

STEPHAN LORENZ

Grundsatz der Doppelwirkung und Verbraucherschutz bei der Vertragsanbahnung

I. Der Grundsatz der „Doppelwirkung“

Die Theorie von der „Doppelwirkung im Recht“ ist nun fast genau 100 Jahre alt. Sie geht bekanntlich auf *Theodor Kipp* zurück, der das Problem am Beispiel der Konkurrenz von Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Willenserklärungen erörterte.¹ *Kipp* ging es um die (von ihm bejahte) Frage, ob eine nichtige Willenserklärung Gegenstand einer Anfechtung nach den §§ 119 ff. BGB sein kann.

Kipp entwickelte seine Theorie an folgendem Fall: Der minderjährige A übereignet dem B eine Sache, wobei B den A arglistig getäuscht hat. Der gesetzliche Vertreter des A verweigert auf Aufforderung des B die Genehmigung des Vertrages, so dass dieser endgültig unwirksam ist (§ 108 Abs. 2 BGB).² B übereignet die Sache daraufhin dem C, der hinsichtlich der Minderjährigkeit des A gutgläubig, in Bezug auf die arglistige Täuschung des B aber bösgläubig war. Kann A die Sache von C herausverlangen? Nach *Kipp* war diese Frage nach der damals überwiegenden Auffassung zu verneinen: Da C in Unkenntnis der Nichtigkeit des Vorerwerbs gehandelt habe, habe er nach § 932 BGB gutgläubig erwerben können. Die Kenntnis der Anfechtbarkeit schade ihm nach § 142 Abs. 2 BGB nicht, da das Geschäft wegen seiner Unwirksamkeit nicht anfechtbar sei: es fehle an einem Gegenstand der Anfechtung.

*Kipp*s zentraler Vorwurf an die damalige h. M. war, dass sie zu sehr in einer bildlichen, d. h. mechanisch-naturwissenschaftlichen Betrachtungsweise von Rechten und Rechtswirkungen befangen sei: Ein vernichtetes oder nicht existentes Recht könne ebenso wenig vernichtet werden, wie ein Toter getötet werden könne. Rechtswirkungen seien aber nicht naturwissenschaftlich zu betrachten, sondern seien „das Unbedingtwerden eines hypothetischen Imperativs oder das Befreien von einem solchen“.³ Es sei „gegen die doppelte Begründung derselben Rechtsfolge deshalb nichts einzuwenden, weil es gar keine Bedenken hat, dass zwei Gründe desselben Rechtsgebots miteinander konkurrieren“ oder ein rechtlicher Imperativ (= Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts) aus zwei Gründen (Nichtigkeit *ab initio* und nachträgliche Vernichtung) zu verneinen sei.⁴ Daher sei auch ein

¹ *Kipp*, Über Doppelwirkungen im Recht, FS v. Martitz, 1911, S. 211 ff.

² Durch die Verweigerung der Genehmigung ist der Vertrag als von Anfang an unwirksam anzusehen. Diese Unwirksamkeit steht jedenfalls in den Rechtsfolgen einer Nichtigkeit gleich, s. nur MünchKomm-BGB/*Schmitt*, 5. Aufl. 2006, § 108 Rn. 19.

³ *Kipp* (Fn. 1), S. 219 f.

⁴ *Kipp* (Fn. 1), S. 223.

nichtiges Geschäft anfechtbar. In Kipps Beispielsfall führt dies dazu, dass der A (durch seinen gesetzlichen Vertreter) die Übereignung anfecht und damit (zusätzlich) Nichtigkeit nach § 142 Abs. 1 BGB herbeiführt. Da C diese Art der Nichtigkeit nach der Fiktion des § 142 Abs. 2 BGB kannte oder kennen musste, scheidet ein gutgläubiger Erwerb nach § 932 BGB mangels Gutgläubigkeit aus.

In der Folge der *Kipp'schen* Arbeit wird die Frage, ob eine nichtige Willenserklärung Gegenstand einer Irrtumsanfechtung sein kann, heute von der ganz h.M. bejaht. Kritische Stimmen⁵ haben sich nicht durchgesetzt. Seitdem wird der Grundsatz nur noch schlagwortartig zur Begründung herangezogen.

Flume bezeichnet es als „höchst bemerkenswert“, dass die Abhandlung von *Kipp*, die auch als „Entdeckung“ bezeichnet wurde,⁶ ein solches Aufsehen erregt hat.⁷ Das hat sie in der Tat weniger in Bezug auf die Lösung des konkreten Falles. Ihr maßgeblicher Fortschritt besteht in der Überwindung der von *Kipp* als „pseudo-naturwissenschaftliches Denken“ bezeichneten Vorstellung von der Nichtigkeit als Nichtexistenz eines Rechtsgeschäfts.⁸ Der Fortschritt der Lehre von der Doppelwirkung liegt also letztlich darin, in der Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts nicht dessen vollständige Nichtexistenz, sondern lediglich dessen Nichtgeltung in Bezug auf den jeweiligen Nichtigkeitsgrund zu sehen.⁹ Da die Nichtigkeitsgründe aber unterschiedlichen Einfluss auf die weiteren Rechtsfolgen der Nichtigkeit haben können, ist das Zusammentreffen mehrerer Nichtigkeitsgründe durchaus von rechtlichem Belang: Leidet etwa ein formnichtiges, aber heilbares Rechtsgeschäft wie z. B. eine Bürgschaft (§ 766 BGB) oder ein Grundstücksgeschäft (§ 311b Abs. 1 BGB) an einem weiteren nichtigkeitsbegründenden Mangel, ist bei Anerkennung einer Doppelwirkung die Heilbarkeit ausgeschlossen. Da eine Rangfolge der Nichtigkeitsgründe nicht vorgesehen ist und sich im Falle anfänglicher Nichtigkeit auch nicht zeitlich herleiten lässt, gilt zwangsläufig das „ärgere“ oder „strengere“ Recht.

