

Übungsfall: Studienerfolg durch Lexika

Von Univ.-Prof. Dr. jur. **Günter Reiner** und Wiss. Mitarbeiterin **Anja Krüger**, Hamburg*

Der nachfolgende Fall behandelt Probleme aus dem Bereich des Verbraucherschützenden Widerrufs. Der Fall wurde 2005 als Diplomvorprüfung im Rahmen der Veranstaltung „Privatrecht für Wirtschaftswissenschaftler“ an der Helmut-Schmidt-Universität, Universität der Bundeswehr, Hamburg (HSU) gestellt. Anschließend wurde er als interaktive Lerneinheit für das an der HSU bestehende E-Lern-Portal auf der Open-Source-Lernplattform ILIAS aufbereitet.¹

Sachverhalt:

Student S erhält zu Hause einen Anruf von Versandhändler V. Der Anrufer weist S darauf hin, dass das neue einbändige Lexikon unabdingbar für seinen weiteren Studienerfolg sei und dass er daher unbedingt sofort zugreifen müsse. Daraufhin bestellt S das Lexikon zum Preis von € 200,- noch während des Telefongesprächs unter Angabe seiner Liefer- und Rechnungsadresse. Eine Woche später erhält S das Lexikon und die Rechnung über € 200,-. Der Lieferung liegt ferner ein Lieferschein bei, auf dem es u.a. heißt: „Die Vorschrift des § 312d BGB findet auf den vorliegenden Vertrag keine Anwendung. Die Kosten einer etwaigen Rücksendung werden nicht erstattet.“

a) Mittlerweile bereut S seinen Kauf und möchte das Lexikon nicht mehr behalten. Er teilt dies dem V drei Wochen nach Erhalt des Lexikons schriftlich mit. Kann V von S dennoch die Bezahlung verlangen?

b) Angenommen, S sendet das Lexikon sofort nach Erhalt wieder an V zurück und zahlt für die Rücksendung € 6,70 an die Deutsche Post AG: Kann S von V die Erstattung dieses Betrags verlangen?

c) Abwandlung: S betreibt eine florierende Auskunftsei und bestellt das einbändige Lexikon zum Zwecke der Kundenberatung wie im Ausgangsfall telefonisch bei V. Er erhält das Lexikon (ebenfalls wie im Ausgangsfall) und bezahlt daraufhin sofort die Rechnung über € 200,-. In den ersten Wochen schlägt er regelmäßig Begriffe mit den Anfangsbuchstaben A-W nach und ist mit den Erläuterungen sehr zufrieden. Als er sich über die „Zentralbank“ erkundigen möchte, stellt er fest, dass keinerlei Begriffe mit den Anfangsbuchstaben X-Z auffindbar sind. Anstelle bedruckter findet S nur leere Seiten vor. S ruft bei V an und verlangt sein Geld zurück. Zu Recht?

Lösung

Teilfrage a: Anspruch des V gegen S auf Zahlung des Kaufpreises

Ein Anspruch des V gegen S auf Zahlung des Kaufpreises könnte sich aus § 433 Abs. 2 BGB ergeben. Voraussetzung hierfür ist zunächst, dass zwischen V und S ein wirksamer Kaufvertrag zustande gekommen ist.

I. Kaufvertrag zwischen S und V

Ein Kaufvertrag (§ 433 BGB) kommt durch zwei übereinstimmende und wirksame Willenserklärungen, nämlich Angebot (§ 145 BGB) und Annahme (§ 147 BGB), zustande.

