

Entscheidungsanmerkung

Widerrufsrecht bei nichtigem Fernabsatzvertrag

Dem Verbraucher steht, sofern nicht Treu und Glauben (§ 242 BGB) etwas anderes gebieten, ein Widerrufsrecht nach § 312d BGB auch dann zu, wenn der Fernabsatzvertrag nichtig ist.

Das Widerrufsrecht besteht auch bei einem wegen beiderseitiger Sittenwidrigkeit nichtigen Fernabsatzvertrag, der den Kauf eines Radarwarngeräts zum Gegenstand hat (Fortführung des Senatsurteils vom 23. Februar 2005 – VIII ZR 129/04). (Amtliche Leitsätze)

BGB § 312d

BGH, Urt. v. 25.11.2009 – VIII ZR 318/08 (LG Aurich, AG Leer)¹

I. Sachverhalt, Verfahrensgang und wesentliche Aussagen des Urteils

1. Auf einen entsprechenden Werbeanruf der Beklagten bestellte die Klägerin per Fax einen PKW-Innenspiegel mit Radarwarnfunktion. Sie verwendete dabei einen von der Beklagten zur Verfügung gestellten Bestellschein, in dem es unter anderem heißt: „Ich wurde darüber belehrt, dass die Geräte verboten sind und die Gerichte den Kauf von Radarwarngeräten zudem als sittenwidrig betrachten“. Zehn Tage nachdem das Gerät der Klägerin per Nachnahme geliefert worden war, sandte sie es der Beklagten zurück und verlangte Erstattung des Kaufpreises, was die Beklagte verweigerte.

2. Die Klägerin ist mit ihrer Zahlungsklage in erster Instanz gescheitert, in der Berufungsinstanz aber hat sie obsiegt: Der Kaufvertrag über das Radarwarngerät, so das Berufungsgericht, sei sittenwidrig und daher gemäß § 138 BGB nichtig, weshalb die Klägerin aus § 812 BGB Rückzahlung des Kaufpreises verlangen könne. Wenn sich die Beklagte demgegenüber auf den Ausschluss der Kondiktion nach § 817 S. 2 BGB berufe, handele es sich um eine gemäß § 242 BGB unzulässige Rechtsausübung. Denn wäre der Vertrag wirksam gewesen, hätte sich die Klägerin von ihm gemäß § 312d BGB lösen können; dieser Schutz müsse ihr im Ergebnis auch bei Sittenwidrigkeit des Vertrags gewährt werden, weil sonst der redliche Verkäufer, der die Ware nach Widerruf zurücknehmen und den Kaufpreis erstatten müsse, schlechter stünde als der unredliche, der wegen § 817 S. 2 BGB nicht zur Rückabwicklung verpflichtet wäre.

3. Der BGH folgt dem Berufungsgericht im Ergebnis, nicht aber in der Begründung. Der Rückzahlungsanspruch der Klägerin ergebe sich nicht aus § 812 BGB, sondern aus § 346 i.V.m. §§ 433, 312b, 312d, 355 ff. BGB. Der Klägerin habe ein Widerrufsrecht gemäß §§ 312b Abs. 1 S. 1, 312d Abs. 1 S. 1 BGB zugestanden, das sie wirksam ausgeübt habe. Dem stehe nicht entgegen, dass der Kaufvertrag gemäß § 138 BGB von Anfang an nichtig gewesen sei. Mit dem Widerrufsrecht

solle dem Verbraucher ein an keine materiellen Voraussetzungen gebundenes, einfach auszuübendes, einseitiges Lösungsrecht an die Hand gegeben werden, das neben und unabhängig von allgemeinen Regeln bestehe. Ebenso wie der Verbraucher zwischen einem Widerruf und einer eventuell daneben möglichen Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB wählen könne, habe er in dem Fall, dass der Vertrag nach §§ 134, 138 BGB nichtig sei, die Wahl, ob er sich auf diese Nichtigkeit berufen oder sein Widerrufsrecht ausüben wolle. Auf Grundlage der Lehre von der Doppelwirkung im Recht bestünden gegen den Widerruf einer nichtigen Willenserklärung keine durchgreifenden dogmatischen Einwände. Schließlich sei die Ausübung des Widerrufsrechts nicht schon dann gemäß § 242 BGB ausgeschlossen, wenn auch der Verbraucher die aus §§ 134, 138 BGB folgende Nichtigkeit des Vertrags zu vertreten habe, sondern allenfalls dann, wenn der Verbraucher gegenüber dem Unternehmer arglistig handle. Dies aber sei bei einem beiderseitigen Sittenverstoß nicht der Fall.

