

Defragmentierung der Widerrufsrechte im Europäischen Vertragsrecht *Versuch einer kohärenten dogmatischen Analyse*

Leonie Vierck*

'Consumers, by definition, include us all.'
– John F. Kennedy**

Einleitung anhand der Konzepte von Vertragsfreiheit und -gleichheit

Das europäische Gemeinschaftsrecht und daneben auch die mitgliedstaatlichen Privatrechtsordnungen bauen ihr Privatrecht auf Grundsätzen der Freiheit auf.¹ Diese äußert sich darin, dass dem Einzelnen Privatautonomie gewährt wird, das heißt, er einen Spielraum besitzt, um sein Leben individuell zu gestalten. Ein Teilstück dieser Autonomie ist die Vertragsfreiheit, die es erlaubt, selbstbestimmend im Wege der Vereinbarung zu anderen Personen rechtliche Beziehungen zu knüpfen.²

Das Gegenteil der Vertragsfreiheit ist der Kontrahierungszwang. Hinter ihm kann sich eine Gleichheitserwägung verbergen. Kollektiv organisierte Gesellschaften stellen die Gleichheit aller als Prämisse auf und regulieren somit den Lebensraum des Einzelnen.³

Aus freiheitlichen und gleichheitlichen Konzepten lassen sich aber nicht nur juristische Schlussfolgerungen ableiten, sondern dementsprechend stehen sich beispielhaft auch ökonomisch die Formen der Markt-⁴ und der Planwirtschaft⁵ gegenüber, wobei die freiheitliche Marktwirtschaft den Ausgangspunkt und Zweck der europäischen Marktintegration bildet.

* Die Verfasserin ist Studentin der Rechtswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und studentische Hilfskraft am Lehrstuhl Prof. Dr. Peter Oestmanns für Deutsche Rechtsgeschichte, Germanistische und Kanonistische Abteilung. Der Beitrag ist im Rahmen eines Seminars zum Europäischen Vertragsrecht bei Prof. Dr. Reiner Schulze und Prof. Dr. Dirk Staudenmayer entstanden.

** Mit diesen Worten, die nicht als juristische Definition zu verstehen sind, leitete *Kennedy* am 15. März 1962 seine 'Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest' ein, die als Initialzündung des Verbraucherrechts angesehen wird.

¹ Riesenhuber, Karl, *Europäisches Vertragsrecht* (De Gruyter, Berlin, 2003), 56 ff. und hinsichtlich des Beispiels der Vertragsfreiheit Schulze, Reiner, „Grundsätze des Vertragsschlusses im Aquis Communautaire“, [2005] GPR 56, 57.

² Raiser, Ludwig, „Vertragsfreiheit heute“, [1958] JZ, 1, 1 ff.

³ Vgl., um als Beispiel die ehemalige DDR herauszugreifen, Kroeschell, Karl, *Rechtsgeschichte Deutschlands im 20. Jahrhundert* (UTB, Göttingen, 1992), 177 ff. und 180.

⁴ Vgl. u. a. Smith, Adam, *An Inquiry into the Nature and Causes of the Wealth of Nations, Volume I* (Oxford, 1976), 455 f. Demnach stelle der in Freiheit waltende Egoismus des Einzelnen die Grundlage seines eigenen Wohlstandes dar. Da aber nun jeder nach seinem Besten strebe, förderten alle, unbeabsichtigt, geleitet von einer unsichtbaren Hand, den allgemeinen Wohlstand.

⁵ Vgl. u. a. Marx, Karl, *Das Kapital – Kritik der politischen Ökonomie (Im Zusammenhang ausgewertet und eingeleitet von Benedikt Kautsky)* (Kröner, Stuttgart, 1957), 388 ff. Hiernach werde durch die wirtschaftlich freie Entfaltung des Individuums tatsächlich nicht der allgemeine Wohlstand gefördert, sondern vielmehr die Akkumulation des Kapitals, die einherginge mit der chronologisch letzten Unterdrückungsstufe, der des Arbeiters durch den Kapitalisten. Diese werde soweit vorangetrieben, dass eine automatische Expropriation einsetze. Daraufhin vergesellschaftlichten sich die wirtschaftlichen Verhältnisse und nicht mehr das Individuum, sondern das durch Gleichheit bestimmte Kollektiv bildete den Ausgangspunkt des Seins.

Diese Systemansätze müssen sich aber nicht als Antagonismen gegenüberstehen,⁶ sondern lassen sich verbinden. Insbesondere setzt Freiheit Gleichheit voraus.⁷ In einer Gesellschaft existiert Freiheit nur dann, wenn idealerweise alle dieselbe Möglichkeit besitzen, Freiheit auszuüben. Erzeugt der eine jedoch durch den Gebrauch seiner Freiheit Zwang gegenüber dem anderen, so mag er zwar individuell Freiheit ausüben, indem er aber die Freiheit des anderen verhindert, unterbindet er sie in einem gesellschaftlichen Kontext. Hier nämlich findet die Freiheit des einen seine Grenze in der des anderen und verwirklicht sich die Freiheit erst in der Freiheitsgewährung jeder einzelnen Person.

Darum liegt den europäischen Rechtsordnungen heute auch der Ausgangspunkt der rechtlichen Gleichheit zugrunde.⁸ Plakativ gesprochen gewährt das Privatrecht, seitdem 1789 der Begriff des *citoyen* entstand, jedem Bürger Rechtsgleichheit.⁹ Nur muss dieser rechtlichen Gleichheit noch keine tatsächliche entsprechen.¹⁰

Der moderne Gedanke der tatsächlichen Gleichheit¹¹ kristallisiert sich am Beispiel des Verbrauchers¹² heraus. Typisiert stehen sich die Professionalität des Unternehmers und das privat motivierte Handeln des Verbrauchers gegenüber.¹³ Darum entwickelte sich hier die Idee, Schutzmechanismen zu entwickeln, um die tradierten Rechtsordnungen um Gedanken tatsächlicher Gleichheit zu ergänzen. Ein solches Instrument ist die Einräumung eines vertraglichen Lösungsrechtes, eines so genannten Widerrufsrechtes. Anhand seiner Analyse wird festzustellen sein, ob und wie es diesem Zwecke entspricht.

I. Das Widerrufsrecht

1. Richtlinien, die Widerrufsrechte vorsehen

Im europäischen Vertragsrecht finden sich, chronologisch angeordnet, Widerrufsbestimmungen in den Richtlinien bezüglich Haustürgeschäften (folgend: HT-RL),¹⁴ Teilzeitwohnrechten (folgend: TS-RL),¹⁵ Fernabsatzverträgen (folgend: FA-RL)¹⁶ und dazu ergänzend Finanzdienstleistungsfernabsatzverträgen (folgend: FAF-RL).¹⁷

⁶ In Bezug auf das Wechselspiel von rechtlicher Freiheit und Gleichheit im BGB vgl. Rückert, Joachim in Schmoekel, Mathias, Rückert Joachim und Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB* (Mohr Siebeck, Tübingen, 2003), vor § 1 Rn. 38.

⁷ Pfeiffer, Thomas, „Der Verbraucherbegriff als zentrales Merkmal im europäischen Privatrecht“, in Schulte-Nölke, Hans und Schulze, Reiner (Hrsg.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte* (Nomos, Baden-Baden, 1999), 21, 28 f. bringt diesen Gedanken zum Ausdruck, indem er die Privatrechtsordnung auf der Freiheit und Gleichheit der Rechtssubjekte aufbauend sieht. Roth, Herbert, „EG-Richtlinien und Bürgerliches Recht“, [1999] JZ 529, 534 spricht davon, dass sich Vertragsfreiheit ohne -gleichheit nicht denken lässt, unabhängig von der näheren Ausgestaltung dieser Konzepte.

⁸ Rütters, Bernd, *Rechtstheorie – Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts* (Beck, 2. Auflage, München, 2005), 256 f.

⁹ Vgl. zur historischen Entwicklung der rechtlichen Gleichheit Weber, Max, *Rechtssoziologie* (Luchterhand, Neuwied, 1960), 138.

¹⁰ Dass und wie es Aufgabe der Jurisprudenz ist, nicht nur normativ zu bewerten, sondern zunächst empirisch zu erfassen, beschreibt Rückert, Joachim, „Der Geist des Rechts in Jherings „Geist“ und Jherings „Zweck“, Teil 2“, [2005] Rg, 122, 133, 136 ff..

