

## 10/2020

23. JAHRGANG  
SEITEN 657 - 728



## IHR EXAMENSWISSEN EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

---

### ZIVILRECHT

- Verbraucherwiderruf bei Vorliegen eines rechtskräftigen Titels? Vollstreckungsabwehrklage ist unbegründet wegen Präklusion!
- Ein gekauftes Sportpferd muss nicht den „Idealvorstellungen“ des Käufers entsprechen!
- Arglistige Täuschung: gar nicht so einfach zu beweisen!
- Beitritt eines Minderjährigen zu einer KG: Anforderungen an die Wirksamkeit
- kompakt: Das für Saisonarbeiter „begrenzte Arbeitsverhältnis“ mit beschränktem Beschäftigungsanspruch

### STRAFRECHT

- Versuchsbeginn beim (Einbruchs-)Diebstahl
- Vorlage einer Fotokopie eines Personalausweises „Gebrauchen“ i.S.d. § 281 I S. 1 StGB?

### ÖFFENTLICHES RECHT

- Verfassungsrechtliche Vorgaben für eine strafrechtliche Verurteilung gem. §§ 185 ff. StGB
- Partielles „Kopftuchverbot“ für Referendarin mit GG vereinbar

### AKTUELLE GESETZGEBUNG

---

- Gesetz zur Abmilderung der Folgen der COVID-19-Pandemie im Pauschalreisevertragsrecht

### GRUNDFÄLLE

---

- Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
- Das Studentenabonnement

### HEMMER.LIFE

---

- Der ehemalige Kursteilnehmer und hemmer-Mitarbeiter Rechtsanwalt Max-Josef Heider im Interview



# E-BOOK LIFE&LAW OKTOBER 2020

**Autoren: Tyroller/Berberich/d'Alquen/Grieger**

# INHALTSVERZEICHNIS

## **1 VERBRAUCHERWIDERRUF BEI VORLIEGEN EINES RECHTSKRÄFTIGEN TITELS? VOLLSTRECKUNGSABWEHRKLAGE IST UNBEGRÜNDET WEGEN PRÄKLUSION!**

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Zulässigkeit der Klage

1. Statthafte Klageart

2. Zuständigkeit

a) Örtliche Zuständigkeit

b) Sachliche Zuständigkeit

3. Form

4. Rechtsschutzbedürfnis

5. Übrige Zulässigkeitsvoraussetzungen

II. Begründetheit der Klage

1. Einwendung gegen den titulierten Anspruch

2. Präklusion gem. § 767 II ZPO?

a) Präklusion bei Gestaltungsrechten

b) Gilt diese strenge Rechtsprechung auch für den Verbraucherwiderruf?

c) Ergebnis

III. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

## **2 EIN GEKAUFTES SPORTPFERD MUSS NICHT DEN „IDEALVORSTELLUNGEN“ DES KÄUFERS ENTSPRECHEN!**

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Keine Sollbeschaffenheitsvereinbarung, § 434 I S. 1 BGB

II. Eignung des Pferdes für die vertraglich vorausgesetzte bzw. gewöhnliche Verwendung, § 434 I S. 2 Nr. 1, 2 BGB

1. Voraussetzung für Mangel eines Tieres ist das Vorliegen einer Krankheit

2. „Kissing Spines“ hier keine Krankheit

a) Kissing Spines-Befund kann Krankheit sein, muss es aber nicht

b) Vorliegend keine Krankheit

c) Bloße „Rittigkeitsmängel“ stellen ohne Beschaffenheitsvereinbarung keinen Mangel i.S.d. § 434 I S. 2 BGB dar

3. § 477 BGB führt hier zu keinem anderen Ergebnis

III. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

### 3 ARLISTIGE TÄUSCHUNG: GAR NICHT SO EINFACH ZU BEWEISEN!

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Anspruch aus § 812 I S. 1 Alt. 1 BGB

1. Erlangtes Etwas durch Leistung (+)

2. Ohne Rechtsgrund?

a) Ohne Rechtsgrund (+) bei wirksamer Anfechtung gem. § 123 I Alt. 1 BGB

b) Aufklärungspflichtiger Sachverhalt (+)

c) Problem: Hat Aufklärung stattgefunden?

II. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

### 4 BEITRITT EINES MINDERJÄHRIGEN ZU EINER KG: ANFORDERUNGEN AN DIE WIRKSAMKEIT

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Frage 1: Genehmigungsbedürftigkeit

1. Nur Gründung einer Gesellschaft oder auch Beitritt erfasst?

a) Wortlaut der Norm

b) historische Auslegung

c) Sinn und Zweck der Norm

2. Abstrakte Betrachtung, nicht konkrete Gefahren im Einzelfall

3. „Erwerbsgeschäft“, obwohl nur Vermögensverwaltung?

4. Ergebnis Frage 1

II. Frage 2: Genehmigungsfähigkeit

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

## **5** KOMPAKT: DAS FÜR SAISONARBEITER „BEGRENZTE ARBEITSVERHÄLTNIS“ MIT BESCHRÄNKTEM BESCHÄFTIGUNGSANSPRUCH

### A) Sound

### B) Lösung

#### I. Anwendbarkeit der AGB-Kontrolle

#### II. Unangemessene Benachteiligung wegen Intransparenz, § 307 I S. 2 BGB

#### III. Unangemessene Benachteiligung gem. § 307 I S. 1, II BGB?

##### 1. Kontrollfähige Klausel, § 307 III BGB

##### 2. Unangemessene Benachteiligung entgegen den Geboten von Treu und Glauben, § 307 I S. 1 BGB?

###### a) Voraussetzung der unangemessenen Benachteiligung

###### b) Vorliegend liegt keine unangemessene Benachteiligung des AN vor

##### 3. Zwischenergebnis

#### III. Ergebnis

## **6** VERSUCHSBEGINN BEIM (EINBRUCHS-)DIEBSTAHL

### A) Sound

### B) Problemaufriss

### C) Lösung

#### I. Versuchter Diebstahl mit Waffen gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 1 a) Alt. 2, II, 23 I Alt. 2 StGB