II. Würdigung

Dem Verbraucher kann ein Widerrufsrecht auch dann zustehen, wenn der Vertrag, auf den es sich bezieht, ohnehin bereits von Anfang an nichtig ist. Für Ausbildung und Prüfung ist dieses Urteil nicht nur wegen seiner praktischen Bedeutung relevant, sondern auch, weil es Grundfragen der Rechtslehre, des Bereicherungsrechts und des allgemeinen Schuldrechts berührt.

1. Das Gerät, welches die Klägerin ursprünglich von der Beklagten erwerben wollte, sollte dazu dienen, vor polizeilichen Geschwindigkeitskontrollen im Straßenverkehr zu warnen. „Radarwarngeräte“ wie dieses schränken, wenn sie denn funktionieren, die Effektivität und damit auch die Präventivwirkung solcher Kontrollen erheblich ein; daher ist es gemäß § 23 Abs. 1b StVO verboten, ein entsprechendes Gerät im Straßenverkehr zu betreiben oder betriebsbereit mitzuführen. Da nur derjenige ein Radarwarngerät erwerben wird, der nicht vorhat, sich an Geschwindigkeitsbegrenzungen zu halten, lässt sich durchaus sagen, dass schon der Vertrag über den Kauf eines solchen Geräts auf das Fahren mit überhöhter Geschwindigkeit gerichtet ist, also auf die Begehung eines ordnungswidrigen Verhaltens im Straßenverkehr, das die Sicherheit der anderen Verkehrsteilnehmer gefährdet. Da mithin schon der Kaufvertrag gezielt drittschädigendes Verhalten fördert, verstößt er gegen die guten Sitten und ist gemäß § 138 BGB nichtig. Diese Frage hatte der BGH bereits entschieden.²

2. Wäre der streitgegenständliche Kaufvertrag nicht als Fernabsatzgeschäft abgeschlossen worden, bestünde kein Zweifel, dass sich die Rückabwicklung der zwischen Klägerin und Beklagten ausgetauschten Leistungen nach Bereicherungsrecht richtet. Berufungsgericht und BGH nennen als Anspruchsgrundlage „§ 812 BGB“ und meinen damit offenkundig die Leistungskondiktion aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB. Neben dieser wäre auch an die in § 817 S. 1 BGB kodifizierte *condictio ob turpem vel iniustam causam* zu denken. Solchen bereicherungsrechtlichen Ansprüchen aber

¹ NJW 2010, 610 ff. – Die Entscheidung ist auch unter <http://www.bundesgerichtshof.de> abrufbar.

² BGH NJW 2005, 1490 f. = JuS 2005, 746 f. (Emmerich).

stünde § 817 S. 2 BGB entgegen. Trotz seiner systematischen Stellung schließt § 817 S. 2 BGB nicht nur die *condictio ob turpem vel iniustam causam* nach § 817 S. 1 BGB, sondern (jedenfalls) auch die Leistungskondiktion nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB aus:³ Diese ist in den von § 817 S. 2 BGB erfassten Fällen in der Regel gegeben, da zumeist auch das Grundgeschäft gemäß § 138 BGB nichtig ist, wenn der Leistende gegen die guten Sitten verstößt; bezöge sich der Ausschluss nach § 817 S. 2 BGB nicht auch auf die allgemeine Leistungskondiktion, hätte er folglich wenig Sinn.

