



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

XI ZR 219/19

Verkündet am:
22. September 2020
Mazurkiewicz
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

in dem Rechtsstreit

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: ja

BGHR: ja

BGB §§ 312, 312b, 312g, 765

Ein Bürge hat kein Widerrufsrecht gemäß § 312g BGB (Abgrenzung zu Senat, Urteil vom 9. März 1993 - XI ZR 179/92, WM 1993, 683).

BGH, Urteil vom 22. September 2020 - XI ZR 219/19 - OLG Hamburg
LG Hamburg

Der XI. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 22. September 2020 durch den Vizepräsidenten Prof. Dr. Ellenberger, die Richter Dr. Joeres und Dr. Matthias, die Richterin Dr. Menges und den Richter Dr. Schild von Spanenberg

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des 13. Zivilsenats des Hanseatischen Oberlandesgerichts in Hamburg vom 26. April 2019 in der Fassung des Beschlusses vom 12. Juni 2019 aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Revisionsverfahrens, an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Tatbestand:

- 1 Die Klägerin, eine Bank, nimmt den Beklagten auf Zahlung aus einer selbstschuldnerischen Höchstbetragsbürgschaft in Anspruch.
- 2 Die Klägerin räumte der K. GmbH (im Folgenden: Hauptschuldnerin) mit Vertrag vom 22. Dezember 2015 einen Kontokorrentkredit über 300.000 € zu einem Zinssatz von 7,5% p.a. ein. Der Beklagte war geschäftsführender Alleingesellschafter der Hauptschuldnerin. Er über-

nahm zugunsten der Klägerin eine Bürgschaft bis zu einem Höchstbetrag von 170.000 €, die sämtliche Ansprüche aus dem Kreditvertrag sicherte. Die Bürgschaftserklärung unterzeichnete der Beklagte in Anwesenheit eines Mitarbeiters der Klägerin am 22. Dezember 2015 in den Geschäftsräumen der Hauptschuldnerin. Über ein Widerrufsrecht wurde er nicht belehrt.

3 Nachdem ein Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Hauptschuldnerin gestellt worden war, kündigte die Klägerin den Kontokorrentkredit mit Schreiben vom 26. April 2016 fristlos und stellte einen Saldo in Höhe von 295.779,65 € zur Rückzahlung fällig. Mit Schreiben vom 1. Juni 2016 forderte sie den Beklagten zur Zahlung dieses Betrages zuzüglich Zinsen bis zum 29. Juni 2016 auf. Die Prozessbevollmächtigten des Beklagten bestätigten dessen grundsätzliche Haftung aus der Bürgschaft zunächst, erklärten aber mit Schreiben vom 21. September 2016 den Widerruf seiner auf Abschluss des Bürgschaftsvertrages vom 22. Dezember 2015 gerichteten Willenserklärung.

4 Das Landgericht hat der auf Zahlung von 170.000 € nebst bezifferten Zinsen in Höhe von 6.474,36 € sowie weiterer Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 29. März 2017 gerichteten Klage stattgegeben. Das Berufungsgericht hat sie abgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Begehren weiter.

Entscheidungsgründe:

A.

- 5 Die vom Berufungsgericht zugelassene Revision ist entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung uneingeschränkt statthaft (§ 543 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).
- 6 Soweit das Berufungsgericht die Zulassung der Revision in den Urteilsgründen ausschließlich damit gerechtfertigt hat, dass der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Widerrufsrecht des in einer Haustürsituation handelnden Bürgen die europäische Verbraucherrechterichtlinie entgegenstehen könne und eine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union (im Folgenden: EuGH) in Betracht komme, liegt darin keine - grundsätzlich auch in den Gründen mögliche (st. Rspr., vgl. nur Senatsurteile vom 8. Mai 2012 - XI ZR 261/10, WM 2012, 1211 Rn. 6 und vom 16. Mai 2017 - XI ZR 430/16, WM 2017, 1155 Rn. 7, jeweils mwN) - wirksame Beschränkung der Revisionszulassung.
- 7 Die Zulassung der Revision kann nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur dann auf eine als zulassungsrelevant angesehene Rechtsfrage beschränkt werden, wenn diese sich für einen eindeutig abgrenzbaren selbständigen Teil des Streitstoffs stellt, der Gegenstand eines Teilurteils oder eines eingeschränkt eingelegten Rechtsmittels sein kann (BGH, Urteil vom 24. Oktober 2017 - II ZR 16/16, WM 2017, 2363 Rn. 9 sowie Beschluss vom 10. April 2018 - VIII ZR 247/17, NJW 2018, 1880 Rn. 10, jeweils mwN). Unzulässig ist es hingegen, die Zulassung auf einzelne Rechtsfragen eines einheitlichen Streitstoffs zu begrenzen.

