

Übungsklausur – Zivilrecht: Das mangelhafte Radarwarngerät aus dem Internetshop

Von Prof. Dr. Markus Artz und Wiss. Mitarbeiter Jürgen Schlinkmann, Bielefeld

Der Übungsklausur liegen die Urteile des BGH vom 25.11.2009 (VIII ZR 318/08) sowie vom 23.2.2005 (VIII ZR 129/04) zugrunde. Sie wurde im Wintersemester 2009/2010 im Rahmen des Examensklausurenkurses der Fakultät für Rechtswissenschaft der Universität Bielefeld gestellt.

Es wird die Nichtigkeit eines Kaufvertrages zum Erwerb eines Radarwarngerätes erörtert sowie die Frage, ob dem Käufer bei Nichtigkeit eines entsprechenden Fernabsatzvertrages Möglichkeiten offen stehen, über das Rücktritts-, das Widerrufs- oder das Bereicherungsrecht den bereits gezahlten Kaufpreis vom Verkäufer zurückzuerlangen. Im Rahmen der Widerrufsprüfung wird zudem problematisiert, ob die Gefahrtragsregel des § 357 Abs. 2 S. 2 BGB auch auf den Untergang der Widerrufserklärung des Käufers Anwendung findet, wenn dieser den Widerruf nicht mittels Erklärung in Textform, sondern mittels Rücksendung der Kaufsache selbst erklärt, § 355 Abs. 1 S. 2 Fall 2 BGB, und die Sache auf dem Postweg zum Verkäufer verloren geht.

Der Schwierigkeitsgrad der Klausur erscheint durchschnittlich. Erwartet wurde von den Klausurteilnehmern keine erschöpfende, jedoch eine nachvollziehbare Argumentation an den relevanten Stellen.

Sachverhalt:

Medizinstudentin A ist eine begeisterte GTI-Fahrerin. Geschwindigkeitsbeschränkungen auf Straßen empfindet sie als lästig, unangemessen freiheitsbeschränkend und überflüssig, was dazu führt, dass sie regelmäßig „geblitzt“ wird. Da sich in Folge dessen ihr Punktekonto in Flensburg gefüllt und ihr Geldbeutel geleert hat, beschließt sie, etwas zu unternehmen. Nachdem A kurz in Erwägung gezogen hatte, Geschwindigkeitsbeschränkungen im Straßenverkehr zukünftig zu beachten, sucht sie im Internet nach einem sog. Radarwarngerät. Es handelt sich dabei um Pkw-Innenspiegel, die mit einer Radarwarnfunktion ausgerüstet sind und versprechen, den Fahrer rechtzeitig vor Radarfallen zu warnen. Auf der Internetseite des Anbieters V wird A fündig. A überliert auf der Angebotssseite des V auch nicht den Hinweis auf § 23 StVO.

Per E-Mail bestellt A ein solches Gerät und überweist sofort den Kaufpreis in Höhe von 1.000 € an V. Wenige Tage später trifft der Autospiegel bei A ein. A montiert ihn sofort und begibt sich auf die A 2, wo sich bei Bielefeld Deutschlands ertragreichste Radarfalle befindet, um das Gerät sofort zu testen. Mit überhöhter Geschwindigkeit passiert A die Kontrolle. Nicht das Warngerät, sondern die Radarfalle reagiert. A wird erneut geblitzt.

Es stellt sich heraus, dass das Radarwarngerät entgegen der Produktangaben auf der Internetseite des V nicht für deutsche Anlagen codiert und daher nicht funktionstüchtig ist.

A sendet den Rückspiegel ordnungsgemäß verpackt und frankiert an V zurück und wendet sich an Sie als Jurastudenten mit der Frage, ob es eine Möglichkeit gibt, den gezahlten Kaufpreis zurückzubekommen. Es stellt sich heraus, dass der Spiegel auf dem Postweg verloren gegangen ist.

Erstellen Sie bitte ein Gutachten, um A entsprechend Rat zu geben.

Lösungsvorschlag

A. Ein Anspruch der A auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 1000 € könnte sich zunächst aus §§ 346 Abs. 1 1. Fall, 437 Nr. 2, 433 BGB ergeben.

I. Dann müsste A wirksam von einem mit V bestehenden Vertrag zurücktreten, § 323 BGB.

1. Als Grundvoraussetzung hierfür müsste ein wirksamer Vertrag zwischen A und V zustande gekommen sein, von dem die A zurücktreten kann.

In Betracht kommt vorliegend ein Kaufvertrag nach § 433 BGB.

a) *Angebot und Annahme, §§ 145 ff. BGB*

A hat das Radarwarngerät auf der Webseite des V entdeckt, und durch ihre Email-Bestellung ein auf den Abschluss eines Kaufvertrages gerichtetes Angebot abgegeben, §§ 433, 145 BGB.

Dieses Angebot hat V auch spätestens durch Übersendung der Ware wenige Tage später angenommen, §§ 433, 147 Abs. 2 BGB.

Angebot und Annahme der Parteien sind somit erfolgt, die Beinhaltung der essentialia negotii zu unterstellen.

b) *Wirksamkeitshindernisse*

Es dürften dem Vertragsschluss jedoch keine Wirksamkeitshindernisse entgegenstehen.

aa) *Nichtigkeit nach § 134 BGB*

Ein solches Hindernis könnte sich zunächst aus § 134 BGB ergeben.

Dem Wortlaut dieser Norm entsprechend ist ein Rechtsgeschäft nichtig, welches gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, sofern sich aus dem (Verbots-) Gesetz nicht ein anderes ergibt.

Es müsste mithin ein Gesetz existieren, welches den Kauf von Radarwarngeräten verbietet. In Betracht kommt vorliegend § 23 Abs. 1b der StVO. Ausweislich dieser Regelung ist es dem Führer eines Kfz untersagt, Radarwarngeräte zu betreiben oder betriebsbereit mitzuführen. Es handelt sich mithin um ein gesetzliches Verbot der Verwendung von Radarwarngeräten in der beschriebenen Form.

Fraglich ist, ob dieses gesetzliche Verbot des § 23 Abs. 1b StVO auch den Abschluss eines entsprechenden Kaufvertrages zum Erwerb eines solchen Gerätes umfasst. Dies ist mittels Auslegung der Verbotsnorm zu ermitteln¹.

¹ BGHZ 51, 255 (262); BGHZ 118, 182 (188); BGHZ 131, 385 (389); *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 134 Rn. 41.

(1) *Contra Anwendbarkeit § 134 BGB i.V.m. § 23 Abs. 1b StVO auf den zugrundeliegenden Kaufvertrag:*

Der Wortlaut des § 23 Abs. 1b StVO bezieht sich nicht auf den Erwerb, sondern auf die konkrete Verwendung des Radarwarngerätes (betreiben, betriebsbereit mitführen).

Auch muss der Erwerb eines Radarwarngerätes nicht zwangsläufig zu dem Zweck erfolgen, im *deutschen* Straßenverkehr eingesetzt zu werden, sodass entsprechende Kaufverträge nicht *generell* als nach § 134 BGB nichtig einzustufen sind. Wäre z.B. eine rechtswidrige Nutzung des Gerätes nur im Ausland beabsichtigt, ergäbe sich die Nichtigkeit des in Deutschland geschlossenen Kaufvertrages allenfalls aus § 138 Abs. 1 BGB, nicht aus § 134 BGB². Im vorliegenden Fall hat V die A explizit mittels Hinweis auf seiner Webseite auf § 23 StVO hingewiesen. Die Bestellung der A trotz Kenntnis dieses Hinweises könnte man als Vereinbarung zwischen den Parteien interpretieren, das Gerät nicht gesetzeswidrig einzusetzen.