Letzteres ist eine im Internationalen Privatrecht seit langem anerkannte Theorie in Fällen der sog. „kumulativen“ oder „gekoppelten“ Anknüpfung, deren Grundgedanke sich durchaus auf die vorliegende Problematik übertragen lässt: Wenn ein Rechtsvorgang wie etwa die Eheschließung von gemischtnationalen Verlobten nur wirksam ist, wenn für jeden Verlobten die Voraussetzungen seines Heimatrechts vorliegen (Art. 13 Abs. 1 EGBGB) und bei einem zweiseitigen Ehehindernis (wie etwa dem Verbot der Doppelehe) nach dem Heimatrecht des einen Verlobten Nichtigkeit, nach dem Heimatrecht des anderen Verlobten aber lediglich Aufhebbarkeit vorliegt, gilt die Rechtsordnung, welche die strengere Rechtsfolge vorsieht.¹⁰

Damit ist folgerichtig auch die Anfechtung eines formnichtigen Rechtsgeschäfts bereits vor einer Heilung möglich, was dann einer eventuellen Heilung den Boden

⁵ S. insbesondere *Oellers*, AcP 169 (1969), 67 ff.

⁶ *Dölle*, Verhandlungen zum 42. DJT, 1958, II B, S. 13 ff.

⁷ *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., 1992, § 31, 6.

⁸ *Flume* (Fn. 7).

⁹ *Flume* (Fn. 7) und § 30.

¹⁰ S. dazu *Bamberger/Roth/S. Lorenz*, BGB, 2. Aufl., 2006, Bd. 3, Einl. IPR Rn. 38 m. w. N.; aus der Rspr. s. etwa *BGH NJW* 1991, 3088.

entzieht.¹¹ Die Anfechtung nichtiger Rechtsgeschäfte kommt vor allem dann in Betracht, wenn es nicht um die Nichtigkeitswirkung, sondern um Folgewirkungen der durch die Anfechtung bewirkten Nichtigkeit geht. Auch hier wird nicht Nichtiges „vernichtet“, sondern der bereits bestehenden Nichtgeltung wird dann in Gestalt von § 142 Abs. 1 BGB – um mit *Flume* zu sprechen – ein weiterer (rückwirkender) Grund der Nichtgeltung hinzugefügt.

Im – stark konstruierten – Beispiel *Kipps* führt das zur Wirkung des § 142 Abs. 2 BGB in Bezug auf das Sachenrecht (§ 932 BGB). Weitere, praktisch eher relevante Konstellationen sind vorstellbar: Hat etwa eine Vertragspartei ihre Willenserklärung bereits erfolgreich wegen eines Eigenschaftsirrturns nach § 119 Abs. 2 BGB angefochten und stellt sie danach fest, dass überdies eine nach § 123 Abs. 1 BGB zur Anfechtung berechtigende arglistige Täuschung der anderen Vertragspartei vorlag, führt eine erneute Anfechtung des bereits nach § 142 Abs. 1 BGB nichtigen Rechtsgeschäfts zu einem Wegfall der durch die erste Anfechtung nach § 122 BGB entstandenen Schadensersatzpflicht.¹² Die erneute Anfechtung hat weiter den praktischen Vorteil, dass im Streitfall die Wirksamkeit der ersten Anfechtung offen bleiben kann. In Bezug auf das Rückabwicklungsregime verhält sich die Anfechtung des nichtigen Rechtsgeschäfts freilich neutral: Bereits ausgetauschte Leistungen sind nach Bereicherungsrecht (§§ 812 ff. BGB) zurückabzuwickeln. Die erneute Anfechtung des bereits nichtigen Rechtsgeschäfts führt hier – ähnlich wie im *Kipp'schen* Beispiel im Sachenrecht – allerdings dazu, dass bestimmte Komplementärvorschriften Einfluss auf die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung erhalten oder ihren Einfluss darauf verlieren können: Ein Beispiel für ersteres lässt sich wie folgt bilden: Es kann zu einem Kondiktionsausschluss nach § 814 BGB kommen, wenn der auf einen nichtigen Vertrag, aber zugleich anfechtbaren Vertrag Leistende zwar nicht die Nichtigkeit, wohl aber die Anfechtbarkeit des Vertrags kennt bzw. kennen muss: Wenn K mit dem Minderjährigen V in Unkenntnis von dessen Minderjährigkeit einen Kaufvertrag schließt und dabei einen relevanten Eigenschaftsirrturn des K kannte, so steht einer Kondiktion des von ihm geleisteten Kaufpreises § 814 BGB i.V.m. § 142 Abs. 2 BGB entgegen, wenn V den bereits nach § 107 BGB (schwebend) unwirksamen Kaufvertrag anfechtet. Ein Beispiel für den Wegfall einer Komplementärvorschrift bildet der Fall, dass ein Grundstückskäufer auf einen formnichtigen Vertrag in Kenntnis der Formnichtigkeit den Kaufpreis entrichtet, dann aber die Mitwirkung bei der Übereignung des Grundstücks verweigert, um die Heilung (§ 311b Abs. 1 S. 2) zu verhindern. Dies kann, freilich unter engen Voraussetzungen,¹³ zu einem Kondiktionsausschluss nach § 815 BGB führen.¹⁴ Liegt zugleich ein zur Anfechtung berechtigender Irrtum vor, entzieht der Käufer

¹¹ Wenngleich nicht erforderlich, wenn man den Standpunkt vertritt, dass eine auf Abschluss eines formnichtigen aber heilbaren Vertrages gerichtete Willenserklärung vor Eintritt der Heilung widerrufen werden kann, s. *BGH NJW* 1994, 3227 = *BGHZ* 127, 129 m. w. N.

¹² Beispiel nach *Flume* (Fn. 7), § 31, 6.

¹³ S. *BGH NJW* 1999, 2892, 2893 sowie Staudinger/*S. Lorenz*, 2007, § 815 Rn. 3.

¹⁴ Zur Maßgeblichkeit der *condictio ob rem* (§ 812 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 BGB) in diesen Fällen sowie zur Nichtanwendbarkeit von § 814 s. nur Staudinger/*S. Lorenz* (Fn. 13), § 812 Rn. 110 m. w. N.

(freilich u. U. um den Preis der Schadensersatzpflicht nach § 122 BGB) der Anwendung von § 815 BGB den Boden.

