Die Musterlösung wurde erstellt von Boris Schinkels, Greifswald*

Examensklausur Zivilrecht

Sachverhalt

Nach einem am 1. Januar 2010 erfolgten Werbeanruf durch Ulrich, den Inhaber von „Ulrichs Computerworld – Ulrich e. K." (U), bestellt Verena (V) bei U am darauffolgenden Tag per Fax für ihren privaten PKW einen Innenspiegel mit einer unter anderem für Deutschland codierten Radarwarnfunktion zum Preis von 1.300 € zuzüglich 6,90 € Versandkosten (Vorkasse).

Der von K ausgefüllte Bestellschein enthält unter anderem den vorformulierten Hinweis:

„Ich wurde darüber belehrt, dass der Einsatz von Radarwarngeräten verboten ist und die Gerichte deren Kauf als sittenwidrig einordnen."

Die Lieferung des vorausbezahlten Geräts erfolgt am 5. Januar 2010. Im Folgenden ermöglicht es der „Warnspiegel" der V tatsächlich, vor fünf Radarfallen rechtzeitig abzubremsen, während sie nach einem pannenbedingten Umstieg auf einen Leihwagen (ohne Mitnahme des Warngeräts) gleich zweimal „geblitzt" wird. Mit Blick auf das nun ohnehin anstehende Fahrverbot sendet V am 20. Juli 2010 das Gerät an die U zurück. Im Begleitschreiben erklärt sie den Widerruf des Vertrags und begehrt Erstattung sowohl des Kaufpreises als auch der Versandkosten. Dazu ist U nicht bereit. Wegen des Sittenverstoßes der V könne diese gar nichts verlangen. Außerdem habe die V das Gerät schließlich genutzt.

Frage: Hat V Anspruch auf Erstattung des Kaufpreises nebst Versandkosten?

Bearbeitervermerk: Auf aufgeworfene Rechtsfragen ist ggfs. hilfsgutachterlich einzugehen.

* Prof. Dr. *Boris Schinkels* hat an der Ernst-Moritz-Arndt-Universität Greifswald den Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales und Europäisches Privatrecht, Rechtsvergleichung und Rechtsharmonisierung im Ostseeraum inne. Diese Klausur wurde im Jahr 2011 als Examensklausur in Mecklenburg-Vorpommern gestellt. Die kursiv gedruckten Einfügungen in eckigen Klammern sind Anmerkungen des Autors. §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des BGB. Die Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG wird zum 13.06.2014 durch die Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU ersetzt und aufgehoben (vgl. deren Art. 31). Am selben Tag tritt das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung in Kraft. Dadurch ändern sich einige Bestimmungen zu Fernabsatzverträgen und dem Widerruf bei Verbraucherverträgen. Die Grundstrukturen dieser Bearbeitung bleiben davon jedoch unberührt.

Fernabsatz-RL 97/7/EG (FARL) – Auszug:

Erwägungsgrund (14)

Der Verbraucher hat in der Praxis keine Möglichkeit, vor Abschluß des Vertrags das Erzeugnis zu sehen oder die Eigenschaften der Dienstleistung im einzelnen zur Kenntnis zu nehmen. Daher sollte ein Widerrufsrecht bestehen, sofern in dieser Richtlinie nicht etwas anderes bestimmt ist. Damit es sich um mehr als ein bloß formales Recht handelt, müssen die Kosten, die, wenn überhaupt, vom Verbraucher im Fall der Ausübung des Widerrufsrechts getragen werden, auf die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren begrenzt werden. Das Widerrufsrecht berührt nicht die im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Rechte des Verbrauchers, insbesondere bei Erhalt von beschädigten Erzeugnissen oder unzulänglichen Dienstleistungen oder Erzeugnissen und Dienstleistungen, die mit der entsprechenden Beschreibung in der Aufforderung nicht übereinstimmen. Es ist Sache der Mitgliedstaaten, weitere Bedingungen und Einzelheiten für den Fall der Ausübung des Widerrufsrechts festzulegen.

Artikel 1 Gegenstand

Gegenstand dieser Richtlinie ist die Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über Vertragsabschlüsse im Fernabsatz zwischen Verbrauchern und Lieferern.

Artikel 2 Definitionen

Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck

1. „Vertragsabschluß im Fernabsatz“ jeden zwischen einem Lieferer und einem Verbraucher geschlossenen, eine Ware oder eine Dienstleistung betreffenden Vertrag, der im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystems des Lieferers geschlossen wird, wobei dieser für den Vertrag bis zu dessen Abschluß einschließlich des Vertragsabschlusses selbst ausschließlich eine oder mehrere Fernkommunikationstechniken verwendet;
2. „Verbraucher“ jede natürliche Person, die beim Abschluß von Verträgen im Sinne dieser Richtlinie zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können;
3. „Lieferer“ jede natürliche oder juristische Person, die beim Abschluß von Verträgen im Sinne dieser Richtlinie im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt;
4. „Fernkommunikationstechnik“ jedes Kommunikationsmittel, das zum Abschluß eines Vertrags zwischen einem Verbraucher und einem Lieferer ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien eingesetzt werden kann. Eine beispielhafte Liste der Techniken im Sinne dieser Richtlinie ist in Anhang I enthalten; […].

Artikel 4 Vorherige Unterrichtung

(1) Der Verbraucher muß rechtzeitig vor Abschluß eines Vertrags im Fernabsatz über folgende Informationen verfügen:
   a) Identität des Lieferers und im Fall von Verträgen, bei denen eine Vorauszahlung erforderlich ist, seine Anschrift;
   b) wesentliche Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung;
   c) Preis der Ware oder Dienstleistung einschließlich aller Steuern;
   d) gegebenenfalls Lieferkosten;
   e) Einzelheiten hinsichtlich der Zahlung und der Lieferung oder Erfüllung;
   f) Bestehen eines Widerrufrechts, außer in den in Artikel 6 Absatz 3 genannten Fällen;
   g) Kosten für den Einsatz der Fernkommunikationstechnik, sofern nicht nach dem Grundtarif berechnet;
   h) Gültigkeitsdauer des Angebots oder des Preises;
   i) gegebenenfalls Mindestlaufzeit des Vertrags über die Lieferung von Waren oder Erbringung von Dienstleistungen, wenn dieser eine dauernde oder regelmäßig wiederkehrende Leistung zum Inhalt hat.

Artikel 5 Schriftliche Bestätigung der Informationen

(1) Der Verbraucher muß eine Bestätigung der Informationen gemäß Artikel 4 Absatz 1 Buchstaben a) bis f) rechtzeitig während der Erfüllung des Vertrags, bei nicht zur Lieferung an Dritte bestimmten Waren spätestens zum Zeitpunkt der Lieferung, schriftlich oder auf einem anderen für ihn verfügbaren dauerhaften Datenträger erhalten, soweit ihm diese Informationen nicht bereits vor Vertragsabschluß schriftlich oder auf einem anderen für ihn verfügbaren dauerhaften Datenträger erteilt wurden.

Auf jeden Fall ist folgendes zu übermitteln:
- schriftliche Informationen über die Bedingungen und Einzelheiten der Ausübung des Widerrufsrechts im Sinne des Artikels 6, […]

Artikel 6 Widerrufsrecht

(1) Der Verbraucher kann jeden Vertragsabschluß im Fernabsatz innerhalb einer Frist von mindestens sieben Werktagen ohne Angabe von Gründen und ohne Strafzahlung widerrufen. Die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, sind die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren.

Die Frist für die Wahrnehmung dieses Rechts beginnt

- bei Waren mit dem Tag ihres Eingangs beim Verbraucher, wenn die Verpflichtungen im Sinne des Artikels 5 erfüllt sind;
- bei Dienstleistungen mit dem Tag des Vertragsabschlusses oder dem Tag, an dem die Verpflichtungen im Sinne des Artikels 5 erfüllt sind, wenn dies nach Vertragsabschluß der Fall ist, sofern damit nicht die nachstehend genannte Dreimonatsfrist überschritten wird.

Falls der Lieferer die Bedingungen im Sinne des Artikels 5 nicht erfüllt hat, beträgt die Frist drei Monate. Diese Frist beginnt

- bei Waren mit dem Tag ihres Eingangs beim Verbraucher;
- bei Dienstleistungen mit dem Tag des Vertragsabschlusses.

Werden innerhalb dieser Dreimonatsfrist die Informationen gemäß Artikel 5 übermittelt, so beginnt die Frist von sieben Werktagen gemäß Unterabsatz 1 mit diesem Zeitpunkt.

(2) Übt der Verbraucher das Recht auf Widerruf gemäß diesem Artikel aus, so hat der Lieferer die vom Verbraucher geleisteten Zahlungen kostenlos zu erstatten. Die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, sind die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren. Die Erstattung hat so bald wie möglich, in jedem Fall jedoch binnen 30 Tagen zu erfolgen.

Lösungsvorschlag

[Die folgenden Anmerkungen bieten eine Übersicht über mögliche Argumentationsstränge ohne Anspruch auf Vollständigkeit. Keinesfalls wird von den Bearbeitern die vollständige Darlegung aller Begründungen erwartet. Vielmehr werden das Erkennen von Problempunkten und die eigenständige Auseinandersetzung hiermit verlangt. Die Bearbeiter sollen systematisches Verständnis des Verbraucherprivatrechts zeigen und mit dessen europarechtlichem Hintergrund nachvollziehbar umgehen.]

A. Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus §§ 433, 437 Nr. 2, 323, 346 I

Ungeachtet der Frage der Vertragswirksamkeit dürfte zumindest ein Mangel (§ 434) ausscheiden: Das Gerät ist ausweislich seines Funktionierens von einwandfreier Beschaffenheit; eine rechtliche Ungeeignetheit (gesetzliches Verbot) für den Radarwarneinsatz bedeutet auch keine mangelnde Eignung zur vertraglich vorausgesetzten Verwendung (§ 434 I 1 Nr. 1), da der vorvertragliche Hinweis auf das Verwendungsverbot eine entsprechende vertragliche Voraussetzung gerade ausschließt.

B. Anspruch aus §§ 346 I, 357 I 1, II, 355 I, 312d I 1

I. Bestehen eines Widerrufsrechts

Der V müsste zunächst ein Widerrufsrecht zustehen. Gem. § 312d I 1 steht einem Verbraucher bei einem Fernabsatzvertrag ein Widerrufsrecht zu.

1. Fernabsatzvertrag § 312b

a) Vertragsschluss

Dann müssten zwei korrespondierende Willenserklärungen, Angebot und Annahme (§§ 145 ff.), vorliegen. Der am 01.01.2010 erfolgte Werbeanruf des U dürfte eine *invitatio ad offerendum* darstellen. Das Angebot zum Vertragsschluss erfolgte dann durch V mit der Abgabe des Bestellscheins mittels Fax am 02.01.2010. Soweit man nicht ohnehin § 151 für einschlägig hält, ist vom Zugang der Annahme des U konkludent durch Lieferung auszugehen.

b) Fernabsatzvertrag

aa) Vertrag über die Lieferung von Waren

Waren sind alle beweglichen Güter.[1]

bb) Unternehmer und Verbraucher

§ 312b I erfasst nur Fernabsatzverträge, an denen der Unternehmer auf Seiten des Lieferers und ein Verbraucher auf Seiten des Abnehmers beteiligt sind.[2] Nach § 13 ist jede „natürliche Person" Verbraucher, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, „der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann". Laut Sachverhalt erwirbt V den Innenspiegel für ihren privaten PKW. V ist Verbraucherin i.S.d. § 13.

Unternehmer i.S.d. § 14 ist jede Person, „die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt". U handelte in seiner Funktion als Händler und Inhaber von *Ulrichs Computerworld – Ulrich e.K.* U ist Unternehmer, § 14.

cc) Ausschließliche Verwendung von Fernkommunikationsmitteln, § 312b I 1

Gemäß § 312b II sind Fernkommunikationsmittel Kommunikationsmittel, die zur Anbahnung oder zum Abschluss eines Vertrags zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien eingesetzt werden können, insbesondere Briefe, Kataloge, Telefonanrufe, Telekopien, E-Mails sowie Rundfunk-, Tele- und Mediendienste.

Der Vertrag wurde ausschließlich mithilfe von Fernkommunikationsmitteln geschlossen (Faxgerät und Postsendung).

1 *Schmidt-Räntsch*, in: Beck'scher Onlinekommentar Bürgerliches Gesetzbuch, 29. Edn. 2013, § 312b Rn. 20.

2 *Schmidt-Räntsch*, in: Beck OK BGB (Fn. 1), § 312b Rn. 16.

dd) Fernabsatzsystem

Nach § 312b I 1 a.E. liegt jedoch dennoch kein Fernabsatzvertrag vor, wenn der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt. Nach überwiegender Ansicht ist das Tatbestandsmerkmal erfüllt, wenn der Unternehmer in seinem Betrieb die personellen, sachlichen und organisatorischen Voraussetzungen geschaffen hat, die notwendig sind, um regelmäßig Geschäfte im Fernabsatz zu bewältigen.[3] Ein für den Fernabsatz organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem liegt nur dann nicht vor, wenn ein Anbieter keinerlei organisatorische Maßnahmen für einen Absatz im Wege von Fernabsatzgeschäften trifft, sondern allenfalls gelegentlich im Rahmen seines Ladengeschäfts telefonisch Bestellungen annimmt und ausführt.[4]

Aufgrund des Werbeanrufs des U kann davon ausgegangen werden, dass dieser sich auf den Versandhandel spezialisiert hat. Durch diese gezielten Werbeanrufe will U die Kunden nicht in sein Geschäftslokal zum Vertragsschluss bewegen, sondern gerade den Vertrieb über Fernabsatzkommunikationsmittel gestalten. Die Bereitstellung von Bestellzetteln unterstützt diese Vermutung, denn diese schaffen gerade eine Voraussetzung dafür, Geschäfte regelmäßig im Fernabsatz durchzuführen.

ee) Kein ausgeschlossener Vertragsgegenstand, § 312b III

ff) Zwischenergebnis

Ein Fernabsatzvertrag gem. § 312b ist geschlossen worden.

2. Bestehen des Widerrufsrechts bei Vertragsnichtigkeit?

Der Vertrag könnte jedoch nichtig sei. Damit ist fraglich, ob die Ausübung eines Widerrufsrechts auch bei nichtigen Verträgen möglich ist.

a) H.M.: Widerruf unwirksamer Verträge möglich

Nach Ansicht der Rechtsprechung und Teilen der Literatur kann der wegen Verstoßes gegen eine Verbotsnorm nach § 134 oder infolge Sittenwidrigkeit nach § 138 nichtige Verbrauchervertrag vom Verbraucher nach § 355 widerrufen werden.[5] Begründet wird dies v.a. mit dem Schutzzweck des Widerrufsrechts, welcher nicht ausreichend Berücksichtigung fände, sofern die Rückabwicklung nach §§ 346 ff. verwehrt bliebe. Das Widerrufsrecht beim Fernabsatzvertrag solle 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 schließt“[6].

Dem Verbraucher müsse die Möglichkeit erhalten bleiben, die gegenüber einer kondiktionsrechtlichen Rückabwicklung günstigeren Rechtsfolgen der §§ 355, 346 ff. zu wählen.[7]

b) Gegenansicht

Eine andere Ansicht vertritt, dass nur wirksame Verträge widerrufen werden können. Dies ergebe sich schon aus den dogmatischen Strukturen des Vertragsrechts; um von einem Vertrag zurücktreten zu können, müsse dieser zunächst einmal wirksam geschlossen sein. Nichtige oder angefochtene Verträge sind aber als *ex tunc* unwirksam anzusehen, so dass schon begrifflich kein Vertrag bestehe, von welchem der Verbraucher zurücktreten könne.[8] Demnach widerspreche es den dogmatischen Strukturen des Vertragsrechts, auch nichtige Verträge nach den Rücktrittsvorschriften rückabzuwickeln.

c) Streit erheblich?

Der Streit ist erheblich, wenn der Vertrag nichtig ist.

aa) Nichtigkeit nach § 134

Nach § 134 ist ein Rechtsgeschäft nichtig, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, wenn sich nicht aus dem Gesetz etwas anderes ergibt. Im vorliegenden Fall müsste somit zunächst ein Gesetz vorliegen, das den Kauf von Radarwarngeräten verbietet. § 23 I b StVO untersagt dem Führer eines Kraftfahrzeuges, ein technisches Gerät zu betreiben oder betriebsbereit mitzuführen, das dafür bestimmt ist, Verkehrsüberwachungsmaßnahmen anzuzeigen oder zu stören. Das gilt insbesondere für Geräte zur Störung oder Anzeige von Geschwindigkeitsmessungen (Radarwarn- oder Laserstörgeräte). Daher ist nach dieser Vorschrift das Mitführen und Benutzen von Radarwarngeräten verboten. Fraglich ist nur, ob daraus auch ein Verbot folgt, welches den Abschluss eines Kaufvertrages über ein solches Gerät untersagt.

Eine Ansicht nimmt an, dass das gesetzliche Verbot des § 23 I b StVO nicht zur Nichtigkeit des Vertrages nach § 134 führt. Dies wird vor allem darauf gestützt, dass der Wortlaut des § 23 I b StVO von einem „Betreiben oder betriebsbereit Mitführen“ spricht, nicht schon von dem Verbot des bloßen Kaufens. Im Umkehrschluss kann man davon ausgehen, dass das Kaufen an sich nicht verboten ist und daher auch nicht zu einer Nichtigkeit des Vertrages nach § 134 führen kann. So könnte das Gerät, dessen Nutzung in Deutschland verboten ist, dafür erworben werden, um es im Ausland zu nutzen. Verträge, die selbst nicht verbotswidrig sind, die aber einen Verstoß gegen gesetzliche Verbote vorbereiten sollen, seien grundsätzlich nicht nichtig.[9]

---

3 *Wendehorst*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, 6. Aufl. 2012, § 312b Rn. 56.

4 LG Memmingen, MMR 2004, 769 (770).

5 *Masuch*, in: MüKo (Fn. 3), § 355 Rn. 32; *Nassall*, in: juris Praxiskommentar BGB, 6. Aufl. 2012, § 134 Rn. 34; BGH, NZV 2010, 140 (141).

6 BGH, NZV 2010, 140 (141).

7 Vgl. hierzu *Klinck*, Entscheidungsanmerkung zu BGH, Urt. v. 25.11.2009 – VIII ZR 318/08, ZJS 2010, 246 (249).

8 *Thüsing*, in: Staudinger, BGB (Kommentar), Neubearbeitung 2012, § 312d Rn. 14.

9 *Singer*, Anmerkung zur Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Frage der Sittenwidrigkeit eines Kaufvertrags über ein Radarwarngerät, LMK 2005, 159254.

