

Prof. Dr. jur. Günter Reiner
Helmut-Schmidt-Universität
- Universität der Bundeswehr Hamburg -
<http://www.gunterreiner.de>

Der verbrauerschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen*

Ungekürzte Originalfassung des in
AcP 203 (2003), Heft 1, S. 1-45 erschienenen Beitrags

Inhalt

Einleitung	3
Teil 1. Grundlagen des verbrauerschützenden Widerrufsrechts...	3
A. Erscheinungsformen des verbrauerschützenden Widerrufsrechts	3
I. Überblick	3
II. Wirkungsweise	5
1. Unwirksamkeitsmodell	5
2. Wirksamkeitsmodell	8
3. Praktische Unterschiede	9
B. Zweck des verbrauerschützenden Widerrufsrechts.....	9
I. Widerrufsrecht und Selbstbestimmung.....	9
II. Beeinträchtigung der Selbstbestimmung	10
III. Typologie beeinträchtigter Selbstbestimmung	11
C. Meinungsstand zum Rechtscharakter	13
Teil 2. Das Widerrufsrecht im Schutzsystem des BGB	15

* Der Beitrag ist die ausgearbeitete und aktualisierte Fassung des Vortrags, den der *Verf.* im Jahre 2001 im Rahmen seines Habilitationsverfahrens vor den Mitgliedern des Fachbereichs Rechtswissenschaft der Universität Konstanz gehalten hat.

A. Materiale Vertragsfreiheit und Recht der Willenserklärungen	15
B. Stufensystem zum Schutz der materialen Vertragsfreiheit.....	18
I. Erste Stufe.....	18
II. Zweite Stufe.....	18
III. Dritte Stufe	19
IV. Vierte Stufe	20
C. Systematische Einordnung des Widerrufsrechts	22
I. Unwirksamkeitsmodell	22
1. Erklärungswirkung des Schweigens.....	22
2. Rechtscharakter des Widerrufs.....	24
3. Ansicht von der nichtvollendeten Erklärung.....	25
4. Folgerungen.....	26
a. Anfechtbarkeit des Schweigens.....	26
b. Rückwirkung des Schweigens.....	26
c. Präklusion.....	27
d. Verzichtbarkeit.....	27
e. Konkurrenzen	28
II. Wirksamkeitsmodell.....	29
1. Funktionelle Nähe zur Anfechtung	29
2. Gegenstand und Wirkung des Widerrufs	32
a. Fehlende Bindung an Willenserklärung	32
b. „Schwebende Wirksamkeit“ und Rücktritt	33
c. Differenzierte Begrifflichkeit des Gesetzes.....	33
3. Rückabwicklung nach Widerruf.....	34
4. Folgerungen.....	37
a. Verzichtbarkeit	37
b. Präklusion.....	38
c. Konkurrenzen	40
d. Qualifikation der Ansprüche	41
e. Lückenfüllung.....	42
Zusammenfassung	45

Einleitung

Verbraucherschützende Widerrufsrechte gibt es schon seit über dreißig Jahren. Mit Inkrafttreten des „Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro“ am 30.6.2000¹ haben sie den Kernbestand des deutschen Privatrechts erreicht, das BGB - zunächst in Gestalt der §§ 361a, b BGB a.F. und seit der Schuldrechtsmodernisierung vom 1.1.2002 in der sprachlich und inhaltlich überarbeiteten Fassung der §§ 355-359 BGB. Damit wird ein Großteil der zuvor unterschiedlich ausgestalteten sondergesetzlichen Widerrufsrechte² vor eine gemeinsame Klammer gezogen und allgemein im Hinblick auf Inhalt, Wirkung und Rechtsfolgen geregelt. Flankiert werden die §§ 355 ff. BGB durch die ebenfalls neuen §§ 13 und 14 BGB. Diese definieren die Begriffe des Unternehmers und des Verbrauchers mit Geltungsanspruch für das gesamte Privatrecht.³ Die Schuldrechtsreform integrierte zudem einen Großteil der zum Widerruf berechtigenden Verbraucherschutznormen in das BGB.⁴ Das ist Anlass genug, sich über den Rechtscharakter des verbraucherschützenden Widerrufsrechts und seine Stellung in der Systematik des BGB Gedanken zu machen. Die nachfolgenden Überlegungen gliedern sich in zwei Hauptteile: In Teil 1 wird zunächst der bisherige Erkenntnisstand zu den historischen und systematischen Grundlagen des verbraucherschützenden Widerrufsrechts aufgearbeitet. In Teil 2 wird dann anschließend darauf aufbauend ein eigener Ansatz zur Einordnung des Widerrufsrechts in das Schutzsystem des BGB entwickelt.

Teil 1. Grundlagen des verbraucherschützenden Widerrufsrechts

Die Ausführungen beginnen mit den Erscheinungsformen des verbraucherschützenden Widerrufsrechts (A.) und widmen sich danach seinem Zweck (B.) sowie dem Meinungsstand zu seinem Rechtscharakter (C.).

A. Erscheinungsformen des verbraucherschützenden Widerrufsrechts

I. Überblick

„Informationspflichten und Widerrufsrechte“, so die Bundesregierung in ihrer Begründung zum Gesetz vom Juni 2000, gehören „zum traditionellen Instrumentarium des Verbraucherschutzes“.⁵ Die „Tradition“ des verbraucherschützenden Widerrufsrechts reicht bis Ende der 60er Jahre des letzten Jahrhunderts zurück. Seit dieser Zeit schützen das damals neu geschaffene AuslInvestmG⁶ und das neu gefasste KAGG⁷ Privatpersonen, die außer-

¹ BGBl I 897.

² Näheres unten Teil 1, A.I.

³ Zu den sprachlichen und systematischen Schwächen dieser Definitionen siehe die harte, aber gerechte Kritik bei *Flume*, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung, ZIP 2000, 1427, 1428.

⁴ Siehe die §§ 312 f. (Haustürgeschäfte, früher: HWiG); § 312b ff. (Fernabsatzverträge, früher: FernAbsG); § 481 ff. (Teilzeit-Wohnrechteverträge, früher: TzWrG); §§ 495, 499, 503, 505 (Verbraucherdarlehensvertrag, Finanzierungshilfen und Ratenlieferungsverträge, früher: VerbrKrG).

⁵ BT-DS 14/2658, S. 16.

⁶ Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen (Auslandinvestment-Gesetz) v. 28.7.1969 (BGBl I 986).

halb der ständigen Geschäftsräume des Verkäufers oder Vermittlers zum Kauf von Investmentanteilen bestimmt werden. Der Käufer solcher Finanzinstrumente ist danach an seine auf den Kauf gerichtete Willenserklärung „nur gebunden, wenn er sie nicht [...] binnen einer Frist von zwei Wochen schriftlich widerruft“ (§ 11 I AuslInvestmG, § 23 KAGG). Es folgten weitere sondergesetzliche Widerrufsrechte für den Teilzahlungskauf nach dem AbzG (§ 1b-d)⁸, das später durch das VerbrKrG a.F.⁹ abgelöst und inhaltlich auf weitere Arten des „Verbrauchercredits“¹⁰ sowie auf Ratenlieferungsverträge ausgeweitet wurde, für die Teilnahme an Fernunterricht nach dem FernUSG a.F. (§ 4)¹¹, für Geschäfte, die außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers zustande kommen, nach dem HWiG a.F.¹² (§ 1 ff.), für Versicherungsverträge (§ 8 IV VVG)¹³, für Time-Sharing-Verträge nach dem TzWrG a.F.¹⁴ (§ 5) und zuletzt für Verträge, die unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen werden (§ 3 FernAbsG)¹⁵. Die Widerrufsrechte nach HWiG, TzWrG und FernAbsG gingen auf entsprechende EG-Richtlinien zurück.¹⁶ Sie wurden zusammen mit dem Widerrufsrecht nach dem VerbrKrG a.F. und dem FernUSG a.F. zunächst durch das eingangs bereits erwähnte Gesetz vom 3.6.2000 im Wege einer Verweisung auf die §§ 361a, b BGB a.F. vereinheitlicht und nunmehr - mit Ausnahme des Fernunterrichtsschutzes - vollständig in das BGB integriert; VerbrKrG, HWiG,

⁷ Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG) v. 14.1.1970 (BGBl I 127).

⁸ Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte v. 16.5.1894, geändert durch Zweites Gesetz zur Änderung des Abzahlungsgesetzes v. 15.5.1974, BGBl I 1169.

⁹ Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG) v. 17.12.1990, BGBl I 2840.

¹⁰ Der Begriff „Verbraucherkredit“ ist Synonym für „Kreditvertrag“ und damit Oberbegriff für „Darlehen“, „Zahlungsaufschub“ und „sonstige Finanzierungshilfe“ (§ 1 II VerbrKrG). Er tauchte bislang nicht im Text, sondern nur im Titel des VerbrKrG auf und geht auf den Titel und die Erwägungsgründe der Richtlinie 87/102/EWG v. 22.12.1986 „zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit“ (ABIEG Nr. L 042/48) zurück. Seit dem 1.1.2002 wird er vom deutschen Gesetzgeber nicht mehr verwendet.

¹¹ Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht (Fernunterrichtsschutzgesetz - FernUSG) v. 24.8.1976 (BGBl I 2525).

¹² Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften v. 16.1.1986, BGBl I 122.

¹³ Gesetz über den Versicherungsvertrag v. 30.5.1908, geändert durch Gesetz zur Änderung versicherungsrechtlicher Vorschriften v. 17.12.1990, BGBl I 2864. Zur Entstehungsgeschichte der Norm siehe *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, München 1997, S. 206 ff.. Das Widerrufsrecht nach § 8 IV VVG darf nicht mit dem *Widerspruchsrecht* nach § 5a VVG, eingefügt durch Gesetz v. 21.7.1994, BGBl I 1630, verwechselt werden (so aber anscheinend *Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, München 1997, S. 208: „Widerrufsrecht“). Letzteres ist nämlich im Gegensatz zum Widerrufsrecht nicht etwa auf die Loslösung vom Vertrag, sondern nur auf die Gestaltung des Vertragsinhalts gerichtet.

¹⁴ Gesetz über die Veräußerung von Teilzeitnutzungsrechten an Wohngebäuden (Teilzeit-Wohnrechtegesetz - TzWrG) v. 20.12.1996 (BGBl I 2154).

¹⁵ Fernabsatzgesetz (FernAbsG) v. 27.6.2000, BGBl I 897.

¹⁶ Art. 4 der Richtlinie 85/577/EWG des Rates v. 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (ABIEG Nr. L 372/31); Art. 5 der Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.10.1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien (ABIEG Nr. L 280/83); Art. 4 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 20.12.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABIEG Nr. L 144/19). Siehe nunmehr auch das von der EU-Kommission vorgeschlagene Widerrufsrecht des Verbrauchers nach dem Geänderten Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Fernabsatz von Finanzdienst-

TzWrG und FernAbsG wurden aufgehoben.

In bestimmten Fällen, wo der Vertrag auf die Lieferung einer „Sache“ (*arg.* aus § 356 II BGB) gerichtet ist, gestattet es das Gesetz dem Unternehmer, das ansonsten nicht abdingbare Widerrufsrecht im Wege qualifizierter AGB („Verkaufsprospekt“) durch ein sog. „Rückgaberecht“ (§ 356 BGB, § 361b BGB a.F.) zu ersetzen. Die Rechtswirkungen der Rückgabe sind - zumindest im Wesentlichen¹⁷ - mit denen des Widerrufs identisch. § 356 II 2 BGB verweist für das Rückgaberecht auf § 355 I 2 BGB, wo geregelt ist, dass das Widerrufsrecht auch durch (wortlose) Rücksendung der „Sache“ „erklärt“ werden kann. Man muss das Rückgaberecht als einen Unterfall des Widerrufsrechts begreifen, bei der die Art der Ausübung des Widerrufs auf die Rücksendung der Sache bzw. auf die Erklärung des Rücknahmeverlangens (§ 356 II 1 BGB) beschränkt ist. Hintergrund ist das schutzwürdige Interesse des Unternehmers daran, dass der Verbraucher die gelieferte Sache nicht unberechtigterweise zurückhält, obwohl er nicht mehr am Vertrag festhalten will.

II. Wirkungsweise

Trotz aller Unterschiede im Detail ist der Grundgedanke der verbraucherschützenden Widerrufsrechte immer gleich: Der private Kunde („Verbraucher“, § 13 BGB) erhält in bestimmten, tatbestandlich umschriebenen Fällen die befristete Möglichkeit, von einem mit einem geschäftsmäßig handelnden Partner („Unternehmer“, § 14 BGB) abgeschlossenen Vertrag durch einseitige Erklärung ohne Angaben von Gründen loszukommen. Bei der gesetzestechnischen Realisierung der Loslösung vom Vertrag lassen sich zwei Konstruktionstypen voneinander unterscheiden, die nachfolgend als „Unwirksamkeits“- und „Wirksamkeitsmodell“ bezeichnet werden. Die „(Un-)Wirksamkeit“ bezieht sich dabei auf den Zustand der Willenserklärung sowie - bei Vorliegen der Gegenerklärung des Unternehmers - des gesamten Vertrags während des Laufs der Widerrufsfrist.¹⁸

1. Unwirksamkeitsmodell

Nach dem Unwirksamkeitsmodell, dem historisch ersten Konstruktionstyp, entfaltet die auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung des Verbrauchers und damit auch der Vertrag insgesamt bis zum Ablauf der Widerrufsfrist keine Rechtswirkungen. Gemäß der bis zum 30.6.2000 am weitesten verbreiteten, inzwischen aber durchgängig durch Verweisungen auf die §§ 355 f. BGB ersetzten Gesetzesformulierung wird die Willenserklärung des Verbrauchers „erst wirksam“, wenn dieser sie nicht fristgerecht widerruft.¹⁹ Während des Laufs der Widerrufsfrist betrachtet man hier die Verbrauchererklärung²⁰ und - beim regelmäßig anzunehmenden Vorliegen der Gegenerklärung des Unternehmers - den gesamten

leistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG v. 23.7.1999 (KOM(1999)385 endg).

¹⁷ Im Gegensatz zum bloßen Rückgaberecht darf beim Widerrufsrecht dem Verbraucher ein Anteil an den Rücksendekosten in Höhe von bis zu EUR 40 auferlegt werden (§ 357 II 3 BGB).

¹⁸ Hierzu näher unten Teil 2., C.I.3.

¹⁹ § 1b I AbzG (1974); § 7 I VerbrKrG a.F. (1990); § 1 I HWiG a.F. (1986); § 5 I TzWrG a.F. (1996).

²⁰ Siehe z.B. - eher beiläufig - *Mankowski*, Schwebende Wirksamkeit unter § 361a BGB, WM 2001, 793, 794, I. Sp.: „schwebende Unwirksamkeit der Vertragserklärung“.

Vertrag als „schwebend unwirksam“.²¹ Nicht näher soll hier auf die Frage eingegangen werden, ob die Kategorie der *schwebenden* Unwirksamkeit in Abgrenzung zur einfachen Unwirksamkeit bei Verpflichtungsverträgen überhaupt einen besonderen Erkenntniswert in sich trägt.²²

Die kapitalanlegerschützenden Widerrufsrechte nach § 23 I KAGG und § 11 I AuslInvestmG, Letzteres im Jahre 1989²³ ergänzt durch die Verweisung in § 15h AuslInvestmG, bilden die älteste und zugleich einzige, heute noch existierende Variante des Unwirksamkeitsmodells. Danach ist der Verbraucher an seine Willenserklärung „nur gebunden“, wenn er sie nicht binnen der Widerrufsfrist widerruft. Wie bei der ersten Formulierungsvariante des Unwirksamkeitsmodells ist es der *Nichtwiderruf* („nur wirksam/gebunden, wenn nicht [...] widerruft“), dem das Gesetz rechtsgestaltende Wirkung zuerkennt. Deshalb ist es unzutreffend, wenn die h.M. die Widerrufsrechte nach KAGG und AuslInvestmG dem Wirksamkeitsmodell (unten 2.) zurechnet,²⁴ wo die rechtsgestaltende Wirkung gerade nicht vom Schweigen, sondern vom *Widerruf* („nicht mehr gebunden/wirksam“) ausgeht. Die h.M. beruft sich ihrerseits auf eine begriffliche Abgrenzung zwischen der z.B. in §§ 1b AbzG, 1 HWiG a.F. angesprochenen „*Wirksamkeit*“ der Willenserklärung und der in den §§ 11 I AuslInvestmG, 23 KAGG, 4 I FernUSG a.F. sowie nunmehr § 355 I BGB erwähnten „*Gebundenheit*“ an die Willenserklärung.²⁵ Tatsächlich dürfte in den Verbraucherschutzvorschriften „*Gebundenheit*“ aber genau dasselbe zum

²¹ Siehe z.B. BGH 10.5.1995 - VIII ZR 264/94, BGHZ 129, 371, unter II.1., vor a., zu § 1b AbzG; BGH 16.10.1995 - II ZR 298/94, BGHZ 131, 82, unter II.1., zu § 1 HWiG a.F.; BGH 12.6.1996 - VIII ZR 248/95, NJW 1996, 2367, unter II.3.a., zu § 7 VerbrKrG: „ein der Vorschrift des § 177 BGB entsprechender Schwebzustand“. Aus dem Schrifttum z.B. MünchKomm-Ulmer, 3. A. 1995, § 1 HWiG, Rz. 6; ders., a.a.O., § 7 VerbrKrG, Rz. 12; Erman-Saenger, 10. A. 2000, § 7 VerbrKrG, Rz. 4; ders., a.a.O., § 1 HWiG, Rz. 2; ebenso zu §§ 1 HWiG a.F., 7 VerbrKrG a.F. und 5 TzWrG a.F. die Begr. RegE zu § 3 FernAbsG, BT-DS 14/2658, S. 41. A.A. Jauernig, 9. A. 1999, Vorb 21 vor § 145 BGB: Das Widerrufsrecht sei „als Rücktrittsrecht“, beim VerbrKrG als „zumindest rücktrittsähnlicher Behelf“ zu qualifizieren mit der Folge, dass vor seiner Ausübung ein wirksamer Vertrag bestehe. Kritisch gegenüber der h.M. auch Larenz/Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. A. 1997, § 44, Rz. 55: Dem Ziel des Verbraucherschutzes würde die Annahme einer „relativ schwebenden Unwirksamkeit“, auf die sich nur der Verbraucher aber nicht der Unternehmer berufen könne, „am ehesten gerecht“.

²² Zweifelnd Gernhuber, Verbraucherschutz durch Rechte zum Widerruf von Willenserklärungen: eine rechtsdogmatische Studie, WM 1998, 1797, 1799. Der Autor weist insbesondere darauf hin, dass sich aus der schwebenden Unwirksamkeit nicht ableiten lassen, ob der Übergang in die Vollwirksamkeit des Rechtsgeschäfts ex tunc oder ex nunc erfolge. Siehe auch Kroppenber, Die sog. Vorwirkungen von schwebend unwirksamen Verpflichtungsverträgen, WM 2001, 845 ff., die sich mit ausführlicher Begründung gegen die These von den „Vorwirkungen“ schwebend unwirksamer Verpflichtungsverträge stellt.

²³ Gesetz zur Änderung des Börsengesetzes v. 11.7.1989, BGBl I, 1412.

²⁴ Siehe z.B. Lorenz, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, München 1997, S. 57, der die Widerrufsrechte nach §§ 11 I AuslInvestmG und 23 KAGG in eine Reihe mit § 4 I FernUSG a.F. stellt; Henrich, Verbraucherschutz: Vertragsrecht im Wandel, FS Medicus (1999), 199, 206, speziell zu § 11 AuslInvestmG; ebenso K. Beckmann/Scholtz, Investment, Bd. 2, § 23 KAGG, Rz. 12: Sei noch kein Leistungsaustausch erfolgt, führe der Widerruf dazu, dass der Kaufvertrag „aufgelöst“ werde; Holschbach, Rechtsfragen um das Widerrufsrecht nach § 1b AbzG, NJW 1975, 1109, 1110: Die Regelung des § 11 I AuslInvestmG sei „i.S. einer Beschränkung der grundsätzlich bereits bestehenden rechtlichen Bindungswirkung“ auszulegen (m.N. zur Gegenansicht).

²⁵ Ausdrücklich „*Wirksamkeit*“ und „*Gebundenheit*“ einander gegenüber stellend z.B. Lorenz (Fn. 24), S. 57, Fn. 70.

Ausdruck bringen wie „Wirksamkeit“, nämlich die Antwort auf die Frage, ob die Verbraucherklärung in Verbindung mit einer entsprechenden Gegenerklärung inhaltliche Gestaltungswirkung zu entfalten vermag.²⁶ Man kann sich hier nicht an die gleichlautende Terminologie des historischen BGB-Gesetzgebers von 1896 in §§ 145, 873 II BGB anlehnen.²⁷ Dort bezieht sich die „Gebundenheit“ nicht wie in §§ 23 I KAGG, 11 I AuslInvestmG oder jetzt § 355 BGB auf die Folgen der *Ausübung* des Widerrufs, sondern auf die *Möglichkeit* des Widerrufs. Würde man nun die Worte „an seine Willenserklärung nicht mehr gebunden, wenn [...] widerrufen hat“ in den einschlägigen Verbraucherschutztatbeständen in *diesem* Sinne verstehen, würde dies bedeuten, dass erst der Widerruf des Verbrauchers dazu führt, dass dieser nicht mehr an seine Willenserklärung gebunden ist und sie deshalb *fortan* „widerrufen“ kann. Eine solche Deutung wäre unsinnig. Bezeichnenderweise vermischt die h.M. selbst die Begriffe „Gebundenheit“ und „Wirksamkeit“. Sie charakterisiert nämlich Widerrufsrechte, bei denen der Verbraucher an seine Vertragserklärung „nicht gebunden“ ist, wenn er diese fristgerecht widerruft (§ 4 I FernUSG a.F., § 355 BGB), i.S. einer „schwebenden Wirksamkeit“ der Erklärung sowie des Vertrags, ohne näher zu begründen, wie man argumentativ von der Gebundenheit zur (angeblich so verschiedenen) Wirksamkeit gelangt.²⁸ Entscheidend ist nach alledem nicht, ob der Widerruf auf die „Gebundenheit“ *oder* auf die „Wirksamkeit“ einwirkt, sondern *in welcher Weise* er die *Geltung* des Vertrags beeinflusst: (rückwirkend) beseitigend oder (endgültig) verhindernd.

Das sprachlich neutral formulierte²⁹ Widerrufsrecht nach § 8 IV 1 VVG („kann der Versicherungsnehmer³⁰ [...] widerrufen“) dürfte demgegenüber dem Wirksamkeitsmodell zuzuordnen sein,³¹ da es nach seiner Entstehungsgeschichte - anders als §§ 23 I KAGG, 11

²⁶ Vgl. bereits die Entstehungsgeschichte zu § 1b AbzG, für den zunächst gemäß dem Gesetzesentwurf der SPD-Fraktion v. 29.11.1967 (BT-DS 5/2309) dieselbe, auf dem Begriff der „Gebundenheit“ aufbauende Formulierung vorgeschlagen wurde („an diese Erklärung nur gebunden, wenn er sie nicht“), wie sie später im AuslInvestmG ihren Niederschlag fand. Das Widerrufsrecht nach § 11 AuslInvestmG orientierte sich nach der Reg. Begr. (BT-DS 5/3494, S. 23) ausdrücklich am ursprünglichen Entwurf zur Änderung des AbzG. In der Endfassung des § 1b AbzG wurde der Begriff „Gebundenheit“ schließlich durch „Wirksamkeit“ ersetzt; dahinter steckte aber kein Wille nach einem Systemwechsel.

²⁷ So aber *Gernhuber*, WM 1998, 1797, 1804, der den Widerruf „nicht bindender Willenserklärungen“ mit den §§ 145, 873 II BGB in Verbindung bringt und vom Widerruf „nicht wirksam gewordener Willenserklärungen“ abgrenzt, den er seinerseits in der systematischen Nähe der §§ 130 f. BGB sieht und als Vollendung des Tatbestands der Willenserklärung begreift (a.a.O., S. 1798). Zum letzterem Gesichtspunkt kritisch unten Teil 2, C.I.3.

²⁸ So auch der ansonsten so fein differenzierende *Gernhuber*, WM 1998, 1797, 1804.

²⁹ So auch *Gernhuber*, WM 1998, 1797, 1798.

³⁰ Das Widerrufsrecht nach § 8 IV VVG schützt nicht den „Verbraucher“, sondern jede Partei, die zur Entrichtung der Prämie verpflichtet ist („Versicherungsnehmer“, § 1 II 1 VVG), sofern nicht „die Versicherung nach dem Inhalt des Antrags für die bereits ausgeübte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit des Versicherungsnehmers bestimmt ist“ (§ 8 IV 4 Fall 2 VVG). Der Schutzbereich des § 8 IV VVG geht damit insoweit über denjenigen des § 13 BGB hinaus, als er sich nicht auf „natürliche Personen“ beschränkt. Dennoch ist es sachlich gerechtfertigt, § 8 IV VVG zu den „verbraucherschützenden“ Widerrufsrechten hinzuzurechnen. Siehe *Flume*, ZIP 2000, 1427, 1418, zur entsprechenden Kritik an § 13 BGB.