##### 1. Vorprüfung

##### 2. Tatentschluss

###### a) Bezüglich Grunddelikt, § 242 I StGB

###### b) Bezüglich Qualifikation, § 244 I Nr. 1 a) Alt. 2 StGB

#### II. Versuchter Diebstahl in einem besonders schweren Fall gem. §§ 242 I, II, 23 I Alt. 2 i.V.m. § 243 I S. 2 Nr. 2 StGB

##### 1. Vorprüfung

##### 2. Tatentschluss

##### 3. Unmittelbares Ansetzen

##### 4. Rechtswidrigkeit

##### 5. Schuld

##### 6. Kein Rücktritt, § 24 I StGB

##### 7. Verwirklichung eines Regelbeispiels, § 243 I S. 2 Nr. 2 StGB

#### III. Versuchte gemeinschädliche Sachbeschädigung, §§ 304 I, III, 23 I Alt. 2 StGB

##### 1. Vorprüfung

##### 2. Tatentschluss

#### IV. Versuchte Sachbeschädigung, §§ 303 I, III, 23 I Alt. 2 StGB

##### 1. Vorprüfung

##### 2. Tatentschluss

3. Unmittelbares Ansetzen

4. Rechtswidrigkeit

5. Schuld

6. Kein Rücktritt

IV. Gesamtergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

## 7 VORLAGE EINER FOTOKOPIE EINES PERSONALAUSWEISES „GEBRAUCHEN“ I.S.D. § 281 I S. 1 STGB?

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

IV. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

## 8 VERFASSUNGSRECHTLICHE VORGABEN FÜR EINE STRAFRECHTLICHE VERURTEILUNG GEM. §§ 185 FF. STGB

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Schutzbereich des Art. 5 I S. 1 GG

II. Eingriff

III. Rechtfertigung

1. Verfassungsrechtliche Vorgaben einer Verurteilung nach § 185 StGB

2. Abwägung im vorliegenden Fall

IV. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

## 9 PARTIELLES „KOPFTUCHVERBOT“ FÜR REFERENDARIN MIT GG VEREINBAR

A) Sounds

## B) Problemaufriss

## C) Lösung

### I. Zulässigkeit

#### 1. Zuständigkeit BVerfG

#### 2. Beschwerdefähigkeit

#### 3. Beschwerdegegenstand

#### 4. Beschwerdebefugnis

##### a) Möglichkeit einer Grundrechtsverletzung

Anwendbarkeit von Grundrechten im öffentlich-rechtlichen Ausbildungsverhältnis

Mögliche Verletzung der Glaubensfreiheit gem. Art. 4 I, II GG

##### b) Gegenwärtigkeit, Unmittelbarkeit und Selbstbetroffenheit

##### c) Zwischenergebnis

#### 5. Rechtswegerschöpfung, vgl. Art. 94 II S. 2 GG i.V.m. § 90 II S. 1 BVerfGG, und Subsidiarität

##### a) Grundsatz

##### b) Ausnahme

#### 6. Rechtsschutzbedürfnis

#### 7. Weitere Zulässigkeitsvoraussetzungen

### II. Begründetheit

#### 1. Verletzung von Art. 4 I und II GG

##### a) Schutzbereich

##### b) Eingriff

##### c) Rechtfertigung

Schrankenvorbehalt der Religionsfreiheit

Materielle Verfassungsmäßigkeit

Schranken-Schranke der Verhältnismäßigkeit

Legitimer Zweck

Geeignetheit

Erforderlichkeit

Angemessenheit

Im Rahmen der Angemessenheit müssen die widerstreitenden Güter gegeneinander abgewogen und im Wege der praktischen Konkordanz in einen möglichst schonenden Ausgleich gebracht werden.

Anwendung im Einzelfall

#### 2. Verletzung der Ausbildungsfreiheit der B aus Art. 12 I GG

#### 3. Verletzung des APRs der B aus Art. 2 I i.V.m. Art. 1 I GG

#### 4. Gleichheitssatz des Art. 3 II S. 1 und Art. 3 III S. 1 GG

Ergebnis:

## D) Kommentar

## E) Wiederholungsfrage

## F) Zur Vertiefung

# GESETZ ZUR ABMILDERUNG DER FOLGEN DER COVID-19-PANDEMIE IM PAUSCHALREISEVERTRAGS-RECHT

- I. Rücktritt vom Pauschalreisevertrag wegen der COVID-19-Pandemie
- II. Wesentlicher Inhalt der Regelung in Art. 240 § 6 EGBGB: „Fairer Interessenausgleich“

## GRUNDFÄLLE

### VERTRAG MIT SCHUTZWIRKUNG ZUGUNSTEN DRITTER

#### A) Sound

#### B) Gliederung

#### C) Lösung

##### I. Ansprüche der T gegen H

###### 1. Vertragliche Ansprüche

###### 2. Anspruch der T gegen H auf Schadensersatz aus § 823 I BGB

- a) Rechtsgutsverletzung
- b) Verletzungshandlung
- c) Haftungsbegründende Kausalität
- d) Rechtswidrigkeit
- e) Verschulden
- f) Schaden und haftungsausfüllende Kausalität

###### 3. Anspruch der T gegen H aus § 823 II BGB i.V.m. § 229 StGB

##### II. Schadensersatzansprüche der T gegen V

###### 1. Schadensersatz gem. § 536a I Var. 2 BGB i.V.m. den Grundsätzen des Vertrags mit Schutzwirkung zugunsten Dritter