Etwas anderes könnte sich aus dem Sinn und Zweck des § 23 I b StVO ergeben.[10] Mit der Vorschrift soll erreicht werden, dass Radarwarngeräte im deutschen Straßenverkehr nicht eingesetzt werden. Sinn und Zweck der Norm ist daher, das Einsetzen solcher Geräte zu verbieten und zu sanktionieren. Ein Kaufvertrag über ein solches Gerät ist von vornherein auf den Einsatz des Gerätes und damit für beide Vertragsparteien erkennbar auf die Verletzung des § 23 I b StVO gerichtet. Wenn für beide Parteien der spätere Einsatz des Gerätes entgegen § 23 Ib StVO erkennbar ist, entspricht es dem Sinn und Zweck der Norm, bereits den Vertrag nach § 134 als nichtig anzusehen.

Nach dem klaren Wortlaut der Norm ist die erste Ansicht treffender. § 23 I b StVO sanktioniert das Mitführen und Bereithalten solcher Geräte, nicht deren Kauf. Ein Rechtsgeschäft ist nach § 134 nur nichtig, wenn sich das gesetzliche Verbot gerade gegen seine Vornahme richtet.[11]

bb) Nichtigkeit gem. § 138 I

Der Vertrag könnte aber i.S. des § 138 I gegen die guten Sitten verstoßen. Dies ist der Fall, wenn das in Rede stehende Rechtsgeschäft gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstößt.[12]

Sittenwidrig sind Geschäfte, durch die Dritte gefährdet oder geschädigt werden, oder solche, die in krassem Widerspruch zum Gemeinwohl stehen.[13] Für die Sittenwidrigkeit des Rechtsgeschäfts reicht es in diesen Fällen bereits aus, wenn die dem Geschäft zugrunde liegenden Motive oder der verfolgte Zweck als sittenwidrig zu beurteilen sind.[14] Motiv des hier vorliegenden Kaufvertrages war es, ein Radarwarngerät zu erwerben und dieses auch zu nutzen. Die Nutzung verstößt – wie oben dargelegt – gegen § 23 I b StVO. Dieser bezweckt den Schutz der Allgemeinheit, indem die Verkehrsteilnehmer gerade nicht vor Radarfallen gewarnt werden und sich verkehrskonform verhalten sollen. Durch die Möglichkeit der Warnung vor Radarfallen sinkt der Anreiz zu verkehrssicherem Verhalten und die Wahrscheinlichkeit von Geschwindigkeitsübertretungen mit den damit verbundenen Gefahren für Leben und Gesundheit Dritter. Es besteht somit eine potentielle Gefahr für andere Personen durch den Einsatz von Radarwarngeräten.

Fraglich ist aber, ob schon der Kauf der Geräte als sittenwidrig angesehen werden kann. Der Erwerb des Geräts stellt eine unmittelbare Vorbereitungshandlung für dessen Betrieb dar, zumindest wenn dieses für den Betrieb im deutschen Straßenverkehr erworben wird.[15] Ein Vertrag, der als absehbare Folge ein rechtswidriges Verhalten mit sich bringt, sogar bezweckt, könnte gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen.

Dass Radarwarnanlagen zum Teil auch aus fiskalischen Interessen aufgestellt werden und umgangssprachlich als Fallen bezeichnet werden, ist zum Teil gegen einen Verstoß gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden ins Feld geführt worden.[16] Zudem soll nicht davon ausgegangen werden können, dass der Erwerber einer Radarwarnanlage generell vorhat, die erlaubte Geschwindigkeit im Straßenverkehr zu überschreiten – vielmehr könne diesem nur der Wunsch unterstellt werden, nicht aus leichter Unachtsamkeit in eine Radarkontrolle zu geraten, was in Anbetracht der zunehmenden Radarkontrollen als nachvollziehbar und nicht besonders verwerflich bewertet werden müsse.[17] Wenn aber der Fahrer selbst bei versehentlicher Geschwindigkeitsüberschreitung vor verdeckten Kontrollen gewarnt wird, fördert dies nach Sicht des LG Bonn gerade eine unaufmerksame Fahrweise;[18] ferner sind die Gefahren der Geschwindigkeitsübertretung nicht minder schwer, wenn diese unbeabsichtigt begangen wird. Auch die zunehmende Zahl der Radarkontrollen ist kein durchschlagendes Argument, da dies gerade notwendige Voraussetzung für die effektive Durchsetzung der Geschwindigkeitsbeschränkung ist. Die präventive Wirkung hängt vor allem von der Sanktionswahrscheinlichkeit ab. Gerade bei den im Vergleich zum Strafrecht relativ milden Folgen der Gesetzesübertretung bei Ordnungswidrigkeiten kommt der erwarteten Sanktionswahrscheinlichkeit eine erhöhte Bedeutung für die Motivation des Verkehrsteilnehmers zur Einhaltung der Normen zu.[19] Ebenso notwendig ist es daher auch, dass Radarkontrollen zum Teil verdeckt durchgeführt werden. Nur durch die Gefahr der unerwarteten und jederzeitigen Überprüfung von Geschwindigkeitsbeschränkungen kann deren Einhaltung sichergestellt werden. Nichts anderes beschreibt der umgangssprachliche Begriff der Radarfalle.

Gegen die Sittenwidrigkeit des Erwerbs eines Radarwarngerätes könnte jedoch weiter eingewandt werden, dass aufgrund regelmäßiger Radarwarnungen im Rundfunk sowie von den Behörden aufgestellte Warnschilder vor einzelnen Radarkontrollen eine Umgehung des § 23 I b StVO gesellschaftlich anerkannt und nicht missbilligt wird. Wenn der Gesetzgeber somit die Warnung vor Radarfallen im Rundfunk nicht verbietet, ließe sich also argumentieren, könne auch in dem Kauf eines Radarwarngerätes nicht ohne Weiteres eine sittenwidrige Handlung liegen.[20] Diese Sachverhalte sind jedoch nicht vergleichbar. So wird – anders als durch ein mitgeführtes Radarwarngerät – nicht das Gefühl vermittelt, man könne jederzeit und überall eine Radarkontrolle rechtzeitig erkennen und deshalb insoweit risikolos die Geschwindigkeit überschreiten.[21] Meldungen bezüglich aufgestellter Radarkon-

10 *Dörner*, in: Schulze, Handkommentar BGB, 7. Aufl. 2012, § 134 Rn. 10: Auslegung von Umgehungsgeschäften, die den Tatbestand nicht erfüllen, aber den verbotenen Erfolg trotzdem herbeiführen.

11 BGH, NJW 1983, 2873 (2873).

12 *Ellenberger*, in: Palandt, BGB (Kommentar), 73. Aufl. 2014, § 138 Rn. 2.

13 BGH, NJW 1990, 567 (569).

14 BGH, NJW-RR 1990, 750 (751).

15 BGH, NJW 2005, 1490 (1491).

16 LG München, NJW 1999, 2600 (2601).

17 Vgl. LG München, NJW 1999, 2600 (2601).

18 LG Bonn, NJW 1998, 2681 (2681 f.).

19 LG Bonn, NJW 1998, 2681 (2682); *Möller*, NZV 2000, 115 (117).

20 LG München, NJW 1999, 2600 (2601).

21 BGH, NJW 2005, 1490 (1491).

trollen sind nie abschließend, so dass immer mit weiteren Kontrollen gerechnet werden muss. Der Fahrer wird demnach durch vereinzelte Warnungen an Geschwindigkeitsbeschränkungen erinnert und eher dazu angehalten, diese generell einzuhalten. Im Übrigen kann man eine Privilegierung des Verkehrsrundfunks auch mit Art. 5 I GG begründen.[22]

Der Verkauf von Radarwarngeräten bezweckt den Verstoß gegen die StVO, was im praktischen Ergebnis zur Gefährdung von Leben und Gesundheit anderer Verkehrsteilnehmer beitragen kann,[23] und kann damit nicht der Rechtsordnung entsprechen.[24] Für die Sittenwidrigkeit des Vertrages reicht die Kenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Tatsachen aus, es kommt nicht auf die Kenntnis von der eigentlichen Sittenwidrigkeit des Vertrages an. Hier wusste die V spätestens durch den Hinweis auf dem Bestellschein, dass der Einsatz von Radarwarngeräten verboten ist und deren Kauf als sittenwidrig einzuordnen ist. Es war auch erkennbar, dass die V das Gerät nutzen wollte, da sie es mit einer für Deutschland codierten Radarwarnfunktion kaufte. Es lag somit bei beiden Parteien (U und V) eine Kenntnis der die Sittenwidrigkeit begründenden Tatsachen vor.

cc) Zwischenergebnis

Der Vertrag ist § 138 wegen Verstoßes gegen die guten Sitten von Anfang an nichtig; der Streit über die Widerruflichkeit nichtiger Fernabsatzverträge ist damit erheblich.

d) Streitentscheid

Das Widerrufsrecht des § 312d wurde auf Grundlage der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG erlassen und muss daher vor ihrem Hintergrund ausgelegt werden.