1. Wirksames Angebot des V durch Anruf bei S

„Angebot“ (in der Terminologie des BGB: „Antrag“, §§ 145 ff.²) nennt man die zeitlich erste der beiden jeweils an die Gegenseite gerichteten (und daher empfangsbedürftigen) Willenserklärungen im Rahmen einer Vertragsanbahnung. V hat S am Telefon gesagt, das Lexikon sei unabdingbar für seinen weiteren Studienerfolg, er müsse daher unbedingt sofort „zugreifen“.

a) Rechtsbindungswille

Fraglich ist, ob er dadurch ein Angebot auf Abschluss eines Kaufvertrages über das Lexikon abgegeben hat oder ob er durch seine Anpreisung lediglich den S im Sinne einer invitatio ad offerendum dazu veranlassen wollte, seinerseits die erste Willenserklärung abzugeben. Entscheidend ist dabei, ob S aus dem Blickwinkel eines objektiven (normalen) Empfängers unter Berücksichtigung der Lebenserfahrung annehmen durfte, dass V sich mit seinem an ihn gerichteten Vorschlag zum Erwerb des Lexikons bereits selbst binden wollte (Rechtsbindungswillen). Typische Fallkonstellationen, bei denen man von einer unverbindlichen invitatio ad offerendum ausgeht, sind die Warenauslage im Schaufenster oder Regal sowie die Werbeannonce. Der Grund hierfür liegt darin, dass der anbietende Verkäufer in diesen Fällen im Zeitpunkt, wo er die Ware darbietet, noch nicht weiß, welche und/oder wie viele Personen den dargebotenen Gegenstand erwerben wollen (Anonymität des angesprochenen Interessentenkreises). Würde der Verkäufer hier seine Ware bereits mit Rechtsbindungswillen anbieten, hätte er es nicht mehr in der Hand, mit wem der Vertrag zustande kommt bzw. wie viele Verträge zustande kommen. Diese Punkte sind aber für die Bonität des Vertragspartners bzw. für die eigene Fähigkeit des Verkäufers zur Erfüllung (bei begrenzter Stückzahl der lieferbaren

* *Günter Reiner* ist Professor für Bürgerliches Recht, Handels-, Gesellschafts-, Wirtschaftsrecht und Steuerrecht an der Helmut-Schmidt-Universität – Universität der Bundeswehr Hamburg (HSU HH) sowie Richter am Hanseatischen OLG in Hamburg. *Anja Krüger* ist Rechtsanwältin und wissenschaftliche Mitarbeiterin an der HSU HH.

¹http://iliascluster.unibw-hamburg.de/ilias3/goto_unibw_lm_22205.html (kostenlose Registrierung erforderlich).

² Allgemein nennt man den Antrag zum Abschluss eines Vertrags „Angebot“. Das BGB selbst jedoch verwendet den Begriff „Angebot“ für das Angebot zur Erfüllung i.S. der §§ 293 ff. BGB (Annahmeverzug), also für einen Realakt (§ 294 BGB) oder eine geschäftsähnliche Handlung (§ 295 BGB).

Ware) von Bedeutung und werden dem Verkäufer daher regelmäßig nicht gleichgültig sein. Der vorliegende Fall ist mit den vorgenannten Beispielen nicht vergleichbar, weil sich V den Kunden S durch den Anruf selbst auswählt hat und aus der Sicht eines objektiven Gesprächspartners am Telefon – nicht zuletzt angesichts des von V erzeugten Zeitdrucks – kein besonderes Bedürfnis des V ersichtlich war, sich durch eine bloße invitatio ad offerendum den Vertragsschluss nach einer verbindlichen Bestellung noch vorzubehalten.

b) Empfang der Erklärung

Eine empfangsbedürftige Willenserklärung wird wirksam, wenn derjenige, an den sie gerichtet ist, sie empfängt (vgl. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB). Die §§ 130-132 BGB regeln den Empfang von Willenserklärungen nur in der Fallgruppe des „Zugangs“. Dieser gilt nach dem Gesetzeswortlaut für Willenserklärungen gegenüber „Abwesenden“ und stellt geringere Anforderungen an den Empfang als die tatsächliche Wahrnehmung (oder – nach der eingeschränkten Vernehmungstheorie – zumindest den schutzwürdigen Anschein der tatsächlichen Wahrnehmung), die man – vom Gesetzgeber nicht geregelt, da als selbstverständlich vorausgesetzt – bei Willenserklärungen unter Nichtabwesenden, also „Anwesenden“ verlangt. Der innere Grund der gesetzlichen Differenzierung von Willenserklärungen gegenüber Abwesenden und Anwesenden beim Empfang (und bei der Annahmefrist, vgl. § 147 Abs. 1 und Abs. 2 BGB, hierzu unten 3.) besteht darin, dass Willenserklärungen gegenüber Abwesenden regelmäßig in einem Übertragungsmedium (z.B. Briefpapier, elektronisches Speichermedium) dauerhaft verkörpert sind, Willenserklärungen unter Anwesenden sich aber regelmäßig sofort verflüchtigen (z.B. Schallwellen; Gesten) und daher nur sofort oder gar nicht Wirkungen entfalten können.

