

23. August 2015

# **Widerruf unzulässig, verwirkt oder rechtsmißbräuchlich? Die Behauptung der Bank wird widerlegt**

Dem Widerrufsrecht des Verbrauchers steht der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung nicht entgegen.

Über die Entwicklung der Rechtsprechung zum Widerruf von Verbraucherdarlehensverträgen haben wir schon oft auf unserer Seite berichtet.

Wer unsere Berichte zu diesem Thema verfolgt hat, der wird merken, dass die Banken größtenteils dazu übergegangen sind, sich mit dem Einwand der unzulässigen Rechtsausübung (Rechtsmissbrauch und Verwirkung) zu verteidigen, wenn sie mit einem Widerruf konfrontiert werden.

Zahlreiche Gerichte haben ihre Rechtsprechung zugunsten der Verbraucher gefestigt. Eher selten wird eine Klage mit der Begründung abgewiesen, die Bank hätte die Musterbelehrung des Gesetzgebers verwendet. Für die Banken bedeutet dies, dass sie sich nicht mehr mit dem Einwand verteidigen können, die erteilte Belehrung unterliege der Richtigkeitsfiktion des § 14 BGB-InfoV.

Auch wird die Rechtsprechung hinsichtlich der enthaltenen Fehler in den Widerrufsbelehrungen immer verbraucherfreundlicher. So haben in den vergangenen Monaten die Gerichte verschiedene Widerrufsbelehrungen nicht nur wegen einer fehlerhaften Formulierung zum Fristbeginn für ungenügend erachtet. Neben einer fehlerhaften Angabe zum Fristbeginn, sind die Belehrungen häufig auch unter den Punkten „Widerrufsfolgen“ oder „Finanzierte Geschäfte“ fehlerhaft.

Die Banken haben in der letzten Zeit ihrer Verteidigungsstrategie daher zunehmend auf den Einwand der unzulässigen Rechtsausübung aus § 242 BGB ausgerichtet.

*„§ 242 BGB Leistung nach Treu und Glauben*

*Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern.“*

Nach der Argumentation vieler Banken soll ein Widerruf der viele Jahre nach Vertragsschluss erfolgt rechtsmissbräuchlich sein. Überdies sei das Recht zum Widerruf - auch wenn es nicht verjähren kann - jedenfalls verwirkt. Der Kunde komme schlicht zu spät.

Losgelöst von einem konkreten Sachverhalt möchten wir hierzu unsere Rechtsauffassung darlegen, warum das Widerrufsrecht des Verbrauchers nicht verwirkt und die Ausübung eines vom Gesetzgeber genauso vorgesehenen Rechts auf keinen Fall rechtsmissbräuchlich sein kann.

Der Gesetzgeber hat bei der Umsetzung der verbraucherschützenden Richtlinien des europäischen Gesetzgebers letztlich entschieden, dass das Widerrufsrecht national als „ewiges Widerrufsrecht“ ausgestaltet sein soll, wenn der Verbraucher nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist, gemäß § 355 Abs. 3 S. 3 BGB a. F. Eine Unterscheidung zwischen einer nicht erfolgten oder (nur) nicht ordnungsgemäß erfolgten Belehrung kennt das Gesetz nicht.

Das „ewige Widerrufsrecht“ ist zweifelsfrei nicht zufällig entstanden, es ist vielmehr vom Gesetzgeber gewollt und im Rahmen zahlreicher Reformen beibehalten worden. Mit diesem Wissen im Hinterkopf, kann das Widerrufsrecht nicht dem Einwand aus § 242 BGB unterliegen.

### **1. Anwendungsvorrang des § 355 Abs. 3 S. 3 BGB a. F.**

Der Gesetzgeber hat entschieden, dass dem Verbraucher bei einer fehlerhaften Widerrufsbelehrung ein „ewiges Widerrufsrecht“ zustehen soll. Dies ergibt sich aus Art. 229 § 32 Abs. 2 und 3 EGBGB i. V. m. § 355 Abs. 3 S. 3 BGB a. F. In Art. 229 §§ 5, 9, 22, 28, 32 EGBGB hat der Gesetzgeber bestimmt, wann ein „ewiges Widerrufsrecht“ gelten soll und wann nicht. In Art. 229 § 32 Abs. 4 S. 1 EGBGB hat der Gesetzgeber bei der zeitlichen Begrenzung eine Ausnahme für Finanzdienstleistungen gemacht.

Auch bei der jüngsten Reform, die zum 13.06.2014 in Kraft trat, hat der Gesetzgeber das „ewige Widerrufsrecht“ beibehalten. Insbesondere bei Darlehensverträgen soll der Verbraucher den Vertrag noch bis in alle Ewigkeit widerrufen können, wenn keine ordnungsgemäße Belehrung vorliegt. Bei anderen Vertragsverhältnissen hat der Gesetzgeber hingegen eine zeitliche Begrenzung eingeführt.