Da die entscheidende Legitimation des Grundsatzes der Doppelwirkung darin besteht, dass Nichtgeltung eines Rechtsgeschäfts ein weiterer Grund *hinzugefügt* wird, hat dieser Grundsatz in keinem der bisher diskutierten Fälle das Vorliegen des ursprünglichen Nichtigkeitsgrundes in Frage gestellt und das dafür maßgebliche Rückabwicklungsregime als solches beeinflusst: Es geht insoweit stets um die Rechtsfolgen der Nichtigkeit eines Vertrages in Bezug auf die Rückabwicklung ausgetauschter Leistungen, die in jedem Fall dem Bereicherungsrecht unterlagen. Es ging lediglich um die Hinzufügung weiterer *komplementärer* Rechtsfolgen innerhalb des Nichtigkeitsregimes. Führt hingegen der von *Kipp* so niemals angedachte Grundsatz der Doppelwirkung zu einem Austausch der Rückabwicklungsregimes, d. h. soll ein Regelungsbereich zur Anwendung kommen, den der Gesetzgeber an sich für die Lösung von wirksamen Verträge vorgesehen hat, so reicht der Hinweis auf den Grundsatz der Doppelwirkung nicht aus.¹⁵ Es wird nämlich dann nicht lediglich ein weiterer Grund der Nichtgeltung im Bereich der Vertragsnichtigkeit hinzugefügt, sondern die Rechtsfolgen der ursprünglichen Nichtigkeit werden entgegen der dafür vorgesehenen gesetzlichen Regelung ausgetauscht. Das ist selbstverständlich nicht *a priori* ausgeschlossen, bedarf aber einer besonderen Legitimation, für welche der von *Kipp* entwickelte Grundsatz der Doppelwirkung von *Nichtigkeitsgründen* alleine weder dogmatisch noch teleologisch ausreichen kann. Es geht dann um ein echtes Konkurrenzproblem verschiedener Regelungsbereiche.

II. Der Grundsatz der „Doppelwirkung“ und verbraucherschützende Widerrufsrechte

1. Widerrufsrechte und Nichtigkeit

Eine jüngere Entscheidung des Bundesgerichtshofs, die für die amtliche Sammlung vorgesehen ist, liefert ein gutes Beispiel für diese Problematik: Der (private) Käufer eines Radarwarngeräts erwarb dieses vom Verkäufer aufgrund einer telefonischen Vertragsanbahnung, die ein Verbraucherschützendes Widerrufsrecht nach § 312 d BGB begründete. Zugleich war der Vertrag aber nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Der Käufer forderte den Kaufpreis zurück.¹⁶

Da nach § 23 Abs. 1 b StVO lediglich der Betrieb und das betriebsbereite Mitführen solcher Geräte, nicht aber deren Erwerb und Besitz verboten sind, handelt es sich nicht schon um eine Nichtigkeit nach § 134 BGB (Verbotswidrigkeit). Verträge über den Ankauf von Radarwarngeräten werden aber angesichts des Verwendungszwecks des Geräts zutreffend

¹⁵ A. A. *Petersen*, JZ 2010, 315, 316, wonach die Frage in der Lehre von den Doppelwirkungen zu verankern sei.

¹⁶ BGH NJW 2010, 610 = JZ 2010, 313 m. Anm. *Petersen*.

als sittenwidrig erachtet (§ 138 Abs. 1 BGB).¹⁷ Sittenwidrig können nämlich auch gemeinwohlgefährdende Verträge sein, sofern alle am Vertrag Beteiligten sittenwidrig handeln. Dies ist bei Verträgen über den Kauf von Radarwarngeräten der Fall, weil der Erwerb die Begehung eines ordnungswidrigen Verhaltens im Straßenverkehr bezweckt, das im Interesse der Verkehrssicherheit verboten ist.

Im konkreten Fall hatte der Verkäufer den Käufer auf diese Rechtslage noch vor Vertragsschluss hingewiesen.¹⁸ Der vom Käufer unterzeichnete Bestellschein enthielt folgenden Hinweis: „Ich wurde darüber belehrt, dass die Geräte verboten sind und die Gerichte den Kauf von Radarwarngeräten zudem als sittenwidrig betrachten.“

Wegen der Vertragsnichtigkeit war das Begehren des Käufers auf Rückzahlung des geleisteten Kaufpreises zuförderst auf Bereicherungsrecht zu stützen. Einem Anspruch aus Leistungskondiktion (§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB) wäre hier aber nicht erst § 817 S. 2 BGB, sondern bereits § 814 BGB (Leistung in Kenntnis der Nichtschuld) entgegengestanden. Die in der ersten Radarwarngerät-Entscheidung des BGH noch problematisierte Frage des Erfordernisses und des Vorliegens der subjektiven Voraussetzungen von § 817 S. 2 BGB¹⁹ war dabei angesichts der Belehrung des Käufers vollkommen unproblematisch zu bejahen. Auch standen der Anwendung von § 817 S. 2 BGB keine der (manchmal vorgeblichen) teleologischen Hindernisse entgegen, die nicht selten zur Nichtanwendung der Kondiktionssperre führen.²⁰ Es sprach im Gegenteil alles für eine Anwendung von § 817 S. 2 BGB: Nach heutiger Ansicht hat die Regelung in erster Linie generalpräventive Funktion.²¹ Der in der Rechtsprechung immer noch anzutreffende Gedanke der Rechtsschutzverweigerung ist hingegen zunehmend als Wertungsgesichtspunkt zurückgetreten.²² Auch er wäre hier freilich angebracht.

a) Die abweichende dogmatische Ausgangslage

Damit hatte sich der BGH mit der Konkurrenz zum verbraucherschützenden Widerruf auseinanderzusetzen. Erfordert dieser das Vorliegen eines wirksamen Vertrages,²³ war hier der Weg zum Widerruf *a priori* versperrt, ein Rückzahlungsanspruch des Klägers mithin ausgeschlossen. Ist dies nicht der Fall, hat der Verbraucher offenbar die Wahl, innerhalb der Widerrufsfrist seine (nichtige) Willenserklärung nach §§ 355 ff BGB zu widerrufen oder sich allein auf die Nichtigkeitsfolgen zu berufen. Diese Ansicht vertritt der BGH u. a. mit der Begründung, „dass in der

¹⁷ BGH NJW 2005, 1490.

¹⁸ So dass sich das in BGH NJW 2005, 1490 behandelte Problem des Vorliegens der subjektiven Voraussetzungen von § 138 Abs. 1 BGB auf Seiten des Käufers von vorneherein nicht stellte.

¹⁹ BGH NJW 2005, 1490.

