

Die Bindung an Lösungserklärungen

Von Dr. Fabian Klinck, Passau

Hat eine Vertragspartei mehrere Möglichkeiten, sich vom Vertrag zu lösen, kann sie etwa ihre Willenserklärung anfechten, widerrufen und vom Vertrag zurücktreten, führt dies zu einer Reihe von Fragen: Wie ist die abgegebene Lösungserklärung auszulegen? Kann die lösungswillige Partei sich auch von der Lösungserklärung wieder lösen, und kann sie danach oder auch ohne vorherige Lösung von der Lösungserklärung ein anderes Lösungsrecht ausüben? Mit diesen Fragen befaßt sich der folgende Beitrag.

I. Die verschiedenen Lösungserklärungen und ihre Folgen

Ein zwischen den Parteien bestehendes Rechtsverhältnis kann grundsätzlich nur von beiden Parteien gemeinsam begründet, verändert oder aufgehoben werden. Nur ausnahmsweise und unter besonderen Umständen ist eine der Parteien berechtigt, das Rechtsverhältnis durch einseitige Erklärung umzugestalten. Stehen dieser Partei mehrere solcher Gestaltungsrechte zugleich zur Verfügung, stellt sich die Frage, ob sie an eine einmal abgegebene Gestaltungserklärung gebunden ist oder sich noch umentscheiden kann. Ob ein solches *ius variandi* besteht, wird in jüngerer Zeit wieder intensiv diskutiert. Dabei haben die meisten jedoch nur die Konkurrenz zwischen solchen Gestaltungsrechten im Blick, die aus Leistungsstörungen folgen: namentlich zwischen Schadensersatzverlangen¹ und Rücktritt.² Jedoch sieht nicht nur das Leistungsstörungenrecht Gestaltungsrechte vor; vielmehr können diese auch den Zweck haben, die freie Willensentfaltung des Erklärenden zu schützen.³ Sie sind dann auf Lösung von der Erklärung gerichtet. Zu nennen sind hier die Anfechtung und der Widerruf im Sinne des § 355 BGB.⁴ Seiner Wirkung nach gehört der Widerruf gemäß § 130 Abs. 1 S. 2 BGB ebenfalls hierher, auch wenn er kein Gestaltungsrecht ist: Ein zu gestaltendes Rechtsverhältnis ist ja noch gar nicht entstanden. Reut eine Partei ihr Entschluß, sich vertraglich zu binden, und gibt sie der Gegenseite zu verstehen, sie wolle nicht gebunden sein, kann diese Lösungserklärung rechtlich also folgendes bedeuten: einen Widerruf nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB, einen solchen nach § 355 BGB, eine Anfechtung oder

einen Rücktritt. Welche Probleme sich daraus ergeben können, soll anhand des folgenden Falls verdeutlicht werden:

Schmuckhändler V geht mit einer Auswahl aus seinem Sortiment von Tür zu Tür. Als er sich bei K, einer älteren Dame, vorstellt, bittet diese ihn zum Tee herein und läßt sich sofort überreden, ein Collier zu erwerben. K will dem V dafür 1.500 € geben, was dem objektiven Wert des Colliers entspricht; sie verspricht sich dabei jedoch und bietet 2.000 € an. V erklärt sich einverstanden. K gibt V, der sie über Widerrufsrechte nicht belehrt, als Anzahlung 500 € in bar und erhält von ihm das Collier. Wenig später wird K das Collier bei einem Einbruch gestohlen. Sie will sich nun von dem Vertrag mit V lösen.

Die Rechtsfolgen der einzelnen Lösungserklärungen können sehr unterschiedlich sein, insbesondere im Hinblick auf Schadensersatzpflichten und Ansprüche auf Rückgewähr bereits erfolgter Leistungen. Der Widerruf gemäß § 130 Abs. 1 S. 2 BGB führt dazu, daß die danach zugehende,⁵ widerrufen Erklärung gar nicht erst wirksam wird. Der Widerrufende macht sich nicht ohne weiteres schadensersatzpflichtig; in Betracht kommt nur ein Schadensersatzanspruch des Erklärungsempfängers aus *culpa in contrahendo* nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB. Dieser allerdings setzt eine Pflichtverletzung und Vertretenmüssen des Widerrufenden voraus. Vertrauensschäden können in diesen Fällen ohnehin kaum entstanden sein, da nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB nur widerrufen werden kann, solange die widerrufene Erklärung nicht zugegangen ist, der Empfänger also auch noch kein Vertrauen auf ihren Bestand ausbilden konnte. Auch Rückabwicklungsprobleme werden sich selten stellen, da ein Leistungsaustausch in dieser frühen Phase kaum je bereits erfolgt sein wird. Ist dies ausnahmsweise anders, wird nach Bereicherungsrecht rückabgewickelt.⁶ Im oben geschil-

¹ Jedenfalls dann, wenn der Gläubiger Schadensersatz statt der ganzen Leistung verlangt, wird das Rechtsverhältnis zum Schuldner ausweislich § 281 Abs. 4, 5 BGB rücktrittsähnlich umgestaltet.

² Einführend etwa *Kleine/Scholl*, NJW 2006, 3462; *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl. 2005, § 12 Rn. 16 ff., § 13 Rn. 12 ff. Vertiefend und im Hinblick auf die zivilprozessualen Implikationen *Althammer/Löhnig*, AcP 205 (2005), 520.

³ Zu solchen „Beseitigungsrechten“ jüngst monographisch *Mankowski*, Beseitigungsrechte, 2003.

⁴ § 355 BGB regelt dabei nur die Modalitäten der Ausübung eines Widerrufsrechts, setzt also voraus, daß dem Verbraucher nach einer anderen Vorschrift (§§ 312 Abs. 1 S. 1, 312d Abs. 1 S. 1, 485 Abs. 1, 495 Abs. 1 BGB) ein Widerrufsrecht zusteht.

⁵ Da eine Willenserklärung auch zugehen kann, bevor ihr Empfänger von ihr tatsächlich Kenntnis nimmt (vgl. nur *Medicus*, Allgemeiner Teil des BGB, 9. Aufl. 2006, Rn. 274 f.), kann der Fall eintreten, daß die zu widerrufende Erklärung zwar schon zugegangen war, der Empfänger den Widerruf aber vor ihr zur Kenntnis nimmt. Ob § 130 Abs. 1 S. 2 BGB für diesen Fall analog gilt, ist umstritten, vgl. dazu etwa *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 2006, Rn. 649; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. 2004, § 26 Rn. 49 f., und *Hau*, in: *Lindacher/Hau* (Hrsg.), Fälle zum Allgemeinen Teil des BGB, 4. Aufl. 2005, Fall 3 (S. 14). Ganz ähnliche Argumente beherrschen den Streit um eine analoge Anwendung des § 130 Abs. 1 S. 2 BGB in Fällen des § 151 BGB, dazu etwa *Mankowski* (Fn. 3), S. 97 f.; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl. 1992, § 35 II 3; *Bork*, in: *Staudinger*, Kommentar zum BGB, 2003, § 151 Rn. 22; *Brehmer*, JuS 1994, 386 (390 f.), und *Hau*, in: *Lindacher/Hau* (Hrsg.), Fälle zum Allgemeinen Teil des BGB, 4. Aufl. 2005, Fall 5 (S. 27).

⁶ Da die Leistung vor Vertragsschluß erfolgte, wird regelmäßig die *condictio ob rem* nach § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 2 BGB einschlägig sein, vgl. dazu *Lorenz*, in: *Staudinger*, Kommen-

dernten Fall käme ein Widerruf der K nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB allemal zu spät.

Die Anfechtung führt gemäß § 142 Abs. 1 BGB dazu, daß die angefochtene Erklärung rückwirkend unwirksam wird; in der Folge wird auch der Vertrag unwirksam, auf dessen Schluß die angefochtene Erklärung gerichtet war. Bezüglich der weiteren Folgen ist danach zu unterscheiden, aus welchem Grund die Anfechtung erfolgte. Grundsätzlich schuldet der Anfechtende dem Anfechtungsgegner nach § 122 BGB Ersatz des Vertrauensschadens, ohne daß es darauf ankäme, ob er den Irrtum zu vertreten hat; das gilt nicht, wenn wegen arglistiger Täuschung oder widerrechtlicher Drohung nach § 123 BGB angefochten wurde. Die Rückgewähr ausgetauschter Leistungen erfolgt nach Bereicherungsrecht,⁷ wobei die Saldotheorie und die Lehre vom faktischen Synallagma zu beachten sind.⁸ Diese beiden Lehren stimmen jedenfalls darin überein, daß das angestrebte Austauschverhältnis auch bei der Rückabwicklung zu berücksichtigen ist: Grundsätzlich kann nur derjenige seine Leistung zurückverlangen, der bereit und in der Lage ist, die seinerseits erhaltene Gegenleistung zurückzugewähren. Zulasten eines Minderjährigen sollen diese Einschränkungen freilich nicht greifen, ferner nicht zulasten eines arglistig Getäuschten:⁹ Sie sollen ihre Leistung grundsätzlich auch dann in voller Höhe kondizieren können, wenn sie zur Rückgewähr der Gegenleistung außer Stande sind.