Wenn § 817 S. 2 BGB eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung demnach völlig ausschließt, wird damit zugleich ein durch eine sitten- oder gar gesetzwidrige Leistung geschaffener Zustand endgültig. Anders gesagt: Der Sitten- oder Gesetzesverstoß bleibt im zivilrechtlichen Ergebnis ohne Sanktion, weil der Leistungsaustausch nicht revidiert wird. Die rechtspolitischen Einwände hiergegen liegen auf der Hand; sie werden durch die verbreitete Erklärung, die Rechtsordnung verweigere eben dem sitten- oder gesetzwidrig Leistenden ihre Hilfe,⁴ kaum überzeugend widerlegt. Entsprechend schwer tun sich Praxis und Lehre mit dieser Norm: Bis in die jüngste Zeit setzt sich eine Reihe von Urteilen fort, in denen der BGH die Anwendbarkeit des § 817 S. 2 BGB mit mehr oder minder erheblichem Begründungsaufwand ablehnte, obwohl die Tatbestandsvoraussetzungen vorlagen.⁵ Gerade für den Fall des Kaufs eines Radarwarngeräts aber hatte das Gericht in einem früheren Urteil den Anwendungsbefehl der *lex lata* befolgt und dem Käufer einen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises verweigert.⁶ In der Tat liegen die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 817 S. 2 BGB in Fällen wie diesen jedenfalls dann vor, wenn sich der Käufer des mit dem Vertragsschluss einhergehenden Sittenverstößes auch bewusst war.⁷ So erklärt sich, warum die Beklagte in

dem Bestellschein auf die Sittenwidrigkeit des angebotenen Kaufvertrags eigens hingewiesen hatte: Dies hatte offenkundig allein zum Ziel, im Streitfall die Kenntnis der Klägerin von der Sittenwidrigkeit und damit die Tatbestandsvoraussetzungen eines Kondiktionsausschlusses nach § 817 S. 2 BGB beweisen zu können. Dass die Beklagte auf die Anwendung dieser rechtspolitisch fragwürdigen Norm also geradezu spekulierte, mag für die Gerichte eine zusätzliche Motivation gewesen sein, sie zu vermeiden.

3. Der BGH leitet den Rückzahlungsanspruch im zu entscheidenden Fall nicht aus Bereicherungsrecht, sondern aus §§ 357 Abs. 1 S. 1, 346 Abs. 1 BGB her. Dass im zu entscheidenden Fall die Voraussetzungen eines Fernabsatzvertrags i.S.d. § 312b Abs. 1 S. 1 BGB vorlagen, war zwischen den Parteien nicht streitig; streitig und zu entscheiden war einzig die Frage, ob das damit grundsätzlich bestehende Widerrufsrecht aus § 312d Abs. 1 S. 1 BGB auch dann gegeben ist, wenn der Vertrag ohnehin nichtig ist, hier nach § 138 BGB. Im Einklang mit der herrschenden Meinung⁸ bejahte das Gericht diese Frage.

a) Für einen Widerruf scheint hier schon deshalb kein Platz zu sein, weil er den Verbraucher vor einer nicht hinreichend reflektierten rechtlichen Bindung schützen soll⁹ und diese gar nicht erst entsteht, wenn der Vertrag nichtig ist. Das wäre allerdings wesentlich zu kurz gedacht. Denn dass auch ein nichtiger Vertrag eine gewisse rechtliche Bindungswirkung erzeugen kann, zeigt gerade der vorliegende Fall: Der aus § 817 S. 2 BGB folgende Ausschluss einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung bedeutet im Ergebnis nichts anderes, als dass die Parteien an ihren Leistungsaustausch gebunden sind. Denkbar ist auch, dass eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung zwar möglich, aber für den Verbraucher im Vergleich einer Rückabwicklung nach Maßgabe der §§ 357, 346 BGB wirtschaftlich so ungünstig ist, dass er nach den Regeln der Vernunft auf sie verzichten muss. So kann es etwa liegen, wenn der Verbraucher über

³ *Wieling*, Bereicherungsrecht, 4. Aufl. 2006, § 3 III 6 pr.; *Looschelders*, Schuldrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2009, Rn. 1054; *Lorenz*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2007, § 817 Rn. 10; *Westermann/Buck-Heeb*, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 817 Rn. 11; BGH NJW 1992, 2557 (2560); BGH NJW-RR 1993, 1457 (1458).

