

PETER MANKOWSKI

Beseitigungsrechte

Jus Privatum

81

Mohr Siebeck

JUS PRIVATUM

Beiträge zum Privatrecht

Band 81



Peter Mankowski

Beseitigungsrechte

Anfechtung,
Widerruf und verwandte Institute

Mohr Siebeck

Peter Mankowski, geboren 1966; Studium und Rechtsreferendariat in Hamburg; 1994 Promotion; 1994-2000 Wissenschaftlicher Assistent an der Universität Osnabrück; 2000 Habilitation; seit 2001 Professor für Bürgerliches Recht, Rechtsvergleichung und Internationales Privat- und Prozeßrecht an der Universität Hamburg

Als Habilitationsschrift auf Empfehlung des Fachbereichs Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück gedruckt mit Unterstützung der Deutschen Forschungsgemeinschaft.

978-3-16-157934-9 Unveränderte eBook-Ausgabe 2019

ISBN 3-16-147794-4

ISSN 0940-9610 (Jus Privatum)

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

© 2003 J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) Tübingen.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechts ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Textservice Zink in Schwarzach aus der Times-Antiqua gesetzt, von Gulde-Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Buchbinderei Schaumann in Darmstadt gebunden.

Vorwort

Wer sich heute im Zivilrecht habilitieren will, schreibt gegen hundert Jahre Rechtsentwicklung unter dem BGB an. Fast alles scheint schon geschrieben. Eigentlich alle großen, grundlegenden Fragen scheinen schon besetzt. In besonderem Maße scheint dies für den Allgemeinen Teil des BGB zu gelten. Denn kein anderer Teil des BGB scheint dem Juristen so vertraut wie gerade der Allgemeine Teil. Ihn lernt man bereits im ersten Studiensemester kennen, und er begleitet als Grundlage durch das gesamte Erlernen des Zivilrechts. Diese Vertrautheit, der Glaube, alles im Allgemeinen Teil doch schon seit langem zu kennen, trügt aber. Der Rechtsgeschäftslehre, dem Kern des Allgemeinen Teils, stellt sich insbesondere mit dem Verbraucherschutzrecht eine neue Herausforderung. Die Bindung an das gegebene Wort ist über weite Strecken nicht mehr so unumstößlich, wie das BGB sie einst konzipiert hat. Die Lösungsinstrumente erscheinen vielgestaltig und tragen unterschiedliche Namen. Die Erkenntnis, daß sie trotzdem Teile eines einheitlichen Systems bilden, wurde und wird dadurch erschwert, daß sie häufig außerhalb der großen Kodifikation in Spezialgesetzen standen und stehen. Den Versuch, dieses System zu beschreiben und die Herausforderung an den Allgemeinen Teil anzunehmen, habe ich in der vorliegenden Arbeit unternommen. Dabei galt es auch, manche Wiederentdeckung zu machen. Denn vieles von dem, was insbesondere im ersten Drittel des 20. Jahrhunderts gedacht wurde, ist inzwischen in Vergessenheit geraten, obwohl es heute noch großen Nutzen für die Anwendung des geltenden Rechts bringen kann. Außerdem war manche scheinbare Sonderentwicklung in einzelnen Gebieten, vor allem im Arbeitsrecht, (wieder) einzubinden in das allgemeine Zivilrecht. Besonders reizvoll war es, gewichtige Teile der Erklärungslehre auf ihre Effizienz hin zu untersuchen. Kosten der Rechtsanwendung und Transaktionskosten insgesamt möglichst gering zu halten sollte ein Ziel des gesamten Rechts und damit auch des Rechts der Willenserklärungen sein. Transaktionskosten- und Anreizperspektive sind mir durchgängiger Maßstab gewesen.

Der Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Osnabrück hat die ursprüngliche Fassung der vorliegenden Arbeit im Wintersemester 1999/2000 als Habilitationsschrift angenommen. Betreut hat sie mein verehrter Lehrer Prof. Dr. *Christian v. Bar*. Ihm danke ich für sehr viel: für die Chance zur Habilitation, für die große wissenschaftliche und persönliche Freiheit, die er mir gelassen hat, für seine nie nachlassende Unterstützung und für die Schnelligkeit der Begutachtung. Ich werde mich immer ausgesprochen gern an meine Jahre im Institut für Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung der Universität Osnabrück erinnern. Das Zweitgutachten hat Prof. Dr. *Karl-Heinz Gursky* erstellt. Ihm habe ich ebenfalls für seine beeindruckende Schnelligkeit, weit mehr aber noch für seine wertvollen Anregungen zu danken. Er war ein Zweitgutachter, wie man ihn sich nur wünschen kann. Der Mühe des in Osnabrück obligatorischen dritten Gutachtens zu Person und Werk hat sich dankenswerterweise Prof. Dr. *Rainer Hüttemann* unterzogen. Schließlich gilt mein Dank Prof. Dr. *Ulrich Foerste*, der als Dekan alles ihm Mögliche für ein überragend schnelles Habilitationsverfahren getan hat.

Den Anstoß zu der vorliegenden Arbeit verdanke ich meinem damaligen Kollegen Dr. *Philipp v. Randow*. Das ständige bereichernde Gespräch mit ihm, der die Kombination von

Jura und Ökonomie beherrscht wie kaum jemand sonst in Deutschland, hat mich dazu bewogen, altehrwürdigen Regeln des Allgemeinen Teils unter anderem mit dem Gedanken gut der Ökonomischen Analyse nahezutreten. Vor allem dafür, mir diese Welt erschlossen zu haben, darf ich mich bei ihm ganz herzlich bedanken, außerdem dafür, daß ich manche Idee, manchen Ansatz im freundschaftlichen Gespräch überprüfen und klären durfte. Meinen Eltern und meinen Freunden danke ich für ihr großes Verständnis und für vielfältige Aufmunterungen, derer man auf der Langstrecke einer Habilitation oft genug bedarf.

Die Arbeit befindet sich auf dem Stand vom 1.3.2003. Insbesondere berücksichtigt sie die wesentlichen Änderungen des Verbraucherschutzrechts durch das Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro vom 27.6.2000 (BGBl. 2000 I 897), durch die Schuldrechtsreform und durch die Heininger-Novelle (Art. 25 des OLG-Vertretungsänderungsgesetzes, BGBl. 2002 I 2850). Die Notwendigkeit, diese drei Gesetze einzuarbeiten, hat ein früheres Erscheinen der Arbeit leider verhindert und erhebliche Änderungen des ursprünglichen Textes mit sich gebracht. Für ihre unersetzliche Unterstützung bei der Schlußredaktion danke ich herzlich Frau *Inga Burmeister*.

Der Deutschen Forschungsgemeinschaft gebührt großer Dank für ihre Geduld und einen außerordentlich großzügigen Druckkostenzuschuß.

Hamburg, 15.6.2003

Peter Mankowski

Inhaltsübersicht

Teil I: Einleitung	1
§ 1 Problemstellung und Gang der Bearbeitung	1
§ 2 Erklärungsstatbestand oder Erklärungswirkungen als Ansatzpunkt und Gegenstand der Beseitigung?	8
§ 3 Beseitigung von Erklärungswirkungen und Auflösung von Verträgen	15
Teil II: Typen der Beseitigung von Erklärungswirkungen	25
§ 4 Anfechtung	25
§ 5 Widerruf nach Verbraucherschutzgesetzen	33
§ 6 Widerruf einseitiger Erklärung	68
§ 7 Vereinbartes Recht zur Auflösung eines Rechtsgeschäfts	78
§ 8 Überholende Widerrufsrechte	88
§ 9 Widerrufsrechte zur Beendigung eines Schwebezustands (Pendenzwiderrufsrechte)	113
§ 10 Sonstige Widerrufsrechte	156
§ 11 Einverständliche Aufhebung von Verträgen	176
§ 12 Anspruch auf Vertragsaufhebung als Schadensersatzanspruch	183
§ 13 Kondiktion der Erklärung?	214
Zusammenfassung zu Teil II	218
Teil III: Materielle Voraussetzungen der Beseitigungsberechtigung	222
§ 14 Strukturelle Unterlegenheit des Erklärenden	222
§ 15 Konkrete Unfreiheit im Willen durch Täuschung	303
§ 16 Aufhebung der freien Willensentscheidung durch Drohung	349
§ 17 Diskrepanz zwischen Erklärtem und vom Erklärenden Gewolltem	379
§ 18 Unsicherheitszustand, insbesondere aus der Sphäre der Gegenpartei	416
§ 19 Freie Willensentscheidung	417
Zusammenfassung zu Teil III	421
Teil IV: Struktur der Beseitigung von Erklärungswirkungen	426
§ 20 Zweiaktigkeit von Erklärung und Beseitigung	426
§ 21 Abwägung zwischen Interessen des Erklärenden und Bindungsinteressen des Erklärungsadressaten sowie des Rechtsverkehrs	435
§ 22 Besonderheiten bei statusbegründenden Willenserklärungen	483
Zusammenfassung zu Teil IV	492
Teil V: Besondere Gründe für einen Ausschluß der Beseitigungsberechtigung	494
§ 23 Ausschluß des Beseitigungsrechts wegen Unvereinbarkeit mit dem Inhalt des von der Beseitigung betroffenen Rechtsgeschäfts	494
§ 24 Ausschluß des Beseitigungsrechts infolge Zweckerfüllung der Erklärung	512
§ 25 Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung und besondere Anfechtungsausschlüsse	522
Zusammenfassung zu Teil V	536

Teil VI: Sekundärschutz durch Kompensationsleistung als Preis der Beseitigung	538
§ 26 Abstufung nach dem Fortschritt des Erklärungs- und Bindungsprozesses	538
§ 27 Finanzieller Vertrauensschutz bei einseitigen Beseitigungsrechten	541
§ 28 Bewertung des Beseitigungsrechts als vorrangig	599
§ 29 Preis für einverständliche Aufhebung eines Vertrages bei fehlendem einseitigem Beseitigungsrecht	610
Zusammenfassung zu Teil VI	622
Teil VII: Ausübung des Beseitigungsrechts	625
§ 30 Form der Beseitigungserklärung	625
§ 31 Adressat der Beseitigungserklärung	656
§ 32 Inhaltliche Anforderungen an die Beseitigungserklärung	683
§ 33 Frist für die Beseitigung	734
Zusammenfassung zu Teil VII	867
Teil VIII: Folgen der Beseitigung	872
§ 34 Infektion eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts bei Eingebundenheit der betroffenen Erklärung	872
§ 35 Abwicklung von unwirksam gewordenen Verträgen	875
§ 36 Besonderheiten bei korporationsrechtlichen Bezügen	912
§ 37 Besonderheiten bei Dauerschuldverhältnissen	929
§ 38 Vertragliche Regelung von Folgen	949
Zusammenfassung zu Teil VIII	951
Teil IX: Konstellationen mit Drittbeteiligung	953
§ 39 Zurechnung des Verhaltens Dritter zum Erklärungsadressaten	953
§ 40 Beseitigung der Wirkungen von Dritterklärungen	976
§ 41 Übertragbarkeit von Beseitigungsrechten	989
Zusammenfassung zu Teil IX	1001
Teil X: Beseitigung von Erklärungswirkungen und Privatautonomie	1003
§ 42 Privatautonome Begründung oder Erweiterung von Beseitigungsbefugnissen	1003
§ 43 Privatautonome Einschränkung und Aufhebung von Beseitigungsbefugnissen	1035
§ 44 Verzicht auf Beseitigungsrechte	1058
Zusammenfassung zu Teil X	1072
Teil XI: Konkurrenz von Beseitigungsrechten	1074
§ 45 Konkurrenz von Beseitigungsrechten	1074
Zusammenfassung zu Teil XI	1096
Teil XII: Beseitigung der Beseitigungswirkungen	1097
§ 46 Beseitigung unter Vorbehalt	1097
§ 47 Revokabilität von Beseitigungserklärungen	1099
Zusammenfassung zu Teil XII	1118
Teil XIII: Schlußbetrachtung und Zusammenfassung	1119
§ 48 Abgestuftes System nach Verantwortlichkeitsgrad des Erklärungsadressaten	1119
§ 49 Vergleichender Blick auf internationale Kodifikationsentwürfe	1122
§ 50 Strukturelle Unterlegenheit, Überrumpelungssituationen, Reaktionen auf veränderte Kommunikationsstrukturen und Motivationsbeeinflussungen	1131
Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	1168

Inhaltsverzeichnis

Teil I

Einleitung

§ 1 <i>Problemstellung und Gang der Bearbeitung</i>	1
I. Grundsatz der Bindung an das gegebene Wort	1
II. Ausnahmen und Durchbrechungen des Grundsatzes	2
III. Entwicklung hin zu einem Reurecht des Erklärenden?	3
IV. Weitere Anliegen der Bearbeitung	6
V. Gang der Bearbeitung	7
§ 2 <i>Erklärungstatbestand oder Erklärungswirkungen als Ansatzpunkt und Gegenstand der Beseitigung?</i>	8
I. Erklärungstatbestand als auch faktisches Geschehen	8
II. Irrevokabilität von Fakten als solchen	8
1. Trennung zwischen Erklärungsträger und Erklärungswirkungen	8
a) Grundsätzliches	8
b) Testamentswiderruf nach § 2255 BGB als Beispiel	9
2. Zuschreiben von Wirkungen als rechtliche Wertung ohne Veränderung der Fakten	11
a) Bewertung als Nichtklärung und Träger der Äußerung	11
b) Fehlende Möglichkeit einer späteren Verwandlung einer Erklärung in eine Nichtklärung	12
III. Beseitigung als Rückgängigmachung oder Aufhebung auf der Rechtsfolgenseite	12
1. Bindungs- und Geltungswirkung der Erklärung als Angriffspunkt	12
2. Rückgängigmachung oder Aufhebung als Frage der zeitlichen Wirkung ..	13
3. Willenserklärung oder deren Rechtswirkungen als Beseitigungsobjekt? ..	13
IV. Zusammenfassung	14
§ 3 <i>Beseitigung von Erklärungswirkungen und Auflösung von Verträgen</i> ...	15
I. Erklärung als Teil des Vertragsabschlußtatbestandes	15
II. Beseitigung der Erklärungswirkung als Folge eines Defektes im Vertragsabschlußtatbestand	15
III. Abgrenzung zu Defekten in der Vertragsausführung	15
1. Grundsätzliches	15
2. Notwendigkeit einer Umdeutung und Verschiedenheit der Tatbestände ..	16
3. Unterschiedliche zeitliche Wirkung der Rechtsbehelfe	17

4. Verschiedenheit des maßgebenden Zeitpunktes	17
5. Ausschlußgrund und Kompensation bei fehlender Rückgewährmöglichkeit	18
6. Weitere Unterschiede bei einzelnen Vertragstypen	19
7. Sphärenzuweisung der Gründe?	21
8. Versuch der Vertragsaufhebung auf Grund angeblichen Fehlverhaltens der Gegenpartei als kaschierter Revokationsversuch	21
9. Rückrufsrecht nach §§ 41; 42 UrhG und Beseitigungsrechte	22
IV. Rücktritt vom Vertrag, Vertragsabschlußtatbestand und unterschiedliche Bezugsobjekte	23

Teil II

Typen der Beseitigung von Erklärungswirkungen

§ 4 <i>Anfechtung</i>	25
I. Rechtliche Vernichtung der betreffenden Erklärung	25
1. Grundstruktur der Anfechtung	25
2. Anfechtungsberechtigung des Erklärenden	25
3. Erklärung, nicht Rechtsgeschäft als Anfechtungsobjekt	26
II. Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Erklärung	27
1. ratio der gesetzlichen Regelung	27
a) Anfechtung als fiktive Nichtabgabe der Erklärung	27
b) Durchsetzung des Willens des Erklärenden?	28
aa) Durchsetzung des subjektiven Willens? 28 – bb) Anfechtung als Wahrung materieller Privatautonomie 28	
2. Rückwirkung und historische Vorläufer mit Erklärungsничtigkeit	29
a) Erklärungsничtigkeit der irrtumsbehafteten Erklärung bis in § 98 E I	29
b) Anfechtbarkeit als junges Konzept	30
c) § 142 I BGB als Ausfluß des Willensdogmas	30
3. Erklärungsrechtliches Flankieren von Schadensallokations- und Schadensabwicklungsmechanismen?	31
4. Fiktionscharakter der Rückwirkung	31
5. Rückwirkung bei Selbstanfechtung einer Erbvertragserklärung durch den Erblasser	32
§ 5 <i>Widerruf nach Verbraucherschutzgesetzen</i>	33
I. Schwebezustand vor Ausübung oder Fortfall des Widerrufsrechts unter § 355 I 1 BGB	33
1. Schwebende Wirksamkeit unter §§ 355 I 1; 361 a I 1 BGB aF	33
a) Schwebende Wirksamkeit	33
b) Konzeptwechsel gegenüber der Lage unter §§ 1 I HWiG; 7 I VerbrKrG; 5 I TzWrG, jeweils aF	34
aa) Schwebende Unwirksamkeit als altes gesetzliches Modell 34 – bb) Keine schwebende Wirksamkeit ohne Bindungswirkung 35 – cc) Keine fehlende Vollendung der Erklärung des Verbrauchers 35 – dd) Keine einseitige schwebende Teilunwirksamkeit zu Gunsten des Verbrauchers 35	

2. Rechtfertigung des Konzeptwechsels durch Vorteile schwebender Wirksamkeit gegenüber schwebender Unwirksamkeit?	36
a) § 3 I 1 RefE FernAbsG und das Durchschlagen der Kritik	36
b) Gesetzgeberische Anerkennung unterschiedlicher Schutzgründe durch unter- schiedliche Ausgestaltung des Fristbeginns für die Widerrufsfristen	38
c) Mängelgewährleistungsansprüche	38
aa) Relevanz nur in bestimmten Konstellationen 39 – bb) Lösung über venire contra factum proprium des Unternehmers bei schwebender Unwirksamkeit 39 – cc) Lösung der Fragen um §§ 442 BGB; 460 BGB aF bei schwebender Unwirksamkeit 40	
d) Sofortige Befriedigung von Verbraucherbedürfnissen	41
e) Kein Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers während verlängerter Widerrufsfrist oder bei fehlender Widerrufsfrist	42
f) Besitzrecht des Verbrauchers	43
g) Präklusion	44
aa) Keine Präklusion bei schwebender Wirksamkeit 44 – bb) Keine Präklusion auch bei schwebender Unwirksamkeit 44	
h) Besserstehen des Unternehmers durch Wegfall von Vorhaltekosten?	46
i) Wegfall von Beobachtungskosten auf Seiten des Unternehmers?	47
j) Risiken und Kosten für den Unternehmer als Konsequenzen schwebender Wirksamkeit	47
aa) Generelle Kostenfaktoren 47 – bb) Frustrierung der Erfüllungskosten im Widerrufsfall 48 – cc) Verbraucherfreundliches und unternehmerungünstiges Rückabwicklungsregime 48	
k) Gefährdung des Verbrauchers durch Erfüllungsanspruch gegen den Verbraucher bei Haustür- und Timesharinggeschäften	48
3. Naheliegende Schutzstrategie: Zurückhalten der Leistung bis zum Ablauf der Widerrufsfrist	49
a) Grundsätzliches	49
b) Einfluß der §§ 495 II 1 BGB aF; 7 III VerbrKrG	50
c) Geringere Widerrufswahrscheinlichkeit bei schneller Leistung?	50
4. Widerrufswirkung ex tunc oder ex nunc bei schwebender Wirksamkeit?	51
5. Widerrufsrecht als gesetzliches Rücktrittsrecht?	53
a) Kein Schluß von der Rechtsfolgenseite auf den Charakter eines Rechts	53
b) Unterschiedlicher Ansatzpunkt von Rücktritt und Beseitigungsrecht	54
c) Berücksichtigung zugrundeliegender Richtlinien	54
aa) These von der Wirksamkeit der Erklärung kraft Gebots gemeinschafts- rechtskonformer Auslegung 54 – bb) Ambivalenz und mangelnde Trennschärfe der Richtlinienterminologie 55 – cc) Aussagegehalt von Art. 6 RiLi 94/47/EG; §§ 486 BGB; 7 TzWrG 55 – dd) Bindung des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers nur an die Ziele, nicht an die Details der Richtlinien 56	
II. Widerrufsrecht nach § 8 IV VVG 1994	56
1. Parallele zu §§ 1 HWiG; 7 VerbrKrG aF	56
2. Fortführung einer Parallele zu aufgehobenen Normen?	58
III. Sogenanntes Widerspruchsrecht nach § 5 a I 1 VVG 1994	58
1. Widerrufsrecht mit schwebender Unwirksamkeit der Erklärung des Versicherungsnehmers	58
a) Zweck des sogenannten Widerspruchsrechts	58
b) Richtlinienkonforme Auslegung	59

c) Parallele zu § 8 IV VVG 1994 und zu § 2 HWiG aF	60
d) Schwebende Unwirksamkeit und Notwendigkeit einer Genehmigungsfiktion	61
2. Keine Lehre vom Rumpfvertrag	61
IV. Widerrufsrecht und sogenanntes Rücktrittsrecht nach § 13 a UWG	62
1. Fehlbenennung als Rücktrittsrecht	62
2. Vorteil der angeblichen Rücktritts- verglichen mit einer Widerrufs- konstruktion?	62
V. Widerrufsrecht nach §§ 23 KAGG; 11 AuslInvG	63
1. Grammatische, genetische und systematische Auslegung	63
a) Wortlaut	63
b) Vergleich mit §§ 7 I VerbrKrG; 1 I HWiG aF	63
c) Genese und Vorarbeiten zu § 1 b AbzG	64
d) Vergleich mit §§ 158 I; 108 I; 177 I BGB	64
2. Schluß aus der Rechtsfolgende?	65
VI. Widerrufsrecht nach § 4 I FernUSG	65
1. Schwebende Wirksamkeit vor Widerruf	65
2. § 4 I FernUSG als Rücktrittsrecht?	66
3. Zeitliche Wirkung des Widerrufs	67
a) Grammatische Interpretation	67
b) Teleologische und konzeptionelle Interpretation	67
§ 6 <i>Widerruf einseitiger Erklärung</i>	68
I. Grundsätzliches	68
II. Widerruf bei einseitigen Verpflichtungserklärungen	68
III. Testamentswiderruf	69
IV. Widerruf von Ermächtigungserklärungen	69
1. Widerruf einer Vollmacht nach § 168 S. 2 BGB	70
2. Widerruf einer Einwilligung nach § 183 S. 1 BGB	70
a) Grundsatz der Widerruflichkeit	70
b) Gesetzliche Ausnahmen	71
aa) Einwilligung als „unechte Vertragserklärung“ 71 – bb) Klarheitsbedürfnis bei verfügungsrechtlichen Rechtsverschlechterungen 71	
3. Widerruf einer nach § 185 BGB erteilten Ermächtigung	72
4. Unwiderruflichkeit einer Genehmigung mangels Unsicherheit	73
5. Widerruf einer Genehmigungsverweigerung?	73
a) Kein isolierter Widerruf der Genehmigungsverweigerung	74
b) Widerruf in Verbindung mit einer positiven Genehmigung	74
c) Widerruf bei Verpflichtung zur Genehmigungserteilung?	75
aa) Zulassung des Widerrufs 75 – bb) Fortdauern des Schwebezustands und Kollision inkompatibler Rechtspositionen 75	
6. Sogenannter Widerruf der Überlassung der Vermögensverwaltung nach § 1413 BGB?	76
7. Widerruf einer Anweisung nach § 790 BGB	77
8. Widerruf einer Aneignungsgestattung	77

§ 7	<i>Vereinbartes Recht zur Auflösung eines Rechtsgeschäfts</i>	78
I.	Vereinbartes Reurecht	78
1.	Grundsätzliches	78
2.	Vereinbarung in Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung	79
3.	Vereinbartes Reurecht als Potestativbedingung	80
a)	Grundsätzliches	80
b)	Unzulässigkeit einer Reurechtsvereinbarung bei bedingungsfeindlichen Rechtsgeschäften als Konsequenz	81
II.	Abgrenzung zu Rücktrittsrechten	81
1.	Grundsätzliches	81
2.	Benennung als Rücktrittsrecht durch die Parteien	81
3.	Materieller Rücktrittsbegriff und reine Potestativbedingung	82
4.	Verbleibende Reichweite der §§ 346 ff. BGB für vertragliche Rücktrittsrechte	82
a)	Vertragsakzessorietät?	82
b)	Fehlende Verschiedenheit der Rechtsfolgen?	83
c)	Geschäfte auf Erfolg	83
III.	Abgrenzung zu Kündigungsrechten	84
IV.	Abgrenzung zum nicht bindenden Rechtsverhältnis	84
1.	Grundsätzliches	84
2.	Abgrenzung zum sogenannten festen Angebot	85
3.	Ablehnung bloßer Vorvertragskonstruktionen	86
V.	Stillschweigend vereinbartes Reurecht	86
1.	Abgrenzung zum einseitig postulierten Widerrufsvorbehalt	86
2.	Abgrenzung von stillschweigend vereinbartem Lösungsrecht und gesetzlichen Rechten	87
3.	Vertragsimmanentes Reurecht	87
§ 8	<i>Überholende Widerrufsrechte</i>	88
I.	Widerrufsrecht vor Wirksamwerden einer Erklärung (§ 130 I 2 BGB)	88
1.	Grundsätzliches	88
a)	Überholendes (antizipierendes) Beseitigungsrecht	88
b)	Beseitigung eines Schwebe- oder Unsicherheitszustands als Hauptzweck?	89
c)	Weitgehender Funktionsverlust bei elektronischer Kommunikation	90
aa)	Instantaneität der Kommunikation und Verlust der Überholensmöglich- keit 90 – bb) e-mail als Beispiel 91 – cc) Verbliebener Funktionsbereich 92 – dd) Rechtliche Reaktion durch Zubilligung eines erweiterten Widerrufs- rechts? 93	
d)	Entsprechende Anwendung bei Überholen einer Vertretererklärung durch Widerruf der Vollmacht	93
2.	Widerrufsmöglichkeit bei späterem Zugang und früherer Kenntnisnahme des Widerrufs im Vergleich mit der Erklärung?	94
a)	Aufspalten des Zugangsbegriffs?	94
b)	Historische Entscheidung gegen Widerruflichkeit bis zur Gegenerklärung	95
c)	Historische Entscheidung gegen die Vernehmungstheorie im Interesse des Erklärenden	95

d) Interesse des Erklärungsadressaten an einer fairen Balance von Chancen und Risiken	95
e) Fehlen eines schutzwürdigen Vertrauens und beeinträchtigter Vermögenswerte auf Seiten des Erklärungsadressaten	96
f) Beweisproblematik	96
3. Umdeutung eines verspäteten Widerrufs in eine Anfechtungserklärung?	97
II. Widerruf einer unter § 151 BGB fallenden Annahme?	97
III. Ausnahmsweiser Widerruf eines Angebots bis zur Annahme	98
IV. Rücknahme von Vertragserklärungen nach Artt. 15 II; 22 CISG	99
V. Widerruf eines wirksamen Angebots nach Art. 16 CISG	100
VI. Widerruf einer sachenrechtlichen Einigungserklärung vor Übergabe bzw. Eintragung	101
1. Mangelnde Bindungswirkung im Immobiliarsachenrecht nach Maßgabe des § 873 II BGB	101
a) Gesetzliche Ausgangslage	101
b) Mangelnde ratio einer Widerrufsmöglichkeit	102
aa) Übereilungsschutz? 102 – bb) Überzogene Konkretisierung des § 903 BGB? 103 – cc) Einigung als nur ein Element des Verfügungstatbestands? 103	
2. Mangelnde Bindungswirkung einer antizipierten Einigungserklärung bis zur Übergabe?	104
a) Einigung und „Einigsein“	105
aa) These von der besonderen Bedeutung des „Einigseins“ 105 – bb) Gegenargument aus §§ 2 I SchiffsRG; 929 a I BGB 106 – cc) Gegenargument aus §§ 926 I; 516 I BGB 107 – dd) Abhängigkeit des §§ 932 ff. BGB von der Auslegung des § 929 S. 1 BGB 107 – ee) Novum eines rechtsbegründenden Zustands 107	
b) Komplizierung der Eigentumsübertragung bei Bindungswirkung der Einigungserklärung?	108
c) Übergabe als Bedingung der Einigung bei Bindungswirkung der Einigungserklärung?	108
d) Gleichbehandlung der Eigentumsübertragung im Mobilien- und Immobiliarsachenrecht	109
e) Mangelndes schuldrechtliches Element eines Verfügungsvertrags und Sanktionenproblem	110
3. Widerruf einer auf § 700 I 2 BGB gestützten Aneignungsgestattung?	111
a) Kein Widerrufsrecht des Verwahrers	111
b) Abgrenzung gegenüber Ermächtigung nach § 13 I 1 DepotG	112
VII. Widerruf immobiliarsachenrechtlicher Rechtsaufgabenerklärungen	112
1. Aufhebungserklärung nach § 875 BGB	112
2. Verzichtserklärung nach § 928 BGB	112
§ 9 <i>Widerrufsrechte zur Beendigung eines Schwebezustands (Pendenzwiderrufsrechte)</i>	113
I. Schwebezustand wegen Vorbehalt der Genehmigung durch Dritten	113
1. Drittbezugspezifität und Ausfluß des genetischen Synallagmas zwischen Erklärung und Gegenerklärung	113

2. Geschäfte von Minderjährigen (§ 109 BGB)	114
a) Entstehungsgeschichte und Teleologie	114
b) Schutzzumfang	116
c) Konkurrenz mit Aufforderung zur Genehmigung nach § 108 II BGB	116
aa) Selbstbindung des Erklärenden durch Aufforderung zur Genehmigung? 117	
– bb) Überwiegende Interessen des Erklärenden an dem Widerrufsrecht 117	
3. Geschäfte von Betreuten unter Einwilligungsvorbehalt (§ 1903 I 2 iVm § 109 BGB)	118
4. Vertretung ohne Vertretungsmacht (§ 178 BGB)	119
a) Grundsätzliches	119
b) Einzelfälle	120
aa) Überschreiten der Vertretungsmacht 120 – bb) Vollmachtsmangel bei Untervertretung 120 – cc) Nichtbenennung des Prinzipals auf Auffor- derung 120	
c) Auswirkung des Widerrufs auf die Haftung des falsus procurator nach § 179 I BGB	120
5. Handeln eines Vormunds bei bloßer Behauptung einer erforderlichen vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung (§ 1830 BGB)	121
a) Unmittelbarer Anwendungsbereich	121
aa) Spezieller Fall der arglistigen Täuschung 121 – bb) Ausnahmetatbestand bei Kenntnis des Fehlens der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung 123 – cc) Abweichung von § 123; 142 BGB zu Gunsten des Mündels auf der Rechts- folgenseite 123	
b) Anwendbarkeit bei Vertragsabschluß durch den Mündel und Behauptung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung durch den Vormund	123
c) Anwendbarkeit bei Vertragsabschluß durch den Mündel und Genehmigung durch den Vormund?	124
d) Analoge Anwendung bei Vertragsabschluß und Behauptung der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung durch den Mündel?	125
e) Analoge Anwendung bei nachträglicher Behauptung der vormundschafts- gerichtlichen Genehmigung durch den Vormund?	126
f) Verzicht durch Aufforderung zur Genehmigung?	127
6. Handeln eines Betreuers unter bloßem Behaupten einer erforderlichen gerichtlichen Genehmigung (§ 1908 i I iVm § 1830 BGB)	127
7. Ehegüterrechtliche Beschränkungen	128
a) Verpflichtung zur Verfügung über das gesamte eigene Vermögen und entsprechende Vermögen unter dem gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft (§ 1366 II BGB)	128
aa) Grundsätzliches 128 – bb) Widerrufsobjekt 129	
b) Verfügung oder Verpflichtung zur Verfügung über Haushaltsgegenstände (§ 1369 III iVm § 1366 BGB)	130
c) Verpflichtungen zur Verfügung über das Gesamtgut im Ganzen oder über Gründstücke aus dem Gesamtgut bei Gütergemeinschaft (§ 1427 II BGB)	130
d) Verfügung über das gemeinschaftlich verwaltete Gesamtgut bei Güter- gemeinschaft (§ 1453 II BGB)	131
8. Analoge Anwendung des § 178 BGB oder des § 1830 BGB bei gesellschaftsrechtlichen Vorgängen?	132
a) Aktienrecht	132

aa) Nachgründungsgeschäfte 133 – bb) Sachgründungsgeschäfte 138 – cc) Vergleichsgeschäfte unter §§ 50 Var. 2; 93 IV 3 AktG 138 – dd) Unter- nehmensverträge 138	
b) GmbH-Recht	139
c) Sukzessive Beschlußfassung im allgemeinen Verbandsrecht	140
9. Analoge Anwendung der §§ 109; 178 BGB bei Verfügungen Nichtberechtigter	140
10. Analoge Anwendung der §§ 180 S. 3; 178 BGB auf Widerruf von Tilgungsbestimmungen im Umfeld des § 407 BGB?	141
a) Konstruktion	141
b) Irrtumsanfechtung der Tilgungsbestimmung als Alternative	142
11. Analoge Anwendung des § 109 BGB bei allgemeinem Zustimmungsvorbehalt nach § 21 II Nr. 2 Var. 2 InsO	142
a) Konstruktion des allgemeinen Zustimmungsvorbehalts	142
b) Möglichkeit zur Genehmigung durch den vorläufigen Insolvenzverwalter	143
aa) Grammatische und systematische Argumente 143 – bb) Interessen- gerechtigkeit 144	
c) Schwebende Unwirksamkeit bei Verfügung ohne Einwilligung	145
d) Parallele zu Verfügungen beschränkt Geschäftsfähiger	146
12. Kein Widerrufsrecht bei Abhängigkeit der Wirksamkeit des Rechts- geschäfts von einer behördlichen Genehmigung	147
a) Wirksamkeitsrisiko des Rechtsgeschäfts insgesamt, nicht einer Erklärung	147
b) Schuldrechtliche Risikoordnung durch Verpflichtung einer Partei zum Einholen der behördlichen Genehmigung	149
c) Vertragliches Rücktrittsrecht für jede Partei als alternative Gestaltungs- möglichkeit	149
13. Abhängigkeit eines Schuldübernahmevertrags von der Genehmigung durch den Gläubiger	150
II. Schwebezustand wegen Vorbehalts der Genehmigung durch andere bei Erklärungen zu einseitigen Rechtsgeschäften	151
1. Grundsätzliches	151
2. Widerrufsrecht des Stifters nach § 81 II BGB	151
a) Grundsätzliches	151
b) Verknüpfungen mit Verfügungen anderer und schuldrechtliche Sanktionen für einen Widerruf	152
3. Widerrufsrecht des eine Vaterschaft Anerkennenden nach § 1597 III BGB	152
III. Widerrufsrecht des zu adoptierenden Kindes nach § 1746 II BGB	153
1. Grundsätzliches	153
2. Selbstbestimmungsrecht des Kindes	154
3. Waffengleichheit mit den durch das Verfahrensrecht eröffneten Möglich- keiten des Antragstellers	154
4. Gefahrenpotential des Widerrufsrechts	155
IV. Versteckte Widerrufsrechte bei Vertragserklärungen zu heilbar nichtigen Verträgen?	155
1. Grundkonstellation	155
2. Ausnahmefall des einseitig versagten Berufens auf die Formnichtigkeit	156

§ 10 Sonstige Widerrufsrechte	156
I. Einseitig vorbehaltenes Widerrufsrecht	156
1. Grundsätzliches	156
a) Einseitiges Aufstellen des Widerrufsvorbehaltes und Relevanz von Verhalten des Erklärungsadressaten	156
b) Widerrufsvorbehalt als auflösende Potestativbedingung	158
c) Auflösung des Konflikts zwischen der Freiheit zur Entscheidung über den Umfang einer Bindung und der Zuschreibung von Bindungswirkungen von Rechts wegen	158
2. Freibleibendes Angebot	158
a) Möglicher Gehalt	158
aa) Einseitiger Widerrufsvorbehalt für ansonsten bindende Erklärung 159 –	
bb) Bindungswirkung unter Bedingung 159 – cc) invitatio ad offerendum 160 –	
dd) „ohne obligo“ als inhaltlicher Teil des Angebots und des Vertrages 160	
b) Indizien für die Abgrenzung zur bloßen invitatio ad offerendum	161
II. Widerrufsrecht des Versprechensempfängers beim Vertrag	
zu Gunsten Dritter	162
1. Grundsätzliches	162
a) Abhängigkeit des Dritten von den Vertragserklärungen	162
b) Differenzierung hinsichtlich des Widerrufsobjekts	162
2. Widerruf der Bezugsberechtigung in der Kapitallebensversicherung als Beispiel	163
a) Formen der Bezugsberechtigung	163
aa) Widerrufliche und unwiderrufliche Bezugsberechtigung 163 – bb) Eingeschränkt unwiderrufliche Bezugsberechtigung 163	
b) Widerruf	164
aa) Ausübungsmöglichkeiten 164 – bb) Zustimmung des Bezugsberechtigten nicht notwendig 164	
c) Trennung zwischen dem Widerruf der Bezugsberechtigung im Versicherungsverhältnis und Verpflichtungen im Verhältnis zwischen Versicherungsnehmer und Begünstigtem	165
d) Lage bei unwiderruflicher Bezugsberechtigung	165
III. Widerruf eines Dienst- oder Arbeitszeugnisses	166
1. Grundsätzliches und ratio	166
2. Abgrenzung zur Anfechtung	167
3. Fälle eines Widerrufs Ausschlusses	167
4. Widerruf bei Erteilung eines bewußt unrichtigen Zeugnisses?	168
IV. Widerrufsrecht im Ehenamensrecht nach § 1355 IV 4 Hs. 1 BGB	168
V. Widerruf einer Erklärung über die Nichtfortsetzung einer Eingetragenen Lebenspartnerschaft	169
VI. Widerrufsrechte im Patentrecht	170
1. Eigene Widerrufsrechte im deutschen Patentrecht?	170
2. Irrtumsberichtigung im Europäischen Patentverfahren	170
VII. Sogeannter Widerruf bei bestimmten Vertragstypen als materielles Rücktritts- bzw. Kündigungsrecht	171

1. Widerruf eines Darlehensversprechens durch den Kreditgeber nach § 610 BGB aF	171
2. Widerruf einer Schenkungserklärung durch den Schenker nach §§ 530; 531 BGB	172
3. Widerruf seitens des Auftraggebers nach § 671 I Hs. 1 BGB	173
4. Widerruf der Kommission durch den Kommittenten nach § 405 III HGB	174
5. Gemeinsamer Grundgedanke	175
VIII. Sogenannter Widerruf eines Überweisungsauftrags als bloße Gegenweisung	175
<i>§ 11 Einverständliche Aufhebung von Verträgen</i>	176
I. Struktur	176
1. Ausfluß der Privatautonomie	176
2. Aufhebungsvertrag und wechselseitiger Erlaßvertrag	177
3. Möglicher Rechtsgrund für das Behaltendürfen bereits erbrachter Leistungen	178
a) Regelung einer erforderlichen Rückabwicklung	178
b) Vereinbarungsbedürftigkeit einer schuldrechtlichen Rückwirkung	178
4. Preis für die Zustimmung zur Vertragsaufhebung	178
a) Verhandlungsposition des um Zustimmung zur Vertragsaufhebung Gebetenen	178
b) Synallagma zwischen Zustimmung und Kompensationsleistung?	179
c) Entstehungs- und Fälligkeitszeitpunkt des Anspruchs auf Kompensations- leistung	179
5. Sogenannter Abwicklungsvertrag als wirtschaftlich gleichwertige Gestaltung zum Aufhebungsvertrag, insbesondere im Arbeitsrecht	180
II. Motive für den Abschluß eines Aufhebungsvertrages	181
III. Unterschiede zu echten Beseitigungsrechten	181
<i>§ 12 Anspruch auf Vertragsaufhebung als Schadensersatzanspruch</i>	183
I. Grundsätzliches	183
II. Pflichtverletzung des Erklärungsadressaten	185
1. Aufklärungspflichten als Risikosteuerung und Risikostruktur des konkreten Vertrages	185
2. Informationspflicht	185
a) Grundsätzliches	185
b) Wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsvertrag als Beispiel	186
3. Pflicht zur Rücksichtnahme	186
III. Verdrängung durch das Anfechtungsrecht und dessen Wertungen?	187
1. Ausgangspunkt	187
2. Längere Frist der Sanktion für schwächeren Verstoß?	187
a) Drohender Wertungswiderspruch	187
aa) Anspruch auf Vertragsaufhebung aus culpa in contrahendo 187 –	
bb) Rücktrittsrecht aus § 324 BGB 188	
b) Auflösung durch analoge Anwendung des § 124 BGB	188
c) Keine Analogie zu § 121 BGB	189

3. Anspruch auf Vertragsaufhebung schwächere Sanktion als Schadensersatzanspruch auf Geld?	189
4. §§ 119; 123 BGB als abschließende Regelung?	190
a) Lückenhaftigkeit der §§ 119; 123 BGB angesichts der Interessenlage	190
b) Effektive Sanktionierung von Informationspflichten	191
c) Kein Durchschlagen eines Gegenschlusses aus §§ 123 I Var. 1; 119 II BGB	192
5. Normenkonkurrenz und culpa in contrahendo als praeter legem entwickeltes Institut	193
a) Grundsätzliches	193
b) Ansatzdivergenz?	194
c) Schutzgutdivergenz	194
aa) Culpa in contrahendo als einheitliches Institut 194 – bb) Umkehr durch § 311 II Nr. 2 BGB? 195	
IV. Rücktrittsrecht aus § 324 BGB als Problemlösung?	198
1. Syllogistischer Lösungsweg	198
2. Gegengründe	198
a) Widerspruch zu den Gesetzesmaterialien	198
b) Effizienzminderung durch Sanktionsdefizit	199
c) Parallelität mit § 282 BGB: § 324 BGB als Tatbestand der positiven Forderungsverletzung	200
d) Vertrag und Kausalität	201
V. Schadensrecht und Vertragsaufhebung	202
1. Vertrag als Schaden	202
a) Abhängigkeit von der Entscheidung in der Schutzgutfrage	202
b) Wirtschaftliche Nachteile und fehlende Aequivalenz an Hand der berechtigten Erwartungen	203
c) Beeinträchtigung der Dispositionsfreiheit bei objektiver Aequivalenz als Schaden?	204
d) Zusätzliche Liquidierung darüber hinausgehender Vermögensnachteile nach § 251 I BGB	205
2. Fehlen eines schadenersatzrechtlichen Rückabwicklungsmaßstabs?	206
a) Anspruch auf Zustimmung zum Abschluß eines Aufhebungsvertrages	206
aa) Grundsätzliches 206 – bb) Zeitliche Dimension 207 – cc) Nicht-anwendbarkeit des § 254 BGB 207	
b) Vertragsaufhebung und causa-Wegfall	207
c) Anspruchsinhalt bei Ansprüchen aus pFV	208
d) Beseitigungsrecht als Anspruchsinhalt?	209
3. Kausalität zwischen Pflichtverletzung und Vertragsschluß	210
a) Beweislastumkehr durch Vermutung aufklärungsrichtigen Verhaltens	210
aa) Ausgangslage 210 – bb) Grundkonstellation 210 – cc) Reichweite 211	
b) Übermäßige Belastung des Aufklärungspflichtigen?	211
c) Grenzen der Beweislastumkehr	211
VI. § 45 BörsG als gesetzlicher Sonderfall einer Vertragsaufhebung aus culpa in contrahendo	212
1. Norminhalt, insbesondere Rechtsfolge	212
2. Systemeinpassung	213
VII. Systemeinpassung eines Aufhebungsanspruchs	213

§ 13 Kondiktion der Erklärung?	214
I. Ausgangsmaterial	214
II. Ablehnung der Kondiktion außerhalb des § 812 II BGB	216
1. Gegenschluß aus § 812 II BGB	216
2. Vermeiden der Suche nach einer causa für die Erklärung	217
III. Unterscheidung zwischen Kondiktion einer Urkunde und Kondiktion der in der Urkunde verkörperten Erklärung	218
Zusammenfassung zu Teil II	218

Teil III

Materielle Voraussetzungen der Beseitigungsberechtigung

§ 14 Strukturelle Unterlegenheit des Erklärenden	222
I. Besonderes gesetzliches Schutzanliegen	222
1. Kategorien gesetzlicher Schutzanliegen	222
2. Situatives Schutzanliegen von §§ 312; 312 b BGB, HWiG, KAGG, AuslInvG und FernAbsG	224
a) Situatives Schutzanliegen von § 312 BGB und HWiG	224
aa) Schutz des räumlich definierten Privatbereichs des Verbrauchers 225 –	
bb) Schutz des Verbrauchers in seinem beruflichen Umfeld 227 –	
cc) Vertragsschluß auf Freizeitveranstaltungen 228 – dd) Schutz des Verbrauchers gegen Ansprache im öffentlichen Bereich 230 – ee) Ausnahme bei bestelltem Absatzgespräch 231	
b) Situatives Schutzanliegen von KAGG und AuslInvG	234
c) Situatives Schutzanliegen des Fernabsatzrechts	235
aa) Zielsetzung des Widerrufsrechts aus §§ 312 d BGB; 3 FernAbsG 235 –	
bb) Nachteiliger Effekt der Nichtnutzung moderner Medien durch Unter- nehmer? 236	
d) Situatives Schutzanliegen des § 4 I FernUSG	238
3. Vertragstypbezogenes Schutzanliegen der anderen Verbraucher- schutzgesetze in ihrem direkten Anwendungsbereich	239
a) Schutzzweck der §§ 495 BGB; 7 VerbrKrG	239
b) Schutzzweckverfehlung bei § 505 BGB bzw. § 7 iVm § 2 VerbrKrG?	240
c) Gemischte Verträge unter dem Verbraucherkreditrecht	241
d) Schutzzweck der §§ 485 BGB; 5 TzWrG	241
e) Schutzzweck der Widerrufsrechte des VVG 1994	242
II. Abgrenzung der Privat- zur professionellen Sphäre	243
1. Positives und negatives Definitionsmodell	243
2. Subjektives und objektives Definitionsmodell	243
a) Quasi-Status gegen bereichsspezifische Geschäftskompetenz	243
b) Übergang vom subjektiven zum objektiven Modell als Folge europäischer Rechtsangleichung	245
c) Ergebnisunterschiede zwischen subjektivem und objektivem Modell	245
d) Schwächen des an den Kaufmannsbegriff anknüpfenden subjektiven Modells	246
e) Gesetzgeberische Korrektur des § 8 IV 3 Var. 1 VVG 1990	247
3. § 13 BGB als grundsätzliche Vereinheitlichung	247
4. Selbständige berufliche Tätigkeit	248

a) Selbständige berufliche Tätigkeit und Kaufmannsbegriff	248
b) Unselbständige berufliche Tätigkeit (Arbeitnehmereigenschaft) als Komplementärbegriff	249
aa) Traditioneller Arbeitnehmerbegriff 249 – bb) Einfluß des § 7 IV 1 SGB IV? 251	
c) Existenzgründungsgeschäfte	252
aa) Grundsätzliches 252 – bb) Erweiterung fortbestehender selbständiger Tätigkeit 254 – cc) Wiederaufnahme selbständiger Tätigkeit 256 – dd) Haupt- und Nebentätigkeit 256	
5. Problemfälle kraft Zurechnung der geschäftlichen Tätigkeit Dritter	257
6. Verbrauchereigenschaft des Arbeitnehmers im Verhältnis zu seinem Arbeitgeber?	258
a) Arbeitnehmer als Leistungsanbieter	259
b) Abgrenzung zwischen Arbeitnehmer- und Verbraucherschutz insbesondere im Internationalen Privat- und Prozeßrecht	260
c) Arbeitgeberdarlehen des § 491 II Nr. 2 BGB als umgekehrter Sonderfall	260
d) Umkehrschluß aus § 310 IV 2 BGB	261
III. Notwendigkeit einer Gefällekonstellation und professionelles Handeln des Erklärungsadressaten	262
1. Vermutung gleicher Verhandlungsmacht bei geschäftsmäßigem Handeln des Erklärenden	262
2. Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern	263
3. Maßgebliche Person bei Stellvertretung auf Seiten des Erklärungs- adressaten	263
a) Gegenschluß aus § 166 I BGB	264
b) Gleichbehandlung mit der Lage bei Stellvertretung auf Seiten des Erklärenden	264
c) Berechtigtes Kalkulationsinteresse des Unternehmers	264
d) Zurechnung bewußt benutzter Professionalität des Vertreters?	265
aa) Zunutzemachen des besseren Verhandlungsgeschicks 265 – bb) Wider- legung durch Gegenprobe 265	
IV. Unwiderleglichkeit oder Öffnung der Fiktion?	266
1. Gesetzliche Fixierung und Unwiderleglichkeit	266
2. Wohlfahrtssteigerung durch Typisierung und Abstraktion des Schutz- ansatzes	267
3. Effektivitätssteigerung durch Typisierung und Abstraktion des Schutz- ansatzes	268
V. Paternalistischer Fehleingriff des Gesetzgebers mangels zu korrigierenden Marktversagens?	268
1. Paternalismusvorwurf und dessen Reichweite	268
2. Paternalismusvorwurf und Leugnen eines korrekturbedürftigen Marktversagens	269
a) Partielles Marktfunctionieren und Korrekturbedürftigkeit des Marktgeschehens	269
b) Möglichkeit einer Marktsegmentierung in zu trennende Teilmärkte?	269
c) Selbstentwickelter Seriositätsstandard eines funktionierenden Marktes und Erhebung zum zwingenden gesetzlichen Standard	270
d) Ausschalten von Seriositätssignalen als Differenzierungspunkten im Markt?	270
e) Fehlendes Marktversagen wegen Vorliegens von Nachfragermärkten?	271

3. Strukturelle Unterlegenheit einer Marktseite und Paternalismus	
korrigierender Eingriffe	272
a) Optionenverringerung und Widerrufsrecht	273
b) Optionenverringerung und fehlender Erfüllungsanspruch	
während der Schwebephase	273
VI. Analogiebildungen in konkreten Teilbereichen	274
1. Moderne Vertriebsmethoden und Haustürgeschäfterecht	274
a) Verhältnis von Haustürgeschäfte- und Fernabsatzrecht	274
b) Keine Analogie zum HWiG neben dem FernAbsG mangels Gesetzeslücke	274
2. Analoge Anwendung des § 505 BGB auf andere Teilleistungsverträge	
als Kaufverträge über bewegliche Sachen	276
a) Meinungsstand	276
b) § 2 VerbrKrG und Schutzstandard des AbzG	277
c) Schutzbedürfnis des Verbrauchers	278
aa) Rechtspolitische Dimension der Fragestellung 278 – bb) Wahrnehmung des	
Schutzbedürfnisses durch das Haustürgeschäfterecht? 280	
3. Analoge Anwendung des § 312 d BGB auf Verträge über die Lieferung	
unkörperlicher Gegenstände	280
VII. Interzessionsgeschäfte und Verbraucherschutzgesetz	281
1. Grundsätzliches	281
a) Theoretisch denkbare Modelle	282
b) Akzessorietät, Qualität des Hauptgeschäfts und Interzessionsgeschäft	283
aa) Folgen für nicht-akzessorische Sicherheiten? 283 – bb) Persönliche	
Schutzwürdigkeit des Interzedenten als notwendiger Ansatzpunkt 283	
c) Kumulation von Anforderungen an Haupt- und Interzessionsgeschäft	285
2. Schuldbetritt und Haustürgeschäfterecht	286
3. Schuldbetritt und Verbraucherkreditrecht	286
4. Bürgschaften und Haustürgeschäfterechts	287
a) Schutzzweck des Haustürgeschäfterechts und Bürgschaft	287
b) Bürgschaft als „entgeltliches Rechtsgeschäft“ im Sinne von RiLi 85/577/EWG	
und HWiG	288
aa) Bestimmtes Verbraucherbild als Grundlage eines Gegenschlusses? 288 –	
bb) „Entgeltlichkeit“ und Gebot richtlinienkonformer Auslegung 289 –	
cc) Konditionale Verknüpfung mit dem gesicherten Kredit 290 –	
dd) Ausschluß allein den Verbraucher einseitig begünstigender Rechts-	
geschäfte 291	
c) Bewußte Entscheidung des deutschen Gesetzgebers gegen die Einbeziehung	
von Bürgschaften?	291
d) Wegfall einer Möglichkeit zum Vergleich von Marktkonditionen?	292
5. Bürgschaften und Verbraucherkreditrecht	292
a) Direkte Anwendbarkeit des Verbraucherkreditrechts?	293
b) Fehlen der methodologischen Voraussetzungen für eine Analogie?	294
aa) Übertragbarkeit der gesetzgeberischen Überlegungen über die Ausgrenzung	
des Avalkredits? 294 – bb) Genese des VerbrKrG und beredtes Schweigen des	
Gesetzgebers 295 – cc) Fehlendes Schutzbedürfnis des Bürgen? 296	
c) Mangelnde Übertragbarkeit der §§ 492 BGB; 4 VerbrKrG?	297
aa) Angreifbarkeit der Prämisse 298 – bb) Keine zwingende Koppelung von	
§§ 492 BGB; 4 VerbrKrG und §§ 495 BGB; 7 VerbrKrG 299	

d) Wirtschaftliche Austauschbarkeit zwischen (selbstschuldnerischer) Bürgschaft und Schuldbeitritt	300
6. Sicherungsgrundpfandrechtsbestellung und Haustürgeschäfterecht	301
7. Sicherungsgrundpfandrechtsbestellung und Verbraucherkreditrecht	302
§ 15 Konkrete Unfreiheit im Willen durch Täuschung	303
I. Täuschung als konkrete Begründung von Unfreiheit im Willen	303
1. Schutzzweck des § 123 I Var. 1 BGB	303
2. Unfreiheit im Willen infolge Fehlinformation (vom Erklärungsadressaten zu verantwortender Informationsdiskrepanz)	304
a) Information und Informiertheit als Grundlage der Ausübung von Autonomie	304
b) Fehlinformation als Fehlsteuerung und Setzen falscher Anreize	304
c) Voraussetzung der intersubjektiven Nachprüfbarkeit gemachter Angaben	305
d) Mangelnde „Zweckverfehlung“ der Willenserklärung als Frage nach der Kausalität der Fehlinformation	306
e) Kein Rückschluß von einem Ausschöpfen der Anfechtungsfrist auf mangelnde Kausalität	306
II. Aktive Fehlinformation	307
1. Normalfall der arglistigen Täuschung	307
2. Wahl des Angabenthemas durch Erklärungsadressaten bei aktiver Täuschung	307
3. Unterscheidung zwischen intentionaler Fehlinformation und Fehlinformation infolge Inkompetenz	308
4. Überprüfungsobliegenheit des Erklärungsadressaten?	308
a) Grundsätzliches	308
b) Zweifelsvorbehalt bei der Information	309
III. Täuschung durch Unterlassen, Aufklärungspflichten des Erklärungsadressaten und Informationsgewinnungskosten	309
1. Grundsätzliches	309
a) Aufklärungspflicht als Grundvoraussetzung	309
aa) Aufklärungspflicht und erkennbare Interessengegensätze zwischen den Beteiligten 310 – bb) Zurückhalten für die eigene Position ungünstiger Informationen und legitime Verhandlungstaktik 311 – cc) Regelmäßig keine Aufklärungspflicht zu Lasten einer verhandlungsschwächeren Partei 312 – dd) Berufstypische Vorkenntnisse und Informationsvorsprünge 312	313
b) Informationsgehalt des Schweigens	313
c) Kosteneffizienz und Verteilung von Informationskosten	315
d) Zeitpunkt	315
2. Information als Wirtschaftsgut	315
3. Informationszuweisung infolge Investition?	315
a) Geschäftssphärentheorie?	316
b) Informationsgewinnung und free rider-Effekte	316
aa) Ausgangslage 316 – bb) Recht des geistigen Eigentums als mögliches Paradigma 317 – cc) Verallgemeinerung des Investitionsansatzes und § 87 a I 1 UrhG 317 – dd) Expertenwissen 320 – ee) Ausgrenzen unerlaubter oder sozial schädlicher Informationsverschaffung aus dem Bereich schützenswerter Investitionen 321	

4. Fehlende Notwendigkeit einer Aufklärung über dem Erklärenden ohne größere Kosten zugängliche Informationen	322
5. Mindestbedeutung der Information für die Erklärung	323
6. Aufklärungspflicht bei dem Erklärungsadressaten präsenten, ohne Kosten gewonnenen Informationen?	323
a) Kostenaspekt per se nicht ausschlaggebend	323
aa) Ressourcenverbrauch bei Informationsgewinnung durch den Erklären- den 323 – bb) Informationsrente und Nullsummenspiel 324	
b) Zerstörung erkennbarer Motivation des Erklärenden	325
aa) Höherer kumulierter Gesamtnutzen bei Nichtinformation 325 – bb) Null-summenspiel bei Nichtinformation 326	
7. Informationsqualität	326
IV. Zuweisung der Informationsverantwortung durch Fragen des Erklärenden	327
1. Fragerecht und Konkretisierung	327
a) Fragerecht als Versicherung	327
b) Anreize gegen die Ausübung eines Fragerechts	328
aa) Aufwand für Formulierung des Fragenprogramms 328 – bb) Fragen- programm als Streitpunkt und Erhöhung der Transaktionskosten 328 – cc) Gefahr einer Antwortverweigerung 328 – dd) Gefahr einer Kommuni- kationsverfälschung durch Zwischenpersonen 329 – ee) Wahrscheinliche Reduktion der Bereitschaft des Erklärungsadressaten zu Spontanäußerungen 329 – ff) Gefahr, ein lohnendes Geschäft zu verlieren 329 – gg) Anderweitige Konzessionen als Preis für eine Antwort 329 – hh) (Partielles) Offenlegen der eigenen Verhandlungstaktik 330 – ii) Aufwand für Prüfen von Antworten 330 – jj) Steuerungsfunktion der gegenläufigen Anreize 330	
c) Verweigern der Antwort durch den Erklärungsadressaten	331
d) Rechtliche Anerkennung und Grenzen des Informationsinteresses	332
aa) Grundsätzliches 332 – bb) § 16 I 3 VVG als Paradigma 332 – cc) Wert- urteil als Nicht-Information 332	
e) Risiken aus der Frageformulierung beim Fragenden	333
f) Relevanz der Frage für das konkret anzubahnende Rechtsverhältnis	334
aa) Sachliche Relevanz 334 – bb) Zeitliche Relevanz 334	
2. Abwägung gegen berechtigte persönliche Geheimhaltungsinteressen des Erklärungsadressaten	334
a) Grundsätzliches	334
aa) Allgemeines Persönlichkeitsrecht des Erklärungsadressaten 334 – bb) Ver- minderter Wert unzulässiger Fragen für den Erklärenden 335	
b) Fragerecht des Arbeitgebers im besonderen	335
aa) Leitlinien 335 – bb) Reduzierung des Eingriffsrisikos durch Aufspalten in einzelne bezogene Einzelfragen 336 – cc) Einfluß von Diskriminierungs- verboten 336 – dd) Frage nach dem Vorgehalt 337	
3. Abwägung gegen Drittbindungen des Erklärungsadressaten	337
V. Widerrechtlichkeit der Täuschung	338
VI. Effektive Einschränkung durch Erfordernis subjektiver Arglist?	339
1. Arglist als bedingter Tatbestandsvorsatz	339
2. Arglist als verobjektiviertes Konzept	340
a) Grundsätzliches	340
b) Angaben ohne Kenntnis der Umstände	341

c) Irrelevanz von Leichtgläubigkeit oder fahrlässiger Unkenntnis des Erklärenden	341
d) Behauptete Kenntnis des Erklärenden von der relevanten Tatsache bei Täuschung durch Unterlassen	342
VII. Notwendige Sanktionierung der fahrlässigen Täuschung analog §§ 123 I Var. 1; 124 BGB	342
1. Bedürfnis nach einer Sanktionierung von Aufklärungspflichtverletzungen unterhalb der Vorsatzschwelle	343
2. Rechtsfolgenseite	344
a) Anfechtungsrecht als Gestaltungsrecht	344
b) Mangelnde Überzeugungskraft der Gegenargumente	345
c) Mangelnde Differenzierungsmöglichkeit nach Art des § 254 BGB als Nachteil?	345
VIII. Irreführung durch unwahre Werbeangaben als materieller Täuschungstatbestand	346
1. Grundsätzliches	346
a) Information durch Werbung	346
b) Irrelevanz der fehlenden Verweisung auf die subjektiven Voraussetzungen des § 4 UWG	347
2. Ausnahmeweise Unterbrechung der Kausalkette	347
3. Keine Differenzierung nach privatem oder gewerblich-beruflichem Erwerb des Kunden	348
4. Rechtspolitische Perspektive	348
§ 16 Aufhebung der freien Willensentscheidung durch Drohung	349
I. Drohung	349
1. Grundsätzliches	349
2. Drohung und strafrechtlicher Nötigungstatbestand	350
3. Drohung als nichtnutzensteigerndes Nullsummenspiel	350
4. Finale Ausrichtung der Drohung	351
a) Objektive Finalität	351
b) Begrenzte Relevanz der subjektiven Befindlichkeit des konkreten Erklärenden aa) Drohung und auf Furcht des Bedrohten abstellendes metus-Konzept 351 – bb) Drohung als nach dem verobjektivierten Empfängerverständnis auszu- legende Äußerung 352 – cc) Abgleich mit den strafrechtlichen Maßstäben bei § 240 I Var. 2 StGB 353 – dd) Ausnutzen einer Opferstigmatisie- rung 354 – ee) Drohungen unter Mentalreservation und Wirkungsweise von Bluffs 355	351
II. Rechtswidrigkeit und Mittel-Zweck-Zusammenhang	355
1. Grundsätzliches	355
a) Traditionelle Rechtswidrigkeitsformel	355
b) Drohungen gegen Dritte	356
2. Inaussichtstellen einer Klagerhebung	357
3. Inaussichtstellen einer Strafanzeige	358
a) Strafanzeige und Risiko des Anzeigenden	358
b) Schadenswiedergutmachung als sekundärer Zweck des Strafverfahrens	358
c) Soziale Stigmatisierung	360
d) Drohkulissen nach Einleitung eines Strafverfahrens	361

4. Inaussichtstellen eines Insolvenzantrags	361
a) Begründeter Insolvenzantrag und Aussichten für den Gläubiger	361
b) Drohpotential eines Insolvenzantrags	362
c) Gefahr der kostenpflichtigen Abweisung eines Insolvenzantrags und Drohphase	363
d) Schadensersatz wegen mutwilligen Insolvenzantrags als Abschreckung?	364
e) Anspruch auf Unterlassen der Insolvenzantragstellung und präventiver Rechtsschutz	365
5. Inaussichtstellen eines Insolvenzantrags als Druckmittel gegen konkurrierende Gläubiger	366
6. Inaussichtstellen eines vertragswidrigen Verhaltens	366
a) Wirtschaftlicher Hintergrund	366
b) Ausschließliche Regulierung über das Leistungsstörungenrecht?	367
7. Inaussichtstellen der Beseitigung einer eigenen Vertragserklärung	368
8. Inaussichtstellen der Verweigerung einer eigenen Zustimmung oder der Beendigung einer Geschäftsbeziehung	368
III. Subjektivierung der Drohung oder ihrer Rechtswidrigkeit?	369
1. Trennung von Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld	369
a) Vergleich mit § 823 I BGB	369
b) Gegenschluß aus dem Arglistserfordernis bei der Täuschung	370
c) Keine Privilegierung der Eigen- gegenüber der Drittdrohung	370
d) Ausschluß ansonsten zu nahe liegender Verteidigungsmöglichkeiten	370
e) Kein Verschuldensprinzip bei bloßer Abschöpfung von Vermögensvorteilen	371
2. Finalität der Drohung und subjektiver Tatbestand	371
3. Schutz des Erklärenden bei Subjektivierung des Drohungstatbestands	371
4. Subjektiver Tatbestand und Prognoserisiken	372
a) Prognose über effektive Durchsetzbarkeit und Erfolg einer Rechts- behelfsausübung	372
b) Zuweisung von Prognoserisiken	372
c) Unterschiedliche Gegenanreize bei Ausgestaltung des Rechtsbehelfs als Gestaltungsklage- oder als Gestaltungsrecht	373
5. Drohpotential, Beeinflussungstaktik und objektives Konzept	374
6. „Spiel mit dem Abgrund“ und Ausschluß innerer Vorbehalte	374
a) Regulierung der Attraktivität von brinkmanship	374
b) Rechtliche Unbeachtlichkeit innerer Vorbehalte	375
7. Arbeitgeberseitige Androhung einer Kündigung	375
a) Androhung einer Kündigung und Abschluß eines Aufhebungsvertrages	375
b) Maßstab des „verständigen Arbeitgebers“	376
aa) Kein Erfordernis objektiver Rechtfertigkeit der angedrohten Kündi- gung 376 – bb) Möglichkeit einer Beratungsempfehlung für den Arbeitgeber und Konturierung 377	
c) Potentielle repeat player-Situation des Arbeitgebers	377
§ 17 Diskrepanz zwischen Erklärtem und vom Erklärenden Gewolltem	379
I. Ratio der Irrtumsanfechtung	379
1. Gewährleistung materieller Selbstbestimmung	379
2. Wohlfahrtsaspekte	380

a) Übermäßige gesamtgesellschaftliche Vorsichtskosten bei Nichtzulassen der Irrtumsanfechtung	380
aa) Überoptimale Sorgfaltskosten 380 – bb) Reduktion des sozial nützlichen Aktivitätsniveaus 380	
b) Kosten von Irrtumsvermeidungsmaßnahmen, Kompensationspflicht und Kosten aus der Bindung	381
c) Anfechtbarkeit und erkennbare Irrtümer	381
II. Fehlerhaftigkeit und Unfreiheit des Willens	382
1. Fehlerhaftigkeit wegen Irrtums	382
2. Fehlerhaftigkeit und Unfreiheit infolge Drohung	382
3. Fehlerhaftigkeit und Unfreiheit infolge Täuschung	383
III. Bewußt riskante Entscheidung auf erkannt unsicherer Informationsbasis . . .	383
1. Grundsätzliches	383
a) Ersparnis zusätzlicher Informationskosten	384
b) Ersparnis eines Preises für ein ausbedungenes Lösungsrecht	384
aa) Kompensationsersparnis 384 – bb) Kompensationspflicht nach § 122 BGB als Ausgleich bei unterstellter Zulässigkeit der Anfechtung? 384	
2. Unterschreiben eines nicht gelesenen Erklärungstextes als Beispiel	385
a) Unterschreiben zugandenermaßen überhaupt nicht bedachter Erklärungstexte	385
b) Irrelevanz angeblicher grober Vorstellungen über den Erklärungstext	386
c) Schutz gegen untergeschobene Erklärungen durch Täuschungsanfechtung . . .	387
3. Sprachrisiken und Irrtumsrecht	389
a) Sprachunkundige und Irrtumsrecht	389
aa) Sprachunkundigkeit als generelles Defizit des Erklärenden und daraus folgende Strategien 389 – bb) Grundsätzliche Risikoübernahme bei Erklärung in nicht verstandener Sprache 389 – cc) Täuschungsanfechtung bei gezieltem Ausnutzen der Sprachunkundigkeit durch den Erklärungsadressaten 390	
b) Analphabeten und Irrtumsrecht	391
IV. Abgrenzung beachtlicher Irrtümer von unbeachtlichen bloßen Motiven	391
1. Motive als interne Elemente in der Person des Erklärenden	392
a) Beweisprobleme bei unterstellter Relevanz von Motivirrtümern	392
b) Ersparnis zusätzlicher Informationskosten	393
c) Ersparnis eines Preises für ein ausbedungenes Lösungsrecht	393
d) Keine Externalisierung von Spekulationsrisiken	394
e) Korrespondieren von Chancen und Risiken der Motivverwirklichung	394
2. Erklärender als Interpret seines eigenen Willens bei Relevanz des Motivirrtums	394
3. Objektivierbarkeit	395
a) Formaler Selbstbestimmungsbegriff	395
b) Objektivierbarkeit der Motivlage beim Irrtum über Sacheigenschaften	395
4. Nichtberücksichtigung von Motiven als Benachteiligung der weniger geschäftsgewandten Partei?	397
a) Informiertheit und Potential zu nachträglichen selbstbegünstigenden Behauptungen	397
b) Rechtsfolgenirrtum und Zuweisung von Verantwortlichkeit	397
c) Wechsel in der Verantwortlichkeit bei Aussagen des Erklärungsadressaten über die Rechtslage	399

