

Schriftenreihe des
Instituts für Europäisches
Wirtschafts- und Verbraucherrecht e.V.



VIEW

42

Dirk Kramer

Der Widerruf von Verbraucherdarlehen zwischen Rechtsdurchsetzung und Rechtsmissbrauch



Nomos

Schriftenreihe des
Instituts für Europäisches
Wirtschafts- und Verbraucherrecht e.V.

herausgegeben von
Prof. Dr. Tobias Brönneke
Prof. Dr. Hans-W. Micklitz
Prof. Dr. Peter Rott
Prof. Dr. Andrea Wechsler

Band 42

Dirk Kramer

Der Widerruf von Verbraucherdarlehen zwischen Rechtsdurchsetzung und Rechtsmissbrauch



Nomos



Onlineversion
Nomos eLibrary

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Kassel, Univ., Diss., 2019

ISBN 978-3-8487-6458-7 (Print)

ISBN 978-3-7489-0582-0 (ePDF)

1. Auflage 2020

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2020. Gedruckt in Deutschland. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Für Luzia und Rosa

Vorwort

Der Widerruf von Immobilienverbraucherdarlehen ist unter dem Stichwort „Widerrufsjoker“ zu einem Massenphänomen avanciert und Gegenstand unzähliger Urteile und Stellungnahmen in der Literatur. Auf der einen Seite stehen Vertreter der Verbraucherinteressen, die in der stückweiten Kapitalisierung des Widerrufsrechts und seiner Ausübung außerhalb der Vertragsreue eine neue Dimension der Verbraucherrechtsdurchsetzung sehen, auf der anderen diejenigen, die das Vorgehen aufgrund dieser Motivation für rechtsmissbräuchlich halten. Diesen Hintergrund nimmt die vorliegende Arbeit zum Anlass, die traditionelle Disparität zwischen Verbrauchern und Unternehmern erneut zu betrachten.

Die Arbeit wurde im Sommer 2019 vom Fachbereich Wirtschaftswissenschaften der Universität Kassel als Dissertation angenommen. Die Disputation fand am 29. Oktober 2019 statt. Das Manuskript der Arbeit wurde für die Veröffentlichung aktualisiert. Insbesondere wurde Literatur und Rechtsprechung bis Mitte November 2019 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gilt Herrn Prof. Dr. Peter Rott für die Betreuung meiner Promotion und die Initiative für die Aufnahme in diese Schriftenreihe. Während der gesamten Entstehungszeit hat er mich stets konstruktiv und außerordentlich schnell unterstützt und mir ein hohes Maß wissenschaftlicher Freiheit eingeräumt. Frau Prof. Dr. Martina Deckert danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Im Verlauf der Bearbeitung meiner Dissertation habe ich von zahlreichen Freunden und Kollegen wertvolle Unterstützung und erweiternde Praxiseinblicke erhalten. Insbesondere Martin Fries danke ich für kluge Fingerzeige und anregende Diskussionen, die diese Arbeit bereichert und mir Freude bereitet haben.

Meinen Eltern, Olga und Alfred Kramer, danke ich dafür, dass sie mich stets vorbehaltlos unterstützt und gefördert haben, wodurch sie mir die Basis für meine persönliche und berufliche Entwicklung ermöglichten. Mein größter Dank gilt meiner lieben Frau Theresa dafür, dass sie mich vor allem in den schwierigen Phasen der Arbeit unermüdlich ermutigt und motiviert und mir immer Rückhalt gegeben hat. Widmen möchte ich diese Arbeit meinen Töchtern Luzia und Rosa. Sie mussten für die Dissertation auch mal hintenanstehen, obschon sie eigentlich den ersten Platz in meinem Leben einnehmen.

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	17
I. Problemstellung: Widerrufsrecht im Widerstreit mit opportunistischem Verbraucherverhalten	18
II. Gesellschaftspolitische Bedeutung und ökonomische Relevanz	20
III. Forschungslücke und wissenschaftliche Ziele	22
IV. Methodik	25
V. Gang der Darstellung	26
B. Strukturelle Verbraucherschwäche und unternehmerisches Konfliktverhalten	27
I. Verbraucher im Konflikt	27
1. Mangelnde Vertrautheit im Umgang mit Konflikten	27
a) Rechtsunkenntnis	28
b) Prozessuale Chancenungleichheit	29
2. Individuell rationales Verbraucherverhalten	30
a) Rationales Desinteresse an Präzedenz	30
b) Rationales Desinteresse an der Durchsetzung geringwertiger Forderungen	32
3. Fehlende finanzielle Mittel	33
4. Risikoaversion	33
5. Mangelnde Organisation	35
II. Strategisches Verhalten unternehmerischer Streitparteien	35
1. Allgemeine Verfahrenstaktik	35
a) Vorsprung durch Rechtsbruch	36
b) Prozesstaktik der Vereinzelung	37
c) Systematische Untätigkeit als Handlungsoption	40
d) Lobbying	41
2. Exemplarische Rechtsvereitelungsversuche am Beispiel des Widerrufs von Immobilier-Verbraucherdarlehensverträgen	42
a) Flucht in die Rechtsauffassung	42
b) Präventivklagen	44
c) Beschwerde bei der Rechtsanwaltskammer	44

