

Xiao Zhang\*

## Widerrufsrecht beim Fernabsatzgeschäft trotz Nichtigkeit des Vertrages –

Besprechung des Urteils des BGH v. 25.11.2009,  
VIII ZR 318/08, NJW 2010, 610–612

### Abstract

Wegen der spezifischen Benachteiligung von Verbrauchern im Fernabsatzgeschäft gewährt § 312d BGB Käufern ein Widerrufsrecht gem. § 355 BGB. § 312d BGB spricht von einem „Fernabsatzvertrag“ und setzt dem Wortlaut nach einen geschlossenen Vertrag gem. § 312b BGB voraus, was im Umkehrschluss bedeutete, dass eine Rückabwicklung gem. § 346 BGB bei einem nichtigen Vertrag nicht infrage kommt. Der *BGH* gesteht dieses Recht dem Käufer in diesem Falle dennoch zu und leitet die Pflicht zur Rückgewähr des Kaufpreises gegen Rückgabe des Gerätes nicht etwa aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB ab, sondern aus § 346 Abs. 1 BGB. Der Beitrag geht auf die Argumentation des *BGH* ein und kommt zu dem Schluss, dass diese nicht ganz zu überzeugen vermag und dem Grunde nach eine Abwicklung gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB vorzugswürdiger sei.

---

\* Die Verfasserin ist Studentin der Rechtswissenschaft im neunten Semester an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg.

## I. Sachverhalt

Die Klägerin kaufte von der Beklagten per Fax einen Innenspiegel für den PKW, der eine eingebaute Radarwarnfunktion enthielt. Im von der Klägerin ausgefüllten Bestellschein findet sich eine Belehrung, dass derartige Geräte verboten sind und solche Geschäfte von Gerichten als sittenwidrig beurteilt wurden. Nach Erhalt der Ware erklärte die Klägerin fristgerecht den Widerruf und begehrte die Rückzahlung des Kaufpreises gegen Rückgabe der Ware. Die Beklagte verweigerte die Rückzahlung sowie die Annahme des Gerätes.

## II. Bisherige Rechtsprechung und Lösung des LG Aurich

Das Radarwarngerät ist Gegenstand vieler höchstrichterlicher Entscheidungen gewesen. War den streitenden Parteien bei Abschluss des Vertrages klar gewesen, dass das Gerät im Geltungsbereich der Straßenverkehrsordnung eingesetzt werden sollte, ist der Vertrag sittenwidrig und gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig.<sup>1</sup> Sind zu diesem Zeitpunkt bereits Leistungen ausgetauscht worden, findet die Rückabwicklung nach den Regeln des Bereicherungsrechts statt; die Voraussetzungen der Leistungskondiktion gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB sind unproblematisch gegeben. Zu beachten wäre hier der Versagungseinwand des § 817 S. 2 BGB, der beim Kauf eines Radarwarngeräts regelmäßig eingreifen dürfte, da dem Leistenden (= Käufer) ebenfalls Sittenwidrigkeit vorzuwerfen ist. Nach h. M. in Schrifttum und Rechtsprechung greift der Einwand des § 817 S. 2 BGB nicht nur im Falle einer Kondiktion gem. § 817 S. 1 BGB, sondern bei allen Konditionen, da sonst wegen des engen Anwendungsbezirks des § 817 S. 1 BGB der Sinn der Vorschrift verfehlt würde.<sup>2</sup> Auf den ersten Blick mag dieses Ergebnis erstaunen, vor allem, wenn der Verkäufer eine Pflichtverletzung begeht und auf der Vermögensseite des Käufers ein Minus entsteht; in diesem Falle dürfte der Verkäufer den Kaufpreis behalten, ohne dafür eine Gegenleistung erbracht zu haben. Indes liegt gerade darin der Rechtsgedanke des § 817 S. 2 BGB: Es soll jedem klagemacht werden, dass derjenige, der das Recht übertritt, keinen Schutz der Rechtsordnung in Anspruch nehmen darf.<sup>3</sup> Auch wenn möglicherweise dann der Verkäufer tatsächlich bereichert sein sollte, ist dieses Ergebnis im Endeffekt sachgerecht, da der Käufer ja schließlich die Ware (hier: das Radarwarngerät) erworben hat, in der Absicht Ordnungswidrigkeiten zu begehen und daher an der Sittenwidrigkeit faktisch näher dran ist als etwa der Verkäufer.

