

Übungsklausur im Zivilrecht: Die neuen Leiden der Frau M

Von Wiss. Mitarbeiter **Tilman Schultheiß**, Leipzig

Sachverhalt

Frau Messner (M), eine Architektin, kauft am 3.8.2012 über das Internet per E-Mail von dem Elektronikhändler Krüger (K) ein Notebook zum Preis von 400,- €. Da die M über ein älteres Dienst-Notebook verfügt, ist das neue Notebook in erster Linie für die Bearbeitung von Urlaubsfotos vorgesehen. Allerdings beabsichtigt die M auch, das Notebook gelegentlich beruflich für Grafikprogramme einzusetzen, die hohe Systemanforderungen haben.

Eine Widerrufsbelehrung ist auf der Internetseite des K zu finden, die die M weder speichert noch ausdrückt. Ein Hinweis auf Wertersatz für Nutzungen oder Verschlechterung ist nicht enthalten. Eine separate Belehrung über das Widerrufsrecht ist zu dieser Zeit nicht erfolgt.

Nach der Lieferung am 10.8.2012 befolgt die M die Installationsschritte und richtet das Notebook für den Gebrauch ein. In der Folgezeit installiert die M unter anderem ein Programm für Fotobearbeitungen und beginnt die Bilder (insgesamt 3.000) der vergangenen Reisen zu archivieren und entsprechend zu bearbeiten.

Am 9.9.2012 kommt es trotz üblicher Sorgfalt der M bereits zu einem Defekt des Displays, der den weiteren Gebrauch unmöglich macht. M teilt dem K am 10.9.2012 den Defekt mit. K lehnt eine Beseitigung des Defekts allerdings ab. Schließlich sei das Display bei Lieferung offensichtlich noch völlig in Ordnung gewesen, so dass dies jetzt allein das Problem der M sei. Am 13.9.2012 erhält die M ein Schreiben des K, in dem dieser ordnungsgemäß über ihr Widerrufsrecht hinsichtlich des Vertrages vom 3.8.2011 belehrt. Darin enthalten sind auch Hinweise zu Wertersatz für Nutzungen und wegen der Verschlechterung des Gegenstandes.

Mit am 15.10.2012 an den K versandter und am 16.10.2012 zugegangener E-Mail teilt M ihm mit, dass sie den Vertrag sofort beende. Dabei bietet sie dem K das Notebook Zug um Zug gegen Rückzahlung des gezahlten Kaufpreises i.H.v. 400,- € an.

K entgegnet, der M stünden keinerlei Rechte zu. Insbesondere ein Widerruf sei verfristet. Zumal die Widerrufsbelehrung auf der Internetseite seit der Reform des Widerrufsrechts 2011 den gesetzlichen Anforderungen genüge. Selbst wenn dem nicht so sei, gälten für den Online-Handel bekanntlich Privilegierungen. Außerdem wendet er ein, dass M, soweit das Gericht einen Widerruf entgegen der Rechtslage für gültig erachte, ihm für ihre Nutzung des Notebooks für über einen Monat auf jeden Fall Wertersatz zu leisten habe. Außerdem habe sich das Notebook allein durch die Ingebrauchnahme im Wiederverkaufswert erheblich gemindert. Auch diese Werteinbuße habe selbstverständlich die M zu tragen. Letztlich müsse die M auch Ersatz für das defekte Display leisten.

M beauftragt einen Rechtsanwalt mit der Untersuchung der Rechtslage.

Aufgabe

Verfassen Sie das Gutachten des Rechtsanwalts.

Bearbeitungsvermerk

Die allgemeinen und besonderen Informationspflichten hat K erfüllt.

Abwandlung

Die M hat den Kaufpreis nicht gezahlt und den Vertrag noch nicht widerrufen. Eine Widerrufsbelehrung durch K ist nicht erfolgt. Der K hat die M auf Zahlung des Kaufpreises verklagt und in erster Instanz durch Endurteil obsiegt. Rechtsmittel hat die M gegen das Urteil innerhalb der Rechtsmittelfrist nicht eingelegt. Nachdem der M die Vollstreckung droht, besinnt sie sich auf ihr Widerrufsrecht.

Frage

Kann die M so die Vollstreckung noch abwenden?

Lösungshinweis

Die Klausur auf dem Niveau der Ersten Juristischen Staatsprüfung behandelt in ihrem materiell-rechtlichen Teil klassische Fragen des Wertersatzes nach Ausübung des Widerrufsrechts. In einem anspruchsvollen prozessualen Teil geht es um Probleme der Präklusion nach § 767 Abs. 2 ZPO, wobei gute Kenntnisse über die materielle Rechtskraft vorausgesetzt werden.

Grundfall

I. Hinweis zur Vorüberlegung

Denkbare Ansatzpunkte für die Geltendmachung von Rechten durch die M sind einerseits das kaufrechtliche Gewährleistungsrecht und andererseits das Widerrufsrecht. Die Deutung der Beendigungserklärung der M als Rücktritt aufgrund eines Sachmangels (§§ 437 Nr. 2, 323, 349 BGB) ist zwar denkbar. Eine Fristsetzung wäre hier nach § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB sogar entbehrlich. Allerdings müsste die M dann aufgrund von § 363 BGB beweisen, dass der behauptete Mangel (§ 434 BGB) zur Zeit des Gefahrübergangs vorgelegen hat.¹ Das wird nicht gelingen, da offensichtlich ist, dass mit einem bereits bei Gefahrübergang defekten Display nicht zu arbeiten gewesen wäre. Auch die Vermutung des § 476 BGB hilft ihr nicht weiter, wenn der Rechtsanwalt, wie dies die anwaltliche Vorsicht gebietet, die höchstrichterliche Rechtsprechung berücksichtigt. Demnach wird durch § 476 BGB nämlich nur eine zeitliche Vermutung dergestalt aufgestellt, dass der konkrete Mangel (defektes Display) zur Zeit des Gefahrübergangs vorlag.² Diese Vermutung ist allerdings leicht zu widerlegen, da im Falle ihres Zutreffens nicht plausibel ist, dass die M das Notebook während der gesamten Zeit genutzt hat. Eine Vermutung in sachlicher Hinsicht dahingehend, dass der aktuelle Mangel auf einem Grundmangel basiert, wird von § 476 BGB nicht

¹ S. Faust, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 25, Stand: 1.3.2011, § 434 Rn. 119.