Zwar knüpft beispielsweise der englische Wortlaut von Art. 6 I FARL das Widerrufsrecht an einen Vertrag („*contract*“; franz.: „*contrat*“; der deutsche Wortlaut spricht nur von „Vertragsschluss“), doch wird das Nichteingreifen besonderer Gründe für Vertragsnichtigkeit weder explizit vorausgesetzt noch wäre das sinnvoll, da sonst die nationalen Gesetzgeber durch die Ausgestaltung von solchen Nichtigkeitsgründen über die Schutzreichweite der Richtlinie bestimmen könnten. Auch wenn der EuGH[25] bereits anerkannt hat, dass die Rechte des Verbrauchers im Grundsatz von Treu und Glauben Grenzen finden, dürfte der Gerichtshof nicht nur einen Ausschluss des Anspruchs des Verbrauchers auf Erstattung geleisteter Zahlungen (Art. 6 II FARL) gegen den nicht weniger anstößig handelnden Verkäufer aus der rechtsethisch ohnehin umstrittenen Wertung des § 817 S. 2 als richtlinienwidrig missbilligen. Vielmehr hat der EuGH etwa auch Vorgaben für die Ersatzpflichtigkeit für vom Verbraucher vor Widerruf gezogene Nutzungen gemacht,[26] die wohl ebenfalls nur ein Widerrufsregime hinreichend umsetzen kann, das ungeachtet der Vertragswirksamkeit eingreift.[27]

Als weitere Argumentationsbasis kann hier der abgedruckte Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 97/7/EG dienen: „Das Widerrufsrecht berührt nicht die im einzelstaatlichen Recht vorgesehenen Rechte des Verbrauchers“. Die Forderung der Richtlinie nach einem von anderen nationalen Rechten unabhängigen Widerrufsrecht muss bei der Auslegung des nationalen Widerrufsrechts beachtet werden.[28] Hieraus leitet der BGH ein Wahlrecht des Verbrauchers ab, ob er einen Fernabsatzvertrag nach §§ 312d, 355 mit der Rechtsfolge einer Rückabwicklung nach §§ 346 ff. widerruft, oder ob er den Vertrag wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung gem. §§ 119 ff., 142 anficht und sich damit für eine bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nach §§ 812 ff. entscheidet.[29]

Dieses Wahlrecht besteht nach Ansicht des BGH auch hinsichtlich der Entscheidung des Verbrauchers, sich bezüglich eines sittenwidrigen Vertrages entweder auf dessen Nichtigkeit zu berufen oder diesen zu widerrufen. Aufgrund des gebotenen Verbraucherschutzes besteht nach Ansicht des BGH kein Grund, den Verbraucher im Falle der Nichtigkeit nach §§ 134, 138 schlechter zu stellen als bei Anfechtbarkeit des Vertrages:

„Auch in einem solchen Fall rechtfertigt 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 Vertrags eintreten zu müssen.“[30]

Das Widerrufsrecht soll den Verbraucher vor Gefahren schützen, die seiner Entscheidungsfreiheit bei einem Fernabsatzvertrag drohen; ob der von ihm geschlossene Vertrag bereits aus anderen Gründen (Irrtum, Täuschung, Drohung, aber auch Gesetzes- oder Sittenverstoß) unwirksam ist, hat auf eine diesbezügliche Schutzbedürftigkeit keinen Einfluss.[31]

Gegen das Argument, dass nach den dogmatischen Strukturen des Vertragsrechts nur ein wirksamer Vertrag widerrufen werden kann, lässt sich anführen, dass anerkanntermaßen auch nichtige Rechtsgeschäfte angefochten werden können (Lehre von der Doppelwirkung im Recht).[32] Für den Widerruf eines nichtigen Vertrags gilt nach Ansicht des BGH unter dogmatischem Gesichtspunkt nichts anderes als für dessen Anfechtung.[33]

22 *Albrecht*, NZV 2001, 247 (250); *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, Grundgesetz (Kommentar), Bd. 1, 3. Aufl. 2013, Art. 5 I, II Rn. 134.

23 *Sack/Fischinger*, in: Staudinger, BGB (Kommentar), Neubearbeitung 2011, § 138 Rn. 669.

24 BGH, NJW 2005, 1490 (1491).

25 EuGH, 03.09.2009, Rs. C-489/07 – *Messner*, mit Anmerkung *Schinkels*, Kein genereller Wertersatz für gezogene Nutzungen nach fristgemäßem Widerruf beim Warenfernabsatz, LMK 2009, 291092.

26 EuGH, 03.09.2009, Rs. C-489/07 – *Messner*, NJW 2009, 3015 (3015 f.).

27 *Schinkels*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 25.11.2009 – VIII ZR 318/08, LMK 2010, 298105.

28 *Krenberger*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 25.11.2009 – VIII ZR 318/08, jurisPR-VerkR 6/2010 Anm. 4.

29 BGH, NZV 2010, 140 (141).

30 BGH, NZV 2010, 140 (141).

31 *Klinck* (Fn. 7), ZJS 2010, 246 (249).

32 *Ellenberger*, in: Palandt (Fn. 12), Überbl. v. § 104 Rn. 35.

33 BGH, NZV 2010, 140 (142).

Eine weitere Überlegung ist, dass der Verkäufer, der gegen eine Verbotsnorm oder die guten Sitten verstößt, nicht schutzwürdig ist und daher keine Vorteile gegenüber anderen Verkäufern erwarten kann. Daher soll auch diesem, wie jedem anderen Verkäufer, ein Widerspruchsrecht entgegengehalten werden können. Eine besondere Schutzbedürftigkeit des Verkäufers ergibt sich auch nicht aus dem Umstand der Kenntnis des Käufers von der Sittenwidrigkeit des Geschäftes. Der ansonsten redliche Verkäufer würde mit Blick auf § 817 S. 2 vielmehr schlechter gestellt als der sittenwidrig Handelnde, denn jeder redliche Verkäufer sieht sich bei einem Fernabsatzvertrag einem (wenn auch meist zeitlich begrenzten) Widerrufsrecht des Verbrauchers ausgesetzt (bei Licht besehen ist das freilich eher ein Argument gegen die Wertung des § 817 S. 2).

[Die Gegenansicht ist gut vertretbar; weitere Argumente/Kritikpunkte:

Der Verbraucher würde privilegiert, wenn die Nichtigkeit des Vertrags auf Umständen beruht, die er zu vertreten hat, und ihm dennoch die günstigen Regelungen der §§ 355 ff. zur Verfügung stehen.[34]

Die Anfechtbarkeit eines nichtigen Rechtsgeschäfts ist umstritten und daher nicht allgemein anerkannt. Eine Ansicht vertritt, dass die Anfechtung logisch ein wirksames Rechtsgeschäft erfordere; was bereits nichtig sei, könne nicht noch einmal durch Anfechtung vernichtet werden. Ferner schließe der stärkere Grad der Fehlerhaftigkeit der Nichtigkeit den schwächeren Grad der Fehlerhaftigkeit der Anfechtbarkeit aus.

Außerdem sind Widerruf und Anfechtung nicht zwingend vergleichbar, betrachtet man v.a. die Rechtsfolgen der beiden Institute, steht der Widerruf vielmehr dem Rücktritt nahe und dieser erfordert einen wirksamen Vertrag.[35]*]*

II. Widerrufserklärung, § 355 I

K hat den Widerruf in dem Begleitschreiben ausdrücklich erklärt. Mangels ordnungsgemäßer Belehrung i.S.d. § 355 I hat die Widerrufsfrist gem. § 355 III 1 nicht zu laufen begonnen mit der Folge eines unbegrenzten Widerrufsrechts, § 355 IV 3. Die Textform (§ 126b) ist gewahrt.

Eine nach § 312d II i.V.m. § 355 form- und fristgerechte Widerrufserklärung der V liegt vor.

Schlussendlich ist dem BGH wohl darin zuzustimmen, dass wegen des *beiderseitigen* Sittenverstoßes ein Ausschluss des Gestaltungsrechts des Widerrufs wegen unzulässiger Rechtsausübung (§ 242) nicht in Betracht kommt.[36]

III. Kein Ausschluss des Widerrufs durch § 817 S. 2 (analog)

§ 817 S. 2 schließt die Rückforderung für den Fall aus, dass Empfänger und Leistender durch die Annahme der Leistung gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstoßen haben. Umstritten ist, ob und ggf. in welchem Umfang § 817 S. 2 außerhalb des Bereicherungsrechts analog angewandt werden kann. In der Rechtsprechung herrscht seit langem die Auffassung vor, dass § 817 S. 2 sich als eng auszulegende Ausnahmebestimmung einer Ausdehnung auf Ansprüche außerhalb des Bereicherungsrechts entziehe.[37]

Im vorliegenden Fall wendet der BGH den § 817 S. 2 nicht analog an unter Verweis darauf, dass ein Ausnahmefall, in dem die mit dem Widerrufsrecht verbundene Privilegierung des Verbrauchers nicht gerechtfertigt wäre, hier nicht vorliege.[38] Wie oben erläutert, besteht das Widerrufsrecht bei richtlinienkonformer Auslegung unabhängig von Nichtigkeitsgründen und nur infolge von Verbraucherschutzgründen. Als rein verbraucherschützendes Instrument bestehe das Widerspruchsrecht somit unabhängig und kann nicht aufgrund einer Sittenwidrigkeit eingeschränkt werden.[39] Nach *Schinkels* ist dieses Ergebnis auch europarechtlich determiniert: Würde der EuGH die Ausgestaltung von besonderen Nichtigkeitsgründen in das freie Belieben der nationalen Rechtsordnungen stellen, könnten diese letztlich über die Schutzreichweite der Richtlinie disponieren.[40]

Wie bereits ausgeführt, wird hierdurch zudem vermieden, dass der ansonsten redliche Verkäufer mit Blick auf § 817 S. 2 schlechter gestellt wird als der sittenwidrig Handelnde, denn jeder redliche Verkäufer sieht sich bei einem Fernabsatzvertrag einem Widerrufsrecht des Verbrauchers ausgesetzt.