³¹ Wie hier *Prölss/Martin*, 26. A. 1998, § 8 VVG, Rz. 40: Die Erklärung des Versicherungsnehmers sei „sogleich (mit Zugang) wirksam“, denn „Widerruf“ bedeute „die Beseitigung einer (wirksamen) Erklärung (ex tunc)“, falls nicht anderes bestimmt sei; *Stiefel/Hofmann*, Kraftfahrtversicherung, 16. A., 1995, § 1 ARB, Rz. 30 i („auflösende Bedingung“); wohl auch *Lorenz* (Fn. 24), S. 210 (siehe auch nachfolgende Fn.). A.A. *Gernhuber*, WM 1998, 1798, 1798: Die Ausübung des Widerrufs hindere die Willenserklärung daran, wirk-

I AuslInvestmG - wegen der „Besonderheiten“ des Versicherungsgewerbes bewusst vom 1990 überwiegend verwendeten Unwirksamkeitsmodell abweicht.³²

2. Wirksamkeitsmodell

Nach dem *zweiten* Konstruktionstyp, dem „Wirksamkeitsmodell“, ist die Willenserklärung des Verbrauchers von Anfang an wirksam, d.h. die beiderseitigen Erfüllungsansprüche entstehen unmittelbar mit Vertragsschluss, soweit die Parteien dies so vereinbart haben. Der Verbraucher ist aber „an seine Willenserklärung nicht mehr gebunden“ (§ 355 I BGB, § 361a I BGB a.F.) bzw. „nicht gebunden“ (§ 4 I 1 FernUSG a.F.), wenn er sie fristgerecht widerrufen hat. Der Widerruf begründet hier eine rechtsvernichtende Einwendung. Für die Beschreibung des Zustands der Willenserklärung und des Vertrags während der Widerrufsfrist hat sich der Begriff der „schwebenden Wirksamkeit“ etabliert.³³ Das Wirksamkeitsmodell tauchte zum ersten Mal im *FernUSG* in dessen ursprünglicher Fassung von 1976 auf. Der Gesetzgeber hat es mit leicht verändertem Wortlaut³⁴ seit 30.6.2000 zunächst in den §§ 361a und b BGB a.F. und seit 1.1.2002 in den §§ 355 ff. BGB zum allgemeinen Standard erhoben,³⁵ auf den nun die meisten verbraucherschützenden Sondervorschriften mit Widerrufsrecht verweisen.³⁶ Auf die rechtspolitische Zweckmäßigkeit einer solchen Rechtsvereinheitlichung angesichts unterschiedlicher zugrunde liegender Sachverhalte kann hier nicht weiter eingegangen werden.³⁷

sam zu werden; *ders.* 1805: Der Widerruf nach § 8 IV VVG sei als Widerruf einer noch nicht wirksamen Willenserklärung zu verstehen, da es nicht notwendig sei, dem Verbraucher einen Erfüllungsanspruch zu gewähren; *Mankowski*, WM 2001, 833, 840 Fn. 187, m.w.N.

³² Siehe Begr. des Finanzausschusses, BT-DS 11/8321, S. 12: „Besonderheiten dieses Wirtschaftszweigs“. Vgl. auch *Lorenz* (Fn. 24), S. 210: Dass die Vorschrift „auf die Rechtstechnik schwebender Unwirksamkeit und auf besondere Rückabwicklungsvorschriften“ verzichte, dürfe „durch den üblichen Vertragsabschlussmechanismus bei Versicherungsverträgen bedingt sein“. Im Zeitpunkt des Widerrufs sei im Regelfall ein Versicherungsvertrag noch gar nicht abgeschlossen, da Versicherer noch mit der Risikoprüfung beschäftigt sei, so dass der Frage der Regelungstechnik „wenig Bedeutung“ zukomme und sich „insbesondere Rückabwicklungsregelungen“ erübrigten.

³³ Siehe z.B. Begr. RegE, BT-DS 14/2658, S. 41, zum FernUSG („schwebend wirksam“); *dies.*, a.a.O., S. 36, zu § 3 I 1 FernAbsG („schwebend unwirksam“; Redaktionsversehen, gemeint ist: „schwebend wirksam“); *dies.*, a.a.O., S. 47, zu § 361a I BGB („schwebende Wirksamkeit“); Hk-BGB/*Schulze*, 2. A. 2002, § 357 BGB, Rz. 1; *Mankowski*, WM 2001, 833, 842, zu § 355 RegE-BGB; *ders.*, WM 2001, 793, 794, zu § 361a BGB a.F.; *Gernhuber*, WM 1998, 1797, 1804, zu § 4 I FernUSG sowie §§ 23 I KAGG, 11 I AuslInvestmG (zu Letzteren s.o. unter 1., bei Fn. 23 ff.). Kritisch zur Begrifflichkeit *Palandt-Heinrichs*, 61. A., Überbl v § 104 BGB, Rz. 32a (zu § 361a BGB a.F.) sowie Ergänzungsband zu 61. A., § 355, Rz. 2: Für die neue dogmatische Kategorie „schwebende Wirksamkeit“ bestehe „kein Bedürfnis“; *Fuchs*, WM 2000, 1273, 1282: Die Annahme einer „schwebenden Wirksamkeit“ als „eigenständige dogmatische Kategorie“ sei nicht „sinnvoll“. Vgl. auch oben II.1., Fn. 22, zur parallelen Kritik am Begriff der „schwebenden Unwirksamkeit“.

³⁴ Anstatt „nicht gebunden, wenn [...] widerruft“ heißt es jetzt: „nicht *mehr* gebunden, wenn [...] widerruft“.

³⁵ Vgl. Begr. RegE, BT-DS 14/2658, S. 47, zu § 361a BGB: „Übernahme der Konstruktion des FernUSG“.

³⁶ § 312d II BGB (zuvor: § 3 FernAbsG); §§ 495, 499, 505 BGB (zuvor: § 7 VerbrKrG i.d.F. des Gesetzes v. 30.6.2000); § 312 BGB (zuvor: § 1 HWiG i.d.F. des Gesetzes v. 30.6.2000); § 485 I BGB (zuvor: § 5 TzWrG i.d.F. des Gesetzes v. 30.6.2000); § 4 I FernUSG n.F.. Nicht auf §§ 355 ff. BGB verweisen, soweit überschaubar, nur noch die Widerrufsrechte nach § 23 I KAGG, 11 I AuslInvestmG und § 8 IV VVG.

³⁷ Kritisch *Mankowski*, WM 2001, 833, 841: „zurück zur schwebenden Unwirksamkeit“; vgl. auch *Gernhuber*, WM 1998, 1797, 1805: Der Dualismus des gegenwärtigen Verbraucherschutzes habe „seine Berechtigung“.

3. Praktische Unterschiede

Die Unterscheidung zwischen Wirksamkeits- und Unwirksamkeitsmodell ist nicht nur von theoretischem, sondern von praktischem Interesse.³⁸ Soweit diese mit dem Widerruf oder dem Ablauf der Widerrufsfrist selbst zusammenhängen, wird darauf unten noch näher eingegangen.³⁹ An dieser Stelle soll deshalb nur auf eine zeitlich dem Widerruf vorgelagerte Frage eingegangen werden: Stehen dem Verbraucher *während des Laufs der Widerrufsfrist durchsetzbare*, also nicht bloß mit Erlöschen des Widerrufsrechts auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses rückwirkende⁴⁰ Erfüllungs- und Gewährleistungsansprüche zu? Bei Verträgen mit Widerrufsrechten nach dem Unwirksamkeitsmodell lautet die Antwort grundsätzlich „nein“;⁴¹ bei Widerrufsrechten nach dem Wirksamkeitsmodell hingegen kommt es nur darauf, wann der Vertrag (durch die Annahmeerklärung des Unternehmers) tatbestandlich zustande kommt und welche Leistungszeit maßgebend ist. Soweit individualvertraglich oder durch AGB (§ 308 Nr. 1 HS 2 BGB, bislang: § 10 Nr. 1 HS 2 AGBG) nichts anderes vereinbart, hat der Unternehmer sofort zu leisten (§ 271 I BGB). Speziell beim Fernabsatz nimmt der Unternehmer das Vertragsangebot des Verbrauchers regelmäßig aber erst mit Zusendung der Ware konkludent an. Das führt dazu, dass der Verbraucher die Lieferung der Ware hier doch nicht bereits während der Schwebezeit einklagen kann. Immerhin beginnt die Zweiwochenfrist des § 355 I 2 BGB nach § 312d II Fall 2 BGB nicht vor Eingang der Waren beim Empfänger. Dadurch ist sichergestellt, dass der Unternehmer mit der Zusendung der Ware nicht wartet, bis die Widerrufsfrist abgelaufen ist, ohne dass der Kunde etwas dagegen machen könnte. Der Kunde nicht also nicht an den Vertrag gebunden, solange er die Ware nicht begutachten konnte. Das Wirksamkeitsmodell beschert dem Verbraucher insoweit aber jedenfalls keine Vorteile gegenüber dem Unwirksamkeitsmodell.

B. Zweck des Verbraucherschützenden Widerrufsrechts

I. Widerrufsrecht und Selbstbestimmung

Das „verbraucherschützende“ Widerrufsrecht dient, wie könnte es anders sein, dem Schutz des Verbrauchers. Verbraucherschutz aber ist kein Selbstzweck und es gibt keinen Grundsatz, wonach im Rechtsverkehr die Interessen des Verbrauchers *immer* gegenüber denjenigen des Unternehmers zu bevorzugen wären. Die Freiheit, seine privatrechtlichen Angelegenheiten selbstbestimmt zu regeln (Privatautonomie) und sich selbstbestimmt vertraglich

³⁸ A.A. Begr. RegE, BT-DS 14/2658, S. 41 (zu § 3 FernAbsG), S. 60 (zu § 5 HWiG i.d.F. v. 30.6.2000). Vgl. aber Begr. RegE, BT-DS 14/2658, S. 41, zu § 3 FernAbsG: „Unterschiede in den Rechtsfolgen des Widerrufs ergeben sich durch diese Konstruktionsunterschiede nicht“; ähnlich *dies.*, a.a.O., S. 60, zu § 5 HWiG i.d.F. v. 30.6.2000: Die Neufassung solle § 5 HWiG an den neuen § 361a BGB anpassen. Es werde von der schwebenden Unwirksamkeit abgegangen und zur schwebenden Wirksamkeit nach dem Vorbild des FernUSG übergegangen. Diese Änderung bewirke „keine Änderung im Ergebnis“.

³⁹ Teil 2, C.I.4, C.II.4.

⁴⁰ Zur Rückwirkung unten C., bei Fn. 63 ff. sowie Teil 2, C.I.4.b. und II., vor 1.

⁴¹ Zu abweichenden Gestaltungsmöglichkeiten *Mankowki*, WM 2001, 793, 800.

zu binden (Vertragsfreiheit), ist u.a.⁴² Ausprägung der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG)⁴³ und der Berufsfreiheit (Art. 12 I GG). Diese Grundrechte stehen allen natürlichen und juristischen Personen bzw. allen Deutschen gleichmäßig und deshalb dem Verbraucher nicht mehr und nicht weniger zu als dem Unternehmer. Das ist ein Gebot des verfassungsrechtlichen Gleichheitssatzes (Art. 3 I GG). Das verbraucherschützende Widerrufsrecht dient dementsprechend nicht etwa dazu, dem in der Rolle des Verbrauchers agierenden Vertragspartner einen größeren Raum an Dispositionsmöglichkeiten trotz vorheriger Selbstbindung und einen kleineren an vertraglicher Selbstverantwortung als anderen Marktteilnehmern zu gewähren.⁴⁴ Aufgabe des Widerrufsrechts ist es vielmehr, den Verbraucher in bestimmten, für ihn nachteiligen Situationen in die Lage zu versetzen, seine rechtliche Freiheit *tatsächlich* in demselben Maße auszuüben, wie es dem Unternehmer vergönnt ist (Schutz der sog. „materialen“ Vertragsfreiheit⁴⁵).

II. Beeinträchtigung der Selbstbestimmung

Der Verbraucher bedarf eines besonderen Schutzes seiner tatsächlichen, materialen Selbstbestimmung immer dort, wo dem Vertragsschluss eine dem Unternehmer zurechenbare *Beeinträchtigung* seiner *Willensbildung* vorausgeht. Damit soll die „Gefahr einer unsachgemäßen Vertragsentscheidung“ vermieden werden, die einem „nochmaligen Überdenken“ des Verbrauchers nicht standhält und von der er sich innerhalb der Widerrufsfrist lösen möchte.⁴⁶ Das Widerrufsrecht kann nur vor *korrigierbaren* Beeinträchtigungen der freien Willensbildung schützen. Dort, wo die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers an äußere Grenzen stößt, hat es keinen Platz. Der Schutz der Selbstbestimmung des Verbrauchers wegen wirtschaftlicher Überlegenheit des Unternehmers bleibt anderen, insbesondere wettbewerbsrechtlichen Rechtsinstrumenten vorbehalten.⁴⁷ Das Schlagwort von der „Ungleichheit der Verhandlungsposition“⁴⁸ passt daher überhaupt nicht auf das Widerrufsrecht.⁴⁹ Der

⁴² Die Privatautonomie wird ferner durch die Garantie von Ehe und Familie (Art. 6 I GG), von Eigentum und Erbrecht (Art. 14 GG) sowie die Vereins- und Koalitionsfreiheit (Art. 9 GG) konkretisiert. Diese Grundrechte spielen im vorliegenden Kontext der schuldrechtlichen Verträge keine Rolle.

⁴³ Z.B. BAG 30.9.1993 - 2 AZR 268/93, BAGE 74, 281, unter II.8.b.: Die Privatautonomie sei „als das Prinzip der Rechtsgestaltung durch die einzelnen Rechtssubjekte nach dem Grundsatz der Selbstbestimmung“ als „Grundprinzip der Privatrechtsordnung anerkannt“ und werde „durch Art. 2 I GG verfassungsrechtlich garantiert“.

⁴⁴ Siehe zur freiheitsbeschränkenden Wirkung verbraucherschützender Widerrufsrechte BAG 30.9.1993 (Fn. 43), unter II.8.d., e., zu arbeitsrechtlichen Auflösungsverträgen: Werde „zugunsten des Arbeitnehmers ein gesetzlich nicht vorgesehenes Rücktritts- oder Widerrufsrecht konstruiert“, so werde „damit der Grundsatz »pacta sunt servanda« durchbrochen“ (unter d.). Dies stelle einen „schwerwiegenden Eingriff in die Privatautonomie“ dar (unter e.). Dass verbraucherschützende Widerrufsrechte für die Verbraucher keineswegs eine bloße Wohltat sind, zeigt sich bereits daran, dass ihre Existenz die Produkte verteuern.

⁴⁵ Hierzu näher unten Teil 2, A.

⁴⁶ Larenz/Wolf (Fn. 21), § 39, Rz. 10.

⁴⁷ A.A. wohl Zöllner, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 196 (1996), 1, 25 ff., 30, der den Zusammenhang zwischen wirtschaftlicher Unterlegenheit und Selbstbestimmung *pauschal* zu leugnen scheint: Ungleichgewichtigkeit habe „als rechtstheoretische wie als rechtspraktische Figur“ bei der Beurteilung von „vertragstheoretischen ebenso wie Rechtsanwendungsfragen“ nichts verloren.

⁴⁸ So wörtlich die Begr. RegE zu § 11 AuslInvestmG v. 13.11.1968, BT-DS 5/3494, S. 23.

Verbraucher darf nicht etwa deshalb widerrufen, weil er seinen Willen zu einem geringeren Maße in den Vertrag *einbringen* konnte als der Unternehmer, sondern weil er seinen Willen nicht ausreichend *bilden* konnte (s.u. zum materialen Willen; Teil 2, A.).

III. Typologie beeinträchtigter Selbstbestimmung

Das Gesetz definiert Situationen beeinträchtigter Selbstbestimmung des Verbrauchers im o.g. Sinne in speziellen Tatbeständen typisierend⁵⁰ durch verschiedene, über die Verbraucher-Unternehmer-Beziehung hinausgehende Qualifikationsmerkmale, die die „psychische“ oder „informationelle“ (kognitive) Beeinträchtigung der Selbstbestimmung des Verbrauchers unwiderleglich vermuten lassen.⁵¹ Prototyp einer qualifizierten, vom Gesetzgeber für regelungswürdig erachteten *psychischen* Schwäche des Verbrauchers ist der Vertragsschluss in ungeeigneten, vom Unternehmer gezielt herbeigeführten Situationen (Stichwort: „Überrumpelung“). Der Verbraucher erklärt dann typischerweise nicht das, was er bei rein sachlicher Betrachtung eigentlich erklären würde. Um diese Fälle geht es im AusInvestmG, KAGG und bei Haustürgeschäften (§§ 312 f. BGB). Die Widerrufs- bzw. Rückgabefrist beginnt jeweils erst nach Belehrung über das Widerrufsrecht,⁵² weil der Verbraucher - typisiert betrachtet - erst dann dazu in der Lage ist, sich nochmals ohne psychischen Druck Gedanken über den Vertragsschluss und von seinem Widerrufsrecht Gebrauch zu machen. Beispiel einer qualifizierten, für regelungswürdig erachteten *informationellen* Schwäche ist der Fernabsatz, wo der Verbraucher vor Vertragsschluss keine Möglichkeit hat, „das Erzeugnis zu sehen oder die Dienstleistung zu prüfen“.⁵³ Ebenfalls zu nennen sind Verbraucherdarlehensverträge, Finanzierungshilfen und Ratenlieferungsverträge (§§ 491 ff., 499 ff., 505 BGB). Dort ist der in Finanzdingen typischerweise unbedarfte Verbraucher nicht ohne weiteres in der Lage, die mit der langfristigen Bindung zusammenhängenden Gefahren sofort zu erkennen. Entsprechendes gilt für Teilzeit-Wohnrechteverträge (§§ 481 ff. BGB).

In der Konsequenz des vom Gesetzgeber anerkannten Informationsbedürfnisses des Verbrauchers in den genannten Fallgruppen liegt es, dass der Unternehmer den Verbrau-

⁴⁹ Insofern zutreffend Zöllner, AcP 196 (1996), 25 f.: Es sei vielleicht besser, „den Topos der Ungleichgewichtigkeit“ als Grund fehlender Entscheidungsfreiheit ganz zu verabschieden und allein auf die Beeinträchtigung der Selbstbestimmung abzustellen.

⁵⁰ Kritisch gegenüber dem *typisierten* Schutz der Entscheidungsfreiheit durch Widerrufsrechte Lorenz (Fn. 24), S. 212: „im besten Falle ineffektiv“. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen der Typisierung siehe BVerfG 31.5.1990 - 2 BvL 12/88, BVerfGE 82, 159, unter II.1.d.cc.: Mit einer Typisierung notwendig verbundene Ungleichheiten seien hinzunehmen, solange sie nur „geringfügig“ sind oder „nur in besonderen Fällen“ auftreten. Nach BVerfG 6.12.1983 - 2 BvR 1275/79, BVerfGE 65, 325 (unter B.II., vor 1.) müssen die Vorteile der Typisierung in jedem Falle noch „im rechten Verhältnis“ zu diesen Ungleichheiten stehen.

⁵¹ Das psychische und das intellektuelle Element der privatautonomen Selbstbestimmung findet eine Parallele bei der zivil- und strafrechtlichen Verantwortlichkeit für Vorsatz, soweit sie durch das „Wissen“ und „Wollen“ charakterisiert wird (siehe für das Zivilrecht z.B. Palandt-*Heinrichs*, § 276, Rz. 10).

⁵² § 23 II 2 i.V.m. § 19 II 3 Nr. 14 KAGG; § 11 II 2 i.V.m. § 3 II 4 AusInvestmG; §§ 312 II, 355 II 1 BGB i.V.m. § 14 BGB-Informationspflichten-VO.

⁵³ Vgl. Begr. RegE, BT-DS 14/2658, S. 36, zu § 1 IV FernAbsG.

cher über die wesentlichen Einzelheiten des Vertragsgegenstands zu informieren hat.⁵⁴ Ferner versteht sich von selbst, dass die Wirksamkeit der Willenserklärung des Verbrauchers mit dessen Informationsstand verknüpft wird: Bei Verbraucherdarlehensvertrag und Finanzierungshilfe wird der Verstoß gegen die Informationspflichten zum Teil von vornherein mit *Formnichtigkeit* sanktioniert (z.B. §§ 494 I Fall 2, 492 I 5; §§ 502 I 1, III Fall 2 BGB). In den übrigen Fällen beginnt die Widerrufsfrist nicht zu laufen, bevor der Verbraucher vom Unternehmer nicht die gesetzlichen Informationen erhalten hat bzw. bei der Lieferung von Waren nicht vor dem Tag ihres Eingangs beim Empfänger (§ 312d II BGB für den Fernabsatz; § 485 IV BGB für Teilzeit-Wohnrechte; §§ 23 II 2 KAGG, 11 II 2 AuslInvestmG für Investmentanteile). Dass das Widerrufsrecht nicht sofort mit Erlangung der zur Meinungsbildung erforderlichen Informationen erlischt, widerspricht nicht dem Gedanken der informationellen Schwäche als Regelungsgegenstand des Widerrufsrechts. Dem Verbraucher wird dadurch noch eine gewisse Zeit eingeräumt, um die neu erlangten Informationen intellektuell zu verarbeiten und das angebotene Produkt mit konkurrierenden Produkten vergleichen zu können.⁵⁵

Die Unterscheidung zwischen psychischer und informationeller Schwäche bezeichnet theoretische *Idealtypen*, die in der Praxis nicht in Reinform anzutreffen sind. Zum einen dürfte jemand, der über geringe Informationen verfügt, regelmäßig auch anfällig für psychische Beeinflussungen sein. Zum anderen gibt es Sachverhalte (Geschäftsarten, Vertriebsformen), wo psychischer Zwang und Informationsbedürfnis unabhängig voneinander gleichzeitig auftreten, ohne kausal miteinander verknüpft zu sein. Das zeigt das Beispiel des Vertriebs von Investmentfonds außerhalb der ständigen Geschäftsräume des Verkäufers oder Vermittlers. Zur Überrumpelung des Verbrauchers durch die Umstände des Vertragschlusses gesellt sich dort noch die besondere Komplexität des Vertragsgegenstands. Umgekehrt ist z.B. das Teilzahlungsgeschäft nicht nur durch seine hohe Technizität und das damit verbundene gesteigerte Informationsbedürfnis des Verbrauchers geprägt, sondern darüber hinaus durch eine psychische Zwangslage des Verbrauchers, die auf der Diskrepanz zwischen seinem - u.U. durch den Unternehmer provozierten - Konsumbedürfnis und seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit beruht.⁵⁶ In ähnlicher Weise kommt bei Teilzeit-Wohnrechten zum geschäftstypischen Informationsbedarf über Vertragspartner und -

⁵⁴ §§ 312c (Fernabsatzverträge, bislang § 2 FernAbsG) und 482 f. BGB (Teilzeit-Wohnrechte; bislang §§ 2, 2 TzWrG)), jeweils i.V.m. §§ 1 bzw. 2 der neuen BGB-Informationspflichten-VO; §§ 492, 494 BGB (Verbraucherdarlehensverträge, bislang §§ 4, 6 VerbrKrG); §§ 19 KAGG, 3 AuslInvestmG.

⁵⁵ Zur Bedeutung des verbraucherschützenden Widerrufsrechts für den Wettbewerb *Lurger*, Prinzipien eines europäischen Vertragsrechts: liberal, marktfunktional, solidarisch oder ...?, EJCL Vol. 2.1 March 1998, unter 7. (<http://law.kub.nl/ejcl/21/art21-2.html>, Abruf v. 5.3.2002): Insbesondere vorvertragliche Informationspflichten und abschlussbezogene Widerrufsrechte seien „für den machtfreien Wettbewerb“ insofern von Bedeutung, als sie „die zunächst gedämpfte *Entscheidungsfreiheit* einer ursprünglich schwächeren Vertragspartei“ wieder herstellten und sie zu einem „annähernd vollwertigen Nachfrager“ machten.

⁵⁶ Siehe zur psychischen Zwangslage des Abzahlungskäufers bereits *Philipp Heck*, Verhandlungen des 21. DJT, Bd. 2 (1890), S. 147 f., mit dem Vorschlag, dem Abzahlungskäufer ein Rücktrittsrecht zu gewähren. Die Kunden würden geschädigt „durch Verleitung zum Ankauf entbehrlicher und ihr Leistungsvermögen übersteigender Gegenstände“. Die Verleitung sei „psychologisch erklärlich, da eine erst in Zukunft zu erfüllende Verbindlichkeit im Austausch gegen einen augenblicklichen Genuss meist unterschätzt werde“ (zit. *Henrich*, FS Medicus (1999), S. 204 f.).

gegenstand die typischerweise mit dem Vertragsabschluss verbundenen Urlaubsträume und die davon ausgehende Versuchung hinzu.

C. Meinungsstand zum Rechtscharakter

In der juristischen Öffentlichkeit stoßen die verbraucherschützenden Widerrufsrechte keineswegs auf ungeteilte Gegenliebe: Während die einen dieses Rechtsinstitut als „rechtsethisch völlig legitim“⁵⁷ schätzen, betrachten es die anderen als „nicht recht durchdachtes“, „unreifes“ Rechtsgut und als systemwidrig, weil mit dem Bild des BGB vom „mündigen Bürger“ unvereinbar.⁵⁸ Dabei ist auch von der „Gefahr ideologisch bedingter Übersteigerungen“ des Verbraucherschutzes die Rede.⁵⁹ Besonderer Zündstoff liegt in dem Umstand, dass dem deutschen Gesetzgeber wegen der Vorgaben der europäischen Verbraucherschutzrichtlinien⁶⁰ bis zu einem gewissen Grade die Hände gebunden sind.

