

Übungsfall zu Einheit 3

A möchte sich eine neue Gitarre zulegen, die allerdings zumeist nur zu einem Preis von etwa 12 000 Euro angeboten wird. Eines Tages sieht A im Online-Shop des B das begehrte Modell zu einem Preis von 10 000 Euro. Nachdem A seine Kontaktdaten eingegeben und einen Haken im Feld „Per Rechnung bezahlen“ gesetzt hat, klickt er auf einen Button, der mit „Daten bestätigen und absenden“ beschrieben ist. Wenig später erhält A per E-Mail eine automatisierte Bestellbestätigung.

A ist in freudiger Erwartung der Gitarre, doch B liefert auch auf mehrfache Aufforderung des A nicht. B macht schließlich geltend, dass ein Vertrag hier angesichts der Regelung des § 312j Abs. 4 BGB gar nicht zustande gekommen sei. A ist empört: Es könne nicht ihm zum Nachteil gereichen, dass B hier seinen Online-Shop nicht ordnungsgemäß eingerichtet habe. § 312j BGB sei zur Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU eingeführt worden, um die Rechte der Verbraucherinnen und Verbraucher zu schützen. Dann wäre es widersinnig, wenn er durch die Regelung gerade schlechter gestellt würde. Überdies normiere Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 Verbraucherrechte-Richtlinie 2011/83/EU, die 2011 verabschiedet wurde und mit einer Umsetzungsfrist von zwei Jahren versehen war, ausdrücklich:

¹Der Unternehmer sorgt dafür, dass der Verbraucher bei der Bestellung ausdrücklich bestätigt, dass die Bestellung mit einer Zahlungsverpflichtung verbunden ist. ²Wenn der Bestellvorgang die Aktivierung einer Schaltfläche oder eine ähnliche Funktion umfasst, ist diese Schaltfläche oder entsprechende Funktion gut lesbar ausschließlich mit den Worten „zahlungspflichtig bestellen“ oder einer entsprechenden eindeutigen Formulierung zu kennzeichnen, die den Verbraucher darauf hinweist, dass die Bestellung mit einer Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Unternehmer verbunden ist. ³Wenn der Unternehmer diesen Unterabsatz nicht einhält, ist der Verbraucher durch den Vertrag oder die Bestellung nicht gebunden.

Gerade der letzte Satz könne ja nur bedeuten, dass er als Verbraucher über das Schicksal des Vertrags bestimmen könne. Dies müsse bei der Anwendung des § 312j BGB bedacht werden. Jedenfalls aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrecht sei kein anderes Ergebnis vertretbar. B entgegnet, dass man nicht einfach so den expliziten Willen des nationalen Gesetzgebers ignorieren könne, auch das Unionsrecht habe seine Grenzen.

1. Hat A gegen B einen Anspruch auf Übereignung der Gitarre?
2. Angenommen, der Anspruch aus Frage 1 besteht nicht: Was ist A anwaltlich zu raten?
3. Die Regelung über die Nichtbindung des Verbrauchers findet sich nicht in einer Verbraucherrechte-Richtlinie, sondern in einer Verbraucherrechte-Verordnung. Wie ändert sich die Rechtslage?

Lösungshinweise

Frage 1

A. Anspruch auf Übereignung aus § 433 Abs. 1 BGB

A könnte gegen B ein Anspruch auf Übereignung der Gitarre aus § 433 Abs. 1 BGB zustehen. Dies setzt voraus, dass A und B einen wirksamen Kaufvertrag geschlossen haben.

I. Vertragsschluss

Der Abschluss eines Kaufvertrags gemäß § 433 Abs. 1 BGB setzt zwei übereinstimmende, aufeinander bezogene Willenserklärungen voraus. A hat durch das Klicken auf die Schaltfläche „Daten bestätigen und absenden“ aus Sicht eines verobjektivierten Empfängerhorizonts zum Ausdruck gebracht, dass er die Gitarre gegen Zahlung von 10 000 Euro erwerben möchte. Fraglich ist, ob bereits im Einstellen der Gitarre in den Online-Shop ein Angebot des B i.S.d. § 145 BGB liegt oder insoweit nur ein „in invitatio ad offerendum“ vorliegt. Dies kann hier dahinstehen, weil B durch die Versendung der Bestellbestätigung jedenfalls seinen Willen zum Abschluss des Kaufvertrags zum Ausdruck gebracht hat.