d) Rechtsschutzversicherungen verweigern Deckung	45
e) Koordinierte Ächtung bzw. Kartellverhalten	46
C. Darlehenswiderruf im Spiegel der aktuellen Rechtsprechung	47
I. Belehrungserfordernis bei Abschluss von Verbraucher- darlehensverträgen	47
1. Typisierung von Verbraucherdarlehensverträgen	47
2. Verbrauchereigenschaft	48
3. Besonderheiten bei Vertragsänderungen	48
II. Anforderungen an die Widerrufsbelehrung	48
1. Prüfungsmaßstab vom 1. Januar 2002 bis zum 10. Juni 2010	49
a) Einzelfragen zu Belehrungsfehlern	51
aa) Unklarer Fristbeginn	51
(1) „frühestens mit Erhalt dieser Belehrung“	51
(2) „einen Tag nach Mitteilung dieser Belehrung“	53
(3) „nicht bevor uns der unterschriebene Darlehensvertrag zugegangen ist“	53
(4) „nicht jedoch vor dem Tag...“	54
(5) „jedoch nicht bevor Ihnen eine Vertragsurkunde ... zur Verfügung gestellt worden ist“	55
(6) Fristbeginn bei Unterzeichnung durch mehrere Personen	55
(7) Mehrere (widersprüchliche) Belehrungen	55
bb) Unklare Fristdauer	56
(1) Fußnote: „Bitte Frist im Einzelfall prüfen“	56
(2) Fußnote: „Bearbeitungshinweis: Bitte Widerrufsfrist im Einzelfall prüfen“	57
(3) Fußnote: „Nicht für Fernabsatzgeschäfte“	57
(4) Fußnote: „Die Widerrufsfrist beträgt einen Monat, wenn ...“	58
(5) „der schriftliche Darlehensantrag“	59
(6) „Ihr schriftlicher Darlehensantrag“	60
(7) Falsche Datumsangabe	60
cc) Sonstige mögliche Verstöße gegen das Deutlichkeitsgebot	60
(1) Einseitige Darstellung von Rechtsfolgen	61
(2) Unvollständiger Hinweis auf verbundenes Geschäft	61
(3) Vorsorglicher Hinweis auf verbundenes Geschäft	62

(4) Postfachadresse	63
b) Gesetzlichkeitsfiktion der amtlichen Musterwiderrufs- belehrung und ihre Grenzen	63
aa) Grundsatz: Gesetzlichkeitsfiktion	64
bb) Entfallen der Gesetzlichkeitsfiktion durch Abweichung	64
(1) „mustergestützte Richtigkeitsgewähr“	65
(2) Höchststrichterliche Rechtsprechung	66
(3) Würdigung	67
cc) Fehlerquellen beim Einsatz des Musters	69
(1) Weglassen von Zwischenüberschriften	69
(2) Verwenden von Fußnoten	69
(3) Verzicht auf ladungsfähige Anschrift	70
(4) Modularer Belehrungsaufbau	70
2. Prüfungsmaßstab vom 11. Juni 2010 bis zum 20. März 2016	71
a) Widerrufsinformationen als Pflichtangaben	71
b) Fehler in Widerrufsinformationen und Pflichtangaben	73
aa) Fehlerhafter Verweis auf Aufsichtsbehörde	73
bb) „Aufsichtsbehörde des Darlehensnehmers“	74
cc) Verwenden von Ankreuzoptionen	74
dd) Fehlerhafte Angaben zum Tageszinssatz	74
ee) Angabe zu Aufwendungen gegenüber öffentlichen Stellen	75
ff) Nachbelehrung beträgt „dann“ einen Monat	76
3. Prüfungsmaßstab ab dem 21. März 2016	76
III. Die widerrufsbedingte Rückabwicklung von Immobilien- Verbraucherdarlehensverträgen	77
1. Widerrufsrecht als Gestaltungsrecht	77
2. Rechtsfolgen des Widerrufs	77
a) Ansprüche des Darlehensgebers	78
aa) Rückgewähr der Darlehensvaluta	78
bb) Wertersatz für Kapitalnutzungsmöglichkeit	80
(1) Statische Methode	81
(2) Dynamische Methode	82
(3) Durchschnittlicher Marktzins	83
(4) Fazit	83
cc) Aufwendungen gegenüber öffentlichen Stellen	84
b) Ansprüche des Darlehensnehmers	84
aa) Rückgewähr der geleisteten Zins- und Tilgungsleistungen	84