[A.A.: Der Ausschluss des § 817 S. 2 dient Allgemeininteressen[41] *und nicht dem Schutz des Käufers; demnach ist die Argumentationsbasis Verbraucherschutz fraglich, da nicht ersichtlich ist, warum die Allgemeininteressen hinter dem Verbraucherschutz zurückstehen.*[42]*]*

IV. Rechtsfolgen des Widerrufs, § 357 I 1, II, 346 I

Gemäß § 355 I 1 ist V an ihre auf den Abschluss des Vertrags gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden. Weiter finden gem. § 357 I 1 die Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt entsprechende Anwendung. Nach § 346 I sind die empfangenen Leistungen zurückzugewähren.

1. Kaufpreis

Demnach ist der Kaufpreis zurückzugewähren. V hat somit einen Anspruch auf Zahlung von 1.300 € gegen U.

2. Versandkosten

Fraglich ist, ob sich für V aus §§ 357, 346 auch ein Anspruch auf Erstattung der Versandkosten i.H.v. 6,90 € er-

34 *Thüsing*, in: Staudinger (Fn. 8), § 312d Rn. 14.

35 Vgl. *Klinck* (Fn. 7), ZJS 2010, 246 (249).

36 BGH, NZV 2010, 140 (142).

37 *Schwab*, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 5, 6. Aufl. 2013, § 817 Rn. 14.

38 BGH, NZV 2010, 140 (142).

39 Vgl. *Klinck* (Fn. 7), ZJS 2010, 246 (249).

40 *Schinkels* (Fn. 27), LMK 2010, 298105.

41 Gerechtigkeitsidee, Rechtschutzverweigerung, Generalprävention, vgl. *Schwab*, in: MüKo (Fn. 37), § 817 Rn. 9.

42 *Faust*, Entscheidungsanmerkung zu BGH, Urt. v. 25.11.2009 – VIII ZR 318/08, JuS 2010, 442 (444).

gibt. Ausdrücklich geregelt sind in § 357 II 2 die Kosten der Rücksendung bei Ausübung des Widerrufsrechtes. Diese sind – soweit keine vertragliche Regelung nach Satz 3 besteht – vom Unternehmer zu tragen. Eine explizite Regelung der Hinsendekosten besteht jedoch nicht.

a) Meinungsbild zur nationalen Rechtslage

Da die widerspruchsspezifischen Vorschriften keine Regelung über die Tragung der Hinsendekosten treffen, könnte sich Näheres aus der Verweisung auf die §§ 346 ff. ergeben. Nach § 346 I sind die empfangenen Leistungen zurückzugewähren. Fraglich ist demnach zunächst die Typisierung der Hinsendekosten.

Geht man von einer Nebenpflicht des Verkäufers zur Versendung aus, so spricht der § 448 I, der die Kosten der Versendung der Sache nach einem anderen Ort als dem Erfüllungsort dem Verkäufer auferlegt, für einen Rückgewähranspruch des Unternehmers.[43] Dies setzt grundsätzlich eine Schick- oder Holschuld voraus, da in diesen Fällen der Erfüllungsort beim Unternehmer liegt, die Ware jedoch regelmäßig an den Verbraucher gesandt wird.

Im Versandhandel wird jedoch zunehmend – zumindest sofern es sich um einen Verbrauchsgüterkauf handelt – eine Bringschuld angenommen.[44] Bei einer Bringschuld liegt der Erfüllungsort beim Verbraucher und die Transportleistung stellt somit keine eigenständige Leistung des Unternehmers dar. Diese „bloße Vorbereitungshandlung des Verkäufers" kann dann als Gesichtspunkt der abgewälzten Vertragskosten des Verkäufers eingeordnet werden; dann ist ein Rückzahlungsanspruch des Käufers bezüglich der Hinsendekosten uneingeschränkt gegeben. [45] So oder so wird also überwiegend angenommen, dass die Hinsendekosten als Transportkosten zu den Vertragskosten zählen[46], welche regelmäßig nur im Rahmen von Aufwendungs- oder Schadensersatzansprüchen geltend gemacht werden können,[47] nicht jedoch innerhalb der Rückgewährpflicht des § 346 I.

Eine andere Ansicht subsumiert die Hinsendekosten demgegenüber unter empfangene Leistungen i.S.d. § 346.[48] Mit Vertragskosten seien Kosten gemeint, die beim Käufer im Verhältnis zu Dritten (z.B. einem Transportunternehmen) anfallen, nicht dagegen die Vergütung für Nebenleistungen des Verkäufers wie den Versand.[49] Aus Sicht des Verbrauchers handelt es sich auch bei den bezahlten Versandkosten um eine Leistung an den Unternehmer, welche er diesem in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Erwerb der Ware zugewandt hat.[50] Der Verbraucher erhält seinerseits als Leistung des Unternehmers die Übersendung. Da die Rückgabe aber nach der Natur der Transportleistung unmöglich ist, wäre nach dieser Ansicht gem. § 346 II Nr. 1 Wertersatz zu leisten, so dass sich im Ergebnis keine durchsetzbare (§ 348) Rückzahlungspflicht des Händlers ergibt.[51]

b) Richtlinienvorgaben

Welcher dieser Betrachtungen der Vorzug zu geben ist, hängt davon ab, welche Rechtsfolgen richtlinienkonform sind, da das deutsche Recht richtlinienkonform auszulegen ist.[52]

aa) Erstattungsanspruch des Verbrauchers

Art. 6 I 1 der Richtlinie besagt, dass der Verbraucher jeden Vertragsabschluss im Fernabsatz ohne Strafzahlung widerrufen kann. In Satz 2 wird ferner festgelegt, dass die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren sind. Weiter kann Art. 6 II FARL herangezogen werden, der lautet: „Übt der Verbraucher das Recht auf Widerruf gemäß diesem Artikel aus, so hat der Lieferer die vom Verbraucher geleisteten Zahlungen kostenlos zu erstatten. Die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, sind die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren." Zum Teil ist unter Hinweis auf den klaren Wortlaut des Art. 6 I FARL vertreten worden, dass für eine Belastung des Verbrauchers mit den Kosten der Hinsendung kein Raum mehr bestünde.[53] Die Versandkosten müssten nach dem Wortlaut der Richtlinie zum einen als geleistete Zahlungen zu erstatten sein. Weiterhin dürfe – da dem Verbraucher einzig die Rücksendekosten auferlegt werden können – im Umkehrschluss der Verbraucher nicht mit den Hinsendekosten belastet werden.

Inzwischen hat der EuGH entschieden, dass unter den in Art. 6 II 1 FARL genannten „geleisteten Zahlungen" auch alle Zahlungen des Käufers im Zusammenhang mit dem Vertrag zu verstehen seien, was zudem durch den Ausdruck „die einzigen Kosten" in Art. 6 II 2 FARL unterstrichen werde, da diese Formulierung klarstelle, dass

43 BGH, NJW 2009, 66 (67).

44 *Krüger*, in: MüKo (Fn. 3), § 269 Rn. 20; *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 12), § 269 Rn. 12.

45 *Gsell*, Anm. zu EuGH, 15.04.2010, Rs. C-511/08 – *Heine*, ZJS 2010, 438 (440).

46 *Gaier*, in: MüKo (Fn. 3), § 346 Rn. 19; *Jansen/Latta*, Schwerpunktbereichsklausur – Europäisches Vertragsrecht: Der Kickertisch „München 74", JuS 2007, 550 (552).

47 Vor Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes waren sie gemäß § 467 S. 2 a.F. im Falle der Wandelung vom Verkäufer zu ersetzen. Diese Vorschrift wurde allerdings nicht in das neue Recht übernommen, so dass eine Erstattung nunmehr nur noch im Rahmen eines Schadens- oder Aufwendungsersatzanspruchs erfolgen kann (*Gaier*, in: MüKo (Fn. 3), § 346 Rn. 19).

48 *Wenn*, Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Urt. v. 05.09.2007 – 15 U 226/06, jurisPR-ITR 13/2007 Anm. 4; *Kazemi*, Anmerkung zu LG Karlsruhe, Urt. v. 19.12.2005 – 10 O 794/05, MMR 2006, 246 (246).

49 *Faust*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 06.08.2008 – XII ZR 67/06, JuS 2009, 178 (180).

50 *Kazemi* (Fn. 48), MMR 2006, 246 (246).

51 *Becker/Föhlisch*, Von Quelle bis eBay: Reformaufarbeitung im Versandhandelsrecht, NJW 2005, 3377 (3380).

52 *Honsell*, in: Staudinger, BGB (Kommentar), Neubearbeitung 2013, Einl. zum BGB Rn. 198.; *Thüsing*, in: Staudinger (Fn. 8), Vorbem. zu §§ 312b-i, Rn. 43.

