

Prof. Dr. Galf-Peter Calliess, (Universität Bremen)*, in Iuratio 2009, Heft 2, S. 116 ff.

Der folgende Fall diente vor einiger Zeit als Examensklausur für das Referendarsexamen. Kern des Falles sind Probleme um das Widerrufsrecht bei einem Fernabsatzvertrag. Hierbei spielt insbesondere die Qualifikation des Geschäfts als Verbrauchervertrag sowie die Fristberechnung eine zentrale Rolle. Weitere Probleme finden sich im Rücktrittsrecht.

SACHVERHALT

Richter am OLG R ist nebenberuflich als Gutachter und Schiedsrichter für Banken tätig. Da er oft zuhause arbeitet, hat er sich im Dachgeschoss ein Arbeitszimmer eingerichtet. Weil dort kein Telefonkabel liegt, schaffte er sich im Jahr 1999 bei Saturn ein Telefon der Marke Siemens mit Basisstation und Mobilteil an. Das im Arbeitszimmer befindliche Mobilteil nutzt er zu 60 % für private, zu 35 % für dienstliche und zu 5 % für nebenberufliche Gespräche. Am Sonntag, den 2.1.2005, stellt R fest, dass das Mobilteil nicht mehr funktioniert. R's Ehefrau beichtet, dass ihre dreijährige Enkelin zu Weihnachten in einem unbeaufsichtigten Moment mit dem Mobilteil gespielt hat. In der Bedienungsanleitung findet R die Sonderrufnummer (0180x) der Siemens Kundenservice Hotline. Die dortige Angestellte A sagt, dass sie telefonisch die Ursache für den Defekt schlecht feststellen könne, R könne das Gerät aber einsenden. Allein die Fehlerfeststellung koste aber pauschal 20 €, da die Herstellergarantie von 2 Jahren bereits abgelaufen sei, eine nachfolgende Reparatur könne leicht teurer als ein Neugerät werden. A könne aber ein zur Basisstation passendes neues Mobilteil als Auslaufmodell zum Sonderpreis von 69 € frei Haus anbieten. R willigt ein. Auf Hinweis seines Sohnes stellt R eine Woche später fest, dass bei dem alten Mobilteil lediglich die Akkus ausgewechselt werden mussten. Aufgrund eines Postfehllaufs bekommt R erst am Donnerstag, den 3.2.2005 ein Päckchen von der Siemens Vertriebs- und Service GmbH Dessau („S“) mit dem Mobilteil und einer Rechnung mit dem Vermerk: „Unsere Garantie, Ihr Vorteil: Rechnung zahlbar, wenn Sie die Ware nicht innerhalb von 30 Tagen nach Erhalt an o.g. Adresse zurücksenden“. Mitgeliefert wird eine umfangreiche Dokumentation, welche neben einer Betriebsanleitung in den Abschnitten „Wir über uns“, „Der Vertrag“, „Ihr Rückgaberecht“, „Garantie- und Gewährleistung“, „Kundendienst“ etc. ausführliche Informationen enthält.

R, der mit einer Lieferung schon nicht mehr gerechnet hatte, ist verärgert. Er legt das originalverpackte Mobilteil ins Regal und ignoriert die Zahlungsaufforderungen der S vom 24. März und vom 7. Mai. Am 15. September 2005 erhält R einen Mahnbescheid der K.O.-Inkasso AG („K“) über 69 € aus abgetretener Kaufpreisforderung sowie 30 € Mahnkosten nebst 13 % Zinsen hieraus seit dem 1. April 2005. Auf den Widerspruch des R kommt die Sache zum Amtsgericht. In der mündlichen Verhandlung vom 4. November 2005 übergibt R dem verdutzten Anwalt W der Gegenseite das neue Mobilteil und erklärt zu Protokoll, er wolle von dem Vertrag nichts wissen, da er das ihm aufgeschwatzte Mobilteil nicht gebrauchen könne. Niemand habe ihn auf die Möglichkeit der entleerten Akkus hingewiesen. W erwidert, R könne nach so langer Zeit nicht mehr vom Vertrag los kommen. Die Rücknahme des Mobilteils sei der Klägerin unzumutbar, weil es für diese wertlos sei: es handle sich um ein ausgelaufenes analoges Modell, das inzwischen unverkäuflich sei. Zudem sei es bereits in Gebrauch genommen und (triumphierend) „es hat einen Kratzer auf dem Display“. R vermutet, dass könne nur sein Enkelkind gewesen sein, er habe das Gerät jedenfalls nicht benutzt. W verweigert die Annahme

des Mobilteils und beantragt Verurteilung des R gemäß Mahnbescheid, Hilfsweise zu Wertersatz in Höhe von 69 €. R beantragt Klagabweisung. Zu Recht?

