

Aufsätze

Volker Rieble*)/Steffen Klumpp**)

Widerrufsrecht des Arbeitnehmer-Verbrauchers?

Die Schuldrechtsreform bereitet Spannung, insbesondere durch das Überstülpen des BGB-Korsetts auf das Arbeitsrecht. Während die AGB-Kontrolle durch die arbeitsrechtlichen Besonderheiten des § 310 Abs. 4 BGB einen Notfallschirm bereithält, prallt das sonstige Verbraucherschutzrecht ungeschützt auf die arbeitsrechtlichen Schutzsysteme, was immense Probleme aufwirft – vor allem für die Verbrauchereigenschaft und das daraus abgeleitete umfassende Widerrufsrecht des Arbeitnehmers bei Aufhebungs-, aber auch Änderungsverträgen.

I. Fragestellung und praktische Folgen

Ist der Arbeitnehmer Verbraucher - genauer: Hat er "als Arbeitnehmer" Verbraucherrechte? Diese Frage war bislang von Interesse nicht für das eigentliche Arbeitsverhältnis, sondern nur für solche Konsumentengeschäfte, die vom Arbeitnehmer mit dem Arbeitgeber mit Rücksicht auf das Arbeitsverhältnis abgeschlossen worden sind, vom Jahreswagenkauf über das Arbeitgeberdarlehen bis hin zur Werkmietwohnung.1) Die Einfügung der Verbraucher-Legaldefinition des § 13 BGB durch das Fernabsatzgesetz vom 27. 6. 2000 (BGBl I, 897) ist aus arbeitsrechtlicher Sicht praktisch unbemerkt geblieben.²⁾ Schon damals hätte man an das Haustürwiderrufsgesetz für Arbeitnehmer denken können.3) Die Schuldrechtsmodernisierung,4) genauer: erstens die Einbettung des Verbraucherschutzrechtes ins BGB und zweitens die in letzter Minute im Gesetzgebungsverfahren noch vorgenommene Einbindung auch des Arbeits(vertrags)rechts insbesondere in die AGB-Kontrolle, hat die Frage nach dem Arbeitnehmer-Verbraucherstatus viruNach § 13 BGB ist Verbraucher eine natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann – wobei diese Eigenschaft allein noch keine Rechtsfolgen zeitigt. Solche werden erst durch die einzelnen verbraucherschützenden Regelungen ausgelöst – dabei ist wesentlicher Baustein des Verbraucherschutzes § 312 BGB, der dem Verbraucher bei sog. Haustürgeschäften ein Widerrufsrecht gemäß § 355 BGB einräumt.⁶⁾

Hier wird es interessant: Ist der Arbeitnehmer als solcher Verbraucher, dann könnte er nach Abschluss eines Aufhebungsvertrages an seinem Arbeitsplatz ein gesetzliches Widerrufsrecht haben.⁷⁾ Denn nach § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB besteht ein Widerrufsrecht bei Verträgen, durch die der Verbrau-

lent gemacht. Der bis zum 31.12.2001 vor allem in verschiedenen Nebengesetzen⁵⁾ geregelte Verbraucherschutz wurde in das BGB aufgenommen, so dass sein Anwendungsbereich größer geworden sein könnte.

Dazu etwa Kania, Nichtarbeitsrechtliche Beziehungen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer, 1990; Rieble, Arbeitsmarkt und Wettbewerb, 1996, Rz. 544 ff.

²⁾ Siehe etwa *Palandt/Heinrichs*, BGB, 61. Aufl., 2002, § 13 Rz. 3: Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers, soweit er Berufsbedarf erwirbt; *Bülow/Artz*, NJW 2000, 2049, 2050: pauschale Zuweisung des Verbraucherstatus an den "Arbeitnehmer, der zu abhängig-beruflichen Zwecken handelt".

³⁾ Einsam schon zuvor: Stephan Lorenz, JZ 1997, 277.

⁴⁾ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11. 2001, BGBl I, 3138.

⁵⁾ Verbraucherkreditgesetz v. 17.12.1990, BGBl I, 2840; Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften v. 16.1.1986, BGBl I, 122; Gesetz über die Veräußerung von Teilnutzungsrechten an Wohngebäuden v. 20.12.1996, BGBl I, 2154; Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen v. 9.12.1976, BGBl I, 3317; Fernabsatzgesetz v. 27. 6. 2000, BGBl I, 1139.

⁶⁾ Weitere verbraucherschützende Vorschriften: §§ 241a, 312b, 474 ff., 481 ff., 491 ff., 661a BGB.

⁷⁾ So Schuster, AiB 2002, 274, 275.

^{*)} Dr. iur., Universitätsprofessor in Mannheim

^{**)} Dr. iur., Rechtsreferendar in Mannheim

cher aufgrund mündlicher Verhandlungen am Arbeitsplatz bestimmt worden ist. Hat der Arbeitgeber den Arbeitnehmer – was häufig der Fall sein dürfte – im Betrieb und damit an seinem Arbeitsplatz auf den Abschluss eines Aufhebungsvertrages angesprochen und ist dieser dann am Arbeitsplatz zustande gekommen, könnte § 312 Abs. 1 BGB greifen. Darüber hinaus ist die Einordnung des Arbeitnehmers als Verbraucher auch noch an anderer Stelle von Bedeutung, nämlich bei der Feststellung des richtigen Verzugszinssatzes, § 288 Abs. 1 und 2 BGB – bei Rechtsgeschäften, bei denen kein Verbraucher beteiligt ist, beträgt der Verzugszinssatz 8 % über dem Basiszinssatz –, sowie bei der Erleichterung der Einbeziehung von AGB, § 310 Abs. 3 BGB – sie gelten im Verbrauchervertrag im Zweifel als vom Unternehmer gestellt.

Vor allem bei Aufhebungs- und Änderungsverträgen wären die praktischen Folgen groß: Der Aufhebungsvertrag führt wesentlich unaufwendiger zur Lösung eines Arbeitsverhältnisses als die Kündigung des Arbeitgebers, insbesondere wenn diese nach den Regelungen des KSchG zu prüfen ist. Dementsprechend häufig werden Aufhebungsverträge geschlossen.8) Geht man nun davon aus, dass der Arbeitnehmer ein Widerrufsrecht seiner zum Aufhebungsvertrag gegebenen Willenserklärung hat, so führte dies zu Unwägbarkeiten für den Arbeitgeber. Hat dieser keine oder eine fehlerhafte Widerrufsbelehrung gegeben, kann es - insbesondere, wenn mehrere solcher Aufhebungsverträge abgeschlossen und dann widerrufen werden - zu Überraschungen kommen: Ist der Aufhebungsvertrag wirksam widerrufen, hat der Arbeitgeber "plötzlich" wieder eine erhöhte Anzahl von Arbeitnehmern. In den Fällen der mangelhaften Belehrung ist das Widerrufsrecht nunmehr an keine Frist mehr gebunden, § 355 Abs. 3 Satz 3 BGB⁹⁾ – seine Ausübung wird dann lediglich durch § 242 BGB begrenzt, so dass sich die Gerichte um den Zeithorizont für die Verwirkung kümmern dürfen.

Diesem Widerrufsrisiko des Arbeitgebers gegenüber steht das Interesse des Arbeitnehmers, nicht vom Arbeitgeber am Arbeitsplatz zum Abschluss eines Aufhebungsvertrages gedrängt oder überrumpelt zu werden. Ein Widerrufsrecht führte dazu, dass dem Arbeitnehmer noch eine – mindestens zweiwöchige, § 355 Abs. 1 BGB – Überlegensfrist eingeräumt und so das Risiko der Überrumpelung gemindert würde.

Das BAG hat bisher eine solche Widerrufsmöglichkeit des Arbeitnehmers bei Abschluss eines Aufhebungsvertrages mit der Begründung abgelehnt, hierfür gebe es keine gesetzliche Grundlage – weder ausdrücklich noch aus § 242 BGB.¹⁰⁾ Der durch die Modernisierung des Schuldrechts in das BGB neu aufgenommene § 312 BGB könnte nun diese geforderte gesetzliche Grundlage für ein Widerrufsrecht des Arbeitnehmers bei Abschluss eines Aufhebungsvertragsvertrages am Arbeitsplatz sein. Voraussetzung ist jedoch, dass der Arbeitnehmer Verbraucher im Sinne der §§ 13, 312 BGB ist.

Das Folgeproblem des Widerrufes ist bislang noch kaum beachtet: Nur selten wird der Arbeitsplatz des Arbeitnehmers nach seinem Aufhebungsvertrag noch frei sein. Entweder dient der Aufhebungsvertrag dem Arbeitsplatzabbau, oder es ist inzwischen ein anderer Arbeitnehmer eingestellt worden. Im einen wie im anderen Falle löst der Widerspruch des Arbeitnehmers und seine Rückkehr in den Betrieb dort dann einen Personalüberhang aus, ganz ähnlich wie beim Widerspruchsrecht des Arbeitnehmers im Zuge eines Betriebsübergangs nach § 613a Abs. 6 BGB.¹¹⁾ Das heißt: Der Widerspruch des Arbeitnehmers geht letztlich nicht zu Lasten des Arbeitgebers, sondern führt dazu, dass entweder gerade dieser Arbeitnehmer oder aber ein anderer gekündigt wird.