Mithin würde der Kauf des Gerätes als solcher noch keine Verletzung des § 23 Abs. 1b StVO darstellen und damit auch die Nichtigkeit nach § 134 BGB nicht rechtfertigen, welche mit der einschneidenden Konsequenz verbunden ist, dass den Vertragsparteien schon ohne gesetzeswidrige *Verwendung* des Radarwarngerätes alle vertraglichen Ansprüche gegeneinander versagt werden.

(2) *Pro Anwendbarkeit des § 134 BGB i.V.m. § 23 Abs. 1b StVO auf den zugrundeliegenden Kaufvertrag:*

Zunächst einmal ist festzuhalten, dass Vorschriften wie § 23 Abs. 1b StVO, die eine *Ordnungswidrigkeit* statuieren, grundsätzlich Verbotsgesetze i.S.d. § 134 BGB sein können³.

Man könnte möglicherweise bereits den Abschluss eines Kaufvertrages über das Radarwarngerät als von § 134 BGB i.V.m. § 23 Abs. 1b StVO umfasst sehen, z.B. mit der Argumentation, dass der Erwerb eine notwendige Vorstufe der gesetzeswidrigen Nutzung i.S.d. § 23 Abs. 1b StVO darstellt und auf eine solche hinausläuft. Zwar knüpft der Wortlaut des § 23 Abs. 1b StVO nicht bereits ausdrücklich an den Abschluss eines Kaufvertrages über ein Radarwarngerät an. Dies ist jedoch nicht erforderlich; es genügt vielmehr, wenn das Verbot aus dem Sinn und Zweck des Gesetzes folgt⁴. Sinn und Zweck des § 23 Abs. 1b StVO ist es, den Einsatz von Radarwarngeräten im deutschen Straßenverkehr mittels Verbots und verknüpfter Sanktionsfolge bei Zuwiderhandeln (Geldbuße, Fahrverbot, §§ 49 Abs. 1 Nr. 22 StVO, 24 Abs. 2, 25 StVG) zu verhindern. Ist ein Vertrag von vornherein aus Sicht beider Vertragsparteien auf die Verletzung dieser Verbotsnorm gerichtet und stellt er wie hier eine notwendige Vorstufe für das spätere, verbotswidrige Handeln dar, so scheint es mit dem Sinn und Zweck der Verbotsnorm vereinbar, bereits die zugrundeliegende Vorbereitungshandlung, hier den Abschluss eines entsprechenden Kaufvertrages, vom

Verbot zu umfassen, mit der Folge, dass bereits der zugrundeliegende Kaufvertrag gem. § 134 BGB i.V.m. § 23 Abs. 1b StVO nichtig wäre.

Dies muss besonders dann gelten, wenn – wie im vorliegenden Fall – eindeutige Hinweise für eine beabsichtigte und von beiden Parteien gebilligte ordnungswidrige Nutzung bestehen, indem das Gerät mit einer „deutschen Codierung“ an A versendet werden sollte, sodass auch für V – trotz des Hinweises auf § 23 StVO – erkennbar und wahrscheinlich war, dass A das Radarwarngerät ordnungswidrig im deutschen Straßenverkehr einsetzen wird. Die Ermöglichung eines ordnungswidrigen Verhaltens der A stellt mithin den Hauptzweck des Kaufvertrages dar. Der Abschluss des Kaufvertrages und das spätere ordnungswidrige Handeln der A (Nutzung des Gerätes im Straßenverkehr) stehen in einem engen Zusammenhang zueinander. Dies erscheint bereits ausreichend für die Anordnung der Nichtigkeit des Kaufvertrages⁵.

(3) *Streitentscheid*

Der Wortlaut des § 134 BGB i.V.m. § 23 Abs. 1b StVO spricht für Ansicht (1), nach der nicht schon der Kaufvertrag selbst nichtig wäre.

Allerdings sprechen gewichtige Gründe dafür, bereits den Kaufvertrag als nichtig anzusehen. So ist nicht einzusehen, warum sich die Vertragsparteien bei Streitigkeiten auf das Vertragsrecht des BGB und damit den Schutz der Rechtsordnung berufen können sollten, wenn der Vertrag einzig ein ordnungswidriges und damit der Rechtsordnung widerstrebendes Verhalten ermöglichen soll.

Ein Streitentscheid ist jedoch obsolet, wenn sich bereits aufgrund anderer Rechtsnormen eine Nichtigkeit des Kaufvertrages ergibt.

bb) Nichtigkeit nach § 138 BGB

Der Abschluss des Kaufvertrages zwischen A und V könnte nach § 138 I BGB nichtig sein. Dann müsste der Abschluss eines Kaufvertrages mit dem Kaufgegenstand eines Radarwarngerätes gegen die guten Sitten verstoßen.

Ein Sittenverstoß im Sinne des § 138 Abs. 1 BGB liegt nach ständiger Rechtsprechung vor, wenn das in Rede stehende Rechtsgeschäft gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt⁶. Als Maßstab zur Beurteilung kann auf sittliche Verhaltensgebote, auf der Rechtsordnung immanente rechtsethische Werte und Prinzipien sowie

² Dörner, in: Schulze/ders./Ebert, Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 134 Rn. 3.

³ Armbrüster (Fn. 2), § 134 Rn. 60.

⁴ BGHZ 51, 255 (262); Armbrüster (Fn. 2), § 134 Rn. 41.

⁵ So für Verträge, deren Hauptzweck in der Hinterziehung von Steuern liegt: BGH NJW 2003, 2742; NJW-RR 2002, 1527 (1527); 2003, 1565 (1568); insoweit jedoch ein Unterschied zum vorliegenden Fall: Bei der Steuerhinterziehung macht sich jeder Beteiligte strafbar, bei der Verwendung des Radarwarngers handelt jedoch nur der Verwender ordnungswidrig, nicht der Verkäufer des Gerätes.

⁶ Siehe nur RGZ 80, 221; BGHZ 10, 228 (232); 69, 295 (297).

insbesondere auf Verfassungsgrundsätze sowie die sich daraus für den Einzelnen ergebenden Rechte abgestellt werden⁷.

Dabei sind auch Geschäfte sittenwidrig, durch die Dritte gefährdet oder geschädigt werden, oder die in krassem Widerspruch zum Gemeinwohl stehen⁸, sofern die Vertragsparteien die Sittenwidrigkeit selbst kennen oder zumindest grob fahrlässig verkennen⁹. Für die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts reicht es in diesen Fällen bereits aus, wenn die dem Geschäft zugrundeliegenden Motive oder der verfolgte Zweck als sittenwidrig zu beurteilen sind¹⁰.

(1) Sittenwidrigkeit des Gebrauchs von Radarwarngeräten in der in § 23 Abs. 1b StVO beschriebenen Form

§ 23 Abs. 1b StVO ist als geschriebener Rechtssatz Bestandteil der Rechtsordnung. Die Norm verbietet in Satz 1 allgemein das Betreiben oder betriebsbereite Mitführen von Geräten im Straßenverkehr, die Verkehrsüberwachungsmaßnahmen anzeigen oder stören.

In Satz 2 der Norm werden explizit Radarwarn- und Laserstörgeräte in das Verbot einbezogen.

Mindestens fahrlässige Verstöße gegen diese Verbotsnorm stellen eine Ordnungswidrigkeit dar, § 49 Abs. 1 Nr. 22 StVO, und können mit der Anordnung von Geldbußen und Fahrverboten geahndet werden, §§ 24 Abs. 2, 25 StVG.