8 Nach diesen Maßstäben sind die Ausführungen des Berufungsgerichts zu dem Geltungsbereich der Richtlinie nicht isoliert anfechtbar; sie sind lediglich ein Teilaspekt der Prüfung, ob der Beklagte ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB i.V.m. § 312b Abs. 1, § 312g Abs. 1 BGB wirksam ausgeübt hat (vgl. BGH, Urteile vom 27. September 1995 - VIII ZR 257/94, WM 1995, 2107, 2108, vom 21. September 2006 - I ZR 2/04, NJW-RR 2007, 182 Rn. 19 und vom 20. Oktober 2011 - III ZR 252/10, WM 2012, 940 Rn. 7; Beschluss vom 24. Juli 2007 - XI ZR 144/06, juris Rn. 5). Eine Beschränkung der Revision wäre danach unwirksam mit der Folge, dass die Revision entsprechend dem Tenor der angefochtenen Entscheidung unbeschränkt zugelassen ist (vgl. Senatsurteil vom 8. April 2014 - XI ZR 341/12, WM 2014, 1036 Rn. 12; Senatsbeschluss vom 24. Juli 2007, aaO Rn. 5).

B.

9 Die Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

I.

10 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung (veröffentlicht in WM 2020, 1067 ff.) im Wesentlichen ausgeführt:

11 Die Klägerin habe keinen Anspruch gegen den Beklagten aus der übernommenen Bürgschaft, weil dieser seine Vertragserklärung mit Schreiben vom 21. September 2016 wirksam widerrufen habe.

- 12 Der Beklagte, der bei Abschluss des Bürgschaftsvertrags als Verbraucher im Sinne des § 13 BGB gehandelt habe, habe die Forderung der Klägerin vor Ausübung des Widerrufsrechts nicht anerkannt. Das Widerrufsrecht sei danach nicht gemäß § 242 BGB verwirkt gewesen. Dem Beklagten habe auch ein Widerrufsrecht nach § 312 Abs. 1, § 312b Abs. 1 Nr. 1, § 312g Abs. 1 BGB zugestanden. Die Voraussetzungen des § 312 Abs. 1 BGB lägen vor. § 312 BGB diene der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU. Bei unionsrechtskonformer Auslegung der Norm habe der Bürgschaftsvertrag eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand. Diese sei darin zu sehen, dass der Unternehmer dem Hauptschuldner den durch die Bürgschaft gesicherten Kredit gewähre oder ein zur Rückzahlung fälliges Darlehen stunde. Der in § 312 Abs. 1 BGB verwendete Begriff des Entgelts sei aufgrund der Vorgaben der Verbraucherrechterichtlinie weit zu verstehen und beschränke sich nicht auf die Zahlung eines Geldbetrages; erfasst seien auch nicht pekuniäre Gegenleistungen des Verbrauchers, die - wie die Bürgschaft - einen Marktwert hätten.
- 13 Darüber hinaus habe der EuGH (Urteil vom 17. März 1998 - C 45/96) zu der Richtlinie 85/577/EWG bereits entschieden, dass ein Bürgschaftsvertrag grundsätzlich unter die Richtlinie fallen könne. Soweit der EuGH die Anwendbarkeit der Richtlinie auf Bürgschaften beschränkt habe, die eine Schuld absicherten, die ebenfalls von einem Verbraucher in einer Haustürsituation begründet worden sei, gelte dies nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht für das deutsche Recht. An dieser Rechtsprechung könne festgehalten werden. Zwar habe die Verbraucherrechterichtlinie - anders als die Richtlinie 85/577/EWG - eine Vollharmonisierung zum Ziel. Sie sei dafür aber weiter formuliert und belasse den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, für Verträge, die nicht in ihren Anwendungsbereich fielen, der Richtlinie entsprechende nationale Rechtsvorschriften beizubehalten oder einzuführen. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stehe ferner in Einklang mit den Gesetzesmaterialien zu

§ 312 BGB; diese enthielten keinen Hinweis darauf, dass mit der Neufassung der Vorschrift die Bürgschaft oder andere Sicherungsgeschäfte vom Widerrufsrecht hätten ausgeschlossen werden sollen.