Nähere Gedanken über die Einordnung des verbraucherschützenden Widerrufsrechts in die innere Systematik des BGB hat man sich indes bislang noch kaum gemacht.⁶¹ Die einschlägigen Bewertungen zum *Unwirksamkeitsmodell* begnügen sich meistens mit der Aussage, die Widerrufsmöglichkeit sei ein Gestaltungsrecht.⁶² Rechtsprechung und ein Teil des Schrifttums halten den Übergang in die Vollwirksamkeit nach (widerrufslosem) Ablauf der Widerrufsfrist für rückwirkend,⁶³ während sich ein anderer Teil des Schrifttums für ein ex-nunc-Wirksamwerden des Vertrags ausspricht.⁶⁴ Soweit man die fehlende Rückwirkung

⁵⁷ *Canaris*, Wandlungen des Schuldvertragsrechts: Tendenzen zu einer „Materialisierung“, AcP 200 (2000), 273, 344.

⁵⁸ *Gernhuber*, WM 1998, 1797. Vgl. auch *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, 1983, S. 119, zu §§ 1b-d AbzG: „Unvereinbar mit dem marktwirtschaftlich liberalen Sozialmodell“.

⁵⁹ *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 361.

⁶⁰ Siehe die Nachweise oben in Fn. 16.

⁶¹ Siehe jüngst *Fischer*, Das verbraucherschützende Widerrufsrecht und die Schuldrechtsreform, DB 2002, 253, 258, unter „IV. Zusammenfassung und Ausblick“: Er beklagt das „fehlende Vorhandensein und die spärliche Entwicklung verbraucherrechtssystematischer Grundsätze (insbesondere im Hinblick auf das Verhältnis zum allgemeinen Zivilrecht des BGB)“ und den „Mangel an dogmatischen und systematischen Grundlagen“, der „schon angesichts der Kontroverse um § 361a BGB“ offenbar geworden sei. „Angesichts des Zusammenstehens nahezu sämtlicher verbraucherschützender Widerrufsrechte im BGB“ fordert er deshalb „ein einheitliches dogmatisches Konzept der Wirkungsweise dieser Widerrufsrechte“, „das zudem in die Systematik des BGB passt“. Aus dem älteren Schrifttum siehe z.B. *Walter*, Kaufrecht (Hb des Schuldrechts, Bd. 6), 1987, § 11 II.4.b.aa, S. 503, zum Unwirksamkeitsmodell des § 1b I AbzG: Das Widerrufsrecht sei „dogmatisch kaum einzuordnen“.

⁶² Begr. RegE zum HWiG a.F., BT-DS 10/2876 S. 11; Nachweise aus dem Schrifttum z.B. in BGH 16.10.1995 (Fn. 21), unter II.1.. A.A. BGH 16.10.1995 (a.a.O.), zum Widerrufsrecht nach § 1 I HWiG a.F., § 1 b AbzG und § 7 VerbrKrG) in Zusammenhang mit § 767 II ZPO (Näheres unten Teil 2, C.I.4.c., bei Fn. 120 f.): Der Widerruf des Kunden bewirke „nicht die Unwirksamkeit des ohnehin nicht wirksamen Vertrages“, sondern verhindere, dass der Vertrag mit Ablauf der Widerrufsfrist wirksam werde. Er bewirke „anders als die Anfechtung, der Rücktritt, die Kündigung und die Aufrechnung“ somit „keine Änderung der bis dahin bestehenden Rechtslage, sondern verhindere „eine anderenfalls ipso jure eintretende Änderung“.

⁶³ Z.B. BGH 12.6.1996 (Fn. 21), unter II.3.b., zu § 7 VerbrKrG; *Staudinger/Werner*, 13. Bearb. 1998, § 1 HWiG, Rz. 48, 50 (ohne Begründung); *Krämer*, Der Verzicht auf das verbraucherschützende Widerrufsrecht und die Rückbeziehung der vertraglichen Pflichten, ZIP 1997, 93, 99 ff.

⁶⁴ Z.B. *Staudinger/Kessal-Wulf*, 13. Bearb. 1998, § 7 VerbrKrG, 1998, Rz. 7; *Larenz/Wolf* (Fn. 21), § 39 Rz. 38, zu HWiG a.F., VerbrKrG a.F..

aus dem Gesetzeswortlaut („wird erst wirksam“) ableiten will,⁶⁵ ist die Argumentation jedenfalls nicht zwingend. Das Wort „erst“ braucht sich nicht auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens selbst zu beziehen, sondern kann auch einfach nur den Zeitpunkt bezeichnen, zu dem die (gegebenenfalls rückwirkende) Wirksamkeit des Vertrages feststeht. Für das *Wirksamkeitsmodell* der §§ 361a und b BGB a.F. bzw. §§ 355 ff. BGB behaupten die meisten, der Widerruf sei ein „besonderes Rücktrittsrecht“,⁶⁶ das den Vertrag in ein Abwicklungsverhältnis umgestalte,⁶⁷ und wirke daher - entsprechend dem heutigem Verständnis des Rücktritts⁶⁸ - nur ex nunc.⁶⁹

Die Schwierigkeiten bei der systematischen Einordnung des Widerrufsrechts beruhen darauf, dass der Wortlaut der einschlägigen Vorschriften keinen eindeutigen Aufschluss über die Wirkungsweise des Widerrufs gibt. Gleiches gilt für die europarechtlichen Vorgaben, auf denen ein Teil der Widerrufsrechte beruhen. Die Terminologie in Zusammenhang mit der Loslösung des Verbrauchers vom Vertrag wechselt nicht nur von Richtlinie zu Richtlinie und Amtssprache zu Amtssprache, sondern sogar innerhalb ein und derselben Richtlinie und Amtssprache. So ist z.B. in Art. 5 und 7 der Haustürwiderrufsrichtlinie vom Recht des Verbrauchers, „von der eingegangenen Verpflichtung zurückzutreten“ bzw. von seinem „Rücktrittsrecht“ (englisch: „right of renunciation“; französisch: „droit de renonciation“) die Rede, nach Art. 4 ist der Verbraucher aber über sein „Widerrufsrecht“ (englisch: cancellation; französisch: „droit de résilier le contrat“) nach Art. 5 zu belehren. Art. 5 der Time-Sharing-Richtlinie gewährt dem Verbraucher auf Deutsch ein „Rücktrittsrecht“, auf Englisch ein „right to withdraw“ und auf Französisch ein „droit de se rétracter“. Die Fernabsatzrichtlinie schließlich spricht in Art. 6 nach der deutschen Fassung von „Widerrufsrecht“, in der englischen aber von „right of withdrawal“ und in der französischen von „droit

⁶⁵ So Staudinger/*Kessal-Wulf*, § 7 VerbrKrG, 1998, Rz. 7 (Wortlaut sei „offenkundig“).

⁶⁶ Z.B. Palandt-*Heinrichs*, § 361a BGB a.F., Rz. 2; *ders.*, Ergänzungsband, § 357 BGB, Rz. 2; *Lorenz*, Im BGB viel Neues: Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, JuS 2000, 833; ähnlich *Fuchs*, Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzrechts, ZIP 2000, 1273, 1282 („modifiziertes gesetzliches Rücktrittsrecht“; „der Sache nach [...] ein gesetzliches Rücktrittsrecht von einem zunächst wirksam geschlossenen Vertrag“); besonders eindringlich v. *Kroppenfels*, WM 2001, 1360, 1364, zu § 355 BGB-RegE: Die Norm spreche von „Widerruf“ (i.S. einseitiger Aufhebung von Willenserklärung, a.a.O., 1363 I. Sp.), meine aber von den Rechtsfolgen her „Rücktritt“. A.A. *Gernhuber*, WM 1998, 1997, 1804, zum Widerrufsrecht nach § 4 I FernUSG a.F. (sowie nach den §§ 23 I KAGG, 11 I AuslInvestmG, hierzu oben A.II.1., bei Fn. 23 ff.): Das Widerrufsrecht sei dem Rücktritt „wesensfremd“; *Härting*, FernAbsG, 2000, Anh § 3, Rz. 11: „Kein gesetzliches Rücktrittsrecht“; *ders.*, a.a.O., Rz. 12: „merkwürdiges Zwitterwesen“.

⁶⁷ Z.B. Palandt-*Heinrichs*, § 361a BGB a.F., Rz. 7.

⁶⁸ Zu den älteren Auffassungen *Leser*, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 150-156.

⁶⁹ Für ex-nunc-Wirkung z.B. Palandt-*Heinrichs*, Ergänzungsband, § 355 BGB, Rz. 2: Durch den Widerruf wandle sich der zunächst wirksame Vertrag mit Wirkung „ex nunc in ein Rückabwicklungsverhältnis“ um; *ders.*, § 361a BGB a.F., Rz. 28; v. *Kroppenfels*, WM 2001, 1360, 1364 (zu § 355 BGB-RegE) (unter Berufung auf *Lorenz*, JuS 2000, 833, 835, zu § 361a BGB a.F.); jeweils zu § 361a BGB a.F. *Fuchs*, ZIP 2000, 1273, 1282; *Mankowski*, WM 2001, 833, 842: Es spreche „wohl mehr für eine ex-nunc-Wirkung“. A.A. (für Rückwirkung) *Prölss/Martin* (Fn. 31), zu § 8 IV VVG; ebenso *Stiefel/Hofmann*, § 1 AKB Rz. 30i, zu § 8 IV VVG; *Gernhuber*, WM 1998, 1797, 1804, zum Widerrufsrecht u.a. nach § 4 I FernUSG (freilich aus dem Blickwinkel seines an § 145, 873 II BGB angelehnten Verständnisses des „Gebundenseins“ an die Willenserklärung, s.o. A.II.1., bei Fn. 27 f.). Unentschieden *Härting*, FernAbsG 2000, Anh § 3 Rz. 12 f., angesichts seiner Einschätzung des Widerrufsrechts nach § 361a BGB als „merkwürdiges Zwitterwesen“.

de rétractation“.⁷⁰ Vorgaben für die gesetzgeberische Entscheidung zwischen Wirksamkeits- oder Unwirksamkeitsmodell dürften sich den Richtlinien kaum entnehmen lassen.⁷¹

Aus dem (vom deutschen Gesetzgeber gewählten) Begriff des „Widerrufs“ als solchem lassen sich ebenfalls keine Erkenntnisse für die systematische Einordnung dieses Rechtsbehelfs ableiten.⁷² Der Terminus „Widerrufsrecht“ oder „Widerruf“ hat im Zivilrecht keine einheitliche Bedeutung. Das BGB verwendet ihn an über zwanzig Stellen verstreut über alle fünf Bücher mit zum Teil sehr unterschiedlicher Ausgestaltung und Wirkung.⁷³

Teil 2. Das Widerrufsrecht im Schutzsystem des BGB

Nachfolgend wird die Rechtsnatur des Widerrufs unter Zuhilfenahme *materiellrechtlicher* Kriterien bestimmt. Die Ausführungen beginnen mit einem Blick auf die Bedeutung des Willens als Geltungsgrund der Willenserklärungen (A.). Im Anschluss daran wird das herkömmliche Stufensystem des BGB zum Schutz vor nicht willensgemäßer Bindung offengelegt (B.) und das verbraucherschützende Widerrufsrecht in dieses System eingeordnet (C.). Daraus ergeben sich jeweils Rückschlüsse auf die Rechtsnatur des Widerrufs.

A. Materiale Vertragsfreiheit und Recht der Willenserklärungen

Der Schutz der materialen Vertragsfreiheit, dem der gesetzliche Widerruf dient, ist nicht eine Entdeckung des Verbraucherschutzrechts, sondern bereits von Anfang an im BGB verwurzelt.⁷⁴ Die rechtliche Bindung der Teilnehmer am Rechtsverkehr an ihren nach au-

⁷⁰ Dieselbe Wortwahl in allen drei genannten Sprachen findet sich in Art. 4 I des Kommissionsentwurfs einer Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen (Fn. 16) wieder.

⁷¹ Gleicher Ansicht für die Time-Sharing- und die Haustürwiderrufrichtlinie *Mankowski*, WM 2001, 793, 802. A.A. *ders.*, a.a.O., für die Fernabsatzrichtlinie (ohne Begründung, aber m.w.N.): Zwang zu schwebender Wirksamkeit lasse sich bejahen; ebenso Begr. RegE des Gesetzes v. 30.6.2000, BT-DS 14/2658, S. 36, zu § 13a UWG: „Nach der Regelung in Artikel 6 Fernabsatzrichtlinie und dessen Umsetzung in § 3 Abs. 1 Satz 1 FernAbsG sei der Vertrag „zunächst schwebend [un]wirksam“ (Fn. 33); ebenfalls a.A. für die Haustürwiderrufrichtlinie *Boemke*, AcP 197 (1997), 161, 174 (ohne Begründung): Der Vertrag komme „zunächst rechtswirksam zustande“. Der *Autor* verneint allerdings eine entsprechende Bindungswirkung der Richtlinie für die nationalen Gesetzgeber mit dem europarechtlich kaum haltbaren Hinweis, Ziel der Richtlinie i.S. des Art. 249 S. 3 EGV (= ex-Art. 189) sei nur der Schutz vor Überrumpelung, die rechtliche Konstruktion sei „allein eine Frage des Mittels“.

⁷² Siehe *Gernhuber*, WM 1998, 1797, 1798: „Dogmatischer wertloser Allerweltsbegriff“.

⁷³ Vgl. die Systematisierungsversuche bei *Fuchs*, Zur Disponibilität gesetzlicher Widerrufsrechte im Privatrecht, AcP 196 (1996), 313, 330-343 (Systematisierung nach Funktionen), v. *Kroppenfels*, WM 2001, 1362 f., und *Düll*, Zur Lehre vom Widerruf, München 1934. *Letzterer* (a.a.O., S. 3) erkennt als kleinsten gemeinsamen Nenner aller „Widerrufe i.e.S.“ (Widerrufe i.S. der „Terminologie des Privatrechts“) die „einseitige Aufhebung von Willenserklärungen durch nachträgliche Gegenerklärung bzw. ihr gleichzusetzende konkludente Handlung“.

⁷⁴ Normen zum Schutz der materiellen Vertragsfreiheit *außerhalb* des BGB sind z.B. die §§ 13a UWG, §§ 19, 20 i.V.m. 33 GWB, § 1025 II ZPO a.F. (Unwirksamkeit des Schiedsvertrags, wenn eine Partei „ihre wirtschaftliche oder soziale Überlegenheit dazu ausgenutzt hat, den anderen Teil zu seinem Abschluss oder zur Annahme von Bestimmungen zu nötigen [...]“), § 37d IV WpHG, §§ 52, 53 II BörsG a.F. (hierzu BGH Beschl. 17.7.2001 - XI ZR 15/01, BGHZ 148, 297, unter II.2.b.aa.: Die Termingeschäftsfähigkeit kraft Aufklärung gemäß § 53 II. 2 BörsG ziele „auf wirksamen Selbstschutz durch verantwortliche Eigenentscheidung“; eingehend zum Börsentermineinwand *Reiner*, *Derivative Finanzinstrumente im Recht*, S. 86-103 sowie kritisch S. 131-162).

ßen erklärten Willen gemäß dem Grundsatz „pacta sunt servanda“ bezieht ihre innere Rechtfertigung aus der Ausübung der persönlichen Freiheit und damit aus dem tatsächlichen, in Freiheit gebildeten und ausgeübten *Willen* der Erklärenden.⁷⁵ Dabei spielt es für den vorliegenden Kontext keine Rolle, ob sich die Bindungswirkung daneben auf die Grundsätze des Verkehrs- und Vertrauensschutzes stützen lässt⁷⁶ oder aber ob das Prinzip der Selbstbestimmung alleiniger Geltungsgrund der Willenserklärung ist und der Verkehrs- und Vertrauensschutz rechtssystematisch außerhalb des Rechts der Willenserklärungen zu platzieren ist (sog. Willensdogma).⁷⁷

Jedenfalls führt auch der Gedanke der freien Selbstbestimmung für sich genommen nicht zwingend zur unmittelbaren Geltung des tatsächlich Gewollten (psychologischer, innerer oder „materialer“ Wille), und ebenso wenig verhindert er die Geltung des nicht tatsächlich Gewollten. Dementsprechend ist der „wirkliche Wille“ i.S. des § 133 BGB nicht identisch mit dem materialen Willen.⁷⁸ Die Gründe, weshalb sich der materiale Wille nicht zum alleinigen Maßstab der rechtsgeschäftlichen Bindung des Erklärenden machen lässt, sind vielfältig.

Da sind zunächst einmal *Abgrenzungsprobleme*: Der psychologische Willen erschöpft sich nicht im Steuerungsimpuls im Zeitpunkt der Erklärung; er umfasst auch dahinter liegende, nicht unmittelbar zum Vorschein tretende Schichten der Selbstbestimmung, die beliebig tief gehen können. Soll das Merkmal des „Willens“ nicht völlig ausfransen, bedarf es einer (normativen) Abgrenzung.

Weiter gibt es *Wahrnehmungsprobleme* bei empfangsbedürftigen Erklärungen: Der tatsächliche Wille zum Zeitpunkt der Erklärung ist für den Erklärungsempfänger nicht erkennbar. Noch weniger erkennbar sind vorgelagerte Fehler bei der Bildung des Willens, die auf kognitiven oder psychologischen Defiziten beruhen können. Es ist mit dem Bedürfnis des Rechts- und Wirtschaftsverkehrs nach Sicherheit nicht vereinbar, die Wirksamkeit der

⁷⁵ Vgl. BVerfG 7.2.1990 - 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242, 254, unter C.I.3.: Privatautonomie beruhe „auf dem Prinzip der Selbstbestimmung“, setze also voraus, „dass auch die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben“ seien; siehe ferner z.B. Soergel-*Hefermehl*, 13. A., 1999, vor § 116 BGB, Rz. 4: Das Erfordernis einer Willenserklärung sei „Ausdruck einer geistigen Grundrichtung, die dem Willen des Einzelnen rechtsgestaltende Kraft“ beimesse. „Die von ihm gewollte Rechtswirkung“ trete aufgrund der Rechtsordnung ein, weil sie „an den Willen die Rechtswirkung“ knüpfe; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 3. A. 1979, Bd. 2, S. 49: Wesen der Willenserklärung sei die „schöpferische Gestaltung von Rechtsverhältnissen in Selbstbestimmung“.

⁷⁶ So BGH 7.6.1984 - IX ZR 66/83, BGHZ 91, 324, 330, unter I.1.b.; BGH 2.11.1989 - IX ZR 197/88, BGHZ 109, 171, unter 3.b.bb. (jeweils zur Willenserklärung ohne Erklärungsbewusstsein); zur kombinatorischen Lehre *Franz Bydlinskis* sowie zur darauf aufbauenden „modernen Lehre“, die „die verschiedensten Prinzipien“ mit dem „Gedanken der Selbstbestimmung verknüpft“, *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, München 1995, S. 3. Nach Ansicht des historischen BGB-Gesetzgebers berechtigen die „dem Verkehrsinteresse entnommenen Erwägungen“ nicht zur „Aufgabe des grundsätzlich richtigen Willensdogmas“, könnten aber „zur Folge haben, dass bei seiner Durchführung vorsichtig verfahren und bedenklichen Konsequenzen die Anerkennung versagt“ werde (Prot. I, S. 94 = Mugdan, Bd. I, S. 457).

⁷⁷ Zum Meinungsstreit siehe z.B. *Flume*, Allgemeiner Teil, Bd. 2, S. 54-56; *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, München 1995, S. 128-202 („Das Erklärungsbewusstsein im Tatbestand der Willenserklärung“); *Singer*, Besprechung Lobinger, Rechtsgeschäftliche Verpflichtung und autonome Bindung, 1999, AcP 201 (2001), 93, 94.

⁷⁸ Hierzu Palandt-*Heinrichs*, § 133 BGB, Rz. 7.

Erklärung pauschal unter den Vorbehalt zu stellen, dass der Erklärende auch tatsächlich - und zwar in freier Selbstbestimmung - das gewollt hat, was der Empfänger nach außen erklärt hat.⁷⁹

Hinzu kommen *Beweisprobleme*: Macht der Erklärende nachträglich (zu Unrecht) geltend, er habe das Erklärte nicht gewollt, müsste der Erklärungsempfänger bei absolutem Primat des materialen Willens das Gegenteil beweisen. U.U. weiß der Erklärende später selbst nicht mehr genau, was er sich bei Abgabe der Erklärung in den tieferen Schichten seines Bewusstseins vorgestellt hat.

Schließlich entsteht als Folge der vorgenannten Schwierigkeiten ein *Konsensproblem*: Wären wirklich sämtliche Schichten des psychologischen Willens der Erklärenden maßgebend, würde es kaum jemals zu einem Konsens i.S. eines vollständig deckungsgleichen Willens kommen.

Aus den genannten Gründen richtet sich die rechtliche Bindung grundsätzlich nicht nach dem tatsächlich Gewollten (materialer Wille), sondern wenn überhaupt⁸⁰ nach dem nach außen - z.B. aus der Sicht des Empfängerhorizonts oder in der besonderen Form der letztwilligen Verfügung⁸¹ - Manifestierten („formaler“ Wille). Man spricht auch von „formaler Vertragsfreiheit“, die man der „materialen Vertragsfreiheit“, also dem Primat des tatsächlichen Willens gegenüberstellt.⁸² Das Begriffspaar „formale“/„materiale“ Vertragsfreiheit ist allerdings missverständlich, da es die Existenz verschiedener Arten von Freiheiten (Freiheitsrechten) suggeriert. Im Grunde gibt es nur eine einheitliche Vertragsfreiheit (allgemeiner: Privatautonomie): die Freiheit, sich selbstbestimmt rechtsgeschäftlich zu binden.⁸³ Diese bezieht sich, da sie das real existierende Individuum im Blick hat, notwendigerweise auf dessen tatsächlichen, also materialen Willen. Am besten also spricht man gar nicht von formaler *Vertragsfreiheit*, sondern nur von formalem *Willen*.

Der formale Wille gilt nicht um seiner selbst, sondern deshalb, weil er die „Vermutung“ in sich trägt, Ausdruck des echten, materialen Willens des Erklärenden zu sein (Richtigkeitsgewähr). Das Abstellen auf das nach außen Manifestierte ist kein Selbstzweck. Dementsprechend verschafft die geltende Rechtsordnung dem (formal) erklärten Willen

⁷⁹ Hierzu z.B. *Singer* (Fn. 77), S. 241 f. (m.w.N.): Es sei „geradezu evident“, dass die rückhaltlose Anerkennung persönlicher Fehlvorstellungen über die Zweckdienlichkeit eines Rechtsgeschäfts zu einer nicht vertretbaren Einschränkung der Verkehrstüchtigkeit rechtsgeschäftlicher Bindungen führen werde. Siehe demgegenüber aber noch *M. Wolf*, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 123-125, der die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit als Tatbestandselement der Willenserklärung betrachtet, dessen Fehlen vorbehaltlich des Vertrauensschutzes (a.a.O., S. 266 ff.) zur Unwirksamkeit der Erklärung führen soll (hierzu die Stellungnahmen von *Singer*, S. 18, *Lorenz*, S. 227).

⁸⁰ Hierzu unter B.

⁸¹ Siehe Palandt-*Edenhofer*, § 2084 BGB, Rz. 4 f., zur „Form als Auslegungsgrenze“ der letztwilligen Verfügung.

⁸² Z.B. *Singer* (Fn. 77), S. 241: Im geltenden Recht komme eine „Unterscheidung von materieller und formaler Selbstbestimmung“ zum Ausdruck; *ders.*, S. 247: Dem geltenden Recht entspreche „der Vorrang formaler Vertragsfreiheit“; *Drexler*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers, 1998, S. 7: Der Begriff der Selbstbestimmung stehe für die Materialisierung der formalen Privatautonomie („materielle Freiheit“). Siehe ferner *Fuchs*, AcP 196 (1996), 327- 330, zum formalen und materialen Verständnis der Privatautonomie; *Heinrich*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit, Tübingen 2000, S. 43-68, zu Begriff und Struktur der Vertragsfreiheit.

⁸³ S.o. Teil 1, B.I.

keineswegs ausschließlich und unbedingt Geltung mit der Folge, dass das tatsächlich Gewollte und die Freiheit zu „wollen“ völlig auf der Strecke bleiben würde. Die Rechtsordnung hält Mechanismen bereit, die die Geltung des formalen Willens in *bestimmten*, aber nicht in allen Situationen verhindern, wo feststeht, dass entweder das formal Erklärte vom tatsächlichen Willen abweicht oder aber dass der der Erklärung zugrunde liegende Wille nicht in freier Selbstbestimmung gebildet wurde. Die selektive Beschränkung des Schutzes des Erklärenden vor der Geltung des nicht tatsächlich Gewollten auf bestimmte, vom Gesetzgeber für besonders gravierend befundene Fallgruppen bietet der Vertragsfreiheit die Gewähr ihrer praktischen Realisierbarkeit.

B. Stufensystem zum Schutz der materialen Vertragsfreiheit

Die Rechtsordnung enthält inner- und außerhalb des BGB zahlreiche Mechanismen, mit denen sie den formal erklärten und geltenden Willen an den selbstbestimmt gefassten wahren Willen anbindet.⁸⁴ Die im BGB - überwiegend im allgemeinen Recht der Willenserklärungen - zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe sind nach der Schwere der Willensmängel und ihren Auswirkungen auf die Geltung der mangelbehafteten Erklärung nach außen (formaler Wille) abgestuft. Grob betrachtet lassen sich vier Schutzniveaus ausmachen.