II. Keine rechtshindernde Einwendung

Der Vertragsschluss könnte jedoch gemäß § 312j Abs. 4 BGB nicht zustande gekommen, das heißt unwirksam sein.

1. Tatbestandliche Voraussetzungen

Dies setzt voraus, dass B gegenüber A die Pflicht des § 312j Abs. 3 BGB nicht (ordnungsgemäß) erfüllt hat. Nach dieser Norm ist ein Unternehmer verpflichtet, bei Abschluss eines Verbrauchervertrags im elektronischen Geschäftsverkehr die Bestellsituation so zu gestalten, dass der Verbraucher mit seiner Bestellung ausdrücklich bestätigt, dass er sich zu einer Zahlung verpflichtet. Bei der Verwendung einer Schaltfläche darf diese dabei gemäß § 312j Abs. 3 S. 2 BGB nur mit den Wörtern „zahlungspflichtig bestellen“ oder einer entsprechenden eindeutigen Formulierung beschriftet sein.

B ist Unternehmer nach § 14 BGB, die Verbrauchereigenschaft des A ergibt sich aus § 13 BGB. Ein Online-Shop unterfällt auch den Regelungen für den elektronischen Geschäftsverkehr. Der Anwendungsbereich der Regelung des § 312j BGB ist mithin eröffnet. Hier war die Schaltfläche im Online-Shop des B mit „Daten bestätigen und absenden“ beschriftet. Damit erfolgt weder die in § 312j Abs. 3 BGB genannte Beschriftung mit „zahlungspflichtig bestellen“ noch wird vergleichbar eindeutig auf die ausgelöste Zahlungspflicht hingewiesen. Die Beschriftung mit „Daten bestätigen und absenden“ lässt damit zumindest Raum für abweichende (Miss)Verständnisse. Überdies diene die Schaltfläche hier zugleich dazu, die eingegebenen Kontaktdaten zu bestätigen. Gemäß § 312j Abs. 3 S. 2 BGB darf die Schaltfläche jedoch ausdrücklich mit „nichts anderem“ als dem Hinweis auf die zahlungspflichtige Bestellung versehen sein. Somit trägt der verwandte Button den Anforderungen des § 312j Abs. 3 BGB nicht Genüge.

2. Rechtsfolge

Ein Verstoß gegen die Vorgaben des § 312j Abs. 3 BGB hat nach § 312j Abs. 4 BGB die Unwirksamkeit des Vertrags zur Folge.

3. Modifikation durch unionsrechtskonforme Auslegung

a) *Rechtslage nach Unionsrecht*

Fraglich ist, ob dieses Ergebnis in Anbetracht des Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU Bestand haben kann, oder ob im Wege der richtlinienkonformen Auslegung § 312j Abs. 4 BGB doch von einer Wirksamkeit bzw. zumindest schwebenden Wirksamkeit des Vertrags auszugehen ist. Nach Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 S. 3 Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU ist lediglich der Verbraucher bei einem Verstoß gegen die sog. Buttonpflicht durch den Unternehmer nicht an den Vertrag gebunden. Diese Formulierung bringt zum Ausdruck, dass der europäische Gesetzgeber dem Verbraucher die Möglichkeit einräumen wollte, von einem Vertragsschluss Abstand zu nehmen. Für ein solches Verständnis spricht auch der Verbraucherschutz als Sinn und Zweck der Richtlinie. Eine automatische Unwirksamkeit als Folge eines Verstoßes gegen die Buttonpflicht aus Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 S. 3 Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU ist demgegenüber gerade nicht normiert worden. Das Unionsrecht sieht somit vor, dass ein Verbraucher an Verträgen auch bei einer Verletzung der Buttonpflicht festhalten kann.

b) *Auslegung durch das nationale Gericht*

Aus Art. 288 UAbs. 3 AEUV und der Loyalitätspflicht gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV ergibt sich für alle mitgliedstaatlichen Stellen, auch die Judikative, das Gebot, zur vollständigen Umsetzung des Unionsrechts beizutragen und einen Konflikt des nationalen Rechts mit dem Unionsrecht zu vermeiden.