⁴ Vgl. etwa *Wieling* (Fn. 3), § 3 III 6 a; *Martinek*, in: juris Praxiskommentar zum BGB, 4. Aufl. 2008, § 817 Rn. 2. Heute wird meist noch auf eine generalpräventive Wirkung hingewiesen: „Wer sich an gesetzes- oder sittenwidrigen Transaktionen beteiligt, muss wissen, dass seine Leistung selbst dann unwiederbringlich und ersatzlos verloren ist, wenn im Rahmen solcher Transaktionen Störungen auftreten“, so *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2009, § 817 Rn. 9; entsprechend etwa *Lorenz* (Fn. 3), § 817 Rn. 5; *Looschelders* (Fn. 3), Rn. 1052.

⁵ Vgl. insbesondere BGH NJW 1990, 2542 f., und BGH NJW 2006, 45 f. = JuS 2006, 265 f. (*K. Schmidt*). Instruktiv zu diesem Problemkreis *Armgardt*, NJW 2006, 2070 ff.

⁶ BGH NJW 2005, 1490 f. = JuS 2005, 746 f. (*Emmerich*).

⁷ Mit der h.M. ist diese subjektive Voraussetzung in den Tatbestand des § 817 S. 2 BGB hineinzulesen: *Wieling* (Fn. 3), § 3 III 3 a; *Martinek* (Fn. 3), § 817 Rn. 26;

Schwab (Fn. 4), § 817 Rn. 68; anders, gegen subjektive Tatbestandsvoraussetzungen etwa *Emmerich*, Schuldrecht Besonderer Teil, 12. Aufl. 2009, § 16 Rn. 38. Manche lassen genügen, wenn sich der Leistende der Erkenntnis seines Sittenverstößes leichtfertig verschließt: BGH NJW 2005, 1490, 1491; *Looschelders* (Fn. 3), Rn. 1052.

⁸ *Saenger*, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 355 Rn. 20; *Schulze*, in: Schulze/Dörner/Ebert, 5. Aufl. 2007, § 355 Rn. 5; *Wendehorst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 312d Rn. 13; *Masuch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 355 Rn. 28; *Kessal-Wulf*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 495 Rn. 14; *Schiörnbrand*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2008, § 495 Rn. 12; *Wildemann*, in: juris Praxiskommentar zum BGB, 4. Aufl. 2008, § 355 Rn. 7. Anderer Ansicht sind etwa *Thüsing*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005, § 312d Rn. 10; *Bülow/Artz*, Verbraucher kreditrecht, 6. Aufl. 2006, § 495 Rn. 53.

⁹ Zum Schutzzweck der Widerrufsrechte etwa *Reiner*, AcP 203 (2003), 1 (8 ff.); aus Sicht der ökonomischen Analyse des Rechts nun *Eidenmüller*, AcP 210 (2010), 67 (74 ff.).

sein Widerrufsrecht nicht ordnungsgemäß belehrt wurde und der ihm geleistete Gegenstand trotz eigenüblicher Sorgfalt untergegangen ist; in diesem Fall wirkte sich der Verlust des Leistungsgegenstandes durch den Verbraucher bei bereicherungsrechtlicher Rückabwicklung nach der herrschenden „Saldotheorie“ anspruchsmindernd aus, bei einer Rückabwicklung nach Widerruf gemäß §§ 357 Abs. 3 S. 3, 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB dagegen nicht.¹⁰ Wenn und soweit die Widerrufsfolgeordnung dem Verbraucher eine Rückabwicklung im Vergleich zum Bereicherungsrecht erleichtert, ist der Widerruf nach seinem Sinn und Zweck, die Willensfreiheit des Verbrauchers zu schützen, nicht von vornherein obsolet, wenn die Willenserklärung des Verbrauchers ohnehin nichtig ist. So verstanden ist der Hinweis des BGH durchaus berechtigt, der Sinn des Widerrufsrechts bestehe darin, dem Verbraucher ein Lösungsrecht an die Hand zu geben, das neben und unabhängig von den allgemeinen Rechten besteht.