I. Erste Stufe

Die *erste* Stufe bildet den größten Filter in der gesetzlichen Abwägung des Willensschutzes gegen den Verkehrs- und Vertrauensschutz und knüpft bereits beim (subjektiven) *Tatbestand der Willenserklärung* an: Für jede Willenserklärung verlangt man einen natürlichen Handlungswillen; unbewusstes Verhalten kann nach allgemeiner Meinung nicht zu einer rechtsgeschäftlichen Bindung führen. Zudem erforderlich ist grundsätzlich ein Erklärungswille (Erklärungsbewusstsein), also der Wille, eine rechtlich verbindliche Erklärung abzugeben. Dieser soll nach herrschender Ansicht nur dann entbehrlich sein, wenn der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können, dass seine Erklärung als Willenserklärung aufgefasst wird.⁸⁵

II. Zweite Stufe

Die *zweite* Stufe des Schutzes der materialen Willensfreiheit bilden Normen, die das *endgültige*, vollständige oder zumindest teilweise rechtliche *Scheitern* tatbestandlich immerhin existierender Willenserklärungen anordnen. Das betrifft z.B. die Nichtigkeit der Willenserklärungen Minderjähriger bis 6 Jahren sowie von Personen, die in einem die freie Willensbestimmung ausschließenden Zustand hochgradiger Bewusstseinstörung oder krankhafter Störung der Geistestätigkeit handeln (§§ 104, 105 BGB). Weiter sind hier nicht ernstlich gemeinte (§ 118 BGB) sowie Willenserklärungen zu nennen, die wegen verbots- oder sittenwidriger Beeinflussung oder sonstiger Ausnutzung der mangelhaften Fähigkeit des Ver-

⁸⁴ Für Details siehe z.B. die eingehende Untersuchung bei Lorenz (Fn. 24), S. 44-121, 213-510.

⁸⁵ Z.B. BGH 7.6.1984 (Fn. 76), unter I.1.b.; Palandt-Heinrichs, Einf v § 116 BGB, Rz. 17, m.w.N.

tragspartners zur Selbstbestimmung nach § 134 BGB,⁸⁶ vor allem aber nach § 138 BGB nichtig sind. Sehr deutlich kommt der Gedanke der Selbstbestimmung im Wuchertatbestand des § 138 II BGB zum Ausdruck („Ausbeutung einer Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilsvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen“). Aber auch § 138 I BGB dient dem Schutz der materialen Vertragsfreiheit. Das zeigt z.B. die Rechtsprechung zum „wucherähnlichen Geschäft“,⁸⁷ in deren Rahmen der „private Endverbraucher“ eine beweisrechtliche Sonderbehandlung genießt,⁸⁸ zur Sittenwidrigkeit von Bürgschafts- und Mithaftungsverträgen zwischen Banken und Angehörigen des Kreditnehmers,⁸⁹ zu sog. „Knebelungsverträgen“⁹⁰ oder zu bewusst schwer verständlich ausgestalteten Verbraucherverträgen.⁹¹ Ebenfalls in die zweite Stufe einordnen lassen sich bestimmte, die Willensfreiheit schützende Vorschriften des zwingenden Vertragsrechts, deren Verletzung zur Nichtigkeit zwar nicht des gesamten Vertrags, aber einzelner Vertragsklauseln führt (z.B. §§ 276 III, 305c I, 307 I 2, 444, 1229, 1245 III BGB). Schließlich zählen zur zweiten Stufe speziell bei vertragsbezogenen Willenserklärungen noch die Fälle der Formnichtigkeit *ohne* Heilungsmöglichkeit, soweit ihnen zumindest auch der Zweck des Übereilungsschutzes und damit zusammenhängend der Informationserteilung, also des Schutzes vor einer fehlerhaften Willensbildung, zugrunde liegt (z.B. § 761 BGB⁹²).

III. Dritte Stufe

Zur *dritten* Stufe gehören Willensmängel, die das Gesetz zwar für so schwerwiegend hält, dass es den Erklärenden vorerst nicht an seine auf den Abschluss eines Vertrags gerichtete Willenserklärung bindet, die aber nachträglich *überwindbar* sind, sofern der Vertragspartner seine Gegenerklärung bereits abgegeben hat. Das sind z.B. die Erklärungen der beschränkt geschäftsfähigen Minderjährigen ab 7 Jahren (§§ 106-113 BGB), der Vertreter ohne Vertretungsmacht (§ 177 I BGB) oder der Betreuten bei Bestehen eines Einwilligungsvorbehalts (§ 1903 BGB).⁹³ Ferner sind dieser Stufe bestimmte, mit heilbarer⁹⁴ Nich-

⁸⁶ Z.B. i.V.m. § 56 I Nr. 6 GewO wegen unzulässiger Darlehensvermittlung im Reisegewerbe (BGH 2.2.1999 - XI ZR 74/98, NJW 1999, 1636, unter II.3.a.) oder i.V.m. § 20 GWB wegen Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot (OLG Stuttgart 28.2.1997 - 2 U (Kart) 208/96, NJW-RR 1997, 1541, zu § 26 II Nr 1 GWB a.F.). Die strafrechtswidrige Täuschung oder Drohung (§§ 253, 263 StGB) dürfte nur in Ausnahmefällen zur Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts führen, da ansonsten die speziellere Regelung des § 123 BGB leer läuft.

⁸⁷ Nachweise bei Palandt-Heinrichs, § 138, Rz. 34 ff.

⁸⁸ Z.B. BGH 11.1.1995 - VIII ZR 82/94, BGHZ 128, 255, unter II.1.e.aa.: Beim „privaten Endverbraucher“ sei die verwerfliche Gesinnung des (professionellen) Vertragspartners zu vermuten, wenn der objektive Tatbestand des § 138 I BGB vorliege.

⁸⁹ BGH 13.11.2001 - XI ZR 82/01, NJW 2002, 746, unter II.1.a.

⁹⁰ Nachweise z.B. bei Palandt-Heinrichs, § 138 BGB, Rz. 39.

⁹¹ Z.B. OLG Dresden 3.11.1999 - 8 U 1305/99, ZIP 2000, 180, unter I.1., zu einem Time-Sharing-Geschäft vor dem Inkrafttreten des TzWrG v. 20.12.1996: Der Unternehmerin sei es darum gegangen, „die Willensbildung des Vertragspartners durch Verschleierung der mit dem Geschäft verbundenen Risiken zu beeinflussen“ [Hervorhebungen durch den Verf.].

⁹² Siehe Lorenz (Fn. 24), S. 106: Die Vorschrift diene dem Übereilungsschutz.

⁹³ Nicht in die dritte Stufe gehört § 105a BGB, eingefügt durch Art. 25 I des OLG-Vertretungsänderungsgesetzes v. 23.7.2002 (BGBl I, 2850). Die beiderseitige Erfüllung führt bei Geschäften des täglichen Lebens erwachsener Geschäftsunfähiger nicht etwa zur Heilung des Geschäfts. Die Wirksamkeit

tigkeit⁹⁵ (§ 125 S. 1 BGB) sanktionierte Formvorschriften für Willenserklärungen oder ganze Verträge zuzurechnen, soweit Übereilungsschutz und/oder Informationsgewährung bezweckt sind.⁹⁶ Beispiele hierfür sind die §§ 311b I 1, III, 518 BGB (notarielle Beurkundung) sowie §§ 766 S. 1, 126 BGB (einfache Schriftform), aber auch die §§ 494 I, 502 III BGB (früher: §§ 4, 6 VerbrKrG), die die Selbstbestimmung des Verbrauchers parallel zum gleichzeitig bestehenden Widerrufsrecht schützen.⁹⁷ Dass verbraucherschützender Übereilungsschutz durch Formerfordernisse und verbraucherschützendes Widerrufsrecht funktionell gleichgerichtet und u.U. austauschbar sind, kommt z.B. in § 312 III Nr. 3 BGB (früher: § 1 II Nr. 3 HWiG) oder § 491 III Nr. 1 BGB (früher: § 3 II Nr. 3 VerbrKrG) deutlich zum Ausdruck. Danach ist das Widerrufsrecht bei notarieller Beurkundung (qualifiziertes Formerfordernis) der Willenserklärung des Verbrauchers ausgeschlossen. Der Notar seinerseits ist seit neuestem⁹⁸ gemäß § 17 IIa 2 Nr. 2 HS 1 BeurkG bei Verbraucherverträgen dazu verpflichtet, dem Verbraucher ausreichend Gelegenheit zu gewähren, „sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinander zu setzen“. Nach § 17 IIa 2 Nr. 2 HS 2 BeurkG geschieht dies speziell in den Fällen des § 311b I 1, III BGB „im Regelfall dadurch, dass dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt wird“. Damit erstreckt sich der Gleichlauf mit dem Widerrufsrecht jetzt sogar auf die Dauer der dem Verbraucher eingeräumten Überlegungsfrist.

IV. Vierte Stufe

Die vierte und letzte Stufe bildet den Feinfilter des Schutzes der materialen Vertragsfreiheit im BGB. Dort wirkt sich der Verkehrs- und Vertrauensschutz als Gegenpol zur Selbstbestimmung am deutlichsten aus. Die Willensmängel sind hier dem Gesetz nicht gewichtig genug, um der Willenserklärung von vornherein die Wirksamkeit zu versagen. Sie begründen aber die einseitige nachträgliche und rückwirkende Vernichtbarkeit der Erklärung zugunsten des Erklärenden.

In erster Linie sind hier die Fälle der *Anfechtung* einzuordnen. Die Anfechtbarkeit bei Irrtum, falscher Übermittlung sowie Täuschung oder Drohung (§§ 119, 120, 123 BGB) zeigt, dass das Gesetz nur dann von einer perfekten und darum bestandskräftigen Willenserklärung ausgeht, wenn der Inhalt der abgegebenen Erklärung durch einen inneren Willen

wird lediglich „fingiert“, um die Rückabwicklung von erbrachter Leistung und Gegenleistung auszuschließen (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-DS 14/9266, S. 43).

⁹⁴ Zu Formvorschriften ohne Heilungsmöglichkeit s.o. II. (zweite Stufe).

⁹⁵ Die mit der freien *Widerruflichkeit* der Erklärung bis zur Eintragung ins Grundbuch bzw. bis zur Löschung sanktionierte Formvorschriften der §§ 873 II, 875 II BGB (an „Einigung nur gebunden“ bzw. „Erklärung nur gebunden“) sind demgegenüber in der vierten Stufe einzuordnen. Hierzu unten IV.

⁹⁶ Näher zu „Formvorschriften für Schuldverträge zum Schutz der freien Selbstbestimmung“ Lorenz (Fn. 24), S. 106 f.; siehe auch *ders.*, S. 82: Die Heilung formnichtiger Rechtsgeschäfte werde vom Gesetz typischerweise dann zugelassen, wenn der entsprechenden Formvorschrift (auch) eine Warnfunktion zukomme.

⁹⁷ Anders als beim Fernabsatz (s.o. Teil 1, B.III.) wird die Aufklärungspflicht bei Verbraucherdarlehen bzw. Finanzierungshilfen also eigenständig und nicht bloß dadurch sanktioniert, dass die Widerrufsfrist erst nach Erteilung der erforderlichen Informationen zu laufen beginnt.

⁹⁸ Art. 25 I des OLG-Vertretungsänderungsgesetzes (Fn. 93).

(„Geschäftswillen“) gedeckt ist. Ereignen sich Fehler bei der Bildung oder Abgabe des Willens, vermag es der Gedanke der Selbstbindung nicht, die rechtliche Bindung des Erklärenden zu rechtfertigen.⁹⁹ Freilich sind bei Verkehrsgeschäften - anders bei letztwilligen Verfügungen (§§ 2078 II, 2079, 2281 I, 2308 I BGB) - dem Kreis der berücksichtigungsfähigen Irrtümer Grenzen gesetzt. Willensmängel in tieferen Schichten der Willensbildung, die über den eigentlichen Inhalt der Erklärung hinauschießen, sog. Motivirrtümer, werden im Interesse der Verkehrssicherheit von der Anfechtbarkeit ausgenommen. Folglich ist die Anfechtung wegen Motivirrtums dort möglich, wo das Vertrauen des Rechtsverkehrs in den Inhalt der Erklärung wegen Kenntnis des Irrtums ganz entfällt (§ 123 I BGB) oder jedenfalls wegen Kennenmüssens nicht schutzwürdig ist (§§ 123 II BGB). Zur letzteren Fallgruppe kann man die Anfechtung nach § 119 II BGB zählen. Der Verkehr muss nämlich insoweit mit Motivirrtümern rechnen, als sie sich auf bestimmte Merkmale beziehen, die im Verkehr bekanntermaßen als wesentlich für das Rechtsgeschäft angesehen werden. Die Schadensersatzpflicht des Anfechtenden nach § 122 BGB dient dem Vertrauensschutz des Erklärungsgegners dort, wo das Verkehrsinteresse am Bestand der Erklärung hinter dem Schutz der Selbstbestimmung zurücktritt. Nicht schutzwürdig ist das Vertrauen derjenigen Verkehrsteilnehmer und Erklärungsgegnern, die den Willensmangel des Erklärenden selbst durch Täuschung oder Drohung verursachen oder von der Täuschung eines Dritten wissen. Deshalb ist in den Fällen des § 123 BGB der Motivirrtum beachtlich und steht der Anfechtbarkeit auch nicht die Hemmschwelle einer Verpflichtung zum Schadensersatz entgegen.

Ebenfalls auf der vierten Stufe einzuordnen ist die von der Rechtsprechung entwickelte, jetzt in §§ 280 I 1, 311 II BGB verankerte Schadensersatzhaftung auf Rückgängigmachung unerwünschter Verträge unter dem Gesichtspunkt der *culpa in contrahendo* (c.i.c.).¹⁰⁰ Auf die grundsätzlichen Zweifel an der Tauglichkeit der c.i.c. als Instrument zum Schutz des informationell unterlegenen Vertragspartners und auf die Vorteile einer Lösung über eine das informationelle Ungleichgewicht berücksichtigende Auslegung am Empfängerhorizont soll hier nicht weiter eingegangen zu werden.¹⁰¹ Nachdem nun das im BGB angelegte Stufensystem zum Schutz der materialen Entscheidungsfreiheit deutlich geworden ist, ist im nächsten Abschnitt (C.) zu untersuchen, inwieweit sich der verbraucher-schützende Widerruf darin einordnen lässt.

⁹⁹ Siehe v. Thur, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II/1, München 1914, § 68, S. 603: Der Grund der Anfechtbarkeit liege „in der Beeinträchtigung der Freiheit des Entschlusses, nicht in der Rechtswidrigkeit oder sittlichen Verwerflichkeit, die sich in der Handlungsweise des Täuschenden“ manifestiere; siehe auch Mot. I, S. 204 (= Mugdan, Bd. I, S. 465), zu § 123 BGB: Geschütztes Rechtsgut der Anfechtung wegen Drohung und Täuschung sei „die freie Selbstbestimmung auf rechtsgeschäftlichem Gebiete“. Die „freie, d.h. nicht rechtswidrig beeinflusste Willensentscheidung“ bilde „ein Tatbestandsmerkmal des Rechtsgeschäfts“, und ein „in dieser Hinsicht mangelhaftes Rechtsgeschäft“ werde „dergestalt als unverbindlich behandelt, dass es im Willen des Verletzten“ stehe, ob er die Nichtigkeit geltend machen“ wolle „oder nicht“.

¹⁰⁰ Ausführlich zur c.i.c. als Instrument zum „Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit“ vor fahrlässiger Täuschung und „direkter Beeinflussung“ („Überrumpelung“) Lorenz (Fn. 24), S. 387-510.

¹⁰¹ Hierzu Reiner (Fn. 74), 2. Kapitel, B.II.1., S. 169-175.

C. Systematische Einordnung des Widerrufsrechts

Da sich die soeben entwickelte Abgrenzung der Schutzstufen nach dem Grad des rechtlichen Bestands der Erklärung richtet, ist im Folgenden zwischen Wirksamkeits- und Unwirksamkeitsmodell zu unterscheiden.

I. Unwirksamkeitsmodell

Das verbraucherschützende Widerrufsrecht nach dem Unwirksamkeitsmodell lässt sich in die *dritte* Stufe des BGB-Systems zum Schutz der materialen Vertragsfreiheit, also bei denjenigen Willensmängeln einordnen, die das Gesetz zwar für so gewichtig hält, dass es den Erklärenden vorerst nicht bindet, die aber nachträglich überwindbar sind. Der Verbraucher ist wegen seiner typischen psychischen oder informationellen Schwäche im Augenblick des Vertragsschlusses in ähnlicher Weise unfähig, sich frei entsprechend seinem inneren Willen zu erklären, wie ein beschränkt geschäftsfähiger Minderjähriger oder ein Betreuer bei Bestehen eines Einwilligungsvorbehalts (§ 1903 I 1, 2, § 108 BGB). Funktionell betrachtet verlangt man damit für Geschäfte mit Unternehmern eine besondere, man könnte sagen „wirtschaftliche“ Geschäftsfähigkeit, die man Verbrauchern nicht ohne weiteres zubilligt.

1. Erklärungswirkung des Schweigens

Nach dem Unwirksamkeitsmodell führt der Ablauf der Widerrufsfrist ohne (formgültigen) Widerruf zum nachträglichen Wirksamwerden der Willenserklärung. Das Anknüpfen des Laufs der Widerrufsfrist an die vorherige, im Interesse der Rechtssicherheit formalisierte Aufklärung des Verbrauchers über das Widerrufsrecht stellt dabei sicher, dass sich der Verbraucher der Rechtsfolgen seines Schweigens bewusst ist. Der Fristablauf wirkt von daher wie eine vom Gesetzgeber typisierend und unwiderleglich vermutete, zeitlich bis zum Fristablauf hinausgeschobene und vom nunmehr freien Willen getragene *Bestätigung* der ursprünglichen Erklärung gemäß § 141 I BGB (Beurteilung als „erneute Vornahme“) im Wege konkludenten Schweigens. Trotz aller Unterschiede im Detail ist dieser Vorgang willentheoretisch vergleichbar mit der Heilung eines formunwirksamen Verpflichtungsvertrags durch Vollendung des Erfüllungsgeschäfts,¹⁰² mit der Genehmigung durch den ohne Vollmacht Vertretenen oder auch mit der Genehmigung des Minderjährigen nach Erlangen der Volljährigkeit.¹⁰³ Im Falle des Widerrufsrechts geht das Gesetz also - wiederum unwiderleglich und damit typisierend - davon aus, dass der Verbraucher spätestens bis zum Ablauf der Widerrufsfrist und der damit verbundenen Bedenkzeit die Fähigkeit, gegenüber dem Unternehmer seinen wahren Willen zu äußern, nachträglich noch erlangt. Es leuchtet von daher ohne weiteres ein, dass der Beginn der Widerrufsfrist immer dort zu-

¹⁰² Siehe als Beleg für die Verwandtschaft von Heilung und Bestätigung die Rspr., nach der die Auslegungsnorm des § 141 II BGB auf die Heilung von Formvorschriften entsprechend anwendbar ist (BGH 13.11.1960 - V ZR 135/58, BGHZ 32,11, 12 f.). Zum Streit um die rechtstheoretische Einzuordnung der Heilungswirkung bei Formverstößen siehe z.B. *Häsemeyer*, Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte, 1971., S. 88 ff.

¹⁰³ Der in die Volljährigkeit eingetretene ehemals Minderjährige wird insoweit stärker vor unfreiwilliger Selbstbindung geschützt als der widerrufsberechtigte Verbraucher, als seine ausdrückliche oder konkludente Genehmigung des Vertrags gemäß § 108 III, I, II BGB nicht etwa unwiderleglich vermutet wird, sondern konkret nachgewiesen werden muss bzw. im Falle des § 108 II 2 BGB nach Fristablauf als verweigert gilt.

sätzlich zur Aufklärung über das Widerrufsrecht an die Erteilung von besonderen, vertragsbezogenen Informationen gekoppelt wird, wo das Widerrufsrecht dem Schutz vor der informationellen Schwäche dient. Denn solange er diese Informationen noch nicht besitzt, kann der Verbraucher „wirtschaftlich“ nicht „geschäftsfähig“ werden und kann seinem Schweigen deshalb selbst bei typisierender Betrachtung keine Erklärungswirkung beigemessen werden.

Die Bindung des *Unternehmers* an seine Willenserklärung während der Schwebefrist, der Umstand also, dass dem Unternehmer anders als dem Vertragspartner des Minderjährigen bzw. des ohne Vertretungsmacht Vertretenen (§§ 109 I, 178 S. 1 HS 1 BGB) bis zur Bestätigung bzw. Genehmigung kein Widerrufsrecht zusteht, spricht nicht gegen den Vergleich, sondern bestätigt ihn. Nach den §§ 109 II, 178 S. 1 HS 2 BGB ist der Vertragspartner seinerseits nämlich dann nicht reueberechtigt, wenn er die Voraussetzungen der schwebenden Unwirksamkeit bei Vertragsschluss kennt. Das ist bei Verbraucherverträgen nach der Konzeption des Gesetzes der Fall, denn der Unternehmer ist dazu angehalten, den Verbraucher über dessen Widerrufsrecht aufzuklären (§ 355 II BGB; bislang § 361a I 3, 4 BGB a.F.).

Im Schrifttum wird gegen die hier vertretene Deutung des Unwirksamkeitsmodells vorgebracht, der Gedanke, die Widerrufsfrist gebe dem Verbraucher die Gelegenheit, sich erneut die Frage zu stellen, ob es für ihn sinnvoll sei, den Vertrag abzuschließen, und eben deshalb werde „in Gestalt einer wiederholten Willenserklärung ein Tatbestandselement des Vertrages gesetzt“, wenn der Widerruf unterbleibe, sei zwar „naheliegend“, habe aber „keine Überzeugungskraft“. „Bereits die Tatbestandselemente einer Willenserklärung“ seien „im schlichten Unterlassen des Widerrufs nicht festzustellen“.¹⁰⁴ Diese Auffassung verkennt, dass auch in sonstigen Bereichen des Zivilrechts dem Schweigen ungeachtet des konkreten Vorliegens der Tatbestandsvoraussetzungen einer Willenserklärung ausnahmsweise rechtsgeschäftliche Bedeutung beigemessen wird.¹⁰⁵ Man denke nur an das Schweigen des unfreiwillig Beschenkten nach § 516 II BGB, des Kaufmanns nach § 362 I HGB oder dessen Schweigen auf den Zugang eines kaufmännischen Bestätigungsschreibens sowie das Schweigen des Versicherungsnehmers auf einen vom Versicherungsantrag abweichenden Versicherungsschein bzw. auf die Aushändigung der Versicherungsbedingungen im Rahmen des *Widerspruchsrechts* der Versicherungsnehmers (§§ 5, 5a VVG). Dabei kann es für die vorliegenden Zwecke offen bleiben, ob die Bindungswirkung des Schweigens über den konstruktiven Umweg der Fiktion einer Willenserklärung nach Ablauf einer Frist¹⁰⁶ oder aber „unmittelbar“ kraft Gesetzes bzw. „kraft des von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft entwickelten Rechtssatzes“ wirkt.¹⁰⁷

¹⁰⁴ *Gernhuber*, WM 1998, 1797, 1799.

¹⁰⁵ Siehe z.B. den Überblick bei *Kort* in: Ebenroth/Boujong/Joost, Bd. 2, 2001, § 346 HGB, Rz. 28 ff. („Die Bedeutung des Schweigens“).

¹⁰⁶ So *Kort* (Fn. 105), Rz. 33, zu § 362 HGB.

¹⁰⁷ So *Flume*, Allgemeiner Teil, Bd. 2, S. 666, zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben („vergleichbar der gesetzlichen Regelung des § 362 HGB“); siehe auch *ders.*, a.a.O.: Das Schweigen sei „keine Erklärung“, sondern ein „Nicht-Erklären“. Gänzlich ohne Bezug zum *Willen* des Erklärenden kommt freilich auch *Flume* nicht aus, wie an den folgenden Ausführungen deutlich wird (a.a.O., S. 666 f.): Die Geltung des unwiderspro-

Zu klären bleibt noch der exakte Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher „wirtschaftlich geschäftsfähig“ wird. Entscheidet sich der Verbraucher dafür, sein Widerrufsrecht nicht auszuüben, genügt die Feststellung, dass er jedenfalls spätestens eine logische Sekunde vor Fristablauf die notwendige materiale Entscheidungsfreiheit erlangt hat. Mehr lässt sich dem Gesetz nicht entnehmen.¹⁰⁸ Ob der Verbraucher dabei auch physisch die Möglichkeit hatte, den Widerruf noch rechtzeitig zu erklären (Bsp.: urlaubsbedingte Abwesenheit während des Laufs der Widerrufsfrist), wird im Rahmen der Typisierung ebenso außer Betracht gelassen wie das tatsächliche Erlangen der materialen Vertragsfreiheit. Widerruft der Verbraucher, stellt sich die Situation nicht anders dar. Das Gesetz verleiht dem Widerruf zwar selbst dann Rechtswirkungen, wenn er schon zu Beginn des Laufs der Widerrufsfrist erklärt wird. Dass dies aber nicht bedeutet, dass der Verbraucher aus der Sicht des Gesetzgebers *insofern* schon von Beginn an „wirtschaftlich geschäftsfähig“ ist,¹⁰⁹ ergibt sich aus dem Rechtscharakter des Widerrufs (2.).