Noch interessanter wird es, wenn der Arbeitnehmer durch einen Änderungsvertrag – etwa eine Beförderung, aber auch einen Bereichswechsel – eine neue Tätigkeit als Aufgabe erhält. Werden dort Arbeitsplätze abgebaut, mag es für den Arbeitnehmer interessant sein, den Änderungsvertrag wegen fehlender Widerrufsbelehrung zu widerrufen, damit aus der Sozialauswahl auszuscheiden und am bisherigen Arbeitsbereich einen anderen Kollegen zu verdrängen. So würde dann über den Widerruf "doch noch" die vertikale Sozialauswahl erlaubt.¹²⁾ Denjenigen, die Arbeitsrecht immer nur als Arbeitnehmerschutzrecht begreifen, müsste das zu denken geben. Auch ließe sich die Sozialauswahl so unter Umständen ganz flexibel handhaben, etwa wenn der Arbeitgeber mit widerrufsberechtigten Arbeitnehmern solches abspricht.

Arbeitsrechtlich ist zusätzlich zu beachten, dass das Widerrufsrecht als Rückkehrrecht nur praktisch werden kann, wenn der Aufhebungsvertrag selbst die Beendigung des Arbeitsverhältnisses anordnet, so dass der Widerruf eben diese gewollte Rechtsfolge hindern kann. Schließen die Parteien hingegen einen so genannten "Abwicklungsvertrag", der die Beendigung des Arbeitsverhältnisses durch Arbeitgeberkündigung vorsieht und den Verzicht des Arbeitnehmers auf die Kündigungsschutzklage, so besorgt die Kündigung des Arbeitgebers die Beendigung des Arbeitsverhältnisses. Der Widerruf des Arbeitnehmers hilft für sich genommen nicht. Der Arbeitnehmer muss innerhalb von drei Wochen Kündigungsschutzklage erheben. Dass er das aufgrund des womöglich widerrufbaren Abwicklungsvertrages unterlassen hat, rechtfertigt noch nicht einmal die materiell-rechtliche Wiedereinsetzung nach § 5 Abs. 1 KSchG.

II. Der "Verbraucherbegriff"

1. Ökonomischer Verbraucherbegriff

Ökonomisch ist der Arbeitnehmer als solcher kein Verbraucher. Denn er ist zunächst Dienstleister: "Der Arbeiter verkauft sich nicht als Person, er verkauft seine Leistung."¹³⁾ Die

⁸⁾ Vgl. hier die Ausführungen Schacht, Der Übereilungsschutz beim arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrag, 1999, S. 38 ff.

⁹⁾ Eingefügt durch Art. 25 des Gesetzes zur Änderung des Rechts der Vertretung durch Rechtsanwälte vor den Oberlandesgerichten (!) v. 23. 7. 2002, BGBl I, 2850 – die erste wichtige Korrektur des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes.

¹⁰⁾ BAG v. 30. 9. 1993 – 2 AZR 268/93, ZIP 1994, 1047 = AP Nr. 37 zu § 123 BGB = NZA 1994, 209, dazu EWiR 1994, 115 (v. Hoyningen-Huene).

¹¹⁾ Staudinger/Richardi/Annuß, BGB, 1999, § 613a Rz. 130; BAG v. 18. 3. 1999 – 8 AZR 190/98, ZIP 1999, 1537 = EzA § 1 KSchG Soziale Auswahl Nr. 40 = AP Nr 41 zu § 1 KSchG 1969 Soziale Auswahl = NZA 1999, 870, dazu EWiR 1999, 829 (Junker).

¹²⁾ Entgegen etwa BAG v. 17. 9. 1998 – 2 AZR 725/97, EzA § 1 KSchG Soziałe Auswahl Nr. 36 = AP Nr. 36 zu § 1 KSchG 1969 Soziałe Auswahl = NZA 1998, 1332 = DB 1998, 2534, dazu EWiR 1999, 271 (Krasshöfer).

¹³⁾ Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6. Aufl., 1990, S. 322.

Arbeitsleistung ist mithin Marktgegenstand, aber an die Person des Arbeitnehmers gebunden. 14) Insofern ist der Arbeitnehmer als Dienstleister zunächst Unternehmer, moderner: "Arbeitskraftunternehmer". Das heißt: Der Arbeitnehmer ist ökonomisch nicht nur kein Verbraucher, soweit er Arbeit anbietet, er ist auch dort kein Verbraucher, wo er Gegenstände nachfragt, die er für seine berufliche Tätigkeit benötigt - wie Arbeitskleidung, eigenes Werkzeug, einen Computer oder das eigene Fahrzeug des Außendienstmitarbeiters. Wegen der typischen Vertragsschwäche behandelt das Wirtschaftsrecht den Arbeitnehmer aber seit jeher nicht als Unternehmen - weder im kartellrechtlichen Sinne, noch im Sinne des UWG.15) Denn Arbeitnehmer erwirtschaften ihr Einkommen nicht derart frei, wie das Unternehmen tun. Dieser ökonomische Begriff hat für den juristischen Verbraucherbegriff insofern Bedeutung, als man aus dem Wort "Verbraucher" auf den Konsum schließen will, so dass auch der Arbeitnehmer stets nur als Nachfrager, nie aber als Anbieter Verbraucher sein kann. Dann hätte § 13 BGB die eher bescheidene Auswirkung, dass der Arbeitnehmer auch bei der Berufsbedarfsdeckung Verbraucherrechte genießt. 16)

In diese Richtung denkt vor allem *Henssler*: Der Arbeitnehmer trete im Verhältnis zum Arbeitgeber und bezogen auf die Arbeitsleistung als Nachfrager in Erscheinung. Als Anbieter der Dienstleistung am Arbeitsmarkt und als Gläubiger des Zahlungsanspruches füge er sich nicht in das Grundkonzept des Verbraucherschutzes ein.¹⁷⁾ In der Tat lässt sich für diese Deutung auch der Zweck des Verbraucherschutzes fruchtbar machen: Sämtliche Schutzrechte wollen den Verbraucher vor Ausgaben, also vor Zahlungsverpflichtungen für Konsum bewahren. Als Arbeitnehmer und namentlich mit Blick auf Aufhebungsverträge würde der Verbraucherschutz dem Arbeitnehmer aber die Einnahmeerzielung sichern.

Das ist vom Verbraucherschutzkonzept her gesehen in der Tat fragwürdig bis "uferlos", ¹⁸⁾ wiewohl entgegen *Henssler* Rechtsgeschäfte zwischen zwei Verbrauchern auch dann nicht dem Verbraucherschutz unterfallen können, wenn eine Seite evident schwächer ist. ¹⁹⁾ Die entscheidende Frage lautet: Hat sich der Gesetzgeber für diese Einnahmesicherung durch Verbraucherschutz wirklich entschieden?

Die ökonomische Sicht kehrt im Rahmen von § 312 BGB wieder: Dort nämlich setzt das Widerrufsrecht voraus, dass der Verbraucher einen Vertrag über eine "entgeltliche Leistung" abschließt. Geschützt werden soll der Verbraucher also nicht vor dem Bezug einer so nicht gewollten Leistung, sondern vor dem hierfür zu entrichtenden Preis. Dazu unten III 3.1.

2. Absoluter und relativer Verbraucherbegriff

Hängt man dem *absoluten* Verbraucherbegriff²⁰ an, so ist die Sache einfach: Wer Verbraucher ist, ergibt sich aus § 13 BGB, es muss "nur" subsumiert werden. Der Arbeitnehmer schließt Rechtsgeschäfte mit dem Arbeitgeber weder zu einem Zweck, der seiner gewerblichen, noch seiner selbstständigen beruflichen Tätigkeit dient. Folglich ist der Arbeitnehmer auch dann, wenn er Rechtsgeschäfte mit Bezug zu seinem Arbeitsverhältnis schließt, Verbraucher und alle verbraucherschützenden

Regelungen – der Arbeitgeber wird in der Regel Unternehmer nach § 14 BGB sein – fänden grundsätzlich auch auf diese Rechtsgeschäfte Anwendung. Für die Befürworter des absoluten Verbraucherbegriffes ergibt sich dieser auch aus den Materialien zur Schuldrechtsreform: Der Gesetzgeber habe dem Arbeitnehmer grundsätzlich den Verbraucherschutz gewähren wollen. ²¹⁾

Der absolute Verbraucherbegriff setzt die Geschlossenheit von § 13 BGB voraus: Jeder, der nicht Unternehmer sei, sei mithin Verbraucher, tertium non datur, jedenfalls nicht bei natürlichen Personen.