In dem oben geschilderten Fall ist ein Kaufvertrag über die Kette zum Preis von 2.000 € zustande gekommen. Doch unterlief K ein Erklärungsirrtum nach § 119 Abs. 1, 2. Var. BGB. Erklärt sie die Anfechtung, kann sie nach den dargestellten Grundsätzen Rückzahlung der von ihr geleisteten 500 € nicht verlangen, da sie ihrerseits nicht in der Lage ist,

tar zum BGB, 2007, § 812 Rn. 110; *Wieling*, Bereicherungsrecht, 4. Aufl. 2006, § 3 III 3 c.

⁷ Dabei ist streitig, ob hier die *condictio solutionis causa* nach § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB oder die *condictio ob causam finitam* nach § 812 Abs. 1 S. 2 Var. 1 BGB einschlägig ist: im ersten Sinne etwa *Roth*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2003, § 142 Rn. 31; im zweiten Sinne etwa *Wieling* (Fn. 6), § 3 III 2; offenlassend *Lieb*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 2004, § 812 Rn. 175. Der Streit hat allenfalls im Hinblick auf § 814 BGB Bedeutung und verliert auch diese, wenn man § 814 BGB in den vorliegenden Fällen trotz Rückwirkung der Anfechtung von vornherein für unanwendbar hält, vgl. *Wieling* (Fn. 6), § 3 III 2.

⁸ Vgl. zu diesen Ansätzen instruktiv *Finkenauer*, JuS 1998, 986; *ders.*, NJW 2004, 1704; *Wieling* (Fn. 6), § 5 I 4 c; *Medicus*, Gesetzliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2007, § 27 IV; *Flume*, JZ 2002, 321; *Wilhelm*, JZ 1995, 573; *Halfmeier*, JA 2007, 492.

⁹ Vgl. etwa die Darstellung bei *Medicus* (Fn. 8), § 27 IV; *Looschelders*, Schuldrecht, Besonderer Teil, 2007, Rn. 1134 ff., und, für den Fall des arglistig Getäuschten allerdings ablehnend, *Wieling* (Fn. 6), § 5 I 4 c. An abweichenden Konstruktionen mangelt es nicht, vgl. etwa *Larenz/Canaris*, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/2, 13. Aufl. 1994, § 73 III („Gegenleistungskondiktion“).

die Kette zurückzübergeben. Vielmehr sieht sie sich eines Anspruchs des V auf Wertersatz für die Kette ausgesetzt, wenn man mit der herrschenden Meinung davon ausgeht, daß § 122 BGB auch beim Anfechtenden untergegangene Leistungen des Anfechtungsgegners erfaßt.¹⁰

Widerruf nach § 355 BGB und Rücktritt führen zur Umwandlung des ursprünglichen Austausch- in ein Rückgewährverhältnis; dabei verweist § 357 BGB mit einigen Modifikationen auf das Rücktrittsfolgenrecht.¹¹ Nach § 346 Abs. 1 BGB haben die Parteien einander die erhaltenen Leistungen samt daraus gezogener Nutzungen zurückzugewähren; ist das nicht möglich, schulden sie nach Abs. 2 Wertersatz, es sei denn, dies ist nach Abs. 3 ausgeschlossen. Besonderer Beachtung bedarf hier § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB: Geht im Falle der Ausübung eines gesetzlichen Rücktrittsrechts der erhaltene Gegenstand beim Rücktrittsberechtigten unter, obwohl dieser eigenübliche Sorgfalt hat walten lassen, schuldet er keinen Wertersatz. Diese Norm gilt für die Widerrufsfolgen gemäß § 357 Abs. 3 S. 3 BGB nicht, wenn der Unternehmer beweisen kann, daß er den Verbraucher ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt hat.¹²

§ 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB macht den wohl erheblichsten Unterschied zwischen der rücktritts- und der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung aus. Bei dieser hat der Lösungswillige, bei dem der empfangene Gegenstand trotz eigenüblicher Sorgfalt untergegangen ist, nach der Saldotheorie und der Lehre vom faktischen Synallagma letztlich dessen Wert zu ersetzen, wenn er das vom ihm Geleistete zurückhaben will;¹³ bei rücktrittsrechtlicher Rückabwicklung ist das nicht der Fall, wenn der Rücktrittsberechtigte eigenübliche Sorgfalt hat walten lassen.¹⁴

Im oben geschilderten Fall hat K auch ein Widerrufsrecht nach §§ 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 355 BGB, das mangels Belehrung nicht verfristet ist. Übt sie dieses aus, kann sie nach §§ 357 Abs. 1 S. 1, 346 Abs. 1 BGB die von ihr gezahlten 500 € verlangen und muß umgekehrt nach §§ 357 Abs. 1

¹⁰ So etwa *Singer*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 122 Rn. 12; *Kramer*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 122 Rn. 8, jeweils m.w.N.

¹¹ Vgl. dazu näher etwa *Bülow*, in: *ders./Artz* (Hrsg.), Verbraucherprivatrecht, 2003, S. 44 ff., und zu den Einzelheiten *ders.*, in: *ders./Artz* (Hrsg.), Handbuch Verbraucherprivatrecht, 2005, 4. Kap. Rn. 188 ff.

¹² Die Rücksendungsgefahr trägt gemäß § 357 Abs. 2 S. 2 BGB aber auch in diesem Fall der Unternehmer.

¹³ Zur praktischen Durchführung lehrreich *Finkenauer*, NJW 2004, 1704.

¹⁴ Mit Recht kritisch dazu etwa *Wieling* (Fn. 6), § 5 I 4 c ee; eingehend *Wagner*, in: *Baums/Wertenbruch* (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Huber zum siebzigsten Geburtstag, S. 591 ff. Nicht wenige plädieren allerdings gar für eine analoge Anwendung des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 BGB auch bei bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung, vgl. etwa *Schwab*, in: *ders./Witt* (Hrsg.), Examenswissen zum neuen Schuldrecht, 2. Aufl. 2003, S. 387; *Lieb* (Fn. 7), § 818 Rn. 134 ff.; *Thier*, in: *Lorenz* (Hrsg.), Festschrift für Andreas Heldrich zum 70. Geburtstag, 2005, S. 439 ff.

S. 1, 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, Abs. 3 S. 2 Nr. 3, 357 Abs. 3 S. 3 BGB – wiederum wegen fehlender Belehrung – keinen Wertersatz für die gestohlene Kette leisten.

Wegen dieser erheblichen Unterschiede stellen sich – nicht nur bei der Klausurlösung – diverse Fragen, wenn dem Lösungswilligen mehrere Lösungsrechte zur Verfügung stehen: Welches von ihnen wollte er mit der Lösungserklärung ausüben (sogleich II. 1.)? Kann eine klar benannte Lösungserklärung im Falle ihrer Unwirksamkeit in eine andere umgedeutet werden (II. 2.)? Sollte sich der Lösungswillige für ein ihm ungünstiges Lösungsrecht entschieden haben: Kann er sich noch von seiner Lösungserklärung lösen (III.), oder kann er bezüglich der Erklärung, von der er sich schon wirksam gelöst hat, noch ein anderes Lösungsrecht wirksam ausüben (IV.)?