¹¹ Kötz, Hein, *Europäisches Vertragsrecht, Band I* (Mohr Siebeck, Tübingen, 1996), 15 ff.

¹² Vgl. zum Verbraucherbegriff und dessen Entwicklung Chinè, Giuseppe, „Il Consumatore“, in Lipari, Nicolò, *Diritto Privato Europeo* (Mailand, 1997), 164 ff.

¹³ Bülow, Peter und Artz, Markus, *Verbraucherprivatrecht* (Müller, Heidelberg, 2003), 8.

¹⁴ Art. 5 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie 85/577/EWG des Rates betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen.

Daneben wird auch in der Lebensversicherungsrichtlinie ein Widerrufsrecht gewährt. Es steht hingegen jedermann und nicht nur Verbrauchern zu.¹⁸ Somit verfolgt es ein anderes Konzept und wird daher nicht in die Analyse verbraucherschützender Widerrufsrechte miteinbezogen.

2. *rationes legum*

Die einzelnen Richtlinien knüpfen jeweils an einen vertragsspezifischen Aspekt an, der sich wiederum kategorisieren lässt,¹⁹ vorliegend in einen Situations-, Abwesenheits- und Vertragstypenwiderruf.

a) Widerruf bei Haustürgeschäften – Situationswiderruf

Während die anderen Richtlinien Widerrufsrechte für Geschäfte vorsehen, die häufig in grenzüberschreitenden Kontexten auftreten und damit ihre Begründung plastisch auch in der Stärkung der europäischen Marktintegration finden, tritt bei der Haustürgeschäftsrichtlinie allein der Verbraucherschutz in den Vordergrund.²⁰ Das Ungleichgewicht zwischen Verbraucher und Unternehmer äußert sich darin, dass jener ein Überraschungs- oder Überrumpelungsmoment, das Haustürgeschäften innewohnt, psychologisch geschickt ausnutzt.²¹ Dieses Moment bezeichnet genauer den Zeitpunkt, in dem Kontaktaufnahme, Verhandlung, Belehrung und Abschluss zusammenschmelzen,²² wodurch dem Verbraucher zugleich die Möglichkeit des Warenvergleichs genommen wird.²³ Daher wird dieser Widerruf der Kategorie des Situationswiderufes zugeordnet.²⁴

b) Widerruf bei Fernabsatzgeschäften – Abwesenheitswiderruf

aa) Allgemein

Fernabsatzgeschäfte sind prädestiniert dazu, grenzüberschreitend abgewickelt zu werden und fördern damit den europäischen Binnenmarkt, der aber gleichzeitig durch

¹⁵ Art. 5 Nr. 1 1. Spiegelstrich S. 1 der Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilnutzungsrechten an Immobilien.

¹⁶ Art. 6 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz.

¹⁷ Art. 6 Abs. 1 S. 1 der Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG.

¹⁸ Riesenhuber, Karl, 153 f.

¹⁹ Kalls, Susanne und Lurger, Brigitte, „Zu einer Systematik der Rücktrittsrechte insbesondere im Verbraucherrecht“, [1998] JBl 89 ff., 153 ff. und 219 ff., 153 ff.

²⁰ Vgl. Weatherill, Stephen, *EC Consumer Law and Policy* (Longman, London, New York, 1997), 67, der die Entstehung der Richtlinie auf reinen politischen Konsens, nicht aber auf ökonomische Notwendigkeiten zurückführt.

²¹ Jung, Eberhard, „Bedeutung und dogmatische Erfassung eines Widerrufsrechtes bei „Haustürgeschäften““, [1981] ZRP 137, 142.

²² Reich, Norbert und Micklitz, Hans-W., *Europäisches Verbraucherrecht* (Nomos, 4. Auflage, Baden-Baden, 2003), 561.

²³ Howells, Geraint und Wilhelmsson, Thomas, *EC Consumer Law* (Ashgate, Aldershot, Brookfield USA, Singapur, Sydney, 1997), 167.

²⁴ Kalls, Susanne und Lurger, Brigitte, 153 ff.

uneinheitliche Schutzbestimmungen geschwächt wird.²⁵ Ein vereinheitlichtes Schutzinstrument kann dem nicht nur begegnen, sondern auch sicherstellen, dass der Verbraucher Vertrauen in eine solche, relativ neue Vertriebsmethode fasst.²⁶ Dabei geht die physische Distanz des Verkäufers zum Vertragsgegenstand einher mit seiner mangelnden Beurteilungsmöglichkeit. Da dies das tragende Charakteristikum aller Fernabsatzgeschäfte ist, wird dieser Widerruf auch als Abwesenheitswiderruf bezeichnet.²⁷ Gleichzeitig bewirkt die Fülle verschiedener Geschäfte, die hierdurch gekennzeichnet sind, dass sich Begründungselemente teilweise kombinieren lassen. Bei einer Kontaktaufnahme via Telefon nutzt der Unternehmer erneut einen Überraschungseffekt aus,²⁸ während bei einem Kauf per Katalog, Anzeige, Fernsehen oder Internet der Verbraucher allein die Waren- bzw. Dienstleistungsqualität nicht beurteilen kann.

bb) Speziell – Finanzdienstleistungsfernabsatzgeschäfte

Auf denselben Erwägungen beruht die FAF-RL.²⁹ Sie ist dabei von besonderem Interesse, weil sie einem zukünftig einheitlichen Widerrufsrecht entsprechend ausgestaltet wurde³⁰ und als Vollharmonisierungsrichtlinie einen neuen Ansatzpunkt verfolgt.³¹ Zudem greift sie einen Kritikpunkt an der selektiven Gewährung von Widerrufsrechten konstruktiv auf: Finanzgeschäfte seien bislang nur aufgrund extensiven Lobbyings der Finanz- und Versicherungssektoren aus den Anwendungsbereichen der Richtlinien gefallen, solche Verträge würden jedoch zum Beispiel in hohem Maße via Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen und führten zu Verbraucherbeschwerden.³²

c) Widerruf bei Teilzeitwohnrechtsverträgen – Vertragstypenwiderruf

Teilzeitwohnrechtsverträge werden meist während Urlaubsreisen oder im Hinblick auf solche im Ausland abgeschlossen und sind daher wegen ihres grenzüberschreitenden Sachverhaltes europaweit regelungsbedürftig. Verbraucherschutzrelevant ist, dass zum einen der Markt von wenigen Anbietern mit aggressiven Vertriebsmethoden beherrscht wird,³³ die häufig auch Überraschungseffekte ausnutzen. Zum anderem sind solche Verträge juristisch komplex, es gibt allein drei bzw. vier Vertragsvarianten,³⁴ und in der

²⁵ Vranken, Martin, *Fundamentals of European Civil Law and Impact of the European Community* (Blackstone Press, London, 1997), 113.

²⁶ Howells, Geraint und Wilhelmsson, Thomas, 176.

²⁷ Kalls, Susanne und Lurger, Brigitte, 155 f.

²⁸ In diese Richtung weist, wenn auch mit weitergehenden Schlussfolgerungen Fischer, Kai Christian, *Verbraucherschutz im spanischen Vertragsrecht im Lichte der europäischen Rechtsangleichung – Eine Studie mit rechtsvergleichenden Bezügen zum deutschen Recht* (Lang, Frankfurt am Main, 2000), 181.

²⁹ Riesenhuber, Karl, 152.

³⁰ Heiderhoff, Bettina, *Gemeinschaftsprivatrecht* (Sellier Europ. Law Publ., München, 2005), 141.

³¹ Art. 12 FAF-RL.

³² Howells, Geraint und Wilhelmsson, Thomas, 178, Kemper, Rainer, *Verbraucherschutzinstrumente* (Nomos, Baden-Baden, 1994), 242 f., Staudenmayer, Dirk, „Europäisches Verbraucherschutzrecht nach Amsterdam – Stand und Perspektiven“, [1999] RIW 733, 738 und Weatherill, Stephen, 73. Zudem wird im Bereich der Verbraucherkredite die Einräumung eines Widerrufsrechtes in Erwägung gezogen, vgl. Riesenhuber, Karl, 167.

