

Berlin, 12.02.2020

## Zum Eingreifen des Erlöschensgrundes in § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB a. F. bei im Fernabsatz geschlossenen Verbraucherdarlehensverträgen

(EuGH, Urteil vom 11.09.2019, C-143/18, sowie BGH, Urteile vom 03.07.2018, XI ZR 702/16, und vom 15.10.2019, XI ZR 759/17)

**Tony Beyer**

Fachanwalt für Bank- und Kapitalmarktrecht

### I. EuGH vom 11.09.2019, C-143/18

Das Landgericht Bonn hatte die Ordnungsmäßigkeit einer Widerrufsbelehrung zu beurteilen, die folgenden Hinweis enthielt: „Das Widerrufsrecht erlischt vorzeitig, wenn der Vertrag vollständig erfüllt ist und der Darlehensnehmer dem ausdrücklich zugestimmt.“ Diese Angabe ging auf § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB i. d. F. bis zum 3. August 2009 (nachfolgend: „a. F.“) zurück, mit dem wiederum Art. 6 Abs. 2 Buchst. c) der Richtlinie 2002/65/EG (nachfolgend: „RL-2002/65“) umgesetzt werden sollte und wurde. Da die Vorschrift nach der Rechtsprechung des BGH nicht auf Verbraucherdarlehensverträge anwendbar sein soll, selbst wenn diese im Fernabsatz geschlossen wurden, fragte sich das Landgericht Bonn, ob der Hinweis in der Widerrufsbelehrung korrekt und der Verbraucher damit ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden sei. Es setzte das Verfahren aus und legte dem EuGH u. a. diese Frage zur Vorabentscheidung vor.

Der EuGH antwortete hierauf, dass eine nationale Regelung bzw. deren Auslegung das Widerrufsrecht eines Verbrauchers, der mit einem Unternehmer im Fernabsatz einen Vertrag über eine Finanzdienstleistung geschlossen hat, ausschließen müsse, sofern dieser Vertrag auf den ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers von beiden Seiten bereits voll erfüllt sei, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausübe. Andernfalls stehe dem Art. 6 Abs. 2 Buchst. c) i. V. m. Art. 1 Abs. 1 RL-2002/65 unter Berücksichtigung des 13. Erwägungsgrundes der Richtlinie entgegen.

Da die Richtlinie grundsätzlich eine Vollharmonisierung der von ihr geregelten Aspekte bewirke und Art. 6 Abs. 2 Buchst. c) RL-2002/65 insofern keine Ausnahme für die Mitgliedstaaten zulasse, seien diese daran gehindert, ein Widerrufsrecht des Verbrauchers für die in Art. 6 Abs. 2 Buchst. c) RL-2002/65 geregelte Konstellation vorzusehen.

Zugleich weist der EuGH darauf hin, dass die nationalen Gerichte im Rahmen ihrer Zuständigkeit unter Berück-

sichtigung des gesamten innerstaatlichen Rechts und unter Anwendung der dort anerkannten Auslegungsmethoden alles tun müssten, um die volle Wirksamkeit des Unionsrechts zu gewährleisten und zu einem Ergebnis zu gelangen, das mit dem vom Unionsrecht verfolgten Ziel im Einklang stehe. Dies dürfe zwar nicht zu einer Auslegung *contra legem* führen. Dennoch könne es geboten sein, eine gefestigte Rechtsprechung abzuändern, wenn diese auf einer Auslegung des nationalen Rechtes beruhe, die mit den Zielen der Richtlinie nicht vereinbar sei.

### II. BGH vom 03.07.2018, XI ZR 702/16

Zu dem Hinweis, auch eine Rechtsprechungsänderung könne geboten sein, um eine unionrechtskonforme Auslegung zu gewährleisten, sah sich der EuGH ersichtlich wegen der Rechtsprechung des BGH zu § 312 Abs. 3 Nr. 1 BGB a. F. veranlasst.

Bereits vor der Entscheidung des EuGH hatte der BGH nämlich festgestellt, dass § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB a. F., der bei Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen ein Erlöschen des Widerrufsrechtes für den Fall vorsieht, dass der Vertrag vor Ausübung des Widerrufsrechtes auf den ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers von beiden Seiten bereits voll erfüllt ist, keine Anwendung auf im Wege des Fernabsatzes geschlossene Verbraucherdarlehensverträge finde. Zur Begründung führte der BGH an: Der Gesetzgeber habe das fernabsatzrechtliche Widerrufsrecht im Anwendungsbereich des § 495 Abs. 1 BGB ausgeschlossen. Zwar verweise § 312d Abs. 5 S. 2 BGB a. F. auch für Verträge im Anwendungsbereich von § 495 Abs. 1 BGB auf einzelne fernabsatzrechtliche Vorschriften; der Erlöschenstatbestand des § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB a. F. sei aber von der Verweisung ausgenommen.