2. Rechtscharakter des Widerrufs

Der Widerruf nach dem Unwirksamkeitsmodell ist keine Willenserklärung, sondern bloße Rechtshandlung.¹¹⁰ Seine Rechtsfolgen - Zerstören des Rechtsscheins des Schweigens und endgültige Unwirksamkeit des Vertrags - treten auch dann ein, wenn die subjektiven Voraussetzungen einer Willenserklärung (z.B. Geschäftsfähigkeit) nicht erfüllt sind. Anders als die Rechtsfolgen des Schweigens benötigen sie zu ihrer Rechtfertigung nicht der Anbindung an den privatautonomen Willen des Verbrauchers. Der Widerruf ist zwar *geschäftsähnliche* Handlung i.S. einer auf einen tatsächlichen Erfolg gerichteten Erklärung, deren Rechtsfolgen kraft Gesetzes eintreten.¹¹¹ Die gesetzlichen Vorschriften für Willenserklärungen sind aber insoweit nicht auf den Widerruf anwendbar, als sie (allgemeine) Ge-

chenen kaufmännischen Bestätigungsschreibens beruhe auf der Erwägung, dass wer die Geltung nicht *wolle*, widersprechen möge und ein ordentlicher Kaufmann eben, wenn er die Geltung nicht *wolle*, widerspreche [Hervorhebungen durch den Verf.].

¹⁰⁸ Vgl. BGH 26.10.1993 - XI ZR 42/93, BGHZ 123, 380, unter IV., zu § 1 HWiG a.F.: Das Gericht erstreckt dort das Widerrufsrecht auf ein nachfolgendes inhaltsgleiches Geschäft während der Widerrufsfrist und geht damit der Sache nach von der fortdauernden Beschränkung der Entscheidungsfähigkeit des Verbrauchers während des Laufs der Widerrufsfrist aus. Dies ergebe sich aus dem Umgehungsverbot des § 5 I HWiG. Denn der mit dem Gesetz verfolgte verbraucherschützende Zweck würde verfehlt, wenn das Widerrufsrecht durch eine derartige Aufspaltung in ein in der Überrumpelungssituation des § 1 HWiG eingeholtes Angebot und einen später abgeschlossenen, wirtschaftlich identischen Vertrag ausgeschlossen werden könnte. Das gelte jedenfalls dann, wenn der Kunde durch den Verstoß gegen § 1 HWiG in eine Lage gebracht worden sei, in der er in seiner Entschließungsfreiheit beeinträchtigt sei, den ihm später vom Vertragspartner angebotenen Vertrag zu schließen oder davon Abstand zu nehmen (m.w.N.).

¹⁰⁹ S.u. unter II.4.a. die entsprechende Fragestellung beim Wirksamkeitsmodell.

¹¹⁰ Insofern gleicher Ansicht Erman-Saenger, 10. A., § 7 VerbrKrG, Rz. 26: Der Widerruf stelle keine unmittelbar auf die Herbeiführung einer Rechtsfolge gerichtete Erklärung dar, sondern bewirke nur mittelbar, dass die auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung nicht nach § 7 I VerbrKrG („wird erst wirksam“) wirksam werde. Der Widerruf sei hiernach nicht Willenserklärung. Zum Begriff der Rechtshandlung siehe Flume, Allgemeiner Teil, Bd. 2, S. 104 ff.; ders., S. 105: „Gegenbegriff zum Begriff des Rechtsgeschäfts“, „Abstraktion aller in der Rechtsordnung formierten Tatbestände, nach welchen eine nicht rechtswidrige Handlung rechtlich relevant ist, ohne dass es sich um ein Rechtsgeschäft handelt“.

¹¹¹ So die Begrifflichkeit bei Palandt-Heinrichs, Überl § 104 BGB, Rz. 6.

schäftsfähigkeit voraussetzen.¹¹² Aus demselben Grund ist es nicht etwa ein Systembruch, dass der Widerruf des Verbrauchers seine Rechtswirkungen selbst dann zeitigt, wenn er schon zu Beginn des Laufs der Widerrufsfrist erklärt wird.

3. Ansicht von der nichtvollendeten Erklärung

Nach einem alternativen, im Schrifttum nur vereinzelt, aber von gewichtiger Seite vertretenen Ansatz zur Deutung des Unwirksamkeitsmodells bleibt die Willenserklärung bis zum (widerrufslosen) Ablauf der Widerrufsfrist *unvollendet*. Danach bleibt eine wegen Bestehens eines Widerrufsrechts „unwirksame“ Willenserklärung des Verbrauchers *unvollendet*. Das soll sich aus einem Vergleich mit den §§ 130, 131 BGB ergeben, wo das „Wirksamwerden“ den Zeitpunkt bezeichnet, zu dem die Willenserklärung als rechtsgeschäftlicher Akt vollendet wird und frühestens ihre intendierten inhaltlichen Wirkungen entfalten kann.¹¹³ Solange die Verbrauchererklärung aber nicht vollendet sei, fehle dem Vertrag bereits das *Tatbestandselement* einer wirksamen Willenserklärung des Verbrauchers.¹¹⁴ Der Verbrauchervertrag sei deshalb nicht etwa schwebend unwirksam, sondern überhaupt nicht zustande gekommen.¹¹⁵

Gemäß dieser Sichtweise erscheint der Schutzmechanismus des verbraucherschützenden Widerrufsrechts a priori demjenigen vergleichbar, der über das Merkmal des Erklärungsbewusstseins als Tatbestandsvoraussetzung einer Willenserklärung erreicht wird. Man könnte insofern daran denken, das Unwirksamkeitsmodell statt auf der *dritten* bereits auf der *ersten* Stufe des Systems zum Schutz der materialen Vertragsfreiheit einzuordnen. Bei näherem Hinsehen passt aber weder die erste Stufe noch irgendeine andere, weil ja beim Widerrufsrecht anders als in den Fällen des Stufenmodells bereits der *äußere* Erklärungstatbestand der Willenserklärung fehlen soll. Diese Behauptung widerspricht dem Umstand, dass das Widerrufsrecht seine Rechtfertigung in *inneren* (kognitiven und psychologischen) Mängeln der Willenserklärung findet. Der Deutungsansatz von der unvollendeten Willenserklärung lässt die argumentative Brücke zwischen der unzureichenden Selbstbestimmung des Verbrauchers und dem Ausbleiben der Gestaltungswirkung vermissen. Subjektive Defizite des Verbrauchers vermögen nicht zu erklären, warum der unbestreitbar reale Akt der objektiven Erklärungshandlung von der Rechtsordnung als ungeschehen bzw. nicht zugegangen *fingiert* werden soll. Konsequenterweise dürfte die Verbrauchererklärung dann auch nicht nachträglich mit Ablauf der Widerrufsfrist doch noch Wirkung entfalten. Denn ein Nicht-Rechtsgeschäft lässt sich nicht nach § 141 II BGB bestätigen.¹¹⁶ Im Übrigen sind selbst Willenserklärungen eines Geisteskranken, Kleinkinds oder Scheinerklärungen

¹¹² Wohl a.A. Erman-Saenger, 10. A., § 7 VerbrKrG, Rz. 26: Der Widerruf sei „ähnlich etwa der Mängelrüge im Falle des § 377 HGB“ als Rechtshandlung aufzufassen, unterliege aber „als solche dem für rechtsgeschäftliche Erklärungen geltenden Regeln“, insbesondere sei er auslegungsfähig. Siehe auch allgemein zu geschäftsähnlichen Handlungen Palandt-Heinrichs, Überl § 104 BGB, Rz. 7: Bei der rechtlichen Behandlung dürfe nicht schematisch verfahren werden; auf die Mehrzahl seien aber die Vorschriften über Willenserklärungen entsprechend anwendbar.

¹¹³ Gernhuber, WM 1998, 1797, 1798.

¹¹⁴ Gernhuber, WM 1998, 1797, 1800.

¹¹⁵ Gernhuber, WM 1998, 1797, 1799.

¹¹⁶ Flume, Allgemeiner Teil, Bd. 2, S. 550.

gen nicht etwa nichtexistent, sondern lediglich nichtig (§§ 104, 105 oder § 117 I BGB), obwohl sie an noch größeren Willensmängeln leiden als Verbrauchererklärungen in Situationen beeinträchtigter Selbstbestimmung. Der Ausgangspunkt der berichteten Ansicht, die Unterstellung nämlich, der Gesetzgeber verwende den Begriff der „Wirksamkeit“ in Verbraucherschutzgesetzen in derselben Weise wie in §§ 130 f. BGB, kann also nicht richtig sein.

4. Folgerungen

Die oben (1., 2.) entwickelte Konzeption zum Verständnis des Widerrufsrechts nach dem Unwirksamkeitsmodell entfaltet vielfache praktische Konsequenzen.

a. Anfechtbarkeit des Schweigens

Die Anfechtbarkeit der Erklärungswirkung des Schweigens nach Ablauf der Widerrufsfrist orientiert sich an denselben Grundsätzen wie beim Schweigen auf ein kaufmännisches Bestätigungsschreiben.¹¹⁷ Somit ist dem Verbraucher der Weg einer Anfechtung wegen Irrtums über die rechtliche Bedeutung seines Schweigens verwehrt. Dementsprechend sorgt der Gesetzgeber mit der Obliegenheit des Unternehmers zur Belehrung über die Widerrufsmöglichkeit dafür, dass ein solcher Irrtum gar nicht erst eintreten kann. Denkbar ist demgegenüber eine Anfechtung des zur Wirksamkeit erstarkten Geschäfts wegen eines Irrtums über einen anderen Umstand als die Erklärungsbedeutung des Schweigens.¹¹⁸

b. Rückwirkung des Schweigens

Die streitige Frage, ob die Verbrauchererklärung mit (widerrufslosem) Ablauf der Widerrufsfrist mit oder ohne Rückwirkung zur Wirksamkeit erstarkt,¹¹⁹ lässt sich aus dem Gesetzeswortlaut (§§ 23 I KAGG, 11 I AusInvestmG: „ist [...] nur gebunden“) nicht beantworten. Das gilt auch für die bis zum 30.6.2000 gebräuchliche Version des Unwirksamkeitsmodells (§ 1 I HWiG a.F., § 7 I VerbrKrG a.F., § 5 TzWrG a.F.: „wird erst wirksam“). Das Wort „erst“ ist nämlich doppeldeutig, es kann sich sowohl auf einen ex post zurückblickenden (Rückwirkung) als auch auf einen ex ante in die Zukunft blickenden, abwartenden (keine Rückwirkung) Betrachter beziehen. Begreift man die Rechtswirkung des Schweigens während der Widerrufsfrist jedoch als Bestätigung eines unwirksamen Rechtsgeschäfts, kann der Verbrauchervertrag nur *ex nunc*, also nicht für die Vergangenheit wirksam werden. Nach § 141 I BGB hat die Bestätigung nämlich lediglich den Rechtscharakter einer Neuvernahme. Nicht völlig von der Hand zu weisen und ebenfalls systemkonform wäre aber noch ein anderer Weg: eine Analogie zur Genehmigung des volljährig geworde-

¹¹⁷ Hierzu BGH 3.3.1956 - IV ZR 314/55, BGHZ 20, 149 (ohne Gliederungspunkte): Die Rechtswirkungen, die dadurch ausgelöst würden, dass der Empfänger eines Bestätigungsschreibens dieses unbeantwortet lasse, beruhen „nicht auf seiner - zu unterstellenden - zustimmenden Willenserklärung“, sondern darauf, „dass er nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Anschauungen des Verkehrs für verpflichtet gehalten“ werde, „dem Inhalt des Bestätigungsschreibens zu widersprechen“. Daher komme es „auf einen Willen des Empfängers und einer etwaigen Äußerung dieses Willens“ nicht an; *Hopt*, 30. A., 2000, § 346 HGB, Rz. 33, allgemein zur Anfechtbarkeit des Schweigens im „Handels- und Berufsverkehr“, sofern es als Zustimmung gilt.

¹¹⁸ So *Flume*, Allgemeiner Teil, Bd. 2, S. 668, zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben.

¹¹⁹ S.o. Teil 1, C.

nen Vertragspartners nach § 108 I, III BGB, die nach den §§ 184 I, 182 BGB Rückwirkung entfaltet. Freilich liegt die zuerst genannte Lösung näher am Gesetzeswortlaut.

c. Präklusion

Seit Bekanntwerden der Entscheidung BGH 16.10.1995¹²⁰ gilt ein Hauptteil der Diskussion zum Rechtscharakter des verbraucherschützenden Widerrufsrechts der zivilprozessualen Frage, ob ein Widerrufsrecht, das bereits zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung vor dem Prozessgericht bestand, nachträglich im Wege der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 ZPO geltend gemacht werden kann. Der BGH hatte entschieden, der Widerruf nach dem Unwirksamkeitsmodell (im Fall: § 1 I HWiG a.F.) sei keine „neue, die Rechtslage ändernde Tatsache“. Der Vertrag sei bis zum Ablauf der Widerrufsfrist vielmehr ohnehin unwirksam und der Widerruf verhindere, dass der Vertrag mit Ablauf der Widerrufsfrist wirksam werde. Anders als Anfechtung, Rücktritt, Kündigung und Aufrechnung bewirke der Widerruf „somit keine Änderung der bis dahin bestehenden Rechtslage“, sondern verhindert „eine anderenfalls ipso jure eintretende Änderung“.¹²¹

Aus Sicht des hier vertretenen Verständnisses des Unwirksamkeitsmodells gibt es gegen diese Argumentation nichts einzuwenden. Entscheidend für die Präklusion von Einwendungen ist, ob die betreffende Einwendung bereits im Prozess - ggf. nach Ausübung eines entsprechenden Gestaltungsrechts - hätte vorgebracht werden können. Das ist bei der Unwirksamkeit des Vertrags während des Laufs der Widerrufsfrist der Fall. Diese Einschätzung führt nicht etwa dazu, dass der Verbraucher aus prozessualen Gründen gezwungen wäre, sich bereits während des Prozesses zu entscheiden, ob er sein Widerrufsrecht ausüben will oder nicht. Vielmehr steht diese Wahlmöglichkeit dem Verbraucher auch nach Beendigung des Prozesses noch offen, falls die Widerrufsfrist dann noch läuft. Lässt er diese Frist widerrufslos ablaufen, begründet das eine nicht präkludierte nachträgliche Einwendung, die den durch Urteil festgestellten Anspruch betrifft.

d. Verzichtbarkeit

Die vor allem vor der Gesetzesreform 2000 ausgiebig diskutierte Frage, ob der Verbraucher während des Laufs der gesetzlichen Widerrufsfrist auf sein Widerrufsrecht nach dem Unwirksamkeitsmodell *verzichten* kann,¹²² ist im Anwendungsbereich von KAGG und AuslInvestmG nach wie vor aktuell. In §§ 23 V KAGG, 11 V AuslInvestmG heißt es dazu ausdrücklich, dass auf das Recht zum Widerruf „nicht verzichtet werden“ kann. In der einschlägigen Kommentarliteratur werden diese Worte dahingehend ausgelegt, der Käufer könne nur nicht „im Voraus“ den Verzicht erklären. Zulässig sei dagegen, auf die Ausübung des entstandenen und erkannten Widerrufsrechts zu verzichten.¹²³

¹²⁰ BGH 16.10.1995 (Fn. 21), BGHZ 131, 82.

¹²¹ BGH 16.10.1995 (Fn. 21), unter II.1.

¹²² Für Verzichtbarkeit nach Vertragsschluss z.B. *Fuchs*, AcP 196 (1996), 313, 355; *Krämer*, ZIP 1997, 93, 93 ff.. Dagegen z.B. *Bülow*, Einseitiger Verzicht des Verbrauchers auf sein Widerrufsrecht?, ZIP 1998, 945, 945 ff.; Palandt-*Putzo*, § 5 HWiG, Rz. 7; LG Fulda 26.2.1987 - 4 O 394/86, NJW-RR 1987, 1460, 1461 (Verzicht bei Vertragsschluss).

¹²³ *K. Beckmann/Scholtz*, Investment, Bd. 1, § 23 KAGG, Rz. 14.

Nach dem hier vertretenen Erklärungsansatz des Unwirksamkeitsmodells ist die Frage der Verzichtbarkeit einfach zu beantworten: Da der Widerruf kein Gestaltungsrecht, sondern bloße Rechtshandlung ist, ist ein „Verzicht“ in dem Sinne, dass er einen nachfolgenden Widerruf automatisch „unwirksam“ machen würde, gar nicht möglich. Selbst wenn der Verbraucher darauf „verzichtet“ hat, bleibt es ihm unbenommen, den Rechtsschein des Schweigens durch die Erklärung, nicht mehr am Vertrag festhalten zu wollen, zu zerstören. Der Verzicht könnte also höchstens schuldrechtlich wirken mit der Folge, dass der Verbraucher bei Zuwiderhandeln zu Schadensersatz verpflichtet wäre. Das aber würde eine entsprechende Vereinbarung mit dem Unternehmer vor Ablauf der Widerrufsfrist voraussetzen. Dieser Weg bleibt dem Verbraucher verschlossen, denn das Gesetz geht typisierend davon aus, dass der Verbraucher die volle Widerrufsfrist zum Erwerb seiner „wirtschaftlichen Geschäftsfähigkeit“ benötigt. Es enthält keinerlei Anhaltspunkte, die es erlauben würden, abweichend hiervon in Einzelfällen einen früheren Zeitpunkt zugrunde zu legen. Für den Verzicht muss man, will man die gesetzlichen Wertungen des Verbraucherschutzes nicht unterlaufen, dasselbe Maß an Entscheidungsfähigkeit voraussetzen wie für die ursprüngliche Willenserklärung.¹²⁴

e. Konkurrenzen

Das Verhältnis des Widerrufsrechts nach dem Unwirksamkeitsmodell zur Anfechtung stellt sich wie folgt dar: Mindestens bis zum (widerrufslosen) Ablauf der Widerrufsfrist gibt es keine wirksame, auf den Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung des Verbrauchers. Nach Ausüben des Widerrufsrechts fehlt eine solche Erklärung sogar endgültig. Dennoch muss man Rechtsbehelfe, die eine wirksame Willenserklärung logisch voraussetzen, grundsätzlich für zulässig erachten, da eine rechtliche Unwirksamkeit immer nur im Rahmen des jeweiligen Zwecks der Unwirksamkeit gilt.¹²⁵ Das entspricht der sog. Lehre von den Doppelwirkungen. Die Anfechtung des schwebend unwirksamen Vertrages wegen Irrtums bzw. Täuschung oder Drohung ist demnach ebenso denkbar¹²⁶ wie das Verlangen nach Rückgängigmachen unter dem Gesichtspunkt der c.i.c..¹²⁷ Im Zweifel muss man das Begehren des Verbrauchers nach Rückabwicklung des Vertrags im Sinne des für ihn günstigsten

¹²⁴ A.A. *Fuchs*, AcP 196 (1996), 356 f.: Die einseitige Disposition über das Widerrufsrecht sei (trotz § 18 S. 1 VerbrKrG) möglich, wenn der Verbraucher „in einer bewussten, unbeeinflussten, nicht übereilten Entscheidung“ nachträglich auf sein Widerrufsrecht verzichte. In diesem Fall habe das gesetzliche Widerrufsrecht seine Funktion erfüllt, dem Verbraucher eine zusätzliche Bedenkzeit einzuräumen und ihm Gelegenheit zu geben, sich von der zunächst gewollten vertraglichen Bindung wieder zu lösen. Der *Autor* übersieht, dass die von ihm zu Recht für den wirksamen Verzicht vorausgesetzte „bewusste, unbeeinflusste, nicht übereilte Entscheidung“ nicht *losgelöst* von der anfänglichen, das Widerrufsrecht begründenden und bis zum Ende der Widerrufsfrist fortdauernden Befangenheit des Verbrauchers betrachtet werden darf.

¹²⁵ Vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil, Bd. 2, S. 548: Die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts sei stets „in Hinsicht auf den Nichtigkeitsgrund“ zu sehen; *R. Beckmann*, Nichtigkeit und Personenschutz, 1998, S. 444: Nur der durch die Nichtigkeitsnorm Geschützte dürfe sich auf Nichtigkeit berufen.

¹²⁶ So z.B. auch *MünchKomm-Ulmer*, 3. A., vor § 1 HWiG, Rz. 22, 26 f.; a.A. wohl *Ebke/Neumann*, Faule Praktiken bei Verkaufsveranstaltungen, JURA 2000, 191, 196: Das Anfechtungsrecht trete hinter das Widerrufsrecht zurück, solange der Verbraucher sein Widerrufsrecht nach dem HWiG noch ausüben dürfe.

¹²⁷ A.A. *Lorenz* (Fn. 24), S. 171, sowie *Canaris*, AcP 200 (2000), 346, die davon auszugehen scheinen, dass das Widerrufsrecht die c.i.c. verdrängt.

Rechtsbehelfs auslegen. Dies dürfte regelmäßig der Widerruf sein, solange die Widerrufsfrist noch läuft.

II. Wirksamkeitsmodell

Das Widerrufsrecht nach Art der §§ 355 f. BGB (361a und b BGB a.F. sowie § 4 I Fern-USG) lässt sich der *vierten* Stufe des dargelegten Schutzsystems zuordnen. Der Systemwechsel von 2000 ist dahingehend zu interpretieren, dass das Gesetz die Willensmängel des Verbrauchers in Widerrufssituationen nunmehr für weniger schwerwiegend erachtet als zuvor.¹²⁸ Die Willensmängel des Verbrauchers sind dem BGB-Gesetzgeber nicht gewichtig genug, um der Willenserklärung von vornherein die Wirksamkeit zu versagen. Sie begründen aber die nachträgliche, und zwar entgegen der h.M. *rückwirkende*¹²⁹ Vernichtbarkeit der Erklärung. Der Widerruf ähnelt als Gestaltungsrecht damit funktionell und rechtstechnisch der *Anfechtung* (§ 142 I BGB),¹³⁰ nicht aber dem Rücktritt.¹³¹ Der Rücktritt (§ 346 ff. BGB) ist gar nicht Teil des Vierstufenmodells des BGB zum Schutz der materialen Willensfreiheit. Dass der Widerruf von allen vier herkömmlichen Regelungsstufen der vierten (Anfechtung) relativ am nächsten kommt, beweist zwar für sich noch nicht die absolute Wesensverwandtschaft von Widerruf und Anfechtung. Schließlich beruht dieser Umstand auf der bislang noch nicht gesicherten, sondern im Gegenteil zu beweisenden Prämisse, dass sich das Widerrufsrecht in das überkommene Systematik des BGB einordnen lässt. Es gibt aber eine ganze Reihe von gewichtigen Argumenten, die diese Verwandtschaft unabhängig vom Vierstufenmodell belegen und die nachfolgend dargelegt werden. Sie betreffen die funktionelle Nähe zur Anfechtung (1.), den Gegenstand und die Wirkung der Gegenerklärung (2.) sowie die Art der Rückabwicklung nach Widerruf (3.).

1. Funktionelle Nähe zur Anfechtung

Der Vergleich des verbraucherschützenden Widerrufs mit der Anfechtung provoziert sofort den Einwand, die Anfechtung sei an Voraussetzungen (Willensmängel) gebunden, während

¹²⁸ Vgl. aber Begr. RegE zu § 3 FernAbsG, BT-DS 14/2658, S. 41: „Unterschiede in den Rechtsfolgen des Widerrufs ergeben sich durch diese Konstruktionsunterschiede nicht [...]“.

¹²⁹ S.u. unter 4.e.

¹³⁰ In diese Richtung *Gernhuber*, WM 1998, 1997, 1804: Wenn sich überhaupt eine altbekannte Unterart der Gestaltungsrechte „als benachbart, verwandt oder gar als aufnahmebereit“ anbiete, so kämen „allenfalls die Anfechtungsrechte in Betracht, mit denen die Widerrufsrechte jedenfalls den Gegenstand und die Wirkungen der Rechtsausübung“ teilten. Allerdings sieht *Gernhuber* (a.a.O.) dennoch „unüberbrückbare Differenzen bei den Tatbeständen, die die Gestaltungsrechte begründen“ (hierzu noch unten unter 1., bei Fn. 133). Ferner *Härting*, FernAbsG, 2000, Anh § 3 Rz. 12: In Bezug auf die Rechtswirkung der „schwebenden Wirksamkeit“ bestehe „kein Unterschied zum Anfechtungsrecht“; einschränkend *ders.*, a.a.O., Rz. 13: Das Widerrufsrecht sei nicht „klar wie ein Anfechtungsrecht ausgestaltet“. Ansatzweise auch *Lorenz* (Fn. 24), S. 57, zu § 4 I Fern-USG a.F. (sowie - insofern zu Unrecht, s.o. Teil 1, A.II.1. - zu §§ 11 I AuslInvestmG, 23 I KAGG): Die Technik der „Vernichtbarkeit des zunächst geltenden Vertrags“ stelle eine „Parallele zum Mechanismus des Rechts der Willensmängel“ her.

