

Im Insolvenzrecht sind die Rechte der Gläubiger anderen Zwecken untergeordnet. Diese Reform wie alle vorherigen sieht die Fortführung des Unternehmens und die Erhaltung der Arbeitsplätze als oberstes Ziel an. Soweit die Rechte der Gläubiger hier und da etwas verbessert wurden, so vor allem, um für Kreditgeber neuen Geldes das Risiko etwas zu mindern. Dies dient dem gerade genannten Ziel der Fortführung des Unternehmens. Wie schwach der Druck der Gläubigerrechte ist, zeigt sich exemplarisch bei der Sicherungszession, die nach wie vor nicht insolvenzfest ist. Das französische Insolvenzrecht – das ist das Fazit – bleibt seiner Linie treu.

Summary

With two ordonnances both dated 16.9.2021 France further modernizes its law of securities, addresses the efficiency of securities in insolvency procedures and transposes EU Directive 2019–1032 into French law.

The law of securities having been widely modernized in 2006 the reform finalizes this undertaking. It mainly concerns the law of bailment (“cautionnement”) having been left out in 2006. Besides modernizing the text dating back to 1804 it clarifies and scales back the exaggerated protection of personal guarantors as far as they are natural persons. Additionally, the guaranty assignment of claims is explicitly regulated. Several securities in the commercial code are abolished having gone out of use.

The second ordonnance aimed at the insolvency law strengthens the rank of money lenders of fresh money required for the continuation of the insolvent business. The protection of guarantors, as far as they are natural persons, is increased, the purpose being to incite managers having guaranteed debts of their company to quicker apply for insolvency protection. On the other hand, the rights of security holders are not improved, the main purpose of an insolvency procedure in French law being to salvage the business. The transposition of the EU Directive leads to the creation of classes of creditors and to improve their participation. The second aim of the directive being to improve pre-insolvency alert and avoidance tools does not lead to significant modifications of French law, since France has been a forerunner in this field and disposes of such tools. In the past they have proven to work well.



Friedrich Niggemann



Nicola Kömpf

Geeignet zum Selbststudium
mit Lernerfolgskontrolle (§ 15 FAO)

Claire Feldhusen*

EuGH vs. BGH: Verschärfung der Informationspflichten und zeitliche Begrenzung des Widerrufsrechts bei Verbraucherdarlehensverträgen oder Wiederaufleben des Widerrufsjokers? (Teil II)

Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 9.9.2021 – C-33/20, C-155/20 und C-187/20, BeckRS 2021, 25389

Der EuGH hat in seinem Urteil vom 9.9.2021 neben den im ersten Teil dieses Beitrags (IWRZ 2022, 51) bereits dargestellten Fragen zur Auslegung der Richtlinie in Bezug auf eine Auswahl der in Art.10 Abs.2 RL 2008/48/EG normierten Pflichtangaben auch dazu Stellung genommen, ob die RL 2008/48/EG eine zeitliche Begrenzung des Widerrufsrechts zulässt. Die Antworten des EuGH hierzu sowie die Schlussfolgerung daraus für das deutsche Recht sind Gegenstand des in diesem Heft abgedruckten zweiten Teils des Beitrags.

I. Zeitliche Begrenzung des Widerrufsrechts versus Widerrufsjoker

Insbesondere für Verträge zur Kfz-Finanzierung wird befürchtet, dass die Feststellungen des EuGH vom 9.9.2021¹ zu den Pflichtangaben weitreichende wirtschaftliche (Aus-)Wirkun-

* Die Autorin ist Juniorprofessorin für Bürgerliches Recht einschließlich Wirtschaftsrecht und Rechtssoziologie an der Universität Rostock.