II. Auslegung und Umdeutung von Lösungserklärungen

1. Auslegung

Willenserklärungen unterscheiden sich von Realhandlungen nach ganz herrschender Ansicht dadurch, daß sie auf die Setzung bestimmter Rechtsfolgen gerichtet sind, die – in mehr oder minder großem Umfang – vom Willen des Erklärenden abhängen.¹⁵ Daraus folgt, daß sich auch die Willenserklärungen untereinander nach den in Aussicht genommenen Rechtsfolgen unterscheiden: Eine Willenserklärung kann nicht auf die Setzung von einander widersprechenden Rechtsfolgen gerichtet sein, der Erklärende kann nicht die ersatzlose Vernichtung der angegriffenen Willenserklärung und zugleich die Umwandlung des durch diese begründeten Austauschverhältnisses in ein Rückgewährverhältnis wollen. Daher kann etwa eine Anfechtungs- nicht zugleich eine Rücktrittserklärung sein.

Erklärt eine Partei ihren Lösungswillen, ist diese Erklärung also zunächst durch Auslegung einem der unter I. genannten Rechtsinstitute zuzuordnen. Wie stets ist dabei nicht am Wortlaut zu haften, sondern unter Berücksichtigung von Verkehrssitte sowie Treu und Glauben der wirkliche Wille zu ermitteln (§§ 133, 157 BGB): Die Erklärung der „Anfechtung“ kann also durchaus als Rücktritt oder Widerruf auszuulegen sein.¹⁶ Entscheidend ist der objektive Horizont des Empfängers; es ist zu fragen, was der für den Empfänger erkennbare Wille des Erklärenden war. Diese Grundsätze geraten hier freilich an ihre Grenzen: Jedenfalls dann, wenn der Erklärende juristischer Laie ist, wird er sich über die weitere Bedeutung seiner Erklärung keine Gedanken machen; der Unterschied zwischen Anfechtung, Rücktritt und den beiden Widerrufsarten ist ihm in aller Regel nicht einmal aufgrund einer „Parallelwertung in der Laiensphäre“ bekannt. Auch das wirtschaftliche Ziel der Erklärung¹⁷ gibt für ihre nähere Bestimmung wenig her, denn im Vordergrund steht wohl immer die Lösung von der ursprünglichen Erklärung,

während die weiteren Rechtsfolgen, in denen sich die Lösungserklärungen vor allem unterscheiden, von einem Laien kaum jemals in Betracht gezogen werden dürften. Indem das Gesetz mehrere Lösungsrechte ähnlichen Inhalts zur Verfügung stellt, zwingt es denjenigen, der das Auslegungsergebnis festzustellen hat,¹⁸ also dazu, eine Differenzierung in den Willen des Erklärenden hineinzulesen, die er mangels Kenntnis nicht enthalten konnte, von der der Erklärende nicht einmal eine vage, laienhafte Vorstellung hatte. Wenn geprüft wird, welche von mehreren Lösungsmöglichkeiten denn wahrgenommen werden sollte, so ist dies also eher eine Frage nach dem hypothetischen als nach dem wirklichen Willen des Erklärenden – weil man nämlich fingiert, der Erklärende wisse, daß ihm mehrere Lösungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen, und kenne die Unterschiede in ihren Voraussetzungen und Rechtsfolgen. Das ändert freilich nichts daran, daß dem Gebot der §§ 133, 157 BGB auch insoweit zu folgen ist.

Begründet der Lösungswillige seine Erklärung, so kommt dem für die Auslegung naturgemäß besondere Bedeutung zu.¹⁹ Beruft sich der Lösungswillige etwa auf einen Irrtum, will er offenbar anfechten. Glaubt er für den Empfänger erkennbar, die nicht mehr gewollte Erklärung habe diesen noch nicht erreicht, wird es sich um einen Widerruf nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB handeln.

Im oben dargestellten Fall handelt es sich also eindeutig um eine Anfechtung, wenn K sich nur darauf beruft, sie habe sich beim Preis versprochen. Erklärt sie dagegen, es könne doch nicht angehen, ältere Damen zu Hause zu überfallen und ihnen Schmuck aufzuschwatzen, will sie offenbar einen Widerruf nach §§ 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 355 BGB erklären.

Allerdings muß nach ganz herrschender – wenn auch gerade vor dem Hintergrund der vorliegenden diskutierten Auslegungsprobleme nicht unbedenklicher – Ansicht keine der hier in Betracht kommenden Lösungserklärungen begründet werden, um wirksam zu sein.²⁰ Auch wenn eine Begründung

¹⁸ Zum „Zusammenspiel von Richter- und Empfängerenauslegung“ lehrreich *Palm* (Fn. 17), § 133 Rn. 25 ff.

¹⁹ Vgl. vor *Mankowski* (Fn. 3), S. 703, bereits *Flume* (Fn. 5), § 31 2, und v. *Tuhr* (Fn. 15), § 53 I 4.

²⁰ Allgemein hierzu *Mankowski* (Fn. 3), S. 695 ff.; *Grunsky*, JuS 1964, 97. – Auch eine Anfechtungserklärung kann nach heute ganz herrschender Meinung wirksam sein, wenn sich der Anfechtende nicht auf einen bestimmten Anfechtungsgrund beruft; doch sollen die tatsächlichen Umstände, auf die sich die Anfechtung stützt, für den Anfechtungsgegner wenigstens erkennbar sein müssen: *Hefermehl* (Fn. 17), § 143 Rn. 2; *Roth* (Fn. 7), § 143 Rn. 11; *Medicus* (Fn. 5), Rn. 724; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 2006, Rn. 908; *Hübner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 1996, Rn. 947. Nicht wenige verlangen nicht einmal dies, sondern lassen die bloße Erklärung genügen, *Palm* (Fn. 17), § 143 Rn. 1 m.w.N. Wieder anders *Busch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 143 Rn. 9 (bei Anfechtung ohne Begründung bloße Irrtums-, keine Arglistanfechtung). Für die Widerrufserklärung

¹⁵ Vgl. eingehend v. *Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. II/1, 1914, § 50 V, VI.

¹⁶ *Mankowski* (Fn. 3), S. 684 f. m.w.N.

¹⁷ Zu diesem Auslegungstopos *Palm*, in: Erman, BGB, Handkommentar, 11. Aufl. 2004, § 133 Rn. 32; *Hefermehl*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 1999, § 133 Rn. 25.

gegeben wurde, kann diese mehrdeutig sein, etwa wenn der Lösungswillige sich zugleich auf eine Haustürsituation und einen Irrtum beruft. In diesen Fällen ist auf allgemeine Auslegungsgrundsätze zurückzugreifen. Und dabei muß ein redlicher Empfänger davon ausgehen, daß der Erklärende im Zweifel die für ihn günstigste Erklärung abgeben wollte; es ist also ein Günstigkeitsvergleich anzustellen.²¹ Das gilt freilich nur, wenn dem Empfänger noch Auslegungszweifel bleiben; ohne diese muß er sich nicht zum Anwalt des Erklärenden machen und darf auch eine für den Erklärenden erkennbar nachteilige Erklärung als gewollt akzeptieren.

Im ersten Schritt des Günstigkeitsvergleichs ist zu ermitteln, welche Lösungserklärungen im konkreten Fall überhaupt wirksam abgegeben werden können: Im Zweifel wird niemand eine Anfechtung erklären wollen, wenn sie offenkundig nach § 121 BGB verfristet, ein Widerruf im Sinne des § 355 BGB dagegen noch möglich wäre. Auch hier ist aber im Auge zu behalten, daß für die Ermittlung des Willens des Erklärenden naturgemäß nur solche Umstände herangezogen werden können, die der Erklärende – aus Sicht und nach dem Wissen des Erklärungsempfängers – kennt oder zu kennen glaubt.²² Weiß der Empfänger also etwa, daß der Erklärende sei noch nicht verfristet, wird er sie mitberücksichtigen müssen.

Glaubt der Lösungswillige – wiederum: aus Sicht und nach dem Wissen des Erklärungsempfängers –, daß ihm mehrere Lösungsmöglichkeiten zu Gebote stehen, wird er im Zweifel diejenige verwirklichen wollen, deren Rechtsfolgen für ihn am günstigsten sind. Diese also sind für die in Betracht kommenden Lösungserklärungen zu ermitteln und miteinander zu vergleichen, wenn die Auslegung noch zu keinem eindeutigen Ergebnis geführt hat. Dabei ist gegebenenfalls auch die Rückabwicklung eines erfolgten Leistungsaustauschs zu berücksichtigen. Insofern ist eine Anfechtung nach § 123 BGB oftmals besonders günstig, wenn man der herrschenden Ansicht folgt, die in diesen Fällen die Saldotheorie oder die Lehre vom faktischen Synallagma nicht anwenden will. Glaubt der Lösungswillige, für den Empfänger erkennbar, daß er seine Erklärung nach § 123 BGB anfechten kann, wird er also im Zweifel dies und nicht ein eventuell daneben bestehendes Widerrufsrecht im Sinne des § 355 BGB mit den Folgen der §§ 357, 346 ff. BGB, insbesondere des § 357 Abs. 3 S. 3 BGB ausüben wollen. Für die Klausurlösung bedeutet dies, daß schon unter dem Prüfungspunkt der Lösungserklärung die Folgen der in Betracht kommenden Lösungserklärungen zu berücksichtigen, also schon hier inzident zu prüfen sein können.

ist diese Frage nach § 355 Abs. 1 S. 2 BGB in dem Sinne entschieden, daß sie einer Begründung nicht bedarf.