Ausdrücklich hat der BGH zudem entschieden, dass § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB a. F. auch dann nicht auf im Fernabsatz geschlossene Verbraucherdarlehensverträge erstreckt werden könne, wenn der nationale Gesetzgeber auf diese Weise hinter den Anforderungen der Richtlinie

2002/65/EG zurückgeblieben wäre. Denn dies würde zu einer Auslegung des nationalen Rechtes *contra legem* führen, die auch auf Grundlage des Grundsatzes der unionsrechtskonformen Auslegung nicht zulässig wäre. Es verbleibe ferner kein Spielraum für eine Auslegung unter dem Aspekt eines planwidrigen Verfehlens der gewollt richtlinienkonformen Umsetzung des Unionsrechts. Denn angesichts des eindeutigen Regelungskonzeptes fehle es an einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes. Zumal der Gesetzgeber in der Vergangenheit vorgenommene Gesetzesänderungen nicht zum Anlass genommen habe, den Verweis auf § 312d Abs. 5 BGB a. F. auch auf § 312d Abs. 3 BGB a. F. zu erstrecken.

### III. Bedeutung und Folgen für die Praxis, insbesondere BGH, Urteil vom 15.10.2019, XI ZR 759/17

Angesichts dieser klaren Äußerung des BGH zur Grenze der unionsrechtskonformen Auslegung erschien es bereits nach Erlass des EuGH-Urteils fragwürdig, ob der BGH auf Grundlage des neuerlichen EuGH-Urteils seine Auffassung ändert. Denn auch der EuGH hatte die Auslegung *contra legem* in seiner Entscheidung für unzulässig erachtet.

#### 1. Keine unionsrechtskonforme Auslegung „*contra legem*“

Mittlerweile hat der BGH seine bisherige Einschätzung noch einmal durch Urteil vom 15. Oktober 2019, XI ZR 759/17, bestätigt.

Allerdings forderte der EuGH ausdrücklich, auch eine gefestigte Rechtsprechung müsse ggf. geändert werden, um dem Grundsatz der unionsrechtskonformen Auslegung Rechnung zu tragen. Vor diesem Hintergrund war der BGH zumindest gehalten, seine Auffassung zu überdenken, eine unionsrechtskonformen Auslegung von § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB a. F. sei eine Auslegung *contra legem* und deshalb unzulässig. Denn auch bei dieser Einschätzung handelt es sich „nur“ um Rechtsprechung des BGH, die grundsätzlich einer Änderung zugänglich sein dürfte. Das würde zwar bedeuten, dass der BGH seine Auffassung zur Auslegung von § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB a. F. ändern müsste. Das aber ist einer Rechtsprechungsänderung ohnehin immanent und wird vom EuGH sogar verlangt, soweit dies – nach Maßstab der nationalen Auslegungsmöglichkeiten – vertretbar, d. h. nicht *contra legem* ist.

#### 2. Möglichkeit einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung: BGH, Urteil vom 26.11.2008, VIII ZR 200/05

Ein solches Vorgehen wäre nicht neu. Bereits in der Vergangenheit hat der BGH auf Grundlage einer Entscheidung des EuGH gegen den eindeutigen Wortlaut einer nationalen Norm und den Willen des nationalen Gesetzgebers die Möglichkeit einer unionsrechtskonformen Auslegung gesehen, obwohl er zuvor sich noch außerstande sah, eine solche vorzunehmen.

Eine solche Konstellation betraf die richtlinienkonforme Fortbildung der Regelung in § 439 Abs. 4 BGB i. d. F. bis zum 31. Dezember 2017 (nachfolgend: „a. F.“; entspricht § 439 Abs. 5 BGB i. d. F. ab dem 1. Januar 2018). Die Vorschrift sprach dem Verkäufer u. a. Nutzungswerterersatzansprüche betreffend eine mangelhafte Kaufsache bei einer Nachlieferung auch in den Fällen des Verbrauchsgüterkaufs zu. Das war der eindeutige gesetzgeberische Wille, wie er in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gebracht wurde (siehe BT-Drs. 14/6040, S. 232 f.). Wegen des klaren Wortlautes und dem eindeutigen gesetzgeberischen Willen sah sich der BGH trotz seiner Zweifel an der Vereinbarkeit mit der Richtlinie 1999/44/EG außerstande, § 439 Abs. 4 BGB a. F. dahingehend auszulegen, dass der Käufer im Falle eines Verbrauchsgüterkaufs keinen Wertersatz für die Nutzung der mangelhaften Sache zu zahlen habe (siehe BGH, EuGH-Vorlage vom 16.08.2006, VIII ZR 200/05, juris, Tz. 12 ff.).