5. Differenzierung zwischen erklärungs- und bloß personenbezogenen Elementen	400
a) Grundsätzliches	400
b) Anreizstruktur	400
aa) Erhöhter Vorbereitungsbedarf und Erhöhung der nicht abwälzbaren Transaktionskosten 400 – bb) Konflikt zwischen Offenlegung der Motive und Verfolgen egoistischer Ziele 400 – cc) Erschweren der Konsensbildung 401	
6. Hypothetisches Absicherungsrisiko des Erklärungsadressaten und Erhöhung der Transaktionskosten	401
V. Erweiterung des Willensschutzes im Erbrecht	401
1. Schutz des Erblasserwillens bei der Testamentsanfechtung	401
a) Grundsätzliches	401
b) Materielle Eigeninteressen der Anfechtungsberechtigten und materiellrechtliche Standschaft	402
c) Zulassung des Motivirrtums als Anfechtungsgrund	403
aa) Grundsätzliches 403 – bb) Unbedenklichkeit der Relevanz von Motivirrtümern des Erblassers bei der Testamentsanfechtung 404 – cc) Abgrenzung des Bereichs relevanter Motive 404	
2. Schutz des Erblasserwillens durch Selbstanfechtungsrecht bei erbvertraglichen Verfügungserklärungen	405
VI. Realisierung von Kommunikationsrisiken	406
1. Risiken in der eigentlichen Erklärungshandlung	406
2. Risiken in der Erklärungsübermittlung als solcher	407
a) Grundsätzliche Zuweisung von Übermittlungsrisiken an den Erklärenden	407
b) Spezifische ratio des § 120 BGB	408
c) Anstaltsbegriff des § 120 BGB im Zeitalter elektronischer Kommunikation	408
aa) Erfasste Risikoquellen 408 – bb) Partielle Differenzierung bei Push-Diensten auf Seiten des Erklärungsadressaten 409	
3. Veränderung der Erklärung durch dem Erklärenden nicht spezifisch zuzurechnende externe Ursachen	409
a) Grundsätzliches	409
b) Vorsätzlich falsch übermittelnder Bote als Sonderisiko?	409
aa) Kein Zugang einer Erklärung des Erklärenden? 410 – bb) Eigenmächtiges Aufschwingen des Boten zum falsus procurator? 411 – cc) Systematischer Zusammenhang mit § 119 BGB 411 – dd) Wertung des § 123 II 1 BGB? 412 – ee) Ineffizienz einer Haftung für vorsätzlich verfälschende Boten? 412 – ff) Regreßmöglichkeiten und Verantwortlichkeitsallokation 413 – gg) Fehlgehen eines Vergleichs mit einem nur angeblichen Boten 414	
4. Dem Erklärungsadressaten zugewiesene Kommunikationsrisiken in seinem Empfangsbereich	415
a) Grundsätzliches	415
b) Effizienz der Risikozuweisung	415
§ 18 Unsicherheitszustand, insbesondere aus der Sphäre der Gegenpartei	416
I. Vermeiden unnötiger und frustrationsgefährdeter Vorhaltekosten	416
II. Vermeiden einer Spekulation des Erklärungsadressaten bei nur einseitiger Bindung	416

III. Schutz rechtsgeschäftlichen Grundvertrauens und Reduktion von Vorsichtskosten	417
§ 19 Freie Willensentscheidung	417
I. Betroffene Beseitigungsrechte	417
1. Testamentswiderruf und Auslobungswiderruf	417
a) Gemeinsames und Trennendes	417
b) Grundlagen des Rechts zum Testamentswiderruf	418
2. Widerruf von Machtgeschäften	419
3. Überholendes Widerrufsrecht	420
4. Einseitig vorbehaltenes Widerrufsrecht	420
5. Vertragliches Reurecht in Abhängigkeit von der Ausgestaltung	421
II. Erforderliche Signalwirkung der erklärten Beseitigung	421
Zusammenfassung zu Teil III	421

Teil IV

Struktur der Beseitigung von Erklärungswirkungen

§ 20 Zweiaktigkeit von Erklärung und Beseitigung	426
I. Notwendigkeit einer eigenen Beseitigungserklärung	426
1. Beseitigungsobjekt und Beseitigungshandlung	426
2. Klarheit durch Zwang zur Entscheidung und zu deren Kundgabe	426
a) Entscheidungszwang	426
b) Kundgabe als Orientierungsmarke für Erklärungsadressaten und Rechtsverkehr	427
c) Ausfluß eines Aufdrängungsverbots	428
3. Kosten und Effizienz	428
a) Vergleich mit Alternativen zur Erklärungsanfechtung	428
aa) ipso iure-Nichtigkeit 428 – bb) Konstitutive richterliche Gestaltung 429	
b) Formalatbestände und Reaktionsmöglichkeiten	429
4. Geltendmachung eines Beseitigungsanspruchs als Quasi-Beseitigungserklärung	430
a) Fehlende ipso iure-Gestaltungswirkung des Anspruchs	430
b) Anspruchgeltendmachung als vom Berechtigten ausgehendes aktives Realisierungselement	430
5. Tathandlungen mit Bedeutungsgehalt als konkludente Beseitigungs- erklärungen	431
II. Abgrenzung zu aus sich heraus unwirksamen Willenserklärungen	432
1. Gestaltung statt Unsicherheitspotential	432
2. Schutz des Erklärenden und Ausschluß eines Quasi-Reurechts für den Erklärungsadressaten	432
III. Potestativrechtsbedingung	433
1. Grundsätzliches	433
2. Konstitutive, nicht bloß deklaratorische Wirkung	433
3. Keine Geltendmachung des materiellen Rechts gegen einen Rechtsschein	434

§ 21 Abwägung zwischen Interessen des Erklärenden und Bindungsinteressen des Erklärungsadressaten sowie des Rechtsverkehrs	435
I. Lösungsinteresse des Erklärenden	435
1. Lösungsinteresse aus rationalem Vorteil-Nachteil-Vergleich	435
2. Lösungsinteresse aus „subjektiver Entrüstung“ und Vertrauen als principal-agent-Beziehung	435
II. Schutz des Vertrauens des Erklärungsadressaten	435
1. Primärschutz als Bestandsschutz durch Aufrechterhalten der Bindung ..	435
a) Unwiderruflichkeit aus dem Grundverhältnis bei Machterklärungen	436
aa) Ausnahmen aus dem Grundverhältnis bei einer Vollmacht 436 – bb) Ausnahmen aus dem Grundverhältnis bei einer Einwilligung 437	
b) Unzumutbarkeit der Beseitigung für Erklärungsadressaten bei Massengeschäften?	438
aa) Massengeschäfte und Rationalisierungspotential 438 – bb) Giroüberweisungsauftrag als Beispiel für Unzumutbarkeit? 439	
2. Sekundärschutz durch Kompensationsschutz (finanzieller Ausgleich) ...	440
a) Subsidiarität des Sekundärschutzes gegenüber dem Primärschutz	440
b) Kompensation als Preis für die Beseitigung	441
c) Steuerungsfunktion einer Kompensationspflicht	441
d) Wechselbeziehung zwischen Primär- und Sekundärschutz	443
3. Unbeachtlichkeit des Vertrauens des Erklärungsadressaten	443
a) Gesetzgeberische Wertung über die Unwirksamkeit der Erklärung vor der Beseitigung	443
b) Vorangegangenes Verschulden	443
aa) Vorsätzliche Veranlassung des Erklärenden zur konkreten Erklärung 444 – bb) Verletzung einer Aufklärungspflicht 444	
c) Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis vom Defekt der Erklärung	444
4. Besonderer Vertrauensschutz für Erklärungsadressaten bei Mittelstellung in einer Kette oder sonstigen eigenen Drittbeziehungen des Erklärungsadressaten?	445
a) Grundsätzliches	445
b) Erklärungsadressat als wirtschaftlicher Vermittler	445
5. Vertrauensschutz durch Reurechtsausschluß	445
III. Beachtung der Interessen (mittelbar) betroffener Dritter?	446
1. Beachtung von Drittinteressen als Teil von Rechtssicherheitsinteressen und Interessen des allgemeinen Rechtsverkehrs	446
a) Grundsätzliches	446
b) Sogenannte Unanfechtbarkeit wertpapierrechtlicher Erklärungen	447
c) Einschränkung eines Scheckwiderrufs nach Art. 32 I ScheckG	449
d) Widerruf bei Machtgeschäften nur bis zum Vollzug	450
aa) Unwiderruflichkeit einer erteilten Genehmigung 451 – bb) Einschränkungen des Anweisungswiderrufs durch § 790 S. 1 BGB 451 – cc) Kein Entfallen der Vertretungsmacht bei Widerruf der Vollmacht nach Abschluß des Vertretergeschäfts 452	
2. Verpflichtung des Erklärenden gegenüber Dritten, sein Beseitigungsrecht nicht auszuüben	452
3. Konfliktlösung über Akzessorietät bei bestimmten Verpflichtungen ...	452
a) Einrede der Anfechtbarkeit nach §§ 770 I BGB; 129 II HGB als Modellfall ...	452

aa) Grundsätzliches	452	–	bb) Bestehen des hauptschuldnerischen Beseitigungsrechts als Voraussetzung	454	–	cc) Einrede und Informationsproblem	455	–	dd) Einrede bei Eingehen der Bürgschaftsverpflichtung trotz Kenntnis der Anfechtbarkeit?	456
b) Sachliche Erweiterung des § 770 I BGB	457									
aa) Ausdehnung in Fällen anderer Beseitigungsrechte des Hauptschuldners	457	–	bb) Persönliche Ausdehnung auf alle akzessorischen Haftungsschuldner	457	–	cc) Einrede der Anfechtbarkeit gegenüber dem Zessionar für debitor cessus?	457	–	dd) Einrede der Anfechtbarkeit für Versprechenden beim Vertrag zu Gunsten Dritter?	460
4. Beseitigungswirkung gegenüber Dritten im verfügungsrechtlichen Bereich und Gutglaubensgrundsätze	460									
a) Anfechtungswirkungen im Drittverhältnis und § 142 II BGB	461									
aa) Beseitigungswirkung im Verhältnis zu Dritten	461	–	bb) Verweisung hinsichtlich der Gutglaubensmaßstäbe	462	–	cc) Bezugspunkt des Kennens oder Kennenmüssens	463	–	dd) Keine Beschränkung der Drittwirkungen des § 142 II BGB auf den verfügungsrechtlichen Bereich	464
b) Übertragbarkeit des § 142 II BGB auf andere Beseitigungsrechte?	464									
aa) Grundsätzliches	464	–	bb) Übertragbarkeit bei vereinbarten Widerrufsrechten?	465	–	cc) Übertragbarkeit bei überholenden Widerrufsrechten?	466	–	dd) Übertragbarkeit bei Verbraucherschützenden Widerrufsrechten?	466
ee) Keine Übertragbarkeit auf ermächtigungsrechtliche Widerrufsrechte	467	–	ff) Keine Übertragbarkeit bei Aufhebungsvereinbarungen und Ansprüchen aus culpa in contrahendo	468						
5. Ausschluß von Anfechtung oder Widerruf einer ausgeübten Vollmacht?	468									
a) Keine verdrängende Wirkung der ermächtigungsrechtlichen Widerrufsregelung	469									
b) Besonderer Vertrauenstatbestand und Einschränkungen der Anfechtungswirkung durch § 172 BGB	470									
c) Doppeltes Anfechtungsrisiko des Partners des Vertretergeschäfts	470									
d) Mögliche Vielzahl betroffener Dritte	471									
e) Vergleich mit der Anscheinsvollmacht	471									
f) Bevollmächtigung und Verbraucherschützende Widerrufsrechte	472									
aa) Irrelevanz der Fragestellung wegen Bestehens des vollmachtrechtlichen Widerrufsrechts?	472	–	bb) Kein Umkehrschluß aus § 492 IV 1 BGB	473	–	cc) Notwendige Schutzdoppelung?	473	–	cc) Widerrufs ausschluß durch Abschluß des Vertretergeschäfts?	474
6. Verpflichtung zum Ersatz des Vertrauensschadens Dritter	474									
7. Genereller Beseitigungsausschluß bei Erklärungen in Gerichtsverfahren?	475									
a) Formenstrenge des Prozesses	475									
b) Rechtstatsächliches als Einschränkung der relevanten Fallgruppen	475									
c) Ansehen der Rechtspflege und richterliche Kontrolle im Prozeßgeschehen	476									
aa) Beeinträchtigung des Ansehens der Rechtspflege?	476	–	bb) Richterliche Kontrolle als weitere rechtstatsächliche Einschränkung	476	–	cc) Materiellrechtliche Filter und richterliche Kontrolle bei Prozeßverträgen	476			
d) Anerkenntniserklärung und Anerkenntnisurteil	477									
e) Doppelnatur von Prozeßerklärungen und Geltung materieller Regeln	478									
f) Ausgleich durch prozeßrechtlich induzierte Widerrufsrechte?	478									

aa) Schonung der knappen Ressource Justiz 478 – bb) Unerträgliche Länge der materiellrechtlichen Fristenatbestände? 479 – cc) Weitergehende Reichweite prozessualer Widerrufsrechte 479 – dd) Partieller Rekurs des Prozeßrechts auf das materielle Recht 479	
8. Differenzierung nach Vorliegen einer verfahrensrechtlich nicht mehr angreifbaren Entscheidung bei der Beseitigung von Erklärungswirkungen im Patentrecht?	479
9. Besonders formalisierte Verfahren	480
a) Öffentlich registrierte Erklärungen	480
b) Beseitigung der Zustimmungserklärung eines Gesellschafters zu einem Akt der Gesellschaft	481
IV. Allgemeine Rechtssicherheitsinteressen in gesamtgesellschaftlichen Ausnahmesituationen	481
1. Rückerstattungsrecht nach dem Zweiten Weltkrieg und nach dem Ende der DDR	482
2. Aufwertungsrecht in der Inflationszeit	483
§ 22 <i>Besonderheiten bei statusbegründenden Willenserklärungen</i>	483
I. Überwiegen des Rechtssicherheitsinteresses	483
II. Notwendigkeit der Aufhebung des staatlichen Aktes bei Inkorporation der Erklärung in einen besonderen staatlichen Akt	483
III. Anwendungsfälle	485
1. Aufhebung einer Ehe durch Gestaltungsurteil nach Aufhebungsklage	485
a) Grundsätzliches	485
b) Gesetzesentwicklung	485
c) Erhöhte Anfechtungsfestigkeit der Eheschließung	487
2. Gestaltungsklage bei Anfechtung der Vaterschaftsanerkennung als Unterfall einer Vaterschaftsanfechtung	488
3. Gerichtliche Aufhebung der Adoption auf Antrag	489
a) Aufhebungsverfahren bei Irrtum, Täuschung oder Bedrohung des Einwilligenden	489
b) Grundsatz der Unwiderruflichkeit von Einwilligungserklärungen nach § 1750 II 2 Hs. 1 BGB	490
c) Geltung der allgemeinen Beseitigungsrechte vor Abschluß des Adoptionsverfahrens?	490
aa) Grundsätzliche Geltung der Anfechtungsregeln 490 – bb) Analoge Anwendung des § 1760 II BGB 491	
Zusammenfassung zu Teil IV	492

Teil V

Besondere Gründe für einen Ausschluß der Beseitigungsberechtigung

§ 23 <i>Ausschluß des Beseitigungsrechts wegen Unvereinbarkeit mit dem Inhalt des von der Beseitigung betroffenen Rechtsgeschäfts</i>	494
I. Widerspruchsfreiheit und Interessengewichtung	494

II. Risikenfehleinschätzung bei Risikogeschäften	494
1. Grundsätzliches	494
a) Zukunftsgerichtetheit des Risikos	494
b) Spekulation als Motiv für den Geschäftsabschluß	495
c) Risikenfehleinschätzung als allgemeiner Beschränkungsansatz	495
2. Fehleinschätzung des Werts als Risiko	495
a) Untauglichkeit rein begrifflicher Ausgrenzung aus dem Eigenschaftsbegriff	495
b) Nichtaufwendung kenntnis erhöhender Kosten als entscheidender Grund	496
c) Vermeiden von free rider-Effekten	496
d) Gleichlaufende Risikenverteilung bei erfolgreicher wie bei fehlschlagender Suche	497
3. Irrtum über die Vertrauens- oder die Kreditwürdigkeit des Erklärungsadressaten als geschäftsimmanentes Risiko	497
a) Kosten einer Bonitätsprüfung und Risikozuweisung	497
b) Irrelevanz nach Leistungsaustausch	498
c) Anfechtung des Erfüllungsgeschäfts und § 454 BGB aF	499
d) Hinreichende Einschränkung über subjektive Seite des Irrtums?	499
e) Wertung der §§ 321; 490 I BGB	500
f) Wertung des § 26 KO	501
aa) Bevorzugung des Sach- gegenüber dem Geldleistungsgläubiger	501
bb) argumentum a fortiori für die Lage unter der InsO	502
4. Irrtum über Eigenschaften der eigenen Person als geschäftsimmanentes Risiko	502
5. Beschaffenheitsgarantie und Eigenschaftszusicherung als Geschäft auf eigenes Risiko	503
6. Interzessionen im besonderen	503
a) Sicherungszweck der Interzession	503
b) Prognoserisiko hinsichtlich zukünftiger Entwicklungen	504
c) Ausnahme bei Irrtum über Kalkulationsgrundlage zum Zeitpunkt der Erklärungsabgabe?	504
7. Vergleiche im besonderen	505
a) Einigung über Vergleichsgegenstand als wesensmäßiges Risikogeschäft	505
b) Informationsverschleierung und arglistige Täuschung	506
c) Parallele Behandlung kausaler Schuldanerkenntnisse	507
8. Entgeltliche Erbverzichtsverträge im besonderen	507
9. Ausnahme bei Verantwortlichkeit des Erklärungsadressaten für die Risikenfehleinschätzung	508
10. Änderung der Rechtslage nach Abgabe der Erklärung	508
11. Ausschluß des fernabsatzrechtlichen Widerrufsrechts für Wett- und Lotteriedienstleistungen	509
12. Widerrufsrechtsausschluß für volatile Finanzdienstleistungen	509
III. Stellvertretung als Quasi-Risikogeschäft	510
1. Anfechtungsausschluß durch § 164 II BGB	510
a) Keine Möglichkeit, Erklärungshaftung von sich abzuwälzen	511
b) Kein Aufdrängen eines Vertragspartners für Gegenpartei	512
2. Umkehrung des § 164 II BGB bei irrtümlicher Erklärungsabgabe in fremdem statt im eigenen Namen?	512

§ 24 <i>Ausschluß des Beseitigungsrechts infolge Zweckerfüllung der Erklärung</i>	512
I. Grundsätzliches	512
II. Vornahme des drittgerichteten Geschäfts als Zäsur bei Machtgeschäften ..	513
III. Leistungserbringung als Zäsur im Verbraucherschutzrecht	513
1. Allgemeines	513
a) Altrechtliche Lage	513
b) Suche nach einer ratio für die altrechtliche Regelung	514
2. Vorverlagerung auf Zeitpunkt der ersten Teilleistung des Erklärenden nach § 8 IV 4, V 4 VVG 1994	515
3. Sofortige Erfüllung als Ausschlußtatbestand bei Bagatellgeschäften nach §§ 312 III Nr. 2 BGB; 1 II Nr. 2 HWiG	516
4. Vorzeitige einvernehmliche Erbringung von Dienstleistungen unter §§ 312 d III BGB; 3 I 3 Nr. 2 lit. b FernAbsG	517
a) Tatbestand	517
b) Fehlen einer überzeugenden ratio	518
c) Mißbrauchsgefahr	519
5. Vorzeitige vollständige Erfüllung unter Art. 6 II lit. c RiLi 2002/65/EG ..	520
IV. Ausschluß der Anfechtung wegen Erweiterung der Beurteilungsbasis	520
1. Ex post-Beurteilung auf Faktenbasis im Kontrast zu prognostischer ex ante-Beurteilung	520
2. Nähe zur Verwirkung des Anfechtungsrechts	521
V. Ausschluß als Quasi-Heilung des Erklärungstatbestands	521
§ 25 <i>Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung und besondere Anfechtungsausschlüsse</i>	522
I. Anfechtungsausschluß bei fingierten oder unwiderleglich vermuteten Erklärungen	522
1. Begründung	522
a) Normatives Ignorieren des später geäußerten wirklichen Willens	522
b) Gegenschluß aus § 1956 BGB	522
2. Anwendungsfelder im allgemeinen	523
a) Schweigen mit zugeschriebener Erklärungsbedeutung	523
b) Rechtlich erzwungene Erklärungen	523
3. Ausnahmen	523
a) Drohungsfälle	523
b) Anfechtung wegen anderen Irrtums	523
c) Analogie zu § 120 BGB bei Verlust einer widersprechenden Erklärung?	524
II. Beispiele für eine Anwendung des Grundsatzes	524
1. Anfechtungsausschluß für Schweigen mit Erklärungsbedeutung im Handelsverkehr	524
a) Schweigen auf kaufmännisches Bestätigungsschreiben	524
b) Schweigen auf unsorgfältig gelesenes kaufmännisches Bestätigungsschreiben	525
c) Unterstellte Kenntnis von Handelsbräuchen	526
2. Betriebliche Übung und Irrtumsanfechtung	526
a) Grundsätzlicher Ausschluß der Irrtumsanfechtung	526

b) Anfechtung bei Irrtum über die tatsächlichen Grundlagen der betrieblichen Übung?	528
c) Folgeprobleme bei Zulassung der Anfechtung	528
aa) Rechtzeitigkeit und Anforderungen an die Anfechtungserklärung 528 – bb) Adressat der Anfechtungserklärung 529	
3. Gesetzliche Vergütungsfestsetzungen als Anfechtungsausschluß	529
III. Erfüllung von Naturalobligationen und Anfechtungsausschluß	531
IV. Ersetzen der Irrtumsanfechtung durch besonderes Rücktrittsrecht des Versicherers	531
V. Beschränkung des Anfechtungsrechts aus § 123 I Var. 1 BGB für Versicherer?	532
1. Beschränkung auf Grund Verletzung einer Obliegenheit zur Risikoüberprüfung?	532
2. Fehlende Rechtfertigung durch Treu und Glauben	533
3. Unvereinbarkeit mit Wertungen der §§ 16-22 VVG	533
4. Unterlaufen der Anfechtungsfrist	534
5. Hinreichender Schutz des Versicherungsnehmers durch Verteilung der Darlegungs- und Beweislast	534
VI. Kein Anfechtungsrecht des AGB-Verwenders bei Nichteinbeziehung oder (Teil-)Unwirksamkeit seiner AGB	535
Zusammenfassung zu Teil V	536

Teil VI

Sekundärschutz durch Kompensationsleistung als Preis der Beseitigung

§ 26 <i>Abstufung nach dem Fortschritt des Erklärungs- und Bindungsprozesses</i>	538
I. Widerruf vor oder mit Zugang der empfangsbedürftigen Erklärung nach § 130 I 2 BGB	538
1. Fehlendes schutzwürdiges Interesse des (nur prospektiven) Erklärungs- adressaten	538
2. Schadensersatz wegen Verletzung einer besonderen Verpflichtung zum Unterlassen eines Widerrufs	539
II. Widerruf des Angebots vor Absenden der Annahme nach Art. 16 CISG	539
III. Analoge Anwendung des § 122 BGB bei Widerruf sachenrechtlicher Einigungserklärung?	541
§ 27 <i>Finanzieller Vertrauensschutz bei einseitigen Beseitigungsrechten</i>	541
I. § 122 BGB als gesetzlicher Modellfall	541
1. Garantiehftung auf Entschädigung	541
a) Trennung von Verantwortlichkeit und culpa	541
b) Garantiehftung für Risiken aus der eigenen Sphäre	543
c) Verschuldensunabhängige Haftung als Dezentralisierung von Entscheidungszuständigkeit	545

2. Anfechtung als Auslöser, Erklärungsdefekt als Grund der Kompensationspflicht	546
a) Grundsätzliches	546
b) Vergleich mit der Haftung nach § 122 I Var. 1 iVm § 118 BGB	546
c) Anfechtbarkeit als Verfeinerung der Nichtigkeitslösung in der historischen Perspektive	546
d) Bedeutung der Rechtsfolgende	547
e) Kausalität für den Schaden ab Erklärung, nicht ab Anfechtungserklärung	547
3. Entschädigung für Enttäuschung von Vertrauen und Marktpreis	548
II. Schutzzumfang	549
1. Grundsätzlicher Schutzzumfang	549
2. Begrenzung des Vertrauensschadens durch das positive Interesse	550
a) Grundsätzliches	550
b) Rationes der Begrenzung	551
3. Begrenzung durch Umfang der Erklärungsbindung	551
4. Generelle Begrenzung analog § 1298 II BGB?	552
5. Schadensersatz bei anderweitig nichtigen oder anfechtbaren Rechtsgeschäften?	552
III. Konstellationen nicht schutzwürdigen Vertrauens des Erklärungsadressaten	552
1. Vorangegangenes Verschulden	553
a) Vorsätzliche Veranlassung des Erklärenden zur konkreten Erklärung	553
b) (Fahrlässige) Verletzung einer Aufklärungspflicht	553
2. Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis vom Defekt der Erklärung	553
a) Grundsätzliches	553
aa) Verhinderung ungerechtfertigter Spekulation und Anreiz zum Selbst- schutz 553 – bb) Teilung der Verantwortlichkeit für den infolge der Erklärung eintretenden Zustand 555 – cc) § 122 II BGB und die Schadensminderungs- pflicht nach § 254 II BGB 555 – dd) Geteilter Vertrauensschutz bei nur teilweise defektbehafteter Erklärung? 556	
b) Fahrlässigkeit der Unkenntnis bei Evidenz des Irrtums	556
c) Eigener Irrtum des Erklärungsadressaten	557
3. Veranlassung des Erklärungsdefekts durch den Erklärungsadressaten ohne dessen fahrlässige Unkenntnis	558
a) Allgemeines	558
b) Risikoschaffung im e-commerce und § 312 e I 1 Nr. 1 BGB	559
aa) Wertung des § 312 e I 1 Nr. 1 BGB 559 – bb) Ausnahme nach § 312 e II 1 BGB 561	
4. Ansatz zur zeitlichen Differenzierung des Vertrauensschutzes	561
IV. Ersatzfähige Positionen	562
1. Kosten und Aufwendungen für den Vertragsabschluß	563
2. Entgangener Gewinn aus unterlassenen Geschäften mit Dritten	564
a) Grundsatz	564
b) Sachgerechtigkeit	564
c) Abgrenzung zum Erfüllungsschaden	565
d) Mangelnde Praktikabilität?	565
3. Vertragserfüllungs-, Vorhalte- und Eindeckungskosten	566
4. Kosten oder Verluste aus Bindungen gegenüber Dritten	567
a) Ersatz grundsätzlich nur bei Eingehen der Drittbindung nach der Erklärung	567

aa) Grundsatz 567 – bb) Ausnahmen bei Geschäftsabschluß als leistungspflichtauslösendem Moment 567	
b) Verluste aus Deckungsgeschäften	570
c) Verwirkte Vertragsstrafen?	571
d) Besondere Aspekte bei Anfechtung von Sicherungserklärungen	571
e) Besondere Aspekte bei irrtümlicher Leistung auf fremde Schuld	572
f) Ausnahme bei Kosten eines Drittprozesses	573
g) Ausnahme hinsichtlich eines kalkulierten Verlustes im Drittgeschäft	573
5. Vom Erklärungsadressaten gezahlte Verkehrsteuern	573
6. Vom Erklärungsadressaten gezahlte Ertrag- und Personalsteuern sowie Personalsteuerverpflichtungen des Erklärungsadressaten	574
a) Steueransprüche gegen den Erklärungsadressaten	574
b) Umfang der Ersatzpflicht des Erklärenden	575
7. Kosten eines infolge der Anfechtung verlorenen Prozesses	576
a) Beurteilungsrisiko hinsichtlich gegnerischer Behauptungen	576
b) Rechtskraft der Kostenentscheidung und Aufrechnung	577
c) Wirksame Anfechtung als Vorfrage im Zweitverfahren und fehlende Rechtskraft	577
d) Ergebnis	578
8. Bereits erbrachte Leistungen des Erklärungsadressaten und Rückabwicklungskosten	578
9. Einwerbekosten für Drittgeschäfte	579
10. Kosten für Umgebung des Leistungsgegenstands	579
V. Anspruch auf Aufhebung eines Restvertrages bei Teilanfechtung?	580
VI. Analoge Anwendung des § 122 I BGB zu Gunsten gutgläubiger Erklärungsadressaten bei Drittdrohung und Drittäuschung	580
1. Analogie zu § 122 I BGB oder Direktgreß des Erklärungsadressaten beim Drohenden	580
2. Gegenschluß aus § 123 BGB?	581
3. Zuweisung des Risikos, beim Drohenden auszufallen	582
4. Analogie zu § 122 BGB bei gutgläubigem Erklärungsadressaten und Drittäuschung	583
a) Gründe für einen Analogie	583
b) Grundsätzlicher Vorrang des Primärschutzes für gutgläubige Erklärungsadressaten	583
VII. Verpflichtung zum Ersatz des Vertrauensschadens Dritter	584
1. Kreis der ersatzberechtigten Dritten bei nicht empfangsbedürftiger Erklärung	584
a) Grundsätzliches	584
b) Anfechtung einer Erbschaftsannahme	584
c) Materiell Interessierte bei amtsempfangsbedürftigen Erklärungen	585
d) Ausschreibungen der öffentlichen Hand	585
2. Ersatz des Vertrauensschadens Dritter bei empfangsbedürftiger Erklärung?	586
a) Grundsätzliches	586
aa) Wortlaut des § 122 I BGB 586 – bb) Korrelation von Bindungsrichtung und Ersatzberechtigung 586 – cc) Materielle Beteiligung des formell Dritten 587	

b) Anspruch des Drittbegünstigten nach Anfechtung der Versprechenserklärung beim Vertrag zu Gunsten Dritter?	587
c) Ersatzberechtigung von Rechtsnachfolgern des Erklärungsadressaten?	588
aa) Anfechtung rechtsbegründender Erklärung 588 – bb) Zessionskette 589	
d) Schutz des Schuldners nach Anfechtung einer Abtretungserklärung?	589
aa) Vorrang der §§ 409; 410 BGB 589 – bb) Lage bei gleichzeitiger Anfechtung der Abtretungsanzeige 589 – cc) Schadensrechtliche Aspekte 590	
e) Übertragung eines Anwartschaftsrechts und Anfechtung des Grundgeschäfts	590
f) Ausfall mit neubegründeten Forderungen als Folge erhöhter Kreditwürdigkeit?	590
aa) Erhöhte Kreditwürdigkeit des Erklärenden 590 – bb) Erhöhte Kreditwürdigkeit des Erklärungsadressaten 591	
g) Schutz des Partners des Vertretergeschäfts nach Anfechtung einer Innenvollmacht?	591
aa) Fehlende Interessengerechtigkeit und Wertungswidersprüche einer Anspruchskette 592 – bb) Anfechtung der Bevollmächtigung als wirtschaftlicher Angriff auf das Vertretergeschäft 593 – cc) Gleichbehandlung von Innen- und Außenvollmacht als Argument? 594 – dd) Vertrauensgrundlage des Dritten 594	
VIII. Kompensationspflichten bei der Beseitigung von Statuserklärungen?	595
IX. Verpflichteter des Kompensationsanspruchs	596
1. Grundsätzliches	596
2. Tragfähige ratio des § 2078 III BGB?	597
a) Fehlende Schutzwürdigkeit des Vertrauens auf die Wirksamkeit einer testamentarischen Verfügung?	597
b) Testamentsanfechtung als notwendige Drittanfechtung und mangelnde Verantwortlichkeit des Anfechtenden für den Anfechtungsgrund	597
X. Einrede aus § 122 I BGB bei Zahlungsunfähigkeit des Kompensationsverpflichteten?	598
§ 28 <i>Bewertung des Beseitigungsrechts als vorrangig</i>	599
I. Schutz des Beseitigungsberechtigten im Verbraucherschutzrecht	599
1. Grundsätzliches	599
2. Teilweise Kompensation des Unternehmers über § 357 I 1 iVm § 346 II BGB bzw. § 361 a II 6 BGB aF	600
a) Grundsätzliches	600
b) Keine Bereitstellungschädigung	601
aa) Gegenständliche Leistung 601 – bb) Keine Bereitstellungszinsen oder Vertragszinsen bei fehlender Auskehrung des Kreditbetrages 601	
c) Unerheblichkeit der tatsächlichen Nutzung	602
d) Bemessungsgrundsätze	603
aa) Besondere Rücksichtnahme durch § 357 I 1 iVm § 346 II 2 Hs. 2 BGB 603 – bb) Kein Umkehrschluß aus § 346 II 2 Hs. 2 BGB auf Unwiderleglichkeit des § 346 II 2 Hs. 1 BGB in anderen Fällen 604 – cc) Objektiver Maßstab 605	
e) Zweiseitige Anspruchsrichtung	607
II. Sphärenzuweisung des Beseitigungsgrundes	608
III. Normativ imputierte Kenntnis von der fehlenden Endgültigkeit der Bindung	608
1. Grundsätzliches	608
2. Lage bei der Auslobung im Speziellen	609

§ 29 Preis für einverständliche Aufhebung eines Vertrages bei fehlendem einseitigem Beseitigungsrecht	610
I. Ersetzung des Beseitigungsrechts durch Einverständnis der Gegenpartei	610
II. Möglichkeit einer Prämie über das Erfüllungsinteresse hinaus wegen der starken Position der Gegenpartei	610
1. Monopolisierung durch Abhängigkeit vom Willen der Gegenpartei infolge Möglichkeit der Erfüllungsklage	610
a) Grundsätzliches	610
b) Sittenwidrigkeit als Grenze	611
c) Quersubventionierung?	612
2. Vorfälligkeitsentschädigungen bei Darlehensaufhebungsverträgen	612
a) Aufhebungs-, nicht bloße Abänderungsvereinbarung	612
b) (Rück-)Veräußerung eines langfristigen Finanztitels auf einem Sekundärmarkt	612
c) Kündigungsrecht bei festverzinslichen Grundpfanddarlehen nach § 490 II 1 BGB	613
d) Analogie zu § 490 II BGB oder Aufhebungsvertragskonstruktion für andere Darlehensverträge als festverzinsliche Grundpfanddarlehen?	614
e) Konsensuale Aufhebung und Vorfälligkeitsentschädigung	614
f) Berechnungsmethoden	615
aa) Berücksichtigung des hypothetischen Tilgungsverlaufs als Grundlage	615 –
bb) Aktiv-/Passiv-Methode	617 – cc) Aktiv-/Aktiv-Methode
618	
g) Positionen der Vorfälligkeitsentschädigung	619
aa) Zinsmargenschaden und Zinsverschlechterungsschaden	619 – bb) Anteilige Ersparnis von Risiko- und Verwaltungskostenanteilen
620 – cc) Auswirkungen des einkommensteuerrechtlichen Zuflußprinzips	620 – dd) Bearbeitungskosten für vorzeitige Vertragsabwicklung
620	
h) Vergleich mit Nutzungsentschädigung nach § 495 I iVm §§ 357 I 1; 347 I 1 BGB bzw. § 7 I 1 VerbrKrG iVm § 361 a II 6 BGB aF	621
3. Abfindung beim arbeitsrechtlichen Aufhebungsvertrag	621
Zusammenfassung zu Teil VI	622

Teil VII

Ausübung des Beseitigungsrechts

§ 30 Form der Beseitigungserklärung	625
I. Gesetzlich ausdrücklich vorgeschriebene Form	625
1. Verbraucherschützender Widerruf	625
a) Textform	626
aa) Grundsätzliche Merkmale und Hintergründe	626 – bb) Übertragung von Maßstäben aus § 361 a III 1 BGB aF
627 – cc) Dokumentationssicherheit und Beweisfestigkeit bei elektronischer Kommunikation	629 – dd) e-mails
629 – ee) Website	631
b) Rücksendung der Sache	633
aa) Grundsätzliches	633 – bb) Beschränkter sachlicher Anwendungsbereich
634 – cc) Rücksenden mit Erklärungswert der Erklärungsrevokation und Vertragsauflösung	634

c) Rechtspolitische Kritik der Formmilderung	635
aa) Beweiszwecke und Verbraucherbegünstigung 635 – bb) Klarstellungs- zwecke und Interessen des Erklärungsadressaten 636 – cc) Zumutbarkeit der Schriftform für den Verbraucher 637 – dd) Europarechtliches Gebot der Formfreiheit von Widerrufserklärungen? 638	
d) Schriftlichkeit bei § 8 IV 1 VVG 1994	638
2. Anfechtung der Erbschaftsannahme oder der Ausschlagung	638
3. Testamentswiderruf	639
4. Einseitiger Widerruf wechselbezüglicher letztwilliger Verfügungen aus einem gemeinschaftlichen Testament	639
a) Striktes Formgebot des § 2271 I 1 iVm § 2296 II 2 BGB	639
b) Zugang einer Ausfertigung erforderlich?	640
aa) These von der Formbedürftigkeit des Zugangs als solchen 640 – bb) Widerlegung der These 640	
5. Selbstanfechtung des Erblassers bei Erbvertragserklärungen bzw. des überlebenden Ehegatten beim gemeinschaftlichen Testament	641
6. Widerruf der Einwilligung seitens des zu Adoptierenden	642
7. Widerruf der Vaterschaftsanerkennung	643
8. Widerruf der Hinzufügung eines Begleitnamens zum Ehenamen	643
9. Widerruf der Erklärung über die Nichtfortsetzung einer Lebens- partnerschaft	643
10. Arbeitsrechtlicher Aufhebungsvertrag	644
a) Grundsätzliches	644
b) Sachliche Anwendbarkeit des § 623 Var. 2 BGB auf arbeitsrechtliche Abwicklungsverträge?	645
11. Regelmäßiger Ausschluß konkludenter Beseitigungserklärung gegenüber Behörde	645
II. Form der zurückzunehmenden Erklärungen als gesetzlicher Grundsatz?	646
1. Quasi-akzessorische Natur des Beseitigungsrechts?	647
2. actus contrarius-Doktrin?	647
a) Gegenschluß aus dem Fehlen gesetzlicher Formvorschriften?	647
b) § 658 I 2 BGB als Grundlage einer allgemeingültigen Analogie?	647
c) Generelle Formbedürftigkeit von Aufhebungsverträgen bei formbedürftigen Ausgangsgeschäften?	648
III. Form bei vertraglichen Beseitigungsrechten	650
1. Grundsätzliches	650
2. Vertraglich vereinbarte Form für Vertragsänderungen	651
a) Abgrenzung	651
b) Geltung für Ausübung von Beseitigungsrechten?	651
c) Geltung für Aufhebungsverträge?	652
d) Aufhebung des Formerfordernisses	653
3. Form des § 2297 BGB bei Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen aus einem gemeinschaftlichen Testament durch den überlebenden Ehegatten	655
§ 31 Adressat der Beseitigungserklärung	656
I. Erklärungsadressat der zu beseitigenden Erklärung	656

II. Gegenpartei des von der Beseitigung betroffenen Rechtsgeschäfts	656
1. Grundsatz	656
2. Adressat der Beseitigungserklärung bei Einschaltung von Stellvertretern auf Seiten der materiellen Gegenpartei	657
3. Adressat der Beseitigungserklärung nach der Zession von Forderungen	657
4. Adressat der Beseitigungserklärung beim Vertrag zu Gunsten Dritter	658
a) Versprechensempfänger	658
b) Dritter neben Versprechensempfänger in den Fällen des § 123 II 2 BGB	659
III. De facto-Bestimmungsrecht der materiellen Gegenpartei im Verbraucherschutzrecht	660
1. Auswahl des Adressaten der Beseitigungserklärung durch die materielle Gegenpartei im Rahmen der Widerrufsbelehrung	660
a) Grundsätzliches	660
b) Bestimmung eines Dritten zum Widerrufsadressaten	662
c) Bestimmung mehrerer Widerrufsadressaten	663
aa) Mehrere Widerrufsadressaten zur Auswahl des Erklärenden 663 –	
bb) Unzulässigkeit der echten Kumulation von Widerrufsadressaten 663	
d) Schutz gegen den Mißbrauch des Bestimmungsrechts	663
2. Vertrauensschutz zu Gunsten des Erklärenden	664
a) Grundsätzliches	664
b) Änderung der Widerrufsadresse	664
aa) Ausschaltung von Manipulationsgefahren 664 – bb) Berechtigtes Interesse an Mitteilung einer Änderung 664	
IV. Adressat der Beseitigungserklärung bei mehreren Beteiligten	665
1. Mehrseitiges Rechtsgeschäft	665
a) Grundsatz: Beseitigungserklärungen an alle anderen Beteiligten	665
aa) Vermeiden einer Diskrepanz zwischen den Wertungen aus § 139 BGB und § 123 II BGB 665 – bb) Klarstellungsobliegenheit im Eigeninteresse des Erklärenden 666 – cc) § 351 S. 1 Var. 2 BGB als allgemeiner Grundsatz für alle Gestaltungsrechte? 666 – dd) Erschwerung der Beseitigung bei Zugangsproblemen im Verhältnis zu einem Adressaten 668	
b) Ausnahme bei verbraucherschützendem Widerrufsrecht, erteilter Widerrufsbelehrung und Widerrufserklärung an die in der Belehrung angegebene Adresse 668	
2. Adressat der Beseitigungserklärung nach einer Schuldübernahme	669
3. Adressat der Beseitigungserklärung nach einer Vertragsübernahme	669
4. Widerruflichkeit nur der Kreditvertragserklärung bei verbundenen Geschäften im allgemeinen	670
a) Abweichung von der Rechtslage unter dem AbzG	670
b) Führungsrolle des Kreditvertrages	671
c) Klarstellung durch Belehrung	671
d) Vertragliche Möglichkeiten zu Gunsten des Verbrauchers	672
5. Widerruflichkeit nur der Fernabsatzvertragserklärung bei finanzierten Fernabsatzgeschäften	672
6. Fiktion des § 358 II 3 BGB für die Fälle des § 358 II 2 BGB	673
a) Gefahrenlage und legislatives Programm	673
b) Umkehrung gegenüber § 4 FernAbsG	674
c) Partielle Diskrepanz zur Belehrungsobliegenheit	674
d) Ausnahmecharakter	675

V. Besondere gesetzliche Adressatenbestimmungen	675
1. Fakultative Adressaten bei Beseitigungsrechten wegen Drittbezugs	675
a) Grundsätzliches	675
b) falsus procurator neben intendiertem Prinzipal bei § 178 S. 2 BGB	675
aa) Gesetzliche Empfangsvollmacht des falsus procurator 675 – bb) Gefahren bei Widerrufserklärung an den falsus procurator	676
c) Minderjähriger neben gesetzlichem Vertreter bei § 109 I 2 BGB	676
d) Vormundschaftsgericht neben Vormund bei § 1830 BGB?	676
e) Zweiter Ehegatte neben geschäftsschließendem Ehegatten bei §§ 1366 II; 1427 II; 1453 II BGB?	677
2. Zwingende Adressatenbestimmungen	677
a) Nachlaßgericht bei Ausübung erbrechtlicher Beseitigungsrechte	677
b) Genehmigungsbehörde nach Antragstellung bei Widerruf einer Stiftungserklärung	678
c) Vormundschaftsgericht bei Widerruf der Einwilligung seitens des Anzunehmenden	678
d) Standesbeamter bei Widerruf der Hinzufügung eines Begleitnamens zum Ehenamen	679
VI. Adressat bei vertraglichen Beseitigungsrechten	679
1. Grundsatz der privatautonomen Festlegung	679
2. Widerrufsadressat beim Prozeßvergleich unter Widerrufsvorbehalt als Beispiel	679
a) Gericht als vereinbarter Widerrufsadressat	679
b) Lage bei fehlender Bezeichnung eines Widerrufsadressaten	680
VII. Adressat der Beseitigungserklärung bei nichtempfangsbedürftiger Erklärung	681
1. Anfechtung einer Dereliktionserklärung als wichtigster Anwendungsfall des § 143 IV BGB	681
2. Mangelnde Übertragbarkeit des § 143 IV BGB auf andere Beseitigungsrechte wegen notwendiger Empfangsbedürftigkeit der Erklärung	682
§ 32 Inhaltliche Anforderungen an die Beseitigungserklärung	683
I. Erkennbarkeit des Rechtsfolgewillens	683
1. Grundsätzliches	683
a) Interessen des Erklärenden	683
b) Interessen des Erklärungsadressaten	683
c) Kein Erfordernis der genauen Bezeichnung	684
d) Probleme in Abgrenzung zu leistungsstörungsrechtlichen Behelfen	685
e) Keine Beseitigungserklärung bei grundsätzlicher Bestätigung des Rechtsgeschäfts	686
f) Mahnbescheid als nicht hinreichender Ausdruck eines Beseitigungswillens	687
g) Definitionskompetenz des Erklärenden und Gebot konsistenten Verhaltens	687
2. Überlegungsmöglichkeit und Allokation des Erklärungsrisikos bei der Beseitigungserklärung	688
3. Beseitigungsgrund und Folgelasten für den Beseitigungsberechtigten	688
4. Bezugnahme auf eine bestimmte Rechtsfolge	688
5. Bloße Ankündigung einer späteren Beseitigung	689

6. Abgrenzung zwischen Beseitigungserklärung und bloßer Mitteilung der Kenntnis von einem Beseitigungsgrund	691
a) Regelmäßig erkennbare Interessenwidrigkeit einer bloßen Mitteilung	691
b) Mitteilung der Möglichkeit einer Beseitigung und Herbeiführen der Bösgläubigkeit des Erklärungsadressaten	691
c) Mitteilung als Angebot zum Abschluß eines Aufhebungs- oder Änderungsvertrages	692
7. Bezeichnung der mit der Beseitigung angegriffenen Erklärung	692
a) Grundsatz	692
b) Berücksichtigung des Trennungsprinzips	693
aa) Beseitigungsrecht hinsichtlich Verpflichtungs- wie Verfügungserklärung 693 – bb) Beseitigungsrecht hinsichtlich nur einer Erklärung und erklärte Beseitigung hinsichtlich der anderen Erklärung 693	
8. Einrede der Beseitigungsfähigkeit?	694
a) Keine rechtliche Anerkennung	694
b) Auslegung einer „einredeweisen“ Geltendmachung	694
II. Bezug auf den Beseitigungsgrund	695
1. Allgemeine Begründungspflicht	695
a) Interesse an Rechtsklarheit	695
aa) Interesse des Erklärungsadressaten 695 – bb) Interesse Dritter 697	
b) Überforderung des rechtsunkundigen Erklärenden?	697
aa) Vermeiden durch entsprechende Formulierung der Anforderung 697 – bb) Lage im Verbraucherschutzrecht 699 – cc) Begründungspflicht und Prozeßgeschehen 700	
c) Anreizbildung bei Spezifizierungspflicht	701
d) Fristentatbestände	702
e) Notwendigkeit wegen Abgrenzung zu anderen Rechtsbehelfen	703
aa) Abgrenzung zur Ausübung von Leistungsstörungenrechten 703 – bb) Spezifität des Beseitigungsrechts 703 – cc) Unterschiedliche Folgen konkurrierender Beseitigungsrechte 704	
f) Gegenschluß aus ausdrücklichen gesetzlichen Begründungspflichten bei Gestaltungsrechten?	707
aa) Gegenschluß aus §§ 626 II 3 BGB; 1 III 1 Hs. 2 KSchG? 707 – bb) Gegenschluß aus § 102 I 2 BetrVG? 708 – cc) Gegenschluß aus §§ 569 IV; 573 III 1 BGB; 564 a I 2; 564 b III BGB aF? 708 – dd) Gegenschluß aus § 2336 II BGB? 709 – ee) Ergebnis 709	
g) Nachschieben von Begründungstatsachen	709
2. Keine Möglichkeit des Nachschiebens von Beseitigungsgründen	710
a) Nachgeschobene Begründung als zweite Beseitigungserklärung	710
aa) Keine Quasi-Heilung der ursprünglichen Beseitigungserklärung 710 – bb) Wirkungsgleichheit des Nachschiebens von Beseitigungsgründen und einer unzulässigen aufschiebenden Bedingung der Beseitigungserklärung 711 – cc) Beachtung der Frist für das Geltendmachen des jeweiligen Beseitigungsgrundes 711	
b) Konzentration eines Streitiges um die Berechtigung der Beseitigung auf den zuerst geltend gemachten Beseitigungsgrund	712
c) Materieller Verwirkungsaspekt	712
aa) Grundsätzliches 712 – bb) Arglisteinrede bei absichtlichem Nichtgeltendmachen bekannter Beseitigungsgründe 713 – d) Nachschieben von Beseitigungsgründen bei rein formell ausübbareren Beseitigungsrechten? 713	

III. Besonderes Erfordernis der „Eindeutigkeit“ bei Anfechtungserklärungen?	714
1. Materialer Gehalt des propagierten Eindeutigkeitskriteriums	714
2. Keine Sonderbehandlung der Anfechtungserklärung	714
IV. Zulässigkeit einer nur teilweisen Ausübung des Beseitigungsrechts	715
1. Teilbarkeit der Erklärung	715
a) Grundsätzliches	715
b) Beispiele für fehlende Teilbarkeit	716
c) Beispiele für Teilbarkeit	717
d) Nachfolgende abändernde Erklärungen	717
2. Rechtsausübung und Teilrechtsausübung	717
3. Zulässigkeit der Beseitigung der gesamten Erklärung trotz Bestehen eines Beseitigungsrechts nur für einen Teil?	718
a) Zulässigkeit nur der Teilbeseitigung	718
b) Überschießender Teil der Beseitigungserklärung als Aufhebungsvertragsangebot	719
c) Fehlende Teilbarkeit bei Skaleneffekten auf Seiten des Erklärungsadressaten	719
4. Anforderungen an eine Teilbeseitigungserklärung	720
5. Anwendung des § 139 BGB	720
6. Schicksal eines nicht ausgeübten Restbeseitigungsrechts	721
7. Teilannahme eines Angebots auf Abschluß eines Aufhebungsvertrages	722
8. Irrtumsanfechtung und Reurechtsausschluß	722
a) Quantitativer Irrtum	722
aa) Quantitativer Irrtum nach oben und Regeln der Teilbeseitigung 722 –	
bb) Quantitativer Irrtum nach unten 723	
b) Qualitativer Irrtum und Zwang zur Erklärungsabgabe	723
aa) Reurechtsausschluß 723 – bb) Konstruktiver Weg über einen Anspruch des Erklärungsadressaten auf Abgabe der ursprünglich gewollten Erklärung 725	
V. Zulässigkeit einer Eventualbeseitigung (bedingte Beseitigungserklärung)?	728
1. Grundsätzliche Bedingungsfeindlichkeit der Ausübung von Gestaltungsrechten	728
2. Ausnahme für Ausübung unter einer Rechtsbedingung	729
a) Grundsätzliches	729
b) Insbesondere Rechtsbedingungen im Prozeß	730
3. Ausnahme bei Potestativbedingungen	731
a) Grundsätzliches	731
b) Rückausnahme bei Verschlechterung der Rechtslage Dritter	731
4. Gekoppelte oder eingeschränkte Teilbeseitigung	732
a) Zusätzliche Rechtsunsicherheit	732
b) Frustrierte Beurteilungskosten als entscheidendes Gegenargument?	733
5. Denkbare Anwendungsfälle einer Eventualbeseitigung	733
a) Inhaltsirrtum und Bezug auf eine bestimmte Auslegung der Erklärung	733
b) Staffelung von Gestaltungsrechten	733
§ 33 Frist für die Beseitigung	734
I. Frist als Ausschlußfrist	734
1. Gesetzliche Befristung gesetzlicher Beseitigungsrechte	734
a) Grundsätzliches	734
b) Ausnahme bei Anspruch auf Vertragsaufhebung	735

2. Vertragliche Befristung vertraglicher Beseitigungsrechte	735
a) Grundsätzliches	735
b) Kein besonderer Schutz der verhandlungsschwächeren Partei	735
aa) Grundsätzliches 735 – bb) Einbeziehungs- und Inhaltskontrolle bei Fristvereinbarung in AGB 736	
c) Verlängerung der Frist vor deren Ablauf	737
aa) Grundsätzliches 737 – bb) Kein Protokollierungszwang bei gerichtlichem Vergleich 737	
d) Bedeutung einer „Verlängerung“ der Frist nach deren Ablauf	738
II. Seriositätsfrist bei Schwebezustand	739
1. Schwebende Wirksamkeit unter (vorläufiger) Bindung des Erklärungs- adressaten	739
2. Seriositätsfrist als cooling-off period	739
III. Fristbeginn	740
1. Abgabe der Erklärung als frühestmöglicher Zeitpunkt	740
a) Fristbeginn nur für die jeweils längsten absoluten Ausschlußfristen	740
b) Abgabe der Erklärung	741
c) Abgabe der Genehmigungserklärung als maßgeblicher Zeitpunkt in einer Genehmigungskonstellation	742
2. Vertragsschluß	742
a) Verlängerte Widerrufsfrist wegen Verletzung von Informationsobliegenheiten durch den Erklärungsadressaten nach § 355 III 1 BGB	742
aa) Sachlicher und zeitlicher Anwendungsbereich 742 – bb) Vertrags- schluß 744	
b) Anlaufhemmung für die reguläre Widerrufsfrist bei Fernabsatzverträgen über das Erbringen von Dienstleistungen nach § 312 d II Var. 4 BGB	746
3. Abhängigkeit vom Kenntnisstand des Berechtigten	747
a) Kenntnis vom Anfechtungsgrund Irrtum als fristauslösendes Moment bei § 121 I 1 BGB	747
aa) Nichtausreichen fahrlässiger Unkenntnis 747 – bb) Gesteigerte Verant- wortung des Erklärenden ab Erkenntnis des Irrtums 747 – cc) Zuverlässige Kenntnis der Umstände und Zweifel ausschließende Schlußmöglichkeit 748 – dd) Wissen um Abgabe der Erklärung nicht fristauslösend 750 – ee) Umkehr der Beweislastverteilung? 750	
b) Kenntnis vom Anfechtungsgrund Täuschung bei § 124 II 1 Var. 1 BGB	751
4. Erfüllung der Belehrungsobliegenheit des unternehmerischen Erklärungsadressaten nach § 355 II 1 Hs. 1 BGB	752
a) Belehrung des Berechtigten über das Bestehen des Beseitigungsrechts	752
aa) Obliegenheit, nicht Verpflichtung 752 – bb) Fristlaufauslösung als Anreiz für Unternehmer 753 – cc) Kostengünstigste Möglichkeit zum Ausgleich bestehender Informationsasymmetrie 754 – dd) Höhere Wahrscheinlichkeit der Widerrufsausübung infolge Belehrung (Renitenzeffekt)? 754	
b) Belehrung über den Fristbeginn	755
aa) Notwendigkeit 755 – bb) Angabe des Fristendes als optimale Ausge- staltung? 756 – cc) Angabe des konkreten Datums des Fristbeginns? 756 – dd) Fristbeginn und Datum des Vertragsschlusses 757	
c) Belehrung über Modalitäten des Widerrufsrechts	758

aa) Grundsätzliches 758 – bb) Belehrung über Folgen des Widerrufs 758 – cc) Orientierungsmarke des Musters in Anlage 2 zur InfoVO 759 – dd) Auf- nahme des Gesetzestextes als Reaktionsmöglichkeit des Unternehmers 763 – ee) Inhaltliche Erweiterung bei verbundenen Geschäften 763	
d) Hervorhebung	766
aa) Drucktechnische Hervorhebung 766 – bb) Isolierung als einzelne Aussage 769	
e) Erfordernis der Unterschrift durch den Erklärenden	771
aa) Zweck 771 – bb) Zeitliche Abfolge von Erklärung und Unterschrift unter die Belehrung 772 – cc) Abschaffung des Unterschriftserfordernisses aus § 355 II 2 BGB aF 772 – dd) Verweigerung der Unterschrift durch den Ver- braucher 776	
f) Erfordernis der Mitteilung	778
aa) Grundsätzliches 778 – bb) Zugang beim Erklärenden als maßgeblicher Zeitpunkt 779 – cc) Mitteilen durch Möglichkeit zum Herunterladen elektronischer Widerrufsbelehrung? 780 – dd) Mitteilungserfordernis bei mehreren Kreditnehmern 782	
g) Möglichkeit der nachgeholtten Widerrufsbelehrung	786
aa) Grundsätzliches 786 – bb) Länge der Widerrufsfrist 786 – cc) Anreiz zum Installieren einer systematischen Nachkontrolle auf Seiten des Unter- nehmers? 787 – dd) Altrechtliche Lage und Richtlinienrecht im Verbraucher- kredit-, Timesharing- und Fernabsatzrecht 788 – ee) Richtlinienbedingte Besonderheiten im Haustürgeschäfterecht? 788 – ff) Übermäßige Sanktion fehlender Nachholungsmöglichkeit bei unverzüglich entdecktem Versehen 789 – gg) Gefahrenpotential strategischen Verhaltens? 789	
5. Erfüllung weiterer Informationsobliegenheiten	791
a) Informationsobliegenheiten aus § 312 c II BGB iVm § 1 InfoVO bei Fernabsatzgeschäften nach § 312 d II Var. 1 BGB	791
b) Informationsobliegenheiten aus § 312 e I 1 BGB iVm § 3 InfoVO bei Verbraucherverträgen im elektronischen Geschäftsverkehr nach § 312 e III 2 BGB	792
c) Informationsobliegenheiten aus § 482 II BGB iVm § 2 I, III InfoVO bei Timesharingverträgen nach § 485 IV BGB	792
6. Aushändigung schriftlicher Vertragsunterlagen	793
a) Erweiterte Aushändigungsobliegenheiten bei schriftlich abzuschließenden Verträgen nach § 355 II 3 BGB	793
aa) Sachlicher Anwendungsbereich 793 – bb) Zurverfügungstellen von Schriftstücken 794	
b) Erweiterte Informations- und Aushändigungsobliegenheiten bei § 5 a II 1 VVG 1994	795
7. Abhängigkeit vom Erhalt des Vertragsgegenstands	796
a) Anlaufhemmung bei Fernabsatzverträgen über Warenlieferungen nach § 312 d II Var. 2, 3 BGB	796
aa) Konsequenz aus der ratio des fernabsatzrechtlichen Widerrufsrechts . .	796
bb) Eingang der Ware, nicht Erfüllung der Lieferverpflichtung	796
cc) Verträge über wiederkehrende gleichartige Warenlieferungen	797
b) Anlaufhemmung der verlängerten Widerrufsfrist bei Verträgen über Waren- lieferung bis zum Eingang der Ware nach § 355 III 2 BGB	798
aa) Grundsätzliches 798 – bb) Keine Sonderregelung für Sukzessivlieferungsverträge 799	

8. Ende der Zwangslage bei § 124 II 1 Var. 2 BGB	800
a) Konsequenz aus dem Charakter der Drohung als offenen Willensbeugungsdelikts	800
b) Abstellen auf objektives Ende der Zwangslage, nicht auf subjektives Empfinden des Erklärenden	801
aa) Kein auf metus basierendes Konzept 801 – bb) Verobjektivierter Adressatenhorizont für das Verständnis von Äußerungen 801 – cc) Effektive Verlängerung der Anfechtungsfrist unter Berücksichtigung der Beweislastverteilung bei Subjektivierung	802
9. Eintritt des Erbfalls	802
IV. Fristlänge	803
1. Grundsätzliches	803
a) Abstufung der Fristlänge als Sanktionsinstrument gegen den Erklärungsadressaten	803
b) Reservefristen bei unsicherem Beginn einer kürzeren Regelfrist	804
c) Vereinheitliche Länge der kurzen Widerrufsfristen im Verbraucherschutzrecht unter §§ 355 I 2 Hs. 1 BGB; 361 a I 2 Hs. 1 BGB aF	804
d) Fernabsatz von Finanzdienstleistungen	805
2. Kritik an der Fristlänge für die Irrtumsanfechtung im Erbrecht	806
3. Kritik an der Fristlänge für bestimmte Timesharingfälle	807
V. Neubeginn oder Hemmung des Fristlaufs	808
1. Analoge Anwendung der §§ 204-213 BGB?	808
a) Wesensverschiedenheit von Ausschluß- und Verjährungsfristen?	808
b) Gegenschluß aus § 124 II 2 BGB und genetische Auslegung des BGB	809
c) Angemessenheit einer Analogie bei den einzelnen Hemmungs- und Neubeginntatbeständen des Verjährungsrechts	810
aa) force majeure 810 – bb) Ungeeignetheit von Tatbeständen, welche die Notwendigkeit einer gerichtlichen Geltendmachung voraussetzen 810 – cc) Ausübungshemmende Abreden 811 – dd) Anerkennung eines Beseitigungsrechts 812 – ee) Nur Hemmungen oder auch Neubeginne? 812 – ff) Hemmung auf Grund arglistiger Täuschung durch den Erklärungsadressaten? 813	
d) Differenzierung zwischen objektiven und subjektiven Ausschlußfristen?	813
e) Analogie bei vertraglichen Beseitigungsrechten	813
2. Analogie zu § 203 BGB	814
a) Sachgerechtigkeit der Analogie	814
b) Begriff der Verhandlungen	815
VI. Unverzüglichkeit im Sinne von §§ 121 I 1 BGB; 13 a II 1 UWG	815
1. Offene Frist als gesetzgeberische Abwägungsentscheidung	815
a) Berücksichtigung der Interessen des Erklärungsadressaten	815
b) Berücksichtigung der Interessen des Erklärenden und Zweckwidrigkeit eines Drucks zu sofortiger Anfechtung	816
2. § 121 I BGB als gesetzliche Klarstellungsobliegenheit?	817
3. Einholen sachverständigen Rates und Rechtzeitigkeit der Anfechtung	818
a) Einholen von Rechtsrat	818
aa) Grundsätzliches 818 – bb) Arbeitsrechtliche Fristen als Orientierungsmarken 819 – cc) Keine Entschuldigung durch Rechtsirrtum 820	
b) Einholen eines Sachverständigengutachtens über tatsächliche Irrtumsvoraussetzungen	820