¹ EuGH 9.9.2021 – C-33/20, C-155/20 und C-187/20, BeckRS 2021, 25389.

gen haben können.² Mit Blick auf diese Sorge hält der für das Bankrecht zuständige XI. Zivilsenat beim BGH neuerdings auch beim Widerruf von Allgemein-Verbraucherdarlehensverträgen den Einwand der Verwirkung³ für möglich und hat erste Überlegungen dazu formuliert, wann von einem diesen rechtfertigenden Rechtsmissbrauch⁴ auszugehen sein könnte. Das LG Ravensburg sah sich daher veranlasst, in zwei seiner drei Vorabentscheidungsersuchen⁵ dem EuGH Fragen zu Verwirkung⁶ und Rechtsmissbrauch⁷ vorzulegen. Das Postulat der richtlinienkonformen Auslegung gilt schließlich nicht nur in Bezug auf die Umsetzungsvorschriften. Der EuGH ist zwar nicht befugt, im Rahmen eines Vorabentscheidungsersuchen nationale Vorschriften auszulegen. Auch bei der Anwendung von Vorschriften, die nicht der Umsetzung von Richtlinien dienen, sind die nationalen Gerichte dazu aufgerufen, der Richtlinie weitestgehend Geltung zu verschaffen.⁸ Eine Begrenzung des Widerrufsrechts aufgrund allgemeiner Vorschriften hat sich daher ebenso wie die Konkretisierung der Pflichtangaben am Maßstab der RL 2008/48/EG einschließlich der vom EuGH hierzu formulierten Feststellungen zu orientieren.

1. Differenzierung zwischen Verwirkung und Rechtsmissbrauch

Die Unterscheidung zwischen Verwirkung und Rechtsmissbrauch ist so selbstverständlich nicht. Verwirkung wird im deutschen Recht als Unterfall des rechtsmissbräuchlichen Verhaltens iSe Verstoßes gegen Treu und Glauben gem. § 242 BGB für den Fall einer illoyal verspäteten Geltendmachung von Rechten angesehen.⁹ Für diesen speziellen Tatbestand fordert die Rechtsprechung ein Zeit- und ein Umstandsmoment.¹⁰ Ein Recht ist danach verwirkt, wenn sich der Schuldner wegen der Untätigkeit des Gläubigers über einen gewissen Zeitraum bei objektiver Beurteilung darauf einrichten darf und darauf eingerichtet hat, dieser werde sein Recht nicht mehr geltend machen, so dass die verspätete Geltendmachung gegen Treu und Glauben verstößt (Zeitmoment). Zu dem Zeitablauf müssen besondere, auf dem Verhalten des Berechtigten beruhende Umstände hinzutreten, die das Vertrauen des Verpflichteten rechtfertigen, der Berechtigte werde sein Recht nicht mehr geltend machen (Umstandsmoment). Die Verwirkung hat dann die zeitliche Begrenzung eines Rechts zur Folge.

Das aus § 242 BGB herzuleitende allgemeine Verbot des Rechtsmissbrauch ist hingegen eine allen Rechten immanente Inhaltsbegrenzung, weswegen in diesem Fall auf die missbräuchliche Ausnutzung einer formalen Rechtsstellung abzustellen sein soll.¹¹ Liegen die Voraussetzungen für die Annahme eines Verwirkungseinwandes nicht vor, sperrt dies daher nicht den Rückgriff auf den allgemeinen Tatbestand des Rechtsmissbrauchs.¹²

2. BGH-Judikatur

In Bezug auf das Widerrufsrecht soll nach unterinstanzlicher Rechtsprechung etwa die Annahme eines widersprüchlichen und damit rechtsmissbräuchlichen Verhaltens gerechtfertigt

sein, wenn der Verbraucher das Darlehen nach Abgabe einer Widerrufserklärung für den Zeitraum eines Jahres vorbehaltlos weiter bedient.¹³ Rechtsmissbräuchlich soll also die weitere Vertragsbedienung trotz Widerrufserklärung sein. Die genannte Entscheidung ist aus rechtsdogmatischer Sicht schon deswegen befremdlich, weil die Ansprüche aus dem im Falle eines Widerrufs bestehenden Rückgewährschuldverhältnis der regelmäßigen Verjährungsfrist gem. §§ 195, 199 Abs. 1 BGB unterliegen. Das hielt das Gericht jedoch für unbeachtlich, weil sich „selbstverständlich“ ein Verhalten auch vor Eintritt der Regelverjährung als rechtsmissbräuchlich darstellen könne.¹⁴ Es dürfte sich jedoch bei diesem Beschluss um eine Einzelfallentscheidung handeln, die nicht nachahmungswürdig ist.