- a) Wirksamer Mietvertrag
- b) Anwendbarkeit des § 536a BGB
- c) Einbeziehung der T in den Schutzbereich des Mietvertrages zwischen M und V
  - aa) Leistungsnähe
  - bb) Personenrechtlicher Einschlag / Gläubigernähe
  - cc) Erkennbarkeit für den Schuldner
  - dd) Schutzbedürftigkeit
  - ee) Folge der Einbeziehung
- d) Weitere Voraussetzungen des § 536a I BGB: Vorliegen eines Mangels und Vertretenmüssen des V
- e) Ergebnis

###### 2. Anspruch der T gegen V aus § 823 I BGB

Verletzungshandlung

###### 3. Anspruch aus § 831 I BGB

#### D) Zusammenfassung

#### E) Zur Vertiefung

## **DAS STUDENTENABONNEMENT**

**A) Sound**

**B) Gliederung**

**C) Lösung**

**I. Urkundenfälschung, § 267 I Var. 2 StGB**

**a) Echte Urkunde**

**b) Verfälschen**

**II. Urkundenfälschung, § 267 I Var. 1 StGB**

**1. Objektiver Tatbestand**

**2. Subjektiver Tatbestand**

**3. Rechtswidrigkeit und Schuld**

**III. Urkundenfälschung, § 267 I Var. 3 StGB**

**1. Objektiver Tatbestand**

**2. Subjektiver Tatbestand**

**3. Rechtswidrigkeit und Schuld**

**IV. Urkundenunterdrückung, § 274 I Nr. 1 StGB**

**V. Fälschung technischer Aufzeichnungen, § 268 I Nr. 1 StGB**

**VI. Gesamtergebnis**

**D) Zusammenfassung**

**E) Vertiefung**

# **HEMMER.LIFE**

# 1 VERBRAUCHERWIDERRUF BEI VORLIEGEN EINES RECHTSKRÄFTIGEN TITELS? VOLLSTRECKUNGSABWEHRKLAGE IST UNBEGRÜNDET WEGEN PRÄKLUSION!

+++ Verbraucherwiderruf +++ Rechtskräftiger Vollstreckungstitel +++ Vollstreckungsabwehrklage +++ Präklusion mit Einwendungen +++ §§ 355, 495 BGB +++ § 767 ZPO

**Sachverhalt (vereinfacht und leicht abgewandelt):** Die in Chemnitz ansässige G-Bank AG gewährte der Verbraucherin S, die ebenfalls in Chemnitz wohnt, ein verzinsliches Darlehen über 145.000,- €.

Die G-Bank kündigte das Darlehen gem. § 498 BGB wegen Zahlungsverzugs der S und erwirkte gegen S einen Vollstreckungsbescheid über 107.000,- €, der seit September 2018 rechtskräftig ist.

Da seitens der S keine Zahlungen erfolgten, leitete die G-Bank im Januar 2020 die Zwangsvollstreckung ein.

Mit Schreiben vom 22. Januar 2020 widerrief S ihre auf Abschluss des Darlehensvertrages gerichtete Willenserklärung und erhob – anwaltlich vertreten – beim LG Chemnitz Vollstreckungsabwehrklage, die per Fax an das Gericht übermittelt wurde.

**Hat die Vollstreckungsabwehrklage Aussicht auf Erfolg?**

**Hinweis:** Es ist zu unterstellen, dass der Widerruf der S wirksam ist, weil die Widerrufsbelehrung der G-Bank AG nicht ordnungsgemäß erfolgt war.

## A) Sounds

Der Darlehensnehmer eines Verbraucherdarlehensvertrages ist gem. §§ 767 II, 796 II ZPO mit seinem nach §§ 495 I, 355 BGB bestehenden Widerrufsrecht ausgeschlossen, wenn die Bank nach Kündigung des Darlehensvertrages ihren Rückzahlungsanspruch in einem mit dem Einspruch nicht mehr anfechtbaren Vollstreckungsbescheid tituliert hat.

## B) Problemaufriss

In dieser Entscheidung befasst sich der BGH zum ersten Mal mit der examensrelevanten Frage der Präklusion nach § 767 II ZPO beim Widerruf eines Verbraucherschützenden Vertrages (hier eines Allgemein-Verbraucherdarlehensvertrages).

Der Widerruf war auch noch Jahre nach Abschluss des Darlehensvertrages möglich, da die G-Bank nicht ordnungsgemäß über das Widerrufsrecht des § 495 I BGB belehrt hat.

Nach § 355 I S. 2 BGB muss der Widerruf als empfangsbedürftige, formlos wirksame, aber eindeutige Willenserklärung (S. 3) gegenüber dem Unternehmer erfolgen.

Die Widerrufsfrist beträgt gem. § 355 II S. 1 BGB 14 Tage. Die Widerrufsfrist beginnt mit Vertragsschluss, soweit nichts anderes bestimmt ist, § 355 II S. 2 BGB. Für den Widerruf eines Verbraucherdarlehensvertrages ist der Fristbeginn in § 356b BGB geregelt.

Nach § 356b I, II S. 1 BGB muss dem Verbraucher eine Vertragsurkunde zur Verfügung gestellt werden, welche die in § 492 II BGB i.V.m. Art. 247 §§ 6 bis 13 EGBGB vorgeschriebenen Angaben enthalten muss, wozu u.a. auch die Unterrichtung über das Widerrufsrecht gehört, Art. 247 § 6 II EGBGB.

**Anmerkung:** Enthält der Vertrag diese Pflichtangaben nicht, so kann der Unternehmer diese Angaben nachholen. Die Frist für den Widerruf beträgt in diesem Fall dann aber einen Monat, § 356b II S. 1 und 2 BGB.