Anders bei Anwendung eines zweckbezogenen, relativen Verbraucherbegriffes.²²⁾ Ob eine natürliche Person bei Abschluss eines Rechtsgeschäftes Verbraucher ist und verbraucherschützende Regelungen anzuwenden sind, bestimmt sich dann nach Sinn und Zweck der jeweiligen, konkret anzuwendenden Regelung.²³⁾ Dem Arbeitnehmer losgelöst vom konkreten Rechtsgeschäft absoluten Verbraucherschutz angedeihen zu lassen, reicht über den europarechtlichen Verbraucherbegriff²⁴⁾ hinaus und steht dem ursprünglichen ökonomischen Wortsinn entgegen.²⁵⁾

3. Der regelungsbezogene, funktionale Verbraucherbegriff

Ein Verbraucherbegriff, der sich an der Funktion des Verbraucherschutzes orientiert, ist zu bevorzugen. Methodisch ist nach dem Zweck der konkreten verbraucherschützenden Regelung zu fragen und deren Anwendungsbereich entsprechend festzustellen.

3.1 Der Wortlaut des § 13 BGB

Die Legaldefinition des § 13 BGB gibt isoliert gesehen wenig her: Losgelöst vom einzelnen Rechtsgeschäft besagt sie nichts²⁶⁾ bzw. wenig: Ihr ist immerhin zu entnehmen, dass Bedarfsdeckungsgeschäfte des Arbeitnehmers (anders als die von Unternehmern) dem Verbraucherschutz unterfallen können.

Die Diskussion wird auch nicht dadurch einfacher, dass der Verbraucherbegriff auf nationaler wie europäischer Ebene ei-

- 14) Siehe von Mises, Stichwort: Arbeitsmarkt, HdSW I, 1956: "menschlichpersönliche Bindung des Marktgegenstandes Arbeitsleistung"; ähnlich Lujo Brentano, Arbeitergilden, Bd. 2, 1871/72, S. 6.: "In der absolut unlösbaren Verbindung der Arbeit und ihres Verkäufers besteht nicht nur ein gewichtiger Unterschied der Arbeit von allen anderen Waren, es besteht darin auch der einzige."
- 15) Siehe nur Rieble (Fußn. 1), Rz. 428 ff.
- 16) So in der Tat Palandt/Heinrichs (Fußn. 2), § 13 Rz. 3.
- 17) Henssler, RdA 2002, 129, 134.
- 18) Henssler, RdA 2002, 129, 134.
- 19) Henssler, RdA 2002, 129, 134.
- 20) Siehe Reinicke, DB 2002, 583; Däubler, NZA 2001, 1329; Gotthardt, Arbeitsrecht nach der Schuldrechtsreform, S. 77; Boemke, BB 2002, 96; Hümmerich/Holtbausen, NZA 2002, 174.
- 21) Hümmerich/Holthausen, NZA 2002, 174, 176.
- Siehe Bauer/Kock, DB 2002, 42; Berkowsky, AuA 2002, 11, 15 f
 ür die Anwendbarkeit des § 288 Abs. 2 BGB; Natzel, NZA 2002, 595.
- 23) Bauer/Kock, DB 2002, 42, 43.
- 24) Hierzu EuGH v. 22.11.2002 Rs C-541/99 und C-542/99, DB 2002, 264
- 25) Bauer/Kock, DB 2002, 42, 43.
- 26) Auch Tonner, BB 2000, 1413, 1414.

nerseits zentraler Ausgangspunkt des Verbraucherschutzrechtes ist, aber andererseits unterschiedlich weit gefasst ist.²⁷⁾ Schließt der europäische Verbraucherbegriff²⁸⁾ berufsbezogene Rechtsgeschäfte schlechthin nicht ein, so ist dies in § 13 BGB anders.

Die Gesetzgebungsgeschichte von § 13 BGB besagt wenig: Eingefügt wurden die §§ 13, 14 BGB nicht durch die Schuldrechtsreform, sondern durch Gesetz vom 27. 6. 2000²⁹⁾ – nachdem als Standort für die Verbraucherdefinition zunächst ein § 361a Abs. 3 BGB erwogen worden war,³⁰⁾ wurde nach Intervention des Rechtsausschusses die Stellung im Allgemeinen Teil bevorzugt.³¹⁾ Inhaltlich decken sich die Legaldefinitionen mit denen der §§ 24, 24a Abs. 1 AGBG, welche wiederum aus der Umsetzung der Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 5. 4. 1993³²⁾ resultieren. Von einer Gleichstellung von Arbeitnehmer und Verbraucher ist nicht die Rede. Im Gegenteil: Die Herkunft der Definition aus dem AGBG ist ein Indiz dafür, dass solche gerade nicht umfasst werden sollten. Damals galt noch die Bereichsausnahme des § 23 AGBG.

Auch der deutsche Gesetzgeber definiert den Verbraucher uneinheitlich. Art. 29 EGBGB sieht Verbraucher – im Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben – beschränkt auf erstens den Verbrauch ("Lieferung beweglicher Sachen oder Erbringung von Dienstleistungen" an den berechtigten Verbraucher) und zweitens den privaten Verbrauch, also unter Herausnahme des berufsbezogenen Bedarfs – auch des Arbeitnehmers. ³³⁾ Das lässt sich auch nicht damit erklären, dass für Arbeitnehmer mit Art. 30 EGBGB eine eigene IPR-Anknüpfung gefunden ist. Denn Art. 29 EGBGB bezieht noch nicht einmal die Geschäfte des Arbeitnehmers zur Deckung des Arbeitsbedarfes mit ein. Mit der Analyse von Legaldefinitionen kommt man nicht weiter. Sie ist dem absoluten Verbraucherbegriff nur zerbrechliche Stütze.

Wer das begriffliche Spiel mag, muss es zudem bis zum Ende spielen: Wenn Arbeitnehmer Verbraucher sind, hat das Konsequenzen für Gewerkschaften. Einerseits wären Gewerkschaften dann Verbraucherverbände, wie das der Gesetzgeber so ernstlich wie irrig meinte³⁴⁾ und weswegen er mit § 15 UKlaG dann doch wieder die Unterlassungsklage aus dem Arbeitsrecht fern hält. Letzteres weist wiederum auf die fehlende Systematik hin, was dem absoluten Verbraucherbegriff einmal mehr den Argumentationsboden entzieht: Denn wenn im Arbeitsleben wirklich Verbraucherschutz vonnöten wäre, dann bräuchte es doch auch die Verbandsklage nicht nur gegen unzulässige Allgemeine Arbeitsbedingungen (§ 1 UKlaG), sondern gerade auch gegen unzureichende Widerrufsbelehrungen. Zudem ist eine weitere Folge zu bedenken: Wer Arbeitnehmer für umfassend verbraucherschutzrechtlich schutzbedürftig hält, kann ebenso gut die Gewerkschaften mit Blick auf ihr Leistungspaket (Rechtsschutz, Tarifbetreuung) für Unternehmen halten: Denn wer nicht Verbraucher ist, ist dann so der (unzulässige) Umkehrschluss - Unternehmen. Das hätte die hübsche Folge, dass die am Arbeitsplatz geworbenen Gewerkschaftsmitglieder ihre Mitgliedschaft durch Widerruf nachträglich angreifen können - mit Beitragserstattung nach §§ 355, 357 Abs. 1 Satz 1, § 346 Satz 1 BGB. 35) Wer will dies?

3.2 Die gesetzgeberische Absicht

Die These, der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform hätte Verbraucher und Arbeitnehmer bewusst gleichsetzen wollen, entbehrt einer soliden Grundlage. Dass der Gesetzgeber die rechtliche Beziehung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer immer auch unter verbraucherschützenden Gesichtspunkten sehen wollte, geben die Materialien zur Schuldrechtsmodernisierung nicht her. Wenn Hümmerich/Holthausen³⁶⁾ dies aus einer beiläufigen Äußerung in den Materialien zu § 474 BGB³⁷⁾ dem Verbrauchsgüterkauf – schließen, so geht dieser induktive Schluss zu weit. Denn die besagte Stelle in der Begründung des Regierungsentwurfes bezieht sich nur auf § 474 BGB und bringt eben dies deutlich zum Ausdruck:38) Es geht um die Frage, ob die §§ 474 ff. BGB auch anwendbar sind, wenn Arbeitgeber und Arbeitnehmer einen Kaufvertrag über Verbrauchsgüter schließen, 39) es geht also um den Personaleinkauf des Arbeitnehmers als "Begleitgeschäft" zum Arbeitsverhältnis (oben Fußn. 1). Der Arbeitnehmer, der Verbrauchsgüter vom Arbeitgeber kauft (Jahreswagen), ist Konsument; insofern geht es regelmäßig noch nicht einmal um Bedarfsdeckung für die berufliche Tätigkeit, sondern nur um privaten Konsum. 40)

Die Abschaffung der Bereichsausnahme des § 23 Abs. 1 AGBG lässt nicht auf den absoluten Verbraucherbegriff schließen. Die Klauselkontrolle der §§ 307 ff. BGB (der früheren §§ 9 ff. AGBG) ist zwar faktisch ohne Zweifel verbraucherschützend, dient aber nicht ausschließlich dem Verbraucherschutz. AGB werden immer schon auch zwischen Kaufleuten kontrolliert, weil Grundgedanke ist, dass das einseitige Durchsetzen vorformulierter Vertragsbedingungen auf ein kontrollbedürftiges Übergewicht in der Vertragsgestaltungsmacht schließen lässt. Und dementsprechend gilt für die AGB-

