeschäften (§ 312 BGB) nur dann durch andere verbraucherrechtliche Vorschriften verdrängt werden, wenn diese ihrerseits ein Widerrufsrecht vorsehen (Entwurf § 312a BGB-neu), und dass außerdem für sämtliche von § 355 Abs. 3 BGB erfassten Widerrufsrechte eine Verfristung bei unterbliebener ordnungsgemäßer Belehrung ausgeschlossen ist.

Jenseits der Erfüllung EG-rechtlicher Mindestanforderungen muss sich allerdings der vorliegende Entwurf nach seiner Überzeugungskraft unter Zugrundelegung der für die Qualität von Richtlinienumsetzungsrecht ausschlaggebenden Kriterien - d.h. nach seiner Umsetzungstransparenz und nach seiner widerspruchsfreien und rechtspolitisch stimmigen Einfügung in das deutsche Recht - befragen lassen. Dem dienen die nachfolgenden Ausführungen.

### **C. Konkretisierung der Aufgabenstellung für den deutschen Gesetzgeber und erste Kennzeichnung des vorliegenden Entwurfs**

Legt man die soeben genannten Kriterien zugrunde, so steht der Gesetzgeber vor zwei hauptsächlichen Aufgaben:

Einmal kommt es - im Hinblick auf das Gebot einer sinnvollen Ordnung des Gesetzes - darauf an, die Vorgabe des EuGH, dass die Richtlinien des Europäischen Verbrauchervertragsrechts nebeneinander gelten, in einer für den Rechtsanwender – und möglichst auch für den rechtsunterworfenen Verbraucher – transparenten (d.h. vor allem: verständlich geordneten) Weise in das deutsche Recht umzusetzen.

Zweitens ist (im Rahmen EG-rechtlicher Vorgaben) rechtspolitisch zu entscheiden, welche Reichweite im deutschen Recht dem durch den EuGH für Haustürgeschäfte ausgesprochenen Grundsatz zukommen soll, dass das Widerrufsrecht des Verbrauchers keinerlei Ausschlussfrist unterliegt, wenn dieser über das Widerrufsrecht nicht ordnungsgemäß belehrt wurde.

Zwischen beiden Fragen besteht überdies ein Zusammenhang: Ob bzw. in welchem Umfang das unbefristete Widerrufsrecht bei unzureichender Belehrung auch auf Fälle außerhalb von Haustürgeschäften erstreckt wird, hängt auch davon ab, in welcher Weise das Gesetz die verschiedenen Widerrufsrechte ordnet.

Vor diesem Hintergrund ist der vorliegende Entwurf dadurch gekennzeichnet, dass er

- erstens zwar - wie schon sub. A dargestellt - den Vorgaben der Heiningers-Entscheidung des EuGH genügt,
- zweitens jedoch eine Ordnung der Widerrufsrechte vorsieht, die nicht nur dem „Geist“ der EG-rechtlichen Vorgaben widerspricht, sondern zu einer in hohem Maße intransparenten Gestaltung des Gesetzes führt, und
- drittens die Geltung eines unbefristeten Widerrufsrechts bei nicht ordnungsgemäßer Belehrung in einer auch durch Belange des Verbraucherschutzes nicht gebotenen Weise ausdehnt.

Im Einzelnen:

## **D. Unbefristetes Widerrufsrecht in allen Fällen unzureichender Belehrung**

### **I. Einwände gegen den Entwurf**

In formeller Hinsicht ist zunächst festzustellen: Der vorgeschlagene § 355 Abs. 3 S. 3 BGB hat die Gestalt einer gesetzlichen Ausnahme, wohingegen die gesetzestechnisch als Grundfall anzusehende Höchstfrist nur noch ausnahmsweise (bei Verletzung bestimmter Informationspflichten) eingreift.

Zur Verständlichkeit des Gesetzes trägt das nicht bei. Schwerer wiegen aber inhaltliche Einwände:

Die jetzt in § 355 Abs. 3 BGB vorgeschlagene Regelung gibt dem Verbraucher – jedenfalls dem bloßen Wortlaut des Gesetzes nach – in den Fällen unterbliebener Belehrung das Recht, einen Vertrag unbefristet zu widerrufen. Diese Regelung soll – unabhängig vom Widerrufsgrund – für sämtliche Widerrufsrechte gelten. Eine Vorschrift, die eine Nachholung der Widerrufsbelehrung vorsieht, findet sich nur zur Abmilderung der vorgesehenen Rückwirkung dieser Regelungen in Art. 229 § 8 Abs. 2 EGBGB.

Eine solche Ausgestaltung ist abzulehnen. Sie führt zu einer weder EG-rechtlich noch durch die Anforderungen des Verbraucherschutzes noch durch das Konzept der Einheitlichkeit des Widerrufsrechts gebotenen Rechtsunsicherheit.

1. EG-rechtlich wurde in der Heininger-Entscheidung die unbefristete Geltung des Widerrufsrechts nur im Anwendungsbereich der Haustürgeschäfte-Richtlinie 85/577/EWG gefordert. In der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG ordnet demgegenüber deren Art. 6 Abs. 1 Unterabs. 3 an, dass im Falle der fehlenden Widerrufsbelehrung eine Frist von drei Monaten gilt. Eine vergleichbare Anordnung besteht im Anwendungsbereich der Time-Sharing-Richtlinie 94/47 EG nach deren Art. 5 Nr. 1 Spiegelstr. 2 und 3.

