Bearbeitet von Sebastian Köhler, Birmingham*

Hausarbeit im Privatrecht für Anfänger

Sachverhalt

Ausgangsfall: V betreibt einen sogenannten App-Store, in welchem er Softwareanwendungen („application software", kurz „Apps") für mobile Endgeräte wie Smartphones vertreibt. Er bietet unter anderem eine App mit dem Namen „Tricks" an, die ein Geschicklichkeitsspiel beinhaltet. Das Spiel ist in der Grundversion kostenlos im App-Store des V erhältlich. Es enthält einige kostenlose Level und kann durch kostenpflichtige Zusatzlevel erweitert werden.

Eine kostenpflichtige Erweiterung des Spiels vollzieht sich wie folgt: Nach dem Beenden des letzten kostenfreien Levels erfolgt eine Weiterleitung auf eine neutrale Bildschirmseite, auf der dem Nutzer der Erwerb des entgeltlichen Zusatzlevels unter Angabe des Preises angeboten wird. Durch Tippen der Schaltfläche „Kaufen" kann der Nutzer jeweils ein Zusatzlevel erwerben. Vor Beginn des tatsächlichen Downloads muss der Nutzer zustimmen, dass vor Ablauf der Widerrufsfrist mit der Ausführung des Vertrages begonnen wird. Weiterhin muss der Nutzer die Kenntnisnahme bestätigen, dass durch seine Zustimmung zur Ausführung des Vertrags das Widerrufsrecht mit Beginn des Downloads erlischt. Die Abrechnung von Leistungen, die aus dem App-Store des V in Anspruch genommen werden, erfolgt unmittelbar über den Mobilfunkanbieter, d. h. die Positionen werden in der Rechnung für das Mobiltelefon separat aufgeführt und abgerechnet.

Die Mutter M des 11jährigen K besitzt ein Smartphone und hat die kostenlose Spiele-App „Tricks" auf ihrem Gerät installiert. Sie lässt den K häufig mit ihrem Smartphone das Spiel „Tricks" zum Zeitvertreib spielen. Sie weiß, dass es ohne weiteres möglich ist, dabei kostenpflichtige

* Die folgende Hausarbeit wurde im SS 2014 im Rahmen der Vorlesung „Schuldrecht AT" von Herrn Prof. Dr. *Christian Alexander* an der Friedrich-Schiller-Universität Jena ausgegeben.
Schwerpunkt ist die Neuerung rund um die Verbraucherrechte-Richtlinie (Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher), die zu Modifizierungen bei den besonderen Vertriebsformen (§§ 312-312i BGB, nunmehr §§ 312b-312j BGB n.F.) und des Widerrufsrechts (§§ 355-360 BGB, nunmehr §§ 355-361 BGB n.F.) führte.
Die studentische Lösung stammt von Stud. jur. *Sebastian Köhler*, LL.M. (Birmingham) und wurde mit 15 Punkten bewertet. Der Autor studiert nach einem abgeschlossenen LL.M.-Studium an der Birmingham City University (2015/16) im siebten Fachsemester Rechtswissenschaft (Staatsexamen) an der Friedrich-Schiller-Universität und parallel dazu, via distance learning, im dritten Semester im Master of Business Administration (MBA) an der Birmingham City University.

Zusatzleistungen zu erwerben. M sieht davon ab, eine zusätzliche Sicherung, beispielsweise durch eine problemlos mögliche Passwort-Eingabe, einzurichten. Sie geht davon aus, dass K das letzte kostenlose Level nicht erreichen wird und macht sich wegen der Möglichkeit der kostenpflichtigen Erweiterung keine Sorgen.

Am 26.06.2014 gelingt es dem K, die beiden letzten kostenlosen Level des Spiels zu bewältigen. Aufgrund der großen Freude und Neugier auf neue Level tippt K auf die Schaltfläche „Kaufen", um ein Zusatzlevel zu erwerben. Dieser Vorgang wiederholt sich insgesamt fünfmal, da nach Bewältigen des Zusatzlevels stets der Erwerb eines weiteren Levels angeboten wird. Auf diese Weise erwirbt K fünf neue Level für den Gesamtpreis von 30,- Euro.

Mit Erhalt der Mobiltelefon-Rechnung erkennt M, dass für das Spiel „Tricks" Zusatzlevel für insgesamt 30,- Euro erworben wurden. Sie verweigert die Zahlung der Summe. Auf die Zahlungsaufforderung des V erklärt die M telefonisch am 01.07.2014, sie habe die Zusatzlevel nicht erworben und dem K dies auch nicht gestattet. Der V habe sicherlich nicht ausreichend deutlich gemacht, dass die Zusatzlevel nicht kostenlos seien. Sollte ein Vertrag bestehen, wolle sie sich von diesem in jedem Fall lösen. Als Verbraucherin sei sie dazu berechtigt. V erwidert, ein Widerruf sei nicht möglich. M bleibe zur Zahlung der 30,- Euro verpflichtet, sie hätte besser darauf achten müssen, was K mit ihrem Smartphone anstelle.

Abwandlung: Nach dem ganzen Ärger mit ihrem Sohn K will sich M bemühen, die Erziehung zu verbessern. Sie ist daher an entsprechender Fachliteratur interessiert. Es kommt ihr sehr gelegen, als der Zeitschriftenhändler Z, dem M ausdrücklich gestattet hat, sie telefonisch über interessante Angebote zu informieren, ein Test-Angebot zum einmaligen Erwerb der Zeitschrift „Erziehung heute" für 8,- Euro erhält. M ist einverstanden, die Zeitschrift „Erziehung heute" zum Preis von 8,- Euro einmalig nach Hause geliefert zu bekommen. In der Vertragsbestätigung per E-Mail weist Z insbesondere darauf hin, dass ein Widerrufsrecht nicht besteht.

Zwei Tage später bereut M ihren Entschluss. Sie hat an der Zeitschrift kein Interesse mehr. In einer E-Mail erklärt sie Z, sie löse sich vom Vertrag. Den Hinweis des Z auf das Nichtbestehen eines Widerrufsrechts hält sie für einen Fehler. Z erwidert, ein Widerruf sei ausgeschlossen. Er verlangt nach Lieferung der Zeitschrift an M von dieser Zahlung der 8,- Euro. M erklärt daraufhin am 08.07.2014, sofern die Forderung bestehe, wolle sie mit einem ihr gegen M noch zustehenden Rückzahlungsanspruch in Höhe von 5,- Euro aus einem früheren Geschäft „gegenrechnen". Am 14.07.2014 erwidert Z, dies sei nicht möglich, weil der Anspruch – was zutrifft – bereits mit Ablauf des 10.07.2014 verjährt sei.

I. Zum Ausgangsfall: Steht V gegen M ein Anspruch auf Zahlung der 30,- Euro zu?

II. Zur Abwandlung: Kann Z von M Zahlung der 8,- Euro verlangen?

Ergänzende Hinweise: Bei der Bearbeitung ist allein die seit dem 13.06.2014 geltende Rechtslage zugrunde zu legen. Es ist davon auszugehen, dass V und Z die gesetzlichen Anforderungen gemäß §§ 312 ff. BGB jeweils ordnungsgemäß erfüllt haben. Auf Vorschriften des UWG ist bei der Bearbeitung nicht einzugehen.

Bearbeitung

Ausgangsfall

A.

Anspruch des V gegenüber M auf Zahlung von 30,- Euro für fünf Zusatzlevel des Spieles „Tricks" aus § 453 I Var. 2 i.V.m. § 433 II Var. 1 BGB

V könnte gegenüber M einen Anspruch auf Zahlung von 30,- Euro für fünf Zusatzlevel des Spieles „Tricks" aus § 453 I Var. 2 i.V.m. § 433 II Var. 1 BGB haben.

I. Vorliegen eines Vertrages

Dazu müsste ein Vertrag zustande gekommen sein. Dieser besteht aus dem Angebot zum Abschluss eines Vertrages mit einem bestimmten Inhalt und aus der Annahme als Zustimmung dessen[1].

1. Einordnung des Vertragstyps

In Betracht könnte ein Werkvertrag gem. § 631 I BGB kommen. Ein Werkvertrag ist gegeben, wenn der Verkäufer die App selbst herstellt[2] oder eigene Softwareausarbeitungen einfügt[3]. V vertreibt lediglich die App „Tricks" als kostenlose Grundversion mit kostenpflichtigen Zusatzleveln und stellt kein Werk im Sinne des § 631 I BGB her. Ein Dienstvertrag gem. § 611 I BGB könnte einschlägig sein. Grds. kann Gegenstand eines Dienstvertrages ein Dienst jeder Art sein, § 631 II BGB. V vertreibt die kostenpflichtigen Zusatzstufen, er sagt damit keinen Dienst zu. Ein Anspruch aus einem Mietvertrag gem. § 535 II BGB oder Pachtvertrag nach § 581 I 2 BGB scheitert schon an dem endgültigen und dauerhaften Erwerb der Level. Der Anspruch des V könnte sich jedoch aus einem Kaufvertrag nach § 433 II Var. 1 BGB ergeben. Der Kaufvertrag verpflichtet den Verkäufer einer Sache gem. § 433 I 1 BGB dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Eine Sache müsste folglich vorliegen. Sachen im Sinne des Gesetzes sind jedoch gem. § 90 BGB nur körperliche Gegenstände. Nach § 453 I BGB finden die Vorschriften über den Kauf von Sachen auf den Kauf von Rechten und sonstigen Gegenständen aber entsprechende Anwendung. Der BGH hat die endgültige Entscheidung bezüglich der Subsumtion von Software unter § 90 BGB offengelassen und betrachtet stets

1 *Köhler*, BGB Allgemeiner Teil, 37. Aufl. 2013, § 8 Rn. 3.