Der XI. Zivilsenat beim BGH knüpft an die Vorstellungen des Verbrauchers bei Ausübung des Widerrufsrechts an. Dem Darlehensnehmer könne durchaus bei einem verbundenen Geschäft der Vorwurf des Rechtsmissbrauchs gemacht werden, wenn dieser nur widerruft, um das Fahrzeug nach längerer bestimmungsgemäßer Nutzung zurückgeben zu können, weil er irrtümlicherweise davon ausgeht, nicht zum Wertersatz verpflichtet zu sein.¹⁵ Festgelegt hat sich der BGH aber nicht. Dennoch haben bereits einige Oberlandesgerichte unter Verweis auf diese Rechtsprechung einen Rechtsmissbrauch bejaht.¹⁶ Ob der BGH im Einzelfall ebenso entschieden hätte, dürfte allerdings zweifelhaft sein. Jedenfalls soll ein rechtsmissbräuchliches Verhalten aber nach seiner Rechtsauffassung wohl unabhängig von einem bestimmten Zeitablauf seit Vertragsabschluss angenommen werden können.

In einem weiteren Verfahren hat der XI. Zivilsenat¹⁷ im Rahmen einer Zurückverweisung der Sache zur erneuten Verhandlung zudem die Vorinstanz zur Prüfung aufgefordert, ob der Verbraucher gegen § 242 BGB verstößt, wenn er sich auf das Fehlen des Musterschutzes gem. Art. 247 § 6 Abs. 2 Satz 3 EGBGB beruft, obwohl er dies erkannt hatte. Das ist schon für sich genommen verwunderlich. Noch verwunderlicher ist

2 Hierzu siehe Teil I des Beitrages in Heft 2/2022.
 3 BGH 27.10.2020 – XI ZR 498/19, BeckRS 2020, 32256 Rn. 28.
 4 BGH 27.10.2020 – XI ZR 498/19, BeckRS 2020, 32256 Rn. 28.
 5 LG Ravensburg 5.3.2020 – 2 O 328/19, BeckRS 2020, 3265 (Rs. beim EuGH C-155/20) und LG Ravensburg 31.3.2020 – 2 O 294/19, VuR 2020, 277 ff. (Rs. beim EuGH C-187/20).
 6 LG Ravensburg (Fn. 5) Rs. C-155/20 (4. Frage) und Rs. 187/20 (7. Frage).
 7 LG Ravensburg (Fn. 5) Rs. C-155/20 (5. Frage) und Rs. 187/20 (8. Frage).
 8 EuGH 13.11.1990 – C-106/89, BeckRS 2004, 74075 Rn. 8 – Marleasing; insbes. zur RL 2008/48/EG: Knoll/Nordholtz NJW 2020, 1407 ff.; MüKoBGB/Base-dow, 8. Aufl. 2019, BGB Vor § 305 Rn. 35 mwN.
 9 BGH 11.10.2016 – XI ZR 482/15, BeckRS 2016, 19929; so auch MüKoBGB/Schubert, 8. Aufl. 2019, BGB § 242 Rn. 314 mwN.
 10 Vgl. ua BGH 7.5.2014 – IV ZR 76/11, BeckRS 2014, 10269.
 11 BGH 27.10.2020 – XI ZR 498/19, BeckRS 2020, 32256 Rn. 27.
 12 Vgl. BGH 12.7.2016 – XI ZR 564/15, BeckRS 2016, 17206 Rn. 43.
 13 OLG Stuttgart 20.2.2019 – 6 U 249/18, BeckRS 2019, 43220; OLG Stuttgart 13.3.2018 – 6 U 62/17, BeckRS 2018, 17294.
 14 OLG Stuttgart 20.2.2019 – 6 U 249/18, BeckRS 2019, 43220 Rn. 12.
 15 BGH 27.10.2020 – XI ZR 498/19, BeckRS 2020, 32256 Rn. 28.
 16 OLG Stuttgart 22.12.2020 – 6 U 276/19, BeckRS 2020, 36375 Rn. 23 ff.; OLG Braunschweig 21.12.2020 – 11 U 201/19, BeckRS 2020, 40343 Rn. 79 ff.; OLG Hamm 24.8.2021 – I-34 U 60/21, juris Rn. 35.
 17 BGH 27.10.2020 – XI ZR 498/19, BeckRS 2020, 32256 Rn. 27.