Enthält der Vertrag keine ordnungsgemäße Belehrung über das Widerrufsrecht, so muss zwischen Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrag und Allgemein-Verbraucherdarlehensverträgen differenziert werden:

- Beim Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrag erlischt das Widerrufsrecht gem. § 356b II S. 4 BGB spätestens 12 Monate und 2 Wochen nach Vertragsschluss!
- Im Umkehrschluss erlischt das Widerrufsrecht bei Allgemein-Verbraucherdarlehensverträgen nicht nach Ablauf dieser Höchstfrist. In diesem Fall bleibt es also bei einem „ewigen Recht zum Widerruf“.

S hat daher den Verbraucherdarlehensvertrag wirksam widerrufen und war gem. § 355 I S. 1 BGB nicht mehr an ihre auf den Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrages gerichtete Willenserklärung gebunden.

Aufgrund des Wortlautes des § 355 I S. 1 BGB (...„nicht mehr gebunden, wenn“...) handelt es sich bei der Ausübung des Widerrufsrechts unstreitig um ein Gestaltungsrecht.

Das Problem im vorliegenden Fall bestand nun darin, dass das Gestaltungsrecht von der S erst ausgeübt wurde, nachdem gegen sie ein bereits rechtskräftiger Vollstreckungstitel bestand.

Durch den Widerruf wurde der titulierte Anspruch nach materiellem Recht unrichtig.

Einwendungen gegen den titulierten Anspruch kann der Vollstreckungsschuldner im Wege der Vollstreckungsabwehrklage nach § 767 I ZPO beim Prozessgericht des ersten Rechtszuges geltend machen.

Beruhend die Einwendungen allerdings auf Gründen, die bereits vor der letzten Tatsachenverhandlung entstanden sind und deshalb auch dort hätten vorgebracht werden können, können diese zum Schutz der Rechtskraft von gerichtlichen Entscheidungen auch nicht mehr im Vollstreckungsabwehrklageverfahren „nach-geschoben“ werden. Dies wird vielmehr durch die Präklusionswirkung des § 767 II ZPO verhindert.

Wann der Vollstreckungsschuldner mit der Ausübung von Gestaltungsrechten nach § 767 II ZPO präkludiert ist, ist umstritten und gehört zu den examensrelevantesten Fragen im Zwangsvollstreckungsrecht.

## C) Lösung

Die Klage der S gegen die G-Bank hat Aussicht auf Erfolg, wenn sie zulässig und begründet ist.

### I. Zulässigkeit der Klage

Die Klage müsste zulässig sein.

#### Zulässigkeit der Vollstreckungsabwehrklage

1. Statthaftigkeit, § 767 ZPO (ggfs. i.V.m. § 795 S. 1 ZPO)
2. Sachliche und örtliche Zuständigkeit
3. Form
4. Rechtsbehelfsbedürfnis
5. Sonstige Zulässigkeitsvoraussetzungen

#### 1. Statthafte Klageart

S macht als klagende Vollstreckungsschuldnerin geltend, dass der zugunsten der beklagten G-Bank titulierte Darlehensrückzahlungsanspruch aus § 488 I S. 2 BGB infolge des Widerrufs erloschen sei und damit der Herausgabevollstreckung ein materiell-rechtlicher Einwand entgegensteht.

Einschlägig ist hier daher die Vollstreckungsabwehrklage gemäß § 767 ZPO.

Da der Vollstreckungstitel im vorliegenden Fall kein Urteil, sondern ein Vollstreckungsbescheid i.S.d. §§ 699 f., 794 I Nr. 4 ZPO war, kommt § 767 I ZPO über § 795 S. 1 ZPO zur Anwendung.

#### 2. Zuständigkeit

Nach § 767 I ZPO sind die Einwendungen bei dem Prozessgericht des ersten Rechtszuges geltend zu machen.

Bei einem Vollstreckungsbescheid gibt es aber kein Gericht des ersten Rechtszuges, da diesem ein gerichtliches Mahnverfahren nach §§ 688 ff. ZPO vorausgegangen ist.

**Anmerkung: Gem. § 689 I, III ZPO ist das zentrale Mahngericht ausschließlich das Amtsgericht. Für den Fall, dass der Antragsteller aus Sachsen kommt, ist gem. § 689 III ZPO das zentrale Mahngericht das AG Aschersleben. Dies ist aber nicht das Prozessgericht des ersten Rechtszuges, sondern das Mahngericht.**

Nach § 796 III ZPO ist bei Vollstreckungsbescheiden das Gericht zuständig, welches im Streitverfahren zuständig gewesen wäre.

Erst das abstrakt nach §§ 1, 12 ff. ZPO ermittelte Gericht ist dann gem. § 802 ZPO ausschließlich für die Vollstreckungsabwehrklage zuständig.<sup>1</sup>

#### a) Örtliche Zuständigkeit

Der allgemeine Gerichtsstand der beklagten G-Bank AG bestimmt sich gem. §§ 12, 17 ZPO, sodass Chemnitz örtlich zuständig ist.

Auch der besondere Gerichtsstand des Erfüllungsortes gem. **§ 29 I ZPO** wäre in Chemnitz, da gem. §§ 270 IV, 269 I BGB auch bei Geldschulden der Leistungsort der Wohnsitz des Schuldners ist.

**hemmer-Methode:** Der Begriff des Erfüllungsortes ist ein wenig geglücktes Synonym für den Leistungsort i.S.d. § 269 BGB und nicht – wie man meinen könnte – für den Erfolgsort.

Dieser verwirrende Begriff taucht auch in §§ 447 I, 448 I BGB auf.

**Kommentieren Sie sich – soweit dies nach Ihrer Prüfungsordnung erlaubt ist – im Gesetz an das Wort Erfüllungsort jeweils den § 269 BGB!**

#### b) Sachliche Zuständigkeit

Die sachliche Zuständigkeit ergibt sich aus den § 1 ZPO, §§ 23 I, 71 GVG.