2 Vgl. BGH NJW 1987, 1259 (1259); CR 2002, 93 (93); CR 2003, 95 (95).

3 OLG Hamm NJW-RR 1992, 953 (953).

die konkreten Umstände des Einzelfalls[4]. § 90 BGB ist erfüllt, wenn die Software auf einem für den Käufer bestimmten Datenmedium vorhanden ist[5]. Findet eine direkte und gegenstandslose Übertragung eines Programmes auf das Speichermedium des Käufers statt, kommt § 453 I Var. 2 i.V.m. § 433 II Var. 1 BGB in Betracht[6]. Sowie der Nutzer die Zusatzlevel gekauft hat, kann der Download gestartet werden. Ein für den Käufer gedachter externer Datenträger ist nicht vorhanden. Die Zusatzlevel werden direkt auf das Gerät des Nutzers übertragen. § 453 I Var. 2 i.V.m. § 433 II Var. 1 BGB ist damit die Anspruchsgrundlage.

2. Angebot des V durch die neutrale Bildschirmseite

Die neutrale Bildschirmseite könnte ein Angebot seitens des V sein. Ein Angebot ist gem. §§ 145 ff. BGB eine empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die ein Vertragsschluss einem anderen so angetragen wird, dass nur von dessen Einverständnis das Zustandekommen des Vertrages abhängt[7]. Eine Willenserklärung ist die Äußerung eines auf einen Rechtserfolg gerichteten Willens[8]. Das Angebot müsste damit insbesondere den ernstlichen und endgültigen Willen zum Vertragsschluss erkennen lassen[9]. Ein Rechtsbindungswille muss aus Sicht eines Erklärungsempfängers gegeben sein[10]. Entscheidend ist, wie die Willenserklärung gem. §§ 133, 157 BGB nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte verstanden werden kann. Es ist danach zu fragen, ob für den Anbietenden eine vorzeitige Bindung schädlich ist und dies für den Empfänger auch erkennbar war[11]. Wenn dem Antragenden die individuelle Vertragspartei bedeutsam ist, kommt eine Einladung zur Abgabe eines Angebots (invitatio ad offerendum) in Betracht[12]. Im Ausgangspunkt ist stets von der Bedeutsamkeit der Person des Vertragspartners auszugehen[13]. Angebote auf einer Internetseite sind damit grundsätzlich als invitatio ad offerendum zu verstehen[14]. Wenn keine individuell feststellbare Person angesprochen wird, ist insbesondere ein Angebot an einen unbestimmten Personenkreis denkbar[15]. Das Zusatzlevel kann jedoch erst nach der Absolvierung des letzten kostenfreien Levels erworben werden. Nicht jede beliebige Person kann das Zusatzlevel freischalten. Indizien für ein zumindest verbindliches Angebot an alle freischaltungsberechtigten Personen sind gegeben, wenn der Kunde Waren wie Software direkt downloaden kann und vor dem Download die Abrechnungsmodalitäten des Kaufes feststehen[16]. Mit dem Handy der M wurde das letzte kostenfreie Level erreicht. Die Leistungen des V können direkt über die Rechnung für das Mobiltelefon abgerechnet werden. Die neutrale Bildschirmseite ist damit nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte gem. §§ 133, 157 BGB im konkreten Fall als verbindliches Angebot auszulegen.

Das Angebot müsste inhaltlich bestimmt sein, de facto Regelungen hinsichtlich aller Punkte enthalten, die für den Vertrag unverzichtbar sind (essentialia negotii)[17]. Der Vertragsgegenstand, die Gegenleistung und die Identität der Vertragspartner müssten gegeben sein[18]. Auf der neutralen Bildschirmseite wird dem Nutzer die Möglichkeit des Erwerbes eines entgeltlichen Zusatzlevels unter Angabe des Preises angezeigt. Der Kaufgegenstand und Kaufpreis ist somit hinreichend bestimmt. Die Kaufvertragsparteien sind durch Zuordnung der Mobilfunknummer und hinterlegte Zahlungsdaten hinreichend bestimmbar.

Die Willenserklärung müsste gem. § 130 I 1 BGB wirksam geworden, mithin als empfangsbedürftige Willenserklärung abgegeben und zugegangen sein. Die Willenserklärung des V wird gegenüber einem Abwesenden dargetan. Abgegeben ist damit die Willenserklärung, wenn der Erklärende seinen Willen in Richtung des Empfängers geäußert hat[19]. Nach dem Beenden des letzten kostenfreien Levels erfolgt eine Weiterleitung auf eine neutrale Seite, die das Zusatzlevel unter Angabe des Preises anzeigt. Dieser Weiterleitungsprozess vollzieht sich automatisch. Nach der Vollendung des letzten Levels hat V als Erklärender die Weiterleitung nicht individuell angewiesen. Die Weiterleitung müsste jedoch vom Willen des V getragen sein. Mangels anderweitiger Angaben beruht der Automatisierungsprozess auf dem Willen des V. Er hat die Willenserklärung in Richtung auf die dem Mobilfunkanbieter benannte Person, dem Empfänger, abgegeben.

Zugegangen ist eine Willenserklärung, wenn sie derart in den Machtbereich des Empfängers gelangt, dass er unter normalen Verhältnissen von ihrem Inhalt Kenntnis erlangen kann[20]. Die neutrale Seite ist ein verbindliches Angebot. Zugang tritt bei verbindlichen Angeboten auf Internetseiten grundsätzlich mit dem Aufruf der Seite durch den Nutzer ein[21]. Mit Beendigung des letzten kostenfreien Levels wird K die neutrale Seite als verbindliches Angebot angezeigt. Durch das Anzeigen der Seite besteht auch für M die Möglichkeit der Kenntnisnahme am 26.06.2014. Der Zugang ist gegeben. Die Willenserklärung ist nach § 130 I 1 BGB wirksam. Dem Angebot des V steht aufgrund des Vorliegens der Voraussetzungen der §§ 312 ff. BGB auch nicht § 312j IV BGB entgegen.

4 Vgl. BGH NJW 1993, 1063 (1063); NJW 1988, 406 (406).

5 Vgl. BGH NJW 2007, 2394 (2394); NJW 1993, 2436 (2438); NJW 1988, 406 (408).

6 Vgl. BGH NJW 1990, 320 (321).

7 *Brox/Walker*, Allgemeiner Teil des BGB, 37. Aufl. 2013, § 8 Rn. 165a.

8 *Brox/Walker*, BGB AT (Fn. 7), § 4 Rn. 83.

9 *Faust*, BGB Allgemeiner Teil, 4. Aufl. 2013, § 3 Rn. 9.

10 *Rüthers/Stadler*, Allgemeiner Teil des BGB, 17. Aufl. 2011, § 17 Rn. 16.

11 *Köhler*, BGB AT (Fn. 1), § 8 Rn. 9.

12 *Köhler*, BGB AT (Fn. 1), § 8 Rn. 9.

13 *Brox/Walker*, BGB AT (Fn. 7), § 8 Rn. 167.

14 Vgl. LG Münster JZ 2000, 730; *Bork*, Allgemeiner Teil des BGB, 3. Aufl. 2011, Rn. 709.

15 *Köhler*, BGB AT (Fn. 1), § 8 Rn. 9.

16 Vgl. *Ernst*, NJW-CoR 1997, 165 (165).

17 *Faust*, BGB AT (Fn. 9), § 3 Rn. 3.

18 *Rüthers/Stadler*, BGB AT (Fn. 10), § 19 Rn. 3.

19 *Köhler*, BGB AT (Fn. 1), § 6 Rn. 12.