II.

14 Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung nicht stand. Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerhaft angenommen, dass der Beklagte seine zum Abschluss des Bürgschaftsvertrages führende Willenserklärung vom 22. Dezember 2015 gemäß § 355 BGB i.V.m. § 312b Abs. 1, § 312g Abs. 1 BGB wirksam widerrufen hat.

15 1. Das Widerrufsrecht nach § 355 BGB i.V.m. § 312b Abs. 1, § 312g Abs. 1 BGB setzt gemäß § 312 Abs. 1 BGB einen Verbrauchervertrag (§ 310 Abs. 3 BGB) voraus, der eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand hat. Erforderlich ist, dass der Unternehmer aufgrund eines Verbrauchervertrages die vertragscharakteristische Leistung zu erbringen hat. Diese Voraussetzungen eines Widerrufsrechts erfüllen Bürgschaften nicht.

16 a) Entgegen der früheren Rechtsprechung zu § 1 HWiG bzw. § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB in der bis zum 12. Juni 2014 geltenden Fassung (im Folgenden: aF) genügt für die Anwendbarkeit der §§ 312b, 312g BGB nicht, dass der Bürge sein Leistungsversprechen in der dem Gegner erkennbaren Erwartung abgibt, ihm selbst oder einem bestimmten Dritten werde daraus irgendein Vorteil erwachsen. Diese Betrachtungsweise vermochte zwar das nach § 1 HWiG bzw. nach § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB aF erforderliche Tatbestandsmerkmal eines Vertrages über eine entgeltliche Leistung zu begründen. Dieser Begriff wurde in dem weiten Sinne ausgelegt, dass er auch eine

Bürgschaft erfasst, die vom Verbraucher übernommen wird, damit der Gläubiger dem Hauptschuldner ein Darlehen gewährt oder belässt (Senatsurteile vom 9. März 1993 - XI ZR 179/92, WM 1993, 683, 684 und vom 26. September 1995 - XI ZR 199/94, BGHZ 131, 1, 4; vgl. BGH, Urteil vom 17. Mai 2017 - VIII ZR 29/16, NJW 2017, 2823 Rn. 13; Federlin in: Kümpel/Mülbert/Früh/Seyfried, Bank- und Kapitalmarktrecht, 5. Aufl., Kreditsicherung Rn. 8.92). Hiervon abweichend setzt § 312 Abs. 1 BGB in seiner ab dem 13. Juni 2014 geltenden Fassung voraus, dass der Unternehmer gegen ein vereinbartes Entgelt des Verbrauchers die vertragscharakteristische Leistung erbringt. Eine entgeltliche Leistung des Verbrauchers unterfällt der Vorschrift nach ihrem eindeutigen Wortlaut nicht (von Loewenich, WM 2015, 113 f.; Kehl, WM 2018, 2018, 2022; Schinkels, WM 2017, 113 f.; Hölldampf in Assmann/Schütze/Buck-Heeb, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 5. Aufl., § 4 Rn. 13; Bülow/Artz, Verbraucherprivatrecht, 6. Aufl., Rn. 224; MünchKommBGB/Wendehorst, 8. Aufl., § 312 Rn. 28; Erman/Koch, BGB, 16. Aufl., § 312 Rn. 8; BeckOGK/Busch, BGB, Stand: 15. Juli 2020, § 312 Rn. 12; vgl. Staudinger/Thüsing, BGB, Neubearbeitung 2019, § 312 Rn. 8; Nobbe in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 91 Rn. 46; a.A. Palandt/Grüneberg, BGB, 79. Aufl., § 312 Rn. 5; Ganter in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 90 Rn. 398e).

- 17 b) Soweit anknüpfend an die frühere Rechtsprechung zu § 1 HWiG und § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB aF teilweise vertreten wird, die Bürgschaft könne als gegenseitiger Vertrag in dem Sinne ausgestaltet werden, dass die Übernahme der Bürgschaft die Gegenleistung für eine vom Gläubiger zu erbringende Leistung bildet (Erman/Koch, BGB, 16. Aufl., § 312 Rn. 15; vgl. MünchKommBGB/Wendehorst, 8. Aufl., § 312 Rn. 34), muss die entgeltliche Leistung des Unternehmers aus dem Verbrauchervertrag, für welchen das Widerrufsrecht nach § 355 BGB i.V.m. § 312g Abs. 1 BGB in Anspruch genommen wird,