b) Nur kurz geht der BGH auf den von ihm als „begrifflich“ bezeichneten Einwand ein, dass nur wirksame Verträge widerrufen werden könnten.¹¹ Das Gericht verweist darauf, dass seit langem anerkannt sei, dass auch nichtige Rechtsgeschäfte anfechtbar seien, und behauptet, für den Widerruf eines Vertrages gelte unter dogmatischem Gesichtspunkt nichts anderes als für dessen Anfechtung. In der Tat hat bereits *Theodor Kipp* für die Anfechtbarkeit nichtiger Rechtsgeschäfte plädiert, namentlich, um über § 142 Abs. 2 BGB die Bösgläubigkeit desjenigen begründen zu können, der zwar die Anfechtbarkeit, nicht aber die Nichtigkeit einer Verfügung kannte.¹² Diese – ihrerseits keineswegs unumstrittene¹³ – Lehre hat also begrenzte Zwecke; weitere Folgerungen lassen sich aus ihr kaum ziehen.¹⁴ Angreifbar ist auch der weitere Schluss des BGH von der angeblich allgemein anerkannten Anfechtbarkeit eines nichtigen Geschäfts auf die Zulässigkeit seines Widerrufs. Dass „für den Widerruf eines nichtigen Vertrags [...] unter dogmatischem Gesichtspunkt nichts Anderes [gilt] als für dessen Anfechtung“ trifft nur zu, wenn Widerruf und Anfechtung einander „unter dogmatischem Gesichtspunkt“ tatsächlich entsprechen. Das ist durchaus zweifelhaft und heftig umstritten.¹⁵ Vergleichbar sind

allenfalls die bei Anfechtbarkeit und Widerruflichkeit eines Rechtsgeschäfts bestehenden Schwebelagen, die man als eine Art „schwebende Wirksamkeit“ des Geschäfts bezeichnen kann.¹⁶ In ihren Rechtsfolgen aber unterscheiden sich Anfechtung und Widerruf erheblich. § 142 Abs. 1 BGB erklärt das angefochtene Rechtsgeschäft für von Anfang an nichtig, während der Widerruf gemäß § 355 Abs. 1 S. 1 BGB dazu führt, dass der Verbraucher an seine Willenserklärung nicht *mehr* gebunden ist; der Widerruf wirkt also *ex nunc*. Das spiegelt sich in den jeweils ausgelösten Folgeordnungen wider: Während die Rückabwicklung ausgetauschter Leistungen nach erfolgreicher Anfechtung dem Bereicherungsrecht unterliegt, verweist § 357 Abs. 1 S. 1 BGB für die Widerrufsfolgen auf die Folgen eines gleichfalls *ex nunc* wirkenden Rücktritts. Damit bleibt zunächst festzuhalten, dass eine Gleichbehandlung des Widerrufs mit der Anfechtung gerade in der Frage, ob auch eine bereits nichtige Willenserklärung widerrufen werden kann, eher fernliegt; denn während die Anfechtung an der ohnehin bestehenden Nichtigkeit nichts ändert und sich allenfalls auf Nebenfolgen wie § 142 Abs. 2 BGB auswirkt, würde der Widerruf das Rückgewährschuldverhältnis gänzlich umändern, von einem bereicherungsrechtlichen in ein rücktrittsähnliches. Mit Blick auf seine Rechtsfolgen scheint man den Widerruf also eher einem Rücktritt gleichstellen zu müssen,¹⁷ und ein Rücktritt setzt voraus, dass das Vertragsverhältnis, auf das er sich bezieht, wirksam ist.¹⁸ Dahinter aber steht der Gedanke, dass der Rücktritt das Vertragsverhältnis nicht auflöst, sondern nur in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandelt.¹⁹ Dieser Gedanke wiederum passt für das Widerrufsrecht gerade nicht, denn laut § 355 Abs. 1 S. 1 BGB wird die Bindung des Verbrauchers an seine Willenserklärung nicht etwa in veränderter Form beibehalten, sondern gänzlich aufgehoben. Der Widerruf ist also ambivalent: Auf die angegriffene Erklärung wirkt er ähnlich wie eine Anfechtung, indem er die Bindung an sie, wenn auch nur *ex nunc*, beseitigt; er löst aber mit den Rücktrittsfolgen eine Folgeordnung aus, die auf der Annahme eines fortdauernden Schuldverhältnisses basiert. Angesichts

¹⁰ Vgl. hierzu und weiteren Fragen der Konkurrenz mehrerer Lösungsrechte *Klinck*, ZJS 2008, 102 ff.