³³ Sousa, Maria Constança Dias Urbano de, *Das Timesharing an Ferienimmobilien in der EU – Eine rechtsvergleichende Studie unter Berücksichtigung der Timesharing-Richtlinie (94/47/EG)* (Nomos, Baden-Baden, 1998), 276.

³⁴ In Form dinglicher Rechte (Miteigentum oder Nießbrauch), auf der Basis eines Mietvertrages oder auf vereins- oder genossenschaftlicher Basis, vgl. Wolf, Manfred, *Sachenrecht* (Beck, 19. Auflage, München, 2003), 71 f.

wirtschaftlichen Belastung nicht absehbar.³⁵ Insofern lässt sich dieser Widerruf als Vertragstypenwiderruf bezeichnen.³⁶ Inwieweit hier ein besserer Schutz³⁷ durch eine notarielle Beratung³⁸ gewährleistet werden könnte, ist umstritten.³⁹ Zwar wird angeführt, diese gewähre mindestens gleichwertigen Schutz und wiege daher (vermeintliche) Nachteile des Widerrufsrechtes auf.⁴⁰ Im Vorgriff lässt sich jedoch sagen, dass dem Verbraucher durch das vertragliche Lösungsrecht eine Bedenkzeit eingeräumt werden soll, um sich der Folgen eines Vertragsschlusses bewusst zu werden und zu einer selbständigen Entscheidung zu finden. Dies kann eine punktuell wirkende notarielle Beratung nicht erbringen.⁴¹ Daneben wäre ein Formerfordernis europaweit praktisch schwierig durchzusetzen, weil hier erhebliche rechtliche Systemunterschiede bestehen.⁴²

3. Ausübung des Widerrufsrechtes

Alle genannten Widerrufsrechte weisen Parallelitäten auf bezüglich der Voraussetzungen, unter denen ein Widerrufsrecht ausgeübt werden kann.

a) Materiell

Ist der Anwendungsbereich einer Richtlinie eröffnet, so bedarf es zur Ausübung des Widerrufsrechtes keiner weiteren Voraussetzungen. Insbesondere ist die Angabe eines Grundes nicht erforderlich.⁴³ Dies liegt daran, dass das Widerrufsrecht typisiert gewährt wird. Eine solche Typisierung ist statthaft, wenn sie in ihrem Kern zutrifft und eine individuelle Regelung nicht praktikabel wäre. Die vorliegende Typisierung basiert auf

³⁵ Zu dieser im Wesen zweigliedrigen Begründung vgl. Mäsch, Gerald, „Die Time-Sharing-Richtlinie – Licht und Schatten im Europäischen Verbraucherschutzrecht“, [1995] EuZW 8, 9 ff.

³⁶ Kalls, Susanne und Lurger, Brigitte, 156.

³⁷ Teilweise wird sogar argumentiert, dass das Widerrufsrecht ein dem klassischen Formzwang entsprechendes (formalistisches?) Schutzinstrument darstelle, vgl. Remien, Oliver, *Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrags* (Mohr Siebeck, Tübingen, 2003), 328 und Stathopoulos, Michael, „Probleme der Vertragsbindung und Vertragslösung in rechtsvergleichender Betrachtung“, [1994] AcP 194, 543, 553 f.

³⁸ Diese besitzt im deutschen Recht Warnfunktion, vgl. Brox, Hans, *Allgemeiner Teil des BGB* (Heymanns, 26. Auflage, Köln, Berlin, Bonn, München, 2002), 149 f., bei Grundstücksverträgen, vgl. § 311 b I 1 BGB. Es ist im Übrigen aber verfehlt einen Wertungswiderspruch im BGB anzunehmen, weil solche Verträge unwiderruflich blieben, so aber Stürner, Rolf und Bruns, Alexander, „Die Umsetzung der Verbraucherschutzrichtlinien und ihre Auswirkungen im nationalen Recht – Bewertung aus der Sicht der deutschen Rechtsprechung“, in Heusel, Wolfgang (Hrsg.), *Neues Europäisches Vertragsrecht und Verbraucherschutz – Regelungskonzepte der Europäischen Union und ihre Auswirkungen auf die nationalen Zivilrechtsordnungen* (Bundesanzeiger, Köln, 1999), 81, 89. Denn dem Widerrufsrecht allgemein und damit auch speziell bei einem Teilzeitwohnrechtsvertrag liegt eine andere Konzeption zugrunde, vgl. dazu noch im Folgenden.

³⁹ Zu der Frage, wie sich das Widerrufsrecht allgemein gegenüber anderen Rechtsfiguren verhält vgl. Canaris, Claus-Wilhelm, „Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung““, [2000] AcP 200, 273, 345, der ausführt inwiefern das vertragliche Lösungsrecht milder und effizienter wirke. Siehe dazu noch unten, Anmerkung 111.

⁴⁰ Drobniig, Ulrich, „Neue rechtliche Konzepte für den europäischen Verbraucherschutz“, in Heusel, Wolfgang (Hrsg.), 201, 205.

⁴¹ In Bezug darauf, dass nur eine Bedenkzeit eine nicht nur juristisch, sondern auch wirtschaftlich informierte Entscheidung gewährleistet vgl. Büßler, Janko, *Das Widerrufsrecht des Verbrauchers: das verbraucher-schützende Vertragslösungsrecht im europäischen Vertragsrecht* (Lang, Frankfurt am Main, 2001), 144 f.

⁴² Riesenhuber, Karl, 153.

⁴³ Art. 6 Abs. 1 S. 1 FA-RL, Art. 6 Abs. 1 S. 1 FAF-RL und Art. 5 Nr. 1 S. 1 TS-RL.

einem zweistufigen Modell.⁴⁴ Auf der ersten Stufe berücksichtigt sie die soziologische Rolle des Verbrauchers, die darin begründet liegt, dass der Unternehmer im Gegensatz zum privat motivierten Handeln des Verbrauchers einen Professionalitätsvorsprung besitzt, was ein Machtungleichgewicht erzeugt. Diese tatsächliche Ungleichheit allein ist zwar ein notwendiges, nicht aber ein hinreichendes Kriterium. Es muss auf einer zweiten Stufe verfeinert werden.⁴⁵ Hinzu tritt ein jeweiliger vertragsspezifischer Aspekt, eine vertragstypen- oder vertragssituationsbedingte Gefahr. Sie drückt sich aus in der Kategorisierung der bestehenden Widerrufsrechte in den Situationswiderruf bei Haustürgeschäften, den Abwesenheitswiderruf bei Fernabsatzgeschäften und den Vertragstypenwiderruf bei Teilzeitwohnrechtsverträgen, wobei sich diese Kategorien überlappen können. Beide Stufen zusammen erlauben ein Wahrscheinlichkeitsurteil dahingehend, dass der Verbraucher keine freie Entscheidung gefällt hat.⁴⁶ Oder negativ formuliert:⁴⁷ Läge die soziologische Rolle des Verbrauchers nicht vor, würde es an einem Machtungleichgewicht mangeln, was die Annahme zuließe, dass diejenige Person in der vertragstypischen Gefahr⁴⁸ weiter selbstbestimmt handelt. Erst die Ergänzung der abstrakt bestehenden Ungleichheit um ein konkretes Element lässt demnach den Schluss zu, dass der Verbraucher sich der inneren Fremdbestimmung nicht entziehen kann und daher keine freie Entscheidung⁴⁹ trifft. Die vorgenommene Typisierung trifft daher ihrem Kern nach zu. Das Widerrufsrecht in seinem Charakter als Schutzinstrument wirkt dem beschriebenen Effekt entgegen.⁵⁰ Durch die gewährte *cooling-off period* kann der materielle Vertragsentschluss nachgeholt werden.⁵¹ Die Angabe eines weiteren Grundes ergibt dann keinen Sinn. Genauso wenig wie bei zeitlich-räumlichem Zusammenfall von formellem und materiellem Vertragsschluss ein Grund für oder gegen diese Entscheidung angegeben werden muss, das eben besagt die Vertragsfreiheit, kann dies dann verlangt werden, wenn zwar formell ein Vertragsschluss schon erfolgt ist, dieser aber materiell nicht auf einer freien Entscheidung beruht.

Den Verbraucher reut daher nicht eine *frei* getroffene Entscheidung,⁵² sondern er kann sie nachträglich treffen.⁵³ Die Meinung, ein solches Recht ergebe nur Sinn unter Angabe eines

⁴⁴ Kalls, Susanne und Lurger, Brigitte, 229.