Da für die Vollstreckungsabwehrklage keine streitwertunabhängige Zuständigkeit der Amts- oder Landgerichte nach §§ 23 Nr. 2, 71 II GVG einschlägig ist, insbesondere auch nicht nach § 764 I ZPO das Vollstreckungsgericht als Amtsgericht zuständig ist, bestimmt sich die sachliche Zuständigkeit nach dem Streitwert, also dem Wert des vollstreckbaren Anspruchs gem. §§ 2, 3 ZPO.

Damit ist im vorliegenden Fall das Landgericht zuständig, da der Streitwert 107.000,- € und damit mehr als 5.000,- beträgt, §§ 1 ZPO, 23 Nr. 1, 71 I GVG.

### 3. Form

Für die Form der Klageerhebung gelten die allgemeinen Vorschriften, also insbesondere §§ 253 I, IV, 130 Nr. 6 ZPO.

§ 130 Nr. 6 ZPO, auf den § 253 IV ZPO verweist, enthält allerdings nur eine Soll-Vorschrift.

§ 130 ZPO betrifft aber unmittelbar nur die sog. **vorbereitenden** Schriftsätze, durch welche die mündliche Verhandlung vorbereitet und ihre Durchführung erleichtert werden soll.

Bei den **bestimmenden Schriftsätzen**, denen unmittelbar prozessgestaltende Wirkung zukommt, weil sie ein Verfahren einleiten, verändern, beenden oder den Eintritt der Rechtskraft hindern, ist § 130 ZPO **als Mussvorschrift** zu lesen.

Die Klage muss als bestimmender Schriftsatz, da sie beim Landgericht erhoben wurde, daher von einem Rechtsanwalt unterschrieben werden, §§ 78 I, 130 Nr. 6 ZPO. Diese Voraussetzung ist im vorliegenden Fall erfüllt, da die S anwaltlich vertreten wurde. Die Übermittlung der Klage per Fax war gem. § 130 I Nr. 6 a.E. ZPO wirksam.<sup>2</sup>

Der Antrag muss wegen § 775 Nr. 1 ZPO dahingehend gestellt werden, dass die Zwangsvollstreckung aus dem Titel für unzulässig erklärt wird.

<sup>1</sup> Hemmer/Wüst/Grieger/Tyroller, Skript ZPO II, Rn. 245; Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 17. Auflage 2020, § 796, Rn. 3.  
<sup>2</sup> Bei der materiell-rechtlichen Schriftform nach § 126 BGB genügt ein Fax nicht (Umkehrschluss aus § 127 II BGB).

## 4. Rechtsschutzbedürfnis

Das Rechtsschutzbedürfnis ist gegeben, sobald und solange ein Titel vorliegt, der zur Zwangsvollstreckung geeignet ist.<sup>3</sup>

Da hier ein Vollstreckungstitel vorliegt, war schon allein deshalb das Rechtsschutzbedürfnis der S zu bejahen.

## 5. Übrige Zulässigkeitsvoraussetzungen

S ist nach §§ 50 I ZPO, 1 BGB parteifähig und nach § 52 I ZPO prozessfähig.

Die beklagte G-Bank AG ist gem. §§ 50 I ZPO, 1 I S. 1 AktG parteifähig. Da die G-Bank prozessunfähig ist, muss sie sich gem. §§ 51 I ZPO, 78 I AktG im Klageverfahren von ihrem Vorstand gerichtlich vertreten lassen.

Da die Klage beim Landgericht erhoben wurde, muss sich auch die G-Bank AG von einem Rechtsanwalt vertreten lassen, um postulationsfähig (auch deutsch: verhandlungsfähig) zu sein, §§ 78 I, 130 Nr. 6 ZPO.

**hemmer-Methode: Zu beachten ist ferner, dass die Erhebung der Vollstreckungsabwehrklage keine aufschiebende Wirkung hat. Deshalb sollte die S mit ihrer Klage nach § 769 I ZPO mittels einer einstweiligen Anordnung die vorläufige Einstellung gegen oder ohne Sicherheitsleistung zu erwirken versuchen, vgl. auch § 775 Nr. 2 ZPO.**

## II. Begründetheit der Klage

Die Klage ist begründet, wenn

- S gegen den titulierten Anspruch der G-Bank AG eine materiell-rechtliche Einwendung zusteht und
- S mit diesem Einwand nicht nach § 767 II ZPO präkludiert ist.

**hemmer-Methode: Die Präklusion des § 767 II ZPO ist nach zutreffender h.M. keine Frage der Zulässigkeit, sondern der Begründetheit.**

### 1. Einwendung gegen den titulierten Anspruch

Da die S von der G-Bank beim Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrages (§ 491 BGB) nicht ordnungsgemäß über ihr Widerrufsrecht belehrt wurde, lief die zweiwöchige Widerrufsfrist nach § 355 II BGB nicht an, §§ 356b I, II, 492 II BGB i.V.m. Art. 247 § 6 II EGBGB.

Damit konnte S den Verbraucherdarlehensvertrag widerrufen und war gem. § 355 I S. 1 BGB nicht mehr an ihre auf den Abschluss des Verbraucherdarlehensvertrages gerichtete Willenserklärung gebunden.

Der S stand daher gegen den titulierten Anspruch eine Einwendung i.S.d. § 767 I ZPO zu.

### 2. Präklusion gem. § 767 II ZPO?

Die Ausübung des Widerrufsrechts könnte aber nach §§ 767 II, 796 II ZPO ausgeschlossen sein, wenn es sich dabei nicht um eine sog. nachträgliche Einwendung handelt, die erst nach Ablauf der gemäß §§ 700 I, 339 I ZPO bestehenden zweiwöchigen Frist zur Einlegung des Einspruchs gegen den Vollstreckungsbescheid entstanden ist.