geschuldet werden. Dies ergibt sich aus § 312 Abs. 1 BGB, der einen Verbrauchervertrag nach § 310 Abs. 3 BGB als Rechtsgrund für die Leistung voraussetzt. Dass die Leistung des Unternehmers aufgrund eines separaten, nicht dem § 310 Abs. 3 BGB unterfallenden Vertrags an einen Dritten erbracht wird, reicht danach nicht (vgl. BT-Drucks. 17/13951, S. 72; Meier, ZIP 2015, 1156, 1159; Kropf, WM 2015, 1699, 1702; a.A. Erman/Koch, BGB, 16. Aufl., § 312 Rn. 19; Staudinger/Thüsing, BGB, Neubearbeitung 2019, § 312 Rn. 7, 9; BeckOGK/Busch, BGB, Stand: 15. Juli 2020, § 312 Rn. 18 f.; Hoffmann, ZIP 2015, 1365, 1369; Maume, NJW 2016, 1041, 1042).

18 c) Auch die grundsätzliche Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB auf Verträge über Finanzdienstleistungen führt nicht zu einem Widerrufsrecht des Beklagten. Bürgschaften oder sonstige Kreditsicherheiten von Verbrauchern werden von dem in § 312 Abs. 5 Satz 1 BGB legal definierten Begriff der Finanzdienstleistung nicht erfasst. Der Begriff hat durch die Novellierung der §§ 312 ff. BGB, wie der Gesetzgeber klargestellt hat (BT-Drucks. 17/12637, S. 49), keine Änderung erfahren, sondern entspricht § 312b Abs. 1 Satz 2 BGB aF (Kropf, WM 2015, 1699, 1704). Danach muss - in Übereinstimmung mit § 312 Abs. 1 BGB - die vertragsspezifische Leistung durch den Unternehmer erbracht werden und der Verbraucher Berechtigter aus dem Vertrag sein (BGH, Urteil vom 12. November 2015 - I ZR 168/14, WM 2016, 968 Rn. 30; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 9. Aufl., I. Bürgschaft, Rn. 935).

19 d) Das Widerrufsrecht nach § 355 BGB i.V.m. § 312b Abs. 1, § 312g Abs. 1 BGB kann nicht aus Schutzzweckerwägungen im Wege einer Analogie auf außerhalb von Geschäftsräumen gestellte Verbraucherbürgschaften ausgeweitet werden. Es fehlt an einer planwidrigen Unvollständigkeit der gesetzlichen Regelung (von Loewenich, WM 2016, 2011, 2015 f.; Meier, ZIP 2015, 1156, 1159; Stackmann, NJW 2014, 2403; Kehl, WM 2018, 2018, 2022, 2027;

Bülow/Artz, Verbraucherprivatrecht, 6. Aufl., Rn. 224; vgl. BAG, BAGE 165, 315 Rn. 29; a.A. Schürnbrand, WM 2014, 1157, 1160; MünchKommBGB/Wendehorst, 8. Aufl., § 312 Rn. 35; Erman/Koch, BGB, 16. Aufl., § 312 Rn. 9; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 9. Aufl., I. Bürgschaft Rn. 934b).

20 aa) Der Gesetzgeber wollte mit der Neuregelung der §§ 312 ff. BGB durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20. September 2013 (BGBl. I 2013, S. 3642) ausschließlich Verbraucherverträge erfassen, die als Austauschvertrag mit einer Gegenleistungspflicht des Verbrauchers ausgestaltet sind. Dies folgt aus der Begründung des Gesetzentwurfs. Danach sollte ein Verbrauchervertrag nur dann § 312 Abs. 1 BGB unterfallen, wenn sich der Unternehmer (§ 14) zur Lieferung einer Ware oder Erbringung einer Dienstleistung und der Verbraucher (§ 13) zur Erbringung eines Entgelts verpflichtet, wobei sich das Merkmal des Entgelts nicht auf die Zahlung eines Geldbetrages beschränkte, sondern auch sonstige Leistungen des Verbrauchers einbezog (BT-Drucks. 17/13951, S. 72; vgl. BAG, BAGE 165, 315 Rn. 18 ff., 28; Nobbe in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 91 Rn. 46).