¹¹ Der BGH wendet sich damit ausdrücklich gegen *Thüsing* (Fn. 8), § 312d Rn. 10, und zitiert in diesem Zusammenhang auch *Bülow/Artz* (Fn. 8), § 495 Rn. 53, die aber so gar nicht argumentieren.

¹² *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. (224 ff.); vgl. dazu *Klinck*, ZJS 2008, 102 (108 f).

¹³ Kritisch namentlich *Oellers*, AcP 169 (1969), 67 ff.

¹⁴ Zutreffend *Thüsing* (Fn. 8), § 312d Rn. 10: Die Frage nach den Doppelwirkungen im Recht erlaube keine allgemeine Antwort.

¹⁵ Vgl. nur die Darstellungen bei *Reiner*, AcP 203 (2003), 1 (26 ff.), einerseits und bei *Kaiser*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2004, § 355 Rn. 18, andererseits, jeweils mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

¹⁶ So zum Widerruf die Begründung des Regierungsentwurfs zum Vorgänger des heutigen § 355 BGB, BT-Drucks. 14/2658, S. 47, und hierzu etwa *Bülow/Artz*, Verbraucherprivatrecht, 2. Aufl. 2008, 77 f. Für eine „funktionelle Nähe“ des Widerrufs zur Anfechtung *Reiner*, AcP 203 (2003), 1 (26 ff.).

¹⁷ Für eine Einordnung des Widerrufsrechts als gesetzliches Rücktrittsrecht etwa *Kaiser* (Fn. 15), § 355 Rn. 18 mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

¹⁸ Vgl. nur *Schulze* (Fn. 8), § 346 Rn. 5; *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 69. Aufl. 2010, Einf. v. § 346 Rn. 5.

¹⁹ So etwa *Kaiser* (Fn. 15), Vorbemerkungen zu §§ 346-354 Rn. 2 f.; *Gaier*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, Vorbemerkung zu §§ 346 ff. Rn. 3 f.; *Röthel*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 12. Aufl. 2008, Vor §§ 346-354 Rn. 1. Vgl. auch die Begründung des Gesetzes zur Schuldrechtsmodernisierung, BT-Drucks. 14/6040, S. 191.

dieser widersprüchlichen dogmatischen Konstruktion führt ein Vergleich mit vermeintlich artverwandten Instituten nicht weiter.²⁰

c) Wer keine Begriffs-, sondern Interessenjurisprudenz betreiben will, muss ohnehin entscheidend darauf abstellen, welches Ergebnis eine an den gesetzlich vorgegebenen Maßstäben orientierte Interessenbewertung gebietet. Und dabei darf nicht aus dem Blick geraten, warum es hier überhaupt auf die Frage der Widerruflichkeit der ohnehin nichtigen Willenserklärung der Klägerin ankommt: weil die sonst allemal offenstehende bereicherungsrechtliche Rückabwicklung der Klägerin aufgrund ihres wissentlichen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 817 S. 2 BGB versperrt ist! Insoweit scheint die Argumentation des BGH wesentlich zu kurz zu greifen. Denn das Gericht widmet sich eingehender nur der Frage, ob die Ausübung des Widerrufsrechts im Verhältnis zum Unternehmer eine unzulässige Rechtsausübung darstellt, was es zutreffend verneint: Der Unternehmer, dem der gleiche Sittenverstoß zur Last fällt, ist nicht schutzwürdig. Näher zu erörtern wäre indes, ob nicht die § 817 S. 2 BGB tragende Wertung – mag man sie auch für rechtspolitisch falsch halten – es gebietet, auch eine Rückabwicklung nach §§ 357, 346 BGB auszuschließen.²¹