aber, dass das LG Ravensburg – das zutreffend annimmt, dass die EU-rechtliche Zulässigkeit in Bezug auf die Verwirkung und den Rechtsmissbrauch unterschiedlich zu beurteilen sein kann – in seinen Hilfsanträgen den Einwand der Verwirkung und den „Einwand des Rechtsmissbrauchs“ gleichermaßen als zeitliche Beschränkung des Widerrufsrechts ansieht. Mit seinen gleichlautenden Hilfsanträgen wollte das Gericht in beiden Fällen wissen, ob – so die jeweilige Vorlagefrage verneint wird – die Verwirkung bzw. der Rechtsmissbrauch ausgeschlossen ist, wenn das jeweilige Rechtsinstitut ua „maßgeblich auf den Zeitablauf seit Vertragsschluss und/oder auf die vollständige Erfüllung des Vertrags durch beide Vertragsparteien gestützt wird, der Verbraucher jedoch in dem maßgeblichen Zeitraum und bei Eintritt der maßgeblichen Umstände von dem Fortbestehen seines Widerrufsrechts keine Kenntnis hatte und diese Unkenntnis auch nicht zu vertreten hat, und der Kreditgeber auch nicht davon ausgehen konnte, dass der Verbraucher eine entsprechende Kenntnis hat“.

Offensichtlich hatte sich das LG Ravensburg von dieser BGH-Entscheidung¹⁸ dazu verleiten lassen, mit seinen Hilfsanträgen für Verwirrung zu sorgen, weil der BGH für die Annahme einer missbräuchlichen Ausnutzung einer formalen Rechtsstellung auf die Kenntnis des Verbrauchers von seinem Widerrufsrecht abstellt. Zwischen beiden Rechtsinstituten differenzierende Schlussfolgerungen wurden daher mit der identischen Formulierung der Hilfsanträge, die sowohl das Zeitmoment als auch die Kenntnis einbeziehen, unnötig erschwert.

3. Feststellungen des EuGH zur Verwirkung

Zur Verwirkung stellte der EuGH fest, dass eine Option des Darlehensgebers, sich gegenüber der Ausübung des Widerrufsrechts auf den Einwand der Verwirkung zu berufen, grundsätzlich nicht mit den Richtlinienvorgaben zu vereinbaren ist, wenn die Widerrufsinformation nicht ordnungsgemäß war und auch nicht nachgeholt wurde. Das soll nämlich „unabhängig davon (gelten), ob der Verbraucher von seinem Widerrufsrecht Kenntnis hatte, (allerdings nur) ohne dass er diese Unkenntnis zu vertreten hat“ (Feststellungsausspruch 6). Dieser mehr oder weniger klarstellende Nebensatz ist auf den Hilfsantrag des LG Ravensburg zurückzuführen, das mit seinem ersten Hilfsantrag vom EuGH wissen wollte, ob der Einwand der Verwirkung nach der RL 2008/48/EG eingreifen kann, wenn nach Vertragsbeendigung rechtfertigende Umstände eingetreten sind, der Verbraucher jedoch von dem Fortbestand des Widerrufsrechts keine Kenntnis hatte und auch nicht haben musste. Das jedenfalls lehnte der EuGH ab. Zur Begründung seiner Feststellung stellte der EuGH darauf ab, dass die EU-Mitgliedstaaten keine Verpflichtungen für den Verbraucher einführen dürfen, die in der RL 2008/48/EG nicht vorgesehen sind, weswegen auch keine zeitliche Beschränkung des Widerrufsrechts vorgesehen werden dürfe, wenn ihm diese Information nicht erteilt wurde.¹⁹