¹³¹ Für die Gegenauffassung z.B. *Mankowski*, WM 2001, 833, 842: Eine „grundsätzliche Orientierung an der Anfechtung von Willenserklärungen“ erscheine „nicht angezeigt“. Vielmehr solle man „genau umgekehrt einen Gegenschluss daraus ziehen, dass eben anders als bei der Anfechtung keine Parallele zu § 142 I BGB dem Widerruf Rückwirkung beimesse“; *ders.* S. 843: Der Widerruf orientiere sich „grundsätzlich stärker am Rücktrittsrecht“. Siehe ferner die Nachweise oben Teil 1, C., bei Fn. 66 ff.

der Widerruf - in den allgemeinen Grenzen des Rechtsmissbrauchs¹³² - ohne Angabe von Gründen, d.h. willkürlich ausgeübt werden dürfe (z.B. § 355 I 2 HS 1 BGB).¹³³ Diesem Argument sehen sich aber auch diejenigen ausgesetzt, die den Widerruf als (besonderes) Rücktrittsrecht verstehen. Denn die herkömmlichen (gesetzlichen) Rücktrittsrechte sind ebenfalls an das Vorliegen besonderer Rücktrittsgründe gebunden.¹³⁴ Vor allem aber ist der genannte tatbestandliche Unterschied zwischen Anfechtung und Widerruf nicht etwa inhaltlich, sondern rein gesetzestechnisch begründet. Bei Widerruf und Anfechtung geht es gleichermaßen um den Schutz der freien Willensbildung, um die materiale Vertragsfreiheit. Hierin liegt die funktionelle Nähe des Widerrufs zur Anfechtung. Die Möglichkeit des Widerrufs wird dem widerrufsberechtigten Verbraucher gerade nicht voraussetzungslos, sondern unter typisierten Voraussetzungen gewährt; durch ein voraussetzungsloses, generelles Reuerecht würde er in seiner verfassungsrechtlichen Freiheit beschnitten und letztlich „entmündigt“.¹³⁵ Die Typisierung entbindet den Verbraucher von der Obliegenheit, die Mängel seiner Willensbildung konkret nachzuweisen. Diese werden vom Gesetz unwiderleglich vermutet, wenn er seine auf den Vertragsschluss mit einem Unternehmer gerichtete Erklärung unter bestimmten Umständen abgibt, die typischerweise zu Willensmängeln führen.

Bei der *psychischen* Schwäche, einer der beiden durch die verbraucherschützenden Widerrufsrechte bekämpften Fallgruppen beeinträchtigter Selbstbestimmung,¹³⁶ entspricht der Willensmangel des Verbrauchers seinem Wesen nach demjenigen von Personen, die ihre Erklärung nach § 123 BGB wegen Drohung oder psychisch wirkender Täuschung anfechten.¹³⁷ Dementsprechend verlangt § 312 I 1 BGB (bislang: das HWiG)¹³⁸ für die Ausübung des Widerrufsrechts, dass der Verbraucher in der Haustürsituation (Überrumpelungsgefahr) zur Abgabe seiner Willenserklärung „bestimmt“ wurde - eine Voraussetzung, die sich in Zusammenhang mit der Täuschung oder Drohung wortgleich in § 123 BGB wiederfindet. Dazu passt, dass der BGH das Merkmal der „Bestimmung“ zum Abschluss des Vertrags (§ 312 I 1 BGB) bzw. zur Abgabe der Willenserklärung (§ 123 BGB) jeweils gleichlaufend i.S. von Mitursächlichkeit der besonderen, den Willensmangel begründenden

¹³² Siehe BGH 19.2.1986 - VIII ZR 113/85, BGHZ 97, 127, unter II.4., zu § 1b AbzG: Für „die Annahme eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens des Widerrufenden“ sei „nur in eng begrenzten Ausnahmefällen Raum“.

¹³³ Z.B. *Gernhuber*, WM 1998, 1797, 1804: Anfechtungsrechte seien „die Folge von Abschlussmängeln in Gestalt von Willensmängeln“. Widerrufsrechte seien „dagegen vorgesehen bei Rechtsgeschäften bestimmter Art ohne jede Rücksicht auf den Geschäftswillen des Verbrauchers im jeweiligen Einzelfall.“

¹³⁴ Siehe nur §§ 323, 326 V, 437 Nr. 2, 634 Nr. 3 BGB; §§ 325, 326 BGB a.F.; § 13a UWG.

¹³⁵ S.o. Teil 1, B.I.

¹³⁶ S.o. Teil 1, B.III.

¹³⁷ Vgl. *H. Hübner*, FS Börner 1992, 717, 725, der de lege ferenda zum Schutz gegen psychologischen Druck statt des HWiG ein „erweitert gestaltetes Anfechtungsrecht - etwa im Anschluss an § 123 BGB“ empfiehlt (unter Berufung auf ähnliche Erwägungen in AG Augsburg MDR 1963, 48).

¹³⁸ Die entsprechenden Formulierungen in §§ 23 I KAGG sowie 11 AuslInvestmG bleiben hier außer Betracht, weil diese Vorschriften dem Unwirksamkeitsmodell zuzuordnen sind.

und vom Vertragspartner zu verantwortenden Umstände interpretiert.¹³⁹ Der Lauf der Widerrufsfrist ist wie der Lauf der Anfechtungsfrist (§ 124 II BGB) als Überlegungsfrist ausgestaltet und beginnt erst in dem Augenblick, wo sich der Geschützte eigenverantwortlich entscheiden kann. Im Schrifttum wurde außerhalb des Anwendungsbereichs der verbraucher-schützenden Widerrufsrechte teilweise versucht, eine widerrechtliche Drohung i.S. des § 123 BGB bereits dann anzunehmen, wenn der (mit erlaubten Mitteln) Drohende eine überstürzte Entscheidung erzwingt und dem Bedrohten durch das Ablehnen jeder Überlegungsfrist die Möglichkeit der freien Entschließung nimmt.¹⁴⁰ Dies bestätigt die inhaltliche Verwandtschaft zwischen Widerruf wegen Überrumpelung und Anfechtung wegen Drohung.

Soweit der Widerruf seine Rechtfertigung in der *informationellen* Schwäche des Verbrauchers findet, besteht ebenfalls eine auffallende Parallele zur Anfechtung. Das gilt zunächst für die Anfechtung wegen vertragsbezogener *Täuschung* nach § 123 BGB, die ebenso wie der Widerruf grundsätzlich nicht zur Entschädigung des Erklärungsgegners verpflichtet. Die informationellen Willensmängel des Erklärenden müssen bei der Anfechtung wegen Täuschung zwar anders als beim Widerruf *vorsätzlich* durch den Erklärungsempfänger oder Dritten verursacht worden sein. Darin liegt aber kein für die systematische Einordnung des Widerrufsrechts entscheidender struktureller Unterschied zu § 123 BGB.¹⁴¹ Das sieht man nicht zuletzt daran, dass die Praxis das Vorsatzerfordernis des § 123 BGB im Ergebnis schon seit langem auf dem Umweg des Rechtsinstituts der c.i.c. überwunden hat.¹⁴² Im Übrigen ähnelt der Widerruf auch der *Irrtumsanfechtung* nach § 119 BGB. Man könnte das Widerrufsrecht insofern als tatbestandliche Erweiterung des Eigentumsirrtums (§ 119 II BGB) auf *nichtverkehrs*wesentliche Merkmale begreifen. Als Gegenargument möchte man zwar sofort einwerfen, dass die Anfechtung nach § 119 BGB im Gegensatz zum Widerruf zur Schadensersatzpflicht nach § 122 I BGB führt. Bei genauerer Betrachtung ist diese Rechtsfolge aber gar nicht zwingend. Nach § 122 II BGB tritt die Schadensersatzpflicht nämlich *nicht* ein, wenn der Erklärungsgegner die Anfechtbarkeit kannte oder kennen musste. Der Gesetzgeber geht offensichtlich davon aus, dass der Un-

¹³⁹ BGH 16.1.1996 - XI ZR 116/95, BGHZ 131, 385, unter III.2.d., zu § 1 I HWiG a.F.; BGH 22.1.1964 - VIII ZR 103/62, NJW 1964, 811, sowie BGH 14.6.1951 - IV ZR 42/50, BGHZ 2, 287, 299, unter 6.b., jeweils zu § 123 BGB.

¹⁴⁰ Siehe z.B. *Flume*, Allgemeiner Teil, Bd. 2, S. 538: Dem (selbst mit einem erlaubten Mittel) Bedrohten dürfe durch Drängen des Drohenden und das Ablehnen jeder Überlegungsfrist nicht die Möglichkeit der freien Entschließung genommen werden“. Weitere Nachweise in BAG 30.9.1993 - 2 AZR 268/93, BAGE 74, 28, unter II.4.. In dieser Entscheidung (unter II.5.) wird auch die Möglichkeit einer „analogen Anwendung des § 123 BGB auf Fälle, in denen eine rechtsgeschäftliche Erklärung zwar ohne widerrechtliche Drohung und mit der Möglichkeit einer freien Entschließung zustande gekommen ist, allein wegen eines "Zeitdruckes"“ angesprochen, im Ergebnis aber verworfen. Die rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit des Einzelnen, so das Gericht, werde in § 123 nicht allgemein gegen jede Art von Beeinträchtigung durch eine Zwangslage geschützt.

¹⁴¹ Für eine Anfechtung bei nur fahrlässiger Täuschung im Wege der Rechtsfortbildung contra legem *Grigolet*, Vorvertragliche Informationshaftung: Vorsatzdogma, Rechtsfolgen, Schranken, München 1997, S. 40-83; kritisch *Lieb*, Culpa in contrahendo und rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit, FS Medicus (1999), 337, 349 f.

¹⁴² Hierzu bereits oben B.IV., bei Fn. 100 f.

ternehmer das Widerrufsrecht des Verbrauchers und die Umstände, die es begründen, kennt, denn er verpflichtet den Unternehmer zur Aufklärung des Verbrauchers über dieses Recht.

2. Gegenstand und Wirkung des Widerrufs

a. Fehlende Bindung an Willenserklärung

Der Rücktritt herkömmlicher Art¹⁴³ führt zur Befreiung von den primären Leistungspflichten;¹⁴⁴ er beseitigt aber nach heute herrschendem Verständnis nicht den gesamten Vertrag,¹⁴⁵ sondern beruht als „Abwicklungsbehelf“ auf diesem¹⁴⁶ und gestaltet ihn in ein Abwicklungsverhältnis um.¹⁴⁷ Demgegenüber ist der Verbraucher nach § 355 I 1 BGB an seine *gesamte* „Willenserklärung“ und nicht etwa nur an den vereinbarten Leistungsaustausch „nicht mehr gebunden“. Der Widerruf ist also nicht, wie die h.M. behauptet,¹⁴⁸ auf die bloße Umgestaltung eines in seinem rechtlichen Bestand intakten Schuldverhältnisses gerichtet, sondern wie die Anfechtung auf die (rückwirkende) *Vernichtung* einer Willenserklärung.¹⁴⁹ Diesen Umstand können die Anhänger(innen) der Rücktrittsthese schwerlich bestreiten.¹⁵⁰ Mit der Willenserklärung aber entfällt der gesamte Vertrag, so dass vertragliche Primär- und Sekundäransprüche nach erfolgtem Widerruf zwangsläufig nicht mehr

¹⁴³ Anders dagegen z.B. das atypische, speziell den Bedürfnissen des Verbraucherschutzes angepasste „Rücktrittsrecht“ des österreichischen Konsumentenschutzgesetzes (§ 3 I öst. KSchG: Haustürgeschäfte; § 5e I öst. KSchG: Fernabsatzgeschäfte).

¹⁴⁴ Z.B. *Leser* (Fn. 68), S. 143, 146, 150.

¹⁴⁵ Siehe z.B. BGH 10.7.1998 - V ZR 360/96, NJW 1998, 3268, unter III.1.a.: Die Ansicht, wonach beim (gesetzlichen) Rücktritt an die Stelle der erloschenen Leistungspflichten ein gesetzliches Schuldverhältnis mit dem Inhalt der §§ 346 ff BGB trete, das durch die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung ergänzt werde, sei „überholt“. Vielmehr bestehe der Vertrag „in umgewandelter Form mit der sich aus §§ 346, 347 BGB ergebenden Grundregel fort, dass die noch ausstehenden Leistungen nicht erbracht und die bereits bewirkten Leistungen zurückgewährt werden“ müssten.

¹⁴⁶ Siehe z.B. *Leser* (Fn. 68), S. 143: „Einbeziehung auch des gesetzlichen Rücktritts in den Vertrag als einen Abwicklungsbehelf, der auf keiner anderen Grundlage beruht als der Schadensersatz“; *ders.*, S. 145: Der gesetzliche Rücktritt beruhe „als Abwicklungsbehelf genauso auf dem Vertrag“ wie der Schadensersatz wegen Nichterfüllung; seine gleichberechtigte Einbeziehung in die Vertragsfolgen sei „inzwischen fällig geworden“.

¹⁴⁷ Z.B. BGH 24.6.1983 - V ZR 113/82, BGHZ 88, 46, unter II.1.b.: Durch den Rücktritt sei „das ursprüngliche Vertragsverhältnis in ein Abwicklungsverhältnis nach Maßgabe der §§ 327, 346 BGB umgewandelt worden“; Palandt-*Heinrichs*, Einf § 346 BGB a.F., Rz. 2; *ders.*, Ergänzungsband, Einf § 346 BGB, Rz. 6.

¹⁴⁸ S.o. Teil 1, C.

¹⁴⁹ Siehe *Gernhuber*, WM 1998, 1797, 1804, u.a. zu § 4 I FernUSG a.F.: Das Widerrufsrecht sei dem Rücktrittsrecht deshalb wesensfremd, weil es kein Schuldverhältnis zum Gegenstand habe, das es zum Rückabwicklungsverhältnis *wandele*, sondern eine Willenserklärung, die es „rückwirkend ohne jeden Restbestand zum rechtlichen Nichts abwerte. Diese Aussage bezieht sich auf Widerrufsrechte, die sich „mit dem Fehlen der Bindung legitimieren“ (*ders.*, a.a.O., S. 1803) und damit auf das dem Wirksamkeitsmodell zuzuordnende FernUSG a.F., aber auch auf die von *Gernhuber* zu Unrecht (s.o. Teil 1, A.II.1.) über denselben Kamm gescherten Widerrufsrechte nach dem KAGG, AusInvestmG.

¹⁵⁰ Siehe z.B. - freilich ohne entsprechende Konsequenzen zu ziehen - *Kroppenfels*, WM 2001, 1360, 1363, unter Berufung auf *Düll* (Fn. 73): Jeder Widerruf betreffe die „einseitige Aufhebung von Willenserklärungen“.

vorstellbar sind.¹⁵¹ Geradezu in eine Sackgasse führt das Verständnis des Widerrufsrechts als Rücktrittsrecht, wenn der Unternehmer das Vertragsangebot des Verbrauchers noch überhaupt nicht angenommen hat und deshalb noch kein Vertrag existiert.

b. „Schwebende Wirksamkeit“ und Rücktritt

Die von der h.M.¹⁵² selbst benutzte Bezeichnung „schwebende *Wirksamkeit*“, die die Besonderheiten des Widerrufsrechts nach dem Wirksamkeitsmodell gegenüber der schwebenden *Unwirksamkeit* beim Unwirksamkeitsmodell verdeutlichen soll, passt zwar zur Anfechtung, nicht aber zum Rücktritt. Denn nach herrschendem Verständnis sind Verträge unter *Rücktrittsvorbehalt* nicht nur schwebend, sondern voll wirksam, soweit keine sonstigen Gründe vorliegen, die ihre Wirksamkeit beeinträchtigen könnten. Demgegenüber „schwebt“ bei *widerrufbaren* Verträgen die „Wirksamkeit“ der Verbrauchererklärung; ähnlich wie bei anfechtbaren Verträgen besteht die Möglichkeit, dass sie nachträglich unwirksam werden. Zwar ist der Begriff der „schwebenden Wirksamkeit“ in Zusammenhang mit der Anfechtung bislang nicht gebräuchlich, da er nicht benötigt wurde; der Sache nach passt er aber dort ebenso gut wie beim Widerruf, drückt er doch die Möglichkeit einer Vertragspartei aus, die Rechtswirkungen ihrer auf Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung nachträglich zu beseitigen.

c. Differenzierte Begrifflichkeit des Gesetzes

Die Gesetzesterminologie spricht zwar nicht *für* die Nähe des Widerrufs zur Anfechtung, aber *gegen* die Einordnung des Widerrufsrechts als Rücktrittsrecht. Hätte der Gesetzgeber das verbraucherschützende Reuerecht als Rücktrittsrecht gewollt, hätte es nahe gelegen, von „Rücktritt“ und nicht von „Widerruf“ zu sprechen.¹⁵³ Die Unterschiede in Bezug auf Gegenstand und Wirkung der Gegenerklärung bei Widerruf und Rücktritt waren dem Gesetzgeber durchaus bewusst, so dass es falsch ist, diese bewusste Entscheidung einfach als *falsa demonstratio* abzutun.¹⁵⁴ In § 503 BGB („Finanzierungshilfen“) beispielsweise ist in Abs. 1 vom *Widerrufsrecht* (und Rückgaberecht) des Verbrauchers, in Abs. 2 vom *Rücktrittsrecht* des Unternehmers die Rede. Ebenso deutlich ist die Gegenüberstellung von Widerruf und Rücktritt in § 8 VVG: Während der Versicherungsnehmer bei der Nichtlebensversicherung innerhalb von vierzehn Tagen ab Unterzeichnung „seine auf den Vertragsabschluss gerichtete *Willenserklärung* schriftlich widerrufen“ kann (Abs. 4), kann er bei der Lebensversicherung innerhalb von vierzehn Tagen „nach Abschluss des Vertrages *vom*

¹⁵¹ Zur abweichenden Rechtslage beim Rücktrittsrecht a.F. in Bezug auf Sekundäransprüche, die bereits vor Rücktrittserklärung (unbedingt) entstanden sind und mit dem Rücktrittsrecht nicht in elektiver Konkurrenz stehen, siehe BGH 10.7.1998 (Fn. 145), unter III.1.a.: Die Ausübung des Rücktrittsrechts entziehe dem bis dahin bestehenden Schadensersatzanspruch wegen Verzugs nicht deshalb die Grundlage, „weil die Begründung der Leistungspflicht, ihre Fälligkeit und der Verzugseintritt nunmehr mit begrifflicher Zwangsläufigkeit entfallen wären“. Zum Rücktrittsrecht n.F. vgl. § 325 BGB.

¹⁵² So z.B. *Mankowski*, WM 2001, 793, 794.

¹⁵³ Ähnlich *Härting*, FernAbsG, Anh § 3, Rz. 11: Der Gesetzgeber hätte die Rechtsfolgen des Widerrufs ohne weiteres an das Rücktrittsrecht anpassen können (m.w.N.).

¹⁵⁴ So wohl v. *Kroppenfels*, WM 2001, 1360, 1364: Die Norm spreche von „Widerruf“, meine aber von den Rechtsfolgen her „Rücktritt“.

Vertrag zurücktreten“ (Abs. 5).¹⁵⁵

Andererseits spricht das in § 13a UWG geregelte sog. „Rücktrittsrecht“ privater und gewerblicher Kunden, die „durch eine unwahre und zur Irreführung geeignete“ und „für den Abschluss von Verträgen wesentliche“ Werbeangabe zur „Abnahme“ bestimmt worden sind, nicht *zugunsten* einer Verwandtschaft des Widerrufs mit dem Rücktritt im herkömmlichen Sinn. Dazu müsste der „Rücktritt“ nach § 13a UWG „Rücktritt“ i.S. der §§ 346 ff. BGB und zugleich wesensgleich mit dem verbraucherschützenden Widerruf nach dem Wirksamkeitsmodell sein. Zumindest die zuletzt genannte Voraussetzung ist aber nach der eigenen Auffassung des Gesetzgebers nicht erfüllt. Zwar verweist § 13a III 1 UWG für die Folgen des Rücktritts auf die §§ 312f und 357 I 1, II BGB (bislang: §§ 361a II BGB, 5 IV HWiG). Die Regierungsbegründung zum Gesetz vom 30.6.2000 betont aber, das wettbewerbsrechtliche Rücktrittsrecht sei „gegenüber dem Widerrufsrecht ein Aliud“, „auch der Schutzzweck“ sei „ein anderer“,¹⁵⁶ und spricht von der „unterschiedlichen Konstruktion der beiden Gestaltungsrechte“.¹⁵⁷ Tatsächlich ist das Rücktrittsrecht nach § 13a UWG seiner Natur nach nicht Instrument zum Schutz der Selbstbestimmung, sondern spezielles Leistungsstörungsrecht. Der Kunde darf zurücktreten, weil der Unternehmer seine Versprechungen nicht einhält. Insofern, also beschränkt auf den Rechtsbehelf des Rücktritts, liegt dem Gesetz die Vorstellung zugrunde, dass diese Versprechungen Vertragsinhalt werden¹⁵⁸ - ähnlich wie es jetzt auch im allgemeinen Leistungsstörungsrecht nach § 434 I 3 BGB zum Ausdruck kommt.

3. Rückabwicklung nach Widerruf

Eines der Hauptargumente zugunsten der Einordnung des Widerrufs (bzw. der Rückgabe) als spezielles Rücktrittsrecht ist die systematische Verbindung der § 355 ff. BGB mit dem (allgemeinen) Rücktrittsrecht unter dem Dach eines gemeinsamen Gesetzstitels („Titel 5. Rücktritt; Widerrufs- und Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen“). Gemäß der bis zum 31.12.2001 geltenden Regelung befand sich das Widerrufsrecht (§ 361a f. BGB a.F.) sogar innerhalb, nämlich am Ende des ausschließlich mit „Rücktritt“ überschriebenen fünften Titels. Warum der Gesetzgeber das Widerrufsrecht systematisch in die Nähe des Rücktritts platziert hat, ergibt sich aus § 357 I BGB (§ 361a II 1 BGB a.F.). Für die Rückabwicklung der gegenseitigen Leistungen nach Ausüben des Widerrufsrechts wird dort - vorbehaltlich der Ausnahmen in § 357 II, III BGB (§ 361a II 2-6 BGBa.F.) - pauschal auf die Vorschriften über das Rücktrittsrecht verwiesen. Schon damit scheint die Geltung bereicherungsrechtlicher Grundsätze, die man bei einer anfechtungsgleichen Wirkung des Widerrufs er-

¹⁵⁵ Vgl. demgegenüber undifferenziert Lorenz (Fn. 24), S. 210: „Widerrufsrecht nach § 8 IV, V VVG“.

¹⁵⁶ Begr. RegE BT-DS 14/2658, S. 36.

¹⁵⁷ Begr. RegE BT-DS 14/2658, S. 36, zu § 13a UWG a.F.

¹⁵⁸ Vgl. die Begr. des Gesetzesentwurfs der Fraktionen der CDU/CSU und FDP zu § 13a UWG, BT-DS 10/4741, S. 18 f.: Die „Angaben über für den Vertragsschluss wesentliche Umstände“ würden „von den Abnehmern als wichtige Zusicherungen angesehen“. Daher sei „es demwerbenden zumutbar, für sie wie für zugesicherten Eigenschaften im Verkaufsgespräch auch ohne Verschulden zu haften“. Es erscheine daher angemessen, den Abnehmer nicht auf den umständlicheren Weg der Auseinandersetzung mit dem Dritten („insbesondere Hersteller“) zu verweisen, sondern ihm den Rücktritt gegenüber dem Händler zu ermöglichen.

warten würde,¹⁵⁹ ausgeschlossen. Hinzu kommt, dass nach § 357 IV BGB (§ 361a II 7 BGB a.F.) ausdrücklich „weitergehende Ansprüche“, nämlich insbesondere solche bereicherungsrechtlicher Natur,¹⁶⁰ nicht bestehen.

Die Verweisung in § 357 I BGB (§ 361a II 1 BGB a.F.) auf die Rücktrittsfolgen sowie - damit verbunden - die äußere Nähe von Widerrufs- und Rücktrittsrecht in Titel 5 des vertraglichen Schuldrechts erklären sich ihrerseits allein mit der angeblich weitgehenden Übereinstimmung zwischen den bisherigen spezialgesetzlichen Vorschriften zur Rückabwicklung nach Widerruf und dem bisherigen Rücktrittsrecht.¹⁶¹ Der Gesetzgeber wollte mit der Verweisung also keine Aussage zum Rechtscharakter des Widerrufs und dessen Wirkungen auf den Vertrag treffen. Außerdem hängt, vergleicht man die gesetzlichen Differenzierungen der §§ 346 f., 357 BGB mit denen der §§ 818 f., 292, 987 ff. BGB, die Ausgestaltung der Rückabwicklung, insbesondere die Verteilung des Verschlechterungs- und Untergangsrisikos bezüglich der rückabzuwickelnden Gegenstände, sowie die Herausgabe von Nutzungen bzw. der Ersatz von Verwendungen gar nicht so sehr von der Art ab, wie das Scheitern des Austausches formalrechtlich (Rücktritt oder Nichtigkeit) ausgestaltet ist.¹⁶² Bei beiden Rückabwicklungsregimes ist vielmehr entscheidend, ob der Empfänger der Leistung¹⁶³ und der Rückerstattungsgläubiger¹⁶⁴ Kenntnis von der konkreten Möglichkeit des Scheiterns hatten sowie ob und in welchem Umfang der Empfänger die Verschlechterung bzw. den Untergang herauszugebender Gegenstände zu vertreten hat.¹⁶⁵ Auch von daher lassen sich also aus der Verweisung auf das Rücktrittsrecht in § 357 IV BGB keine Rückschlüsse auf den Rechtscharakter des Widerrufs ziehen.

Die Verwandtschaft der rücktritts- mit der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung ist übrigens kein Zufall, sondern beruht darauf, dass die Wirkungen des Rücktritts und der Nichtigkeit auf bereits erbrachte vertragliche Leistungen miteinander vergleichbar sind. Noch das bis zum 31.12.2001 geltende Rücktrittsrecht (§§ 346 ff. BGB a.F.), auf das § 361a II 1 BGB a.F. (jetzt: § 357 I 1 BGB) verwies, war vom historischen Gesetzgeber des Jahres 1896 unter dem Eindruck der damals herrschenden Auffassung vom vollständigen Erlöschen des Vertrags infolge der Rücktrittserklärung (nach dem Vorbild einer auflösen-

¹⁵⁹ Zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung nach Anfechtung siehe z.B. BGH 14.7.2000 - V ZR 82/99, NJW 2000, 3064, unter II.1.