- 27) Zur "überschießenden Umsetzung" Roth, JZ 2001, 475, 482; wobei die Ausweitung des Verbraucherbegriffes europabezogen zur Uneinheitlichkeit führt, vgl. Roth, ebd., 482, mit Hinweis auf EuGH v. 17. 7. 1997, Rs C- 28/95, Slg. 1997, I-4161 Leur-Bloem.
- 28) Vgl. hierzu auch *Pfeiffer*, in: Schulte-Nölke/Schulze, Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte, 1999, S. 21 ff.; zur Entwicklung des europäischen Verbraucherschutzes siehe auch *Zerres*, JA 2002, 166.
- 29) Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf den Euro, BGBl 2000 I, 897.
- 30) Siehe Regierungsentwurf v. 9. 2. 2000, BT-Drucks. 14/2658.
- 31) Siehe Bericht des Rechtsausschusses v. 12. 4. 2000, BT-Drucks. 14/3195.
- 32) RiLi 93/13/EWG.
- 33) Zu Art. 29 EGBGB auch Tonner, BB 2000, 1413, 1419.
- 34) Siehe die Stellungnahme des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 14/7052, S.189 f.: "Da Arbeitnehmer auch Verbraucher sind, könnten sich theoretisch auch Gewerkschaften ... eintragen lassen"; gesehen auch von *Annuß*, NJW 2002, 2846.
- 35) Siehe schon Münch Arb
R-Löwisch/Rieble, 2. Aufl., § 251 Rz. 4 für das alte Recht.
- 36) Hümmerich/Holthausen, NZA 2002, 173, 176; dagegen ließe sich freilich nur mit indizieller Wirkung eine Äußerung des Parlamentarischen Staatssekretärs im BMA Pick, ZIP 2001, 1173, 1181, setzen, der verlautete, dass der Entwurf zur Schuldrechtsmodernisierung keine Vorschrift über das Arbeitsvertagsrecht enthalte und dieses auch nicht ändern wolle vor den Beratungen des Bundesrats.
- 37) BT-Drucks. 14/6040, S. 243.
- 38) So auch Annuß, NJW 2002, 2844, 2866.
- 39) Wie hier Lingemann, NZA 2002, 181, 184.
- 40) Vgl. die Anordnung des Reichsarbeitsministers vom 16.1. 1939, RArbBl I, 57 (inzwischen durch die Neufassung der GewO überholt) und zu ihr BAG v. 6.12. 1978 5 AZR 436/77, EzA § 115 GewO Nr. 5.
- 41) So ernstlich Hümmerich/Holthausen, NZA 2002, 173, 176.
- 42) Vgl. Wolf/Horn/Lindacher, AGBG, 4. Aufl., 1999, Einl. Rz. 3.

Kontrolle zugunsten von Nicht-Verbrauchern die Besonderheit des § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB, so wie für die AGB-Kontrolle zugunsten von Arbeitnehmern dessen Abs. 4 greift. Ob die Besonderheiten der AGB-Kontrolle zugunsten von Verbrauchern in § 310 Abs. 3 BGB wirklich auch gegenüber Arbeitnehmern i. S. v. Abs. 4 greift, ist eine offene Frage.

Dass der Gesetzgeber nunmehr auch Arbeitsverträge einer Klauselkontrolle unterzieht – die bisher durch die Rechtsprechung auf die §§ 134, 138, 242 BGB gestützt worden ist⁴³⁾ –, heißt also nicht zwangsläufig, dass der Arbeitnehmer stets und notwendig Verbraucher und der Arbeitsvertrag Verbrauchervertrag wäre, sondern nur, dass die Vertragsgestaltungsmacht des Arbeitgebers kontrolliert werden soll.⁴⁴⁾ Hierin eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers für den absoluten Verbraucherbegriff sehen zu wollen,⁴⁵⁾ ist abseitig.

Die Gesetzgebungsgeschichte der Schuldrechtsmodernisierung⁴⁶⁾ legt vielmehr die Vermutung nahe, dass dem Gesetzgeber das Problem der Verbrauchereigenschaft von Arbeitnehmern und insgesamt der Auswirkungen der Schuldrechtsreform auf das Arbeitsrecht nicht klar gewesen ist.⁴⁷⁾ Ein geschlossenes systematisches Konzept, das allein solche Schlüsse trüge, fehlt.

3.3 Schutzgedanke des Verbraucherrechts

Gegen den absoluten und für einen funktionalen Verbraucherbegriff streitet vor allem die Konzeption des Verbraucherschutzes aus sich heraus. Verkürzt rechtfertigt sich der Verbraucherschutz⁴⁸⁾ aus zwei Grundgedanken: Zum einen aus der Annahme, dass der Verbraucher gegenüber dem Unternehmer allgemein strukturell unterlegen sei, 49) und zum anderen aus der Schutzbedürftigkeit in spezifischen Vertragsschlusssituationen.50) Das rechtfertige Widerrufsrechte,51) Inhaltskontrolle von Verträgen, ⁵²⁾ Beweislastumkehr ⁵³⁾ und besondere Unternehmerpflichten. ⁵⁴⁾ Gerade das Haustürgeschäft treffe den unerfahrenen Verbraucher⁵⁵⁾ und liefere ihn "listigem" Verhandeln und Drängen zum Vertragsschluss aus.56) Das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften soll diese besondere Druck- und Überrumpelungssituation kompensieren.⁵⁷⁾ Geschützt wird der Verbraucher aber nicht vor jedwedem nachteiligen Vertrag an der Haustür, sondern nur vor dem Versprechen seiner Gegenleistung für die aufgeschwätzte Leistung. Verbraucherschutz ist hier also Schutz vor Vertragspflichten oder Vermögensschutz. Das bringt insbesondere der Untertitel "Widerrufs- und Rückgaberecht bei Verbraucherverträgen" zum Ausdruck: Der Verbraucher soll die empfangene Leistung zurückgeben können, um seinerseits den Preis nicht zahlen zu müssen. Diese Beschränkung zeigt sich etwa bei der Frage, ob der Vereinsbeitritt an der Haustür oder am Arbeitsplatz ein Widerrufsrecht auslösen kann. 58)

Weil der unverzichtbare Verbraucherschutz die Verhandlungsfreiheit beider (!) Parteien einschränkt, darf er dort nicht greifen, wo durch ein bestehendes (Verhandlungs-)Gleichgewicht größtmöglicher Freiraum für beide Parteien besteht, letztlich kein Platz für eine einseitige Einschränkung dieser Freiheit ist.⁵⁹⁾ Wo solches (Verhandlungs-)Gleichgewicht typischerweise herrscht, ist der Verbraucherschutz nicht erforderlich, die Freiheitsbeschränkung nicht gerechtfertigt. Die Schutzbedürfnisse müssen also begründet werden.⁶⁰⁾

3.4 Deshalb: Funktion ist maßgeblich

Durch die Schuldrechtsmodernisierung kommt es zur Berührung zweier bislang getrennter Rechtsmaterien.⁶¹⁾ Auf der einen Seite steht das bisher in viele Einzelgesetzen aufgesplitterte und meist europarechtlich motivierte Verbraucherschutzrecht, auf der anderen Seite das nicht minder unübersichtliche Arbeitsrecht als Arbeitnehmerschutzrecht, dem die europarechtliche Fundierung weithin fehlt.

Dass der Verbraucherschutz seine Wurzeln im Schutz derjenigen hat, die Waren oder Dienstleistungen als Endkonsumenten "verbrauchen", ist nicht zu leugnen. Ebenso wenig ist aber zu bestreiten, dass dieser Schutz längst über diese Gruppe der Verbraucher im Wortsinne ausgedehnt wurde. Das HausTWG konnte Anwendung auf Bürgschaftsverträge finden, 62) ebenso auf die Erklärung eines Vereinsbeitritts, 63) so dass der Schutz auf Rechtsgeschäfte ausgedehnt wurde, die mit dem hergebrachten Verbrauch nur mittelbar zu tun haben. Aber auch im Hinblick auf das Erfordernis einer natürlichen Person als Verbraucher - dem typischen "Endverbraucher" - werden Ausnahmen gemacht, wenn auch eine GbR unter den Schutz des VerbrKrG fallen soll. 64) Wenn sich der Verbraucherschutz ausweitet und wenn hierfür (anscheinend) ein Bedürfnis besteht, so kann nicht auf die ökonomische "Ur-Situation" des Verbraucherschutzes abgestellt werden. Es kommt vielmehr auf den spezifischen Schutzgehalt jeder einzelnen Norm an.