Nachdem der EuGH die damalige nationale Regelung für unvereinbar mit der Richtlinie 1999/44/EG erklärt hat (siehe EuGH, Urteil vom 17.04.2008, C-404/06, juris, Tz. 26 ff.), sah sich der BGH dann allerdings doch in der Lage, eine unionsrechtskonforme Auslegung von § 439 Abs. 4 BGB a. F. vorzunehmen. Eine Rechtsfindung innerhalb des Gesetzeswortlautes hielt der BGH zwar nach wie vor für unmöglich (siehe BGH, Urteil vom 26.11.2008, VIII ZR 200/05, juris, Tz. 20). Vielmehr ging der BGH den Weg, das nationale Recht fortzubilden. Im konkreten Fall reduzierte er § 439 Abs. 4 BGB a. F. teleologisch und stützte dies darauf, dass der Gesetzgeber gerade auch im Rahmen von § 439 Abs. 4 BGB a. F. eine richtlinienkonforme Regelung habe schaffen wollen. Dies sei aber planwidrig wegen eines Rechtsirrtums zur Richtlinienkonformität missglückt (siehe BGH, Urteil vom 26.11.2008, VIII ZR 200/05, juris, Tz. 21 ff.).

### 3. Ablehnung einer richtlinienkonformen Rechtsfortbildung bei § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB a. F.: BGH, Urteil vom 15.10.2019, XI ZR 759/17

Bei der Auslegung von § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB a. F. sah sich der BGH indes außer Stande, diesen Weg zu gehen, hielt vielmehr in seinem Urteil vom 15. Oktober 2019, XI ZR 759/17, auch unter Berücksichtigung der besprochenen Entscheidung des EuGH an seiner früheren Rechtsprechung fest.

Der BGH hält die vom EuGH vorgegebene unionsrechtskonforme Auslegung von § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB a. F. nach wie vor für eine – auch nach der Rechtsprechung des EuGH unzulässige – Auslegung *contra legem*. Nach dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers sei § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB a. F. nicht auf im Wege des Fernabsatzes geschlossene Verbraucherdarlehensverträge anzuwenden. Eine richtlinienkonforme gegenteilige Auslegung sei nicht vom Wortlaut gedeckt. Ebenso scheidet eine analoge Anwendung des § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB a. F. in diesen Konstellationen aus. Es fehle bereits an einer planwidrigen Unvollständigkeit des Gesetzes. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Gesetzgeber die Regelung in gleicher Weise erlassen hätte, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass sie richtlinienwidrig sei. Ausdrücklich habe der Gesetzgeber keinen aus Art. 6 Abs. 2 Buchst. c) RL-2002/65 folgenden Umsetzungsbedarf gesehen, soweit es im Fernabsatz geschlossene Verbraucherdarlehensverträge betreffe. Auch nachfolgende Gesetzesänderungen habe der Gesetzgeber nicht zum Anlass genommen, die Verweisung in § 312d Abs. 5 S. 2 BGB a. F. auf § 312d Abs. 3 BGB a. F. zu erstrecken, obwohl in der Literatur schon vorher Bedenken gegen die Richtlinienkonformität geäußert worden seien. Deshalb könne nicht von einem planwidrigen Verfehlen der gewollt richtlinienkonformen Umsetzung des Unionsrechtes ausgegangen werden.

Eine unmittelbare Anwendung von Art. 6 Abs. 2 Buchst. c) RL-2002/65 wiederum, so der BGH, gestatte das Unionsrecht nicht.

### 4. Alternativer Begründungsansatz für eine richtlinienkonformen Rechtsfortbildung bei § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB a. F.

Ob das Verständnis des BGH so zwingend ist, lässt sich durchaus bezweifeln.

Der richtlinienkonformen Fortbildung der Regelung in § 439 Abs. 4 BGB a. F. (§ 439 Abs. 5 BGB n. F.) lag

ebenfalls ein ausdrücklicher entgegenstehender gesetzgeberischer Wille zugrunde. Eine planwidrige Regelungslücke ergab sich dort wegen der Absicht des Gesetzgebers, eine richtlinienkonforme Regelung schaffen zu wollen, was rechtsirrtümlich misslang. Ähnlich ließe sich auch bei § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB a. F. argumentieren.