² S. BGH NJW 2004, 2299; BGH NJW 2005, 3490 (3491); BGH NJW 2009, 580.

getragen.³ Damit ist ein Vorgehen aus Gewährleistungsrecht nicht erfolversprechend, weshalb auch der Rechtsanwalt davon absehen sollte.

Zu prüfen ist daher, ob der M ein Widerrufsrecht zustand und sie den Widerruf wirksam erklärt hat. Im Anschluss ist zu fragen, ob K die behaupteten Ansprüche auf Wertersatz wegen der Verschlechterung und der gezogenen Nutzungen zustehen.

II. Widerrufsrecht

Ein Widerrufsrecht der M könnte sich aus §§ 312d Abs. 1 S. 1 i.V.m. 312b BGB ergeben.

1. Fernabsatzvertrag

Dann müsste es sich um einen Fernabsatzvertrag handeln. Die Definitionsmerkmale des Fernabsatzvertrages beinhaltet § 312b BGB.

a) Lieferung von Waren

Es müsste sich vorliegend um einen Vertrag über die Lieferung von Waren handeln, § 312b Abs. 1 S. 1 BGB. Unter Waren sind alle beweglichen Güter zu verstehen,⁴ mithin auch das erworbene Notebook.

b) Verbraucher und Unternehmer

Der Vertrag müsste zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer geschlossen worden sein. Wann dies der Fall ist, richtet sich nach §§ 13, 14 BGB. Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, § 13 BGB. Die M müsste also privat gehandelt haben.

Hinweis: Dafür trägt M, da sie sich auf eine für sie günstige Norm beruft (§ 312d Abs. 1 BGB), die Beweislast nach allgemeinen Grundsätzen.

Privat sind alle Geschäfte, die der Daseinsvorsorge, dem Urlaub, der Freizeitgestaltung, sportlicher Betätigung oder ähnlichen Zwecken dienen.⁵ Entscheidend ist dabei, was die objektiv zu ermittelnde Zwecksetzung bei Abschluss des Geschäfts war.⁶ Der innere Wille des Handelnden ist also nicht ausschlaggebend. Zwar lagen hier keinerlei Umstände vor, aus denen der K hätte entnehmen können, ob das Notebook zu privaten oder unternehmerischen Zwecken erworben werden sollte. Dies wird auch in der Regel so sein, da die meisten Gegenstände potenziell sowohl zu privaten als auch zu unternehmerischen Zwecken eingesetzt werden können.

Lässt sich bei neutralen Geschäften anhand der äußeren Umstände nicht ermitteln, welcher Tätigkeit das Geschäft zuzuordnen ist, sind eindeutige Hinweise darauf erforderlich, dass auch ein unternehmerischer Einsatz bezweckt wird.⁷ Dies ergibt sich aus der negativen Formulierung des § 13 BGB. Demnach ist bei einem Vertragsschluss mit einer natürlichen Person grundsätzlich von deren Verbrauchereigenschaft auszugehen. Eine andere Beurteilung ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass die M Architektin ist; der Verbraucherbegriff ist kein statischer, so dass es darauf ankommt, in welcher Funktion die natürliche Person jeweils handelt.

Hinweis: Juristische Personen und rechtsfähige Personengesellschaften können nach dem Wortlaut des § 13 BGB jedoch nie Verbraucher sein. Hier gilt ein statischer Unternehmerbegriff.

Etwas anderes ergibt sich jedoch daraus, dass die M neben der privaten Zwecksetzung (Bildbearbeitung) auch berufliche Zwecke verfolgte (Grafikprogramme). Das rechtsgeschäftliche Handeln der M ist daher sowohl der privaten als auch der beruflichen Sphäre zurechenbar. Diese Konstellation wird als dual use bezeichnet. Ob hier privates oder unternehmerisches Handeln anzunehmen ist, wird unterschiedlich beurteilt. Nach einer Auffassung liegt dann stets privates Handeln vor.⁸ Dahinter steht die ergebnisorientierte Überlegung, dass Verbraucher immer schutzwürdig sind und diese Stellung auch nicht durch teilunternehmerisches Handeln entfallen soll. Nach anderer Ansicht soll stets eine Unternehmereigenschaft angenommen werden.⁹ Die Schutzbedürftigkeit entfalle, sobald unternehmerisches Handeln ins Spiel kommt, da dieses durch Geschäftserfahrung gekennzeichnet ist. Wieder andere wollen auf den Schwerpunkt des Einsatzes abstellen.¹⁰ Den beiden erstgenannten Positionen wohnt ein Zirkelschluss inne: Soll beurteilt werden, ob insgesamt Verbraucher- oder Unternehmereigenschaft vorliegt, kann dafür nicht schon auf Kriterien zurückgegriffen werden, durch die diese Rollen gekennzeichnet sind (Schutzbedürfnis, Geschäftserfahrung). Für die letztgenannte Ansicht spricht, dass die EU-Kommission frühere Überlegungen dahingehend verworfen hat, dass die Verfolgung beruflicher Zwecke zum Ausschluss von Verbraucherrechten führt.¹¹ Deshalb ist eine Bestimmung je nach Schwerpunkt als flexible Lösung vorzugswürdig. Der Schwerpunkt liegt hier auf dem Handeln zu privaten Zwecken, so dass M nach hier vertretener Ansicht als Verbraucherin i.S.d. § 13 BGB anzusehen ist.

K müsste zudem als Unternehmer gehandelt haben. Unternehmer ist eine natürliche oder juristische Person oder eine

³ A.A. etwa Lorenz, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 476 Rn. 4.

⁴ Schmidt-Räntsch, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 25, Stand: 1.11.2011, § 312b Rn. 20.

⁵ Schmidt-Räntsch (Fn. 4), § 13 Rn. 9.

⁶ Weick, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2004, § 13 Rn. 42.

⁷ BGH NJW 2009, 3780 (3781).