20 BGH NJW 2004, 1320 (1320); BGHZ 137, 205 (208).

21 Vgl. BGH NJW 2002, 363 (363).

3. Annahme der M

M könnte das Angebot des V angenommen haben. Die Annahme ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung, durch die der Antragsempfänger dem Antragenden sein Einverständnis mit dem angebotenen Vertragsschluss zu verstehen gibt[22]. Das Angebot auf der neutralen Bildschirmseite kann gem. § 147 I 2 Var. 2 BGB nur sofort angenommen werden. M hat nicht gehandelt. Schweigen ist grds. nicht als Willenserklärung zu qualifizieren[23]. K klickt jedoch am 26.06.2014 auf die Schaltfläche „Kaufen", um ein Zusatzlevel zu erwerben. M könnte somit durch K gehandelt haben.

a) Vertragsschluss durch K als Stellvertreter des M

Dazu müsste die Willenserklärung des K gem. § 164 I 1 BGB für und gegen M wirken.

aa) Zulässigkeit

Die Stellvertretung müsste zulässig sein. Ein Fall, insbesondere der §§ 1311 S. 1, 2064 BGB ist nicht gegeben. Folglich ist die Stellvertretung zulässig.

bb) Eigene Willenserklärung des K

K müsste nach § 164 I 1 BGB eine eigene Willenserklärung abgegeben haben. K ist als elfjähriger gem. §§ 106, 2 BGB beschränkt geschäftsfähig und bedarf gem. § 107 BGB zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, grundsätzlich der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters. Gem. § 165 BGB wird die Wirksamkeit der Willenserklärung jedoch nicht dadurch beeinträchtigt, dass der Vertreter in der Geschäftsfähigkeit beschränkt ist. Die Willenserklärung des K wirkt im Sinne des § 164 I 1 BGB für und gegen den Vertretenen. Ein rechtlicher Nachteil besteht damit für K nicht.

K dürfte ferner nicht als Bote nur die Willenserklärung eines anderen übermittelt haben[24]. M wusste bis zum Erhalt der Rechnung nicht, dass K fünf Zusatzlevel erworben hat. M hat K nicht zur Übermittlung der Willenserklärung eingesetzt. K kann damit aus Sicht der M zunächst nur eine eigene Willenserklärung abgeben. Dem Vertreter muss jedoch nach dem objektiven Empfängerhorizont gem. §§ 133, 157 BGB ein eigener Entscheidungsspielraum zustehen[25]. Für den Erklärungsempfänger ist es gem. §§ 133, 157 BGB nicht ersichtlich, wer die Schaltfläche betätigt und damit eine verbindliche Willenserklärung abgibt. V weiß aber bei der Automatisierung des App-Store, dass jeder Handelnde grundsätzlich selbst entscheiden kann, ob ein Zusatzlevel freigeschaltet werden soll. Aus Sicht des V besteht damit ein eigener Entscheidungsspielraum.

§ 118 BGB könnte jedoch maßgeblich sein. K hat aufgrund der großen Freude und Neugier auf das neue Level die Schaltfläche „Kaufen" betätigt. Für eine nicht ernstlich gemeinte Willenserklärung im Sinne des § 118 BGB fehlen folglich die Anhaltspunkte. K hat sich vielmehr über sein Verhalten keine Gedanken gemacht. Das Erklärungsbewusstsein könnte somit fehlen. Jedoch ist das Erklärungsbewusstsein kein obligatorisches Element einer wirksamen Willenserklärung, sofern der Erklärungsempfänger von einer wirksamen Willenserklärung ausgehen darf und der Erklärende dieses Erscheinungsbild seines Auftretens hätte erkennen und vermeiden können[26]. Der elfjährige K hätte sich bei M vor Betätigung der Schaltfläche über etwaige Folgen erkundigen können. V kann nicht wissen, dass der elfjährige K handelt und darf nach dem äußeren Erscheinungsbild von einer wirksamen Willenserklärung ausgehen. Das Erklärungsbewusstsein ist auch nicht als notwendiger Bestandteil einer Willenserklärung zu qualifizieren. Dies rechtfertigt sich durch ein grundsätzliches Anfechtungsrecht des Erklärenden analog § 119 I Var. 1 BGB[27].

Die Willenserklärung des K ist auch gem. § 130 I 1 BGB abgegeben und zugegangen. Andernfalls hätte K die Zusatzlevel nicht downloaden können und M keine Rechnung mit Zusatzkosten für fünf neue Level des Spieles „Tricks" erhalten. Die Willenserklärung des K ist damit wirksam.

cc) Willenserklärung im Namen des Vertretenen

K könnte seine Willenserklärung im Namen des Vertretenen nach § 164 I 1 BGB abgegeben haben. Es macht gem. § 164 I 2 BGB keinen Unterschied, ob die Erklärung ausdrücklich im Namen des Vertretenen erfolgt oder die Umstände dies ergeben. K hat weder ausdrücklich noch aus den Umständen heraus im Namen der M gehandelt. Eine Ausnahme liegt vor, wenn dem Verkäufer, insbesondere bei Bargeschäften des täglichen Lebens mit sofortigem Austausch der Leistungen, die Person des Vertragspartners gleichgültig ist (Verdecktes Geschäft für den, den es angeht)[28]. M verweigert mit Erhalt der Rechnung die Zahlung. Die Leistungen wurden damit nicht direkt ausgetauscht.

K hätte aber unter fremden Namen handeln können. Dies ist der Fall, wenn der Handelnde einen fremden Namen als eigenen benutzt[29]. Der unter fremden Namen Handelnde erklärt dabei nicht für eine andere Person zu agieren und kann folglich nicht über eine etwaige Vertretungsmacht, sondern nur seine Identität täuschen[30]. Das Gesetz regelt diesen Fall nicht. Eine analoge Anwendung der §§ 164 ff. BGB kommt in Betracht, wenn eine planwidrige Regelungslücke und eine vergleichbare Interessenlage gegeben ist[31]. Die §§ 170-173 BGB schützen das Vertrauen Dritter umfassend. Eine planwidrige Regelungslücke ist gegeben. Fraglich ist, ob auch die Interessenlage

22 *Brox/Walker*, BGB AT (Fn. 7), § 8 Rn. 176.

23 Vgl. *Rüthers/Stadler*, BGB AT (Fn. 10), § 17 Rn. 24.

24 *Köhler*, BGB AT (Fn. 1), § 11 Rn. 9.

25 *Faust*, BGB AT (Fn. 9), § 29 Rn. 3.

26 Vgl. BGHZ 184, 35 (35); BGH, NJW 2005, 2620 (2621); BGH NJW 1995, 953 (953); BGHZ 109, 171 (177).

27 Vgl. BGHZ 91, 324 (324); *Köhler*, BGB AT (Fn. 1), § 7 Rn. 5.

28 *Rüthers/Stadler*, BGB AT (Fn. 10), § 30 Rn. 7.

29 *Brox/Walker*, BGB AT (Fn. 7), § 24 Rn. 528.

30 *Hirsch*, BGB Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2012, Rn. 1089.

31 Vgl. BGHZ 105, 140 (143); 149, 165 (174); 120, 239 (251 f.); BGH NJW 2003, 1932 (1933).

vergleichbar ist. Der Erklärungsempfänger soll durch die Prämisse des Handelns im fremden Namen nach § 164 I 1 BGB geschützt werden, sodass die Sicht eines objektiven Betrachters im Sinne der §§ 133, 157 BGB maßgeblich ist[32]. Grds. kann V nicht erkennen, wer im konkreten Fall die Schaltfläche betätigt. Statt eines Eigengeschäftes des unter fremden Namen Handelnden liegt jedoch ein Fremdgeschäft für den wahren Namensträger vor, wenn die Identität des Vertragspartners für den Verkäufer von entscheidender Bedeutung ist[33]. Hat eine Person eigene Zahlungsdaten für einen etwaigen Kauf bereitgestellt, möchte der Verkäufer nur mit diesen Personen einen Vertrag schließen [34]. M soll aufgrund der hinterlegten Mobilfunkdaten Vertragspartei werden. K nutzt den Namen der Zahlungspflichtigen M ohne seine Identität zu offenbaren und gibt damit unter fremden Namen eine eigene Willenserklärung ab. V hat demnach ein berechtigtes Interesse mit M zu kontrahieren. Jedoch ist auch die Schutzbedürftigkeit des wahren Namensträgers zu berücksichtigen[35]. K spielt nicht heimlich mit dem Handy. M hat dem K das Smartphone bewusst ohne weitere Aufsicht überlassen. Für ein schutzwürdiges Interesse der M fehlen letztlich die Anhaltspunkte. Eine vergleichbare Interessenlage ist gegeben, § 164 ff. BGB kann analog angewandt werden[36].

dd) Vertretungsmacht des K

K müsste im Sinne des § 164 I 1 BGB mit Vertretungsmacht gehandelt haben. Er könnte mit einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (Vollmacht) nach § 166 II 1 Hs. 1 BGB gehandelt haben. Die Erteilung der Vollmacht erfolgte seitens M weder durch Erklärung gegenüber K (§ 167 I Var. 1 BGB) noch dem Dritten (§ 167 I Var. 2 BGB), dem gegenüber die Vertretung stattfinden soll. K könnte jedoch kraft Rechtsscheins Vertretungsmacht gehabt haben.

(1) Vollmachtsurkunde, § 172 I BGB

Die Gestattung der Benutzung des Mobiltelefons der M könnte als Vollmachtsurkunde zu qualifizieren sein. Der Mitteilung einer Bevollmächtigung steht es gem. § 172 I BGB gleich, wenn der Vollmachtgeber dem Vertreter eine Vollmachtsurkunde ausgehändigt hat und der Vertreter sie dem Dritten vorlegt. M hat dem K das Handy bewusst ausgehändigt. § 172 I BGB ist jedoch ein Ausnahmetatbestand und hinsichtlich der Gleichstellung mit der besonderen Mitteilung einer Bevollmächtigung restriktiv anzuwenden. Der Sinn und Zweck des § 172 I BGB verlangt auch bei analoger Anwendung zumindest eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung seitens des etwaigen Vollmachtgebers[37]. Eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung seitens M ist jedoch nicht ersichtlich.