Hintergrund des Verbotes und der Sanktionierung von Verstößen ist der Schutz der Effektivität der Verkehrsüberwachung. Diese wiederum dient dem Schutz der Funktionstüchtigkeit des Straßenverkehrs, sowie dem Schutz des Lebens, der Gesundheit und des Eigentums der Verkehrsteilnehmer sowie außenstehender Dritter. Geschwindigkeitsübertretungen sind oft die Ursache von folgenreichen Unfällen im Straßenverkehr. Um diese Gefahrenquelle einzudämmen, führen die Ordnungsbehörden als eine unter verschiedenen Maßnahmen Geschwindigkeitskontrollen durch und belegen Fahrzeugführer bei Geschwindigkeitsübertretungen mit Sanktionen. Dies verfolgt zum einen den repressiven Zweck der Sanktionierung des Fehlverhaltens des konkreten Fahrzeugführers, sowie zum anderen präventive Zwecke, nämlich sowohl die Abschreckung des betroffenen Fahrzeugführers von zukünftigem Fehlverhalten, als auch die Abschreckung der übrigen Verkehrsteilnehmer durch das latente Risiko, im Rahmen einer unerwarteten Verkehrsüberwachung bei einem Fehlverhalten überführt und sanktioniert zu werden. Beim erfolgreichen Einsatz von Radarwarngeräten wird dieses Entdeckungsrisiko des jeweiligen Verkehrsteilnehmers ausgeschaltet. Der Überwachungsdruck geht verloren, und mithin ein Anreiz zu gesetzeskonformem Verkehrsverhalten. Dies würde – zumindest bei dem mit diesen Warngeräten ausgestatteten Personenkreis – den repressiven und insbesondere auch den präventiven Zweck von Geschwindigkeitsüberwachungsmaßnahmen zunichte machen.

⁷ Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2010, § 138 Rn. 42.

⁸ BGH NJW 1990, 567 (567).

⁹ BGH NJW 1992, 307 (310).

¹⁰ Vgl. BGH Urt. v. 15.3.1990 – III ZR 248/88 sowie Urt. v. 15.5.1990 – VI ZR 162/89.

Damit einher geht eine Erhöhung des Risikos von Unfällen, die durch die Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit bedingt sind. Dies birgt Gefahren sowohl für den betroffenen Fahrzeugführer selbst, für andere Verkehrsteilnehmer wie auch für nicht am Verkehr teilnehmende Dritte. Die Schäden, die bei Unfällen einzutreten drohen, sind enorm. Der Einsatz von Radarwarngeräten birgt mithin ernste Gefahren für Leben, Gesundheit und Vermögenswerte von Menschen.

Diese Gefahren werden von den Nutzern der Radarwarngeräte in Kauf genommen; Zweck der Geräte ist schließlich, den Fahrzeugführer bei Geschwindigkeitsverstößen vor Entdeckung und somit vor Sanktionen zu schützen, und damit sanktionslose Gesetzesverstöße zu ermöglichen. Ein solches Verhalten dient nicht dem Allgemeinwohl, sondern gefährdet dieses in erheblichem Maße.

Die Nutzer der Geräte verfolgen mithin aus rein eigennütigen Motiven einen verbotswidrigen Zweck, der andere Personen potentiell schädigt. Ein solches, auf die Mitmenschen keine Rücksicht nehmendes Verhalten verstößt gegen rechtsethische Grundprinzipien wie den Schutz des Lebens, der Gesundheit und des Eigentums Privater, die bereits in der Verfassung verankert sind (Art. 2, 14 GG). Es wird das Gebot der gegenseitigen Rücksichtnahme verletzt, welches ein allgemeines sittliches Verhaltensgebot darstellt und zudem für den Straßenverkehr explizit in § 1 Abs. 1, Abs. 2 StVO geregelt ist.

Auch verletzt ein solch eigensüchtiges Verhalten das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, sodass zumindest die *Nutzung* der Radarwarngeräte als sittenwidrig einzustufen ist.

Zudem ergibt sich die Sittenwidrigkeit der Verwendung der Warngeräte bereits daraus, dass die Verwender vorsätzlich ordnungswidrig handeln. Auch dies ist mit dem allgemeinen Anstandsgefühl nicht vereinbar.

Dass den Vertragsparteien zumindest die Umstände bekannt sind, die zu den Gefährdungen anderer führen, nämlich ein gesteigertes Gefahrenpotential durch Überschreitung der zulässigen Höchstgeschwindigkeit, darf unterstellt werden. Dieser Erkenntnis kann sich kein durchschnittlich intelligenter und einsichtiger Mensch entziehen.

Im Ergebnis ist der Gebrauch von Radarwarngeräten i.S.d. § 23 Abs. 1b StVO grundsätzlich als sittenwidrig anzusehen.

(2) Sozialadäquanz des Einsatzes von Radarwarngeräten

Eine Sittenwidrigkeit der Nutzung von Radarwarnergern könnte ausscheiden, wenn der Einsatz dieser Geräte als sozialadäquat einzustufen wäre.

Eine Sozialadäquanz des Einsatzes von Radarwarngeräten kann sich jedoch nicht allein aus dem Blickwinkel ergeben, dass im lokalen Verkehrsfunk gelegentlich Radarwarnmeldungen ausgegeben werden¹¹, welche dann sogar einem breiten Publikum zur Verfügung stehen. Selbst wenn man diese Praxis nicht als rechtswidrig ansieht, so lässt sie sich nicht

¹¹ BGH Urt. v. 23.2.2005 – VIII ZR 129/04, Punkt II. 1. b) bb) der Entscheidungsgründe.

mit dem individuellen Einsatz von Radarwarngeräten vergleichen, da im Rundfunk nur vor einzelnen Messpunkten gewarnt wird, z.B. einer mobilen Kontrolle an einem bestimmten Ort zu einer bestimmten Zeit. Dies schützt die Adressaten der Warnung jedoch nicht davor, an anderen Orten wirksam kontrolliert zu werden. Beim Einsatz des Radarwarngerätes hingegen kann der Verwender (bei Funktionsfähigkeit des Gerätes) jederzeit und überall Geschwindigkeitskontrollen rechtzeitig erkennen und insofern risikolos die zulässige Höchstgeschwindigkeit überschreiten¹². Hieraus ergibt sich eine wesentlich höhere Qualität der Unterwanderung von Kontrollmaßnahmen. Der Einsatz der Radarwarngeräte ist somit nicht sozialadäquat.

(3) Sittenwidrigkeit bereits des Kaufs eines Radarwarngeräts

Für die Nichtigkeit des Kaufvertrags zwischen A und V müsste nicht nur die Nutzung der Radarwarngeräte in der in § 23 Abs. 1b StVO beschriebenen Form sittenwidrig sein, sondern bereits der Abschluss eines Kaufvertrags zum Erwerb eines solchen Gerätes.

Nahezu einhellig werden derartige Kaufverträge in Rechtsprechung und Schrifttum als sittenwidrig i.S.d. § 138 Abs. 1 BGB angesehen¹³.

Nach Ansicht des BGH ist der zugrundeliegende Kaufvertrag gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig, wenn dieser bereits auf die (spätere) Begehung eines verbotenen, ordnungswidrigen Verhaltens ausgerichtet ist und für beide Parteien bei Vertragsschluss erkennbar ist, dass Vertragszweck die Nutzung des Gerätes in Deutschland entgegen der StVO ist und dass der Vertragszweck dem Gemeinwohlinteresse an der Sicherheit im Straßenverkehr zuwider läuft. In einem solchen Fall sei dem Vertrag die rechtliche Anerkennung zu versagen¹⁴.

Vorliegend hatten sowohl A als auch V Kenntnis von der Verbotsnorm des § 23 Abs. 1b StVO. Auch musste dem V klar sein, zu welchem Zweck die A einen Radarwarn-Innenspiegel für 1000 € erwerben möchte. Insbesondere die Codierung für deutsche Verkehrsüberwachungssysteme war hier ein eindeutiger Hinweis für die Nutzungsabsichten. Hierbei reicht die Kenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Tatsachen aus; die Parteien müssen nicht die Sittenwidrigkeit des Geschäfts als solche kennen.

Der Kaufvertrag zwischen A und V zielte darauf ab, ein ordnungswidriges, sittenwidriges Verhalten der A zu ermöglichen. Er stellte eine unmittelbare, notwendige Vorbereitungshandlung dar. Mithin ist bereits der Kaufvertrag als solcher sittenwidrig, § 138 Abs. 1 BGB.

¹² Siehe Fn. 11.