⁸ Micklitz, in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 3), § 13 Rn. 44.

⁹ Jauernig, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2011, § 13 Rn. 3.

¹⁰ Weick (Fn. 6), § 13 Rn. 47; Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 13 Rn. 4.

¹¹ S. Matusche-Beckmann, in: Staudinger, Kommentar zum BGB (Fn. 6), § 474 Rn. 5.

rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt, § 14 BGB. K handelte als Elektronikhändler und damit gewerblich. Er ist daher Unternehmer.

c) Fernkommunikationsmittel

Der Vertrag müsste des Weiteren unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln zustande gekommen sein. Der Begriff der Fernkommunikationsmittel ist in § 312b Abs. 2 BGB definiert. Der Vertrag wurde durch E-Mail ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien geschlossen. Der Abschluss erfolgte auch unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln, da sich die M zu keinem Zeitpunkt zwischen Aufnahme der Verhandlungen und endgültigem Abschluss physisch zum K begab.

d) Vertriebssystem für Fernabsatz

Dass der Vertrag nicht i.R.e. für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystems abgeschlossen wurde (§ 312b Abs. 1 S. 1 BGB a. E.), ist nicht erkennbar.

Hinweis: Dies müsste außerdem der K darlegen und im Bestreitensfall beweisen.

2. Ergebnis

Es handelt sich um einen Fernabsatzvertrag i.S.d. § 312b. Es liegt auch kein Fall des § 312b Abs. 3 BGB vor.

Hinweis: Die Beweislast für einen Fall des § 312b Abs. 3 BGB trägt wiederum der Unternehmer.¹²

Ein Widerrufsrecht besteht daher.

II. Widerrufserklärung

1. Inhalt und Form

Die M müsste zudem einen Widerruf erklärt haben, § 355 Abs. 1 S. 2 BGB. Dies ist durch Auslegung nach den §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Ein objektiver Empfänger aus Perspektive des K konnte auch erkennen, dass die M widerrufen wollte. Durch die Formulierung, die M wolle den Vertrag beenden, hat sie zum Ausdruck gebracht, dass sie sich von der vertraglichen Bindung lösen will. Die explizite Verwendung des Begriffs „Widerruf“ ist nicht erforderlich.¹³

Zudem müsste der Widerruf formgerecht, d.h. in Textform erklärt worden sein, §§ 355 Abs. 1 S. 2, 126b BGB.¹⁴ Für die Wahrung der Textform genügt auch ein elektronisches Dokument ohne qualifizierte Signatur (arg. e contrario § 126a Abs. 1 BGB). Eine E-Mail ist auch zur dauerhaften Wiedergabe i.S.d.

§ 126b BGB geeignet, da sie beim Provider des Empfängers gespeichert wird.

2. Widerrufsfrist

Die M müsste die Widerrufsfrist gewahrt haben.

a) 14-Tagesfrist

Die Widerrufsfrist beträgt 14 Tage, wenn dem Verbraucher bei Vertragsschluss eine Widerrufsbelehrung nach § 360 BGB mitgeteilt worden ist, § 355 Abs. 2 S. 1 BGB. Bei Fernabsatzverträgen steht eine unverzüglich nach Vertragsschluss in Textform mitgeteilte Widerrufsbelehrung einer solchen bei Vertragsschluss gleich, wenn der Unternehmer den Verbraucher gemäß Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 10 EGBGB unterrichtet hat, § 355 Abs. 2 S. 2 BGB.

Fraglich ist zunächst, ob eine formgerechte Widerrufsbelehrung schon bei Vertragsschluss vorlag. Hierbei kommt die Belehrung auf der Internetseite des K in Betracht. Zweifelhaft ist aber insoweit, ob diese Belehrung der Textform nach § 126b BGB genügt. Dies setzt voraus, dass die Informationen in einer Weise zur Verfügung stehen, die zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignet ist, § 126b Alt. 2 BGB.

Hinweis: Die Variante der Urkunde (§ 126b Alt. 1 BGB) kommt hier nicht Betracht, da dies eine schriftlich verkörperte Erklärung erfordert.

Das Problem hierbei ist jedoch, dass die auf der Website bereitgestellten elektronischen Informationen der späteren Disposition des Verantwortlichen nicht entzogen werden können, mithin jedenfalls eine unveränderte Wiedergabe (Perpetuierungsfunktion) auf Dauer nicht garantiert ist. Indes verlangt der Wortlaut des § 126b BGB auch gar nicht, dass eine dauerhaft unveränderbare Wiedergabe garantiert ist, sondern lediglich, dass die Informationen in einer zur dauerhaften Wiedergabe geeigneten Weise bereitgestellt werden. Diese Anforderung kann jedoch auch dadurch erfüllt werden, dass die Informationen, die sich auf einer Internetseite befinden, gespeichert oder ausgedruckt werden.

Die Frage, ob dem Textformerfordernis durch eine Belehrung auf der Website genüge getan wird, war daher lange umstritten. Differenziert wurde zunächst nach „Nur-Lese-Versionen“, die das Merkmal sicherlich nicht erfüllen konnten,¹⁵ und solchen Versionen, die auch druck- und speicherbar waren. Nach einer Auffassung waren Versionen mit Druck- und Speichermöglichkeit jedenfalls prinzipiell geeignet, das Textformerfordernis zu erfüllen.¹⁶ Dabei war allerdings wiederum streitig, ob die potenzielle Druck- oder Speicherbarkeit ausreichte, oder ob der Verbraucher tatsächlich drucken oder speichern musste,¹⁷ damit dem Formerfordernis genügt wurde.

¹² Wendehorst, in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 3), § 312b Rn. 90.

¹³ BGH NJW 2007, 2110 (2111).

¹⁴ Eine Rücksendung der Ware als kodifizierte Form des konkludenten Widerrufs ist hier nicht erkennbar.

¹⁵ Berger, ZGS 2007, 414.

¹⁶ S. LG Heilbronn MMR 2007, 536; Einsele, in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 3), § 126b Rn. 9; a.A. OLG Naumburg MMR 2008, 548; Zenker, JZ 2007, 816.