¹⁶⁰ Siehe Begr. RegE, BT-DS 14/2658, S. 47, zu § 361a II 7 BGB a.F.: „Weitergehende Ansprüche aus ungerichtfertiger Bereicherung und ähnliche Ansprüche nach dem BGB“ seien „wie bisher ausgeschlossen“.

¹⁶¹ Vgl. hierzu Begr. RegE, BT-DS 14/2658, S. 47: § 361a II BGB a.F. erkläre die Vorschriften des Rücktritts für anwendbar. Dies entspreche „der bisherigen Rechtslage“. Bisher sei „allerdings der Inhalt der §§ 346 und 349 BGB a.F. dazu in den Vorschriften wiederholt“ worden, „was mit einer Verweisung einfacher auszudrücken“ sei. § 361a II 6 schränke wie bisher § 3 III HWiG a.F. die Erstattungspflicht des Verbrauchers ein.

¹⁶² Vgl. *Leser* (Fn. 68), S. 156, zu den §§ 346 ff. BGB a.F.: Die Bestimmungen der §§ 819 f. BGB stimmten „in vielem“ mit den Rücktrittsregeln überein.

¹⁶³ Vgl. einerseits §§ 346 III 1 Nr. 3, 347 I 2, 357 III 3 BGB und andererseits §§ 819 I, 820 i.V.m. 818 IV, 292, 987, 989, 993, 994 II, 996 BGB.

¹⁶⁴ Siehe die Rspr. zu den Einschränkungen der bereicherungsrechtlichen Saldotheorie bei der Rückabwicklung nach Anfechtung gemäß § 123 BGB (hierzu z.B. Palandt-*Heinrichs*, § 123 BGB, Rz. 25; Palandt-*Sprau*, § 818 BGB, Rz. 49, m.w.N.), die sich mit der Risikoverteilung nach §§ 357 III 3, 346 III 1 Nr. 3 BGB durchaus vergleichen lassen.

¹⁶⁵ Vgl. einerseits §§ 346 III 1 Nr. 2, 3, 347 I 2 BGB und andererseits §§ 819 I, 818 IV, 292, 987 II, 989 BGB.

den Bedingung¹⁶⁶) und damit bewusst als modifiziertes Bereicherungsrecht konzipiert worden.¹⁶⁷ Demgemäß ging man von der entsprechenden Anwendbarkeit der Bereicherungsvorschriften aus, soweit die Rücktrittsregeln nicht erschöpfend waren.¹⁶⁸ Erst später setzte sich die inzwischen ganz h.M. durch. Demnach gestaltet der Rücktritt den Vertrag in ein Abwicklungsverhältnis um, bringt ihn aber nicht mehr insgesamt zum Erlöschen, sondern lediglich seine primären und - insofern angesichts § 325 BGB seit 1.1.2002 nicht weiter haltbar - sekundären¹⁶⁹ Leistungsansprüche. Durch den Rücktritt soll deshalb nicht mehr der Rechtsgrund der Leistung entfallen,¹⁷⁰ so dass die §§ 812 ff. BGB grundsätzlich nur dort anwendbar sein sollen, wo das Gesetz dies ausdrücklich bestimmt - nach altem Recht allein im Rahmen des § 327 S. 2 BGB a.F.¹⁷¹ und nach neuem Recht überhaupt nicht.¹⁷² Zweifellos liegt die h.M. richtig, wenn sie den Rücktritt nur noch als Erlöschens-tatbestand der einzelnen Leistungspflichten und nicht mehr des ganzen Vertrags betrachtet. Auch so aber *verfehlt* der Leistende im Falle des Rücktritts nachträglich den mit seiner Leistung verfolgten Zweck, nämlich vordergründig die Erfüllung seiner Leistungspflicht und wirtschaftlich den Erhalt und das Behaltendürfen der Gegenleistung. Von daher wäre der Rücktritt eigentlich klassischer Anwendungsfall der bereicherungsrechtlichen Leistungskondiktion (§ 812 I 1 Fall 1 BGB). Die Aussage, trotz des Erlöschens der Leistungspflicht entfalle der Rechtsgrund der bereits erbrachten Leistung nicht, ist vor diesem Hintergrund inhaltlich nicht nachvollziehbar und kann wohl nur einen einzigen Sinn verfolgen: den Ausschluss der konkurrierenden Anwendung des Bereicherungsrechts in Rücktrittsfällen. Da das deutsche Schuldrecht vom Grundsatz der Anspruchskonkurrenz geprägt ist, scheint man sich davor zu scheuen, die Verdrängung des Bereicherungsrechts mit dem Vorrang der spezielleren vor der allgemeineren Norm zu begründen. Der Sache nach jedenfalls lässt sich das Rücktrittsrecht wohl nach wie vor als eine Art „spezielles Bereicherungsrecht“ betrachten.

Dementsprechend gestaltete sich die Trennung von Rücktritts- vom Bereicherungsrecht in der praktischen Rechtsanwendung bislang gar nicht so streng, wie dies der theoretische Ausgangspunkt der h.M. vermuten lassen würde. So wurde z.B. für das bis zum 31.12.2001 geltende Recht vertreten, dass über den Wortlaut des § 327 S. 2 BGB a.F. hinaus generell derjenige, der den Rücktritt nicht zu vertreten hat, nur nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen haftet.¹⁷³ Beim gesetzlichen Rücktritt sollte deswegen nach nach verbreiteter Ansicht die Haftung des Rücktrittsberechtigten aus § 347 S. 1 BGB a.F. entsprechend § 819 BGB erst mit der *Kenntnis* von den Rücktrittsvoraussetzungen eintre-

¹⁶⁶ *Leser* (Fn. 68), S. 154.

¹⁶⁷ *Leser* (Fn. 68), S. 154-157; siehe auch Palandt-*Heinrichs*, Einf § 346 BGB a.F., Rz. 2, m.w.N.

¹⁶⁸ *Leser* (Fn. 68), S. 156, m.w.N.

¹⁶⁹ So aber noch Palandt-*Heinrichs*, Ergänzungsband, vor § 346 BGB, Rz. 6; ebenso zur alten Rechtslage und insofern - zumindest bezüglich mit dem Rücktrittsrecht in elektiver Konkurrenz stehender Sekundäransprüche (s.o. Fn. 151) - zu Recht Palandt-*Heinrichs*, vor § 346 BGB a.F., Rz. 2.

¹⁷⁰ Palandt-*Heinrichs*, Einf § 346 BGB a.F., Rz. 2.

¹⁷¹ Palandt-*Heinrichs*, Einf § 346 BGB a.F., Rz. 2.

¹⁷² Palandt-*Heinrichs*, Ergänzungsband, Einf § 346 BGB, Rz. 6: „§§ 812 ff. BGB unanwendbar“.

¹⁷³ BGH 8.1.1970 - VII ZR 130/68, BGHZ 53, 144, unter II.3.

ten.¹⁷⁴ Ferner sollte der Rücktrittsberechtigte beim gesetzlichen Rücktritt für die Zeit bis zu dieser Kenntnis für Nutzungen aus dem zurückzugewährenden Gegenstand in Abweichung von § 347 S. 2 BGB a.F. ebenfalls nur gemäß §§ 812 ff. BGB haften bzw. seinerseits für nützliche Verwendungen entgegen §§ 347 S. 2, 996 BGB a.F. bereicherungsrechtlichen Ersatz verlangen können.¹⁷⁵ Die Reform vom 1.1.2002 hat das Rückabwicklungsrecht des Rücktritts und Widerrufs äußerlich mit der Aufhebung des § 327 BGB a.F. nun ganz vom Bereicherungsrecht gelöst.¹⁷⁶ Die inhaltlich-systematischen Bezüge zu diesem Rechtsgebiet *verbleiben* dessen ungeachtet.

Dazu noch ein letzter Punkt, der darüber hinaus direkte Rückschlüsse auf die *Wirkungsweise* des Widerrufs, seine Distanz zum Rücktritt und seine Nähe zur Anfechtung zulässt: Der Gesetzgeber glaubte, in § 357 IV BGB - wie zuvor schon in § 361a II 7 BGB a.F. - ausdrücklich hervorheben zu müssen, dass neben den (durch § 357 II, III 1 BGB modifizierten) rücktrittsrechtlichen weitergehende (bereicherungsrechtliche) Ansprüche nicht bestehen. Es ist bezeichnend, dass er diesen Umstand überhaupt für erwähnenswert und nicht wie beim Rücktritt (vgl. §§ 346 f. BGB) für selbstverständlich erachtete. Aus Sicht der herrschenden Konzeption zum Rücktrittsrecht¹⁷⁷ ist damit belegt, dass beim *Widerruf* an sich durchaus Raum für die Anwendung der §§ 812 ff. BGB bestehen würde, weil der Widerruf anders als der Rücktritt den Vertrag insgesamt *unwirksam* macht.

4. Folgerungen

Aus der Erkenntnis, dass das Widerrufsrecht systematisch der Anfechtung näher steht als dem Rücktritt, ergeben sich praktische Folgerungen, die nachstehend beispielhaft entwickelt werden.

a. Verzichtbarkeit

Die Frage der einvernehmlichen Abdingbarkeit oder der einseitigen Verzichtbarkeit des Widerrufsrechts nach Abgabe der Willenserklärung stellt sich beim Wirksamkeitsmodell in gleicher Weise wie beim Unwirksamkeitsmodell. Für ihre Beantwortung¹⁷⁸ kann man sich entsprechend dem hier entwickelten Verständnis des Widerrufsrechts an den bekannten Grundsätzen zur Verzichtbarkeit des Anfechtungsrechts orientieren, wobei jedoch gewisse Eigenheiten des Widerrufsrechts zu berücksichtigen sind. *Zum einen* begegnet man beim verbraucherschützenden Widerrufsrecht nach dem Wirksamkeitsmodell Vorschriften, durch die die Abdingbarkeit ausdrücklich ausgeschlossen wird wie z.B. § 312f S. 1 BGB

¹⁷⁴ Z.B. Soergel-Hadding, 12. A. 1990, § 347 BGB, Rz. 10; Medicus, Schuldrecht I, Allgemeiner Teil, 11. A. 1999, § 49 II.1., Rz. 558. A.A. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, Allgemeiner Teil, 14. A. 1987, § 26 b.1., S. 409-411; Leser (Fn. 68), S. 198.

¹⁷⁵ Palandt-Heinrichs, § 347 BGB a.F., Rz. 9 f. (m.w.N.).

¹⁷⁶ Vgl. aber § 347 II 2 BGB, wo der Ersatz nicht notwendiger Verwendungen von der „Bereicherung“ des Gläubigers abhängig gemacht wird.

¹⁷⁷ Siehe weiter oben bei Fn. 170 ff.

¹⁷⁸ Bejahend zum Widerrufs- und Rückgaberecht nach § 3 FernAbsG i.V.m. §§ 361a f. BGB a.F. Härting, § 5 FernAbsG, Rz. 5: Verzichte der Verbraucher *nach* Vertragsschluss auf das Widerrufs- bzw. Rücktrittsrecht nach § 3 FernAbsG, so werde hierdurch nicht gegen § 5 I FernAbsG verstoßen. Zum Verzicht auf das Widerrufsrecht beim Unwirksamkeitsmodell s.o. Teil 2, I.4.d.

(bislang §§ 5 IV 1 HWiG, § 5 I FernAbsG) und § 506 I 1 BGB („Abweichende Vereinbarungen“, bislang: § 18 S. 1 VerbrKrG¹⁷⁹). Demgegenüber gilt das Anfechtungsrecht zumindest wegen Irrtums¹⁸⁰ grundsätzlich als abdingbar, und zwar bereits bei Vertragsschluss.¹⁸¹ *Zum anderen* wirkt sich der unterschiedliche Zeitpunkt der Erlangung der materialen Willensfreiheit aus. Der Verzicht bzw. - sachlich gleichbedeutend¹⁸² - die Bestätigung der anfechtbaren Willenserklärung (§ 144 BGB) ist nur dann wirksam, wenn der Anfechtungsberechtigte die Möglichkeit zur Anfechtung und den zugrunde liegenden Irrtum kennt.¹⁸³ Die Bestätigung einer anfecht- oder widerrufbaren Willenserklärung setzt daher voraus, dass der Erklärende im Gegensatz zur Situation bei Abgabe der ursprünglichen Willenserklärung nunmehr in der Lage ist, sich selbstbestimmt zu entscheiden. Genau diese Voraussetzung aber ist beim Verbraucher während des Laufs der Widerrufsfrist nach der gesetzlichen Wertung nicht erfüllt. Schon deshalb kann der Verbraucher auf sein Widerrufsrecht nicht vorzeitig, d.h. vor Fristablauf verzichten. Gegen diese Einschätzung spricht nicht der Umstand, dass der Verbraucher seine Erklärung schon *während* des Laufs der Frist wirksam widerrufen kann. Der Verbraucher ist nämlich durch die Umstände des Vertragsschlusses oder die besondere Komplexität des Vertragsgegenstands nur in seiner *positiv* auf den Vertragsschluss gerichteten, nicht aber in der ablehnenden Willensbildung beschränkt. Wer schon früh widerruft, zeigt eben, dass er sich schnell von seiner ursprünglichen Befangenheit emanzipieren konnte.

b. Präklusion

Es gibt soweit überschaubar bislang keine Judikate zur prozessualen Präklusion des Widerrufsrechts nach dem Wirksamkeitsmodell.¹⁸⁴ Entschieden ist die Rechtslage aus der Sicht der Rechtsprechung dagegen bei der *Anfechtung*. Die Vollstreckungsgegenklage kann auf

¹⁷⁹ Die amtlichen Paragrafenüberschriften „Abweichende *Vereinbarungen*“ [Hervorhebung durch den Verf.] widersprechen der Auffassung (Bülow, NJW 2002, 1145, 1148), die fehlende einseitige Verzichtbarkeit ergebe sich mittlerweile schon zwingend daraus, dass die Vorschriften nach ihrem Wortlaut nicht mehr speziell „abweichende Vereinbarungen“ (so z.B. noch §§ 5 I FernAbsG oder 18 S. 1 VerbrKrG), sondern allgemein „Abweichungen“ verbieten.

¹⁸⁰ Der gleichzeitig mit Vertragsschluss bewirkte Ausschluss der Anfechtung wegen *Täuschung* oder Drohung dürfte demgegenüber unwirksam sein. Das folgt aus den insofern übertragbaren Rechtsgedanken der §§ 202 I, 276 III BGB (Erleichterung der Verjährung bzw. vollständiger Ausschluss der Vorsatzhaftung im Voraus) sowie der §§ 619, 702a I BGB (Befreiung von elementaren Vertragspflichten).

¹⁸¹ Z.B. Soergel-*Hefermehl*, § 119 BGB, Rz. 73: Im Rahmen einer Geschäftsverbindung könne ein Verzicht für alle künftigen Irrtumsfälle vereinbart werden. Vgl. nur die gängige AGB-Klausel, nach der die Umstellung auf den Euro „weder ein Kündigungs-, Rücktritts-, oder Anfechtungsrecht, noch einen Anspruch auf Vertragsänderung oder Nachverhandlung“ begründet und auch nicht zum Wegfall der Geschäftsgrundlage führt; BGH 19.12.1966 - VIII ZR 123/64, BB 1967, 96: Erstreckung eines Gewährleistungsausschlusses in einem Kaufvertrag auf die Eigentumsanfechtung.

¹⁸² Siehe BAG Beschl. 21.2.1991 - 2 AZR 449/90, NJW 1991, 2723, unter II.4.c.: Die Bestätigung komme „sachlich einem Verzicht auf das Anfechtungsrecht gleich“; ebenso Palandt-*Heinrichs*, § 144 BGB, Rz. 1; *Fuchs*, AcP 196 (1996), 349 Fn. 121: Die Bestätigung des anfechtbaren Geschäfts nach § 144 werde „jedenfalls in ihrer Wirkung“ einem Verzicht auf das Anfechtungsrecht gleichgesetzt“.

¹⁸³ Siehe zu § 144 BGB BGH 10.5.1995 (Fn. 21), unter II.1.c.aa. (m.w.N.): „Eine Bestätigung gemäß § 144 I BGB setze voraus, dass die bestätigenden Vertragsparteien den „Grund der Anfechtbarkeit kennen“ oder „zumindest Zweifel an der Rechtsbeständigkeit des Vertrages haben“.

¹⁸⁴ Zur Präklusion des Widerrufsrechts nach dem Unwirksamkeitsmodell s.o. Teil 2, I.4.c.

eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nicht gestützt werden, „wenn der Anfechtungsgrund bereits zur Zeit der nach § 767 II ZPO maßgebenden mündlichen Verhandlung gegeben war“.¹⁸⁵ Das soll selbst dann gelten, wenn in diesem Zeitpunkt die Anfechtung noch nicht erklärt war und sogar wenn dem Schuldner der Anfechtungsgrund erst nach diesem Zeitpunkt bekannt wurde.¹⁸⁶ § 767 II ZPO halte bewusst die nachträglichen Einwendungen gegen den Vollstreckungstitel „in engsten Grenzen“ und nehme „gewisse Härten, die daraus für den Schuldner entstehen können, in Kauf“.¹⁸⁷ Dem Einwand, dem Schuldner stehe für die Anfechtung nach § 123 BGB eine Frist von einem Jahr zur Verfügung (§ 124 BGB), er könne nicht gezwungen werden, die Anfechtung vor Ablauf der Jahresfrist zu erklären, bloß weil ein Prozess im Gange sei, hält der BGH entgegen, es sei dem Schuldner anzurathen, die Anfechtung im Prozess geltend zu machen. Die dadurch eintretende Verkürzung der Anfechtungsfrist sei „kein ausreichender Grund“ dafür, dass er die Anfechtung im Prozess unterlasse. Der Schuldner verliere auf Grund § 767 II ZPO sogar sonstige Einwendungen, „die er nach materiellem Recht zeitlich unbegrenzt, ohne an eine Frist gebunden zu sein“, erheben könne, und zwar eben deshalb, weil er ihre Geltendmachung im anhängigen Prozess unterlasse. Dann sei „nicht einzusehen“, weshalb es „bei Rechtsbehelfen, deren er sich nach materiellem Recht in einer bestimmten Frist bedienen“ müsse, anders sein solle.¹⁸⁸

Diese Argumentation, die sich ohne weiteres auf das Widerrufsrecht übertragen lässt, ist indessen bei genauerer Betrachtung nicht zwingend. Es mag zwar richtig sein, dass die Präklusion im Interesse des Rechtsfriedens allein daran anknüpft, ob eine Einwendung „objektiv“ erhoben werden konnte, und nicht, ob „der Schuldner sie infolge Unkenntnis nicht erheben konnte“.¹⁸⁹ Das betrifft aber nur solche „Einwendungen“, die bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung „nach den Vorschriften“ der ZPO „spätestens hätten geltend gemacht werden müssen“ (vgl. § 767 II ZPO). Entscheidend ist also, ob zu den rechtzeitig vorzubringenden (Angriffs- und) Verteidigungsmitteln i.S. der §§ 282, 296 ZPO auch solche materiellrechtlichen Einwendungen zählen, die sich nicht auf die gegenwärtige Rechtslage beziehen, sondern die erst infolge einer noch ausstehenden Gestaltungserklärung des Schuldners Wirkungen entfalten.¹⁹⁰ Diese Frage lässt sich nur aus dem Zweck der jeweiligen Gestaltungsrechte heraus und insofern nicht pauschal für alle gleichförmig beantworten. Das Prozessrecht (§§ 282, 296, 767 II ZPO) muss hier wegen der Einheit der Rechtsordnung die materiellrechtlichen Wertungen mit berücksichtigen. Zu diesen zählen ggf. auch Ausübungsfristen. Für vertraglich eingeräumte Optionsrechte hat dies der BGH aner-

¹⁸⁵ BGH 1.6.1964 - VII ZR 16/63, BGHZ 42, 37, Leitsatz. Beim *Rücktritt* hat der BGH die Frage dagegen bislang offen gelassen (BGH 16.10.1995 [Fn. 21], unter II.3).

¹⁸⁶ BGH 1.6.1964 (Fn. 185), Leitsatz.

¹⁸⁷ BGH 1.6.1964 (Fn. 185), unter II.3.a., m.w.N.

¹⁸⁸ BGH 1.6.1964 (Fn. 185), unter II.3.b.aa.

¹⁸⁹ So BGH 1.6.1964 (Fn. 185), unter II.2.

¹⁹⁰ Bejahend Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, 60. A., 2002, § 767 ZPO, Rz. 52: Es sei für die Präklusion unerheblich, ob die Einwendung erst infolge einer Willenserklärung des Schuldners Wirkungen habe.

kannt.¹⁹¹ Unzulässig ist es in diesem Zusammenhang, befristete Rechtsbehelfe pauschal quasi als „Minus“ gegenüber unbefristeten Rechtsbehelfen darzustellen und damit ihre Präklusion vor Fristablauf mit der Logik eines „Erst-Recht“-Schlusses zu begründen, wie es der BGH in seiner Entscheidung zur Anfechtung getan hat.

Die Anfechtungs- und Widerrufsfrist ist der Zeitraum, den der Erklärende nach der typisierenden Betrachtung des Bürgerlichen Rechts braucht, um den Inhalt seiner Erklärung zu überdenken und hierzu die notwendige Entscheidungsfähigkeit zu erlangen (Überlegungsfrist). Es gibt keinen Grund, warum der Erklärende ausgerechnet während eines laufenden Prozesses schneller zur Selbstbestimmung befähigt sein soll als üblicherweise. Vor Ablauf der Frist werden deshalb weder *Anfechtungs-* noch *Widerrufsrecht* gemäß § 767 II ZPO präkludiert.

c. Konkurrenzen

Für die Beurteilung des Verhältnisses des Widerrufs zu anderen, ebenfalls die materiale Vertragsfreiheit schützenden Rechtsbehelfen können die bekannten, zu §§ 119, 123 BGB entwickelten Grundsätze sinngemäß herangezogen werden.¹⁹² Die Vorschrift des § 357 IV BGB (§ 361a II 7 BGB a.F.) steht dem nicht entgegen. Sie bezieht sich nur auf Ansprüche im Rahmen der Rückabwicklung nach Widerruf, nicht aber auf das Verhältnis des Widerrufs zu anderen, ebenfalls auf Loslösung vom Vertrag gerichteten Rechtsbehelfen. Zu *Schadensersatzansprüchen* auf das negative Interesse nach §§ 280 I 1, 241 II, 311 II BGB (bislang: *culpa in contrahendo*)¹⁹³ sowie aus unerlaubter Handlung (§ 823 I [„Freiheit“], II BGB i.V.m. §§ 263, 240 StGB, 826 BGB) besteht demnach sog. Anspruchskonkurrenz¹⁹⁴ - und zwar gerade auch dann, wenn zwischen dem anspruchsbegründenden Verhalten des Unternehmers und der Beschränkung der materialen Vertragsfreiheit des Verbrauchers ein kausaler Zusammenhang besteht.¹⁹⁵ Das Geltendmachen eines vertraglichen oder gesetzlichen *Rücktrittsrechts* (§§ 323 ff., 437 Nr. 2 BGB) schließt den Widerruf nicht aus.¹⁹⁶ Für das Verhältnis des Widerrufs nach dem Wirksamkeitsmodell zur *Anfechtung* kann man sich am Erkenntnisstand zum Verhältnis der Anfechtungsgründe untereinander orientieren.

¹⁹¹ Siehe BGH 25.2.1985 - VIII ZR 116/84, BGHZ 94, 29, unter II.2.c.bb., zu einem Optionsrecht auf Verlängerung eines Mietvertrags, das der Schuldner erst *nach* Schluss der letzten mündlichen Verhandlung des Vorprozesses ausgeübt hat: „Im Gegensatz zu Gestaltungsrechten, bei denen - wie bei der Aufrechnung oder Anfechtung - die Freiheit des Berechtigten, den Zeitpunkt der Abgabe der Gestaltungserklärung zu wählen, lediglich eine Nebenfolge, nicht aber der Zweck des Gestaltungsrechtes“ sei, liege es „gerade im Wesen eines dem Mieter gewährten Optionsrechtes, ihm die Entscheidungsfreiheit zu lassen, ob und ggf. wann er die Option“ ausübe.

¹⁹² Nachweise z.B. bei Palandt-*Heinrichs*, 123 BGB, Rz. 26-29; siehe auch Soergel-*Hefermehl*, § 119 BGB, Rz. 77-86, und § 123 BGB, Rz. 59-63.

¹⁹³ BGH 3.2.1999 - VIII ZR 14/98, NJW 1999, 1404, unter II.1.; Palandt-*Heinrichs*, § 123 BGB, Rz. 27 (jeweils zum Verhältnis zwischen Anfechtung und c.i.c.).

¹⁹⁴ So die Begrifflichkeit z.B. bei Palandt-*Heinrichs* (Fn. 193). Allerdings ist das Anfechtungs- ebenso wie das Widerrufsrecht kein Anspruch, sondern Gestaltungsrecht. Man sollte deshalb besser von „Rechtsbehelfskonkurrenz“ sprechen.

¹⁹⁵ Vgl. Palandt-*Heinrichs*, § 123, Rz. 27: Täuschung und Bedrohung begründeten in der Regel zugleich eine Haftung aus c.i.c.

¹⁹⁶ Vgl. Palandt-*Heinrichs*, § 123 BGB, Rz. 29, zum Verhältnis zwischen Anfechtung und gesetzlichem Rücktritt bzw. Wandelung bei Leistungsstörungen (m.w.N.).