²⁰ Anerkannt ist etwa, dass der Konditionsausschluss nicht im Widerspruch zur nichtigkeitsbegründenden Norm stehen darf. Die Anwendung von § 817 S. 2 BGB darf also nicht dazu führen, dass der sittenwidrige Zustand *de facto* perpetuiert ist. Vgl. hierzu aus jüngerer Zeit insbesondere BGH NJW 2006, 45 (zur Problematik der sog. „Schenkkreise“). Zu den äußerst problematischen Schwarzarbeitsfällen s. BGHZ 111, 308ff sowie S. Lorenz, FS H. Buchner, 2009, S. 571 ff.

²¹ S. dazu nur Staudinger/S. Lorenz (Fn. 13), § 817 Rn. 6 m. w. N.

²² S. aber BGH NJW 2005, 1490 im ersten Radarwarngeräturteil.

²³ So etwa Staudinger/Thüsing, BGB, 2005, § 312d Rn. 10.

Zivilrechtsdogmatik seit langem anerkannt ist, dass auch nichtige Rechtsgeschäfte angefochten werden können (sog. Doppelwirkungen im Recht)²⁴. Für den Widerruf eines nichtigen Vertrages gelte „unter dogmatischen Gesichtspunkten nichts Anderes als für dessen Anfechtung“.²⁵

Dabei wird übersehen, dass die dogmatische Ausgangslage eine gänzlich andere ist als diejenige, die der Theorie von der Doppelwirkung zugrunde liegt:²⁶ Die Anfechtung des nichtigen Rechtsgeschäfts fügt der schon bestehenden Nichtgeltung lediglich einen weiteren Grund hinzu. Der Widerruf einer Willenserklärung nach den §§ 355 ff. BGB führt hingegen gerade nicht zu deren Nichtigkeit. Trotz des (ungeschickten) Wortlauts von § 355 Abs. 1 BGB („... ist ... nicht mehr gebunden ...“) wird infolge der Verweisung, die § 357 Abs. 1 BGB auf das Rücktrittsfolgenrecht der §§ 346 ff. BGB ausspricht, durch den Widerruf der Vertrag ebenso wenig wie im Falle des Rücktritts beseitigt.²⁷ Er wird lediglich *ex nunc* beendet und in Bezug auf bereits ausgetauschte Leistungen in ein Rückgewährschuldverhältnis umgestaltet.²⁸ Der Widerruf nach §§ 355 ff. BGB ist also nichts anderes als ein „besonders ausgestaltetes Rücktrittsrecht ... das den *zunächst wirksam zustande gekommenen Vertrag* durch Widerruf der Willenserklärung des Verbrauchers in ein Abwicklungsverhältnis umgestaltet“.²⁹ Diese Umgestaltung des Vertrages im Falle des verbraucherschützenden Widerrufs und ihr spezielles Rückabwicklungsregime beruhen auf einer detaillierten Abwägung des Gesetzgebers, welche die Interessen beider Beteiligten gerade in Bezug auf Nutzungs- und Wertersatz sorgsam berücksichtigt. Auf der Seite des Verbrauchers steht dabei bei den Widerrufsrechten der §§ 312 ff. BGB das Interesse an der Aufrechterhaltung seiner durch die spezielle Vertragsanbahnungsmethode typischerweise tangierten rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit.³⁰ Die legitimen Interessen des Unternehmers werden etwa durch eine relativ kurze Widerrufsfrist sowie eine von den Rücktrittsvorschriften abweichende Regelung von Wertersatz und Gefahrtragung (s. § 357 Abs. 3 BGB) berücksichtigt. Die dogmatische Ausgangsfrage lautet also anders als im Falle der Anfechtung eines nichtigen Vertrages nicht: „Kann man einen nichtigen Vertrag vernichten?“, sondern: „Kann man einen nichtigen Vertrag umgestalten?“.

²⁴ Auch Staudinger/*Thüsing* (Fn. 23), § 312d Rn. 10 bezeichnet die Frage nach der Widerrufbarkeit eines nichtigen Rechtsgeschäfts als die „allgemeine Frage nach den Doppelwirkungen im Recht“, die allerdings eine allgemeine Antwort nicht erlaube.

²⁵ *BGH NJW* 2010, 610 Tz. 18.

²⁶ A. A. *Petersen*, *JZ* 2010, 315 („strukturell dieselbe Frage“).

²⁷ Zum Rücktrittsrecht vgl. *BGH NJW* 2008, 911 Tz. 10 m. Anm. *Gsell*.

²⁸ S. nur *Medicus/Lorenz*, *Schuldrecht I, Allgemeiner Teil*, 18. Aufl. 2008, Rn. 562 f.

²⁹ So wörtlich *BGH NJW-RR* 2004, 1058 (Hervorhebung hinzugefügt) zur Frage des Beginns der Widerrufsfrist bei einem aufschiebend bedingten Kaufvertrag (Kauf auf Probe). Die dortige Wertungsfrage zum Fristbeginn ist freilich mit der vorliegenden Problematik nicht vergleichbar, so dass dem BGH keineswegs Inkonsequenz vorgeworfen werden kann.

³⁰ Zum typisierten Schutz der Entscheidungsfreiheit durch verbraucherschützende Widerrufsrechte s. S. *Lorenz*, *Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag*, 1997, S. 122 ff; grundlegend zum Schutz der Entscheidungsfreiheit bereits *Manfred Wolf*, *Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich*, 1970.