4. Vorbereitung von Folgemaßnahmen und Rechtzeitigkeit der Anfechtung	820
5. Interne Entscheidungsfindung bei Kenntniserlangung durch Vertreter . .	821
VII. Fristwahrung und Verzögerungs- und Verlustrisiko	821
1. Gesetzliche Zuweisung des Verzögerungsrisikos	821
a) Möglichkeit zum effektiven Ausnutzen kurzer Fristen und Ausreichen der rechtzeitigen Absendung	821
b) Zugang der Beseitigungserklärung als Rechtsbedingung für deren Wirksamkeit	822
aa) Verlustrisiko beim Erklärenden 822 – bb) Keine generelle Ausnahme für Verbraucherschützenden Widerruf 823 – cc) Beweiserleichterungen für Verbraucherschützenden Widerruf 823	
c) Verzögerungsrisiko bei längeren Fristen	824
aa) Grundsätzliches 824 – bb) Verlängerte Fristen im Verbraucherschutzrecht 824	
d) Grenzen der Zuweisung des Verzögerungsrisikos?	825
2. Fristwahrende Wiederholung der Beseitigungserklärung	826
a) Selbstversicherung des Erklärenden durch Redundanz	826
b) Keine Wiederholungsmöglichkeit nach Fristablauf	826
aa) Gesetzliche Zuweisung des Verlustrisikos 826 – bb) Fristwahrung bei unverzüglicher Wiederholung unter offenen Tatbeständen 827 – cc) Keine Kombination von festen Fristtatbeständen mit Verschuldenselementen 828	
VIII. Sonderfälle der zeitlichen Bedingtheit von Beseitigungsrechten	828
1. Erlöschen des Rechts zum Testamentswiderruf mit dem Tod des Erklärenden	828
2. Auflösend bedingte Bindung des überlebenden Ehegatten an wechselbezügliche Verfügungen nach dem Tode des anderen Ehegatten gemäß § 2271 II 1 BGB	828
3. Ende der Anfechtungsberechtigung des einen Erb- oder Zuwendungsverzichts Erklärenden mit dem Erbfall?	829
4. Erlöschen des Widerrufsrechts aus § 15 III 1 LPartG mit Aufhebung der Eingetragenen Partnerschaft	830
5. Überlagerung durch Fristen für andere Rechtsbehelfe?	831
a) Relevanz der Fragestellung im Arbeitsrecht	831
b) Keine Analogie zu § 4 KSchG bei der Anfechtung von Aufhebungsvertragserklärungen	831
aa) Kein „Rosinenpicken“ zu Gunsten des Arbeitgebers 831 – bb) Abgleich mit benachbarten Konstellationen, insbesondere der Anfechtung einer Eigenkündigung durch den Arbeitnehmer 833 – cc) Abweichende Beurteilung beim Abwicklungsvertrag 833	
IX. Verwirkung neben Verfristung oder Exklusivität der Verfristungstatbestände?	834
1. Umstandsmoment der Verwirkung	834
a) Regelmäßiges Fehlen	834
b) Erfolg einer auf das Verleiten zu einem beredten Schweigen setzenden Unternehmerstrategie?	835
2. Beziehung zwischen Länge der Ausschlußfrist und Zeitmoment der Verwirkung	836
3. Verwirkung bei Dauerschuldverhältnissen	836

4. Fehlkonstruktion der sogenannten Prozeßverwirkung mangels Verwirkungsobjektes	839
5. Rechtsmißbrauch im Einzelfall als überlegene Alternative	840
a) Spekulationsfälle	840
b) Kein Rechtsmißbrauch durch bloßen Zeitablauf innerhalb der Beseitigungsfrist	840
c) ex post-Widerlegung hypothetischer Prognosen	841
aa) Grundsätzliches 841 – bb) Täuschung über persönliche Eigenschaften durch den Arbeitnehmer und störungsfreies Arbeitsverhältnis 841	
d) Kein Rechtsmißbrauch bei Besserstellung durch nachfolgendes Verhalten des Erklärungsadressaten	842
6. Fristsetzungsrecht des Erklärungsadressaten bei Drittdrohung oder Drittäuschung?	842
X. Präklusion vor Fristablauf durch prozeßrechtliche Normen?	843
1. Beseitigungserklärung als Auslöser der Beseitigungswirkung	844
2. Rechtskraftgrenzen und Grenzen der Kognitionsbefugnis	845
3. Ablehnung von Differenzierungsversuchen	845
a) Hauptzweck der zeitlichen Wahlfreiheit als taugliches Differenzierungskriterium?	845
b) Tatbestandlicher Rückbezug des Beseitigungsrechts als taugliches Differenzierungskriterium?	846
4. Schonender Umgang mit der knappen Ressource Justiz und Interessen der Allgemeinheit	846
5. Materiellrechtliche Schutzanliegen	847
a) Perversion der Schutzrichtung	847
b) Gesetzgeberische Interessenbewertung in differenzierten Fristentatbeständen	847
6. Verstoß des Erklärenden gegen Treu und Glauben durch Nichtausübung des Beseitigungsrechts im Prozeß?	848
XI. Anfechtbarkeit des Verstreichenlassens der Frist?	849
1. § 1956 BGB als Grundlage eines Gegenschlusses, keiner Analogie	849
2. Betonung der Rechtssicherheit und der Interessen des Rechtsverkehrs	850
3. Materieller Ausschluß von Anfechtungstatbeständen	850
4. Fristversäumung infolge Verhaltens des Erklärungsadressaten als Differenzierungskriterium?	851
XII. Beseitigungsrechte ohne Befristung	851
1. Wegfall einer Ausübungsfrist für das Widerrufsrecht bei Fehlen einer ordnungsgemäßen Belehrung	851
a) Grundsätzliches	851
b) Sachgerechtigkeit einer zeitlich unbegrenzten Widerrufsmöglichkeit?	852
aa) Länge, nicht Beginn der Widerrufsfrist als Ansatzpunkt 852 – bb) Verhältnismäßigkeit der Sanktion? 853 – cc) Zeitlich unbegrenzte Rechte als Ausnahme in den Zivilrechten der EG-Mitgliedstaaten 857 – dd) Widerrufsrecht der RiLi 85/577/EWG und System der Verbraucherschutzrichtlinien 858 – ee) Möglichkeit des Unterlaufens über andere Rechtsinstitute? 860	
2. Andere unbefristete Beseitigungsrechte	862
a) Beispielfälle	862
b) Analoge Anwendung von § 124 III BGB bei gesetzlichen Beseitigungsrechten	862
aa) Umsetzung aller denkbaren Schutzanliegen 862 – bb) Fristbeginn analog §§ 121 II; 124 III; 318 II 3 BGB 863	

c) Ergänzende Auslegung bei rechtsgeschäftlichen Beseitigungsrechten	863
aa) Grundsätzliches 863 – bb) Fristsetzungsrecht des Erklärungsadressaten analog §§ 350; 455 S. 1 Var. 2 BGB; 355; 496 S. 1 Var. 2 BGB aF als Alternative 863	
d) Bestätigung der Erklärung nur analog § 144 BGB	864
XIII. Relative Unbeachtlichkeit des Fristablaufs bei entsprechendem Verhalten des Erklärungsadressaten	864
1. Rechtsmißbrauch infolge vorangegangenen Verhaltens des Erklärungsadressaten	864
2. Fehlendes Vertrauen des Erklärungsadressaten auf Nichtbeseitigung? . .	866
3. Ansatz beim Fristanlauf im Fall der „Nachbearbeitung“ von Verbrauchern	866
Zusammenfassung zu Teil VII	867

Teil VIII

Folgen der Beseitigung

§ 34 <i>Infektion eines zweiseitigen Rechtsgeschäfts bei Eingebundenheit der betroffenen Erklärung</i>	872
I. Erklärung als Bindungsträger gegenüber dem Erklärenden	872
II. Zerstörung der Wirkungen des Vereinbarungstatbestands	872
1. Grundsätzliches	872
2. Erklärung der anderen Vertragspartei als fortbestehendes Angebot?	873
III. Möglichkeit zur Umdeutung des zweiseitigen Rechtsgeschäfts?	874
1. Umdeutung einer angefochtenen Erklärung?	874
2. Zusammenhang mit der Frage nach einer Reurechtsgewährung	875
§ 35 <i>Abwicklung von unwirksam gewordenen Verträgen</i>	875
I. Grundsatz: Abwicklung nach Bereicherungsrecht	875
1. Mit einer bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung verbundene Beseitigungsrechte	876
a) Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nach Anfechtung	876
b) Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung nach Pendenzwiderruf	877
c) Widerruf nach einseitig vorbehaltenem Widerrufsrecht	877
2. Haftungsverstärkung bei Kenntnis der Beseitigungsmöglichkeit	878
a) Grundsatz	878
aa) Kein schützenswertes Vertrauen in Bestand des Leistungsaustausches 878 –	
bb) Kreis der verschärft Haftenden 878	
b) Ausnahme für die Haftung des nach § 123 BGB Anfechtungsberechtigten auf Grund § 817 S. 2 BGB	879
3. Begünstigung des anfechtenden Versicherers nach § 40 I 1 VVG	881
II. Rückabwicklung nach modifiziertem Rücktrittsfolgenrecht beim verbraucherschützenden Widerrufsrecht	882
1. Interessenlage und Sanktionsaspekt	882
2. Grundsätzliche Verweisung auf Rücktrittsfolgenrecht	882
a) Verweisung auf Rücktrittsfolgenrecht	882
b) Gestiegene Bedeutung der Verweisung durch Fortfall von Modifikationen . .	883

3. Rücksendeverpflichtung des Verbrauchers und Kostentragung unter § 357 II BGB	885
a) Rücksendungspflicht des Verbrauchers für paketversandfähige Ware als Widerrufsfolge	885
b) Fehlende Postversandfähigkeit der Ware	885
c) Gefahr- und Kostenlast des Unternehmers	886
aa) Grundsätzliches 886 – bb) Anreize für den Unternehmer zur Abholung der Ware 887 – cc) Vorschußanspruch des Verbrauchers? 887	
d) Vertragliche Verlagerung der Kostenlast auf Verbraucher bei Warenwert bis 40 Euro	888
aa) Vertragliche Überwälzungsoption 888 – bb) Rechtspolitische Fragwürdig- keit insbesondere der Wertgrenze 889 – cc) Ausnahme bei mangelhafter oder aliud-Lieferung 890 – dd) Vereinbarkeit mit Art. 6 I 2, II 2 RiLi 97/7/EG 891	
4. Wertersatzanspruch gegen den Verbraucher unter § 357 III 1 BGB	891
a) Fremdkörper im Gedanken des Widerrufsrechts	892
b) Fremdkörper beim Rückgaberecht	892
c) Richtlinienwidrigkeit bei Fernabsatzverträgen	893
d) Problem nur einzelner Fallgruppen bei Fernabsatzverträgen	894
aa) Gesetzgeberische Motivation 894 – bb) Relevanz nur für den Fernabsatz bestimmter Konsumgüter 895 – cc) Vorzugswürdigkeit einer speziellen Regelung im Fernabsatzrecht 896	
e) Konzeptwidrigkeit der Belehrungsobliegenheit nach § 357 III 1 Hs. 2 BGB	896
aa) Vermeidungsmöglichkeiten und Zweck des fernabsatzrechtlichen Wider- rufsrechts 896 – bb) Grenze zur Prüfung und Unklarheiten zu Lasten des Unternehmers 897	
f) Ausnahme nach § 357 III 2 BGB bei Wertverlust durch bloße Prüfung	898
aa) Rekurs auf Zweck des fernabsatzrechtlichen Widerrufsrechts 898 – bb) Konstitutive Bedeutung des § 357 III 2 BGB 898 – cc) Extensive Auslegung als Gebot richtlinienkonformer Auslegung 899	
g) Ausnahme hinsichtlich des Kreditvertrages bei finanzierten (Fernabsatz-)Geschäften und bei Fernunterrichtsverträgen	899
5. Ausnahme von § 346 III 1 Nr. 3 BGB zu Lasten des Verbrauchers gemäß § 357 III 3 BGB	900
a) Wertungsbruch	900
b) Rekurs auf Vorstellungsbild des Berechtigten	900
c) Fehlender Vorwurf der Pflichtverletzung gegen den Unternehmer?	901
6. Vorrang der §§ 495 II 1 BGB aF; 7 III VerbrKrG	902
a) Altfälle	902
aa) Inhalt der §§ 495 II 1 BGB aF; 7 III VerbrKrG 902 – bb) Motive für den gesetzgeberischen Eingriff 902	
b) Vertragliche Festschreibung unter § 506 II 1 BGB	903
7. Anwendung des verbraucherschutzrechtlichen Rückabwicklungsregimes unter anderen Gesetzen	904
a) Verweisung in § 13 a III 1 UWG	904
b) Analoge Anwendung bei Widerruf nach § 8 IV VVG 1994	904
c) Analoge Anwendung bei Widerruf nach § 5 a VVG 1994	905
8. Abweichungen in §§ 485 V BGB; 5 V TzWrG; 5 VI TzWrG aF	905
a) Ausschluß einer Nutzungsentschädigung in §§ 485 V 1 BGB; 5 V 1 TzWrG; 5 VI 2 TzWrG aF	905

b) Option einer Vereinbarung über Vertragskosten in §§ 485 V 2 BGB; 5 VI 3 TzWrG	906
9. Grundsätzlich keine ergänzende Anwendung allgemeiner Regeln	907
10. Abweichungen in §§ 23 IV KAGG; 11 IV AuslInvG	908
a) Gesetzliches Rückkaufmodell mit Kursrisiko beim Verbraucher	908
b) Erstattung der bezahlten Kosten für den Verbraucher	910
11. Bereicherungsrechtliche Rückabwicklung für nach einem Widerruf erbrachte Leistungen	910
a) Grundsätzliches	910
b) Zeitpunkt der Zäsur	910
III. Rückabwicklung bei vertraglichen Beseitigungsrechten	911
<i>§ 36 Besonderheiten bei korporationsrechtlichen Bezügen</i>	912
I. Schutz der Korporationsstruktur	912
1. Korporationsstruktur als Mehrpersonenverhältnis	912
2. Quasi-Verselbständigung der Korporation gegenüber der vertraglichen Grundlage	913
a) Grundthese	913
b) Parallele zum Eherecht?	914
c) Umkehrschluß aus §§ 262; 275 AktG; 60; 61 GmbHG?	914
d) Abschließende Erfassung durch § 75 GmbHG; 144 a FGG iVm § 3 I Nrn. 1, 3, 4 GmbHG?	915
3. Realisierung von Bestandsschutz?	915
a) Kein Bestandsschutz im eigentlichen Sinne bei Gewährung eines Kündigungsrechts	915
b) Bestandsschutz und gesellschaftsrechtliche Treuepflicht	916
4. Durchbrechungen bei Vorrang von Allgemein- oder Individualinteressen	916
a) Stand in der Lehre von der fehlerhaften Gesellschaft	916
b) Anerkannte Durchbrechungen als Widerlegung der These von der faktischen Unmöglichkeit einer Rückabwicklung	917
5. Gesellschaftsgründung als Verzicht auf Ausübung von Beseitigungsrechten?	918
6. Gesetzliche Anerkennung durch §§ 20 II; 131 II; 202 III UmwG?	919
7. Aspekte des Gläubigerschutzes	920
a) Ausfluß einer Interessenabwägung	920
b) Haftkapital als Grundlage von Gläubigervertrauen und Personen der Gesellschafter	920
c) Gläubigerschutz als Verkehrsschutz und Anbindung an allgemeine Grundsätze des Verkehrsschutzes	921
8. Konstitutive Verleihung der Rechtsfähigkeit durch staatlichen Akt als Quasi-Heilung	921
9. Verletzung des gesellschaftsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes?	922
II. Lehre vom fehlerhaften Gesellschaftsbeitritt und vom fehlerhaften Gesellschafterwechsel	922
1. Geltung im Kapitalgesellschaftsrecht?	922
a) Grundsatzkritik	922
b) Mangelnde Überzeugungskraft einer Übertragung insbesondere bei eingezahlten Anteilen	924

2. Eintragung in die Liste der Genossen als Ausschlußmoment bei Beitritt zu einer Genossenschaft?	924
a) Ausschlußthese	924
b) Derivativer Beitritt und Haftkapital	925
c) Vorrangiger Schutzzweck der Beseitigungstatbestände bei Umgehungs- konstellationen	925
III. Alternative Lösung über Bereicherungsrecht und Rechtsscheingrundsätze . .	926
1. Bereicherungsrechtliche Lösung im Innenverhältnis	926
2. Lösung über Rechtsscheingrundsätze im Außenverhältnis	927
 § 37 <i>Besonderheiten bei Dauerschuldverhältnissen</i>	 929
I. Methodischer Ausgangspunkt für Dauerschuldverhältnisse	929
II. Beschränkung der zeitlichen Wirkung	929
1. Schwierigkeiten der Rückabwicklung	929
a) Grundsätzliches	929
b) Inkonsequenzen in der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung	930
c) Griff in die Vergangenheit und Verjährungsrecht als klassisches Instrument der juristischen Bewältigung	930
d) Keine Rückabwicklungsprobleme jedenfalls bei fehlendem Vollzug des Arbeitsverhältnisses	931
2. Fehlerhaftes Arbeitsverhältnis	931
a) Zusätzliche Begründung durch personenrechtliches Gemeinschaftsverhältnis? .	931
b) Zusätzliche Begründung durch „sozialrechtliches Schutzprinzip“?	933
aa) Bestehende Tarife als Orientierungsmarke für die Wertbemessung unter § 818 II BGB 934 – bb) Pfändungs- und Insolvenzschutzvorschriften 934 – cc) Insolvenzgeld bzw. Konkursausfallgeld 936	
c) Härtere Folgen als früherer Nichtabschluß des Arbeitsvertrages?	937
d) Arbeitnehmerschutz und fehlerhaftes Arbeitsverhältnis	937
aa) Tatsächliche Beschäftigung als Anknüpfungspunkt der arbeitsrechtlichen Spezialgesetze 937 – bb) Kein umfassender Schutz trotz Annahme eines fehlerhaften Arbeitsverhältnisses 938 – cc) Entgeltfortzahlung im Krank- heitsfall als Prüfstein 938 – dd) Urlaubsrechtliche Fragen als Prüfstein 939 – ee) Leistungsstörungenrechtliche Aspekte 940	
e) Reichweite der Entreichereginrede aus § 818 III BGB	941
f) Nebenpflichten im Arbeitsverhältnis	942
g) Unlösbare kollektivarbeitsrechtliche Probleme bei rückwirkender Nichtigkeit? .	943
3. Handelsvertreterverträge	944
4. Fehlerhaftes Mietverhältnis, insbesondere bei Wohnraummiete?	945
5. Fehlerhaftes Versicherungsverhältnis?	946
III. Wertungsmäßige Ausnahmen zumindest bei bestimmten Beseitigungsgründen	947
1. Allgemeines	947
2. Vorrang der Sanktionierung von Fehlverhalten	947
3. Keine zeitliche Differenzierung	948
 § 38 <i>Vertragliche Regelung von Folgen</i>	 949
I. Abbedingung gesetzlicher Regeln	949
1. Schranken im Verbraucherschutzrecht	949

2. Schranken der Abbedingung durch AGB	950
II. Regelung in einem Aufhebungsvertrag	950
Zusammenfassung zu Teil VIII	951

Teil IX

Konstellationen mit Drittbeteiligung

§ 39 Zurechnung des Verhaltens Dritter zum Erklärungsadressaten	953
I. Täuschung durch dem Erklärungsadressaten zuzurechnende Person	953
1. Ausgleich von Arbeitsteiligkeit	953
a) Grundsätzliches	953
b) Zurechnung von Abschluß- oder Verhandlungsführung	955
aa) Mindestbeteiligung 955 – bb) Irrelevanz von Genehmigungsvorbehalten 955 – cc) Ausnahme bei evidentem Überschreiten der eingeräumten Verhandlungsmacht 956	
c) Irrelevanz wirtschaftlicher Unabhängigkeit des Handelnden	956
d) Interessenwahrung, agency-Theorie und Sicherungsbestellungsfälle	957
e) Genehmigte Geschäftsführung oder genehmigte falsa procuratio als Zurechnungsmodi	957
f) Übertragbarkeit der Wertung aus §§ 358 BGB; 9 VerbrKrG bei verbundenen Geschäften	958
g) Zurechnung bei mehrseitigen Rechtsgeschäften im allgemeinen	959
h) Gesetzlich oder beidseitig eingeschaltete Personen	959
aa) Einflußnahme seitens eines Konkurs- oder Insolvenzverwalters 960 – bb) Gemeinsamer Makler 960	
II. Zurechnungsmaßstab bei Täuschung durch echte Dritte nach § 123 II 1 BGB	960
1. Kenntnis der Täuschung	961
2. Kennenmüssen der Täuschung	961
3. Bestandsschutz zu Gunsten des gutgläubigen Erklärungsadressaten	962
III. Zurechnung von Drittwerbung unter § 13 a I 2 UWG	963
1. Begriff des Dritten	963
a) Maßstabsgleichheit mit § 123 II 1 BGB?	963
b) Vorgeschaltete Zurechnung analog § 13 IV UWG	964
c) Beispiele für Dritte	964
2. Zueigenmachen der Werbemaßnahmen Dritter	965
IV. Verhandlungsgehilfen im Verbraucherschutzrecht	966
1. Entsprechende Anwendung von § 123 II 1 BGB	966
2. Einschaltung des Handelnden in den zur Erklärung hinführenden Prozeß	967
a) Mindestbeteiligung	967
b) Ausschluß durch Eigeninteresse des Handelnden?	967
aa) Gewichtung der von den Beteiligten verfolgten Ziele 968 – bb) Werbender als vertragliche Gegenpartei des Erklärungsadressaten 968 – cc) Gleichzeitige Wahrnehmung eigener und fremder Interessen 969 – dd) Werbung unter Angehörigen oder Ehepartnern im häuslichen Umfeld und Schutzrichtung des Haustürgeschäfterechts 969 – ee) Nahestehende Personen im Sinne des § 138 InsO und Drittenposition 971 – ff) Belehrungsobliegenheiten und Erkennbar-	

keit für den Erklärungsadressaten 971 – gg) Weiter Begriff des Verhandlungshilfen und RiLi 85/577/EWG 972	
c) Entsprechende Anwendbarkeit der Kategorien Stellvertretung und Botenschaft?	972
d) Analoge Anwendung des § 278 BGB bei (Quasi-)Obliegenheiten des Erklärungsadressaten	973
V. Zurechnung bei eigener Rechtserlangung nach § 123 II 2 BGB	973
1. Funktion und ratio des § 123 II 2 BGB	973
2. Anfechtung gegenüber dem begünstigten Dritten beim Vertrag zu Gunsten Dritter als Normalfall	974
3. Übertragbarkeit des § 123 II 2 BGB auf andere Beseitigungsrechte?	974
VI. Drittdrohung	974
§ 40 <i>Beseitigung der Wirkungen von Dritterklärungen</i>	976
I. Dritterklärung infolge fehlender Erklärungszurechnung	976
1. Erklärungszurechnung bei Stellvertretung	976
2. Abgrenzung zur falsa procuratio	977
II. Betroffenheit des eigenen Interessenkreises als Voraussetzung der Beseitigungskompetenz	979
1. Grundsätzliches	979
2. Schutz unbeteiligter Dritter vor ihre Täuschung bezweckenden Abreden durch Nichtigkeit ipso iure	979
III. Lösung bei Interessendivergenz von Erklärendem und Beseitigungsberechtigtem	979
1. Grundsätzliches	979
2. Vertragliche Vereinbarung zwischen Erklärendem und Beseitigungsberechtigtem	980
IV. Beseitigungsrecht zu Gunsten des Dritten kraft Vertrages	980
V. Reine Drittbeseitigungsrechte	980
1. Testamentsanfechtung und Anfechtung von Erbvertragserklärungen	980
2. Anfechtung der Leistungsbestimmung eines Dritten nach § 318 II BGB	981
a) Grundsätzliches	981
b) Anfechtungsvoraussetzungen	982
c) Lösung des Informationsproblems	982
d) Sachliche Reichweite im Bereich der Schiedsgutachten	983
3. Anfechtung der Preisrichterklärungen über die Entscheidung von Preisausschreiben analog § 318 II BGB?	984
VI. Beseitigung der Wirkung von Erklärungen des Erblassers kraft ererbten Beseitigungsrechts	985
1. Erklärungen des Erblassers als Erklärungen der Erben?	985
2. Vererblichkeit von Beseitigungsrechten	985
a) Grundsätzliches	985
b) Ausnahmen	987
aa) Recht zum Testamentswiderruf 987 – bb) Selbstanfechtungsrecht des Erblassers beim Erbvertrag 987 – cc) Sonderfälle beim Recht zur Testamentsanfechtung 988	

VII. Anfechtungsklagerechte Dritter gegen Statuserklärungen	988
1. Anfechtungsklagerecht des Kindes gegen die Vaterschaftsanerkennung nach § 1600 Var. 3 iVm § 1592 Nr. 2 BGB	988
2. Anfechtungsklagerecht der Mutter gegen die Vaterschaftsanerkennung nach § 1600 Var. 2 iVm § 1592 Nr. 2 BGB	988
3. Kein Anfechtungsklagerecht der Eltern des Mannes gegen die Vaterschaftsanerkennung nach dem KindRG	989
§ 41 Übertragbarkeit von Beseitigungsrechten	989
I. Übertragbarkeit von Gestaltungsrechten	989
1. Keine Übertragung bei bloßer Zession von Ansprüchen durch Beseitigungsberechtigten	989
2. Generelle Einwände gegen eine Übertragbarkeit	990
a) Höchstpersönlichkeit des einzelnen Beseitigungsrechts	990
aa) Regelmäßig keine persönliche Beziehung zwischen dem Erklärenden und dem Erklärungsadressaten bei Beseitigungsrechten 990 – bb) Wahrung nur der persönlichen Autonomie des Erklärenden? 991 – cc) Widerspruch zur Vererblichkeit von Beseitigungsrechten 992	
b) Unselbständigkeit des einzelnen Beseitigungsrechts?	992
aa) Formeller Aspekt 992 – bb) Materieller Aspekt 993	
3. Eigenständiger Wert von Beseitigungsrechten	994
a) Wirtschaftlicher Wert und Übertragbarkeit	994
b) Wirtschaftlicher Wert im Verhältnis zu Dritten	994
c) Wirtschaftlicher Wert im Verhältnis zum Erklärungsadressaten	994
4. Bevollmächtigung zur Ausübung als verdrängende Alternative?	995
5. Verschlechterung der Position des Erklärungsadressaten?	995
II. Übertragbarkeit von Ansprüchen auf Beseitigung	996
1. Höchstpersönlichkeit des Anspruchs?	996
2. Umwandlung in Anspruch auf „Leistung“ an Dritten	997
III. Beseitigungsrechte und Vertragsübernahme	997
1. Strikter Personenbezug der Schutzbedürftigkeit?	997
a) These vom strikten Personenbezug	997
b) Anreiz für Unternehmen, sich durch Übernahme von Verbraucherkreditverträgen Kapital zu verschaffen?	997
2. windfall profit des Erklärungsadressaten bei Erlöschen des Beseitigungsrechts infolge Vertragsübernahme	998
3. Schutzbedürftigkeit des Vertragsübernehmers im Hinblick auf seine Übernahmeerklärung	999
a) Grundsätzliches	999
b) Vertragstypbezogene Widerrufsrechte	999
Zusammenfassung zu Teil IX	1001

Teil X

Beseitigung von Erklärungswirkungen und Privatautonomie

§ 42 <i>Privatautonome Begründung oder Erweiterung von Beseitigungsbefugnissen</i>	1003
I. Vereinbarung eines materiellen Reurechts	1003
1. Motive für die Vereinbarung eines Lösungsrechts	1003
a) Ausbedingen einer Überlegungsfrist	1003
b) Reaktion auf spätere Marktentwicklungen oder Veränderungen der eigenen wirtschaftlichen Lage	1003
c) Privatautonome Lösung von Verwendungszweckstörungen	1003
d) Reaktion auf Wegfall einer subjektiven Geschäftsgrundlage	1004
e) Rücksichtnahme auf Vertragsbeziehungen zu Dritten	1004
f) Reurechtseinräumung als Seriositätssignal	1004
g) Vertragsschluß durch Vertreter oder Sachwalter	1005
2. Reurechtseinräumung und korrespondierende Unterwerfung der Gegenpartei	1006
II. Ausgestaltung des Reurechts	1006
1. Wirkungen einer auflösenden oder einer aufschiebenden Bedingung	1006
2. Reurecht und Vereinbarung als Grundlage des Reurechts	1007
3. Berechtigter	1007
4. Nachträgliche Vereinbarung eines Widerrufsrechts	1008
a) Grundsätzliches	1008
b) Besonderheit beim Prozeßvergleich	1008
III. Beispiele für rechtsgeschäftlich begründete Beseitigungsrechte	1008
1. Rechtsgeschäftlich eingeräumtes Rückgaberecht	1009
a) Rückgaberecht als Rechtsgeschäft auf Probe?	1009
b) Auflösende Bedingung als vorzugswürdige Alternative	1010
aa) Wortsinn und Gefahrtragung 1010 – bb) Vergleich mit den verbraucherschützenden Widerrufsrechten 1011 – cc) Begründetheit des notwendigen Lieferungsanspruchs 1012 – dd) Erfordernis gesetzlicher Gestattung im Bereich der Verbraucherschutzgesetze 1012	
2. Storno- und Berichtigungsbuchungsrecht der Banken und Sparkassen nach Nr. 8 I AGB Banken 2002 bzw. Nr. 8 I AGB Sparkassen 2002	1013
a) Meinungsstand zur Qualifikation	1013
b) Rein deklaratorische Bedeutung der Stornoklausel?	1016
c) Rechtsgeschäftliches Selbsthilferecht?	1017
d) Vertragliches Rücktrittsrecht?	1017
e) Aufrechnungslösung?	1018
f) Rechtsgeschäftliches Anfechtungsrecht?	1019
aa) Verlust der Stütze im Klauselwortlaut mit der Neufassung der AGB Banken von 1993? 1019 – bb) Sinnvolle Rechtsfolge? 1019	
g) Rechtsgeschäftliches Widerrufsrecht	1019
aa) Intendierte zeitliche Reichweite 1019 – bb) Vereinbarkeit mit §§ 305 c II BGB; 5 AGBG 1020	
3. Prozeßvergleich unter Widerrufsvorbehalt	1020

4. Vertragliche Begründung eines Widerrufsrechts durch verbraucherschutzrechtliche Belehrung bei Nichteinschlägigkeit verbraucherschützender Widerrufsrechte von Gesetzes wegen	1022
5. Widerrufsvorbehalt bei Schenkungen	1022
a) Generelle Zulässigkeit	1023
b) Zulässigkeit bei der Zuwendung von Gesellschaftsanteilen	1024
c) Reurechtscharakter oder Reaktion auf nachfolgende Entwicklungen?	1024
aa) Reurechtscharakter des freien Widerrufsrechts 1024 – bb) Gekoppelte Widerrufsrechte als Reaktion auf nachfolgende Entwicklungen 1025	
IV. Rechtsgeschäftliche Erweiterung gesetzlicher Beseitigungsrechte	1025
V. Mittelbare Erweiterung von Beseitigungsrechten durch Abbedingen von Kompensationspflichten	1026
VI. Rechtliche Kontrolle von rechtsgeschäftlich begründeten oder erweiterten Beseitigungsrechten in Individualvereinbarungen	1027
1. Zweistufige Prüfung: Vereinbarungs- und Inhaltskontrolle einerseits und Ausübungskontrolle andererseits	1027
2. Widerruf arbeitsvertraglicher Sonderleistungen als Beispiel	1028
VII. Schranken der Vereinbarung durch AGB	1029
1. Schranken nach §§ 308 Nr. 3 BGB; 10 Nr. 3 AGBG	1029
a) Beseitigungsrechte als Lösungsrechte im Sinne von §§ 308 Nr. 3 BGB; 10 Nr. 3 AGBG	1029
b) Reurecht nach freiem Belieben	1030
aa) Reurecht des AGB-Verwenders 1030 – bb) Reurecht für den Partner des AGB-Verwenders 1030	
c) „Irrtum vorbehalten“-Klauseln	1030
aa) Individualklageverfahren 1030 – bb) Verbandsklageverfahren 1031	
d) Preisirrtumsklauseln	1031
e) Verengung der abzuwägenden Verwenderinteressen durch normhierarchisch höherrangiges Recht	1031
2. Schranken nach §§ 307 II Nr. 1 BGB; 9 II Nr. 1 AGBG	1032
a) Abwägung im kaufmännischen Verkehr	1032
aa) Grundsätzliches 1032 – bb) Interessen des Klauselverwenders 1032 – cc) Vergleich mit gesetzlichen Beseitigungsrechten als Folie 1033	
b) Abbedingen einer finanziellen Kompensationspflicht	1034
aa) Grundsätzliches 1034 – bb) Differenzierung bei Einsatz neuer Kommunikationstechniken? 1034	
c) Gestaltung des maßgeblichen Vertrauenstatbestandes durch Äußerung des Erklärenden?	1035
§ 43 <i>Privatautonome Einschränkung und Aufhebung von Beseitigungsbefugnissen</i>	1035
I. Parteien einer einschränkenden Vereinbarung	1035
1. Beseitigungsberechtigter	1036
2. Gegenpartei der Vereinbarung	1036
a) Erklärungsadressat	1036
b) Dritte	1036
II. Vereinbarung über die potentiell beseitigungsfähige Erklärung	1037

1. Konkrete Vereinbarung vor oder mit der Erklärung	1037
a) Grundsätzliches	1037
b) Defekt der Erklärung und Defekt der Abbedingung des Beseitigungsrechts	1038
2. Vereinbarungen über die rechtlichen oder tatsächlichen Grundlagen von Beseitigungsrechten	1039
3. Einschränkung Vereinbarung und Verpflichtung zur Erklärungsabgabe	1039
4. Einschränkung durch Loyalitäts- und Neuverhandlungsklauseln?	1040
5. Konkrete Vereinbarung nach der Erklärung	1040
III. Vereinbarung durch Rahmenverständigung	1041
IV. Erschwerung der Beseitigungsrechtsausübung durch Vereinbarung zusätzlicher Kompensationspflichten	1041
1. Zusätzliche Kompensationspflicht	1041
2. Kompensationsleistung als Bedingung für Ausübung des Beseitigungsrechts	1042
a) Grundsätzliches	1042
b) Weiterer Gegenreiz gegen eine Ausübung des Beseitigungsrechts	1042
V. Schranken der Individualvereinbarung	1042
1. Besondere Unwirksamkeitstatbestände in Verbraucherschutzgesetzen	1042
a) Grundsätzliches	1042
b) Ausnahme nach § 357 II 3 BGB (bzw. § 361 a II 3 Hs. 2 BGB aF)	1043
2. Kompensationsabrede als Teil eines unwirksamen Vertrages unter HWiG aF und VerbrKrG aF	1043
3. Sittenwidrigkeitsschranke nach §§ 138; 242 BGB	1044
4. Bloß schuldrechtliche Wirkung der Unwiderruflichkeit einer Anweisung	1045
VI. Schranken der Vereinbarung durch AGB	1045
1. Vorvertrags-AGB	1045
a) Vereinbarung von Vorvertrags-AGB	1045
b) Inhaltskontrolle von Vorvertrags-AGB	1046
2. Quasi-Rückwirkung für die Abschlußphase verlangende AGB	1046
a) Einbeziehungskontrolle	1046
b) Abbedingung von Beseitigungsrechten	1047
c) Beurteilung von Kompensationsklauseln zu Gunsten des Verwenders	1048
d) Besonderheiten bei Mittelgliedstellung des AGB-Verwenders in einer Vertragskette	1048
3. Einschränkung bei vertraglich eingeräumten Beseitigungsrechten	1049
a) Grundsätzlich kein Scheitern in der Inhaltskontrolle	1049
b) Einbeziehungskontrolle	1049
aa) Vorrang der Individualvereinbarung des Beseitigungsrechts nach §§ 305 b BGB; 4 AGBG 1049 – bb) Verbot überraschender Einschränkungen nach §§ 305 c I BGB; 3 AGBG 1050 – cc) Transparenzgebot 1050	
VII. Leistungsfristvorbehalt des Unternehmers im Verbraucherschutzrecht	1050
1. Leistungsfristvorbehalt und §§ 308 Nr. 1 Hs. 2 BGB; 10 Nr. 1 Hs. 2 AGBG	1050
2. Allgemeine Gestattung und halbzwingender Charakter des Verbraucherschutzrechts	1051
3. Ausnahme für das Fernabsatzrecht	1052
4. Zurückbehaltungsrecht des Verbrauchers	1053

5. Enges Verständnis der §§ 308 Nr. 1 Hs. 2 BGB; 10 Nr. 1 Hs. 2 AGBG aus dem Zusammenhang mit §§ 308 Nr. 1 Hs. 1 Var. 2 BGB; 10 Nr. 1 Hs. 1 Var. 2 AGBG	1054
6. Vereinbarkeit mit §§ 307 BGB; 9 AGBG	1055
a) Bei weitem Verständnis der §§ 308 Nr. 1 Hs. 2 BGB; 10 Nr. 1 Hs. 2 AGBG	1055
b) Bei grundsätzlich engem Verständnis der §§ 308 Nr. 1 Hs. 2 BGB; 10 Nr. 1 Hs. 2 AGBG	1056
7. Möglichkeit eines Abfederns durch entsprechende Ausgestaltung des Vertragsabschlußprozesses?	1056
8. Einfluß eines Leistungsvorbehalts auf das Widerrufsrecht	1057
§ 44 Verzicht auf Beseitigungsrechte	1058
I. Verzicht als einseitiger Akt privater Autonomie	1058
1. Grundsätzliche Zulässigkeit des Verzichts bei Gestaltungsrechten und Einwendungen	1058
a) Grundsätzliches	1058
b) Unproblematisch verzichtsfähige Beseitigungsrechte	1059
c) Überholende Widerrufsrechte und konstruktive Möglichkeit eines Verzichts	1059
d) Verzicht auf ein Anfechtungsrecht und Defektfreiheit des Verzichts	1059
2. Notwendigkeit eines Vertrages bei Verzicht auf das Recht zum Vollmachtswiderruf?	1061
a) Grundsätzliche Zulässigkeit eines einseitigen Verzichts	1061
b) Generelle Unstatthaftigkeit eines Verzichts bei Generalvollmachten	1062
c) Generelle Unstatthaftigkeit eines Verzichts bei isolierten Vollmachten?	1062
3. Notwendigkeit eines Erlaßvertrages bei Ansprüchen	1063
II. Gesetzlicher Ausschluß des Verzichts bei verbraucherschützenden Widerrufsrechten	1063
1. Grundsätzliches	1063
a) §§ 312 f S. 1; 487 S. 1; 506 I 1; 655 e I 1 BGB; 18 S. 1 VerbrKrG; 5 IV 1 HWiG; 9 I TzWrG; 5 I FernAbsG als Ausgangspunkt	1063
b) Untechnisches Verständnis von „Vereinbarung“ und § 1 b VI AbzG	1064
c) Aspekte richtlinienkonformer Auslegung	1065
d) Verkürzung der Schwebezeit und Gefahr der Einflußnahme seitens des Unternehmers	1066
2. Schutz des Berechtigten gegen sich selbst?	1067
a) Rationale Motive, einen Widerrufsverzicht als Gegenleistung einzusetzen	1067
aa) Verzicht als Verhandlungsmasse für günstigere Vertragskonditionen	1067 –
bb) Verzicht als Mittel für sofortigen Leistungserhalt	1067
b) Regelmäßige Konfliktlösung auf der rechtstatsächlichen Ebene	1068
III. Gewährung sofortigen Versicherungsschutzes als verzichtsähnlicher Tatbestand bei §§ 8 IV 5 Var. 1; 5 a III 3 VVG 1994?	1069
1. Lesarten zum Bezugsgegenstand des Widerrufsrechts	1069
2. Widerrufsfestigkeit nur der Gewährung des vorläufigen Versicherungs- schutzes, nicht des Hauptvertrages	1070
IV. Verzicht auf das Widerrufsrecht nach § 15 III LPartG?	1071
V. Verzicht bei vertraglichen Reurechten	1071
Zusammenfassung zu Teil X	1072

Teil XI

Konkurrenz von Beseitigungsrechten

§ 45 Konkurrenz von Beseitigungsrechten	1074
I. Tatbestandlicher Ausschluß	1074
1. Regelmäßig wegen Tatbestandsalternativität kein Ausschluß	1074
a) Grundsätzliches	1074
b) Beseitigung der Wirkungen einer (schwebend) wirksamen Erklärung	1074
c) Tatbestandliche Alternativität zwischen vertragstypbezogenen Widerrufsrechten	1075
d) Kein Konkurrenzausschluß infolge zeitlicher Abfolge	1077
2. Ausschluß wegen Wertungsinkongruenz	1078
a) Besondere Täuschungstatbestände mit Verschleiern des Drittbezuges und § 123 I 1 Var. 1 BGB	1078
b) Vertragsaufhebungsanspruch aus Delikt oder culpa in contrahendo und §§ 119; 123 BGB?	1078
c) § 123 BGB und Unterlassen einer ordnungsgemäßen Belehrung über verbraucherschützendes Widerrufsrecht	1079
d) Vertragsaufhebungsanspruch aus culpa in contrahendo oder Delikt und verbraucherschützende Widerrufsrechte	1079
e) § 13 a UWG und § 123 I Var. 1 BGB?	1080
f) § 178 BGB und § 123 I Var. 1 BGB	1081
II. Ausdrückliche gesetzliche Konkurrenzregeln	1082
1. Zurücktretten des § 312 BGB hinter anderen verbraucherschützenden Widerrufsrechten gemäß § 312 a BGB	1082
a) Spezialitätsvorrang der §§ 11 AuslInvG; 23 KAGG	1082
b) Subsidiarität situativen Verbraucherschutzes gegenüber vertragstypbezogenem Verbraucherschutz	1082
c) Gemeinschaftsrechtlich gebotene Schutzkumulation mit beschränktem Umfang	1084
d) Gemeinschaftsrechtliche Problempunkte des § 312 a BGB?	1085
2. Nichtanwendbarkeit des § 312 I BGB auf Versicherungsverträge nach § 312 III Var. 1 BGB	1087
3. Konkurrenzregelung für das fernabsatzrechtliche Widerrufsrecht durch §§ 312 b III; 312 d V BGB	1088
a) Konkurrenz zwischen Fernabsatz- und Teilzahlungs- bzw. Ratenlieferungsrecht	1088
aa) Modifizierende Vorrangregelung des § 312 d V BGB 1088 – bb) Günstigkeitsprinzip des § 1 IV FernAbsG für die Konkurrenz von FernAbsG und VerbrKrG 1089	
b) Konkurrenz zwischen Fernabsatz- und Fernunterrichts- oder Timesharingrecht	1089
4. Vorauseilendes Zurücktretten des Fernabsatzrechts im Bereich der Finanzdienstleistungen	1090
5. Konkurrenzregelung bei verbundenen Geschäften durch § 358 II 2 BGB	1090
a) Grundsätzliches	1090
b) Gemeinschaftsrechtliche Dimension	1091
c) Kein Anreiz zur Umgehung durch Nichtausweisen der Zweckbindung	1092
d) Teleologische Reduktion	1092

6. Ausschluß einer Konkurrenz von Widerspruchsrecht nach § 5 a VVG 1994 und Widerrufsrecht nach § 8 IV, V VVG 1994 durch § 8 VI VVG 1994	1093
III. Rechtsgeschäftlich begründete und gesetzliche Beseitigungsrechte	1094
1. Konzentrationswirkung der vertraglichen Vereinbarung und Derogation der gesetzlichen Beseitigungsrechte	1094
2. Vertragliche und gesetzliche verbraucherschützende Widerrufsrechte	1094
IV. Wahlrecht zwischen den einzelnen Rechten	1095
1. Disjunktivität vor Ausübung eines Rechtes	1095
2. Lehre von den Doppelwirkungen im Recht nach Ausübung eines Rechtes	1095
Zusammenfassung zu Teil XI	1096

Teil XII

Beseitigung der Beseitigungswirkungen

§ 46 <i>Beseitigung unter Vorbehalt</i>	1097
I. Beseitigung unter Vorbehalt als unzulässige bedingte Ausübung von Beseitigungsrechten	1097
II. Anspruchsgeltendmachung unter Vorbehalt	1098
1. Motivationslage des Gläubigers	1098
2. Erfüllung bei Geltendmachung von Ansprüchen auf Zustimmung zur Aufhebung	1099
§ 47 <i>Revokabilität von Beseitigungserklärungen</i>	1099
I. Besondere Tatbestände	1099
II. Beseitigungsrecht als Schutzrecht zur Disposition des Geschützten?	1100
1. Ursprüngliches Wahlrecht zwischen Akzeptieren der Bindung und Beseitigung	1100
2. Ausübung des Wahlrechts durch Beseitigungserklärung	1101
3. Alternativität der Optionen, Wegfall der Dispositionsmöglichkeit und Interessen des Erklärungsadressaten	1102
4. Konstruktive Unmöglichkeit einer Rücknahme?	1103
III. Geltung der allgemeinen Beseitigungsregeln	1103
1. Grundsätzliches	1103
a) Geltung überholender Widerrufsrechte	1104
b) Geltung der Anfechtungsregeln	1104
aa) Materieller Schwebezeitraum während Laufs der Anfechtungsfrist	1104 –
bb) Relevante Irrtümer	1105 – cc) Schadensersatzansprüche nach § 122 BGB
1105	
2. Erleichterte Rücknahme wegen geringeren Vertrauens des Erklärungsadressaten?	1106
a) Normativ zu gewichtendes Interesse des Erklärungsadressaten an der Geltung der ursprünglichen Erklärung?	1106
b) Machtunterworfenheit des Erklärungsadressaten	1107

c) Betätigtes Vertrauen des Erklärungsadressaten in Bestand der Beseitigungserklärung	1107
d) Relevanz von Opposition des Erklärungsadressaten gegen die Beseitigung?	1107
aa) Mangelndes Vertrauen des Erklärungsadressaten auf die Beseitigung bei Opposition 1107 – bb) Anreize für den Erklärenden durch Verhalten des Erklärungsadressaten 1108 – cc) „Rücknahme“ der Beseitigung als quasi-konsensuales Vorgehen 1108 – dd) Zeitliche Wirkung einer Vereinbarung über die Aufhebung einer Beseitigung 1109 – ee) Lage bei berechtigter Opposition gegen eine rechtlich nicht wirksame Beseitigung 1110 – ff) Interessen Dritter 1110	
e) Verringerung der Schutzwürdigkeit bereits wegen vorangegangener Revokation?	1110
aa) Fehlende Notwendigkeit eines Sinneswandels 1111 – bb) Perversion des Schutzanliegens 1111	
3. Gesetzliche Wertung der §§ 144; 141 BGB als Grundlage eines allgemeinen Modells	1111
a) Bestätigung der Erklärung vor Anfechtung als Verzicht auf das Anfechtungsrecht	1112
b) Bestätigung der Erklärung nach Anfechtung als Neuvernahme	1112
c) Übertreiben der Gesetzeslogik entgegen den Absichten des Gesetzgebers?	1113
d) Schädliche Drittwirkungen?	1114
e) Ergebnis: „Beseitigung der Beseitigung“ nur Neuvernahme der ursprünglichen Erklärung	1114
4. Revokationsversuch als neues Angebot und Kontrahierungszwang	1115
a) Umdeutung in neues Angebot	1115
aa) Neues Angebot bei Vertragserklärungen 1115 – bb) Schuldrechtliches Element unechter Rückwirkung als Angebotsteil 1115	
b) Kontrahierungszwang für den Erklärungsadressaten?	1115
aa) Ablehnungsmöglichkeit als Quasi-Reurecht für den Erklärungsadressaten? 1116 – bb) Anreize für die Annahme des Angebots 1117	
Zusammenfassung zu Teil XII	1118

Teil XIII

Schlußbetrachtung und Zusammenfassung

§ 48 <i>Abgestuftes System nach Verantwortlichkeitsgrad des Erklärungsadressaten</i>	1119
I. Partielles Grundmuster	1119
1. Muster	1119
2. Präventive Anreize	1119
3. Zuzuordnende Beseitigungsrechte	1120
II. Außerhalb des Grundmusters stehende Beseitigungsrechte	1120
III. Wahren der Autonomie des Erklärenden als übergeordneter Ansatz	1120
§ 49 <i>Vergleichender Blick auf internationale Kodifikationsentwürfe</i>	1121
I. UNIDROIT Principles	1121
1. Irrtumsanfechtung	1122
a) Einheitliche Definition des Irrtums	1122

b) Einschränkende Anfechtungsvoraussetzungen	1122
aa) Verschulden des Erklärungsadressaten 1122 – bb) Keine Betätigung von Vertrauen seitens des Erklärungsadressaten 1123 – cc) Verschuldensprinzip durch Anfechtungsausschluß bei grob fahrlässigem Irrtum 1123 – dd) Risiko- übernahme seitens des Erklärenden 1124	
c) Struktur	1124
2. Täuschungs- und Drohungsanfechtung	1124
3. Anfechtungsrecht wegen Übervorteilung	1125
a) Grundsätzliches	1125
b) Tatbestandsvoraussetzungen	1126
c) Übervorteilung und hardship	1127
4. Überholende Widerrufsrechte	1127
II. European Principles of Contract Law	1127
1. Irrtumsanfechtung	1128
2. Täuschungs- und Drohungsanfechtung	1128
3. Anfechtungsrecht wegen Übervorteilung (excessive benefit or unfair advantage)	1129
4. Anfechtungsrecht gegen einzelne Vertragsbedingungen	1130
5. Überholende Widerrufsrechte	1130
6. Widerruf einer Vollmacht	1131
III. Vergleich mit dem deutschen Recht	1131
§ 50 Strukturelle Unterlegenheit, Überrumpelungssituationen, Reaktionen auf veränderte Kommunikationsstrukturen und Motivationsbeeinflussungen	1131
I. Strukturelle Unterlegenheit als allgemeiner Ansatz	1131
1. Strukturelle Unterlegenheit als hinreichend bestimmter Rechtsbegriff?	1132
a) Konturenlosigkeit des Begriffs?	1132
b) Notwendigkeit einer Typisierung und Abstraktion aus Wohlfahrtsgründen	1133
aa) Grundsätzliches 1133 – bb) Kalkulierbarkeit und Rationalisierungspotentiale von repeat players 1134 – cc) Senkung von Rechtsdurchsetzungskosten durch Irrelevanz von Parteibehauptungen jeweils eigener Unterlegenheit 1135 – dd) Typisierung und interessengerechter Vertrag im Einzelfall 1136	
c) Typisierung und Schutzübermaß	1136
2. Strukturelle Unterlegenheit und Marktmodell des Wettbewerbsmarktes	1137
3. Strukturell ungleiche Verhandlungsmacht und sogenannte Richtigkeitsgewähr des Vertrages	1138
4. Strukturell ungleiche Verhandlungsmacht, Anreizstrukturen und repeat player-Situation	1139
5. Gegenschluß aus einem geschäftstypspezifischen Schutzansatz?	1140
6. Keine Unterlegenheit bei prozeduralem Schutz, insbesondere durch Einschaltung eines Notars?	1141
a) Veränderung der Drucksituation durch Einschaltung eines Dritten und Formalisierung	1141
b) Rechtstatsächliche Kritikpunkte	1142

c) Verallgemeinerungsfähigkeit von §§ 491 III Nr. 1 Var. 2; 312 III Nr. 3 BGB; 3 II Nr. 3 VerbrKrG; 1 II Nr. 3 HWiG?	1143
d) Erhöhung der Transaktionskosten und Preiserhöhung	1144
e) Zweck der notariellen Beurkundung und Zweck des Widerrufsrechts	1145
7. Erhöhung der indirekten Kosten als Gegenargument?	1145
a) Überwälzen erhöhter Kosten auf die unterlegene Partei durch entsprechende Preisgestaltung?	1145
b) Verteuerungseffekt und Wettbewerbswirtschaft	1146
8. Gefahr opportunistischen Verhaltens?	1146
a) Anreiz zur Vertragsuntreue?	1146
b) Selbstverantwortlichkeit und Risikenverlagerung	1148
9. Strukturelle Unterlegenheit als Ansatz nur einer Inhaltskontrolle?	1148
a) Abschlußkontrolle durch Beseitigungsrecht als zulässiger Weg	1148
b) Abschlußkontrolle durch Beseitigungsrecht als systematisch und sachlich überlegener Weg	1149
II. (Vermutete) Überrumpelung als situatives Kriterium	1150
1. Inhaltliche Rechtfertigung	1150
2. Mangelnde Subsumtionsfähigkeit?	1151
3. Abgrenzung zum schlichten Fehlen von Bedenkzeit	1153
a) Aktivitätsniveau des Erklärungsadressaten	1153
b) Ausgrenzung erst während begonnener Verhandlungen aufgebauten Drucks	1154
c) Ausgrenzung seitens des Erklärenden selbst erzeugten Drucks	1154
d) Keine Überrumpelung bei Einladung zu Gespräch ohne Themenangabe	1154
4. Unzulässige Durchbrechung von Strukturprinzipien des BGB?	1155
5. Ausschließlich situativer oder daneben vertragsinhaltsbezogener Ansatz?	1155
III. Komplexität des Gegenstands als vertragstypbezogenes Kriterium	1156
1. Grundsätzliches	1156
2. Individuell unterschiedliche Wertschätzung des Vertragsgegenstands als Gegenargument?	1157
3. Faktoren für Komplexität des Gegenstands	1157
IV. Motivationsbeeinflussung durch emotionale, nicht informationsgestützte Werbung	1157
1. Zunehmende Orientierung der Werbung an Emotion, nicht Information	1157
2. Hinreichende Regulierung durch das Wettbewerbsrecht?	1158
a) Wirkungsrichtung wettbewerbsrechtlicher Untersagungen gegen Potentiale, nicht gegen die Folgen von deren konkreter Wahrnehmung	1158
b) Interessendiskrepanz zwischen Rechtsdurchsetzern und Verbrauchern	1158
c) Wettbewerbsrechtliches Defizit bei individuellen Rechtsbehelfen	1158
3. Individueller Rechtsbehelf durch Beseitigungsrecht	1159
V. Aufhebung der freien Willensentscheidung durch konkrete Beeinflussung seitens des Erklärungsadressaten	1160
1. Erzwingen einer überstürzten Entscheidung und strukturelle Unterlegenheit	1160
2. Ausnutzen eines Autoritätsgefälles	1161
VI. Aufhebung der freien Willensentscheidung durch (objektive) Zwangslage?	1162
1. Nachteilsverbundene Optionen, Auswahlmöglichkeit des Erklärenden und Einfluß des Erklärungsadressaten	1162

a) Objektive Zwangslage	1162
b) Hilfeverweigerung und begrenzte Hilfsverpflichtung	1162
c) Zwangslage und Auswahl unter mehreren nachteilsbelasteten Optionen	1163
2. Partielle Verlagerung des allgemeinen Lebensrisikos des Erklärenden auf den Erklärungsadressaten	1163
a) Verlust des Erklärungswertes	1163
b) Konsequente subjektive Perspektive und Einbeziehung bloß vermeinter Zwangslagen	1164
3. Handlungsobliegenheit des Erklärungsadressaten?	1164
VII. Rechtsfolgenseite	1165
1. Grundsätzliches	1165
2. Analogie zum Haustürgeschäfterecht in Überrumpelungsfällen	1165
a) Situativer Schutzansatz	1165
b) Rückkehr zu einem Konzept schwebender Unwirksamkeit während der Widerrufsfrist	1165
3. Analogie zu §§ 312 b I BGB; 3 I FernAbsG; 4 I FernUSG bei Erwerb von einer Erprobung zugänglichen Erfahrungsgütern	1166
4. Analogie zu §§ 8 IV; 5 a VVG 1994; Art. 6 I RiLi 2002/65/EG bei Vertrag über komplexe Rechtsprodukte	1167
5. Analogie zu §§ 1; 2 HWiG aF bei Ausnutzen eines Autoritätsgefälles	1167
6. Analogie zu § 13 a UWG bei Erklärungsabgabe als Folge emotionaler Werbebeeinflussung	1167
Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse	1168
Literaturverzeichnis	1175
Sachverzeichnis	1319

Teil I

Einleitung

§ 1 Problemstellung und Gang der Bearbeitung

I. Grundsatz der Bindung an das gegebene Wort

Erklärungen erzeugen Wirkungen. Rechtserklärungen erzeugen rechtliche Wirkungen. Sie führen zu Bindungen des Erklärenden. Der Erklärende kann aber ein (subjektives) Interesse daran haben, daß keine Wirkungen seiner Erklärung eintreten. Er kann ein subjektives Interesse daran haben, seine Erklärung zumindest in ihren Wirkungen gleichsam ungeschehen zu machen. Er möchte seine Erklärung revozieren. Er möchte gleichsam sein Wort zurückholen. Gegenüber dem Rechtsverkehr und eventuellen Adressaten der Erklärung kann sich dieses subjektive Interesse des Erklärenden nur durchsetzen, wenn und soweit die Rechtsordnung es als überwiegendes objektives oder zumindest objektivierbares Interesse anerkennt. Der Erklärende ist nicht mehr alleiniger Herr seiner Erklärung, wenn diese erst in der Welt ist. Er kann über diese nicht mehr nach seinem Belieben verfügen, wenn er sich ihrer erst entäußert hat, wenn sie erst aus seinem forum internum heraus gelangt ist. Seinen Bindungen kann man sich nicht mehr einseitig rein nach eigener Willkür entziehen.¹ Schon der Kindermund tut kund: „Ein Wort ist ein Wort, und ein anderes Wort nimmt es nicht fort.“ Etwas vornehmer gewandt kann man „Ein Mann, ein Wort“ zu einer Rechtsparodie erheben.² Es sei ein Gebot der *iustitia commutativa*, das Vertrauen eines Vertragspartners auf ein gegebenes Wort nicht zu enttäuschen.³ „*Pacta sunt servanda*“ ist zwar der gewichtigste Ausschnitt aus dem Komplex der Bindung an das gegebene Wort. Dieser Grundsatz bezeichnet aber nur die Bindung an zweiseitige Rechtsgeschäfte.⁴ Das

¹ LAG Leipzig 7.5.1936, ARS 28 LAG 165, 167.

² *Titze*, Lehre vom Mißverständnis (1910) 239; *Düll*, Zur Lehre vom Widerruf (1934) 32.

³ Siehe nur *Christoph Becker*, DZWIR 1994, 397, 402; *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrerschutz im Recht der Willenserklärungen (1995) 39.

⁴ Der Grundsatz entspringt nicht dem klassischen römischen Recht (*Sangmeister*, BB 1988, 609, 610). Dort bezeichnete ein *pactum* gerade keinen mit Klagschutz ausgestatteten Kontrakt (Paul. sent. 2, 14, 1: *ex nudo pacto inter cives Romanos actio non oritur*). Die Kontrakte waren in vier Kategorien (Verbal-, Litteral-, Konsensual-, Realkontrakt) eingeteilt. Ein *pactum* war dagegen kein zivilrechtlich gültiger Kontrakt (*Honsell/Mayer-Maly/Selb*, Römisches Recht⁴ [1987] 255 [§ 98 IV]; *Honsell*, Römisches Recht⁴ [1997] 94 [§ 32 VI]) und gewährte grundsätzlich nur eine Einrede (*exceptio pacti conventi*; D. 2, 14, 7, 4: *nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*) (*Honsell/Mayer-Maly/Selb*, op.cit., 266 [§ 103 II 1]; *Hausmaninger/Selb*, Römisches Privatrecht⁶ [1991] 329), denn im Kern war ein *pactum* altrömisch die formfreie Vereinbarung einer Haftungslösung, eines Vergleichs (*Nanz*, Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert [1985] 15; *Honsell/Mayer-Maly/Selb*, loc.cit.ult.; *Kaser*, Römisches Privatrecht¹⁶ [1992] 181 [§ 38 III 1]). Ungeachtet des praetorischen Schutzes nicht gesetzeswidriger und arglistfreier *pacta* (D. 2, 14, 7, 7; dazu eingehend *Archi*, FG Ulrich v. Lübtow [1980], 373) bestand kein Prinzip allgemeiner Vertragstreue (*Steinwenter*, JBl 1950, 173, 174; *Sangmeister*, BB 1988, 609, 610). „*Pacta sunt servanda*“ ist späteren Ursprungs mit den frühesten Wurzeln wohl im weströmischen Vulgar-

eigene Wort kann indes auch beim einseitigen Rechtsgeschäft binden. Denn „Bindung“ steht gerade für grundsätzliche „Unverbrüchlichkeit, Unumstößlichkeit dessen, was gesagt wurde“.⁵ Daher schöpft „pacta sunt servanda“ den Gesamtkomplex nicht aus. „Pacta sunt servanda“ und allgemeiner die Bindung an das gegebene Wort sind bei genereller, zumindest grundsätzlicher Durchsetzung ein Kollektivgut für eine Rechtsgemeinschaft, das stabile Verhaltenserwartungen erzeugt und die Durchsetzungskosten für Verträge und Versprechen im Normalfall senkt.⁶ Die grundsätzliche Bindung ist Voraussetzung, damit das Institut des Vertrages die ihm zugeordnete Funktion überhaupt erfüllen und einen Güteraus-tausch mittels privatautonom in Geltung gesetzter Rechtsfolgen tragen kann.⁷ Dieses Kollektivgut ist gegen die Freiheit des Erklärenden zur Selbstbestimmung abzuwägen. Wer durch eine Erklärung (mit-)gestaltet, muß sich als Kehrseite der selbstbewirkten Gestaltung grundsätzlich an der bewirkten Gestaltung festhalten lassen.⁸ Damit entfallen Absicherungs- und Bekräftigungskosten.

II. Ausnahmen und Durchbrechungen des Grundsatzes

Die Bindung an das einmal gegebene Wort ist eben nur der Grundsatz. Auch dieser Grundsatz hat Ausnahmen. Die Rechtsordnung billigt dem Erklärenden zu, sich unter besonderen Umständen von seinem Wort lösen zu können. Dies tut sie unter verschiedenen Etiketten und mit verschiedenen Mechanismen. Die technischen Bezeichnungen lauten Widerruf, Anfechtung, Anspruch auf Vertragsaufhebung, Recht auf Lösung, unter Umständen Rücktrittsrecht. Entsprechend vielgestaltig und auf den ersten Blick disparat und inhomogen sind die Voraussetzungen. Dort steht das Verschulden des Erklärungsgegners neben der (unwiderleglichen) Vermutung struktureller Unterlegenheit des Erklärenden oder der subjektiven Fehlvorstellung des Erklärenden. Auch die Rückabwicklung kann verschiedene Formen annehmen, je nachdem, ob besondere Zielsetzungen verfolgt werden, die eine Partei begünstigen sollen. Insbesondere kann der Erklärende dem Erklärungsadressaten kompensieren müssen. Der Verlust an Bindung ist dann durch Hingabe vom Vermögenswerten auszugleichen. Der Erklärende muß für das Wiedergewinnen seiner Freiheit einen Preis zahlen. Jedem deutschen Juristen ist dieser Mechanismus in seiner besonderen Ausprägung durch § 122 BGB im Recht der Irrtumsanfechtung seit dem ersten Studiensemester bekannt.

recht (Levy, Weströmisches Vulgarrecht – Das Obligationenrecht [1956] 37-46). Zum Rechtsgrundsatz entwickelte es sich – wahrscheinlich beginnend mit dem canon 12 des ersten Konzils von Karthago 348 über das sogenannte c. Antigonus (c. 1 X de pactis 1, 35) – im kanonischen Recht (eingehend Söllner, SavZ RomAbt. 77 [1960], 182, 240-269; Dilcher, SavZ RomAbt. 77 [1960], 270-303; Nanz, op.cit., 46-56). Im weltlichen Recht erlebte es seinen Durchbruch dank *Matthaeus Wesenbecius* (In pandectas iuris civilis et Codicis Iustiniani libri IIX commentarii [Basel 1593]) und *Hugo Grotius* (De iure belli ac pacis libri tres [Paris 1625] lib. II cap. 11 § 4) gerade in Deutschland (Nanz, op.cit., 85-94 sowie zum usus modernus 95-134; Liebs, Römisches Recht⁴ [1993] 260-262 sowie Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations [1992] 537-545, 576-579).

⁵ Siehe Larenz, Richtiges Recht (1979) 60.

⁶ Siehe nur Tietzel, in: Claus Ott/Hans-Bernd Schäfer (Hrsg.), Ökonomische Probleme des Zivilrechts (1991), 163, 165; Michael Lehmann, Bürgerliches Recht und Handelsrecht – eine juristische und ökonomische Analyse (1983) 172.

⁷ Siehe nur Canaris, FG 50 Jahre BGH I (2000), 129, 148, 152.

⁸ Siehe nur Windel, AcP 199 (1999), 421, 437 mit Fn. 70.

III. Entwicklung hin zu einem Reurecht des Erklärenden?

Das Lösen von der unerwünscht gewordenen oder unter (subjektiv) falschen Voraussetzungen abgegebenen Erklärung wirft die Frage nach einem Reurecht des Erklärenden auf. Das deutsche Zivilrecht kennt bekanntlich kein allgemeines Reurecht eines Erklärenden. Vereinzelte Versuche, in besonderen Konstellationen ein Beseitigungsrecht mehr zu behaupten denn zu begründen,⁹ kollidierten daher mit dem gesteigerten Rechtfertigungsbedarf sowie der erhöhten Begründungsbedürftigkeit für gesetzlich nicht vorgesehene Beseitigungsrechte¹⁰ und haben sich nicht durchsetzen können. Auf der anderen Seite nehmen im Verbraucherschutzrecht in den letzten Jahrzehnten die Instrumente an Zahl und Gewicht zu, mit deren Hilfe sich der Verbraucher gegenüber dem professionellen Leistungsanbieter doch von seinem Wort lösen kann. Von der europäischen Ebene aus dringen Widerrufsrechte in immer neue Bereiche vor.¹¹ Das Verbraucherschutzrecht hat also über weite Strecken eine Art Reurecht eingeführt.¹² Dadurch hat sich eine merkliche Akzentverschiebung ergeben.¹³ Schon ist die Rede davon, die liberale Rechtsgeschäftslehre sei vom Verbraucherschutz durchbrochen worden.¹⁴ Soziale Schutzanliegen werden auch mit Hilfe von Reurechten zur Kompensation strukturell ungleicher Verhandlungsmacht verfolgt. Damit stellt sich zugleich die Frage, inwieweit solche Schutzanliegen sich auch dort Bahn brechen, wo ihnen noch nicht ausdrücklich per Gesetz Rechnung getragen ist. Theoretisch denkbare Instrumente dafür wäre eine Gesamtanalogie zu normierten „sozialen Reurechten“ oder eine Einzelanalogie zu bestimmten „sozialen Reurechten“. Entsprechende Phänomene begegnen etwa bei den Versuchen von Arbeitnehmern, Abstand von arbeitsrechtlichen Aufhebungsverträgen zu nehmen.¹⁵ Polemisch¹⁶ steht insbesondere dort das Wort vom

⁹ Z.B. *Strohal*, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs I³ (1903) 539 f. (§ 59 V 1) und *Damrau*, Der Erbverzicht als Mittel zweckmäßiger Vorsorge für den Todesfall (1966) 122 für ein Anfechtungsrecht des Verzichtenden bei entgeltlichem Erbverzicht und sich nachträglich herausstellender Unwirksamkeit des Abfindungsgeschäfts. Vgl. auch AG Charlottenburg 21.2.2002, AfP 2002, 172.