¹⁷ Im ersteren Sinne Einsele (Fn. 16), § 126b Rn. 9.

Der BGH hat diese Frage 2010 geklärt.¹⁸ Dabei umging er die unergiebigste Diskussion, indem er konstatierte, dass nicht allein die Abgabe in einer zur dauerhaften Wiedergabe geeigneten Weise i.S.d. § 126b BGB erfolgen müsse, sondern auch der Zugang der Informationen beim Verbraucher. Ein solches Verständnis gebietet vor allem eine richtlinienkonforme Auslegung.¹⁹ In den entsprechenden Richtlinien findet sich als unionsrechtliches Pendant zur Eignung zur dauerhaften Wiedergabe das Erfordernis, dass dem Verbraucher ein dauerhafter Datenträger zugeht. Zugang bedeutet auch hier, dass die entsprechenden Informationen in den Machtbereich des Verbrauchers gelangen müssen (§ 130 BGB). Durch die Bereitstellung auf der Website ist diese Voraussetzung noch nicht erfüllt. Allenfalls das – prozessual kaum beweisbare – tatsächliche Speichern oder Drucken der Informationen durch den Verbraucher kann den Anforderungen daher genügen.²⁰ Da dieses jedoch nicht erfolgte, entsprach die Belehrung nicht den Voraussetzungen des § 355 Abs. 2 S. 1 BGB.

Fraglich ist daher, ob durch die Belehrung vom 13.9.2012 die Voraussetzungen des § 355 Abs. 2 S. 2 BGB erfüllt werden. Mit dieser seit dem 11.6.2010 geltenden Privilegierung trägt der Gesetzgeber den mit Internetauktionen²¹ üblicherweise verbundenen Besonderheiten des Vertragsschlusses Rechnung (antizipierte Annahme).²² Unter dem Regime des § 355 BGB a.F. genügte die Übermittlung der Widerrufsbelehrung unmittelbar nach Auktionsende nicht den gesetzlichen Anforderungen. In den häufigen Konstellationen, in welchen der Verbraucher seine Angebotsklärung für eine bereits im Voraus erklärte Annahme des Verkäufers abgab, war es für den als Verkäufer auftretenden Unternehmer daher unmöglich, eine Widerrufsbelehrung in Textform bei Vertragsschluss und damit rechtzeitig mitzuteilen. Demgegenüber kam ein Vertrag mit Verkäufern nicht auktionmäßig handelnder Internetshops erst mit einer entsprechenden Annahmeerklärung des Verkäufers zustande, der mit dieser zugleich die rechtzeitige Belehrung erteilen konnte.²³ Die dadurch erzeugte Ungleichbehandlung wurde seinerzeit als unsachlich empfunden und sollte durch Einführung des § 355 Abs. 2 S. 2 BGB beseitigt werden.

Eine Gleichstellung einer Belehrung nach Vertragsschluss mit einer solchen bei Vertragsschluss nach § 355 Abs. 2 S. 2 BGB setzt voraus, dass eine vorherige Unterrichtung nach Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 10 EGBGB erfolgt und die spätere Belehrung unverzüglich nachgeholt wird. Eine Unterrichtung ist lt. Bearbeitungsvermerk zwar erfolgt. Problematisch ist aber hier das Merkmal der Unverzüglichkeit.

¹⁸ BGH NJW 2010, 3566.

¹⁹ BGH NJW 2010, 3566 (3567).

²⁰ Vgl. Hertel, in: Staudinger, Kommentar zum BGB (Fn. 6), § 126b Rn. 34.

²¹ Dabei handelt es sich allerdings nicht um Auktionen i.S.d. § 156 BGB, da es am Zuschlag fehlt.

²² Zum Zustandekommen von Verträgen bei Onlineauktionen (insb. eBay) vgl. das Bsp. bei Boemke/Ulrici, BGB Allgemeiner Teil, 2009, § 7 Rn. 111 ff.

²³ Zuvor handelt es sich in aller Regel um eine bloße invitatio ad offerendum.

Unverzüglich bedeutet ohne schuldhaftes Zögern, § 121 Abs. 1 S. 1 BGB. Nach Vorstellung des Gesetzgebers ist diese Voraussetzung schon nicht mehr erfüllt, wenn die Belehrung erst später als einen Tag nach Vertragsschluss auf den Weg gebracht wird.²⁴ Hier erfolgte die Belehrung erst über einen Monat später und damit keinesfalls unverzüglich.

b) Monatsfrist

Damit gilt nach § 355 Abs. 2 S. 3 BGB die Monatsfrist für den Widerruf. Fraglich ist, ob die M diese Frist gewährt hat. Nach § 355 Abs. 3 S. 1 BGB beginnt die Frist, sobald dem Verbraucher die Widerrufsbelehrung mitgeteilt worden, das heißt diesem zugegangen (§ 130 BGB) ist. Die Mitteilung der Widerrufsbelehrung erfolgte hier am 13.9.2012. Damit begann die Widerrufsfrist nach § 187 Abs. 1 BGB am 14.9.2012. Fristende war der 13.10.2012, § 188 Abs. 2 BGB. Allerdings handelt es sich dabei um einen Samstag, so dass die Frist nach § 193 BGB erst am 15.10.2012 endete. Zwar ging die Erklärung dem K erst am 16.9.2012 zu. Indes ist für die Fristwahrung die rechtzeitige Absendung maßgeblich, § 355 Abs. 1 S. 2 Hs. 2 BGB.

Da es sich um einen Fernabsatzvertrag handelt, der im Internet geschlossen wurde, sind daneben auch §§ 312d Abs. 2, 312g Abs. 5 S. 2 BGB zu beachten. Die Ware ist bereits vor Belehrung bei der M eingegangen und die gesetzlichen Informationspflichten hat der K laut Sachverhalt ebenfalls erfüllt.

Die Widerrufsfrist des § 355 Abs. 2 S. 3 BGB ist damit durch die Absendung des Widerrufs durch M am 15.10.12 gewährt.

c) Ergebnis

Die M hat den Vertrag wirksam widerrufen. Durch den Widerruf wandelt sich der Kaufvertrag gemäß §§ 357 Abs. 1 S. 1, 346 ff. BGB in ein Rückgewährschuldverhältnis, so dass die M über § 346 Abs. 1 Fall 1 BGB auch den Kaufpreis Zugum-Zug gegen Rückgabe und Übereignung des Notebooks (§ 348 BGB) verlangen kann.