bb) Wertersatz für Kapitalnutzungsmöglichkeit	85
c) Fazit	85
D. Genese des „ewigen Widerrufsrechts“ und Bewertung der Kompensationsmodelle	87
I. Telos und Funktion verbraucherschützender Widerrufsrechte	87
1. Verbraucherleitbilder	87
a) Homo oeconomicus	88
b) Informationsmodell	88
c) Soziales Schutzmodell	88
2. Verbraucherschutzrecht	89
a) Begriff	89
b) Die Entstehung des Verbraucherschutzgedankens	90
3. Das Widerrufsrecht als Instrument des Kreditnehmerschutzes	91
a) Schutzzweck des Widerrufsrechts	92
b) Schutzzweck der Widerrufsbelehrung	92
II. Entstehung und Erlöschen des „ewigen Widerrufsrechts“	93
1. Der Weg zum „ewigen Widerrufsrecht“	93
a) Reurecht beim Abzahlungskauf	93
b) § 11 Abs. 1 Auslandsinvestmentgesetz und § 23 Kapitalanlagegesellschaftengesetz	94
c) § 1b Abzahlungsgesetz	94
d) § 4 Abs. 1 Fernunterrichtsschutzgesetz	95
e) § 1 Abs. 1 Haustürwiderrufsgesetz	95
f) Haustürwiderrufsrichtlinie	97
g) Verbraucherkreditgesetz	98
h) Schuldrechtsmodernisierungsgesetz	99
i) OLG-Vertretungsänderungsgesetz	100
aa) „Heininger“-Entscheidung des EuGH in 2001	100
bb) Die zwei Handlungsalternativen des Gesetzgebers	102
cc) Überschießende Umsetzung der „Heininger“- Entscheidung	103
dd) Kompensation für „ewiges Widerrufsrecht“	104
(1) Einführung einer Musterwiderrufsbelehrung	104
(2) Möglichkeit der vereinfachten Nachbelehrung	104

2. Verankerung des „ewigen Widerrufsrechts“	105
a) Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EU	105
aa) Verschärfung der Anforderungen an den Beginn der Widerrufsfrist	106
bb) Musterwiderrufsbelehrung wird formelles Gesetz	106
cc) „Hamilton“-Entscheidung des EuGH in 2008	107
b) Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie	109
3. Das (partielle) Erlöschen des „ewigen Widerrufsrechts“ durch das Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie	110
a) Ausschlussfrist für den Widerruf von Altverträgen	111
aa) Verfassungsrechtliche Implikation	111
bb) Kritik und Stellungnahme	113
b) Kein Ausschluss für Verträge zwischen 11. Juni 2010 und 20. März 2016	115
c) Absolute Ausschlussfrist für den Widerruf von (Neu-)Verträgen	116
aa) Abschied vom vormaligen gesetzgeberischen Konzept	116
bb) Pflichtangaben für Widerrufsfrist nicht mehr bedeutsam	118
4. Fazit	119
III. Würdigung der Kompensationsmodelle des Unternehmers für das „ewige Widerrufsrecht“	120
1. Musterwiderrufsbelehrung	121
a) Ziele der Einführung	121
b) Wirksamkeitskontroverse	121
c) Rechtsunsicherheiten in der Kreditpraxis	124
d) Fazit	125
2. Nachbelehrung	126
E. Grenzen verbraucherschützender Widerrufsrechte	128
I. Einwände jenseits von Treu und Glauben	128
1. Ausschluss des Widerrufsrechts gemäß § 506 Abs. 3 BGB a.F.	128
2. Fehlende Kausalität	129
3. Wegfall des Vertrags aufgrund Erfüllung, Kündigung oder Aufhebungsvereinbarung	130
4. Begrenzung des Widerrufsrechts durch § 218 Abs. 1 BGB	131

II. Auf dem Grundsatz von Treu und Glauben basierende Einwände	132
1. Treu und Glauben trotz zwingendem europäischen Verbraucherrecht	132
a) Anwendbarkeit des Grundsatzes von Treu und Glauben	132
b) Zwingende Einleitung eines Vorabentscheidungsverfahrens erforderlich	135
2. Verwirkung	136
a) Praktische Relevanz	136
b) Normsystematisches Fundament des Verwirkungseinwands	137
c) Anwendungsvoraussetzungen	138
aa) Zeitmoment	138
bb) Umstandsmoment	139
cc) Wechselwirkung	139
d) Übertragung auf den Widerruf von Immobilien-Verbraucherdarlehensverträgen	140
aa) BGH-Rechtsprechung	140
bb) Kein Verwirkungseinwand vor vollständiger Erbringung der beiderseitigen Leistungen	141
cc) Verwirkungseinwand nach vollständiger Erbringung der beiderseitigen Leistungen	142
(1) Subjektive Zurechenbarkeit aufgrund „im Kern“ richtiger Belehrung	143
(a) Innere Umstände nicht schützenswert	144
(b) Kenntnis des Widerrufsrechts und forensische Praxis	144
(c) Keine Kategorisierung unterschiedlicher Fehler	145
(2) Schutzwürdiger Vertrauenstatbestand	146
(a) Kein Vertrauen	146
(b) Keine objektive Schutzwürdigkeit	148
(3) Ultima ratio und Verhältnismäßigkeit	148
e) Ergebnis	149
3. Unzulässige Rechtsausübung	150
a) Normsystematisches Fundament der unzulässigen Rechtsausübung	150
b) Leitlinien höchstrichterlicher Rechtsprechung	150
aa) BGH-Entscheidung vom 25. November 2009 („Radarwarngerät“)	151

