

Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen*

von Priv.-Doz. Dr. jur. *Günter Reiner*, Konstanz

Inhalt

<i>Einleitung</i>	2
<i>Teil 1. Grundlagen des verbraucherschützenden Widerrufsrechts</i>	3
<i>A. Erscheinungsformen des verbraucherschützenden Widerrufsrechts</i>	3
I. <i>Überblick</i>	3
II. <i>Wirkungsweise</i>	4
1. <i>Unwirksamkeitsmodell</i>	4
2. <i>Wirksamkeitsmodell</i>	7
<i>B. Zweck des verbraucherschützenden Widerrufsrechts</i>	8
I. <i>Widerrufsrecht und Selbstbestimmung</i>	8
II. <i>Beeinträchtigung der Selbstbestimmung</i>	9
III. <i>Typologie beeinträchtigter Selbstbestimmung</i>	9
<i>C. Meinungsstand zum Rechtscharakter</i>	11
<i>Teil 2. Das Widerrufsrecht im Schutzsystem des BGB</i>	13
<i>A. Materiale Vertragsfreiheit und Recht der Willenserklärungen</i>	13
<i>B. Stufensystem zum Schutz der materialen Vertragsfreiheit</i>	15
I. <i>Erste Stufe</i>	15
II. <i>Zweite Stufe</i>	16
III. <i>Dritte Stufe</i>	17
IV. <i>Vierte Stufe</i>	18
<i>C. Systematische Einordnung des Widerrufsrechts</i>	19
I. <i>Unwirksamkeitsmodell</i>	19
1. <i>Erklärungswirkung des Schweigens</i>	19
2. <i>Rechtscharakter des Widerrufs</i>	21
3. <i>Ansicht von der nichtvollendeten Erklärung</i>	22
4. <i>Folgerungen</i>	23
a. <i>Anfechtbarkeit des Schweigens</i>	23
b. <i>Rückwirkung des Schweigens</i>	24
c. <i>Präklusion</i>	24
d. <i>Verzichtbarkeit</i>	25
e. <i>Konkurrenzen</i>	26
II. <i>Wirksamkeitsmodell</i>	26

* 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.

1. Funktionelle Nähe zur Anfechtung	27
2. Gegenstand und Wirkung des Widerrufs	29
a. Fehlende Bindung an Willenserklärung	29
b. „Schwebende Wirksamkeit“ und Rücktritt	30
c. Differenzierte Begrifflichkeit des Gesetzes	31
3. Rückabwicklung nach Widerruf	32
4. Folgerungen	35
a. Verzichtbarkeit	36
b. Präklusion	37
c. Konkurrenzen	38
d. Qualifikation der Ansprüche	39
e. Lückenfüllung	41
Zusammenfassung	44

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 30.6.2000 (BGBl I 897) 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 Widerrufsrechte vor eine gemeinsame Klammer gezogen und allgemein im Hinblick auf Inhalt, Wirkung und Rechtsfolgen geregelt. Flankiert werden die §§ 355 ff. BGB durch §§ 13 f. BGB, die die Begriffe des Unternehmers und des Verbrauchers mit Geltungsanspruch für das gesamte Privatrecht definieren. Die Schuldrechtsreform integrierte zudem einen Großteil der zum Widerruf berechtigenden Verbraucherschutznormen in das BGB.¹ Das ist Anlass genug, sich über den Rechtscharakter des verbraucherschützenden Widerrufsrechts und seine Stellung in der Systematik des BGB Gedanken zu machen. Dazu wird zunächst der bisherige Erkenntnisstand zu den historischen und systematischen Grundlagen des Widerrufsrechts aufgearbeitet (Teil 1) und anschliessend ein Ansatz zur Einordnung des Widerrufsrechts in das Schutzsystem des BGB entwickelt (Teil 2).

¹ §§ 312 f. (Haustürgeschäfte); § 312b ff. (Fernabsatzverträge); § 481 ff. (Teilzeit-Wohnrechteverträge); §§ 495, 499, 503, 505 (Verbraucherdarlehensvertrag, Finanzierungshilfen und Ratenlieferungsverträge).

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“.² Die Tradition des verbraucherschützenden Widerrufsrechts reicht bis Ende der 60er Jahre des letzten Jahrhunderts zurück. Seit dieser Zeit schützen das damals neu geschaffene AuslInvestmG³ und das neu gefasste KAGG⁴ Privatpersonen, die außerhalb 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)⁵, das später durch das VerbrKrG a.F.⁶ abgelöst und inhaltlich auf weitere Arten des „Verbrauchercredits“ sowie auf Ratenlieferungsverträge ausgeweitet wurde, für die Teilnahme am Fernunterricht nach dem FernUSG a.F. (§ 4)⁷, für Geschäfte, die außerhalb der Geschäftsräume des Unternehmers zustande kommen, nach dem HWiG a.F.⁸ (§ 1 ff.), für Versicherungsverträge (§ 8 IV VVG)⁹,

² BT-DS 14/2658, S. 16.

³ Gesetz über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile und über die Besteuerung der Erträge aus ausländischen Investmentanteilen (Auslandinvestment-Gesetz) v. 28.7.1969 (BGBl I 986).

⁴ Gesetz über Kapitalanlagegesellschaften (KAGG) v. 14.1.1970 (BGBl I 127).

⁵ Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte v. 16.5.1894, geändert durch Gesetz v. 15.5.1974, BGBl I 1169.

⁶ Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG) v. 17.12.1990, BGBl I 2840.

⁷ Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht (Fernunterrichtsschutzgesetz – FernUSG) v. 24.8.1976 (BGBl I 2525).

⁸ Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften v. 16.1.1986, BGBl I 122.

⁹ Gesetz über den Versicherungsvertrag v. 30.5.1908, geändert durch Gesetz zur Änderung versicherungsrechtlicher Vorschriften v. 17.12.1990, BGBl I 2864.

für Time-Sharing-Verträge nach dem TzWrG a.F.¹⁰ (§ 5) und zuletzt für Verträge, die unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen werden (§ 3 FernAbsG)¹¹. Die Widerrufsrechte nach HWiG, TzWrG und FernAbsG gingen auf entsprechende EG-Richtlinien zurück.¹² 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 Fernunterrichtschutzes – vollständig in das BGB integriert; VerbrKrG, HWiG, TzWrG und FernAbsG wurden aufgehoben.

II. Wirkungsweise

Trotz aller Unterschiede im Detail ist der Grundgedanke der verbraucher-schützenden 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.

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

¹⁰ Gesetz über die Veräußerung von Teilzeitnutzungsrechten an Wohngebäuden (Teilzeit-Wohnrechtgesetz – TzWrG) v. 20.12.1996 (BGBl I 2154).

¹¹ Fernabsatzgesetz (FernAbsG) v. 27.6.2000, BGBl I 897.

¹² Art. 4 der RL 85/577/EWG v. 20.12.1985 (ABIEG Nr. L 372/31); Art. 5 der RL 94/47/EG v. 26.10.1994 (ABIEG Nr. L 280/83); Art. 4 der RL 97/7/EG v. 20.12.1997 (ABIEG Nr. L 144/19).

Verbrauchers „erst wirksam“, wenn dieser sie nicht fristgerecht widerruft.¹³ Während des Laufs der Widerrufsfrist betrachtet man hier Verbrauchererklärung¹⁴ und Vertrag als „schwebend unwirksam“.¹⁵

Die kapitalanlegerschützenden Widerrufsrechte nach § 23 I KAGG und § 11 I 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,¹⁶ 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.¹⁷ Tatsächlich dürfte in den Verbraucherschutzvorschriften „Gebundenheit“ aber genau dasselbe zum Ausdruck bringen wie „Wirksamkeit“, nämlich die Antwort auf die Fra-

¹³ § 1b I AbzG (1974); § 7 I VerbrKrG a.F. (1990); § 1 I HWiG a.F. (1986); § 5 I TzWrG a.F. (1996).

¹⁴ ZB. *Mankowski*, WM 2001, 793, 794: „schwebende Unwirksamkeit der Vertragserklärung“.