¹⁰ So zutreffend *Staudinger(-Herzfelder)*, BGB V: Erbrecht⁹ (1928) § 2346 BGB Anm. 2; *Planck(-Greiff)*, BGB V: Erbrecht⁴ (1930) Vor § 2346 BGB Anm. 4.

¹¹ Zuletzt Art. 6 RiLi 97/7/EG und Art. 6 Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.9.2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, ABl. EG 2002 L 271/16; vgl. Art. 4 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, von der Kommission vorgelegt am 14.10.1998, ABl. EG 1998 C 385/10 (mit Begründung abgedruckt in WM 1999, 1477; dieser Vorschlag ging zurück auf die konkurrierenden Entwürfe der Generaldirektionen XV und XXIV der EG-Kommission für eine Richtlinie über Fernverträge zwischen Anbieter und Kunden über Finanzdienstleistungen, vorgestellt und kritisch bewertet von *Graf Schirnding*, FLF 1998, 11-17).

¹² *Köbler*, Die „clausula rebus sic stantibus“ als allgemeiner Rechtsgrundsatz (1991) 245: Widerrufsrechte seien „moderne gesetzliche Varianten des germanischen Reurechts“. Kritisch dazu *Möllers*, JZ 2002, 121, 130.

¹³ *Schlechtriem*, ZEuP 2002, 213, 215.

¹⁴ *Heinz Hübner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches² (1996) V.

¹⁵ Vgl. § 131 II Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzbuches des Arbeitskreises Deutsche Rechtseinheit im Arbeitsrecht, NZA Beil. zu Heft 17/1992; LAG Hamburg 3.7.1991, NZA 1992, 309, 311 = LAGE § 611 BGB Aufhebungsvertrag Nr. 6 m. abl. Anm. *Bengelsdorf* (Juli 1992); ArbG Hamburg 10.12.1990 – 21 Ca 252/90; 22.4.1992 – 7 Ca 446/91; 13.5.1992 – 7 Ca 433/91; ArbG Freiburg 20.6.1991, DB 1991, 2600; *Benno Grunewald*, AuR 1994, 260, 261 sowie für Aufhebungsverträge und Ausgleichsquittungen § 141 II DGB-Entwurf zum Arbeitsverhältnisrecht von 1977 (abgedruckt bei *Kibler*, ZIAS 1995, 51, 77 f. Fn. 155).

„April-April-Syndrom“¹⁷ im Raum: Der Geschützte trachte, sich immer dann von seinem zuvor gegebenen Wort zu lösen, wenn dieses Wort für ihn nachteilige Konsequenzen zu haben drohe.¹⁸ Gerade aus der Existenz besonderer Einzelnormierungen sei ein Gegenschluß zu ziehen, daß außerhalb solcher ausdrücklicher Anordnungen keine Beseitigungsrechte bestünden.¹⁹ Auf der anderen Seite kann ein schlichtes „Vertrag ist Vertrag“ der Sachlage nicht gerecht werden.²⁰ Vertragsfreiheit/Privatautonomie und der Grundsatz „pacta sunt servanda“ dürfen nicht ungeprüft und ohne Abwägung zu Höchstwerten erhoben werden.²¹ Damit isolierte man formelle Prinzipien von der notwendigen Frage nach ihrer materialen Grundlage.²² Verträge einzuhalten und Verantwortung einzulösen, indem man an seinem Wort festgehalten wird, ist sicherlich konstitutiv für eine liberale Wirtschaftsordnung, die auf freiwillige Selbstbindung als primären Organisationsmechanismus setzt.²³ Ineffiziente oder unter Defiziten zustandegekommene Verträge aber haben ihre eigenen Probleme. Vereinzelt werden, in das andere Extrem gegensteuernd, gar die Freiheitsgrundrechte im sozialen Rechtsstaat bemüht, um generell eine Überlegungsfrist und eine Möglichkeit, Rechtsrat

Eine Analogie zu §§ 7 I VerbrKrG; 1 I HWiG ausdrücklich ablehnend BAG 30.9.1993, BAGE 74, 281, 290 = AP Nr. 37 zu § 123 BGB m. zust. Anm. *Boemke* (Sept. 1994) = AR-Blattei ES 260 Nr. 2 m. zust. Anm. *Buschbeck-Bülow* (April 1994) = EzA § 611 BGB Aufhebungsvertrag Nr. 13 m. zust. Anm. *Dagmar Kaiser* (Juni 1995) (dazu v. *Hoyningen-Huene*, EWiR § 123 BGB 1/94, 115; *Ehrich*, NZA 1994, 438); 14.2.1996, EzA § 611 BGB Aufhebungsvertrag Nr. 21 S. 2 f.; ArbG Köln 1.6.1993, DB 1993, 2135; *Bengelsdorf*, LAGE § 611 BGB Aufhebungsvertrag Nr. 6 S. 11, 28-33 (Juli 1992); *ders.*, Aufhebungsvertrag und Abfindungsvereinbarungen² (1994) 18; *Nägele*, BB 1992, 1274, 1276; *Ehrich*, DB 1992, 2239; *Boemke*, NZA 1993, 532, 537; *Jobst-Hubertus Bauer*, NJW 1994, 980, 981; *ders.*, Arbeitsrechtliche Aufhebungsverträge⁵ (1997) Rn. 91; *Robert Haller*, BB 1994, 787, 789; *Zwanziger*, DB 1994, 982, 983; *Germelmann*, NZA 1997, 236, 240; *Ulrich Weber/Ehrich*, NZA 1997, 414, 420; siehe auch BAG 30.1.1986, NZA 1987, 91, 92 (Analogie zu § 1 b AbzG ablehnend); LAG Köln 21.4.1994, LAGE § 123 BGB Nr. 20 S. 1 und de lege ferenda § 131 Entwurf eines Arbeitsvertragsgesetzes des Freistaates Sachsen vom 23.5.1995, BR-Drs. 293/95.

Eigenkündigungen von Arbeitnehmern, selbst wenn sie vom Arbeitgeber veranlaßt sein sollten, könnten entsprechend Aufhebungsverträgen zu behandeln sein (*Rüdiger Krause*, LAGE § 123 BGB Nr. 19 S. 9, 10 [Jan. 1995]).

¹⁶ Siehe *Dieterich*, RdA 1995, 129, 136; *dens.*, DB 1995, 1813, 1815.

¹⁷ BAG 30.9.1993, BAGE 74, 281, 291; *Boemke*, NZA 1993, 532, 537 Fn. 90; *ders.*, AP Nr. 37 zu § 123 BGB Bl. 5R (Sept. 1994); *Stephan Lorenz*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag (1997) 168 jeweils unter Bezugnahme auf *Zöllner*, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz (1992), 85, 116; außerdem *Tim Drygala*, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 1995 (1996), 63, 71; *Barnert*, Die formelle Vertragsethik des BGB im Spannungsverhältnis zum Sonderprivatrecht und zur judikativen Kompensation der Vertragsdisparität (1999) 201.

¹⁸ *Zöllner*, FS 100 Jahre GmbH-Gesetz (1992), 85, 116.

¹⁹ Z.B. *Adomeit*, NJW 1994, 2467, 2468.

²⁰ BVerfG 19.10.1993, BVerfGE 89, 214, 234 = JZ 1994, 408 m. Anm. *Wiedemann* = DNotZ 1994, 523 m. Anm. *Loritz* (dazu *Walter Löwe*, ZIP 1993, 1759; *Friedrich Graf v. Westphalen*, MDR 1994, 5; *Köndgen*, EWiR § 138 BGB 1/94, 23; *Heinrichsmeier*, FamRZ 1994, 129; *Peter Bydlinki*, WuB I F 1 a. – 4.94, 391; *Heinrich Honsell*, NJW 1994, 565; *Gerhard Pape*, ZIP 1994, 515; *Grün*, WM 1994, 713; *Groeschke*, BB 1994, 725; *Kohte*, ZBB 1994, 172; *Adomeit*, NJW 1994, 2467; *Christoph Becker*, DZWIR 1994, 397; *Rittner*, NJW 1994, 3330; *Hergenröder*, DZWIR 1994, 485; *Dieter Rehbein*, JR 1995, 45; *Hans Albrecht Hesse/Peter Kauffmann*, JZ 1995, 219); *Dieterich*, RdA 1995, 129, 135.

²¹ *Stoffels*, SAE 1995, 176, 181.

²² Siehe *Knops*, VuR 1998, 107, 111 f.

²³ *Rieble/Klump*, ZIP 2002, 2153, 2158.

einzuholen, zu gewährleisten.²⁴ Indes sollte man dabei nicht aus den Augen verlieren, daß das rechtliche Schutzinstrumentarium nicht nur aus der Zubilligung eines Reurechts bestehen muß. In mindestens gleichem Maße beinhaltet es eine richterliche Inhaltskontrolle von Verträgen.²⁵ Diese erfolgt von Amts wegen und führt nicht zu subjektiven Lösungsrechten der benachteiligten Partei. Außerdem beeinträchtigt jeder korrigierende richterrechtliche Eingriff (wie er in der Einführung eines neuen Reurechts liegt) zumindest solange, bis er sicher etabliert und fester Bestandteil des anerkannten Kanons ist, die Rechtssicherheit.²⁶ Jede richterliche Rechtsfortbildung hin zu einem „allgemeinen sozialen Reurecht“ oder zu „sozialen Reurechten“ bei einzelnen Vertragstypen würde die verfassungsrechtlich motivierte Frage nach den Grenzen der Rechtsfortbildung auf.²⁷ Nicht jede unter wirtschaftlichem oder sonstigem Druck abgegebene Erklärung kann nicht endgültig bindend sein.²⁸ Dagegen steht wieder die zunehmende Komplexität der Sachverhalte in vielen Bereichen, die eine Überlegungsfrist zum sorgfältigen Abwägen der mit einer bestimmten Erklärung verbundenen Vor- und Nachteile sowie eine Möglichkeit, qualifizierten, sachkundigen Rat einzuholen, durchaus sinnvoll erscheinen läßt.²⁹ Darauf ließe sich das Postulat nach einem allgemeinen Typenwiderruf zumindest für komplizierte, sich langfristig und besonders belastend auswirkende Vertragserklärungen stützen.³⁰ Neu entwickelte, gesetzlich nicht normierte Beseitigungsrechte werden zudem durchaus benutzt, um in Spezialfragen dogmatische Konzepte oder gewollte Lösungen zu begründen.³¹ Noch nah am „klassischen“ Gesetzesrecht gibt sich dabei eine analoge Anwendung von Normen des Anfechtungsrechts, namentlich des § 123 BGB.³² Schließlich steht die Forderung im Raum, den fremdveranlaßten Willensbildungsmangel und den Motivirrtum insbesondere unter Berücksichtigung der Frage, welche Risiken die Parteien von Verträgen tragen müssen, neu zu regeln.³³ Im wett-

²⁴ ArbG Wetzlar 29.8.1995, NZA-RR 1996, 84 f. Vgl. auch *Canaris*, AcP 184 (1984), 201, 233 f.; *Kohte*, AcP 185 (1985), 105, 138: Widerrufsrecht für rechtfertigende Einwilligung und vertragliche Zustimmung zu Eingriffen in die körperliche Unversehrtheit aus Einwirkung der Grundrechte (konkret Artt. 2 I; 1 GG) in das Privatrecht.

²⁵ Vgl. *Baldus/Rainer Becker*, FuR 1997, 179, 183.

²⁶ Vgl. *Käppler*, ZfA 1995, 271, 296.

²⁷ *Derleder*, KritJ 1995, 320, 334; *Barnert* (Fn. 18), 199 sowie *Wank*, EzA § 611 BGB Aufhebungsvertrag Nr. 21 S. 5, 8 (Juni 1997) unter Hinweis auf *Wank*, ZGR 1988, 314, 322.

²⁸ Siehe nur RAG 20.12.1930, ARS 11 RAG 589, 590 m. Anm. *Nipperdey*; *Krönig*, JW 1930, 2728, 2729.

²⁹ *Wank*, EzA § 611 BGB Aufhebungsvertrag Nr. 21 S. 5, 6 (Juni 1997).

³⁰ Vgl. *Kalss/Lurjer*, JBl 1998, 153, 156 f.; *diess.*, JBl 1998, 219, 231.

³¹ Hier seien nur einige Beispiele genannt:

Nieder, GRUR 1977, 487: Patentmelder soll Rücknahme seiner Patentanmeldung widerrufen können.

Marotzke, Gegenseitige Verträge im neuen Insolvenzrecht² (1998) Rn. 4.56 f., 4.75, 4.135 f., 4.169, 4.174, 4.176; *Heidelberger Kommentar zur InsO²(-Marotzke)*, (2001) § 103 InsO Rn. 51: Insolvenzverwalter soll sein auf § 103 I InsO gestütztes Erfüllungsverlangen unter Umständen widerrufen können.

Hösch, GewArch 1999, 135, 139 f.: an vertragsabschlußbezogenen Informations- und Aufklärungspflichten orientiertes „Rücktrittsrecht“ für Anleger auf dem grauen Kapitalmarkt.

Fricke, VersR 1999, 521-524: Widerruf des Widerspruchs nach § 5 a VVG.

Gernhuber, FS Dieter Medicus (1999), 145, 154: Widerruf einer ernsthaften und endgültigen Erfüllungsverweigerung, sofern diese als Erklärung zu werten ist.

³² Dafür *Rolf Sack*, Unlauterer Wettbewerb und Folgeverträge (1974) 16-22; *ders.*, WRP 1974, 445, 453 f.; *Münchener Kommentar zum BGB(-Ernst A. Kramer)*, I: §§ 1-240 BGB; AGBG⁴ (2001) § 123 BGB Rn. 46.

³³ *Hans-Jürgen Ahrens*, WRP 1978, 677, 685 f.

bewerbsrechtlichen Zusammenhang wird irreführende Werbung im Sinne des § 3 UWG zunehmend zur materiellen Grundlage von Vorschlägen für Beseitigungsrechte irreführender Kunden de lege ferenda gemacht.³⁴ Insgesamt gilt es, die skizzierte Verschiebung weg von einem strikt verstandenen Festhalten am einmal gegebenen Wort und das Eindringen sozialer Schutzerwägungen in den Gesamtkontext des Rechts der Willenserklärungen einzuordnen und das heutige Gewicht, die heutige Bedeutung insbesondere des Grundsatzes „pacta sunt servanda“ zu bewerten.

Das Thema beschränkt sich nicht auf die Formen der Abstandnahme von Verträgen,³⁵ obwohl dort sein wirtschaftlicher Schwerpunkt liegt. Vielmehr geht es um einen Ansatz nicht beim Vertragsprogramm als solchem, sondern bei der Willenserklärung. Denn das Vertragsprogramm kann bei entsprechender Nichterfüllung von Obligationen ebenfalls die Möglichkeit zur Abstandnahme vom Vertrag eröffnen. Der Ansatz bei der vertragsbegründenden Willenserklärung und ihren Wirkungen liegt demgegenüber auf einer vorgelagerten Stufe. Das Reurecht muß einer Freiheit des Erklärenden zur Aufhebung der Folgen seiner vorangegangenen Erklärung entspringen. Das Reurecht ist gleichsam *actus contrarius* zur vorangegangenen Erklärung.

IV. Weitere Anliegen der Bearbeitung

Bei der Behandlung dieser Fragen sind scheinbare Sonderentwicklungen auf einigen Gebieten wieder in das allgemeine Zivilrecht zurückzuführen. In besonderem Maße gilt dies für das Arbeitsrecht. Als Beispiel sei hier nur das sogenannte Fragerecht des Arbeitgebers genannt.³⁶ Daß dieses Fragerecht keine isolierte Besonderheit des Arbeitsrechts ist, sondern nur arbeitsrechtliche Ausprägung einer für das gesamte Zivilrecht gültigen Erscheinung, zeigt schon die bisher kaum je gesehene Parallele zum Versicherungsvertragsrecht. Zugleich ist der Schatz zu heben, welchen die intensive Diskussion über die Dogmatik des Erklärungsrechts im ersten Drittel dieses Jahrhunderts angehäuft hat. Viel häufiger, als man es sich heute gemeinhin bewußt macht, sind bereits damals entscheidende Weichenstellungen erfolgt. Heute allgemein anerkannte und nicht mehr hinterfragte Sätze stammen sogar zumeist aus der frühen Judikatur zum BGB, die vor der Aufgabe stand, mit einem neuen und noch unerprobten Recht umzugehen und dafür passende Maßstäbe zu entwickeln. Insoweit gehört manches vom angelernten Wissen jedes im Zivilrecht ausgebildeten Juristen auf den Prüfstand. Einiges an damals bereits vorhandener Erkenntnis ist andererseits heute wieder verlorengegangen. In beiderlei Hinsicht, also in der kritischen wie in der wieder gewinnenden Auseinandersetzung, muß sich das Gesetzesrecht des BGB vor dem Hintergrund der beginnenden Informationsgesellschaft beweisen. Soweit angebracht, findet daneben einzelpunktbezogene Rechtsvergleichung statt.

In methodischer Hinsicht wird schließlich der Versuch unternommen, das Recht der Willenserklärungen auch danach zu befragen, welche Anreize einzelne rechtliche Gestaltungen oder deren denkbare Alternativen den Beteiligten vermitteln und inwieweit dies unter Transaktionskostenaspekten dem Effizienzideal entspricht (oder möglichst nahe-

³⁴ Z.B. *Dürschmidt*, Werbung und Verbrauchergarantien (1997) 225-232, 247 (besprochen von *Manowski*, WRP 1999, 241); *Ralph Berens*, Fremdbestimmung des Konsumenten bei der Vertragsanbahnung insbesondere durch Irreführung (1998) 342-360.

³⁵ Vgl. *Medicus*, JuS 1988, 1; *Schwenzer*, JA 1989, 473 und 505.

³⁶ Siehe § 15 IV.

kommt).³⁷ Daß die ökonomische Analyse des Rechts für das geltende Recht wertvolle Hilfestellungen zu geben vermag, dürfte inzwischen Allgemeingut sein. Dies gilt es, für das Recht der Willenserklärungen zu belegen, das bisher zumindest in Deutschland kaum in das Blickfeld der ökonomischen Analyse geraten ist.³⁸ Wie sinnvoll dies sein kann, sei wiederum an Beispielen vorab angedeutet: Rationalisierungsmöglichkeiten für die Unternehmer als repeat players prägen das Informations- und Widerrufsmodell der modernen Verbraucherschutzgesetze,³⁹ und dem sekundären Kompensationsschutz für den Erklärungsadressaten nach § 122 BGB wohnt eine beachtliche Steuerungsfunktion für die Anfechtungsbereitschaft des Erklärenden inne.⁴⁰

V. Gang der Bearbeitung

Den Gegenstand der Arbeit bildet die Beseitigung von Erklärungswirkungen. Abgrenzend sind daher zunächst das Beseitigungsobjekt und die Besonderheiten der Beseitigungsrechte im Vergleich insbesondere zu Rücktrittsrechten klarzustellen (§§ 2; 3). Danach wird das Ausgangsmaterial gesichtet, welche Beseitigungsrechte das deutsche Zivilrecht kennt (Teil II). Bei umstrittenen oder in ihrer ratio nicht unmittelbar einleuchtenden Beseitigungsrechten stellt sich dort die Frage, ob solche Beseitigungsrechte überhaupt bestehen. Für die festgestellten Beseitigungsrechte sind die materiellen Voraussetzungen der jeweiligen Beseitigungsberechtigungen zu systematisieren (Teil III). Dem folgt der Blick auf die Struktur der Ausübung von Beseitigungsrechten (Teil IV). Ausnahmsweise besteht schon primärer Schutz durch Bestandsschutz, obwohl grundsätzlich ein Beseitigungsrecht gegeben wäre (Teil V). Ein grundsätzlich berechtigtes Beseitigungsverlangen kann Sekundärschutz des Erklärungsadressaten durch eine Kompensationspflicht des Erklärenden nach sich ziehen (Teil VI). Den Anforderungen an die Ausübung bestehender Beseitigungsrechte nach Form, Adressierung und Inhalt gilt sodann das Interesse (Teil VII). Die zu Recht ausgeübte Beseitigungsbefugnis zieht – neben einer eventuellen Kompensationspflicht – weitere Folgen nach sich (Teil VIII). Ein Kapitel für sich sind die möglichen Drittbeziehungen von Beseitigungsrechten. Hier ergibt sich ein weites Panorama ganz unterschiedlicher Phänomene. Denn Drittbeziehungen können sowohl tatbestandlicher Natur sein, indem dem Erklärungsadressaten das Verhalten eines Dritten zugerechnet wird oder ein Beseitigungsrecht überhaupt nur wegen eines spezifischen Drittbezuges besteht. Der Drittbezug kann sich bei den reinen Drittbeseitigungsrechten aber auch aus dem Beseitigungsobjekt Erklärung eines Dritten ergeben oder die Beseitigungsbefugnis betreffen (Teil IX). Das Verhältnis zwischen Beseitigungsrechten und Privatautonomie hat eine negative wie eine positive Komponente; es geht sowohl um die privatautonome Einschränkung oder den privatautonomen Ausschluß als auch um die privatautonome Begründung oder Erweiterung von Beseitigungsrechten (Teil X). Mehrere Beseitigungsrechte können miteinander konkurrieren (Teil XI). Die Revokabilität von Beseitigungserklärungen bildet den Abschluß (Teil XII).

³⁷ Siehe zum Effizienzziel und dessen normativer Verankerung eingehend *Eidenmüller*, Effizienz als Rechtsprinzip² (1998) 169-317.

³⁸ Die weltweit wichtigste Ausnahme ist *De Geest*, Economische analyse van het contracten- en quasi-contractenrecht (Antwerpen/Apeldoorn 1994).

³⁹ Siehe § 14 IV.

⁴⁰ Siehe § 24 II 2 c.

§ 2 Erklärungstatbestand oder Erklärungswirkungen als Ansatzpunkt und Gegenstand der Beseitigung?

I. Erklärungstatbestand als auch faktisches Geschehen

Eine Willenserklärung ist nicht nur ein Rechtskonstrukt. Sie ist zuvörderst eine Erklärung und hat damit ein faktisches Substrat. Sie ist eine auf die sinnliche Wahrnehmung durch andere gerichtete Kundgabe eines Willens,¹ damit ein Sprachakt² und ein Akt der sozialen Kommunikation,³ welcher Sinnfälligkeit, intersubjektive Wahrnehmbarkeit durch andere und daher eine Entäußerung aus dem forum internum des Erklärenden voraussetzt.⁴ Zwar legt erst das Recht ihr Wirkungen bei. Dies betrifft aber ausschließlich die Rechtsfolgen-
seite. Auf der Tatbestandsseite setzt das Recht gerade die faktische Äußerung voraus. Die Willenserklärung hat die Äußerung als reale Handlung zum objektiven Tatbestandsmerkmal.⁵ Daran ändert auch nichts, daß die Rechtsfolge auf die Bedeutung abstellt, welche dem realen Geschehen der Äußerung zukommt, also auf den mit der Äußerung kommunizierten Sinn rekurriert.⁶ Die Erklärung bedarf in jedem Fall eines Erklärungsträgers. Dieser Erklärungsträger muß keine Verkörperung sein. Verlangt sind aber zumindest eine Entäußerung aus dem forum internum, aus der eigenen Sphäre des Erklärenden und die Möglichkeit, daß andere Personen als der Erklärende selbst die Äußerung wahrnehmen können. Etwas, das zum einen der Zuschreibung eines Inhalts und zum anderen der Zuordnung zu einer erklärenden Person fähig ist, muß in die Außenwelt gelangen. Denn die Rechtsordnung kann wegen des überragend wichtigen Grundsatzes der Rechtssicherheit Rechtsfolgen nur an Geschehnisse anknüpfen, die intersubjektiv erkennbar und (potentiell) nachweisbar sind.⁷

II. Irrevokabilität von Fakten als solchen

1. Trennung zwischen Erklärungsträger und Erklärungswirkungen

a) Grundsätzliches

Fakten sind reale Ergebnisse von Geschehnissen. Sie lassen sich im Tatsächlichen nicht mehr als nie geschehen aus der Welt schaffen. Die Vergangenheit kann zwar insofern korrigiert werden, als ihre Ergebnisse, ihre Rechtswirkungen, beseitigt werden, sie kann aber

¹ Siehe nur *Ernst Wolf*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts³ (1982) 299 (§ 7 B a 1, 2); *Eisenhardt*, Allgemeiner Teil des BGB⁴ (1997) Rn. 48; *Brox*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs²⁶ (2002) Rn. 86 mit 81.

² *Jahr*, JuS 1989, 249, 250.

³ *Larenz*, Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts⁷ (1989) 335 (§ 19 I).

⁴ Siehe *Brehmer*, Wille und Erklärung (1992) 92.

⁵ Siehe nur *Schlossmann*, FG Albert Hänel (1907), 1, 15, 17; *Planck(-Flad)*, BGB I: §§ 1-240 BGB⁴ (1913) Vor § 116 BGB Anm. 2 a; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II: Das Rechtsgeschäft³ (1979) 47 (§ 4, 3); *Soergel(-Wolfgang Hefermehl)*, BGB II: §§ 104-240 BGB¹³ (1999) Vor § 116 Rn. 15; *Larenz* (Fn. 3), 333 (§ 19 I); *Marco v. Münchhausen/Bauchhenss*, BGB Allgemeiner Teil I (1996) § 13 Rn. 1; *Heinz Hübner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs² (1996) Rn. 663; *Rüthers/Astrid Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB¹² (2002) § 17 Rn. 3; *Helmut Köhler*, BGB Allgemeiner Teil²⁶ (2002) § 13 Rn. 1.

⁶ Vgl. *Jahr*, JuS 1989, 249, 250.

⁷ Siehe nur *Siebenhaar*, AcP 162 (1963), 354, 371.

nicht ungeschehen gemacht werden.⁸ Quod semel factum est, infectum fieri non potest.⁹ Der Tatbestand der Erklärung ist verwirklicht und abgeschlossen. In ihn ist ein ex tunc wie ex nunc wirkender Eingriff nicht mehr möglich.¹⁰ Die Motive zu § 119 BGB differenzieren (im Anschluß an § 108 E I) ebenso fein wie zutreffend:¹¹ Die angefochtene Erklärung und das auf dieser aufbauende Rechtsgeschäft werden *hinsichtlich der gewollten Wirkungen* so angesehen, als ob sie nicht vorgenommen worden wären.¹² Beseitigt wird eben nur die Regelung, die in der Erklärung liegt.¹³ Fakten vermag die Rechtsordnung nicht auszulöschen, weil diese der Rechtswelt gleichsam vorgegeben sind. Dagegen kann die Rechtsordnung die ihr selbst erwachsenden Rechtsfolgen, die an Fakten anknüpfen, neu bewerten, umgestalten oder ganz aufheben.¹⁴ Besonders deutlich ist dies bei mündlichen, d.h. nicht fixierten und nur aus dem Moment erwachsenden Erklärungen, die sich als solche später nicht mehr reproduzieren (d.h. im Original vorweisen) lassen. Auch bei verkörperten Erklärungen macht kein rechtlicher Eingriff die Vergangenheit ungeschehen. Dort existiert der verkörpernde Erklärungsträger, z.B. das entsprechende Schriftstück. Keine rechtliche Handlung schafft als solche dieses Schriftstück aus der Welt. Man mag es verbrennen, durch einen Reißwolf unkenntlich machen oder durch eine sonstige tatsächliche Handlung vernichten. Dies beruht dann aber auf einem weiteren faktischen Handlungsablauf, nicht auf einer gerade auf die Erklärungswirkungen hinzielenden Rechtshandlung. Zudem beseitigt die faktische Vernichtung des Erklärungsträgers nicht die Rechtswirkungen der Erklärung. Keine Rechtsregel zwingt, dem Untergang des Erklärungsträgers eine Rechtsfolge mit Bezug auf die Willenserklärung zuzuordnen.¹⁵ Es stellt sich vielmehr nur ein Beweisproblem für denjenigen, welcher für sich günstige Folgen aus der Erklärung ableiten will oder allgemeiner: welcher sich auf die Erklärung beruft.¹⁶ Er muß beweisen, daß der Erklärungsträger jemals existiert hat. Dieser Beweis bewegt sich allein auf der Ebene der Fakten und betrifft nur den Erklärungsträger, nicht die Erklärungswirkungen. Der einmal beweisbar existent gewesene Erklärungsträger kann als Grundlage der Erklärung Erklärungswirkungen tragen, obwohl er in der Zwischenzeit vernichtet worden sein mag. Dies dokumentiert die Trennung zwischen Erklärungsträger und Erklärungswirkungen.

b) Testamentswiderruf nach § 2255 BGB als Beispiel

Ein hervorragendes Beispiel bietet eine Konstruktion, die bei flüchtiger Betrachtung im Gegenteil eine Erschütterung des eben Gesagten darzustellen scheint: der Widerruf eines

⁸ Siehe nur *Ernst E. Hirsch*, FS Hans Carl Nipperdey (1965), I 351, 355.

⁹ Gai. Aug. 111, 112.

¹⁰ *Henle*, FS Ernst Zitelmann (1913), I, 38; v. *Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II/1 (1914) 300 (§ 57 I); *Pagenstecher*, RheinZ 10 (1919/20), 20, 42; *Rainer-Matthias Wilhelm*, Anfechtung und Reurecht (Diss. Tübingen 1990) 109 f.; *Lobinger*, AcP 195 (1995), 274, 278; auch *Alfred Hueck*, AP 1954 Nr. 85 S. 295, 296.

¹¹ Mot. I 219.

¹² Hervorhebung hinzugefügt.

¹³ Siehe nur v. *Lübtow*, NJW 1968, 1849, 1850.

¹⁴ *Ernst E. Hirsch*, FS Hans Carl Nipperdey (1965), I 351, 355.

¹⁵ *Jahr*, JuS 1989, 249, 250.

¹⁶ Zur Beweislastverteilung siehe insoweit nur *Rosenberg*, AcP 94 (1903), I, 25; *dens.*, Die Beweislast⁵ (1965) 252 f.; *Planck⁴(-Flad)* (Fn. 5), Vor § 116 BGB Anm. 7; *Gerhard Reinecke*, Die Beweislastverteilung im Bürgerlichen Recht und im Arbeitsrecht als rechtspolitische Regelungsaufgabe (1976) 32, 41; *Baumgärtel(-Laumen)*, Handbuch der Beweislast im Privatrecht I² (1991) Vor §§ 116 ff. BGB Rn. 1, § 145 BGB Rn. 1, 3; vgl. auch BGH 21.1.1954, LM § 416 ZPO Nr. 1.

Testaments durch Einwirken auf die Testamentsurkunde nach § 2255 BGB. Denn nicht die tatsächliche Vernichtung des Erklärungsträgers nimmt dem Testament seine Wirkungen. Vielmehr kann auch ein vernichtetes oder körperlich nicht auffindbares Testament Wirkungen haben.¹⁷ Die rechtlichen Folgen der Vernichtung bewirkt erst die zusätzliche rechtliche Wertung, daß ein Widerruf gewollt war. Die tatsächliche Vernichtung ist dafür nur eines von zwei notwendigen Tatbestandsmerkmalen und eben für sich allein nicht ausreichend.¹⁸ Hinzu tritt als notwendiges subjektives Tatbestandsmerkmal, daß der Erblasser mit jener tatsächlichen Vernichtung einen Widerruf bezweckt hat.¹⁹ Die Vernichtung ist dann äußerer Ausdruck des Widerrufs. Damit ist sie ihrerseits Erklärungsträger einer Willenserklärung, denn der Widerruf ist materiell eine letztwillige Verfügung²⁰ und daher eine rechtsgeschäftliche Handlung und Willenserklärung.²¹ Dementsprechend sind seine Wirkungen selbst taugliche Objekte einer Beseitigung insbesondere durch Anfechtung nach §§ 2078; 2079 BGB.²² Dagegen macht die Vernichtung des Testaments ohne den (erweislichen) Willen des Erblassers oder die versehentliche Vernichtung das Testament eben nicht wirkungslos,²³ weil es an einer beseitigenden Willenserklärung des Erblassers fehlt. Vielmehr ist dann der Beweis notwendig und zulässig, daß der Erblasser das vernichtete Testament formgültig errichtet hatte; die Beweislast dafür trägt derjenige, der Rechte aus diesem Testament herleitet.²⁴ Daß ein Testament, dessen frühere Existenz bewiesen ist, nicht mehr

¹⁷ Siehe nur BayObLG 15.1.1998, NJWE-FER 1998, 109.

¹⁸ Siehe nur *Klaus Hohmann*, ZEV 1996, 271.

¹⁹ RG 24.6.1909, RGZ 71, 293, 300; 11.7.1925, RGZ 111, 261, 265; BGH 16.9.1959, NJW 1959, 2113, 2114; BayObLG 26.2.1985, FamRZ 1985, 839, 840; OLG Colmar 21.6.1916, OLGE 34 (1917), 315, 316; KG 6.1.1995, ZEV 1995, 107 mwN; OLG Hamm 11.9.2001, NJW-RR 2002, 222, 223; *Soergel(-Harder)*, BGB IX: §§ 1922-2385 BGB; *BeurkG*¹² (1992) § 2255 BGB Rn. 2; Münchener Kommentar zum BGB(-*Burkart*), IX: §§ 1922-2385 BGB; §§ 27-35 *BeurkG*³ (1997) § 2255 BGB Rn. 3; *Heinrich Lange/Kuchinke*, Lehrbuch des Erbrechts³ (2001) 412 (§ 23 II 2 c); *Hellfeier*, ZEV 2003, 1, 2.

²⁰ Mot. V 47; RG 21.3.1921, RGZ 102, 69, 70; KG 26.6.1911, KGJ 41 (1912) A 94, 97; OLG Freiburg 17.1.1951, RPflegler 1952 Sp. 340, 341; *Rudolf Schmidt*, MDR 1951, 321, 323; v. *Lübtow*, Erbrecht Hb. 1 (1971) 236 (§ 4 II); RGRK(-*Kregel*), BGB V/2: §§ 2147-2385 BGB¹² (1975) § 2255 BGB Rn. 3 (Dez. 1974); *Dittmann/Reimann/Bengel(-Bengel)*, Testament und Erbvertrag² (1986) § 2255 BGB Rn. 4; AK(BGB)(-*Finger*), §§ 1922-2385 BGB (1990) § 2255 BGB Rn. 1; *Schlüter*, Erbrecht¹⁴ (2000) Rn. 186; MünchKomm³(-*Burkart*) (Fn. 19), § 2255 BGB Rn. 2.

Anderer Ansicht *Maenner*, LZ 1925 Sp. 505, 510.

²¹ BGH 10.5.1951, JZ 1951, 591 m. zust. Anm. *Coing* (dazu *Rudolf Schmidt*, JZ 1951, 745); OLG Freiburg 17.1.1951, RPflegler 1952 Sp. 340, 341; *Rudolf Schmidt*, MDR 1951, 321 f.; v. *Lübtow* (Fn. 20), 236 (§ 4 II); *Dittmann/Reimann/Bengel(-Bengel)* (Fn. 20), § 2255 BGB Rn. 2; *Kipp/Coing*, Erbrecht¹⁴ (1990) 210 (§ 31 II 2); *Staudinger(-Wolfgang Baumann)*, BGB, §§ 2197-2264 BGB¹³ (1996) § 2255 BGB Rn. 3; *Erman(-Michael Schmidt)*, BGB II: §§ 854-2385 BGB usw.¹⁰ (2000) § 2255 BGB Rn. 1; *Heinrich Lange/Kuchinke* (Fn. 19), 412 f. (§ 23 II 2 d); *Leipold*, Erbrecht¹⁴ (2002) Rn. 252.

²² RG 21.3.1921, RGZ 102, 69, 70; KG 12.12.1969, NJW 1970, 612, 614; *Klaus Hohmann*, ZEV 1997, 271, 272.

²³ Siehe nur RG 9.5.1912, JW 1912, 798, 799; BGH 10.5.1951, JZ 1951, 591 m. Anm. *Coing*; BayObLG 15.5.1990, FamRZ 1990, 1162, 1163; 28.1.1992, NJW-RR 1992, 653, 654 (dazu *Petra Pohlmann*, RPflegler 1992, 484); KG 7.4.1938, JW 1938, 1601; 6.1.1995, ZEV 1995, 107; LandwirtschaftsG Neumünster 13.12.1965, SchlHA 1966, 83 f.; RGRK¹²(-*Kregel*) (Fn. 20), § 2255 BGB Rn. 4; *Soergel*¹²(-*Harder*) (Fn. 19), § 2255 BGB Rn. 2; *Ebenroth*, Erbrecht (1992) Rn. 211; *Staudinger*¹³(-*Wolfgang Baumann*) (Fn. 21), § 2255 BGB Rn. 31; MünchKomm³(-*Burkart*) (Fn. 19), § 2255 BGB Rn. 3; *Brox*, Erbrecht¹⁷ (1998) Rn. 410; Handkommentar zum BGB(-*Hoeren*),² (2002) § 2255 BGB Rn. 5.

²⁴ Siehe nur BayObLG 26.2.1985, FamRZ 1985, 839, 840; 15.5.1990, FamRZ 1990, 1162, 1163; 28.1.1992, NJW-RR 1992, 653, 654; 21.7.1992, NJW-RR 1992, 1358; OLG Frankfurt a.M. 20.12.1977,

auffindbar ist, begründet jedenfalls keine Vermutung, daß der Erblasser es in Widerrufsabsicht vernichtet habe.²⁵

2. Zuschreiben von Wirkungen als rechtliche Wertung ohne Veränderung der Fakten

a) Bewertung als Nichterklärung und Träger der Äußerung

Die Rechtsordnung mag einer bestimmten Äußerung von vornherein die Qualität einer Willenserklärung absprechen, diese Äußerung also als Nichterklärung werten.²⁶ Selbst damit aber verneint die Rechtsordnung nicht das Vorliegen der Äußerung als solcher. Vielmehr geht es nur um eine Bewertung, welche rechtlichen Wirkungen der Äußerung zuzuschreiben sind.²⁷ Bei der Nichterklärung fehlt es eben an der Möglichkeit, gesetzlich anerkannte Regeln an einen geäußerten Rechtsfolgwillen (oder bei wechselseitigen Erklärungen an einen tatsächlichen Willenskonsens) anzuknüpfen.²⁸ An den Träger der Äußerung geht die Rechtsordnung nicht dergestalt heran, daß sie diesen als nichtexistent behandelte. Der äußere Tatbestand besteht; er wird nur nicht mit Rechtsinhalt ausgefüllt. Potentiell Interessierten gelangt der äußere Tatbestand zur Kenntnis. Er erzeugt aber auf Grund rechtlicher Wertung keine Summe von Eindrücken in deren Bewußtsein, welche zusammen die Vorstellung von einem bestimmten Rechtswillen des Erklärenden ausmachen und dadurch eine Willenserklärung konstituieren.²⁹ Er drückt nach rechtlicher Wertung keine hinreichende soziale Bindung kraft selbstbestimmten oder selbstbestimmbaren Verhaltens aus.³⁰ Zu differenzieren ist eben zwischen Tatbestandsvoraussetzungen einerseits und Wirksamkeitsvoraussetzungen andererseits.³¹ Der Erklärungsträger ist objektiver Erklärungstatbestand und gehört eindeutig zu den Tatbestandsvoraussetzungen. Die Tatbestandsvoraussetzungen einer Willenserklärung umfassen die tatsächliche Existenz eines Äußerungsträgers und die Bewertung der Äußerung als Erklärung. Die Wirksamkeitsvoraussetzungen setzen dagegen später an. Die Rechtsordnung korreliert der Privatautonomie in mehrfacher Hinsicht. Der Wille des Privaten allein kann keine Rechtsfolgen zeitigen. Vielmehr bedarf dieser Wille seiner Anerkennung durch die Rechtsordnung.³² Diese Anerkennung hat zwei gestufte Aspekte: erstens Anerkennung als Erklärung und zweitens Zubilligung und Durchsetzung der gewollten Rechtsfolgen.

RPfeger 1978, 310, 311; OLG Köln 30.4.1993, NJW-RR 1993, 970; OLG Düsseldorf 18.10.1993, NJW-RR 1994, 142; *Staudinger*¹³(-*Wolfgang Baumann*) (Fn. 21), § 2255 BGB Rn. 22, 31.

²⁵ BayObLG 15.1.1998, NJWE-FER 1998, 109.

²⁶ Unabhängig davon, welche subjektiven Elemente man in den Tatbestand der Willenserklärung hineinliest, ist eine solche Abgrenzung notwendig; die vertretenen unterschiedlichen Konzepte (siehe z.B. *Larenz* [Fn. 3], 333-335 [§ 19 I]) betreffen nur die Abgrenzungskriterien, aber nicht die Notwendigkeit der Abgrenzung als solche.

²⁷ Nichterklärung und nichtige Erklärung unterscheiden sich also nicht durch das Nichtvorliegen oder das Vorliegen eines äußeren Erklärungstatbestands (entgegen *Collier*, Nichtigkeit und Unwirksamkeit im System der bürgerlichen Rechtsordnung [Diss. Hamburg 1967] 110 f.).

²⁸ Siehe *Pawlowski*, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen (1966) 158 f.; *Beer*, Die relative Unwirksamkeit (1975) 55.

²⁹ Vgl. *Günther Küchenhoff*, LZ 1931 Sp. 303, 304.

³⁰ Vgl. *Hart*, KritV 1986, 211, 228.

³¹ Siehe nur *Oertmann*, Die Rechtsbedingung (1924) 14, 21 et passim.

³² Siehe nur *Zepos*, FS Jean Spiropoulos (Bonn 1957), 461, 464; *Beer* (Fn. 28), 58; *Flume* (Fn. 5), 1 (§ 1).

b) *Fehlende Möglichkeit einer späteren Verwandlung einer Erklärung in eine Nichterklärung*

Rechtlich schlägt sich die Distinktion zwischen Erklärung als Faktum (Erklärungsträger) und Erklärungswirkungen auch auf der nächsten Stufe nieder: Keine spätere Rechtshandlung macht eine einmal existente Erklärung zu einer Nichterklärung. Die Qualität als Erklärung oder Nichterklärung haftet einer Äußerung vielmehr ab initio an. Die Rechtsordnung muß ihre entsprechende Bewertung vorgenommen haben, bevor die spätere Rechtshandlung vorgenommen wird, und damit notwendig unabhängig von dieser. Sie muß schon im Moment der Äußerung Stellung beziehen zu dem dann existenten Äußerungsträger und diesem Wirkungen zuschreiben oder versagen. Die strengstmögliche Folge einer späteren Rechtshandlung ist dagegen die Vernichtung der Erklärung, d.h. die rückwirkende Aufhebung der Erklärungswirkungen. Damit ist aber zugleich implicite anerkannt, daß vor der Vernichtung eine Erklärung vorlag. Die Bewertung als Erklärung bleibt auch nach der Vernichtung bestehen. Der vorher gegebene Tatbestand der Willenserklärung wird nicht ungeschehen gemacht.³³ Der vorausgesetzte und als existent anerkannte Erklärungsträger wird wiederum nicht angetastet. Vielmehr zielt die spätere Rechtshandlung nur auf dessen rechtliche Wirkungen. Der Eingriff erfolgt in die rechtliche Bewertung, nicht in das faktische Substrat. Das tatsächlich Vorhandene wird als rechtlich nicht mehr in dem erklärten Sinn relevant bewertet.³⁴ Die nichtige Erklärung bleibt Erklärung und ist kein nullum.³⁵ Gesetzlicher Beleg dafür sind § 140 BGB (die Umdeutung kann an einen gegebenen Tatbestand anknüpfen) und § 141 BGB (sprachlich muß sich eine Bestätigung wie eine *Neuvornahme*, eine – sei es auch modifizierte – erneute Vornahme, auf etwas als rechtlich existent Bewertetes beziehen).³⁶ An die nichtige Erklärung können Rechtsfolgen anknüpfen, wenn auch andere als die ursprünglich erklärten. Wenn die spätere Rechtshandlung schon nicht zur (rückwirkenden) Neubewertung als Nichterklärung führt, kann sie aber erst recht nicht den Erklärungsträger angreifen, um dessen Bewertung es geht. Das Objekt der Bewertung zu vernichten wäre nämlich ein noch stärkerer Eingriff als die strengstmögliche Bewertung mit der Zuerkennung der geringsten Wirkungen. Unwirksame Erklärung, nichtige Erklärung, Nichterklärung und Nicht-Äußerung (fehlender Äußerungs- und damit Erklärungsträger) sind Stufen in einer aufsteigenden Reihenfolge. Das Recht erreicht mit seinen Instrumenten und Bewertungen nur die ersten drei Stufen. Spätere Rechtshandlungen reichen gar nur bis zur zweiten Stufe. Um so weniger können sie auf der vierten Stufe stehen.

III. Beseitigung als Rückgängigmachung oder Aufhebung auf der Rechtsfolgende

1. Bindungs- und Geltungswirkung der Erklärung als Angriffspunkt

Die Beseitigung betrifft also nicht die Tatbestands-, sondern die Rechtsfolgende der Willenserklärung. Ihr Ziel ist es, dem Erklärenden zu ermöglichen, sich von den Folgen seiner

³³ BAG 13.4.1972, AP Nr. 64 zu § 626 BGB Bl. 4R m. Anm. *Harm Peter Westermann* (Aug. 1973) = AR-Blattei D-Blatt Kündigung III Entscheidungen 2 m. Anm. *Herschel* (März 1973) = SAE 1973, 146 m. Anm. *Dorndorf*; *Oertmann*, BGB Allgemeiner Teil³ (1927) Vor § 104 BGB Anm. 6 b.

³⁴ Vgl. *Hölder*, AcP 80 (1893), 1, 30; *Leonard Jacobi*, AcP 88 (1896), 51, 71 Fn. 35.

³⁵ Siehe nur *Herschel*, AP Nr. 6 zu § 9 KSchG 1969 Bl. 5, 5R (Juni 1982).

³⁶ *Kubaschewski*, Die Anfechtbarkeit des nichtigen Rechtsgeschäfts (Diss. Jena 1911) 35 f.

Erklärung loszusagen. Damit läßt sich ihr eigentlicher Angriffspunkt genau bestimmen: die Bindungswirkung der Erklärung.³⁷ Das Beseitigungsrecht ist die Kehrseite dazu, die Möglichkeit zur Aufhebung der Bindung. Sofern der Erklärende an seine Erklärung von vornherein nicht rechtlich gebunden ist, bedarf er grundsätzlich keines Beseitigungsrechts. Beleg dafür ist das fehlende Anfechtungsrecht des Erblassers bezüglich seines Testaments. Es erklärt sich eben aus der fehlenden Bindung des Erblassers an sein Testament.³⁸ Neben der Bindungswirkung steht als Angriffsobjekt, ohne daß dies normalerweise relevant würde, die Geltungswirkung der Erklärung. Diese rückt bei der Testamentsanfechtung zum primären Angriffsobjekt auf.³⁹

2. Rückgängigmachung oder Aufhebung als Frage der zeitlichen Wirkung

Die Beseitigung von Erklärungswirkungen kann in zeitlicher Hinsicht unterschiedlich weit wirken: Einerseits kann sie die Erklärungswirkungen ex nunc, d.h. mit Wirkung ab demjenigen Zeitpunkt beseitigen, zu welchem die Beseitigungserklärung wirksam wird. Andererseits kann sie ex tunc wirken, d.h. Rückwirkung auf der Zeitpunkt der zu beseitigenden Erklärung zurückwirken. Die Wirkung ex nunc wird hier als Aufhebung der Bindungswirkung, jene ex tunc als Rückgängigmachung der Bindungswirkung bezeichnet.

3. Willenserklärung oder deren Rechtswirkungen als Beseitigungsobjekt?

Eine scheinbar überwundene Kontroverse rankt sich am Beispiel der Anfechtung darum, was eigentlich angefochten werde: die Willenserklärung oder deren Rechtswirkungen⁴⁰? Die Antwort muß im ersten Sinne ausfallen. Angefochten, widerrufen usw. wird die Erklärung selbst. Die Rechtsfolgen dieser Beseitigung betreffen aber die Erklärungswirkungen. Wer die Erklärungswirkungen selbst zum Anfechtungsobjekt erhebt, verwechselt Tatbestands- und Rechtsfolgende der Beseitigung miteinander. Zudem vermengt er Erklärungstatbestand und Erklärungswirkungen in unzulässiger Weise.⁴¹ Aus der durchaus zutreffenden Prämisse, daß die Beseitigung den Erklärungstatbestand nicht angreift, kann nur bei Fehlen der gebotenen gedanklichen Trennung geschlossen werden, Beseitigungsobjekt müßten dann die Erklärungswirkungen sein. Gegenstand der Beseitigung sind die Erklärungswirkungen, tatbestandlicher Ansatzpunkt der Beseitigung ist aber die Erklärung selbst. Wäre es anders, müßte der Erklärende die Beseitigung doch auf die Beseitigung einzelner, isolierbarer Rechtsfolgen einschränken können. Dies wäre ein minus zur Beseiti-

³⁷ Siehe nur OLG Oldenburg 17.11.1998, FamRZ 1999, 1537, 1538.

³⁸ *Staudinger(-Gerhard Otte)*, BGB, §§ 1967-2086 BGB¹³ (1996) § 2080 BGB Rn. 1.

³⁹ MünchKomm³(-Leipold) (Fn. 19), § 2078 BGB Rn. 1; *Karpf*, Das Selbstanfechtungsrecht des Erblassers beim Erbvertrag (1994) 173 sowie *Berse*, Der Motivirtum im Testamentsrecht (1991) 4.

⁴⁰ So immerhin *Hölder*, Kommentar zum Allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs (1900) § 104 BGB Anm. V (S. 239); *ders.*, JherJb 42 (1901), 1 Fn. 1; *Josef Kohler*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I: Allgemeiner Teil (1906) 201 (§ 67 I); *Kubaschewski* (Fn. 36), 47 f.; *Henle*, FS Ernst Zitelmann (1913), 1, 38; *Zepos*, ARSP 27 (1933/34), 480, 489; auch *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts I⁹ (1906) 437 (§ 82, 8); ähnlich *Ernst Wolf* (Fn. 1), 469 (§ 10 D I), 471 (§ 10 D II c) (angefochten wird die gegenwärtige Rechtslage).

⁴¹ Besonders deutlich bei *Hölder*, Recht 1900, 161, 163: „Durch die Anfechtung eines Rechtsgeschäfts wird seine rechtliche Existenz oder, was dasselbe ist, die durch seinen Inhalt eingetretene Änderung rechtlicher Verhältnisse zu einer nicht eingetretenen.“ Dort geht die Abgrenzung zwischen Nichterklärung und nichtiger Erklärung verloren, denn nur die Nichterklärung hat keine rechtliche Existenz. Die nichtige Erklärung kann immerhin einen Vertrauenstatbestand begründen.

gung aller Rechtsfolgen insgesamt. Für eine solche Einschränkung der Beseitigung in der Erklärung läßt sich jedoch keinerlei gesetzlicher Anhaltspunkt finden.⁴² Eine Anfechtung einzelner aus einem Vertrag erwachsender Pflichten etwa kann als solche nicht stattfinden.⁴³ Erforderlich ist vielmehr ein Angriff gegen den Pflichtengrund, den tatbestandlichen Anknüpfungspunkt der Pflicht, nämlich gegen den Vertrag, genauer: gegen die eigene Vertragserklärung. Eine Pflicht ist keine Erklärung, sondern allenfalls Rechtsfolge einer Erklärung.⁴⁴ Um so weniger ist die Anfechtung einer auf § 122 BGB gestützten Schadensersatzpflicht möglich.⁴⁵ Denn der Haftung aus § 122 BGB liegt ein Rechtsschein- und Vertrauensstatbestand zugrunde, der als solcher nicht (und noch weniger rückwirkend) beseitigt werden kann.⁴⁶ Im übrigen fehlte es schon am nötigen Kausalzusammenhang: Die Schadensersatzpflicht aus § 122 BGB ist nicht Rechtsfolge der Erklärung, sondern Folge des Gesamtatbestands, der sich aus Erklärung als Vertrauensbasis, Vertrauen des Erklärungsgegners und Enttäuschung des Vertrauens durch die Anfechtung zusammensetzt.⁴⁷ Der Wegfall der Pflicht aus § 122 BGB kann höchstens sekundäre Folge einer später erfolgenden, zweiten Anfechtung der Erklärung aus § 123 BGB sein, sofern ein Recht zur Täuschungs- oder Drohungsanfechtung mit dem zuerst ausgeübten Recht zur Irrtumsanfechtung konkurriert.⁴⁸ Nur wer *Ernst Wolfs* Realer Rechtslehre anhängt und deshalb eine Rückwirkung ablehnt, kann in sich konsequent eine „Rechtslage“ anfechten, aber keine in der Vergangenheit liegende und bis zur erfolgreichen Anfechtung Wirkungen entfaltende Erklärung.⁴⁹

IV. Zusammenfassung

1. Eine Beseitigung betrifft die Erklärungswirkungen, nicht den Erklärungsträger. Sie ändert nicht Fakten, sondern rechtliche Bewertungen. Dies ergibt sich insbesondere aus dem Abgleich zwischen Nichterklärung und vernichtbarer Erklärung. Ein Eingriff in den Erklärungsträger läßt die Erklärung als solche grundsätzlich unberührt. Er kann aber ausnahmsweise als Ausübung eines Beseitigungsrechts verstanden werden.

2. Eigentlicher Angriffspunkt einer Beseitigung sind die Geltungs- und, soweit vorhanden, die Bindungswirkung einer Erklärung. Die Beseitigung richtet sich gegen die Erklärung, nicht gegen deren einzelne Rechtsfolgen. Die Rückgängigmachung oder Aufhebung der Rechtsfolgen der Erklärung ist nur eine Folge der durchgreifenden Beseitigung.

⁴² Die Beseitigung einzelner Rechtsfolgen unterscheidet sich wesentlich von einer Teilbeseitigung: Die Teilbeseitigung beseitigt alle Rechtsfolgen eines isolierbaren Erklärungsteils, die Beseitigung einzelner Rechtsfolgen bezöge sich dagegen auf die gesamte Erklärung.

⁴³ *Staudinger(-Riezler)*, BGB I: Allgemeiner Teil¹⁰ (1936) § 142 BGB Rn. 8.

⁴⁴ *Riezler*, LZ 1928 Sp. 155, 160.

⁴⁵ Dafür aber *Henle*, FS Ernst Zitelmann (1913), 1, 38 f.; *ders.*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I: Allgemeiner Teil (1926) 266.

⁴⁶ *Canaris*, JZ 1965, 475, 481.

⁴⁷ *Walsmann*, ZHR 76 (1915), 255, 260; auch *Riezler*, LZ 1928 Sp. 155, 160.

⁴⁸ *Riezler*, LZ 1928 Sp. 155, 160.

⁴⁹ Siehe denn auch *Ernst Wolf* (Fn. 1), 469 (§ 10 D I), 471 (§ 10 D II c).

§ 3 Beseitigung von Erklärungswirkungen und Auflösung von Verträgen

I. Erklärung als Teil des Vertragsabschlußtatbestandes

Die Erklärung einer Partei kann in einem zweiseitigen Rechtsgeschäft aufgehen. Dadurch verliert sie zwar nicht die Qualität als eigenständige Rechtshandlung, und ihre Wirkungen bleiben weiterhin mögliche Objekte der Beseitigung. Die Einbindung in den Zusammenhang des zweiseitigen Rechtsgeschäfts bewirkt aber auf der Voraussetzungs- wie auf der Folgenseite eine Weitung des Horizonts. Auf der Voraussetzungsseite können Erklärungsmängel oder relevante Machtdefizite gerade mit Blick auf Handlungen oder Erklärungen der anderen Partei bestehen. Denn die Vorstellungen des Erklärenden sind geprägt durch seine Erwartungen hinsichtlich des gesamten Rechtsgeschäfts, oder typische Ungleichgewichte in der Verhandlungsmacht zeigen sich beim Vergleich der wechselseitigen Leistungen und Verpflichtungen der Parteien.

Auf der Rechtsfolgenseite wirkt sich der rechtliche Wegfall der Wirkungen einer Vertragserklärung auf den Vertrag insgesamt aus. Dem Vertrag wird die rechtliche Grundlage entzogen, und eine Rückabwicklung bereits erbrachter wechselseitiger Leistungen steht in Rede.

II. Beseitigung der Erklärungswirkung als Folge eines Defektes im Vertragsabschlußtatbestand

Die Beseitigung von Erklärungswirkungen greift also den Vertragsabschlußtatbestand an. Dies ist nur konsistent, wenn sie sich auf Defekte gerade im Willensbildungs- oder Erklärungsprozeß und damit auf Defekte im Vertragsabschlußtatbestand gründen kann. Dem Vertragsschluß, noch genauer: der jeweiligen Willenserklärung, nachfolgende Ereignisse können also keinen Einfluß mehr haben. Sie geschehen *ex post facto* und verändern die Bedingungen des abgeschlossenen Erklärungsprozesses nicht mehr. Daher können sie auch keine Beseitigungsrechte begründen. Die Bedingungen, unter denen die Erklärung entstanden ist, sind mit der Abgabe der Erklärung abschließend definiert. Ihr Kreis läßt sich nicht mehr erweitern. Wären spätere Ereignisse relevant, würde notwendig ein Zeitraum vor dem Eintritt solcher Ereignisse bestehen, innerhalb dessen die Erklärung nicht beseitigt werden könnte und deshalb voll bände.

III. Abgrenzung zu Defekten in der Vertragsausführung

I. Grundsätzliches

Defekte in der Vertragsausführung können eine Partei ebenfalls zur Aufhebung des Vertrages berechtigen. Instrument dafür ist eine Rücktrittsberechtigung. Das kauf- und werkvertragsrechtliche Sachmängelgewährleistungsrecht benennt die Rücktrittsberechtigung speziell als Wandelungsrecht. Der Rücktritt ist aber an Defekte in der Vertragsausführung gekoppelt. Der Vertrag wird in seiner Durchführung gestört, und es bedarf einer Anpassung an die so veränderten Umstände durch „Umsteuern“ des Obligationenprogramms.¹ Zu den

¹ Leser, FS Ernst Wolf (1985), 373, 374.

Defekten in der Vertragsausführung kann man nicht nur die eigentlichen Leistungsstörungen zählen, sondern auch Störungen im Zweck oder im Erfolg². Bei Dauerschuldverhältnissen ist als rechtliche Reaktion auf solche Störungen an die Kündigung, gegebenenfalls aus wichtigem Grund, zu denken.

Besonders deutlich kommt die Trennung der Rechtsbehelfe in Art. 3.7 UNIDROIT-Principles zum Ausdruck: Dort werden irrtumsrechtliche Rechtsbehelfe ausgeschlossen, sofern der irrtumsbegründende Sachverhalt (auch) leistungsstörungenrechtliche Rechtsbehelfe begründet. Leistungsstörungenrechtlichen Rechtsbehelfen wird dort also der verdrängende Vorrang vor irrtumsrechtlichen, d.h. auf Defekte im Vertragsabschlußtatbestand bezogenen Rechtsbehelfen zuerkannt. Hier ist weniger die (angreifbare) Vorrangwertung von Interesse, sondern die Tatsache der Trennung, die erst eine Wertung über das Verhältnis beider Rechtsbehelfe zueinander notwendig macht.

Das Internationale Schuldvertragsrecht läßt die Trennung ebenfalls klar erkennen: Irrtumsrechtliche Rechtsbehelfe und verbrauchererschützende Widerrufsrechte fallen unter den Begriff der Wirksamkeit in Art. 31 I EGBGB, leistungsstörungenrechtliche dagegen unter Art. 32 I Nr. 3 EGBGB. Im Anknüpfungsergebnis schlägt sich dies zwar nicht nieder.³ Jedoch erfolgt eine Zuweisung zu unterschiedlichen Anknüpfungsgegenständen, eine unterschiedliche Qualifikation.

2. Notwendigkeit einer Umdeutung und Verschiedenheit der Tatbestände

Die Umdeutung⁴ einer nicht durchgreifenden Anfechtungserklärung in eine Rücktrittserklärung kommt daher schon deshalb nicht automatisch in Betracht, weil beide Rechtsbehelfe auf verschiedene Tatbestände rekurren.⁵ Die Umdeutung einer erklärten (aber nicht durchgreifenden) Anfechtung in einen Rücktritt bedingt, daß die anders gearteten Voraussetzungen desjenigen Rechtsbehelfs, in den umgedeutet werden soll, zu prüfen sind.⁶ Um so weniger ist die Umdeutung eines nicht durchgreifenden Rücktritts oder einer unwirksamen Kündigung in eine Anfechtung möglich, weil eine Anfechtung regelmäßig strengere Rechtsfolgen zeitigte.⁷ Insbesondere ist Vorsicht geboten bei der Umdeutung in eine Irrtumsanfechtung, weil diese die Schadensersatzpflicht nach § 122 BGB auslöst und deshalb regelmäßig eine bewußte Entscheidung des Erklärenden, ob er diesen weiteren Nachteil in

² Vgl. *Stampe*, JW 1921, 392; *dens.*, JW 1921, 826, 827: Abschluß, Abwicklung, Partezweck, Erfolg als vier rechtliche Kategorien der Störung.

³ Es sei denn, man ließe eine kumulierende Anknüpfung verbrauchererschützender Widerrufsrechte über Art. 31 II EGBGB zu. Dies wäre jedoch unzutreffend (eingehend *Mankowski*, RIW 1996, 382).

⁴ Generell steht eine Gestaltungserklärung, die in Ermangelung des geltend gemachten Gestaltungsgrundes wirkungslos ist, einer nichtigen Willenserklärung für die Zwecke des § 140 BGB gleich (siehe nur *Kahl*, Grenzen der Umdeutung rechtsgeschäftlicher Erklärungen [§ 140 BGB] [Diss. Bonn 1985] 56).

⁵ Siehe RG 21.11.1927, JW 1928, 406 m. zust. Anm. *Titze*.

⁶ Siehe OLG Rostock 12.9.1996, OLG-Report Brandenburg/Dresden/Jena/Naumburg/Rostock 1996, 281, 282: Umdeutung einer auf arglistige Täuschung gestützten Anfechtungserklärung in Widerruf einer Schenkung nach § 531 BGB, weil Erklärung nicht nur Gefühl des Getäuschtseins, sondern auch Empfinden einer Verletzung und des Undanks ausdrückte.

⁷ BAG 14.10.1975, AP Nr. 4 zu § 9 MuSchG 1969 Bl. 1R f. mwN; LAG Düsseldorf (Köln) 18.6.1958, BB 1958, 880 = ARSt XXI Nr. 3; ArbG Landau (Pfalz) 3.11.1959, ARSt XXIII Nr. 358; *Herschel*, AR-Blattei D-Blatt Kündigung I B Entscheidungen 2 1. Forts.-Bl. R (Mai 1976); *Karl Heinrich Schmidt*, AP Nr. 4 zu § 9 MuSchG 1969 Bl. 2, 3R (März 1977).

Kauf nehmen will, voraussetzt.⁸ Auch Anfechtungs- und Rücktritt/Kündigungsgründe sind inhaltlich nicht identisch (d.h. ohne weiteres gegeneinander austauschbar), selbst wenn sie ausnahmsweise auf demselben Sachverhalt beruhen sollten.⁹ Gerade dadurch, daß eine Umdeutung notwendig ist, zeigt sich die rechtlich unterschiedliche Qualität.¹⁰

3. Unterschiedliche zeitliche Wirkung der Rechtsbehelfe

Beseitigung und Rücktritt/Kündigung kann man grundsätzlich nicht ohne weiteres gegeneinander austauschen. Sie sind funktionell regelmäßig nicht äquivalent. Weil die Beseitigung am Abschlußtatbestand ansetzt, greifen ihre Wirkungen grundsätzlich zu einem früheren Zeitpunkt, indem sie das Rechtsgeschäft von Anfang an (gegebenenfalls auch rückwirkend) erfassen. Der Rücktritt und die Kündigung dagegen reagieren auf spätere Entwicklungen und können deshalb nicht bereits am Abschlußtatbestand ansetzen. Ihre zeitliche Wirkung kann sich im Ansatz nur auf die Zukunft erstrecken.¹¹ Insofern spiegelt die zeitliche Wirkung des Rechtsbehelfs am deutlichsten den unterschiedlichen tatbestandlichen Angriffspunkt wider.¹² Dieser Unterschied wird allerdings nivelliert, wenn und soweit man der Beseitigung nur Wirkung ex nunc zubilligt, wie es bei Statusverhältnissen und beim Verbraucherschützenden Widerrufsrecht der Fall ist und bei Dauerschuldverhältnissen der Fall sein kann.

4. Verschiedenheit des maßgebenden Zeitpunktes

Insbesondere ist der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung, ob die jeweiligen Tatbestandsvoraussetzungen vorlagen bzw. vorliegen, verschieden: Für die Anfechtung (und die Beseitigung im allgemeinen) ist der Zeitpunkt maßgeblich, in welchem die Willenserklärung abgegeben wurde, deren Wirkungen beseitigt werden sollen;¹³ für Rücktritt und Kündigung ist dagegen grundsätzlich¹⁴ der Zeitpunkt maßgeblich, in welchem die Rücktritts- oder Kündigungserklärung abgegeben wurde.¹⁵ Vom Zeitpunkt der Beseitigungserklärung aus gesehen wird der Urteilende also gleichsam zum Historiker, denn er muß einen Griff in die Vergangenheit tun.¹⁶ Während bei der Beseitigung der Beseitigungsgrund vor oder bei Vertragsschluß vorliegen muß, entsteht der Rücktritts- oder Kündigungsgrund erst wäh-

⁸ Siehe *Herschel*, SAE 1963, 35.