bb) BGH-Entscheidung vom 16. März 2016 („Matratzenfall“)	152
c) Übertragung auf den Widerruf von Immobilien- Verbraucherdarlehensverträgen	153
aa) Ausübung des Widerrufsrechts aus vom Schutzzweck nicht gedeckten Erwägungen	153
(1) Zulässigkeit zweckübersteigender Ausnutzung	154
(2) Immanentes Risiko typisierender Gestaltung	155
bb) Schutzbedürftigkeit des Darlehensgebers aus Wertungsgesichtspunkten	157
d) Ergebnis	159
F. Verbraucherrechtsdurchsetzung zwischen Untermaß und Übermaß	160
I. Relevanz der Rechtsdurchsetzung	160
1. Rechtspositivistische Aspekte	161
2. Prävention und Verhaltenssteuerung	161
3. Volkswirtschaftliche Auswirkungen unzureichender Rechtsdurchsetzung	162
II. Traditionell unzureichende Verbraucherrechtsdurchsetzung	163
III. Instrumente zur Problemabhilfe	164
1. Kollektivierung	164
a) Hergebrachte Bündelungsmöglichkeiten	165
aa) Streitgenossenschaft	165
bb) Verbandsklage	165
cc) Einziehungsklage	168
dd) Alternative Streitbeilegung	169
b) Musterfeststellungsklage	170
aa) Ausgangslage	170
bb) Grundkonzept der Musterfeststellungsklage	171
(1) Vertretung durch qualifizierte Einrichtungen	172
(2) Definition der Feststellungsziele	172
(3) Klage im Verbraucherinteresse	173
(4) Zuständigkeit und Instanzenzug	173
(5) Wirkungserstreckung durch Opt-in	174
(6) Verfahrensergebnis / Vergleich und Urteil	175
cc) Diskurs in Rechtswissenschaft und Öffentlichkeit	176
dd) Erste Praxiserfahrungen und Bewertung	178

c) New Deal for Consumers: Verschärfte Verbraucherverbandsklage	180
2. Digitalisierung	182
a) Erleichterte Rechtserkenntnis	183
b) Veränderte Rechtsberatung	185
c) Aktiver Verbraucher	185
3. Industrialisierung	186
a) LegalTech-Inkasso-Dienstleister	186
b) Spezialisierte Anwaltskanzleien	189
c) Bewertung	190
4. Dynamisierung	191
a) Funktionsweise der smart contracts	192
b) Smarter Vertragsvollzug	193
c) Gefahr der Umgehung von Schutzvorschriften	193
d) Automatisierte Rechte infolge dynamischer Standards	194
e) Fazit	195
IV. Overenforcement	195
1. Maßstab effektiver Verbraucherrechtsdurchsetzung	196
a) Materielles Verbraucherrecht als symbolischer Maßstab	196
b) Sozialstaatliche Perspektive	197
c) Ökonomische Theorie	198
2. Transfer in die Rechtspraxis	199
3. Public v. private enforcement	201
4. Bewertung	204
G. Ergebnis der Untersuchung und Ausblick	205
H. Thesen	208
I. Literaturverzeichnis	211