Hinweis: Geld kann trotz Vermischung (§ 948 Abs. 1 BGB) oder Verrechnung im Kontokorrent nach § 346 Abs. 1 Fall 1 BGB (also nicht nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB) verlangt werden, da sich das Interesse hier lediglich auf die entsprechende Wertsumme richtet.

Dabei ist der Kaufpreis von K zu verzinsen, §§ 346 Abs. 1 Fall 2, 100 BGB.

III. Gegenansprüche des K

Fraglich ist, ob dem K die behaupteten Gegenansprüche zustehen, mit denen er gegebenenfalls gegen den Anspruch der M auf Rückzahlung des Kaufpreises aufrechnen könnte (§ 389 BGB). Auch diese könnten sich aus § 346 BGB ergeben. Hierbei ist zu differenzieren zwischen Wertersatz für Nutzungen (1.) und Wertersatz wegen eingetretener Verschlechterungen (2.).

²⁴ BT-Drs. 16/11643, S. 70.

I. Wertersatz für Nutzungen

Ein Anspruch auf Wertersatz für die gezogenen Nutzungen (§ 100 BGB) könnte sich aus § 346 Abs. 1 Fall 2, 2 S. 1 Nr. 1 BGB ergeben, da die Herausgabe der Nutzungen in natura nicht möglich ist. Bis zum EuGH-Urteil im Fall Messner²⁵ war diese Frage umstritten. Aus §§ 357 Abs. 1 S. 1, 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB ergab sich jedenfalls ohne weiteres ein Anspruch auf Wertersatz für gezogene und aus § 347 Abs. 1 S. 1 BGB für ziehbare Nutzungen. Mit Einführung des § 312e BGB hat der Gesetzgeber auf das Urteil reagiert. Demnach kann Wertersatz für Nutzungen nur unter bestimmten Voraussetzungen verlangt werden.

a) Prüfnutzung

Die Sache müsste zunächst in einer Art und Weise benutzt worden sein, die über die Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise hinausgeht, § 312e Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB. Wann dies der Fall ist, lässt sich abstrakt nicht sagen, sondern ist eine normativ zu klärende Frage des Einzelfalls.²⁶

Hinweis: Dies lässt sich dem zitierten EuGH-Urteil entnehmen, in dem es heißt, dass ein Anspruch dann bestehen kann, wenn die Ware auf eine mit den Grundsätzen des Bürgerlichen Rechts wie denen von Treu und Glauben oder der ungerechtfertigten Bereicherung unvereinbare Art und Weise genutzt worden ist.

Als Orientierung für die Abgrenzung einer noch ersatzlos möglichen Prüfnutzung von der über diese hinausgehenden Ingebrauchnahme können die Verhältnisse im Ladengeschäft dienen. Die Prüfnutzung kann sehr weit gehen, wie das Wasserbett-Urteil des BGH zeigt.²⁷

Hinweis: Das Urteil betraf § 357 Abs. 3 S. 3 BGB a.F., der eine Ersatzpflicht für Verschlechterungen infolge der Prüfung der Sache ausschloss.

Demnach ist zum einen nicht entscheidend, ob der Gegenstand nachher womöglich unverkäuflich wird. Zum anderen darf auch nicht darauf abgehoben werden, dass das Aufbauen und Befüllen eines noch originalverpackten Wasserbettes (oder die Einrichtung eines verpackten Notebooks) im Laden i.d.R. nicht möglich ist. Denn dort stehen Ausstellungsstücke zur Verfügung, die den Zweck der Kontrolle der Eigenschaften und der Funktionsweise sicherstellen. Der Hintergrund der durch das Widerrufsrecht erreichten Begünstigung des Verbrauchers ist gerade darin zu sehen, dass dieser – anders als beim Ladenkauf – die Ware nicht besichtigen, sich deren Eigenschaften nicht erklären lassen kann. Durch die Möglichkeit, im Falle einer enttäuschten Vorstellung widerrufen zu können, wird dieses Defizit kompensiert.

Die Orientierung an den Möglichkeiten im Ladengeschäft ist daher nicht streng formalistisch zu verstehen, sondern eben-

falls normativ. So wird man im Fall folgendermaßen differenzieren können: Soweit die M das Notebook hochgefahren und die dann folgende Anleitung zur Einrichtung und Installation befolgt hat, liegt eine Prüfnutzung vor, die nach § 312e Abs. 1 Nr. 1 BGB auch weiterhin nicht ersatzpflichtig ist. Daran ändert insbesondere der Umstand nichts, dass im Ladengeschäft ein Auspacken und Hochfahren eines eingeschweißten Notebooks zu Testzwecken sicherlich nicht möglich wäre. Denn dort stehen regelmäßig die gleichen oder vergleichbare Geräte zur Verfügung, mit denen Funktion und Eigenschaften getestet werden können. Soweit die M allerdings bereits Fotos (3.000!) bearbeitet hat, ist die Grenze einer ersatzpflichtlosen Prüfnutzung überschritten. Dabei handelt es sich nicht um eine bloße Ingebrauchnahme, sondern um einen ganz regulären Gebrauch.

Hinweis: Die Beweislast für eine über die Prüfung hinausgehende Nutzung trägt der Unternehmer. § 312e BGB wird als erweiterte Tatbestandsvoraussetzung zu § 346 BGB angesehen.²⁸

b) Nutzungen ab 9.9.2012

Ab dem 9.9.2012 war das Notebook aufgrund des Defekts nicht mehr zu gebrauchen. Folglich konnte die M seither auch keine Nutzungen mehr ziehen.

c) Belehrung

Für eine Ersatzpflicht im relevanten Zeitraum vom 10.8.12 bis zum 9.9.2012 müsste die M zuvor über die Pflicht zum Wertersatz für Nutzungen sowie über ihr Widerrufsrecht belehrt worden sein oder von beidem anderweitig Kenntnis erlangt haben. Im Unterschied zu § 357 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB ist dabei nicht erforderlich, dass die Belehrung spätestens bei Vertragsschluss erfolgt. Entscheidend ist, dass der Verbraucher vor einer über die Prüfnutzung hinausgehenden Nutzung Kenntnis von der Ersatzpflicht erlangt.