21 Verträge, in denen der Verbraucher die für den Vertragstypus charakteristische Leistung schuldet, sollten demgegenüber ebenso wenig erfasst werden (BT-Drucks. 17/12637, S. 45; BT-Drucks. 17/13951, S. 72; BR-Drucks. 817/12, S. 73; vgl. Hölldampf in Assmann/Schütze/Buck-Heeb, Handbuch des Kapitalanlagerechts, 5. Aufl., § 4 Rn. 13; Kropf, WM 2015, 1699, 1702; a.A. Schürnbrand, WM 2014, 1157, 1160) wie unentgeltliche Verbraucherverträge (BT-Drucks. 17/13951, S. 71 f.; vgl. Antrag der Fraktion Bündnis90/Die Grünen, BT-Drucks. 17/13967, S. 2; Plenarprotokoll 17/247).

22 bb) Dass der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 312 Abs. 1 BGB die höchstrichterliche Rechtsprechung zu § 1 HWiG bzw. § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB aF übersehen und ein "gesetzgeberischer Wille zur Tilgung dieses Rechtsstandes" (Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 9. Aufl., I. Bürgschaft Rn. 934b; vgl. Schinkels, WM 2017, 113, 119) nicht vorgelegen hat, ist gleichfalls nicht erkennbar.

23 Die Diskussion über die Widerruflichkeit von Bürgschaften war aufgrund der Entscheidung des EuGH vom 17. März 1998 (C-45/96, "Dietzinger", Slg. 1998, I-1199), die einen jahrelangen Meinungsstreit in Rechtsprechung und Literatur nach sich zog (Kehl, WM 2018, 2018, 2027), allgemein bekannt. Zudem ist der Gesetzgeber während des Gesetzgebungsverfahrens ausdrücklich auf die Gefahr einer Wiederholung dieser Diskussion für den Fall hingewiesen worden, dass das Gesetz eine entgeltliche Leistung des Unternehmers als Vertragsgegenstand des Verbrauchervertrages fordere (Schmidt-Kessel, Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, S. 27 f.; vgl. Hoffmann, ZIP 2015, 1365, 1368; Kehl, aaO). Der Gesetzgeber hat dies bei der Neufassung des § 312 Abs. 1 BGB nicht zum Anlass genommen, das Widerrufsrecht auf den einseitig den Verbraucher verpflichtenden Bürgschaftsvertrag zu erstrecken (vgl. Senatsurteil vom 3. Juli 2018 - XI ZR 702/16, WM 2018, 1601 Rn. 14). Dabei war dem Gesetzgeber bewusst, dass Art. 4 der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44 des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates in der bis zum 6. Januar 2020 maßgeblichen Fassung (ABl. L 304 vom 22. November 2011, S. 64; im Folgenden: Richtlinie 2011/83/EU) grundsätzlich

die Möglichkeit eröffnete, die Richtlinie auch auf von ihr nicht erfasste Verträge anzuwenden (BT-Drucks. 17/12637, S. 48; vgl. Kehl, aaO).

24 cc) Außerdem sind mit der Neufassung der §§ 312 ff. BGB ab dem 13. Juni 2014 die Vorschriften über das Widerrufsrecht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen, bei denen die Begrenzung des Anwendungsbereichs des § 312 Abs. 1 BGB der damaligen höchstrichterlichen Rechtsprechung entsprach, weitgehend vereinheitlicht worden (vgl. BT-Drucks. 17/12637, S. 2). Die Beschränkung des § 312 Abs. 1 BGB, wonach der Verbrauchervertrag eine entgeltliche Leistung des Unternehmers zum Gegenstand haben muss, betrifft damit sowohl Außergeschäftsraum- als auch Fernabsatzverträge. Dies entspricht der Systematik der Richtlinie 2011/83/EU, die den Anwendungsbereich der früheren Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (ABl. L 372 vom 31. Dezember 1985, S. 31; künftig: Richtlinie 85/577/EWG) sowie die Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. L 144 vom 4. Juni 1997, S. 19; künftig: Richtlinie 97/7/EG) zusammengeführt hat (Erwägungsgründe 1 f. sowie 32 der Richtlinie 2011/83/EU; vgl. BT-Drucks. 17/12637, S. 1).