¹⁵ 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. Aus dem Schrifttum z.B. MünchKomm-Ulmer, 3. A. 1995, § 1 HWiG, Rz. 6; *ders.*, aaO., § 7 VerbrKrG, Rz. 12; Erman-Saenger, 10. A. 2000, § 7 VerbrKrG, Rz. 4; *ders.*, aaO., § 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*, AT, 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“.

¹⁶ 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*, FS Medicus (1999), 199, 206, speziell zu § 11 AuslInvestmG; ebenso *K. Beckmann/Scholtz*, Investment, Bd. 2, § 23 KAGG, Rz. 12; *Holschbach*, NJW 1975, 1109, 1110 (m.N. zur Gegenansicht).

¹⁷ Ausdrücklich „Wirksamkeit“ und „Gebundenheit“ einander gegenüber stellend z.B. *Lorenz* (Fn. 16), S. 57, Fn. 70.

ge, ob die Verbrauchererklärung in Verbindung mit einer entsprechenden Generklärung inhaltliche Gestaltungswirkung zu entfalten vermag.¹⁸ Man kann sich hier nicht an die gleichlautende Terminologie des historischen BGB-Gesetzgebers von 1896 in §§ 145, 873 II BGB anlehnen.¹⁹ 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.²⁰ 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 formulierte²¹ Widerrufsrecht nach § 8 IV 1 VVG („kann der Versicherungsnehmer [...] widerrufen“) dürfte dem Wirksamkeitsmodell zuzuordnen sein,²² da es nach seiner Entstehungs-

¹⁸ 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 wie sie später im AuslInvestmG Niederschlag fand. Das Widerrufsrecht nach § 11 AuslInvestmG orientierte sich ausdrücklich am ursprünglichen Entwurf zur Änderung des AbzG (Reg. Begr., BT-DS 5/3494, S. 23). In der Endfassung des § 1b AbzG wurde der Begriff „Gebundenheit“ schließlich durch „Wirksamkeit“ ersetzt; dahinter steckte aber kein Wille nach einem Systemwechsel.

¹⁹ 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 (aaO., S. 1798). Zum letzterem Gesichtspunkt kritisch unten Teil 2, C.I.3.

²⁰ So auch der ansonsten so fein differenzierende *Gernhuber*, WM 1998, 1797, 1804.

²¹ So auch *Gernhuber*, WM 1998, 1797, 1798.

²² Wie hier *Pröls/Martin*, 26. A. 1998, § 8 VVG, Rz. 40: Die Erklärung des Versicherungsnehmers sei „sogleich (mit Zugang) wirksam“, denn „Widerruf“ bedeute

geschichte – anders als §§ 23 I KAGG, 11 I AuslInvestmG – wegen der „Besonderheiten“ des Versicherungsgewerbes bewusst vom 1990 überwiegend verwendeten Unwirksamkeitsmodell abweicht.²³

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.²⁴ Das Wirksamkeitsmodell tauchte zum ersten Mal im *Fern-USG* in dessen ursprünglicher Fassung von 1976 auf. Der Gesetzgeber hat es mit leicht verändertem Wortlaut²⁵ 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

„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. 16), S. 210 (siehe auch nachfolgende Fn.). A.A. *Gernhuber*, WM 1998, 1798, 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.

²³ Siehe Begr. des Finanzausschusses, BT-DS 11/8321, S. 12: „Besonderheiten dieses Wirtschaftszweigs“. Vgl. auch *Lorenz* (Fn. 16), S. 210: Dass die Vorschrift „auf die Rechtstechnik schwebender Unwirksamkeit und auf besondere Rückabwicklungsvorschriften“ verzichte, dürfe „durch den üblichen Vertragsabschlussmechanismus bei Versicherungsverträgen bedingt sein“.

²⁴ Siehe z.B. Begr. RegE, BT-DS 14/2658, S. 41, zum FernUSG („schwebend wirksam“); *dies.*, aaO., S. 36, zu § 3 I 1 FernAbsG („schwebend unwirksam“; Redaktionsversehen, gemeint ist: „schwebend wirksam“); *dies.*, aaO., 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 den letzteren beiden s.o. unter 1., bei Fn. 19 f.). 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; *Fuchs*, WM 2000, 1273, 1282.

²⁵ Anstatt „nicht gebunden, wenn [...] widerrufen“ heißt es jetzt: „nicht mehr gebunden, wenn [...] widerrufen“.

erhoben,²⁶ auf den nun die meisten Verbraucherschützenden Sondervorschriften mit Widerrufsrecht verweisen.²⁷

B. Zweck des Verbraucherschützenden Widerrufsrechts

I. Widerrufsrecht und Selbstbestimmung

Verbraucherschutz 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 zu binden (Vertragsfreiheit), ist u.a. Ausprägung der allgemeinen Handlungsfreiheit (Art. 2 I GG)²⁸ 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.²⁹ 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“ Vertragsfreiheit³⁰).

²⁶ Vgl. Begr. RegE, BT-DS 14/2658, S. 47, zu § 361a BGB: „Übernahme der Konstruktion des FernUSG“.

²⁷ § 312d II BGB (zuvor: § 3 FernAbsG); §§ 495, 499, 505 BGB (zuvor: § 7 VerbrKrG i.d.F. v. 30.6.2000); § 312 BGB (zuvor: § 1 HWiG i.d.F. v. 30.6.2000); § 485 I BGB (zuvor: § 5 TzWrG i.d.F. v. 30.6.2000); § 4 I FernUSG. Nicht auf §§ 355 ff. BGB verweisen, soweit überschaubar, nur noch die Widerrufsrechte nach § 23 I KAGG, 11 I AuslInvestmG und § 8 IV VVG.

²⁸ Z.B. BAG 30.9.1993 – 2 AZR 268/93, BAGE 74, 281, unter II.8.b.

²⁹ Siehe zur *freiheitsbeschränkenden* Wirkung Verbraucherschützender Widerrufsrechte BAG 30.9.1993 (Fn. 28), unter II.8.d., e.

³⁰ Hierzu näher unten Teil 2, A.

II. Beeinträchtigung der Selbstbestimmung

Der Verbraucher bedarf eines besonderen Schutzes seiner 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.³¹ 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.³² Das Schlagwort von der „Ungleichheit der Verhandlungsposition“³³ passt daher überhaupt nicht auf das Widerrufsrecht. Der 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.

III. Typologie beeinträchtigter Selbstbestimmung

Das Gesetz definiert Situationen beeinträchtigter Selbstbestimmung des Verbrauchers im o.g. Sinne in speziellen Tatbeständen typisierend³⁴ durch verschiedene, über die Verbraucher-Unternehmer-Beziehung hinausgehende Qualifikationsmerkmale, die die „psychische“ oder „informationelle“ (kognitive) Beeinträchtigung der Selbstbestimmung des Verbrauchers unwiderleglich vermuten lassen. Prototyp einer qualifizierten, 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.

³¹ Larenz/Wolf (Fn. 15), § 39, Rz. 10.

³² A.A. wohl Zöllner, AcP 196 (1996), 1, 25 ff., 30, der den Zusammenhang zwischen wirtschaftlicher Unterlegenheit und Selbstbestimmung *pauschal* zu leugnen scheint.

³³ So wörtlich die Begr. RegE zu § 11 AusInvestmG v. 13.11.1968, BT-DS 5/3494, S. 23.

³⁴ Kritisch gegenüber dem *typisierten* Schutz der Entscheidungsfreiheit durch Widerrufsrechte Lorenz (Fn. 16), S. 212: „im besten Falle ineffektiv“.

BGB). Die Widerrufsfrist beginnt jeweils erst nach Belehrung über das Widerrufsrecht,³⁵ 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 *informationellen* Schwäche ist der Fernabsatz, wo der Verbraucher vor Vertragsschluss keine Möglichkeit hat, „das Erzeugnis zu sehen oder die Dienstleistung zu prüfen“.³⁶ 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 Verbraucher über die wesentlichen Einzelheiten des Vertragsgegenstands zu informieren hat.³⁷ 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, 485 IV BGB; §§ 23 II 2 KAGG, 11 II 2 AuslInvestmG). 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.³⁸

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

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

³⁷ §§ 312c (Fernabsatzverträge) und 482f. BGB (Teilzeit-Wohnrechte), jeweils i.V.m. §§ 1 bzw. 2 BGB-Informationspflichten-VO; §§ 492, 494 BGB (Verbraucherdarlehensverträge); § 19 KAGG, 3 AuslInvestmG.