32 Vgl. OLG Düsseldorf NJW 1989, 906 (906).

33 *Brox/Walker*, BGB AT (Fn. 7), § 24 Rn. 530.

34 Vgl. BGH NJW 2011, 1421 (1421); OLG München NJW 2004, 1328 (1328); BGH NJW-RR 1988, 814 (815).

35 *Bork*, BGB AT (Fn. 14), Rn. 1406.

36 Vgl. zur analogen Anwendung auch BGHZ 45, 193 (195).

37 Vgl. *Borges*, Rechtsscheinhaftung im Internet, NJW 2011, 2400 (2402 f.); *Schinkels,* LMK 2011, 320461.

(2) Duldungsvollmacht

Eine Duldungsvollmacht liegt demgegenüber vor, wenn der Vertretene das Handeln des Vertreters kennt und duldet, der Vertragspartner auf Grund dessen davon ausgeht und ausgehen darf, dass eine Vollmacht erteilt worden ist und das Fehlen einer Vollmacht weder kennt, noch kennen muss[38]. M weiß, dass kostenpflichtige Zusatzlevel problemlos gekauft werden können. Sie weiß zunächst nicht, dass K tatsächlich die Schaltfläche „Kaufen“ betätigt hat. Dulden kann M das Verhalten des K erst, wenn Kenntnis über das Handeln der K besteht. Ein fahrlässiges Hervorrufen des Rechtsscheins ist für die Duldungsvollmacht nicht ausreichend[39]. Erst mit Erhalt der Mobiltelefon-Rechnung erkennt M, dass fünf Zusatzlevel erworben wurden. M verweigert daraufhin die Zahlung der fünf Level. Nach Kenntnisnahme der M hat K kein weiteres Level freigeschaltet. Eine Duldungsvollmacht ist damit nicht gegeben.

(3) Anscheinsvollmacht

Der Verkäufer müsste bei einer Anscheinsvollmacht ausgehend von dem Verhalten des Handelnden grundsätzlich davon ausgehen dürfen, dass der wahre Namensträger das Auftreten kennt und billigt, mithin zunächst ein Rechtsschein vorliegt[40]. Die Voraussetzungen der Anscheinsvollmacht sind bei dem Handeln unter fremden Namen dahingehend zu modifizieren, dass der Erklärungsempfänger nicht von einer Vertretungskonstellation (Dreipersonenverhältnis) ausgeht, sondern lediglich der Rechtsschein einer Personenidentität (Zweipersonenverhältnis) gegeben sein muss[41]. V kann nicht wissen, wer die Schaltfläche „Kaufen“ im konkreten Fall betätigt. Die Abrechnung der Leistungen des V erfolgt jedoch über den Mobilfunkanbieter der M. Für V entsteht bei Automatisierung der App nach §§ 133, 157 BGB zumindest der Anschein, als habe in einem solchen Fall die Vertragspartnerin M des Mobilfunkanbieters als Zahlungspflichtige der Leistungen aus dem App-Store gehandelt.

Ferner müsste das Verhalten des unter fremden Namen Handelnden trotz fehlender Kenntnis des Vertretenen vorhersehbar sowie abwendbar und somit der Rechtsschein zurechenbar sein[42]. Entscheidend ist das Verhalten des wahren Namensträgers[43]. Der Vertretene muss zumindest fahrlässig einen Rechtsschein verursacht haben[44]. M weiß von der Möglichkeit des problemlosen Erwerbes kostenpflichtiger Zusatzlevel. Dabei geht sie davon aus, dass K das letzte kostenlose Level nicht erreichen wird. Ihr ist jedoch bewusst, dass K dieses Spiel zum Zeitvertreib benutzt und sich damit über eine gewisse Dauer

38 *Köhler*, BGB AT (Fn. 1), § 11 Rn. 43.

39 Larenz/Wolf/*Neuner*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 10. Aufl. 2012, § 48 Rn. 28.

40 *Rüthers/Stadler*, BGB AT (Fn. 10), § 30 Rn. 47.

41 *Linardatos*, Handeln unter fremdem Namen und Rechtsscheinhaftung bei Nutzung eines fremden eBay-Accounts, Jura 2012, 53 (54); vgl. BGH NJW 2011, 1421 (1421).

42 *Rüthers/Stadler*, BGB AT (Fn. 10), § 30 Rn. 47; vgl. auch BGH NJW 1956, 1673 (1674); NJW 2005, 2985 (2987).

43 BGH NJW 2011, 2421 Rn. 15.

44 *Hauck*, Handeln unter fremdem Namen, JuS 2011, 967 (968).

beschäftigen wird. K spielt zudem mit großer Freude und Neugier. Das Erreichen des letzten kostenfreien Levels muss deshalb aus Sicht der M wahrscheinlich und damit voraussehbar sein. Durch die problemlose Eingabe eines Passwortes, dem Verstecken des Handys oder das Löschen der App wäre das Handeln des K abwendbar gewesen. Somit hat M den Rechtsschein zumindest fahrlässig verursacht. Der unter fremden Namen Handelnde müsste aber auch über eine gewisse Dauer wiederholt tätig werden[45]. M traut K das Erreichen des letzten kostenpflichten Levels nicht zu. K muss daher für die Absolvierung von fünf weiteren Stufen bei lebensnaher Auslegung über eine gewisse Dauer tätig werden.

Der Verkäufer müsste bezüglich der fehlenden Vertretungsmacht gutgläubig sein[46]. Dies bestimmt sich analog der Wertung des § 173 BGB[47]. Der Dritte darf im Sinne des § 173 BGB das Fehlen der Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts nicht kennen oder kennen müssen. Durch einen Anruf bei M hätte V die fehlende Vertretungsmacht erkennen können. Für V bestand jedoch der Anschein, als habe M gehandelt. Einen Anlass zur Absicherung gab es nicht. V ist gutgläubig. Von der Kausalität des Rechtsscheins[48] für das Handeln des V ist mangels anderweitiger Hinweise auszugehen. Die Anscheinsvollmacht steht in der Rechtsfolge der rechtsgeschäftlichen Vertretungsmacht gleich[49].

ee) Zwischenergebnis Vertretungsmacht

Eine Anscheinsvollmacht liegt vor. Das Geschicklichkeitsspiel richtet sich nicht gezielt an Kinder[50], sodass die Stellvertretung schließlich zu bejahen ist.

b) Zwischenergebnis Vertragsschuss

Ein Vertragsschluss durch K als Stellvertreter der M liegt vor.

4. Nichtigkeit des Rechtsgeschäftes nach § 138 II BGB

Das Rechtsgeschäft könnte jedoch gem. § 138 II BGB nichtig sein. Es müsste ein Rechtsgeschäft vorliegen, durch das jemand unter Ausbeutung der Zwangslage, der Unerfahrenheit, des Mangels an Urteilvermögen oder der erheblichen Willensschwäche eines anderen sich für eine Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zur Leistung stehen. Aus den §§ 106 ff. BGB folgt, dass Minderjährige besonders geschützt werden sollen. V weiß jedoch gar nicht, dass der elfjährige K handelt. Eine Ausbeutung ist damit nicht gegeben.

5. Ergebnis: Vorliegen eines Vertrages

Ein Kaufvertrag ist zwischen V und M zustande gekommen.

II. Nichtigkeit des Kaufvertrages nach § 142 I BGB

Der Kaufvertrag zwischen M und V könnte gem. § 142 I BGB nichtig sein.

1. Anfechtungserklärung, § 143 I BGB

Die Anfechtung müsste nach § 143 I BGB durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner erfolgen. Der Erklärungsempfänger muss dabei erkennen können, dass der Erklärende am Vertrag nicht mehr festhalten möchte[51]. Sollte ein Vertrag bestehen, möchte sich M von diesem in jedem Fall lösen. M benutzt nicht ausdrücklich das Wort „Anfechten“. V hat als Anfechtungsgegner gem. § 143 II 1 BGB die Äußerung des M jedoch nach §§ 133, 157 BGB als Anfechtungserklärung auszulegen.

2. Anfechtungsgrund

Ein Anfechtungsgrund müsste gegeben sein. Nach § 166 I BGB kommt es bezüglich der Willensmängel grundsätzlich auf die Person des Vertreters an.

a) Willensmangel des Vertreters K

K könnte sich über die Kostenpflichtigkeit der Zusatzlevel geirrt haben. Ein Rechtsfolgeirrtum könnte vorliegen. Der Erklärende irrt sich dabei über eine Rechtsfolge, die für seine Willenserklärung maßgeblich ist, sodass entweder ein unbeachtlicher Motivirrtum oder ein beachtlicher Inhaltsirrtum nach § 119 I Var. 1 BGB vorliegt[52]. K macht sich über sein Verhalten aber keine Gedanken und klickt aus Freude und Neugier auf den Kaufbutton. K kann damit auch keiner falschen Vorstellung unterliegen.