LÖSUNG

A. ANSPRUCH DES K GEGEN R AUF ZAHLUNG DES KAUFPREISES VON 69 € AUS §§ 433 II, 398 BGB

I. ANSPRUCH ENTSTANDEN, AKTIVLEGITIMATION

Zwischen K und R besteht kein Vertrag. K könnte aber aus abgetretenem Recht (§ 398 BGB) vorgehen. Eine Einigung zwischen S und K liegt vor. Der Anspruch aus § 433 II BGB müsste zum Zeitpunkt der Abtretung bestanden haben. Zwischen R und S ist am Telefon ein Kaufvertrag zustande gekommen, und zwar durch Angebot der A, die als Angestellte im Namen von Siemens (§ 164 S. 2 BGB) und im Rahmen der Vertretungsmacht, die Siemens der A eingeräumt hatte, handelte, und Annahme des R. Weiterhin kann R der K Einwendungen gem. § 404 BGB entgegensetzen.

II. RECHTSHINDERNDE EINWENDUNGEN

Die Entstehung des Anspruchs wird nicht durch Anfechtung gehindert, da R durch A nicht getäuscht wurde (§ 123 BGB) und sich auch nicht über eine Eigenschaft der Kaufsache geirrt hat (§ 119 II BGB). Der Irrtum über den Grund des Nichtfunktionierens des alten Telefons ist ein unbeachtlicher Motivirrtum.

III. RECHTSVERNICHTENDE EINWENDUNGEN

Der Anspruch könnte aber aufgrund der Erklärung des R vom 4. November 2005, er wolle von dem Vertrag nichts mehr wissen, in Verbindung mit der Übergabe des Mobilteils an den Vertreter der Klägerin untergegangen sein.

1. VERTRAGLICHES RÜCKGABERECHT

S hat R ein vertragliches Rückgaberecht eingeräumt. Die Ausübungsfrist von 30 Tagen nach Erhalt der Ware ist allerdings verstrichen.

2. WIDERRUF GEM. §§ 312 d I, 355 BGB

a) Anwendbarkeit der Vorschriften: Fernabsatzvertrag

Der zwischen R und S geschlossene Kaufvertrag müsste ein Fernabsatzvertrag i.S.v. § 312 b I BGB sein. Es handelt sich um einen Vertrag über die Lieferung einer Ware (Mobiltelefon). S handelt bei Abschluss des Vertrages in Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit (Handelsgewerbe i.S.v. § 1 II HGB), ist also Unternehmer i.S.v. § 14 BGB.

Fraglich ist, ob R als Verbraucher i.S.v. § 13 BGB handelte. Das wäre nicht der Fall, wenn der Kauf des Telefons einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit des R zugerechnet werden könnte. R ist als Gutachter und Schiedsrichter selbständig (vgl. § 84 I 2 HGB) tätig und erbringt aufgrund besonderer beruflicher Qualifikation persönliche Dienstleistungen höherer Art (vgl. § 1 II 1 PartGG). Insofern ist R selbständig beruflich tätig. Diese Tätigkeit übt er allerdings nur neben seinem Richteramt aus, welches keine selbständige berufliche Tätigkeit ist. Entscheidend für die Verbrauchereigenschaft ist die konkrete

Nutzungsabsicht in Bezug auf den Vertragsgegenstand zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses, sofern Sie der Vertragsgegenseite aus den Umständen und Erklärungen erkennbar ist. R wollte das Telefon zu 60% zu privaten, zu 35 % zu dienstlichen und nur zu 5 % zu selbständig beruflichen Zwecken nutzen. Da der Vertrag in Bezug auf etwa bestehende Widerrufsrechte nicht teilbar ist, kommt es bei Mischnutzungen nach h.M. in der deutschen Literatur auf den überwiegenden Verwendungszweck an.² Nach EuGH (Rs. C-464/01– Gruber, Urteil vom 20.01.2005)³ liegt ein Verbrauchergeschäft hingegen nur vor, wenn der beruflich-gewerbliche Zweck derart nebensächlich ist, dass er im Gesamtzusammenhang des betreffenden Geschäftes eine ganz untergeordnete Rolle spielt. Vorliegend überwiegt die private und unselbständige berufliche Nutzung mit 95 % die selbständige berufliche Nutzung. Zudem sprechen die äußeren Umstände der Bestellung dafür, dass R als Verbraucher handelte. Etwas Gegenteiliges war S nicht erkennbar, A hat auch nicht danach gefragt. In Bezug auf diesen Vertrag ist R daher Verbraucher i.S.v. § 13 BGB. Darüber hinaus wurde der Vertrag unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln geschlossen (Telefonanruf: § 312 b II BGB) und erfolgte auch im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystems i.S.v. § 312 b I 2 BGB, da der Vertrieb von Ersatzteilen über die Hotline ausdrücklich vorgesehen war. Ausnahmen nach § 312 b III BGB sind nicht erfüllt.