- 43) Vgl. BAG v. 13. 12. 2000 10 AZR 168/00, ZIP 2001, 801 = RdA 2002,
- 38, dazu EWiR 2001, 555 (Tschöpe/Pirscher).
- 44) So auch Annuß, NJW 2002, 2844, 2845.
- So aber Hümmerich/Holthausen, NZA 2002, 173, 176.
 Hierzu Canaris (Hrsg.), Schuldrechtsmodernisierung 2002, S. 953, 1016.
- 47) Was sich auch daran zeigt, dass die für das Arbeitsrecht maßgebliche Änderung, nämlich die Abschaffung der Bereichsausnahme des § 23a AGBG, erst "in letzter Sekunde" in das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz aufgenommen wurde, vgl. BT-Drucks. 14/6857, S. 17.
- 48) Siehe auch Zerres, JA 2002, 166, 169.
- 49) Vgl. Dreher, JZ 1997, 164. Auch BVerfG v. 19. 10. 1993 1 BvR 1044/89, BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36. Vgl. W.-H. Roth, JZ 2001, 475; Dauner-Lieb, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, 1983; für das HausTWG Staudinger/O. Werner, BGB, 2001, Vorbem. zum HWiG Rz. 8.
- 50) Vgl. hierzu MünchKomm-Micklitz, BGB, 4. Aufl., 2001, Vor §§ 13, 14 Rz. 65.
- 51) Wie etwa §§ 312, 312d, 485, 495, 505 BGB.
- 52) § 310 Abs. 3, §§ 308, 309 BGB.
- 53) Etwa § 476 BGB.
- 54) Etwa die Prospektpflicht des § 482 BGB.
- 55) Für das HausTWG MünchKomm-Ulmer, BGB, 4. Aufl., 1995, Vor § 1 HausTWG Rz. 1.
- 56) Zu diesem sog. Kombinationsmodell siehe auch MünchKomm-*Micklitz* (Fußn. 50), Vor §§ 13, 14 Rz. 66.
- 57) Zum Verbraucherleitbild auch *Dreher*, JZ 1997, 164; siehe auch *Sack*, WRP
- 58) Hierzu Staudinger/O. Werner (Fußn. 49), § 1 HWiG Rz. 65.
- 59) Damm, VersR 1999, 129, 133.
- 60) Damm, VersR 1999, 132; dazu auch noch Kramer, KritV 86, 270.
- 61) Däubler, NZA 2001, 1329, 1332 spricht von einer neuen Ausgangsposition.
- 62) Vgl. EuGH v. 17.7.1997 Rs C-130/95, NJW 1998, 1295; BGH v. 14. 5.1998 IX ZR 56/95, ZIP 1998, 1144 = ZBB 1999, 156 (m. Bespr. Auer, S. 161) = NJW 1998, 2356, dazu EWiR 1998, 845 (H.-W. Eckert).
- 63) LG Mannheim v. 5. 6. 1998 7 O 2/98, VuR 1998, 428; OLG München v. 18. 5. 1995 29 U 6014/94, ZIP 1995, 1362 = NJW 1996, 263, dazu EWiR 1995, 901 (Teske); auch Staudinger/O. Werner (Fußn. 49), § 1 HWiG Rz. 65.
- 64) BGH v. 23.10.2001 XI ZR 63/01, ZIP 2001, 2224 = ZfIR 2002, 23 (m. Anm. *Dörrie*) = JZ 2002, 455 mit Anm. *Artz*, dazu EWiR 2002, 93 (Saenger/Bertram); dazu auch Krebs, DB 2002, 517; Fehrenbacher/Herr, BB 2002, 1006.

Dessen Ermittlung mag mühsam sein, ist aber dennoch notwendig. Diese Methode führt nicht zu einem uferlosen Verbraucherschutz – im Gegenteil. Wenn dies befürchtet wird, so wird verkannt, dass der Verbraucherschutz selbst nicht unmittelbar aus der Zuerkennung des Status als Verbraucher, sondern aus spezifischen Normen folgt, die sich auf konkrete Rechtsgeschäfte beziehen. Deshalb greift der Verbraucherschutz, der einen Verbrauchervertrag, also einen Vertrag zwischen Unternehmer und Verbraucher voraussetzt, auch nicht, wenn zwei natürliche Personen ein rein privates Rechtsgeschäft abschließen. ⁶⁵⁾ Allein schon durch die Aufnahme der verbraucherschützenden Regelungen in das BGB besteht die Notwendigkeit, am Zweck des Verbraucherschutzes entlang abzugrenzen und nicht pauschal vorzugehen. Dies bedeutet kein allgemeines Billigkeitsrecht, ⁶⁶⁾ sondern interessengerechte Falllösungen.

Die erforderliche Trennung lautet: Auf der einen Seite steht mit § 13 BGB eine weite Definition. Folgt man dem Worte des Gesetzes, so ist - vereinfacht gesagt - zunächst jeder Verbraucher, der nicht gerade eine selbstständige Tätigkeit ausübt. In der Tat: Schenkt der Vater seinem Sohne zum Geburtstag eine Eisenbahn,67) so liegt definitionsgemäß ein Vertrag zwischen zwei Verbrauchern vor. Nur: Daraus folgt nichts. Denn die verbraucherschützenden Regelungen setzen sämtlich einen Vertrag zwischen Verbraucher und Unternehmer voraus, so dass sich etwaige Schutzrechte nur aus diesen einzelnen Regelungen ergeben. (8) Auf der anderen Seite stehen die einzelnen, an § 13 BGB anknüpfenden Regelungen. Es ist methodologisch nicht anzugreifen, wenn man für die Anwendung der einzelnen Vorschriften auf deren jeweiligen Zweck abstellt, der sich wiederum auf zwei Ebenen festmachen lässt: Auf der grundsätzlich angenommenen Ebene der strukturellen Unterlegenheit des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer und auf der Ebene der konkreten Schutzsituation, welche von jeder verbraucherschützenden Norm anders festgesetzt wird.

Wenn es also letztlich nicht um positivistisches Einordnen, sondern um interessengerechte Rechtsfolgen gehen soll, so ist in Anlehnung an *Medicus* ⁶⁹⁾ die Frage anders zu stellen: Nämlich nicht, ob der Arbeitnehmer als solcher von allem anderen losgelöst und damit absolut Verbraucher ist, sondern ob der Arbeitnehmer in einzelnen Situationen den Verbraucherschutz benötigt oder nicht: Auch hier kommt es also auf die "arbeitsrechtlichen Besonderheiten" an (§310 Abs. 4 Satz 2 BGB).

III. Das Widerrufsrecht des § 312 und der Arbeitnehmer 1. Das Widerrufsrecht nach altem Recht

Das Widerrufsrecht bei Aufhebungs- und Änderungsverträgen hat auch vor der Schuldrechtsreform bereits Literatur und Rechtsprechung beschäftigt.⁷⁰⁾ Die ganz h. M. ging davon aus, dass dem Arbeitnehmer ein Widerrufsrecht nicht zusteht,⁷¹⁾ weil ein solches einer gesetzlichen Grundlage bedürfe, die nicht vorhanden sei, sich mithin der Grundsatz der Vertragstreue durchsetze.⁷²⁾ Vielmehr könne sich der Arbeitnehmer nur dann vom Aufhebungsvertrag lösen, wenn entweder ein tarifvertragliches Widerrufsrecht⁷³⁾ eingeräumt sei oder aber

die Voraussetzungen einer Anfechtung, insbesondere durch widerrechtliche Drohung, § 123 BGB, vorlägen. Unter welchen Umständen gerade die Drohung des Arbeitgebers mit einer Kündigung als widerrechtlich zu werten ist, darüber wurde ausdauernd gestritten.⁷⁴⁾

Die Anwendbarkeit verbraucherschützender Gesetze wie des HausTWG wurde entweder gar nicht in die Betrachtung einbezogen oder aber mit der kurzen Begründung abgelehnt, sowohl hinsichtlich der beteiligten Personen als auch der Sache selbst sei das HausTWG von vornherein nicht anwendbar.⁷⁵⁾ Hiergegen wandten sich nur vereinzelte Stimmen.⁷⁶⁾

2. Widerrufsrecht als einseitiges Lösungsrecht vom Vertrag

Zur Vergegenwärtigung: Ein Widerrufsrecht gewährt die rechtliche Möglichkeit, sich einseitig von einem geschlossenen Vertrag zu lösen, indem die eigene Willenserklärung widerrufen wird. In dem Zeitraum zwischen Vertragsschluss und Widerruf oder endgültiger Wirksamkeit wegen Ablaufs der Widerrufsfrist ist der Vertrag nach neuem Konzept schwebend wirksam⁷⁷) – es kann also zum Leistungsaustausch kommen.

So ist das verbraucherschützende Widerrufsrecht als jüngere Erscheinung des Privatrechts⁷⁸⁾ eine Ausnahme des Grundsatzes, dass geschlossene Verträge einzuhalten sind (pacta sunt servanda). Dieser Grundsatz aber ist die Kehrseite der Freiheit, überhaupt Verträge schließen zu können, nämlich die eingeforderte Verantwortung, durch welche der Erklärende am Wort festgehalten wird. Für das Privatrecht ist dies konstitutiv.