¹³ LG Stuttgart NJW-RR 2004, 57; LG Bonn NJW 1998, 2681 (2681); LG München I NJW-RR 1997, 307; *Sack*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2003, § 138 Rn. 495; *S. Lorenz*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 817 Rn. 21; *Albrecht*, DAR 2006, 481 (485); *Emmerich*, JuS 2005, 746 (746 f.); a.A.: LG München I NJW 1999, 2600.

¹⁴ Urt. v. 23.2.2005 – VIII ZR 129/04, Punkt II. 1. b), bb) der Entscheidungsgründe; darauf aufbauend BGH Urt. v. 25.11.2009 – VIII ZR 318/08, ZGS 2010, 78, 79 (Tz. 13).

(4) Ergebnis

Bereits der Abschluss des Kaufvertrages bzgl. des Erwerbs des Radarwarngerätes ist vorliegend als sittenwidrig gem. § 138 Abs. 1 BGB einzustufen.

cc) Zwischenergebnis zu den Wirksamkeitshindernissen

Der Kaufvertrag zwischen A und V ist aufgrund des Wirksamkeitshindernisses des § 138 Abs. 1 BGB nichtig.

c) Somit besteht kein wirksamer Vertrag zwischen A und V, von dem die A zurücktreten kann.

II. Ergebnis:

A hat gegen V mangels wirksamen Rücktritt keinen Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 1000 € aus §§ 346 Abs. 1 1. Fall, 437 Nr. 2, 433 BGB.

B. A könnte gegen V einen Anspruch auf Rückzahlung der gezahlten 1000 € für das Radarwarngerät aus § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB haben.

I. Erlangtes Etwas

Dann müsste V zunächst etwas erlangt haben. Erlangtes Etwas in diesem Sinne kann jeder vermögenswerte Vorteil sein. Durch die bargeldlose Überweisung des Kaufpreises von A an V erlangt V gegen seine Bank einen Anspruch auf Gutschrift der 1000 € auf seinem Girokonto, § 675f Abs. 2, Abs. 3 BGB. Eine solche Auszahlungsgutschrift gegen seine Bank stellt einen vermögenswerten Vorteil des V dar, sodass er etwas im Sinne des § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB erlangt hat.

II. Leistung

V müsste die Auszahlungsgutschrift durch eine Leistung der A erworben haben.

Eine Leistung liegt vor, wenn die A das Vermögen des V bewusst und zweckgerichtet vermehrt hat. A hat den Betrag von 1000 € bewusst an V überwiesen mit dem Zweck, die vermeintliche Verbindlichkeit aus § 433 Abs. 2 BGB zu erfüllen. Mithin handelt es sich bei der Überweisung um eine Leistung der A an V.

III. Fehlender Rechtsgrund

Die Überweisung von A an V müsste ohne Rechtsgrund erfolgt sein. Mangels wirksamem Kaufvertrag zwischen A und V, § 138 Abs. 1 BGB (s.o.), bestand keine Leistungsverpflichtung der A gegenüber V aus § 433 Abs. 2 BGB oder anderen Rechtsgrundlagen zur Überweisung der 1000 €. Somit erfolgte die Leistung der A auch rechtsgrundlos.

IV. Ausschluss nach § 817 S. 2 BGB

Die Rückforderung der Leistung könnte jedoch nach § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen sein. Hiernach ist die Rückforderung durch A ausgeschlossen, wenn sowohl dem Leistenden (hier A) als auch dem Leistungsempfänger (hier V) ein Sittenverstoß zur Last fällt. Grundsätzlich muss ein solcher Sittenverstoß durch die Beteiligten *bewusst* erfolgen; es steht

jedoch vorsätzlichem Handeln gleich, wenn der Leistende sich der Einsicht der Sittenwidrigkeit seines Handelns grob fahrlässig verschließt¹⁵.

Vorliegend fällt beiden Parteien bereits mit Abschluss des (nichtigen) Kaufvertrages ein Sittenverstoß zur Last (s.o. Anspruchsprüfung A.). Beide Parteien kannten die Verbotsnorm des § 23 Abs. 1b StVO bei Abschluss des Kaufvertrages und es war für beide Parteien ersichtlich, dass A in der Folge des Erwerbsgeschäftes gegen diese Norm (mittels Einsatz des Radarwarners) sowie gegen weitere Normen der StVO (mittels Geschwindigkeitsübertretungen) verstoßen wird, besonders da das Radarwarngerät mit deutscher Codierung ausgeliefert werden sollte. Weiterhin haben sich die Beteiligten zumindest grob fahrlässig der Erkenntnis verschlossen, welche weiteren negativen, die Sittenwidrigkeit begründenden Auswirkungen die Nutzung des Gerätes haben wird (Gefährdung Dritter).

Mithin bestand bei beiden Beteiligten das erforderliche Bewusstsein bzgl. der Sittenwidrigkeit ihres beiderseitigen Handelns, sodass die Rückforderung der Leistung durch A nach § 817 S. 2 BGB ausgeschlossen ist.

V. Nichtanwendung des § 817 S. 2 BGB wegen § 242 BGB

§ 817 S. 2 BGB könnte im vorliegenden Fall ausnahmsweise wegen des Grundsatzes von Treu und Glauben, § 242 BGB, nicht anzuwenden sein. Dann müsste es mit den Grundsätzen von Treu und Glauben unvereinbar sein, der A die Rückforderung des gezahlten Kaufpreises nach § 817 S. 2 BGB zu versagen. Dies wäre der Fall, wenn den V ein ungleich größerer Vorwurf bzgl. der Sittenwidrigkeit des Geschäftes trifft als die A. Zwar ermöglicht es § 817 S. 2 BGB dem V im vorliegenden Fall, den erhaltenen Kaufpreis trotz sittenwidrigem Handeln zu behalten. Allerdings kannte auch A die Sittenwidrigkeit ihres Handelns – sie war auf der Webseite des V sogar ausdrücklich auf die Norm des § 23 StVO hingewiesen worden. Zudem steht die A dem verbotenen Handeln sogar näher, indem sie diejenige ist, die das Radarwarngerät entgegen der Verbotsnorm des § 23 Abs. 1b StVO einsetzen wollte¹⁶. Somit ist es gerechtfertigt, dass *beide* Parteien von der Rechtsordnung nicht geschützt werden. Damit einher geht die Sanktionsfolge, dass dem Leistenden, hier der A, nach § 817 S. 2 BGB der gewünschte Rechtsschutz versagt wird.

Folglich verstößt die Anwendung des § 817 S. 2 BGB im vorliegenden Fall nicht gegen den Grundsatz von Treu und Glauben aus § 242 BGB.

VI. Ergebnis

A hat gegen V keinen Anspruch auf Rückzahlung der gezahlten 1000 € für das Radarwarngerät aus § 812 Abs. 1 Satz 1 1. Alt. BGB.

C. A könnte gegen V einen Anspruch auf Rückgewähr der gezahlten 1000 € aus §§ 346 Abs. 1 1. Fall, 357 Abs. 1 S. 1, 355, 312d BGB haben.

Dann müsste A gegenüber V einen bestehenden Vertrag wirksam widerrufen haben.

I. Wirksamer Widerruf

1. Widerrufsrecht

Der A müsste gegenüber V ein Widerrufsrecht zustehen. In Betracht kommt ein Fernabsatzwiderrufsrecht aus §§ 312d, 312b, 355 BGB.

Dann müsste zwischen A und V ein Fernabsatzvertrag zustande gekommen sein, §§ 312d Abs. 1 S. 1, 312b Abs. 1 BGB.

a) Vertragsgegenstand

Der Kaufvertrag zwischen A und V hatte die Lieferung eines Radar-Innenspiegels, mithin einer Ware, zum Gegenstand, § 312b Abs. 1 S. 1 BGB.

b) Vertragsparteien

Dieser Vertrag müsste zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer geschlossen worden sein, §§ 312b Abs. 1 S. 1, 13, 14 BGB. Der V ist als „Anbieter“ im Internet präsent, sodass ihm eine Unternehmereigenschaft i.S.d. § 14 BGB zu unterstellen ist. A erwirbt den Spiegel für den privaten Gebrauch, und handelt mithin als Verbraucherin i.S.d. § 13 BGB.

c) Vertragsschluss unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln

A und V müssten zum Vertragsschluss ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwendet haben, § 312b Abs. 2 BGB.