Der wesentliche Unterschied zur Entscheidung des *BGH* aus 2005 zum vorliegenden Urteil besteht darin, dass der Kauf hier per Fax getätigt worden ist und somit ein

<sup>1</sup> *BGH* NJW 2005, 1490.

<sup>2</sup> Palandt/*Sprau* 69. Aufl., § 817 Rn. 7.

<sup>3</sup> *Schwab* in MünchKomm BGB V 5. Aufl., § 817 Rn. 9; *BGH* NJW 1961, 1459 = NJW 1962, 958.

Fernabsatzgeschäft gem. § 312b BGB vorliegt. Zwar nimmt das *LG Aurich* an, dass eine direkte Anwendung des § 312b Abs. 1 BGB nicht in Betracht kommt, da der Vertrag gem. § 138 Abs. 1 BGB nichtig ist und dem Käufer folglich kein Widerrufsrecht zusteht. Dächte man diesen Ansatz aber konsequent bis zum Ende durch, würde sich eine Schlechterstellung des redlichen Verkäufers gegenüber dem unredlichen Verkäufer ergeben.<sup>4</sup> Denn der redliche Verkäufer, dem keine Sittenwidrigkeit vorzuwerfen ist, muss die Ware zurücknehmen und den Kaufpreis zurückerstatten, wenn der Käufer von seinem Widerrufsrecht Gebrauch macht. Wenn keine Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB vorliegt, ist ein Vertrag gem. § 312b Abs. 1 S. 1 BGB zustande gekommen, und der Käufer hätte dann gem. dieser Vorschrift ein Widerrufsrecht. Den unredlichen Verkäufer hingegen, der weiß, dass er ein sittenwidriges Geschäft abschließt, trifft diese Verpflichtung hingegen nicht, da der Wortlaut des § 312d Abs. 1 S. 1 BGB einen „Vertrag“ als Voraussetzung nennt und dieser wegen Nichtigkeit ja gerade nicht vorliegt. Da die Besserstellung des unredlichen Verkäufers ohne Grund geschieht, hat das *LG Aurich* der Beklagten, anders als noch der *BGH* in der Entscheidung von 2005,<sup>5</sup> gleichwohl die Berufung auf den Versagungs einwand wegen § 242 BGB versagt. Dadurch ist gewährleistet, dass auch der unredliche Verkäufer, den der Vorwurf des § 138 Abs. 1 BGB trifft, den Kaufpreis rückgewähren muss.

### III. Lösung des BGH

Der *BGH* bejaht dem Grunde nach zwar, dass der Verkäufer zur Rückerstattung des Kaufpreises verpflichtet ist. Allerdings leitet er einen solchen Anspruch des Käufers nicht aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB ab, sondern aus § 346 Abs. 1 i. V. m. §§ 355 Abs. 1, 312d BGB. Während das *LG Aurich* in der vorigen Instanz noch davon ausging, dass ein Widerrufsrecht im Falle eines nichtigen Vertrages nicht besteht, nimmt der *BGH* sehr wohl an, dass der Verbraucher auch im Falle eines nichtigen Vertrages sein Widerrufsrecht nicht verliert.

#### 1. Dogmatische Begründung

Die Möglichkeit des Widerrufs im Falle eines nichtigen Vertrages ist nicht unumstritten; der Gesetzeswortlaut des § 312d legt nahe, dass ein solcher nur bei einem „Fernabsatzvertrag“, mithin eines Vertrages bestünde. Weiterhin verstößt ein Widerrufsrecht gegen die dogmatischen Strukturen des Vertragsrechts, wenn die Rücktrittsvorschriften auch bei nichtigen Verträgen angewandt werden könnten, denn die Rückabwicklung nichtiger Verträge geschieht typischerweise über das

<sup>4</sup> *LG Aurich* Urteil vom 21.11.2008, 1 S 140/08.