Im vorliegenden Fall waren zwar V und S physisch nicht am gleichen Ort anwesend; dennoch handelt es sich hier gemäß der vorgenannten Ratio des Gesetzes entgegen dem natürlichen Verständnis des Begriffs nicht um eine Willenserklärung unter „Abwesenden“, weil auch telefonische Willenserklärungen regelmäßig nicht verkörpert sind (vgl. § 147 Abs. 1 S. 2 BGB), wenn sie nicht z.B. ausnahmsweise auf einem Anrufbeantworter aufgezeichnet werden. Dementsprechend bedurfte die Erklärung des V zum Empfang der tatsächlichen Wahrnehmung oder zumindest eines entsprechenden schutzwürdigen Anscheins bei V. Diese Voraussetzung ist hier erfüllt, S hat die Erklärung des V tatsächlich wahrgenommen.

Besondere Unwirksamkeitsgründe für die Willenserklärung des V (z.B. § 105 BGB) sind nicht erkennbar.

2. Wirksame Annahme des Angebots durch S

S hat durch seinen Bestellwunsch am Telefon die Annahme des Angebots erklärt. Er wollte sich durch die Bestellung rechtlich binden, und dies war für V auch erkennbar. V hat die Annahmeerklärung tatsächlich wahrgenommen und damit auch empfangen. Besondere Unwirksamkeitsgründe für die Willenserklärung des S sind ebenfalls nicht erkennbar.

3. Annahmefrist

Die Annahmefrist des § 147 Abs. 1 S. 2 i.V.m. S. 1 BGB („sofort“) ist gewahrt, weil die Annahme noch während des Telefonats erfolgte.

4. Unwirksamkeitsgründe bezüglich des gesamten Vertrags

Unwirksamkeitsgründe bezüglich des gesamten Vertrags (z.B. §§ 134, 138, 158 Abs. 1, 177 Abs. 1 BGB) kommen vorliegend nicht in Betracht.

Zwischenergebnis zu I.

Zwischen V und S ist ein Vertrag über den Kauf des Lexikons zum Preis von € 200,- zustande gekommen. Der Anspruch des V auf Zahlung des Kaufpreises aus § 433 Abs. 2 BGB ist damit zunächst entstanden. Nachfolgend ist zu prüfen, ob dieser Anspruch möglicherweise nachträglich wieder weggefallen (sog. rechtshindernde Einwendung) oder erloschen (sog. rechtsvernichtende Einwendung) ist.

II. Wirksamer Widerruf der Annahmeerklärung gem. §§ 312b, 312d Abs. 1 S.1, 355 Abs. 1 S.1 BGB

Die Willenserklärung des S (Annahmeerklärung) und damit der ganze Kaufvertrag könnten gem. § 355 Abs. 1 S.1 BGB durch Widerruf unwirksam geworden und damit – nach h.M. ex nunc³ – erloschen sein. Voraussetzung für einen wirksamen Widerruf nach § 355 BGB ist zunächst das Bestehen eines Widerrufsrechts.⁴

1. Widerrufsrecht nach § 312d BGB

Ein solches Widerrufsrecht könnte sich hier aus § 312d Abs. 1 BGB ergeben. Dazu müsste der Kaufvertrag einen Fernabsatzvertrag i.S.v. § 312b Abs. 1 BGB darstellen, was neben der besonderen Vertriebsform (vgl. Untertitel 2 vor § 312 BGB) voraussetzt, dass V als Unternehmer und S als Verbraucher tätig geworden sind.