A gab ihr Angebot, §§ 433, 145 BGB, gegenüber V per Email ab, und damit per Fernkommunikationsmittel i.S.d. § 312b Abs. 2 BGB.

V nahm das Angebot durch Übersendung der Ware an, mithin ebenfalls unter Abwesenden, §§ 433, 147 Abs. 2, 312b Abs. 2 BGB.

d) Fernabsatzvertriebssystem

Auch ist mangels gegenteiliger Angaben davon auszugehen, dass das Vertriebssystem des V für den Fernabsatz organisiert ist, § 312b Abs. 1 S. 1 BGB a.E.

e) Problem: Widerrufsrecht trotz Nichtigkeit des Fernabsatzvertrages?

Der Kaufvertrag zwischen A und V ist nach § 138 Abs. 1 BGB (oder bereits nach § 134 BGB bei entsprechender Argumentation unter Anspruchsprüfung A., s.o.) nichtig.

Hieraus ergibt sich die Frage, ob der Verbraucher seine auf den Abschluss eines Fernabsatzvertrages gerichtete Willenserklärung widerrufen kann, selbst wenn der zugrundeliegende Vertrag und mithin die zu ihm führenden Willenserklärungen bereits kraft gesetzlicher Anordnung nichtig sind. Dies ist umstritten.

¹⁵ BGH Urt. v. 9.10.1991 – VIII ZR 19/91 = NJW 1992, 307 (310); BGH Urt. v. 6.12.1989 – VIII ZR 310/88 = NJW 1990, 567.

¹⁶ So BGH Urt. v. 23.2.2005 – VIII ZR 129/04, Punkt II. 2. b) der Entscheidungsgründe.

aa) Argumente contra Widerrufsrecht

Gegen ein Fernabsatzwiderrufsrecht der A spricht zunächst, dass kein wirksamer Fernabsatzvertrag zwischen A und V zustande gekommen ist. Man könnte es als Widerspruch zu den dogmatischen Strukturen des Vertragsrechts ansehen, einen nichtigen Vertrag nach den Rücktrittsvorschriften abzuwickeln, §§ 433, 312d, 312b, 355, 357 Abs. 1 S. 1, 346 ff. BGB¹⁷.

bb) Argumente pro Widerrufsrecht

Nach Ansicht des BGH¹⁸ sowie der überwiegenden Kommentarliteratur¹⁹ ist ein Fernabsatzwiderrufsrecht des Verbrauchers nicht allein deshalb ausgeschlossen, weil der Vertrag nach §§ 134, 138 Abs. 1 BGB nichtig ist.

Hierfür spricht zunächst, dass ansonsten der redliche Verkäufer schlechter gestellt würde als der sittenwidrig Handelnde, denn jeder redliche Verkäufer sieht sich bei einem Fernabsatzvertrag einem (wenn auch meist zeitlich begrenzten) Widerrufsrecht des Verbrauchers ausgesetzt. Dies soll dem Verkäufer nicht erspart werden, der sittenwidrig gehandelt hat.

Auch aus dem Blickwinkel des Verbraucherschutzes lässt sich anführen, dass dem Verbraucher zumindest der Kernbereich des rechtlichen Schutzes, nämlich sein Widerrufsrecht, verbleiben muss, wenn die Rechtsordnung ihm schon den Schutz der gesetzlichen Mängelrechte sowie des Bereicherungsrechts aufgrund §§ 134, 138 Abs. 1 BGB verweigert.

Dem Verbraucher sollte nicht gänzlich der Schutz der Rechtsordnung versagt werden, indem er völlig anspruchlos gestellt wird.

Hierbei liegt es näher, dem Verbraucher aus Verbraucherschutzgesichtspunkten einen Anspruch aus Widerrufsrecht statt aus Bereicherungsrecht oder Vertragsrecht zuzubilligen, weil ein solcher Anspruch für ihn von den Voraussetzungen (vgl. die Beweislast bei Mängelrechten) bzw. von den Rechtsfolgen her (vgl. Bereicherungsrecht) günstiger ist.

Auch spricht der Sinn und Zweck des Fernabsatzwiderrufsrechts dafür, welches dem Verbraucher eine einfache Möglichkeit geben soll, sich von einem Vertrag zu lösen.

Nach Erwägungsgrund 14 der Fernabsatzrichtlinie²⁰ berührt das Widerrufsrecht des Verbrauchers nicht die im ein-

zelstaatlichen Recht vorgesehenen Rechte des Verbrauchers. Dies könnte man so auslegen, dass das Fernabsatzwiderrufsrecht dem Verbraucher unabhängig vom Bestehen weiterer Rechtsmittel im nationalen Recht jedenfalls erhalten bleiben muss, unabhängig davon, ob dem konkreten Fernabsatzvertrag im nationalen Recht die rechtliche Anerkennung versagt wird²¹.

Auch dogmatische Bedenken gegen den Widerruf einer nichtigen Willenserklärung greifen nach Ansicht des BGH²² nicht durch, da bereits seit geraumer Zeit auf Grundlage der Lehre von der Doppelwirkung im Recht²³ im deutschen Recht anerkannt ist, dass man auch nichtige Rechtsgeschäfte zusätzlich nochmals anfechten darf²⁴. Hier bleibt allerdings Raum für die Frage, ob die Lehre von der Doppelwirkung im Recht zutreffend als Argument für die Möglichkeit des Widerrufs der Willenserklärung des Verbrauchers bei Nichtigkeit des betroffenen Vertrages fruchtbar gemacht werden kann. Eventuelle Zweifel hieran könnten sich aus den unterschiedlichen Wirkungen von Anfechtung und Widerruf nähren: Die Anfechtung wirkt gem. § 142 Abs. 1 BGB *ex tunc*, sodass ihre Wirkung *zeitgleich* mit anderen Nichtigkeitsgründen eintreten kann. Der Widerruf wirkt hingegen ebenso wie ein wirksamer Rücktritt lediglich *ex nunc*. Damit tritt die Rechtsfolge des Widerrufs erst ein, *nachdem* der bezogene Vertrag bereits aus anderen Rechtsgründen nichtig ist. Ein Vertrag, der bereits *ex tunc* nichtig ist, kann streng dogmatisch betrachtet nicht noch einmal *ex nunc* im Wege des Widerrufs einer Willenserklärung beseitigt werden.

Aus Sicht des BGH darf es jedoch – insbesondere aufgrund Verbraucherschutzaspekten – keinen Unterschied machen, ob der Verbraucher einen bereits nichtigen Vertrag bzw. seine dazu führende Willenserklärung zusätzlich nach §§ 119 ff. BGB anfecht, oder ob er die betroffene Willenserklärung widerruft, da es Bestandteil des Zwecks des Widerrufsrechts sei, dass der Verbraucher sich schnell und einfach vom Vertrag mit dem Unternehmer lösen kann²⁵. Dies wird im Fall der Nichtigkeit des Vertrages dadurch erreicht, dass dem Verbraucher durch Erklärung des Widerrufs ein möglicher Streit mit dem Unternehmer über die Nichtigkeit des Vertrages erspart bleibt²⁶.

Daher müsse der Verbraucher auch bei Nichtigkeit des Vertrages wahlweise die Möglichkeit des Widerrufs haben²⁷.

¹⁷ Thüsing, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005, § 312d Rn. 10; Lütcke, Fernabsatzrecht, 2002, § 312d Rn. 17; Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht, 6. Aufl. 2006, § 495 BGB Rn. 53 (zum Widerrufsrecht beim Verbraucherdarlehensvertrag).