⁴⁵ Pfeiffer, Thomas, 28 ff.

⁴⁶ Kalls, Susanne und Lurger, Brigitte, 232.

⁴⁷ Pfeiffer, Thomas, 30.

⁴⁸ Wie sich diese, als Verlockung bezeichnet, darauf auswirkt, dass der Verbraucher keine überlegte, rationale Vertragsentscheidung fällt, beleuchten Riesenhuber, Karl, 151 und Heinrichs, Helmut, „Das Widerrufsrecht nach der Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz“, in *Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag* (Heymanns, Köln, Berlin, Bonn, München, 1999), 177, 189 am Beispiel der FA-RL.

⁴⁹ Remien, Oliver, 322.

⁵⁰ Roth, Wulf-Henning, „Funktionen des privatrechtlichen Vertrages im Gemeinschaftsrecht“, in Schulte-Nölke, Hans/Schulze, Reiner (Hrsg.) in Verbindung mit Bernardeau, Ludovic, *Europäisches Vertragsrecht im Gemeinschaftsrecht* (Bundesanzeiger, Köln, 2002), 23, 33.

⁵¹ Hierbei geht es nicht um die Charakterisierung der Entscheidung des Verbrauchers als vernünftig oder unvernünftig, das heißt, dem Verbraucher wird seine Entscheidung nicht abgenommen. Vielmehr liegt sie noch nicht vor. Gerade weil der Verbraucher aber mündig ist, wird ihm die Möglichkeit gewährt, eine freie Entscheidung nachträglich zu treffen. Dazu, dass das europäische Vertragsrecht den Durchschnittsverbraucher als mündig und vernünftig einstuft vgl. Schulte-Nölke, Hans, „EC Law and German Civil Code“, in Schulze, Reiner und Ajani, Gianmaria (Hrsg.), *Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts – Studien eines Forschungsnetzwerks/Common Principles of European Private Law – Studies of a Research Network* (Nomos, Baden-Baden, 2003), 211, 215. In der Entscheidung des *EuGH*, Rs. C-470/93, Slg. 1995, I-1923 Rn. 24 (Mars), wird, wenn auch in anderem Zusammenhang, deutlich das Leitbild des verständigen Verbrauchers benannt.

⁵² So aber Canaris, Claus-Wilhelm, 344 f.

konkreten Grundes,⁵⁴ wendet sich daher gegen die Typisierung des vertraglichen Lösungsrechtes insgesamt. Diese ist aber nicht nur substantiell zutreffend. Daneben wäre eine andere Lösung⁵⁵ wenig praktikabel. Konsequenterweise würde sie nämlich wegen des mit ihr logisch verknüpften Kausalitätserfordernisses dem Widerrufsrecht praktische Wirkung entziehen, weil das psychologische Moment nur schwer nachweisbar ist. Würde aber, um dies zu vermeiden, eine, kaum widerlegbare, Vermutung zugunsten des Verbrauchers greifen, käme erneut ein typisierungsähnliches Element zum Tragen.⁵⁶

b) Formell

Auf Richtlinienenebene sind im formellen Bereich Voraussetzungen vor allem dann stärker ausdifferenziert, wenn hinter ihnen ein leitendes Prinzip zum Tragen kommen soll, vgl. die Ausführungen hinsichtlich der Fristregelungen. Andernfalls kann hier besonders gut auf eine individuelle Einpassung in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen verwiesen werden, weil es dem Instrument der Richtlinie entspricht, das Regelungsergebnis, nicht aber die Art und Weise der Regelung festzulegen. So kann hier eine Balance zwischen europäischem und mitgliedstaatlichem Recht erreicht werden. Als logische Schranken fungieren das Effizienz-⁵⁷ und das Äquivalenzprinzip⁵⁸ in verschiedenen Ausprägungen.

aa) Form

Die Form des Widerrufs wird in den entsprechenden Richtlinien nicht geregelt, stattdessen verweisen sie auf eine Einpassung in die nationale Gesetzgebung. Auch die Vorschrift, dass zur Wahrung der Widerrufsfrist die rechtzeitige Absendung genüge,⁵⁹ verlangt keine Schriftform, sondern betrifft lediglich den Fall, dass der Widerruf schriftlich erklärt wurde. Das Effizienzgebot verlangt jedoch, dass es dem Verbraucher nicht ungleich erschwert oder praktisch unmöglich gemacht wird, einen Vertrag zu widerrufen.⁶⁰

⁵³ Das spricht damit gegen die Annahme eines „kompetitiven Vertragsrechtes“, wie es Micklitz vorschwebt, vgl. Micklitz, Hans-W., „Ein einheitliches Kaufrecht für den Verbraucher?“, [1997] EuZW 229, 236 und ders., „Perspektiven eines Europäischen Privatrechts – *Ius commune praeter legem?*“, [1998] ZEuP 253, 265. Siehe dazu noch später.

⁵⁴ Canaris, Claus-Wilhelm, 345.

⁵⁵ Zur Frage, wie ein konkreter Grund zu qualifizieren ist, lassen sich differenzierende Tendenzen erkennen. Dieser kann weit gefasst sein und jeglichen direkt und kausal beeinträchtigenden Umstand umfassen, also z. B. auch die Distanz zum Vertragsobjekt, vgl. Riesenhuber, Karl, 166 oder aber eng ausgelegt nur die Überrumpelung einbeziehen, weil diese auf einem zurechenbaren Verhalten des Unternehmers beruhe, vgl., Roth, Herbert, 533. Vgl. ferner Staudenmayer, Dirk, „Die Richtlinien des Verbraucherprivatrechts – Bausteine für ein europäisches Privatrecht?“, in Schulte-Nölke, Hans und Schulze, Reiner (Hrsg.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, 63, 75. Dieser Ansatz kann auch zu einem eigenständigen, vermittelndem Konzept entwickelt werden, indem auf einer ersten Stufe auch hier eine Machtdisparität verlangt wird, die auf einer zweiten Stufe jedoch um das Erfordernis ergänzt wird, dass die stärkere Vertragspartei die Geschäftsinitiative ergreift, vgl. Stathopoulos, Michael, 554.

⁵⁶ Riesenhuber, Karl, 165 f.

⁵⁷ Demnach muss gemeinschaftsrechtlichen Normen optimale Wirkungskraft verschafft werden, vgl. Herdegen, Matthias, *Europarecht* (Beck, 5. Auflage, München, 2003), 158. (Synonym werden die Begrifflichkeiten der Effektivität und des *effet utile* verwendet.) Das heißt nationale Verfahrensvorschriften dürfen die Ausübung von Rechten nicht unmöglich machen oder unnötig erschweren, vgl. *EuGH* [2003] NJW, 275, 277 (Cofidis).

⁵⁸ Das heißt nationale Umsetzungsvorschriften dürfen nicht ungünstigere Bestimmungen enthalten als solche, die gleichartige Sachverhalte innerstaatlicher Art regeln, vgl. *EuGH*, Rs. C-201/02 Rn. 67 (Wells).

⁵⁹ Art. 5 Abs. 1 S. 2 HT-RL, Art. 6 Abs. 6 S. 2 FAF-RL und Art. 5 Abs. 2 S. 2 TS-RL.