²¹ So speziell zur Frage, ob eine Erklärung als Anfechtung oder Widerruf nach dem – inzwischen in §§ 312 ff. BGB aufgegangenen – HWiG auszulegen ist, *Werner*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 13. Bearb. 1998, Vorbem. zum HWiG Rn. 31 m.w.N. aus der Literatur zum HWiG.

²² *Hefermehl* (Fn. 17), § 133 Rn. 25.

So ist im Ausgangsfall zu verfahren, wenn K dem V erklärt, sie wolle sich vom Vertrag lösen, weil sie sich beim Angebot versprochen habe und es ohnehin nicht angehe, alten Damen zu Hause Schmuck aufzuschwatzen. Die Prüfung wird dann ergeben, daß K den für sie wegen §§ 357 Abs. 3 S. 3, 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB günstigeren Widerruf nach § 355 BGB erklären, nicht etwa nach § 119 Abs. 1 BGB anfechten wollte.

Es kann dabei der Fall eintreten, daß Vor- und Nachteile der in Betracht kommenden Lösungsmöglichkeiten einander in etwa die Waage halten. So möge ein in jeder Hinsicht ordnungsgemäß über das ihm zustehende Widerrufsrecht Belehrter zugleich vertraglich zum Rücktritt berechtigt sein. In diesem Fall greift die Gefahrtragungsregel des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB weder im Falle des Widerrufs noch des (vertraglich vorbehaltenen!) Rücktritts. Ein Widerruf wäre hier wegen § 357 Abs. 3 S. 1 BGB nachteilig, wonach – anders als gemäß § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB im Falle eines Rücktritts – auch für durch bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme eingetretene Verschlechterungen Ersatz zu leisten ist.²³ Gegenüber einem Rücktritt vorteilhaft wäre der Widerruf aber wegen der Kosten- und Gefahrtragungsregel des § 357 Abs. 2 BGB, die gegenüber derjenigen des § 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB günstiger ist. Diese ist zu berücksichtigen, auch wenn der Lösungswillige bei Abgabe der Erklärung noch nicht weiß, ob sich die Gefahr verwirklicht.

Führt auch der Günstigkeitsvergleich zu keinen eindeutigen Ergebnissen, läßt sich durch Auslegung also nicht ermitteln, welches von mehreren gegebenen Lösungsrechten ausgeübt wurde, müßte man nach allgemeinen Grundsätzen annehmen, daß die Erklärung insgesamt wirkungslos ist, weil sich ihr Inhalt nicht feststellen läßt.²⁴ Das erscheint – jedenfalls auf den ersten Blick – wenig sachgerecht, weil der Lösungswillige doch immerhin eindeutig zu erkennen gegeben hat, an den geschlossenen Vertrag nicht mehr gebunden sein zu wollen. Will man daher in solchen Fällen wenigstens eine wirksame Lösung der vertraglichen Bindung annehmen, steht man allerdings vor der Frage, auf welche Folgeordnung abzustellen ist, ob sich im soeben geschilderten Fall die Rücksendungsgefahr also nach § 357 Abs. 2 oder nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB richtet. Dabei darf es nicht zum Nachteil der Gegenseite gereichen, daß sich der Lösungswillige nicht eindeutig festgelegt hat. Dieser kann sich also nicht auf die

²³ Nach dem Gesetzeswortlaut hat der Verbraucher daneben gemäß §§ 357 Abs. 1 S. 1, 346 Abs. 1 BGB Nutzungersatz zu leisten, so etwa auch *Habersack*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 358 Rn. 84. Das widerspricht der im Gesetz allerorten anzutreffenden, sachgerechten Wertung, daß derjenige die Nutzungskosten zu tragen hat, dem auch die Gebrauchsvorteile zugewiesen sind (vgl. etwa §§ 995 S. 2, 994 Abs. 1 S. 2 BGB).

²⁴ Zur Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts, dessen Inhalt sich nach Ausschöpfen aller Auslegungsmittel nicht genau bestimmen läßt, etwa *Singer/Benedict*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 133 Rn. 23, 76; *Flume* (Fn. 5), § 16 3 e; *Hefermehl* (Fn. 17), § 133 Rn. 23; v. *Tuhr* (Fn. 15), § 61 II 4; BGHZ 20, 109 (111).

ihm jeweils günstigeren Rechtsfolgen der in Betracht kommenden Lösungsrechte berufen, im Gegenteil: Zum Schutze der berechtigten Interessen der Gegenseite müßten die für ihn jeweils ungünstigsten Rechtsfolgen zur Anwendung kommen. Folgt man dem, ist im soeben gebildeten Fall also zwar das Vertragsverhältnis wirksam gelöst, doch haftet der Lösungswillige auch für durch bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterungen nach § 357 Abs. 3 S. 1 BGB und trägt zugleich abweichend von § 357 Abs. 2 BGB gemäß § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB die Gefahr, daß der empfangene Gegenstand auf dem Rückweg zur Gegenseite zufällig untergeht.

Ob man nun so verfahren oder mehrdeutige Lösungserklärungen für gänzlich unwirksam halten will: Für den Lösungswilligen birgt es Nachteile, wenn er nicht eindeutig zum Ausdruck bringt, welches von mehreren Lösungsrechten er ausüben will. Das ist letztlich eine zwingende Folge der gesetzgeberischen Entscheidung, in manchen Situationen mehrere Lösungsrechte mit unterschiedlichen Rechtsfolgen zu gewähren. Daß § 355 Abs. 1 S. 2 BGB für den Widerruf und die herrschende Ansicht allgemein die Pflicht verneinen, die Lösungserklärung zu begründen,²⁵ vermag den Lösungswilligen also nicht von der Last zu befreien, seinen Willen auch hinsichtlich des konkret ausgeübten Lösungsrechts erkennbar auszudrücken.

In den meisten Fällen wird sich freilich durch Auslegung ermitteln lassen, welches Lösungsrecht der Lösungswillige ausüben wollte. Damit steht der Inhalt seiner Erklärung fest. Führt sie nicht zum Ziel, kann ihr nicht ohne weiteres eine andere rechtliche Bedeutung untergeschoben werden: Geht etwa der Widerruf nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB zu spät zu und kann er deshalb die Wirksamkeit der zu widerrufenden Erklärung nicht mehr verhindern, kann nicht einfach von einer Anfechtungserklärung ausgegangen werden. Und eine Anfechtungserklärung wird nicht schon deshalb und ohne weiteres zur Rücktrittserklärung, weil die Anfechtung mangels Anfechtungsgrunds oder Verfristung als solche unwirksam ist. Möglich bleibt in solchen Fällen allenfalls eine Umdeutung nach § 140 BGB.²⁶

2. Umdeutung

Eine Umdeutung scheidet hier nicht schon daran, daß die in Rede stehenden Erklärungen regelmäßig nicht nichtig, sondern bloß wirkungslos sind;²⁷ auf solche Erklärungen ist § 140 BGB jedenfalls analog anwendbar.²⁸ Objektiv muß das

²⁵ O. Fn. 20.

²⁶ Die im Gesetz angelegte, klare Unterscheidung zwischen Umdeutung und Auslegung wird freilich vereinzelt bezweifelt, vgl. vor allem *Krampe*, Die Konversion des Rechtsgeschäfts, 1980, S. 142 ff., 284; *Hager*, Gesetzes- und sittenkonforme Auslegung und Aufrechterhaltung von Rechtsgeschäften, 1983, S. 155.

²⁷ Zur Unterscheidung etwa *Klinck*, WM 2006, 417 (420).