Ungeklärt ist die Rechtslage im Anwendungsbereich der Verbraucherkreditrichtlinie 87/102/EG. Durch diese ist ein Widerrufsrecht nicht ausdrücklich angeordnet. Vielmehr findet es lediglich insoweit Erwähnung, als der Verbraucher nach Art. 4 Abs. 3 dieser Richtlinie i.V.m. ihrem Anhang Nr. 1 vii, Nr. 2 iii, Nr. 3 iii und Nr. 4 iv über eine etwaige Bedenkzeit zu unterrichten ist. Danach ist der nationale Gesetzgeber frei, ob er überhaupt ein Widerrufsrecht, wie es im deutschen Recht angeordnet ist, vorsieht. Daraus könnte geschlossen werden, dass der deutsche Gesetzgeber,

wenn er zur Schaffung eines Widerrufsrechts gar nicht verpflichtet ist, umso mehr frei sein muss, dieses nach seinem Ermessen auszugestalten, wenn er ein solches kraft autonomer Entscheidung ein solches. Ginge man hiervon aus, so wäre der deutsche Gesetzgeber auch bei Verbraucherdarlehensverträgen grundsätzlich frei, eine für den Fall unterbliebener Belehrung über das Widerrufsrecht geltende Höchstfrist für die Ausübung des Widerrufsrechts vorzusehen.

Letztlich abgesichert ist dieses Ergebnis aber nicht. Wie bereits angesprochen, ist nämlich der Gesetzgeber nach der besagten Richtlinie zwar frei, über die Schaffung eines Widerrufsrechts zu entscheiden. Wenn aber das nationale Gesetz ein solches Widerrufsrecht vorsieht, ist eine Belehrung des Verbrauchers hierüber nach der Verbraucherkreditrichtlinie bindend vorgegeben. Insofern besteht hinsichtlich des Erfordernisses einer Widerrufsbelehrung gerade keine Freiheit. Hinzu kommt, dass der EuGH in anderem Zusammenhang den Standpunkt vertreten hat, wenn der nationale Gesetzgeber sich in Umsetzung einer Richtlinie für eine bestimmte Ausgestaltung entscheide, müsse diese hinreichend effektiv sein (etwa Urteil vom 8.11.1990, Rs.-C 177/88, Slg. 1990, I-3941 – Decker ./ VJV-Centrum). Überträgt man dies auf die vorliegende Problematik, so könnte man argumentieren: Wenn sich der deutsche Gesetzgeber in Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie für ein Widerrufsrecht entscheidet und im Falle einer solchen Entscheidung nach der Richtlinie eine Belehrungspflicht zu schaffen hat, muss diese hinreichend effektiv ausgestaltet werden. Dies könnte eine Höchstfrist – soweit sie nicht in der Richtlinie selbst angeordnet ist – bei fehlender Belehrung verbieten. Für eine solche Deutung des EG-Rechts spricht zudem der Befund, dass die Schlussanträge des Generalanwalts Tizano vom 18.4.2002 in der Rechtssache C-473/00 (Cofidis ./ Fredout) die unbefristete Geltung von Verbraucherrechten als allgemeines Prinzip ansehen. Da Ausnahmen von Rechten, die durch das EG-Richtlinienrecht Verbrauchern eingeräumt werden, nach ständiger Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs restriktiv auszulegen sind, sprechen trotz der Freiheit des deutschen Gesetzgebers hinsichtlich der Schaffung eines Widerrufsrechts bei Verbraucherkrediten gewichtige Gründe für eine

Übertragung des Gedankens der unbefristeten Widerrufsmöglichkeit bei unterbliebener Belehrung auf den Bereich des Verbraucherkreditrechts. Im Ergebnis dürfte wohl am ehesten die Feststellung zutreffen, dass die EG-rechtliche Rechtslage insoweit unsicher ist.

Zusammenfassend ist zu den EG-rechtlichen Vorgaben damit festzustellen, dass die Maßgabe, eine unzureichende Widerrufsbelehrung müsse ein unbefristetes Widerrufsrecht auslösen, sich auf das Fernabsatzrecht und auf Teilzeitwohnrechteverträge nicht übertragen lässt, wohingegen bei Verbraucherkrediten die Rechtslage unklar erscheint. Andererseits ist (wie nur zur Klarstellung erwähnt wird) der Gesetzgeber nicht daran gehindert, über die Mindestanforderungen des EG-Rechts hinauszugehen.

2. Allerdings führt die flächendeckende Einräumung eines unbefristeten Widerrufsrecht bei unzureichender Belehrung, wenn keine einschränkenden Flankierungen vorgenommen werden, zu wertungssystematisch nicht überzeugenden Ergebnissen. Sie bewirkt nämlich - wenn man nicht mit Hilfsfiguren wie der Verwirkung arbeiten will -, dass ein bereits zur Zufriedenheit beider Seiten durchgeführter Vertrag nach vollständiger Durchführung noch widerrufen werden kann, wenn sich eine Seite hierdurch plötzlich einen wirtschaftlichen Vorteil verspricht. Dies gilt sogar für einen nach Jahren erfolgenden Widerruf durch Erben oder Erbeserben. Ein legitimes Bedürfnis für eine derart weitreichende, zeitlich unbegrenzte und - vor allem - nachträglich auch nicht mehr effektiv begrenzbar Rechtsposition ist nicht erkennbar.