³⁸ Zur Bedeutung des verbraucher-schützenden Widerrufsrechts für den Wettbewerb *Lurger*, EJCL Vol. 2.1 March 1998, unter 7. (<http://law.kub.nl/ejcl/21/art21-2.html>, Abruf v. 5.3.2002).

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 (z.B. Kauf von Investmentfonds an der Haustür, Teilzahlungsgeschäft bei schwacher wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit).

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“³⁹ schätzen, betrachten es die anderen als „nicht recht durchdachtes“, „unreifes“ Rechtsgut und als systemwidrig, weil mit dem Bild des BGB vom „mündigen Bürger“ unvereinbar.⁴⁰ Dabei ist auch von der „Gefahr ideologisch bedingter Übersteigerungen“ des Verbraucherschutzes die Rede.⁴¹ Besonderer Zündstoff liegt in dem Umstand, dass dem deutschen Gesetzgeber wegen der Vorgaben der europäischen Verbraucherschutzrichtlinien 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.⁴² Die einschlägigen Bewertungen zum *Unwirksamkeitsmodell* begnügen sich meistens mit der Aussage, die Widerrufsmöglichkeit sei ein Gestaltungsrecht.⁴³ Rechtsprechung und ein Teil des Schrifttums halten den Übergang in die Vollwirksamkeit nach (widerrufslosem) Ablauf der Wi-

³⁹ *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 344.

⁴⁰ *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“.

⁴¹ *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 361.

⁴² Siehe jüngst *Fischer*, DB 2002, 253, 258, unter „IV. Zusammenfassung und Ausblick“: Er fordert „ein einheitliches dogmatisches Konzept der Wirkungsweise dieser Widerrufsrechte“, „das zudem in die Systematik des BGB passt“. Aus dem älteren Schrifttum z.B. *Walter*, Kaufrecht (Hb des Schuldrechts, Bd. 6), 1987, § 11 II.4.b.aa, S. 503, zu § 1b I AbzG: Das Widerrufsrecht sei „dogmatisch kaum einzuordnen“.

⁴³ Begr. RegE zum HWiG a.F., BT-DS 10/2876 S. 11; Nachweise aus dem Schrifttum z.B. in BGH 16.10.1995 (Fn. 15), unter II.1. A.A. BGH 16.10.1995 (aaO.) in Zusammenhang mit § 767 II ZPO (Näheres unten Teil 2, C.I.4.c., bei Fn. 92 f.).

derrufsfrist für rückwirkend,⁴⁴ während sich ein anderer Teil des Schrifttums für ein ex-nunc-Wirksamwerden des Vertrags ausspricht.⁴⁵ Für das *Wirksamkeitsmodell* behaupten die meisten, der Widerruf sei ein „besonderes Rücktrittsrecht“,⁴⁶ das den Vertrag in ein Abwicklungsverhältnis umgestalte,⁴⁷ und wirke daher – entsprechend dem heutigem Verständnis des Rücktritts⁴⁸ – nur ex nunc.⁴⁹

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 von Richtlinie zu Richtlinie, Amtssprache zu Amtssprache und sogar innerhalb ein und derselben Richtlinie und Amtssprache. Vorgaben für die gesetzgeberische Entscheidung zwischen Wirksamkeits- oder Unwirksamkeitsmodell dürften sich den Richtlinien kaum entnehmen lassen.⁵⁰ Aus dem Begriff des „Widerrufs“ als solchem lassen sich ebenfalls keine Erkenntnisse für die systematische Einordnung dieses

⁴⁴ Z.B. BGH 12.6.1996 (Fn. 15), unter II.3.b., zu § 7 VerbrKrG; Staudinger/Werner, 13. Bearb. 1998, § 1 HWiG, Rz. 48, 50 (ohne Begründung); Krämer, ZIP 1997, 93, 99 ff.

⁴⁵ Z.B. Staudinger/Kessal-Wulf, 13. Bearb. 1998, § 7 VerbrKrG, 1998, Rz. 7; Larenz/Wolf (Fn. 15), § 39 Rz. 38, zu HWiG a.F., VerbrKrG a.F.

⁴⁶ Z.B. Palandt-Heinrichs, § 361a BGB a.F., Rz. 2; ders., Ergänzungsband, § 357 BGB, Rz. 2; ähnlich Fuchs, ZIP 2000, 1273, 1282 („modifiziertes gesetzliches Rücktrittsrecht“); v. Kropfenfels, WM 2001, 1360, 1364, zu § 355 BGB-RegE: Die Norm spreche von „Widerruf“, meine aber von den Rechtsfolgen her „Rücktritt“. A.A. Gernhuber, WM 1998, 1997, 1804, zu § 4 I FernUSG a.F. (sowie §§ 23 I KAGG, 11 I AusInvestmG, hierzu oben A.II.1., bei Fn. 19 f.): Das Widerrufsrecht sei dem Rücktritt „wesensfremd“; Härting, FernAbsG, 2000, Anh § 3, Rz. 11: „Kein gesetzliches Rücktrittsrecht“; ders., aaO., Rz. 12: „merkwürdiges Zwitterwesen“.

⁴⁷ Z.B. Palandt-Heinrichs, § 361a BGB a.F., Rz. 7.

⁴⁸ Zu den älteren Auffassungen Leser, Der Rücktritt vom Vertrag, 1975, S. 150–156.

⁴⁹ Für ex-nunc-Wirkung z.B. Palandt-Heinrichs, Ergänzungsband, § 355 BGB, Rz. 2; ders., § 361a BGB a.F., Rz. 28; v. Kropfenfels, WM 2001, 1360, 1364 (zu § 355 BGB-RegE). Jeweils zu § 361a BGB a.F. Fuchs, ZIP 2000, 1273, 1282; Mankowski, WM 2001, 833, 842. A.A. (für Rückwirkung) Prölss/Martin (Fn. 22), 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. 19 f.). Unentschieden Härting, FernAbsG 2000, Anh § 3 Rz. 12 f.

⁵⁰ Gleicher Ansicht für die Time-Sharing- und die Haustürwiderruf-RL Mankowski, WM 2001, 793, 802. A.A. ders., aaO., für die Fernabsatz-RL (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; ebenfalls a.A. für die Haustürwiderruf-RL Boemke, AcP 197 (1997), 161, 174 (ohne Begründung).

Rechtsbehelfs ableiten.⁵¹ 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.⁵²

Teil 2. Das Widerrufsrecht im Schutzsystem des BGB

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.⁵³ Die rechtliche Bindung der Teilnehmer am Rechtsverkehr an ihren nach außen 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.⁵⁴ Dabei spielt es für den vorliegenden Kontext keine Rolle, ob sich die Bindungswirkung daneben auf die Grundsätze des Verkehrs- und Vertrauensschutzes stützen lässt⁵⁵ 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).⁵⁶

⁵¹ Siehe *Gernhuber*, WM 1998, 1797, 1798: „Dogmatischer wertloser Allerweltsbegriff“.

⁵² Vgl. die Systematisierungsversuche bei *Fuchs*, AcP 196 (1996), 313, 330–343 (Systematisierung nach Funktionen), v. *Kroppenfels*, WM 2001, 1362 f., und *Düll*, Zur Lehre vom Widerruf, München 1934. *Letzterer* (aaO., 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“.

⁵³ Normen zum Schutz der materialen Vertragsfreiheit *außerhalb* des BGB sind z.B. §§ 13a UWG, §§ 19, 20 i.V.m. 33 GWB, § 1025 II ZPO a.F., § 37d IV WpHG, §§ 52, 53 II BörsG a.F. (hierzu *Reiner*, Derivative Finanzinstrumente im Recht, Baden-Baden 2002, S. 86–103 sowie kritisch S. 131–162).

⁵⁴ BVerfG 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242, 254, unter C.I.3.; ferner z.B. *Soergel-Hefermehl*, 13. A., 1999, vor § 116 BGB, Rz. 4; *Flume*, AT, 3. A. 1979, Bd. 2, S. 49.