²⁸ *Mankowski* (Fn. 3), S. 16 Fn. 4. – Für Anwendung des § 140 BGB etwa auch auf solche Rechtsgeschäfte, die zunächst schwebend unwirksam waren und später endgültig unwirksam wurden, *Busche* (Fn. 20), § 140 Rn. 13; für An-

umzudeutende Rechtsgeschäft „den Erfordernissen des anderen Rechtsgeschäfts“ entsprechen; subjektiv muß der hypothetische Wille des Erklärenden für den Fall, daß das umzudeutende Rechtsgeschäft unwirksam ist, auf Geltung des anderen Rechtsgeschäfts gerichtet sein. Diese subjektive Voraussetzung kann man in den vorliegenden Fällen jedenfalls dann bejahen, wenn sich der Erklärende auf jeden Fall lösen wollte, auch um den Preis womöglich weitergehender Rückabwicklungs- oder gewisser Schadensersatzpflichten. Größere Schwierigkeiten bereitet das objektive Tatbestandsmerkmal, dessen genauere Bestimmung zudem streitig ist. Das umzudeutende Rechtsgeschäft muß jedenfalls alle Tatbestandsmerkmale desjenigen Rechtsgeschäfts enthalten, in das es umgedeutet werden soll.²⁹ Diese Voraussetzung kann vor allem bei zusammengesetzten Rechtsgeschäften problematisch werden, kaum jedoch bei einseitigen Willenserklärungen wie den vorliegenden.³⁰ Allgemein wird darüber hinaus angenommen, das andere Rechtsgeschäft dürfe auch in seinen Rechtsfolgen nicht über das umzudeutende hinausgehen.³¹ Danach wird eine Umdeutung hier oftmals ausscheiden. Deutlich ist dies bei der Umdeutung eines Widerrufs nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB; denn Anfechtung, Rücktritt und Widerruf nach § 355 BGB als mögliche Umdeutungsziele gehen in ihren Rechtsfolgen über diejenigen des Widerrufs nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB regelmäßig hinaus, indem sie etwa Schadensersatz- oder Rückgewährpflichten begründen.³² Insbesondere wegen der Schadensersatzpflicht nach § 122 BGB soll nach verbreiteter Ansicht auch die Umdeutung einer Rücktritts- in eine Anfechtungserklärung ausscheiden,³³ während viele umgekehrt die Umdeutung einer Anfechtungs- in eine Rücktrittserklärung für möglich hal-

wendbarkeit des § 140 BGB auch auf Verfügungen eines Nichtberechtigten *Hefermehl* (Fn. 17), § 140 Rn. 3.

²⁹ *Busche* (Fn. 20), § 140 Rn. 17. Manche fordern weitergehend, das umzudeutende Rechtsgeschäft müsse bereits die Bestandteile des anderen Rechtsgeschäfts vollständig enthalten; so namentlich *Flume* (Fn. 5), § 32 9c, und die ältere Rspr. des BGH, BGHZ 20, 363 (370) = NJW 1956, 1198 (1200); BGHZ 19, 269 (275) = NJW 1956, 297 (298). Damit würde § 140 BGB zu einem Unterfall der Teilnichtigkeit; dezidiert ablehnend etwa *Medicus* (Fn. 5), Rn. 519; *Roth* (Fn. 7), § 140 Rn. 21.

³⁰ Probleme könnten sich hier allenfalls ergeben, wenn man die Angabe eines Anfechtungsgrundes zum Tatbestand einer wirksamen Anfechtungserklärung rechnet, Fn. 20; dann käme eine Umdeutung womöglich nur in Betracht, wenn der Lösungswillige den Anfechtungsgrund angegeben hat.

³¹ *Busche* (Fn. 20), § 140 Rn. 17; *Roth* (Fn. 7), § 140 Rn. 22; *Faust*, in: Dauner-Lieb u.a. (Hrsg.), Anwaltkommentar BGB, 2005, § 140 Rn. 18; *Medicus* (Fn. 5), Rn. 519; *Larenz/Wolf* (Fn. 5), § 44 Rn. 86 f.

³² *Mankowski* (Fn. 3), S. 97, mit Nachw. auch der Gegenansicht. Diese vertritt etwa auch *Hau* (Fn. 5), Fall 5 (S. 27 f.).

³³ *Hefermehl* (Fn. 17), § 140 Rn. 4; *Roth* (Fn. 7), § 140 Rn. 71; *Larenz/Wolf* (Fn. 5), § 45 Rn. 87; *Mankowski* (Fn. 3), S. 16.

ten.³⁴ Gleiches wie für den Rücktritt wird man wohl auch für den Widerruf nach § 355 BGB anzunehmen haben. Und wer der Ansicht folgt, eine Anfechtung könne in eine Rücktrittserklärung umgedeutet werden, wird erst recht die Umdeutung eines Widerrufs nach § 355 BGB in einen Rücktritt und umgekehrt für möglich halten, da deren Rechtsfolgen – trotz der aus § 357 BGB folgenden Unterschiede – einander in höherem Maße entsprechen als die von Rücktritt und Anfechtung.

III. Lösung von der Lösungserklärung

1. Durch Widerruf nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB

Da jede der hier besprochenen Lösungserklärungen selbst eine Willenserklärung ist, kann sie ihrerseits nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufen werden.³⁵ Der Widerruf einer Lösungserklärung führt unmittelbar lediglich dazu, daß die Lösungserklärung nicht wirksam wird. Darin erschöpft sich auch die Wirkung des Widerrufs eines Widerrufs nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB; er führt dazu, daß die ursprüngliche Erklärung wirksam werden kann.³⁶

Für die Ausübung der anderen Lösungsrechte bleibt mehr Zeit als für diejenige des Widerrufs nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB. Daher stellt sich die Frage, ob dem Widerruf nicht ein über den unmittelbaren hinausgehender Erklärungswert beizulegen ist, derjenige nämlich, das Lösungsrecht auch künftig nicht ausüben zu wollen.³⁷ Denn wer seine Lösungserklärung widerruft, gibt damit auch zu verstehen, daß die ursprüngliche Erklärung zunächst weitergelten soll. Wird eine Anfechtungserklärung nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufen, ist also zu überlegen, ob in der Widerrufserklärung zugleich eine Bestätigung der angefochtenen Erklärung nach § 144 BGB liegt. Das ist eine Auslegungsfrage, deren Bejahung zunächst nahezuliegen scheint. Dabei ist aber auch zu bedenken, daß der Anfechtungsberechtigte sich mit dem Widerruf der Anfechtungserklärung womöglich nur eine weitere Überlegungsfrist verschaffen wollte, etwa im Fall der Anfechtung nach § 123 BGB, wenn die kurze Frist des § 121 Abs. 1 S. 1 BGB nicht greift. Man sollte eine Bestätigung also nicht vorschnell annehmen.³⁸ Das gilt in noch stärkerem Maße für den Fall, daß der Rücktrittsberechtigte seine Rücktrittserklärung oder der Widerrufsberechtigte seine Widerrufserklärung

nach § 355 BGB im Sinne des § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerruft. Auch hier ist es zwar denkbar, daß der Berechtigte mit dem Widerruf der Lösungserklärung zugleich den Verzicht auf sein Lösungsrecht erklärt;³⁹ im Zweifel wird er dazu aber keinen Anlaß haben und sich seine Lösungsmöglichkeit nicht endgültig nehmen wollen.

Wenn K im eingangs dargestellten Fall also ihre auf Lösung des Vertrags mit V gerichtete Widerrufserklärung im Sinne des § 355 BGB nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerruft, darf V nicht ohne weiteres davon ausgehen, K wolle damit auf ihr Widerrufsrecht insgesamt verzichten.

2. Durch Anfechtung

Die Anfechtung einer Lösungserklärung ist ohne weiteres denkbar; als Anfechtungsgrund kommen vor allem die des § 123 BGB und der Erklärungsirrtum nach § 119 Abs. 1 Var. 2 BGB in Betracht. Ob hier auch Raum für einen Inhaltsirrtum nach § 119 Abs. 1 Var. 1 BGB bleibt, ist dagegen zweifelhaft. Ein solcher Irrtum liegt jedenfalls nicht vor, wenn sich der Lösungswillige von der (rechtlichen) Bedeutung, insbesondere von einzelnen Rechtsfolgen der Lösungserklärung falsche Vorstellungen machte. Hierbei handelt es sich vielmehr um einen nach h.M. unbeachtlichen Rechtsfolgeirrtum.⁴⁰

Durch Anfechtung der Lösungserklärung wird der *status quo ante* hergestellt, die Lösung also *ex tunc* rückgängig gemacht. Entsteht dem anderen Teil daraus ein Schaden, muß der Anfechtende diesen unter den Voraussetzungen und im Umfang des § 122 BGB ersetzen. Daß der Anfechtende zugleich auf sein Lösungsrecht verzichten wollte, liegt hier im Regelfall ebenso fern wie in den soeben unter 1. dargestellten Konstellationen.