V könnte K jedoch nach § 123 I Var. 1 BGB arglistig getäuscht haben. Eine Täuschung ist jedes Verhalten, das darauf abzielt, in einem anderen eine unrichtige Vorstellung hervorzurufen, zu bestärken oder zu unterhalten[53]. Bei derartigen Internetseiten liegt die Täuschung in der irrtumserregenden Darstellung einer etwaigen Kostenpflichtigkeit[54]. Hinsichtlich des Vorliegens einer Täuschung ist auf die Erkenntniskraft eines objektiven, dem Durchschnitt entsprechenden Internetanwenders abzustellen[55]. M behauptet, dass V die Kostenpflichtigkeit nicht ausreichend deutlich gemacht hat. Auf einer neutralen Bildschirmseite findet sich eine Schaltfläche mit den Worten „Kaufen“. Eine irrtumserregende Darstellung ist schon aufgrund der Neutralität nach der Erkenntniskraft eines durchschnittlichen Betrachters nicht gegeben.

b) Willensmangel des Vertretenen M

Fraglich ist, ob auch ein etwaiger Willensmangel des M von Bedeutung ist. Selbst wenn von einer analogen Anwendung des § 166 II BGB hinsichtlich der Willensmängel

45 BGH NJW 1998, 1854 (1854).

46 *Rüthers/Stadler*, BGB AT (Fn. 10), § 30 Rn. 47.

47 Vgl. BGHZ 166, 369 (369); BGHZ 102, 60 (60).

48 Vgl. BGH NJW 1956, 460 (460); 1962, 1003 (1003).

49 Vgl. BGH NJW 1998, 1854 (1855); BGHZ 86, 173 (175).

50 Vgl. *Bisges*, Schlumpfbeeren für 3000 Euro, NJW 2014, 183 (185).

51 Vgl. BGHZ 88, 240 (245); 91, 324 (331).

52 *Brox/Walker*, BGB AT (Fn. 7), § 18 Rn. 423.

53 *Brox/Walker*, BGB AT (Fn. 7), § 19 Rn. 450.

54 *Alexander*, Neuregelungen zum Schutz vor Kostenfallen im Internet, NJW 2012, 1985 (1986).

55 Vgl. BGH, GRUR 2005, 438 (440).

des Vertretenen ausgegangen wird[56], muss sich der Irrtum des Vertretenen auf das Handeln des Vertreters auswirken[57]. K könnte M durch die unterlassene Aufklärung über die Freischaltung der fünf Zusatzlevel gem. § 123 I Var. 1 BGB arglistig getäuscht haben. K handelt jedoch unabhängig und ohne Weisung oder sonstigen Einfluss von M. Ob ein Anfechtungsgrund vorliegt, kann damit offenbleiben.

c) Zwischenergebnis Anfechtungsgrund

Ein Anfechtungsgrund ist nicht gegeben.

3. Ergebnis Nichtigkeit des Kaufvertrages nach § 142 I BGB

Der Kaufvertrag ist nicht nach § 142 I BGB nichtig.

III. Unwirksamkeit des Kaufvertrages nach § 177 I BGB

Der Kaufvertrag zwischen V und M könnte nach § 177 I BGB unwirksam sein. Dies ist gem. § 142 I BGB der Fall, wenn M die Anscheinsvollmacht angefochten hat.

1. Zulässigkeit der Anfechtung

Fraglich ist bereits, ob eine Anscheinsvollmacht, de facto ein Rechtsschein, überhaupt angefochten werden kann. Zwar darf einer Ansicht nach der durch die Anscheinsvollmacht erzeugte Schutz des Erklärungsempfängers mittels einer Anfechtung nicht wieder zunichte gemacht werden, nach anderer Ansicht kann der Rechtsschein aber auch nicht stärker binden als eine Vollmacht[58]. Der Streitentscheid kann dahinstehen, wenn ohnehin kein Anfechtungsgrund besteht.

2. Anfechtungsgrund

Fraglich ist, ob ein Anfechtungsgrund besteht. K könnte M durch die unterlassene Aufklärung über die Freischaltung der fünf Zusatzlevel gem. § 123 I Var. 1 BGB arglistig getäuscht haben. Eine Täuschung ist jedes Verhalten, das darauf abzielt, in einem anderen eine unrichtige Vorstellung hervorzurufen, zu bestärken oder zu unterhalten[59]. Durch die unterlassene Aufklärung hat K bei M den Eindruck erweckt, dass keine kostenpflichtigen Zusatzlevel freigeschaltet wurden. Eine Täuschung liegt vor. K müsste auch arglistig gehandelt haben. Dies ist der Fall, wenn er den Irrtum wissentlich und willentlich hervorruft[60]. K macht sich über sein Verhalten gegenüber M aber keine Gedanken. Er ruft den Irrtum damit weder wissentlich noch willentlich hervor.

In Betracht könnte jedoch auch ein Rechtsfolgeirrtum kommen. Bei einem Rechtsfolgeirrtum handelt es sich um einen unbeachtlichen Motivirrtum, wenn die Rechtsfolge, über die geirrt wird, durch Gesetz an das Verhalten geknüpft wird[61]. M wusste und wollte nicht, dass ihr Verhalten zu einer Anscheinsvollmacht führt. Ein unbeachtlicher Rechtsfolgenirrtum liegt vor, sodass der Anfechtungsgrund im Ergebnis fehlt. Der Streit hinsichtlich der Anfechtbarkeit der Anscheinsvollmacht kann folglich dahinstehen. Schließlich ist der Kaufvertrag nicht nach § 142 I BGB nichtig.

IV. Anspruch untergegangen nach §§ 355 III 1, 357 I, 312g I, 312c BGB

Der Anspruch auf Zahlung von 30,- Euro für fünf Zusatzlevel des Spieles „Tricks“ könnte nach §§ 355 III 1, 357 I, 312g I, 312c BGB untergegangen sein. Die Voraussetzungen der §§ 355 ff. BGB könnten erfüllt sein. Dazu müsste gem. §§ 355 I 1, 312 I i.V.m. 310 III BGB ein Verbraucher nach § 13 BGB und ein Unternehmer im Sinne des § 14 I BGB gegeben sein. Es ist davon auszugehen, dass V die gesetzlichen Anforderungen gemäß §§ 312 ff. BGB ordnungsgemäß erfüllt und somit Unternehmer ist. Mangels anderweitiger Angaben ist M als Verbraucherin gem. § 13 BGB zu qualifizieren. Ein Vebrauchsgüterkauf nach § 312 I BGB ist folglich gegeben. Verbraucher und Unternehmer liegen schließlich auch im Sinne des § 355 I 1 BGB vor.

1. Existenz eines Widerrufsrechts, §§ 312g, 355 I 1 BGB

Nach § 355 I 1 BGB müsste ein Widerrufsrecht durch Gesetz eingeräumt worden sein.

a) Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge, §§ 312g I Var. 1, 312b BGB

Ein außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag nach §§ 312g I Var. 1, 312b BGB könnte einschlägig sein. Geschäftsräume im Sinne des § 312b I BGB sind nach § 312b II 1 BGB unbewegliche Gewerberäume, in denen der Unternehmer seine Tätigkeit dauerhaft ausübt, und bewegliche Gewerberäume, in denen der Unternehmer seine Tätigkeit für gewöhnlich ausübt. Mithin ist ein persönlicher Kontakt außerhalb von Geschäftsräumen des Unternehmers erforderlich[62]. Durch das Tippen auf die Schaltfläche „Kaufen“ kann ein Zusatzlevel verbindlich erworben werden. Ein persönlicher Kontakt außerhalb von Geschäftsräumen des V findet nicht statt. Die Voraussetzungen der §§ 312g I Var. 1, 312b BGB sind nicht gegeben.

b) Fernabsatzverträge, §§ 312g I Var. 2, 312 c BGB

Gem. §§ 312g I Var. 2, 312c BGB könnte aber ein Fernabsatzvertrag maßgeblich sein. Fernabsatzverträge sind nach § 312c I BGB Verträge, bei denen der Unternehmer und der Verbraucher für den Vertragsschluss ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwenden, es sei denn, dass der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems

56 *Schramm*, in: Münchner Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 6. Aufl. 2015, § 166 Rn. 59.

57 *Brox/Walker*, BGB AT (Fn. 7), § 25 Rn 574.

58 *Faust*, BGB AT (Fn. 9), § 26 Rn. 38.

59 *Brox/Walker*, BGB AT (Fn. 7), § 19 Rn. 450.

60 BGH NJW 2011, 1213 (1214).

61 *Brox/Walker*, BGB AT (Fn. 7), § 19 Rn. 423.