Nicht ganz klar ist, wie der Zusatz „ohne dass er diese Unkenntnis zu vertreten hat“ zu verstehen ist. Dass die sprachliche Ungenauigkeit in der deutschen Übersetzung zu Fehl-

schlüssen verleitet, liegt auf der Hand. In der französischen Originalfassung des Urteils²⁰ heißt es jedenfalls „indépendamment du point de savoir si ce consommateur ignorait l'existence de son droit de rétractation sans être responsable de cette ignorance“. Das bedeutet wörtlich in die deutsche Sprache übertragen, dass der Ausschluss des Verwirkungseinwandes unabhängig davon gilt, ob der Verbraucher sein Widerrufsrecht *nicht* kannte („ignorait“), ohne für diese „Unkenntnis“ verantwortlich gewesen zu sein. Hat also der Verbraucher fahrlässig oder vorsätzlich das Bestehen seines Widerrufsrechts nicht gekannt, bleibt der Verwirkungseinwand möglich. Der Zeitablauf allein kann den Verwirkungseinwand bei richtlinienkonformer Rechtsfortbildung also nicht rechtfertigen. Dabei ist davon auszugehen, dass dies unabhängig davon gilt, ob der Vertrag bereits beendet ist. Der Generalanwalt beim EuGH hat in seinen Schlussanträgen²¹ schließlich für eine entsprechende Einschränkung plädiert, die der EuGH in seiner Urteilsbegründung wohl ganz bewusst mit keinem Wort aufgegriffen hat.

4. Feststellungen des EuGH zum Rechtsmissbrauch

Nach den Feststellungen des EuGH soll die Annahme eines Rechtsmissbrauchs bei Ausübung des Widerrufsrechts mit den Vorgaben der RL 2008/48/EG „unabhängig davon, ob der Verbraucher von seinem Widerrufsrecht Kenntnis hatte“ nicht zu vereinbaren sein (Feststellungsausspruch 7). Der EuGH räumt ein, dass eine Gesamtheit objektiver Umstände den Einwand des Missbrauchs rechtfertigen kann, wenn kumulativ hierzu die Absicht hinzutritt, sich willkürlich einen unionsrechtlichen Vorteil zu verschaffen. Auch das Unionsrecht kenne einen allgemeinen Grundsatz, wonach sich der Einzelne nicht betrügerisch oder in missbräuchlicher Weise auf die Vorschriften eines Rechts berufen darf, so dass die aus einer Richtlinie resultierenden Rechte durchaus einschränkt sein können.²² Für das Widerrufsrecht soll dies aber dennoch und vor allem ohne Ausnahme nicht möglich sein.

In diesem Zusammenhang wird sehr deutlich, dass für den EuGH Verbraucherschutz seine Berechtigung unabhängig von der konkreten Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers hat. Die Möglichkeit zum Widerruf – so der EuGH in den Urteilsgründen – besteht nach der RL 2008/48/EG nämlich immer dann, wenn sich innerhalb der Widerrufsfrist herausstellt, dass das Darlehen nicht den „Bedürfnissen“ des Verbrauchers entspricht.²³ Fehlen bestimmte Pflichtangaben oder sind diese fehlerhaft, sind Sanktionen vorzusehen, die abschreckend sein müssen.

18 BGH 27.10.2020 – XI ZR 498/19, BeckRS 2020, 32256 Rn. 27.

19 EuGH 9.9.2021 – C-33/20, C-155/20 und C-187/20, BeckRS 2021, 25389 Rn. 115 und 117.

20 Verfügbar in BeckRS 2021, 25389.

21 GA Hogan Schlussanträge v. 15.7.2021 – C-33/20, C-155/20 und C-187/20, BeckRS 2021, 21127 Rn. 114.

22 EuGH 9.9.2021 – C-33/20, C-155/20 und C-187/20, BeckRS 2021, 25389 Rn. 121–122.

23 EuGH 9.9.2021 – C-33/20, C-155/20 und C-187/20, BeckRS 2021, 25389 Rn. 123.

Irritierend ist jedoch die daraus abgeleitete Schlussfolgerung des Gerichtshofs, dass deswegen kein Rechtsmissbrauch allein wegen eines Zeitablaufs angenommen werden könne. Ob die Formulierung der Vorlagefragen durch das LG Ravensburg beim EuGH Verständnisschwierigkeiten²⁴ hinsichtlich der von ihm zu beantwortenden Rechtsfragen ausgelöst hat, mag dahingestellt sein. Jedenfalls erklären die Anträge, warum sich der EuGH vorrangig mit der Möglichkeit einer zeitlichen Begrenzung des Widerrufsrechts nach der RL 2008/48/EG auseinandergesetzt hat.