⁶⁵⁾ Diese Sorge äußert Henssler, RdA 2002, 128, 133.

⁶⁶⁾ So Henssler, RdA 2002, 128, 133.

⁶⁷⁾ Vgl. Henssler, RdA 2002, 128, 133.

⁶⁸⁾ Weshalb die Kritik *Hensslers*, RdA 2002, 134, das Verbraucherschutzrecht verkomme zu einem allgemeinen Billigkeitsrecht, weil bei jedem Rechtsgeschäft ermittelt werden müsse, wer der wirtschaftlich Unterlegene sei, nicht greift.

⁶⁹⁾ Medicus, in: Festschrift Kitagawa, 1992, S. 471.

⁷⁰⁾ Siehe nur Schacht (Fußn. 8); BAG v. 30. 9. 1993 – 2 AZR 268/93, ZIP 1994, 1047 = AP Nr. 37 zu § 123 BGB = NZA 1994, 209; BAG v. 14. 2. 1996 – 2 AZR 234/95, NJW 1996, 2593; Bauer, NZA 1992, 1015; ders., NJW 1994, 980; Bengelsdorf, Aufhebungsvertrag und Abfindungsvereinbarungen, 3. Aufl., 1995; ders., DB 1997, 874; ders., BB 1995, 978; Ehrich, DB 1992, 2239; ders., NZA 1994, 438; Haller, BB 1994, 787; Hümmerich, NZA 1994, 200; Lingemann, NJW 1997, 640; St. Lorenz, JZ 1997, 277; Pauly, MDR 1995, 1081; Wisskirchen/Worzalla, DB 1994, 577; Zwanziger/Bengelsdorf, BB 1996, 903; Zwanziger, DB 1994, 982.

⁷¹⁾ Schacht (Fußn. 8), passim, der freilich de lege ferenda ein Widerrufsrecht befürwortet; Bauer, NZA 1992, 1015 und ders., Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge, 6. Aufl., 1999, S. 30.

⁷²⁾ BAG v. 30. 9. 1993 – 2 AZR 268/93, ZIP 1994, 1047 = AP Nr. 37 zu § 123 BGB = NZA 1994, 209.

⁷³⁾ Vgl. §23 MTV Einzelhandel Baden-Württemberg v. 13.1.1994 in der Form vom 26.11.1997.

⁷⁴⁾ Nur BAG v. 30. 9. 1993 – 2 AZR 268/93, ZIP 1994, 1047 = AP Nr. 37 zu § 123 BGB = NZA 1994, 209; BAG v. 5. 4. 1978 – 4 AZR 621/76, AP Nr. 20 zu § 123 BGB; BAG v. 16. 11. 1979 – 1041/77, AP Nr. 21 zu § 123 BGB; Wank, in: Münchener Handbuch z. ArbR, 2. Aufl., 2000 ff., § 115 Rz. 31; Erfurter Kommentar, § 620 BGB Rz. 199.

⁷⁵⁾ BAG v. 30. 9. 1993 – 2 AZR 268/93, ZIP 1994, 1047 = AP Nr. 37 zu § 123 BGB = NZA 1994, 209.

⁷⁶⁾ Stephan Lorenz, JZ 1997, 277; dagegen Staudinger/O. Werner (Fußn. 49), § HWiG Rz. 81.

⁷⁷⁾ Zur Rechtslage vor Einführung der §§ 361a, b $\rm BGB$ a. F. siehe insbesondere Gernhuber, WM 1998, 1797, 1799 f.

⁷⁸⁾ Vgl. Gernhuber, WM 1998, 1797.

Ein Widerrufsrecht greift massiv in die Interessen desjenigen ein, der sich auf die Gültigkeit der Erklärung verlassen hat, und bedarf deshalb der Rechtfertigung. Denn: Das Widerrufsrecht als Gestaltungsrecht⁷⁹ lässt eine einwandfreie Willenserklärung wieder entfallen, im Unterschied zur Anfechtung, die durch die (vorherige) Abgabe einer fehlerhaften Willenserklärung gerechtfertigt wird.⁸⁰

So muss für die Rechtfertigung eines solchen Widerrufsrechtes vom Zweck einer Schutznorm ausgegangen werden: Ihr Anwendungsbereich ist über ihren Telos zu ermitteln – und ein anscheinend weiter Anwendungsbereich gegebenenfalls teleologisch zu reduzieren, insbesondere dann, wenn die vom Gesetzgeber vorgenommene Typisierung – "der Verbraucher" – letztlich konturenlos geworden ist, wie die gegenwärtige Diskussion zeigt.⁸¹⁾ Eine solche teleologische Reduktion ist geboten, wenn der vermeintliche Normadressat nicht schutzbedürftig ist.⁸²⁾

Hier treffen sich die Überlegungen. Verbraucherschutz nur dann, wenn dies nötig ist, heißt in rechtsdogmatischer Hinsicht, dass ein Recht zur Lösung vom Vertrag durch Widerruf der Willenserklärung nur dann zugelassen werden kann, wenn der dadurch ausgelöste Eingriff in die Sphäre des Vertragspartners auch gerechtfertigt ist.

Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers bei Abschluss des Aufhebungsvertrages

3.1 Sachlicher Anwendungsbereich des § 312 BGB

3.1.1 Das entgeltliche Rechtsgeschäft

Wenn § 312 BGB mit seinem Widerrufsrecht vermögensschützenden Charakter hat, dann bedarf die Anwendung auf Aufhebungs- und Änderungsverträge zum Arbeitsvertrag erheblicher Begründung. Denn der Arbeitnehmer, der seinen Arbeitsplatz mit einem Aufhebungsvertrag "aufgibt", geht keine finanzielle Verpflichtung ein. Ihn belastet keine Ausgabe, er verzichtet vielmehr auf Einnahmen. Ob § 312 BGB auch die (wenn berufliche, dann notwendig unselbstständige) Einnahmeerzielung schützt, ist fraglich.

Man ziehe den nahe liegenden Vergleich zu anderen Aufhebungsverträgen, etwa zum Kauf: Wird beispielsweise bei Gelegenheit einer Besichtigung auf Mängelrüge der Kaufvertrag über die Waschmaschine im Haus des Käufers aufgehoben (einvernehmliche Wandelung i. S. v. Vertragsaufhebung), so mag sich der Käufer später überlegen, dass er doch lieber mindern möchte (§ 437 Nr. 2, § 441 BGB). Haustürwiderruf? Inwiefern ist der Aufhebungsvertrag entgeltlich, wo er doch als contrarius actus zum entgeltlichen Grundgeschäft dieses beseitigt, also auf Aufhebung jener Entgeltlichkeit gerichtet ist. Bei dieser dogmatischen Frage muss weniger darauf geachtet werden, ob die Vertragsaufhebung (auch) Verfügung ist,83) weil auch diese einer causa bedürfte und der Kausalvertrag dann entgeltlich sein muss. Liegt nun der Preis, den der Verbraucher mit dem Aufhebungsvertrag bezahlt, im Verzicht auf die Waschmaschine? Das erscheint willkürlich. Was gilt bei der Dienst- oder Werkleistung? Der Verbraucher mag mit dem Entwurf oder Vorschlag des Verpflichteten unzufrieden sein und bei ihm zuhause eine Vertragsaufhebung vereinbaren. Haustürgeschäft? Kann der Widerruf dann die Funktion haben, dem Verbraucher einen Anspruch auf eine Leistung "zurückzuholen", auf die der Verbraucher gerade erst verzichtet hat?

Und wie ist es dann beim Arbeitnehmer: Ist der Aufhebungsvertrag "entgeltlich", weil der Arbeitnehmer auf das – durch seine Arbeitsleistung erst noch zu verdienende – Arbeitsentgelt verzichtet? Oder ist das Entgelt die bloße Verdienstmöglichkeit? Auf eine etwaige Abfindung kommt es nicht an, solange sie nicht vom Arbeitnehmer an den Arbeitgeber bezahlt wird. Denn § 312 BGB meint die für den Verbraucher entgeltliche Leistung. Eben das bringt auch der Untertitel "Besondere Vertriebsformen" vor § 312 BGB zum Ausdruck: Es geht um Konsumgeschäfte, die aus Sicht des Vertragspartners Vertrieb an den Endkunden sind. Dazu gehört der Aufhebungsvertrag nur, wenn man mit einem spöttischen Wort des anwaltlichen Großmeisters *Bauer* auch die Vertreibung von Arbeitnehmern einrechnet. Auf den Änderungsvertrag passt das gar nicht.

Man sieht: Die Erstreckung des Widerrufes auf Aufhebungsverträge ist mehr als fragwürdig. Denn hier geht es nicht darum, den Arbeitnehmer vor den unmittelbar belastenden Folgen eines Vertrages zu bewahren, sondern ihm die Vorteile aus einem ersten Rechtsgeschäft zu sichern. Ließe man solche mittelbaren Beeinträchtigungen gelten, so verlöre der bereits weite Entgeltlichkeitsbegriff letztlich jede Kontur. Die Folge wäre völlige Beliebigkeit oder anders: Das Merkmal der Entgeltlichkeit könnte ebenso ersatzlos gestrichen werden.