25 Ein Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen bestand nach § 312b BGB aF ausschließlich für Verträge, an denen ein Unternehmer auf Seiten des Lieferers und ein Verbraucher auf Seiten des Abnehmers beteiligt war (BGH, Urteil vom 10. Dezember 2014 - VIII ZR 90/14, WM 2015, 403 Rn. 22; Kropf, WM 2015, 1699, 1701; von Loewenich, NJW 2014, 1409, 1410 f.). Nicht einbezogen waren Verträge, die allein die Lieferung von Waren durch Verbraucher betrafen. Dasselbe galt nach herrschender Ansicht für von Verbrauchern ge-

stellte Kreditsicherheiten einschließlich Bürgschaften (BGH, Urteil vom 12. November 2015 - I ZR 168/14, WM 2016, 968 Rn. 30; Nobbe in Schimansky/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 91 Rn. 48; Kropf, aaO). Angesichts der ausdrücklichen Bezugnahme des Gesetzgebers auf Art. 2 Nr. 5 und Nr. 6 der Richtlinie 2011/83/EU (BT-Drucks. 17/12637, S. 45) ist davon auszugehen, dass dieses für das Fernabsatzgeschäft maßgebliche Vertragsverständnis beibehalten und durch Aufnahme des § 312 Abs. 1 BGB künftig auf Außergeschäftsraumverträge erstreckt werden sollte (vgl. BGH, Urteil vom 10. Dezember 2014, aaO Rn. 23).

26 2. § 312 Abs. 1, § 312b Abs. 1, § 312g Abs. 1 BGB sind nicht aufgrund einer richtlinienkonformen Auslegung oder Rechtsfortbildung (vgl. hierzu BGH, Urteile vom 9. April 2002 - XI ZR 91/99, BGHZ 150, 248, 252, vom 26. November 2008 - VIII ZR 200/05, BGHZ 179, 27 Rn. 19 ff., vom 21. Dezember 2011 - VIII ZR 70/08, BGHZ 192, 148 Rn. 24 ff., vom 17. Oktober 2012 - VIII ZR 226/11, BGHZ 195, 135 Rn. 18 und vom 3. Juli 2018 - XI ZR 702/16, WM 2018, 1601 Rn. 13; Senatsbeschluss vom 19. März 2019 - XI ZR 44/18, WM 2019, 864 Rn. 16; EuGH, "Romano", WM 2019, 1919 Rn. 37 f.) auf Bürgschaftsverträge zu erstrecken. § 312 Abs. 1 BGB entspricht, soweit er eine Leistung eines Unternehmers als Gegenstand des Verbrauchervertrages voraussetzt, der Richtlinie 2011/83/EU (von Loewenich, WM 2015, 113, 114 ff.; ders., WM 2016, 2011, 2016; Schinkels, WM 2017, 113, 115, 118; Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 9. Aufl., I. Bürgschaft, Rn. 934b; a.A. Nobbe in Schimanski/Bunte/Lwowski, Bankrechts-Handbuch, 5. Aufl., § 91 Rn. 47; Schürnbrand, WM 2014, 1157, 1160; Wendehorst, NJW 2014, 577, 580; Brönneke/Schmidt, VuR 2014, 3; Hoffmann, ZIP 2015, 1365, 1369; Meier, ZIP 2015, 1156, 1161 ff.; Maume, NJW 2016, 1041, 1043; Kehl, WM 2018, 2018, 2025 f.; PWW/Stürner, BGB, 14. Aufl., § 312 Rn. 7).

27 Gegenteiliges lässt sich nicht aus Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2011/83/EU folgern (a.A. Hoffmann, ZIP 2015, 1365, 1366 ff.; MünchKommBGB/Habersack, 8. Aufl., Vor § 765 Rn. 10; BeckOGK/Busch, BGB, Stand: 15. Juli 2020, § 312 Rn. 13; Maume, NJW 2016, 1041, 1042). Zwar ist zutreffend, dass die in Art. 3 Abs. 1 Halbs. 2 aufgenommene Umschreibung "jegliche Verträge, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossen werden" - entsprechend § 310 Abs. 3 BGB - zunächst alle Verträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher ohne Rücksicht auf den Vertragsgegenstand erfasst. Die Richtlinie gilt für diese Verträge nach Art. 3 Abs. 1 Halbs. 1 aber nur unter den Bedingungen und in dem Umfang, wie sie in ihren Bestimmungen festgelegt sind (vgl. Schinkels, WM 2017, 113, 114). Das Widerrufsrecht für im Fernabsatz oder außerhalb von Geschäftsräumen abgeschlossene Verbraucherverträge ist in Art. 9 der Richtlinie geregelt. Nach Art. 9 Abs. 1 steht dem Verbraucher eine Frist zum Widerruf von 14 Tagen zu, wobei Art. 9 Abs. 2 das Ende der Widerrufsfrist für die vom Widerrufsrecht erfassten Verträge im Einzelnen festsetzt. Das Widerrufsrecht besteht danach bei Dienstleistungsverträgen im Sinne von Art. 2 Nr. 6, bei Kaufverträgen im Sinne von Art. 2 Nr. 5 sowie bei Verträgen über die Lieferung von Wasser, Gas oder Strom, wenn sie nicht in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge zum Verkauf angeboten werden, von Fernwärme (vgl. Erwägungsgrund 25) oder von digitalen Inhalten (vgl. Art. 2 Nr. 11), die nicht auf einem körperlichen Datenträger geliefert werden (vgl. Erwägungsgrund 19; von Loewenich, WM 2015, 113, 115; ders., WM 2016, 2011, 2014; Schinkels, aaO Rn. 116 f.).