Eine mit dem Unionsrecht vereinbare Auslegung und Anwendung eines nationalen Rechtsakts erfolgt dabei zunächst anhand der jeweiligen nationalen Methodik. Nach überkommener deutscher Dogmatik ist die nationale Regelung daher in einem ersten Schritt darauf zu überprüfen, ob mittels der klassischen Auslegungsmethoden (Wortlaut, Historie, Systematik, Telos) ein richtlinienkonformes Ergebnis gefunden werden kann. Grenze dieser Auslegung ist grundsätzlich der Wortlaut der Norm. Bei Erreichen der Wortlautgrenze kann in einem zweiten Schritt geprüft werden, ob mittels teleologischer Reduktion oder Extension bzw. Analogie im Wege richterlicher Rechtsfortbildung ein dem Regelungszweck der Richtlinie entsprechendes Ergebnis gefunden werden kann.

aa) *Richtlinienkonforme Auslegung*

Fraglich ist, ob § 312j Abs. 4 BGB der richtlinienkonformen Auslegung zugänglich ist. Der Wortlaut des § 312j Abs. 4 BGB sieht vor, dass ein Vertrag nur bei Erfüllung der Pflichten des § 312j Abs. 3 BGB zustande kommt. Damit wird eindeutig das Zustandekommen von der Pflichterfüllung abhängig gemacht. Der Wortlaut steht damit einer Auslegung entgegen, die ein einseitiges Lösungsrecht des Verbrauchers umfasst. Dieses Verständnis wird dadurch untermauert, dass der Gesetzgeber die übrigen Normen zum Verbraucherwiderruf (§§ 312 ff. BGB) in Absicht der Umsetzung der Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU erlassen und dabei unionsrechtskonform ausgestaltet hat. Die (lediglich) in § 312j Abs. 4 BGB angelegte, eindeutige Abweichung vom Inhalt der Richtlinie spricht gegen die Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung. Somit scheidet eine richtlinienkonforme Interpretation des § 312j Abs. 4 BGB, nach der allein der Verbraucher nicht an den Vertrag gebunden wäre, vorliegend aus.

bb) *Richtlinienkonforme Rechtsfortbildung*

Eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung zeichnet sich – in der deutschen Dogmatik – im Unterschied zur richtlinienkonformen Auslegung dadurch aus, dass sie nicht am Wortlaut der nationalen Norm verhaftet ist, sondern die Rechtslage über den Wortlaut der Norm hinaus richterrechtlich fortentwickelt. Die Kompetenz der Gerichte zu einer solchen Rechtsfortbildung ist grundsätzlich anerkannt. Sie findet ihre Grenzen allerdings in der grundgesetzlich vorgesehenen Gewaltenteilung: Die Judikative darf im Wege der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung nicht eine ausdrückliche Entscheidung der zur Gesetzgebung berufenen Organe unterlaufen. Dies gilt auch bei einer

fehlerhaften Umsetzung des Unionsrechts, die Grenze der Rechtsanwendung *contra legem* ist vom EuGH anerkannt. Vor diesem Hintergrund kann auch die Ansicht nicht überzeugen, nach der aufgrund des Vorrangs des Unionsrechts in Zusammenschau mit der Öffnungsklausel des Art. 23 Abs. 1 GG ein gegen Unionsrecht verstoßender Wille des Gesetzgebers generell unbeachtlich sei.