Nach h.M. zu § 123 BGB kann der Erklärende wählen, welches Anfechtungsrecht er ausüben möchte, sofern zugleich die Voraussetzungen einer Anfechtung nach § 119 BGB vorliegen.¹⁹⁷ Dabei sollte nach der Theorie von den Doppelwirkungen auch, sofern die Partei dies wünscht, die gleichzeitige und gleichrangige¹⁹⁸ Anfechtung aus mehreren Gründen möglich sein. Nicht anders sieht es beim Verhältnis des Widerrufs zur Anfechtung nach §§ 119, 123 BGB aus. Eine widerrufenen Willenserklärung bleibt demnach anfechtbar und umgekehrt. Hinsichtlich des Rückabwicklungsregimes dürften sich die Widerrufsregeln wegen § 357 IV BGB gegenüber ggf. abweichendem Bereicherungsrecht durchsetzen, sobald der Berechtigte von seinem Widerrufsrecht Gebrauch gemacht hat. Entsprechendes gilt für den Widerruf nichtiger Verträge.

d. Qualifikation der Ansprüche

Eine weitere Konsequenz ist, dass die gegenseitigen Ansprüche auf Rückabwicklung bereits erbrachter Leistungen nach erklärtem Widerruf (§ 357 BGB) ähnlich wie Bereicherungsansprüche gesetzlicher und nicht etwa vertraglicher¹⁹⁹ Natur sind. Für die *internationalprivatrechtliche* Anknüpfung dieser Ansprüche ist dies nach deutschem sowie europäischem Kollisionsrecht zwar ohne Belang, da gemäß Art. 32 I Nr. 5 EGBGB bzw. Art. 10(1)(e) des Römischen Übereinkommens 80/934/EWG über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht von 1980 die „Folgen der Nichtigkeit des Vertrags“ dem Vertragsstatut unterliegen und dies die Rückgewähr der erbrachten Leistungen einschließt, gleichgültig, ob die Folgen der Nichtigkeit vertraglicher oder außervertraglicher Natur sind.²⁰⁰ Bei der Klage auf Rückabwicklung kann die Qualifikation der Ansprüche aber eine Rolle für die Beurteilung der sachlichen sowie der internationalen *Zuständigkeit* spielen.

Nach *nationalem* Prozessrecht richtet sich die Zuständigkeit des Gerichts für „Streitigkeiten aus einem Vertragsverhältnis und über dessen Bestehen“ nach dem Ort, „an dem die streitige Verpflichtung zu erfüllen ist“ (§ 29 ZPO). Von dieser Vorschrift werden Rückgewähransprüche wegen Rücktritts erfasst,²⁰¹ nicht aber Bereicherungsansprüche aus Anfechtung.²⁰² Letztere sind am allgemeinen Gerichtsstand des Schuldners (§ 12 ff. ZPO) einzuklagen. Dasselbe muss für Rückabwicklungsansprüche nach Widerruf zutreffen, sofern nicht spezielle verbraucherschützende Zuständigkeitsnormen wie z.B. § 29c ZPO („Besonderer Gerichtsstand für Haustürgeschäfte“; bislang § 7 HWiG) eingreifen.

¹⁹⁷ Palandt-Heinrichs, § 123 BGB, Rz. 28; Soergel-Hefermehl, § 123, Rz. 59.

¹⁹⁸ Die *hilfsweise* Ausübung eines konkurrierenden Gestaltungsrechts für den Fall, dass die rechtlichen Voraussetzungen eines anderen, bevorzugten Gestaltungsrechts nicht vorliegen, ist ohnehin immer möglich. Die Bedingungsfeindlichkeit von Gestaltungsrechten steht dem nicht entgegen (Palandt-Heinrichs, Einf § 158 BGB, Rz. 13, zur hilfsweisen Anfechtung wegen eines anderen Grundes).

¹⁹⁹ So aber die Rspr. zum Rückabwicklungsverhältnis beim Rücktritt (z.B. BGH 10.7.1998 [Fn. 145], unter III.1.a.: „Vertrag in umgewandelter Form mit der sich aus §§ 346, 347 BGB ergebenden Grundregel“).

²⁰⁰ Palandt-Heldrich, Art. 32 EGBGB, Rz. 7; Begr. RegE des Gesetzes zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, BT-DS 10/504 v. 20.10.1983, S. 82.

²⁰¹ Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, § 29 ZPO, Rz. 9: „vertragsmäßiger Rücktritt“, „Wandlung oder Minderung“.

²⁰² BGH 20.11.1961 - VIII ZR 167/60, NJW 1962, 739; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, § 29 ZPO, Rz. 11, unter Berufung auf BayObLG 25.9.1990 - AR 1 Z 74/90, BB 1990, 2442, wo es allerdings um eine Anfechtung nach dem AnfG ging.

Nach *europäischem* Prozessrecht kommt es für die internationale Zuständigkeit des Gerichts eines Mitgliedsstaats bei grenzüberschreitenden Sachverhalten²⁰³ ebenfalls darauf an, ob vertragliche oder gesetzliche Ansprüche geltend gemacht werden. Bilden „ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag“ zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer „den Gegenstand des Verfahrens“, gilt im Verhältnis zwischen den EG-Mitgliedsstaaten bis auf Dänemark die abschließende Zuständigkeitsregelung der Art. 15, 16 EG-VO 44/2001 vom 22.12.2000 (EuGVVO),²⁰⁴ die dem Verbraucher das Privileg des Wohnsitzgerichtsstands verschafft. Es ist bislang nicht geklärt, ob Streitigkeiten über Ansprüche aus der Rückabwicklung eines unwirksamen Vertrags als vertragliche Streitigkeiten in diesem Sinne zu bewerten sind. Die Frage ist im Rahmen des insoweit wortgleichen, autonom auszulegenden²⁰⁵ Tatbestandsmerkmals in Art. 5 Nr. 1 EuGVVO bislang umstritten.²⁰⁶ Die alte, noch im Verhältnis zu Dänemark gültige (Art. 68 EuGVVO) Regelung der Verbrauchersachen in Art. 13 EuGVÜ, die das Tatbestandsmerkmal der „Klagen aus einem Vertrag“ enthält, verursacht dieselben Auslegungsprobleme. Der BGH legte dem EuGH die Frage der Anwendbarkeit des Art. 13 EuGVÜ auf Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung im Rahmen der Rückabwicklung vertraglicher Leistungen bei unwirksamen Verträgen bereits zweimal vor, und immer konnte der EuGH eine Beantwortung vermeiden.²⁰⁷ Entsprechende Unklarheit besteht ferner in Bezug auf die (nicht weiter definierten) „Versicherungssachen“ nach den Art. 8 f. EuGVVO (Art. 7 f. EuGVÜ). Diese Auslegungsfragen sollen hier nicht weiter vertieft werden. Diejenigen jedenfalls, die Bereicherungsansprüche aus unwirksamen Verträgen nicht den Gerichtsständen für vertragliche Streitigkeiten unterstellen wollen, müssen das konsequenterweise für die Rückabwicklung eines widerrufenen Vertrags in gleicher Weise tun.

e. Lückenfüllung

Die vielleicht deutlichsten Folgen der Erkenntnis, dass das Widerrufsrecht kein Rücktrittsrecht, sondern anfechtungsähnlich ist, ergeben sich für etwaige *Regelungslücken* bei der rechtlichen Ausgestaltung des Widerrufs und der nachfolgenden Rückabwicklung. Die Verweisung auf die Rücktrittsregeln in § 357 I BGB ist restriktiv auszulegen - zumal der

²⁰³ Die *kollisionsrechtliche* Anwendbarkeit der (deutschen bzw. europarechtlichen) Vorschriften über Verbraucherschützende Widerrufsrechte in internationalen Sachverhalten richtet sich bei deutschem Forum nach den Art. 29, 29a EGBGB.

²⁰⁴ Die EG-VO 44/2001 (ABIEG Nr. L 012/1 v. 16.1.2001) trat am 1.3.2002 in Kraft. Sie ersetzt gemäß Art. 68 das Übereinkommen v. 27.9.1968 „über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen“ (EuGVÜ) im Verhältnis zwischen den EG-Mitgliedsstaaten bis auf Dänemark. Die Art. 15 f. EG-VO entsprechen funktionell den Art. 13 f. EuGVÜ, gehen aber in ihrem Anwendungsbereich darüber hinaus, da sie geringere Anforderungen an den Bezug des Sachverhalts zum Wohnsitzstaat des Verbrauchers stellen.

²⁰⁵ St. Rspr., z.B. EuGH 8.3.1988 - RS 9/87, *Arcado*, EuGHE 1988, 1539.

²⁰⁶ Für die Anwendbarkeit des Art. 5 Nr. 1 EuGVVO bzw. EuGVÜ auf Kondiktionsansprüche aus unwirksamem Vertrag Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Albers, Schlussanhang V.C.1., Art. 5 EuGVÜ, Rz. 5 (m.w.N.); dagegen u.a. Zöller-Geimer, 23. A. 2002, Anh. I, Art. 5 EuGVVO, Rz. 10; MünchKommZPO-Gottwald, 1992, Art. 5 EuGVÜ, Rz. 5.

Gesetzgeber insofern gar keine Rechtsänderung im Vergleich zum Unwirksamkeitsmodell beabsichtigt hatte²⁰⁸ - und die Vorschriften des *Anfechtungs-* und *Bereicherungsrechts* können ggf. ergänzend zur Anwendung gelangen, soweit § 357 IV BGB nicht ausdrücklich entgegensteht.

Das erste Beispiel betrifft die analoge Anwendung von § 818 III BGB auf den Wertersatz bei der Rückabwicklung nichtgegenständlicher Leistungen (Nutzungsüberlassungen, Dienstleistungen). Die Berechnung der üblichen oder gar der vereinbarten Vergütung, wie sie sich aus einer wörtlichen Anwendung der §§ 357 I 1, 346 I, II 1 Nr. 1, II 2 HS 1 BGB zu ergeben scheint, widerspricht für die Zeit bis zum Widerruf regelmäßig dem Normzweck des Widerrufsrechts²⁰⁹ - zumindest solange sich der Verbraucher nicht entsprechende Aufwendungen tatsächlich erspart hat. Im Schrifttum und in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung hatte man das bereits für das Unwirksamkeitsmodell anhand der Ausgleichsnorm des § 3 III HS 1 HWiG a.F. (teilweise i.V.m. der Verweisung in § 7 IV VerbrKrG a.F.) erkannt.²¹⁰ Diese Vorschrift konkretisierte dabei im Gegensatz zur aktuellen Regelung (§§ 357 I, 346 II 2 HS 1 BGB) und deren Vorgängerin (§ 361a II 1, 6, § 346 I 2 BGB a.F.) den zu ersetzenden „Wert“ der empfangenen Leistung nicht weiter. Schon damals griffen manche zur Lösung des Problems auf die eingangs genannte Analogie zurück.²¹¹ Freilich liegt das Unwirksamkeitsmodell aus Sicht der herrschenden Ansicht rechtssystematisch näher beim Bereicherungsrecht als das dem Rücktritt zugeordnete Wirksamkeitsmodell. Nichtsdestotrotz finden sich auch noch zu § 361a BGB a.F. (wortgleich mit § 3 III HWiG a.F.) Anhänger einer Analogie, und zwar gerade solche, die den Widerruf als Rücktritt begreifen.²¹² Durch die Schuldrechtsreform hat sich die Rechtslage zum Wertersatz im Vergleich zur Regelung vom Juni 2000 nicht wesentlich verändert; methodologischer Ansatzpunkt für die analoge Anwendung des § 818 III BGB ist nach wie vor eine teleologisch-restriktive Auslegung der Verweisung auf die Rücktrittsregeln in § 357 I BGB bzw. § 361a II 1 BGB a.F.. Durch die jüngste Beschränkung des § 346 II 2

²⁰⁷ EuGH 19.1.1993 - C-89/91, *Shearson Lehmann Hutton Inc. gegen TVB Treuhandgesellschaft*, EuGHE 1993, I-139, Tz. 25; EuGH 15.9.1994 - C-318/93, *Dean Witter Reynolds Inc.*, EuGHE 1994, I-4275, Tz. 21 (jeweils zur Rückabwicklung unverbindlicher Termingeschäfte).

²⁰⁸ Siehe den Nachweis oben Fn. 161.

²⁰⁹ Z.B. zu § 361a II 6 BGB a.F. MünchKomm-Ulmer, 4. A. 2001, § 361a BGB a.F., Rz. 75: Nach dem Verbraucherschutzzweck solle der Verbraucher „zwar zur Rückgewähr oder zum Ersatz empfangener Leistungen verpflichtet sein, nicht aber bis zum Widerruf de facto an der Entgeltverpflichtung festgehalten werden“.

²¹⁰ Z.B. MünchKomm-Ulmer, 3. A., § 3 HWiG a.F., Rz. 14, m.w.N.; *ders.*, a.a.O., § 7 VerbrKrG a.F., Rz. 61; zustimmend OLG Köln 5.12.1994 - 12 U 75/94, NJW-RR 1995, 1008, 1009. A.A. BGH 24.4.1985 - VIII ZR 73/84, BGHZ 94, 226, zu § 1d III AbzG: Die Überlassungsvergütung sei unabhängig davon, ob der Verbraucher die Sache tatsächlich genutzt habe. § 1d III AbzG war fast wortgleich mit § 3 III HWiG a.F. sowie mit § 351a II 6 BGB a.F., außer, dass „sonstige Leistungen“ noch nicht erwähnt wurden.

²¹¹ OLG Düsseldorf 11.7.1991 - 8 U 84/90, NJW-RR 1992, 506, zu einem Partnervermittlungsvertrag; MünchKomm-Ulmer, 3. A., § 3 HWiG a.F., Rz. 14; Palandt-Putzo, 55. A. 1995, § 3 HWiG a.F., Rz. 15. Die Anregung zum ergänzenden Rückgriff auf Bereicherungsrecht kam bereits aus den Gesetzesmaterialien; vgl. Gesetzesentwurf des Bundesrats v. 15.2.1985 zum HWiG a.F., BT-DS 10/2876, S. 14: Bei der Bestimmung des Wertersatzes könne „auf bereicherungsrechtliche Grundsätze zurückgegriffen werden (§ 818 II BGB)“, ohne dass dies einer Regelung bedürfe.

²¹² MünchKomm-Ulmer, 4. A., § 361a, Rz. 75 (zur Analogie) bzw. Rz. 30 f. (zum Rücktrittscharakter).

BGB durch HS 2²¹³ erhielt dieser Weg weiteren Vorschub, denn ausweislich der Gesetzesmaterialien war die Reform Verbraucherschützend motiviert.²¹⁴ Die im Schrifttum ebenfalls vorgeschlagene Lösung, den vom Verbraucher zu ersetzenden Wert der Gebrauchsvorteile oder Dienste nach dem Marktwert der Leistungen vermindert um den Unternehmergewinn²¹⁵ oder nach der zeitanteiligen linearen Wertminderung²¹⁶ zu bestimmen, hilft dem Verbraucher in den Fällen - z.B. an der Haustür - aufgedrängter Leistungen nur unzureichend; auf der anderen Seite schießt sie dort, wo der Verbraucher durch die Inanspruchnahme der Leistung ansonsten erforderliche eigene Aufwendungen in Höhe des Marktpreises erspart hat (Bsp.: Bestellen einer Fahrkarte im Internet), über ihr Ziel hinaus.²¹⁷

Ein weiteres Beispiel bildet die Frage, ob der Verbraucher für die Schwebezeit (auf das positive Interesse gerichtete) Schadensersatzansprüche statt der Leistung (§§ 280 I, III, 437 Nr. 3 BGB) geltend machen kann, obwohl er später seine Erklärung widerrufen hat. Die Vorschrift des § 325 BGB, nach der das Recht, bei einem gegenseitigen Vertrag Schadensersatz zu verlangen, durch den Rücktritt nicht ausgeschlossen wird, lässt sich durchaus unter den Wortlaut der Verweisung in § 357 I 1 BGB subsumieren. Nach § 357 IV BGB bestehen zwar keine „weitergehenden Ansprüche“. Damit können aber Schadensersatzansprüche wegen Verletzung primärer Leistungspflichten nicht gemeint sein, weil sie nicht rückabwicklungsbezogen sind. Ausweislich der Gesetzesbegründung zur wortgleichen Regelung in § 361a II 7 BGB a.F. wird mit der Norm „klargestellt“, dass die „Rückabwicklungsregelung“ des 361a II BGB a.F. (jetzt: § 357 BGB) „grundsätzlich abschließend ist“.²¹⁸ Mithilfe der Erkenntnis von der anfechtungsgleichen Wirkung des Widerrufs lassen sich Schadensersatzansprüche des Verbrauchers statt der Leistung dennoch erfolgreich abwehren. Durch den Widerruf entfallen rückwirkend alle vertraglichen Leistungspflichten, deren Verletzung gerügt wird.

Und noch ein letztes Beispiel: Muss sich der Unternehmer ein die freie Selbstbestimmung des Verbrauchers beschränkendes Verhalten dritter, vom Unternehmer verschiedener Personen im Rahmen des Vertragsschlusses zurechnen lassen? Die Rechtsprechung hat sich zwar zu Einzelfällen dieser Art bereits geäußert,²¹⁹ umfassend wurde die Proble-

²¹³ Eingefügt durch Art. 25 I des OLG-Vertretungsänderungsgesetzes (Fn. 93).

²¹⁴ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-DS 14/9266, S. 45: Die Neufassung des § 346 BGB stelle „sicher, dass der Verbraucher nicht den Vertragszins zahlen“ müsse, wenn er nur einen niedrigeren oder gar keinen Gebrauchsvorteil“ gehabt habe.

²¹⁵ Z.B. Palandt-Heinrichs, Ergänzungsband, § 357 BGB, Rz. 14; § 346 BGB, Rz. 10, allgemein zum gesetzlichen Rücktritt; Fuchs, ZIP 2000, 1273, 1285, speziell zu Dienstleistungen; ähnlich Staudinger-Kaiser, Neubearbeitung 2001, § 361a BGB a.F., Rz. 58; ferner MünchKomm-Ulmer, 4. A., § 361a BGB a.F., Rz. 75, wobei hier das Verhältnis dieser Lösung zur vom Autor ebenfalls vorgeschlagenen Analogie (Fn. 212) nicht ganz klar wird.

²¹⁶ Palandt-Heinrichs, Ergänzungsband, § 357 BGB, Rz. 14; § 346, Rz. 10, unter Hinweis auf die BGH-Rspr. zum Nutzungsausgleich bei gescheiterten Veräußerungsgeschäften (BGH 26.6.1991 - V ZR 45/94, BGHZ 115, 47, 54, zur Wandelung; BGH 25.10.1995 - VIII ZR 42/94, NJW 1996, 250, zum Bereicherungsrecht).

²¹⁷ So schon MünchKomm-Ulmer, 3. A., § 3 HWiG a.F., Rz. 14.

²¹⁸ BT-DS 14/2658, S. 47 [Hervorhebung durch den Verf.].

²¹⁹ In der Entscheidung BGH 17.9.1996 (XI ZR 164/95, BGHZ 133, 254, unter II.2.) wird das Verhalten eines „im Auftrag“ einer Bank tätigen „Repräsentanten“, der eine Kundin in ihrer Wohnung aufgesucht, für

matik bislang aber - soweit überschaubar - noch nicht diskutiert. Das Anfechtungsrecht mit seiner altbekannten Regelung in § 123 II 1 BGB für die Fallgruppe der Täuschung²²⁰ bietet hier eine gewisse Orientierung. Dort unterscheidet das Gesetz zwischen Personen, deren Verhalten unmittelbar als eigenes Verhalten des Anfechtungsgegners gilt (Prototyp: Angestellte), und sog. „Dritten“, deren Verhalten dem Anfechtungsgegnern nur dann zugerechnet wird, wenn er den Anfechtungsgrund (Täuschung) kannte oder kennen musste. Die Abgrenzungskriterien für den Begriff des Dritten sind im Einzelnen streitig.²²¹ Einig ist man sich immerhin darüber, dass Vertreter keine Dritte sind.²²² Makler sollen nur dann Dritte sein, wenn sie für beide Parteien tätig werden.²²³ Diese Grundsätze lassen sich auf das Widerrufsrecht übertragen.

Zusammenfassung

1. Das verbraucherschützende Widerrufsrecht erfasst regelmäßig Sachverhalte, in denen der Verbraucher wegen seiner „psychischen“ oder „informationellen“ Schwäche typischerweise in seiner Selbstbestimmung beeinträchtigt ist.
2. Zweck des Widerrufsrechts ist nicht der Ausgleich der gestörten Machtparität zwischen Verbraucher und Unternehmer, sondern der Schutz der freien Selbstbestimmung (materialen Vertragsfreiheit) des Verbrauchers. Der verbraucherschützende Widerruf begründet insofern keine Abkehr vom Prinzip der Eigenverantwortung, sondern bekräftigt es. Dabei zeichnet es sich durch eine starke Typisierung aus.
3. Gesetzestechisch lassen sich zwei Unterarten des verbraucherschützenden Widerrufsrechts ausmachen, das Wirksamkeits- und Unwirksamkeitsmodell. Beide Modelle unterscheiden sich in der Rechtslage während des Laufs der Widerrufsfrist. Nach dem Unwirksamkeitsmodell ist die Willenserklärung des Verbrauchers und - bei Vorliegen der Gegenerklärung des Unternehmers - der Vertrag während der Widerrufsfrist schwebend unwirksam, nach dem Wirksamkeitsmodell schwebend wirksam. Nach der aktuellen Gesetzeslage folgen die meisten Widerrufsrechte dem Wirksamkeitsmodell. Dazu gehören alle Widerrufsrechte, die auf die §§ 355 ff. BGB verweisen, sowie das Widerrufsrecht nach § 8 IV VVG. Verbleibende Vertreter des Unwirksamkeitsmodells sind die Widerrufsrechte nach den §§ 23 KAGG und 11 AuslInvestmG.
4. Der Schutz der materialen Vertragsfreiheit ist keine Erfindung des verbraucher-schützenden Widerrufsrechts. Vielmehr war er von Anfang an im BGB verankert. Entsprechend der Schwere der Willensmängel und ihrer Auswirkungen auf die Geltung der man-

die Zwecke des § 1 HWiG a.F. ohne weitere Begründung der Bank zugerechnet. Nach BGH 4.10.1995 (XI ZR 215/94, BGHZ 131, 55, unter II.2.) reicht es auf der anderen Seite nicht für die Anwendung des § 1 HWiG a.F. aus, wenn „ein Ehegatte dem anderen in der ehelichen Wohnung eine Vertragserklärung *auf Veranlassung des Vertragsgegners* zur Unterschrift vorgelegt hat“ [Hervorhebung durch den Verf.].

²²⁰ Bei Drohungen i.S. des § 123 I BGB ist es unwesentlich, ob sie vom Vertragspartner oder Dritten ausgehen (z.B. Soergel-*Hefermehl*, § 123, Rz. 42; Palandt-*Heinrichs*, § 123, Rz. 18; BGH 6.7.1966 - Ib ZR 83/64, NJW 1966, 2399, zur Anfechtung eines gerichtlichen Vergleichs wegen Drohung seitens eines Mitgliedes eines Gerichts).

²²¹ So Soergel-*Hefermehl*, § 123 BGB, Rz. 32: „keine einheitliche Auffassung“.

²²² Z.B. Soergel-*Hefermehl* (Fn. 221); Palandt-*Heinrichs*, § 123 BGB, Rz. 13.

²²³ Z.B. Soergel-*Hefermehl* (Fn. 221); Palandt-*Heinrichs*, § 123 BGB, Rz. 14

gelbehafteten Erklärung lassen sich vier Schutzstufen ausmachen.

5. Das verbraucherschützende Widerrufsrecht nach dem Unwirksamkeitsmodell passt in die *dritte* Stufe dieses Systems. Das sind *diejenigen* Willensmängel, die das Gesetz zwar für so gewichtig hält, dass es den Erklärenden vorerst nicht bindet, die aber nachträglich überwindbar sind. Funktionell betrachtet verlangt der Gesetzgeber für Geschäfte mit Unternehmen eine Art „wirtschaftlicher Geschäftsfähigkeit“, die er Verbrauchern nicht ohne weiteres zubilligt.

6. Das Widerrufsrecht nach dem Wirksamkeitsmodell lässt sich der *vierten* und letzten Stufe des BGB-Schutzsystems zuordnen. Die Willensmängel des Verbrauchers sind dem Gesetzgeber nicht mehr schwerwiegend genug, um der Willenserklärung von vornherein die Wirksamkeit zu versagen, begründen aber die nachträgliche, rückwirkende Vernichtbarkeit der Erklärung. Damit ist der Widerruf als Gestaltungsrecht funktionell und rechtstechnisch mit der Anfechtung verwandt, nicht aber mit dem Rücktritt.

7. Aus dem anfechtungsähnlichen Charakter des Widerrufs ergeben sich eine Reihe praktischer Folgerungen. Davon betreffen einige die Auslegung der Widerrufsvorschriften selbst, z.B. die Rückwirkung des Widerrufs, die fehlende Verzichtbarkeit des Widerrufsrechts, den Ausschluss sekundärer Leistungsansprüche für die Zeit bis zum Widerruf sowie die subsidiäre Anwendbarkeit bereicherungsrechtlicher Grundsätze im Rahmen der Rückabwicklung nach Widerruf. Andere Folgerungen ergeben sich hinsichtlich der Behandlung des Widerrufsrechts in der übrigen Rechtsordnung. Dazu gehört die prozessrechtliche Qualifikation der Rückabwicklungsansprüche nach Widerruf.

Konstanz, im Oktober 2002

dr@gunterreiner.de