⁶⁰ Riesenhuber, Karl, 155.

bb) Frist

Dem Interesse des Verbrauchers an Informationsverarbeitung, um eine freie Entscheidung für oder gegen den Vertrag zu treffen, steht das Rechtssicherheitsinteresse des Unternehmers an der Bestandskraft der Willenserklärung gegenüber. Diese beiden Aspekte werden durch eine Befristung des Lösungsrechtes in Übereinstimmung gebracht.⁶¹

(1) Fristbeginn

Zwar kann der Verbraucher schon vor Vertragsschluss seine Willenserklärung widerrufen, die Frist aber beginnt erst frühestens mit ihm zu laufen. Andernfalls könnte der Unternehmer missbräuchlich handeln, indem er regelmäßig die Frist schon vor Vertragsschluss durch das Zurückhalten seiner Willenserklärung verstreichen lässt.⁶²

Die Regelungen über den Fristbeginn fallen unterschiedlich aus. Bei Haustürgeschäften liegt der Fristbeginn in der ausgeteilten Belehrung, fällt also grundsätzlich mit dem Vertragsabschluss zusammen.⁶³ Da es bei Fernabsatzgeschäften und Teilzeitwohnrechtsverträgen zudem darauf ankommt, dem Verbraucher zu ermöglichen, die Ware zu Kenntnis zu nehmen beziehungsweise sich der Komplexität des Vertragsgegenstandes bewusst zu werden, beginnt hier die Frist mit Erhalt der Ware oder einer vergleichstauglichen Beschreibung der Dienstleistung zu laufen.⁶⁴

(2) Mindestfristlänge

Die Richtlinien schreiben unterschiedliche Mindestfristlängen vor. Es lässt sich der Grundsatz erkennen, dass bei simplen Geschäften eine siebentägige Überdenkzeit genügen soll,⁶⁵ bei komplexen eine längere.⁶⁶ Im Einzelnen sind die Regelungen aber nicht aufeinander abgestimmt, es besteht noch nicht einmal ein einheitlicher Berechnungsmaßstab.⁶⁷ Daneben divergieren die nationalen Umsetzungen erheblich voneinander.⁶⁸ Im Interesse der Rechtssicherheit sollten die Regelungen daher entweder vereinheitlicht⁶⁹ oder gering kategorisiert⁷⁰ werden.

(3) Fristwahrung

Da vertragliche Lösungsrechte dem Verbraucher eine Überdenkzeit einräumen, soll diese auch in ihrer Gesamtheit ausgeschöpft werden dürfen. Darum genügt die fristgerechte Absendung des Widerrufs durch den Verbraucher, während der Unternehmer das Zustellungsrisiko trägt,⁷¹ ohne dass dies Ausdruck einer allgemeinen Regel sein muss.⁷² Dementsprechend sollten alle genannten Richtlinien diesem Grundgedanken folgen.⁷³

⁶¹ Büßer, Janko, 166.

⁶² Ähnlich Schulze, Reiner, 62 f.

⁶³ Art. 5 Abs. 1 S. 1 HT-RL.

⁶⁴ Art. 6 Abs. 1 S. 3 FA-RL, Art. 6 Abs. 1 S. 2 1. Spiegelstrich i. V. m. Art. 5 Abs. 1 FAF-RL und Art. 5 Nr. 1 1. Spiegelstrich S. 1 i. V. m. Art. 4 1. Spiegelstrich TS-RL.

⁶⁵ Art. 5 Abs. 1 HT-RL und Art. 6 Abs. 1 S. 1 FA-RL bezüglich des Normalfalles von Fernabsatzverträgen.

⁶⁶ Art. 6 Abs. 1 S. 1 FAF-RL und Art. 5 Nr. 1 1. Spiegelstrich TS-RL.

⁶⁷ Hoffmann, Dieter, „Analyse der europäischen Rechtssetzungstechniken im Bereich des Vertragsrechts aus der Sicht der Europäischen Kommission“, in Heusel, Wolfgang (Hrsg.), 39, 44.

⁶⁸ Reich, Norbert und Micklitz, Hans-W., 562.

⁶⁹ Howells, Geraint und Wilhelmsson, Thomas, 311 f.

⁷⁰ Riesenhuber, Karl, 157.

⁷¹ Art. 5 Abs. 1 S. 2 HT-RL, Art. 6 Abs. 6 S. 2 FAF-RL und Art. 5 Abs. 2 S. 2 TS-RL.

⁷² Schulze, Reiner, 63.

⁷³ Riesenhuber, Karl, 159.

(4) Relation von Belehrung und Widerrufsfrist

An diesem Punkt verknüpft sich das Instrument der vorvertraglichen Informationspflicht mit dem des nachvertraglichen Lösungsrechtes. Dies geschieht auf zweierlei Weise. Zum einen kann der Beginn⁷⁴ der Widerrufsfrist,⁷⁵ zum anderen deren Dauer⁷⁶ von einer (ordnungsgemäßen) Belehrung abhängig gemacht werden. Daher trifft den Unternehmer nicht nur eine Informationspflicht, sondern er wird sanktioniert,⁷⁷ wenn er es unterlässt oder nur fehlerhaft vornimmt, widerrufs-⁷⁸ oder vertragsrelevante⁷⁹ Informationen mitzuteilen. Um aber Wertungswidersprüche zu vermeiden, sollten gerade hier die Richtlinien vereinheitlicht werden.⁸⁰ Dabei erscheint eine lediglich verlängert gewährte Widerrufsfrist wenig sinnvoll, denn auch diese Frist kann zu laufen beginnen, bevor der Verbraucher von seinem Widerrufsrecht erfährt, so dass der Schutzzweck der Widerrufsrechte vereitelt werden kann.⁸¹ Daher wirkt diese Variante auch nicht dahingehend anreizend auf den Unternehmer, den Verbraucher doch noch zu informieren.⁸² Die Auswirkung fehlender Informationen auf die Widerrufsfrist soll das vertragliche Lösungsrecht aber gerade absichern und damit verstärken. Sie wird sogar eigens als abgeleiteter Informationswiderruf kategorisiert.⁸³

(5) Rechtswirkung

Im Ergebnis soll dem Verbraucher Schutz durch die Einräumung einer Bedenkzeit zur Informationsverarbeitung mit der Möglichkeit zur einseitigen Vertragslösung⁸⁴ gewährt werden.⁸⁵ Fraglich ist, welche Rechtsfolgen die Ausübung des Widerrufsrechtes nach sich zieht.

Zum einen hängt die Rechtswirkung von der dogmatischen Einordnung des Widerrufsrechtes ab. Dabei kann zum einen angenommen werden, dass der Vertrag zunächst entsteht und das Widerrufsrecht als Gestaltungsrecht wirken könne. Offen bleibt dann, ob der Vertrag lediglich schwebend wirksam⁸⁶ ist, also durch die Ausübung des Widerrufsrechtes *ex tunc* oder ob der Vertrag nur *ex nunc* bei Widerruf vernichtet wird, der Widerruf also dem Rücktritt insofern gleiche, als dass ebenfalls ein Rücktrittsschuldverhältnis entstünde.⁸⁷ Zum anderen wird vertreten, dass der Vertrag erst zustande komme, wenn der Widerruf nicht ausgeübt werde und der Widerruf daher einer

⁷⁴ Art. 5 Abs. 1 S. 2 HT-RL und Art. 6 Abs. 1 S. 2 2. Spiegelstrich FAF-RL.

⁷⁵ Dies ist, wie die Entscheidung des *EuGH* [2002] NJW, 281, 282 f. = [2001] WM, 2434, 2437 f. (Heininger) zeigt, streng auszulegen. Das heißt, bei unterbliebener Belehrung besteht das Widerrufsrecht unbefristet fort.

⁷⁶ Art. 6 Abs. 1 S. 3 und 4 FA-RL und Art. 5 Nr. 1 2. und 3. Spiegelstrich TS-RL.

⁷⁷ Roth, Wulf-Henning, 33.

⁷⁸ Gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1 i. V. m. Art. 4 HT-RL wirkt sich nur eine Belehrung über das Widerrufsrecht als solches auf dessen Fristbeginn aus.

⁷⁹ Jedenfalls bedingt gemäß Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Art. 5 FA-RL und gemäß Art. 6 Abs. 2 2. Spiegelstrich i. V. m. Art. 5 Abs. 1 oder 2 i. V. m. Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 FAF-RL sowie Art. 5 Nr. 1 2. Spiegelstrich TS-RL wirken sich auch sonstige, jeweils spezifizierte Informationen einer Belehrung auf die Widerrufsfrist aus.

⁸⁰ Reich, Norbert und Micklitz, Hans-W., 559 f.

⁸¹ Vgl. im Ergebnis Staudenmayer, Dirk, *Richtlinien*, 76.

⁸² So aber Riesenhuber, Karl, 159.

⁸³ Kalls, Susanne und Lurger, Brigitte, 157.

⁸⁴ Beziehungsweise von seiner (bindenden) Willenserklärung. Vor dem eigentlichen Vertragsschluss gleiche ein solcher Widerruf dann dem des § 130 I 2 BGB, vgl. Büßer, Janko, 230.

⁸⁵ Rösler, Hannes, *Europäisches Konsumentenvertragsrecht* (Beck, München, 2003), 172.