⁹ *Picker*, ZfA 1981, 1, 26; *Otto Mühl*, AP Nr. 25 zu § 123 BGB Bl. 6, 6R (Mai 1985).

¹⁰ Vgl. *Martin*, VersR 1979, 269, 270.

¹¹ Für die Kündigung vorbildlich klar *Herschel*, FS Gerhard Müller (1981), 191, 202 f.

¹² RG 5.10.1928, LZ 1929 Sp. 606, 607.

¹³ RG 19.2.1942, HRR 1942 Nr. 569; LAG Frankfurt a.M. 8.7.1953, AP 1954 Nr. 85 S. 291 m. Anm. *Alfred Hueck*.

¹⁴ Für die Wandelung erklärt § 459 I wie § 459 II BGB den Zeitpunkt des Gefahrübergangs für maßgeblich. Auch dieser Zeitpunkt liegt jedoch häufig faktisch und jedenfalls rechtlich nach dem Vertragsabschluß. Denn eine Gefahr, die sich auf eine vertraglich vereinbarte Leistung bezieht, setzt die vertragliche Vereinbarung jener Leistung als notwendig vorher gegebenes Merkmal voraus.

¹⁵ BAG 5.12.1957, BAGE 5, 159, 161 = AP Nr. 2 zu § 123 BGB m. Anm. *Alfred Hueck* (März 1958) = JZ 1958, 511 m. Anm. *Steindorff*; *Otto Mühl*, AP Nr. 4 zu § 119 BGB Bl. 6 (Jan. 1981); *Fröhlich*, Die Anfechtung wegen Eigenschaftsirrums beim Kauf (1984) 94; vgl. auch *Heinrich Lange*, JherJb 89 (1941), 277, 319 f.

¹⁶ *Heinrich Lange*, JherJb 89 (1941), 277, 319.

rend der Erfüllung des Schuldverhältnisses, jedenfalls nach Vertragsschluß.¹⁷ Der Beseitigungsgrund greift an der Bindungswurzel,¹⁸ der Rücktritts- oder Kündigungsgrund ist eine Reaktion auf spätere Ereignisse.¹⁹ Die systematische Trennung zwischen dem Recht der Willenserklärungen als Geltungsgründe für eine rechtsgeschäftliche Bindung und dem Leistungsstörungenrecht schlägt hier durch.²⁰ Die Beseitigung betrifft eben das Zustandekommen des Vertrages und entzieht der (weiteren) Bindung die Grundlage.²¹ Im Gegensatz zu Rücktritt/Kündigung reagiert sie nicht auf einen Wandel der Verhältnisse,²² weil die für sie maßgeblichen Verhältnisse mit Vertragsschluß unwandelbar feststehen und sich gar nicht mehr verändern können. Eine Erklärung ist entweder von Anfang an, d.h. seit ihrer Abgabe, mit einem Mangel und einem daraus folgenden Beseitigungsrecht belastet, oder sie ist dies nicht.²³ Auf der anderen Seite ist die Beseitigung keine Sanktion für Nichterfüllung.²⁴ Sie bezieht sich nicht auf das Erfüllungsstadium, sondern ausschließlich auf das diesem vorgelagerte Vertragsabschlußstadium. Leistungsstörungenrechtliche Rechtsbehelfe sind betreffen Fehler in der Leistungsaquivalenz oder der Geschäftsgrundlage mit Blick auf das Erfüllungs-, das Durchführungsstadium eines an sich fehlerfrei geschlossenen Vertrages. Beseitigungsrechte dagegen knüpfen an die Fehlerhaftigkeit des Begründungsakts an. Die jeweils zu korrigierende materiale Pathologie ist daher eine andere.²⁵ Materiale Legitimierung des Beseitigungsrechts ist – in unterschiedlichen Ausprägungen – die Selbstbestimmung des Erklärenden, materiale Legitimierung leistungsstörungenrechtlicher Rechtsbehelfe dagegen die Billigkeit, welche durch Störung des vertraglichen Äquivalenzverhältnisses auf den Plan gerufen ist.²⁶

5. Ausschlußgrund und Kompensation bei fehlender Rückgewährmöglichkeit

Mit dem Rückbezug im Zeitpunkt korrespondierte in einem gewissen Maße ein gewichtiger Unterschied bei den Ausschlußgründen: Leistungsstörungenrechtliche Behelfe steuern das Obligationenprogramm in ein Rückgewährschuldverhältnis um. Sie bewahren das Synallagma und führen zur synallagmatischen Verknüpfung der wechselseitigen Rückgewährpflichten. Für sie ist es daher mit Blick auf die Wertungen des Unmöglichkeitrechts wie das Prinzip der clean hands von zentraler Bedeutung, daß derjenige, welcher einen leistungsstörungenrechtlichen Behelf ausübt, seinen eigenen Pflichten im Rückgewährschuld-

¹⁷ BGH 10.3.1955, BGHZ 16, 388, 392 f.; 15.4.1964, BGHZ 41, 310, 312; RGRK(-Ballhaus), II/1: §§ 241-413 BGB¹² (1976) Vor § 346 BGB Rn. 10 (Juni 1976); *Stahlhacke/Preis/Vossen*, Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis⁷ (1999) Rn. 51; KR(-Etzel),⁴ (1996) § 1 KSchG Rn. 179; *Zöllner/Loritz*, Arbeitsrecht⁵ (1998) 151 (§ 11 II 1 b); *Pawlowski*, Allgemeiner Teil des BGB⁵ (1998) Rn. 523; *Fiebig/Gallner/Gerhard Pfeiffer(-Fiebig)*, KSchG (2000) Vor § 1 KSchG Rn. 8; KR(-Fischermeier),⁶ (2002) § 626 BGB Rn. 44.

¹⁸ OGH 15.10.1998, JBI 1999, 115, 116; *Kerschner*, Irrtumsanfechtung (Wien 1984) 42; *Holzner*, JBI 1998, 45; Irrtum, Drohung, Täuschung als sogenannte Wurzelängel.

¹⁹ *Kerschner* (Fn. 18), 42; *Heinrich Dörner*, Dynamische Relativität (1985) 319.

²⁰ *Picker*, ZfA 1981, 1, 23-25; auch *Bruno Heinze*, DtArbR 1942, 49, 50; *Erich Molitor*, SAE 1962, 121; *Naendrup*, SAE 1985, 169.

²¹ *Bruno Heinze*, DtArbR 1942, 49, 50; *Peterek*, EzA § 123 BGB Nr. 26 S. 146 a, 146 f (März 1987); *Klemens Dörner*, AR-Blattei SD 60 Rn. 43 (April 1993).

²² Vgl. *Pawlowski*, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen (1966) 304 Fn. 26.

²³ Vgl. BGH 10.3.1955, BGHZ 16, 388, 392 f.

²⁴ *Harald Koch*, JuS 1983, 489, 494.

²⁵ *Picker*, ZfA 1981, 1, 24 f.

²⁶ *Picker*, ZfA 1981, 1, 33 f.

verhältnis noch nachkommen kann oder ihm zumindest kein Vorwurf gemacht werden kann, wenn er dies nicht mehr kann. Diesen Gedanken kodifizierte in voller Schärfe § 351 BGB aF. An einem entsprechenden Ausschlußgrund fehlte es dagegen immer bei Beseitigungsrechten.²⁷ Sie greifen eben auf eine Phase vor der Erfüllung, vor dem rückabzuwickelnden Leistungsaustausch zurück. Sie betreffen die Begründung eines Synallagmas. Durch die Ausübung von Beseitigungsrechten begründete Rückgewähransprüche sind im Kern bereicherungsrechtlicher Natur. Sie sind miteinander nicht synallagmatisch verbunden,²⁸ weil jedes Synallagma fortgefallen ist. Allerdings hat der Unterschied mit der Schuldrechtsreform erheblich an Schärfe und Gewicht verloren: Der Ausschlußgrund nach § 351 BGB aF ist entfallen. An seine Stelle ist Sekundärschutz des Rücktrittsgegners durch Wertersatzansprüche nach § 346 II BGB getreten. Der Rücktritt kann also erfolgen, obwohl der Berechtigte nicht mehr in der Lage ist, die empfangene Leistung gegenständlich herauszugeben. Es greifen Ausgleichs- und Anreizmechanismen, um eine sinnvolle Entscheidung über die Ausübung des Rücktrittsrechts zu gewährleisten und das moralische Risiko für den Rücktrittsgegner auf einem erträglichen Niveau zu halten. Darin besteht kein strukturell-konzeptioneller Unterschied mehr zu Beseitigungsrechten, bei denen Sekundärschutz durch Kompensationsansprüche ebenfalls begegnet. § 122 BGB ist dafür das prominenteste Beispiel.

6. Weitere Unterschiede bei einzelnen Vertragstypen

Sicherlich ist es geboten, bei der einzelnen Erklärung, die auf Beseitigung einer Vertragserklärung oder Aufhebung eines Vertragsverhältnisses zielt, nicht an der vom Erklärenden gewählten Bezeichnung zu kleben.²⁹ Die gegebenenfalls unzutreffende Bezeichnung ändert aber gerade nichts an dem richtigerweise zu prüfenden Inhalt und den Voraussetzungen des einzelnen Rechtsbehelfs. Hinzu können jeweils beim einzelnen Vertragstyp relevante Unterschiede in der Beweislastverteilung und in den Rechtsfolgen treten.³⁰ Diese können aus Gründen der Fairness und Waffengleichheit z.B. beim Versicherungsvertrag gebieten, keine Umdeutung einer Beseitigungserklärung in einen Rücktritt vorzunehmen.³¹ Auf der anderen Seite ist beim Arbeitsvertrag die Irrtumsanfechtung für den Arbeitgeber wenigstens insoweit weniger aufwendig und belastend als eine Kündigung nach § 626 BGB, als keine Anhörung des Betriebsrates nach § 102 I BetrVG erforderlich ist.³² Ebenso wenig un-

²⁷ Siehe OLG Stuttgart 6.11.1913, Recht 1914 Nr. 7.

²⁸ Siehe RG 25.10.1901, RGZ 49, 422 f.; 3.7.1907 – V 577/06; 16.4.1909 – II 413/08; 4.10.1910, Gruchot 55 (1911), 339, 341 f.

²⁹ LG Kiel 25.4.1951, VersR 1951, 196, 197; *Peter Bach*, VersR 1977, 881, 885; *Martin*, VersR 1979, 269, 270.

³⁰ Eingehend zu den Unterschieden zwischen Anfechtung und Wandelung nach § 462 BGB auf der Rechtsfolgenseite *Fröhlich* (Fn. 15), 83 f., 107-112; vgl. auch RG 26.11.1912, WarnRspr. 1913 Nr. 83 S. 111.

³¹ OLG Düsseldorf 11.4.1961, VersR 1961, 1014; OLG Oldenburg 17.1.1979, VersR 1979, 269 m. Anm. *Martin*; OLG Köln 25.6.1981 – 5 U 3/81; 14.5.1987 – 5 U 177/86; 14.9.1989, VersR 1990, 769; 16.9.1992, ZfS 1993, 124; 18.12.1995, ZfS 1997, 105.

³² BAG 11.11.1993, BAGE 75, 77, 85 f. = EzA § 123 BGB Nr. 40 m. Anm. *Rieble* (Mai 1994) (dazu *Bernd Wiegand*, EWiR § 123 BGB 2/94, 329); 5.10.1995, AP Nr. 40 zu § 123 BGB Bl. 5; *Alfred Hueck*, ARS 7 RAG 349; *Günther Küchenhoff*, AP Nr. 3 zu § 119 BGB Bl. 5R (Sept. 1974); *Herschel*, AuR 1980, 255; *Picker*, ZfA 1981, 1, 43 f.; *Dietz/Richardi*, BetrVG II: §§ 74-Schluß⁹ (1982) § 102 BetrVG Rn. 25 mwN; *Richardi*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht I (1992) § 46 Rn. 54; *ders.*, BetrVG⁸ (2002)

terliegt eine Anfechtung auf der Tatbestandsseite dem besonderen Kündigungsschutz nach § 9 I MuSchG,³³ dem Zustimmungserfordernis nach §§ 85 SGB IX; 15 SchwbG³⁴ oder der gesetzlichen Schriftform nach § 623 Var. 1 BGB³⁵. Auch der allgemeine Kündigungsschutz nach § 1 KSchG gilt bei einer Anfechtung nicht.³⁶

§ 102 BetrVG Rn. 26; *Klemens Dörner*, AR-Blattei SD 60 Rn. 41-44 (April 1993); *Stege/Weinspach*, BetrVG⁸ (1999) § 102 BetrVG Rn. 26 d; *Stahlhacke/Preis/Vossen* (Fn. 17), Rn. 53, 241; *Klemens Dörner/Luczak/Wildschütz(-Klemens Dörner)*, Arbeitsrecht in der anwaltlichen und gerichtlichen Praxis (1997) Rn. B 349; *Hess/Ursula Schlochauer/Glaubitz(-Ursula Schlochauer)*, BetrVG⁵ (1997) § 102 BetrVG Rn. 15; *Fabricius/Kraft/Wiese/Kreutz/Oetker(-Kraft)*, Gemeinschaftskommentar zum BetrVG II: §§ 74-132 BetrVG⁷ (2002) § 102 BetrVG Rn. 25; *Fitting/Heinrich Kaiser/Heither/Gerd Engels/Ingrid Schmidt*, BetrVG²¹ (2002) § 102 BetrVG Rn. 15; *Richardi*, BetrVG⁷ (1998) § 102 BetrVG Rn. 26 f.; Großkommentar zum Kündigungsrecht(-Preis), (2000) Grundlagen K Rn. 26; Großkommentar zum Kündigungsrecht(-Ulrich Koch), (2000) § 102 BetrVG Rn. 32.

Anderer Ansicht *Gamillscheg*, AcP 176 (1976), 197, 218; *Schwerdtner*, Arbeitsrecht I (1976) 26; *Manfred Wolf/Gangel*, AuR 1982, 271, 275 f.; *Hönn*, ZfA 1987, 61, 89 f.; *Däubler/Michael Kittner/Klebe(-Michael Kittner)*, BetrVG⁶ (1998) § 102 BetrVG Rn. 21.

³³ BAG 5.12.1957, BAGE 5, 159, 163; 6.10.1962, AP Nr. 24 zu § 9 MuSchG m. Anm. *Beitzke* = AR-Blattei D-Blatt Mutterschutz Entscheidungen 17 m. zust. Anm. *Bulla* (Aug. 1963) = SAE 1963, 33 m. Anm. *Herschel*; LAG Hamburg 22.3.1951, ARSt VI Nr. 332; ArbG Bremen 20.2.1953, AP Nr. 1 zu § 119 BGB Bl. 1R f.; *Endemann*, BB 1953, 266, 268; *Erich Molitor*, SAE 19162, 121, 122 f.; *Picker*, ZfA 1981, 1, 28; *Bulla/Buchner*, MuSchG⁵ (1981) § 9 MuSchG Rn. 41 mwN; *Manfred Wolf/Gangel*, AuR 1982, 271, 278; *Meisel/Sowka*, Mutterschutz und Erziehungsurlaub⁵ (1999) § 9 MuSchG Rn. 27; *Gröninger/Werner Thomas*, MuSchG (Losebl. 1985 ff.) § 9 MuSchG Rn. 50 (Mai 1998); *Buchner/Ulrich Becker(-Buchner)*, MuSchG/BERzGG⁶ (1998) § 9 MuSchG Rn. 33 f.; *KR(-Thomas Pfeiffer)*,⁵ (1998) § 9 MuSchG Rn. 136; *Zmarzlik/Zipperer/Viethen*, MuSchG⁸ (1999) § 9 MuSchG Rn. 87; GroßkommKündR(-Preis) (Fn. 32), Grundlagen K Rn. 25; *KR⁶(-Etzel)* (Fn. 17), § 9 MuSchG Rn. 136.

Anderer Ansicht *Larenz*, AP Nr. 1 zu § 119 BGB Bl. 2R, 3 (Juli 1954); *Gamillscheg*, FS Erich Molitor (1962), 57, 79; *ders.*, FS Werner Weber (1974), 793, 801 sowie *Beitzke*, AP Nr. 2 zu § 9 MuSchG Bl. 3, 3R (1955).

³⁴ *Hermann Josef Becker*, SchwbG (1962) § 14 SchwbG aF Anm.71; *Manfred Wolf/Gangel*, AuR 1982, 271, 279; *Neubert/Becke*, SchwbG² (1986) § 15 SchwbG Anm. 12 b; *Thielen*, SchwbG (1987) § 15 SchwbG Rn. 38; *Großmann/Schimanski/Dopatka/Pikullik/Poppe-Bahr(-Großmann)*, Gemeinschaftskommentar zum SchwbG (1992) § 15 SchwbG Rn. 146 mit Rn. 139; *Hans-Jürgen Dörner*, SchwbG (Losebl.) § 15 SchwbG Anm. C II 6 a (Feb. 1993); *Bethmann/Kamm/Möller-Lücking/Peiseler/Bernd Westermann/Harald Witt/Unterhinnighofen*, SchwbG – Basiskommentar⁴ (1993) § 15 SchwbG Anm. 12 b; *Eckhard Franz*, SchwbG⁴ (1995) Nr. 176; *Gröninger/Werner Thomas*, SchwbG (Losebl. 1978 ff.) § 15 SchwbG Rn. 14 (März 1997); *KR⁵(-Etzel)* (Fn. 33), §§ 15-20 SchwbG Rn. 9; *Horst H. Cramer*, SchwbG⁵ (1998) § 15 SchwbG Rn. 8; *Dirk Neumann/Pahlen(-Dirk Neumann)*, SchwbG⁹ (1999) § 15 SchwbG Rn. 51; *KR⁶(-Etzel)* (Fn. 17), §§ 85-90 SGB IX Rn. 9.

³⁵ *Preis/Michael Gotthardt*, NZA 2000, 348, 350; *Rolfs*, NJW 2000, 1227, 1228; *Müller-Glöge/v. Senden*, AuA 2000, 199, 200.

³⁶ *Gerhard Erdmann/Franz Müller*, KSchG 1951² (1955) § 1 KSchG 1951 Anm. 14; *Auffarth/Gerhard Müller*, KSchG 1951 (1960) § 1 KSchG 1951 Rn. 67; *Picker*, ZfA 1981, 1, 38 f.; *Herschel/Löwisch*, KSchG⁶ (1984) § 1 KSchG Rn. 67; *KR⁵(-Etzel)* (Fn. 33), § 1 KSchG Rn. 173; *Löwisch*, KSchG⁸ (2000) Vor § 1 KSchG Rn. 29; *Sowka(-Bengelsdorf)*, KSchG² (2001) Teil D Rn. 5; *Dorndorf/Weller/Hauck/Kriebel/Höland/Neef(-Dorndorf)*, Heidelberger Kommentar zum KSchG⁴ (2001) § 1 KSchG Rn. 126; *Backmeister/Wolfgang Trittin/Udo Mayer(-Udo Mayer)*, KSchG² (2002) § 1 KSchG Rn. 58; *v. Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG¹³ (2002) § 1 KSchG Rn. 103.

7. Sphärenzuweisung der Gründe?

Kein Unterscheidungskriterium bildet dagegen, aus welcher Sphäre der Grund für das Aufhebungsrecht stammt.³⁷ Zwar wird ein Rücktrittsgrund entweder aus der Sphäre des Rücktrittsgegners stammen oder von keiner der Parteien zu verantworten sein mit der Folge, daß er nicht aus der Sphäre des Rücktrittsberechtigten stammt.³⁸ Daraus ließe sich jedoch nur dann ein relevanter Unterschied zu Beseitigungsrechten herleiten, wenn die Gründe für Beseitigungsrechte immer aus der Sphäre des Beseitigungsberechtigten stammten und den Erklärungsgegner keine Verantwortung beträfe. An dieser Prämisse fehlt es jedoch, wie schon ein Blick auf die Anfechtungsgründe der arglistigen Täuschung und der widerrechtlichen Drohung zeigt. Verstärkt wird dies durch die verbraucherschützenden Widerrufsrechte. Diese dienen gerade dem Ausgleich von Ungleichgewichten, welche aus der Sphäre des Erklärungsgegners herrühren.

8. Versuch der Vertragsaufhebung auf Grund angeblichen Fehlverhaltens der Gegenpartei als kaschierter Revokationsversuch

Indes dient die Behauptung angeblicher leistungsstörungsrechtlicher Rechtsbehelfe in der Rechtswirklichkeit nicht selten dem kaschierten Versuch, die eigene Vertragserklärung aufzuheben. Den angeblich zur Vertragsaufhebung Berechtigten reut der Vertragsschluß. Hauptmotiv ist regelmäßig, daß sich die Marktsituation verändert und die vertragliche Balance zwischen Preis und Leistung zu Lasten des angeblich Berechtigten verschoben hat. Das Leistungsstörungsrecht wird dann mißbräuchlich bemüht, um das im Vertragsabschlußrecht nicht existente Reurecht doch zu verwirklichen. Der Mißbrauch resultiert daraus, daß die tatbestandlichen Voraussetzungen für leistungsstörungsrechtliche Rechtsbehelfe objektiv (auch dem angeblich Berechtigten erkennbar) nicht vorliegen. Mit der Behauptung des Aufhebungsrechts kann der angeblich Berechtigte bei strikt rechtlicher Betrachtung nicht durchdringen. Im Gegenteil kann diese Behauptung leistungsstörungsrechtliche Rechtsbehelfe der anderen Vertragspartei auslösen, wenn sie eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung des angeblich Berechtigten begründet. Häufig kann sie indes eine Basis für Verhandlungen schaffen.³⁹ Mit deren Hilfe kann der angeblich Berechtigte dann sein Ziel wenigstens teilweise erreichen, indem eine Verbesserung der Vertragsbedingungen zu seinen Gunsten vereinbart wird. Darin liegt jedoch keine wie auch immer geartete Anerkennung irgendeines Reurechtes, sondern allein eine beidseitige Ausübung von Privatautonomie.

³⁷ Zur Zuweisung der Gründe von Vertragslösungsrechten zu Sphären *Stathopoulos*, AcP 194 (1994), 543, 562.

³⁸ Eigenes Fehlverhalten kann nicht zur Vertragsaufhebung durch Rücktritt berechtigen. *Nemo auditor suam turpitudinem allegans*. Ansonsten würde Fehlverhalten sogar noch belohnt, indem zusätzliche Rechte gewährt würden.

³⁹ Ausnahmsweise, nämlich dann, wenn die Marktsituation sich so grundlegend verändert hat, daß die strengen Voraussetzungen eines (objektiven) Wegfalls der Geschäftsgrundlage zu bejahen sind, besteht sogar eine Neuverhandlungspflicht der Gegenpartei.

9. Rückrufsrecht nach §§ 41; 42 UrhG und Beseitigungsrechte

Terminologisch scheinen die Rückrufrechte der §§ 41; 42 UrhG als außerordentlicher Vertragslösungsbehelf *sui generis*⁴⁰ zwischen den leistungsstörungsrechtlichen Rücktrittsrechten und den beseitigungsrechtlichen Widerrufsrechten zu stehen. Jedoch sind sie richtigerweise als Rücktrittsrechte einzuordnen.⁴¹ Tatbestandlich nehmen sie allerdings nicht nur auf eigentliche Leistungsstörungen Bezug, sondern auch auf Tatbestände, welche im allgemeinen Zivilrecht dem Bereich der Geschäftsgrundlage zuzuordnen wären. Bei § 41 UrhG ist dies deutlich. Er reagiert darauf, daß einerseits der Urheber regelmäßig aus ideellen oder wirtschaftlichen Gründen ein erhebliches Interesse an der Veröffentlichung seines Werkes hat und andererseits nicht von Gesetzes wegen eine Pflicht des Verwerter besteht, das ihm eingeräumte Nutzungsrecht auch tatsächlich auszuüben.⁴² Der Urheber erhält daher ein Druckmittel, um seinem Veröffentlichungsinteresse Nachdruck verleihen zu können. Daß eine Veröffentlichung nicht oder nicht urheberinteressengerecht erfolgt, kann sich aber notwendig erst nach Vertragsabschluß herausstellen. Es haftet in keiner denkbaren Weise den Vertragserklärungen als solchen an. Wäre die Ausübung dem Nutzer nicht nur eigentümlich als Last,⁴³ sondern als echte Verpflichtung auferlegt, so stünde der im weiteren Sinne leistungsstörungsrechtliche Charakter des § 41 UrhG außer Frage.

§ 42 UrhG scheint zwar auf den ersten Blick, indem er einen Rückruf wegen gewandelter Überzeugung zuläßt, eine auf dem freien Willen des Erklärenden beruhende Revokation des gegebenen Wortes zu erlauben. Er ist besonders markanter Ausdruck für den Schutz urheberpersönlicher Interessen. Er trägt der Erwägung Rechnung, daß sich die Persönlichkeit in einem dynamischen Entwicklungsprozeß befindet und es zu Wandlungen und Umbrüchen selbst bei grundlegenden Überzeugungen kommen kann. Das Werk soll aber „geistiges Kind“ seines Urhebers bleiben, sodaß diesem die Möglichkeit eröffnet wird, sich bei derart tiefgreifenden Veränderungen von dem Werk zu distanzieren.⁴⁴ Darin liegt jedoch ein urheberrechtsspezifischer Anwendungsfall der nachträglichen moralischen oder sittlichen Unmöglichkeit,⁴⁵ also eines leistungsstörungsrechtlichen Instituts. Dies erhellt zusätzlich, wenn man auf das Vorbild für § 42 UrhG sieht, nämlich auf § 35 VerlG. Dieser erlaubt einen Rücktritt wegen veränderter Umstände, ist also ein Spezialfall der *clausula rebus sic stantibus*.⁴⁶ Die relevanten Umstände müssen sich nach dem Vertragsschluß verändert haben.⁴⁷ Anderenfalls, d.h. wenn die subjektiv als Diskrepanz empfundene Veränderung schon bei Vertragsschluß bestand, kommt allenfalls eine Irrtumsanfechtung in Betracht.⁴⁸

⁴⁰ So *Fromm/Wilhelm Nordemann(-Wilhelm Nordemann)*, UrhG⁹ (1998) § 41 UrhG Rn. 1; *Schricker(-Schricker)*, Urheberrecht² (1999) § 41 UrhG Rn. 4; *Philipp Möring/Nicolini(-Spautz)*, UrhG² (2000) § 41 UrhG Rn. 1.

⁴¹ Anders *Schricker²(-Schricker)* (Fn. 40), § 41 UrhG Rn. 4.

⁴² *Götting*, FG Gerhard Schricker (1995), 53, 74; *Manfred Rehbinder*, Urheberrecht¹⁰ (1998) Rn. 316.

⁴³ *Forkel*, Gebundene Rechtsübertragungen I (1977) 153; *Eugen Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht³ (1980) (§ 87 II 1); *Schricker²(-Schricker)* (Fn. 40), § 41 UrhG Rn. 13.

⁴⁴ *Götting*, FG Gerhard Schricker (1995), 53, 75; *Fromm/Wilhelm Nordemann⁹(-Wilhelm Nordemann)* (Fn. 40), § 42 UrhG Rn. 2; *Schricker²(-Schricker)* (Fn. 40), § 42 UrhG Rn. 1, 23.

⁴⁵ *Götting*, FG Gerhard Schricker (1995), 53, 75.

⁴⁶ *Eckermann*, Die einseitige Auflösung des Verlagsvertrages (Diss. Köln 1932) 30; *Leiss*, VerlG (1973) § 35 VerlG Rn. 4.

⁴⁷ *Eckermann* (Fn. 46), 33; *Bappert/Maunz/Schricker(-Schricker)*, Verlagsrecht² (1984) § 35 VerlG Rn. 3.

⁴⁸ *Bappert/Maunz/Schricker²(-Schricker)* (Fn. 47), § 35 VerlG Rn. 3.

Außerdem durfte der Autor die Veränderung der Umstände bei Vertragsschluß noch nicht vorhergesehen haben, wobei ein subjektiv-abstrakter Maßstab anzulegen ist.⁴⁹ Parallel, wenn auch versubjektiviert, weil als Ausfluß des Urheberpersönlichkeitsrechts gewertet,⁵⁰ verhält es sich bei § 42 UrhG. Daß es auf einen Wandel der Überzeugung nach Vertragsschluß ankommen muß, läßt sich schon aus dem „nicht mehr“ in § 42 I UrhG ableiten. Zudem läßt sich keine sinnvolle Alternative konstruieren, bei der man einem Überzeugungswandel schon vor Vertragsschluß Bedeutung beilegen könnte. Denn im Vertragsschluß manifestiert sich gerade die in jenem Moment bestehende Überzeugung. Vorangegangene Wandelungen in der Überzeugung haben den Urheber jedenfalls nicht vom Vertragsschluß abgehalten. Im Sinne systematischer Abgrenzung zu § 35 VerlG könnte man sogar daran denken, zumindest bei Druckwerken das Rückrufsrecht gemäß § 42 UrhG erst nach Beginn der Vielfältigung zu gewähren.⁵¹ Die für § 42 UrhG maßgebliche Einordnung ist auch auf den grundsätzlich benachbart liegenden Fall der Einwilligung in die Verbreitung oder Veröffentlichung eines Bildnisses zu übertragen. Dort ist ebenfalls ein Widerruf wegen gewandelter Überzeugung möglich, hergeleitet aus dem Recht am eigenen Bild als starker Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts.⁵²

IV. Rücktritt vom Vertrag, Vertragsabschlußtatbestand und unterschiedliche Bezugsobjekte

Der (gesetzliche) Rücktritt vom Vertrag bezieht sich auf Fehler in der Vertragsausführung. Er ist eine Antwort auf Störungen im vertraglichen Obligationenprogramm. Dagegen bezieht er sich grundsätzlich nicht auf Defekte im Vertragsabschlußtatbestand.⁵³ Er reagiert vielmehr als gesetzliches Rücktrittsrecht im Prinzip auf die nachträgliche, d.h. notwendig nach dem an sich fehlerfreien Vertragsabschluß erfolgende Infektion des Vertrages.⁵⁴ In einem Sonderfall besteht allerdings ein Rücktrittsrecht auch bei anfänglichen Leistungsstörungen, nämlich bei anfänglicher Unmöglichkeit aus § 326 V BGB.⁵⁵ Scheinbar gibt es noch einen zweiten solchen Fall: Das Rücktrittsrecht aus § 313 III 1 BGB bei bereits anfänglichem Fehlen der subjektiven Geschäftsgrundlage (das § 313 II BGB erfaßt)⁵⁶ und fehlender Möglichkeit einer beiden Parteien zumutbaren Vertragsanpassung. Indes ist dieses besonders gelagert. Bei beiderseitigem gleichlaufendem Motivirrtum zeigen sich Schwächen des Irrtumsrechts. Wenn diese auf der Tatbestandsseite überwunden werden könnten, würde es sich eigentlich um einen Fall beiderseitiger Anfechtungsberechtigung handeln. Die Kompensationspflicht aus § 122 BGB aber paßte nicht, weil sie einen Anreiz setzt, mit der eigenen Anfechtung zuzuwarten und auf eine Anfechtung der

⁴⁹ RG 26.4.1933, RGZ 140, 264, 273; *Bappert/Maunz/Schricker²(-Schricker)* (Fn. 47), § 35 VerlG Rn. 4.

⁵⁰ *Ernst E. Hirsch*, FS Hans Carl Nipperdey (1965), I 351, 362 f.; *Frhr. v. Gamm*, UrhG (1968) § 42 UrhG Rn. 2; *Eugen Ulmer* (Fn. 43), (§§ 38 II 2; 87 III); *Schricker²(-Schricker)* (Fn. 40), § 42 UrhG Rn. 1.

⁵¹ So *Leiss* (Fn. 46), § 35 VerlG Rn. 2.

⁵² AG Charlottenburg 21.2.2002, AfP 2002, 172.

⁵³ *Medicus*, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts I (1981), 479, 521.

⁵⁴ *Herschel*, BB 1953, 1069.

⁵⁵ Siehe nur *Jauernig(-Max Vollkommer)*, BGB¹⁰ (2003) § 326 BGB Rn. 28; *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen⁵ (2003) 72 (§ 5 III 3 b).

⁵⁶ Siehe nur *Anwaltkommentar Schuldrecht(-Peter Krebs)*, (2002) § 313 BGB Rn. 41; *Kompaktkommentar Schuldrecht(-Hirse)*, (2003) § 313 BGB Rn. 16.

anderen Vertragspartei zu hoffen. Eine wechselseitige Blockade würde den ineffizienten Vertrag womöglich aufrechterhalten. Das Rücktrittsrecht aus § 313 III 1 BGB ist also von seiner Einordnung her hybrider Natur und vermag die hier vorgeschlagene Klassifizierung nicht zu erschüttern.

Bezugspunkt des Rücktritts ist aber in jedem echten Rücktrittsrecht das vereinbarte Obligationenprogramm, nicht die einzelne verpflichtungsbegründende Willenserklärung. Der Rücktritt greift unmittelbar das gesamte Rechtsverhältnis an, nicht nur die Wirkungen der einzelnen Willenserklärung.⁵⁷ Er hebt nicht die Wirkungen einer Erklärung auf, sondern wandelt deren weitere Folge, das begründete Rechtsverhältnis, um. Das schlägt sich schon sprachlich nieder: Man tritt nicht von einer Erklärung zurück, sondern von einem Vertrag; umgekehrt revoziert man eine Erklärung, aber keinen Vertrag. Sowohl auf der Voraussetzungs- als auch auf der Rechtsfolgenseite bezieht sich der Rücktritt also auf das gesamte Schuldverhältnis als solches. Die Beseitigung von Wirkungen einer einzelnen Erklärung ist ihm wesensfremd.⁵⁸ Die Bezugsobjekte von Rücktritts- und Beseitigungsrechten sind vom gedanklichen Ansatz her fundamental verschieden.⁵⁹ An einer Erklärung ansetzende Beseitigungsrechte können deshalb keine Rücktrittsrechte sein.⁶⁰

⁵⁷ BAG 5.12.1957, BAGE 5, 159, 161; *Bruno Heinze*, DtArbR 1942, 49, 50; *Erich Molitor*, AR-Blattei D-Blatt Anfechtung im Arbeitsrecht II 1. Bl. (Mai 1962); *Alfred Hueck*, AP Nr. 2 zu § 119 BGB Bl. 5, 5R (Juni 1968); *Andreas Fuchs*, AcP 196 (1996), 313, 323; *Gernhuber*, WM 1998, 1797, 1804.

⁵⁸ *Gernhuber*, WM 1998, 1797, 1804.

⁵⁹ Eindringlich *Nikolaj Fischer*, Das allgemeine verbraucherschützende Widerrufsrecht gemäß § 355 BGB (2003) 194-207.

⁶⁰ Entgegen *Gilles/Heinbuch/Georgios Gounalakis*, Handbuch des Unterrichtsrechts (1988) Rn. 373; *Andreas Fuchs*, AcP 196 (1996), 313, 324.

Teil II

Typen der Beseitigung von Erklärungswirkungen

§ 4 Anfechtung

I. Rechtliche Vernichtung der betreffenden Erklärung

1. Grundstruktur der Anfechtung

Unter den gesetzlich normierten Beseitigungsrechten ist die Anfechtung das traditionelle Modellbild. Sie ist *das* klassische, jedem Juristen vertraute Beseitigungsrecht. Der berechtigte Erklärende kann die von ihm abgegebene Erklärung kraft seines Anfechtungsrechts mit einer Anfechtungserklärung angreifen und deren Wirkungen beseitigen. Die Anfechtung statuiert indes die strengste Rechtsfolge. § 142 I BGB ordnet bei erfolgreicher Anfechtung auf den Zeitpunkt der Erklärungsabgabe zurückwirkende Nichtigkeit der betroffenen Erklärung an. Diese Rückwirkung ist eine spezifische Besonderheit der Anfechtung. Die Anfechtung wirkt – vorbehaltlich verfügungsrechtlichen Gutglaubensschutzes nach § 142 II BGB für Dritte – grundsätzlich erga omnes, nicht nur persönlich relativ gegen den Erklärungsadressaten.¹ Die Wendung von der „dinglichen Wirkung der Anfechtung“² meint sachlich nur dies.³ Die Anfechtung stellt von Rechts wegen hinsichtlich der Erklärungswirkungen den Zustand vor der Erklärung wieder her; sie bewirkt nicht nur einen diesbezüglichen Anspruch.⁴

2. Anfechtungsberechtigung des Erklärenden

Die Anfechtung ist unter dem BGB grundsätzlich eine Anfechtung durch den Erklärenden, in jedem Fall aber durch einen Personenkreis, der sein Anfechtungsrecht vom Erklärenden ableitet oder auf dessen Person beziehen muß. Anfechten kann dagegen nicht der Erklärungsadressat. Dadurch unterscheidet sich die „Anfechtbarkeit“ nach § 315 BGB grundsätzlich von der Anfechtbarkeit nach §§ 119; 120; 123 BGB, denn bei § 315 BGB will der Erklärungsadressat die Gestaltungserklärung des anderen Teils nicht gelten lassen.⁵ § 315 BGB steht insoweit in einer Reihe mit § 396 I 2 BGB, nicht mit §§ 119; 120; 123 BGB: Das Gesetz billigt dem Erklärungsadressaten zu, die Wirkungen der von einem anderen ab-

¹ Siehe nur OLG Braunschweig 30.10.1902, OLGE 6 (1903), 223; *Biermann*, Bürgerliches Recht I: Allgemeine Lehren und Personenrecht (1908) 192 (§ 56, 4); v. *Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II/1 (1914) 313 f. (§ 57 V); *Jauernig(-Jauernig)*, BGB¹⁰ (2003) § 142 BGB Rn. 3.

² Siehe RG 16.1.1909, RGZ 70, 193, 197; 29.3.1912, RGZ 79, 194, 197; 6.2.1914, RGZ 84, 131, 134; BGH 31.1.1962, NJW 1962, 1196, 1198.

³ Zutreffende Klarstellung von *Medicus*, JuS 1965, 209, 212.

⁴ Münchener Kommentar zum BGB(-*Mayer-Maly/Busche*), I: §§ 1-240 BGB; AGBG³ (1993) § 142 BGB Rn. 14.

⁵ *Söllner*, AP Nr. 9 zu § 611 Fleischbeschauer – Dienstverhältnis Bl. 4 (März 1967).

gegebenen Erklärungen zu blockieren und dem Willen des Erklärenden seinen eigenen Willen wenigstens insoweit entgegenzusetzen, daß die vom Erklärenden gewollte Gestaltung nicht eintritt. Mit einem Defekt in der Erklärung hat dies nichts zu tun.

3. Erklärung, nicht Rechtsgeschäft als Anfechtungsobjekt

Dem Wortlaut nach besteht eine Diskrepanz zwischen §§ 119, 123 BGB einerseits und § 142 BGB andererseits. Nach den ersten beiden Vorschriften ist Anfechtungsobjekt die Erklärung, nach § 142 BGB dagegen das Rechtsgeschäft. Diese Diskrepanz könnte konstruktive Auswirkungen zumindest bei allen zweiseitigen Rechtsgeschäften, insbesondere aber bei Verträgen haben: Ist die Erklärung einer Partei Anfechtungsobjekt, bedarf es eines zusätzlichen Konstruktions- und Erklärungsschrittes, um die Auswirkungen auf das Rechtsgeschäft insgesamt zu klären; ist Anfechtungsobjekt dagegen das Rechtsgeschäft selbst, steht die Auswirkung der Anfechtung auf das Rechtsgeschäft unmittelbar fest. Die Diskrepanz wird gemeinhin zu Gunsten der §§ 119, 123 BGB und zu Lasten des § 142 BGB aufgelöst. Dagegen sind jedoch unlängst bedenkenwerte Einwände erhoben worden.⁶ Letztendlich vermögen diese Einwände jedoch nicht durchzuschlagen. Sicherlich erschwert die Notwendigkeit jenes weiteren Schrittes, in welchem die Auswirkungen auf das Rechtsgeschäft zu klären sind, die Rechtsanwendung und sind die bisher gefundenen Bezeichnungen für jene Auswirkungen (Hinfälligkeit, Wegfall, Erledigung usw.) gesetzlich nicht festgelegt.⁷ Das Ergebnis aber ist klar: Indem die Erklärung als Grundlage des Geschäfts ihre Wirkungen rückwirkend verliert, muß auch das Rechtsgeschäft rückwirkend seine Wirkungen verlieren. Ohne die Erklärung als Grundlage der Bindung kann das Rechtsgeschäft den Erklärenden nicht binden und erst recht nicht verpflichten. Bindung durch Erklärung ist privatautonome Bindung. Fehlt es an dieser Bindung durch Erklärung, fehlt es an Bindung durch das Rechtsgeschäft. Dessen bindende Wirkung für die betroffene Partei konstituiert sich nur durch die bindende Unterwerfung dieser Partei unter das Geschäft. Bezugspunkt der weiteren Rechtsfolge ist das Rechtsgeschäft. Bezugspunkt der engeren Rechtsfolge „Bindung“ ist dagegen die Erklärung. Die Anfechtung bezieht sich als Beseitigungsrecht auf diese Bindungswirkung, nicht unmittelbar auf die weitere Rechtsfolge des Geschäfts. Die Sanktionen werden eben nicht auf der Ebene des Rechtsgeschäfts angesiedelt, sondern auf der vorgelagerten Ebene der Erklärung.⁸ Wer richtig die Erklärungswirkungen als Objekt der Beseitigung erkennt und die Beseitigung nicht auf den Erklärungsträger (den objektiven Erklärungstatbestand) übergreifen läßt,⁹ hat keine Probleme damit, einerseits das Vorhandensein einer Erklärung zu bejahen und andererseits unmittelbar der Erklärung und nur mittelbar dem Rechtsgeschäft die Wirkungen zu nehmen.¹⁰

Allerdings scheint der Annahme, Anfechtungsobjekt sei die Erklärung, der Wortlaut der erbrechtlichen Anfechtungsvorschriften entgegenzustehen:¹¹ Nach § 2078 BGB ist „eine letztwillige Verfügung“, nach § 2281 I BGB „der Erbvertrag“ anzufechten. Diese Vorschriften sind in der Tat nicht präzise genug redigiert. Im Recht der letztwilligen Verfügungen steht die Freiheit des Erblasser so stark im Vordergrund, daß dessen Erklärungen mit

⁶ Leenen, Jura 1991, 393-399.

⁷ Insoweit ist Leenen, Jura 1991, 393 f. durchaus zuzustimmen.

⁸ Entgegen Leenen, Jura 1991, 393, 396 f.

⁹ Zur Begründung § 2 III 1.

¹⁰ Damit löst sich der von Leenen, Jura 1991, 393, 397 vorgetragene Kritikpunkt auf.

¹¹ Leenen, Jura 1991, 393, 397 f.

den durch sie begründeten Rechtsgeschäften in eins gesetzt werden. Die letztwillige Verfügung ist nicht nur der Begriff für das Rechtsgeschäft von Todes wegen, sondern steht auch als Synonym für die Erklärung des Erblassers, welche der betreffenden letztwilligen Verfügung zugrundeliegt. Zudem besteht beim Testament die Besonderheit, daß der erklärende Erblasser sich durch seine testamentarische Erklärung zu Lebzeiten nicht bindet. Dort hat das Redaktionsversehen keine möglichen Auswirkungen. Beim Erbvertrag, welcher den Erblasser gerade nach Maßgabe der §§ 2286; 2289 BGB bindet, wiegt das Redaktionsversehen schwerer. Dort kann es keine Rechtfertigung finden. Die Abstimmung zwischen Allgemeinem Teil und Erbrecht ist in § 2281 I BGB insoweit nicht gelungen. Keineswegs trägt der mißglückte Wortlaut des § 2281 I BGB aber einen Rückschluß auf die Auslegung der Normen des Allgemeinen Teils.¹² Den Vorwurf des redaktionellen Mißlingens muß man dem Gesetzgeber zudem nicht erst für § 2281 I BGB, sondern schon für § 142 I BGB machen. Ebensowenig wie sich der Wortlaut bei § 142 I BGB gegen die richtige, auf die Erklärung als Anfechtungsobjekt abstellende Auslegung sperrt, tut dies der Wortlaut des § 2281 I BGB.

II. Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Erklärung

Die Anfechtung wirkt auf den Zeitpunkt zurück, ab welchem die angefochtene Erklärung Wirkungen entfaltet. Sie hat nach der klaren gesetzlichen Anordnung des § 142 I BGB extunc-Wirkung. Insofern ist die Anfechtungserklärung eine private Nichtigkeitserklärung mit vollständiger Wirkung.¹³ Dies gilt auch für die Testamentsanfechtung, bei der sich die primäre Rechtsfolge ebenfalls aus § 142 I BGB ergibt.¹⁴

1. ratio der gesetzlichen Regelung

a) Anfechtung als fiktive Nichtabgabe der Erklärung

Die zugrundeliegende Überlegung ist vergleichsweise einfach: Wenn der Anfechtungsberechtigte den Anfechtungstatbestand schon bei Abgabe seiner Erklärung gekannt hätte (oder im Fall der Drohung ohne äußeren Zwang hätte entscheiden können), wäre die Erklärung so, wie sie tatsächlich abgegeben wurde, nicht abgegeben worden.¹⁵ Dies besagte § 112 E I noch ausdrücklich für die einzigen im E I vorgesehenen Fälle von Anfechtbarkeit, nämlich Drohung und Täuschung. Jener Überlegung korrespondiert im übrigen das Erfordernis der Kausalität zwischen Irrtum/Täuschung/Drohung und Erklärungsabgabe im Anfechtungstatbestand. Im Interesse des Anfechtungsberechtigten soll die Rechtslage sich nach der Anfechtung grundsätzlich so darstellen, als wäre die Erklärung nie abgegeben worden. Die Anfechtung fingiert eine Nichtabgabe der Erklärung. Die Nichtabgabe aber berührt eindeutig den Abgabezeitpunkt. Die fiktive Nichtabgabe ist eine in die Vergangen-

¹² Entgegen *Leenen*, Jura 1991, 393, 397 f.

¹³ *Leonard Jacobi*, AcP 86 (1896), 51, 118, 76 Fn. 39; *Ernst Jacobi*, Die Theorie der Willenserklärungen (1910) 138; *Staudinger(-Riezler)*, BGB I: Allgemeiner Teil¹⁰ (1936) Einl. vor § 104 BGB Rn. 36; *Staudinger(-Coing)*, BGB I: Allgemeiner Teil¹¹ (1957) Einl. vor § 104 BGB Rn. 36.

¹⁴ Siehe nur BayObLG 21.12.1993, ZEV 1994, 106, 108 m. Anm. *Hans-Lothar Graf*; *Karl Winkler*, ZEV 1994, 371.

¹⁵ *Clasen*, DJ 1941, 656, 658.

heit zurückgreifende Korrektur der Rechtslage. In ihr spiegelt sich der Wurzelmangel im Erklärungsstatbestand wider.¹⁶

b) Durchsetzung des Willens des Erklärenden?

aa) Durchsetzung des subjektiven Willens? Nicht vollständig zu überzeugen vermag dagegen die Begründung, die Rückwirkung müsse sich aus der Natur der Anfechtung ergeben: Denn der Anfechtende setze seinen Willen durch, die angefochtene Erklärung nicht gelten lassen zu wollen. Diese solle null und nichtig sein in allen Beziehungen und Folgen.¹⁷ Die Rechtsfolge muß sich nicht aus dem Willen des Betroffenen ergeben. Vielmehr wird sie von Gesetzes wegen angeordnet, und der Wille des Erklärenden muß sich einer Abwägung gegen die Interessen des Erklärungsadressaten und des Rechtsverkehrs stellen.¹⁸ Ließe man allein den Willen des Erklärenden für die Rechtsfolgen der Anfechtung maßgeblich sein, ließe sich eine hinreichende Rechtfertigung weder für § 122 I BGB noch für § 142 II BGB finden. Dem Willen des Erklärenden würde nur die Willkürlichkeit der Rechtsfolgen entsprechen. Dagegen hat sich der Gesetzgeber des BGB klar verwahrt. Dem Erklärenden steht es grundsätzlich auch nicht frei, allein kraft seines Willens eine Beschränkung der Rückwirkung herbeizuführen. Vielmehr bedürfte es erst besonderer Überlegungen, um diesem Willen im Wege der teleologischen Reduktion der gesetzlichen Regelung zur Durchsetzung zu verhelfen. Zwar mag eine Vermutung bestehen, der Erklärende wolle durch seine Anfechtung seine Erklärung ganz und gar beseitigen. Diese Vermutung ist jedoch in der gesetzlichen Regelung grundsätzlich unwiderleglich ausgestaltet. Der Normalfall wird typisiert und generalisiert. Soweit die gesetzliche Regelung mit dem konkreten Willen des Erklärenden bei Vornahme der Anfechtung parallel läuft, ist dies ein starkes Indiz ihrer Sachgerechtigkeit. Sie aber generell und vollständig auf den Willen des Erklärenden zu stützen ginge einen Schritt zu weit.

bb) Anfechtung als Wahrung materieller Privatautonomie. Im Kern ist der Rekurs auf den Willen aber für die materielle Begründung der Begründung durchaus konzeptionsgerecht und hilfreich: Das Anfechtungsrecht ist ein Mittel, um materielle Privatautonomie zu wahren.¹⁹ Es gibt dem Erklärenden die Möglichkeit, nachträglich seine Privatautonomie materiell zu verwirklichen, indem er seine nur formell, aber nicht materiell autonome Erklärung außer Kraft setzt. Der Erklärende signalisiert durch seine Anfechtungserklärung, daß er die Erklärung (zumindest so) nicht hätte abgeben wollen, wenn er zum Erklärungszeitpunkt Kenntnis aller Umstände gehabt hätte, die er im Anfechtungszeitpunkt kennt, oder im Drohungsfall, wenn er frei hätte entscheiden können. Dem trägt die Rückwirkung Rechnung. Insoweit rekuriert die Rückwirkung vom Grund her auch auf den Willen des Erklärenden. Ihre Ausgestaltung jedoch beruht nicht auf dem Willen des Erklärenden, sondern ist eine Entscheidung des Gesetzgebers. Die Rückwirkungsanordnung und deren Ausgestaltung gehören zu den vorgegebenen Parametern, welche der Erklärende bei seiner Entscheidung, ob er anfechten will, hinnehmen und einkalkulieren muß.

¹⁶ Manigk, Irrtum und Auslegung (1918) 75; auch Bernhard Jacobi, Über Rückwirkungsanordnungen im Bürgerlichen Gesetzbuch (Diss. Hamburg 1966) 159 f.

¹⁷ So Greis, Wesen und Umfang der Rückwirkung im Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches (1914) 60.

¹⁸ Näher unten § 21.

¹⁹ Unten § 17 I 1.

2. Rückwirkung und historische Vorläufer mit Erklärungsichtigkeit

a) Erklärungsichtigkeit der irrumsbehafteten Erklärung bis in § 98 E I

Nach § 98 I E I war eine irrumsbehaftete Erklärung nicht nur anfechtbar, sondern ipso iure nichtig. Ihr fehlte es mangels des erforderlichen Willens am hinreichenden Geltungsgrund. Dieses Konzept²⁰ geht zurück auf D. 50, 17, 116, 2²¹ und andere römischrechtliche Sätze, denen zufolge es bei Irrtum an einem Konsens fehle.²² Über *Thomas v. Aquin*²³ wird es Grundlage der frühen gemeinrechtlichen Willenstheorie,²⁴ soweit ersichtlich ohne ernsthaften Widerspruch im Gemeinen Recht.²⁵ Im vernunftrechtlichen Naturrecht bleibt die Irrtumsfreiheit Voraussetzung der Wirksamkeit (promissio conditionata).²⁶ Das Konzept begegnet wieder in ALR I 4 § 75. Später wird es von *Savigny* aufgegriffen,²⁷ der eine gewisse Gefolgschaft in der Pandektenliteratur²⁸ und bei *Zitelmann*²⁹ findet. Als Alternative wird dann eine sogenannte relative, vom Willen des Erklärenden abhängige Nichtigkeit entwickelt.³⁰ Der für den Allgemeinen Teil zuständige Redaktor *Gebhard* blieb aber bei dem Konzept vom fehlenden Tatbestandselement und damit bei absoluter Nichtigkeit ipso iure;³¹ darin sah er sich durch § 95 sächsBGB,³² Art. 65 Dresdener Entwurf und Artt. 23 f. Bayerischer Entwurf bestätigt.³³ Die Stellungnahmen der Länderregierungen sprachen sich indes mit Ausnahme Württembergs ebenso für bloße Anfechtbarkeit aus³⁴ wie alle eingereichten

²⁰ Zu dessen Geschichte anschaulich *Schermaier*, ZEuP 1998, 60, 67-73.

²¹ D. 50, 17, 116, 2 (Ulp. 11 ad ed.): Errantis voluntas nulla est.

²² D. 2, 1, 15 (Ulp. 2 de omn. trib.) sowie D. 5, 1, 2 pr. (Ulp. 3 ad ed.); C. 1, 18, 9; dazu zuletzt eingehend *Schermaier*, SavZ RomAbt. 115 (1998), 235-288, insbes. 244-248.

²³ *Thomas v. Aquin*, Summa theologica, suppl. III, qu. 51, art. 1 resp.

²⁴ *Althusius*, Dicaeologicae libri tres totum et universum ius, quo utimur, methodice completentes (1649) Lib. I Cap. XI Nrn. 5-12; *Struve*, Dissertatio iuris de eo quod iustum est circa damna invita ex ignorantia (1674) § VI; *Altomare*, Tractatus de nullitatibus, in 14 rubricas divisus, rubr. I (Venetiis 1705) qu. 9 Nr. 15; *Lauterbach*, Collegii theoretico-practici ad quinquaginta Pandectorum libros I (1706) Nr. 105 zu D 18, 1; *ders.*, Dissertationes academicae III (1738) disp. CXXXIX, § XII Nr. 2; *Voet*, Commentarius ad Pandectas, in quo praeter Romani iuris principia ac controversia illustriores, ius etiam hodiernum, et praecipuae fori quaestiones excutuntur (Hagae 1707) Nr. 5 zu D 18, 1; *Crell*, De ignorantia facti proprii interdum innocua (1741) 12; *Glück*, Ausführliche Erläuterung der Pandecten IV/1 (1796) 147 (II 14 § 297).

²⁵ *Coing*, Europäisches Privatrecht I: Älteres Gemeines Recht (1985) 416 f. (§ 82 III 1).

²⁶ *Grotius*, De iure belli ac apcis libri tres (Paris 1653) Lib. II Cap. 11, VI; *Pufendorf*, De iure naturae et gentium (London 1672) Lib. III Cap. VI § 9; *Thomasius*, Institutionum iurisprudentiae divinae libri tres (1720) Lib. II Cap. II § 1, 36; *Christian Wolff*, Ius naturae (1763) Pars III Cap. 4 § 569 iVm § 462; *Nettelbladt*, Praecognita iurisprudentiae positivae privatae (1799) § 217 f.

²⁷ v. *Savigny*, System des heutigen römischen Rechts III (1840) 264, 268.

²⁸ Siehe *Sindenis*, Das practische allgemeine Civilrecht I³ (1868) 199 (§ 22); v. *Wächter*, Pandekten II: Besonderer Theil (1880) 373 (§ 186 Beil. B); *Windscheid/Kipp*, Lehrbuch des Pandektenrechts I⁹ (1906) 386 (§ 76).

²⁹ *Zitelmann*, Irrtum und Rechtsgeschäft (1879) 377.

³⁰ *Unger*, GrünhutsZ 15 (1888), 673, 686; *Zitelmann*, Die Rechtsgeschäfte im Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich (1890) 17; *Regelsberger*, Pandekten I (1893) 525 f. (§ 142).

³¹ *Gebhard*, Begründung zum Entwurf des Allgemeinen Theils (1881) 101, abgedr. in: *Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert* (Hrsg.), Die Vorlagen der Redaktoren für die erste Kommission zur Ausarbeitung des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches Allgemeiner Teil II (1981), 121.

³² Ergänzend kann man §§ 838; 839; 841 sächsBGB nennen.

³³ *Gebhard* (Fn. 31), 101 f. bzw. 121 f.

³⁴ Stellungnahmen Preußens, Bayerns, Sachsens, Badens, Mecklenburg-Strelitz', Mecklenburg-Schwerins, Anhalts, Schaumburg-Lippes, Lippes und Elsaß-Lothringens in: Zusammenstellung der Äußerungen der Bundesregierungen zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, gefertigt im Reichs-Justizamt I (1891) 14-19.

Anträge in der Vorkommission des Reichsjustizamtes.³⁵ Dementsprechend erzielte die Vorkommission ohne Schwierigkeiten Einigkeit darüber, daß Rechtsfolge eines Irrtums die Anfechtbarkeit, nicht die Nichtigkeit sein soll.³⁶ Dem folgte die 2. Kommission, wenn auch unter nicht zutreffender Bezugnahme auf ALR I 4 § 75; Art. 1117 Code Civil.³⁷

b) Anfechtbarkeit als junges Konzept

Die Anfechtbarkeit war ein relativ junges Konzept, das sich erst von der nur durch Klage möglichen Anfechtung nach Artt. 1117; 1304 Code civil; §§ 877; 1487 ABGB lösen müssen.³⁸ Ansätze findet man wiederum bei *Savigny*,³⁹ der insoweit einhelligen Anklang in der Pandektistik erzielte.⁴⁰ Den Durchbruch stellt § 849 sächsBGB dar, das Vorbild für die Erklärungsanfechtung. *Gebhard* übernimmt diesem und dem Dresdener Entwurf folgend die Anfechtbarkeit durch Erklärungsanfechtung für die Fälle von Drohung und Täuschung in § 113 E I. Meinungsverschiedenheiten darüber, ob die erfolgte Anfechtung ex nunc oder ex tunc wirken soll, findet man nur im Umfeld des dazwischenliegenden Dresdener Entwurfs.⁴¹ § 112 E I⁴² wird im Interesse einer Subsumtion von Ungültigkeitsfolgen unter den Nichtigkeitsbegriff zum heutigen § 142 I BGB umformuliert.⁴³ Für den E I wird festgeschrieben, daß die Anfechtung eine auflösende Gesetzesbedingung sei, deren Eintritt besonderer Bestimmung zufolge rückwirkende Kraft hat.⁴⁴

c) § 142 I BGB als Ausfluß des Willensdogmas

Das BGB hat mit der Erklärungsanfechtung ein in der Sache dem Nichtigkeitskonzept überlegenes Modell implementiert.⁴⁵ Das Recht der Willenserklärungen im BGB sollte einen pragmatischen Mittelweg zwischen reiner Willens- und reiner Erklärungstheorie verwirklichen.⁴⁶ Auf diesem Weg ist § 142 I BGB ein willentheoretisch beeinflusster Baustein. Denn die fingierte⁴⁷ Rückwirkung erzielt gleiche Rechtswirkungen, als wäre die Erklärung von Anfang an nichtig gewesen. Nichtigkeit von Anfang an aber ist Ausfluß des

³⁵ *Planck*, Antrag Nr. 1 (ohne Datum) Punkt 27, in: *Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert* (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen Allgemeiner Teil (§§ 1-240) 1. Tb. (1985) 617; *Börner*, Antrag Nr. 19 (31.12.1890) Punkt 4, ebd., 618; *Struckmann*, Antrag Nr. 30 (22.1.1891) Punkt 1, ebd., 619; *Achilles*, Antrag Nr. 32 (25.1.1891) Punkt 2, ebd., 620; *ders.*, Antrag Nr. 36 (3.2.1891) Punkt 2, ebd., 621.

³⁶ Prot. RJA 65, in: *Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert* (Fn. 35), 623.

³⁷ Prot. I 105.

³⁸ Zur Entwicklung *Harder*, AcP 173 (1973), 209-226, insbesondere 218 f.; *Hammen*, Die Bedeutung Friedrich Carl v. Savignys für die allgemeinen dogmatischen Grundlagen des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuches (1983) 123 f.

³⁹ v. *Savigny* (Fn. 27), 536 f.

⁴⁰ *Harder*, AcP 173 (1973), 209, 215 unter Hinweis auf *Schloßmann*, Zur Lehre vom Zwange (1874) 7 Fn. 11.

⁴¹ Prot. Dresdener Entwurf 383.

⁴² § 112 E I: „Ein anfechtbares Rechtsgeschäft wird im Falle der Anfechtung in Ansehung der gewollten rechtlichen Wirkungen so angesehen, als ob es nicht vorgenommen wäre.“

⁴³ *Heinz Hübner*, FS Franz Wieacker (1978), 399, 401 unter Hinweis auf Prot. I 127.

⁴⁴ Mot. I 219; näher zum Charakter als gesetzliche Resolutivbedingung unten § 20 III.

⁴⁵ Siehe unten § 20 I 3 a.

⁴⁶ Prot. I 94.

⁴⁷ Sogleich 3.

Willensdogmas.⁴⁸ Insofern setzt sich in der zeitlichen Wirkung nach erklärter Anfechtung § 98 E I fort.⁴⁹ Die Anfechtbarkeit und ihre Wirkungen werden verständlicher, wenn man sieht, daß sie in der Gesetzesgenese die Alternative zur Nichtigkeit ipso iure waren. Die Anfechtungskonstruktion ist nur eine Umkehrung mit Blick auf die Rechtsfolgen, die zunächst gelten und fortgelten, wenn der Erklärende nichts weiter tut (Erklärungsgeltung statt normativer Nichtgeltung).⁵⁰ Reduziert auf den sachlichen Kern, materielle Autonomie zu wahren, kann § 142 I BGB aber trotz dieser willenstheoretischen Anklänge Bestand haben.⁵¹

3. Erklärungsrechtliches Flankieren von Schadensallokations- und Schadensabwicklungsmechanismen?

Daneben könnte eine weitere ratio des § 142 I BGB darin bestehen, Schadensallokations- und Schadensabwicklungsmechanismen erklärungsrechtlich zu flankieren. Diese ratio könnte sich bei einem Vergleich mit den Folgen feststellen lassen, welche sich ergäben, wenn nach einer Anfechtung nur ex nunc-Wirkung und eine Rückabwicklung nach rüchtrittsrechtlichem Vorbild aus §§ 346 ff. BGB stattfände. Insbesondere müßte man in den Wertungen Rücksicht nehmen auf Untergang oder nachteilige Veränderungen von Leistungsgegenständen zwischen Erklärung und Anfechtung. Die Frage, ob bei ex nunc-Wirkung Parallelnormen zu §§ 350-352 BGB erforderlich wären, würde in den Vordergrund rücken.

Bei der Irrtumsanfechtung wirkt § 142 I BGB mit § 122 BGB zusammen und ermöglicht so eine Festlegung des schadensrelevanten Zeitraums. Insofern flankiert er die Kompensationsregelung. Allerdings vermag dieses Zusammenspiel eine ratio allenfalls begrenzt zu tragen. Denn zum einen steht § 122 BGB primär als Preis für ein Lösen von der Erklärungsbindung und ist typisches Korrektiv für eine Erklärungsanfechtung. Ihm kann man allenfalls sehr begrenzt eine Verwandtschaft mit §§ 347 S. 3; 467 BGB zu schreiben. Zum anderen gilt § 142 I BGB auch für die Fälle des § 123 BGB, in denen wiederum § 122 BGB nicht gilt. Andererseits gewährt § 122 BGB dem Erklärungsadressaten Sekundärschutz durch Kompensation, soweit Primärschutz durch Bestandsschutz der Erklärung gegen Anfechtungen nicht stattfindet. Zwischen Primärschutz und Sekundärschutz bestehen ein Stufenverhältnis und eine Wechselwirkung.⁵² § 142 I BGB spiegelt aber die Entscheidung gegen einen Primärschutz besonders deutlich wider.

4. Fiktionscharakter der Rückwirkung

Die ex tunc-Wirkung beseitigt nicht die in der Vergangenheit liegende Wirklichkeit oder versucht, diese zu beseitigen; vielmehr greift sie nur das gedachte juristische Fundament, die juristische Bewertung der Wirklichkeit, an.⁵³ Es wird nur fingiert, die abgegebene Er-

⁴⁸ Deutlich *Heinrich Lange*, JherJb 89 (1941), 277, 278.

⁴⁹ *Titze*, FS Ernst Heymann (1940), II 72, 107.

⁵⁰ *Jahr*, JuS 1989, 249, 255.

⁵¹ Siehe *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II: Das Rechtsgeschäft³ (1979) 60 (§ 4, 8); vgl. auch *Enneccerus/Nipperdey*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts 2. Hb.¹⁵ (1960) 1024 (§ 164 II 3).

⁵² Unten § 21 II 2 a, d.

⁵³ *Hellwig*, FS der Juristischen Fakultät in Gießen zum Universitäts-Jubiläum (1907), 21, 26 f.; *Clasen*, DJ 1941, 656, 657; *Frhr. v. Schwind*, ÖJZ 1948, 123, 127; *Schnorr v. Carolsfeld*, Arbeitsrecht² (1954) 145;

klärung sei unwirksam gewesen, nicht aber, daß die Erklärung in Wirklichkeit nicht abgegeben worden sei. Dabei handelt es sich um eine echte Fiktion.⁵⁴ Eine Fiktion ist rechtlich ein Satz, durch den an einen bestimmten Tatbestand (die Fiktionsbasis) dieselben Rechtsfolgen geknüpft werden, die ein anderer Tatbestand (der fingierte Tatbestand) hat.⁵⁵ Von Gesetzes wegen wird angeordnet, Rechtswirkungen, die in der Vergangenheit bestanden haben, als niemals vorhanden gewesen zu behandeln.⁵⁶ Betroffen ist die ideelle Rechtswelt.⁵⁷ „Rechtstatsachen“ werden als bestehend gedacht, sodaß sich die Notwendigkeit ihrer Vernichtung ergibt. Die Rechtsordnung verleiht einer solchen Rechtstatsache, insbesondere einem Rechtsgeschäft oder einer Erklärung, Gültigkeit und Wirkungen.⁵⁸ Dann entscheidet sie mit ihren rechtspolitisch gemeinten Gebotsinhalten aber auch ex post facto über deren Gültigkeit.⁵⁹ Die Beachtung der Gebotsinhalte wird zur Rechtsbedingung für die volle und endgültige Wirksamkeit der Rechtstatsache.