A. Einleitung

Seit etwa 40 Jahren ist Europa auf der Suche nach einem effektiven Zugang zum Recht.¹ Der Gesetzgeber hat zwar mit der Förderung von gerichtlichen Bagatellverfahren, Schlichtungsmechanismen und kollektivem Rechtsschutz einige Instrumente erprobt, durchschlagender Erfolg war ihnen allerdings bisher nicht beschieden. Umso bemerkenswerter erscheint es, dass in der Rechtsanwendungspraxis jüngst gleich mehrere Fälle aufgetaucht sind, in denen Verbraucher Unternehmern durch die Geltendmachung formaler Rechtspositionen enorm zugesetzt haben. Eine Verbraucher-Klagewelle, wie die Republik sie gegenwärtig durch Pkw-Kunden im Zuge des Abgasskandals der Volkswagen AG² erlebt, wäre vor wenigen Jahren noch undenkbar gewesen. Wegbereiter für den neu erwachten Klagegeist war eine eher zufällig erkannte Möglichkeit zum Widerruf von Immobilium-Verbraucherdarlehen. Widerrufsrechte und Informationspflichten stellen das Herzstück des Verbraucherschutzrechts dar.³ Zugleich handelt es sich um eine recht komplexe und sich im ständigen Wandel befindliche Materie, bei der sich viele juristische Detailfragen stellen, die Anlass für eine nicht abreißende Kette an gerichtlichen, auch höchstrichterlichen Entscheidungen und eine begleitende rechtswissenschaftliche Diskussion bietet. Auf der einen Seite werden dem Unternehmer komplexe Informationspflichten auferlegt, deren Nutzen zumindest zweifelhaft ist. Auf der anderen Seite erhält der Verbraucher ein weitreichendes Vertragslösungsrecht, für dessen Ausübung kein besonderer Grund erforderlich ist. Dieses immanente Spannungsfeld sowie ein makroökonomisch bedingtes Niedrigzinsumfeld führten seit dem Jahr 2013 zum massenweisen Widerruf von Verbraucherdarlehen mit beträchtlichen Wertvorteilen für die Kunden und schweren Verlusten für die betroffenen Kreditinstitute – ein Musterfall für den zukünftigen Umgang mit Massenschäden und eine Gelegenheit für den Gesetzgeber, den gegenwärtigen Bestand an materiellen und prozessualen Verbraucherrechten einer unvoreingenommenen und kritischen Prüfung zu unterziehen.

1 Siehe etwa *Fries*, Verbraucherrechtsdurchsetzung, S. 3, 4. m.w.N.

2 Vgl. statt vieler *Brand/Hotz*, NZG 2017, 976; *Führ*, NVwZ 2017, 265.

3 *Brönneke*, Widerrufsrechte und Belehrungspflichten, S. 5.

A. Einleitung

I. Problemstellung: Widerrufsrecht im Widerstreit mit opportunistischem Verbraucherverhalten

Ausweislich der Internetpräsenz der Verbraucherzentrale Hamburg⁴ machte ein Bericht des ARD-Wirtschaftsmagazins PlusMinus vom 16. Januar 2013 über hohe Entschädigungsforderungen von Banken bei vorzeitig beendeten Immobilienkrediten den Anfang: Darin wurde erstmals öffentlich davon berichtet, dass eine Vielzahl von Immobilier-Verbraucherdarlehensverträgen fehlerhafte Widerrufsbelehrungen enthielten. In der Folge könnten Kreditnehmer den Darlehensvertrag auch Jahre nach Abschluss noch widerrufen. Denn wenn die Widerrufsbelehrung fehlerhaft sei, habe die Widerrufsfrist von regelmäßig 14 Tagen nie zu laufen begonnen und der Widerruf könne grundsätzlich noch immer erklärt werden.⁵ Diese Berichterstattung nahm eine Vielzahl von Verbrauchern zum Anlass, ihre Widerrufsbelehrungen überprüfen zu lassen. In der Folge haben Verbraucherzentralen Abertausende Widerrufsbelehrungen verschiedener Banken und Sparkassen untersucht und kamen zu dem Ergebnis, dass über 80 % der untersuchten Belehrungen von Immobilier-Verbraucherdarlehensverträgen aus dem Zeitraum zwischen 2002 und 2010 Fehler aufweisen.⁶ Die Anwaltschaft berichtet von einer vergleichbar hohen Fehlerzahl.

Nachdem der Gesetzgeber zum 21. März 2016 das Umsetzungsgesetz zur Wohnimmobilienkreditrichtlinie⁷ beschlossen hat, endete das Widerrufsrecht für vor dem 10. Juni 2010 geschlossene Immobilier-Verbraucherdarlehensverträge am 21. Juni 2016.⁸ Für zwischen dem 11. Juni 2010 und dem 20. März 2016 geschlossene Verträge gilt das „ewige Widerrufsrecht“⁹

4 <https://www.vzhh.de/media/266> (abgerufen am: 15.11.2019).

5 § 355 Abs. 3 S. 3 BGB i.d.F. v. 01.08.2002 bzw. §§ 356b Abs. 2 i.d.F. v. 13.06.2014, 492 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 247 § 6 Abs. 2 EGBGB.

6 Siehe insoweit z.B. die damaligen Webseiten der Verbraucherzentralen Hamburg (<https://web.archive.org/web/20160815222007/http://www.vzhh.de/baufinanzierung/311059/immobilienkredit-widerruf-weiterhin-moeglich.aspx>) und Bremen (<https://web.archive.org/web/20161008235433/http://www.verbraucherzentrale-bremen.de/immobilienkredit-widerruf-und-rueckforderung-der-vorfaelligkeitsentschaedigung>) (jeweils abgerufen am 15.11.2019).