⁵⁵ 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).

⁵⁶ Zum Meinungsstreit siehe z.B. *Flume*, AT, Bd. 2, S. 54–56; *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, München 1995, S. 128–202.

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.⁵⁷ 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. Weiter gibt es *Wahrnehmungsprobleme* bei empfangsbedürftigen Erklärungen: Der tatsächliche Wille zum Zeitpunkt der Erklärung einschließlich der Fehlerfreiheit der vorgelagerten Willensbildung ist für den Erklärungsempfänger nicht erkennbar. 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. 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 überhaupt⁵⁸ nach dem nach außen – z.B. aus der Sicht des Empfängerhorizonts oder in der besonderen Form der letztwilligen Verfügung⁵⁹ – Manifestierten („formaler“ Wille). Man spricht auch von „formaler *Vertragsfreiheit*“, die man der „materialen Vertragsfreiheit“, also dem Primat des tatsächlichen Willens gegenüberstellt.⁶⁰ Das Begriffspaar „formale“/„materiale“ Vertragsfreiheit ist allerdings missverständlich, denn im Grunde gibt es nur eine einheitliche Vertragsfreiheit: die Freiheit, sich selbstbestimmt rechtsge-

⁵⁷ Hierzu Palandt-*Heinrichs*, § 133 BGB, Rz. 7.

⁵⁸ Hierzu unter B.

⁵⁹ Siehe Palandt-*Edenhofer*, § 2084 BGB, Rz. 4 f., zur „Form als Auslegungsgrenze“ der letztwilligen Verfügung.

⁶⁰ Z.B. *Singer* (Fn. 56), S. 241: Im geltenden Recht komme eine „Unterscheidung von materieller und formaler Selbstbestimmung“ zum Ausdruck; *Drexl*, 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.

schäftlich zu binden.⁶¹ Diese bezieht sich, da sie das real existierende Individuum im Blick hat, notwendigerweise auf dessen tatsächlichen, also materialen 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). 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.⁶² 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 h.M. nur dann entbehrlich sein, wenn der

⁶¹ S.o. Teil 1, B.I.

⁶² Für Details siehe z.B. die eingehende Untersuchung bei *Lorenz* (Fn. 16), S. 44–121, 213–510.

Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen können, dass seine Erklärung als Willenserklärung aufgefasst wird.⁶³

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 Vertragspartners zur Selbstbestimmung nach § 134 BGB,⁶⁴ 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“).⁶⁵ 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 BGB⁶⁶).

⁶³ Z.B. BGH 76.1984 (Fn. 55), unter I.1.b.; Palandt-*Heinrichs*, Einf v § 116 BGB, Rz. 17, m.w.N.

⁶⁴ 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.).

⁶⁵ Zu § 138 I BGB siehe z.B. die Rechtsprechung zum „wucherähnlichen Geschäft“ (z.B. BGH 11.1.1995 – VIII ZR 82/94, BGHZ 128, 255, unter II.1.e.aa.), zu Angehörigenbürgschaften (z.B. BGH 13.11.2001 – XI ZR 82/01, NJW 2002, 746, unter II.1.a.), „Knebelungsverträgen“ (Nachweise z.B. bei Palandt-*Heinrichs*, § 138 BGB, Rz. 39) oder zu bewusst schwer verständlich ausgestalteten Verbraucherverträgen (z.B. OLG Dresden 3.11.1999 – 8 U 1305/99, ZIP 2000, 180, unter I.1.).

⁶⁶ Siehe *Lorenz* (Fn. 16), S. 106: Die Vorschrift diene dem Übereilungsschutz.

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).⁶⁷ Ferner sind dieser Stufe bestimmte, mit heilbarer⁶⁸ Nichtigkeit (§ 125 S. 1 BGB) sanktionierte Formvorschriften für Willenserklärungen oder ganze Verträge zuzurechnen, soweit Übereilungsschutz und/oder Informationsgewährung bezweckt sind.⁶⁹ 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, die die Selbstbestimmung des Verbrauchers parallel zum gleichzeitig bestehenden Widerrufsrecht schützen.⁷⁰ Dass verbraucherschützender Übereilungsschutz durch Formerfordernisse und verbraucherschützendes Widerrufsrecht funktionell gleichgerichtet und u.U. austauschbar sind, kommt z.B. in § 312 III Nr. 3 BGB (ähnlich: § 491 III Nr. 1 BGB) deutlich zum Ausdruck. Danach ist das Widerrufsrecht bei notarieller Beurkundung (qualifiziertes Formerfordernis) der Willenserklärung des Verbrauchers ausgeschlossen. Der Notar seinerseits ist seit neuestem⁷¹ 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 Gleich-

⁶⁷ 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 (Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-DS 14/9266, S. 43).

⁶⁸ Zu Formvorschriften ohne Heilungsmöglichkeit s.o. II. (zweite Stufe).

⁶⁹ Näher zu „Formvorschriften für Schuldverträge zum Schutz der freien Selbstbestimmung“ Lorenz (Fn. 16), S. 106 f.

⁷⁰ 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.

⁷¹ Art. 25 I des OLG-Vertretungsänderungsgesetzes (Fn. 67).

lauf 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 („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.⁷² 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.

Ebenfalls auf der vierten Stufe einzuordnen ist die von der Rechtsprechung entwickelte, jetzt in §§ 280 I 1, 241 II, 311 II BGB verankerte Schadensersatzhaftung auf Rückgängigmachung unerwünschter Verträge unter dem Ge-

⁷² Siehe Mot. I, S. 204 (= Mugdan, Bd. I, S. 465), zu § 123 BGB: 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“.

sichtspunkt der *culpa in contrahendo* (c.i.c.).⁷³ 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 verbraucherschützende Widerruf darin einordnen lässt.

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

⁷³ Ausführlich zur c.i.c. als Instrument zum „Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit“ vor fahrlässiger Täuschung und „direkter Beeinflussung“ („Überumpelung“) Lorenz (Fn. 16), S. 387–510. Für grundsätzliche Zweifel an der Tauglichkeit der c.i.c. als Instrument zum Schutz des informationell unterlegenen Vertragspartners Reiner (Fn. 53), S. 169–175.

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 Vollen- dung des Erfüllungsgeschäfts,⁷⁴ mit der Genehmigung durch den ohne Voll- macht Vertretenen oder auch mit der Genehmigung des Minderjährigen nach Erlangen der Volljährigkeit.⁷⁵ 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 ver- bundenen Bedenkzeit die Fähigkeit, gegenüber dem Unternehmer seinen wahren Willen zu äußern, nachträglich noch erlangt. Die Bindung des *Unternehmers* an seine Willenserklärung während der Schwebefrist, der Umstand also, dass dem Unternehmer anders als dem Vertragspartner des Minderjäh- rigen 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 reue- berechtigt, wenn er die Voraussetzungen der schwebenden Unwirksamkeit bei Vertragsschluss kennt. Das ist bei Verbraucherverträgen nach der Kon- zeption des Gesetzes der Fall, denn der Unternehmer ist dazu angehalten, den Verbraucher über dessen Widerrufsrecht aufzuklären (§ 355 II BGB).

Im Schrifttum wird gegen die hier vertretene Deutung des Unwirksam- keitsmodells vorgebracht, „bereits die Tatbestandselemente einer Willenser- klärung“ seien „im schlichten Unterlassen des Widerrufs nicht festzustel- len“.⁷⁶ Diese Auffassung verkennt, dass auch in sonstigen Bereichen des Zivil- rechts dem Schweigen ungeachtet des konkreten Vorliegens der Tatbestands- voraussetzungen einer Willenserklärung ausnahmsweise rechtsgeschäftliche Bedeutung beigemessen wird.⁷⁷ Dabei kann es für die vorliegenden Zwecke

⁷⁴ 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.).

⁷⁵ Der in die Volljährigkeit eingetretene ehemals Minderjährige wird insoweit stär- ker vor unfreiwilliger Selbstbindung geschützt als der widerrufsberechtigte Verbrau- cher, 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.

⁷⁶ *Gernhuber*, WM 1998, 1797, 1799.