³ So z.B. *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 68. Aufl. 2009, § 357 Rn. 2; *Masuch*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 357 BGB, Rn. 10; OLG Koblenz NJW 2006, 919 (921). A.A. *Reiner*, AcP 202 (2002), 1 (27), der den Widerruf funktionell näher bei der Anfechtung als beim Rücktritt sieht (siehe auch unten, Zwischenergebnis zu Teilfrage a., II.)

⁴ Hinweis: § 355 BGB begründet kein Widerrufsrecht, sondern setzt ein bestehendes Widerrufsrecht voraus, das auf § 355 BGB verweist. Für dieses Widerrufsrecht regelt § 355 die Voraussetzungen seiner Ausübung (und § 357 BGB die Rechtsfolgen).

a) S als Verbraucher

Nach § 13 BGB ist jede „natürliche Person“⁵ Verbraucher, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, „der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann“. Diese Voraussetzung ist beim Studenten S, der eine natürliche Person ist und das Lexikon zu den privaten Zwecken seines Studiums benötigt, unproblematisch erfüllt.

b) V als Unternehmer

V müsste Unternehmer sein. Unternehmer i.S.d. § 14 BGB ist jede Person, „die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt“. V handelte beim Abschluss des Kaufvertrages mit S als Versandhändler und damit unzweifelhaft als Unternehmer im Sinne dieser Definition.

c) Besondere Vertriebsform des § 312b BGB

Der geschlossene Kaufvertrag müsste ferner der besonderen Vertriebsform des § 312b Abs. 1 S. 1 BGB entsprechen und dürfte nicht von der Anwendbarkeit des Fernabsatzrechts nach § 312b Abs. 3 BGB ausgeschlossen sein.

Nach § 312b Abs. 1 S. 1 BGB ist ein Fernabsatzvertrag ein „Vertrag über die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen“, der „unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen“ wurde, es sei denn, der Vertragsschluss erfolgte „nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems“.

aa) Vertrag über Warenlieferung oder Dienstleistungserbringung

Gegenstand des Vertrages müsste „die Lieferung von Waren“ oder „die Erbringung von Dienstleistungen“ sein. „Waren“ in diesem Sinne sind alle beweglichen körperlichen Gegenstände (bewegliche Sachen) unter Einschluss von Gas, Wasser, elektrischem Strom, Fernwärme und Software.⁶ Als Sache (§ 90 BGB) ist das Lexikon demnach eine Ware, so dass ein Vertrag über eine Warenlieferung vorliegt.

bb) Verwendung von Fernkommunikationsmitteln

Es ist zu prüfen, ob der Vertrag „unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln“ abgeschlossen wurde. Der Begriff des Fernkommunikationsmittels ist in § 312b Abs. 2 BGB definiert. Danach sind Fernkommunikationsmittel solche „Kommunikationsmittel, die zur Anbahnung oder zum Abschluss eines Vertrages [...] ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien eingesetzt werden können, insbesondere Briefe, Kataloge, Tele-

fonanrufe, Telekopien, E-Mails sowie Rundfunk, Tele- und Mediendienste“. Der Vertrag wurde vorliegend ausschließlich durch das im Gesetz ausdrücklich genannte Mittel des „Telefonanrufs“ angebahnt und abgeschlossen. Somit wurde der Vertrag unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln geschlossen.