⁸⁶ Schulze, Reiner, 64.

⁸⁷ Bülow, Peter und Artz, Markus, *Verbraucherprivatrecht*, 28 f.

aufschiebenden Bedingung gleiche.⁸⁸ Daneben existiert eine weitere, so genannte dualistische Theorie, die zwischen dem bis zum Vertragsschluss und dem danach ausgeübten Widerruf unterscheidet.⁸⁹ Ihr liegt die Lehre von der nicht vollendeten Verbrauchererklärung zugrunde.⁹⁰ Ist es demnach nicht notwendig, dem Verbraucher einen Erfüllungsanspruch schon vor Ablauf der Widerrufsfrist zuzugestehen, wie es bei einem Fernabsatzgeschäft,⁹¹ das auf die (körperliche) Beurteilungsfähigkeit eines Produktes oder einer Dienstleistung abstellt, der Fall ist, so wird die Willenserklärung des Verbrauchers erst durch den (nicht) ausgeübten Widerruf als vollendet angesehen.

Während die genaue dogmatische Ausgestaltung weitgehend der mitgliedstaatlichen Umsetzung überlassen bleibt, lassen sich den Richtlinien hinsichtlich der praktischen Gewährleistung durch das jeweilige Konzept Grundsätze entnehmen, die alle Theorien verwirklichen können. Insofern kommt es auf eine Entscheidung nicht an. Zum einen sollen vertragliche Leistungspflichten entfallen, bereits ausgetauschte Leistungen aber zurückgewährt werden.⁹² Zum anderen soll der Verbraucher gemäß einer weiteren Ausprägung des Effektivitätsgebotes nicht durch die ausgelösten Rechtsfolgen vom Gebrauch des Widerrufsrechtes abgeschreckt werden, zum Beispiel in Form einer Vertragsstrafe.⁹³

Da es auf den Inhalt und weniger die Form ankommt, ist auch die uneinheitliche Benennung der Widerrufsrechte gleichgültig, zumal sich ein europäisches Begriffssystem erst im Entstehen befindet.⁹⁴

⁸⁸ Dies ist eine in der spanischen Literatur vertretene Auffassung, vgl. Fischer, Kai Christian, 147 f.

⁸⁹ Gernhuber, Joachim, „Verbraucherschutz durch Rechte zum Widerruf von Willenserklärungen – Eine rechtsdogmatische Studie“, [1998] WM 1797, 1805.

⁹⁰ *Ibidem*, 1798 f.

⁹¹ Überhaupt ergeben sich aus den uneinheitlichen Richtlinienvorschriften gerade unter Einbezug auf Fernabsatzgeschäfte Probleme der rechtlichen Einordnung. Auch wenn andere dogmatische Figuren gewählt werden, muss es hier darauf ankommen, dass dem Verbraucher ein Erfüllungsanspruch schon vor Ablauf der Widerrufsfrist zusteht. Nun knüpfen sich daran weitere Diskussionen, inwieweit das die jeweiligen dogmatischen Konzepte gewährleisten. Vgl. nur Heinrichs, Helmut, 179 ff., 188 ff., Schulze, Reiner, 63 f. und Troiano, Stefano, „Formation of Contracts under EC Directives“, in Schulte-Nölke, Hans und Schulze, Reiner (Hrsg.) in Verbindung mit Bernardeau, Ludovic, 97, 101. Eigentlich spricht diese Vorgabe nur gegen die Konstruktion der aufschiebenden Bedingung.

⁹² Art. 6 Abs. 2 S. 1 FA-RL und Art. 7 Abs. 4 FAF-RL.

⁹³ Art. 6 Abs. 1 S. 1 FA-RL und Art. 6 Abs. 1 S. 1 FAF-RL. Einer Vertragsstrafe können vertragliche Vereinbarungen gleicher Wirkung entsprechen, vgl. Kammerer, Christoph, *Harmonisierung des Verbraucherrechts in Europa – Das verbraucher-schützende Widerrufsrecht der §§ 355 ff. BGB im Lichte der europarechtlichen Vorgaben und im Vergleich zum Code de la consommation* (Kovač, Hamburg, 2004) 84 ff. Problematisch hinsichtlich der ausgelösten nationalen Rechtsfolgen sind auch die so genannten Anlageberaterfälle, vgl. *LG Bochum* [2003] NJW, 2612 ff. und *OLG Bremen* [2004] NJW, 2238 ff. Ebenso fragwürdig ist, ob gemäß § 357 III 1 BGB dem Verbraucher der Wertersatz für die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme einer Sache auferlegt werden darf, vgl. Schulze, Reiner und Ebers, Martin, „Streitfragen im neuen Schuldrecht“, [2004] JuS 366, 370 f.

⁹⁴ Vgl. zum Teil Büßer, Janko, 122 ff. Nicht zu unterschätzen ist vor allem die sprachliche Barriere. So wird sogar im deutschsprachigen Raum das vertragliche Lösungsrecht in Deutschland Widerrufsrecht, in Österreich aber Rücktrittsrecht genannt.

III. Ergebnis der Analyse

1. Bewertung

Die Bewertung des vertraglichen Lösungsrechtes lässt sich zunächst anhand zweier extremer Standpunkte verdeutlichen.

a) Rechtliche Radikalität

Zum einen wird das Widerrufsrecht als rechtlich radikal eingestuft.⁹⁵ Hierbei wird ein formeller Bezugspunkt zugrunde gelegt, der sich an einem traditionellen, liberalen Maßstab orientiert. Die Vertragsfreiheit setzt die eingangs erwähnte Prämisse, dass aufgrund der rechtlichen Gleichheit jedem die freie Entscheidung zur Vertragseingehung offen steht, die, einmal getroffen, Bindungswirkung entfaltet,⁹⁶ um gleichzeitig die Freiheitsentfaltung des Gegenüber zu sichern.⁹⁷ Auf dieser Grundlage lässt sich zunächst und entsprechend der traditionellen formellen Interpretation⁹⁸ ein Bruch mit der Funktionsbedingung der Vertragsfreiheit, dem Satz *pacta sunt servanda*, feststellen.⁹⁹ Kann doch der Verbraucher sich auf den ersten Blick einseitig und grundlos nach dem eigentlichen, formellen Vertragsschluss von diesem wieder lösen.¹⁰⁰

Materiell jedoch wird lediglich ein neuer Gedanke in dieses System integriert, der weiterhin der Vertragsbindungswirkung Gültigkeit verleiht,¹⁰¹ nämlich die Idee der tatsächlichen Gleichheit.¹⁰² Das ist deshalb notwendig, weil letzterer nur in den Schranken eines theoretischen und damit perfekten Wirklichkeitsmodells Wirkung entfalten kann, das wegen der Unvollkommenheit der Realität, die durch Komplexität¹⁰³ und unvorhersehbare Wechselwirkungen geprägt ist, nicht bestehen kann.¹⁰⁴ Die Herstellung von Gleichheit als Grundlage von Freiheit kann nur erreicht werden, wenn dieser Zieldefinition ein

⁹⁵ Howells, Geraint und Wilhelmsson, Thomas, 312.

⁹⁶ Dazu, dass Vertragsfreiheit und Vertragsbindungswirkung zwei Seiten einer Medaille darstellen, vgl. Roth, Herbert, 534.

⁹⁷ Bülow, Peter und Artz, Markus, *Verbraucherprivatrecht*, 3.

⁹⁸ Wilhelmsson, Thomas, *Social Contract Law and European Integration* (Ashgate, Aldershot, Brookfield USA, Singapur, Sydney, 1995), 188 f.

⁹⁹ Kainz, Martin, „Die Umsetzung der Verbraucherschutzrichtlinien und ihre Auswirkungen im nationalen Recht – Länderbericht Deutschland“, in Heusel, Wolfgang (Hrsg.), 63, 77.

¹⁰⁰ Dies gereiche der Wirtschaft zum Schaden, weil ein Widerruf nicht vorhersehbar sei, vgl. Ernst, Wolfgang, „Neues Vertragsrecht für die deutsche Wirtschaft?“, [19. Mai 2001] F.A.Z. 8.