62 *Brönneke/Schmidt*, Der Anwendungsbereich der Vorschriften über die besonderen Vertriebsformen nach Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, VuR 2014, 3 (4).

erfolgt. Ein Unternehmer (V) und ein Verbraucher (M) werden tätig. Die neutrale Internetseite müsste ein Fernkommunikationsmittel sein. Fernkommunikationsmittel sind nach § 312c II BGB alle Kommunikationsmittel, die zum Abschluss eines Vertrags eingesetzt werden können, ohne dass die Vertragsparteien gleichzeitig körperlich anwesend sind, wie Telemedien. Von der Einhaltung der §§ 312 ff. BGB ist jedoch auszugehen. Somit liegt auch ein für den Fernabsatz organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem vor, zumal bei Zweifeln aufgrund der Formulierung die Vermutung greifen würde.

c) Zwischenergebnis Fernabsatzvertrag

Ein Fernabsatzvertrag liegt vor.

d) Ausschluss des Widerrufsrechts, §§ 312g II 1 Nr. 3, 4, 6; 312g III BGB

Für eine Ausnahme nach §§ 312g II 1 Nrn. 3, 4, 6 oder 312 g III BGB sind auch keine Anhaltspunkte ersichtlich.

e) Erlöschen des Widerrufsrechts nach § 356 V BGB

Für das Erlöschen des Widerrufsrechts nach § 356 V BGB müsste zunächst ein Vertrag über die Lieferung von nicht auf einem körperlichen Datenträger befindlichen digitalen Inhalten vorhanden sein. Nach Art. 2 Nr. 11 VRRL sind unter digitalen Inhalten Daten zu verstehen, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden[63]. Nach dem Kauf kann das Zusatzlevel in digitaler Form direkt gedownloadet werden. Die Zusatzlevel wurden mangels entsprechender Angaben in digitaler Form hergestellt und werden, wie schon festgestellt, nicht auf einem körperlichen Datenträger bereitgestellt.

Der Unternehmer müsste ferner mit der Ausführung des Vertrages begonnen haben. Der Verkäufer muss die geschuldete Leistung jedoch nicht komplett erbracht haben[64]. K schaltet das fünfte Zusatzlevel frei. Hinsichtlich der ersten vier von fünf bewältigten Zusatzstufen muss der Unternehmer folglich mit der Ausführung des Vertrages begonnen haben. Bezüglich des fünften Zusatzlevels ist darauf abzustellen, dass die Leistung nicht komplett zu erbringen ist. V hat dahingehend zumindest mit der Ausführung des Vertrages begonnen.

Fraglich ist jedoch, ob K Verbraucher i.S.d. § 356 V letzter Hs. BGB ist. Verbraucher ist gem. § 13 BGB jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft abschließt. Ein Kaufvertrag wurde zwischen M und V abgeschlossen. Verbraucherin im Sinne des § 356 V letzter Hs. BGB kann damit nur M sein. Die zusätzlichen Anforderungen des § 356 V Nrn. 1, 2 BGB knüpfen jedoch an den Verbraucher an. M hat nicht gem. § 356 V Nr. 1 BGB zugestimmt, dass V mit der Vertragsausführung vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt. Nach § 356 V Nr. 2 BGB hat M nicht ihre Kenntnis davon bestätigt, dass sie durch ihre Zustimmung mit Beginn der Vertragsausführung ihr Widerrufsrecht verliert. Das Widerrufsrecht erlischt damit nicht nach § 356 V BGB.

2. Vorschriftsgemäße Ausübung des Widerrufrechts, §§ 312g I Var. 2, 355 I 2, 3, 4 BGB

Das Widerrufsrecht müsste nach §§ 312g I Var. 2, 355 I 2, 3, 4 BGB ordnungsgemäß ausgeübt worden sein. Der Widerruf müsste gem. § 355 I 2 BGB durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer erfolgen. M erklärt gegenüber V, dass sie sich bei Bestehen eines Vertrages von diesem löse. Aus der Erklärung müsste jedoch gem. § 355 I 3 BGB eindeutig der Entschluss des Verbrauchers zum Widerruf des Vertrages hervorgehen. Innerhalb des dafür maßgeblichen objektiven Empfängerhorizontes ist auch das Interesse des Verbrauchers an einem Widerruf zu beachten[65]. Die Bezeichnung „Widerruf“ muss nicht verwendet werden[66]. V erwidert auf den Wunsch der M, sich vom Vertrag zu lösen, dass ein Widerruf nicht möglich sei. Die Erklärung der M hat V damit nach §§ 133, 157 BGB als Widerrufserklärung aufgefasst.

Ferner ist eine bestimmte Form des Widerrufs nicht erforderlich[67]. Die telefonische Erklärung ist damit zulässig. Der Widerruf bedarf nach § 355 I 4 BGB keiner Begründung und ist damit nicht von einem Widerrufsgrund abhängig[68]. Das Widerrufsrecht wurde vorschriftsgemäß ausgeübt.

3. Fristgemäße Ausübung des Widerrufsrechts, §§ 312g I Var. 2, 355 II, I 5 BGB

Das Widerrufsrecht müsste nach §§ 312g I Var. 2, 355 II, I 5 BGB fristgerecht ausgeübt worden sein. Die Widerrufsfrist beträgt nach § 355 II 1 BGB 14 Tage und beginnt nach § 355 II 2 BGB mit Vertragsschluss, soweit nichts anderes bestimmt ist.

§ 356 II Nr. 1 BGB regelt die Widerrufsfrist eigenständig für den Verbrauchsgüterkauf. Zunächst müsste danach ein Verbrauchsgüterkauf vorliegen. Gem. der Legaldefinition des § 474 I 1 BGB liegt ein Verbrauchsgüterkauf vor, wenn der Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache kauft. Wie schon festgestellt, werden ein Verbraucher nach § 13 BGB (M) und ein Unternehmer nach § 14 I BGB (V) tätig. Eine bewegliche Sache müsste jedoch auch vorliegen. Sachen sind nach § 90 BGB nur körperliche Gegenstände. Bei der Bestimmung des Vertragstyps wurde schon festgestellt, dass die Zusatzlevel keine Sache nach § 90 BGB sind. Das Kriterium der Beweglichkeit muss somit nicht mehr geprüft werden. Ein Verbrauchsgüterkauf liegt nicht vor, die Ausnahmeregelung des § 356 II Nr. 1 BGB greift nicht.

Gem. § 356 II Nr. 2 Var. 3 BGB beginnt die Widerrufsfrist jedoch bei der Lieferung von nicht auf einem körperlichen Datenträger befindlichen digitalen Inhalten mit dem Vertragsschluss. Bei der App handelt es sich um einen nicht auf einem körperlichen Datenträger befindlichen digitalen

63 Richtlinie 2011/83/EU.

64 *Schulze*, in: Schulze et. al., Bürgerliches Gesetzbuch-Handkommentar, 8. Aufl. 2014, § 356 Rn. 9.

65 *Brönneke/Schmidt*, Das neue Schuldrecht: Verbraucherrechtsreform, 2014, Kapitel 3 Rn. 24.

66 BGH NJW 1993, 128 (128); NJW 1996, 1964 (1965).

67 *Grüneberg*, in: Palandt, 73. Aufl. 2014, § 355 Rn. 6.

68 *Schulze*, in: Schulze (Fn. 64), § 355 Rn. 7.

Inhalt, sodass die Widerrufsfrist mit Vertragsschluss beginnt, wie auch § 355 II 2 BGB vorschreibt. Nach § 356 III 1 BGB beginnt die Widerrufsfrist nicht, bevor der Unternehmer den Verbraucher entsprechend Artikel 246a § 1 II 1 Nr. 1 oder des Artikels 246b § 2 I des EGBGB unterrichtet hat. § 312d I, II BGB, von deren Erfüllung auszugehen ist, setzen die Einhaltung der Artikel 246a, 246b des EGBGB voraus, sodass die Ausnahme bezüglich des Beginns der Widerrufsfrist nach § 356 III 1 BGB nicht eingreift.

Zur Fristwahrung genügt gem. § 355 I 5 BGB die rechtzeitige Absendung des Widerrufs. Die Fristberechnung richtet sich grundsätzlich nach §§ 187 I, 188 II Var. 1, 193 BGB[69]. Sofern für den Anfang einer Frist ein Ereignis maßgebend ist, wird im Sinne des § 187 I BGB der Tag nicht mitgerechnet, in welchen das Ereignis fällt. Am 26.06.2014 klickt K fünfmal auf die Schaltfläche „Kaufen“. Die Frist beginnt damit am 27.07.2014. Eine nach Tagen bestimmte Frist endigt gem. § 188 I BGB mit dem Ablauf des letzten Tages der Frist. Die Widerrufsfrist beträgt, wie festgestellt, 14 Tage und ist damit nach Tagen bestimmt. M erklärt am 01.07.2014 telefonisch den Widerruf. Die Widerrufserklärung ist mangels entsprechender Angaben am 01.07.2014 abgegeben und zugegangen, sodass die Frist gewahrt ist.