28 Danach sind zwar Verträge über die Lieferung öffentlicher Versorgungsleistungen und über die Bereitstellung digitaler Inhalte im Vergleich zu den Vorgängerrichtlinien 85/577/EWG und 97/7/EG zusätzlich aufgenommen worden; diese Verträge sollten nicht als Kauf- oder Dienstleistungsverträge, sondern als eigenständige Vertragsarten behandelt werden (Erwägungsgrund 19; zur Histo-

rie dieser Ergänzungen vgl. von Loewenich, WM 2016, 2011, 2013). Einseitig den Verbraucher verpflichtende Verträge vermitteln nach Art. 3 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 9 Abs. 2 der Richtlinie 2011/83/EU aber nach wie vor grundsätzlich kein Widerrufsrecht; sie unterfallen nicht dem Anwendungsbereich der Richtlinie, da sie keine Leistung des Unternehmers zum Vertragsgegenstand haben (Bülow, Recht der Kreditsicherheiten, 9. Aufl., I. Bürgschaft, Rn. 934b; a.A. Hoffmann, ZIP 2015, 1365, 1368; Kehl, WM 2018, 2018, 2025).

29

Allein dieses Verständnis von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2011/83/EU entspricht auch ihrem Schutzzweck. Die Richtlinie zielt nicht darauf ab, sämtliche Verträge, in denen sich als Vertragspartner ein Verbraucher und ein Unternehmer gegenüberstehen, einzubeziehen (vgl. EuGH, "Asbeek Brusse und de Man Garabito", NJW 2013, 2579 Rn. 30 f.). Vielmehr liegt dem mit der Richtlinie geschaffenen Schutzsystem der Gedanke zugrunde, dass der Verbraucher sich bei Abschluss von Verträgen zu kommerziellen Zwecken in bestimmten Situationen gegenüber dem Unternehmer in einer geschwächten Verhandlungsposition befindet. Mit dem Widerrufsrecht zum Außergeschäftsraumvertrag sollte der Nachteil ausgeglichen werden, dass die Initiative zu den Vertragsverhandlungen in der Regel vom Gewerbetreibenden ausgeht und der Verbraucher auf die Verhandlungen außerhalb der Geschäftsräume des Gewerbetreibenden nicht vorbereitet ist oder psychisch unter Druck steht. Dies birgt die Gefahr, dass der Verbraucher Waren kauft oder Dienstleistungen in Anspruch nimmt, die er ansonsten nicht kaufen oder in Anspruch nehmen würde, beziehungsweise Verträge über Waren und Dienstleistungen zu überhöhten Preisen schließt, weil er keine Möglichkeit hat, Qualität und Preis des Angebots mit anderen Angeboten zu vergleichen (so schon Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 85/577/EWG; Erwägungsgrund 21 der Richtlinie 2011/83/EU; vgl. EuGH, "Verbraucherzentrale Berlin", WRP 2018, 1183, 1185 Rn. 36). Mit dem Widerrufsrecht zum Fernabsatzgeschäft wurde dem Verbraucher eine angemessene Bedenkzeit einge-

räumt, damit er die gekaufte Ware prüfen und ausprobieren bzw. die Eigenschaften der Dienstleistung zur Kenntnis nehmen kann (Erwägungsgrund 37 und 47 der Richtlinie 2011/83/EU; EuGH, "slewo", NJW 2019, 1507 Rn. 33; BGH, Urteil vom 12. November 2015 - I ZR 168/14, WM 2016, 968 Rn. 30). Alle Überlegungen stellen danach auf eine Leistung des Unternehmers ab. Hieran knüpfen die Informationspflichten des Unternehmers nach Art. 6 und die Pflichten des Verbrauchers nach Art. 14 der Richtlinie an (vgl. Erwägungsgrund 34 zur Richtlinie 2011/83/EU); die Regelungen gehen ebenfalls von einer Verpflichtung des Unternehmers zur Lieferung von Waren, Erbringung von Dienstleistungen oder Lieferung von Versorgungsleistungen aus (vgl. Schinkels, WM 2017, 113, 114 f.).