<sup>5</sup> *BGH* NJW 2005, 1490 (1491) – im Urteil von 2005 hat der *BGH* der Beklagten zugestanden, sich auf § 242 BGB berufen zu können. Einen Widerspruch sah das Gericht nicht, da die Klägerin (Käuferin) der Sittenwidrigkeit näher stünde als die Beklagte, da es die Klägerin sei, die beabsichtige, das Gerät im Geltungsbereich der Straßenverkehrsordnung zu verwenden.

Bereicherungsrecht.<sup>6</sup> Der *BGH* aber sieht kein Problem darin, ein Widerrufsrecht auch im Falle eines nichtigen Vertrages anzunehmen, und begründet dies damit, dass auch eine Anfechtung vom nichtigen Vertrag möglich sei.<sup>7</sup> Daher kann für den Widerruf im Prinzip nichts anderes gelten.<sup>8</sup>

Ferner verweist der *BGH* auf den Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 97/7/EG, wonach das Widerrufsrecht unabhängig von anderen Instituten, die das mitgliedstaatliche Recht dem Käufer zur Seite stellt, gelten soll. Daher berührt ein Widerrufsrecht auch die Wirksamkeit einer etwaigen Anfechtung nicht; der Käufer soll sich selbst aussuchen dürfen, wie er den Vertrag rückabwickeln möchte.<sup>9</sup> Geht er den Weg der Anfechtung, wird der Vertrag gem. § 142 Abs. 1 BGB nichtig und ausgetauschte Leistungen werden über das Bereicherungsrecht abgewickelt. Erklärt er dagegen den Widerruf, wird gem. §§ 346 ff. BGB rückabgewickelt. Dieses Wahlrecht muss dem Käufer auch im Falle der Sittenwidrigkeit erhalten bleiben, denn die Folgen sind dieselben: Berufet er sich auf die Sittenwidrigkeit, wird der Vertrag über das Bereicherungsrecht rückabgewickelt, bei Widerrufserklärung wird über §§ 346 ff. BGB zurückgewährt.

## 2. Ausschluss des Widerrufsrechts bei Sittenwidrigkeit

Zum Schluss stellt sich der *BGH* die Frage, ob dem Verbraucher wegen der Sittenwidrigkeit des Vertrages ein Widerrufsrecht zu versagen wäre. Der Zweck des Widerrufsrechts liegt im Schutz eines benachteiligten Verbrauchers, der vor Vertragsabschluss die Ware nicht sehen kann und daher einseitig besonderen Risiken ausgesetzt ist.<sup>10</sup> Daran hat sich auch beim sittenwidrigen Vertrag nichts geändert. Der Schutz des Käufers ist nach Auffassung des *BGH* nur dann zu versagen, wenn der Verkäufer unter Umständen besonders schutzbedürftig ist.<sup>11</sup> Ein solcher Fall ist vorliegend aber gerade nicht gegeben, wenn beiderseitige Sittenwidrigkeit vorliegt.

## IV. Kritische Würdigung

Das vorliegende Urteil des *BGH* weicht insofern von der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu sittenwidrigen Verträgen ab,<sup>12</sup> als es die Vorschriften des Fernabsatzes und dem sich daraus ergebendem Widerrufsrecht in seiner Wertung berücksichtigt. Im Grundsatz, dass den Verkäufer eine Rückgewährverpflichtung trifft,

6 Staudinger/*Thüsing* Neubearb. 2005, § 312d Rn. 9; *Lütcke* Fernabsatzrecht 2002, § 312d Rn. 17.

7 *BGH* NJW 2010, 611.

8 *Wendehorst* in MünchKomm BGB II 5. Aufl., § 312d Rn. 13.

9 *BGH* NJW 2010, 611.

10 Erwägungspunkt 14, Richtlinie 97/7/EG.

11 *BGH* NJW 2010, 611 (612).