7 BGBl. I v. 16.03.2016, S. 396.

8 Vgl. Art. 229 § 38 Abs. 3 S. 1 EGBGB. Siehe näher zum (partiellen) Erlöschen des „ewigen Widerrufsrechts“ durch das Gesetz zur Umsetzung der Wohnimmobilienkreditrichtlinie unter D.II.3.

9 Dieser (nicht legal definierte) Begriff wird vom Gesetzgeber (vgl. nur BR-Drucks. 359/15, S. 88) und der Rechtsprechung (vgl. nur BVerfG Beschl. v. 16.06.2016 – 1

jedoch fort.¹⁰ Hinsichtlich dieser Verträge berichten Verbraucherzentralen und die Anwaltschaft weiterhin von einer Vielzahl von Fehlern in Widerrufsbelehrungen.¹¹ Es ist daher davon auszugehen, dass die Widerrufswelle auch in den kommenden Jahren deutsche Banken treffen wird. Für ab dem 21. März 2016 geschlossene Immobilien-Verbraucherdarlehensverträge erlischt das Widerrufsrecht spätestens zwölf Monate und 14 Tage nach Vertragsschluss.¹²

Der erfolgreiche Widerruf, der auf Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags gerichteten Willenserklärung, gestaltet den Darlehensvertrag mit Wirkung für die Zukunft in ein Rückgewährschuldverhältnis um.¹³ Damit wirkt der Widerruf wirtschaftlich in zwei Richtungen. Zum einen bewirkt er, dass die einstmals vereinbarte vertragliche Beziehung für die Zukunft entfällt. Für den geschlossenen Darlehensvertrag bedeutet dies, dass die Bank nicht länger auf eine an sich geschützte Zinserwartung bauen kann. Lag der Effektivzinssatz von Hypothekendarlehen mit zehnjähriger Zinsbindung beispielsweise im Jahr 2008 noch bei rund fünf Prozent, lag der Zinssatz für Darlehen mit zehnjähriger Laufzeit Ende 2018 laut Zinsstatistik der Deutschen Bundesbank bei etwa 1,65 %.¹⁴ Eine Zinsdifferenz von mehreren Prozentpunkten kann bei Baufinanzierungen im sechsstelligen Eurobereich eine Differenz von mehreren zehntausend Euro ausmachen. Eine insoweit erforderliche Umschuldung ist allerdings nicht ohne weiteres möglich, da viele Kreditinstitute darauf bestehen, dass Kredite bis zum Ende der Festzinsvereinbarung weiterlaufen, bzw. eine vorzeitige Beendigung nur gegen Zahlung desjenigen Schadens erfolgt, der dem Darlehensgeber durch die vorzeitige Kündigung entsteht (Vorfälligkeitsentschädigung, § 502 Abs. 1 BGB).¹⁵ Da der Marktzins stark zurückgegangen

BvR 873/15, BKR 2016, 379; BGH Urt. v. 12.07.2016 – XI ZR 564/15, NJW 2016, 3512) verwendet.

10 vgl. Art. 229 § 38 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und Abs. 3 S. 1 EGBGB.

11 Nach Schätzungen der Verbraucherzentrale Hamburg existiert auch aus der Zeit von 2010 bis 2016 eine siebenstellige Zahl an Immobilien-Verbraucherdarlehensverträgen mit fehlerhaften Widerrufsbelehrungen (<http://www.manager-magazin.de/finanzen/artikel/widerrufsjoker-lebt-kreditkunden-koennen-immer-noch-ausst-eigen-a-1144072-2.html>) (abgerufen am: 15.11.2019).

12 Vgl. § 356b Abs. 2 S. 4 BGB.

13 Siehe zu den Details der Rechtsfolgen unter C.III.2.

14 <https://www.bundesbank.de/resource/blob/615022/6690f637d64b049e4a986908c5f86b55/mL/s510atgv-data.pdf> (abgerufen am 15.11.2019).

15 *Tiffe*, Vorfälligkeitsentschädigung, S. 2, zeigt, dass Verbraucher in Deutschland die mit Abstand höchste Vorfälligkeitsentschädigung innerhalb der Europäischen Union bei vorzeitiger Ablösung ihrer Kreditverträge zahlen müssen.