Es liegt mit § 355 Abs. 3 S. 3 BGB a. F. in Verbindung mit den einschlägigen Übergangsvorschriften zum Widerrufsrecht eine abschließende Sonderregelung vor.

Diese Sonderregelung ist auch nicht durch einen Umweg über einen allgemeinen Rechtseinwand aus Treu und Glauben, § 242 BGB, zu umgehen. In der Rechtsprechung des BGH ist ebenfalls seit jeher anerkannt, dass für eine Anwendung des Einwands der unzulässigen Rechtsausübung kein Raum ist, wenn der Gesetzgeber eine besondere Rechtsfolge angeordnet hat.

*„3. Anders als die Revision meint, ist die Berufung der Kläger auf die Formvorschrift des § 4 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 lit. e VerbrKrG sowie auf § 6 Abs. 2 Satz 2 VerbrKrG nicht treuwidrig (§ 242 BGB).*

*Zwar kann das Geltendmachen eines Formmangels eine unzulässige Rechtsausübung sein, z.B. wenn eine Partei, die längere Zeit aus einem formnichtigen Vertrag Vorteile gezogen hat, sich unter Berufung auf den Formmangel vertraglichen Verpflichtungen entziehen will (BGHZ 121, 224, 233; BGH, Urteile vom 30. Juli 1997 - VIII ZR 244/96, WM 1997, 2000, 2001 und vom 26. Mai 1999 - VIII ZR 141/98, WM 1999, 1412, 1416). **Eine unzulässige Rechtsausübung kommt aber nicht in Betracht, wenn durch Gesetz die Rechtsfolgen des Formverstößes unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen abweichend von § 125 Satz 1 BGB geregelt sind.**“ (BGH Urt. v. 23.10.2001 - XI ZR 63/01 -, S. 13 f., Hervorhebung durch den Autor)*

Unserer Rechtsauffassung nach verbietet sich daher bereits generell die Anwendung des § 242 BGB, soweit sie zulasten des Verbrauchers in sein Widerrufsrecht eingreift. Ein solcher Eingriff entgegen der Anordnung des Gesetzgebers dürfte allenfalls gerechtfertigt sein, sofern der Zweck der Ausübung des Widerrufsrechts lediglich in der Schädigung des Unternehmers liegt. Dies dürfte jedoch in der Regel nicht

der Fall sein, denn durch den Widerruf möchte sich der Verbraucher von dem Vertrag lösen bzw. diesen ungeschehen machen. Es kommt ihm somit nicht auf eine Schädigung des Unternehmers an.

## **2. Verwirkung steht im Widerspruch zur Systematik des Widerrufsrechts**

Der Verbraucher hat einen Rechtsanspruch auf eine ordnungsgemäße Belehrung (vgl. Palandt, 73. Aufl. 2014, § 355 Rn. 16). Bis zum Ablauf der Widerrufsfrist oder bei einer mangelhaften Belehrung ist das Rechtsgeschäft nur schwebend wirksam. Will der Unternehmer den Schwebezustand beseitigen, dann kann er hier eine Nachbelehrung vornehmen (vgl. Palandt 73. Aufl. 2014, § 355 Rn. 13). Die Widerrufsfrist beträgt dann 1 Monat ab der erfolgten Nachbelehrung.

Für den Unternehmer gibt es auch kein anderes Mittel die Wirksamkeit des Vertrages endgültig herbeizuführen. Der Gesetzgeber hat ihm bewusst nur die Nachbelehrungsmöglichkeit eröffnet und so sichergestellt, dass der Verbraucher ordnungsgemäß über seine Rechte informiert wird.

Würde man hier eine Verwirkung für möglich erachten, so wäre der Unternehmer der sich gesetzeskonform verhält und nachbelehrt schlechter gestellt, als der Unternehmer der keine ordnungsgemäße Belehrung erteilt. Das kann aber nicht richtig sein.

Dass der Gesetzgeber hier bewusst die Nachbelehrung mit Monatsfrist gewollt hat, zeigt dass die Annahme einer Verwirkung nicht nur der Gesetzessystematik, sondern auch dem gesetzgeberischen Willen zuwiderläuft.

## **3. Eine Verwirkung widerspricht auch dem Sinn und Zweck der Regelung des § 355 Abs. 3 S. 3 BGB**

Der § 355 Abs. 3 S. 3 BGB a. F. („ewiges Widerrufsrecht“) hat eindeutig einen sanktionierenden Charakter. Es ist eben die angeordnete Rechtsfolge, die den Unternehmer dazu zwingen soll eine ordnungsgemäße Belehrung zu erteilen.