Der BGH bezieht in dieser Frage nur äußert knapp und verdeckt Stellung, nämlich mit der Behauptung, es bestehe unter dem Gesichtspunkt des bei einem Fernabsatzvertrag gebotenen Verbraucherschutzes kein Grund, den Verbraucher schlechter zu stellen, wenn der Fernabsatz nicht anfechtbar, sondern nach §§ 134, 138 BGB nichtig ist. Man möchte sich zunächst verblüfft die Augen reiben: Der Verbraucher, der wissentlich gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Verbot verstößt, soll genau so schutzwürdig sein wie derjenige, der einem anfechtungsrelevanten Irrtum unterlag oder gar im Sinne des § 123 BGB arglistig getäuscht oder widerrechtlich bedroht wurde? Wer aber diese Frage stellt, hat die entscheidenden Worte überlesen: „unter dem Gesichtspunkt des bei einem Fernabsatzvertrag gebotenen Verbraucherschutzes“. Damit soll offenbar gesagt sein: Dass dem Verbraucher in

bestimmten Situationen ein Widerrufsrecht zusteht, soll ihn vor den Gefahren schützen, die seiner Entscheidungsfreiheit in solchen Situationen drohen. Auf diese Gefahren und eine *diesbezügliche* Schutzbedürftigkeit des Verbrauchers hat es in der Tat keinen Einfluss, ob er sich zusätzlich noch irrt, getäuscht oder bedroht wird, und ebensowenig, ob er mit dem angestrebten Geschäft einen Gesetzes- oder Sittenverstoß begeht. Dieses teleologische Argument ist entscheidend: Da die verbraucherschützenden Widerrufsrechte samt ihrer Folgeordnung Gefahren wehren sollen, die der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers ganz unabhängig davon drohen, ob der von ihm geschlossene Vertrag bereits aus anderen Gründen unwirksam ist (vgl. bereits oben a), finden sie auch unabhängig hiervon Anwendung. So lässt sich auch überzeugend begründen, dass der Gedanke des § 817 S. 2 BGB für eine Rückabwicklung nach §§ 357, 346 BGB nicht greift: Wenn der Vertrag aus Gründen des Verbraucherschutzes rückabzuwickeln ist und diese mit dem Sitten- oder Gesetzesverstoß nichts zu tun haben, kann dieser auch kein Anlass sein, die Rückabwicklung einzuschränken. So verstanden ist das Urteil nicht nur im Ergebnis, sondern auch in seiner Begründung richtig.

4. Ob es des Treu-und-Glauben-Vorbehalts bedurfte, den der BGH in den ersten amtlichen Leitsatz aufgenommen hat, lässt sich bezweifeln. Denn dass ein subjektives Recht nicht ausgeübt werden kann, wenn dies gegen den Grundsatz von Treu und Glauben verstieße, ist selbstverständlich. Indem der BGH diesen Vorbehalt klar auf die Ausübung des Widerrufsrechts bezieht, stellt er immerhin die Argumentation des Berufungsgerichts vom Kopf auf die Füße. Dort war noch – gewissermaßen aus umgekehrter Perspektive – davon die Rede, dass die Berufung der Beklagten auf § 817 S. 2 BGB unzulässig sei. Das ist schon im Ansatz verfehlt. § 817 S. 2 BGB verleiht dem Bereicherungsschuldner kein subjektives Recht, sondern ist eine Einwendung: Anders als etwa eine Einrede hat das Gericht diese Norm also unabhängig davon zu beachten, ob sich eine Partei auf sie beruft. Weil die Anwendung des § 817 S. 2 BGB von einem Verhalten der Beklagten gar nicht abhängt, kann auch von einer unzulässigen *Rechtsausübung* keine Rede sein.²² Ganz anders liegt dies beim Widerrufsrecht, das zur Disposition des Verbrauchers steht.

Zu fragen bleibt noch, unter welchen Umständen genau sich die Ausübung des Widerrufsrechts als unzulässige

²⁰ Ein gegen die Widerruflichkeit nichtiger Willenserklärungen sprechendes systematisches Argument nennt *Schinkels*, LMK 2010, 298105: Der dritte Abschnitt des zweiten Buchs des BGB, der sowohl die Widerrufsregelungen als auch die Regelungen über den Rücktritt enthält, trägt den Titel „Schuldverhältnisse aus Verträgen“. Immerhin stehen dort mit § 311 Abs. 2 BGB jedoch auch die Vorschriften über vorvertragliche Schuldverhältnisse, so dass dieses Argument nicht zwingend erscheint.