¹⁰¹ Bülow, Peter und Artz, Markus, *Verbraucherprivatrecht*, 3 f. erläutern, inwiefern Gleichheit Grundvoraussetzung für die Bindung an das eigene Handeln ist und dass deren Störung lediglich vom Gesetzgeber hingenommen werden mag. Gerechtfertigt werden muss daher nicht ein Einschnitt in die Freiheit, sondern ein solcher in die Gleichheit, weil diese Freiheit bedingt und nicht umgekehrt. In der Konsequenz wird auf den S. 8 und 26 auch von einer Relativierung der, nicht einem Bruch mit der Vertragsbindungswirkung gesprochen im Sinne der Anlegung eines anderen Maßstabes. Ein solcher lässt sich hingegen einem früheren Artikel entnehmen, der noch andeutungsweise von einer lediglich Rechtfertigung des Verbraucherprivatrechts spricht und demnach einen Eingriff in die Vertragsbindungswirkung logisch voraussetzt, vgl. Bülow, Peter und Artz, Markus, „Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB“, [2000] NJW 2050, 2050.

¹⁰² Pfeiffer, Thomas, 30.

¹⁰³ Simitis, Konstantin, *Verbraucherschutz – Schlagwort oder Rechtsprinzip?* (Nomos, Baden-Baden, 1976), 89.

¹⁰⁴ *Ibidem*, 30 f.

tatsächlicher Gleichheitsbegriff zugrunde gelegt wird.¹⁰⁵ Wie beschrieben entsteht ein tatsächliches Ungleichgewicht dadurch, dass der Professionalität des Unternehmers die private Motivation des Verbrauchers gegenübertritt, die situative Verstärkung erfährt. Daher trifft der Verbraucher zunächst keine freie Entscheidung, die Bindungswirkung entfalten könnte, sondern wird subtil innerlich fremdbestimmt¹⁰⁶ und verzichtet auf die innere Selbstbestimmung auch nicht privatautonom.¹⁰⁷ Erst durch die ihm gewährte Überdenkzeit kristallisiert sich eine eigenverantwortlich getroffene Entscheidung heraus, die sich in der (Nicht-)Ausübung des Widerrufsrechtes niederschlägt und verbindlich ist.¹⁰⁸

b) Tatsächlich mildes Instrument

Zum anderen wird das Konzept des vertraglichen Lösungsrechtes aufgrund seiner tatsächlichen Milde kritisiert.¹⁰⁹ Gewiss sei es schärfer als eine bloße Informationspflicht, doch stelle es als Sanktionsmechanismus anders als beispielsweise das generelle Verbot einer Vertragspraxis¹¹⁰ das Minimum einer formell eingeschränkten Privatautonomie dar.¹¹¹ Indem die Vertragsdisparität nicht von vornherein beseitigt werde, greife der Mechanismus nicht substantiell ein. Das Widerrufsrecht solle Schutz davor bieten, dass der Verbraucher sich mit einem nicht seinen Bedürfnissen entsprechenden Vertragsinhalt konfrontiert sehe, dessen Ausübung versetze ihn jedoch nicht in die Lage, doch noch einen fairen Vertrag auszuhandeln.¹¹² Das Missverhältnis komme auch in der Umkehrung der Aktionslast¹¹³ zum Ausdruck, die dem Verbraucher auferlege, aktiv zu handeln, um sich von einem ungleich ausgehandelten Vertrag zu lösen. Noch einen Schritt weiter gehen Stimmen, die bemängeln, dass die verbraucherschützenden Richtlinien sich an einem überholten klassentheoretischen Sozialmodell orientierten und die sehr viel drängendere Einbeziehung derjenigen, die wegen mangelnder finanzieller Ressourcen gar nicht in der Lage seien, zu konsumieren, außer Acht ließen.¹¹⁴

¹⁰⁵ Wird diese Konzeption nicht akzeptiert, stellt sich die Frage, ob der Eingriff des Widerrufsrechtes gemäß seiner Eigenschaft als Reuerecht, siehe schon Anmerkung 53, in die Bindungswirkung einer formell bereits frei getroffenen Entscheidung gerechtfertigt werden kann. So stellt Micklitz, Hans-W, „Der Vertragsbegriff in den Übereinkommen von Brüssel und Rom“, in Schulte-Nölke, Hans und Schulze, Reiner (Hrsg.) in Verbindung mit Bernardeau, Ludovic, 39, 80 f. die Vertragsautonomie dem Schutz des Schwächeren als miteinander zwar unvereinbare, aber gegeneinander abwägbare Konzepte gegenüber. Ebenso spricht Schulte-Nölke, Hans, 221 von einem Regel-Ausnahme-Verhältnis. Die Rechtfertigungskonstruktion erlaubt im Ergebnis aber gleiche Schlussfolgerungen, siehe dazu noch unten, Anmerkung 120.

¹⁰⁶ Vgl. Weber, Max, 172 zu der Frage, wie sich Zwang innerhalb formeller Freiheit ausbilden kann.

¹⁰⁷ Bülow, Peter und Artz, Markus, *Verbraucherprivatrecht*, 2 f.

¹⁰⁸ Roth, Wulf-Henning, 32 ff.

¹⁰⁹ Weatherill, Stephen, 76 ff und Wilhelmsson, Thomas, 211.

¹¹⁰ Hippel, Eike von, *Verbraucherschutz* (Mohr Siebeck, 3. Auflage, Tübingen, 1986), 199 f. befürwortet beispielsweise ein Verbot unerbetener Hausbesuche.

¹¹¹ In der Wirkungsweise bezeichnet sogar *Canaris* das Widerrufsrecht als mild und effizient, weil es den Vertragsinhalt nicht tangiere, vgl. *Canaris*, Claus-Wilhelm, 345.

¹¹² Weatherill, Stephen, 76 ff. *Weatherill* spricht in diesem Zusammenhang auch vom Mythos der Vertragsinhaltsfreiheit, indem er Verträge als Massenprodukte bezeichnet.

¹¹³ Riesenhuber, Karl, 166.

¹¹⁴ Callies, Galf-Peter, „Nach der Schuldrechtsreform: Perspektiven des deutschen, europäischen und internationalen Verbrauchervertragsrechts“, [2003] AcP 203, 575, 597, 601 f. *Hondius* argumentiert ähnlich anhand des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung und der Menschenrechte, vgl. *Hondius*, Ewoud H., „European Contract Law: The Contribution of the Dutch“, in Weyers, Hans-Leo (Hrsg.), *Europäisches Vertragsrecht* (Nomos, Baden-Baden, 1997), 45, 62.

c) Erklärung

Doch geht es den Richtlinien gerade nicht um einen bevormundenden Schutz im Sinne einer Ergebniskorrektur,¹¹⁵ sondern um einen emanzipierenden:¹¹⁶ der Verbraucher soll materiell eine freie Entscheidung treffen.¹¹⁷ Dabei tritt das Ziel der Richtlinien des Verbraucherschutzes¹¹⁸ neben das der Realisierung des europäischen Binnenmarktes.¹¹⁹ Die freie Marktwirtschaft soll auf europäischer Ebene nicht durch Vertragsinhaltskontrollen unterbunden, sondern gefördert werden. Dabei liegt dem gemeineuropäischen Recht ein funktionaler, das heißt auf die tatsächlichen Begebenheiten des Binnenmarktes bezogener Vertragsbegriff zugrunde,¹²⁰ der die Einbeziehung des Konzeptes der tatsächlichen Gleichheit gestattet. Demnach unterbindet das vertragliche Lösungsrecht nicht per se den freien Wirtschaftsverkehr, sondern wirkt seinen Kehrseiten in einem gesamteuropäischen Kontext entgegen.¹²¹

2. Perspektive

Liegt aber den Widerrufsrechten ein zweistufiges Konzept¹²² zugrunde, das gleichzeitig nicht mit dem Prinzip der Vertragsbindungswirkung bricht, knüpfen sich hieran weitere Fragen.

a) Systematisierung

Zum einen sollte dieses Konzept auch in seiner praktischen Umsetzung zum Ausdruck gebracht werden.¹²³ Dazu sollten die Richtlinien jedenfalls systematisiert werden, zum Beispiel hinsichtlich der Fristregelungen.¹²⁴ Abzuwägen sind in einem weiteren Schritt auch die Vor- und Nachteile einer Voll- bzw. Minimalharmonisierung.¹²⁵ Die Vollharmonisierung bewirkt, dass einer auf europäischer Ebene erreichten Systematisierung

¹¹⁵ Ergebnisorientiert ist hingegen beispielsweise das Zivilrecht des nordischen Rechtskreises, vgl. Wilhelmsson, Thomas, 9.