Die Belehrung über das Widerrufsrecht erfolgte jedenfalls am 13.9.2012. Angesichts der Formulierung des § 312e Abs. 1 Nr. 2 BGB, der nicht explizit eine Belehrung in Textform verlangt, lässt sich auch überlegen, ob die Belehrung auf der Website im Unterschied zu oben ausreicht. Dafür spricht auch ein systematischer Vergleich mit der parallel ausgestalteten Norm des § 357 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB, der die Belehrung in Textform ausdrücklich vorschreibt. Andererseits meint das Gesetz mit dem Begriff der Belehrung stets auch die ordnungsgemäße Belehrung in Textform.

Die Frage kann hier aber dahinstehen. Denn jedenfalls die zweite Voraussetzung des § 312e Abs. 1 Nr. 2 BGB fehlt hier vor dem 13.9.2012. Die M wurde durch die Website nicht über die Pflicht zum Wertersatz für eine Nutzung informiert, die über die Prüfnutzung hinausgeht. Ein solcher Hinweis erfolgte erst am 13.9.2012. Zu dieser Zeit war das Notebook jedoch schon nicht mehr nutzbar.

²⁵ EuGH NJW 2009, 3015.

²⁶ Schmidt-Räntsch (Fn. 4), § 312e Rn. 4.

²⁷ BGHZ 187, 268 = BGH NJW 2011, 56.

²⁸ Schmidt-Räntsch (Fn. 4), § 312e Rn. 8.

d) Ergebnis

Damit besteht wegen § 312e Abs. 1 BGB kein Anspruch auf Nutzungsersatz aus §§ 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, 357 Abs. 1 S. 1 BGB.

Hinweis: Aus anderen Vorschriften (etwa § 812 BGB) können sich Ansprüche des K gegen die M auf Nutzungsersatz nicht ergeben, § 357 Abs. 4 BGB.

2. Wertersatz wegen Verschlechterung

Ein Anspruch des K wegen einer möglichen Verschlechterung des Notebooks könnte sich aus §§ 357 Abs. 1 S. 1, 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB ergeben.

a) Verschlechterung

Eine Verschlechterung könnte zunächst darin zu sehen sein, dass das Notebook erheblich im Wiederverkaufswert gesunken ist. Verschlechterung ist zumindest jede nachteilige Veränderung der Sachsubstanz oder der Funktionstauglichkeit.²⁹ K hat sich hier auch auf den gesunkenen Marktwert infolge der Ingebrauchnahme berufen, mit dem nicht zwingend auch eine Veränderung der Sachsubstanz (Verschleiß) oder der Funktionstauglichkeit einhergehen muss. Der gesunkene Marktwert geht seinerseits vielmehr auf eine abstrakte Einschätzung des Marktes zurück, der mit der bloßen Ingebrauchnahme einer Sache auch ein Manko assoziiert („Gebrauchtheit“). Allerdings ist auch ein allein merkantiler Minderwert als Verschlechterung anzusehen. Dies zeigt schon die Ausnahmeregel des § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Hs. 2 BGB. Diese erfasst nämlich Fälle, in denen eine Verschlechterung allein dadurch eintritt, dass die ehemals neue Sache infolge ihrer (einmaligen) bestimmungsgemäßen Ingebrauchnahme nunmehr (aus Sicht des Marktes) als gebraucht gilt.³⁰ Dies muss aber nicht zwingend mit einer Beeinträchtigung der Substanz einhergehen, sondern hängt allein mit dem marktbedingten Manko-Urteil zusammen.

Der Defekt des Displays stellt ebenfalls eine Verschlechterung dar, da hierdurch die Funktionstauglichkeit unmittelbar berührt wird.

Die Verschlechterungen müssen auch vollständig berücksichtigt werden, da die M hier keinen Nutzungsersatz schuldet.³¹

b) Ausschluss der Haftung

Ein Ersatz wegen des merkantilen Minderwertes könnte hier schon nach § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 Hs. 2 BGB ausgeschlossen sein, soweit es sich um einen Wertverlust handelt, der allein infolge der bestimmungsgemäßen Ingebrauchnahme eingetreten ist. Dies kann aber dahinstehen, wenn hinsichtlich sämtlicher Verschlechterungen jedenfalls der Ausschlussgrund des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB eingreift. Die M hat hier ihre eigenübliche Sorgfalt (§ 277 BGB) beachtet (*diligentia quam in suis*). Ferner dürfte die M mit der Benutzung auch die

Grenze zur groben Fahrlässigkeit nicht überschritten haben, § 277 BGB a.E. Grob fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt im besonders schweren Maße verletzt.³² Eine derart gesteigerte Sorgfaltspflichtverletzung ist allerdings mangels entsprechender Anhaltspunkte nicht ersichtlich. Zumal die Beweislast für ein grob fahrlässiges Handeln der M denjenigen trifft, der ein solches behauptet, mithin den K. Abweichend von § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB käme eine Haftung nur in Betracht, wenn die M ordnungsgemäß über ihr Widerrufsrecht belehrt worden wäre, § 357 Abs. 3 S. 3 BGB. Zur Zeit der Verschlechterungen war dies jedoch noch nicht der Fall.

Ein Anspruch scheidet außerdem an § 357 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB, der im Unterschied zu § 312e Abs. 1 Nr. 2 BGB voraussetzt, dass ein Hinweis auf diese Rechtsfolge spätestens bei Vertragsschluss in Textform erfolgt ist. Dies war nicht der Fall. Damit ist der Anspruch auf Wertersatz wegen Verschlechterung hier ausgeschlossen.

3. Ergebnis

Dem K stehen keine Gegenansprüche zu.

IV. Ergebnis

M kann widerrufen und Zug-um-Zug gegen Rückübertragung des Notebooks den vollen Kaufpreis zzgl. Verzinsung i.H.v. 400,- € verlangen.