3.1.2 Der "Überrumpelungseffekt"

Beim "klassischen" verbraucherschützenden Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften rechtfertigt die Situation des Vertragsschlusses das einseitige Recht der Lösung vom Vertrag. Der Verbraucher wird von den Vertragsverhandlungen überrascht, zum Vertragsschluss gleichsam gedrängt und durch die Zahlungsverpflichtung aus dem Austauschgeschäft belastet. Diese Überrumpelung führt zur weiteren Überlegensfrist.⁸⁴⁾

Beim Abschluss eines Aufhebungsvertrages⁸⁵⁾ wird diese Überrumpelungssituation häufig deshalb in Frage gestellt, weil der Arbeitnehmer am Arbeitsplatz immer damit rechnen müsse, dass der Arbeitgeber mit Fragen, die sein Arbeitsverhältnis betreffen, an ihn herantritt.⁸⁶⁾ Dies ist sicher der Fall. Der Arbeit-

⁷⁹⁾ Hierzu auch Staudinger/Kaiser, BGB, 13. Aufl., 2001, § 361a BGB (a. F.) Rz. 15 ff.; der BGH betrachtete das Widerrufsrecht jedoch nicht als Gestaltungsrecht, sondern lediglich als eine rechtshindernde Einwendung, BGH v. 16.10.1995 – II ZR 298/94, BGHZ 131, 82 = ZIP 1995, 1996, dazu EWiR 1996, 515 (Ernst); mit der nun gefundenen Lösung der schwebenden Wirksamkeit kann aber an der gestaltenden Wirkung des Widerrufes kein Zweifel mehr sein

⁸⁰⁾ Vgl. hierzu auch Gernhuber, WM 1998, 1804.

⁸¹⁾ Vgl. ausdrücklich für Regelungen des Verbraucherschutzes *Medicus*, JuS 1996, 761, 767.

⁸²⁾ Medicus, JuS 1996, 761, 767; Preis, ZHR 158, 567.

⁸³⁾ Für Verfügung: etwa Gernhuber, Die Erfüllung und ihre Surrogate, 2. Aufl., 1994, S. 397; dagegen Staudinger/Rieble, BGB, 13. Aufl., 2001, § 397 Rz. 34.

⁸⁴⁾ Vgl. Staudinger/O. Werner (Fußn. 49), Vorbem. zum HWiG Rz. 4, 5; MünchKomm-Ulmer (Fußn. 55), HausTWG Vor § 1 Rz. 1.

⁸⁵⁾ Beim Abschluss des Arbeitsvertrages selbst stellt sich das Problem nicht: Hier hat der Arbeitnehmer noch keinen Arbeitsplatz, an dem er überrumpelt werden könnte.

⁸⁶⁾ Gotthardt (Fußn. 20), S. 79; schon Staudinger/O. Werner (Fußn. 49), § 1 HWiG Rz. 81.

geber wird den Arbeitnehmer in der Regel direkt im Betrieb, also am Arbeitsplatz ansprechen, wenn es um Fragen rund um das Arbeitsverhältnis geht. Darauf wird der Arbeitnehmer gefasst sein. Der Arbeitnehmer dürfte grundsätzlich an einem auf Änderungen des Arbeitsverhältnisses bezogenen Kontakt mit dem Arbeitgeber interessiert sein. So war Grund für die Aufnahme des Arbeitsplatzes in den situativen Anwendungsbereich des HausTWG, dass der Verbraucher dort nicht mit außerbetrieblichen Vertragsverhandlungen rechnet. ⁸⁷⁾ Von einer typischen Überrumpelungssituation für alle denkbaren Rechtsgeschäfte zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer kann deshalb nicht gesprochen werden. Eine etwaige Überrumpelungsgefahr gerade nur für den Aufhebungsvertrag ist kein Grund: Ihr wird spezifisch durch das Schriftformgebot des § 623 BGB begegnet.

3.2 Rechtsfolgen

Dass ein Haustürwiderrufsrecht auf Aufhebungsverträge nicht so recht passen will, zeigt ein Blick auf die Rechtsfolgen: Der Widerruf führt zum Rücktritt und damit zur Rückabwicklung von Austauschverträgen - was sich nicht zuletzt an § 357 Abs. 2 BGB zeigt. Wie aber ist ein Aufhebungsvertrag "rückabzuwickeln"? Das Gesetz verweist in § 357 Abs. 1 BGB auf das Rücktrittsrecht: Somit ist die empfangene Leistung herauszugeben, § 346 Abs. 1 BGB. Was ist die bei einem Aufhebungsvertrag empfangene Leistung? Ist der Aufhebungsvertrag mit einer Abrede über eine Abfindung verbunden und ist diese bereits ausbezahlt, so wäre die Abfindung herauszugeben. Aber ansonsten? Der "alte", weil aufgehobene Arbeitsvertrag gelangt nicht mehr zur Wirkung. Denn der Aufhebungsvertrag war, wenn auch schwebend, so doch wirksam und durch den Widerruf ist er auch nicht folgenlos entfallen, sondern zum Rückgewährschuldverhältnis gewandelt. Will man als Leistung die Zustimmung des Arbeitnehmers zum Aufhebungsvertrag ansehen, so wäre deren "Herausgabe" das Angebot des Arbeitgebers auf Abschluss eines neuen Arbeitsverhältnisses - allerdings verbunden mit allerlei dogmatischen Unwägbarkeiten, denn die Rücktrittsregelungen sind für diese Art der Rückabwicklung nicht gedacht. Wäre etwa daran zu denken, dass der Arbeitgeber, wenn er den Arbeitsplatz bereits neu besetzt hat, zumindest entsprechend § 346 Abs. 2 Nr. 2 BGB dem widerrufenden Arbeitnehmer Wertersatz zu leisten hätte? Die Frage, wie dieser Ersatz dann zu bemessen wäre, sei hier nur gestellt. Oder aber ist mit dem Abschluss eines neuen Arbeitsvertrages dem Anspruch aus § 346 Abs. 1 BGB bereits genüge getan, mit der Folge, dass der Arbeitgeber bei einem Zuviel an Arbeitskräften zu Kündigungen greifen müsste?

3.3 Kollision mit dem schützenden Arbeitsrecht

Die Frage, ob aus dem verbraucherrechtlichen Schutzgesichtspunkt heraus auch der Arbeitnehmer bei Abschluss eines Aufhebungsvertrages am Arbeitsplatz geschützt werden muss, kann und muss aber letztlich nicht an dem Punkt beantwortet werden, wo es um die Möglichkeit einer Überrumpelung am Arbeitsplatz geht, sondern im Hinblick auf die generelle Schutzwürdigkeit des Arbeitnehmers beim Abschluss von Aufhebungsverträgen. Aus dem Blickwinkel des Verbrau-

cherschutzes geht es um die Frage der strukturellen Unterlegenheit des Arbeitnehmers bei Abschluss eines Aufhebungsvertrages.

Das Arbeitsrecht ist überwiegend Arbeitnehmerschutzrecht, der Arbeitnehmer soll aufgrund seiner gegenüber dem Arbeitgeber unterlegenen Position und der Bedeutung des Arbeitsverhältnisses als Grundlage für die Lebensführung geschützt werden. Dieser Schutz reicht vom vorvertraglichen Bereich⁸⁸⁾ bis hin zum Kündigungsschutz und darüber hinaus.

Gerade für den Aufhebungsvertrag greift aber schon der erst kürzlich geschaffene § 623 BGB, der mit seiner Schriftform den Arbeitnehmer vor der Preisgabe des Arbeitsverhältnisses bewahren will. Ansonsten ist der Aufhebungsvertrag eines der wenigen flexiblen⁸⁹⁾ Rechtsgeschäfte des Arbeitsrechts, dessen Wirksamkeit lediglich von den Willenserklärungen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer abhängt. Dass der Aufhebungsvertrag nach bisheriger, fast einhelliger Meinung - freilich in den Grenzen der allgemeinen Regelungen - nur von der Zustimmung der Vertragsparteien abhängig ist und dass dem Arbeitnehmer kein Widerrufsrecht zuerkannt wurde, erklärt sich gerade daraus, dass - wie es das BAG formuliert - der Arbeitnehmer dem Arbeitgeber ein einfaches "Nein" entgegenhalten könne, 90) es bestehe keine überlegene Verhandlungsposition des Arbeitgebers. 91) Dieses Argument wurde und wird dahin gehend kritisiert, dass es darauf im Rahmen der Beurteilung eines Haustürgeschäftes nicht ankomme, 92) sondern eben einzig und allein darauf, ob der situative Anwendungsbereich des § 312 BGB vorläge oder nicht, also letztlich die konkrete Möglichkeit der Überrumpelung gegeben sei. Aber: Es gibt keinen allgemeinen Rechtssatz, dass immer dann, "wenn's schnell geht", auch ein Widerrufsrecht einzuräumen ist. 93) Im Gegenteil ist ein solches Widerrufsrecht die Ausnahme.