¹¹⁶ Zur Unterscheidung dieser Schutzwirkungen und ihr Verhältnis zum so genannten Sonderprivatrecht vgl. Rückert, Joachim, vor § 1 Rn. 88, 103 f. Simitis, Konstantin, *Verbraucherschutz – Schlagwort oder Rechtsprinzip?* (Nomos, Baden-Baden, 1976), 91 spricht in diesem Zusammenhang von Konsumentenselbsthilfe.

¹¹⁷ Schmidt, Eike, „Von der Privat- zur Sozialautonomie“, [1980] JZ, 153, 158 f. geht so und damit zu weit, von Sozialautonomie in Abgrenzung zur Privatautonomie zu sprechen, wenn Selbstbestimmung zunächst Solidarität zur Beendigung der Fremdbestimmung verlangt. Auf S. 161 wird jedoch zum Ausdruck gebracht, dass sich dieser Gedanke auch in einer Öffnung des tradierten Privatrechts verwirklichen könne. Schmidt legt allerdings überwiegend andere Beispiele zugrunde.

¹¹⁸ Im Sinne einer (wirtschaftlichen) Selbstbestimmung, vgl. Kammerer, Christoph, 89.

¹¹⁹ Roth, Wulf-Henning, 31 und Schulte-Nölke, Hans, 212.

¹²⁰ So auf anderem argumentativem Wege, siehe auch Anmerkung 105, Micklitz, Hans-W., *Vertragsbegriff*, 81.

¹²¹ Roth, Wulf-Henning, 31 und 34.

¹²² Auch Schulte-Nölke führt an, dass, wenn auch mit anderem Ergebnis, unter anderem in der Kombination mehrerer Kriterien ein Konzept hinter den europäischen Verbraucherschutzinstrumenten erkennbar werde, vgl. Schulte-Nölke, Hans, 213 f.

¹²³ Hinsichtlich der weiteren Entwicklung auf europäischer Ebene lassen sich dabei drei Varianten denken: die der sektoriellen Harmonisierung, der Entwicklung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher und der einer Einbindung des Verbraucherrechts in einen europäischen Kodifikationsprozess, vgl. Staudenmayer, Dirk, *Verbraucherschutzrecht*, 736 ff.

¹²⁴ Zu dem Problem der sowohl auf Gemeinschaftsebene als auch in der mitgliedstaatlichen Umsetzung divergierenden Fristenregelungen vgl. Callies, Galf-Peter, 589 und Rösler, Hannes, 173.

¹²⁵ Bülow, Peter und Artz, Markus, *Verbraucherprivatrecht*, 14 f.

nicht auf einzelstaatlicher Ebene entgegengewirkt werden kann. Sie erreicht damit auch eine stärkere Binnenmarktintegration.¹²⁶ Allerdings ist sie rechtspolitisch schwieriger durchzusetzen und birgt die Gefahr in sich, nur einen kleinsten gemeinsamen Nenner zu finden.¹²⁷

Zum anderen kann, vorläufig in der nationalen Umsetzung, das hinter den Widerrufsrechten stehende Konzept in der Norm dergestalt plastisch gemacht werden, dass beispielsweise eine Grundnorm gebildet wird, die durch die Gewährung eines speziellen Widerrufsrechtes ergänzt werden muss.¹²⁸ Oder es könnte in einem weiteren Schritt eine Generalklausel mit dem Inhalt des entwickelten Konzeptes gebildet werden, die lediglich um Regelbeispiele ergänzt wird.¹²⁹

b) Analogiefähigkeit

Außerdem ließe sich daran denken, das Widerrufsrecht als allgemeines verbraucherschützendes Instrument zu begreifen und dementsprechend Sachverhalte gleich zu behandeln,¹³⁰ die bisher unbedacht aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie ausgeschlossen wurden. Hier ist ein Vergleich mit den mitgliedstaatlichen Umsetzungen, insbesondere überschießenden, interessant.¹³¹

Darüber hinaus muss das vertragliche Lösungsrecht nicht an verbraucherschutzwürdige Situationen gebunden sein,¹³² sondern könnte, abhängig von der jeweiligen rechtspolitischen Bewertung, als Schutzinstrument des allgemeinen Vertragsrechtes Bedeutung erhalten, um Machtdisparitäten anderer Art entgegenzuwirken.¹³³ Es würde dann auf der ersten Stufe ein anderes Machtungleichgewicht zugrunde gelegt. Zu denken wäre beispielsweise an das Verhältnis eines Klein- zu einem Großunternehmer¹³⁴ oder das eines Arbeitnehmers zu seinem -geber.

¹²⁶ Dazu, dass eine Richtliniensystematik bestehenden Binnenmarktstörungen entgegentreten kann vgl. Büßer, Janko, 254.

¹²⁷ Howells, Geraint, „The right of withdrawal in European Consumer Law“, in Schulte-Nölke, Hans und Schulze, Reiner (Hrsg.) in Verbindung mit Bernardeau, Ludovic, 229, 232 f.

¹²⁸ Dies ist beispielsweise in Deutschland im Zuge der Schuldrechtsreform geschehen, indem die hier behandelten, zuvor in Spezialgesetzen umgesetzten Richtlinien, in das BGB integriert wurden. Duve, Thomas, „Verbraucherschutzrecht und Kodifikationsgedanke“, [2002] JURA 793 ff. und allgemein Schmidt-Räntsch, Jürgen, „Reintegration der Verbraucherschutzgesetze durch den Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes“, in Schulte, Reiner und Schulte-Nölke, Hans, *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Tübingen 2001, 169 ff. und Dörner, Heinrich, „Die Integration des Verbraucherrechts in das BGB“, in: Schulte, Reiner und Schulte-Nölke, Hans, *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, 177 ff.

¹²⁹ Kemper, Rainer, 255.

¹³⁰ Ein solches Gebot könne sich auch aus dem Gleichheitssatz ergeben, so Remien, Oliver, 327.

¹³¹ Als Beispiel sei nur angeführt, dass § 312 I 1 Nr. 3 BGB Haustürgeschäften das überraschende Ansprechen in Verkehrsmitteln oder im Bereich öffentlich zugänglicher Verkehrsflächen gleichstellt. Als Beispiel eines weder von einer Richtlinie noch von einem nationalen Gesetz direkt erfassten Falles mag die so genannte Internetauktion dienen Heiderhoff, Bettina, 134 ff.

¹³² So aber Rösler, Hannes, 173 f.

¹³³ Schulte, Reiner, 62.

¹³⁴ Darauf verweist indirekt die Kritik von Schmelzer S. 48. Vgl. weiter Hondius, Ewoud H., „Kaufen ohne Risiko: Der europäische Richtlinienentwurf zum Verbraucherkau und zur Verbrauchergarantie“, [1997] ZEuP 130, 133 in Bezug auf das hinter der europäischen Verbrauchergesetzgebung stehende Konzept, wenn auch in anderem Rahmen.

Zusammenfassung

Den auf Richtlinien beruhenden Widerrufsrechten Verbraucherschützender Art liegt ein zweistufiges Konzept zugrunde. Auf einer ersten Ebene kommt das Machtungleichgewicht zur Geltung, das allerdings auf einer zweiten Ebene um einen vertragspezifischen Aspekt ergänzt wird. Beide Schritte zusammen ergeben, dass mit hoher Wahrscheinlichkeit keine freie Entscheidung vorliegt.

Daher stellt dieses Konzept eine Erweiterung dar, nicht einen Eingriff in die Vertragsbindungswirkung als Folge der Vertragsfreiheit dar. *A priori* steht das freiheitliche Element, das sich nicht nur juristisch ausdrückt, sondern dem wirtschaftlich das Ziel der Binnenmarktintegration entspricht. Dieses wird lediglich materiell um einen gleichheitlichen, hier auf den Verbraucher bezogenen Aspekt ergänzt.

Anhand des zweistufigen Konzeptes lassen sich die Widerrufsrechte systematisieren. Eine Verallgemeinerung ist notwendig, um die Logik des Systems zum Ausdruck zu bringen. Die Ergänzung um einen Situationsbezug gewährleistet Rechtssicherheit.