5. Schlussfolgerungen für das deutsche Recht

Zunächst hat der EuGH mit seinen Feststellungen zum Rechtsmissbrauch unzweifelhaft den jüngsten Überlegungen des XI. Zivilsenat beim BGH²⁵ eine Absage erteilt, der einen Rechtsmissbrauch für möglich hält, wenn der Darlehensnehmer „das Fehlen des Musterschutzes erkannt hat“.²⁶ Anders als das deutsche Gericht meint, ist das auch keine „rein nach nationalem Recht zu beantwortende Rechtsfrage“²⁷ und vor allem wurde sie falsch beantwortet. Ebenso wie der EuGH setzen das BVerfG, andere Zivilsenate beim BGH und zahlreiche Fachgerichte für die Annahme eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens die Kenntnis der eigenen Rechtsposition voraus.²⁸

a) Kein automatisierter Ausschluss des Widerrufsrechts

Das unbefristete Widerrufsrecht gem. Art. 14 RL 2008/48/EG schützt nicht etwa nur deswegen den Verbraucher, weil und soweit er individuell schutzbedürftig ist. Das hat der EuGH mit seiner hier zu besprechenden Entscheidung klargestellt. Das unbefristete Widerrufsrecht gleicht schließlich anders als das befristete kein strukturell bedingtes Verhandlungsgleichgewicht im Zeitpunkt des Vertragsschlusses aus. Vielmehr dient es vorrangig der Sanktionierung des Darlehensgebers.²⁹ Eine Widerrufsfrist iSe Überlegensfrist besteht dann gerade nicht. Der Verbraucher kann daher das ihm im Fall unzureichender Pflichtangaben eingeräumte unbefristete Widerrufsrecht auch nicht missbrauchen, weil damit vorrangig der Darlehensgeber sanktioniert werden soll.

Es ging dem EU-Richtlinienggeber mit der RL 2008/48/EG vor allem um einen in die Zukunft gerichteten Verbraucherschutz, wobei das unbefristete Widerrufsrecht auf Verhaltenssteuerung ausgerichtet ist und damit eine integrative Funktion erfüllt.³⁰ Weder die Vorstellung, dass auch das unbefristete Widerrufsrecht immer die Entscheidungsfreiheit schützen soll, noch die Überlegung, wonach gemäß der jeweiligen Bedeutung der verschiedenen Informationen zu unterscheiden sei, lassen sich daher mit dem Unionsrecht vereinbaren.³¹

Eine automatisierte zeitliche Begrenzung des Widerrufsrechts unter dem Gesichtspunkt des Rechtsmissbrauchs kann es im Anwendungsbereich der RL 2008/48/EG folglich nicht geben. Das gilt ebenso bei vollständig erfüllten Verträgen, so dass sich die ausschließlich auf diese Frage beschränkenden Vorlagen des OLG Stuttgart³² entgegen der Auffassung des vorlegenden Gerichts erledigt haben. Ein rein subjektiver Rechtsmissbrauch, der sich objektiv nicht verwirklicht, muss erst recht

ausscheiden.³³ Der XI. Zivilsenat beim BGH wird daher seine Rechtsprechung zum Rechtsmissbrauch revidieren müssen.