b) Widerrufsrecht

aa) R steht gem. § 312 d I 1 BGB ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB zu.

bb) Ein Ausschluss nach § 312 d IV BGB ist nicht gegeben.

cc) Das Widerrufsrecht kann auch nicht gem. § 312 d I 2 BGB durch ein Rückgaberecht ersetzt werden, da kein Vertragsschluss aufgrund eines Verkaufsprospekts i.S.v. § 356 I 1 BGB vorliegt. In der Einräumung des vertraglichen Rückgaberechts kann auch kein konkludenter Ausschluss des Widerrufsrechts liegen. Erstens ist R erst nach Vertragsschluss am Telefon über das Rückgaberecht informiert worden. Darin liegt allenfalls ein Angebot der S auf nachträgliche Vertragsänderung, das der R durch rechtzeitige Rücksendung hätte annehmen können. Zweitens wäre eine zum Nachteil des R von den §§ 312 d, 355 BGB abweichende Vereinbarung gem. § 312 f Satz 1 BGB unwirksam (halbzwingendes Recht). Eine solche nachteilige Abweichung liegt schon darin, dass das vertragliche Rückgaberecht eine § 312 d I 1 BGB entsprechende Regelung (Beginn der Widerrufsfrist erst nach Erfüllung der Informationspflichten nach § 312 c BGB) nicht enthält.

c) Widerrufserklärung

Der Widerruf ist gem. § 355 I 2 BGB in Textform oder durch Rücksendung der Sache gegenüber dem Unternehmer zu erklären. Nach erfolgter Abtretung S an K, die dem R spätestens mit Klagebegründung angezeigt wurde (§ 409 BGB), ist der Widerruf gegenüber K zu erklären (arg. ex §§ 404, 407 BGB).

aa) Eine Widerrufserklärung des R könnte in der Übergabe des Mobilteils an den Klägervertreter W in der mündlichen Verhandlung vom 4. November 2005 liegen. Die einem Rechtsanwalt erteilte Prozessvollmacht erstreckt sich freilich nicht ohne weiteres auf die Entgegennahme von Waren (§§ 80, 81 ZPO). W ist weder Empfangsbevollmächtigter noch Postbote. Er durfte die Entgegennahme folglich verweigern. R hätte das Mobilteil an S, bzw. ab

Kenntnis von der Abtretung durch Zustellung des Mahnbescheids an K senden müssen (§ 407 I BGB). Eine Absendung der Ware i.S.v. § 355 I 2 BGB liegt nicht vor.

bb) Eine Widerrufserklärung könnte allerdings konkludent in der Erklärung des R liegen, er wolle von dem Vertrag nichts mehr wissen und das Mobilteil zurückgeben. Fraglich ist, ob diese Erklärung in der mündlichen Verhandlung der in § 355 I 2 BGB vorgesehenen Textform genügt. Gem. § 126 b BGB setzt Textform die Abgabe der Erklärung in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise voraus. R hat seine Erklärung zu Protokoll der Hauptverhandlung erklärt (§§ 159, 160 IV 1, 510 a ZPO). Nach den Rechtsgedanken der §§ 126 IV BGB (Ersetzung der Schriftform durch notarielle Beurkundung), 127 a BGB (Ersetzung der notariellen Beurkundung durch Aufnahme der Erklärungen in ein nach der ZPO errichtetes Protokoll) genügt dies zur Erfüllung der Textform i.S.v. § 126 b BGB (Urkunde, die die Person des Erklärenden nennt und den Abschluss der Erklärung anders als durch Nachbildung der Namensunterschrift erkennbar macht).⁴ Da die Erklärung in Anwesenheit des Prozessbevollmächtigten im Protokoll niedergelegt wurde und das Protokoll den Parteien später übermittelt wird, ist die Widerrufserklärung damit zumindest am 4. November 2005 abgesendet i.S.v. § 355 I 2 BGB.

d) Widerrufsfrist

Fraglich ist, ob die Absendung der Widerrufserklärung rechtzeitig erfolgte.