⁷⁷ Siehe z.B. den Überblick bei *Kort* in: *Ebenroth/Boujong/Joost*, Bd. 2, 2001, § 346 HGB, Rz. 28 ff. („Die Bedeutung des Schweigens“).

offen bleiben, ob die Bindungswirkung des Schweigens über den konstruktiven Umweg der Fiktion einer Willenserklärung nach Ablauf einer Frist⁷⁸ oder aber „unmittelbar“ kraft Gesetzes bzw. „kraft des von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft entwickelten Rechtssatzes“ wirkt.⁷⁹

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.⁸⁰ 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,⁸¹ ergibt sich aus dem Rechtscharakter des Widerrufs (2.).

2. Rechtscharakter des Widerrufs

Der Widerruf nach dem Unwirksamkeitsmodell ist keine Willenserklärung, sondern bloße Rechtshandlung.⁸² 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

⁷⁸ So *Kort* (Fn. 77), Rz. 33, zu § 362 HGB.

⁷⁹ So *Flume*, AT, Bd. 2, S. 666, zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben („vergleichbar der gesetzlichen Regelung des § 362 HGB“).

⁸⁰ 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.

⁸¹ S. u. unter II.4.a. die entsprechende Fragestellung beim Wirksamkeitsmodell.

⁸² Insofern gleicher Ansicht *Erman-Saenger*, § 7 VerbrKrG, Rz. 26. Zum Begriff der Rechtshandlung siehe *Flume*, AT, Bd. 2, S. 105: „Abstraktion aller in der Rechtsordnung formierten Tatbestände, nach welchen eine nicht rechtswidrige Handlung rechtlich relevant ist, ohne dass es sich um ein Rechtsgeschäft handelt“.

zwar *geschäftsähnliche* Handlung i.S. einer auf einen tatsächlichen Erfolg gerichteten Erklärung, deren Rechtsfolgen kraft Gesetzes eintreten.⁸³ Die gesetzlichen Vorschriften für Willenserklärungen sind aber insoweit nicht auf den Widerruf anwendbar, als sie (allgemeine) Geschäftsfähigkeit voraussetzen.⁸⁴ 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*. 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.⁸⁵ Solange die Verbraucherkündigung aber nicht vollendet sei, fehle dem Vertrag bereits das *Tatbestandselement* einer wirksamen Willenserklärung des Verbrauchers.⁸⁶ Der Verbrauchervertrag sei deshalb nicht etwa schwebend unwirksam, sondern überhaupt nicht zustande gekommen.⁸⁷

Gemäß dieser Sichtweise erscheint der Schutzmechanismus des verbraucher-schützenden 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

⁸³ So die Begrifflichkeit bei Palandt-*Heinrichs*, Überl § 104 BGB, Rz. 6.

⁸⁴ Wohl a.A. Erman-*Saenger*, § 7 VerbrKrG, Rz. 26. 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.

⁸⁵ *Gernhuber*, WM 1998, 1797, 1798.

⁸⁶ *Gernhuber*, WM 1998, 1797, 1800.

⁸⁷ *Gernhuber*, WM 1998, 1797, 1799.

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.⁸⁸ 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.⁸⁹ 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.⁹⁰

⁸⁸ *Flume*, AT, Bd. 2, S. 550.

⁸⁹ Hierzu BGH 3.3.1956 – IV ZR 314/55, BGHZ 20, 149 (ohne Gliederungspunkte); *Hopt*, 30. A., 2000, § 346 HGB, Rz. 33.

⁹⁰ So *Flume*, AT, Bd. 2, S. 668, zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben.

b. Rückwirkung des Schweigens

Die streitige Frage, ob die Verbrauchererklärung mit (widerrufslosem) Ablauf der Widerrufsfrist mit oder ohne Rückwirkung zur Wirksamkeit erstartet,⁹¹ lässt sich aus dem Gesetzeswortlaut (§§ 23 I KAGG, 11 I AuslInvestmG: „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 gewordenen 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 16.10.1995⁹² 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.⁹³

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

⁹¹ S.o. Teil 1, C.

⁹² BGH 16.10.1995 (Fn. 15), BGHZ 131, 82.

⁹³ BGH 16.10.1995 (Fn. 15), unter II.1.

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,⁹⁴ 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.⁹⁵

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

⁹⁴ Für Verzichtbarkeit nach Vertragsschluss z.B. *Fuchs*, AcP 196 (1996), 313, 355; *Krämer*, ZIP 1997, 93, 93 ff. Dagegen z.B. *Bülou*, ZIP 1998, 945, 945 ff.; *Palandt-Putzo*, § 5 HWiG, Rz. 7.

⁹⁵ *K. Beckmann/Scholtz*, Investment, Bd. 1, § 23 KAGG, Rz. 14.

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.⁹⁶

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.⁹⁷ Das entspricht der sog. Lehre von den Doppelwirkungen. Die Anfechtung des schwebend unwirksamen Vertrages wegen Irrtums bzw. Täuschung oder Drohung ist demnach ebenso denkbar⁹⁸ wie das Verlangen nach Rückgängigmachen unter dem Gesichtspunkt der c.i.c..⁹⁹ Im Zweifel muss man das Begehren des Verbrauchers nach Rückabwicklung des Vertrags i.S. des für ihn günstigsten Rechtsbehelfs auslegen. Dies dürfte regelmäßig der Widerruf sein, solange die Widerrufsfrist noch läuft.

II. Wirksamkeitsmodell

Das Widerrufsrecht nach Art der §§ 355 f. BGB 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.¹⁰⁰ Die Willensmängel des Verbrauchers sind dem BGB-Gesetzgeber nicht gewichtig genug, um der Willenserklärung von vornherein die

⁹⁶ A.A. *Fuchs*, AcP 196 (1996), 356 f.

⁹⁷ Vgl. *Flume*, AT, Bd. 2, S. 548: Die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts sei stets „in Hinsicht auf den Nichtigkeitsgrund“ zu sehen.

⁹⁸ So z.B. auch MünchKomm-*Ulmer*, 3. A., vor § 1 HWiG, Rz. 22, 26 f.; a.A. wohl *Ebke/Neumann*, JURA 2000, 191, 196.

⁹⁹ A.A. *Lorenz* (Fn. 16), S. 171, sowie *Canaris*, AcP 200 (2000), 346, die davon auszugehen scheinen, dass das Widerrufsrecht die c.i.c. verdrängt.

¹⁰⁰ 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 [...]“.

Wirksamkeit zu versagen. Sie begründen aber die nachträgliche, und zwar entgegen der h.M. *rückwirkende*¹⁰¹ Vernichtbarkeit der Erklärung. Der Widerruf ähnelt als Gestaltungsrecht damit funktionell und rechtstechnisch der *Anfechtung* (§ 142 I BGB),¹⁰² nicht aber dem Rücktritt.¹⁰³ Der Rücktritt (§ 346 ff. BGB) ist gar nicht Teil des Vierstufenmodells des BGB zum Schutz der materialen Willensfreiheit. Darüber hinaus gibt es eine ganze Reihe gewichtiger Argumente, die diese Verwandtschaft von Widerruf und Anfechtung unabhängig vom Vierstufenmodell belegen und die nachfolgend dargelegt werden.

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 der Widerruf – in den allgemeinen Grenzen des Rechtsmissbrauchs¹⁰⁴ – ohne Angabe von Gründen, d.h. willkürlich ausgeübt werden dürfe (z.B. § 355 I 2 HS 1 BGB).¹⁰⁵ Diesem Argument sehen sich aber auch diejenigen ausgesetzt, die den Widerruf als Rücktrittsrecht verstehen. Denn die herkömmlichen (gesetzlichen) Rücktrittsrechte sind ebenfalls an das Vorliegen besonderer Rücktrittsgründe gebunden.¹⁰⁶ Vor allem aber ist der genannte tatbestandliche Unterschied zwischen Anfechtung und

¹⁰¹ S.u. unter 4.e.