Der Ausübung des Widerrufsrechts kann § 242 BGB nur dann entgegenstehen, wenn der Verbraucher einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat und sich mit der Rechtsausübung hierzu in Widerspruch setzt. Ein solcher Vertrauenstatbestand kann beim Widerrufsrecht nur durch Zeitablauf begründet werden, weil die Annahme eines konkludenten Verzichts auf das Widerrufsrecht an § 512 BGB scheitert. Damit bleibt der Einwand der Verwirkung zur Begrenzung des Widerrufsrechts, selbst unter Berücksichtigung der hier zu besprechenden EuGH-Entscheidung, durchaus möglich. Die Unverzichtbarkeit des Widerrufsrechts steht der Verwirkung nicht entgegen, da sie allein an eine gesetzliche Wertung anderweitiger Umstände anknüpft.³⁴

b) Ausschluss des Widerrufsrechts nur bei Kenntnis und zu vertretender Unkenntnis

Bei der zeitlichen Begrenzung des Widerrufsrechts muss auch nach Auffassung des BGH die Tatsache Berücksichtigung finden, dass es sich um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers gehandelt hat, von einem originären Ausschlussstatbestand abzusehen.³⁵ Eine kumulativ zum Zeitablauf hinzutretende einvernehmliche Vertragsbeendigung³⁶ oder eine Abänderung der Darlehensbedingungen³⁷ soll selbst nach Auffassung des BGH den Verwirkungseinwand allein nicht rechtfertigen können. Der EuGH hat nunmehr klargestellt, dass es darauf ankommen muss, ob der Verbraucher von seinem Widerrufsrecht Kenntnis hatte oder hätte haben müssen. Insofern lässt sich keine Diskrepanz zur Rechtsprechung des BGH verzeichnen.

Auch der XI. Zivilsenat beim BGH nimmt zwar an, dass die fehlende Kenntnis vom Widerrufsrecht des Darlehensnehmers den Verwirkungseinwand nicht ausschließt,³⁸ was für sich genommen mit den Vorgaben des EuGH zu vereinbaren wäre. Problematisch ist jedoch, dass er bei beendeten Darlehensverträgen unterstellt, dass das Vertrauen des Unternehmers auf die Nichtausübung des Widerrufs unabhängig von einer Kenntnis des Widerrufsrechts schutzwürdig sein kann, wenn die Beendigung auf den Wunsch des Darlehensnehmers

24 So Edelmann abrufbar unter <https://www.fch-gruppe.de/Beitrag/18367/eugh-zur-verwirkung-und-zum-vorfaelligkeitsjoker> (Stand 11.11.2021).

25 BGH 27.10.2020 – XI ZR 498/19, BeckRS 2020, 32256 Rn. 28.

26 So auch Lehmann NJW 2021, 307 (311); Maier VuR 2021, 102 (106 ff.).

27 So aber BGH 27.10.2020 – XI ZR 498/19, BeckRS 2020, 32256 Rn. 27.

28 Rspr.-Nachw. bei Knops WM 2020, 2249 ff.

29 Ausführlich Feldhusen VuR 2019, 371 (377).

30 Hierzu ausführlich Feldhusen VuR 2019, 371 (379 ff.).

31 AA Herresthal NJW 2019, 13, dessen Verweis auf die Entscheidung EuGH 9.11.2016 – C-42/15, BeckRS 2016, 82625 als Beleg für die Gegenauffassung nicht überzeugt.

32 OLG Stuttgart 12.10.2021 – 6 U 715/19, BeckRS 2021, 29890.

33 So wörtlich Hilgenhövel BKR 2021, 337 (340).

34 BGH 12.7.2016 – XI ZR 564/15, BeckRS 2016, 17206.

35 BGH 12.7.2016 – XI ZR 564/15, BeckRS 2016, 17206.

36 BGH 11.10.2016 – XI ZR 482/15, BeckRS 2016, 19929.

37 BGH 17.10.2006 – XI ZR 205/05, BeckRS 2006, 14991.

38 BGH 10.10.2017 – XI ZR 443/16, BeckRS 2017, 131330.

zurückgeht.³⁹ Auf die Frage, ob der Verbraucher in diesen Fällen hätte Kenntnis haben müssen, geht er nicht ein. Das BVerfG, andere Zivilsenate beim BGH und zahlreiche Fachgerichte lehnen schließlich bei Unkenntnis oder Verkennung der eigenen Rechtsposition ebenso wie einen Rechtsmissbrauch die Bewertung der späten Geltendmachung als treuwidrig ab, worauf das LG Ravensburg in seinem Vorlagebeschluss⁴⁰ ausdrücklich hinweist.⁴¹ Der XI. Zivilsenat beim BGH wird ihnen nun wohl folgen müssen. Der Einwand der Verwirkung kann nur eingreifen, wenn der Verbraucher von seinem unbefristeten Widerrufsrecht hätte Kenntnis haben müssen.