12 Der Senat selbst sieht seine vorliegende Entscheidung als „Fortführung“ seiner Entscheidung von 2005 an, vgl. hierzu auch *Möller* NJW 2010, 612.

ist dem Urteil zuzustimmen. Zweifel ergeben sich aber hinsichtlich der dogmatischen Begründung des Widerrufsrechts, und ob wirklich die Interessenlage zugunsten des Verbrauchers spricht.

### 1. Begründung des Widerrufsrecht

Bei einem anfechtbaren Fernabsatzvertrag hat der Käufer grundsätzlich die Wahl, ob er eine Rückabwicklung nach Bereicherungsrecht oder nach Rücktrittsvorschriften begehrt. Daraus aber den Schluss zu ziehen, das Gleiche müsste dann folglich auch für nichtige Verträge gelten, erstaunt. Denn das Anfechtungsrecht sowie das Widerrufsrecht stellen Gestaltungsrechte dar, die der Käufer wahlweise ausüben kann. Die Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB tritt aber durch Gesetz ein und lässt dem Käufer eben gerade keine Wahl, ob der Vertrag ex tunc (Anfechtung) oder ex nunc (Widerruf) unwirksam sein soll. Auch aus der Tatsache, dass nichtige Verträge angefochten werden können, lässt sich nichts anderes ableiten, weil die Interessenlage nicht dieselbe ist. Zwar ist in Rechtsprechung und Lehre anerkannt (ob mit oder ohne Rückgriff auf die Lehre der Doppelwirkung im Recht),<sup>13</sup> dass auch nichtige Verträge angefochten werden können.<sup>14</sup> Dies aber resultiert aus dem Grundsatz, dass die Anfechtung den Interessen des Anfechtenden diene und nicht etwa, um den Vertrag um jeden Preis zu beseitigen.<sup>15</sup> Relevant wird dieser Grundsatz insbesondere in zwei klassischen Fallkonstellationen<sup>16</sup>: Einerseits ob eine doppelte Anfechtung möglich ist, und ob eine Anfechtung trotz Nichtigkeit gem. § 134 oder § 138 BGB möglich ist.

Eine doppelte Anfechtung ist gegeben, wenn der Erklärende seine Willenserklärung gem. § 119 Abs. 1 BGB angefochten hat und nun erneut, diesmal nach § 123 BGB anfechten will. Die Wirksamkeit der zweiten Anfechtung wird mithin bejaht; zwar tritt die Nichtigkeitsfolge der Anfechtung schon mit der ersten Anfechtung gem. § 119 Abs. 1 BGB ein. Eine Versagung der zweiten Anfechtung würde den Interessen der Beteiligten aber kaum gerecht; vor allem, wenn sich erst nach der ersten Anfechtung herausstellt, dass der Anfechtende arglistig getäuscht worden ist; die zweite Anfech-

13 Die Lehre von der Doppelwirkung im Recht geht auf *Theodor Kipp* zurück: Über Doppelwirkungen im Recht, in FS v. Martitz, 1911, S. 226. Sie basiert auf der elementaren Kernaussage, dass wenn eine „positive“ Tatsache (wie z. B. Eigentum) auf zwei hintereinanderliegenden Gründen gestützt werden kann, es dann auch sein müsse, dass eine „negative“ Tatsache (wie z. B. eben die Nichtigkeit eines Vertrages) aus zwei Gründen zu verneinen ist und nicht dass etwa die zeitlich vorgehende Tatsache die nachrangige Tatsache verdrängt, *Kipp ebd.*, S. 222 f.

14 *Schmelz* Die Lehre von der Doppelwirkung im Recht – eine rechtspraktikable Betrachtung JA 2006, 21 (21 f.).