¹⁰² 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“ teilen. Allerdings sieht *Gernhuber* (aaO.) dennoch „unüberbrückbare Differenzen bei den Tatbeständen, die die Gestaltungsrechte begründen“ (hierzu noch unten unter 1., bei Fn. 105). Ferner *Härting*, FernAbsG, 2000, Anh § 3 Rz. 12: In Bezug auf die Rechtswirkung der „schwebenden Wirksamkeit“ bestehe „kein Unterschied zum Anfechtungsrecht“; einschränkend *ders.*, aaO., Rz. 13: Das Widerrufsrecht sei nicht „klar wie ein Anfechtungsrecht ausgestaltet“. Ansatzweise auch *Lorenz* (Fn. 16), S. 57, zu § 4 I FernUSG 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.

¹⁰³ Für die Gegenauffassung z.B. *Mankowski*, WM 2001, 833, 842: Eine „grundsätzliche Orientierung an der Anfechtung von Willenserklärungen“ erscheine „nicht angezeigt“. Siehe ferner die Nachweise oben Teil 1, C., bei Fn. 46 ff.

¹⁰⁴ 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“.

¹⁰⁵ Z.B. *Gernhuber*, WM 1998, 1797, 1804.

¹⁰⁶ Siehe nur §§ 323, 326 V, 437 Nr. 2, 634 Nr. 3 BGB; §§ 325, 326 BGB a.F.; § 13a UWG.

Widerruf nicht etwa inhaltlich, sondern rein gesetzestechisch 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“. ¹⁰⁷ 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 verbraucher-schützenden Widerrufsrechte bekämpften Fallgruppen beeinträchtigter Selbstbestimmung, ¹⁰⁸ entspricht der Willensmangel des Verbrauchers seinem Wesen nach demjenigen von Personen, die ihre Erklärung nach § 123 BGB wegen Drohung oder psychisch wirkender Täuschung anfechten. ¹⁰⁹ Dementsprechend verlangt § 312 I 1 BGB 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 und vom Vertragspartner zu verantwortenden Umstände interpretiert. ¹¹⁰ 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 Ent-

¹⁰⁷ S. o. Teil 1, B.I.

¹⁰⁸ S. o. Teil 1, B.III.

¹⁰⁹ 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.

¹¹⁰ 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.

scheidung erzwingt und dem Bedrohten durch das Ablehnen jeder Überlegungsfrist die Möglichkeit der freien Entschließung nimmt.¹¹¹ 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. 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. 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 *nichtverkehrswesentliche* 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 Erklärungsgegnere die Anfechtbarkeit kannte oder kennen musste. Der Gesetzgeber geht offensichtlich davon aus, dass der Unternehmer 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 Art¹¹² führt zur Befreiung von den primären Leistungspflichten;¹¹³ er beseitigt aber nach heute herrschendem Ver-

¹¹¹ Siehe z.B. *Flume*, AT, Bd. 2, S. 538. Weitere Nachweise in BAG 30.9.1993 – 2 AZR 268/93, BAGE 74, 28, unter II.4.

¹¹² 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).

¹¹³ Z.B. *Leser* (Fn. 48), S. 143, 146, 150.

ständnis nicht den gesamten Vertrag,¹¹⁴ sondern beruht als „Abwicklungsbeihilfe“ auf diesem¹¹⁵ und gestaltet ihn in ein Abwicklungsverhältnis um.¹¹⁶ 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,¹¹⁷ auf die bloße Umgestaltung eines in seinem rechtlichen Bestand intakten Schuldverhältnisses gerichtet, sondern wie die Anfechtung auf die (rückwirkende) *Vernichtung* einer Willenserklärung.¹¹⁸ Diesen Umstand können die Anhänger(innen) der Rücktrittsthese schwerlich bestreiten.¹¹⁹ Mit der Willenserklärung aber entfällt der gesamte Vertrag, so dass vertragliche Primär- und Sekundäransprüche nach erfolgtem Widerruf zwangsläufig nicht mehr vorstellbar sind.¹²⁰ 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.¹²¹ 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 Ver-

¹¹⁴ Siehe z.B. BGH 10.7.1998 – V ZR 360/96, NJW 1998, 3268, unter III.1.a.

¹¹⁵ Siehe z.B. *Leser* (Fn. 48), S. 143, 145.

¹¹⁶ Z.B. BGH 24.6.1983 – V ZR 113/82, BGHZ 88, 46, unter II.1.b.; Palandt-*Heinrichs*, Einf § 346 BGB a.F., Rz. 2; *ders.*, Ergänzungsband, Einf § 346 BGB, Rz. 6.

¹¹⁷ S.o. Teil 1, C.

¹¹⁸ Siehe *Gernhuber*, WM 1998, 1797, 1804: 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.

¹¹⁹ Siehe z.B. – freilich ohne entsprechende Konsequenzen zu ziehen – *v. Kroppenfels*, WM 2001, 1360, 1363, unter Berufung auf *Düll* (Fn. 52): Jeder Widerruf betreffe die „einseitige Aufhebung von Willenserklärungen“.

¹²⁰ 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. 114), unter III.1.a.; zum Rücktrittsrecht n.F. vgl. § 325 BGB.

¹²¹ So z.B. *Mankowski*, WM 2001, 793, 794.

brauchererklärung; 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 Reurecht als Rücktrittsrecht gewollt, hätte es nahe gelegen, von „Rücktritt“ und nicht von „Widerruf“ zu sprechen.¹²² 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.¹²³ In § 503 BGB („Finanzierungshilfen“) beispielsweise ist in Abs. 1 vom *Widerrufsrecht* 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 Vertrag* zurücktreten“ (Abs. 5).

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. Die Regierungsbegründung zum Gesetz vom 30.6.2000 betont aber, das wettbewerbsrechtliche Rücktrittsrecht sei „gegenüber dem

¹²² Ähnlich *Härtling*, FernAbsG, Anh § 3, Rz. 11.

¹²³ So wohl *v. Kroppenfels*, WM 2001, 1360, 1364.

Widerrufsrecht ein Aliud“, „auch der Schutzzweck“ sei „ein anderer“, und spricht von der „unterschiedlichen Konstruktion der beiden Gestaltungsrechte“. ¹²⁴ Tatsächlich ist das Rücktrittsrecht nach § 13a UWG seiner Natur nach nicht Instrument zum Schutz der Selbstbestimmung, sondern spezielles Leistungsstörungenrecht. 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 werden ¹²⁵ – ähnlich wie es jetzt auch im Kaufrecht bei § 434 I 3 BGB zum Ausdruck kommt.

3. Rückabwicklung nach Widerruf

Eines der Hauptargumente zugunsten der Einordnung des Widerrufs 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 BGB a.F.) – pauschal auf die Vorschriften über das Rücktrittsrecht verwiesen. Schon damit scheint die Geltung bereicherungsrechtlicher Grundsätze, die man bei einer anfechtungsgleichen Wirkung des Widerrufs erwarten würde, ¹²⁶ ausgeschlossen. Hinzu kommt, dass nach § 357 IV BGB (§ 361a II 7 BGB a.F.) ausdrücklich „weitergehende Ansprüche“, nämlich insbesondere solche bereicherungsrechtlicher Natur, ¹²⁷ nicht bestehen.

Die Verweisung in § 357 I BGB 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 spezialgesetzli-

¹²⁴ Begr. RegE BT-DS 14/2658, S. 36, zu § 13a UWG a.F.

¹²⁵ 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“.

¹²⁶ Zur bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung nach Anfechtung siehe z.B. BGH 14.7.2000 – V ZR 82/99, NJW 2000, 3064, unter II.1.

¹²⁷ Siehe Begr. RegE, BT-DS 14/2658, S. 47, zu § 361a II 7 BGB a.F.

chen Vorschriften zur Rückabwicklung nach Widerruf und dem bisherigen Rücktrittsrecht.¹²⁸ 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.¹²⁹ Bei beiden Rückabwicklungsregimes ist vielmehr entscheidend, ob der Empfänger der Leistung¹³⁰ und der Rückerstattungsgläubiger¹³¹ 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.¹³²

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 und damit bewusst als modifiziertes Bereicherungsrecht konzipiert worden.¹³³ Demgemäß ging man von der entsprechenden Anwendbarkeit der Bereicherungsvor-

¹²⁸ 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.