Allerdings führt der EuGH in der Heininger-Entscheidung aus, der Anbieter verdiene keinen Schutz, denn er könne ja ordnungsgemäß belehren. Dies trifft zu, doch ist zu berücksichtigen, dass aufgrund menschlicher Unvollkommenheit auch belehrungswillige Anbieter die weitreichenden Folgen eines unbefristeten Widerrufsrechts zu tragen haben, wenn die gebotene Belehrung – gleichwohl aus welchem Grund – misslingt. Demgegenüber soll der Verbraucher nach dem vorliegenden Entwurf selbst dann geschützt werden, wenn ein (einsichtiger) Unternehmer die erkanntermaßen unzureichende Belehrung nachholen will.

Denn zwar schließt § 355 Abs. 2 BGB schon nach jetziger Fassung eine nachträgliche Belehrung keineswegs aus. Jedoch setzt eine wirksame Belehrung nach Abs. 2 S. 2 eine gesonderte Unterschrift durch den Verbraucher voraus. Diese wird der Unternehmer/Kreditgeber kaum je erlangen können, da der Verbraucher keinerlei Anlass hat, die ihm nachträglich angesonnene Unterschrift zu leisten. Ob man in solchen Fällen mit dem Gedanken des Rechtsmissbrauchs (§ 242 BGB) arbeiten kann, erscheint unsicher.

Wenn also der Gesetzgeber im Interesse der Einheitlichkeit des Widerrufsrechts an dem Vorschlag einer Erstreckung des „Heininger-Prinzips“ der unbefristeten Geltung dieses Rechts bei unzureichender Belehrung festhalten will, sollte er wenigstens eine (praktisch auch durchführbare) Möglichkeit schaffen, diese Belehrung nachzuholen.

## **II. Regelung zur Nachholung der Widerrufsbelehrung**

1. Eine Regelung zur Nachholung der Widerrufsbelehrung ist EG-rechtlich zulässig. Die Heininger-Entscheidung sagt nur, dass bei unzureichende Belehrung ein unbefristetes Widerrufsrecht bestehen muss, wohingegen ein Verbot, die Belehrung ordnungsgemäß nachzuholen, nicht erkennbar ist. Zwar ordnet Art. 4 Satz 3 der Haustürgeschäfte-RL 85/577/EWG an, dass die Belehrung dem Verbraucher zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. der Abgabe eines bindenden Angebots durch den Verbraucher auszuhändigen ist. Hieran kann jedoch auch bei Einräumung einer Nachholungsmöglichkeit festgehalten werden. Denn Art. 4 der Richtlinie ordnet im Hinblick auf etwaige Rechtsfolgen der unzureichenden Belehrung nur vor, dass die Mitgliedstaaten geeignete Maßnahmen zum Schutz der Verbraucher vorsehen. Auch soweit eine Nachholungsmöglichkeit besteht, bleibt eine zum Schutz der Verbraucher geeignete Maßnahme nämlich wirksam Sie liegt - wie nach der Heininger-Entscheidung erforderlich - darin, die Widerrufsfrist nicht beginnen zu lassen, solange eine Belehrung nicht erfolgt ist.

2. Dass eine solche nachträgliche Belehrung grundsätzlich in Betracht kommt, zeigt auch die vorgeschlagene Übergangsregelung in Art. 229 § 8 Abs. 2



EGBGB. Ebenso geht aus dieser Vorschrift das Bedürfnis für eine gesonderte Regelung zum nachträglichen Widerruf hervor, soweit man diesen ermöglichen möchte.

3. Für die Verallgemeinerung dieser vorgeschlagenen Übergangsvorschrift sprechen vor allem folgende Gesichtspunkte: Wenn der Gesetzgeber sich für eine Ausdehnung des unbefristeten Widerrufsrechts über den Bereich der Haustürgeschäfte hinaus entscheidet, aber auch bei Beschränkung auf diese, sollte er berücksichtigen, dass die unbefristete Geltung dem Verbraucher aus den bereits angesprochenen Gründen ein gewichtiges Schädigungs- und Drohpotential gegenüber dem Unternehmer/Kreditgeber verschafft und damit zugleich ein erhebliches Maß an Rechtsunsicherheit in das Vertragsverhältnis hineinträgt. Deshalb sollte die Geltung der unbefristeten Widerrufsmöglichkeit nicht weiter reichen, als dies aus Gründen des Verbraucherschutzes geboten ist.

Mit anderen Worten sollte der Gesetzgeber auch gegenüber dem Unternehmer/Kreditgeber das Verhältnismäßigkeitsprinzip wahren. Das bedeutet:

Grund für die unbefristete Geltung des Widerrufsrechts bei unzureichender Belehrung ist die mangelnde Information des Verbrauchers über dasselbe. Dieser Gesichtspunkt greift nicht mehr, wenn der Verbraucher durch eine nachträgliche Belehrung hinreichend informiert ist. Bleibt ihm selbst bei hinreichender Information ein unbeschränktes Widerrufsrecht, so wird ihm das angesprochene „Drohpotential“ gegenüber seinem Vertragspartner eingeräumt, ohne dass es hierfür einen inneren Grund nicht gibt. Dies sollte unterbleiben.