Dies ist für die Auslegung des Schutzbereiches von § 312 BGB maßgebend. Sicher kann auch der "normale" Verbraucher bei einer Haustürsituation schlicht "Nein" sagen. Der Arbeitnehmer aber kann "Nein" sagen, nicht nur wegen seiner negativen Privatautonomie, sondern weil ihm der Kündigungsschutz als Bestandsschutz zur Seite steht. So ist der Arbeitnehmer bereits vor dem ungewollten Verlust seines Arbeitsplatzes geschützt – dieser tritt nur bei sozialer Rechtfertigung ein. Bei der Frage, ob dem Arbeitnehmer bei Aufhebungs- und Änderungsverträgen ein Widerrufsrecht zustehen soll, geht es ebenfalls um den Schutz vor dem Verlust des Arbeitsplatzes. Nur: Dieser Schutz ist nicht gerechtfertigt, da das Arbeitsrecht bereits aus-

⁸⁷⁾ Staudinger/O. Werner (Fußn. 49), § 1 HWiG Rz. 79. Ähnlich jetzt ArbG Frankfurt/O. v. 29. 5. 2002 – 6 Ca 500/02, ZIP 2002, 2190, das zwar einerseits mit Blick auf die fehlende Überrumpelung die teleologische Reduktion befürwortet, aber andererseits für jeden Einzelfall die Überrumpelungssituation überprüfen will. Das ist mit der Rechtssicherheit nicht vereinbar.

⁸⁸⁾ Vgl. zur umfangreichen Rechtsprechung zum sog. Fragerecht des Arbeitgebers nur BAG v. 15.10.1992 – 2 AZR 227/92, AP Nr. 8 zu § 611a, dazu EWiR 1993, 227 (Ackmann).

⁸⁹⁾ Vgl. Bengelsdorf, ZfA 1995, 229, 230.

⁹⁰⁾ BAG v. 14. 2.1996 - 2 AZR 234/95, NJW 1996, 2593.

⁹¹⁾ Auch Bauer, Aufhebungsverträge (Fußn. 71), S. 44.

⁹²⁾ Zuletzt Gotthardt (Fußn. 20), S. 79

⁹³⁾ So bereits *Bauer*, Aufhebungsverträge (Fußn. 71), S. 36; *Ehrich*, DB 1992, 2239, 2243.

reichend schützt. ⁹⁴⁾ Schließt der Arbeitnehmer einen Aufhebungs- oder Änderungsvertrag, so ist er willens, seinen Arbeitsplatz aufzugeben. Hieran muss er sich festhalten lassen. Dass der Arbeitnehmer auch bei Rechtsgeschäften, die die Auflösung des Arbeitsverhältnisses zur Folge haben, eine Eigenverantwortung hat, ⁹⁵⁾ hat auch der Gesetzgeber gesehen. Nach § 4 KSchG⁹⁶⁾ muss sich der Arbeitnehmer selbst darum kümmern, dass er die dort vorgesehene Frist einhält, er braucht vom Arbeitgeber nicht darauf hingewiesen zu werden. ⁹⁷⁾ Und schließlich kann das Widerrufsrecht den Arbeitnehmer auch nicht vor der Eigenkündigung schützen.

Die Anwendung des § 312 BGB auf Aufhebungsverträge führt zu einer systemwidrigen Verdoppelung des Schutzes: Arbeitsrechtlicher Bestandsschutz plus Verbraucherschutz. Und dieser Schutz geht – wie eingangs bemerkt – zu Lasten anderer Arbeitnehmer, denen dann womöglich gekündigt werden muss, weil der Widerrufer es sich anders überlegt hat: "April, April."98)

Denn demgegenüber steht auf der Seite des Arbeitgebers eine doppelte Belastung: entweder eine kündigungsschutzrechtliche oder aber die Ungewissheit hinsichtlich eines Widerrufes der geschlossenen Arbeitsverträge. Widerspricht dies schon dem immer wieder vorgetragenen Wunsch, das Arbeitsrecht flexibler zu machen, so führt es auf einer tieferen Ebene zu einer völlig einseitigen Risikolast für den Arbeitgeber. Auch dass der Kündigungsschutz in Kleinunternehmen und in der Probezeit nicht greift, liefert kein Gegenargument: Abgesehen von dem ergänzenden Kündigungsschutz nach § 242 BGB darf doch die Entscheidung des Gesetzgebers, den Kündigungsschutz zu begrenzen, um die Beendigung von Arbeitsverhältnissen flexibel zu halten, nicht durch ein Widerrufsrecht gemäß § 312 BGB unterlaufen werden. Auch insofern geht das arbeitsrechtliche Schutzsystem vor.

Hieraus folgt zweierlei: Zum einen, dass beim Aufhebungsvertrag gerade keine das Widerrufsrecht rechtfertigende spezifische Ungleichgewichtslage besteht, die der Verbraucherschutz seinerseits voraussetzt. Rechtsdogmatisch ist der Arbeitnehmer bei Abschluss eines Aufhebungsvertrags mithin nicht so schutzwürdig, dass eine Ausnahme vom Grundsatz pacta sunt servanda gerechtfertigt wäre. Zum anderen aber sind auch bei Rechtsgeschäften zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber die verbraucherschützenden Regelungen dann anzuwenden, wenn der Arbeitnehmer als Käufer auftritt: Dann schützt ihn das Arbeitsrecht nicht und der Verbraucherschutz ist gerechtfertigt.

IV. Zusammenfassung

Dem Arbeitnehmer steht bei Abschluss eines Aufhebungsvertrages oder eines Änderungsvertrages am Arbeitsplatz kein Widerrufsrecht nach § 312 Abs. 1 BGB zu. Dies liegt zuerst an der mangelnden Entgeltlichkeit und zum zweiten am Fehlen der verbraucherschutzspezifischen strukturellen Unterlegenheit im Haustürgeschäft. Der Arbeitnehmer ist durch das Arbeitsrecht und hier insbesondere durch das Kündigungsschutzrecht ausreichend geschützt. Also auch hier: arbeitsrechtliche Besonderheiten.

Dem Verbraucherschutz liegt ein konkretes Schutzkonzept zugrunde. Insofern setzen die verbraucherschützenden Regelungen Markt und Wettbewerb rechtliche Grenzen. Seine Freiheitsbeschränkungen sind Regulationsmechanismen, die auf einen bestimmten Ausschnitt der Rechtswirklichkeit zugeschnitten sind. Es geht darum, demjenigen, der "am Ende" der Produktionskette steht, der ein Produkt oder eine Dienstleistung gebraucht, einen Schutz gegen den übermächtig erscheinenden Unternehmer zu gewähren, der – wie es gemeinhin beschrieben wird – strukturell überlegen ist.

Wenn der Verbraucherschutz aber nicht mehr den Verbraucher schützt, sondern letztlich in ein eigenständiges Schutzsystem wie das des Arbeitsrechtes eingreift, so ist dieser Verbraucherschutz dysfunktional und stiftet mehr Schaden als Nutzen. 100)

Von der Gegenmeinung überhaupt nicht bedacht sind die praktischen Folgen: Der Arbeitnehmer, der seinen Aufhebungs- oder Änderungsvertrag widerruft, überwälzt sein Vertragsrisiko gelegentlich auf den Arbeitgeber, wenn dieser eine freie Stelle hat, sonst aber auf Kollegen, die dem Widerrufenden in einer Sozialauswahl womöglich weichen müssen. Unerträglich wird das, wenn bei anstehenden betriebsbedingten Kündigungen der Kündigungsdruck so in andere Bereiche des Unternehmens getragen wird, von wo ein Arbeitnehmer durch Änderungsvertrag gekommen ist (Beförderung), oder zurück zum letzten Arbeitgeber, nach dem Arbeitsplatzwechsel durch Aufhebungsvertrag. Dass andere Arbeitnehmer für den Verbraucherwiderruf bezahlen müssen, fügt sich ins Verbraucherschutzkonzept nicht ein.

⁹⁴⁾ Schon Rieble (Fußn. 1), Rz. 927.

⁹⁵⁾ Rieble (Fußn. 1), Rz. 927.

⁹⁶⁾ So auch Bauer, Aufhebungsverträge (Fußn. 71), S. 44.

⁹⁷⁾ Hueck/v. Hoyningen-Huene, KSchG, 12. Aufl., § 4 Rz. 1.

⁹⁸⁾ So auch das BAG v. 30. 9. 1993 – 2 AZR 268/93, ZIP 1994, 1047, 1050 = DB 1994, 279, 280, eine Beschreibung *Zöllners* aus Inhaltsfreiheit bei Gesellschaftsverträgen, in: 100 Jahre GmbH-Gesetz, 1992, S. 85, 116, aufnehmend.

⁹⁹⁾ Auch Brors, DB 2002, 2046, 2048.

¹⁰⁰⁾ Vgl. Damm, VersR 1999, 129, 132.