30 3. Für eine Anrufung des EuGH nach Art. 267 AEUV besteht kein Anlass (a.A. Palandt/Grüneberg, BGB, 79. Aufl., § 312 Rn. 5; BeckOGK/Busch, BGB, Stand: 15. Juli 2020, § 312 Rn. 19.1; Kehl, WM 2018, 2018, 2027 f.; Schinkels, WM 2017, 113, 118 f.).

31 Entscheidungserhebliche Fragen des Unionsrechts stellen sich nicht. Die Frage, ob die Richtlinie 2011/83/EU - entsprechend § 312 Abs. 1 BGB - eine Leistung des Unternehmers voraussetzt, ist angesichts des Wortlauts, der Regelungssystematik und des Regelungszwecks der Richtlinie ohne weiteres zu beantworten, so dass für Zweifel kein Raum bleibt ("acte clair", vgl. EuGH, Slg. 1982, 3415 Rn. 16, "C.I.L.F.I.T."; Slg. 2005, I-8151 Rn. 33, "Intermodal Transports"; BVerfG, WM 2015, 525, 526; Senatsurteile vom 22. Mai 2012 - XI ZR 290/11, BGHZ 193, 238 Rn. 33, vom 27. November 2012 - XI ZR 439/11, BGHZ 195, 375 Rn. 27 ff., vom 17. Dezember 2013 - XI ZR 66/13, BGHZ 199, 281 Rn. 20, vom 12. September 2017 - XI ZR 590/15, WM 2017, 2013 Rn. 36 und vom 18. Juni 2019 - XI ZR 768/17, BGHZ 222, 240 Rn. 69).

III.

32 Die angegriffene Entscheidung war danach aufzuheben und, da der Senat nicht in der Sache selbst entscheiden kann (§ 563 Abs. 3 ZPO), an das Berufungsgericht zurückzuverweisen.

33 Das Berufungsgericht hat sich aus seiner Sicht folgerichtig bislang nicht mit den im Schriftsatz vom 15. Dezember 2017 vorgetragenen Einwendungen des Beklagten u.a. gegen die Wirksamkeit des Bürgschaftsvertrages und der Kündigung des Kredites befasst. Auf diese Einwendungen hatte der Beklagte sowohl in der Berufungsbegründung vom 18. Juni 2018 als auch im Schriftsatz vom 13. November 2018 Bezug genommen. Dass das Landgericht das Tatsachenvorbringen des Beklagten in dem nach Schluss der mündlichen Verhandlung eingereichten Schriftsatz gemäß § 296a ZPO nicht berücksichtigt hat, stand einer Wiederholung des Vorbringens in zweiter Instanz nicht entgegen. Es ist in diesem Fall als neues Vorbringen nach §§ 529, 531 ZPO zu beurteilen (MünchKommZPO/Prütting, 6. Aufl., § 296a Rn. 9; Zöllner, ZPO, 33. Aufl., § 296a Rn. 3). Dem Senat ist eine Prüfung, ob Gründe für die Zulassung des von der Klägerin in erster Instanz bereits bestrittenen Vortrags gemäß § 531 Abs. 2 ZPO vorliegen, verwehrt. Diese Prüfung obliegt - wie auch die im Falle der Zulassung des Vortrags zu treffenden Feststellungen - dem Berufungsgericht (BGH, Urteile vom 22. Februar 2006 - IV ZR 56/05, BGHZ 166, 227

Rn. 12 ff., vom 22. Mai 2012 - II ZR 233/10, WM 2012, 1620 Rn. 25 und vom 11. Juni 2015 - I ZR 226/13, WRP 2016, 35 Rn. 40; BGH, Beschluss vom 21. März 2013 - VII ZR 58/12, NJW-RR 2013, 655 Rn. 11).

Ellenberger

Joeres

Matthias

Menges

Schild von Spannenberg

Vorinstanzen:

LG Hamburg, Entscheidung vom 29.03.2018 - 333 O 57/17 -

OLG Hamburg, Entscheidung vom 26.04.2019 - 13 U 51/18 -