Vorliegend hat der Gesetzgeber in § 312j Abs. 4 BGB eine Formulierung gewählt, die ausdrücklich von Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 S. 3 Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU abweicht, indem das in der Richtlinie angelegte einseitige Lösungsrecht des Verbrauchers im deutschen Normtext ausgeschlossen wurde. Eine richtlinienkonforme Lesart des § 312j Abs. 4 BGB würde erfordern, die Formulierung „[...] kommt [...] kein Vertrag zustande“ zu lesen etwa als „kommt auf entsprechende Erklärung des Verbrauchers kein Vertrag zustande“. Ergebnis dieser Rechtsfortbildung wäre die Aufhebung des erkennbaren gesetzgeberischen Willens in § 312j Abs. 4 BGB, Verstöße gegen die Buttonpflicht mit der Unwirksamkeit besonders scharf zu sanktionieren. Eine derartige Korrektur einer unionsrechtswidrigen nationalen Rechtslage ist jedoch nicht durch die nationalen Gerichte, sondern durch den Gesetzgeber herbeizuführen. § 312j Abs. 4 BGB ist auch im Wege der richterrechtlichen Rechtsfortbildung der unionsrechtskonformen Anwendung nicht zugänglich.

4. Verdrängung des § 312j Abs. 4 BGB durch unmittelbare Anwendung der Verbraucherrechte-Richtlinie

Fraglich ist, ob Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 S. 3 Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU unmittelbar angewandt werden kann und insofern im Wege des Anwendungsvorrangs die Regelung des § 312j Abs. 4 BGB verdrängt. Dies setzt voraus, dass Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 S. 3 Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU unmittelbare Wirkung zukommt.

Obwohl der Wortlaut des Art. 288 UAbs. 3 AEUV vorsieht, dass Richtlinien – anders als Verordnungen – in mitgliedstaatliches Recht umgesetzt werden müssen, hat der EuGH zur Gewährleistung der einheitlichen und effektiven Durchsetzung des Unionsrechts anerkannt, dass unter bestimmten Voraussetzungen auch Richtlinien unmittelbare Wirkung entfalten können. Dies setzt zunächst voraus, dass die Richtlinienbestimmung hinreichend genau gefasst und inhaltlich unbedingt ist. Die Regelung des Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 S. 3 Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU, nach der ein Verbraucher nicht an einen unter Verletzung der Buttonpflicht geschlossenen Vertrag gebunden ist, ist hinreichend genau gefasst und lässt keinen so großen Umsetzungsspielraum, dass sie der mitgliedstaatlichen Konkretisierung zwingend bedarf. Weiter muss die Umsetzungsfrist verstrichen sein und der Mitgliedstaat die Richtlinie nicht oder nicht ordnungsgemäß umgesetzt haben. Hier ist die Umsetzungsfrist bereits 2013 abgelaufen. Die Bundesrepublik hat – wie aufgezeigt – die Regelung des Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 S. 3 Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU nicht ordnungsgemäß umgesetzt.

Damit liegen die Voraussetzungen für eine unmittelbare Wirkung des Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 S. 3 Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU grundsätzlich vor. Fraglich ist allerdings, ob Richtlinien auch im horizontalen Verhältnis zwischen zwei Privaten unmittelbare Wirkung entfalten können. Hierfür spricht das Gebot der Einheitlichkeit der Unionsrechtsordnung sowie die Verbesserung der individuellen Rechtslage des durch die Richtlinie Begünstigten. Mit dieser Verbesserung auf der einen geht jedoch eine Verschlechterung auf der anderen Seite einher. Es begegnet Bedenken, die Säumnis des Mitgliedstaats dem Vertragspartner, hier dem B, zum Nachteil gereichen zu lassen, obwohl dieser auf die Richtlinienumsetzung keinerlei Einfluss hat. Zudem würde so der in Art. 288 AEUV angelegte Unterschied zwischen Verordnungen und Richtlinien teilweise aufgehoben. Zur Wahrung eines hinreichenden Maßes an Rechtssicherheit und der Kompetenzverteilung zwischen der Union und den Mitgliedstaaten entfalten Richtlinien daher im Verhältnis zwischen Privaten, auch wenn sie nicht oder nicht ordnungsgemäß umgesetzt wurden, keine unmittelbare Wirkung. Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 S. 3 Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU kann somit nicht im Wege des Anwendungsvorrangs die Regelung des § 312j Abs. 4 BGB verdrängen.