Unabhängig von der sonstigen Ausgestaltung der Rechtslage ist daher folgende Regelung vorzuschlagen, die beispielsweise als § 355 Abs. 4 BGB eingefügt werden könnte:

*„Wird eine versäumte oder unzureichende Widerrufsbelehrung nachgeholt, ist § 355 Abs. 2 Satz 2 nicht anwendbar.“*

4. Man könnte versucht sein, gegen diesen Vorschlag einzuwenden, er bevorzuge den zu spät belehrenden Anbieter gegenüber dem gesetzestreuem, indem er jenem ermögliche, ohne den besonderen Aufmerksamkeitseffekt, den die besondere Unterschrift hervorruft, zu belehren. Ein solcher Einwand greift aber nicht durch, denn

- erstens muss der Unternehmer die nachträgliche Belehrung, wenn der Verbraucher sie nicht unterschreibt, wegen der den Belehrenden treffenden Beweislast anderweitig dokumentieren und wird daher die Belehrung in der Regel ohnehin per Einschreiben mit Rückschein versenden; dies dürfte einen ausreichenden Aufmerksamkeitseffekt sichern oder diesen - wegen der zeitlichen Distanz zum Vertragsschluss - sogar noch verstärken (diese Form der Zustellung könnte man erforderlichenfalls auch vorschreiben);
- zweitens darf angesichts des praktisch bestehenden Erfordernisses dreier Unterschriften (Vertrag, Widerrufsbelehrung und gesondertes Empfangsbekanntnis für den Erhalt diverser Unterlagen usw.) der Aufmerksamkeitseffekt der gesonderten Unterschrift ohnehin nicht überbewertet werden;
- drittens führt die Verlängerung des Widerrufsrechts bei verspäteter Belehrung für den Unternehmer/Kreditgeber zu so gravierenden Nachteilen, dass mit einem Ausweichen in die verspätete Widerrufsbelehrung nicht zu rechnen ist;
- viertens können die Verbraucherverbände gegen zielgerichtete verspätete Belehrungen mit der Unterlassungsklage nach dem UKlaG vorgehen.

Der vorgeschlagenen Regelung lässt sich damit der Einwand, er bevorzuge den verspätet belehrenden Unternehmer/Kreditgeber, nicht entgegenhalten.

### **III. Beibehaltung der derzeitigen Rechtslage bei Fernabsatzverträgen**

Rechtspolitisch muss ferner erwogen werden, eine auf Fernabsatzverträge beschränkte absolute Höchstfrist von sechs Monaten beizubehalten. Eine solche Regelung ginge immer noch deutlich zugunsten der Verbraucher über

die in der Fernabsatzrichtlinie enthaltenen Vorgaben des EG-Rechts hinaus. Eine solche Regelung würde jedoch berücksichtigen, dass einerseits der Legitimationsgrund für den Widerruf bei Fernabsatzgeschäften ohnehin eher schwach ist und andererseits ein später Widerruf den Anbieter gerade beim Warenabsatz besonders hart trifft.

Besonderheiten einzelner Widerrufsrechte werden bislang - mit Rücksicht auf die Einheitlichkeit der Widerrufsregeln der §§ 355 ff. BGB - im Zusammenhang mit den verschiedenen Widerrufsgründen geregelt. Der richtige Ort für eine besondere Regelung zum Fernabsatz wäre daher eine Ergänzung des § 312d BGB durch einen Abs. 5, der lauten könnte:

*„§ 355 Abs. 3 Satz 3 findet keine Anwendung.“*

## **E. Nachrang des „Haustür-Widerrufs“ oder Konkurrenz der Widerrufsrechte**

### **I. Mögliche Grundmodelle**

Die zweite Grundfrage des Entwurfs liegt darin, wie das Verhältnis der verschiedenen Widerrufsrechte, die nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nebeneinander gelten, im deutschen Recht zu fassen ist. Hierfür kommen der Struktur nach zwei Modelle in Betracht:

Erstens könnte man das in der Heiningen-Entscheidung (ebenso wie bereits zuvor in der Travelvac-Entscheidung) des EuGH ausgesprochene Prinzip, dass die Regelungen der verschiedenen Richtlinien des Verbrauchervertragsrechts nebeneinander gelten, auch für Widerrufsrechte in das deutsche Recht übernehmen. Dies würde insbesondere dazu führen, dass die verschiedenen Widerrufsrechte des Verbraucherrechts konkurrierend gelten.

Zweitens kann man eine Hierarchie der Widerrufsrechte vorsehen. Mit EG-rechtlichen Anforderungen ist dies solange vereinbar, wie sichergestellt ist, dass etwaige Einschränkungen, die nur für eines der Widerrufsrechte gelten, dann nicht zur Anwendung kommen, wenn zugleich die Voraussetzungen

eines anderen und nach diesem Konzept nachrangigen Widerrufsrechts vorliegen. Dieses zweite Konzept liegt dem vorliegenden Entwurf zugrunde.

Zwischen diesen beiden Grundmodellen (unter Einschluss etwaiger Zwischenlösungen) kann der deutsche Umsetzungsgesetzgeber wählen.

## **II. Problem**

EG-rechtlich gelten die verschiedenen Regelungskomplexe des Verbraucherrechts (insbesondere Haustürgeschäfte, Verbraucherkreditrecht, Teilzeitwohnrechte und Fernabsatzgeschäfte) grundsätzlich nach Maßgabe ihrer Anwendungsvoraussetzungen nebeneinander. Vorderhand liegt die Einschätzung nahe, dass dieser strukturellen Vorgabe einfacher und besser genügt werden kann, wenn sie schlicht in das deutsche Recht übernommen wird. Hiervon geht auch das BGB hinsichtlich der jeweils bestehenden Informationspflichten aus; lediglich für Widerrufsrechte soll nach dem Entwurf auch zukünftig etwas anderes gelten, nämlich eine Hierarchie der Widerrufsrechte statt deren Konkurrenz.