**Anmerkung: Nach § 767 II ZPO können Einwendungen gegen einen durch Urteil festgestellten Anspruch nur dann mit der Vollstreckungsgegenklage geltend gemacht werden, wenn die Gründe, auf denen sie beruhen, erst nach dem Schluss der mündlichen Verhandlung entstanden sind, in der Einwendungen hätten geltend gemacht werden müssen. Diese Regelung gilt gemäß § 795 S. 1 ZPO auch für - wie hier - in Vollstreckungsbescheiden gem. § 794 I Nr. 4 ZPO festgestellte Ansprüche mit der Maßgabe, dass die Gründe, auf denen die Einwendungen beruhen, nach Zustellung des Vollstreckungsbescheides entstanden sein müssen und durch Einspruch nicht mehr geltend gemacht werden können (§ 796 II ZPO).**

3 Th/P, § 767 ZPO, Rn. 14 und 16.

## a) Präklusion bei Gestaltungsrechten

Sehr streitig ist, auf welchen Zeitpunkt es ankommt, wenn ein selbstständiges Gestaltungsrecht (z.B. Anfechtung, Aufrechnung, Rücktritt oder - wie hier - der Widerruf) zur Zeit der letzten mündlichen Verhandlung - bzw. hier des Ablaufs der Einspruchsfrist gegen den Vollstreckungsbescheid (§ 796 II ZPO) - bereits bestand, aber erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung ausgeübt wurde.

**aa)** Eine Ansicht in der Literatur stellt darauf ab, dass die Rechtsänderung nicht bereits dann eintritt, wenn die Möglichkeit der Gestaltungserklärung besteht, sondern erst mit der Ausübung des Gestaltungsrechts.

Erfolgt diese erst nach Schluss der mündlichen Verhandlung, soll der Einwand nicht gem. § 767 II ZPO präkludiert sein.<sup>4</sup>

**bb)** Teilweise wird auch darauf abgestellt, ab wann die Kenntnis von der Möglichkeit zur Ausübung des Gestaltungsrechts bestand. Besteht diese Kenntnis vor Schluss der letztlichen mündlichen Verhandlung bzw. - wie hier - vor Ablauf der Einspruchsfrist, kann das Gestaltungsrecht nicht mehr im Wege der Vollstreckungsabwehrklage geltend gemacht werden. Hierfür spreche auch der Rechtsgedanke der § 296 II ZPO.<sup>5</sup>

**cc)** Nach gefestigter **Rechtsprechung des BGH** ist bei Gestaltungsrechten nicht der Zeitpunkt der Gestaltungserklärung des Berechtigten maßgebend, sondern es ist auf den Zeitpunkt ihres Entstehens und der Befugnis zu ihrer Ausübung abzustellen.<sup>6</sup> Nach Ansicht des BGH kommt es auch nicht darauf an, ob der Berechtigte Kenntnis von der Gestaltungsmöglichkeit hat, sondern nur darauf, dass diese Möglichkeit objektiv bestand.

Zwar tritt die materiell-rechtliche Wirkung des Gestaltungsrechts erst mit dem Zugang der Gestaltungserklärung ein (§ 130 I S. 1 BGB). Der Grund, auf dem die umgestaltende Wirkung beruht, entsteht jedoch bereits mit dem Zeitpunkt, in dem der Berechtigte erstmals die Möglichkeit hat, sein Gestaltungsrecht auszuüben, und er die Rechtslage durch Abgabe der Gestaltungserklärung zu seinen Gunsten beeinflussen kann.

Auf diesen Zeitpunkt ist im Rahmen der Anwendung der Präklusionsregelung des § 767 II ZPO grundsätzlich abzustellen.

Nach Ansicht des BGH steht der größtmögliche Schutz der Rechtskraft und der Vollstreckbarkeit des Titels im Vordergrund. Der Schuldner soll im Interesse der Rechtsklarheit gezwungen werden, möglichst früh von seinen Gestaltungsrechten Gebrauch zu machen. Verzögerungen der Vollstreckung sollen vermieden werden.

Das Verfahren nach § 767 ZPO darf dabei aber nicht zu einer Nachprüfung des Urteils führen, da, soweit es vorliegt, dessen Rechtskraft entgegensteht.

**Anmerkung:** Folgen Sie in der Klausur bitte der Ansicht des BGH!

**Diese Rechtsprechung ist so gefestigt, dass man den Standpunkt des BGH als Gewohnheitsrecht bezeichnen kann.<sup>7</sup>**

**Dies hat zur Konsequenz, dass der Vollstreckungsschuldner mit der Anfechtung immer präkludiert ist, da diese Möglichkeit seit Abschluss des Vertrages besteht.**

**Bei der Aufrechnung kommt es hingegen darauf an, zu welchem Zeitpunkt die Aufrechnungslage vorgelegen hat.**

**Beim Rücktritt kommt es darauf an, zu welchem Zeitpunkt die Voraussetzungen des Rücktritts vorgelegen haben.**

**Da das Widerrufsrecht eines Verbrauchers - wie die Anfechtung - auch von Anfang an besteht, müsste auch hier der Vollstreckungsschuldner immer nach § 767 II ZPO präkludiert sein.**

**In der hier zu besprechenden Entscheidung wird dies vom BGH konsequenterweise bejaht!**

## b) Gilt diese strenge Rechtsprechung auch für den Verbraucherwiderrief?

Besonders diskutiert wird die Problematik bei den verbraucherschützenden Widerrufsrechten.

Folgt man der Rechtsprechung des BGH, müsste auch hier auf die erstmalige Möglichkeit zur Ausübung des Rechts abgestellt werden.

Fraglich ist allerdings, ob die strenge Rechtsprechung zu § 767 II BGB mit dem Sinn und Zweck des Verbraucherwiderriefs vereinbar ist.