III. Ergebniskorrektur nach Treu und Glauben (§ 242 BGB)

Fraglich ist, ob B aus dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben – ungeachtet der fehlenden Möglichkeit zu einer richtlinienkonformen Auslegung und Anwendung des § 312j Abs. 4 BGB – nach § 242 an den Vertrag gebunden ist. Für eine solche Wertungskorrektur spricht, dass B als Unternehmer nicht schutzwürdig ist, soweit er selbst die Pflichten des § 312j Abs. 3 BGB nicht eingehalten hat, und A als Verbraucher – zu dessen Schutz die „Button-Lösung“ eingeführt wurde – ein Interesse am Zustandekommen des Vertrags hat. Ein Unternehmer profitierte andernfalls nach § 312j Abs. 4 BGB davon, dass er – wie hier – einen für ihn womöglich wirtschaftlich ungünstigen Vertrag unter bewusstem Verstoß gegen die Buttonpflicht abschließt. Dies erscheint unbillig.

Gegen eine „Korrektur“ der Rechtslage unter Rückgriff auf § 242 BGB spricht jedoch, dass mit der richtlinienkonformen Auslegung und Rechtsfortbildung bereits Werkzeuge zur richterrechtlichen Herstellung von Unionsrechtskonformität bestehen. Deren Grenzen, die auch der Abgrenzung der Kompetenzen zwischen Gesetzgeber und Gerichten dienen, würden durch eine Anwendung des § 242 BGB mitunter unterlaufen. Ferner ist zu bedenken, dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, Richtlinien klar und eindeutig umsetzen. Würden mitgliedstaatliche Gerichte über § 242 BGB als unionsrechtswidrige und unbillig erachtete Rechtslagen korrigieren, ginge dies zulasten der Rechtssicherheit. Die Annahme einer Wirksamkeit des Vertrags auf Grundlage des § 242 BGB ist somit im Ergebnis abzulehnen.

B. Gesamtergebnis

Mangels eines wirksamen Vertragsschlusses hat A gegen B keinen Anspruch auf Übereignung der Gitarre aus § 433 Abs. 1 BGB.

Frage 2

A ist anwaltlich zu raten, einen unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruch gegen die Bundesrepublik Deutschland geltend zu machen, sofern dessen Voraussetzungen vorliegen.

A. Herleitung

Der unionsrechtliche Staatshaftungsanspruch, der im Wege des Richterrechts entwickelt wurde, stellt individualrechtlich die Wirksamkeit und Effektivität des Unionsrechts sicher, indem er den Geboten des effektiven Rechtsschutzes (Art. 47 GRCh) und der loyalen Zusammenarbeit (Art. 4 Abs. 3 EUV) Rechnung trägt. Wie der Ausgangsfall zeigt, stünde dem von einer Richtlinie Begünstigten im Anschluss an einen Privatrechtsstreit andernfalls kein prozessuales Werkzeug zur Verfügung, seine durch eine Richtlinie verliehene individuelle Rechtsposition gerichtlich durchzusetzen. Es handelt sich bei dem Staatshaftungsanspruch um einen eigenständigen unionsrechtlichen Anspruch.