15 So ähnlich schon *Kipp* (Fn. 13), S. 225.

16 Die dritte klassische Fallkonstellation stammt von *Kipp* (Fn. 13), S. 226 f.: der minderjährige A übereignet ohne Zustimmung seiner Eltern eine Sache an B, der den A arglistig täuscht und somit zur Übereignung veranlasst. B übereignet die Sache weiter an den bösgläubigen C, der zwar von der Arglist des B weiß, aber nicht von der Minderjährigkeit des A. Zur Lösung siehe: *Petersen* Doppelwirkungen im Recht Jura 2007, 674 (674 f.).

tung ist gleichwohl, trotz der Nichtigkeitsfolge des § 142 Abs. 1 BGB, zuzulassen mit der Konsequenz, die Schadensersatzpflicht gem. § 122 BGB entfallen zu lassen.<sup>17</sup>

Bei der zweiten Fallkonstellation ist der Vertrag schon gem. § 134 oder § 138 BGB nichtig, sodass sich die Frage stellt, ob eine Anfechtung gem. § 119 Abs. 1 oder § 123 BGB zuzulassen wäre. Dies wird deswegen bejaht, weil möglicherweise der Anfechtende das Vorliegen der Anfechtungsgründe besser nachweisen kann als die Gründe, die zur Nichtigkeit führten.<sup>18</sup> Der Grund ist also in erster Linie ein prozessualer, nicht etwa ein materieller Grund. Wie aber auch beim Fall der doppelten Anfechtung verfolgt auch hier die Zulassung allein das Ziel, den Anfechtenden besserzustellen, weil die Anfechtung vordergründig den Interessen des Anfechtenden diene und nicht etwa ein Nichtigkeitsmittel sei.

Betrachtet man nun genauer die Interessenlage vor allem im zweiten Fall, ist festzustellen, dass die Interessenlage eine ganz andere ist als im vorliegenden Sachverhalt; denn dort geht es darum, dass der Anfechtende „irgendwie“ vom Vertrag loskommen soll; kann er vor Gericht den Nichtigkeitsgrund nicht beweisen und ist eine Anfechtung nicht zuzulassen, deren Voraussetzungen er beweisen könnte, dann käme er gar nicht vom Vertrag los. Im vorliegenden Fall aber waren sich beide Parteien der Sittenwidrigkeit und somit der Nichtigkeit des Vertrages bewusst.<sup>19</sup> Daher kann nur die erste Fallkonstellation zum Vergleich herangezogen werden, die der doppelten Anfechtung. Denn wie dort streiten sich die Beteiligten nicht darum, ob der Vertrag denn nun letztendlich besteht oder nicht; ihnen ist klar, dass er nichtig ist, es geht lediglich um die Folgen, die an diese Nichtigkeit geknüpft werden. Dies ist im Fall der doppelten Anfechtung die Schadensersatzpflicht, im Widerrufsfall die Frage nach der richtigen Rückabwicklung. Denn die Folgen einer Rückabwicklung nach § 346 BGB sind für den Käufer günstiger als über §§ 812, 818 BGB,<sup>20</sup> da § 346 BGB keinen Entreicherungseinwand enthält (§ 818 Abs. 3 BGB).<sup>21</sup>

Führt man sich die Interessenlage der doppelten Anfechtung genau vor Augen, ergibt sich folgendes Bild: Die Frage, ob der Anfechtende nach § 119 Abs. 1 BGB oder nach § 123 BGB mit den günstigeren Folgen anfechten kann, hängt oft von Zufälligkeiten ab. Denn eine Anfechtung gem. § 119 Abs. 1 BGB muss innerhalb der äußersten Frist des § 121 BGB erfolgen, nämlich unverzüglich, während die Anfechtungsfrist für § 123 BGB gem. § 124 Abs. 1 BGB wesentlich großzügiger ist,

17 Um zu diesem Ergebnis gelangen, muss dem Grunde nach nicht einmal die Lehre von der Doppelwirkung im Recht bemüht werden. Denn auch wenn der Erklärende keine nochmalige Anfechtung gem. § 123 BGB erklärt, so entfällt gleichwohl die Schadensersatzpflicht im Umkehrschluss von § 122 Abs. 2 BGB, vgl. *Petersen* (Fn. 16), S. 674 f.; *Palandt/Ellenberger* 69. Aufl., § 142 Rn. 1; *Staudinger/Roth* Neubearb. 2003, § 142 Rn. 27. Von dieser Lösung wird in der weiteren Darstellung abgesehen, um die Begründung des *BGH* besser zu analysieren, da ja gerade der *BGH* auf die Doppelwirkung im Recht abstellt und nicht den Minderjährigenfall von *Kipp* (Fn. 13), S. 226 f., meint.