Aus der Gesetzesbegründung lässt sich – entgegen der Einschätzung des BGH – durchaus ableiten, dass der Gesetzgeber auch konkret die Regelung in § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB a. F. richtlinienkonform hat ausgestalten wollen. Immerhin hat er die erforderlichen Anpassungen bei § 312d Abs. 3 BGB a. F. ausdrücklich mit der Regelung in Art. 6 Abs. 2 Buchst. c) RL-2002/65 begründet (siehe BT-Drs. 15/2946, S. 16) und die Sonderregelung für Finanzdienstleistungen (§ 312 Abs. 3 Nr. 1 BGB a. F.) ebenso ausdrücklich der Vorgabe in Art. 6 Abs. 2 Buchst. c) RL-2002/65 nachgebildet, sie mithin unverändert übernommen und nur sprachlich der bereits bestehenden Regelung angepasst (siehe BT-Drs. 15/2946, S. 23).

Vor diesem Hintergrund ließe sich argumentieren, die von § 312d Abs. 5 S. 1 BGB a. F. angeordnete Nichtanwendung von § 312d Abs. 3 Nr. 1 BGB a. F. auf im Fernabsatz geschlossene Verbraucherdarlehensverträge oder der fehlende Verweis in § 312d Abs. 5 S. 2 BGB a. F. auf § 312 Abs. 3 Nr. 1 BGB a. F. beruhten auf einem Rechtsirrtum über die Richtlinienkonformität der fraglichen Regelungen, womit die gewollte richtlinienkonforme Umsetzung des Unionsrechtes planwidrig verfehlt worden sei. Auf dieser Grundlage dürfte die Annahme gerechtfertigt sein, der Gesetzgeber hätte § 312d Abs. 3 und 5 BGB a. F. nicht in gleicher Weise erlassen, wenn ihm bekannt gewesen wäre, dass die Vorschriften nicht im Einklang mit Art. 6 Abs. 2 Buchst. c) RL-2002/65 stehen. Demzufolge wäre der Weg frei gewesen, das nationale Recht fortzubilden, dies im konkreten Fall durch eine teleologische Reduktion von § 312d Abs. 5 S. 1 BGB a. F. oder eine teleologische Extension von § 312d Abs. 5 S. 2 BGB a. F.

Dem dürfte nicht entgegenstehen, dass der Gesetzgeber spätere Gesetzesänderungen nicht zum Anlass für eine Anpassung von § 312d Abs. 3 und 5 BGB a. F. genommen hat. Denn dies lässt sich ebenfalls mit dem zu diesem Zeitpunkt bestehenden Rechtsirrtum begründen, der nicht allein deshalb wegfallen dürfte, weil in der Literatur die Richtlinienkonformität der fraglichen Regelungen bezweifelt wurde. Viel näher liegt doch, dass der Gesetzgeber selbst entweder seinen Fehler schlicht nicht erkannt hat oder aber die Kritik zwar zur Kenntnis genommen, jedoch als unberechtigt verworfen hat, weil er die bisheri-

ge Regelung weiterhin für richtlinienkonform erachtet hat. Deshalb war – aus Sicht des Gesetzgebers – eine Änderung der Regelung nicht geboten.

Da der BGH sich aber eindeutig positioniert hat, scheint die Konstellation für die Praxis geklärt zu sein. Abzuwarten bleibt, wie sich das Landgericht Bonn nun verhalten wird.

## Hinweis

Dieser Überblick dient ausschließlich der allgemeinen Information und kann konkreten Rechtsrat im einzelnen Fall nicht ersetzen. Sprechen Sie bei Fragen bitte Ihren gewohnten Ansprechpartner bei GÖRG bzw. den Autor Tony Beyer unter +49 30 884 503-245 oder [tbeyer@goerg.de](mailto:tbeyer@goerg.de) an. Informationen zum Autor finden Sie auf unserer Homepage [www.goerg.de](http://www.goerg.de).

## Unsere Standorte

GÖRG Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

### BERLIN

Kantstraße 164, 10623 Berlin  
Tel. +49 30 884503-0, Fax +49 30 882715-0

### FRANKFURT AM MAIN

Ulmenstraße 30, 60325 Frankfurt am Main  
Tel. +49 69 170000-17, Fax +49 69 170000-27

### HAMBURG

Dammthorstraße 12, 20354 Hamburg  
Tel. +49 40 500360-0, Fax +49 40 500360-99

### KÖLN

Kennedyplatz 2, 50679 Köln  
Tel. +49 221 33660-0, Fax +49 221 33660-80

### MÜNCHEN

Prinzregentenstraße 22, 80538 München  
Tel. +49 89 3090667-0, Fax +49 89 3090667-90