aa) Länge der Frist

Gem. § 355 I 2 BGB ist der Widerruf innerhalb von 2 Wochen zu erklären. Gem. § 355 II 1 BGB beginnt die Frist grundsätzlich mit dem Zeitpunkt, zu dem dem Verbraucher eine Widerrufsbelehrung in Textform mitgeteilt worden ist. Als solche Belehrung kommt vorliegend allenfalls der Zusatz auf der Rechnung über das Rückgaberecht in Betracht. Diese „Belehrung“ wurde dem R erst nach mündlichem Vertragsschluss am Telefon mitgeteilt, weshalb die Widerrufsfrist gem. § 355 II 2 BGB einen Monat beträgt.

bb) Beginn der Frist

Neben einer ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung (§ 355 II 1 BGB) beginnt die Frist gem. § 312 d II BGB nicht vor dem Tag des Eingangs der Ware bei R und nicht vor Erfüllung der Informationspflichten gem. § 312 c II BGB.

aaa) Die Ware ging am Donnerstag, den 3. Februar 2005, bei R ein, die Frist beginnt daher frühestens am 4. Februar zu laufen (§ 187 I BGB).

bbb) Gem. § 312 c II Nr. 2 BGB i.V.m. § 1 III, I Nr. 1-9, IV Nr. 1-3 BGBInfoV musste S den R über eine Reihe von Dingen in Textform informieren. Laut Sachverhalt war dies bezüglich aller in Frage kommenden Punkte bis auf das Widerrufsrecht und dessen Einzelheiten (§ 1 I Nr. 10 BGB-InfoV) der Fall. Diesen Anforderungen wird jedenfalls durch eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung i.S.v. § 355 II 1 BGB genügt (arg. ex § 1 VI 2 und § 14 Abs. 1 BGB-InfoV).

ccc) S hat zwar über das Rückgaberecht und dessen Einzelheiten informiert, dieses kann das Widerrufsrecht jedoch nicht gem. § 312 d I 2 BGB ersetzen (s.o.). Fraglich ist aber, ob der Hinweis auf das Rückgaberecht eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung i.S.v. § 355 II BGB

darstellen kann. Dabei kann es auf die Bezeichnung als Rückgabe- oder Widerrufsbelehrung nicht ankommen, soweit der Verbraucher inhaltlich korrekt über seine Rechte informiert wird (*falsa demonstratio non nocet*).⁵ Wie eine wirksame Widerrufsbelehrung aussehen kann, ergibt sich aus dem in Anlage 2 (zu § 14 I und III) BGB-InfoV enthaltenen Muster.⁶

Eine fehlerhafte Belehrung könnte darin liegen, dass die angegebene Frist von 30 Tagen nicht der hier einschlägigen Frist von einem Monat entspricht. Dies wäre wegen des halbzwingenden Charakters der Vorschriften jedoch unschädlich, wenn der R dadurch im konkreten Fall besser gestellt wäre (§ 312 f Satz 1 BGB). Die in § 355 II 2 BGB vorgesehene Monatsfrist beginnt gem. § 187 I BGB am 4. Februar und endet gem. § 188 II BGB mit Ablauf des 3. März 2003. Da der Monat Februar nur 28 Tage hat, endet die ebenfalls gem. § 187 I BGB am 4. Februar beginnende 30-Tagesfrist gem. § 188 I BGB am 5. März 2005, und da es sich um einen Sonnabend handelt gem. § 193 BGB erst am Montag, den 7. März 2005. Zwar könnte man darin immer noch eine Falschbelehrung sehen, wenn die Widerrufsfrist tatsächlich am 3. März auslaufen würde. Da die 30-Tagesfrist dem R günstiger ist und eine Verlängerung der Frist wegen der ansonsten drohenden Rechtsfolge des § 355 III 3 BGB (unbefristetes Widerrufsrecht) auch im Interesse der S liegt, kann die von S gewollte, aber mangels Verkaufsprospekt gem. § 356 I BGB unwirksame Ersetzung des Widerrufsrechts durch ein Rückgaberecht vorliegend in eine nach § 312 f Satz 1 BGB zulässige Verlängerung der Frist nach § 355 II 2 BGB „umgedeutet“ werden (Weitgehend ungeklärt ist, ob bei halbzwingenden Normen in Anlehnung an § 306 II BGB über ergänzende Vertragsauslegung oder nach § 140 BGB vorzugehen ist. Jedenfalls dürfte es um einen konkreten Günstigkeitsvergleich gehen).⁷ Die Belehrung über die Frist ist im Ergebnis jedenfalls im konkreten Fall nicht fehlerhaft.