A. Einleitung

ist, fallen Vorfälligkeitsentschädigungen derzeit sogar besonders hoch aus, weil die Banken den vorzeitig getilgten Betrag nur zu einem wesentlich geringeren Zins neu verleihen oder anlegen können.¹⁶

Daneben wirkt ein erfolgreicher Widerruf durch die Rückabwicklung des Gesamtgeschäfts auch in die Vergangenheit hinein. Denn Verbraucher können die Rückerstattung der von ihnen in der Vergangenheit geleisteten Zins- und (Sonder-) Tilgungsleistungen sowie Herausgabe der von der Bank daraus gezogenen Nutzungen verlangen. Die widerlegliche Vermutung einer bestimmten Höhe der Nutzungen knüpft dabei an die von Banken beanspruchten Verzugszinsen an.¹⁷ Ihrerseits müssen Kreditnehmer die Darlehensvaluta an den Kreditgeber zurückzahlen. Daneben schuldet der Kreditnehmer Wertersatz für die zeitlich begrenzte Möglichkeit der Kapitalnutzung. Nach § 346 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 BGB ist der vertraglich vereinbarte Darlehenszins bei der Berechnung des Wertersatzes zu Grunde zu legen. Allerdings steht dem Darlehensnehmer nach § 346 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 BGB der Nachweis offen, dass der Wert des Gebrauchsvorteils niedriger war. Dadurch kann statt des vertraglich vereinbarten Darlehenszinses der unter Umständen deutlich günstigere Marktzins maßgeblich sein.¹⁸

II. Gesellschaftspolitische Bedeutung und ökonomische Relevanz

In den Jahren 2002 bis 2010¹⁹ dürften Millionen von Immobilien-Verbraucherdarlehensverträgen geschlossen worden sein. Wenn man darüber

16 Verbraucherzentrale Bundesverband, Stellungnahme Wohnimmobilienkreditrichtlinie, S. 13.

17 Im Hinblick auf Immobilien-Verbraucherdarlehensverträge beträgt der gesetzliche Verzugszins nach § 497 Abs. 1 Satz 2 BGB i.d.F. v. 10.06.2010 bzw. nach § 503 Abs. 2 BGB i.d.F. v. 20.03.2016 2,5 Prozentpunkte über dem Basiszinssatz, wenn der Darlehensvertrag durch die Bestellung eines Grundpfandrechts abgesichert war. Mit dem Umsetzungsgesetz zur Wohnimmobilienkreditrichtlinie ist die Regelung in § 497 Abs. 4 S. 1 BGB aufgenommen worden.

18 BGH Beschl. v. 12.01.2016 – XI ZR 366/15, NJW 2016, 2428; BGH Urte. v. 12.07.2016 – XI ZR 564/15, NJW 2016, 3512; *Servais*, NJW 2014, 3748, 3749.

19 Dieser Zeitraum ist für die Kreditpraxis besonders relevant. Denn bis Ende 2001 galt das Verbraucherkreditgesetz, welches eine Höchstfrist von einem Jahr ab Vertragsschluss für die Ausübung des Widerrufsrechts vorsah, § 7 Abs. 2 VerbrKrG. Ab dem 1. Januar 2002 gilt für Verbraucherdarlehensverträge § 495 i.V.m. § 355 BGB. Ein Widerrufsrecht für Immobilien-Verbraucherdarlehensverträge ist jedoch erst zum 1. November 2002 eingeführt worden (vgl. die zuvor geltende Regelung des § 491 Abs. 3 Nr. 1 BGB a.F.). Mit Wirkung zum 1. September 2002

nachdenkt, was passiert, wenn nur ein Bruchteil der insoweit betroffenen Verbraucher einen Widerruf erklären würde, wird klar, welche ökonomische Dimension²⁰ der in der TV- und Printmedienberichterstattung werbewirksam als „Widerrufsjoker“ titulierten Möglichkeit zukommt, sich von einem unliebsam gewordenen Vertrag zu trennen. Daher dürfte es in den letzten Jahren im Bank- bzw. Verbraucherkreditrecht kein Thema gegeben haben, welches die Praxis²¹ mehr bewegte als die Frage, ob es einem Darlehensnehmer, der „im Kern“²² zutreffend über das ihm zur Verfügung stehende zeitlich befristete Widerrufsrecht aufgeklärt wurde und ggfs. über einen langen Zeitraum seine darlehensvertraglichen Pflichten vorbehaltlos erfüllt hat, in einer Niedrigzinsphase erlaubt sein kann, zur Erlangung eines attraktiveren Darlehens ohne Zahlung einer ansonsten anfallenden Vorfälligkeitsentschädigung von seinem Widerrufsrecht Gebrauch zu machen und sich damit von einer Festfinanzierung zu lösen. Während Verbraucherverbände und -anwälte ein unbegrenztes Widerrufsrecht propagieren, bezeichnet die Kreditwirtschaft das Vorgehen widerrufender Verbraucher insgesamt als rechtsmissbräuchlich. Der Verbraucherschutz werde entgegen der gesetzgeberischen Intention zur Erlangung attraktiver Zinskonditionen instrumentalisiert.

machte das Bundesjustizministerium von seiner Verordnungsermächtigung Gebrauch und führte die Musterbelehrung als Anlage 2 zu § 14 BGB-Informationsverordnung a.F. ein, die sich als Einfallstor für weitere Fehler erweisen sollte.