4. Rechtsfolge des Widerrufs, §§ 355 III i.V.m. 357 I BGB

Fraglich ist, welche Rechtsfolgen in Betracht zu ziehen sind. Die empfangenen Leistungen sind gem. § 355 III 1 BGB unverzüglich zurückzugewähren. Der Vertrag wandelt sich damit ex nunc in ein Rückgewährschuldverhältnis um[70]. Nach § 357 I BGB sind die empfangenen Leistungen spätestens nach 14 Tagen zurückzugewähren. Mangels entsprechender Angaben ist von der Einhaltung dieser Vorschriften auszugehen. Ein etwaiger Anspruch auf Wertersatz entfällt darüber hinaus nach § 357 IX BGB.

V. Ergebnis Widerruf

Der Anspruch des V gegenüber M ist nach §§ 355 III 1, 357 I, 312g I Var. 2, 312c BGB untergegangen.

B. Gesamtergebnis Ausgangsfall

Ein Anspruch des V gegenüber M auf Zahlung von 30,- Euro für fünf Zusatzlevel aus § 453 I Var. 2 i.V.m. § 433 II Var. 1 BGB besteht nicht.

Abwandlung

A. Anspruch des Z ggü. M auf Zahlung der 8,- Euro aus § 433 II Var. 1 BGB

Z könnte gegenüber M einen Anspruch auf Zahlung der 8,- Euro für die Zeitschrift „Erziehung heute“ aus einem Kaufvertrag gem. § 433 II Var. 1 BGB haben.

I. Vorliegen eines Kaufvertrages

Dazu müsste zwischen Z und M ein Kaufvertrag zustande gekommen sein. Ein Kaufvertrag kommt nach den Vorschriften der §§ 145 ff. BGB zustande. Der Zeitschriftenhändler Z, dem M ausdrücklich gestattet hat, sie telefonisch über Angebote zu informieren, unterbreitet der M nach §§ 133, 157 BGB ein verbindliches Test-Angebot zum einmaligen Erwerb der Zeitschrift „Erziehung heute“ für 8,- Euro. Das Angebot enthält die wesentlichen Vertragsbestandteile. M ist damit einverstanden und nimmt das Angebot damit an, sodass die Willenserklärung des Z abgegeben und zugegangen sein muss. Z schickt der M eine Vertragsbestätigung via E-Mail, sodass auch die Willenserklärung der M abgegeben und zugegangen ist. Ein Kaufvertrag liegt vor.

II. Nichtigkeit des Kaufvertrages nach § 142 I BGB

Der Kaufvertrag könnte jedoch nach § 142 I BGB nichtig sein.

1. Anfechtungserklärung, § 143 I BGB

Die Anfechtung müsste nach § 143 I BGB durch Erklärung gegenüber dem Anfechtungsgegner erfolgen. In einer E-Mail erklärt M dem Z, sie löse sich vom Vertrag. M benutzt nicht ausdrücklich das Wort „Anfechten“. V hat als Anfechtungsgegner gem. § 143 II 1 BGB die Äußerung des M jedoch nach §§ 133, 157 BGB als Anfechtungserklärung auszulegen.

2. Anfechtungsgrund

Fraglich ist, ob ein Anfechtungsgrund besteht. Ein Eigenschaftsirrtum als ausnahmsweise beachtlicher Motivirrtum[71] könnte nach § 119 II BGB gegeben sein. Eigenschaften einer Sache sind die tatsächlichen und rechtlichen Verhältnisse des Gegenstandes, die infolge ihrer Beschaffenheit und Dauer auf die Brauchbarkeit und den Wert von Einfluss sind[72]. M hat an der Zeitschrift kein Interesse mehr. Dies hat keine Auswirkung auf die Eigenschaft der Zeitschrift. Das Interesse der M ist folglich keine Eigenschaft der Sache. Ein beachtlicher Motivirrtum und ein Anfechtungsgrund liegen nicht vor. Der Kaufvertrag ist nicht nach § 142 I BGB nichtig.

III. Anspruch untergegangen nach §§ 355 III 1, 357 I, 312g I, 312c BGB

Der Anspruch auf Zahlung von 8,- Euro für die Zeitschrift könnte nach §§ 355 III 1, 357 I, 312g I, 312c BGB untergegangen sein. Ein Verbraucher (M) nach § 13 BGB und ein Unternehmer (Z) im Sinne des § 14 I BGB müssten nach §§ 355 I 1, 312 I i.V.m. 310 III BGB gegeben sein. M ist, wie festgestellt, Verbraucherin. Hinsichtlich Z ist von der Einhaltung der §§ 312 ff. BGB auszugehen.

69 BGH NJW 2010, 3503 (3503).

70 *Brox/Walker*, BGB AT (Fn. 7), § 19 Rn. 35.

71 *Faust*, BGB AT (Fn. 9), § 21 Rn. 10.

72 BGHZ 34, 32 (41); 88, 240 (245).

1. Existenz eines Widerrufsrechts, §§ 312g, 355 I 1 BGB

Nach § 355 I 1 BGB müsste ein Widerrufsrecht durch Gesetz gegeben sein.

a) Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge, §§ 312g I Var. 1, 312b BGB

Ein außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Vertrag nach §§ 312g I Var. 1, 312b BGB könnte einschlägig sein. Ein persönlicher Kontakt außerhalb von Geschäftsräumen des Z mit M findet jedoch nicht statt.

b) Fernabsatzverträge, §§ 312g I Var. 2, 312c BGB

Gem. §§ 312g I Var. 2, 312c BGB könnte aber ein Fernabsatzvertrag maßgeblich sein. Ein Unternehmer (V) und ein Verbraucher (M) werden tätig. Das Telefon müsste ein Fernkommunikationsmittel sein. Zu den Fernkommunikationsmittel zählen nach § 312c II BGB auch Telefonanrufe. Das Telefon ist damit ein Fernkommunikationsmittel, zumal von der Einhaltung der §§ 312 ff. BGB auszugehen ist. Somit liegt auch ein für den Fernabsatz organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem vor. Bei Zweifeln hieran greift aufgrund der Negativformulierung eine Vermutung.

c) Zwischenergebnis Fernabsatzvertrag

Ein Fernabsatzvertrag und damit ein Widerrufsrecht liegen grundsätzlich vor.

2. Vorschriftsgemäße Ausübung des Widerrufrechts, §§ 312g I Var. 2, 355 I 2, 3, 4 BGB

Das Widerrufsrecht müsste nach §§ 312g I Var. 2, 355 I 2, 3, 4 BGB ordnungsgemäß ausgeübt worden sein. Der Verbraucher kann seine für den Vertragsschluss notwendige Willenserklärung direkt nach deren Abgabe, selbst wenn der Kaufvertrag noch nicht zustande gekommen ist, widerrufen[73]. M erklärt zwei Tage nach dem telefonischen Vertragsschluss und vor Erhalt der Zeitung gegenüber Z, sie löse sich vom Vertrag. Den Hinweis des Z auf das Nichtbestehen eines Widerrufrechts hält sie für einen Fehler. Z erwidert, ein Widerruf sei ausgeschlossen. Die Erklärung der M hat Z damit nach §§ 133, 157 BGB als Widerrufserklärung aufgefasst. Folglich ist die Widerrufserklärung der M auch abgegeben und zugegangen. Wie festgestellt, kann M ihre Willenserklärung vor Vertragsschluss widerrufen. Damit muss M ihre Willenserklärung auch nach Vertragsschluss und vor Erhalt der Ware widerrufen können. § 355 I 2, 3 BGB ist mithin gewahrt. Die Erklärung via E-Mail ist aufgrund einer fehlenden Formvorschrift zulässig. Der Widerruf bedarf nach § 355 I 4 BGB auch keiner Begründung. Das Widerrufsrecht wurde damit vorschriftsgemäß ausgeübt.

3. Fristgemäße Ausübung des Widerrufsrechts, §§ 312g I Var. 2, 355 II, I 5 BGB

Das Widerrufsrecht müsste nach §§ 312g I Var. 2, 355 II, I 5 BGB fristgerecht ausgeübt worden sein. Die Widerrufsfrist beträgt nach § 355 II 1 BGB 14 Tage und beginnt nach § 355 II 2 BGB grundsätzlich mit Vertragsschluss, soweit nichts anderes bestimmt ist.

§ 356 II Nr. 1 BGB regelt die Widerrufsfrist eigenständig für den Verbrauchsgüterkauf. Ein Verbrauchsgüterkauf müsste vorliegen. Ein Verbraucher nach § 13 BGB (M) und ein Unternehmer nach § 14 I BGB (V) sind gegeben. Eine bewegliche Sache müsste jedoch auch vorliegen. Sachen sind nach § 90 BGB nur körperliche Gegenstände. Beweglich ist die Sache, wenn sie kein Grundstück oder Grundstücksbestandteil ist[74]. Die Zeitung „Erziehung heute“ ist ein körperlicher und beweglicher Gegenstand, sodass ein Verbrauchsgüterkauf vorliegt. § 356 II Nr. 1 a) BGB ist anzuwenden, wenn §§ 356 II Nr. 1 b) - d) BGB nicht greifen. §§ 356 II Nr. 1 b) - d) BGB sind mangels Hinweise nicht einschlägig. Nach dem subsidiären § 356 II Nr. 1 a) BGB beginnt damit die Widerrufsfrist sobald der Verbraucher die Ware erhalten hat.