Abwandlung

Zu prüfen ist, ob die M die Einstellung der Zwangsvollstreckung nach § 775 Nr. 1 ZPO im Wege einer Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 Abs. 1 ZPO erreichen kann. Hierbei handelt es sich um eine prozessuale Gestaltungsklage, die die Vollstreckbarkeit des Titels beseitigt.³³

Hinweis: Eine Berufung kommt wegen §§ 517, 531 Abs. 2 ZPO nicht in Betracht, da das Urteil formell rechtskräftig ist.

I. Zulässigkeit

Die Klage müsste zulässig sein. Dies setzt voraus, dass die M eine materiell-rechtliche Einwendung gegen einen vollstreckungsfähigen Titel geltend macht. Mit dem erstinstanzlichen rechtskräftigen Urteil liegt ein vollstreckungsfähiger Titel vor (§ 704 Abs. 1 ZPO). Der Widerruf ist eine rechtsvernichtende Einwendung, vgl. § 355 Abs. 1 S. 1 BGB. Ausschließlich zuständig ist das Prozessgericht des ersten Rechtszuges, §§ 767 Abs. 1, 802 ZPO. Ein Rechtsschutzbedürfnis der M ergibt sich daraus, dass ein Titel vorliegt.³⁴

II. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn der M eine materiell-rechtliche Einwendung gegen den Anspruch des K zusteht.

²⁹ Grüneberg, in: Palandt (Fn. 10), § 346 Rn. 9.

³⁰ Gaier, in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 3), § 346 Rn. 42.

³¹ Vgl. auch Jaensch, JuS 2012, 38 (40).

³² BGH NJW 2005, 981.

³³ Vgl. Hüßtege, in: Thomas/Putzo, Kommentar zur ZPO, 32. Aufl. 2011, § 767 Rn. 1.

³⁴ BGH NJW 1992, 2160.

1. Widerruf

In Betracht kommt ein Widerruf der M.

a) Widerrufsrecht

Das Widerrufsrecht ergibt sich aus §§ 355 Abs. 1 S. 1, 312d Abs. 1 BGB. Dieses steht der M in der Abwandlung auch ohne Wahrung einer konkreten Widerrufsfrist zu, da eine Widerrufsbelehrung gar nicht erfolgt ist, § 355 Abs. 4 S. 2 BGB. Auch das bereits ergangene und nunmehr rechtskräftige Urteil hindert die M durch seine Bindungswirkung nicht daran, den Widerruf noch in einem anderen Prozess auszuüben, da lediglich die ausgesprochene Rechtsfolge, nicht aber die sie tragenden Gründe in Rechtskraft erwächst.³⁵

b) Präklusion

Fraglich ist jedoch, ob die M mit diesem Vorbringen nach § 767 Abs. 2 ZPO materiell präkludiert ist.

Hinweis: Hier darf sich der Bearbeiter nicht von der Formulierung des § 767 Abs. 2 ZPO irritieren lassen („nur insoweit zulässig“). Dies ist keine Zulässigkeitsvoraussetzung.

Dies wäre der Fall, wenn die Einwendung schon vor Schluss der mündlichen Verhandlung, in welcher die Einwendung spätestens hätte geltend gemacht werden müssen, entstanden ist, § 767 Abs. 2 ZPO.

Die Besonderheit des Widerrufs als Gestaltungsrecht besteht jedoch darin, dass der Zeitpunkt des Bestehens eines Gestaltungsgrundes (§ 312d Abs. 1 BGB) und der Zeitpunkt seiner Ausübung mit den Folgen der §§ 357 Abs. 1 S. 1, 346 ff. BGB auseinanderfallen können. Damit ist fraglich, auf welchen der Zeitpunkte für Entstehung i.S.d. § 767 Abs. 2 ZPO abzustellen ist. Diese Frage ist umstritten. Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung ist bei Gestaltungsrechten für die Frage der Entstehung auf den Zeitpunkt ihrer Ausübung abzustellen.³⁶ Erst dann wird – i.R.d. Widerrufs – das Schuldverhältnis in ein Rückgewährschuldverhältnis umgewandelt. Demnach wäre die Einwendung hier nicht präkludiert, da deren Entstehung erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung läge. Der BGH hält hingegen das Bestehen des Gestaltungsgrundes und die kenntnisunabhängige Möglichkeit der erstmaligen Ausübung für maßgeblich.³⁷ Demnach wäre die M hier mit ihrem Vorbringen präkludiert.

Für die erstgenannte Auffassung sprechen vor allem dogmatische Argumente. Insofern ist es wenig plausibel, dass allein das Bestehen eines Gestaltungsgrundes schon mit einer Einwendung gleichbedeutend sein soll. Ein Gestaltungsrecht besteht immer fakultativ, so dass zwischen Grund und Ausübung zwingend differenziert werden muss. Außerdem steht es demjenigen, der sich auf ein Gestaltungsrecht beruft, frei,

die dafür bestehenden oder – wie hier – nicht bestehenden Fristen auszuschöpfen. Andererseits sprechen für die Auffassung des BGH teleologische Erwägungen. § 767 Abs. 2 ZPO trifft eine Entscheidung zugunsten eines rechtskräftigen Titels, dessen materielle Rechtskraft vor nachträglichem Vorbringen geschützt werden soll.³⁸ Das Taktieren mit Gestaltungsrechten könnte aber gerade zum gegenteiligen Effekt führen und die Zwangsvollstreckung verschleppen.