Das Kernproblem des vorliegenden Entwurfs liegt mithin darin, dass er im deutschen Recht eine Struktur beibehält, die von derjenigen des zugrunde liegenden EG-Rechts abweicht. Bislang vermeidet das BGB die Konkurrenz verschiedener Widerrufsrechte, weil diese zu einem Nebeneinander von Rechten und Pflichten und damit zu einem Übersichtlichkeitsproblem führt. Ein solches Nebeneinander ist aber jetzt EG-rechtlich vorgegeben. Der Entwurf versucht, die Übernahme dieses Nebeneinanders zu vermeiden, indem er - insbesondere im Bereich des Immobiliarkredits - mit einer Fülle neuer Querverweise und bereichsspezifischer Ausnahme- und Einschränkungsregelungen arbeitet (insbesondere Entwurf §§ 492 Abs. 1a, 497 Abs. 4, 498 Abs. 3, 506 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 BGB).

Damit wird aber das jetzt ohnehin unvermeidliche Maß an Unübersichtlichkeit noch erhöht. Die nunmehr zu befürchtenden Verluste an Ordnung und Transparenz sollten nur hingenommen werden, wenn hierfür triftige Gründe bestehen. Das ist aber nicht der Fall. Vielmehr führt die im

Entwurf vorgeschlagene Lösung zu gewichtigen Nachteilen, die bei einer Konkurrenz der Widerrufsrechte vermieden werden könnten.

### **III. Nachteile der Konzeption des Entwurfs**

1. Der vorliegende Entwurf versucht insbesondere, die für den Widerruf von Haustürgeschäften oder von Fernabsatzgeschäften geltenden Maßgaben, sofern ein Verbraucherkredit/Abzahlungskauf vorliegt, mit den Vorschriften des Verbraucherkreditrechts zu verwirklichen. Das hat zur Folge, dass nur für Haustürgeschäfte oder den Fernabsatz bestimmte Maßgaben auch bei der Ausgestaltung des Verbraucherkreditrechts beachtet werden müssen. Im vorliegenden Entwurf äußert sich dies beispielsweise darin, dass dieser die nur auf Haustürgeschäfte gemünzten Aussagen der Heininger-Entscheidung grundsätzlich auf alle Widerrufsrechte überträgt, um sie dann allerdings zum Teil wieder einzuschränken - etwa wenn ein Verbraucherkredit nicht an der Haustür abgeschlossen wird.

Diese Konzeption erschwert Differenzierungen zwischen den unterschiedlichen Widerrufsgründen, weil diese nur durch Ausnahmen und Querverweise zu erreichen sind, also durch ein Instrument, von dem das Gesetz typischerweise (und mit Recht) nur zurückhaltend Gebrauch macht. Dies zeigt gerade der vorliegende Entwurf deutlich, indem er das nicht für alle Widerrufsrechte gleichermaßen passende Prinzip des unbefristeten Widerrufs bei unzureichender Belehrung verallgemeinert. Wird demgegenüber von einer Konkurrenz der Widerrufsrechte ausgegangen, besteht diese Problematik nicht, weil jeder Widerrufsgrund unabhängig und separat ausgestaltet werden kann.

2. Aus demselben Grund ist die im Entwurf vorgeschlagene Lösung EG-rechtlich in weitaus höherem Maße fehleranfällig. Wie die Heininger-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs zeigt, muss stets damit gerechnet werden, dass sich aus dessen Rechtsprechung neue Anforderungen für die Ausgestaltung einzelner Widerrufsrechte ergeben. So ist z.B. die Entwicklung konkreter Anforderungen an den Inhalt der Widerrufsbelehrung bei einzelnen Vertriebs- oder Geschäftsformen vorstellbar. Das vom

Gesetzgeber gewählte Modell, nämlich das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften, soweit es sich um Darlehensverträge handelt, nicht mit den Vorschriften des Rechts der Haustürgeschäfte, sondern mit denen des Darlehensrechts umzusetzen, erfordert in solchen Fällen stets eine weitaus komplexere Reaktion. Es müssen in solchen Fällen sowohl die Vorschriften über Haustürgeschäfte als auch diejenigen über Verbraucherdarlehen auf eine Möglichkeit zur richtlinienkonformen Auslegung hin überprüft werden und, soweit dies zur Herstellung des EG-rechtlich gebotenen Ergebnisses nicht ausreicht, geändert werden. Die vorliegende Konzeption bewirkt - mit anderen Worten - eine Vervielfachung jedes Fehlers.