¹⁸ Urt. v. 25.11.2009 – VIII ZR 318/08, ZGS 2010, 78 (79) (unter II. 3.).

¹⁹ Siehe nur Wendehorst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 312d Rn. 13; Masuch, ebd., § 355 Rn. 28; Saenger, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, § 355 Rn. 20; v. Westfalen/Emmerich/v. Rottenburg, Verbraucherkreditgesetz, 2. Aufl. 1996, § 7 Rn. 13; weitere Nachweise im Urt. des BGH vom 25.11.2009 – VIII ZR 318/08 = ZGS 2010, 78 (79, Tz. 15).

²⁰ Richtlinie 97/7/EG, juris.

²¹ Dieses Argument mussten die Klausurteilnehmer mangels im Klausursachverhalt abgedruckten Erwägungsgründen der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG nicht anführen.

²² BGH Urt. v. 25.11.2009 – VIII ZR 318/08 = ZGS 2010, 78 (79, Rn. 18).

²³ „Kipp’sche Lehre von der Doppelnichtigkeit“, siehe Kipp, in: Festschrift für v. Martitz, 1911, S. 211 ff.

²⁴ Bülow/Artz, Verbraucherkreditrecht, 6. Aufl. 2006, § 495 BGB Rn. 53; Dilcher, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 12. Aufl., Einleitung zu §§ 104 ff., Rn. 80 m.w.N.

²⁵ BGH a.a.O. (Fn. 22), Rn. 17, 18.

²⁶ BGH a.a.O. (Fn. 22), Rn. 17.

²⁷ BGH a.a.O. (Fn. 22), Rn. 16, 17.

cc) Streitentscheid

Der Verbraucherschutzaspekt spricht für ein Widerrufsrecht des Verbrauchers trotz Nichtigkeit des Fernabsatzvertrages. Insbesondere erscheint es europarechtlich bedenklich, dem Verbraucher dieses Widerrufsrecht nicht zuzugestehen, so dass die Frage des Bestehens des Widerrufsrechts auch vor diesem Hintergrund beantwortet werden muss. Die Annahme des Bestehens des Widerrufsrechts ist dabei der sicherere, weil jedenfalls mit der Fernabsatzrichtlinie²⁸ vereinbare Weg.

f) Kein Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 242 BGB

Das Widerrufsrecht dürfte nicht wegen eines Verstoßes der A gegen Treu und Glauben ausgeschlossen sein, § 242 BGB.

Der Ausschluss der Geltendmachung eines Widerrufsrechts nach § 242 BGB ist bei unzulässiger Rechtsausübung des Verbrauchers und bei arglistigem Handeln denkbar²⁹, wobei dieser Ausschluss wiederum mit der Fernabsatzrichtlinie vereinbar sein muss.

Ein treuwidriges Verhalten der A ergibt sich im Fall nicht schon aus ihrer Kenntnis bzw. grob fahrlässigen Unkenntnis der Umstände, die zur Nichtigkeit des Vertrages führen, denn diese Kenntnis hatten beide Parteien.

Sowohl A als auch V kannten die Umstände, die zur Sittenwidrigkeit des Geschäftes führen.

Folglich ist das Widerrufsrecht der A nicht nach § 242 BGB ausgeschlossen.

g) Zwischenergebnis zum Bestehen des Widerrufsrechts

Der A steht gegenüber V ein Fernabsatzwiderrufsrecht aus §§ 312d, 312b, 355 BGB zu.

2. Erklärung

A müsste den Widerruf vom Fernabsatzvertrag form- und fristgerecht erklärt haben, § 355 Abs. 1 S. 2 BGB.

a) Widerrufsform, § 355 Abs. 1 S. 2 BGB: Rücksendung oder Textform

Der Verbraucher hat nach § 355 Abs. 1 S. 2 BGB ein Wahlrecht bzgl. der Form der Widerrufserklärung zwischen einer Erklärung in Textform, §§ 355 Abs. 1 S. 2 1. Fall, 126b BGB, und einer Erklärung durch Rücksendung der Sache, § 355 Abs. 1 S. 2 2. Fall BGB.

A könnte den Widerruf mittels Rücksendung der Sache erklärt haben.

A hat den Spiegel an V zurück gesendet. Mit der Rücksendung wollte sie V bedeuten, nicht länger am Vertrag festhalten zu wollen. Allerdings ist der Spiegel nicht dem V zugegangen, sondern auf dem Postweg verloren gegangen.

Fraglich ist, ob für einen wirksamen Widerruf der A der Zugang des Spiegels bei V erforderlich ist.

aa) Grundsatz: § 130 Abs. 1 S. 1 BGB

Grundsätzlich ist bei einseitigen empfangsbedürftigen Willenserklärungen gem. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB der Zugang beim Empfänger erforderlich. Ein Zugang bei V ist jedoch nicht erfolgt.

bb) Gefahrtragung des V für Verlust der Widerrufserklärung aus § 357 Abs. 2 S. 2 BGB

Die Widerrufserklärung der A würde jedoch als dem V zugegangen gelten, wenn dieser nach § 357 Abs. 2 S. 2 BGB die Gefahr für den Verlust der Widerrufserklärung trägt.

Aus § 357 Abs. 2 S. 2 BGB ergibt sich, dass als Rechtsfolge der Ausübung des Widerrufsrechtes durch den Verbraucher bei Rücksendung der Sache der Unternehmer die Gefahr des Untergangs der Sache trägt. Fraglich ist, ob dies nur für die Gefahrtragung der Beteiligten im Rahmen der Rückgewährpflicht des Verbrauchers nach §§ 357 Abs. 1 S. 1, 346 Abs. 1 1. Fall BGB gilt, oder auch für die Gefahr des Untergangs der Widerrufserklärung des Verbrauchers, wenn diese in Form der Rücksendung der Sache nach § 355 Abs. 1 S. 2 2. Fall BGB erfolgt. Dies ist umstritten.

(1) Nach einer Ansicht³⁰ umfasst die Gefahrtragungsregel des § 357 Abs. 2 S. 2 BGB auch die Gefahrtragung des Unternehmers für den Verlust der Widerrufserklärung, wenn diese durch die Rücksendung der Sache selbst erfolgt, § 355 Abs. 1 S. 2 BGB. Hierfür spricht der Wortlaut des § 357 Abs. 2 S. 2 BGB, der nicht zwischen beiden Gefahren differenziert (Verlust der Sache als Rückgabegegenstand einerseits/Verlust der Sache als Widerrufserklärung andererseits).

Zudem spricht dafür, dass ansonsten der Verbraucher kein effektives Wahlrecht zwischen den beiden Erklärungsarten nach § 355 Abs. 1 S. 2 1. und 2. Fall BGB hätte. Denn der Verbraucher würde stets, wenn er durch Rücksendung der Sache den Widerruf erklärt, das Risiko eingehen, dass die Sache beim Verkäufer nicht ankommt. Dies ist insofern problematisch, als § 357 Abs. 2 S. 2 BGB nur greift, wenn der Verbraucher wirksam den Widerruf erklärt. Erfährt der Verbraucher aber erst nach Ablauf der Widerrufsfrist, dass die Sache und mithin seine Widerrufserklärung auf dem Postwege untergegangen ist, so hat er seine Willenserklärung nicht wirksam widerrufen und hat auch keine Möglichkeit mehr dies nachzuholen. Der Vertrag bliebe also wirksam bestehen mit der Folge, dass der Unternehmer weiter die Hauptleistung des Verbrauchers (hier den Kaufpreis) behalten dürfte, während dem Verbraucher die seinerseits empfangene Leistung verloren gegangen wäre. Der Verbraucher hätte dann allenfalls Regressansprüche gegen den Transportunternehmer. Er wäre also bei einer Widerrufserklärung durch Sachrücksendung möglicherweise stets gezwungen, den Widerruf sicherheitshalber parallel in Textform gegenüber dem Unternehmer zu erklären, um die Gefahr des Verlustes der Sache auszuschalten. Diese Doppelbelastung des Verbrauchers erscheint

²⁸ Richtlinie 97/7/EG.