Lässt man hier den Einwand der Verwirkung zu, so verliert die Anordnung des § 355 Abs. 3 S. 3 BGB a. F. diesen sanktionierenden Charakter. Die unterbliebene ordnungsgemäße Belehrung bleibt somit ohne Folgen für den Unternehmer.

## **4. Übertragung der BGH-Rechtsprechung zu Versicherungsverträgen**

Der Bundesgerichtshof hat bereits über ähnliche Fälle im Versicherungsrecht entschieden und festgestellt, dass selbst eine Kündigung eines Versicherungsvertrags dem späteren Widerruf nicht entgegensteht und dem Widerruf auch nicht der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegensteht.

*cc) Der Kläger verstößt mit seiner Rechtsausübung nicht gegen Treu und Glauben.*

*(1) Entgegen der Ansicht der Beklagten hat er sein Recht zum Widerspruch nicht verwirkt. Ein Recht ist verwirkt, wenn seit der Möglichkeit der Geltendmachung längere Zeit verstrichen ist (Zeitmoment) und besondere Umstände hinzutreten, die die verspätete Geltendmachung als Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (Umstandsmoment). Letzteres ist der Fall, wenn der Verpflichtete bei objektiver Betrachtung aus dem Verhalten des Berechtigten entnehmen durfte, dass dieser sein Recht nicht mehr geltend machen werde. Ferner muss sich der Verpflichtete im Vertrauen auf das Verhalten des Berechtigten in seinen*

*Maßnahmen so eingerichtet haben, dass ihm durch die verspätete Durchsetzung des Rechts ein unzumutbarer Nachteil entstünde (st. Rspr., BGH, Urteil vom 23. Januar 2014 VII ZR 177/13, NJW 2014, 1230 Rn. 13 m.w.N.). Es fehlt hier jedenfalls am Umstandsmoment. Ein schutzwürdiges Vertrauen kann die Beklagte schon deshalb nicht in Anspruch nehmen, weil sie die Situation selbst herbeigeführt hat, indem sie dem Kläger keine ordnungsgemäße Widerspruchsbelehrung erteilte (vgl. dazu unter dem Gesichtspunkt der Rechtssicherheit EuGH, VersR 2014, 225 Rn. 30).“ (BGH Urteil vom 07.05.2014 - IV ZR 76/11 -, Hervorhebung durch den Autor)*

## **5. Kein Zeit- und Umstandsmoment**

Wie sich der vorstehend zitierten Entscheidung des BGH bereits entnehmen lässt, muss für die Annahme einer Verwirkung ein Zeit- und ein Umstandsmoment vorliegen. Weiterhin muss der Unternehmer ein schutzwürdiges Vertrauen für sich in Anspruch nehmen können.

Nach unserer Ansicht kann das Zeitmoment nicht zu laufen beginnen, bevor das Verbrauchergeschäft beendet ist. Gerade während der Vertrag von den Parteien gelebt wird, muss der Unternehmer nach dem Willen des Gesetzgebers mit einem Widerruf rechnen, wenn er nicht ordnungsgemäß belehrt hat.

Der Ansatz in den jüngeren Entscheidungen einiger Oberlandesgerichte (vgl. z. B. OLG Düsseldorf NJW, 2014, 1599) für die Begründung des schutzwürdigen Vertrauens ist verfehlt. Nach der Konzeption des Widerrufsrechts müsste die Bank ein schutzwürdiges Vertrauen dahingehend haben, dass der nicht oder nicht ordnungsgemäß belehrte Verbraucher Kenntnis von der Fehlerhaftigkeit seiner Belehrung hatte und sein Recht dennoch nicht ausüben wollte.

Auch dürfte in der Regel kein ausreichendes Umstandsmoment vorliegen. Die Tatsache, dass die Verbraucher die Darlehensverträge erfüllen, kann kein besonderer Umstand sein, der dem Unternehmer signalisiert, dass der Verbraucher in jedem Fall an dem Vertrag festhalten will. Solange der Verbraucher nicht um seine auch weiterhin bestehende Widerrufsmöglichkeit weiß, dürfte in keiner Handlung die im Zusammenhang mit der Erfüllung des Vertrages steht ein Umstandsmoment zu sehen sein.

Letztlich kommt es hierauf aber auch nicht an, denn es liegt schon kein schutzwürdiges Vertrauen des Unternehmers vor. Die Gerichte die sich bisher für eine Verwirkung ausgesprochen haben, dürften jedenfalls die Rechtsprechung des BGH zu dieser Frage verkannt haben. Für die Partei, die ihre Belehrungspflicht nicht erfüllt hat, entsteht in der Regel kein Vertrauenstatbestand, da sie davon ausgehen muss, dass der andere Teil von dem ihm zustehenden Anspruch nichts weiß (vgl. Palandt, 74. Aufl. 2015, § 242 Rn. 107 a.E.). Auf diese Weise hat der BGH letztlich auch gleichgelagerte Fälle im Versicherungsrecht gelöst.