## aa) Überwiegende Ansicht in der Literatur

Nach überwiegender Ansicht der Literatur soll der Verbraucher aufgrund des nach §§ 495 I, 355 I BGB bestehenden

4 Stein/Jonas/Münzberg, Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Auflage 2020, § 767, Rn. 35.

5 Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, § 767, Rn. 37.

6 BGHZ 157, 47 (52) = [jurisbyhemmer](#); BGH, NJW-RR 2006, 229 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGH, NJW 2005, 2926 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGHZ 220, 78 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGHZ 201, 121 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGH, NJW 1987, 1691 ff. BGHZ 201, 121 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGHZ 34, 274 ff. = [jurisbyhemmer](#); so inzwischen auch Thomas/Putzo/Seiler, ZPO, 41. Auflage 2020, § 767, Rn. 22a.

7 Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, § 767, Rn. 37 a.E.

Widerrufsrechts vor einer übereilten darlehensvertraglichen Bindung geschützt werden.<sup>8</sup>

Dieser Zweck rechtfertigt es, die Rechtsprechung zur Präklusion bei § 767 II ZPO nicht auf den Verbraucherwiderruf anzuwenden.<sup>9</sup>

Selbst wenn man der Rechtsprechung des BGH grundsätzlich folgt, müsse bei dem Widerrufsrecht eines Verbrauchers eine weitere Besonderheit berücksichtigt werden.

§ 767 II ZPO spricht von Gründen, die neu entstanden sein müssen. Die Widerrufsrechte verlangen aber nicht nach einem Grund. Während z.B. die Anfechtung auf einen Anfechtungsgrund gestützt werden muss, steht die Ausübung des Widerrufs nach § 355 BGB im Belieben des Verbrauchers. Er muss nur gewisse Form- und Fristenfordernisse beachten. Daher muss für die Frage der „Neuheit“ i.S.d. § 767 II ZPO auf die Ausübung abgestellt werden. Wie bei der Ausübung eines Options- oder sonstigen Willkürrechts sei daher vor Ausübung des Widerrufsrechts keine Präklusion denkbar.<sup>10</sup>

#### **aa) Nach Ansicht des BGH gilt bei § 355 I BGB keine Besonderheit**

Nach Ansicht des BGH vermag der Zweck des nach §§ 495 I, 355 I BGB bestehenden Widerrufsrechts die Ansicht der Literatur nicht zu rechtfertigen.

Der Verbraucher wird zwar, wenn der Darlehensgeber gegen ihn einen rechtskräftigen Vollstreckungstitel erwirkt hat, in seiner Freiheit eingeschränkt, den Darlehensvertrag gemäß §§ 495 I, 355 I BGB zu widerrufen, weil er mit der Ausübung seines Widerrufsrechts gemäß §§ 767 II, 796 II ZPO ausgeschlossen ist, wenn er hiervon nicht bereits im Vorprozess oder - wie hier - nicht innerhalb der Einspruchsfrist der §§ 700 I, 339 I ZPO Gebrauch gemacht hat.

#### **(1) Schutz der Rechtskraft überwiegt Interesse des Verbrauchers**

Diese Einschränkung der nach materiellem Recht bestehenden Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers ist jedoch aufgrund des Zwecks des § 767 II ZPO gerechtfertigt.

Dieser besteht darin, den rechtskräftigen Vollstreckungstitel in weitem Umfang vor nachträglichen Einwendungen des Schuldners zu schützen und die Hindernisse zu begrenzen, die der Vollstreckung aus diesem Titel bereitet werden können.<sup>11</sup> Dadurch soll die materielle Rechtskraft der Entscheidung abgesichert werden.<sup>12</sup>

Der durch § 767 II ZPO bezweckte Schutz rechtskräftiger Titel tritt insbesondere nicht deswegen ausnahmsweise zurück, weil der Verbraucher berechtigt ist, den Zeitpunkt der Widerrufserklärung nach seinem Belieben frei zu wählen, und das Widerrufsrecht an keine Voraussetzungen geknüpft ist.

Das Widerrufsrecht nach §§ 495 I, 355 I BGB dient nämlich nicht dem Zweck, dem Berechtigten die Freiheit einzuräumen, den Zeitpunkt der Widerrufserklärung - etwa in Abhängigkeit von der Entwicklung der wirtschaftlichen Verhältnisse, insbesondere der Darlehenszinsen - zu wählen.

Die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers in zeitlicher Hinsicht ist lediglich eine Nebenfolge seines Widerrufsrechts. Dessen Sinn und Zweck ist es vielmehr, den Verbraucher vor einer übereilten Bindung an seine auf Abschluss des Darlehensvertrags gerichtete Willenserklärung zu schützen.

Ihm soll deshalb bei Entscheidungen mit erheblicher wirtschaftlicher Bedeutung und Tragweite wie dem Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags Gelegenheit gegeben werden, den Vertragsabschluss noch einmal zu überdenken.<sup>13</sup>

#### **(2) Präklusion auch bei Unkenntnis des Verbrauchers von seinem Widerrufsrecht**

Auch eine etwaige Unkenntnis des Verbrauchers vom (noch) Bestehen seines Widerrufsrechts rechtfertigt es entgegen einer im Schrifttum vertretenen Auffassung<sup>14</sup> nicht, die Regelung der §§ 767 II, 796 II ZPO nicht anzuwenden.

Für die Präklusionswirkung nach diesen Vorschriften kommt es nämlich auf den Zeitpunkt der Entstehung und nicht auf den der Ausübung des Gestaltungsrechts an.