²⁹ BGH a.a.O. (Fn. 22), Rn. 20; für letzteres v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg, Verbraucherreditgesetz, 2. Aufl. 1996, § 7 Rn. 14.

³⁰ Grüneberg, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2010, § 355 Rn. 10; Grothe, in: Bamberger/Roth, Kommentar zum BGB, 2003, § 355 Rn. 11.

unangemessen, besonders im Hinblick darauf, dass das Fernabsatzwiderrufsrecht dem Verbraucher nach dem Willen des Richtliniengebers eine *einfache* Möglichkeit geben soll, sich vom Vertrag zu lösen.

Auch könnte die Privilegierung der Widerrufserklärung durch Sachrücksendung gegenüber der Erklärung in Textform von dem Standpunkt aus gerechtfertigt sein, dass sich der Verbraucher der Möglichkeit der Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts begibt, wenn er dem Unternehmer direkt die Sache zurücksendet; er gibt ein Druckmittel aus der Hand, um den Verkäufer zur Rückzahlung des Kaufpreises zu motivieren (§§ 357 Abs. 1 S. 1, 346, 348, 320, 322 BGB).

Demnach würde sich § 357 Abs. 2 S. 2 BGB auch auf die Gefahr des Untergangs der Widerrufserklärung erstrecken.

(2) Nach anderer Auffassung³¹ ist § 357 Abs. 2 S. 2 BGB nur als Gefahrtragungsregel bezüglich der Rückgewähr der Sache durch den Verbraucher nach §§ 357 Abs. 1 S. 1, 346 Abs. 1 1. Fall BGB zu sehen, sodass der Verbraucher zwar von seiner Sachrückgabepflicht bei Verlust der Sache auf dem Postwege nach § 357 Abs. 2 S. 2 BGB frei wird, nicht jedoch von dem Zugangserfordernis seiner Widerrufserklärung nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB.

Hierfür spricht der Gedanke, dass die Risiken der Beteiligten gleichmäßig verteilt werden sollen, indem der Unternehmer nach § 355 Abs. 1 S. 2 BGB a.E. das Verspätungsrisiko der Widerrufserklärung trägt, der Verbraucher hingegen das Zugangsrisiko.

Auch entspricht es gem. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB dem allgemeinen Rechtsgrundsatz bei empfangsbedürftigen Willenserklärungen, dass diese tatsächlich zugehen, also derart in den Machtbereich des Empfängers gelangen müssen, dass dieser zumindest die Möglichkeit der Kenntnisnahme erlangt.

Zudem erscheint fragwürdig, warum der Verbraucher privilegiert werden soll, wenn er den Widerruf statt in Textform (bei dem er selbst die Gefahr des Untergangs der Erklärung trägt) durch Rücksendung der Ware erklärt, indem hier der Unternehmer die Gefahr für den Untergang der Erklärung auf dem Postweg trägt.

Der Verbraucher ist auch nicht doppelt belastet, indem er bei Erklärung des Widerrufs durch Sachrücksendung stets zugleich sicherheitshalber in Textform widerrufen muss, damit die Gefahrtragungsregel des § 357 Abs. 2 S. 2 BGB zumindest für den Untergang der Sache greift, denn es reicht aus, der Rücksendung an den Unternehmer eine Notiz beizulegen mit der Bitte um Bestätigung des Wareneingangs, um dann notfalls bei fehlender Rückmeldung nochmals innerhalb der Widerrufsfrist den Widerruf in Textform zu erklären.

Eine solche Bitte um Rückmeldung muss der Verbraucher auch an den Unternehmer richten, wenn er nur per Textform widerruft, sofern er sichergehen will, dass der Widerruf dem Unternehmer wirklich zugegangen ist, es sei denn er verwendet einen eingeschriebenen Brief mit Rückschein, der ihm den Eingang des Schreibens beim Unternehmer bestätigt.

Folglich besteht keine höhere Belastung des Verbrauchers bei Erklärung durch Rücksendung der Sache selbst.

Auch verzichtet der Verbraucher *freiwillig* bei Widerrufserklärung durch Warenrücksendung auf die Nutzung der Sache als Zurückbehaltungsgegenstand – er hat das Wahlrecht, auf welche Weise er den Widerruf erklärt, sodass auch dieser selbstgewählte Nachteil die Erstreckung des § 357 Abs. 2 S. 2 BGB auf die Gefahrtragung für die Widerrufserklärung nicht rechtfertigen kann. Nach dieser Ansicht wäre damit eine Gefahrtragung des V für den Untergang der Widerrufserklärung der A ausgeschlossen.

Demnach wäre dem V die Widerrufserklärung der A nicht zugegangen, sodass ihr zu raten wäre, unverzüglich den Widerruf erneut – diesmal in Textform – zu erklären, § 355 Abs. 1 S. 2 1. Fall BGB.

(3) Streitentscheid

Für eine Anwendbarkeit des § 357 Abs. 2 S. 2 BGB auf die Widerrufserklärung nach § 355 Abs. 1 S. 2 2. Fall BGB spricht insbesondere der umfassende Verbraucherschutz. Dagegen spricht, dass die Gefahr des Untergangs entgegen allgemeiner Grundsätze³² auf den Unternehmer verlagert wird, ohne dass dies wirklich eindeutig dem Wortlaut des § 357 Abs. 2 S. 2 BGB zu entnehmen ist. Auch erscheint eine Besserstellung des Widerrufs nach § 355 Abs. 1 S. 2 2. Fall BGB gegenüber dem nach § 355 Abs. 1 S. 2 1. Fall BGB nicht als gerechtfertigt. Zwar trägt der Verbraucher bei Erklärung des Widerrufs durch Rücksendung der Ware einen Nachteil gegenüber dem Widerruf in Textform in Form des Verlusts der Einrede des § 320 BGB. Dieser Nachteil beruht jedoch auf einer frei bestimmten Wahl des Verbrauchers.

Demnach erscheint es vorzugswürdig, § 357 Abs. 2 BGB nicht auf die Widerrufserklärung nach § 355 Abs. 1 S. 2 2. Fall BGB anzuwenden³³.

Mithin gilt die Widerrufserklärung der A nicht als dem V zugegangen, sodass A vorliegend den Widerruf gegenüber V nochmals in Textform nach §§ 355 Abs. 1 S. 2 1. Fall, 126b BGB erklären muss, wenn sie mittels Widerruf eine Rückabwicklung der nichtigen Vertragsbeziehung zu V erreichen will.

b) Widerrufsfrist

A müsste den Widerruf fristgerecht erklären.

aa) Fristlänge

Die Fristlänge kann dahinstehen, wenn die Widerrufsfrist der A nicht zu laufen begonnen hat.

bb) Fristbeginn

Ausweislich des Sachverhalts ist A nicht von V über ihr Widerrufsrecht belehrt worden. Mangels ordnungsgemäßer Belehrung hat die Widerrufsfrist mithin nach § 355 Abs. 2 S. 1 BGB nicht zu laufen begonnen.

³¹ Kaiser, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 355 Rn. 24 m.w.N.

³² Siehe § 130 Abs. 1 S. 1 BGB.

³³ Eine andere Auffassung erscheint hier bei entsprechender Argumentation gut vertretbar.

cc) Erlöschen des Widerrufsrechts

Das Widerrufsrecht der A dürfte nicht erloschen sein. Mangels ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung erlischt das Widerrufsrecht der A nicht, § 355 Abs. 3 S. 3 1. Fall BGB.

dd) Ergebnis:

A kann den Widerruf noch fristgerecht erklären. Dies sollte jedoch zeitnah geschehen, da V jederzeit mittels ordnungsgemäßer Nachbelehrung eine Monatsfrist in Gang setzen kann, § 355 Abs. 2 S. 2 BGB.