b) Wertungsgesichtspunkte

Diese Fragestellung beeinflusst die Interessenwertung. Bejaht man sie, so führt der verbraucherschützende Widerruf der auf Abschluss eines nichtigen Vertrags gerichteten Willenserklärung zu einer Rückabwicklung nach §§ 357, 346 BGB. Im Radarwarngerät-Fall hat das dann zur Folge, dass dem Verbraucher ein Rückzahlungsanspruch zusteht, den ihm das Bereicherungsrecht für den Fall der Nichtigkeit des Vertrages im konkreten Fall aus doppeltem Grunde (§§ 814, 817 S. 2 BGB) gerade versagt. Die materielle Begründung des BGH hierfür ist dürr und kann als typisch für einen manchmal überzogenen Verbraucherschutz bezeichnet werden: Der Sinn des Widerrufsrechts beim Fernabsatzvertrag bestehe darin, dem Verbraucher ein an keine materiellen Voraussetzungen gebundenes, einfach auszuübendes Recht zur einseitigen Loslösung vom Vertrag in die Hand zu geben, das neben und unabhängig von den allgemeinen Rechten bestehe, die jedem zustehen, der einen Vertrag schließe. Dementsprechend habe der Verbraucher ein Wahlrecht, ob er einen Fernabsatzvertrag nach §§ 312d, 355 BGB mit der Rechtsfolge einer Rückabwicklung nach §§ 346 ff. BGB widerrufe oder ob er den Vertrag – gegebenenfalls – wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung gemäß §§ 119 ff., 142 BGB anfechte und sich damit für eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nach §§ 812 ff. BGB entscheide. Es bestehe unter dem Gesichtspunkt des bei einem Fernabsatzvertrag gebotenen Verbraucherschutzes kein Grund, den Verbraucher schlechter zu stellen, wenn der Fernabsatzvertrag nicht anfechtbar, sondern nach §§ 134, 138 BGB nichtig sei. Auch in einem solchen Fall rechtfertige es der Schutzzweck des Widerrufsrechts, dem Verbraucher die Möglichkeit zu erhalten, sich von dem geschlossenen Vertrag auf einfache Weise durch Ausübung des Widerrufsrechts zu lösen, ohne mit dem Unternehmer in eine rechtliche Auseinandersetzung über die Nichtigkeit des Vertrages eintreten zu müssen.

2. Konkurrenz von Irrtumsanfechtung und Widerrufsrecht

Nicht zu überzeugen an dieser Argumentation vermag zunächst die Parallele zur Konkurrenz von Irrtumsanfechtung und verbraucherschützendem Widerrufsrecht. Das Verhältnis zwischen diesen beiden Rechtsinstituten ist nämlich sowohl dogmatisch als auch teleologisch vollkommen unproblematisch. Zunächst zur Dogmatik: Durch das „Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro“ vom 27. 6. 2000³¹ wurde die bis dahin geltende Konstruktion der schwebenden Unwirksamkeit aufgegeben. Während vor dieser Reform die Willenserklärung des Verbrauchers erst wirksam wurde, wenn sie nicht fristgerecht widerrufen wurde, berührt die bloße Widerrufbarkeit der Willenserklärung des Verbrauchers seitdem die Wirksamkeit der Willenserklärung nicht. Der Widerruf ist vielmehr ebenso wie der Rücktritt ein Gestaltungsrecht zur Umgestaltung des Vertrages in ein Rückgewährschuldverhält-

³¹ BGBl. I 2000, 897 ff.

nis. § 355 Abs. 1 S. 1 BGB bringt dies, wie dargelegt, zwar sprachlich ungeschickt („ist ... nicht mehr gebunden“), der Sache nach aber klar zum Ausdruck. Damit besteht hier schon dogmatisch keinerlei Schwierigkeit, dem Widerrufsberechtigten das Recht einzuräumen, seine Willenserklärung anstelle des Widerrufs durch Anfechtung nach den §§ 119 ff BGB zu vernichten. Ein praktisches Bedürfnis hierfür kann sich z. B. dann ergeben, wenn die Widerrufsfrist, nicht jedoch die Anfechtungsfrist abgelaufen ist. Auch kann die bereicherungsrechtliche Rückabwicklung für den Verbraucher im (freilich stark konstruierten) Einzelfall günstiger sein. So ist vorstellbar, dass ein Verbraucher, bei welchem der erworbene Gegenstand untergegangen ist, im Falle des Widerrufs nach § 357 Abs. 3 S. 3 BGB entgegen § 346 Abs. 3 Nr. 3 BGB auf Wertersatz haften würde, während er sich bei einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung infolge einer Anfechtung auf § 818 Abs. 3 BGB berufen könnte und sich dabei (zumindest nach der Rechtsprechung des BGH) nicht die Nachteile der Saldotheorie entgegenhalten lassen müsste.³² Auch teleologisch besteht kein Widerspruch zwischen Irrtumsanfechtung und Widerruf. Die verbraucherschützenden Widerrufsrechte zielen nämlich ebenso die Anfechtungstatbestände auf den Schutz der rechtsgeschäftlichen Selbstbestimmung ab. Man kann sie insoweit auch als typisierte Anfechtungstatbestände betrachten, welche dem Verbraucher bei bestimmten Abschlussituationen den Nachweis eines Willensmangels ersparen sollen.³³ Sie decken damit eine zumindest vergleichbare Fehlerquelle ab. Es besteht deshalb kein Hindernis, dem Verbraucher die Wahl zwischen Anfechtung und Widerruf und damit die Wahl zwischen unterschiedlichen Rückabwicklungsregimen zu lassen, die vom Gesetzgeber beide für die Rückabwicklung von Leistungen aufgrund dieser Fehlerquelle vorgesehen sind.

3. Konkurrenz von Nichtigkeit und Verbraucherschützendem Widerrufsrecht

a) Die dogmatische Ausgangslage

Anders verhält sich dies bei der Konkurrenz von Nichtigkeit und Widerrufsrecht. Auch hier führt eine freie Wahl des Verbrauchers zu einer Änderung des Rückabwicklungsregimes. Begrifflich steht hier der Widerruflichkeit zunächst möglicherweise die Tatsache im Wege, dass das Gesetz sowohl nach seinem Wortlaut als auch nach der systematischen Stellung der Norm eine wirksame Willenserklärung bzw. einen wirksamen Vertragsschluss voraussetzt: Der 3. Abschnitt des zweiten Buches des BGB steht unter der Überschrift „Schuldverhältnisse aus Verträgen“. Dieses – freilich nicht unüberwindliche – dogmatische Hindernis lässt sich anders als im Fall „doppelter Nichtigkeit“ nicht mit dem Hinweis auf das Hinzufügen eines weiteren Nichtgeltungsgrundes beseitigen.

³² Zur Nichtanwendung der Saldotheorie zu Lasten arglistig Getäuschter s. nur BGHZ 126, 105; BGH NJW 2000, 3562.