53 *Brönneke*, Abwicklungsprobleme beim Widerruf von Fernabsatzgeschäften, MMR 2004, 127 (130).

die Kosten der Rücksendung die einzige Ausnahme zur Kostenfreiheit des Widerrufs darstellen sollen.[54]

Weiter wird auch unter Bezug auf den Erwägungsgrund 14 der Richtlinie („Damit es sich um mehr als ein bloß formales Recht handelt, müssen die Kosten, die, wenn überhaupt, vom Verbraucher im Fall der Ausübung des Widerrufsrechts getragen werden, auf die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren begrenzt werden.") eine Tragung der Hinsendekosten durch den Verbraucher ausgeschlossen.[55] Insbesondere das von Art. 6 FARL verfolgte Ziel, den Verbraucher nicht von der Ausübung des Widerrufsrechts abzuhalten, sei durch die Auferlegung der Hinsendekosten gefährdet.[56]

Der Schutzzweck der Richtlinie (vgl. Erwägungsgrund 14) richtet sich auch nach dem Umstand, dass der Verbraucher im Fernabsatzgeschäft die Ware vor dem Vertragsschluss nicht beurteilen kann.[57] Sinn und Zweck der Richtlinie ist weiterhin, dass der Verbraucher „ohne Angabe von Gründen und ohne Strafzahlung" widerrufen kann (Art. 6 I 1 FARL), die Tragung der Hinsendekosten ist teils als eine Strafzahlung gewertet worden.[58] Hiergegen spricht freilich, dass diesen ein tatsächlicher Aufwand des Unternehmers gegenübersteht.

Weiterhin könnte der endgültige Verlust der Zusendungskosten den Widerruf für den Verbraucher unattraktiv erscheinen lassen und so das Widerrufsrecht für den Bereich geringwertiger Güter aushöhlen.[59]

bb) Gegenansicht

Gegenteilig wird vertreten, dass Art. 6 II 1 der Richtlinie die Kaufpreiszahlung betreffe, während Satz 2 die Kosten des Widerrufs regele. Hinsendekosten können daher nur von den Kosten gemäß Satz 2 der Richtlinie erfasst werden oder sind durch die Richtlinie nicht geregelt und dem nationalen Recht unterstellt.

Die Formulierungen[60] der Art. 6 I 2, II 2 FARL „infolge der Ausübung des Widerrufsrechts" könnten zudem dahingehend verstanden werden, dass erst die durch den Widerruf verursachten Kosten erfasst sind, nicht jedoch Kosten, die unabhängig von und vor dem Widerruf entstehen. Die Kosten der Hinsendung entstehen dabei gerade nicht infolge der Ausübung des Widerrufsrechts[61], sondern in jedem Fall.

Weiterhin wird eingewandt, der Art. 6 II 1 der Richtlinie („der Lieferer hat die vom Verbraucher geleisteten Zahlungen kostenlos zu erstatten") beträfe dem Wortlaut nach Ansprüche des Verbrauchers gegenüber dem Unternehmer, bezüglich der Hinsendekosten handele es sich aber um Gegenansprüche des Unternehmers.[62] Die Fernabsatzrichtlinie schließe insoweit lediglich einen Anspruch auf Strafzahlungen und auf Erstattung der dem Unternehmer durch die Rückerstattung bereits erhaltener Zahlungen entstehenden Kosten aus.[63] Soweit es sich aber nach der unter IV. 2. a) vertretenen Ansicht um einen Anspruch auf Wertersatz für nicht mehr herausgebbare Transportleistung handelt, sei dieser durch die Fernabsatzrichtlinie ebenso wenig ausgeschlossen wie andere Gegenansprüche des Unternehmers, bspw. auf Schadensersatz.

Es stehe weiter in Frage, ob der Schutzzweck, der im Erwägungsgrund 14 der Fernabsatzrichtlinie zum Ausdruck kommt, auch die Erstattung der Kosten der Zusendung gebietet, weil der Verbraucher bei einem Erwerb im stationären Handel die für das Aufsuchen der Geschäftsräume anfallenden Kosten ebenfalls zu tragen hätte und darüber hinaus die für das Erreichen des Geschäftslokals erforderliche Zeit aufwenden müsste.[64]

cc) Streitentscheid

Die Richtlinie gestattet nach ihrem Wortlaut nur, dem Verbraucher im Fall des Widerrufs die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren aufzuerlegen.[65]

In Art. 4 der Richtlinie wird zwischen dem Preis der Ware und den Lieferkosten unterschieden. Im Hinblick auf die Rechtsfolgen des Widerrufs trifft die Richtlinie dagegen keine derartige Unterscheidung.[66]

Die Formulierung „infolge der Ausübung des Widerrufsrechts" findet sich nicht in allen Sprachfassungen der Richtlinie wieder[67] und kann folglich nicht isoliert herangezogen werden, sondern nur unter Berücksichtigung des Richtlinienzweckes.[68]

Im 14. Erwägungsgrund der Richtlinie werden Kosten genannt, die vom Verbraucher „im Fall der Ausübung des Widerrufsrechts" zu tragen sind, daher bezieht sich die

54 Vgl. EuGH, 15.04.2010, Rs. C-511/08 – *Heine*, EuZW 2010, 432 (432 ff.).

55 *Würdinger/Ringshandl*, Anmerkung zu OLG Karlsruhe, Urt. v. 05.09.2007 – 15 U 226/06, MMR 2008, 47 (50).

56 EuGH, 15.04.2010, Rs. C-511/08 – *Heine*, EuZW 2010, 432 (434).

57 OLG Karlsruhe, MMR 2008, 46 (48).

58 OLG Karlsruhe, MMR 2008, 46 (48).

59 OLG Karlsruhe, MMR 2008, 46 (50).

60 Dagegen spricht Erwägungsgrund 14 nur von „Kosten, die [...] vom Verbraucher im Fall der Ausübung des Widerrufsrechts getragen werden". Hierzu weitergehend *Hilbig*, Erstattungsfähigkeit von Hinsendekosten bei Widerruf eines Fernabsatzgeschäfts, MMR 2009, 300 (302): „Der Widerspruch von „infolge" und „im Fall" schwächt die Aussagekraft des Worts „infolge". Zudem ist der Schluss vom Begriff „infolge" auf ein Kausalitätserfordernis nach allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts unzulässig. Jeder Sprachfassung einer Richtlinie kommt dasselbe Gewicht zu. Soweit sich die Formulierungen in unterschiedlichen Sprachen widersprechen, kann der Wortlaut nicht zur Auslegung herangezogen werden. Dies ist hier der Fall, da nicht alle Sprachfassungen eine Kausalitätsbeziehung implizieren. Die spanische Fassung etwa verzichtet darauf und verwendet einen einfachen Relativsatz („dem Verbraucher, der sein Widerrufsrecht ausübt, können lediglich ...")."

61 *Wenn* (Fn. 48), jurisPR-ITR 13/2007 Anm. 4.

62 *Wenn* (Fn. 48), jurisPR-ITR 13/2007 Anm. 4.

63 *Wenn* (Fn. 48), jurisPR-ITR 13/2007 Anm. 4.

64 BGH, NJW 2009, 66 (68).

65 EuGH, 15.04.2010, Rs. C-511/08 – *Heine*, EuZW 2010, 432 (433).

66 EuGH, 15.04.2010, Rs. C-511/08 – *Heine*, EuZW 2010, 432 (433).

67 Die italienische und die spanische Fassung beziehen sich nur auf den das Widerrufsrecht ausübenden Verbraucher (EuGH, 15.04.2010, Rs. C-511/08 – *Heine*, EuZW 2010, 432 [434]).

68 EuGH, 15.04.2010, Rs. C-511/08 – *Heine*, EuZW 2010, 432 (434).

Richtlinie auf sämtliche im Rahmen des Vertrags angefallenen Kosten und nicht nur auf die durch den Widerruf verursachten Folgekosten.[69]

Das Verbot, dem Verbraucher im Fall seines Widerrufs die durch den Vertrag entstandenen Hinsendekosten aufzuerlegen, gewährleistet, dass das in der Richtlinie festgelegte Widerrufsrecht „mehr als ein bloß formales Recht" ist und der Verbraucher nicht von der Ausübung seines Widerrufsrechts abgehalten wird.[70]

dd) Ergebnis

Demnach sind die nationalen Vorschriften – soweit möglich – richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass sich ein Anspruch auf Erstattung der Hinsendekosten durch den Unternehmer an den Verbraucher ergibt.

c) Durchführung der richtlinienkonformen Auslegung

Entsprechend hat auch der BGH[71] inzwischen geurteilt, dass ein Anspruch auf Erstattung der Hinsendekosten durch den Unternehmer an den Verbraucher aus richtlinienkonformer Auslegung der §§ 346 I, 357 I 1, II, 355 I, 312d I 1, 433 folge, dabei aber jede nähere Subsumtion und damit eine dogmatische Einordnung der Versandkosten verweigert. Von den Bearbeitern ist demgegenüber zumindest eine kurze Subsumtion zu verlangen.

Hinsichtlich der richtlinienkonformen Auslegung ergeben sich dabei die Möglichkeiten, die bereits im Rahmen der nationalen Rechtslage besprochen wurden. Insbesondere kann beim Versandhandel grundsätzlich von einer Schickschuld ausgegangen und der Unternehmer folglich als mit den Hinsendekosten belastet angesehen werden. Im Ergebnis scheint es ohnehin geboten, den vereinbarten Gesamtbetrag ohne Rücksicht auf die Frage, ob nun Versandkosten als solche ausgewiesen oder in den Kaufpreis einkalkuliert werden, als vereinbarte Gegenleistung für die Verschaffung der Kaufsache selbst zu begreifen und eine Rückabwicklung der Hinsendekosten von § 346 I erfasst zu sehen.[72]

In diesem Fall ist die Transportleistung als reine Vorbereitungshandlung zur Erfüllung der eigentlichen Leistung auszulegen, so dass für diese (als abgewälzter Vertragskostengesichtspunkt des Verkäufers) nicht gem. § 346 II Nr. 1 Wertersatz geleistet werden muss, ein solcher Anspruch also auch einem Anspruch auf Rückgewähr der Hinsendekosten nicht gegenübersteht.[73]

[Hiergegen wird allerdings teils eingewandt, die Zahlung für Versandkosten einerseits als Leistung des Verbrauchers zu werten, den Versand an sich aber nicht als rückzugewährende Leistung, erscheine inkonsequent. Hiermit einher geht eine Skepsis hinsichtlich der Möglichkeit, das deutsche Recht überhaupt richtlinienkonform auszulegen oder fortzubilden.[74]]

d) Zwischenergebnis

V hat gegen U einen Anspruch auf 1.306,90 € (Kaufpreis plus Versandkosten) aus §§ 346 I, 357 I 1, II, 355 I, 312d I 1, 433.