B. Haftungsvoraussetzungen

I. Hinreichend qualifizierter Unionsrechtsverstoß

Tatbestandlich bedarf es zunächst der qualifizierten Verletzung einer Unionsrechtsnorm durch die Legislative, Exekutive oder Judikative eines Mitgliedstaats. In Betracht kommt vorliegend der Erlass des § 312j Abs. 4 BGB im Widerspruch zu Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 S. 3 Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU. Ob ein Verstoß als qualifiziert anzusehen ist, hängt von einer Gesamtschau der Umstände des Einzelfalls ab, etwa der Intensität des Verstoßes oder dem

Vorliegen von Verschulden. Aufgrund des ausdrücklichen Widerspruchs zwischen dem Wortlaut der Verbraucherrechte-RL und des § 312j Abs. 4 BGB ist von einer bewussten Missachtung des Unionsrechts und der sich aus Art. 288 UAbs. 3 AEUV ergebenden Umsetzungsverpflichtung durch den deutschen Gesetzgeber auszugehen. Ein qualifizierter Unionsrechtsverstoß liegt vor.

II. Verletzte Rechtsnorm bezweckt den Schutz subjektiver Rechte

Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 S. 3 Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU dient der Verbesserung der Rechtsposition des Verbrauchers gegenüber einem Unternehmer, der seiner Pflicht zur eindeutigen Ausweisung des den Vertrag bzw. die Bestellung begründenden Handlungsschrittes nicht nachgekommen ist, indem dem Verbraucher ein Wahlrecht zwischen Lösung vom Vertrag und dessen Aufrechterhaltung eröffnet wird. Die verletzte Rechtsnorm dient damit dem Schutz subjektiver Rechte.

III. Schaden

Indem A sich nicht auf den zwischen ihm und B geschlossenen Vertrag zur Lieferung einer Gitarre unter Marktwert berufen kann, ist ihm ein Vertrauensschaden in Höhe der Differenz zwischen dem Preis der Gitarre des B (10 000 Euro) und dem Marktwert dieses Modells (12 000 Euro) von insgesamt 2 000 Euro entstanden.

IV. Kausalität zwischen Schädigung und Schaden

Bei einer vollständigen und unionsrechtskonformen Umsetzung des Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 S. 3 Verbraucherrechte-RL 2011/83/EU durch den deutschen Gesetzgeber hätte A am Vertragsschluss festhalten können. Der Schaden wäre nicht eingetreten.

C. Rechtsfolge

Die Haftungsfolgen des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs bestimmen sich nach den Vorschriften desjenigen Mitgliedstaates, gegen den sich der Staatshaftungsanspruch richtet. Die Bundesrepublik Deutschland hat demnach nach Maßgabe der §§ 249 ff. BGB Ersatz zu leisten. Nach §§ 249 Abs. 1, 251 Abs. 1 BGB ist der Zustand durch Entschädigung in Geld herzustellen, der bei Ausbleiben des schädigenden Ereignisses bestehen würde. Bei rechtmäßiger Umsetzung der Verbraucherrechte-RL hätte B die Gitarre zum günstigeren Preis von 10 000 Euro statt 12 000 Euro erhalten. Die Höhe der Entschädigung in Geld beträgt daher 2 000 Euro.

D. Gesamtergebnis

A ist anwaltlich zur gerichtlichen Durchsetzung des unionsrechtlichen Staatshaftungsanspruchs zu raten. Die Klage ist gemäß § 40 Abs. 2 S. 1 Var. 3 VwGO, § 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG vor den Landgerichten zu erheben.

Frage 3

Wäre die – hinreichend genaue und inhaltlich unbedingte – Vorschrift des Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 S. 3 Verbraucherrechte-RL in einer Verbraucherrechte-Verordnung vorgesehen, so würde sie in Deutschland unmittelbare Wirkung entfalten. Dies gilt auch für das Verhältnis zwischen Privaten. In einem Rechtsstreit wäre somit entgegenstehendes nationales Recht aufgrund des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts von den Gerichten unangewendet zu lassen. Hier würde also eine Verordnungsbestimmung, die dem Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 S. 3 Verbraucherrechte-RL entspricht, zur Unanwendbarkeit des § 312j Abs. 4 BGB führen, jedenfalls soweit dieser die Möglichkeit des Verbrauchers ausschließt, am Vertragsschluss festzuhalten. Demnach würde im Ergebnis A gegen B ein Anspruch aus § 433 Abs. 1 BGB auf Übereignung der Gitarre zukommen.