3. Durch Rücktritt oder Widerruf nach § 355 BGB

Da Rücktritt und Widerruf nach § 355 BGB auch Rückgewährpflichten der Gegenseite hervorbringen können, ist immerhin denkbar, daß der den Rücktritt Erklärende der Gegenseite eine Frist setzt, nach deren fruchtlosem Ablauf er wiederum zurücktritt, diesmal vom Rückgewährschuldverhältnis. Nach ganz herrschender Ansicht sollen §§ 323 ff. BGB allerdings auf gesetzliche Schuldverhältnisse keine Anwendung

³⁴ So *Palm* (Fn. 17), § 140 Rn. 20; *Heinrichs*, in: Palandt, BGB, 67. Aufl. 2008, § 140 Rn. 6, und – ohne jede Erörterung – jüngst auch der BGH NJW 2006, 2839 (2842) („[...] den in der Anfechtung zu sehenden Rücktritt [§ 140 BGB]“). Eine solche Umdeutungsmöglichkeit lehnen ab *Roth* (Fn. 7), § 140 Rn. 71; *Mankowski* (Fn. 3), S. 16.

³⁵ *Mankowski* (Fn. 3), S. 1104.

³⁶ Zu den Problemen, die sich daraus insbesondere bei Formbedürftigkeit der zu widerrufenden Erklärung ergeben können, vgl. *Hau* (Fn. 5), Fall 9 (S. 53).

³⁷ Zum Verzicht auf Beseitigungsrechte umfassend *Mankowski* (Fn. 3), S. 1058 ff.

³⁸ Zu entsprechender Zurückhaltung bei der Annahme einer Bestätigung durch konkludentes Verhalten mahnt *Roth* (Fn. 7), § 140 Rn. 5 f. m.w.N.

³⁹ Für Möglichkeit eines – nachträglichen, vgl. etwa §§ 312f, 506 BGB – Verzichts auf das einmal entstandene Widerrufsrecht nach § 355 BGB Kaiser, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 355 Rn. 64, dagegen aber die h.M., vgl. etwa *Bülow/Artz*, Heidelberger Kommentar zum Verbraucherkreditrecht, 6. Aufl. 2006, § 506 Rn. 8 ff. mit vielen Nachw.; *Mankowski* (Fn. 3), S. 1064 ff. Zum Verzicht auf ein Rücktrittsrecht vgl. *Gaier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 349 Rn. 7.

⁴⁰ Zu diesem *Flume* (Fn. 5), § 23 4 d; *Larenz/Wolf* (Fn. 5), § 36 Rn. 37 ff.; *Medicus* (Fn. 5), Rn. 750 f. Grundlegend *Manigk*, Irrtum und Auslegung, 1918, §§ 8 ff. Für Beachtlichkeit des Rechtsfolgeirrtums nach Maßgabe des § 119 Abs. 2 BGB aber *Wieling*, Jura 2001, 577 (581).

finden,⁴¹ was sich für §§ 323 f. BGB mit dem Wortlaut „bei einem gegenseitigen Vertrag“ und für § 326 BGB mit der Erwägung stützen läßt, daß § 346 Abs. 2, 3 BGB Sonderregelungen für den Fall der Unmöglichkeit der Rückgewähr enthalten. Entsprechend kann eine Lösungserklärung schon deshalb nicht nach § 355 BGB widerrufen werden, weil die einzelnen Widerrufsrechte sich auf solche Willenserklärungen beziehen, die auf Vertragsschluß gerichtet sind.⁴²

IV. Nochmalige Lösung nach wirksamer Lösung

Unter III. ging es um die Vernichtung der Lösungserklärung auf rechtsgeschäftlicher Ebene, die zunächst zu einer bloßen Nicht-Lösung führt und allemal die Möglichkeit eröffnet, nunmehr ein anderes Lösungsrecht wirksam auszuüben. Eine ganz andere Frage ist es, ob eine nochmalige Lösungserklärung ihre Wirkungen entfalten kann, nachdem der Erklärende schon eine wirksame Lösungserklärung abgegeben hat, von der er nicht mehr Abstand nehmen kann. Diese Frage bereitet für den Widerruf nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB wenig Kopfzerbrechen: Er kommt in diesen Fällen wohl immer zu spät, denn wenn schon die Lösungserklärung zugegangen ist, wird die zu widerrufende Erklärung vorher zugegangen sein. Genausowenig kommt ein Rücktritt vom ursprünglichen Austauschverhältnis in Betracht, nachdem dieses aufgelöst worden ist: Denn mit der Lösung sind die ursprünglichen Leistungspflichten entfallen, und die Voraussetzungen des § 323 BGB können insoweit⁴³ nicht mehr eintreten; waren sie vor der Auflösung schon gegeben, sind sie mit dieser entfallen.

1. Anfechtung nach wirksamer Anfechtung oder Widerruf nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB

Die Frage, ob nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufenen Erklärungen noch angefochten werden können, scheint in den vorliegenden Fällen aus praktischen Gründen keine Rolle zu spielen, da ja auch die Anfechtung nicht weiter zurückwirken kann als der Widerruf, im Gegenteil: Die angefochtene Erklärung wird nur, wenn auch rückwirkend (§ 142 Abs. 1 BGB), unwirksam, während die widerrufenen Erklärung gar nicht erst wirksam wurde. Die Anfechtung einer bereits wirksam nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufenen Erklärung kann für den

Lösungswilligen aber immerhin wegen § 142 Abs. 2 BGB interessant sein, ferner im Hinblick auf eine Rückabwicklung bereits ausgetauschter Leistungen, wenn die Gegenleistung beim Lösungswilligen untergegangen ist, dieser nach § 123 BGB anfechten kann und man der herrschenden Ansicht folgt, die in diesen Fällen die Saldotheorie oder die Lehre vom faktischen Synallagma nicht anwenden will.

So möge V der K im Ausgangsfall vorsätzlich wahrheitswidrig erklärt haben, daß es sich bei den im Collier befindlichen Steinen um echte Diamanten handle, und ihr die Kette zunächst gegen „Anzahlung“ zur Ansicht überlassen haben, mit der Maßgabe, der Vertrag solle erst dann wirksam sein, wenn K das Angebot des V später brieflich annehme. K schickt wenig später den Brief ab, widerruft die darin enthaltene Annahmeerklärung dann aber rechtzeitig per Fax. Sodann wird die Kette gestohlen, und K erfährt nun erst von der Täuschung des V. Kann sie nun die bereits nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufenen Erklärung noch anfechten?

Bei einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung nach Widerruf gemäß § 130 Abs. 1 S. 2 BGB würde sich der Untergang des erhaltenen Leistungsgegenstandes nach der Saldotheorie oder der Lehre vom faktischen Synallagma zu Lasten des Lösungswilligen auswirken und seinen eigenen Rückforderungsanspruch entsprechend ausschließen oder mindern. Eine durch die Täuschung ausgelöste Haftung der Gegenseite aus *culpa in contrahendo* nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 BGB hülfe dem Lösungswilligen jedenfalls dann nicht, wenn die Kausalität zwischen Pflichtverletzung (Täuschung) und Schaden (Untergang der Gegenleistung und damit des Anspruchs auf Rückgabe der Leistung) fehlt. Das wäre im soeben geschilderten Fall etwa anzunehmen, wenn K die Kette auch ohne Täuschung gekauft hätte, womöglich zu einem niedrigeren Preis. Es ist also immerhin denkbar, daß die Frage relevant wird, ob eine wegen § 130 Abs. 1 S. 2 BGB gar nicht erst wirksam gewordene Willenserklärung noch angefochten werden kann.