²¹ Immerhin wird auch für andere Fälle vertreten, dass sich der Ausschluss des § 817 S. 2 BGB auf nicht bereicherungsrechtliche, konkurrierende Ansprüche erstreckt, etwa auf den Anspruch aus § 985 BGB in dem Fall, dass nicht nur das Kausalgeschäft, sondern auch die Verfügung nach §§ 134, 138 BGB nichtig ist: *Wieling* (Fn. 3), § 3 III 3 c; *Looschelders* (Fn. 3), Rn. 1055; *Medicus*, Schuldrecht II, 14. Aufl. 2007, Rn. 668; *Brox/Walker*, Besonderes Schuldrecht, 33. Aufl. 2008, § 37 Rn. 46; im Grundsatz auch *Westermann/Buck-Heeb* (Fn. 3), § 817 Rn. 11.

²² Vgl. aber auch BGH NJW-RR 2008, 1050 f. = JuS 2008, 932 f. (*Faust*): Der mangelhaft leistende Werkunternehmer dürfe sich nach Treu und Glauben nicht darauf berufen, dass der Werkvertrag gemäß § 134 BGB nichtig sei, um Gewährleistungsansprüchen des Bestellers zu entgehen. § 134 BGB verleiht keine subjektiven Rechte, sondern schützt die objektive Rechtsordnung; die Anwendung der Norm steht daher nicht zur Disposition der Parteien und kann somit auch nicht verwirkt werden (anders, wie der BGH aber auch *Ahrens*, LMK 2008, 266104; restriktiv dagegen etwa auch *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2006, § 134 Rn. 112; *Sack*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2003, § 134 Rn. 187 f.).

Rechtsausübung darstellen kann. Der BGH meint, dies könne nur „unter dem Gesichtspunkt besonderer Schutzbedürftigkeit des Unternehmers in Betracht“ kommen. Dass damit nicht das Richtige getroffen ist, zeigt sich, wenn man die das Urteil im Übrigen tragenden Erwägungen heranzieht: Mit Blick auf die Zwecke des Widerrufsrechts kann es nicht auf eine besondere Schutzbedürftigkeit des Unternehmers, sondern nur umgekehrt auf eine ausnahmsweise fehlende Schutzwürdigkeit des Verbrauchers ankommen, und diese wiederum muss sich gerade auf den durch das Widerrufsrecht vermittelten Schutz beziehen. So begibt sich der Verbraucher seines besonderen Schutzes etwa dann, wenn er seinem Vertragspartner gezielt vorspiegelt, er sei Unternehmer im Sinne des § 14 BGB.²³

Da die Widerrufsrechte letztlich auf Richtlinien der (seinerzeitigen)²⁴ Europäischen Gemeinschaft zurückgehen, fragt sich zu guter Letzt, ob es die sich hieraus ergebenden Vorgaben verletzt, wenn man den Verbraucherschutz unter einen derartigen Treu-und-Glauben-Vorbehalt stellt. Die aktuelle Rechtsprechung des EuGH legt es nahe, diese Frage zu verneinen.²⁵

Prof. Dr. Fabian Klinck, Bochum

²³ BGH NJW 2005, 1045 ff. (Unternehmereigenschaft vor-täuschender Verbraucher kann sich nicht auf die Regeln des Verbrauchsgüterkaufs [§§ 474 ff. BGB] berufen).

²⁴ Vgl. zu den diesbezüglichen Auswirkungen des Vertrags von Lissabon etwa *Rossi*, ZJS 2010, 49 (59).

²⁵ Vgl. EuGH NJW 2009, 3015 f. (keine Freistellung des Verbrauchers vom Nutzungsersatz nach Widerruf im Fernabsatz, wenn die Nutzung gegen die Grundsätze von Treu und Glauben oder des Bereicherungsrechts verstieß).