II. Fazit

1. Übt der Darlehensnehmer ein ihm zustehendes unbefristetes Widerrufsrecht allein mit dem Ziel aus, die mit dem Darlehen finanzierte Kaufsache nach längerer bestimmungsgemäßer Nutzung nach den Vorschriften über verbundene Geschäfte zurückgeben zu können, begrenzt dies seine Rechtsausübungsbefugnis nicht. Eine Ausnutzung seiner formalen Rechtsstellung, die zu einem Ausschluss des Widerrufsrechts gem. § 242 BGB wegen eines Rechtsmissbrauchs führt, kann darin nicht gesehen werden. Das hat der EuGH nun klargestellt. Unabhängig von der Kenntnis des Verbrauchers darf ein Rechtsmissbrauch in Bezug auf die Ausübung des Widerrufsrechts nicht angenommen werden (Feststellungsausspruch 7).
2. Auch das BVerfG, andere Zivilsenate beim BGH und zahlreiche Fachgerichte haben ebenso wie der EuGH in seinem aktuellen Urteil bislang bei Unkenntnis oder Verkennung der eigenen Rechtsposition die Annahme eines rechtsmissbräuchlichen Verhaltens regelmäßig abgelehnt. Der XI. Zivilsenat beim BGH, der das bislang anders sah, wird sich ihnen nun doch anschließen und der Fortsetzung der auf der Grundlage seiner Ideen ergangenen Entscheidung der unterinstanzlichen Gerichte Einhalt gebieten müssen.
3. Sofern allerdings der Verbraucher Kenntnis von seinem Widerrufsrecht hatte oder hätte haben müssen, ist nach Ablauf einer gewissen Zeit der Einwand der Verwirkung jedenfalls nach den Feststellungen des EuGH vom 9.9.2021 nicht ausgeschlossen (Feststellungsausspruch 6).
4. Wie allerdings die Ausschlussvoraussetzungen zu konkretisieren sind, ist noch offen. Es wäre jedoch fatal, wenn die Literatur dem BGH auch weiterhin ein „Kräftemessen“ mit dem EuGH konstatiert. Es kann für den Richter nicht darum gehen, ob an einer „Rechtsprechungslinie“ festzu-

halten ist. Allein an Gesetz und Recht muss er sich festhalten lassen. Dazu gehört die Beachtung der Grundsätze zur richtlinienkonformen Auslegung und Rechtsfortbildung.

Summary

In its decision from 9th September 2021 the ECJ provided – in response to a request of a lower German court – a couple of clarifications for the interpretation of the directive 2008/48/EC (C-33/20, C-155/20 and C-187/20).

On the one hand, it concerned the requirements applicable to mandatory information in consumer credit agreements, the non-fulfilment of which prevents the start of the withdrawal period. This has been the subject of the first part of this article in issue 2/2022. On the other hand, the ECJ was concerned with the forfeiture and abuse of rights, which are taken from the general rules of German law and have the effect of limiting the rights in time.

The ECJ decided that under regular conditions the right of withdrawal cannot be abused according to the rules of the directive 2008/48/EC. However, in case the consumer was or should have been aware of his right of withdrawal, after a certain period of time the objection of forfeiture may have to be reconciled with the directive. Therefore, the German Federal Court of Justice (BGH) will have to revise its previous considerations on the abuse of rights and forfeiture, the intervention of which at least the XI. Civil Chamber of the Court had previously considered to be possible irrespective of the knowledge of the right of withdrawal.



Claire Feldhusen

39 BGH 11.10.2016 – XI ZR 482/15, BeckRS 2016, 19929; BGH 21.2.2017 – XI ZR 381/16, BeckRS 2017, 106963.

40 LG Ravensburg 8.1.2021 – 2 O 320/20, BeckRS 2020, 38976 Rn. 97.

41 Rspr.-Nachw. bei Knops WM 2020, 2249 ff.