³³ Zur Genese der Widerrufsrechte s. insoweit S. Lorenz (Fn. 30), S. 122 ff.

b) Der Grund der Vertragsnichtigkeit und sein Verhältnis zum Widerrufsgrund

Damit kann die Lösung nur im Bereich der Widerrufsrechte selbst gefunden werden. Im Zentrum der Überlegungen müssen eine teleologische Auslegung des Widerrufstatbestands sowie des gesetzlichen Nichtigkeitsgrundes einschließlich der jeweiligen Rückabwicklungsregimes stehen. Dabei verbietet sich jede generelle begriffliche Lösung.³⁴ Weder der pauschale Verweis auf die Theorie der Doppelwirkung noch der pauschale Hinweis auf den Wortlaut und den systematischen Standort der Widerrufsrechte liefern als solche ausreichende Argumente. Maßgebend für die Auslegungsfrage, ob der verbraucherschützende Widerruf einen wirksamen Vertrag voraussetzt, können nur der Unwirksamkeitsgrund des Vertrages selbst und sein Verhältnis zum *telos* des Widerrufsgrundes sein. Beruht ersterer auf einer vergleichbaren Fehlerquelle, deren Behebung – in typisierender Weise – zugleich *telos* des jeweiligen Widerrufsrechts ist, kann das Widerrufsrecht nicht ausgeschlossen sein. Dann widerspricht der Widerruf nämlich nicht dem Nichtigkeitsverdikt und den daran anknüpfenden Rechtsfolgen. Er stellt vielmehr einen vom Gesetzgeber für dieselbe Fehlerquelle unter bestimmten weiteren Umständen zur Verfügung gestellten, einfachen und unkomplizierten zusätzlichen Rechtsbehelf dar, der nicht im Widerspruch zur Vertragsnichtigkeit steht, sondern diese ebenso ergänzt wie ein weiterer Nichtigkeits- oder Unwirksamkeitsgrund. Ist dem aber nicht so, ist die gesetzliche Anordnung der Nichtigkeit des Vertrages und das hierfür vorgesehene Rückabwicklungsregime dem Widerruf kraft einer abweichenden Wertungsentscheidung des Gesetzgebers vorgelagert und darf durch die Zulassung des Widerrufs und der damit abweichenden Folgen in der Rückabwicklung ausgetauschter Leistungen nicht konterkariert werden. Vertragsnichtigkeit kann das verbraucherschützende Widerrufsrecht also nicht generell, sondern nur dann abschließen, wenn Fehlerquelle und Schutzrichtung divergieren.

c) Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit als Rechtfertigung für die Privilegierung in der Rückabwicklung

Die in den § 312 ff. BGB geregelten Widerrufsrechte verfolgen u. a. das Ziel, die typischerweise in den dort vorausgesetzten Vertragsanbahnungssituationen eingeschränkte rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers zu kompensieren. Das ergibt sich seit der Integration dieser Widerrufsrechte in das BGB im Rahmen der Schuldrechtsreform des Jahres 2002 auch aus deren systematischen Standort in dem mit „Besondere Vertriebsformen“ betitelten Untertitel 2. Nichtigkeitsgründe können einen ähnlichen Zweck verfolgen. Das ist freilich seltener der Fall, da es der Gesetzgeber im Falle von Störungen der Entscheidungsfreiheit i. d. R. richtigerweise in die Hand der beeinträchtigten Person gibt, sich vom Vertrag zu lösen oder an ihm festzuhalten. Denn der Vertrag kann sich ja trotz der Störung in der Vertragsanbahnung als interessengerecht erweisen, so dass es sinn-

³⁴ Dies betont zutreffend, allerdings unter Bezugnahme auf den Grundsatz der Doppelwirkung, Staudinger/*Thüsing* (Fn. 23), § 312d Rn. 10.

widrig wäre, dem in seiner Entscheidungsfreiheit Beeinträchtigten den Vertrag wider seinen Willen aus der Hand zu schlagen.³⁵ Liegt aber der Grund einer Vertragsnichtigkeit nicht in einer solchermaßen verwandten Fehlerquelle, geht es nicht um die formale Frage, ob der Widerruf als Vernichtung eines ohnehin unwirksamen Vertrages „gedacht“ werden kann, sondern um den Vorrang des für die Fehlerquelle vorgesehenen Rückabwicklungsregimes.

d) *Vertragsnichtigkeit als Schutz*

Kommt man auf *Kipps* Ausgangsbeispiel der Nichtigkeit eines Vertrages wegen Geschäftsunfähigkeit des Verbrauchers zurück, so kann kein Zweifel daran bestehen, dass dem nicht voll Geschäftsfähigen, der einen Vertrag unter Umständen geschlossen hat, die zugleich ein vertragsanbahnungsbezogenes Widerrufsrecht nach den §§ 312 ff. BGB begründen, die Wahl zwischen einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung und einer solchen nach der §§ 357, 346 BGB haben muss. Da die Nichtigkeits- bzw. Unwirksamkeitsgründe der §§ 105, 107 BGB und der Widerrufsgrund hier denselben Schutzzweck verfolgen, nämlich den Schutz der rechtsgeschäftlichen Entscheidungsfreiheit, ist kein Grund ersichtlich, dem Geschäftsunfähigen den weiteren Schutz der Entscheidungsfreiheit zu versagen, der auch einem Geschäftsfähigen zukommen würde. Ihm ist daher ein Widerruf und eine privilegierte Rückabwicklung nach §§ 357, 346 ff. BGB zu gewähren. Ebenso wird man im Falle eines formnichtigen Vertrages argumentieren können, sofern Formzweck (auch) der Schutz vor Übereilung ist.

e) *Vertragsnichtigkeit als Sanktion*

Sanktioniert der Nichtigkeitsgrund aber (auch) ein Verhalten des Widerrufsberechtigten selbst, so ist die Ausgangslage eine andere. Ist etwa ein Vertrag wegen des Verstoßes gegen ein Verbotsgesetz nichtig, so setzt dies i. d. R. einen beiderseitigen Verstoß voraus. Liegt auch auf Seiten des im Falle einer wirksamen Willenserklärung zum Widerruf Berechtigten ein solcher Verbots- oder Sittenverstoß vor, führt die Anwendung des Rückabwicklungsregimes der §§ 357, 346 ff. BGB zu einer Privilegierung des gesetzes- oder sittenwidrig handelnden Verbrauchers im Vergleich zu einem gesetzes- oder sittenwidrig handelnden Nicht-Verbraucher. Die Grundentscheidung des Gesetzgebers, die Rückabwicklung von Verträgen mit dieser Fehlerquelle dem Nichtigkeitsfolgenrecht – hier also dem Bereicherungsrecht mit seinen speziellen Wertungen wie z. B. §§ 814, 817 S. 2 818 Abs. 4, 819 BGB – zuzuordnen, wird damit in Frage gestellt. Rechtfertigen kann man eine solche Auswechslung des Rückabwicklungsregimes nicht pauschal unter dem – wie oben dar-