### 3. Die gewählte Lösung führt zu Wertungswidersprüchen.

Beispiel:

Wird eine Ware an der Haustür verkauft, so muss der Unternehmer nach § 312 Abs. 2 BGB den Verbraucher auch über die Rechtsfolgen eines Widerrufs nach § 357 BGB belehren. Erhöht sich nun die „Gefährlichkeit“ des Geschäfts für den Verbraucher dadurch, dass das Haustürgeschäft auch noch auf Kredit - also Abzahlungskauf - vorgenommen wird, so ist nach dem vorgeschlagenen § 312a BGB-neu die für Haustürgeschäfte geltende Vorschrift des § 312 Abs. 2 BGB nicht anwendbar. Maßgebend ist vielmehr die für Widerrufsrechte bei Abzahlungsverträgen geltende Vorschriftenkette der §§ 355, 495, 499 BGB. Die danach bestehende Belehrungsobliegenheit schließt eine Belehrung über die Rechtsfolgen nach § 357 BGB nicht ein; die Belehrung ist auch ohne diesen Bestandteil wirksam. Lediglich wenn der Unternehmer die Rechtsfolgen aus § 357 BGB tatsächlich geltend machen will, muss er auch hierüber belehrt haben.

Das bedeutet: Wenn die Gefährlichkeit des Geschäfts zunimmt, werden die Anforderungen an die Belehrung geringer. Das überzeugt nicht und könnte durch eine Konkurrenz der Widerrufsrechte vermieden werden.

### 4. Das vorgeschlagene Konzept führt zu unübersichtlichen und komplexen Verweisungsketten. Hierfür ein Beispiel:

Bietet der Unternehmer Waren im Versandhandel in der Form des Abzahlungskaufs an, so ergibt sich das Widerrufsrechts des Verbrauchers nicht aus der Fernabsatzvorschrift des § 312d BGB, sondern aus §§ 495, 499 BGB. Da die verschiedenen Widerrufsrechte nach dem Vorschlag nicht nebeneinander bestehen, aber zur Erfüllung EG-rechtlicher Anforderungen so getan werden muss, „als ob“ dies der Fall sei, muss das Gesetz weitergehende Anforderungen, die für Fernabsatzverträge gelten, in solchen Fällen für anwendbar erklären.

Deshalb ordnet der vorgeschlagene § 312d Abs. 5 Satz 2 BGB an, dass bei den nach Verbraucherkreditrecht widerruflichen Fernabsatzverträgen § 312d Abs. 2 Halbsatz 1 BGB entsprechend gilt. Dort wiederum wird auf die Informationspflichten gem. § 312c Abs. 2 BGB verwiesen, die also der Abzahlungsverkäufer in solchen Fällen beachten muss. Man fragt sich sofort, ob sich der Abzahlungsverkäufer auf die am Ende dieser Verweisungskette stehenden Informationspflichten nach § 312c Abs. 2 BGB beschränken kann, oder ob nicht auch die Informationspflichten nach § 312c Abs. 1 BGB gelten. Letzteres ist in der Tat der Fall. Dies ergibt sich jedoch nicht aus einer Verweisung, sondern daraus, dass die verbraucherrechtlichen Informationspflichten ohnehin konkurrierend gelten. Diese Ausgestaltung kann nur als ausgesprochen unübersichtlich angesehen werden.

#### **IV. Vermeintliche Nachteile einer Konkurrenz der Widerrufsrechte**

1. Das wohl zentrale Argument des Entwurfs für die Strukturentscheidung zugunsten einer Hierarchie der Widerrufsrechte wird im Zusammenhang mit dem Vorschlag zur Änderung des § 312d BGB vorgebracht. Dort wird (im Ausgangspunkt richtig) ausgeführt, ohne Hierarchie bestehe ein doppeltes Widerrufs- bzw. Rückgaberecht. Dies sei „nicht zweckmäßig“.

Dazu ist festzustellen, dass bereits nach gegenwärtiger Rechtslage in bestimmten Fällen ein doppeltes Widerrufsrecht bestehen kann. Dies hat die Rechtsprechung namentlich dann bejaht, wenn im Rahmen eines zunächst von einem Verbraucher abgeschlossenen Vertrags ein Widerrufsrecht bestehe; werde dieser Vertrag alsdann von einem anderen Verbraucher übernommen

und erfülle die Vertragsübernahme ihrerseits die Voraussetzungen eines Widerrufsrechts, so stehe dem Übernehmer sowohl das Widerrufsrecht aus dem ursprünglichen Vertrag als auch dasjenige aus der Vertragsübernahme zu.

Aus welchen Gründen dies „nicht zweckmäßig“ sein soll, wird zwar in der Begründung nicht ausdrücklich ausgeführt. Es ist aber anzunehmen, dass damit auf das Problem der mangelnden Übersichtlichkeit der konkurrierenden Geltung unterschiedlicher Widerrufsrechte abgestellt werden soll.

Allerdings ist hinsichtlich der bereits bislang möglichen doppelten Widerrufsrechte nicht ersichtlich, dass durch diese tatsächlich unzulässige Ergebnisse erzielt worden wären. Dies mag aber auch mit dem Ausnahmecharakter dieser Fälle zusammenhängen. Größeres Gewicht kommt daher dem Umstand zu, dass nach gängiger zivilrechtlicher Dogmatik unterschiedliche Rechte zur Lösung vom Vertrag regelmäßig konkurrieren. So kann ein Vertragspartner gleichzeitig zur Anfechtung eines Vertrags und zum Rücktritt von demselben berechtigt sein und überdies noch ein Widerrufsrecht innehaben. Dass dies per se zu inakzeptablen Unzulänglichkeiten führen würde, ist nicht erkennbar.