Möglicherweise gilt jedoch deshalb etwas anderes, weil das Widerrufsrecht auf der Umsetzung europäischer Richtlinien basiert. Zu denken wäre an eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts (hier § 767 Abs. 2 ZPO) dahin, dass die zwingenden Fristen des § 355 BGB dem Verbraucher erhalten bleiben müssen. Versteht man § 767 Abs. 2 ZPO i.S.d. bisherigen Rechtsprechung des BGH, wäre die volle Wirksamkeit des Unionsrechts nicht mehr gewährleistet. Denn der Verbraucher ist dann unter Umständen gezwungen, das Widerrufsrecht ohne Rücksicht auf die ihm gesetzlich eingeräumten Fristen des § 355 Abs. 2 S. 3, Abs. 4 S. 3 BGB vorzeitig auszuüben, um einer Präklusion im Rahmen des § 767 Abs. 2 ZPO zu entgehen.³⁹ Mit dieser Situation korrespondiert auf der anderen Seite auch eine ungerechtfertigte Privilegierung des Unternehmers, der es nun in der Hand hat, durch eine frühzeitige Klageerhebung die Sanktion des § 355 Abs. 2 S. 3, Abs. 4 S. 3 BGB auszuschalten und der somit seinerseits über die zwingenden Fristen disponieren kann.

Ein solches Verständnis ist weder mit § 355 Abs. 2 S. 3, Abs. 4 S. 3 BGB noch mit dessen europarechtlichen Grundlagen vereinbar. Legt man § 767 Abs. 2 ZPO im Lichte dieser unionsrechtlichen Vorgaben aus, muss das Widerrufsrecht der §§ 312 ff. BGB von der Präklusion ausgenommen werden.

Hinweis: Das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung lässt sich aus Art. 288 Abs. 3 AEUV und Art. 4 Abs. 3 EUV sowie aus dem Gebot des Vorrangs des Unionsrechts ableiten.⁴⁰

Andererseits ist das Widerrufsrecht rechtsdogmatisch nichts anderes als ein Kündigungs- oder Rücktrittsrecht (§ 357 Abs. 1 S. 1 BGB), so dass die Angemessenheit einer „Sonderbehandlung“ fragwürdig ist. Freilich ist insofern auch die Rspr. des BGH nicht derart stringent, dass mit Blick auf sämtliche Gestaltungsrechte allein auf das Bestehen des Gestaltungsgrundes und die Möglichkeit der Ausübung abzustellen wäre. Immerhin erkennt auch der BGH für vertraglich eingeräumte Gestaltungsrechte eine Ausnahme dahingehend an, dass auf deren Ausübung abgestellt werden darf.⁴¹ Denn diesen Gestaltungsrechten sei die Entscheidungsfreiheit gleichsam immanent. Ausnahmen von einem streng am Telos orientierten Verständnis des § 767 Abs. 2 ZPO sind demnach auch der BGH-Rspr. nicht fremd.

³⁵ BGH NJW 1996, 57 (58).

³⁶ S. Lackmann, in: Musielak, Kommentar zur ZPO, 9. Aufl. 2012, § 767 Rn. 37.

³⁷ BGH NJW 1957, 986; BGH NJW 1987, 1691; BGH NJW 2005, 2926.

³⁸ K. Schmidt, JuS 2000, 1096.

³⁹ So auch Petersen, Examens-Repetitorium Allgemeines Schuldrecht, 4. Aufl. 2009, Rn. 199.

⁴⁰ Dazu Ruffert, in: Callies/Ruffert, EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 288 AEUV Rn. 77.

⁴¹ Vgl. BGH NJW 1985, 2481 (Mietoption).

Die besseren Gründe sprechen daher für eine europarechtskonforme Auslegung.⁴² Damit ist der Zeitpunkt der Ausübung des Widerrufsrechts maßgeblich.

Die M wäre mit ihrem Vorbringen nach hier vertretener Ansicht mithin nicht präkludiert.

Hinweis: Die a.A. ist gut vertretbar.

c) Zwischenergebnis

Die M kann die Einstellung der Zwangsvollstreckung durch die Ausübung des Widerrufsrechts erreichen. An eine Frist ist sie in der Abwandlung wegen § 355 Abs. 4 S. 3 BGB nicht gebunden, da keine Widerrufsbelehrung erfolgt ist.

2. Einreden der M

Möglicherweise kann die M i.R.d. § 767 Abs. 1 ZPO zudem die *dolo agit*-Einrede nach § 242 BGB erheben (*Dolo agit, qui petit, quod statim redditurus est*). Eine Einrede begründet eine Einwendung i.S.d. § 767 Abs. 1 ZPO, sobald sie erhoben wird.⁴³ Die *dolo agit*-Einrede kommt in Betracht, wenn ein schutzwürdiges Interesse des Gläubigers an der Rechtsdurchsetzung deshalb fehlt, weil er die verlangte Leistung sogleich wieder zurückgewähren müsste.⁴⁴ Diese Situation könnte hier daraus resultieren, dass die M nach einem erklärten Widerruf den im Wege der Vollstreckung von K erlangten Kaufpreis nach §§ 346 Abs. 1 Fall 1, 357 Abs. 1 S. 1 BGB wieder zurückverlangen kann.

Dieser Klagebegründung steht jedenfalls nicht entgegen, dass von der materiellen Rechtskraft nach h.M. auch das kontradiktorische Gegenteil erfasst wird.⁴⁵ Denn dieses betrifft nur die Rechtslage z.Zt. des Urteils, nicht aber danach eintretende Umstände. Zur Zeit des Urteils war der Widerruf indes noch nicht ausgeübt.

Allerdings muss die materielle Rechtskraft eines Leistungsurteils (§ 322 Abs. 1 ZPO) neben dem Bestehen des Zahlungsanspruchs des K auch den potenziellen Rückgewähranspruch der M erfassen.⁴⁶ Andernfalls würde die Präklusionswirkung des § 767 Abs. 2 ZPO in einem Großteil der Fälle ausgehebelt.

Damit steht der M keine Einrede zu.

III. Ergebnis

Die M kann die Zwangsvollstreckung durch Ausübung des Widerrufsrechts noch verhindern.

⁴² So jetzt auch *K. Schmidt/Brinkmann*, in: Münchener Kommentar zur ZPO, 4. Aufl. 2012, § 767 Rn. 82.

⁴³ *K. Schmidt/Brinkmann* (Fn. 42), § 767 Rn. 59.

⁴⁴ *S. Roth/Schubert*, in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 3), § 242 Rn. 408.

⁴⁵ *Musielak*, Grundkurs ZPO, 10. Aufl. 2010, Rn. 566.

⁴⁶ BGH NJW 1996, 57 (58).