8 Palandt, BGB, 79. Auflage 2020, § 495, Rn. 1.

9 MüKo, ZPO, 5. Auflage, § 767 Rn. 82; Zöller/Vollkommer, ZPO, 33. Auflage, Vor § 322 Rn. 64 a.E.; Wieczorek/Schütze/Spohnheimer, ZPO, 4. Auflage, § 767 Rn. 86; BeckOK ZPO/Preuß, Stand: 1. Januar 2020, § 767 Rn. 47.1; Staudinger/Kaiser, BGB, § 355 Rn. 38; Fischer, VuR 2004, 322 (326); Schwab, JZ 2006, 170 (175); Rohlfing, NJW 2010, 1787 (1788).

10 So K. Schmidt, JuS 2001, 1096 (1098).

11 BGHZ 34, 274 (280) = [jurisbyhemmer](#); BGHZ 42, 37 (41) = [jurisbyhemmer](#); vgl. bereits RGZ 64, 228 (230).

12 BGH, NJW 1953, 345 ff. = [jurisbyhemmer](#).

13 BGHZ 209, 86 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGH, VuR 2013, 334 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGH, NJW 2020, 334 ff. = [jurisbyhemmer](#).

14 Fischer, VuR 2004, 322 (326); Schwab, JZ 2006, 170 (175); Schapp, Die Präklusion von Gestaltungsrechten nach § 767 II ZPO, 2011, S. 249 f.

Maßgebend ist danach, dass die S bis zum Ablauf der Einspruchsfrist **objektiv die Möglichkeit** hatte, den Widerruf zu erklären. Darauf, ob sie als Vollstreckungsschuldnerin ihre Einwendung nicht geltend machen konnte, weil sie sie nicht kannte, kommt es nach ständiger Rechtsprechung nicht an.

### (3) „Europäische Richtlinienvorgaben“ stehen einer Präklusion nicht entgegen

Für die gegenteilige Auffassung können auch nicht „europäische Richtlinienvorgaben“ als Argument für eine Sonderbehandlung des Widerrufsrechts eines Verbrauchers angeführt werden.

Die Verbraucherkreditrichtlinien regeln eine Präklusion von Ansprüchen aus Verbraucherdarlehensverträgen nicht. Damit ist hier das autonome Verfahrensrecht der Mitgliedstaaten maßgebend.

### c) Ergebnis

Damit handelt es sich bei dem Widerruf nicht um eine sog. nachträgliche Einwendung. Die S ist daher mit der Einwendung des § 355 I S. 1 BGB gem. §§ 767 II, 769 II ZPO präkludiert.

## III. Endergebnis

Die zulässige Vollstreckungsabwehrklage der S war demnach unbegründet.

## D) Kommentar

(mty). **Recht so!!!** Alles hat einmal ein Ende. Auch ein gerichtliches Verfahren.

Die Rechtskraft einer gerichtlichen Entscheidung ist eines der wichtigsten Prinzipien des deutschen Rechts.

**hemmer-Methode: Vollstreckbare Urkunden i.S.d. § 794 I Nr. 5 ZPO sind nicht der Rechtskraft fähig, weshalb der Schuldner mit einer Vollstreckungsabwehrklage nach §§ 795 S. 1, 767 ZPO alle materiell-rechtlichen Einwendungen vorbringen kann, vgl. § 797 IV ZPO.**

**Auch für Prozessvergleiche gilt § 767 II ZPO nicht, da hier ebenfalls ein Vollstreckungstitel vorliegt, der nicht auf einer gerichtlichen Entscheidung beruht.<sup>15</sup>**

Sind die Rechtsmittel erschöpft oder wurde es versäumt, rechtzeitig ein Rechtsmittel einzulegen, so ist mit der formellen Rechtskraft einer Entscheidung (vgl. §§ 705 ZPO, 19 EGZPO) die Sache „durch“.

Warum eine Gerichtsentscheidung inhaltlich falsch ist, spielt dabei keine Rolle. An diesem Grundsatz kann auch der Verbraucherschutz nichts ändern. Der Schutz der Rechtskraft überwiegt daher das Interesse des Verbraucherschutzes!

**Mit anderen Worten:** Aus und vorbei, einerlei!

Nur ganz ausnahmsweise kann die Aufhebung eines rechtskräftigen Urteils im Wege eines Wiederaufnahmeverfahrens nach den §§ 578 ff. ZPO begehrt werden. Dies ist möglich, wenn das Urteil unter Verstoß gegen besonders wichtige **Verfahrensvorschriften** zustande gekommen (Nichtigkeitklage, § 579 ZPO) oder die **Beweisgrundlage** des Urteils **grob fehlerhaft** ist (Restitutionsklage, § 580 ZPO).

Die enge Fassung der Wiederaufnahmegründe der §§ 579 f. ZPO sowie die fünfjährige Sperrfrist des § 586 II S. 2 ZPO haben die Rechtsprechung dazu veranlasst, bei Vorliegen einer sittenwidrigen Urteilserschleichung oder Urteilsausnutzung eine Rechtskraftdurchbrechung zuzulassen.

Der Betroffene hat in diesen Fällen zwar nicht die Möglichkeit, eine Aufhebung des rechtskräftigen Urteils zu erwirken. Durch eine auf **§§ 826, 249 I BGB** gestützte Klage kann er aber die Vollstreckung aus einem rechtskräftigen Urteil verhindern oder Schadensersatz nach bereits erfolgter Vollstreckung verlangen.<sup>16</sup>

Eine sittenwidrige Urteilserschleichung liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn ein unlauteres, gegen die guten Sitten verstoßendes Verhalten einer Partei zu einem sachlich falschen Urteil geführt hat.<sup>17</sup> Eine sittenwidrige Urteilsausnut-

15 BGH, NJW-RR 1987, 1022 f. = jurisbyhemmer.

16 Vgl. dazu Hemmer/Wüst, Deliktsrecht I, Rn. 152 ff. sowie Hemmer/Wüst/Tyroller, ZPO I, Rn. 636 ff.

17 BGH, NJW 1956, 505 = jurisbyhemmer.