Fehlerhaft ist die Belehrung aber deshalb, weil lediglich auf die Ausübung des Widerrufsrechts durch Rücksendung der Sache hingewiesen wurde, während eine Belehrung über die nach § 355 I 2 BGB ebenfalls mögliche Übermittlung einer bloßen Widerrufserklärung in Textform fehlt. R ist im Ergebnis nicht richtig belehrt worden. Insoweit wurden auch die Informationspflichten nach § 312 c II BGB nicht erfüllt.

ddd) Der Lauf der Widerrufsfrist hat im Ergebnis gem. § 312 d II BGB und § 355 II 1 BGB nicht begonnen.

cc) Zwischenergebnis

Die Widerrufsfrist war daher am 4. November noch nicht verstrichen.

e) Erlöschen des Widerrufsrechts

Gem. § 355 III Satz 1 und 2 BGB erlischt das Widerrufsrecht spätestens 6 Monate nach Warenlieferung. Da die Ware am 3. Februar geliefert wurde, wäre das Widerrufsrecht gem. §§ 187 I i.V.m. § 188 II BGB mit Ablauf des 3. August 2005 erloschen. Die fehlerhafte Erfüllung der Informationspflichten gem. § 312 c II BGB ist damit unbeachtlich geworden. Allerdings erlischt das Widerrufsrecht gem. § 355 III 3 BGB nicht, wenn – wie vorliegend – eine ordnungsgemäße Belehrung nach § 355 II 1 BGB fehlt. Das Widerrufsrecht ist damit nicht erloschen.

f) Ergebnis zu 2

R hat den Vertrag wirksam widerrufen. Gem. §§ 357 I 1, 346 ff. wandelt sich das Vertragsverhältnis dadurch in ein Rückgewährschuldverhältnis um. Die empfangenen Leistungen sind zurückzugewähren, der unerfüllte Kaufpreisanspruch aus §§ 433 II BGB ist

untergegangen.

IV. ERGEBNIS

K hat keinen Anspruch auf Kaufpreiszahlung aus §§ 433 II, 398 BGB

B. ANSPRUCH K GEGEN R AUF ZAHLUNG VON WERTERSATZ IN HÖHE VON 69 € AUS
§§ 357 I 1, 346 II SATZ 1 NR. 3 BGB

I. RÜCKGEWÄHR UND NUTZUNGEN

Gem. § 357 I 1 i.V.m. § 346 I BGB hat R das empfangene Mobilteil zurückzugewähren und gezogene Nutzungen herauszugeben. Gem. § 357 II 1 BGB hat R diese Pflicht durch Rücksendung des Mobilteils auf Kosten und Gefahr des Unternehmers zu erfüllen. Da R das Mobilteil nicht in Gebrauch genommen hat, hat er auch keine Nutzungen gezogenen, die er nach § 346 I BGB herauszugeben hätte (arg. ex § 347 I 1 BGB).

II. WERTERSATZ

Gem. § 346 II 1 Nr. 3 BGB hat R statt der Rückgewähr Wertersatz zu leisten, soweit der empfangene Gegenstand sich verschlechtert hat, wobei mangels eines Hinweises gem. § 357 III 1 BGB die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme eingetretene Verschlechterung außer Betracht bleibt. Vorliegend macht K zwei Arten von Verschlechterung der Ware geltend:

1. Beschädigung durch Kratzer

Zum einen hat das Display einen Kratzer. Das Gerät kann deshalb nur noch als gebraucht und leicht beschädigt veräußert werden. Gem. § 346 II 2 BGB ist bei der Berechnung des Wertersatzes von der vereinbarten Gegenleistung, hier also von einem Neuwert von 69 € auszugehen. Der nach der Beschädigung verbleibende Marktwert lässt sich schwer berechnen und unterliegt gem. § 287 ZPO der richterlichen Schätzung. Nimmt man an, dass das Mobilteil trotz der Beschädigung noch einen Marktwert von 30 € hat, so müsste R 39 € Wertersatz leisten, und zwar grundsätzlich verschuldensunabhängig.

Allerdings entfällt die Verpflichtung zum Wertersatz gem. § 346 III 1 Nr. 3 BGB, wenn die Verschlechterung eingetreten ist, obwohl R die in eigenen Angelegenheiten angewendete Sorgfalt beobachtet hat. Vorliegend hat R das Mobilteil originalverpackt in ein Regal in seinem Arbeitszimmer gelegt. Die Beschädigung wurde dem Mobilteil vermutlich durch das dreijährige Enkelkind zugefügt. Das Enkelkind hatte auch schon einmal mit dem alten Mobilteil gespielt. R hat die in eigenen Angelegenheiten beobachtete Sorgfalt angewandt, grobe Fahrlässigkeit kann ihm nicht vorgeworfen werden (§ 277 BGB).