18 *Busche* in *MünchKomm BGB* I 5. Aufl., § 142 Rn. 12; *Kipp* (Fn. 13), S. 226.

19 *LG Aurich* Urteil vom 21.11.2008, 1 S 140/08.

20 *Lütcke* (Fn. 6), § 312d Rn. 17.

21 *BGH* NJW 2010, 611.

nämlich innerhalb eines Jahres. So wird der Anfechtende, wenn er von einem Anfechtungsgrund gem. § 119 BGB erfährt und vom Vertrag loskommen will, wohl kaum noch warten können, bis er möglicherweise einen Grund gem. § 123 BGB entdeckt – denn wenn ein solcher nicht vorliegt, wäre eine (sonst wirksame) Anfechtung gem. § 119 Abs. 1 BGB regelmäßig verfristet.<sup>22</sup> Daher mutet man aufgrund des Zeitmoments dem Anfechtenden eine Art „Anfechtung auf eigenes Risiko“ zu, was kaum gerechtfertigt ist.<sup>23</sup>

Anders steht es hingegen beim vorliegenden Fall und dem Widerrufsrecht. Denn die Nichtigkeitsfolge tritt hier durch Gesetz ein, nicht etwa erst nach Ausübung eines Gestaltungsrechts und ist daher nicht fristgebunden. Ebenso führt der später Widerrufende die Nichtigkeit selbst durch seine eigene Sittenwidrigkeit herbei.<sup>24</sup> Daher kann von einer Zumutung oder Benachteiligung, anders als im Falle der Anfechtung, nicht die Rede sein. Die günstigere Rückabwicklung wird ihm auch nicht durch einen zeitlichen Zufall verwehrt, sondern dadurch, dass er einen Vertrag abschließt, dessen Unwirksamkeit er mit der Sittenwidrigkeit selbst herbeiführt. Daher ist festzustellen, dass es nicht interessenswidrig ist, wenn dem Käufer grundsätzlich die günstigeren Rückabwicklungsfolgen des § 346 BGB verwehrt bleiben und er sich mit dem möglichen Entreicherungsseinwand des § 818 Abs. 3 BGB auseinandersetzen muss; dieses Risiko ist ihm grundsätzlich zuzumuten. Daher ist ein Widerrufsrecht bei einem sittenwidrigen Fernabsatzvertrag nicht grundsätzlich zu gewähren, sondern nur in Ausnahmefällen, wenn die Versagung zu einem unbilligen Ergebnis führte.

## 2. Schutzbedürftigkeit im Fernabsatzgeschäft

Bleibt zu fragen, ob hier ein Ausnahmefall vorliegt. Der *BGH* argumentiert mit der Eigenschaft des Fernabsatzvertrages, der den Käufer benachteiligt; aus diesen Überlegungen heraus existiert schließlich das Widerrufsrecht.<sup>25</sup> Auch bei beiderseitiger Sittenwidrigkeit kommt eine Versagung des Widerrufsrechts nur infrage, wenn der Verkäufer besonders schutzwürdig ist. Dies erstaunt. Denn sie steht im Gegensatz zum Urteil des *BGH* aus dem Jahre 2005, wonach auch bei beiderseitiger Sittenwidrigkeit den Käufer die rechtsfeindlichere Gesinnung treffe, weil dieser mit dem Kauf ja schließlich die Verstöße gegen die Straßenverkehrsordnung bezweckt und somit weniger schutzbedürftig sei als der Verkäufer.<sup>26</sup>

<sup>22</sup> Vgl. *Petersen* (Fn. 16), S. 674.