5. Rückwirkung bei Selbstanfechtung einer Erbvertragserklärung durch den Erblasser

Der Anfechtung der eigenen Erbvertragserklärung durch den Erblasser nach § 2281 BGB wird teilweise keine Rückwirkung beigelegt, denn diese Anfechtung geschehe vor dem Eintritt von Rechtswirkungen und habe deshalb keine Rückwirkung, sondern nur Widerrufsfunktion.⁶⁰ Dies ist erkennbar fixiert auf die Wirkungen der ausgesprochenen vertraglichen letztwilligen Verfügung als solcher. Diese Wirkungen treten in der Tat erst mit dem Erbfall ein. Aber bereits zuvor entfaltet der Erbvertrag Rechtswirkungen. Insbesondere entfaltet er die sich in § 2289 I 2 BGB niederschlagende Bindungswirkung gegenüber dem Erblasser, dessen Testierfreiheit eingeschränkt wird. Die Möglichkeit der Selbstanfechtung ersetzt für den Erblasser bei erbvertraglichen Verfügungen zwar das Widerrufsrecht nach §§ 2253-2256 BGB. Jedoch übersieht man, wenn man die Selbstanfechtung auf eine Widerrufsfunktion mit Wirkung ex nunc reduziert, die Bindungswirkung, welche den Erbvertrag gerade vom Testament unterscheidet. Deren Aufhebung erlaubt die Anfechtung mit Wirkung ex tunc. Das Gesetz gewährt insoweit keinen Bestandsschutz. Richtigerweise gewährt es aber der anderen Partei des Erbvertrages als dem Erklärungsadressaten sekundären Schutz in Gestalt von Kompensationsschutz durch einen Schadensersatzanspruch nach § 122 BGB.⁶¹

Neumann-Duesberg, AcP 154 (1955), 64, 65; *Müller-Freienfels*, Ehe und Familie (1962) 99 Fn. 2; *Esser*, Wert und Bedeutung der Rechtsfiktionen² (1969) 186; *Molls*, Das Institut der Eheaufhebung (Diss. Bonn 1972) 35 f., 39; *Picker*, ZfA 1981, 1, 52; *Ilse Schmidt-Dahlhoff*, Auswirkungen von Willensmängeln bei Eingehung der Ehe nach geltendem und künftigen Recht (Diss. Bonn 1986) 68.

⁵⁴ *Hellwig* (Fn. 53), 21, 26 f.; *Bernhöft*, FG Ernst Immanuel Bekker (1907), 239, 274; *Esser* (Fn. 53), 186 f.; *Bernhard Jacobi* (Fn. 16), 160.

Vom Boden der Realen Rechtslehre aus daher konsequenterweise gegen die Rückwirkungsanordnung des § 142 I BGB *Ernst Wolf*, Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts³ (1982) 471 (§ 10 D II d).

⁵⁵ *Bernhöft*, FG Ernst Immanuel Bekker (1907), 239, 241.

⁵⁶ *Riezler*, SeuffBl 74 (1909), 189, 190 Fn. 3.

⁵⁷ *Hellwig* (Fn. 53), 21, 26.

⁵⁸ Siehe Mot. I 473.

⁵⁹ *Esser* (Fn. 53), 186.

⁶⁰ *Siber*, Erbrecht (1928) 41 (§ 11 III 3 a).

⁶¹ Eingehend *Mankowski*, ZEV 1998, 46-49.

§ 5 Widerruf nach Verbraucherschutzgesetzen

I. Schwebezustand vor Ausübung oder Fortfall des Widerrufsrechts unter § 355 I 1 BGB

1. Schwebende Wirksamkeit unter §§ 355 I 1; 361 a I 1 BGB aF

a) Schwebende Wirksamkeit

Der Gesetzgeber hat die Umsetzung der RiLi 97/7/EG¹ zum Anlaß genommen, die Widerrufsrechte des Verbraucherschutzrechts zu systematisieren und zu vereinheitlichen.² Dafür schuf er³ § 361 a I 1 BGB aF, fortgeführt in § 355 I 1 BGB. Standardmodell für die Ausgestaltung des Widerrufsrechts in den einzelnen Materien ist nun die Verweisung auf § 355 BGB. Auf § 361 a BGB aF verwiesen §§ 7 I 1 VerbrKrG; 1 I pr. HWiG; 5 I TzWrG; 4 I 1 FernUSG nF. Anwendungsfälle des Modells sind mit einer Verweisung auf § 355 BGB heute §§ 312 I 1; 312 d I 1; 485 I; 495 I BGB; 4 I FernUSG nF. Die Regierungsbegründung zu § 361 a I 1 BGB aF ist ebenso explizit wie lapidar: „Unter Übernahme der Konstruktion des Fernunterrichtsschutzgesetzes bestimmt [die Vorschrift], daß der Verbraucher an seine Vertragserklärung nicht gebunden ist, wenn er diese fristgerecht widerruft. Damit wird die Konstruktion der schwebenden Wirksamkeit für alle Verbraucherschutzgesetze eingeführt.“⁴ Dies scheint eine klare Aussage. Sie spiegelt sich auch im Gesetzeswortlaut wider. Wenn der Verbraucher ab erfolgtem Widerruf *nicht mehr gebunden* sein soll, impliziert dies sprachlich, daß er vor dem Widerruf gebunden war.⁵ Bewußt hat der Gesetzgeber eben nicht mehr fortgeschrieben, daß die Vertragserklärung des Verbrauchers überhaupt erst wirksam wird, wenn die Widerrufsfrist ohne Widerruf verstrichen ist. Der Vergleich mit dem Wortlaut der §§ 7 I VerbrKrG; 1 I HWiG; 5 I TzWrG erweist die Umsetzung der gesetzgeberischen Intention. Eine neue Kategorie des Fortfalls der Bindung an eine Willenserklärung hat der Gesetzgeber damit nicht etabliert.⁶ Schwebende Wirksamkeit als Gegenbegriff zur schwebenden Unwirksamkeit ist vielmehr hinreichend konturenscharf und zudem von der Konstruktion auflösender Bedingungen her altbekannt. Daß eine Rückabwicklung grundsätzlich nach rücktrittsrechtlichen Regeln erfolgt, spricht ebenfalls nicht gegen die Kategorie der schwebenden Wirksamkeit. Indem man ihm eine der beiden Ver-

¹ Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABI. EG 1997 L 144/19.

² Dieses Ziel hat er übrigens nur unvollkommen verwirklicht: Die Veteranen unter den verbraucherschützenden Widerrufsrechten, die §§ 23 KAGG; 11 AuslInvG, sind unverändert geblieben (dies merkt auch Höche, WM 2000, 1517, 1519 an), ebenso § 8 IV, V VVG 1994 sowie § 5 a VVG (Stephan Lorenz, JuS 2000, 833, 835 Fn. 17). Dafür zeichnet die vorausseilende Rücksicht auf die seinerzeit noch geplante Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen (heute RiLi 2002/65/EG) verantwortlich.

³ In Art. 2 Abs. 1 Nr. 2 Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro vom 27.6.2000, BGBl. 2000 I 897.

⁴ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs. 14/2658, 47 Zu § 361 a Absatz 1 (1. Abs. der Bem.).

⁵ Mankowski, WM 2001, 793, 795; ders., WM 2001, 833, 842; Nikolaj Fischer, Das allgemeine verbraucherschützende Widerrufsrecht gemäß § 355 BGB (2003) 148, 136; Meßling, Die Lösung rechtsgeschäftlicher Bindungen im deutschen und italienischen Privatrecht (2003) 254 f.; auch Kamanabrou, WM 2000, 1417, 1418.

⁶ So aber Härtling, FernAbsG (2000) Anh. § 3 FernAbsG Rn. 11.

tragserklärungen als notwendige Grundlage seiner Wirksamkeit entzieht, wird der Vertrag unwirksam; er wandelt sich nicht etwa bei fortbestehender Wirksamkeit in ein Rückgewährschuldverhältnis um.⁷

*b) Konzeptwechsel gegenüber der Lage unter §§ 1 I HWiG; 7 I VerbrKrG;
5 I TzWrG, jeweils aF*

aa) Schwebende Unwirksamkeit als altes gesetzliches Modell. Der Gesetzgeber hat einen deutlichen Konzeptwechsel gegenüber dem zuvor geltenden Recht vollzogen: Unter §§ 1 I HWiG; 7 I VerbrKrG; 5 I TzWrG, jeweils aF, war ebenso wie noch früher unter § 1 b AbzG die Vertragserklärung des Verbrauchers und damit der ganze Vertrag bis zum Ablauf der Widerrufsfrist schwebend unwirksam.⁸ Denn der Verbraucher sollte an seine Erklärung erst nach Ablauf der Widerrufsfrist ohne erfolgten Widerruf gebunden sein. Seine Erklärung sollte erst dann Bindungswirkung entfalten. Ein Vertrag kann aber erst wirksam sein, wenn alle ihm zugrundeliegenden Vertragserklärungen Bindungswirkung entfalten. An Stelle eines Rücktrittsrechts klassischer Prägung, welches ein wirksames Vertragsverhältnis in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandelt, hatte der Gesetzgeber einen Wirksam-

⁷ Dies übersieht *Oechsler*, Schuldrecht Besonderer Teil – Vertragsrecht (2003) Rn. 358.

Wie hier tendenziell *Peter Bülow*, Verbraucherkreditrecht⁵ (2002) § 495 BGB Rn. 43.

⁸ BGH 18.10.1989, BGHZ 109, 97, 103 (dazu *Friedrich Graf v. Westphalen*, WuB IV C. § 1 b AbzG 2.90); 14.1.1991, BGHZ 113, 222, 225 (dazu *Buschbeck-Bülow*, WuB IV E. § 9 HWiG 1.91); 30.9.1992, BGHZ 119, 283, 298 = LM H. 2/1993 § 34 GWB Nr. 29 m. Anm. *Thomas Pfeiffer* (dazu *Berg-Grünenwald*, EWiR § 34 GWB 2/92, 1101; v. *Rottenburg*, WuB IV C. § 1 b AbzG 1.93); 21.10.1992, WM 1993, 416 (dazu *Bernd Peters*, WuB IV C. § 1 b AbzG 2.93); 10.5.1995, BGHZ 129, 371, 374 f. = LM H. 10/1995 § 1 b AbzG Nr. 31 m. Anm. *Thomas Pfeiffer* (dazu *Peter Bülow*, EWiR § 7 VerbrKrG 1/95, 927; *Frank Wenzel*, WiB 1995, 836; *Burkhard Heß*, WuB I E 2. § 7 VerbrKrG 1.96, 316); 12.6.1996, ZIP 1996, 1336 = LM H. 10/1996 § 535 Nr. 153 m. Anm. *Manfred Wolf* (dazu *Dauner-Lieb*, EWiR § 7 VerbrKrG 1/96, 907; *Jendrek*, WuB I E 2. § 1 VerbrKrG 3.96, 1248; *Emmerich*, JuS 1996, 1131); 19.3.1997, BGHZ 135, 124, 138; BAG 30.9.1993, BAGE 74, 281, 290 = AP Nr. 37 zu § 123 BGB m. Anm. *Boemke* (Sept. 1994) = EzA § 611 BGB Aufhebungsvertrag Nr. 13 m. Anm. *Dagmar Kaiser* (Juni 1995) = AR-Blattei ES 260 Nr. 2 m. Anm. *Buschbeck-Bülow* (Feb. 1994); OLG Hamm 5.6.1992, ZIP 1992, 1298; OLG Koblenz 9.10.1997, OLG-Report Koblenz/Saarbrücken/Zweibrücken 1998, 257, 258; *Peter Bülow*, NJW 1991, 129, 131; *ders.*, NJW 1993, 2837, 2838; *ders.*, VerbrKrG³ (1998) § 7 VerbrKrG Rn. 15, 19 f.; *ders.*, ZIP 1999, 1293, 1294; *ders.*, FS Alfred Söllner zum 70. Geb. (2000), 189, 192; *Seibert*, Handbuch zum VerbrKrG (1991) § 7 VerbrKrG Rn. 7; *Wolfgang Teske*, NJW 1991, 2793, 2796; *Karollus*, JuS 1993, 651, 654; *Erman(-Klingsporn/Eberhard Rebmann)*, BGB I: §§ 1-853 BGB usw.⁹ (1993) § 7 VerbrKrG Rn. 4; *Coester-Waltjen*, Jura 1994, 534, 537; *Ansgar Fischer/Machunsky*, HWiG² (1995) § 2 HWiG Rn. 282; Münchener Kommentar zum BGB(-*Peter Ulmer*), III: §§ 433-606 BGB; HausTWG; VerbrKrG; MHG³ (1995) § 1 HWiG Rn. 6, § 7 VerbrKrG Rn. 11, 12; *Stephan Lorenz*, NJW 1995, 2258, 2260; *ders.*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag (1997) 57; *Gottwald/Honold*, JZ 1996, 577, 579; *Heinz Hübner*, Allgemeiner Teil des BGB² (1996) Rn. 977; *Boemke*, ACP 197 (1997), 161, 175; *Martinek*, NJW 1997, 1393, 1396; *Hildenbrand/Kappus/Mäsch(-Kappus)*, TzWrG (1997) § 5 TzWrG Rn. 6; *Drasdo*, TzWrG (1997) § 5 TzWrG Rn. 2; *Klaus Tönnner*, Das Recht des Time-sharing an Ferienimmobilien (1997) Rn. 275; *Soergel(-Häuser)*, BGB IV/1: §§ 516-651 BGB; MHG; VerbrKrG¹² (1998) § 7 VerbrKrG Rn. 4; *Martis*, Verbraucherschutz (1998) 65; *Rainer Metz*, VerbrKrG (1999) § 7 VerbrKrG Rn. 4; *Heinrichs*, FS Dieter Medicus (1999), 177, 180, 183; *Grabitz/Hilf(-Martinek)*, Das Recht der Europäischen Union Teil II: Sekundärrecht IV (Losebl. 1990/99 ff.) A 13 Art. 5 RiLi 94/47/EG Rn. 159 (Mai 1999); *Certa*, Widerruf und schwebende Unwirksamkeit nach den Verbraucherschutzgesetzen (Diss. Mannheim 2000) 67-69; *Staudinger(-Kessal-Wulff)*, BGB, VerbrKrG; HWiG; § 13 a UWG; TzWrG¹⁴ (2001) § 7 VerbrKrG Rn. 4 f.; *Staudinger(-Olaf Werner)*, ebd., § 1 HWiG Rn. 48.

keitsaufschub gewählt, um möglichst eine formale Durchbrechung von *pacta sunt servanda* zu vermeiden.⁹

bb) Keine schwebende Wirksamkeit ohne Bindungswirkung. Das Alternativmodell einer wirksamen Verbrauchererklärung ohne Bindungswirkung in Parallele zu §§ 145 aE; 929 S. 1; 873 II BGB¹⁰ hatte sich nicht durchzusetzen vermocht. Schon semantisch vermochte es nicht zu überzeugen: Wirksamkeit äußert sich darin, daß Wirkungen entfaltet werden. Eine Wirksamkeit ohne Wirkungen ist gerade wirkungslos. Löst die Wirksamkeit keine Wirkungen aus, besteht kein einleuchtender Unterschied mehr zur Unwirksamkeit, die ihrer Definition nach keine (positiven) Wirkungen zuläßt. Bedarf für eine Korrektur und den Wechsel der dogmatischen Kategorie war dementsprechend nicht ersichtlich.¹¹ Zudem hätte man in den Gesetzeswortlaut „wird erst wirksam“ ein „endgültig“ hineinlesen und die nur schwebende Wirksamkeit als denkbare Kategorie vom Gesetzeswortlaut ausnehmen müssen.¹² Damit hätte man unnötigerweise eine teleologische Reduktion des Gesetzeswortlauts vorgenommen.¹³

cc) Keine fehlende Vollendung der Erklärung des Verbrauchers. Zu verwerfen war desweiteren ein dritter Deutungsansatz: Solange die Widerrufsfrist laufe, sei die Erklärung des Verbrauchers noch nicht vollendet.¹⁴ Damit wäre in der Konsequenz nicht etwa ein schon zustande gekommener Vertrag schwebend unwirksam gewesen, sondern es wäre noch überhaupt kein Vertrag zustande gekommen. Während des Laufs der Widerrufsfrist seien die Parteien nicht als Vertragsparteien zu bezeichnen, sondern einander in einem Schuldverhältnis der Vertragsanbahnung verbunden gewesen.¹⁵ Bei diesem Ansatz wurden zwei Kategorien miteinander vermengt: zum einen das Zustandekommen eines Vertrages und zum anderen dessen Wirksamkeit. Ebenso vermengt wurden Existenz einer Erklärung und deren Wirkungen. Eine voll existente Erklärung ist Quelle ihrer Wirkungen, aber mit diesen nicht identisch. Darauf rekurren gerade alle Beseitigungsrechte, indem sie bei erfolgreicher Ausübung nur die Erklärungswirkungen, nicht aber den Erklärungsträger und damit die Erklärung als solche beseitigen.¹⁶ Ein Institut der nicht vollendeten Erklärung wäre ein *Novum* gewesen.¹⁷

dd) Keine einseitige schwebende Teilunwirksamkeit zu Gunsten des Verbrauchers. Das Synallagma zerriß schließlich, wer¹⁸ keine (sogenannte beidseitige) schwebende Unwirk-

⁹ Knütel, AcP 185 (1985), 308, 312; Hans Friedhelm Gaul, GS Brigitte Knobbe-Keuk (1997), 135, 154.

¹⁰ Thomas Pfeiffer, LM H. 10/1995 § 1 b AbzG Nr. 31 Bl. 5, 5R; Thomas Pfeiffer/Dauck, NJW 1997, 30, 33; auch Jauernig(-Jauernig), BGB⁹ (1999) Vor § 145 BGB Rn. 21.

¹¹ Heinrichs, FS Dieter Medicus (1999), 177, 187.

¹² So konsequent Thomas Pfeiffer, LM H. 10/1995 § 1 b AbzG Nr. 31 Bl. 5, 5R.

¹³ Vgl. Manfred Wolf, LM H. 10/1996 § 535 BGB Nr. 153 Bl. 3, 3R.

¹⁴ Gernhuber, WM 1998, 1797, 1799; tendenziell auch Susanne Hermann, Der Verbraucherkreditvertrag (1996) 151; offen wohl Willingmann, VuR 1998, 395, 400 mit Fn. 59.

¹⁵ Gernhuber, WM 1998, 1797, 1799.

¹⁶ Oben § 2 II; ähnlich Reiner, AcP 203 (2003), 1, 22.

¹⁷ Vgl. Willingmann, VuR 1998, 395, 400 Fn. 59.

¹⁸ Wie Manfred Wolf, LM H. 10/1996 § 535 BGB Nr. 153 Bl. 3, 3R f.; ders., 32 Korea U. L. Rev. 621, 640 (1996); Larenz/Manfred Wolf, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts⁸ (1997) § 44 Rn. 55; Pudor, Die Wirkungsweise verbraucherschützender Widerrufsrechte (2000) 151 f.

samkeit des Vertrages insgesamt annimmt, sondern eine relative, nur einseitig gegen den Unternehmer gerichtete schwebende (Teil-)Unwirksamkeit befürwortete. Der Verbraucher hätte dann vertragliche Ansprüche, während solche Ansprüche dem Unternehmer versagt wären. Der Unternehmer würde gleichsam von Rechts wegen vorleistungspflichtig und einseitig mit dem Insolvenz- und Rückforderungsrisiko belastet. Damit würde der Verbraucherschutz übertrieben, die legitimen Interessen des Unternehmers zu sehr hinten gestellt und Grundprinzipien des Schuldvertragsrechts ohne Not aufgegeben.¹⁹ Eine Parallele zu halbzwingenden Normen²⁰ besteht angesichts völlig unterschiedlicher Rechtsfolgen nicht. Gegen eine halbzwingende Norm verstoßen kann nur eine Vereinbarung, der in der Folge die Wirkung genommen wird, während die Leistungsaustauschbeziehung der Parteien in dem gesetzlich erlaubten Maß unverändert bleibt. Hier dagegen würde von Gesetzes wegen eingegriffen und das Synallagma außer Kraft gesetzt.²¹ Relative Unwirksamkeit kennt das deutsche Recht nur im verfügungsrechtlichen Bereich (§§ 135; 136; 883 II; 888; 1124 II; 1126 S. 3 BGB) mit Bezug auf Rechtsverhältnisse zu Dritten. Im schuldrechtlichen Relativverhältnis bedeutet sie dagegen einen Systembruch.²²

2. Rechtfertigung des Konzeptwechsels durch Vorteile schwebender Wirksamkeit gegenüber schwebender Unwirksamkeit?

a) § 3 I 1 RefE FernAbsG und das Durchschlagen der Kritik

Es erscheint in hohem Maße zweifelhaft, ob sich der Gesetzgeber, als er von schwebender Unwirksamkeit auf schwebende Wirksamkeit umschwenkte, der Konsequenzen für VerbrKrG, HWiG und TzWrG wirklich bewußt war.²³ Insoweit ist ein Blick in die Vorgeschichte des Gesetzgebungsverfahrens erhellend: Der Referentenentwurf zum FernAbsG sah in § 3 I 1 RefE FernAbsG noch schwebende Unwirksamkeit als Konstruktion unter dem eigentlichen FernAbsG vor. Die Begründung zum RefE schlug unbesehen die Widerrufsrechte nach VerbrKrG, HWiG, TzWrG und FernUSG über einen Leisten, ohne zu bemerken, daß sich jenes nach dem FernUSG erheblich von jenen nach den anderen Gesetzen unterschied.²⁴ Für die Anordnung schwebender Unwirksamkeit unter dem geplanten FernAbsG wurde der RefE scharf und treffend²⁵ kritisiert.²⁶ Unter dem Eindruck dieser Kritik scheint der Gesetzgeber dann mit § 361 a I 1 BGB aF und nun mit § 355 I 1 BGB von einem Extrem in das andere verfallen zu sein. Die einheitliche Behandlung aller verbraucherschützenden Widerrufsrechte muß auf ihn eine geradezu magische Anziehungskraft ausüben.²⁷ Sachgründe, die für eine Differenzierung sprechen,²⁸ scheinen dem Gesetzgeber

¹⁹ *Heinrichs*, FS Dieter Medicus (1999), 177, 188.

²⁰ Die *Manfred Wolf*, LM H. 10/1996 § 535 BGB Nr. 153 Bl. 3, 4 reklamiert.

²¹ Vgl. *Heinrichs*, FS Dieter Medicus (1999), 177, 188.

²² *Certa* (Fn. 8), 78.

²³ Eingehend *Mankowski*, WM 2001; außerdem *Heike Wegner*, NJ 2000, 407, 409; *Claudius Marx*, WRP 2000, 1227, 1233 mit Fn. 71.

²⁴ Begründung zum Referentenentwurf für ein Gesetz über Fernabsatzverträge S. 99 Zu § 3 Absatz 1.

²⁵ Zur Begründung unten IV.

²⁶ *Artz*, VuR 1999, 249 f.; *ders.*, VuR 1999, 393, 394 f.; *Peter Bülow*, ZIP 1999, 1293, 1294 f.; *ders.*, FS Alfred Söllner zum 70. Geb. (2000), 189, 196 f.; *Waldenberger*, K & R 1999, 345, 349 f.; *Micklitz/Norbert Reich*, BB 1999, 2093, 2094.

²⁷ Vgl. *Jürgen Schmidt-Räntsch*, ZBB 2000, 344, 346; *ders.*, DRiZ 2000, 434.

²⁸ Dazu eingehend III.

der Novelle an dieser Stelle gar nicht in den Blick gekommen zu sein, geschweige denn, daß sie diskutiert und abgewogen würden. Der Blick des Gesetzgebers war vielmehr auf FernUSG und FernAbsG fixiert, als er § 361 a I 1 BGB aF schuf. Entlarvend wirkt die Regierungsbegründung zur Änderung des § 7 I VerbrKrG aF: „Die Neufassung von Absatz 1 paßt die Vorschrift an den neuen § 361 a BGB an. Die Änderung in der Sache liegt in der Verlängerung des Widerrufsrechts auf zwei Wochen und in der Umstellung der Konstruktion auf das Modell des Fernunterrichtsschutzgesetzes. Dieser konstruktive Wandel als solcher bewirkt aber keine materiellen Änderungen.“²⁹ Bei § 1 I HWiG aF hieß es gleichlaufend: „[Abgesehen von der Verlängerung der Widerrufsfrist und dem Fortfall der Schriftform für den Widerruf] ist die Änderung nur technischer Natur.“³⁰ und bei § 5 I TzWrG: „Diese Änderung bewirkt keine Änderung im Ergebnis.“³¹ Daß bei schwebender Wirksamkeit während der Widerrufsfrist Erfüllungsansprüche, d.h. Ansprüche auf Auszahlung des Kreditbetrages bestehen, erschien dem Gesetzgeber also nicht als materielle Änderung. Eine Umstellung auf das Gegenteil soll keine materielle Änderung bewirken.³² Man hat den Eindruck, als hätte der Gesetzgeber den Gegensatz zwischen schwebender Unwirksamkeit und schwebender Wirksamkeit als ein bloßes Spiel mit Worten, als ein formaljuristisches Glasperlenspiel angesehen. Daß daran Konsequenzen hängen, daß Unternehmen eventuell reagieren müssen, um ihre legitimen eigenen Interessen zu wahren,³³ blieb weitgehend außer Betracht. Daß man die Folgen der Umstellung durchgerechnet hätte, ist nicht einmal ansatzweise ersichtlich. In den Materialien findet sich dazu jedenfalls keine tragende Aussage. Zwar begegnen im Vorspann zum Gesetzentwurf einige Sätze, daß das Widerrufsrecht zu einer leichten Erhöhung der Kosten für die betroffenen Unternehmen führen könne.³⁴ Jedoch schließt sich der Hinweis an, daß viele Unternehmen ein Recht zur kostenlosen Rückgabe schon ohne gesetzlichen Zwang eingeräumt hätten.³⁵ Auswirkungen auf das Preisniveau, insbesondere das Verbraucherpreisniveau, seien daher nicht zu erwarten.³⁶ Dies macht deutlich, daß der Gesetzgeber hier wieder nur Fernabsatzverträge im Blick hatte (also die erstmalige Einführung eines Widerrufsrechts kalkulierte), die Folgeprobleme der konzeptionellen Umstellung im Bereich der Verbrauchercredit- und Haustürgeschäfte aber außer acht ließ. § 10 Nr. 1 Hs. 2 AGBG (heute § 308 Nr. 1 Hs. 2 BGB) und die Begründung dazu materialisierten nachgerade das schlechte Gewissen des Gesetzgebers, ohne es klar zum Ausdruck zu bringen.

²⁹ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs. 14/2658, 58 Zu Artikel 6 Absatz 1 Nummer 5 (Änderung von § 7) Buchstabe a (Neufassung der Absätze 1 und 2).

³⁰ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs. 14/2658, 58 Zu Artikel 6 Absatz 2 Nummer 1 (Neufassung von §§ 1 und 2) § 1.

³¹ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs. 14/2658, 58 Zu Artikel 6 Absatz 3 Nummer 3 (Neufassung von § 5).

³² Leicht skeptisch *Neises*, NZM 2000, 1033, 1035.

³³ Siehe Stellungnahme des Bankenfachverbandes e.V., FLF 1990, 31.

³⁴ Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs. 14/2658, 2 E. Sonstige Kosten (1. und 2. Satz).

³⁵ Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs. 14/2658, 2 E. Sonstige Kosten (6. Satz).

³⁶ Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs. 14/2658, 2 E. Sonstige Kosten (8. Satz).

b) *Gesetzgeberische Anerkennung unterschiedlicher Schutzgründe durch unterschiedliche Ausgestaltung des Fristbeginns für die Widerrufsfristen*

Daß ein einziger Leisten für alle Verbraucherschutzgesetze nicht paßt, sondern die einzelnen Schutzkonstellationen je besondere Überlegungen erfordern, erkennt der Gesetzgeber an anderer Stelle selber an: In § 4 I 2 FernUSG läßt er die Widerrufsfrist in ausdrücklicher Abweichung von §§ 355 II 1 Hs. 1 BGB; 361 a I 3 BGB aF nicht vor Zugang der ersten Lieferung des Fernlehrmaterials beginnen. Der Zweck der Abweichung ist klar. Das Widerrufsrecht nach § 4 FernUSG soll dazu dienen, Verträge über nicht genehmes, ungenügendes oder nicht den Erwartungen entsprechendes Lehrmaterial rückgängig zu machen, nachdem sich diese Qualitäten bei einer Prüfung des bei Vertragsschluß nicht vorliegenden Materials herausgestellt haben. Es geht eben um eine Prüfung des Vertragsgegenstandes. Es geht nicht um Übrumpelungen oder ein nochmaliges Überdenken komplexer Vertragsbedingungen. Die gleiche Wertung läßt sich aus dem wiederum ausdrücklich von §§ 355 II 1 Hs. 1 BGB; 361 a I 3 BGB aF abweichenden Fristbeginn bei Fernabsatzverträgen gewinnen. §§ 312 d II 1 Hs. 1 Var. 2 BGB; 3 Abs. I 3 Hs. 1 Var. 2 FernAbsG lassen die Frist bei der Lieferung von Waren nicht vor dem Tag des Eingangs beim Empfänger beginnen, Var. 3 bei wiederkehrenden Lieferungen gleichartiger Waren nicht vor dem Tag des Eingangs der ersten Teillieferung. Insoweit übernimmt man getreulich Art. 6 I Unterabs. 2 I. Lemma RiLi 97/7/EG.

c) *Mängelgewährleistungsansprüche*

Wer schon immer ein Konzept schwebender Unwirksamkeit abgelehnt hat,³⁷ wird nun schwebende Wirksamkeit unter §§ 355 I 1 BGB; 361 a I 1 BGB aF begrüßen.³⁸ Wer das Widerrufsrecht als eigenes Institut ohne anderweitiges Vorbild³⁹ nicht mag und lieber eine „Rückkehr“ zum Rücktrittsrecht will,⁴⁰ wird die schwebende Wirksamkeit unter §§ 355 I 1 BGB; 361 a I 1 BGB aF ebenfalls gutheißen.⁴¹ Diese beiden Argumentationsmuster stellen jedoch systematische Einpassung in überkommene Strukturen und eine weitgehende Parallele zum Rücktrittsrecht der §§ 346 ff. BGB aF⁴² über die berechtigten und anzuerkennenden Interessen der Unternehmer wie teilweise sogar der Verbraucher. Die Frage „Schwebende Wirksamkeit oder schwebende Unwirksamkeit?“ ist alles andere als ein dogmatisches Glasperlenspiel. Die Antwort, die man auf sie gibt, löst vielmehr Folgekosten und Folgekosten aus. Jedes Konzept löst eben spezifische Reaktionen in der Rechtswirklichkeit aus. Der Konzeptwechsel hin zur schwebenden Wirksamkeit ließe sich rechtfertigen, wenn er gegenüber der vorherigen Rechtslage mit schwebender Unwirksamkeit Vorteile mit sich brächte oder zumindest Nachteile der schwebenden Unwirksamkeit vermiede.

³⁷ Wie z.B. *Medicus*, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts I (1981), 479, 526; *Harm Peter Westermann*, in: Bundesminister der Justiz (Hrsg.), Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts III (1983), 1, 99; *Stephan Lorenz* (Fn. 8), S. 57 f.

³⁸ Konsequenz *Stephan Lorenz*, JuS 2000, 833, 835 f.

³⁹ *Peter Bülow*, ZIP 1998, 945, 948; *ders.*, WM 2000, 2361.

⁴⁰ Wie z.B. *Henrich*, FS Dieter Medicus, 1999, S. 197, 209.

⁴¹ Siehe *Härtling/Schirmbacher*, MDR 2000, 917, 922.

⁴² Zum Umfang der in § 361 a II 1 BGB aF ausgesprochenen Verweisung und damit zum seinerzeitigen Umfang der Parallele eingehend *Peter Bülow*, WM 2000, 2361, 2362-2364.

aa) *Relevanz nur in bestimmten Konstellationen.* Als Vorteil für die schwebende Wirksamkeit wird reklamiert, daß unter ihr nicht nur Erfüllungsansprüche, sondern auch Mängelgewährleistungsansprüche bestünden.⁴³ Dabei darf man zwei Punkte nicht übersehen:⁴⁴

– Erstens kann das Problem einer Schlechterfüllung nur entstehen, wenn tatsächlich geleistet wird. Hält der Unternehmer jedoch bei schwebender Unwirksamkeit seine Leistung bis zum Ablauf der Widerrufsfrist zurück, kann mangels Leistung überhaupt keine Schlechterfüllung vorliegen und können Gewährleistungsrechte des Verbrauchers während der laufenden Widerrufsfrist kein Problem darstellen. Wenn man dies übersieht, vermengt man zwei Klassen von Unternehmern: zum einen diejenigen, die gleichsam vorzeitig leisten und dadurch Probleme aufwerfen; und zum anderen diejenigen, die aus Gründen des Selbstschutzes erst nach Ablauf der Widerrufsfrist leisten. Man darf die zweite Klasse, der bei schwebender Unwirksamkeit kein Vorwurf zu machen ist und die sich vollkommen rational verhält, nicht für die Sünden und Fehler der anderen Klasse unterschiedslos mitbestrafen. Vielmehr bestünde der richtige Ansatz darin, unter schwebender Unwirksamkeit eine Lösung für das Problem einer vorzeitigen Schlechterfüllung zu suchen.

– Zweitens können Mängelgewährleistungsansprüche nicht bei allen Vertragstypen entstehen. Sach- oder Rechtsmängel können namentlich beim ausgekehrten Verbraucherkredit nicht auftreten. Als Fall der partiellen Nichterfüllung könnte man beim Verbraucherkredit eigentlich nur an die zu geringe Auskehrung denken. Diesen Fall löst man aber über einen insoweit jedenfalls nicht erloschenen Erfüllungsanspruch.

bb) *Lösung über venire contra factum proprium des Unternehmers bei schwebender Unwirksamkeit.* Es verbleiben insbesondere Konstellationen, in denen auf Haustür- und Timesharinggeschäfte trotz fehlender oder fehlerhafter Belehrung und damit unter einem nach § 355 III 3 BGB unbefristeten Widerrufsrecht geleistet wurde. Richtigerweise sollte man hier die Voraussetzungen des Mängelgewährleistungsrechts modifizieren. Der Grundsatz, daß ein wirksamer Vertrag vorausgesetzt ist, würde dann eine Ausnahme dahingehend erleiden, daß auch ein Vertrag ausreiche, welcher aus Gründen des Verbraucherschutzes während der Schwebezeit (noch) unwirksam sei.⁴⁵ Die ratio des Widerrufsrechts, den Verbraucher zu begünstigen, würde hier rechtsfortbildend fortgeschrieben und zur Modifikation des allgemeinen Kauf- oder Werkvertragsrechts eingesetzt. Dies ist in sich wertungstimmig und wahrt im nötigen Maße die Interessen des Unternehmers. Denn der Unternehmer hat sich, indem er während der Schwebezeit geliefert hat, aus eigenem Antrieb so verhalten, als wäre der Vertrag wirksam. Der Unternehmer behandelt den Vertrag quasi als wirksam. Rechtstatsächlich wird beim Unternehmer dann eines von zwei wahrscheinlichen Vorstellungsbildern bestehen: Entweder geht der Unternehmer davon aus, daß er ordnungsgemäß belehrt hat. Dann wird er nach Ablauf der von ihm angenommenen kurzen Widerrufsfrist den Vertrag als wirksam ansehen und sich als berechtigt bewerteten (vermeinten) Gewährleistungsansprüchen des Verbrauchers nicht verschließen. Oder der Unternehmer

⁴³ *Stephan Lorenz*, JuS 2000, 833, 836 sowie *Kiefer*, NJW 1989, 3120, 3121 f.; *Pudor* (Fn. 18), 155; vgl. auch *Ollmann*, WM 1992, 2005, 2010.

⁴⁴ *Mankowski*, WM 2001, 793, 799.

⁴⁵ So der Sache nach *Soergel(-Manfred Wolf)*, BGB I: §§ 1-240 BGB; HWiG¹² (1987) § 1 HWiG Rn. 31 sowie bei fehlender Widerrufsbelehrung *Staudinger*¹⁴(-*Kessal-Wulf*) (Fn. 8), § 7 VerbrKrG Rn. 8; *Sympathie* bei *Kiefer*, NJW 1989, 3120, 3125.

weiß um das unbefristete Widerrufsrecht und möchte die Unkenntnis des Verbrauchers ausnutzen.

Damit, daß der Unternehmer den Vertrag zumindest im Außenverhältnis zum Verbraucher als wirksam behandelt, stünde es nicht im Einklang, wenn er nach dem Auftreten von Mängeln, sich seinerseits auf die Unwirksamkeit des Vertrages beriefe. Darin läge ein *venire contra factum proprium*.⁴⁶ Wenn der Unternehmer selbst den Weg der Lieferung und Quasi-Erfüllung eingeschlagen hat, muß er diesen Weg konsequent zu Ende gehen. Die damit verbundenen Kosten hat er sich selbst zuzuschreiben. Denn er hätte den einfachen Alternativweg gehen können, ordnungsgemäß zu belehren und den Ablauf der kurzen Widerrufsfrist abzuwarten, bevor er liefert. Die Lieferung mangelbehafteter Ware ist ein neuer Komplex und vor allem ein eigenständiger Verstoß innerhalb der Vertragsrechtsordnung. Der Unternehmer kann bei verlängerter oder fehlender Widerrufsfrist mangels ordnungsgemäßer Belehrung nicht die Folgen eines solchen weiteren Verstoßes damit vermeiden, daß er sich auf einen anderen früheren Verstoß beruft. Er darf außerdem keinen Anreiz erhalten, mit Blick auf eventuelle Qualitätsmängel die Widerrufsbelehrung zu unterlassen und sich andererseits hinsichtlich der Mängelgewährleistungsrechte Vorteile zu verschaffen.⁴⁷

cc) Lösung der Fragen um §§ 442 BGB; 460 BGB aF bei schwebender Unwirksamkeit. Allerdings bliebe bei schwebender Unwirksamkeit ein Punkt zu bedenken: Vorderhand scheint es so, als könnten während der Schwebezeit aufgetretene Mängel wegen §§ 442 BGB; 460 BGB aF nach späterer Validierung des Vertrages nicht mehr reklamiert werden,⁴⁸ es sei denn, der Verbraucher hätte sich dies vor der Validierung ausdrücklich vorbehalten.⁴⁹ Daran scheint kein Weg vorbeizuführen, wenn man den Grundsatz⁵⁰ zugrundelegt, daß es bei einem Vertragsschluß unter einer aufschiebenden Bedingung für §§ 442 BGB; 460 BGB aF auf den Zeitpunkt des Bedingungseintritts ankomme.⁵¹ Die *ratio legis* der §§ 442 BGB; 460 BGB aF liegt nun darin, widersprüchlichem Verhalten des Käufers die Spitze zu nehmen: Einen bei Vertragsabschluß bekannten Mangel hat der Käufer nach normativen Maßstäben bewußt in Kauf genommen, wenn er keinen Vorbehalt macht.⁵² Widersprüchliches Verhalten ließ sich jedoch im Zusammenspiel von schwebender Unwirksamkeit aus Verbraucherschutzgründen und Mängelgewährleistung gerade dem Unternehmer-Vekäufer vorwerfen, wenn er während der laufenden Widerrufsfrist bereits lieferte. Gerade daraus resultierte die Möglichkeit des Verbraucher-Käufers, Mängelgewährleistung

⁴⁶ Mankowski, WM 2001, 793, 801; vgl. *Certa* (Fn. 8), 141.

⁴⁷ *Staudinger*¹⁴(-Kessal-Wulf) (Fn. 8), § 7 VerbrKrG Rn. 8; Mankowski, WM 2001, 793, 799 f.

⁴⁸ So Kiefer, NJW 1989, 3120, 3122; *Soergel(-Ulrich Huber)*, BGB III: §§ 433-515 BGB usw.¹² (1991) § 460 BGB Rn. 18; *Erman(-Barbara Grunewald)*, BGB I: §§ 1-853 BGB usw.¹⁰ (2000) § 460 BGB Rn. 6; *Peter Bülow*, VerbrKrG³ (1998) § 7 VerbrKrG Rn. 16; *Pudor* (Fn. 18), 156 f. sowie für den Fall ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung *Staudinger*¹⁴(-Kessal-Wulf) (Fn. 1), § 7 VerbrKrG Rn. 8.

Anderer Ansicht *Staudinger(-Heinrich Honsell)*, BGB, §§ 433-534 BGB¹³ (1995) § 460 BGB Rn. 5.

⁴⁹ *Erman*⁹(-Klingsporn/Eberhard Rebmann) (Fn. 1), § 7 VerbrKrG Rn. 7; *Peter Bülow*³ (Fn. 1), § 7 VerbrKrG Rn. 16.

⁵⁰ Siehe nur *Soergel*¹²(-Ulrich Huber) (Fn. 48), § 460 BGB Rn. 18; *Erman*¹⁰(-Barbara Grunewald) (Fn. 48), § 460 BGB Rn. 6; *MünchKomm*³(-Harm Peter Westermann) (Fn. 8), § 460 BGB Rn. 5.

⁵¹ *Pudor* (Fn. 18), 156.

⁵² Siehe nur *Soergel*¹²(-Ulrich Huber) (Fn. 48), § 460 BGB Rn. 3 mwN.

zu verlangen trotz Fehlen eines wirksamen Vertrages.⁵³ Insoweit wird der Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens gegen den Verbraucher-Käufer zumindest abgeschwächt, wenn nicht aufgewogen.⁵⁴

Angeblich soll auch folgende Unternehmerstrategie denkbar sein: Man unterlasse die Widerrufsbelehrung, um dadurch die Wahrscheinlichkeit zu erhöhen, daß die Mangelhaftigkeit der Ware dem Kunden während der langen (oder gar ganz fehlenden) Widerrufsfrist auffällt, und berufe sich sodann auf §§ 442 BGB; 460 BGB aF.⁵⁵ Angebliche Probleme daraus schlagen schon deshalb nicht durch, weil ein solches Unternehmerverhalten widersprüchlich, ja arglistig wäre und auf keine rechtliche Billigung zählen dürfte. Wenn man §§ 442 BGB; 460 BGB aF als Schutz des Verkäufers gegen eine kostenträchtige Rückabwicklung begreift,⁵⁶ greift auch dieser Aspekt im Verbraucherschutzrecht bei ausgelieferter Ware angesichts der Widerrufsmöglichkeit prinzipiell nicht.⁵⁷

d) Sofortige Befriedigung von Verbraucherbedürfnissen

Erfüllungsansprüche zumindest des Verbrauchers während der Widerrufsfrist werden häufig positiv bewertet.⁵⁸ Ihnen wird zugute gehalten, daß der Verbraucher mit ihrer Hilfe Bedürfnisse sofort befriedigen könne.⁵⁹ Ohne Erfüllungsansprüche vermöge der Verbraucher seinem rechtsgeschäftlichen Willen keine Durchsetzung zu verleihen.⁶⁰ Damit deckt man jedoch nur eine von mehreren Konstellationen ab. Insbesondere erfolgte mit einer solchen pauschalierenden und generalisierenden Sichtweise keine Differenzierung zwischen realen Bedürfnissen und solchen Bedürfnissen, welche der Unternehmer durch geschicktes Marketing, ja gerade mit Hilfe der grundsätzlich inkriminierten Vertriebsmethoden erst erzeugt hat. Die cooling off-period soll dem Verbraucher gerade dazu dienen, mit kühler werdendem Kopf seine Interessen und Bedürfnisse noch einmal gewichten zu können, ohne daß er einer direkten Einflußnahme seitens des Unternehmers ausgesetzt wäre. Im übrigen steht es den Parteien frei, sofortige Erfüllung vorzusehen. Der Verbraucher kann versuchen, Erfüllung zu verlangen, und der Unternehmer kann darauf verzichten, die Einwendung schwebender Unwirksamkeit⁶¹ geltend zu machen. Mangelnde rechtliche Verbindlichkeit von schwebend unwirksamen Erfüllungsansprüchen schlägt sich nicht nieder, wenn der Unternehmer dem zum Trotz tatsächlich leistet. Der Unternehmer kann Erfüllung während laufender Widerrufsfrist trotz schwebender Unwirksamkeit als Marketingmittel einsetzen.⁶² Eine solche Marketingstrategie des Unternehmers, welche den Eigenschutz hintanstellt und auf schnellen Umsatz setzt, kann auf wirtschaftlichem Wege durchaus dazu füh-

⁵³ Soeben bb.

⁵⁴ Vgl. *Certa* (Fn. 8), 144.

⁵⁵ So *Staudinger(-Kessal-Wulf)*, BGB, VerbrKrG; HWiG; § 13 a UWG¹³ (1998) § 7 VerbrKrG Rn. 7; *Pudor* (Fn. 18), 156.

⁵⁶ So z.B. MünchKomm³(-*Harm Peter Westermann*) (Fn. 8), § 460 BGB Rn. 1.

⁵⁷ Siehe *Certa* (Fn. 8), 145.

⁵⁸ Z.B. von *Klunzinger*, ZRP 1970, 270, 272; *Harald Jung*, Das englische hire-purchase und das deutsche Abzahlungsrecht (1977) 121; *Ermant(-Hermann Weitmayer/Klingsporn)*, BGB I⁸ (1989) § 1 b AbzG Rn. 1; *Henrich*, FS Dieter Medicus (1999), 199; *Pudor* (Fn. 18), 152.

⁵⁹ Siehe Stellungnahme des Bankenfachverbandes e.V., FLF 1990, 31 f.; *Kiefer*, NJW 1989, 3120 f.; *Meßling* (Fn. 5), 240 f.

⁶⁰ *Peter Bülow*, WM 2000, 2361.

⁶¹ Siehe *Certa* (Fn. 8), 162.

⁶² Dazu unten V 4.

ren, daß die (realen oder bloß vermeinten) Bedürfnisse des Verbrauchers sofort befriedigt werden. Oder der Unternehmer mag sofortige Lieferung gegen einen Aufpreis zusagen. Der Aufpreis wäre dann eine Risikoprämie. Bei situativ ansetzenden Schutzgesetzen vermag das Argument, schwebende Unwirksamkeit verwehre dem Verbraucher eine sofortige Befriedigung seiner (subjektiv vermeinten) Bedürfnisse, zudem kaum zu überzeugen. Schließlich gibt es hinreichend in einer Wettbewerbswirtschaft regelmäßig hinreichend viele Anbieter, die diese Bedürfnisse befriedigen könnten, ohne daß besonderer situativer Schutz angezeigt wäre. Man muß Bedürfnisse nicht mit Hilfe von Haustürgeschäften befriedigen, sondern kann dies durchaus durch hergebrachten Vertragsschluß in traditionellen Ladenlokalen. Niemand hindert den Verbraucher, sich an Anbieter zu wenden, die entweder trotz schwebender Unwirksamkeit keine Eigenschutzstrategie, erst nach ereignislosem Ablauf der Widerrufsfrist zu leisten,⁶³ etablieren oder bei denen die situativen Schutzvoraussetzungen mangels inkriminierter Vertriebsstrategie nicht gegeben sind.⁶⁴ Daß es für den Verbraucher immer günstiger sei, eine eingegangene Bindung im Besitz des Leistungsgegenstandes zu überdenken als sie ohne Besitz des Leistungsgegenstandes zu überdenken,⁶⁵ verkürzt im übrigen um eine entscheidende Dimension: Nachfolgende Wertersatzpflichten sind im Widerrufsfall für den Verbraucher weit ungünstiger als keine Wertersatzpflichten.

e) Kein Leistungsverweigerungsrecht des Unternehmers während verlängerter Widerrufsfrist oder bei fehlender Widerrufsfrist

Zumindest für den Fall der verlängerten Widerrufsfrist oder des unbefristeten Widerrufsrechts mangels ordnungsgemäßer Widerrufsbelehrung soll es dem Unternehmer nach einem weiteren Ansatz nicht zugestanden werden, unter Hinweis auf die (schwebende) Unwirksamkeit des Vertrages seine Leistung für die Dauer der Widerrufsfrist zu verweigern.⁶⁶ Dogmatisch lasse sich dies durch Anwendung des Rechtsgedankens aus § 162 I BGB erreichen, daß man aus einer treuwidrigen Vereitelung des Bedingungseintritts keinen Nutzen ziehen dürfe.⁶⁷ Dem Unternehmer dürfe nicht verstattet werden, sich gleichsam faktisch aus dem Vertrag herauszuwinden.⁶⁸ Dies krankt schon daran, daß die zugrundegelegte Konstellation mit der Interessenlage und der Rechtswirklichkeit kaum in Einklang zu bringen ist: Vorausgesetzt wird nämlich ein Unternehmer, der sich zwar auf den Vertragsschluß eingelassen hat, den Vertrag jedoch nicht erfüllen will. Vorausgesetzt wird ein Unternehmer, der (wissentlich) die Widerrufsbelehrung unterläßt und den Vertrag nicht erfüllen will. Der Rechtswirklichkeit entspricht jedoch vielmehr der Unternehmer, welcher die Beleh-

⁶³ Dazu näher 3.

⁶⁴ Mankowski, WM 2001, 793, 800.

⁶⁵ So Meßling (Fn. 5), 240 f.

⁶⁶ So insbesondere Knütel, AcP 185 (1985), 308, 317; Gerd Krämer, ZIP 1997, 93, 95; Boemke, AcP 197 (1997), 161, 172; außerdem Soergel¹²(-Hönn) (Fn. 48), § 1 b AbzG Rn. 6; Seibert (Fn. 8), § 7 VerbrKrG Rn. 7; Erman⁹(-Klingsporn/Eberhard Rebmann) (Fn. 8), § 7 VerbrKrG Rn. 46 f.; Bruchner/Claus Ott/Wagner-Wieduwilt(-Bruchner), VerbrKrG² (1994) § 7 VerbrKrG Rn. 40; Peter Ulmer/Habersack(-Peter Ulmer), VerbrKrG² (1995) § 7 VerbrKrG Rn. 26; Windel, JuS 1996, 812, 816; Heinrichs, FS Dieter Medicus (1999), 177, 181, 182; wohl auch Martis (Fn. 8), 66.

⁶⁷ Groß, FLF 1993, 132, 134; Bruchner/Claus Ott/Wagner-Wieduwilt(-Claus Ott) (Fn. 66), § 7 VerbrKrG Rn. 40; Gerd Krämer, ZIP 1997, 93, 95; Boemke, AcP 197 (1997), 161, 172.

⁶⁸ Knütel, AcP 185 (1985), 308, 317; Gerd Krämer, ZIP 1997, 93, 95.

rung unterläßt, um die Unkenntnis des Verbrauchers auszunutzen, den Vertrag zu erfüllen und mit einem gewissen Restrisiko einen Vertragsgewinn zu realisieren. Der Unternehmer hat in aller Regel kein Interesse daran, die lange Frist gegen sich laufen zu lassen. Denn er trägt die Unsicherheitskosten des Schwebezustands. Der Unternehmer hat bei einem normal kalkulierten Vertrag, der ihm einen Vertragsgewinn verspricht, kein Interesse daran, während einer Schwebezeit zu spekulieren. Im übrigen wäre auch zu bedenken, ob sich denn nicht der Verbraucher widersprüchlich verhält, wenn er zuerst während der (ihm bekannten) Schwebephase Erfüllung verlangt, aber nachfolgend widerruft.⁶⁹

f) *Besitzrecht des Verbrauchers*

Ein Besitzrecht des Verbrauchers während der Widerrufsfrist ist ein berechtigtes Anliegen,⁷⁰ wenn denn tatsächlich erfüllt wurde. Es läßt sich aber auch unter einem Konzept schwebender Unwirksamkeit erklären und vermag deshalb keinen gegen ein solches Konzept sprechenden Punkt zu begründen.⁷¹ Der Unternehmer liefert bei ordnungsgemäßer Belehrung in Kenntnis des Widerrufsrechts. In der Lieferung liegt implizite das Angebot zur vertraglichen Einräumung eines durch den Widerruf auflösend bedingten Besitzrechts. Durch die Inbesitznahme nimmt der Verbraucher dieses Angebot konkludent an. Das Besitzrecht gründete sich also auf eine Nebenabrede, die rechtlich eigenständig zu behandeln ist.⁷² Sie mag zwar mit dem schwebend unwirksamen Hauptvertrag verbunden sein, ist aber ihrerseits wirksam.⁷³ Ein Besitzrecht entsteht also auf der verfügungsrechtlichen Ebene.⁷⁴ Zugleich vermeidet man jede Unfairness gegen den Unternehmer. Wenn man eine Anlehnung im Gesetzeswortlaut sucht, mag man §§ 357 I 1 BGB; 3 I HWiG; 7 IV VerbrKrG; 5 VI TzWrG aF so lesen, daß die dort vorgesehenen Rückabwicklungsmechanismen *nur* dann eingreifen sollen, wenn tatsächlich ein Widerruf erfolgt ist, jedoch nicht davor.⁷⁵ Dem Unternehmer könnte man in jedem Fall inkonsistentes, selbstwidersprüchliches Verhalten vorwerfen, wenn er erst in Kenntnis der Unwirksamkeit des Vertrages liefert, sich dann aber anders besinnt.⁷⁶ Kondiktionsrechtlich transportiert dies § 814 BGB, soweit der Unternehmer positive Kenntnis vom Widerrufsrecht hatte.⁷⁷ Entsprechende Wertungen lassen sich auch dem verbraucherschutzrechtlichen Rückabwicklungsregime unterlegen.⁷⁸ Das Teilanliegen, dem Verbraucher ein Besitzrecht zu verschaffen, trifft jedoch nur die Fälle, in denen der Unternehmer tatsächlich liefert. Es trifft dagegen nicht die Grundkonstellation bei schwebender Unwirksamkeit, daß der Unternehmer den Ablauf der Wider-

⁶⁹ Siehe *Peter Bülow*³ (Fn. 48), § 7 VerbrKrG Rn. 47.

⁷⁰ Siehe *Manfred Wolf*, LM H. 10/1996 § 535 BGB Nr. 153 Bl. 3, 3R f.; *dens.*, 32 Korea U. L. Rev. 621, 640 (1996); *Pudor* (Fn. 18), 159; *Certa* (Fn. 8), 75; *Medicus*, Schuldrecht I¹² (2000) Rn. 577.

⁷¹ *Mankowski*, WM 2001, 793, 800. Entgegen *Medicus* (Fn. 37), 479, 526; *dems.* (Fn. 70), Rn. 577; *Stephan Lorenz*, NJW 1995, 2258, 2261; *dems.* (Fn. 8), 57; *dems.*, JuS 2000, 833, 836 sowie wohl auch *Christian Berger*, Jura 2001, 289, 292.

⁷² Im Ergebnis übereinstimmend (Besitzrecht ergebe sich auf der verfügungsrechtlichen Ebene oder aus vorvertraglichem Schuldverhältnis) *Soergel*¹²-(*Manfred Wolf*) (Fn. 45), § 1 HWiG Rn. 31; *Gernhuber*, WM 1998, 1797, 1800; *Certa* (Fn. 8), 75.

⁷³ *Mankowski*, WM 2001, 793, 800.

⁷⁴ *Certa* (Fn. 8), 75.

⁷⁵ So *Heinrichs*, FS Dieter Medicus (1999), 177, 182. Dagegen aber *Certa* (Fn. 8), 75.

⁷⁶ *Ollmann*, WM 1992, 2005, 2008; *Peter Bülow*³ (Fn. 48), § 7 VerbrKrG Rn. 26.

⁷⁷ *Peter Bülow*³ (Fn. 48), § 7 VerbrKrG Rn. 26; *Heinrichs*, FS Dieter Medicus (1999), 177, 182.

⁷⁸ *Heinrichs*, FS Dieter Medicus (1999), 177, 182; *Certa* (Fn. 8), 75; *Mankowski*, WM 2001, 793, 800.

rufsfrist (plus eines gewissen Sicherheitszuschlags für möglicherweise verzögerten Postlauf) abwartet, bevor er liefert. Nach dem Modell des Besitzrechts als eigenständiger Abrede neben den Erfüllungsansprüchen und unabhängig von der Wirksamkeit des Vertrages insgesamt ließe sich auch ein Besichtigungsrecht des Timesharingkunden für die Immobilie gewinnen.⁷⁹

g) Präklusion

aa) *Keine Präklusion bei schwebender Wirksamkeit.* Bei schwebender Unwirksamkeit soll der erst nach einer rechtskräftigen Verurteilung des Verbrauchers erfolgende Widerruf – so jedenfalls der BGH⁸⁰ – gemäß § 767 II ZPO präkludiert sein, denn der Widerruf sei als rechtshindernde Einwendung einzuordnen.⁸¹ Dies kann jedenfalls bei schwebender Wirksamkeit nicht geschehen, weil der Widerruf dann eine rechtsvernichtende Einwendung ist.⁸² Alles andere stünde auch mit dem Richtliniengebot, geeignete Maßnahmen zum Schutz der Verbraucher zu etablieren, in Widerspruch.⁸³ Art. 5 RiLi 85/577/EWG gebietet eine Mindestwiderrufsfrist von sieben Tagen; zumindest diese darf auch durch prozeßrechtliche Normen nicht verkürzt werden, vielmehr muß sich auch das Prozeßrecht insoweit dem Gebot richtlinienkonformer Auslegung beugen.⁸⁴ Mit dem Widerruf ändert sich die Vertragswirksamkeit in ihrer Grundqualität und nicht wie unter dem alten Recht „nur“ im Unwirksamkeitsgrad. Insoweit scheint also unter Präklusionsaspekten eine Verbesserung für den Verbraucher einzutreten.

bb) *Keine Präklusion auch bei schwebender Unwirksamkeit. (1) Zweigliedrigkeit des Tatbestands bei Gestaltungsrechten.* Indes ist die Prämisse beim Vergleichspart der schwebenden Unwirksamkeit unzutreffend.⁸⁵ Richtigerweise ist bei der Ausübung von Gestaltungsrechten die Zweigliedrigkeit des Tatbestands zu beachten.⁸⁶ Die Gestaltung tritt erst mit der Gestaltungserklärung ein. Die Widerrufserklärung erfolgt aber in der hier in Rede stehenden Konstellation erst nach dem Urteil und ist deshalb eine neue Tatsache. Die Gestaltungslage allein, d.h. konkret die Widerruflichkeit, ist bei schwebender Unwirksamkeit noch keine Gestaltung. Mit einer unterschiedslosen Präklusion überspielte man die dif-

⁷⁹ Vgl. aber *Peter Bülow*, FS Alfred Söllner zum 70. Geb. (2000), 189, 194 f.

⁸⁰ BGH 16.10.1995, BGHZ 131, 82 = JZ 1996, 575 m. Anm. *Peter Gottwald/Honold* = LM H. 3/1996 Nr. 20 m. Anm. *Grunsky* = WuB IV D. § 1 HWiG 3.96 *Klingsporn* (dazu *Eckardt*, WiB 1996, 187; *Karsten Schmidt*, JuS 1996, 460; *Wolfgang Ernst*, EWiR § 1 HWiG 4/96, 515; *Klaus Schreiber*, JK 96 HWiG § 1/4; *Josef Scherer/Eibl*, JA 1996, 621; *Wichard*, JuS 1998, 112).

⁸¹ BGH 16.10.1995, BGHZ 131, 82, 85 f.; zustimmend *Graf v. Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg(-Friedrich Graf v. Westphalen)*, VerbrKrG² (1996) § 7 VerbrKrG Rn. 11; *Hornstein*, AG 1999, 472, 473; *Certa* (Fn. 8), 154-158 sowie *Boemke*, AcP 197 (1997), 161, 179 f.

⁸² *Stephan Lorenz*, JuS 2000, 833, 836; Münchener Kommentar zur ZPO(-*Karsten Schmidt*), II: §§ 355-802 ZPO² (2000) § 767 ZPO Rn. 82; *ders.*, JuS 2000, 1094, 1096 f.; *Mankowski*, WM 2001, 793, 800; *Christian Berger*, Jura 2001, 289, 292 sowie *Baumgärtel(-Peter Bülow)*, Handbuch der Beweislast im Privatrecht II² (1999) FernabsRiLi Rn. 3; *Pudor* (Fn. 18), 160 f.; *Certa* (Fn. 8), 115; *Reiner*, AcP 203 (2003), 1, 37 f. und grundsätzlich auch *Herbert Roth*, JZ 2000, 1013, 1017.

⁸³ *Riehm*, Jura 2000, 505, 507 f.; *Mankowski*, WM 2001, 793, 800; *Christian Berger*, Jura 2001, 289, 292; *Ansgar Staudinger*, ZGS 2002, 136, 137.

⁸⁴ *Hommelhoff*, FG 50 Jahre BGH (2000), I 889, 910 f.; *Christian Berger*, Jura 2001, 289, 292.

⁸⁵ *Gerd Krämer*, ZIP 1997, 93, 94; *Mankowski*, WM 2001, 793, 801; *Nikolaj Fischer* (Fn. 5), 191-193, 215; *Reiner*, AcP 203 (2003), 1, 24 f.

⁸⁶ Eingehend unten § 33 IX 5.

ferenzierten Wertungen des materiellen Rechts, wie sie in den unterschiedlich langen Ausübungsfristen für Gestaltungsrechte zum Ausdruck kommen.⁸⁷ Gewichtiger noch wäre die perverse Anreizsetzung, daß der Gestaltungsgegner um so mehr begünstigt würde, je länger die abgeschnittene Gestaltungsfrist und korrespondierend je schwerwiegender sein eigenes Verhalten ist. Schließlich würde das Vertrauen des Gestaltungsberechtigten, daß ihm die gesetzlichen Ausübungsfristen des materiellen Rechts Mindestgarantiefristen zur Entscheidungsfindung gewähren, enttäuscht. Spezifisch auf den verbraucherschützenden Widerruf bezogen ist zudem endgültige Unwirksamkeit, wie sie nach dem Widerruf eintritt, von anderer Qualität als eine vorher bestehende schwebende Unwirksamkeit.⁸⁸ Sie läßt z.B. jede Notwendigkeit, Mittel zur Erfüllung bereit zu halten, und die damit verbundenen Vorhaltekosten entfallen.⁸⁹ Außerdem können alle Vorsichtspositionen aufgelöst werden, weil nach dem Widerruf Klarheit besteht.⁹⁰ Die Umwandlung eines zwar unwirksamen, aber validierungsfähigen Schuldverhältnisses in ein Rückgewährschuldverhältnis bewirkt ebenfalls eine bedeutsame Veränderung der Rechtslage.⁹¹ Schließlich entfällt jedes Besitzrecht des Verbrauchers mit dem Widerruf. Konsequenterweise muß man daher auch bei schwebender Unwirksamkeit eine Präklusion des Widerrufs nach § 767 II ZPO verneinen. Auf dieser Basis bewirkt der Übergang zu schwebender Wirksamkeit also keine Veränderung und daher auch keine Verbesserung.

(2) *Ein Beseitigungsrecht ist keine rechtshindernde Einwendung.* Der BGH hat den verbraucherschützenden Widerrufsrechten unter dem Konzept schwebender Unwirksamkeit sogar den Charakter als Gestaltungsrechte abgesprochen und sie als rechtshindernde Einwendungen eingeordnet.⁹² Dem kann nicht gefolgt werden. Denn zum einen stehen dem die eben aufgeführten Gründe für einen Gestaltungsrechtscharakter entgegen.⁹³ Zum anderen ist es mit Bedeutung und Charakter einer rechtshindernden Einwendung nicht zu vereinbaren, Beseitigungsrechte als rechtshindernde Einwendungen einzuordnen. Normalfall der rechtshindernden Einwendung ist die Einwendung, ein Vertrag sei a limine nichtig. In den Charakter einer Einwendung rückt das Geltendmachen einer Rechtstatsache auf. Dies beruht allein auf dem Beibringungsgrundsatz oder weitergehend außergerichtlich auf der Paroimie „Wo kein Kläger, da kein Richter“. Diejenige Partei, welcher die Nichtigkeit, das Nichtzustandekommen eines Rechts der anderen Partei zu Gute kommt, weist in ihrem eigenen Interesse auf die sie begünstigende Rechtslage hin. Für die Gegenpartei besteht dazu kein Anlaß; ihren primären Interessen wäre vielmehr am besten gedient, wenn das Recht bestünde. Insofern folgt die Darlegungs- und Beweislast der Interessenlage wie der Anreiz-

⁸⁷ Unten § 33 X 5 b und *Lent*, DR 1942, 868, 871; *Arens*, JZ 1985, 751, 752; *Mankowski*, WM 2001, 793, 801.

⁸⁸ *Hans Friedhelm Gaul*, GS Brigitte Knobbe-Keuk (1997), 135, 157; *Heinrichs*, FS Dieter Medicus (1999), 177, 183; *Pudor* (Fn. 18), 99; *Certa* (Fn. 8), 111 sowie *Andreas Fuchs*, AcP 196 (1996), 313, 350; *Peter Bülow*, ZIP 1999, 1293, 1294.

⁸⁹ *Mankowski*, WM 2001, 793, 801 sowie *Heinrichs*, FS Dieter Medicus (1999), 177, 183.

⁹⁰ *Mankowski*, WM 2001, 793, 801.

⁹¹ *Gerd Krämer*, ZIP 1997, 93, 94; *Hans Friedhelm Gaul*, GS Brigitte Knobbe-Keuk (1997), 135, 157; *Heinrichs*, FS Dieter Medicus (1999), 177, 183; *Pudor* (Fn. 18), 99; *Certa* (Fn. 8), 111 f.; *Mankowski*, WM 2001, 793, 801 sowie MünchKomm³(-Peter Ulmer) (Fn. 8), § 7 VerbrKrG Rn. 11; *Klingsporn*, WuB IV D. § 1 HWiG 3.96, 256, 258.