¹²⁹ Vgl. *Leser* (Fn. 48), S. 156, zu den §§ 346 ff. BGB a.F.: Die Bestimmungen der §§ 819 f. BGB stimmten „in vielem“ mit den Rücktrittsregeln überein.

¹³⁰ 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.

¹³¹ 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.

¹³² Vgl. einerseits §§ 346 III 1 Nr. 2, 3, 347 I 2 BGB und andererseits §§ 819 I, 818 IV, 292, 987 II, 989 BGB.

¹³³ *Leser* (Fn. 48), S. 154–157; siehe auch Palandt-*Heinrichs*, Einf § 346 BGB a.F., Rz. 2, m.w.N.

schriften aus, soweit die Rücktrittsregeln nicht erschöpfend waren.¹³⁴ 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 – sekundären¹³⁵ Leistungsansprüche. Durch den Rücktritt soll deshalb nicht mehr der Rechtsgrund der Leistung entfallen,¹³⁶ 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.¹³⁷ und nach neuem Recht überhaupt nicht.¹³⁸ Zweifellos liegt die h.M. richtig, wenn sie den Rücktritt nur noch als Erlöschenstatbestand 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 Leistungskondition (§ 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

¹³⁴ *Leser* (Fn. 48), S. 156, m.w.N.

¹³⁵ 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. 120) – zu Recht *Palandt-Heinrichs*, vor § 346 BGB a.F., Rz. 2.

¹³⁶ *Palandt-Heinrichs*, Einf § 346 BGB a.F., Rz. 2.

¹³⁷ *Palandt-Heinrichs*, Einf § 346 BGB a.F., Rz. 2.

¹³⁸ *Palandt-Heinrichs*, Ergänzungsband, Einf § 346 BGB, Rz. 6.

Grundsätzen haftet.¹³⁹ Beim gesetzlichen Rücktritt sollte deswegen nach verbreiteter Ansicht die Haftung des Rücktrittsberechtigten aus § 347 S. 1 BGB a.F. entsprechend § 819 BGB erst mit der *Kenntnis* von den Rücktrittsvoraussetzungen eintreten.¹⁴⁰ Ferner sollte der Rücktrittsberechtigte beim gesetzlichen Rücktritt für die Zeit bis zu dieser Kenntnis für Nutzungen 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.¹⁴¹ 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.¹⁴² 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 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 Rücktrittsrecht¹⁴³ 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.

¹³⁹ BGH 8.1.1970 – VII ZR 130/68, BGHZ 53, 144, unter II.3.

¹⁴⁰ Z.B. Soergel-*Hadding*, 12. A. 1990, § 347 BGB, Rz. 10; *Medicus*, Schuldrecht I, AT, 11. A. 1999, § 49 II.1., Rz. 558. A.A. *Larenz*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, AT, 14. A. 1987, § 26 b.1., S. 409–411; *Leser* (Fn. 48), S. 198.

¹⁴¹ Palandt-*Heinrichs*, § 347 BGB a.F., Rz. 9 f. (m.w.N.).

¹⁴² Vgl. aber § 347 II 2 BGB, wo der Ersatz nicht notwendiger Verwendungen von der „Bereicherung“ des Gläubigers abhängig gemacht wird.

¹⁴³ Siehe weiter oben bei Fn. 136–138.

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 Beantwortung¹⁴⁴ 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 und § 506 I 1 BGB („Abweichende Vereinbarungen“).^{144a} Demgegenüber gilt das Anfechtungsrecht zumindest wegen Irrtums¹⁴⁵ grundsätzlich als abdingbar, und zwar bereits bei Vertragsschluss.¹⁴⁶ *Zum anderen* wirkt sich der unterschiedliche Zeitpunkt der Erlangung der materialen Willensfreiheit aus. Der Verzicht bzw. – sachlich gleichbedeutend¹⁴⁷ – die Bestätigung der anfechtbaren Willenserklärung (§ 144 BGB) ist nur dann wirksam, wenn der Anfechtungsberechtigte die Möglichkeit zur Anfechtung und den zugrunde liegenden Irrtum kennt.¹⁴⁸ 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,

¹⁴⁴ Bejahend zum Widerrufs- und Rückgaberecht nach § 3 FernAbsG i.V.m. §§ 361a f. BGB a.F. *Härting*, § 5 FernAbsG, Rz. 5. Zum Verzicht auf das Widerrufsrecht beim Unwirksamkeitsmodell s.o. Teil 2, I.4.d.

^{144a} 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 sowie der §§ 619, 702a I BGB.

¹⁴⁵ 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.

¹⁴⁶ Z.B. *Soergel-Hefermehl*, § 119 BGB, Rz. 73; BGH 19.12.1966 – VIII ZR 123/64, BB 1967, 96.

¹⁴⁷ BAG Beschl. 21.2.1991 – 2 AZR 449/90, NJW 1991, 2723, unter II.4.c.; ebenso Palandt-*Heinrichs*, § 144 BGB, Rz. 1; *Fuchs*, AcP 196 (1996), 349 Fn. 121.

¹⁴⁸ Siehe zu § 144 BGB BGH 10.5.1995 (Fn. 15), unter II.1.c.aa. (m.w.N.).

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.¹⁴⁹ Entschieden ist die Rechtslage aus der Sicht der Rechtsprechung dagegen bei der *Anfechtung*. Die Vollstreckungsgegenklage kann auf eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung nicht gestützt werden, „wenn der Anfechtungsgrund bereits zur Zeit der nach § 767 II ZPO maßgebenden mündlichen Verhandlung gegeben war“.¹⁵⁰ 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.¹⁵¹ Den Einwand, der Schuldner könne nicht gezwungen werden, die Anfechtung vor Ablauf der Jahresfrist (§ 124 BGB) zu erklären, bloß weil ein Prozess im Gange sei, lässt der BGH nicht gelten. 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.¹⁵²

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“.¹⁵³ 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

¹⁴⁹ Zur Präklusion des Widerrufsrechts nach dem Unwirksamkeitsmodell s.o. Teil 2, I.4.c.

¹⁵⁰ 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. 15], unter II.3).

¹⁵¹ BGH 1.6.1964 (Fn. 150), Leitsatz.

¹⁵² BGH 1.6.1964 (Fn. 150), unter II.3.b.aa.

¹⁵³ So BGH 1.6.1964 (Fn. 150), unter II.2.

also, ob zu den rechtzeitig vorzubringenden 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.¹⁵⁴ 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 anerkannt.¹⁵⁵ Unzulässig ist es in diesem Zusammenhang, befristete Rechtsbehelfe pauschal 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.¹⁵⁶ Die Vorschrift des § 357 IV BGB 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 aus c.i.c. (§§ 280 I 1, 241 II, 311 II

¹⁵⁴ Bejahend Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-Hartmann, 60. A., 2002, § 767 ZPO, Rz. 52.

¹⁵⁵ BGH 25.2.1985 – VIII ZR 116/84, BGHZ 94, 29, unter II.2.c.bb., zu einem Optionsrecht auf Verlängerung eines Mietvertrags.

¹⁵⁶ 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.

BGB)¹⁵⁷ sowie aus unerlaubter Handlung (§ 823 I [„Freiheit“], II BGB i.V.m. §§ 263, 240 StGB, 826 BGB) besteht demnach sog. Anspruchskonkurrenz.¹⁵⁸ Das Geltendmachen eines vertraglichen oder gesetzlichen *Rücktrittsrechts* (§§ 323 ff., 437 Nr. 2 BGB) schließt den Widerruf nicht aus.¹⁵⁹ Für das Verhältnis des Widerrufs nach dem Wirksamkeitsmodell zur *Anfechtung* kann man sich am Erkenntnisstand zum Verhältnis der Anfechtungsgründe untereinander orientieren. 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.¹⁶⁰ Dabei sollte nach der Theorie von den Doppelwirkungen auch, sofern die Partei dies wünscht, die gleichzeitige und gleichrangige¹⁶¹ Anfechtung aus mehreren Gründen möglich sein. Nicht anders sieht es beim Verhältnis des Widerrufs zur Anfechtung nach §§ 119, 123 BGB aus. Eine widerrufenene 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 vertraglicher¹⁶² 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 die „Folgen der Nichtigkeit des Vertrags“ dem Vertragsstatut unterliegen und dies die Rück-

¹⁵⁷ 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.).