2. Anders als dies zunächst erscheinen mag, wird dem Unternehmer durch die Mehrzahl konkurrierender Widerrufsrechte jedenfalls den Rechtsfolgen nach keine Verschlechterung seiner Rechtsposition zugemutet. Der Verbraucher kann – auch wenn er mehrere unterschiedliche Widerrufsrechte hat - den Vertrag im Ergebnis nur einmal widerrufen. Insofern führt die Konkurrenz unterschiedlicher Widerrufsrechte nicht zu weitergehenden Rechtsfolgen zum Nachteil des Anbieters.

3. Eine unzulässige Folge einer Konkurrenz unterschiedlicher Widerrufsrechte könnte allenfalls darin liegen, dass sie den Anbieter dazu zwingt, die Anforderungen unterschiedlicher verbraucherrechtlicher Regelungskomplexe nebeneinander zu beachten. So müsste – bei Konkurrenz der unterschiedlichen Widerrufsrechte – ein Darlehensgeber, der Kreditverträge im Direktvertrieb an der Haustür feilbietet, sowohl die



Anforderungen des Verbraucherdarlehensrechts als auch diejenigen des Rechts der Haustürgeschäfte beachten.

Dass damit Unzumutbares verlangt würde, ist allerdings nicht ersichtlich. Wer Darlehensverträge mit Verbrauchern abschließt, muss ohnehin die Maßgaben des Verbraucher kreditrechts beachten; wer sich dabei für einen bestimmten regulierten Vertriebsweg entscheidet, hat die für diesen geltenden zusätzlichen Maßgaben zu berücksichtigen. Dass ein solches Konzept keineswegs ungewöhnlich ist, erweist etwa – für den elektronischen Geschäftsverkehr – § 312e Abs. 3 BGB. Wer im elektronischen Geschäftsverkehr anbietet, muss die dort geltenden Informationspflichten erfüllen. Nach der genannten Vorschrift bleiben weitergehende Informationspflichten aufgrund anderer Vorschriften unberührt und müssen deshalb gegebenenfalls beachtet werden.

Zudem kann auch das Konzept des vorliegenden Vorschlags den Anbieter nicht vor der Geltung unterschiedlicher Maßgaben bewahren. Sie ergeben sich lediglich nicht aus einer konkurrierenden Geltung unterschiedlicher Vorschriften, sondern aus Querverweisen, Wiederholungen, Ausnahmen und Rückausnahmen im Gesetz (insbesondere Entwurf §§ 312 d Abs. 5 Satz 2, 492 Abs. 1a, 497 Abs. 4, 498 Abs. 3, 506 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 BGB).

4. Auch im Hinblick auf die Widerrufsbelehrung wird nichts Unzumutbares verlangt. Der Unternehmer muss seine Widerrufsbelehrung lediglich so gestalten, dass sie den Anforderungen sämtlicher maßgebenden Widerrufstatbestände entspricht. Dies bereitet im Regelfall schon deswegen keine besonderen Schwierigkeiten, weil die Anforderungen an die Belehrung in § 355 BGB einheitlich zusammengefasst sind und nur wenige besondere Maßgaben (etwa § 312 Abs. 2 BGB für Haustürgeschäfte) zu beachten sind. Dass diese besonderen Maßgaben beachtet werden müssen, wenn sich der Anbieter für einen bestimmten Vertriebsweg entscheidet, führt zu keiner unpraktikablen Belastung. Denn praktisch heißt das allenfalls: Kreditinstitute müssen abweichende Formulare benutzen, wenn sie Kredite an der Haustür anbieten oder anbahnen.

5. Zu berücksichtigen ist außerdem, dass die für die in Rede stehenden verbraucherrechtlichen Normkomplexe geltenden Informationspflichten weitaus schwierigere Anforderungen stellen als das Erfordernis einer Widerrufsbelehrung. Für diese unterschiedlichen Informationspflichten liegt es aber ohnehin so, dass sie nebeneinander gelten. Warum dies nicht auch für die Anforderungen an die Widerrufsbelehrung so gestaltet werden könnte, ist daher nicht ersichtlich.

6. Die zur Änderung von § 312a BGB vorgetragene Begründung führt noch an, es sei nicht zu rechtfertigen, wenn für die Widerruflichkeit von Darlehensverträgen andere Vorschriften anwendbar seien, je nachdem, welcher Vertriebsweg gewählt worden sei. Dagegen sprechen schon im Ausgangspunkt die Vorgaben des EG-Rechts. Da die Widerruflichkeit von Haustürgeschäften gerade auf dem gewählten Vertriebsweg (an der Haustür) beruht, ist es nur folgerichtig, wenn die Entscheidung für einen besonderen Vertriebsweg zu einer abweichenden Rechtslage hinsichtlich der Widerruflichkeit führt.

Dass das Verbraucherkreditgesetz aus dem Jahre 1990 – wie die Begründung insofern zutreffend ausführt – das Widerrufsrecht unabhängig von der Vertriebsform einführen wollte, verfängt ebenfalls nicht. Denn daraus folgt nur positiv, dass die Widerruflichkeit in allen Fällen des Verbraucherkredits bestehen muss. Es folgt daraus jedoch nicht, dass das Widerrufsrecht nicht durch einen weiteren Widerrufsgrund (außer dem des Vorliegens eines Verbraucherkredits) verstärkt wird, wenn sich dieser aus dem gewählten Vertriebsweg ergibt.