Die Anwendung des § 346 III 1 Nr. 3 BGB ist auch nicht gem. § 357 III 3 BGB ausgeschlossen, da R nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt wurde. R hat im Ergebnis keinen Wertersatz im Hinblick auf die Beschädigung durch den Kratzer zu leisten.

2. Verschlechterung durch bloßen Zeitablauf

W trägt vor, dass das Gerät inzwischen unverkäuflich sei, weil es schon zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nur noch als Auslaufmodell zu einem Sonderpreis absetzbar war, nach Ablauf von weiteren 10 Monaten aber praktisch keine Nachfrage nach völlig veralteten analogen Telefonen besteht. Bei Geräten aus der sich technisch rasant entwickelnden Telekommunikations-, Computer-, Internet- und Unterhaltungsindustrie besteht tatsächlich ein

rasanter Preisverfall durch puren Zeitablauf. Fraglich ist aber, wer das Risiko des Marktpreisverfalls zu tragen hat. § 346 I BGB sieht vor, dass der Rücktrittsberechtigte die Ware und gezogene Nutzungen herauszugeben hat. Der Wertersatz nach § 346 II 1 Nr. 3 BGB bezieht sich ausschließlich auf eine Verschlechterung der Sache selbst. Denn die angeordnete verschuldensunabhängige Haftung rechtfertigt sich nur aus der Tatsache, dass sich die Sache im Besitz und damit im Herrschafts- und Obhutsbereich des Rücktrittsberechtigten befindet. Der Marktpreis haftet der Sache selbst hingegen nicht an und liegt nicht im Einflussbereich des Besitzers.⁸ Der Marktpreisverfall liegt deshalb grundsätzlich im Risikobereich des Verkäufers.⁹ Hätte S den R korrekt informiert und belehrt, hätte R das Gerät spätestens 1 Monat nach Lieferung zurückgeben müssen.

Der Marktpreisverfall wird darüber hinaus im Rahmen der Berechnung der gezogenen Nutzungen relevant. Als gezogene Nutzung einer Ware ist nämlich die anteilige lineare (d.h. der rapide Wertverlust durch erstmalige „bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme“ bleibt unberücksichtigt: arg. ex § 346 II 1 Nr. 3 BGB) Abschreibung der Sache herauszugeben, also eine Art fiktive Kostenmiete für die Zeit zwischen Warenlieferung und Rücktritt.¹⁰ Schnelllebige Wirtschaftsgüter werden dabei über einen entsprechend kürzeren Zeitraum abgeschrieben, so dass bei einer Nutzung von 10 Monaten bereits ein erheblicher Teil des Kaufpreises als Nutzung zu erstatten wäre. Da ein Marktpreisverfall somit schon im Rahmen der Herausgabe gezogener Nutzungen gem. § 346 I 2. Alt. BGB berücksichtigt wird, kann er nicht nochmals als Verschlechterung der Sache im Rahmen von § 346 II 1 Nr. 3 BGB zu einer Wertersatzverpflichtung führen.

3. Ergebnis

R schuldet keinen Wertersatz gem. § 346 II 1 Nr. 3 BGB

C. ANSPRUCH K GEGEN R AUF WERTERSATZ FÜR NICHT GEZOGENE NUTZUNGEN GEM. § 347 I BGB

Wie soeben ausgeführt ist der Marktpreis des Mobilteils während der Zeit des Besitzes des R deutlich gesunken. Hätte R das Mobilteil während dieser Zeit genutzt, hätte er die gezogenen Nutzungen in Form der anteiligen linearen Abschreibung des Gerätes für dessen übliche Nutzungsdauer an K herausgeben müssen. Gem. § 347 I 1 BGB muss R daher Wertersatz leisten, soweit er Nutzungen entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft nicht gezogen hat, wobei er gem. § 347 I 2 BGB nur für die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten haftet. Gem. § 277 müsste R daher Wertersatz für solche Nutzungen leisten, die er grob fahrlässig nicht gezogen hat. Vorliegend kann dem R ein solcher Vorwurf nicht gemacht werden, da er das Mobilteil nur deshalb nicht nutzte, weil sein altes Mobilteil noch funktionierte. Die unnötige Bestellung des Mobilteils beruht insofern auf einer Falschberatung an der Kundenhotline von Siemens. A, für deren Verschulden S gem. § 278 BGB einzustehen hat, hätte den R zunächst auf die Möglichkeit der entleerten Akkus hinweisen müssen. Die Tatsache, dass R überhaupt in den Besitz des Mobilteils gelangt ist, beruht daher auf Verschulden der S. Ein Verschulden des R könnte allenfalls darin liegen, dass er die Ware nicht umgehend nach Aufklärung des Irrtums abbestellt oder jedenfalls umgehend zurückgesandt hat, so dass die Ware im Ergebnis 9 Monate ungenutzt in seinem Besitz verblieb. Dieses Verhalten kann dem R jedoch nach dem Rechtsgedanken des § 357 III 3 BGB nicht vorgeworfen werden, da er über sein Widerrufsrecht nicht ordnungsgemäß belehrt wurde. Im Ergebnis haftet R nicht für nicht gezogene Nutzungen.