<sup>23</sup> Vgl. auch *Staudinger/Roth* Neubearb. 2003, § 142 Rn. 30 – Es spricht nichts gegen die Anfechtung nichtiger Rechtsgeschäfte, „wenn der Anfechtende dadurch für ihn ungünstige Rechtsfolgen des nichtigen Geschäfts vermeiden kann.“

<sup>24</sup> Ob eine verwerfliche Gesinnung im Sinne einer Kenntnis der Sittenwidrigkeit nötig ist, ist umstritten, s. *Armbrüster* in *MünchKomm BGB* 15. Aufl., § 138 Rn. 129. Allerdings kann eine verwerfliche Gesinnung ein objektiv unbedenkliches Rechtsgeschäft sittenwidrig werden lassen. Dies wird in der Rechtsprechung des *BGH* zum Radarwarngerät auch bestätigt, s. *BGH NJW* 2010, 611 = *NJW* 2005, 1490.

<sup>25</sup> *BGH NJW* 2010, 611.

<sup>26</sup> *BGH NJW* 2005, 1491.



Vorliegend aber könnten gerade die Besonderheiten des Fernabsatzgeschäftes diese neue Wertung zugunsten des Käufers rechtfertigen. Denn der Käufer hat keine Möglichkeit, die Ware vorher zu sehen und kann sich, anders als im Ladengeschäft, nicht ihres Zustandes vergewissern;<sup>27</sup> das Vorschaubild (und manchmal nicht einmal das), was er im Katalog oder auf der Website des Verkäufers sehen kann, ist nur ein Musterbild und nicht etwa das der tatsächlichen Ware. Die Produktbeschreibung sagt oft genauso wenig etwas über die Funktionalität des Produktes aus.

Allerdings wird durch den einseitigen Schutz des Fernabsatzkäufers die Bedeutung des § 138 BGB teilweise untergraben. Denn diese Vorschrift signalisiert, dass derjenige, der sich über die Ordnung der Rechtsgemeinschaft hinwegsetzt, eben auch des Schutzes des Rechts nicht bedarf.<sup>28</sup> Durch die Gewährung des Schutzes über das Widerrufsrecht, einem Institut der Rechtsordnung, wird dadurch die Sanktionswirkung des § 138 BGB<sup>29</sup> unterlaufen,<sup>30</sup> dass derjenige, der ein sittenwidriges Geschäft vornimmt, eben mit den Folgen leben muss, wenn es zu Leistungsstörungen kommt. An diesem Gedanken ändern insofern auch die Besonderheiten des Fernabsatzgeschäftes nichts. Denn ein Geschäft wird nicht etwa deswegen „weniger“ sittenwidrig, wenn es unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen wurde. Unter der Wertung des § 138 BGB ergibt sich daher auch nichts anderes für die Besonderheiten des Fernabsatzgeschäftes. Durch die Gewährung des Widerrufsrechts werden nämlich der redliche und der unredliche Käufer auf einmal gleichgestellt; der Vorwurf der Sittenwidrigkeit geht quasi ins Leere.

### 3. Richtlinienkonforme Auslegung

Weiterhin beruft sich der *BGH* auf die Richtlinie 97/7/EG selbst, denn § 312d BGB ist schließlich die Umsetzung der Vorgaben dieser Richtlinien ins nationale Recht. Im Erwägungsgrund 14 kommt zum Ausdruck, dass das Widerrufsrecht andere Rechte des Verbrauchers, etwa eine Anfechtung, nicht berühren soll.<sup>31</sup> Der *BGH* zieht nun daraus den Schluss, dass das Widerrufsrecht parallel zu anderen Vorschriften des nationalen Rechts bestehen soll, auch dann, wenn das Widerrufsrecht wörtlich an und für sich ausgeschlossen ist. Dieser Schluss ist aber keineswegs zwingend. Denn der Wortlaut des Erwägungsgrundes geht nur dahingehend, dass dem Verbraucher neben dem Widerrufsrecht nicht auch noch andere Rechte abgeschnitten werden sollen – das Widerrufsrecht soll andere Rechte nicht berühren. Eine Erweiterung in die andere Richtung, nämlich, dass andere Vorschriften im nationalen Recht – eben § 138 BGB – das Widerrufsrecht nicht berühren dürfen, dazu schweigt sich der Erwägungsgrund 14 gerade aus. Im Gegenteil, einen Satz weiter wird gerade bestimmt,

27 Erwägungspunkt 14, Richtlinie 97/7/EG.

28 Abschreckungszweck, *Armbrüster* in MünchKomm BGB I 5. Aufl., § 138 Rn. 2; *Wendtland* in BeckOK-BGB, § 138 Rn. 2.

29 In diesem Fall speziell die Sanktionswirkung von § 817 S. 2 BGB, der den verlängerten Arm des § 138 BGB im Bereicherungsrecht darstellt.