³⁵ Das ist auch der Grund, warum im Falle arglistiger Täuschung wegen der vorrangigen Entscheidung des § 123 Abs. 1 BGB für die Anfechtbarkeit nicht ohne das Hinzutreten weiterer Umstände Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB vorliegt, vgl. *BGH NJW* 1995, 3315 zur arglistigen Täuschung; *BGH NJW* 2002, 2774 zur Drohung. Ein Beispiel für Sittenwidrigkeit im Falle von arglistiger Täuschung wegen des Hinzutretens weiterer Umstände liefert etwa *BGH NJW* 2005, 2991 („systematische Schwächung der Entscheidungsfreiheit“).

gelegt dogmatisch ohnehin verfehlten – Hinweis auf die Doppelwirkung, sondern nur regelungsimmanent. Es müssen daher spezifische Zwecke des jeweiligen Regelungsbereichs dessen Anwendung erfordern. Im Radarwarngerät-Fall müssten also entweder verbraucherschutzspezifische oder aber – soweit die verbraucherschützenden Widerrufsrechte einen europarechtlichen Hintergrund aufweisen – europarechtliche Gründe dafür sprechen, neben dem bzw. anstelle des Nichtigkeitsregimes die Anwendung des Widerrufsregimes zuzulassen. Sinn der Widerrufsrechte ist es aber primär, dem Verbraucher die Bindung von dem Vertrag zu nehmen. Erst sekundär wird dieses Ziel flankiert durch einen bestimmten, den Verbraucher privilegierenden Mechanismus der Rückabwicklung. Dieser soll gewährleisten, dass das Widerrufsrecht nicht *de facto* entwertet wird. Besteht diese Bindung an den Vertrag aber aus anderen als den vom jeweiligen Widerrufsrecht verfolgten Gründen ohnehin nicht, fehlt es gerade an einem tragenden Grund, dem Verbraucher das Rückabwicklungsregime der §§ 357, 346 BGB zuzubilligen. Die Nichtigkeit eines Vertrages aus Gründen der Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit, die wie im Radarwarngeräte-Fall auch dem Verbraucher zurechenbar ist,³⁶ verfolgt gerade *nicht* den Zweck, die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers zu wahren, ihn also vor einem Vertrag zu *schützen*, sondern will ihm zur Wahrung des Gemeinwohls den Vertrag *verbieten*. Sie hat also auch für den Verbraucher ausschließlich Sanktionscharakter. Mit diesen Zwecken korrespondiert der vom Gesetzgeber *hierfür* allein vorgesehene bereicherungsrechtliche Rückabwicklungsmechanismus. Damit ließe sich im Fall verbots- oder sittenwidrigen Verbraucherhandelns die Anwendbarkeit der Regelungen der verbraucherschützenden Widerrufsrechte nur legitimieren, wenn der Übereilungsschutz auch den Zweck verfolgte, den Verbraucher vor voreiligem eigenem sittenwidrigen oder verbotswidrigen Handeln und dessen Rechtsfolgen zu schützen. Das kann aber insbesondere deshalb schwerlich der Fall sein, weil das Verdikt der Sittenwidrigkeit auch auf der Seite des Verbrauchers subjektive Elemente, nämlich das Bewusstsein der Sittenwidrigkeit voraussetzt. Das Endstadium nicht nur der Entmündigung des Verbrauchers, sondern auch der kompletten Entlastung des Verbrauchers von jeglicher Eigenverantwortung wäre erreicht, wollte man ihm eine Überlegungsfrist vor (erkanntem!) verbotenen oder sittenwidrigen Handeln ermöglichen. Konsequenter fortgedacht müsste dann etwa auch dem Verbraucher, der im „Fernabsatz“ unter Verstoß gegen das BtMG verbotene Drogen ankauft, gegen den Drogenhändler ein verbraucherschützendes Widerrufsrecht mit einer Rückabwicklung nach §§ 357, 346 BGB zustehen.

Betrachtet man den Sanktionscharakter der Nichtigkeit, ist auch das teleologische Argument des BGH widerlegt, der Sinn des Widerrufsrechts beim Fernabsatzvertrag bestehe darin, dem Verbraucher ein an keine materiellen Voraussetzungen gebundenes, einfach auszuübendes Recht zur einseitigen Loslösung vom Vertrag in die Hand zu geben, das neben und unabhängig von den „allgemeinen Rechten“ bestehe, die jedem zustehen, der einen Vertrag schließe: Die Nichtigkeit wegen Verbots- oder Sittenwidrigkeit bei einem beiderseitigen Verbots- oder Sittenver-

³⁶ Die Nichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB setzt, wie auch BGH NJW 2005, 1490 betont, bei einem Sittenverstoß gegenüber der Allgemeinheit einen beiderseitigen Sittenverstoß voraus.

stoß ist gerade kein „allgemeines Recht“ des Verbrauchers, nicht an einen Vertrag gebunden zu sein, sondern ein auch ihn treffendes *Verbot*, einen solchen Vertrag zu schließen. Es geht um eine Sanktion des Verhaltens des Verbrauchers aus Gründen des Allgemeininteresses und gerade nicht um seinen Schutz.

Daneben vermag auch das weitere Sachargument des BGH, der Widerruf erspare dem Verbraucher eine rechtliche Auseinandersetzung mit dem Unternehmer über die Nichtigkeit des Vertrages, nicht zu überzeugen. Diese braucht der Verbraucher nämlich nicht zu befürchten: Nichtigkeit nach § 138 BGB ist eine rechtsvernichtende Einwendung. Macht der Verbraucher ein verbraucherschützendes Widerrufsrecht geltend, muss er nur den Vertragsschluss nachweisen. Dann ist es Sache des Unternehmers, der sich auf einen Anspruchsausschluss nach § 817 S. 2 BGB beruft, die Voraussetzungen jener Norm, d. h. die sittenwidrigkeitsbegründenden Umstände darzulegen und zu beweisen.³⁷ Hierzu muss er u. a. den Nachweis einer rechtsgrundlosen Leistung und damit auch denjenigen der Vertragsnichtigkeit nach § 138 Abs. 1 BGB führen.