III. Durchsetzbarkeit des Anspruchs

Der Durchsetzbarkeit des Anspruchs der V könnte die Einrede eines Zurückbehaltungsrechts gem. §§ 348, 320, 322 entgegenstehen. Dann müssten dem U seinerseits Ansprüche gegen V aus der Rückabwicklung des Vertrages zustehen (§§ 357, 346 ff.).

[Vertretbar wäre auch die Annahme, der Anspruch der V sei teilweise durch Aufrechnung des U gem. § 389 erloschen. Dabei reicht es für eine Aufrechnungserklärung aus, dass sich aus den Umständen der Aufrechnungswille deutlich entnehmen lässt.[75] In der Äußerung des U, die V habe das Gerät schließlich genutzt, könnte eine Aufrechnungserklärung (§ 388) des U mit einem Anspruch auf Wertersatz gegen die V gesehen werden.]

1. Herausgabe der Kaufsache

U hat gegen V einen Anspruch auf Herausgabe des Innenspiegels aus §§ 346 I, 357 I 1, 355 I, 312d I 1, 433.

2. Wertersatz für die Hinsendeleistung

Der Gesichtspunkt ist bereits mit Blick auf die Erstattungsfähigkeit der Hinsendekosten angesprochen worden: In der Literatur ist eine Einordnung der Hinsendung als Leistung vertreten worden, für die der Verbraucher nach § 346 II Nr. 1 Wertersatz schulde; dieses Ergebnis ist freilich nach der zwischenzeitlichen EuGH-Rechtsprechung richtlinienwidrig und insbesondere vom BGH implizit verworfen worden (siehe im Einzelnen oben).

3. Wertersatz für gezogene Nutzungen

Ein solcher Anspruch des U gegen die V könnte sich aus §§ 433, 312d I 1, 355, 357 I 1, 346 I Alt. 2, II Nr. 1 ergeben. Die von der Rückgewähr des § 346 I erfassten Leistungen beinhalten auch die Rückgewähr von Nutzungen, zu denen wiederum auch Gebrauchsvorteile (§ 100) zählen.[76] Die V hat den Innenspiegel von Januar bis Juli genutzt und den Vorteil des Gebrauchs hieraus gezogen. Da Gebrauchsvorteile als nichtgegenständliche Nutzungen nicht herausgegeben werden können, ist für diese Wertersatz zu leisten.[77]

Der U hat demnach gegen V einen Anspruch auf Wertersatz gem. § 346 II Nr. 1.

---

69 EuGH, 15.04.2010, Rs. C-511/08 – *Heine*, EuZW 2010, 432 (434).

70 EuGH, 15.04.2010, Rs. C-511/08 – *Heine*, EuZW 2010, 432 (434).

71 BGH, EuZW 2008, 768 (768 ff.).

72 In diesem Sinne *Wendehorst*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 01.10.2008 – VIII ZR 268/07, LMK 2009, 277236; *Schinkels*, Anmerkung zu EuGH, 15.04.2010, Rs. C-511/08 – *Heine*, LMK 2010, 303287.

73 *Jansen/Latta* (Fn. 46), JuS 2007, 550 (555).

74 Vgl. *Harnos*, Anmerkung zu EuGH, 15.04.2010, Rs. C-511/08 – *Heine*, EuZW 2010, 432 (436).

75 *Schlüter*, in: MüKo (Fn. 3), § 388 Rn. 1.

76 *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 12), § 346 Rn. 6.

77 *Kaiser*, in: Staudinger, BGB (Kommentar), Neubearbeitung 2012, § 346 Rn. 251.

a) Richtlinienvorgaben

Fraglich ist allerdings, ob dieses Ergebnis mit der Fernabsatzrichtlinie vereinbar ist.

aa) Teil der Lit.: Kein Wertersatz zulässig

Eine Ansicht sieht hierin einen Verstoß gegen die Fernabsatzrichtlinie. Argumentiert wird hier ebenfalls mit dem Wortlaut der Art. 6 I 2, II der Richtlinie, nach welchem die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge des Widerrufs auferlegt werden können, die unmittelbaren Kosten der Rücksendung sind. Weiterhin wird der Sinn und Zweck der Richtlinie angeführt, welcher sich im Wesentlichen aus dem 14. Erwägungsgrund ergibt. Wie oben bereits dargestellt, lässt sich hieraus ableiten, dass das Widerrufsrecht mehr als nur ein formales Recht sein soll und der Verbraucher vor den Gefahren geschützt werden soll, die sich daraus ergeben, dass er regelmäßig bei einem Fernabsatzgeschäft die Ware nicht vor Vertragsschluss prüfen kann.

Eine Belastung mit den Kosten eines Wertersatzes könnte durchaus geeignet sein, den Verbraucher von der Ausübung seines Widerrufrechts abzuhalten und somit dessen Wirksamkeit zu schmälern. Weiterhin würde eine Wertersatzpflicht dem Recht des Verbrauchers, welches sich aus dem Sinn und Zweck des Widerrufsrechts ergibt, zuwiderlaufen, die Ware über einen gewissen Zeitraum auszuprobieren und zu testen. Denn der Wertersatz wäre im Falle des Widerrufes genau hierfür zu leisten.

bb) Gegenansicht: Wertersatz (bedingt) zulässig

Die Gegenansicht will den Wertersatz nicht unter den Begriff der Kosten i.S.d. Richtlinie fallen lassen. Kosten seien nur solche, die der Durchführung des Widerrufs dienen, wenn der Verbraucher die Sache nicht nur prüft, sondern nutzt, ist er dahingehend bereichert und hat diesen Gebrauchsvorteil herauszugeben. Auch der Sinn und Zweck der Richtlinie würde dem nicht entgegenstehen, da der Belastung durch den Wertersatz die gezogenen Nutzungen gegenüberstehen, und es daher nicht zu einer Werteinbuße beim Verbraucher komme.[78]

Der EuGH sieht nur dann einen Verstoß gegen die Richtlinie, wenn Wertersatz „generell" zu leisten ist: Die Richtlinie solle den Verbraucher vor Kosten schützen, die zur zweckdienlichen Ausübung seines Widerrufsrechts erforderlich sind. Die Wirksamkeit und die Effektivität des Rechts auf Widerruf seien jedoch nur beeinträchtigt, wenn der Verkäufer vom Verbraucher für die Nutzung der Ware „generell" Wertersatz verlangen könne. Diese Bestimmungen stünden jedoch nicht einer Verpflichtung des Verbrauchers entgegen, für die Benutzung der Ware Wertersatz zu leisten, wenn er diese auf eine mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts, wie denen von Treu und Glauben oder der ungerechtfertigten Bereicherung, unvereinbare Art und Weise benutzt hat, sofern die Zielsetzung dieser Richtlinie und insbesondere die Wirksamkeit und die Effektivität des Rechts auf Widerruf nicht beeinträchtigt werden. Das sei z.B. dann der Fall, wenn die Höhe eines Wertersatzes außer Verhältnis zum Kaufpreis der Ware stünde oder wenn die nationale Regelung dem Verbraucher die Beweislast dafür auferlegte, dass er die Ware während der Widerrufsfrist nicht in einer Weise benutzt hat, die über das hinausgeht, was zur zweckdienlichen Ausübung seines Widerrufsrechts erforderlich ist.[79]

cc) Streitentscheid

Es ist mit dem EuGH anzunehmen, dass eine generelle Pflicht zum Wertersatz nicht mit der Richtlinie vereinbar, eine solche Pflicht jedoch dann möglich ist, sofern der Wertersatz für Nutzungen geleistet werden soll, die nicht mehr den besonderen Gegebenheiten des Fernabsatzsystems geschuldet sind bzw. sich als missbräuchlich darstellen. Der bezweckte Schutz der FARL kann aber nur gewährleistet werden, wenn der Verbraucher während der Dauer der Widerrufsfrist jederzeit frei von Kostenbelastungen für die Prüfung der Ware sein Widerrufsrecht ausüben kann.

b) Richtlinie einschlägig?

Fraglich erscheint für den vorliegenden Fall allerdings, ob der Anwendungsbereich der Richtlinie überhaupt tangiert ist. Das ewige Widerrufsrecht gem. § 355 III 3 ist nur eine überschießende deutsche Umsetzung, während die Fernabsatzrichtlinie lediglich vorgibt, dass das Widerrufsrecht bei fehlender Belehrung maximal drei Monate und sieben Tage ab Eingang der Ware beim Verbraucher bestehen muss.[80] Sobald die von der Richtlinie maximal verlangte Mindestfrist für die Ausübung des Widerrufsrechts verstrichen ist, kann ein entsprechender Anspruch des Unternehmers die „Wirksamkeit und die Effektivität" des Rechts auf im Sinne der Richtlinie fristgemäßen Widerruf denklogisch nicht mehr beeinträchtigen.[81] Die Verknüpfung des Widerrufsrechts mit der Verpflichtung zum Nutzungsersatz kann demnach wohl nur für die *Ausübung des Widerrufsrechts innerhalb der ersten drei Monate und sieben Tage ab dem 05.01.2010* unmittelbar einer richtlinienkonformen Auslegung unterworfen sein, nicht jedoch für den darauffolgenden Zeitraum.

c) Ggfs.: Richtlinienkonforme Auslegung bei überschießender Umsetzung

Von Teilen der Literatur wird allerdings richtlinienkonforme Auslegung des sog. überschießenden Umsetzungsrechts befürwortet[82]. So wird eine zeitliche Begrenzung der Maßgeblichkeit der EuGH-Vorgaben aufgrund eines der BGH-Rechtsprechung entnommenen „Gebots der Vermeidung von gespaltener Auslegung des nationa-

78 *Brönneke* (Fn. 53), MMR 2004, 127 (132).