## **6. Verbraucherschutz vs. Interessen der Bank**

Auch eine Interessenabwägung geht hier klar zugunsten des Verbraucherschutzes aus. Die Bank hat natürlich ein Interesse daran, dass sie an den Früchten ihrer Arbeit festhalten darf. Dem steht das Interesse an einem praktikablen Verbraucherschutz gegenüber.

Es geht hier nicht nur um die Interessen des einzelnen Verbrauchers in der konkreten Widerrufssituation, sondern um die Gewährleistung eines funktionierenden Verbraucherschutzes. Wird das Widerrufsrecht des Verbrauchers hier beschnitten, wird dem Verbraucherschutz das einzig effektive Mittel zur Durchsetzung der Verbraucherinteressen genommen. Im Gegenzug erhalten die Banken - obwohl sie ihre Verpflichtungen nicht erfüllt haben - den vollen Lohn aus dem Darlehensgeschäft. Diese Situation zu

Lasten des Verbraucherschutzes ist nicht tragbar. Im Ergebnis ist der Verbraucherschutz damit ins Leere gelaufen. Sinn und Zweck einer Widerrufsbelehrung ist es:

*„Der mit dem Widerrufsrecht bezweckte Schutz des Verbrauchers erfordert eine umfassende, unmissverständliche und für den Verbraucher eindeutige Belehrung. Der Verbraucher soll dadurch nicht nur von seinem Widerrufsrecht Kenntnis erlangen, sondern auch in die Lage versetzt werden, dieses auszuüben (BGH, Urteile vom 13. Januar 2009 - XI ZR 118/08, WM 2009, 350, Tz. 14 und vom 10. März 2009 - XI ZR 33/08, WM 2009, 932, Tz. 14, jeweils m.w.N.).“ (BGH Urt. v. 26.06.2009 - XI ZR 156/08 - Rn. 17)*

Dies wird jedoch nur durch eine ordnungsgemäß erteilte Widerrufsbelehrung gewährleistet.

Der Verbraucherschutz ist hier schutzwürdig. Im Hinblick auf die eintretende Rechtsfolge sind es die Banken hingegen nicht, dies möchten wir einmal deutlich herausstellen. Zum einen tritt keine nicht billigenwerte Rechtsfolge ein, im Gegenteil, es tritt die angeordnete Rechtsfolge ein. Diese trifft die Banken auch nicht unverhältnismäßig hart, denn es wird anscheinend von einigen Gerichten vergessen, dass die Banken hier ja nicht um den gesamten verdienten Lohn gebracht werden.

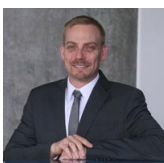
Verdient ist der Lohn zum Zeitpunkt des Widerrufs ohnehin nicht, denn die Bank hat eine Pflichtverletzung begangen, indem sie dem Verbraucher keine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung erteilt hat. Das Geschäft ist ohnehin nur schwebend wirksam.

Die Bank muss auch nicht um den gesamten Lohn fürchten, denn im Rahmen der Rückabwicklung erhält die Beklagte nicht nur die Darlehensvaluta zurück, sondern zusätzlich Nutzungersatz. Vor diesem Hintergrund lässt sich eine Schutzwürdigkeit der Banken nicht bejahen, zumal die Banken mit den zurückerhaltenen Geldmitteln wirtschaften können, um den Zinsausfall für die Zukunft zu kompensieren. Es mag daher nicht einleuchten, wenn man die „armen Banken“ vor dieser Rechtsfolge schützen will und das auf Kosten des Verbraucherschutzes.

Die Annahme einer Verwirkung des Widerrufsrechts verbietet sich daher.

Auf den Einwand des Rechtsmissbrauchs werden wir in einem weiteren Artikel noch ausführlicher eingehen, es sei jedoch bereits jetzt gesagt, dass sich die vorstehenden Argumente sämtlich übertragen lassen. Die Anwendung eines Einwandes aus Treu und Glauben gemäß § 242 BGB läuft der Systematik sowie dem Sinn und Zweck des Widerrufsrechts zuwider und beschneidet den Verbraucherschutz in unangebrachter Weise.

[Zurück](#)



[Daniel Kutz](#)

Rechtsanwalt aus der Anwaltskanzlei Lenné.

Wir helfen Ihnen gerne! [Kontaktieren](#) Sie uns. Oder vereinbaren Sie [hier online einen Termin](#) für eine telefonische kostenfreie Erstberatung.

[Zurück](#)