¹⁵⁸ So die Begrifflichkeit z.B. bei Palandt-*Heinrichs* (Fn. 157). Allerdings ist das Anfechtungs- ebenso wie das Widerrufsrecht kein Anspruch, sondern Gestaltungsrecht. Man sollte deshalb besser von „Rechtsbehelfskonkurrenz“ sprechen.

¹⁵⁹ Palandt-*Heinrichs*, § 123 BGB, Rz. 29, zum Verhältnis zwischen Anfechtung und gesetzlichem Rücktritt bzw. Wandelung bei Leistungsstörungen (m.w.N.).

¹⁶⁰ Palandt-*Heinrichs*, § 123 BGB, Rz. 28; Soergel-*Hefermehl*, § 123, Rz. 59.

¹⁶¹ Die *hilfsweise* Ausübung eines konkurrierenden Gestaltungsrechts für den Fall, dass die rechtlichen Voraussetzungen eines anderen, bevorzugten Gestaltungsrechts nicht vorliegen, ist ohnehin immer möglich (Palandt-*Heinrichs*, Einf § 158 BGB, Rz. 13, zur hilfsweisen Anfechtung wegen eines anderen Grunds).

¹⁶² So aber die Rspr. zum Rückabwicklungsverhältnis beim Rücktritt (z.B. BGH 10.7.1998 [Fn. 114], unter III.1.a.).

gewähr der erbrachten Leistungen einschließt, gleichgültig, ob die Folgen der Nichtigkeit vertraglicher oder außervertraglicher Natur sind.¹⁶³ 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,¹⁶⁴ nicht aber Bereicherungsansprüche aus Anfechtung.¹⁶⁵ 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“) eingreifen.

Nach *europäischem* Prozessrecht kommt es für die internationale Zuständigkeit des Gerichts eines Mitgliedsstaats bei grenzüberschreitenden Sachverhalten 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), 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 auszulegenden¹⁶⁶ Tatbestandsmerkmals in Art. 5 Nr. 1 EuGVVO bislang umstritten.¹⁶⁷ Die alte, noch im Verhältnis zu Dänemark gültige Regelung der Verbrauchersachen in Art. 13 EuGVÜ, die das Tatbestandsmerkmal der „Klagen aus einem Vertrag“ enthält, verursacht dieselben Auslegungsprobleme. Der BGH legte dem EuGH

¹⁶³ 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.

¹⁶⁴ Vgl. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-*Hartmann*, § 29 ZPO, Rz. 9: „vertragsmäßiger Rücktritt“, „Wandlung oder Minderung“.

¹⁶⁵ BGH 20.11.1961 – VIII ZR 167/60, NJW 1962, 739; Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-*Hartmann*, § 29 ZPO, Rz. 11.

¹⁶⁶ St. Rspr., z.B. EuGH 8.3.1988 – RS 9/87, *Arcado*, EuGHE 1988, 1539.

¹⁶⁷ Für die Anwendbarkeit des Art. 5 Nr. 1 EuGVVO bzw. EuGVÜ auf Konditionsansprüche aus unwirksamem Vertrag Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann-*Albers*, Schlusshanhang 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.

die Frage der Anwendbarkeit des Art. 13 EuGVÜ auf Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung bei unwirksamen Verträgen bereits zweimal vor, und immer konnte der EuGH eine Beantwortung vermeiden.¹⁶⁸ 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 Vorschriften des *Anfechtungs-* und *Bereicherungsrechts* können hier ggf. ergänzend zur Anwendung gelangen.

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 Widerrufsrechts.¹⁶⁹ 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.¹⁷⁰ 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.¹⁷¹ Freilich liegt das

¹⁶⁸ 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.

¹⁶⁹ Z.B. zu § 361a II 6 BGB a.F. MünchKomm-Ulmer, 4. A. 2001, § 361a BGB a.F., Rz. 75.

¹⁷⁰ Z.B. MünchKomm-Ulmer, 3. A., § 3 HWiG a.F., Rz. 14, m.w.N.; *ders.*, aaO., § 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.

¹⁷¹ 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.

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. Anhänger einer Analogie, und zwar gerade solche, die den Widerruf als Rücktritt begreifen.¹⁷² 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 betreffenden Verweisung auf die Rücktrittsregeln (§ 357 I BGB bzw. § 361a II 1 BGB a.F.). Durch die jüngste Beschränkung des § 346 II 2 BGB durch HS 2¹⁷³ erhielt dieser Weg weiteren Vorschub, denn ausweislich der Gesetzesmaterialien war die Reform verbraucherschützend motiviert.¹⁷⁴ Die im Schrifttum ebenfalls vorgeschlagene Lösung, den vom Verbraucher zu ersetzenden Wert der Gebrauchsvorteile oder Dienste nach dem Marktwert der Leistungen vermindert um den Unternehmergewinn¹⁷⁵ oder nach der zeitanteiligen linearen Wertminderung¹⁷⁶ 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, über ihr Ziel hinaus.¹⁷⁷

Ein weiteres Beispiel bildet die Frage, ob der Verbraucher für die Schwebezeit 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 An-

¹⁷² MünchKomm-Ulmer, 4. A., § 361a, Rz. 75 (zur Analogie) bzw. Rz. 30 f. (zum Rücktrittscharakter).

¹⁷³ Eingefügt durch Art. 25 I des OLG-Vertretungsänderungsgesetzes (Fn. 67).

¹⁷⁴ Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses, BT-DS 14/9266, S. 45.

¹⁷⁵ 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. 172) nicht ganz klar wird.

¹⁷⁶ Palandt-Heinrichs, Ergänzungsband, § 357 BGB, Rz. 14; § 346, Rz. 10, unter Hinweis auf die BGH-Rspr. zum Nutzungsausgleich bei gescheiterten Veräußerungsgeschäften.

¹⁷⁷ So schon MünchKomm-Ulmer, 3. A., § 3 HWiG a.F., Rz. 14.

sprüche“. Damit können aber Schadensersatzansprüche wegen Verletzung primärer Leistungspflichten nicht gemeint sein, weil sie nicht rückabwicklungsbezogen sind.¹⁷⁸ 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,¹⁷⁹ umfassend wurde die Problematik bislang aber – soweit überschaubar – noch nicht diskutiert. Das Anfechtungsrecht mit seiner altbekannten Regelung in § 123 II 1 BGB für die Fallgruppe der Täuschung 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 Anfechtungsgegner zugerechnet wird, wenn er den Anfechtungsgrund (Täuschung) kannte oder kennen musste. Die Abgrenzungskriterien für den Begriff des Dritten sind im Einzelnen streitig.¹⁸⁰ Einig ist man sich immerhin darüber, dass Vertreter keine Dritte sind.¹⁸¹ Makler sollen nur dann Dritte sein, wenn sie für beide Parteien tätig werden.¹⁸² Diese Grundsätze lassen sich auf das Widerrufsrecht übertragen.

¹⁷⁸ Vgl. BT-DS 14/2658, S. 47, wo die Bundesregierung § 361a II BGB a.F. (jetzt: § 357 BGB) als „Rückabwicklungsregelung“ bezeichnet, die „grundsätzlich abschließend“ sei [Hervorhebung durch den Verf.].

¹⁷⁹ 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 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.].

¹⁸⁰ So Soergel-Hefermehl, § 123 BGB, Rz. 32: „keine einheitliche Auffassung“.

¹⁸¹ Z.B. Soergel-Hefermehl (Fn. 180); Palandt-Heinrichs, § 123 BGB, Rz. 13.

¹⁸² Z.B. Soergel-Hefermehl (Fn. 180); Palandt-Heinrichs, § 123 BGB, Rz. 14.

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. Gesetzestechnisch 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 AusInvestmG.
4. Der Schutz der materialen Vertragsfreiheit ist keine Erfindung des verbraucherschützenden Widerrufsrechts. Vielmehr war er von Anfang an im BGB verankert. Entsprechend der Schwere der Willensmängel und ihrer Auswirkungen auf die Geltung der mangelbehafteten 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 Unternehmern 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 als solche gesetzlicher Natur.

guenter.reiner@uni-konstanz.de