II. Rechtsfolge des Widerrufs

Rechtsfolge des wirksamen Widerrufs der A ist ein Anspruch gegen V auf Rückgewähr der gezahlten 1000 € aus §§ 346 Abs. 1 1. Fall, 357 Abs. 1 S. 1, 355, 312d BGB.

III. Keine Anwendung des § 817 Satz 2 BGB auf §§ 346 Abs. 1 1. Fall, 357 Abs. 1 S. 1 BGB

Der Ausschlussgrund des § 817 S. 2 BGB findet keine Anwendung auf den Anspruch der A aus §§ 346 Abs. 1 1. Fall, 357 Abs. 1 S. 1, 355, 312d BGB.

IV. Ergebnis:

A hat gegen V einen Anspruch auf Rückgewähr der gezahlten 1000 € aus §§ 346 Abs. 1 1. Fall, 357 Abs. 1 S. 1, 355, 312d BGB, sofern sie fristgemäß in Textform gegenüber V ihre auf den Abschluss des Kaufvertrages gerichtete Willenserklärung widerruft.

D. Endergebnis

A hat gegen V einen Anspruch auf Wertersatz für die überwiesenen 1000 € aus §§ 346 Abs. 1 1. Fall, Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 357 Abs. 1 S. 1, 355, 312d BGB, sofern sie fristgemäß in Textform gegenüber V ihre auf den Abschluss des Kaufvertrages gerichtete Willenserklärung widerruft.

Es ist der A zu raten, schnellstmöglich den Widerruf zu erklären, bevor V mittels ordnungsgemäßer Nachbelehrung der A über ihr Widerrufsrecht eine Monatsfrist in Gang setzt, § 355 Abs. 2 S. 2 BGB, welche dann unter Umständen ungenutzt abläuft.

E. Schlussanmerkungen**I. Zur Prüfung des bereicherungsrechtlichen Anspruchs:**

Der bereicherungsrechtliche Anspruch³⁴ wird in der Lösungsskizze aus didaktischen Gründen vor dem Anspruch der A aus §§ 346 Abs. 1 1. Fall, 357 Abs. 1 S. 1, 355, 312d BGB³⁵ geprüft, um den Anspruch zuletzt zu prüfen, der nach den Vorüberlegungen des Verfassers letztlich einschlägig ist.

Grundsätzlich ist ein Anspruch aus Bereicherungsrecht ausgeschlossen, wenn ein Anspruch aus einem Rückgewähr-

schuldverhältnis (nach erfolgreichem Widerruf/Rücktritt) besteht³⁶.

Bei unwirksamen Verträgen ist hingegen *grundsätzlich* das Bereicherungsrecht anwendbar, da ein Rechtsgrund für die gegenseitig erbrachten Leistungen fehlt³⁷, insbesondere kein Rückgewährschuldverhältnis existiert.

Dies gilt wiederum nicht, wenn wie hier das Widerrufsrecht des Verbrauchers trotz nichtigem Vertrag zur Anwendung kommt, sodass vorliegend eigentlich nur das Rücktritts- und das Widerrufsrecht der A zu prüfen wären.

Allerdings darf der bereicherungsrechtliche Anspruch hier ausnahmsweise neben dem Rückabwicklungsanspruch aus Widerruf geprüft werden, da der Kaufvertrag zwischen A und V nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist und der Verbraucher in derartigen Fällen laut BGH ein *Wahlrecht* hat, ob er zur Rückabwicklung das Bereicherungsrecht *oder* das Widerrufsrecht wählt³⁸, sodass beide Ansprüche *alternativ* möglich sind, solange der Anspruchsteller keinen Anspruch konkret gewählt hat. A hatte bei Rücksendung der Sache nicht erklärt, ob sie den Vertrag widerrufen, von ihm zurücktreten oder das Verhältnis bereicherungsrechtlich abwickeln will, sodass im Rechtsgutachten zunächst alle Alternativen zu prüfen sind, um dann die günstigste Handlungsalternative abschließend auszuwählen.

II. Zum Nichtbestehen der Rücktrittsmöglichkeit:

Der BGH lehnt in seiner Entscheidung das Bestehen einer Rücktrittsmöglichkeit der Käuferin mangels wirksamem zugrundeliegenden Kaufvertrag ab³⁹. Hier drängt sich die Frage auf, ob es nicht konsequenter wäre, zumindest in den Fallkonstellationen des Verbrauchsgüterkaufs, §§ 474 ff. BGB, dem Verbraucher neben der Widerrufsmöglichkeit trotz nichtigem Vertrages auch wahlweise eine Rücktrittsmöglichkeit einzuräumen. Grundsätzlich ist der Widerruf bezüglich der zu erfüllenden Voraussetzungen günstiger für den Verbraucher, indem der Verbraucher z.B. keinen Sachmangel bei Gefahrübergang behaupten und beweisen (sofern § 476 BGB nicht greift) muss, sondern sich grundlos vom Vertrag lösen kann und zudem nach der „Messner“-Entscheidung des EuGH⁴⁰ im Vergleich zum Rücktritt lediglich eingeschränkt Wertersatz für gezogene Nutzungen schuldet. Insofern könnte man annehmen, dass die Anerkennung eines zusätzlichen Rücktrittsrechts des Verbrauchers obsolet ist. Diese Überlegung lässt jedoch außer acht, dass erhebliche Unterschiede bezüglich der Verfristung beider Gestaltungsrechte bestehen: Bei korrekter Belehrung verfristet die Widerrufsmöglichkeit bereits 2 Wochen nach Erhalt der ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung und der Ware,

³⁶ Siehe nur *Sprau*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2010, Einf. vor § 812, Rn. 6.

³⁷ Siehe Fn. 36.

³⁸ BGH a.a.O. (Fn. 22), Rn. 17.

³⁹ BGH Urt. v. 23.2.2005 – VIII ZR 129/04, Leitsatz.

⁴⁰ EuGH Urt. v. 03.09.2009 – Rs. C-489/07 = ZGS 2009, 463 (463 f.).

³⁴ S.o. Prüfungspunkt B.

³⁵ S.o. Prüfungspunkt C.

§ 355 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 2 BGB⁴¹. Die Rücktrittsmöglichkeit des Käufers hingegen verfristet erst mit Verjährung der Mängelrechte, bei beweglichen Sachen mithin nach 2 Jahren ab Übergabe der Sache, §§ 437 Nr. 2, 438 Abs. 4, 218 Abs. 1, 438 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 2. Fall BGB. Hinzu kommt die Sonderregelung des § 357 Abs. 3 BGB, die hinsichtlich der Widerrufsfolgen eine deutliche Schlechterstellung des Widerrufenden gegenüber dem Rücktretenden mit sich bringt.

Ein umfassender Verbraucherschutz würde erfordern, im Hinblick auf die im Normalfall (bei ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung) wesentlich längere Frist für die Erklärung des Rücktritts auch dieses Gestaltungsrecht dem Verbraucher alternativ zu eröffnen, selbst wenn der zugrundeliegende Vertrag nichtig ist. Jedenfalls bedarf es eines erheblichen Aufwands, die zunächst als per se ausgeschlossen erscheinende Möglichkeit des Rücktritts, nach der nun vorgelegten Argumentation des BGH zu begründen. Denn diese ist schlicht von dem Gedanken getragen: „Verbraucherschutz geht vor!“ Ob dies angesichts der hier erfolgten erheblichen Eingriffe in die Systematik der Rechtsgeschäftslehre zutreffend ist, wird man zukünftig zu diskutieren haben⁴².

⁴¹ Ab 11.6.2010: § 355 Abs. 2 S. 1, Abs. 4 S. 2 BGB; dann Frist nicht mehr 2 Wochen, sondern 14 Tage.

⁴² Siehe auch die Besprechung von *Klinck*, ZJS 2010, 190.