79 EuGH, 03.09.2009, Rs. C-489/07 – *Messner*, NJW 2009, 3015 (3016).

80 *Schinkels* (Fn. 25), LMK 2009, 291092.

81 *Schinkels* (Fn. 25), LMK 2009, 291092.

82 Vgl. *Bauerschmidt/Harnos*, Europarechtliche Betrachtung des nach deutschem Recht bei Rückabwicklung von Fernabsatzverträgen zu leistenden Nutzungsersatzes, ZGS 2010, 202 (202 ff.); *Özfirat-Skubinn*, Der Fall Pia Messner – Ein Entscheidungsvorschlag – Zur Vereinbarkeit der deutschen Widerrufsfolgenregelung in § 357 BGB mit der Fernabsatzrichtlinie, NJOZ 2010, 2006 (2009).

len Rechts" abgelehnt.[83] Die Feststellung ist freilich in ihrer Pauschalität fragwürdig, bezog sich das zitierte BGH-Judikat doch auf den sachlichen Anwendungsbereich der Haustürrichtlinie, während es vorliegend um die Frage nach den Rechtsfolgen der Ausübung eines Gestaltungsrechts in Abhängigkeit von der Zeit geht. Nach einer anderen Sicht[84] soll ein Unternehmer bei bewusstem Unterlassen der Widerrufsbelehrung vom Verbraucher, der in Unkenntnis des Widerrufsrechts die Ware nutzt, selbst für den den Umfang einer angemessenen Prüfung übersteigenden Gebrauch im Rahmen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung des überschießenden Umsetzungsrechts (ewiges Widerrufsrecht) keinerlei Wertersatz verlangen können – das scheint aber gerade auf die vom EuGH gemeinte „ungerechtfertigte Bereicherung" hinauszulaufen, für welche die Richtlinie nach dessen Lesart gerade nicht mehr in Stellung gebracht werden kann.

Soweit also Bearbeiter für eine richtlinienkonforme Auslegung/Fortbildung auch des überschießenden Umsetzungsrechts plädieren, erscheint es näherliegend, sich dabei an der Position des EuGH zu orientieren, wonach eine Privilegierung des Verbrauchers hinsichtlich einer Nutzung insofern nicht mehr geboten ist, als die Nutzung über die Prüfung zum Zweck der Ausübung des Widerrufsrechts hinausgeht. Jedenfalls der mehrmonatige Gebrauch bewegt sich nicht mehr im Rahmen des nach der Richtlinie zugestandenen Prüfungsrechts und ein Anspruch auf Wertersatz wäre gegeben. Auch der Referentenentwurf des BMJ vom 23.03.2010 sieht vor, dass der Verbraucher nur dann Wertersatz für Nutzungen leisten muss, wenn er die Ware in einer Art und Weise genutzt hat, die über die Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsfähigkeit der Ware hinausgeht.[85] Für eine solche Prüfung ist die mehrmonatige Nutzung des Innenspiegels nicht notwendig. Denkbar bleibt aber insbesondere einen *Kürzung des Wertersatzanspruchs um den Betrag für die Nutzung über einen angemessenen Prüfungszeitraum* (wohl jedenfalls nicht mehr als eine Woche – dieser Zeitraum entspricht der von der Richtlinie geforderten Regelwiderrufsfrist).

d) Zur Bemessung des Wertersatzes

Soweit Bearbeiter zu einem Wertersatzanspruch kommen, kann die Höhe des Wertersatzes für die Nutzungen grundsätzlich geschätzt werden. Nach bisherigen deutschen Gepflogenheiten kann der Wertersatzanspruch bei dauerhaften Gütern dadurch bestimmt werden, dass die tatsächliche Nutzungszeit mit der voraussichtlichen Gesamtnutzungszeit ins Verhältnis gesetzt wird.[86] Eine Anwendung des § 346 II 2 Hs. 1, der die Gegenleistung zu Grunde legt, ist wohl als richtlinienwidrig anzusehen, da dies gegebenenfalls zu Lasten des Verbrauchers geht.[87] Die weiteren Vorgaben des EuGH (Wertersatz darf der Höhe nach nicht außer Verhältnis zum Kaufpreis der Ware stehen) sind sehr unscharf. Zum Teil wird die Bemessung nach der zeitanteiligen linearen Wertminderung als richtlinienwidrig abgelehnt und der Wortlaut des § 346 I, II i.V.m. § 357 I 1 („gezogene Nutzungen") dahingehend ausgelegt, dass nur die – nachzuweisende – tatsächliche Benutzung zum Ersatz verpflichtet.[88]

Wer daher hier eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung (teleologische Reduktion) im überschießenden Bereich annehmen will, muss sich zunächst mit deren Voraussetzungen auseinandersetzen und sodann ggf. den Ersatzbetrag kürzen (etwa für den als Prüfung privilegierten Zeitraum). Der BGH erkennt grundsätzlich eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung an, soweit eine „verdeckte Regelungslücke" besteht.[89] Verbreitet wird für eine solche als hinreichend erachtet, dass ein (fehlgeleiteter) allgemeiner Wille des Gesetzgebers angenommen werden kann, die Richtlinie korrekt umzusetzen[90] Die Ausführungen des BGH deuten demgegenüber (ohne letzte Eindeutigkeit) die Erforderlichkeit einer spezifischen gesetzgeberischen (Fehl-)Vorstellung von der Richtlinienkonformität der konkret richtlinienwidrigen Normvorgabe an.[91] Wer demgegenüber einen (fehlgeleiteten) allgemeinen Umsetzungswillen für ausreichend erachtet, kann den Anwendungsbereich der §§ 357 I, 346 I dementsprechend teleologisch reduzieren.

4. Wertersatz wegen Verschlechterung

U könnte ferner einen Anspruch auf Wertersatz wegen Verschlechterung der Ware gem. § 346 II Nr. 3 haben. Dadurch, dass V den Spiegel über Monate hinweg genutzt hat, dürfte ein Wertverlust eingetreten sein. Gemäß § 357 III 1 ist jedoch beim Widerruf Wertersatz für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung nur zu leisten, wenn der Verbraucher spätestens bei Vertragsschluss in Textform auf diese Rechtsfolge und eine Möglichkeit ihrer Vermeidung hingewiesen worden ist. Ein solcher Hinweis ist dem Sachverhalt nicht zu entnehmen. Ein Anspruch besteht daher nicht.

IV. Ergebnis

V hat gegen U einen Anspruch auf Zahlung von 1.306,90 € aus §§ 346 I, 357 I 1, II, 355 I, 312d I 1, 433, welcher nur Zug um Zug (§ 348) gegen Herausgabe des Innenspiegels sowie (im Umfang je nach Lösung) Wertersatz für gezogene Nutzungen durchsetzbar ist.

83 *Bauerschmidt/Harnos* (Fn. 82), ZGS 2010, 202 (202).

84 *Özfirat-Skubinn* (Fn. 82), NJOZ 2010, 2006 (2017).

85 *Schröder*, Gesetz … zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht – Rückblick und Ausblick, NJW 2010, 1933 (1937).

86 Dies sieht auch der Referentenentwurf des BMJ vom 23.03.2010 vor (S. 16).

87 *Özfirat-Skubinn* (Fn. 82), NJOZ 2010, 2006 (2010).

88 *Faust*, Besprechung von EuGH, 03.09.2009, Rs. C-489/07 – *Messner*, JuS 2009, 1049 (1053).

89 BGH, NJW 2009, 427 (429).

90 Vgl. zum Meinungsstand *Bauerschmidt/Harnos* (Fn. 82), ZGS 2010, 202 (202).

91 BGH, NJW 2009, 427 (429); ebenso auch *Lorenz*, Anmerkung zu BGH, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/05, LMK 2009, 273611.

C. Anspruch aus § 812 I 1 Alt. 1

Ob die verbreitete Lesart, wonach das infolge der Umwandlung des Vertrags durch wirksamen Widerruf oder Rücktritt entstehende Rückgewährschuldverhältnis gem. §§ 346 ff. einen Rechtsgrund im Sinne des § 812 bildet, auch bei Widerruf nichtiger Verträge verfängt, ist zweifelhaft. Richtig ist aber insoweit wohl zumindest die Annahme einer Spezialität der §§ 346 I, 357 I 1, II, 355 I, 312d I 1 gegenüber einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung, sobald das Widerrufsrecht ausgeübt wird. Wer dies anders sehen wollte, müsste sich schlussendlich mit § 817 S. 2 auseinandersetzen, den der BGH[92] jedenfalls auf Käufe von Radarwarngeräten jenseits des Fernabsatzes ohne Einschränkung anwendet.

92 BGH, NJW 2005, 1490 (1490).