7. Im Hinblick auf den besonderen, marginalen Charakter der in § 312a BGB angesprochenen Widerrufsrechte nach sondergesetzlichen Vorschriften mag es angehen, es für diese Vorschriften beim Vorrang gegenüber § 312 BGB zu belassen. Hingegen empfiehlt es sich, den Nachrang gegenüber den Regelungen für Verbraucherdarlehen und Teilzeitwohnrechtgeschäfte - weil der Struktur des EG-Rechts widersprechend - zu beseitigen.

## **F. Sonderprobleme**

## **I. § 358 Abs. 3 BGB**

Dem Vorschlag liegt insofern ein berechtigtes Regelungsanliegen zugrunde, als

- sich erstens mit der Geltung des Haustürwiderrufs bei Immobiliarkrediten die Frage nach der Anwendung der Grundsätze über das sog. verbundene Geschäft hier neu stellt und
- zweitens die Vermutungsregel in § 358 Abs. 2 Satz 2 BGB für den Realkredit nicht passt, da der Kreditnehmer jedenfalls beim typischen Realkreditvertrag trotz Einschaltung des Verkäufers in die Finanzierungsvermittlung weiß, dass Darlehen und Kauf getrennte Geschäfte sind.

Allerdings ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen bei einem Realkredit ausnahmsweise ein verbundenes Geschäft vorliegt, wohl nicht abschließend geklärt. Ob nämlich der vorliegende Entwurf alle Fälle erfasst, in denen der Kreditnehmer von einem einheitlichen Geschäfts ausgeht, erscheint zweifelhaft. Praktische Unzuträglichkeiten infolge einer zu weiten Ausdehnung des Begriffs des verbundenen Geschäfts sind zudem bislang nicht erkennbar. Deshalb sprechen starke Gründe dafür, die abschließende Klärung des Problems der Rechtsprechung zu überlassen, zumal die Konkretisierung unbestimmter Rechtsbegriffe („verbundenes Geschäft“) eine typische richterliche Funktion ist. Will man dem folgen, könnte anstelle des Entwurfsvorschlag folgender Satz 3 an § 358 Abs. 3 BGB angehängt werden:

*„Bei einem finanzierten Erwerbs eines Grundstücks oder eines grundstücksgleichen Rechts findet Satz 2 keine Anwendung.“*

## **II. § 105a BGB**

Dieser Vorschlag ist im Zusammenhang mit anderen Vorhaben diskutiert worden, so dass eine ausführliche Stellungnahme entbehrlich erscheint.

Zu überlegen sind zwei Aspekte, nämlich

- erstens, ob die im Interesse des Rechtsverkehrs ungünstige Beschränkung auf die Volljährigkeit beizubehalten ist, und
- zweitens, ob nicht (wie in § 110 BGB) eine Beschränkung auf überlassene Mittel vorgenommen werden sollte.

### **G. Zusammenfassende Thesen**

1. Die Geltung eines unbefristeten Widerrufsrechts bei unzureichender Widerrufsbelehrung für sämtliche Fälle des Widerrufs beeinträchtigt den Unternehmer in einer auch aus Gründen des Verbraucherschutzes nicht gebotenen Weise, sofern keine einschränkende Flankierung vorgenommen wird. Daher empfiehlt sich die Schaffung einer effektiven Nachholungsmöglichkeit, wie sie – allerdings nur für Übergangsfälle – im Entwurf zu Art. 229 § 8 Abs. 2 EGBGB vorgesehen ist.

Damit wird auch dem Umstand Rechnung getragen, dass es EG-rechtlich unsicher ist, das Erfordernis der unbefristeten Widerrufsmöglichkeit bei fehlender Belehrung auch für Verbraucherkredite gilt.

2. Rechtspolitisch sollte erwogen werden, für Fernabsatzverträge die bislang geltende Höchstfrist für den Widerruf beizubehalten.

3. Seiner systematischen Struktur nach ist der Entwurf dadurch gekennzeichnet, dass er das bislang im BGB aus Gründen der Übersichtlichkeit zugrunde gelegte Prinzip der Hierarchie der Widerrufsrechte beibehalten will, obwohl dieses der Struktur der EG-rechtlichen Vorgaben widerspricht. Um Abweichungen im Ergebnis zu vermeiden, muss das Gesetz daher mit komplizierten Ausnahme- und Verweisungsregeln arbeiten. Dies widerspricht nicht nur dem „Geist“ des EG-Rechts, sondern ist die für künftige Weiterentwicklungen weniger offene, für fehlerhafte Richtlinienumsetzungen anfälliger und kompliziertere Regelungstechnik. Vorzugswürdig erscheint es, die strukturellen Vorgaben des EG-Rechts in diesem Punkt in das BGB zu übernehmen.

4. Die abschließende Konkretisierung der Fälle, in denen ausnahmsweise beim Realkredit ein verbundenes Geschäft i.S.v. § 358 Abs. 3 BGB vorliegt,

sollte der Rechtsprechung überlassen bleiben. Klarstellungsbedarf besteht lediglich im Hinblick auf die Unanwendbarkeit der Vermutungsregelung in § 358 Abs. 2 Satz 2 BGB.

5. Bei § 105a BGB ist zu erwägen, ob von der Beschränkung auf Volljährige nicht abgesehen werden sollte und ob nicht eine an § 110 BGB ausgerichtete Beschränkung auf Fälle der Zahlung mit überlassenen Mitteln erfolgen sollte.

Heidelberg, den 29. 5. 2002

*Prof. Dr. Thomas Pfeiffer*