⁹² BGH 16.10.1995, BGHZ 131, 82, 85 f.

⁹³ Soeben (1).

struktur. Das Geltendmachen der Einwendung verändert aber die objektiv bestehende Rechtslage nicht. Dies erhellt in einem Verfahren, welches nicht dem Beibringungs-, sondern dem Amtsermittlungsgrundsatz folgt, oder bei amtswegiger Beurteilung z.B. der Sittenwidrigkeit eines Geschäfts auf der Grundlage des fixierten und vorliegenden Geschäftsinhalts. Eine Veränderung der objektiven Rechtslage erfolgt nicht. Die objektive Rechtslage bleibt gleich, unabhängig davon, ob die Einwendung geltend gemacht wird oder nicht. Bei richtiger Beurteilung hätten sich die Parteien schon vor der Geltendmachung auf diese objektive Rechtslage einstellen können und müssen. Bei richtiger Beurteilung konnten sie mit keinem anderen Ergebnis rechnen. Hier liegt ein wesentlicher Unterschied zur Ausübung des verbraucherschützenden Widerrufsrechts: Ohne jene Ausübung träte ein anderes Ergebnis ein, denn Erklärung und Vertrag würden wirksam. In der Sache gelten gleiche Einwände wie gegen die Einordnung des Widerrufsrechts als rechtshindernde Einwendung gegen den Versuch, das Widerrufsrecht als negatives Abschlußerfordernis zu begreifen.⁹⁴ Jener Versuch läßt sich zudem mit jeder Rückabwicklungsordnung, sei es nach § 357 I 1 iVm § 346 BGB, sei es nach § 361 a II BGB aF, sei es nach § 3 HWiG aF, nicht in Einklang bringen.⁹⁵

h) Besserstehen des Unternehmers durch Wegfall von Vorhaltekosten?

Unter schwebender Unwirksamkeit wird ein Unternehmer, der sich zweckrational und eigennutzenmaximierend verhält, vernünftigerweise bestimmte Vorkehrungen für den Validierungsfall treffen. Insbesondere wird er dafür sorgen, daß er seine Verpflichtung erfüllen kann. Er wird also Ware oder sonstige Leistung entweder bereithalten oder entsprechende Inanspruchnahme von Produktionskapazitäten einplanen oder (bedingte) Vereinbarungen mit Dritten abschließen, mit deren Hilfe er sich im Validierungsfall eindecken kann. Bei Darlehensvaluten unter dem VerbrKrG a.F. wird sich der Kreditgeber z.B. gegebenenfalls um günstige Refinanzierungsmöglichkeiten bemühen. Insofern entstehen dem Unternehmer Vorhaltekosten. Diese fallen in unterschiedlicher Höhe an, je nachdem, welchen Weg der Unternehmer beschreitet, um für die Erfüllung seiner Verpflichtungen im Validierungsfall gerüstet zu sein.⁹⁶ Unter schwebender Wirksamkeit fallen keine solchen Vorhaltekosten während der Widerrufsfrist an. Denn bei schwebender Wirksamkeit erfüllt der sich korrekt verhaltende Unternehmer bereits während der Widerrufsfrist.⁹⁷ Isoliert gesehen scheint der Wegfall der Vorhaltekosten also aus Unternehmersicht ein Vorteil zu Gunsten der schwebenden Wirksamkeit zu sein. Jedoch griffe eine solche isolierte Betrachtung zu kurz und wäre nicht zielführend. In die Kostenbilanz des Unternehmers treten vielmehr an die Stelle der Vorhaltekosten die Kosten der Erfüllung. Dem mag man noch entgegenhalten, daß diese auch bei schwebender Unwirksamkeit anfielen, wenn kein Widerruf erfolge. Es handele sich also um bedingte Sowieso-Kosten. In jedem Fall sind aber die kalkulierten Kosten einer eventuellen Rückabwicklung, gewichtet nach der anzunehmenden Wahrscheinlich-

⁹⁴ Gegen *Eike Schmidt/Brüggemeier(-Eike Schmidt)*, Zivilrechtlicher Grundkurs⁵ (1997) 154 (B III 6.4).

⁹⁵ Dies gesteht *Eike Schmidt/Brüggemeier⁵(-Eike Schmidt)* (Fn. 94), 154 (B III 6.4) selber ein.

⁹⁶ *Mankowski*, WM 2001, 793, 801.

⁹⁷ Art. 7 I 2, III 2 RiLi 2002/65/EG zeichnen ein anderes Bild: Der Unternehmer erfüllt nur dann, wenn der Verbraucher ausdrücklich zustimmt oder ausdrücklich Erfüllung verlangt. Man kommt seinen Pflichten also nur unter Druck nach. Wie sich dies alles mit Verzugsregeln bei kalendermäßig bestimmten Leistungspflichten verhalten soll, deren Fälligkeitstermin bereits vor Ablauf der Widerrufsfrist liegt, wird nicht erklärt.

keit eines Widerrufs, einzustellen.⁹⁸ Insoweit fallen Vorsichtskosten an. Dies schafft einen zumindest partiellen Ausgleich für den Wegfall der Vorhaltekosten.

Im Verbraucherkreditbereich sind die wegfallenden Vorhaltekosten zudem nahezu vernachlässigenswert gering. Kein Kreditinstitut wird eine Refinanzierung spezifisch für den kleinen Betrag eines Verbraucherkredits vornehmen. Vielmehr wird es sich gerade darum bemühen, durch Bündelung Volumen zu erzeugen und so günstigere Refinanzierungskonditionen zu erlangen. Die Refinanzierung wird in der Regel sogar abstrakt erfolgen, d.h. unabhängig davon, wie die refinanzierte Valuta operativ eingesetzt wird.⁹⁹ Die Kosten der Refinanzierung fallen also nicht spezifisch, sondern allenfalls kalkulatorisch für den einzelnen Verbraucherkredit an.¹⁰⁰

i) Wegfall von Beobachtungskosten auf Seiten des Unternehmers?

Schließlich treffen den Unternehmer Beobachtungskosten.¹⁰¹ Er muß seine interne Organisation so eingerichtet haben, daß sie während der Frist kontrolliert, ob eine Widerrufserklärung des Verbrauchers zugegangen ist. Dazu müssen Fristanlauf und möglicher Fristablauf (plus daraus folgender Erfüllungstermin) notiert sein, und der Name des Verbrauchers muß sich auf einer zu kontrollierenden Liste befinden. Wenn keine fristgerechte Widerrufserklärung zugegangen ist, muß die interne Kommunikation gewährleisten, daß von der für Vertragsbeobachtung zuständigen Einheit eine entsprechende Mitteilung an die für die Erfüllung zuständigen Abteilungen erfolgt. Insofern muß der Unternehmer auch für ordnungsgemäße unternehmensinterne Kommunikation Sorge tragen. Diese Beobachtungskosten sind jedoch mit dem Widerrufsrecht als solchen verbunden. Ihr Anfall hängt nicht davon ab, ob der Vertrag während der Widerrufsfrist schwebend wirksam oder schwebend unwirksam ist. Sie fallen bei beiden Konstruktionen gleichermaßen und in gleicher Höhe an. Deshalb kann sich bei ihnen kein Vorteil der schwebenden Wirksamkeit gegenüber der schwebenden Unwirksamkeit ergeben.¹⁰²

j) Risiken und Kosten für den Unternehmer als Konsequenzen schwebender Wirksamkeit

aa) Generelle Kostenfaktoren. Schwebende Wirksamkeit hat ernstzunehmende Konsequenzen. Denn aus einem schwebend wirksamen Vertrag erwachsen eben Erfüllungsansprüche während der Widerrufsfrist.¹⁰³ Der Widerruf erfolgt dann regelmäßig erst nach der Erfüllung. Dies bedingt eine Rückabwicklung der zuvor erbrachten Leistungen. Daraus erwachsen Rückabwicklungskosten in Gestalt von Versendungs- und eventuellen Verpackungskosten. Physischer Warentransport birgt desweiteren das Risiko der Beschädigung oder des Verlustes. Dieses Transportrisiko erlegen §§ 357 II 2 BGB; 361 a II 3 Hs. 1 BGB aF dem Unternehmer auf.¹⁰⁴ Versandte und gegebenenfalls sogar benutzte Ware läßt sich häufig nicht mehr anderweitig als neuwertig absetzen. Der Unternehmer muß also insoweit

⁹⁸ Mankowski, WM 2001, 793, 801.

⁹⁹ Also unabhängig davon, ob sie als Verbraucher- oder als Unternehmenskredit ausgekehrt wird.

¹⁰⁰ Mankowski, WM 2001, 793, 801.

¹⁰¹ Mankowski, WM 2001, 793, 801 f.

¹⁰² Mankowski, WM 2001, 793, 802.

¹⁰³ Siehe nur Peter Bülow, ZIP 1999, 1293, 1294; Kamanabrou, WM 2000, 1417, 1418.

¹⁰⁴ Peter Bülow/Artz, NJW 2000, 2049, 2052; Gaertner/Gierschmann, DB 2000, 1601, 1604; Herbert Roth, JZ 2000, 1013, 1018 f. sowie Micklitz/Norbert Reich(-Micklitz), Die Fernabsatzrichtlinie im deutschen Recht (1998) 27 Nr. 61.

Abschläge einkalkulieren. Zwar sprechen dem Unternehmer § 357 I 1 iVm § 347 I 1 BGB bzw. § 361 a II 6 Hs. 1 BGB aF eine Nutzungsentschädigung und spricht § 357 III 1 BGB Wertersatz für Abnutzung und Wertverlust infolge bestimmungsgemäßer Ingebrauchnahme zu. Dies gleicht jene einzukalkulierenden Abschläge aber nicht vollständig aus. Zumindest ist die Realisierung von Wertersatzansprüchen mit eigenen Durchsetzungskosten verbunden. Hinzu treten Überlegungen, zu Zwecken der Kundenbindung aus Kulanz auf das Geltendmachen solcher Ansprüche zu verzichten. Rechtlich bleibt das Risiko, nachweisen zu können, daß es sich um Folgen des Gebrauchs durch den Verbraucher handelt. Schließlich bleibt die Realisierung von Transportrisiken. Diese sind nur dem Unternehmer zugewiesen.

bb) Frustrierung der Erfüllungskosten im Widerrufsfall. Desweiteren sind die frustrierenden Kosten der vorangegangenen Erfüllung zu beachten. Diese sind völlig nutzlos aufgewendet und erhalten aus der Sicht des Unternehmers nachgerade den Charakter einer risikobehafteten Spekulation auf den Nichtwiderrufsfall.¹⁰⁵ Der Unternehmer erhält sie nicht zurück, denn sie sind kein Teil des eigentlichen Leistungsgegenstandes. Auch eventuelle Ansprüche auf Wert- oder Nutzungersatz beziehen sie nicht mit ein und gleichen sie nicht aus.

cc) Verbraucherfreundliches und unternehmerungünstiges Rückabwicklungsregime. Eine Rückabwicklung nach Erfüllung und Widerruf ist also für den Unternehmer nicht unbedingt erfreulich. Das verbraucherschutzrechtliche Rückabwicklungsregime weicht zu seinem Nachteil und zum Vorteil des Verbrauchers von den allgemeinen Regeln ab. Dieses unternehmerunfreundliche Rückabwicklungsregime gewinnt bei schwebender Wirksamkeit während der Widerrufsfrist erheblich an Bedeutung.¹⁰⁶ Zentralpunkt ist namentlich, daß der Unternehmer nach §§ 357 II 2 BGB; 361 a II 3 BGB aF oberhalb der Grenze von 40 Euro Warenwert die Kosten der Warenrücksendung zu tragen hat. Damit steigen die Kosten des Verbraucherschutzes für den Unternehmer weiter. Allerdings ist wiederum einzuräumen, daß die Rücksendungskosten bei Verbraucherkreditverträgen kein entscheidender Punkt sein werden. Bei unbarer „Rücksendung“ der ausgekehrten Kreditvaluta durch Überweisung von einem Girokonto fallen Überweisungsgebühren für einen Vorgang an. Nicht einmal dies ist der Fall, wenn der Kreditnehmer sein Girokonto für eine pauschale Monatsgebühr unabhängig von der Zahl der Vorgänge führen läßt. Auch die Überweisungsgebühr ist kein effektiver Kostenfaktor für den Kreditgeber, wenn der Kreditnehmer sein betroffenes Girokonto bei der kreditgebenden Bank hat. Eine einfache Aufrechnung des Gebührenanspruchs aus der Kontoführung gegen den verbraucherkreditrechtlichen Kostenerstattungsanspruch stellt dann die Positionen ohne Effektivbewegung glatt.¹⁰⁷

k) Gefährdung des Verbrauchers durch Erfüllungsanspruch gegen den Verbraucher bei Haustür- und Timesharinggeschäften

Für Haustür- und Timesharing-, weniger für Verbraucherkreditgeschäfte kommt rechtstat-sächlich ein weiterer Sachgrund hinzu, der für schwebende Unwirksamkeit während des

¹⁰⁵ Mankowski, WM 2001, 833, 837.

¹⁰⁶ Peter Bülow/Artz, NJW 2000, 2049, 2052.

¹⁰⁷ Mankowski, WM 2001, 833, 837.

Laufs der Widerrufsfrist spricht: Bei schwebender Wirksamkeit besteht auch ein Erfüllungsanspruch gegen den Verbraucher,¹⁰⁸ bei Timesharinggeschäften allerdings wesentlich abgedeutet durch das Anzahlungsverbot der §§ 486 BGB; 7 TzWrG. Kommt der Verbraucher einem Zahlungsverlangen des Unternehmers nach, so trägt er mit Blick auf seinen Rückforderungsanspruch im Widerrufsfall das Risiko, daß der Unternehmer insolvent wird, in sonstiger Weise aus dem Rechtsleben ausscheidet oder nicht mehr effektiv greifbar ist.¹⁰⁹ In Branchen, in denen ein erheblicher Prozentsatz aller Anbieter als unseriös einzustufen ist, ist diese Gefahr nicht zu unterschätzen. Schwebende Unwirksamkeit eröffnete dem Verbraucher dann eine Möglichkeit, die Seriosität des konkreten Unternehmers zu überprüfen, ohne selbst bereits geleistet zu haben. Zumindest psychologisch erschwert die Notwendigkeit, einer bereits hingeebenen eigenen Leistung gleichsam hinterherlaufen zu müssen, dem Verbraucher in jedem Fall die Entscheidung, das Widerrufsrecht positiv auszuüben. Mit dem Zahlungsbegehren kann der Unternehmer zudem Druck auf den Verbraucher ausüben, um diesen psychologisch fester an den Vertrag zu binden oder dessen Energien vom Abwägen der Widerrufsmöglichkeit abzulenken. Allerdings mag solcher Druck den Verbraucher verärgern und aus dieser Verärgerung heraus das Widerrufsrecht ausüben lassen. Die Annahme schwebender Unwirksamkeit ist trotzdem in ihrer Gesamtheit verbraucherfreundlicher als die Annahme eines beseitigungsrechtsbelasteten, aber wirksamen Vertrages.¹¹⁰ Gemeinschaftsrechtliche Vorgaben stehen außerhalb des Fernabsatzrechts keineswegs entgegen. Vielmehr ist außerhalb des Fernabsatzrechts nirgends ein Erfüllungsanspruch des Verbrauchers gemeinschaftsrechtlich während der Seriositätsfrist institutionell verbrieft oder konzeptionell notwendig.¹¹¹

3. *Naheliegende Schutzstrategie: Zurückhalten der Leistung bis zum Ablauf der Widerrufsfrist*

a) *Grundsätzliches*

Schwebende Wirksamkeit mit ihrer nicht unerheblichen Wahrscheinlichkeit, daß eine Rückabwicklung nach Erfüllung nötig wird, ist insgesamt eine teure Lösung. Wenn eine Rückabwicklung teuer und ungünstig ist, liegt es nahe, nach Strategien zu suchen, um die entsprechenden Risiken und Kosten zu vermeiden oder zumindest abzumildern. Die einfachste Strategie für den Unternehmer, sich gegen Risiken aus der Widerruflichkeit zu wappnen, greift unter einem Konzept schwebender Wirksamkeit jedoch nicht mehr, jedenfalls nicht ohne weiteres. Jene Strategie besteht darin, einfach die eigene Leistung zurückzuhalten, bis die Widerrufsfrist verstrichen ist.¹¹² So vorzugehen sparte Transaktionskosten. Es ersparte vor allem eine eventuelle Rückabwicklung im Widerrufsfall, mit allen damit verbundenen Mühen und Kosten. Die Kosten der Schutzstrategie für den Unternehmer bestehen allein in Vorhaltekosten, daß man bei ereignislosem Ablauf der Widerrufsfrist nach-

¹⁰⁸ *Gernhuber*, WM 1998, 1797, 1804 erwägt eine Einrede des Verbrauchers bis zum Ablauf der Widerrufsfrist. Das wäre sicherlich interessengerecht. Allein wirft es kaum überwindbare konstruktive Probleme auf und führt zu einem erheblichen Eingriff in das Synallagma.

¹⁰⁹ Wie das Rückabwicklungsregime ausgestaltet ist, ändert nichts, wenn jedweder Anspruch praktisch nicht mehr durchsetzbar ist. Das verkennt *Meßling* (Fn. 5), 261.

¹¹⁰ *Hildenbrand/Kappus/Mäsch(-Kappus)* (Fn. 8), § 5 TzWrG Rn. 6.

¹¹¹ *Meßling* (Fn. 5), 240 f. gelingt der Gegenbeweis nicht.

¹¹² Siehe Stellungnahme des Bankenfachverbandes e.V. (Bonn) zum Regierungs-Entwurf eines Gesetzes über Verbraucher Kredite [usw.], FLF 1990, 31 I.2. Zu § 6 VerbrKrG-E; *Emmerich*, FLF 1989, 168, 171.

folgend erfüllen kann. Diese Kosten sind geringer als die kalkulierten Kosten der Widerruflichkeit.¹¹³ Die Schutzstrategie ginge also kostenmäßig für den Unternehmer auf. Sie wäre zudem einfach zu implementieren.

Unter einem schwebend unwirksamen Vertrag paßt diese Strategie. Sie ist dort nicht mit einer Vertragsverletzung durch Nichtleistung verbunden. Denn es bestehen dort noch keine wirksamen Vertragsansprüche, die verletzt werden könnten. Schwebende Unwirksamkeit kann man sogar als gesetzgeberisches Mittel verstehen, um kostspielige Rückabwicklungslagen möglichst zu vermeiden.¹¹⁴ Unter einem schwebend wirksamen Vertrag verhält sich dies grundlegend anders. Einen bestehenden, fälligen Anspruch nicht zu erfüllen ist eine Vertragsverletzung. Das entsprechende Instrumentarium des Rechts würde greifen. Mit der Verlängerung der Widerrufsfrist vergrößert sich gleichzeitig das Interesse des Verbrauchers, die Leistung schon während der Widerrufsfrist zu erhalten. Damit vergrößert sich die Wahrscheinlichkeit, daß der Verbraucher einen bestehenden Erfüllungsanspruch geltend machen würde, sogar noch.

b) Einfluß der §§ 495 II 1 BGB aF; 7 III VerbrKrG

Im Verbraucherkreditrecht steuerte §§ 495 II 1 BGB aF; 7 III VerbrKrG für Gelddarlehen noch zu Gunsten des Kreditgebers gegen, indem er einem später erfolgenden Widerruf die Wirkung nahm, wenn der Verbraucher einen ausgereichten Kredit nicht zurückführt.¹¹⁵ Dies sollte einem Mißbrauch des Widerrufsrechts bei abgerufenem Kredit entgegenwirken.¹¹⁶ Bei Haustürgeschäften, aber auch schon bei Sachdarlehen und Abzahlungsgeschäften fehlte es jedoch immer an einer Entsprechung zu §§ 495 II 1 BGB aF; 7 III VerbrKrG. Nur die Verpflichtung zur Nutzungsentschädigung, heute nach § 357 I 1 iVm § 347 I BGB, früher nach § 3 III HWiG aF, enthält einen gewissen Ausgleich für die Interessen des Unternehmers als funktionelle Parallele zu § 122 I BGB.¹¹⁷ Einen Schutz gegen Liquiditätsrisiken beim Kunden vermittelte aber weder dies noch §§ 495 II 1 BGB aF; 7 III VerbrKrG. (Momentane) Illiquidität, die in Nichtrückführung des ausgekehrten Kredites mündete, validierte zwar den Vertrag endgültig, indem sie dem Widerruf die Wirkung nahm. Bonitäts- und Liquiditätsprobleme können dann aber gegen Ende der Laufzeit auftreten. Man mag indes einwenden, daß dies ein Risiko jedes Kreditgebers sei, gegen das er sich eben durch entsprechende Bonitätsprüfung vor Abschluß des Kreditvertrages zu sichern habe. Jede Argumentation aus §§ 495 II 1 BGB aF; 7 III VerbrKrG hat indes ihren Rückhalt im Gesetz zum 1.11.2002 verloren.

c) Geringere Widerrufswahrscheinlichkeit bei schneller Leistung?

Man mag nun entgegenen, daß der Unternehmer wirtschaftlich doch am Leistungsaustausch interessiert sei. Ein Marketinggrundsatz besage: Je schneller die Lieferung, desto zufriedener der Kunde, desto geringer die Widerrufswahrscheinlichkeit. Dies ist richtig. Es befreit die Leistung während der Widerrufsfrist jedoch nicht von den ihr innewohnenden Risiken. Wer will, kann auch unter einem Konzept schwebender Unwirksamkeit während laufender

¹¹³ Oben h, i.

¹¹⁴ Peter Bülow, ZIP 1999, 1293, 1294.

¹¹⁵ Übersicht über die dogmatischen Einordnungsversuche für § 7 III VerbrKrG bei *Pudor* (Fn. 18), 65 f.

¹¹⁶ Bericht des Rechtsausschusses, BT-Drs. 11/8274, 22.

¹¹⁷ Eingehend § 28.

Widerrufsfrist leisten und so sehenden Auges die in der Widerrufsmöglichkeit liegenden Risiken eingehen. Er tut dies jedoch kraft bewußter unternehmerischer Entscheidung. Er will sich eben jenen Marketinggrundsatz zunutze machen. Freiwillige Leistung unter Risiko ist jedoch etwas anderes als rechtlich erzwungene Leistung unter Risiko. Der Risikoaverse hat bei Freiwilligkeit die Chance, sich selbst zu schützen, indem er nicht leistet. Wenn er rechtlich zu leisten gezwungen ist, hat er keine solche Chance. Den Marketinggrundsatz schneller Leistung unter Risiko zur gesetzlichen Regel zu erheben greift in die Marketingstrategie und die Risikoakzeptanz der Unternehmer ein, also in ureigenste Entscheidungsbereiche, Zentralbereiche der Unternehmenspolitik. Jener reklamierte Marketinggrundsatz darf also nicht dazu führen, daß man das Konzept schwebender Wirksamkeit für halb so schlimm hält. Denn es sollte richtigerweise dem Unternehmer überlassen bleiben, wie risikofreudig er ist und welche Marketinglinie er adaptiert. Zudem kann jener Marketinggrundsatz für den Verbraucherkreditbereich kaum volle Gültigkeit reklamieren.

4. *Widerrufswirkung ex tunc oder ex nunc bei schwebender Wirksamkeit?*

Eine weitere Zweifelsfrage gilt es für die jetzt gesetzlich angeordnete schwebende Wirksamkeit zu beantworten: Soll der erfolgende Widerruf *ex tunc* wirken¹¹⁸ oder *ex nunc*¹¹⁹? Die besseren Argumente sprechen für eine *ex nunc*-Wirkung. Schon das „nicht mehr“ im Gesetzeswortlaut weist in diese Richtung. Es liegt näher, „nicht mehr“ als „ab dann“ denn als „überhaupt nicht“ zu verstehen.¹²⁰ Jedenfalls kann man dem Gesetzeswortlaut – anders als jenem des § 4 FernUSG – einen Anhaltspunkt für eine zeitliche Differenzierung entnehmen.¹²¹ Unter § 4 FernUSG kann man noch argumentieren, daß der Teilnehmer durch die Lieferung des Unterrichtsmaterials allein in keiner Weise vertraglich verpflichtet werden solle.¹²² Dies paßt aber allenfalls spezifisch für den Fernunterrichtsvertrag mit seiner der eigentlichen Vertragserfüllungsphase vorgeschalteten Materialzusendung. Bei Fernunterrichtsgeschäften besteht vor Beginn der Widerrufsfrist nur eine einseitige Verpflichtung des Unternehmers, während den Teilnehmer noch keine Verpflichtung trifft. Bei frühzeitig zweiseitig verpflichtenden Geschäften wie Haustür-, Verbraucherkredit- und Timesharing-geschäften paßt das skizzierte Argument dagegen nicht mehr.

¹¹⁸ In diese Richtung wohl *Hürting* (Fn. 6), Anh. § 3 FernAbsG Rn. 12; *ders.*, VuR 2001, 11; *Ramming*, ZGS 2003, 60, 63 und für § 8 IV VVG 1994 bei Annahme schwebender Wirksamkeit *Steifel/Edgar Hofmann*, Kraftfahrtversicherung¹⁶ (1995) § 1 AKB Rn. 30 i; *Erich R. Prölss/Martin(-Jürgen Prölss)*, VVG²⁶ (1998) § 8 VVG Rn. 40.

¹¹⁹ So *Andreas Fuchs*, ZIP 2000, 1273, 1283; *Stephan Lorenz*, JuS 2000, 833, 835; *Riehm*, Jura 2000, 505, 506; *Peter Bülow*, WM 2000, 2361; *ders.*⁵ (Fn. 7), § 495 BGB Rn. 43; *Peter Bülow/Artz*, NJW 2000, 2049, 2052; *Mankowski*, WM 2001, 833, 842 f.; *Staudinger*¹⁴(-*Martinek*) (Fn. 8), § 5 TzWtG Rn. 30; *Micklitz/Klaus Tonner(-Klaus Tonner)*, Vertriebsrecht (2002) § 355 BGB Rn. 27; *Nikolaj Fischer* (Fn. 5), 91, 213; *Ring*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Karsten Schmidt* (Hrsg.), Das neue Schuldrecht in der Praxis (2003), 347, 365; auch v. *Koppenfels*, WM 2001, 1360, 1362, 1364.

¹²⁰ *Mankowski*, WM 2001, 793, 795; *ders.*, WM 2001, 833, 842; zustimmend *Nikolaj Fischer* (Fn. 5), 136.

¹²¹ Für das FernUSG sind die Meinungen geteilt: Bloße *ex nunc*-Wirkung befürworten *Faber/Schade*, FernUSG (1980) § 4 FernUSG Rn. 14; *Peter Bülow*, ZIP 1998, 945, 947. Für *ex tunc*-Wirkung sprechen sich dagegen *Heinrich Dörner*, BB 1977, 1739, 1743; *Heinbuch*, Theorien und Strategien des Verbraucherschutzes (1983) 190; *Pudor* (Fn. 18), 83 und wohl auch *Stephan Lorenz* (Fn. 8), 57; *Gernhuber*, WM 1998, 1797, 1804 aus.

¹²² So *Heinbuch* (Fn. 121), S. 190.

Eine grundsätzliche Orientierung an der Anfechtung von Willenserklärungen, wo die schwebende Wirksamkeit einer Willenserklärung während laufender Anfechtungsfrist ebenfalls bekannt ist, erscheint jedenfalls nicht angezeigt.¹²³ Vielmehr sollte man genau umgekehrt einen Gegenschuß daraus ziehen, daß eben anders als bei der Anfechtung keine Parallele zu § 142 I BGB dem Widerruf Rückwirkung beimißt. Rückwirkung ist eine normative Fiktion,¹²⁴ die eines besonderen Ausdrucks bedarf. Wenn es an einem solchen besonderen Ausdruck fehlt, sollte man nicht mit einer Rückwirkungsfiktion arbeiten. §§ 355 I 1 BGB; 361 a I 1 BGB aF begründen ebensowenig ein Anfechtungsrecht wie § 4 FernUSG es je getan hätte. Die schwebende Wirksamkeit hat man sich vielmehr ebenso wie bei § 4 I FernUSG als von Rechts wegen auflösend bedingt durch die Ausübung des Widerrufsrechts zu denken.¹²⁵ Auflösende Bedingungen entfalten aber, wie § 159 BGB un schwer zeigt, grundsätzlich keine Rückwirkung.¹²⁶ Dies gilt für rechtsgeschäftliche Bedingungen wie für Rechtsbedingungen gleichermaßen.¹²⁷ Natürlich steht es dem Gesetzgeber frei, Rechtsbedingungen besondere, vom Üblichen abweichende Folgen und auch Rückwirkung beizulegen. Soweit er dies jedoch nicht tut, besteht ein gewichtiger Schluß, daß keine Abweichung vom Üblichen und keine Rückwirkung gewollt ist. Im ganzen Verbraucherschutzrecht findet sich keine ausdrückliche Rückwirkungsanordnung.¹²⁸ Der Gegenschuß aus § 142 I BGB trägt daher.¹²⁹ Auch § 184 I BGB hat beim verbraucherschützenden Widerruf kein spiegelbildliches Pendant. Zudem wäre zu fragen, wie man sich die Rechtsfolgen einer ex tunc-Wirkung denn vorstellen sollte: Bei einer Anfechtung greift Bereicherungsrecht. Dessen bedarf es beim verbraucherschützenden Widerruf angesichts des ausgefeilten Rückabwicklungsmodells nach § 357 iVm §§ 346 f. BGB bzw. § 361 a II BGB aF überhaupt nicht. Dieser Rückabwicklungsmodus greift kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung in jedem Fall, unabhängig davon, ob der Widerruf nun ex tunc oder ex nunc wirkte. Er orientiert sich aber grundsätzlich am Rücktrittsrecht, nicht am Bereicherungsrecht und paßt daher besser zu einer ex nunc-Wirkung.¹³⁰ Welchen Gewinn es hätte, wenn die während der Widerrufsfrist bestehenden Erfüllungsansprüche rückwirkend wieder entfielen, ist nicht ersichtlich.¹³¹ Dafür müßte es aber im Prinzip gute Gründe geben, die eine Rückwirkung zu rechtfertigen vermöchten, wenn man denn eine ex tunc-Wirkung annehmen wollte.

¹²³ In diese Richtung aber *Stephan Lorenz* (Fn. 8), 57 (für § 4 FernUSG) und ansatzweise *Härtig* (Fn. 6), Anh. § FernAbsG Rn. 12 f.

¹²⁴ Oben § 4 II 4.

¹²⁵ *Piepenbrock/Peter Schmitz*, K&R 2000, 378, 383; *Peter Bülow*, WM 2000, 2361.

¹²⁶ Siehe nur BGH 21.5.1953, BGHZ 10, 69, 72; *Schiemann*, Pendenz und Rückwirkung der Bedingung (1973) 129; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II: Das Rechtsgeschäft³ (1979) 701, 723 (§§ 39, 1; 40, 2 a); *Staudinger/Bork*, BGB, §§ 134-163 BGB¹³ (1996) § 158 BGB Rn. 3; *Larenz/Manfred Wolf* (Fn. 18), § 50 Rn. 48; *Palandt(-Heinrichs)*, BGB⁶² (2003) § 159 BGB Rn. 1.

¹²⁷ Nicht überzeugend daher *Nikolaj Fischer* (Fn. 5), 213.

¹²⁸ Vgl. *Certa* (Fn. 8), S. 120.

¹²⁹ *Mankowski*, WM 2001, 833, 843; zustimmend *Nikolaj Fischer* (Fn. 5), 213.

¹³⁰ Siehe *Staudinger*¹⁴(-Martinek) (Fn. 8), § 5 TzWrG Rn. 30.

¹³¹ Den Nachweis eines solchen Sinns leistet auch *Nikolaj Fischer* (Fn. 5), 212 nicht.

5. Widerrufsrecht als gesetzliches Rücktrittsrecht?

Nach dem Konzeptwechsel hin zur schwebenden Wirksamkeit wird das Widerrufsrecht unter §§ 355 I 1 BGB; 361 a BGB aF nicht selten als besonderes (oder modifiziertes) gesetzliches Rücktrittsrecht angesehen.¹³²

a) Kein Schluß von der Rechtsfolgenreihe auf den Charakter eines Rechts

Die Rechtsfolgenanordnung in § 357 I 1 BGB bzw. § 361 a II 1 BGB aF mit ihrer Verweisung auf §§ 346 f. BGB scheint prima facie auch stark für diese Einordnung zu sprechen.¹³³ Allerdings sollte man nicht vorschnell von der Rechtsfolgenreihe auf den Charakter eines Rechtsbehelfs schließen. Dies gilt zumal dann, wenn – wie hier – die Rechtsfolgenreihe durch eine Verweisung ausgefüllt wird, die nur der gesetzgeberischen Bequemlichkeit und der Kürze des gesetzlichen Ausdrucks dient.¹³⁴ Diese Verweisung erleidet zudem durch § 357 II, III BGB bzw. durch die Sätze 2–6 des § 361 a II BGB aF so starke Einschränkungen, daß sie allein keine Tragkraft zu entfalten vermag, ja teilweise fast irreführend wirkt.¹³⁵ Außerdem würde man, wenn man immer von der Rechtsfolgenanordnung den zwingenden Schluß auf die Natur des Rechtsbehelfs zöge, jede Rechtsfolgen- und erst recht jede Rechtsgrundverweisung potentiell als Änderung des Charakters des betroffenen Rechtsbehelfs begreifen. Abkürzende Bezugnahmen könnten zu Charakteränderungen erwachsen. Solches Gewicht darf ihnen aber nicht zukommen.

Desweiteren können sowohl §§ 346 ff. BGB als auch § 357 BGB bzw. § 361 a II BGB aF gleichermaßen *leges speciales* zu §§ 812 ff. BGB sein, ohne daß beide deshalb gleichen Charakter haben müßten.¹³⁶ Der Gesetzgeber hat eben nicht simpel und allumfassend auf das Rücktrittsrecht verwiesen, sondern ein durchaus eigenes Rechtsfolgenmodell beibehalten.¹³⁷ Dieses weist dem Widerrufsrecht der §§ 355 BGB; 361 a BGB aF eine gewisse Mittelstellung zwischen Anfechtungs- und Rücktrittsrecht zu.¹³⁸ Die systematische Stellung im

¹³² Peter Bülow/Artz, NJW 2000, 2049, 2052; Andreas Fuchs, ZIP 2000, 1273, 1281, 1282 f.; Stephan Lorenz, JuS 2000, 833, 838; ders., NJW 2001, 2230, 2231; Peter Bülow, WM 2000, 2361 f.; ders.⁵ (Fn. 7), § 495 BGB Rn. 43; van Look, WuB IV D. § 1 HWiG 4.00, 892, 894; Jürgen Kohler, JZ 2001, 325, 335; v. Koppenfels, WM 2001, 1360, 1365; Münchener Kommentar zum BGB(-Peter Ulmer), II: §§ 241–432 BGB; FernAbsG⁴ (2001) § 361 a BGB Rn. 31; MünchKomm⁴(-Wendehorst), op. cit., § 3 FernAbsG Rn. 6; AnwaltKommentar Schuldrecht(-Ring), (2002) § 355 BGB Rn. 12 f.; Dauner-Lieb/Heidel/Lepa/Ring(-Ring), Das Neue Schuldrecht (2002) § 12 Rn. 68; Lütcke, Fernabsatzrecht (2002) § 312 d BGB Rn. 11; Palandt⁶²(-Heinrichs) (Fn. 126), Vor § 355 BGB Rn. 1, § 357 BGB Rn. 2; Jauernig(-Jauernig), BGB¹⁰ (2003) § 355 BGB Rn. 3; Oechsler (Fn. 7), Rn. 358; Ring (Fn. 119), 347, 365 sowie Wendehorst, DStR 2000, 1311, 1312.

¹³³ So z.B. Jauernig¹⁰(-Jauernig) (Fn. 132), § 355 BGB Rn. 3; Oechsler (Fn. 7), Rn. 358.

¹³⁴ Siehe Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs. 14/2658, 47 Zu § 361 a Absatz 2.

¹³⁵ Wendehorst, DStR 2000, 1311, 1312 sowie Reiner, AcP 203 (2003), 1, 32 f.

¹³⁶ Gegen Peter Bülow, WM 2000, 2361, 2362.

¹³⁷ Härting (Fn. 6), Anh. § 3 FernAbsG Rn. 11.

¹³⁸ Härting (Fn. 6), Anh. § 3 FernAbsG Rn. 13; Mankowski, in: Reiner Schulze/Schulte-Nölke (Hrsg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts (2001), 357, 369 sowie Stephan Lorenz, JuS 2000, 833, 838.

Vgl. auch Helmut Köhler, BGB Allgemeiner Teil²⁶ (2002) § 8 Rn. 36 a; KompaktKommentar Schuldrecht(-Rott), (2003) § 355 BGB Rn. 2: Widerrufsrecht als an das Rücktrittsrecht angenähertes oder dem Rücktrittsrecht verwandtes Gestaltungsrecht.

Titel „Rücktritt“¹³⁹ wird mindestens austariert, indem der Gesetzgeber weiterhin an der Bezeichnung als Widerrufsrecht festhält und eben nicht auf eine Bezeichnung als Rücktrittsrecht umgeschwenkt ist. Denn mit der abweichenden Bezeichnung verbindet sich hier auch eine gewisse gesetzgeberische Abneigung gegen eine echte Rücktrittskonstruktion.¹⁴⁰ Mit Eintritt der auflösenden (Rechts-)Bedingung, daß das Widerrufsrecht ausgeübt wird,¹⁴¹ werden Vertragserklärung des Verbrauchers und Vertrag endgültig unwirksam, während sich bei einem Rücktritt der theoretisch fortbestehende Vertrag in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandelt.¹⁴² Schwebende Wirksamkeit als solche eignete zwar auch dem Vertrag, der mit einem Rücktrittsrecht belastet ist, und wird damit nicht zur spezifischen dogmatischen Kategorie gerade der Widerrufsrechte.¹⁴³

b) Unterschiedlicher Ansatzpunkt von Rücktritt und Beseitigungsrecht

Gegen eine Einordnung als Rücktrittsrecht spricht weiter entscheidend der Bezugsgegenstand des Widerrufsrechts: Bezugsgegenstand ist die Vertragserklärung des Verbrauchers, nicht der Vertrag als solcher.¹⁴⁴ Unmittelbares Angriffsobjekt des Widerrufs ist die Bindungswirkung der Vertragserklärung des Verbrauchers,¹⁴⁵ nicht der Vertrag als solcher;¹⁴⁶ der Vertrag ist vielmehr nur mittelbar betroffen, indem jene Bindungswirkung und mit ihr einer der notwendigen Stützpfiler eines gegenseitigen Vertrages wegfällt.¹⁴⁷ Ein Widerruf über §§ 355 I 1 BGB; 361 a I BGB aF ist deshalb auch dann möglich, wenn die Vertragserklärung des Verbrauchers das Angebot ist und der Unternehmer dieses noch nicht angenommen hat; ein echtes Rücktrittsrecht könnte in dieser Situation dagegen mangels Bezugsgegenstands nicht greifen.¹⁴⁸

c) Berücksichtigung zugrundeliegender Richtlinien

aa) *These von der Wirksamkeit der Erklärung kraft Gebots gemeinschaftsrechtskonformer Auslegung.* Die Qualifikation als Rücktrittsrecht wird auch gestützt auf eine angebliche richtlinienkonforme Auslegung.¹⁴⁹ Die RiLi 85/577/EWG räume dem Verbraucher in ihrem Art. 5 I 1 ein Rücktrittsrecht und nenne dessen Ausübung (fälschlich) in ihrem Art. 7

¹³⁹ Diese Integration ist wieder wesentlich durch die Rechtsfolgen nach § 361 a II 1 BGB aF veranlaßt worden (siehe Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs. 14/2658, 42 re. Sp. 2. Abs.; *Kamanabrou*, WM 2000, 1417).

¹⁴⁰ Siehe Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, BT-Drs. 14/2658, 42 li. Sp. 2. Abs.; *Mankowski* (Fn. 138), 357, 369; *Reiner*, AcP 203 (2003), I, 31.

¹⁴¹ Nachweise oben Fn. 125.

¹⁴² Diesen Unterschied in der Konstruktion konzidiert selbst *Peter Bülow*, WM 2000, 2361; *ders.*⁵ (Fn. 7), § 495 BGB Rn. 43.

¹⁴³ Vgl. *Andreas Fuchs*, ZIP 2000, 1273, 1282; *Peter Bülow*, WM 2000, 2361, 2362.

¹⁴⁴ Eingehend *Nikolaj Fischer* (Fn. 5), 141-151 et passim; ebenso *Mankowski* (Fn. 138), 357, 369.

Ähnlich *Stephan Lorenz*, JuS 2000, 833, 838; vgl. auch *Jürgen Kohler*, JZ 2001, 325, 335.

¹⁴⁵ Eingehend *Nikolaj Fischer* (Fn. 5), 193-213.

¹⁴⁶ Dies ändert sich auch mit dem Vertragsschluß nicht. Unzutreffend daher die dort eine Zäsur setzende Differenzierung bei *Büßer*, Das Widerrufsrecht des Verbrauchers (2001) 228 f. (vor Vertragsschluß Widerruf der Vertragserklärung, danach Rücktritt vom Vertrag).

¹⁴⁷ Siehe § 34 II 1.

¹⁴⁸ Siehe *Certa* (Fn. 8), 183; *Büßer* (Fn. 146), 228.

¹⁴⁹ *Jauernig*⁹(-*Jauernig*) (Fn. 10), Vor § 145 BGB Rn. 21.

„Widerruf“. Entscheidend sei aber die Rechtsfolge, daß der Verbraucher nach Art. 5 II RiLi 85/577/EWG aus allen aus dem widerrufenen Vertrag erwachsenen Verpflichtungen zu entlassen ist. Damit gehe Art. 5 II RiLi 85/577/EWG von einem wirksam geschlossenen Vertrag aus.¹⁵⁰ Krasser sei die ansonsten drohende Richtlinienwidrigkeit noch bei §§ 485 BGB; 5 TzWrG, weil Art. 5 RiLi 94/47/EG ein Rücktrittsrecht statuiere, was einen wirksamen Vertrag voraussetze.¹⁵¹ Davon gingen auch die richtlinienkonformen §§ 486 BGB; 7 TzWrG aus, weil das dort aufgestellte Anzahlungsverbot nur Sinn mache, wenn der Vertrag schon während der Widerrufsfrist wirksam sei und der Unternehmer deshalb im Prinzip (d.h. ohne §§ 486 BGB; 7 TzWrG) Anzahlungen fordern könnte.¹⁵²

bb) Ambivalenz und mangelnde Trennschärfe der Richtlinienterminologie. In der deutschen Fassung sprechen sowohl Artt. 5 I 1; 7 RiLi 85/577/EWG als auch Art. 5 Nr. 1 1. Lemma RiLi 94/47/EG davon, daß der Verbraucher „zurücktreten“ könne. Dies ist jedoch alles andere als ein zwingendes Argument. Denn Art. 4 S. 1 RiLi 85/577/EWG spricht von einem „Widerrufsrecht“, und Art. 7 RiLi 85/577/EWG verwendet sogar innerhalb desselben Satzes die Ausdrücke „Widerruf“ und „Rücktritt“ augenscheinlich synonym. Die europäische Begriffsbildung leistet also keine trennscharfe Abgrenzung.¹⁵³ Nur eine trennscharfe terminologische Abgrenzung vermöchte aber ein Argument für die Annahme eines Rücktritts-, keines Widerrufsrechts zu geben. Hinzu kommt, daß die französische Fassung des Art. 5 Nr. 1 1. Lemma RiLi 94/47/EG „rétractation“ verwendet, nicht „résiliation“ oder „denonciation de contrat“; dies weist wieder stärker auf ein Widerrufs-, nicht auf ein Rücktrittsrecht.¹⁵⁴ Im Niederländischen ist von einem „renunciatierecht“ die Rede, was schon sprachlich den Bezug zur Vertragserklärung des Verbrauchers wahrt. Der europäische Richtlinienggeber schreibt jedenfalls keine strikte Anlehnung partout an §§ 346 ff. BGB vor, wenn in seinen deutschen Fassungen das Wort „Rücktritt“ verwendet wird.¹⁵⁵

cc) Aussagegehalt von Art. 6 RiLi 94/47/EG; §§ 486 BGB; 7 TzWrG. Die Argumentation mit Art. 6 RiLi 94/47/EG und §§ 486 BGB; 7 TzWrG trifft nur Timesharingverträge und hat kein Pendant bei den anderen Verbraucherschutzgesetzen und -richtlinien. Als allgemeiner Ansatz taugt sie schon deshalb nicht. Indes sind auch ihre Prämissen keineswegs zwingend. Art. 6 RiLi 94/47/EG beruht auf Vorbildern im französischen Recht. Sein Hintergrund ist die Annahme, daß der Anbieter, der zu lange auf Anzahlungen warten muß, die Preise erhöht.¹⁵⁶ Es geht also um eine Umlegung von Unsicherheitskosten und Zinsverlusten. Diese verhindert indes auch das Anzahlungsverbot nicht zuverlässig. Denn das Anzahlungsverbot hindert den Anbieter nicht, seine Unsicherheitskosten in die Gesamtpreisgestaltung einfließen zu lassen. Dem verfolgten Zweck würde vielmehr nur ein entsprechendes Verbot für die Preiskalkulation und -gestaltung gerecht.

¹⁵⁰ *Jauernig⁹(-Jauernig)* (Fn. 10), Vor § 145 BGB Rn. 21.

¹⁵¹ *Jauernig⁹(-Jauernig)* (Fn. 10), Vor § 145 BGB Rn. 21.

¹⁵² *Jauernig⁹(-Jauernig)* (Fn. 10), Vor § 145 BGB Rn. 21.

¹⁵³ Ebenso *Hans-Werner Eckert*, FS Alfred Söllner zum 70. Geb. (2000), 239, 250 f.; *Leible*, EWS 4/2003, I.

¹⁵⁴ *Mäsch*, EuZW 1995, 8, 12; *Kappus*, EWS 1996, 273, 275; *Hildenbrand/Kappus/Mäsch(-Kappus)* (Fn. 8), § 5 TzWrG Rn. 6.

¹⁵⁵ *Peter Bülow*, FS Alfred Söllner zum 70. Geb. (2000), 189, 192 f.

¹⁵⁶ *Mäsch*, EuZW 1995, 8, 12 unter Hinweis auf Ratsdok. 4275/194 Rev. 1, S. 6; außerdem *Hildenbrand/Kappus/Mäsch(-Hildenbrand)* (Fn. 8), § 7 TzWrG Rn. 4.

Unter dem TzWrG wurde weiter wie folgt argumentiert: Sei die Zehntagesfrist des § 7 S. 1 TzWrG verstrichen, während die Widerrufsfrist des § 5 TzWrG verlängert und deshalb noch nicht ab- bzw. noch nicht angelaufen sei, könne der Unternehmer aber Anzahlungen verlangen, was sich im Umkehrschluß aus § 7 S. 1 VerbrKrG wie aus dem Zusammenspiel der Artt. 5; 6 RiLi 94/47/EG ergebe.¹⁵⁷ Dieses letzte Teilargument ist indes sicher entfallen, seitdem § 486 BGB das Zahlungsverbot an den Ablauf der Widerrufsfrist koppelt und so mögliche Diskrepanzen vermeidet.

dd) Bindung des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers nur an die Ziele, nicht an die Details der Richtlinien. Richtlinienkonforme Auslegung kann im übrigen gerade hier kein zwingendes Ergebnis zeitigen, weil nur die Vorgabe, daß es ein zwingendes Vertragslösungsrecht geben müsse, die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber bindet. Dagegen sind die Detailbestimmungen der Richtlinien über die Umsetzung dieses Zieles nach Artt. 249 III EG; 189 III EGV nicht bindend,¹⁵⁸ soweit sie nicht wie bei den Fristen ausdrückliche Mindestregeln statuieren. Die Richtlinien treffen keine Auswahl zwischen Widerruf und Rücktrittsrecht nach deutschrechtlichem Verständnis. Vielmehr schreiben sie – abgesehen von der RiLi 87/102/EWG – nur vor, daß ein Vertragslösungsrecht existieren muß; dessen rechts-technische Ausgestaltung überlassen sie den nationalen Gesetzgebern.¹⁵⁹ Grundsätzlich kann jeder nationale Gesetzgeber diejenige Einkleidung des Lösungsrechts wählen, welche er für seinem eigenen Zivilrechtssystem am Passendsten hält.

II. Widerrufsrecht nach § 8 IV VVG 1994

1. Parallele zu §§ 1 HWiG; 7 VerbrKrG aF

Im Wortlaut der gesetzlichen Grundlage weicht das Widerrufsrecht nach § 8 IV VVG 1994 von den Formulierungen in §§ 1 HWiG; 7 VerbrKrG aF ab. Während dort eindeutig festgelegt war, daß die Erklärung des Verbrauchers erst mit Ablauf der Widerrufsfrist ohne Widerruf wirksam wird, besagt § 8 IV 1 VVG 1994, daß der Versicherungsnehmer seine Erklärung widerrufen kann. Aus der unterschiedlichen Formulierung wird vorherrschend der Gegenschluß gezogen, daß die Vertragserklärung des Versicherungsnehmers ab Abgabe wirksam sei und bei erfolgreichem Widerruf ex tunc ihre Wirkungen verliere.¹⁶⁰ Das Widerrufsrecht nach § 8 IV VVG 1994 wiese damit keine unmittelbare Verwandtschaft mit den

¹⁵⁷ *Jauernig*⁹(-*Jauernig*) (Fn. 10), Vor § 145 BGB Rn. 21.

¹⁵⁸ *Boemke*, AcP 197 (1997), 161, 174; *Hildenbrand/Kappus/Mäsch(-Kappus)* (Fn. 8), § 5 TzWrG Rn. 6; *Heinrichs*, FS Dieter Medicus (1999), 177, 186.

¹⁵⁹ *Heinrichs*, FS Dieter Medicus (1999), 177, 186; *Peter Bülow*, FS Alfred Söllner zum 70. Geb. (2000), 189, 193.

¹⁶⁰ So *Stiefel/Edgar Hofmann*¹⁶(-*Stiefel*) (Fn. 118), § 1 AKG Rn. 30 i; *Schlossareck*, Ansprüche des Versicherungsnehmers aus culpa in contrahendo (1995) 67 f., 70-72; *Reiff*, VersR 1997, 265, 267; *Erich R. Prölss/Martin*²⁶(-*Jürgen Prölss*) (Fn. 118), § 8 VVG Rn. 40; *Drexel*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers (1998) 479; *Edgar Hofmann*, Privatversicherungsrecht⁴ (1998) § 6 Rn. 6 a; *Pudor* (Fn. 18), 86; *Wolfgang Grimm*, Unfallversicherung³ (2000) § 3 b AUB Rn. 7; *Reiner*, AcP 203 (2003), 1, 6 f.; auch *Peter Koch*, VersR 1991, 725, 727; *Wolfgang Teske*, NJW 1991, 2795, 2796; *Weyers*, Versicherungsvertragsrecht² (1995) Rn. 170; *Certa* (Fn. 8), 83 sowie *Hadding*, FS Hans Erich Brandner (1996), 207, 213.

Offen Römer/Langheid(-Römer), VVG (1997) § 8 VVG Rn. 47; *Nikolaj Fischer* (Fn. 5), 48-51.

anderen Verbraucherschützenden Widerrufsrechten auf, sondern wäre vielmehr am nächsten der Anfechtung nach §§ 119 ff. BGB verwandt.¹⁶¹ Seiner Entstehungsgeschichte nach sollte § 8 IV 1 VVG 1990¹⁶² jedoch die Lücke füllen, welche § 6 Nr. 2 HWiG aF im Verbraucherschutz dadurch riß, daß er Versicherungsverträge generell von der Anwendung des HWiG ausnahm.¹⁶³ Im Gesetzgebungsverfahren war zunächst sogar geplant, keine Sonderregelung in das VVG aufzunehmen, sondern nur § 6 Nr. 2 HWiG aF aufzuheben und die rechtliche Erfassung § 1 HWiG aF zu überlassen.¹⁶⁴ Genetisch besteht also eine enge Verwandtschaft zwischen § 8 IV 1 VVG 1990/1994 und § 1 HWiG aF. In dieselbe Richtung weist der Normzweck. Bezweckt ist ein voraussetzungsloses Verbraucherschützendes Widerrufsrecht mit cooling off-period, kein Anfechtungsrecht. Die Verwandtschaft mit den anderen Verbraucherschützenden Widerrufsrechten belegen die Ausgestaltung der Fristen (Normalfrist bei Belehrung, verlängerte Frist als Sanktion gegen den Unternehmer bei unterlassener Belehrung) und insbesondere das Belehrungserfordernis, welches bei §§ 119 ff. BGB keinerlei Pendant findet, sowie die ausdrücklich angeordnete Schriftlichkeit für den Widerruf. Gewollt ist eindeutig eine Parallele zu §§ 1 HWiG; 7 VerbrKrG aF.¹⁶⁵ Der nur in der Formulierung abweichende Wortlaut vermag eine Auslegung, die in einem so gewichtigen Punkt wie jenem der schwebenden Wirksamkeit oder Unwirksamkeit mit jener der §§ 1 HWiG; 7 VerbrKrG aF nicht übereinstimmte, daher nicht zu tragen.¹⁶⁶ Dies wäre allenfalls dann gerechtfertigt, wenn der abweichende Wortlaut eindeutig wäre. Richtigerweise ist auch unter § 8 IV VVG 1994 die Vertragserklärung des Verbrauchers während der Widerrufsfrist schwebend unwirksam und wird bei Ablauf der Frist, ohne daß ein Widerruf erfolgt wäre, endgültig wirksam, während sie im Widerrufsfall endgültig unwirksam wird.¹⁶⁷ Bedürfnisse nach sofortigem Versicherungsschutz und eventueller Schadensdekung, die durchaus berechtigt sein können, tragen nicht das gegenteilige Ergebnis.¹⁶⁸ Vielmehr lassen sie sich durch eine vorläufige Deckungszusage mit spezifisch versicherungsrechtlichen Mitteln befriedigen, für deren Wirksamkeit der Gesetzgeber in § 8 IV 5 Var. 1 VVG 1994 besondere Sorge getragen hat.¹⁶⁹ Im übrigen dürfte es wegen Fristablaufs kaum möglich sein, sich nach einem Schadensfall während der Widerrufsfrist von dem Versicherungsvertrag wieder zu lösen, wenn sich im Rahmen der Regulierung Unzufriedenheit mit dem Versicherer einstellt.¹⁷⁰

¹⁶¹ Drexl (Fn. 160), 479 f. Fn. 130; Berliner Kommentar zum VVG(-Michael Gruber), (1999) § 8 VVG Rn. 65.

¹⁶² Der im Wortlaut für die hier relevante Frage in § 8 IV 1 VVG 1994 unverändert aufgegangen ist.

¹⁶³ Beschlußempfehlung und Bericht des Finanzausschusses, BT-Drs. 11/8321, 12; ebenso Roland Michael Beckmann, ZEuP 1999, 809, 829 f.; Pudor (Fn. 18), 85; Certa (Fn. 8), 82; Nikolaj Fischer (Fn. 5), 47 f.

¹⁶⁴ Art. 1 Entwurf des Bundesrates zu einem Gesetz zur Verbesserung der Rechtsstellung der Kunden beim Abschluß von Versicherungsverträgen, BT-Drs. 11/7475, 4 mit Begründung, ebd. 5 f.

¹⁶⁵ Ebenso Schirmer, VersR 1996, 1045, 1048.

¹⁶⁶ Vgl. auch Nikolaj Fischer (Fn. 5), 48-51.

¹⁶⁷ Weyers (Fn. 160), Rn. 170; Schirmer, VersR 1996, 1045, 1048; Schwintowski(-Rehberg), Fallsammlung zum Privatversicherungsrecht (1998) 15; BerlKomm(-Michael Gruber) (Fn. 161), § 8 VVG Rn. 65; auch Schimikowski, r+s 1994, 441, 443 f.

¹⁶⁸ Entgegen Pudor (Fn. 18), 86 f. sowie Gerd Krämer, ZIP 1997, 93, 97.

¹⁶⁹ Zu § 8 IV 5 Var. 1 VVG 1994 näher unten § 44 III.

¹⁷⁰ Dies übersieht Pudor (Fn. 18), 86.

2. Fortführung einer Parallele zu aufgehobenen Normen?

Allerdings ist zuzugestehen, daß das Argument der systematischen Parallele erheblich an Tragkraft verloren hat, seitdem das allgemeine verbraucherschützende Widerrufsrecht in §§ 355 I 1 BGB; 361 a I 1 BGB aF ein Konzept schwebender Wirksamkeit umsetzt und damit von seinen haustürgeschäfte- und verbraucherkreditrechtlichen Vorläufern (wenn auch ungerechtfertigt und in rechtspolitisch fragwürdiger Weise) abweicht. Eine Auslegung parallel zu den fortgefallenen alten Normen würde gerade eine Diskrepanz zum gegenwärtigen allgemeinen Modell produzieren. Hätte man die Herausnahme von Versicherungsverträgen aus dem sachlichen Anwendungsbereich des Haustürgeschäfterechts aufgehoben, gäbe es also § 312 III Var. 1 BGB nicht, so würde das auch im Versicherungsrecht greifende Widerrufsrecht dem allgemeinen Modell folgen. Indes ist mit der eigenen Regelung des versicherungsvertraglichen Widerrufsrechts gerade kein solcher Automatismus verbunden, sondern wäre eine ausdrückliche Anpassung an das neue Modell erforderlich. Der Gesetzgeber des Fernabsatzartikelgesetzes hat ja in anderen Fällen durchaus beibehaltene Regelungen in Sondergesetzen der neuen Lage auch in den Details anzupassen versucht; dies gilt insbesondere für § 4 FernUSG. Einen Umkehrschluß aus der mangelnden Änderung des § 8 IV VVG 1994 im Vergleich mit den Folgeänderungen bei § 4 FernUSG kann man indes wohl nicht ziehen. Denn dazu müßte ein entsprechender gesetzgeberischer Wille ersichtlich sein, daß die unterlassene Änderung Aussagegehalt haben sollte. Das ist aber nicht der Fall. Näher liegt insoweit vielmehr eine Vermutung, daß der Gesetzgeber § 8 IV VVG 1994 entweder übersehen hat oder die Folgeänderung der anstehenden VVG-Novelle überlassen wollte.¹⁷¹

III. Sogenanntes Widerspruchsrecht nach § 5 a I 1 VVG 1994

1. Widerrufsrecht mit schwebender Unwirksamkeit der Erklärung des Versicherungsnehmers

Nicht dem gesetzlichen Namen, aber der Sache nach ist auch das Widerspruchsrecht des Versicherungsnehmers nach § 5 a I 1 VVG 1994 ein Widerrufsrecht.¹⁷²

a) Zweck des sogenannten Widerspruchsrechts

Dieses Widerrufsrecht erlaubt dem antragstellenden Versicherungsnehmer die nochmalige Überlegung auf der verbesserten Informationsbasis, die sich erst mit dem Übersenden der Versicherungsbedingungen einstellt. Der Versicherungsnehmer soll die Möglichkeit zur Abwehr einer vertraglichen Bindung im Sinne einer Totalwirkung des sogenannten Widerspruchs haben.¹⁷³ Dies erachtete der Gesetzgeber angesichts der Tatsache, daß der Umfang der vertraglichen Bindung sich erst an Hand der Vertragsunterlagen beurteilen läßt, für

¹⁷¹ Vgl. *Stephan Lorenz*, JuS 2000, 833, 835 Fn. 17.

¹⁷² Vgl. *Abram*, NVersZ 2000, 551, 552. Zu stark die Terminologie betonend dagegen *Achim Peters*, DZWIR 1997, 188, 191; *Egon Lorenz*, VersR 1997, 994, 995.

Anders LG Berlin 9.8.2001, VersR 2002, 695: genehmigungsgleiches einseitiges Rechtsgeschäft.

¹⁷³ Vgl. *Präve*, ZfV 1994, 375, 383; *Heinrich Dörner/Stefan Hoffmann*, NJW 1996, 153, 157; *Johannes Hager*, in: *Basedow* (Hrsg.), Europäische Vertragsrechtsvereinheitlichung und deutsches Recht (2000), 67, 73.

sachlich geboten und interessengerecht.¹⁷⁴ Der Versicherungsnehmer soll an seinen Antrag nicht gebunden sein, bevor er den Umfang der gegebenenfalls eintretenden Vertragsbindung übersehen kann.

b) Richtlinienkonforme Auslegung

Dies gebietet schon die richtlinienkonforme Auslegung:¹⁷⁵ Nach dem 23. Erwägungsgrund der RiLi 92/96/EWG¹⁷⁶ sollen die vom Versicherer zu gebenden Verbraucherinformationen den Versicherungsinteressenten befähigen, den seinen Bedürfnissen am ehesten entsprechenden Vertrag zu wählen. Zu diesem Zweck sind die notwendigen Informationen nach Art. 31 III RiLi 92/96/EWG vor Abschluß des Vertrages zu geben. Dies kann angesichts des Ziels, dem Betroffenen eine sichere Beurteilungsbasis und Entscheidungsgrundlage zu geben, auf welcher das Für und Wider eines Vertragsschlusses abzuwägen ist, nur bedeuten, daß die nötigen Informationen zu geben sind, bevor der Versicherungsinteressent gebunden ist,¹⁷⁷ daß also die Vertragserklärung des Versicherungsinteressenten während des Fristlaufs schwebend unwirksam ist.¹⁷⁸ Dies gilt gleichermaßen für die mit Artt. 31; 43 RiLi 92/49/EWG¹⁷⁹ verfolgten Ziele. Maßgebender Bezugspunkt ist die Wirksamkeit, nicht das tatbestandliche Vorliegen jener Vertragserklärung. Es erfolgt also durchaus bereits ein Vertragsschluß. Nur ist dieser nicht wirksam.¹⁸⁰

¹⁷⁴ Beschlußempfehlung und Bericht des Finanzausschusses, BT-Drs. 12/7595, 111.

¹⁷⁵ Egon Lorenz, VersR 1997, 773, 774; ders., VersR 1997, 994, 995; Präve, r+s 1998, 441, 442; Schwintowski(-Rehberg) (Fn. 167), 15; Schimikowski, Versicherungsvertragsrecht (1999) Rn. 44.

¹⁷⁶ Richtlinie 92/96/EWG des Rates vom 10. November 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (Lebensversicherung) sowie zur Änderung der Richtlinien 79/267/EWG und 90/619/EWG, ABl. EG 1992 L 360/1.

¹⁷⁷ Insoweit vollkommen übereinstimmend LG Berlin 9.8.2001, VersR 2002, 695.

¹⁷⁸ Präve, ZfV 1994, 375, 381 f.; ders., VW 1995, 90, 94; ders., r+s 1998, 441, 442; Wandt, Verbraucherinformation und Vertragsschluß nach neuem Recht (1995) 19-23; Egon Lorenz, VersR 1995, 616, 620; ders., ZVersWiss 1995, 103, 114; ders., VersR 1997, 773, 774, 776; ders., VersR 1997, 994, 995 f.; Schimikowski, r+s 1996, 1, 4; ders. (Fn. 175), Rn. 44; Schirmer, VersR 1996, 1045, 1050 f.; Reiff, VersR 1997, 267, 270 f.; Achim Peters, DZWir 1997, 188, 189; Römer/Langheid(-Römer) (Fn. 160), § 5 a VVG Rn. 21, 24 f.; BerlKomm(-Schwintowski) (Fn. 161), § 5 a VVG Rn. 78; auch LG Nürnberg-Fürth 28.7.1999, VersR 1999, 1092, 1094; Renger, VersR 1994, 753, 758; Erich R. Prölss/Martin²⁶(-Jürgen Prölss) (Fn. 118), § 5 a VVG Rn. 10; Hoeren, in: Hoeren/Spindler, Versicherungen im Internet – Rechtliche Rahmenbedingungen (2002), 1, 24.

Anderer Ansicht LG Essen 26.2.1997, VersR 1997, 993, 994 m. abl. Anm. Egon Lorenz; Edgar Hofmann, Die neue Kfz-Versicherung (1994) 27 f.; ders., VersR 1997, 1257, 1258; ders. (Fn. 160), § 6 Rn. 5 g; Stiefel/Edgar Hofmann(-Stiefel) (Fn. 118), § 1 AKB Rn. 30 m; Heinrich Dörner/Stefan Hoffmann, NJW 1996, 153, 156 sowie (mit wieder anderem Ansatz) Harald Herrmann, DSWR 1998, 282, 284; tendenziell auch Schwintowski, VuR 1996, 223, 238 f.; Derleder/Pallas, ZIP 1999, 1285, 1293.

Offen Werber, ZVersWiss 1994, 321, 338 Fn. 49; Daniel F. Berg, VuR 1999, 335, 340 f.

¹⁷⁹ Richtlinie 92/49/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 zur Koordinierung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften für die Direktversicherung (mit Ausnahme der Lebensversicherung) sowie zur Änderung der Richtlinien 73/239/EWG und 88/357/EWG, ABl. EG 1992 L 228/1.