- 20 Allein bei den Sparkassen ist nach eigenen Angaben potenziell ein Kreditvolumen von 330 Mrd. Euro betroffen, vgl. *Omlor* NJW 2016, 1265.
- 21 Vgl. nur Stiftung Warentest, „So kommen Sie aus teuren Kreditverträgen raus“ (<https://www.test.de/Immobilienkredite-So-kommen-Sie-aus-teuren-Kreditvertraegen-raus-4718800-0/>); FAZ, „Neun von zehn Immobilienkreditverträgen offenbar fehlerhaft“ (<http://www.faz.net/aktuell/finanzen/meine-finanzen/mieten-und-wohnen/neun-von-zehn-immobilienkreditvertraegen-offenbar-fehlerhaft-13474896.html>); Handelsblatt, „Gratis kündigen mit dem Widerrufs-Joker“ (<http://www.handelsblatt.com/finanzen/immobilien/baugeld-gratis-kuendigen-mit-dem-widerrufs-joker/9342026.html>); „Bauherren klagen massenhaft gegen Banker“ (<http://www.handelsblatt.com/finanzen/immobilien/baufinanzierung-bauherren-klagen-massenhaft-gegen-banker/11123062.html>); „So spielen Sie den Widerrufsjoker“ (<https://www.handelsblatt.com/finanzen/immobilien/immobilien-und-kredit-wie-die-banken-reagieren/11985452-2.html>) (jeweils abgerufen am 15.11.2019).
- 22 Siehe zu diesem Begriff unten E.II.2.d)cc)(1).

III. Forschungslücke und wissenschaftliche Ziele

Beim Widerruf eines Vertrags werden die formale Vertragsfreiheit der Parteien und der damit eng verbundene Grundsatz „*pacta sunt servanda*“²³ berührt, denn eine Partei kann sich von einem Vertrag nach eigenem Belieben lösen. Obschon Widerrufsrechte zum Teil als nicht ohne weiteres vereinbar mit den Prämissen eines marktwirtschaftlich liberalen Sozialmodells gesehen werden,²⁴ erachtet es der Gesetzgeber in bestimmten Fällen für notwendig, einer Partei zum Schutz ihrer Entscheidungsfreiheit eine Überlegungsfrist einzuräumen. Man sieht dies als ein kompensatorisches Instrument an, um dem im standardisierten Massengeschäft strukturell überlegenen Unternehmer etwas entgegen zu setzen.²⁵

Es existieren bereits umfangreiche Darstellungen, die sich allgemein mit den Prinzipien des Verbraucherprivatrechts, dem Informationsgefälle zwischen starken und schwachen Parteien und Erfolgsbarrieren in der Justiz befassen.²⁶ Dennoch ist die Behandlung und Auseinandersetzung mit diesen allgemeinen Rechtsgrundsätzen am Beispiel des Widerrufs von Immobilial-Verbraucherdarlehen etwas Neues. Denn – der ökonomischen Bedeutung entsprechend – dürften nur selten in der Geschichte des deutschen Verbraucherschutzes Unternehmen (bzw. hier: Kreditinstitute) so massiv gegen verbraucherschützende Rechte bzw. den Versuch ihrer Durchsetzung vorgegangen sein. Gleichzeitig haben durch Medien und Internet informierte und organisierte Verbraucher²⁷ nie zuvor ihre Rechte so systematisch mit anwaltlicher Hilfe durchgesetzt.²⁸ Materielle Rechte, die nach der Vorstellung des Gesetzgebers weit gehen durften, weil ihre Durchsetzung ohnehin als unwahrscheinlich galt²⁹ und überhaupt erst aufgrund des veränderten Zinsumfelds attraktiv wurden, werden hier teilweise kompromisslos eingefordert.

Vor diesem Hintergrund verdient die traditionelle Disparität zwischen Verbrauchern und Unternehmern eine erneute Betrachtung. Verbraucher-

23 Vgl. dazu etwa *Canaris*, AcP 200 (2000), 273, 344 ff.

24 *Eidenmüller*, AcP 210 (2010), 67, 69.

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

26 Vgl. *Tamm*, Verbraucherschutzrecht; *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz; *Bender*, *RabelsZ* 40 (1976), 718.

27 *Tiffe*, *VuR* 2015, 201, spricht in diesem Zusammenhang von dem „aktiven Verbraucher“ als einem neuen Verbrauchertyp, der das Verhalten von Unternehmen zunehmend in Frage stellt.

28 Vgl. statt vieler Anwaltportale wie www.gansel-rechtsanwaelte.de.

29 Siehe dazu unten F.IV.1.a) und weiterführend *Basedow*, *JZ* 2018, 1, 3.