Z verlangt nach Lieferung der Zeitschrift an M von dieser Zahlung der 8,- Euro. M hat die Zeitschrift noch nicht erhalten. Streitig ist damit, wann die Widerrufsfrist beginnt. Das Wort „Erhalten“ in § 356 II Nr. 1 a) BGB ist gleichzusetzen mit dem Terminus „Ablieferung“ in § 438 II BGB[75]. Die Ablieferung muss sich grundsätzlich nicht mit der Übergabe decken[76]. Bei dem vorliegenden Versendungskauf ist die Sache abgeliefert, wenn sie am Bestimmungsort dem Käufer zugänglich ist[77]. Der Bestimmungsort ist grundsätzlich der Wohnort oder die Niederlassung des Käufers[78]. Z verlangt nach Lieferung der Zeitschrift an M von dieser Zahlung der 8,- Euro. Die Widerrufsfrist beginnt erst, wenn die Zeitschrift am Wohnort des Käufers zugänglich ist und M dem Z damit die 8,- Euro zahlen muss.

Zwei Tage nach dem geschlossenen Kaufvertrag und vor Warenerhalt erklärt M den Widerruf. Die Widerrufsfrist hat zu diesem Zeitpunkt noch nicht begonnen. Die Widerrufsfrist steht einem wirksamen Widerruf somit nicht entgegen.

4. Ausschluss des Widerrufsrechts, §§ 312g II 1 Nr. 7 BGB

Das Widerrufsrecht könnte jedoch ausgeschlossen sein. Nach § 312g II Nr. 7 BGB besteht ein Widerrufsrecht, soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben, grds. nicht bei Verträgen zur Lieferung von Zeitungen oder Zeitschriften. Z weist darauf hin, dass ein Widerrufsrecht nicht besteht. Von der Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen der §§ 312 ff. BGB ist auszugehen, sodass das Widerrufsrecht gem. § 312g II 1 Nr. 7 BGB ordnungsgemäß ausgeschlossen ist.

5. Ergebnis Widerruf

Der Anspruch auf Zahlung von 8,- Euro für die Zeitschrift ist nicht nach §§ 355 III 1, 357 I, 312g I, 312c BGB untergegangen.

73 *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 67), § 355 Rn. 6.

74 RGZ 87, 43 (51).

75 *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 67), § 356 Rn. 4.

76 *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 67), § 438 Rn. 15.

77 *Schulze*, in: Schulze (Fn. 64), § 438 Rn. 9.

78 *Schulze*, in: Schulze (Fn. 64), § 447 Rn. 3.

IV. Anspruch durch Aufrechnung i.H.v. 5,- Euro gem. § 389 BGB untergegangen

Der Anspruch des Z gegenüber M könnte durch Aufrechnung in Höhe von 5,- Euro gem. § 389 BGB untergegangen sein.

1. Aufrechnungserklärung

Die Aufrechnung müsste gem. § 388 S. 1 BGB durch Erklärung gegenüber dem anderen Teil erfolgen. M erklärt am 08.07.2014 gegenüber dem Aufrechnungsgegner Z, sofern die Forderung i.H.v. 8,- Euro bestehe, wolle sie mit einem ihr gegen Z noch zustehenden Rückzahlungsanspruch i.H.v. 5,- Euro gegenrechnen. Diese Aufrechnungserklärung ist mangels anderweitiger Angaben spätestens am 09.07.2014 abgegeben und zugegangen. Gem. § 388 S. 2 BGB ist die Erklärung jedoch unwirksam, wenn sie unter eine Bedingung oder einer Zeitbestimmung abgegeben wird. M möchte nur mit den 5,- Euro gegenrechnen, sofern die Forderung besteht. Das Bestehen der Forderung i.H.v. 8,- Euro könnte ein Fall der aufschiebenden Bedingung gem. § 158 I BGB sein. In den Fällen des Abstellens auf das Bestehen einer Forderung, wird jedoch von einer Rechtsbedingung und nicht von einer echten Bedingung ausgegangen[79]. § 388 S. 2 BGB steht einer wirksamen Aufrechnungserklärung somit nicht entgegen.

2. Aufrechnungslage

Eine Aufrechnungslage müsste im Sinne des § 387 BGB gegeben sein.

a) Gegenseitigkeit der Forderungen

Die Forderungen müssten zwischen denselben Personen bestehen[80]. Jede Person muss Gläubiger und Schuldner der anderen Partei sein[81]. M schuldet dem Z 8,- Euro für die Zeitschrift und ist zugleich Gläubiger bezüglich der von Z geschuldeten 5,- Euro aus einem früheren Geschäft. Z schuldet M 5,- Euro aus dem früheren Geschäft und ist zugleich Gläubiger hinsichtlich der 8,- Euro für die Zeitschrift.

b) Gleichartigkeit der Forderungen

Die Forderungen müssten ihrem Gegenstand nach gem. § 387 BGB gleichartig sein. Denkbar ist eine Aufrechnung damit nur bei Geld- und Gattungsschulden über vertretbare Sachen nach § 91 BGB[82]. Beide Forderungen beziehen sich auf Geld und sind damit gleichartig.

c) Wirksamkeit und Erfüllbarkeit der Hauptforderung (Passivforderung)

Die Hauptforderung des Z i.H.v. 8,- Euro müsste im Sinne des § 387 BGB wirksam und erfüllbar sein. Die Erfüllbarkeit bezieht sich auf den Zeitpunkt, von dem an der Schuldner leisten darf[83]. Wann der Schuldner leisten darf, richtet sich grds. nach § 271 BGB. Hinsichtlich der Wirksamkeit muss die Hauptforderung rechtsgültig bestehen[84]. Z verlangt nach Lieferung der Zeitschrift an M Zahlung der 8,- Euro. Eine Leistungszeit ist damit bestimmt, sodass § 474 III 1 BGB nicht einschlägig ist. Nach § 271 II BGB kann M die Leistung vorher bewirken, sodass eine erfüllbare Hauptforderung vorliegt. Die Hauptforderung ist zudem wirksam.

d) Wirksamkeit, Fälligkeit, Einredefreiheit und Durchsetzbarkeit der Gegenforderung (Aktivforderung)

Die Gegenforderung der M i.H.v. 5,- Euro müsste nach §§ 390, 387 BGB wirksam, fällig, einredefrei und durchsetzbar sein. Von der Wirksamkeit der Gegenforderung ist mangels entsprechender Angaben auszugehen. Eine Leistungszeit ist gem. § 271 I BGB nicht bestimmt, sodass der Gläubiger M die Leistung sofort verlangen und der Schuldner Z sie sofort bewirken kann. Die Gegenforderung ist durchsetzbar, wenn der Gegenforderung insbesondere keine Einreden im Sinne des § 390 BGB entgegenstehen[85]. Die Gegenforderung könnte nach § 214 I BGB verjährt sein. Z erwidert hinsichtlich der Gegenforderung der M i.H.v. 5,- Euro am 14.07.2014, dass dieser Anspruch mit Ablauf des 10.07.2014 verjährt sei. Z beruft sich damit gegenüber M auf Verjährung. Gem. § 215 BGB schließt die Verjährung die Aufrechnung nicht aus, wenn der Anspruch in dem Zeitpunkt noch nicht verjährt war, in dem erstmals aufgerechnet oder die Leistung verweigert werden konnte. Die Aufrechnungslage muss zumindest bei Zugang der Aufrechnungserklärung noch vorliegen[86]. Der Zugang der Aufrechnungserklärung erfolgte mangels entgegenstehender Angaben vor dem 10.07.2014. Zu diesem Zeitpunkt war der Anspruch der M i.H.v. 5,- Euro noch nicht verjährt. Eine Einrede liegt nicht vor.

3. Kein Aufrechnungsausschluss

Die Aufrechnung ist auch nicht nach §§ 390 ff. BGB ausgeschlossen.

V. Rechtsfolge und Ergebnis der Aufrechnung

Die Aufrechnung bewirkt gem. § 389 BGB, dass die Hauptforderung des Z lediglich i.H.v. 5,- Euro erloschen ist.

B. Gesamtergebnis Abwandlung

Z hat gegenüber M keinen Anspruch auf Zahlung der 8,- Euro für die Zeitschrift „Erziehung heute“ aus einem Kaufvertrag gem. § 433 II Var. 1 BGB.

79 Vgl. *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 67), § 388 Rn. 2.

80 *Brox/Walker*, Allgemeines Schuldrecht, 38. Aufl. 2014, § 16 Rn. 4.

81 *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 67), § 387 Rn. 4.

82 *Looschelders*, Schuldrecht Allgemeiner Teil, 11. Aufl. 2013, § 20 Rn. 416.

83 BSG ZIP 2011, 1972 (1972).

84 BGH NJW 1998, 978 (979).

85 *Medicus/Lorenz*, Schuldrecht I Allgemeiner Teil, 20. Aufl. 2012, § 26 Rn. 308.

86 BGH NJW 2012, 445 (445).