Nach herrschender Ansicht kann eine ohnehin unwirksame Willenserklärung in der Tat angefochten werden, wofür man sich gemeinhin auf die sogenannte „Kipp'sche Doppelwirkung im Recht“ beruft. *Theodor Kipp* hatte diese Lehre im Hinblick auf § 142 Abs. 2 BGB anhand von Fällen wie dem folgenden begründet:⁴⁴ Ein Minderjähriger (M) veräußert nach arglistiger Täuschung des Erwerbers (E) diesem eine bewegliche Sache; E übereignet sie an einen Dritten (D) weiter, der zwar von der Täuschung, aber nichts von der Minderjährigkeit des M weiß. Die Übereignung an E ist zwar nach §§ 108, 107 BGB unwirksam, doch wußte D hiervon nichts, so daß er nach §§ 929, 932 BGB redlich erworben zu haben scheint. Daher wollte *Kipp* eine Anfechtung durch M zulassen, um zulasten des D § 142 Abs. 2 BGB anwenden zu können. Viele meinen heute freilich, man könne § 142 Abs. 2 BGB – entgegen seinem Wortlaut – in solchen Fällen ohnehin auch dann anwenden, wenn eine Anfechtung nicht er-

⁴¹ *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 323 Rn. 43; *Westermann*, in: Erman, BGB, Handkommentar, 11. Aufl. 2004, § 323 Rn. 8; *Gsell*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2005, § 323 Rn. 11 m.w.N. in Fn. 49 f. Für eine Anwendung des § 323 BGB a.F. auf die Rückgewährpflichten nach § 346 BGB a.F. aber noch *E. Wolf*, AcP 153 (1954), 97 (142 ff.), und diesem folgend *Wieling*, JuS 1973, 397 (398).

⁴² Die auf Abschluß eines Anpassungs- oder Aufhebungsvertrags gerichtete Willenserklärung kann dagegen durchaus widerruflich sein, vgl. zur Mieterhöhung *Artz*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 557 Rn. 33 ff.; vertiefend *Hau*, Vertragsanpassung und Anpassungsvertrag, 2003, S. 196 ff.

⁴³ Zum von der ganz herrschenden Meinung abgelehnten „Rücktritt vom Rücktritt“ vgl. soeben bei Fn. 41.

⁴⁴ *Kipp*, in: Universität Berlin (Hrsg.), Festschrift der Berliner Juristischen Fakultät für Ferdinand von Martitz zum fünfzigjährigen Doktorjubiläum am 24. Juli 1911, 1911, S. 211 ff., (insbes. 224 ff.).

folgt, denn an der Redlichkeit des Erwerbers fehle es schon dann, wenn er einen nur potentiellen Unwirksamkeitsgrund kennt.⁴⁵ Die „Lehre von der Doppelwirkung im Recht“ als solche aber herrscht noch heute.⁴⁶ Mit ihr läßt sich auch hier das begriffslogische Bedenken überwinden, es fehle wegen des wirksamen Widerrufs nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB an einem tauglichen Anfechtungsgegenstand. Daß es vorliegend nicht um eine unwirksame, sondern um eine gar nicht erst wirksam gewordene Willenserklärung geht, ändert an der Interessenlage nichts. Und diese rechtfertigt es, dem Lösungswilligen eine Anfechtung zu gestatten: Der arglistig Täuschende ist ihm gegenüber nicht schutzwürdig. Auch hier aber fragt sich, ob es einer solchen Anfechtung überhaupt bedarf: Wenn man der herrschenden Einschränkung von Saldotheorie und Lehre vom faktischen Synallagma bei arglistiger Täuschung folgt, sollte man hierfür schon die bloße Täuschung genügen lassen, ohne eine darauf gestützte Anfechtung zu verlangen – denn diese selbst hat mit der die Einschränkung tragenden Erwägung, der Täuschende sei nicht schutzwürdig, nichts zu tun. Dann sind Saldotheorie oder faktisches Synallagma schon aufgrund der zur Anfechtung berechtigenden Täuschung unanwendbar, ohne daß es einer nochmaligen Vernichtung durch Anfechtung bedürfte.⁴⁷

Aus den gleichen Gründen kann auch eine bereits wirksam angefochtene Erklärung nochmals angefochten werden, etwa weil der Irrende später herausfindet, daß er arglistig getäuscht worden war.⁴⁸ Auch hier aber ist zweifelhaft, ob es einer erneuten Anfechtung überhaupt bedarf. So ist keine nochmalige Anfechtung nach § 123 BGB notwendig, um den Schadensersatzanspruch nach § 122 BGB auszuschalten. Denn hat der Anfechtungsgegner selbst arglistig getäuscht oder widerrechtlich gedroht, erscheint es interessengerecht, § 122 Abs. 2 BGB auch dann anzuwenden, wenn die Anfechtung nicht auf § 123 BGB, sondern auf einen Irrtum nach § 119 BGB oder auf § 120 BGB gestützt wurde. Schutzwürdiges Vertrauen nämlich konnte der Anfechtungsgegner in

diesem Fall nicht aufbauen.⁴⁹ Entsprechendes gilt, wenn der Anfechtungsgegner die Täuschung eines Dritten im Sinne des § 123 Abs. 2 BGB kannte oder kennen mußte. Und auch für § 142 Abs. 2 BGB sollte man es genügen lassen, daß der Dritte die Anfechtbarkeit überhaupt kannte oder kennen mußte, ohne daß es auf den eher zufälligen Umstand ankommen sollte, ob der Anfechtungsberechtigte sich gerade auf das dem Dritten bekannte oder fahrlässig unbekannt gebliebene Anfechtungsrecht stützt.⁵⁰

2. Anfechtung nach § 355 BGB widerrufener Erklärungen und Widerruf angefochtener oder nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufener Erklärungen

Die Anfechtung nach wirksamem Rücktritt ist schon deshalb begriffslogisch unbedenklich, weil der Rücktritt nur das Austauschschuldverhältnis umwandelt, die es begründenden Willenserklärungen als solche aber unberührt läßt.⁵¹ Aber auch gegen eine Anfechtung bereits nach § 355 BGB widerrufener Erklärungen oder gegen einen Widerruf angefochtener Verbrauchererklärungen bestehen in dieser Hinsicht keine durchgreifenden Bedenken. Der Widerruf nach § 355 BGB führt zwar auch zur Unwirksamkeit der widerrufenen Willenserklärung; jedoch gilt das oben zur Anfechtbarkeit bereits unwirksamer Erklärungen nach der *Kipp*'schen Doppelwirkung im Recht Gesagte entsprechend, und zwar auch für den umgekehrten Fall, daß der Verbraucher die nach § 355 BGB zu widerrufende Erklärung bereits wirksam angefochten oder gemäß § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufen⁵² hat.

Die Antwort auf die Frage, ob in den genannten Fällen eine nochmalige Lösungserklärung mit der Folge zuzulassen ist, daß die Rückabwicklung anderen Regeln unterliegt, ist jedoch vorrangig aus der sich im Gesetz niederschlagenden Bewertung der beteiligten Interessen abzuleiten. Gegen eine nochmalige Lösungsmöglichkeit in diesen Fällen könnte dabei sprechen, daß die Gegenseite womöglich schon schutzwürdiges Vertrauen in die eine oder andere Art der Rückabwicklung aufgebaut hat. Vertrauensschutz wird zwar grundsätzlich nicht um seiner selbst Willen gewährt, sondern im Hinblick darauf, daß der Geschützte das Vertrauen betätigt und entsprechende Dispositionen getroffen hat.⁵³ Aber selbst wenn man dies auch für die Schutzwürdigkeit von Vertrauen in die Geltung einseitiger Rechtsgeschäfte verlangt,⁵⁴ scheidet schutzwürdiges Vertrauen der Gegenseite in eine bestimmte Art der Rückabwicklung hier dennoch nicht von vornherein aus, denn entsprechende Dispositionen sind auch

⁴⁵ So etwa *Medicus* (Fn. 5), Rn. 729; *Hasse*, JuS 1997, L 1; *Oellers*, AcP 169 (1969), 67. Anders wohl *Mankowski* (Fn. 3), S. 1096.

⁴⁶ Sie wird auch von den in Fn. 45 Genannten grundsätzlich akzeptiert; weitergehende Ablehnung allerdings bei *Oellers*, AcP 169 (1969), 67.

⁴⁷ Das sollte jedenfalls gelten, solange die Fristen des § 124 BGB noch nicht abgelaufen sind; danach ist zu erwägen, ob der Täuschende schutzwürdiges Vertrauen in die Folgenlosigkeit seiner Täuschung setzen konnte.