¹⁸⁰ Diese Differenzierung übersieht LG Berlin 9.8.2001, VersR 2002, 695, demzufolge ein Vertrag nicht bestehen soll.

c) Parallele zu § 8 IV VVG 1994 und zu § 2 HWiG aF

§ 5 a I 1 VVG 1994 liegt insgesamt parallel zu § 8 IV VVG 1994.¹⁸¹ Dies ergibt sich deutlich aus § 8 VI VVG 1994: § 5 a I 1, II VVG 1994 gewährt an andere Voraussetzungen geknüpft einen äquivalenten Schutz, sodaß die Klarstellung gerechtfertigt ist, daß § 8 IV, V VVG 1994 in den Fällen des § 5 a VVG 1994 nicht greift.¹⁸² § 8 IV VVG 1994 und § 5 a VVG 1994 ergänzen einander, insbesondere wenn man die mangelhafte Erbringung der von § 10 a VAG geforderten Verbraucherinformation nach § 8 IV VVG 1994 sanktioniert.¹⁸³ Indes ist § 5 a II 4 VVG 1994 hinsichtlich der Fristlänge sogar schärfer und strenger gegen den Versicherer als § 8 IV 4 VVG 1994. Daß § 5 a VVG 1994 und § 8 IV, V VVG 1994 unterschiedliche, miteinander nicht zu vereinbarende Zwecke verfolgten (zum einen hinreichende Information, um den besten Vertrag auswählen zu können, zum anderen Schutz vor den Folgen eines übereilten Vertragsschlusses), ist nicht ersichtlich.¹⁸⁴ Im Gegenteil sind beide genannten (Teil-)Zwecke nur Facetten eines einheitlichen Zwecks. Mit der Parallele zu § 8 IV VVG 1994 besteht auch eine Parallele zum Widerrufsmodell des HWiG, des VerbrKrG und des TzWrG.¹⁸⁵ Diese Parallele wird bei einem Vergleich von § 5 a II VVG 1994 mit § 2 I HWiG aF besonders augenfällig, denn sie ist bis in die Details der notwendigen Belehrung und der langen Frist durchgehalten. Der sogenannte Widerspruch ist ebenfalls eine rechtsgestaltende Beseitigungserklärung.¹⁸⁶ Sein Objekt ist nicht die Erklärung des Versicherers als Gegenpartei, sondern die eigene Erklärung des Versicherungsnehmers.¹⁸⁷ Denn es geht um die Beseitigung einer Bindungswirkung, die andernfalls aus der eigenen Erklärung in Verbindung mit der gesetzlichen Genehmigungsfiktion des § 5 a VVG 1994 folgte. Daß auch eine Sanktion für die Verletzung einer Aufklärungspflicht aus § 10 a VAG bezweckt ist,¹⁸⁸ verschlägt nicht.¹⁸⁹ Sieht man richtigerweise die Parallele zu den ausdrücklich so genannten Widerrufsrechten, so erübrigen sich die Einwände, die vereinzelt gegen die Annahme, daß der Vertragsschluß erst mit Ablauf der Widerspruchsfrist voll wirksam erfolge, erhoben wurden.¹⁹⁰ Insoweit muß man den Blick von der oft zu stark betonten strukturellen Verwandtschaft zwischen § 5 a VVG 1994 und § 5 VVG 1994¹⁹¹ erheben und auf die weiteren systematischen Zusammenhänge richten. Schutzlücken, die auf mangelnder Transparenz der gebotenen Informationen und dem fal-

¹⁸¹ Präve, r+s 1998, 441, 442; Edgar Hofmann (Fn. 160), § 6 Rn. 5 I, 6 a; Hoeren (Fn. 178), 1, 23; vgl. auch Abram, NVersZ 2000, 551, 552.

¹⁸² Vgl. Heinrich Dörner/Stefan Hoffmann, NJW 1996, 153, 157; Hoeren (Fn. 178), 1, 23.

¹⁸³ Siehe Egon Lorenz, VersR 1995, 616, 618; ders., ZVersWiss 1995, 103, 110; Achim Peters, DZWir 1997, 188, 194.

¹⁸⁴ Zutreffend Schirmer, VersR 1996, 1045, 1056; entgegen Reiff, VersR 1997, 267, 273 sowie Werber, ZVersWiss 1994, 321, 338.

¹⁸⁵ Zu stark gewichtet die Unterschiede im Wortlaut zwischen § 7 VerbrKrG und § 5 a VVG 1994 LG Essen 26.2.1997, VersR 1997, 993, 994 mit insoweit abl. Anm. Egon Lorenz.

¹⁸⁶ Achim Peters, DZWir 1997, 188, 194.

¹⁸⁷ Siehe Schwintowski(-Rehberg) (Fn. 167), 15.

Anderer Ansicht Achim Peters, DZWir 1997, 188, 191.

¹⁸⁸ So Heinrich Dörner/Stefan Hoffmann, NJW 1996, 153, 154.

¹⁸⁹ Entgegen Pudor (Fn. 18), 91.

¹⁹⁰ Von Heinrich Dörner/Stefan Hoffmann, NJW 1996, 153, 154. Eingehende kritische Auseinandersetzung damit von Egon Lorenz, VersR 1997, 773, 777 f.

¹⁹¹ Siehe z.B. Renger, VersR 1994, 753, 758; Egon Lorenz, VersR 1995, 616, 620; ders., ZVersWiss 1995, 103, 116; Achim Peters, DZWir 1997, 188, 191.

schem Verständnis, gebunden zu sein, resultieren mögen,¹⁹² lassen sich nicht durch eine Einpassung des § 5 a VVG vermeiden. Dieselben Schutzlücken könnten unabhängig davon begegnen, ob man wie hier schwebende Unwirksamkeit annimmt oder der konkurrierenden Lehre vom Rumpfvertrag¹⁹³ folgt. Schließlich vermag es kaum zu überzeugen, wenn man versucht, § 5 a VVG 1994 in eine Reihe mit §§ 305 II BGB; 2 AGBG zu stellen und daraus Schlüsse abzuleiten.¹⁹⁴ Sicherlich geht es beide Male um die Einbeziehung von AGB. Die Instrumentarien sind jedoch gänzlich anders gelagert. In §§ 305 II BGB; 2 AGBG fehlt jedes Gestaltungsrecht in der Hand des Vertragsgegners des AGB-Verwenders. Gerade um das Gestaltungselement geht es aber bei § 5 a VVG 1994.

d) Schwebende Unwirksamkeit und Notwendigkeit einer Genehmigungsfiktion

Für die Annahme schwebender Unwirksamkeit läßt sich schließlich der Wortlaut des § 5 a I 1 VVG 1994 ins Feld führen: Diesem zufolge gilt der Vertrag als abgeschlossen, wenn nicht binnen der Frist Widerspruch erfolgt. Der Gesetzgeber hat die Formulierung einer normativen Fiktion gewählt. Er legt damit dem Ablauf der Widerspruchsfrist die Funktion einer Genehmigung bei. Diese fingierte Genehmigung setzt die Erklärung des Verbrauchers rückwirkend mit ihrer Abgabe in Kraft.¹⁹⁵ Dies wäre überflüssig und nicht erklärlich, wenn die Erklärung des Versicherungsnehmers bereits vor Ablauf der Widerspruchsfrist (schwebend) wirksam wäre.¹⁹⁶ Allerdings ist zukünftig für Versicherungsverträge, die im Fernabsatz geschlossen werden, wegen Art. 5 RiLi 2002/65/EG eine Änderung veranlaßt.¹⁹⁷

2. Keine Lehre vom Rumpfvertrag

Die Annahme eines wirksamen Vertragsschlusses bereits durch Antrag und Annahme, aber beschränkt auf einen sogenannten Rumpfvertrag¹⁹⁸ ohne AVB,¹⁹⁹ wirft beachtliche und letztlich entscheidend gegen sie sprechende Folgeprobleme auf. Insbesondere kann sie nicht überzeugend erklären, weshalb der Widerspruch denn auch jenen nach ihrer Grundauffassung an sich ja wirksamen Vertrag wieder entfallen lassen soll.²⁰⁰ Unklar bleibt desweiteren, welchen Inhalt ein Rumpfvertrag denn bei Versicherungstypen haben sollte, die ihr Gepräge und ihre Ausgestaltung durch branchenübliche AVB erhalten.²⁰¹ Die Lehre

¹⁹² Vgl. Schwintowski, VuR 1996, 223, 239; Daniel F. Berg, VuR 1999, 335, 340.

¹⁹³ Eine Auseinandersetzung mit dieser Lehre erfolgt sogleich unter 2.

¹⁹⁴ So aber Pudor (Fn. 18), 90 f.

¹⁹⁵ LG Berlin 9.8.2001, VersR 2002, 695; Wandt (Fn. 178), 20 f.; Egon Lorenz, VersR 1995, 616, 620; Schimikowski, r+s 1996, 1, 4; ders. (Fn. 175), Rn. 44; Schirmer, VersR 1996, 1045, 1052; Reiff, VersR 1997, 267; Achim Peters, DZWir 1997, 188, 189; Römer/Langheid(-Römer) (Fn. 160), § 5 a VVG Rn. 26; Erich R. Prölss/Martin²⁶(-Jürgen Prölss) (Fn. 118), § 5 a VVG Rn. 10; BerlKomm(-Schwintowski) (Fn. 161), § 5 a VVG Rn. 78.

Anders Präve, ZfV 1994, 372, 381 f.

¹⁹⁶ Siehe Römer/Langheid(-Römer) (Fn. 160), § 5 a VVG Rn. 25; BerlKomm(-Schwintowski) (Fn. 161), § 5 a VVG Rn. 78 sowie Hoeren (Fn. 178), 1, 24.

¹⁹⁷ Hoeren (Fn. 178), 1, 85 f.

¹⁹⁸ Der inzwischen eingeführte Begriff stammt ursprünglich von Wandt (Fn. 178), 18.

¹⁹⁹ Dafür Heinrich Dörner/Stefan Hoffmann, NJW 1996, 153, 155; Edgar Hofmann, VersR 1997, 1257, 1258; ders. (Fn. 160), § 6 Rn. 5 g, 5 m sowie ders. (Fn. 178), 29 f.

²⁰⁰ Wandt (Fn. 178), 18 f.; Reiff, VersR 1997, 267, 270.

²⁰¹ Wolfgang Grimm (Fn. 160), § 3 b AUB Rn. 13.

vom Rumpfvertrag steht zudem kaum in Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben und dem Abgleich mit den disclosure duties des englischen Rechts als Vorbild der Richtlinienregelungen.²⁰² Außerdem spricht gegen sie der Vergleich mit dem österreichischen Recht, der gerade im versicherungsrechtlichen Bereich nahe liegt, weil das VVG gemeinsame Ausgangsbasis des deutschen wie des österreichischen Rechts ist: § 5 b II östVVG gewährt dem Versicherungsnehmer unter tatbestandlichen ähnlichen Voraussetzungen wie § 5 a VVG 1994 ein Rücktrittsrecht; weder in § 5 b I noch in § 5 b II östVVG findet sich eine Formulierung, die man in Richtung einer schwebenden Unwirksamkeit der Versicherungsnehmererklärung verstehen könnte. Der deutsche Gesetzgeber hat diese ihm bekannte Konstruktion in § 5 a VVG 1994 nicht übernommen, obwohl sie als Modell vor Augen stand und ihre Übernahme eine Divergenz von VVG 1994 und östVVG in diesem Detail vermieden hätte.²⁰³

IV. Widerrufsrecht und sogenanntes Rücktrittsrecht nach § 13 a UWG

1. Fehlbenennung als Rücktrittsrecht

Zumindest terminologisch fällt § 13 a UWG aus dem Rahmen. Er gewährt seinem Wortlaut nach kein Widerrufs-, sondern ein Rücktrittsrecht. Rücktrittsrechte gehören bei konsistenter und trennscharfer Terminologie in die Erfüllungsphase eines Rechtsgeschäfts, indem sie eine Möglichkeit zur Reaktion auf Ereignisse und Umstände eröffnen, welche der Begründung des Rechtsgeschäfts nachfolgen.²⁰⁴ Sie gehören hingegen bei richtiger Trennung in der Terminologie nicht in die Begründungs- und Abschlußphase. § 13 a UWG knüpft dagegen tatbestandlich an die Anbahnungsphase an und gehört deshalb nicht zum Erfüllungsstadium. Richtigerweise hätte der Gesetzgeber daher nicht von einem Rücktritts-, sondern von einem Widerrufsrecht sprechen müssen.

2. Vorteil der angeblichen Rücktritts- verglichen mit einer Widerrufskonstruktion?

Angeblich soll bei § 13 a UWG aber sogar ein Vorteil in der Abwendung von einer Widerrufs- hin zu einer Rücktrittskonstruktion liegen.²⁰⁵ Diese Kritik artikuliert indes ihre Stoßrichtung nur mittelbar. Sie richtete sich eigentlich gegen die spezifische Ausgestaltung des Widerrufsrechts nach dem Modell des § 1 HWiG aF. Ihr zentraler Kritikpunkt war die schwebende Unwirksamkeit des Vertrages nach diesem Modell vor Fristablauf und Ausübung des Widerrufsrechts.²⁰⁶ Schwebende Unwirksamkeit ist aber kein unabdingbares Charakteristikum für Widerrufsrechte. Nach dem Konzeptwechsel von §§ 1 HWiG; 7 VerbrKrG; 5 TzWrG zu §§ 355 I 1 BGB; 361 a I BGB aF und damit zur schwebenden Wirksamkeit ist dies unverkennbar. Die Bezeichnung als Widerrufsrecht hat der Gesetzgeber nämlich in §§ 355 I 1 BGB; 361 a I 1 BGB aF mit Recht beibehalten. Die Ausgestaltung des Widerrufsrechts im Detail und insbesondere in der Rechtsfolge verschiebt nicht die allgemeine materielle Grenzlinie zu Rücktrittsrechten: Rücktrittsrechte gründen auf Defekte

²⁰² Harald Herrmann, DSWR 1998, 282, 285 f.

²⁰³ Wandt (Fn. 178), 20 Fn. 45; siehe auch Präve, ZfV 1994, 374, 380.

²⁰⁴ Oben § 3 III.

²⁰⁵ Medicus, JuS 1988, 1, 3; auch ders., JuS 1990, 689, 691 mit Fn. 19.

²⁰⁶ Siehe Medicus, JuS 1988, 1, 3.

in der Vertragsausführung, Widerrufsrechte auf Defekte im Vertragsabschluß.²⁰⁷ Der angebliche Vorteil kann sich gar nicht zeigen, weil § 13 a UWG der Sache nach eben ein Widerrufs- und kein Rücktrittsrecht statuiert. Wer den angeblichen Vorteil behauptet, hat sich an der irreführenden Terminologie des Gesetzes orientiert und die Bezeichnung vor die Sache gestellt.

V. Widerrufsrecht nach §§ 23 KAGG; 11 AuslInvG

1. Grammatische, genetische und systematische Auslegung

Nach §§ 23 I Hs. 1 KAGG; 11 I Hs. 1 AuslInvG ist der Anteilserwerbende an seine auf den Anteilserwerb gerichtete Erklärung erst gebunden, wenn er sie nicht binnen einer Frist von zwei Wochen schriftlich widerruft. Damit ist zwar nicht ausdrücklich ausgeführt, daß seine Erklärung erst dann wirksam würde. Daraus²⁰⁸ und aus dem Vergleich mit dem Wortlaut der §§ 7 I VerbrKrG; 1 I HWiG aF einen Schluß gegen schwebende Unwirksamkeit der Verbrauchererklärung zu ziehen²⁰⁹ würde jedoch geringfügigen Differenzen im Wortlaut vorderhand zu großes Gewicht geben.²¹⁰ Angesichts gleicher Zielsetzungen und im Ansatz gleicher Technik mit einer cooling off-period für den Verbraucher wäre es zumindest kontraintuitiv.

a) Wortlaut

Seine Vertragserklärung soll den Verbraucher nicht binden. Sie entfaltet demnach während des Laufs der Widerrufsfrist keine Bindungswirkung. Ihr fehlt also solange die zentrale Wirkung einer Willenserklärung. Insofern ist sie wirkungslos. Zwischen schwebender Wirksamkeit mit Wirkungslosigkeit und schwebender Unwirksamkeit kann man sinnvollerweise kaum differenzieren.²¹¹ Die mangelnde Bindungswirkung gegen den Verbraucher, wie sie sich eindeutig aus dem Gesetzeswortlaut ergibt, spricht daher für schwebende Unwirksamkeit.²¹²

b) Vergleich mit §§ 7 I VerbrKrG; 1 I HWiG aF

Der Vergleich mit dem anders gestalteten Wortlaut der §§ 7 I VerbrKrG; 1 I HWiG aF wäre nur dann ein gewichtiges Argument, wenn der Gesetzgeber der §§ 23 I KAGG; 11 I AuslInvG bewußt von §§ 7 I VerbrKrG; 1 I HWiG aF abgewichen wäre. Dies ist er jedoch nicht. §§ 23 I KAGG; 11 I AuslInvG sind vielmehr ihrerseits die früheren Regelungen, und sowohl KAGG als auch AuslInvG wurden nicht zu einem Zeitpunkt reformiert, als §§ 7 I

²⁰⁷ Oben § 3 II, IV.

²⁰⁸ Wie *Philipps*, Handbuch des Auslands-Investmentsrechts (1970) 204; *Klunzinger*, ZRP 1970, 270, 271; *Holschbach*, Das Widerrufsrecht nach § 11 AuslandsInvestmG in seiner Anlegerschutzfunktion (1972) 98; *ders.*, NJW 1975, 1109, 1110.

²⁰⁹ So *Jürgen Baur*, Investmentgesetze I: Einl.; §§ 1-25 j KAGG² (1997) § 23 KAGG Rn. 29 sowie *Wolfgang Teske*, NJW 1991, 2793, 2796; *Gerd Krämer*, ZIP 1997, 93, 95 Fn. 19; *Peter Bülow*, ZIP 1999, 1293, 1295 und in der Tendenz *Stephan Lorenz* (Fn. 8), 57 Fn. 70; *Henrich*, FS Dieter Medicus (1999), 199, 206.

²¹⁰ Wie hier *Reiner*, AcP 203 (2003), 1, 5 f. und im Ergebnis *Hankel*, ZgesKredWesen 1968, 709, 710; *Palandt(-Heinrichs)*, BGB⁵⁹ (2000) Vor § 346 BGB Rn. 9.

²¹¹ Siehe schon oben I 2 a bb.

²¹² Ebenso *Reiner*, AcP 203 (2003), 1, 5; vgl. *Hankel*, ZgesKredWirt 1968, 709, 710; *Claussen*, Bank- und Börsenrecht (1996) § 2 Rn. 44 f.

VerbrKrG; 1 I HWiG aF hätten als Vorbilder dienen können. §§ 23 I KAGG; 11 I AuslInvG sind die ältesten verbraucherschützenden Widerrufsrechte überhaupt. Bei ihrer Abfassung hatte der Gesetzgeber noch keine einschlägigen Vorerfahrungen. Wenn überhaupt, dann wäre umgekehrt eine Auslegung der §§ 7 I VerbrKrG; 1 I HWiG aF aus dem Vergleich mit §§ 23 I KAGG; 11 I AuslInvG heraus denkbar gewesen, weil die älteren Bestimmungen den jüngeren als Vorbild gedient haben könnten.²¹³ Man kann sicherlich sagen, daß die Rechtsfolgenanordnung der §§ 1 I HWiG; 7 I VerbrKrG aF die klarere war. Aus dem Fehlen genau entsprechender Klarheit bei §§ 23 I KAGG; 11 I AuslInvG kann man aber keinen Rückschluß auf die Auslegung dieser Normen ziehen.

c) Genese und Vorarbeiten zu § 1 b AbzG

Für schwebende Unwirksamkeit spricht deutlich die Gesetzesgenese:²¹⁴ §§ 11 AuslInvG; 23 KAGG liegt – so die Materialien – die gleiche Interessenlage zugrunde wie der Gesetzesinitiative zur Einführung von § 1 b AbzG.²¹⁵ In Bezug genommen ist damit die damalige Initiative des Bundesrates,²¹⁶ die sich ihrerseits über Entwürfe²¹⁷ aus der 5. Legislaturperiode auf einen ersten Entwurf der SPD²¹⁸ noch aus der 4. Legislaturperiode zurückverfolgen läßt. Jener ursprüngliche Entwurf aber hatte Art. 226 c OR zum Vorbild²¹⁹ und sprach vom Wirksamwerden des Teilzahlungsvertrages.²²⁰

Der Gesetzgeber hat dann allerdings später bei § 1 b AbzG 1974, dem gesetzgebungstechnischen Vorbild der §§ 1 I HWiG; 7 I VerbrKrG aF, auf Erfahrungen mit §§ 23 I KAGG; 11 I AuslInvG zurückgegriffen und insoweit die dort gewählte Formulierung bewußt vermieden.²²¹ Jedoch hat dies, für § 23 I KAGG; 11 I AuslInvG keine Aussagekraft. Denn in keinem Fall rechtfertigte es aber eine gleichsam zurückwirkende Auslegung der älteren Normen aus der jüngeren heraus. § 1 b AbzG 1974 war keine authentische Interpretation der §§ 23 I KAGG; 11 I AuslInvG.

d) Vergleich mit §§ 158 I; 108 I; 177 I BGB

Ein Vergleich ist daneben mit Regelungen des BGB statthaft, denn die Formulierungen des älteren, schon existenten BGB konnten Formulierungshilfe für den Gesetzgeber des KAGG und des AuslInvG geben. §§ 158 I; 108 I; 177 I BGB helfen hier weiter,²²² obwohl sie sich nicht auf einzelne Erklärungen, sondern auf Rechtsgeschäfte beziehen. Für Rechts-

²¹³ Vgl. *Pudor* (Fn. 18), 79-81.

²¹⁴ *Pudor* (Fn. 18), 79-81.

²¹⁵ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes über den Vertrieb ausländischer Investmentanteile, über die Besteuerung ihrer Erträge sowie zur Änderung und Ergänzung des Gesetzes über Kapitalanlagegesellschaften, BT-Drs. 5/3494, 23.

²¹⁶ Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Änderung des Abzahlungsgesetzes, BT-Drs. 6/578.

²¹⁷ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Abzahlungsgesetzes, Fraktion der SPD, BT-Drs. 5/2309.

²¹⁸ Entwurf eines Gesetzes über Teilzahlungsverträge (Teilzahlungsgesetz), Fraktion der SPD, BT-Drs. 4/1895.

²¹⁹ *Certa* (Fn. 8), 18 f., 20 mwN.

²²⁰ § 9 S. 1 TeilzahlG SPD-E.

²²¹ Anlage 1 zu den Stenographischen Protokollen der 19. Sitzung des Rechtsausschusses des 7. Bundestages; MdB *Däubler-Gmelin*, Stenographisches Protokoll der 19. Sitzung des Rechtsausschusses des 7. Bundestages vom 7.11.1973.

Siehe *Certa* (Fn. 8), 80 f.; vgl. auch *Holschbach*, NJW 1975, 1109, 1110.

²²² *Gerlach*, NJW 1969, 1939, 1942.

geschäfte geht es um deren Wirksamkeit. Für Erklärungen muß es dementsprechend um deren Wirksamkeit und zentral um deren Bindungswirkung gehen. Ein Rekurs auf die Bindung durch eine Erklärung bezieht sich also zwingend auf deren Wirksamkeit. Vergleicht man dies mit dem Bezug auf die Wirksamkeit eines Rechtsgeschäfts insbesondere in § 158 I BGB, spricht dieser Vergleich wiederum für eine schwebende Unwirksamkeit der Verbrauchererklärung unter §§ 23 I KAGG; 11 I AuslInvG.²²³

2. Schluß aus der Rechtsfolgenreihe?

Die Alternative zu schwebender Unwirksamkeit soll die Umwandlung des wirksamen Vertrages in ein Abwicklungsverhältnis für den Widerrufsfall sein.²²⁴ Im Fall des Widerrufs komme ex tunc kein Vertrag zustande, während der Kaufvertrag bei Ausbleiben des Widerrufs von Anfang an wirksam sei.²²⁵ Bei Widerruf stünden die Parteien so, als hätten sie den Vertrag nicht geschlossen.²²⁶ Die Rechtsfolgen würden nach diesem alternativen Modell jenen der Anfechtung gleichen, nicht aber jenen der anderen verbraucherschützenden Widerrufsrechte. Bis zum Widerruf, der ja ex tunc wirken soll, müßte man unter diesem Modell Erfüllungsansprüche bejahen. Dafür ließe sich immerhin eine gewisse Stütze aus der Rechtsfolgenanordnung der §§ 23 IV KAGG; 11 IV AuslInvG gewinnen, die eben keine eigentliche Rückabwicklung, sondern eine Art gesetzlichen Rückkaufs zum Zeitwert der Anteile vorschreiben. Diese eigenständige wie eigentümliche und im übrigen Verbraucherschutzrecht keine Parallele findende Rechtsfolgenanordnung kann jedoch unabhängig davon bestehen bleiben, ob der Vertrag vor dem Widerruf schwebend unwirksam oder wirksam war. Hier hilft der Vergleich mit § 3 IV HWiG aF. Dort wurde auch ein eigenes Rechtsfolgenregime angeordnet, während der Vertrag vor dem Widerruf schwebend unwirksam war²²⁷ und gerade keine Erfüllungsansprüche generiert hatte.²²⁸ Schließlich kann auch der im weitesten Sinne spekulative Charakter der von KAGG und AuslInvG erfaßten Geschäfte kein Argument für die Annahme schwebender Wirksamkeit sein.²²⁹ Im Gegenteil verstärkt schwebende Unwirksamkeit während der Widerrufsfrist sogar noch den Spekulationscharakter und den erwünschten Erziehungseffekt gegen die Anbieterseite.

VI. Widerrufsrecht nach § 4 I FernUSG

1. Schwebende Wirksamkeit vor Widerruf

Das Widerrufsrecht nach § 4 I FernUSG ist von dem Zeitpunkt, an welchem der Vertrag zustandekommt, vollkommen unabhängig.²³⁰ Es berührt vielmehr das Verwendungsrisiko des Teilnehmers hinsichtlich des Leistungsgegenstands.²³¹ Zwar wird die „materielle Ent-

²²³ Gerlach, NJW 1969, 1939, 1942.

²²⁴ So Jürgen Baur (Fn. 209), § 23 KAGG Rn. 29; Pudor (Fn. 18), 79 sowie Hadding, FS Hans Erich Brandner (1996), 207, 214.

²²⁵ So Jürgen Baur (Fn. 208), § 23 KAGG Rn. 29; Pudor (Fn. 18), 79; wohl auch Klaus Beckmann/Rolf-Detlev Scholtz, Investment (Losebl. 1970 ff.) § 23 KAGG Rn. 12 (Dez. 1969).

²²⁶ Klaus Beckmann/Rolf-Detlev Scholtz (Fn. 225), § 23 KAGG Rn. 12 (Dez. 1969).

²²⁷ Oben I 1.

²²⁸ Oben I 2.

²²⁹ So aber Pudor (Fn. 18), 80 f.

²³⁰ Heinbuch (Fn. 121), 189.

²³¹ Bühler, Fernunterrichtsvertrag und Fernunterrichtsschutzgesetz (1984) 140.

schließungsfreiheit“ des Teilnehmers geschützt.²³² Dieser Schutz erfolgt jedoch nicht mit Blick auf eine Überrumpelungssituation vor Vertragsschluß, sondern wesentlich mit Blick auf die Tauglichkeit der Erfüllungsleistung für die Zwecke des Teilnehmers. Um den Vertragsgegenstand prüfen zu können, muß der Verbraucher diesen aber in Händen halten. Dazu bedarf er eines (zumindest vorläufigen) Erfüllungsanspruchs. Mit vollständiger schwebender Unwirksamkeit des Vertrages ließe sich dies nicht in Einklang bringen. Vielmehr muß der Vertrag schwebend wirksam sein, auflösend bedingt durch die Ausübung des Widerrufsrechts.²³³ Die Widerrufsfrist ist der Sache nach weitgehend eine Probefrist.²³⁴ Durch seine gesetzliche Ausgestaltung rückt der Fernunterrichtsvertrag neben den Kauf auf Probe nach §§ 454 BGB; 495 BGB aF.²³⁵ Allerdings soll letzterer nach §§ 454 I 2 BGB; 495 I 2 BGB aF im Zweifel aufschiebend bedingt sein, weist also die genau umgekehrte Konstruktion zur auflösenden Bedingung beim Fernunterrichtsvertrag auf. Parallele ist für den Fernunterrichtsvertrag daher vielmehr das richtig verstandene Rückgaberecht im Versandhandel.²³⁶

2. § 4 I FernUSG als Rücktrittsrecht?

Das Widerrufsrecht nach § 4 I FernUSG wird teilweise als besonderes gesetzliches Rücktrittsrecht ohne eigentliche leistungsstörungsrechtliche Voraussetzungen eingeordnet.²³⁷ Daß die Rückabwicklung unter dem FernUSG sich nicht nach §§ 346 ff. BGB richtet, ist in der Tat kein durchschlagendes Argument dagegen.²³⁸ Denn ein Rücktrittsrecht liegt nicht nur dann vor, wenn sich die Rechtsfolgen nach §§ 346 ff. BGB richten. Dem Gesetzgeber ist es unbenommen, verdrängende Spezialregeln zu §§ 346 ff. BGB zu implementieren, ohne daß sich dadurch am Charakter des ausgeübten Rechts etwas ändern mußte. Trennt man Widerrufs- und Rücktrittsrechte danach, ob sie an Tatbestände in der Abschlußphase anknüpfen oder auf dem Abschluß nachfolgende Entwicklungen reagieren, so gehört § 4 I FernUSG jedoch in die Vertragsabschlußphase. Er reagiert nicht auf nachfolgende Entwicklungen. Denn der Widerruf steht im Belieben des Teilnehmers. Er setzt eben nicht voraus, daß das Unterrichtsmaterial für die Zwecke des Teilnehmers nicht tauglich ist. Dies wird zwar im Normalfall Motiv für den Widerruf sein. Jedoch ist es keineswegs zwingend. Der Teilnehmer ist nicht gehindert zu widerrufen, weil er bei nochmaliger Überlegung die finanzielle Belastung durch den Unterrichtsvertrag scheut. Er ist nicht gehindert zu widerrufen, weil er inzwischen bemerkt hat, daß es ihm an der nötigen Zeit fehlt. Er ist nicht gehindert zu widerrufen, weil er sich bei Abgabe seiner Erklärung in einer Situation befunden

²³² *Faber/Schade* (Fn. 121), § 4 FernUSG Rn. 2; *Harm Peter Westermann* (Fn. 37), 1, 47; *Bühler* (Fn. 231), 140.

²³³ Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht, BT-Drs. 7/4245, 15, 26, 33; *Heinrich Dörner*, BB 1977, 1739, 1743; *Vulpus*, in: Das Deutsche Bundesrecht (Losebl. 1949 ff.) VIII A 46 § 4 FernUSG Anm. 1 (Juli 1979); *Faber/Schade* (Fn. 121), § 4 FernUSG Rn. 4; *Eberhard Jung*, ZRP 1981, 137, 138; *Harm Peter Westermann* (Fn. 37), 1, 47; *Heinbuch* (Fn. 121), 189; *Wienands*, Der private Unterrichtsvertrag (1996) 36; *Stephan Lorenz* (Fn. 8), 204; *Peter Bülow*³ (Fn. 48), Art. 4 VerbrKrG Rn. 4; *ders.*, ZIP 1999, 1293, 1295; *Gernhuber*, WM 1998, 1797, 1804; *Pudor* (Fn. 18), 84; *Certa* (Fn. 8), 119.

²³⁴ *Bühler* (Fn. 231), 140; auch *Vulpus* (Fn. 233), VIII A 46 § 4 FernUSG Anm. 1 (Juli 1979).

²³⁵ Siehe *Eberhard Jung*, ZRP 1981, 137, 141; *Bühler* (Fn. 231), 261 Fn. 329.

²³⁶ Zu diesem eingehend § 42 III 1.

²³⁷ So *Heinbuch* (Fn. 121), 190; *Hadding*, FS Hans Erich Brandner (1996), 207, 214.

²³⁸ Anders erstaunlicherweise *Heinbuch* (Fn. 121), 190.

hat, die voller Rationalitätseinfaltung entgegenstand. Die Einordnung als Rücktrittsrecht ist daher nicht zu begründen, wenn man einen materiellen Rücktrittsbegriff vertritt. Sie würde allerdings verständlich, wenn man Widerruf und Rücktritt danach abgrenzte, ob der Vertrag vor der Gestaltungserklärung des Erklärenden schwebend unwirksam ist (dann Widerruf) oder schwebend wirksam (dann Rücktritt). Dabei handelt es sich um einen rein formellen Rücktrittsbegriff.

3. Zeitliche Wirkung des Widerrufs

a) Grammatische Interpretation

Die zeitliche Wirkung des fernunterrichtsrechtlichen Widerrufs ist nicht auf den ersten Blick klar: Wirkt er nur *ex nunc*²³⁹ oder vielmehr *ex tunc* zurück auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses²⁴⁰? Vorherrschend ist die zweite Ansicht. Sie kann sich zuvörderst auf den Wortlaut des Gesetzes stützen. Diesem zufolge ist der Teilnehmer nicht an seine Erklärung gebunden, ohne daß dabei eine zeitliche Differenzierung vorgenommen würde. Der Teilnehmer soll von Nachteilen jedweder Art freigehalten werden und darf deshalb in keiner Weise durch den Vertrag verpflichtet werden.²⁴¹ Jedoch kann man § 4 I FernUSG auch als besondere Anordnung für die Schwebezeit lesen, ohne daß in diese ein rückwirkender Eingriff erfolgen müßte. Der Vertrag verpflichtet während dieser Schwebezeit nur den Unternehmer, während für den Teilnehmer keine Verpflichtungen entstehen. Leistungspflichten des Verbrauchers entstehen erst mit ereignislosem Verstreichen der Widerrufsfrist und der endgültigen Validierung des Vertrages, sind also im weitesten Sinne verhaltens-, durch den Nichtwiderruf aufschiebend bedingt. Dies ist in sich durchaus konsistent. Ähnlich verhält es sich beim Kauf auf Probe, wo ebenfalls eine einseitige Leistungsverpflichtung des Verkäufers besteht, die durch spätere Nichtbilligung seitens des Käufers nicht entfällt.

b) Teleologische und konzeptionelle Interpretation

Man darf keinesfalls so weit gehen, daß der Vertrag vor dem Widerruf als vollständig unwirksam zu behandeln wäre. Denn damit geriete man in die Not, erklären zu müssen, welchen Anspruch der Teilnehmer denn auf die Überlassung des Lehrmaterials zur Ansicht und Probe hätte. Dieser Anspruch ist aber prägend für die Phase noch nicht endgültig feststehender Rechtsbeziehungen. Gerade nach der gesetzlichen Konzeption soll der Teilnehmer das Lehrmaterial erhalten und es prüfen können; erst nach dieser Prüfung soll er seine endgültige Entscheidung treffen. Den Teilnehmer für die Übersendung des Lehrmaterials zur Prüfung auf eine unvollkommene Verbindlichkeit, Kulanz des Anbieters oder die Überlegung, der Anbieter handele zweckrational, indem er sein Eigeninteresse an der Wirksamkeit des Vertrages durch Übersenden des Lehrmaterials befördere, zu verweisen desavouiert das Gesamtkonzept. Zumindest die einseitige vorläufige Leistungspflicht des Anbieters darf daher durch den Widerruf nicht rückwirkend entfallen, weil man anderenfalls unnötigerweise auf Hilfskonstruktionen ausweichen müßte. Rückwirkende Unwirksamkeit ist nicht nötig, um den Teilnehmer wirksam zu schützen. Denn zu Folge der besonderen ge-

²³⁹ So *Faber/Schade* (Fn. 121), § 4 FernUSG Rn. 14.

²⁴⁰ So *Heinrich Dörner*, BB 1977, 1739, 1743; *Heinbuch* (Fn. 121), 190; wohl auch *Stephan Lorenz* (Fn. 8), 57 (Parallele zum Recht der Willensmängel).

²⁴¹ *Heinbuch* (Fn. 121), 190.

setzlichen Anordnung entfaltet dessen Vertragserklärung vor dem Widerruf keine weitergehenden Wirkungen und verpflichtet ihn nicht. Im übrigen liegt eine bloße ex nunc-Wirkung auf einer Linie damit, daß richtigerweise auch unter § 355 I BGB ein Widerruf nur ex nunc wirkt.²⁴²

§ 6 Widerruf einseitiger Erklärung

I. Grundsätzliches

Bestimmte einseitige Rechtsgeschäfte erklärt der Gesetzgeber bereits für bindend. Wer eine Erklärung abgibt, die ein solches einseitiges Rechtsgeschäft begründet, ist bereits an seine Erklärung gebunden. Es bedarf keiner Antwort oder keines sonstigen Mitwirkungsaktes einer Gegenpartei, um die Bindungswirkung zu erzeugen. Hier setzt die Bindung des Erklärenden also zeitlich früher an. Andererseits ist zu überlegen, ob in solchen Fällen, in denen die Bindung auf einem einseitigen freiwilligen Versprechen beruht, dem Erklärenden eine größere Beseitigungskompetenz zuzugestehen ist. Die größere Freiheit, eingegangene Bindungen zu lösen, wäre eine Kompensation. Die Bindung beruht auf dem Willen des Erklärenden, sodaß der Erklärende die Autonomie haben könnte, durch kundgetane Willensänderung die Bindung zu beseitigen. Dem steht das Vertrauen des Rechtsverkehrs und eventueller Erklärungsadressaten entgegen. Empfänger der Erklärung können im Vertrauen auf die Bindung des Erklärenden an dessen Erklärung bereits Dispositionen getätigt haben. Insbesondere können sie vorbereitende Investitionen erbracht haben, um die vom Erklärenden aufgestellten Voraussetzungen zu erfüllen und in den Genuß der versprochenen Leistung des Erklärenden zu gelangen.

II. Widerruf bei einseitigen Verpflichtungserklärungen

Einseitige Verpflichtungserklärungen sind eine seltene Erscheinung. Mit ihnen geht der Erklärende ein großes Risiko ein, ohne dafür durch ein unmittelbar mit seinem Leistungsversprechen verknüpftes Gegenleistungsversprechen Ausgleich und Anreiz zu erhalten. Das Musterbeispiel für eine einseitige Verpflichtungserklärung ist die Auslobung. Den Widerruf einer Auslobung erlaubt § 658 I 1 BGB. Das Interesse des Auslobenden setzt sich wegen der nur einseitig verpflichtenden und damit bindenden Struktur durch, ohne daß dies durch ein entgegenstehendes Schutzinteresse des Rechtsverkehrs austariert würde.¹ Zugleich schlägt sich darin die historische Entwicklung nieder: Zunächst war eine pollicitatio, eine einseitiges Versprechen ohne Annahme durch eine Gegenseite, überhaupt nur in Ausnahmefällen statthaft.² Dieser Bereich wurde aber später insbesondere über § 771 sächsBGB erweitert, ohne daß der historische Gesetzgeber des BGB³ den Boden der Pollicitationstheorie hätte vollständig verlassen wollen.⁴ Genetisch ist § 658 I 1 BGB als Nor-

²⁴² Oben I 3.

¹ Siehe nur *Bengelsdorf*, LAGE § 611 BGB Aufhebungsvertrag Nr. 6 S. 11, 29 (Juli 1992).

² *Staudinger(-Wittmann)*, BGB, §§ 652-704 BGB¹³ (1995) Vor § 657 BGB Rn. 2.

³ Siehe Mot. II 522.

⁴ *Staudinger*¹³(-Wittmann) (Fn. 2), § 658 BGB Rn. 1.

mativierung eines natürlicherweise zu vermutenden Widerrufsvorbehalts zu verstehen.⁵ Der Auslobende soll nicht gegen seinen Willen zeitlich unbegrenzt an seine Auslobungserklärung gebunden sein. Das gesetzliche Widerrufsrecht ist insoweit ein Funktionsäquivalent zu der fehlenden Befristung der Auslobungserklärung. Bevor die erforderliche Handlung vorgenommen wurde, ist auf der anderen Seite keine wesentliche Investition erfolgt, die ein Widerruf frustrieren könnte. Mangels schützenswerten Vertrauens einer Gegenseite kann sich daher der Wille des Auslobenden durchsetzen.⁶

III. Testamentswiderruf

Das Testament verpflichtet den Testator zwar nicht zu Lebzeiten. Es entfaltet ihm gegenüber – anders als der zweiseitige Erbvertrag – keine rechtliche Bindungswirkung. Insofern paßt es eigentlich nicht in eine Reihe einseitig verpflichtender Rechtsgeschäfte. Es erzeugt keine unmittelbaren Rechtswirkungen. Vielmehr sind seine möglichen Wirkungen zeitlich hinausgeschoben auf einen zukünftigen Zeitpunkt, jenen des Todes des Testators. Vor diesem Zeitpunkt bestehen aber gewisse Vorwirkungen. Die testamentarisch Begünstigten haben immerhin eine konkretisierte Erbaussicht. Der Testator ist zwar nicht in dem Sinne gebunden, daß ihn – wie beim Erbvertrag aus § 2289 I 2 BGB – Unterlassungspflichten träfen. Sein Wort aber gilt, solange es nicht wieder fortgenommen ist. Es hat die Bestandswirkung jeder Willenserklärung. Als Willenserklärung ist es existent und kein rechtliches nullum. Es bedarf immerhin, aber auch nur eines weiteren Ereignisses, des Eintritts einer Rechtsbedingung, um Wirkungen zu haben. Die Besonderheit besteht dann darin, daß die Wirkungen nur Dritte, aber nicht den Erklärenden selbst treffen. Der erklärende Testator aber kann jederzeit seine testamentarische Erklärung frei widerrufen.

IV. Widerruf von Ermächtigungserklärungen

Einseitige Rechtsgeschäfte sind auch die Machtgeschäfte. In ihnen ermächtigt der Erklärende eine Person, mit Wirkung gegen ihn bestimmte Rechtshandlungen vorzunehmen, oder gibt dieser Person eine Rechtsmacht, welche diese ohne die Erklärung nicht hätte. Wie die Außenvollmacht zeigt, muß ermächtigte Person nicht der Erklärungsadressat der Ermächtigungserklärung sein. In die Kategorie der Machtgeschäfte im hier beschriebenen Sinne fallen die rechtsgeschäftliche Vollmacht, die Einwilligung, die Ermächtigung nach § 185 BGB und die Genehmigung. Sie zeichnen sich alle durch die Drittgerichtetheit der erteilten Rechtsmacht aus. Die erteilte Rechtsmacht entfaltet ihre Wirkungen im Verhältnis zu einem Dritten, einer anderen Person als dem Ermächtigten. Der Gesamtatbestand setzt sich aus der Ermächtigung und dem Rechtsgeschäft im Verhältnis zu dem Dritten zusammen. Man kann von einer Schwebelage, einer Pendenz, sprechen, solange eines der beiden Elemente dieses Gesamtatbestandes noch nicht vollendet ist und den Widerruf eines Machtgeschäftes insoweit durchaus als Pendenzwiderruf bezeichnen.⁷

⁵ Mot. II 522; Münchener Kommentar zum BGB(-Hans-Hermann Seiler), IV: §§ 607-704 BGB³ (1997) § 658 BGB Rn. 1.

⁶ MünchKomm³(-Hans-Hermann Seiler) (Fn. 5), § 658 BGB Rn. 1.

⁷ Düll, Zur Lehre vom Widerruf (1934) 16.

1. Widerruf einer Vollmacht nach § 168 S. 2 BGB

Nach § 168 S. 2 BGB kann der Prinzipal die von ihm erteilte Vollmacht grundsätzlich frei widerrufen. Speziell für die Vollmacht ist die historische Entwicklung als besonderes Moment anzuführen. Die Vollmacht wurde als Institut erst relativ spät vom Mandat abstrahiert. Das Mandat aber ist widerruflich. Daher lag es nahe, die Widerruflichkeit des Mandats auf die Vollmacht zu übertragen.⁸ Indes vermag dieser zweite Grund nicht zu überzeugen, soweit das Mandat kein unentgeltlicher Auftrag, sondern ein entgeltliches Geschäftsbesorgungsverhältnis ist. Schon gesetzteskonstruktiv findet im Bereich des § 675 BGB das Kündigungsrecht des Auftraggebers nach § 671 I Var. 1 BGB keine Anwendung. Dort müßten Interessen des Mandatierten, des Geschäftsführers, größere Bedeutung haben und den Willen des Mandatierenden stärker beschränken. Die Verknüpfung zwischen Mandat und Vollmacht weist insoweit in eine andere Richtung und vermag die Widerruflichkeit der Vollmacht nicht zu begründen. Einschränkungen der Widerruflichkeit, genauer: Widerrufssperren und Ausschluß der Widerruflichkeit,⁹ können sich aus einem Grundverhältnis der Vollmacht in jedem Fall ergeben.¹⁰ Andererseits ist wieder grundsätzlich richtig, daß das Bedürfnis für ein Widerrufsrecht hinsichtlich der Vollmacht bei der isolierten Vollmacht größer ist als bei der auf einem Grundverhältnis beruhenden.¹¹ Wegen der Wechselwirkung mit dem umfassenden Vollmachtsumfang und der daraus folgenden Belastung des Unternehmens nach §§ 49; 50 HGB stellt § 52 I HGB die Erteilung der Prokura jederzeit widerruflich.¹² Diese Regelung ist zwingend.¹³ Hier bestünde sonst in erheblichem Umfang die Gefahr einer partiellen Selbstentmündigung des Unternehmers.

2. Widerruf einer Einwilligung nach § 183 S. 1 BGB

a) Grundsatz der Widerruflichkeit

§ 183 S. 1 Hs. 1 BGB erlaubt grundsätzlich den Widerruf einer Einwilligung. Es besteht eine anlehrende Parallele zu § 168 S. 2 BGB.¹⁴ Sie erklärt sich zwanglos aus der engen Verwandtschaft von Einwilligung und Vollmacht.¹⁵ § 128 III KE¹⁶ sah für das Erlöschen

⁸ v. Tuhr, FS Paul Laband (1908), 43, 46.

⁹ Siehe nur BGH 13.5.1971, WM 1971, 956; Müller-Freienfels, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft (1955) 109; Staudinger(-Schilken), BGB, §§ 164-240 BGB¹⁴ (2001) § 168 BGB Rn. 13.

¹⁰ Näher dazu unten § 21 II 1 a aa.

¹¹ Wirtz, Der Widerruf im Bürgerlichen Gesetzbuch (Diss. Köln 1933) 13.

¹² BAG 26.8.1986, AP Nr. 1 zu § 52 HGB Bl. 2 = NJW 1987, 862; Schegelberger(-Georg Schröder), HGB II: §§ 48-104 HGB³ (1973) § 52 HGB Rn. 1; Staub(-Joost), HGB I: §§ 1-104 HGB⁴ (1995) § 52 HGB Rn. 23 (April 1991); Heymann(-Sonnenschein/Weitemeyer), HGB I: Einf.; §§ 1-104 HGB² (1995) § 52 HGB Rn. 3; Münchener Kommentar zum HGB(-Lieb/Peter Krebs), I: §§ 1-104 HGB (1996) § 52 HGB Rn. 1; Ebenroth/Boujong/Joost(-Klaus Werber), HGB I: §§ 1-342 a HGB (2001) § 52 HGB Rn. 1; Röhricht/Friedrich Graf v. Westphalen(-Claus Wagner), HGB² (2001) § 52 HGB Rn. 2.

¹³ RG 19.11.1890, RGZ 27, 35, 39; Staub⁴(-Joost) (Fn. 12), § 52 HGB Rn. 23 (April 1991); Heymann²(-Sonnenschein/Weitemeyer) (Fn. 12), § 52 HGB Rn. 4; Röhricht/Friedrich Graf v. Westphalen²(-Claus Wagner) (Fn. 12), § 52 HGB Rn. 4.

¹⁴ Oertmann, BGB Allgemeiner Teil³ (1927) § 183 BGB Anm. 2 (vor a); Staudinger¹⁴(-Gursky) (Fn. 9), § 183 BGB Rn. 7.

¹⁵ Siehe allgemein nur Mot. I 246; Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts II: Das Rechtsgeschäft³ (1979) 896 (§ 55).

¹⁶ Wiedergegeben in: Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert (Hrsg.), Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichten Quellen Allgemeiner Teil (§§ 1-240) 2. Tb. (1985) 950.

der Einwilligung sogar noch eine bloße Verweisung auf die Regeln über das Erlöschen der Vollmacht vor.¹⁷ Auf einen Änderungsantrag¹⁸ hin entschied die Vorkommission des Reichsjustizamtes, daß es besser sei, nicht zu verweisen, sondern den Inhalt der vollmachtsrechtlichen Regelung zu wiederholen.¹⁹

b) Gesetzliche Ausnahmen

Der Grundsatz des § 183 S. 1 Hs. 1 BGB erleidet neben den von § 183 S. 1 Hs. 2 BGB anerkannten Ausnahmen, die aus dem Grundverhältnis für die Einwilligung abzuleiten sind,²⁰ aber schon von Gesetzes wegen in einer Vielzahl von Vorschriften Ausnahmen. Diese Ausnahmen rühren von zwei unterschiedlichen rationes her.

aa) *Einwilligung als „unechte Vertragserklärung“.* Zum einen begeben Ausnahmen in Fällen, in denen es sich bei der Einwilligung der Sache nach um eine Art unechter Vertragserklärung handelt. Die Einwilligung wird dann zu einem zwar konstruktiv einseitigen Rechtsgeschäft eines anderen erteilt, dessen materielle Wirkungen jedoch auch den Erklärenden treffen. Hier besteht materiell ein Zweipersonenverhältnis, und die Einwilligung hat die volle Funktion einer Konsenserklärung. Eine Vertragserklärung kann aber nur engen Grenzen widerrufen werden. Die dahinter stehende Wertung ändert sich nicht, wenn sich die Konstruktion ändert und an die Stelle eines zweiseitigen Vertrages ein zustimmungspflichtiges einseitiges Rechtsgeschäft tritt. In diese Kategorie gehören die Widerrufsabschlüsse nach §§ 1516 II 4; 1517 I 2 (iVm § 1516 II 4); 2291 II Hs. 2 BGB. Jeweils liegen gleichsam unechte Ehe- oder Erbvertragsänderungsverträge vor. Die Konstruktion über letztwillige Verfügung einer Partei und Zustimmung der anderen Partei ist dem aequivalent.

Unterstützend läßt sich anführen, daß in diesen Fällen durch besondere Formvorschriften, nämlich §§ 1516 II 3; 1517 I 2 (iVm § 1516 II 3); 2291 II Hs. 1 BGB, die notarielle Beurkundung vorschreiben, für die Einwilligung erhöhter Übereilungsschutz gewährt wird und die erklärte Einwilligung deshalb erhöhte Richtigkeitsgewähr bietet. Der Erklärende hatte nach Beratung die Möglichkeit, Abstand zu nehmen von dem Vorhaben, eine Einwilligung zu erklären. Dies hat er nicht getan. Indes liegt der materielle Grund für den Widerrufsabschluß nicht darin, daß die Einwilligung in besonderem Maße formbedürftig ist.²¹

bb) *Klarheitsbedürfnis bei verfügungsrechtlichen Rechtsverschlechterungen.* Unwiderflich sind auch die Einwilligungserklärungen des Berechtigten bzw. des Eigentümers des grundpfandrechtlich belasteten Grundstücks zu Rechts- oder Rangverschlechterungen von Sachenrechten. Dies besagen §§ 876 S. 3 Hs. 2; 880 II 3 Hs. 2; 1071 I 2 Hs. 2; 1178 II 3 Hs. 2; 1183 S. 2 Hs. 2; 1245 I 3 Hs. 2; 1255 II 2 Hs. 2; 1276 I 2 Hs. 2 BGB und – durch eine § 876 S. 3 Hs. 2 BGB einschließende Verweisung auf § 876 BGB – §§ 877; 1116 II 3 Hs. 2 BGB. Hier steht das Klarheitsinteresse im Vordergrund.²² Die mögliche Verschlech-

¹⁷ Im Anschluß an Prot. I 3230.

¹⁸ Börner, Antrag Nr. 26 (13.1.1891) Punkt 21 (§ 127 a I 1 BGB-E), in: *Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert* (Fn. 16), 952.

¹⁹ Prot. RJA 108, in: *Horst Heinrich Jakobs/Werner Schubert* (Fn. 16), 953.

²⁰ Dazu § 21 II 1 a bb.

²¹ Insoweit gegen *Düll* (Fn. 7), 17.

²² Insoweit zutreffend *Düll* (Fn. 7), 17.

terung oder Beeinträchtigung des eigenen Rechts steht dem Erklärenden deutlich genug vor Augen, daß er alertisiert sein sollte. Er hat hinreichende Veranlassung, vor Erklärung der Einwilligung Rat einzuholen. Er hat aber vor allem hinreichende Veranlassung, die Einwilligung nicht leichtfertig oder vorschnell zu erklären. Der Eigennutz, der rationale Wille, den persönlichen Nutzen zu maximieren, ist ein starkes steuerndes Moment im Vorfeld der Einwilligungserklärung. Der Erklärende überwindet eine vergleichsweise hohe Barriere, bevor er die Einwilligung erklärt, und sendet damit ein Signal von erheblicher Stärke aus. Den nichtsdestoweniger notwendigen Schutz gegen eine Täuschung dergestalt, daß andere Beteiligte die Wirkungen der Einwilligungserklärung heruntergespielt haben, bietet § 123 I Var. 1 BGB. Schutz gegen Übervorteilung im Vorfeld der Erklärung ist also gewährleistet.

Andererseits ist gerade bei Einwilligungen in die Verschlechterung eigener Rechtspositionen die Gefahr besonders hoch, daß bei Zulassung eines Widerrufs der Erklärende anderen Sinnes würde und sich doch nicht mehr mit der Rechtsbeeinträchtigung einverstanden erklärte. Dieser erhöhten Gefahr des Sinneswandels aus naheliegenden eigennützigen Motiven steuern die Vorschriften über einen Widerrufsrechtsausschluß. Die anderen Beteiligten sollen eine tragfähige Grundlage für ihre Handlungen und Kalkulationen haben. Insbesondere soweit die Rechtsänderung Kosten verursacht, sollen diese nicht vorderhand durch einen Widerruf frustriert werden können. Dies wäre eklatante Ressourcenverschwendung und ineffizient. Besondere Förmlichkeit spielt dagegen für die ratio der hier relevanten Widerrufsrechtsausschlüsse keine Rolle;²³ dies erhellt schon daraus, daß die Abgabe der Einwilligungserklärung gegenüber behördlichen Adressaten in den einschlägigen Fällen, wenn sie denn überhaupt vorgesehen ist, fakultativ ist und disjunktiv neben der Abgabe gegenüber anderen Beteiligten steht.²⁴ Bei den mobiliarsachenrechtlichen Vorschriften, namentlich §§ 1071 I 2 Hs. 1; 1178 II 3 Hs. 1; 1245 I 3 Hs. 1; 1255 II 2 Hs. 1; 1276 I 2 Hs. 1 BGB ist die Einwilligung zudem nur demjenigen gegenüber abzugeben, der von ihr begünstigt wird.

3. Widerruf einer nach § 185 BGB erteilten Ermächtigung

Eine vorab erteilte Ermächtigung ist als Einwilligung grundsätzlich nach § 185 I iVm § 183 S. 1 BGB frei widerruflich. In eine rechtswirksame Auflassung wird regelmäßig eine konkludente Ermächtigung des Auflassungsempfängers zur Weiterveräußerung des Grundstücks an Dritte hineingelesen.²⁵ Auch diese Ermächtigung ist widerruflich.²⁶ Denn sie ist kein integraler Teil der Auflassung, sondern wird nur aus der Vornahme der Auflassung angesichts der typischen Interessenlage erschlossen und nimmt deshalb nicht an der Bindungswirkung der Auflassung teil.²⁷

²³ Tendenziell anders für § 876 S. 3 Hs. 2 BGB *Düll* (Fn. 7), 17.

²⁴ §§ 876 S. 3 Hs. 1 Var. 1; 880 II 3 Hs. 1 Var. 1; 1183 S. 2 Hs. 1 Var. 1 BGB und die Fälle, in denen auf § 876 BGB verwiesen wird.

²⁵ Siehe nur RG 7.3.1932, RGZ 135, 378, 382; BGH 28.10.1988, BGHZ 106, 1, 4 f.; 1.12.1988, BGHZ 106, 108, 112; 14.5.1992, NJW-RR 1992, 1178, 1180; *Staudinger*¹⁴(-Gursky) (Fn. 9), § 185 BGB Rn. 42 mwN.

²⁶ BayObLG 28.12.1972, BayObLGZ 1972, 397, 398; *Soergel(-Stürner)*, BGB XIV: §§ 854-984 BGB¹³ (2002) § 873 BGB Rn. 28; *Staudinger*¹⁴(-Gursky) (Fn. 9), § 185 BGB Rn. 43.

²⁷ *Staudinger*¹⁴(-Gursky) (Fn. 9), § 185 BGB Rn. 43.

4. Unwiderruflichkeit einer Genehmigung mangels Unsicherheit

Anders verhält es sich aber bei der Genehmigung. Diese wird per definitionem erteilt, nachdem das drittgerichtete Geschäft abgeschlossen worden ist. Bei ihr entsteht keine Schwebelage. Im Gegenteil dient die Genehmigung gerade dazu, eine zuvor von Rechts wegen bestehende Schwebelage zu beenden. Sie erreicht ihren Zweck unmittelbar und sofort. Sie ist eben der letzte Akt des Gesamtkomplexes. Der Erklärende hatte Gelegenheit, sich zu überlegen, ob er die Genehmigung aussprechen will. Er konnte den Genehmigungsgegenstand bis in dessen Details hinein beurteilen, eben weil dieser schon vorlag. Unsicherheiten bestehen daher auch nicht in der Beurteilungsbasis. Der Erklärende hatte hinreichende Gelegenheit, seine Entscheidung zu bedenken. Entscheidet er sich positiv zur Genehmigung, begründet dies erhöhte Richtigkeitsgewähr und damit eine schützenswerte und nicht entziehbare Position des Erklärungsadressaten. Aus diesen Gründen muß die erteilte Genehmigung unwiderruflich sein.²⁸ Systematisch läßt sich der Widerrufs Ausschluss zusätzlich auf einen Gegenschluß aus §§ 81 II 1; 168 S. 2, 3; 171 II; 658; 790; 1405 III; 2253 BGB stützen.²⁹

5. Widerruf einer Genehmigungsverweigerung?

Kein Machtgeschäft, sondern eigentlich dessen Gegenteil ist die Verweigerung einer Genehmigung.³⁰ Jedoch ist der Zusammenhang mit Machtgeschäften unverkennbar. Die Verweigerung, eine Genehmigung zu erteilen, lehnt es gerade ab, ein Machtgeschäft vorzunehmen. Die Verweigerung von Rechtsmacht ist eine (negative) Gestaltung. In ihrer Folge wird prinzipiell das Rechtsgeschäft, um dessen Genehmigung es geht, nach dem verallgemeinerungsfähigen Rechtsgedanken der §§ 415 II 1; 1366 IV BGB von Gesetzes wegen³¹ endgültig unwirksam. Die zuvor von Rechts wegen bestehende Schwebelage ist grundsätzlich beendet. Die Genehmigungsverweigerung soll nach ganz herrschender Ansicht³² unwiderruflich sein.³³ Der historische Gesetzgeber hat davon abgesehen, dies ausdrücklich zu

²⁸ Im Ergebnis übereinstimmend RG 9.11.1905, JW 1906, 9; 14.12.1932, RGZ 139, 118, 125-128; BGH 28.4.1954, BGHZ 13, 179, 187 = JZ 1954, 503 m. Anm. *Alfred Hueck*; 8.7.1956, BGHZ 21, 229, 234; 14.2.1989, BGHR BGB § 684 Satz 2 Widerruf der Genehmigung 1; 30.3.1994, BGHZ 125, 355, 358 = LM H. 9/1994 § 140 BGB Nr. 22 m. Anm. *Langenfeld*.

²⁹ RG 14.12.1932, RGZ 139, 118, 128.

³⁰ Gemeint ist hier nur die im Moment der Abgabe als endgültig zu verstehende Verweigerung, nicht ein nur vorläufig letztes Wort des Genehmigungsberechtigten unter Vorbehalt der Neuentscheidung (v. *Tuhr*, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts II/2 [1918] 246; *Oertmann* [Fn. 14], § 182 BGB Anm. 10; *Karsten Schmidt*, AcP 189 [1989], 1, 8; *Staudinger*¹⁴[-*Gursky*] [Fn. 9], § 182 BGB Rn. 26).

³¹ *Eltzbacher*, Das rechtswirksame Verhalten (1903) 185 f.; *Planck(-Flad)*, BGB I: Allgemeiner Teil¹⁴ (1914) § 184 BGB Anm. 3; *Oertmann* (Fn. 14), § 182 BGB Anm. 10; *Karsten Schmidt*, AcP 189 (1989), 1, 6; *Staudinger*¹⁴[-*Gursky*] (Fn. 9), § 182 BGB Rn. 25.

³² BGH 28.4.1954, BGHZ 13, 179, 187 = JZ 1954, 503 m. Anm. *Alfred Hueck*; 8.7.1956, BGHZ 21, 229, 234; 15.5.1963, NJW 1963, 1613, 1615; 14.10.1963, BGHZ 40, 156, 164; 15.6.1964, WM 1964, 878 f.; 24.2.1967, NJW 1967, 1272; 14.2.1989, NJW 1989, 1672, 1673; 18.6.1993, NJW 1993, 2525, 2526; 30.3.1994, BGHZ 125, 355, 358 (dazu *Holzhauser*, WuB IV A. § 1365 BGB 1.95, 1012); 1.10.1999, WM 1999, 2513 f. (dazu *Meder*, WuB IV A. § 141 BGB 1.00, 65); RG 9.11.1905, JW 1906, 9; 14.12.1932, RGZ 139, 118, 125; *Erman(-Palm)*, BGB I: §§ 1-853 BGB usw.¹⁰ (2000) § 184 BGB Rn. 1; *Staudinger*¹⁴[-*Gursky*] (Fn. 9), § 182 BGB Rn. 28 mit umfangreichen weiteren Nachweisen; *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs (2001) Rn. 1711.

³³ Im Ergebnis abweichend *Münzel*, NJW 1959, 601; *Palm*, Die nachträgliche Erteilung der verweigerter Genehmigung (1964) 48-110 (der op.cit., 37-41 die Genehmigungsverweigerung als solche allerdings

kodifizieren, und bevorzugte eine Entscheidung an Hand Prüfung des Einzelfalls,³⁴ ohne die für eine solche Prüfung einschlägigen Parameter näher aufzuführen oder nur anzu-
reißen.

a) Kein isolierter Widerruf der Genehmigungsverweigerung

Der Widerruf der Genehmigungsverweigerung allein schaffte keine zusätzliche Klärung. Im Gegenteil beseitigte er eine schon erreichte, zunächst als endgültig erscheinende Klärung und Beendigung des Schwebezustandes und brächte so den Schwebezustand wieder zurück.³⁵ Er erhöhte also nicht die Sicherheit, sondern verminderte diese. Insofern ginge er mit der ratio der Widerrufsrechte für Rechtsgeschäfte mit Drittbezug nicht nur nicht konform, sondern liefe dieser strikt zuwider. Denn eine Machtgeschäftserklärung kann der Erklärende nur widerrufen, soweit sich dies noch wesentlich in seiner Interessensphäre bewegt und die Machtgeschäftserklärung noch keine Wirkungen im Drittverhältnis gezeitigt hat. Eben nur, solange das Drittgeschäft nicht beeinträchtigt wird, gebührt den Interessen des Erklärenden der Vorrang. Diese Prämisse ist hier nicht gegeben. Daher kann ein isolierter Widerruf der Genehmigungsverweigerung in keinem Fall zugelassen werden.

b) Widerruf in Verbindung mit einer positiven Genehmigung

Damit ist der Stab über einen Widerruf der Genehmigungsverweigerung kombiniert mit einer positiven Genehmigung aber noch nicht endgültig gebrochen. Denn insoweit scheint der Sicherheitskoeffizient gleich. Nur der Inhalt der als solcher gegebenen und als endgültig gedachten Rechtslage würde sich ändern. Worauf es ankäme, scheint aber weniger die Rücknahme der negativen Gestaltung durch Widerruf, sondern vielmehr die positive Gestaltung durch die Genehmigung zu sein. Indes muß für die positive Gestaltung erst wieder Raum geschaffen werden, indem die negative Gestaltung aus dem Weg geräumt und wieder ein genehmigungsfähiges Objekt geschaffen wird. Die positive Gestaltung alleine ginge ins Leere. Sie bedarf des Grundes, welchen der Widerruf erst legen müßte. Insofern müßte ein statthafter Widerruf die erste Stufe sein. Die mit einer positiven Gestaltung verbundene Erlaubnis zum Widerruf würde gleichsam einen Unsicherheitszustand höherer Ordnung über dem (eigentlich) endgültig unwirksamen Drittgeschäft schaffen. Nachträgliche Validierung bleibt ein Unsicherheitsfaktor.³⁶ Der Erklärende kann jedenfalls seinen nun geänderten Willen den Parteien des zu genehmigenden Geschäftes nicht aufzwingen, wenn diese inzwischen von dem Geschäft Abstand genommen und ihre entsprechenden Vorhaltetitionen aufgelöst haben.³⁷ Richtigerweise sollte man bei einer rechtmäßig verweiger-
ten Genehmigung die Entscheidungskompetenz des Erklärenden mit der Verweigerung enden lassen und die Parteien des Drittgeschäftes, wenn sie denn an diesem festhalten wollen, entsprechend § 141 BGB auf den Weg eines Neuabschlusses verweisen, sobald der Erklä-

verbatim für unwiderruflich hält); differenzierend *Karsten Schmidt*, AcP 189 (1989), 1, 5-18; *ders.*, DNotZ 1990, 708, 709; *ders.*, JuS 1995, 102, 105.

³⁴ Mot. I 247.

³⁵ Siehe nur BGH 1.10.1999, WM 1999, 2513 f.

³⁶ *Karsten Schmidt*, AcP 189 (1989), 1, 5; *Erman(-Palm)*, BGB I: §§ 1-853 BGB usw.⁹ (1993) § 184 BGB Rn. 1; *Erman(-Palm)*, BGB I: §§ 1-853 BGB usw.¹⁰ (2000) § 184 BGB Rn. 1; Münchener Kommentar zum BGB(-*Schramm*), I: §§ 1-240 BGB; AGBG⁴ (2001) § 182 BGB Rn. 2.

³⁷ BGH 28.4.1954, BGHZ 13, 179, 187; *Flume* (Fn. 15), 901 (§ 56).