30 *Möllers* (Fn. 12), S. 612.

31 *BGH* NJW 2010, 611.



dass die Mitgliedstaaten selbst die Bedingungen für die Ausübung des Widerrufsrechts bestimmen sollen – es soll also gerade möglich sein, dass eine Norm des nationalen Rechts die Ausübung des Widerrufsrechts ausschließt.<sup>32</sup>

Löst man sich nun von den Erwägungsgründen der Richtlinie und geht in die Vorschriften selbst hinein, so ist Art. 6 Abs. 1 97/7/EG die relevante Vorschrift. Sie spricht von „Vertragsabschluss“. Legte man diesen Begriff wörtlich aus, könnte man dazu kommen, dass hier nur der reine „Abschluss“ im untechnischen Sinne gemeint ist; eine Wirksamkeit desselben ist nicht Voraussetzung. Dies würde dann die Ansicht des *BGH* stützen, dass die Ausübung des Widerrufsrechts nicht von der Wirksamkeit des geschlossenen Vertrages abhängen würde. Liest man aber Art. 6 97/7/EG in Zusammenhang mit Art. 7 97/7/EG, so wird man feststellen, dass Art. 7 97/7/EG von „Erfüllung“ spricht. Zwar stehen Art. 6 und Art. 7 97/7/EG unabhängig voneinander; sie sind aber in einem einheitlichen Kontext zu lesen. Daraus ergibt sich, dass die Richtlinie nur solche Fälle regelt, in denen ein wirksamer Vertrag tatsächlich zustande gekommen ist, den Verkäufer also eine Erfüllungspflicht trifft; aus systematischer Sicht, in Zusammenschau mit Art. 7 I 97/7/EG, spricht viel dafür, dass die Richtlinie eine c.i.c.-ähnliche Situation<sup>33</sup> gerade nicht im Blick hatte. Damit würde auch eine richtlinienkonforme Auslegung die Argumentation des *BGH* nicht stützen, sie steht ihr eher entgegen.

## V. Zusammenfassung

Insgesamt ist festzustellen, dass das Urteil des *BGH* ein Bruch zur bisherigen Rechtsprechung über sittenwidrige Rechtsgeschäfte<sup>34</sup> darstellt und dogmatisch wenig überzeugt. Die Interessenlage bei der Anfechtung von nichtigen Rechtsgeschäften sowie beim Widerruf trotz Sittenwidrigkeit ist nicht miteinander vergleichbar, weswegen ein Widerrufsrecht trotz Sittenwidrigkeit darüber nicht herzuleiten ist. Ebenso verkennt das Urteil, dass mit der Gewährung des Widerrufsrechts dem unredlichen Käufer ein Schutz gewährt wird, welcher gegen die Sanktionswirkung des § 138 BGB verstoßen würde.

Überzeugender ist daher die Lösung des *LG Aurich*, wonach dem Käufer zwar kein Widerrufsrecht zusteht, die Rückabwicklung aber über § 812 Abs. 1 S. 1 BGB möglich bleibt, wobei der Einwand des § 817 S. 2 BGB gem. § 242 BGB versagt wird, um eine Schlechterstellung des redlichen Verkäufers zu vermeiden. Sie vermeidet dogmatische Widersprüche und bringt die Interessen der Parteien angemessener zum Ausgleich als die Lösung über das Widerrufsrecht, wobei die praktischen Unterschiede sich in Grenzen halten dürften.

<sup>32</sup> Erwägungsgrund 14, Richtlinie 97/7/EG.

<sup>33</sup> *Emmerich* in MünchKommBGB II 5. Aufl., § 311 Rn. 226; *BGH* NJW 1987, 639.

<sup>34</sup> *BGH* NJW 2005, 1490.