D. ANSPRUCH DER K GEGEN R AUF SCHADENSERSATZ GEM. §§ 346 I, IV, 280 ff. BGB
K könnte von R wegen der Beschädigung des Mobilteils Schadensersatz verlangen. Das setzt freilich Verschulden voraus, wobei die Haftungsmilderung des § 346 III 1 Nr.3, § 277 BGB auch hier eingreift, so dass ein Anspruch nicht besteht.

E. ANSPRUCH DER K GEGEN R AUF ZAHLUNG VON ZINSEN UND MAHNKOSTEN AUS
§§ 280 I, II, 286 I BGB

K könnte gegen R einen Anspruch auf Zinsen und Mahnkosten aus §§ 280 I, 288 I BGB ab dem Zeitpunkt haben, ab dem sich R mit der Zahlung des Kaufpreises gem. § 286 BGB in Verzug befunden hat. Mit der Ausübung des Widerrufsrechts ist allerdings die Kaufpreisforderung aus § 433 II BGB erloschen,¹¹ so dass sich R nicht mehr in Verzug befinden kann. Da der Widerruf den Vertrag und damit die Zahlungspflicht nicht ex tunc beseitigt, sondern nur ex nunc in ein Rückgewährschuldverhältnis umwandelt, könnte der Verzugsanspruch bis zum Zeitpunkt der Widerrufserklärung allerdings bestehen bleiben. So hat dies der BGH (Z 88, 46 = NJW 1984, 42)¹² jedenfalls für den Anspruch aus § 286 I BGB a.F. im Falle des Rücktritts nach § 326 BGB a.F. entschieden. Das würde aber nur einleuchten, wenn R seinerseits die Nutzungen aus dem Gebrauch des Telefons für sich behalten könnte. Wie ausgeführt ist R aber gem. §§ 357 I, 346 I BGB verpflichtet, gezogene Nutzungen herauszugeben und ggfs. Wertersatz für nicht gezogene Nutzungen nach § 347 I BGB zu leisten. R verbleibt danach nicht der Vorteil des Besitzes des Telefons für die Zeit bis zum Widerruf. Im Gegenzug kann S, bzw. K als Rechtsnachfolger deshalb auch nicht so gestellt werden, als ob sie den Kaufpreis für die Zeit bis zum Widerruf zur Tilgung von Krediten oder anderweitig hätte einsetzen dürfen. Im Gegenteil: Hätte R den Kaufpreis rechtzeitig bezahlt, so hätte S (bzw. K) dem R die tatsächlich gezogenen Nutzungen in Form von ersparten Zinsen gem. § 346 I BGB herausgeben müssen.

Lässt man einmal offen, ob sich der Ausschluss weiterer Ansprüche gem. § 357 IV BGB auch auf den Anspruch aus §§ 280 I, II, 286 BGB bezieht, so ergibt sich schon aus den oben genannten Erwägungen, dass nach den Rücktrittsvorschriften mit den Primärerfüllungsansprüchen auch die auf ein Erfüllungsinteresse gerichteten Sekundäransprüche auf Ersatz des Verzugs Schadens untergehen. Andernfalls müsste der Widerrufende für entgangene Nutzungen des Gläubigers einstehen, die nach dem Gesetz dem Widerrufenden zustehen, weil der Gläubiger diese, wenn er die Leistung rechtzeitig empfangen hätte, nach §§ 346 I, 347 I BGB herausgeben müsste.¹³ Klausurtechnisch ist dieser Einwand im Prüfungsaufbau unter dem Prüfungspunkt der Schadensberechnung zu prüfen: K gegen R aus §§ 280 I, II, 286 BGB.