⁴⁸ Ebenso etwa *Medicus* (Fn. 5), Rn. 730. Davon zu unterscheiden ist die Frage, ob der Anfechtende, der wegen Fristablaufs nicht nochmals anfechten kann, Gründe für die ursprünglich erklärte Anfechtung „nachschieben“ kann; verneinend etwa *Busche* (Fn. 20), § 143 Rn. 10, und im Ergebnis auch *Mankowski* (Fn. 3), S. 711 ff.; sowie *Wendtland*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Stand: 1.2.2007, § 143 Rn. 5 (als neue Anfechtungserklärung zu werten).

⁴⁹ *Mankowski* (Fn. 3), S. 553. Das gilt allemal dann, wenn man § 122 Abs. 3 BGB als *lex specialis* zu § 254 BGB begreift, so statt vieler *Singer* (Fn. 10), § 122 Rn. 18.

⁵⁰ Vgl. o. Fn. 45.

⁵¹ Zu prozessualen Problemen, die sich ergeben, wenn der Kläger seine Klage zunächst allein auf einen Rücktritt, sodann auf eine Anfechtung stützt, vgl. jüngst *Renna*, ZGS 2007, 448.

⁵² *Mankowski* (Fn. 3), S. 1077.

⁵³ Grundlegend *Canaris*, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 510 ff.

⁵⁴ Ablehnend *Canaris* (Fn. 53), S. 513.

in den vorliegend interessierenden Fällen denkbar.⁵⁵ Entscheidend ist also, ob das Vertrauen in den Bestand der einmal abgegebenen Lösungserklärung die schutzwürdigen Interessen des Verbrauchers überwiegt.

Kaum Schwierigkeiten bereitet hier der Fall, daß der Verbraucher nach wirksamem Widerruf gemäß § 355 BGB oder wirksamem Rücktritt noch anfechten will. Denn die dadurch bezweckte bereicherungsrechtliche Rückabwicklung ist für ihn gegenüber der rücktrittsrechtlichen nur vorteilhaft, wenn Saldotheorie und Lehre vom faktischen Synallagma nicht zur Anwendung kommen, nach herrschender Meinung also dann, wenn der Verbraucher arglistig getäuscht wurde. Unter diesen Voraussetzungen nämlich wird der Lösungswillige bei bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung über das Maß des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB hinaus von der Rückgewährgefahr entlastet. In diesem hier einzig relevanten Fall scheidet – eben wegen der arglistigen Täuschung – schutzwürdiges Vertrauen der Gegenseite aus. Der Verbraucher kann auch nach wirksamem Widerruf oder Rücktritt noch nach § 123 BGB anfechten.

Ungleich schwerer fällt die Antwort auf die umgekehrte Frage, ob der Verbraucher seine Erklärung nach wirksamer Anfechtung oder wirksamem Widerruf nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB noch gemäß § 355 BGB widerrufen kann.⁵⁶ So mag K in Fortführung des eingangs geschilderten Falles zunächst die Anfechtung nach § 119 Abs. 1 BGB erklärt haben, später aber, nach rechtlicher Beratung, einen Widerruf nach §§ 312 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 355 BGB. Kann dieser noch dazu führen, daß das Rückabwicklungsverhältnis nicht mehr dem Bereicherungsrecht samt der Saldotheorie oder der Lehre vom faktischen Synallagma unterliegt, sondern §§ 357 Abs. 1, 346 Abs. 3 S. 3 BGB mit der Folge, daß K für die gestohlene Kette keinen Wertersatz zu leisten hat und ihr Geld in voller Höhe zurückverlangen kann?

Man könnte meinen: Wenn das Gesetz das Vertrauen des Unternehmers selbst in die Vertragsdurchführung geringer bewertet als den Schutz des Verbrauchers vor den Folgen seiner später als nachteilig erkannten Willenserklärung, muß erst recht das Vertrauen des Unternehmers in eine bestimmte Art der Rückabwicklung geringer als die Belange des Verbrauchers zu bewerten sein. Dieses *argumentum a maiore ad minus* ist jedoch nicht zulässig. Denn das Gesetz setzt den Unternehmer eben nur hinten, wenn die Willenserklärung des Verbrauchers unter bestimmten Bedingungen abgegeben wurde, was auf die Anfechtungserklärung gerade nicht zutrifft. Auf deren Wirksamkeit darf der Unternehmer also grundsätzlich vertrauen. Daß diesem Vertrauen überwiegende schutzwürdige Interessen des Verbrauchers gegenüberstehen, würde man verneinen müssen, wenn das Widerrufsrecht ihm

nur die Lösung als solche ermöglichen sollte; denn dieses Ziel konnte er in den vorliegenden Fällen schon durch Anfechtung erreichen. Das Widerrufsrecht soll den Verbraucher jedoch vor den negativen Folgen einer nicht hinreichend bedachten Willenserklärung schlechthin schützen, und zwar vor allem auch im Hinblick auf die Rückabwicklung. Das gilt ausweislich § 357 Abs. 3 S. 3 BGB insbesondere dann, wenn der Verbraucher über sein Widerrufsrecht nicht belehrt worden ist; dann kommt er nicht nur in den Genuß der ihn gegenüber dem Rücktrittsrecht besserstellenden Regelungen des § 357 Abs. 2 BGB, sondern auch in den der Enthaltung nach § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB⁵⁷. Und gerade deshalb und in diesen Fällen ist die vorliegende Frage, ob der Verbraucher nach Anfechtung noch widerrufen kann, ja relevant. Der Verbraucher ist natürlich nicht weniger schutzwürdig, weil er sich auch noch anfechtungsrelevant geirrt hat; und eine darauf gestützte Anfechtung ist kein Grund, den Unternehmer, der den Verbraucher nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt hat, von der ihn daher treffenden Rückgewährgefahr zu entlasten. Nach alledem ist also ein Widerruf nach § 355 BGB auch dann noch zuzulassen, wenn der Verbraucher seine Willenserklärung bereits wirksam angefochten⁵⁸ oder gemäß § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufen hat.

Ähnliche, genauso zu beantwortende Fragen stellen sich, wenn nicht der Verbraucher, sondern der Unternehmer seine auf Vertragsschluß gerichtete Willenserklärung angefochten hat.⁵⁹ In Abwandlung des Ausgangsfalls hat nicht K, sondern V sich beim Preis versprochen. Die Kette wird gestohlen, V ficht an und K widerruft sodann nach § 355 BGB. Anders als im Fall der vorherigen Anfechtung durch den Verbraucher selbst liegt hier immerhin noch eine für sich genommene wirksame Willenserklärung des Verbrauchers vor, die von der Anfechtung des Unternehmers unberührt bleibt. Entscheidend ist, ob die gesetzliche Interessenbewertung es zuläßt, daß der Unternehmer dem Verbraucher durch Anfechtung die Möglichkeit nimmt, mit für diesen womöglich günstigeren Rückabwicklungsfolgen zu widerrufen. Nach dem soeben Gesagten ist das nicht der Fall. Der Verbraucher kann also grundsätzlich auch dann noch mit den in §§ 357, 346 ff. BGB genannten Rechtsfolgen widerrufen, wenn der Unternehmer seine auf Vertragsschluß gerichtete Willenserklärung zuvor wirksam angefochten hat.

⁵⁷ Zu den rechtspolitischen Zweifeln an dieser Norm bereits Fn. 14.

⁵⁸ Ebenso zum HWiG im Ergebnis auch *Werner* (Fn. 21), Vorbem zum HWiG Rn. 31 m.w.N. aus der Literatur zum HWiG. Ganz allgemein *Mankowski* (Fn. 3), S. 1095 („Die Ausübung eines Beseitigungsrechts macht die Ausübung eines anderen Beseitigungsrechts nicht unmöglich“). Vertrauensschutzaspekte diskutiert *Mankowski* (Fn. 3), S. 1101 f., 1106 ff., nur im Hinblick auf eine Lösung von der Lösungserklärung.

⁵⁹ § 312 BGB steht einer Anfechtung des Unternehmers nicht entgegen *Masuch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 312 Rn. 80; *Thüsing*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005, Vorbem. zu §§ 312, 312a Rn. 44.

⁵⁵ Etwa im Hinblick darauf, die Leistung des Verbrauchers aufgrund der Saldotheorie oder der Lehre vom faktischen Synallagma behalten oder nach § 357 Abs. 3 S. 3 BGB entgegen § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB Wertersatz für die beim Verbraucher untergegangene Gegenleistung verlangen zu können.

⁵⁶ Dazu, daß ein Rücktritt nach wirksamer Anfechtung nicht denkbar ist, oben IV. pr.