f) Einfluss des sekundären Gemeinschaftsrechts

Dem stehen auch nicht gemeinschaftsrechtliche Erwägungen entgegen. Insbesondere kann der Fernabsatzrichtlinie nicht entnommen werden, dass sie auch im Falle von nichtigen Verträgen generell Anwendung erheischt bzw. eine Rückerstattung ausgetauschter Leistungen auch im Falle von verbots- oder sittenwidrigem Verbraucherhandeln gebietet. Auch hier darf nicht begrifflich vorgegangen werden. Sicherlich kann es der nationale Gesetzgeber durch die Ausgestaltung von Nichtigkeitsgründen nicht in der Hand haben, den Anwendungsbereich der durch die Fernabsatzrichtlinie vorgesehenen Widerrufsrechte beliebig zu definieren.³⁸ Andererseits kann der Richtlinie nicht unterstellt werden, verbots- und sittenwidrig handelnde Verbraucher gegenüber anderen Teilnehmern am Rechtsverkehr zu privilegieren. Der EuGH hat zu Recht anerkannt, dass auch die Rechte des Verbrauchers ihre Grenze im Grundsatz von Treu und Glauben finden.³⁹ § 817 S. 2 BGB, an welchem schließlich ein Rückerstattungsanspruch des Verbrauchers scheitert, kann unschwer auch als ein Ausdruck dieses Grundsatzes verstanden werden. Der in § 242 BGB verankerte Satz „*nemo turpitudinem suam allegans auditur*“ setzt sich dort nämlich nahtlos fort in „*in pari turpitudinem melior est causa possidentis*“. Europäisch-rechtsvergleichend ist der Rückforderungsausschluss keineswegs ein singuläres Phänomen.⁴⁰ Auch der 2009 veröffentlichte Entwurf zu einem Gemeinsamen Referenzrahmen (Draft Common Frame of Reference – DCFR) enthält eine entsprechende Regelung in Sec. VII. – 6:103 DCFR. Angesichts dieser gemeineuropäischen Komponente des Rückforderungsausschlusses bei verbots- oder sittenwidrigem Handeln kann gerade nicht davon ausgegangen werden kann, dass im konkreten Fall die Fernabsatzrichtlinie der Anwendung von § 817 S. 2 BGB ent-

³⁷ Zur Beweislast s. nur MünchKomm-BGB/*Armbrüster*, 5. Aufl., 2006, § 138 Rn. 156; BGHZ 53, 369, 379; BGH NJW 1979, 2089.

³⁸ So der Einwand von *Schinkels*, LMK 2010, 298105.

³⁹ *EuGH NJW* 2009, 3015 – *Messner*.

⁴⁰ S. dazu die rechtsvergleichenden Hinweise bei Staudinger/*S. Lorenz* (Fn. 13), § 817 Rn. 3.

gegenstehen würde.⁴¹ Gleiches gilt selbstverständlich für § 814 BGB, der in *BGH NJW* 2010, 610 bereits eine Kondiktion ausgeschlossen hätte. Auch diese Regelung ist als gesetzlich geregelter Fall des „*venire contra factum proprium*“ spezieller Ausdruck des Grundsatzes von Treu und Glauben,⁴² der sich ähnlich in anderen europäischen Rechtsordnungen sowie im DCFR findet (s. Sec. VII.-2:101 Abs. 1 lit. b DCFR) und daher ebenfalls als gemeineuropäischer Grundsatz betrachtet werden darf.⁴³

III. Ergebnis

1. Die Frage, ob die Ausübung eines verbraucherschützenden Widerrufsrechts mit der Folge einer Rückabwicklung ausgetauschter Leistungen nach den §§ 357, 346 ff. BGB einen wirksamen Vertrag voraussetzt, lässt sich nicht abstrakt generell, sondern nur im Hinblick auf den Zweck des jeweiligen Widerrufsrechts beantworten. Der pauschale Verweis für ein generelle Zulassung eines verbraucherschützenden Widerrufsrechts auch im Falle der Vertragsnichtigkeit ist jedenfalls dogmatisch nicht durch einen Verweis auf die von *Kipp* begründete Lehre von der Doppelwirkung im Recht legitimierbar. Er verdeckt überdies die eigentliche Wertungsfrage.

2. Ein verbraucherschützendes Widerrufsrecht im Falle eines nichtigen Vertrags setzt voraus, dass das Nichtigkeitsverdikt allein im Interesse des Verbrauchers erfolgt. Nur dann tritt zu einem allgemeinen „Recht“ ein besonderes, an keine weiteren Voraussetzungen gebundenes Vertragslösungsrecht hinzu.

3. Die hier vertretene Maßgeblichkeit der Zweckrichtung der Nichtigkeit gilt nicht nur für den Fall der Verbots- und Sittenwidrigkeit, sondern in allen anderen Fällen der Vertragsunwirksamkeit. Maßgeblich ist der Schutzzweck des Unwirksamkeitsgrundes. Betrifft dieser alleine den Schutz des zum Widerruf berechtigten Verbrauchers, ist ein verbraucherschützendes Widerrufsrecht auch im Falle der Vertragsnichtigkeit gegeben, in allen anderen Fällen nicht. So muss ein Widerruf auch ausscheiden im Falle der Vertragsunwirksamkeit wegen Dissenses oder im Falle einer erfolgreichen Anfechtung durch den Unternehmer. Ficht dieser etwa wegen eines Inhalts- oder Erklärungsirrtums an, liegt keine wirksame rechtsgeschäftliche Entscheidung seinerseits für das entsprechende Geschäft vor, so dass jede Legitimität fehlt, ihn mit den besonderen verbraucherschützenden Rückabwicklungsvorschriften zu belasten.

⁴¹ So aber *Schinkels*, LMK 2010, 298105, wonach der EuGH einen Ausschluss des Anspruchs des Verbrauchers auf Erstattung geleisteter Zahlungen (Art. 6 Abs. 2 FernAbsRL) gegen den nicht weniger anstößig handelnden Verkäufer aus der rechtsethisch ohnehin umstrittenen Wertung des § 817 S. 2 BGB als richtlinienwidrig missbilligen würde.

⁴² S. nur *BGH NJW* 1997, 2381, 2382 sowie die Nachweise bei Staudinger/*S. Lorenz* (Fn. 13), § 814 Rn. 2.

⁴³ S. dazu die rechtsvergleichenden Hinweise bei Staudinger/*S. Lorenz* (Fn. 13), § 814 Rn. 1 f.