I. Ein Schuldverhältnis i.S.v. § 280 I liegt in dem Kaufvertrag

II. Pflichtverletzung: Verzug mit Hauptleistungspflicht = Zahlung des Kaufpreises gem. § 433 II BGB lag seit der ersten Mahnung am 24. März vor. Der Verzug endete mit der Widerrufserklärung im Prozess, weil damit der Anspruch aus § 433 II BGB untergegangen ist (s.o.).

III. Verschulden liegt bei Geldschulden immer vor (Geld hat man zu haben)

IV. Schaden: K macht hier einen Zinsschaden geltend. Zu fragen ist, wie K vermögensmäßig

stehen würde, wenn R den Kaufpreis rechtzeitig bezahlt hätte. Dann hätte K (bzw. S) den Kaufpreis zwar gewinnbringend verwenden können (also Zinsen für Kreditaufnahme erspart). Diese tatsächlich gezogenen Nutzungen hätte K aber nach erfolgtem Widerruf gem. §§ 357 I 1, 346 I 2. Alt. an R herausgeben müssen. Ein Vermögensschaden ist K durch den Verzug des R also nicht entstanden. Im Ergebnis scheiden Ansprüche der K gegen R wegen Verzugs damit aus.

F. GESAMTERGEBNIS

K kann von R zwar Rücksendung des Mobilteils verlangen, Ansprüche auf Zahlung von Geld nebst Zinsen bestehen aber nicht, die Klage ist daher antragsgemäß abzuweisen.

Fußnoten:

* Für Recherchearbeiten an diesem Fall danke ich stud. iur. Marlena Harnisch 2 Vgl. Pfeiffer, NJW 1999, 169, 173; Palandt/Weidenkaff, 67. A., 2008, § 474 BGB, Rn. 4; anders Münchener Kommentar BGB/Lorenz, 5. A., 2008, § 474, Rn. 25.

3 EuGH, Rs. C-464/01, Slg. 2005.1 I– 439, 476 = NJW 2005, 653-656, „Gruber“, Rn. 50.

4 Münchener Kommentar BGB/Einsele, 5. A., 2006, § 127 a, Rn. 1; Palandt/Heinrichs/Ellenberger, 67. A., 2008, § 127 a BGB, Rn. 1.; Bamberger/ Roth/Heinrichs, 2. A., 2007, § 127 a BGB, Rn. 1.

5 Palandt/Grüneberg, 67. A., 2008, § 355 BGB, Rn. 14; Erman/Palm, 12. A., 2008, § 133 BGB, Rn. 17; RGZ 99, 147.

6 Dabei ist insbesondere in der Kautelarpraxis große Vorsicht geboten. In jüngerer Zeit haben sowohl Stimmen in der Rechtsprechung als auch in der Literatur das Muster einer Widerrufsbelehrung, wie es in Anlage 2 zur BGB-InfoVo abgedruckt ist, aus verschiedenen Gründen für unwirksam gehalten. Siehe z.B. OLG Schleswig Holstein, ZGS 2008, 158- 160; LG Koblenz, BB 2007, 239; LG Halle, BB 2006, 1818; Münchener Kommentar BGB/Ulmer, 5.A., § 355, Rn.57. Anderer Auffassung sind insoweit z.B. Masuch, BB 2005, 344; Bodendieck, MDR 2003, 1; Palandt- Grüneberg, 66. A., BGB-InfoV, § 14 Rn. 5f., LG Kassel, NJW 2007, 3136.

7 Erman/Saenger, 12. A., 2008, § 312f. BGB, Rn. 3; Staudinger/Thüsing, 2005, § 312 BGB, Rn. 7f.

8 Münchener Kommentar BGB/Gaier, 5. A., 2007, § 346, Rn. 44; Erman/ Röthel, 12. A., 2008, § 346, Rn. 22.

9 Staudinger/Kaiser, 2004, § 346 BGB, Rn. 162.

10 Münchener Kommentar BGB/Gaier, 5. A., 2007, § 346 Rn. 26; Staudinger/Kaiser, 2004, § 346 BGB, Rn. 228 f.; Erman/Röthel, 12. A., 2008, § 346 BGB, Rn. 33.

11 Staudinger/Kaiser, 2004, § 355 BGB Erman/Saenger, 12. A., 2008, § 355 BGB, Rn. 4.

12 BGHZ 88, 46, 49; BGH NJW 1984, 42, 43.

13 So zur alten Rechtslage BGH NJW 1998, 3268, 3269 für den vertraglichen Rücktritt, offen lassend, ob er seine Rechtsprechung für den gesetzlichen Rücktritt ändern wird.