Zudem müsste V ein „für den Fernabsatz organisiertes Vertriebssystem“⁷ betreiben, damit die Ausnahme gemäß § 312b Abs. 1 S. 1 letzter Hs. BGB nicht greift. Ein solches Vertriebssystem liegt vor, wenn der Unternehmer „in personeller sowie sachlicher Ausstattung innerhalb seines Betriebes die Voraussetzungen organisatorisch geschaffen hat, die notwendig sind, um regelmäßig im Fernabsatz zu tätige Geschäfte zu bewältigen“, nicht dagegen, wenn der Unternehmer nur „ausnahmsweise eine telefonische Bestellung entgegennimmt und die Ware dem Kunden nicht in seinem Ladenlokal übergibt, sondern ausnahmsweise per Post versendet“.⁸ Bei einem „Versandhändler“, wie es V darstellt, ist nach der Lebenserfahrung von einer entsprechenden, auf Fernabsatz ausgerichteten Unternehmensstruktur auszugehen, denn kennzeichnend für den Versandhandel ist nicht nur die räumliche Distanz der Vertragspartner bei der Vertragserfüllung („Versand“), sondern auch schon beim Zustandekommen des Vertrags. Hinzu kommt, dass nach der Gesetzessystematik bei Verwendung von Fernkommunikationsmitteln im Zweifel davon auszugehen ist, dass der Unternehmer auch eine entsprechend eingerichtete Vertriebsstruktur unterhält.⁹ Die Ausnahme des § 312b Abs. 1 S. 1 HS 2 BGB liegt daher nicht vor.

cc) Kein Ausschluss des Fernabsatzrechts nach § 312b Abs. 3 BGB

Es liegt hier kein die Anwendbarkeit der Vorschriften über Fernabsatzverträge ausschließender Fall des § 312b Abs. 3 Nr. 1-7 BGB vor.

Zwischenergebnis zu c.: Die Voraussetzungen eines „Fernabsatzvertrages“ gem. § 312d Abs. 1 S. 1 BGB sind somit erfüllt.

d) Kein gesetzlicher Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 312d Abs. 4 BGB

Gründe für einen Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 312d Abs. 4 BGB liegen nicht vor.

⁵ Nach der Rechtsprechung des BGH (BGHZ 149, 80, noch zum Verbraucherbegriff des § 1 Abs. 1 VerbrKrG) sind auch BGB-Gesellschaften (§§ 705 ff. BGB) „Verbraucher“, wenn sie zu den in § 13 BGB genannten Zwecken tätig sind, obwohl die Personengemeinschaft als solche keine natürliche Person ist.

⁶ Grüneberg (Fn.3), § 312b, Rn. 10.

⁷ Das (alternative) Tatbestandsmerkmal „Dienstleistungssystem“ bezieht sich auf „Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen“ und kommt hier nicht in Betracht.

⁸ Begr. RegE zum Gesetz „über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro“, BT-Drucks. 14/2658, S. 30, zu § 1 Abs. 1 FernAbsG (Vorläuferregelung zu § 312b BGB).

⁹ Siehe Begr. RegE (Fn. 8), S. 31: Der Unternehmer habe „nachzuweisen“, „dass er kein für den Fernabsatz eingerichtetes Vertriebssystem“ verwende, „sondern den konkreten Vertrag nur ausnahmsweise mit solchen Mitteln abgeschlossen“ habe.

2. Widerrufserklärung des S

a) Inhalt der Erklärung des S

Die Widerrufserklärung (§ 355 Abs. 1 BGB) ist eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Sie muss hinreichend deutlich zum Ausdruck bringen, dass vom Vertrag Abstand genommen werden soll. Der Begriff „Widerruf“ muss dabei nicht verwendet werden.¹⁰ Ebenso wenig ist eine Begründung erforderlich (§ 355 Abs. 1 S. 2 BGB). S hat V laut Sachverhalt ausdrücklich mitgeteilt, dass er seinen Kauf bereut und das Lexikon nicht behalten will. Anhaltspunkte dafür, dass S sonstige Gestaltungsrechte mit ähnlicher Wirkung zustehen könnten (z.B. Anfechtungsrecht, Rücktrittsrecht) liegen nicht vor, so dass sich der Wunsch des S nur als Widerruf i.S.d. § 355 Abs. 1 BGB deuten lässt.¹¹

b) Empfang

Laut Sachverhalt „teilt“ S dem V schriftlich „mit“, dass er das Lexikon nicht mehr behalten möchte. Darüber, auf welchem Wege diese Mitteilung erfolgte, macht der Sachverhalt keine Angaben. Demnach ist ohne weiteres davon auszugehen, dass V sie auch empfangen hat.

c) Formerfordernisse

Nach § 355 Abs. 1 S. 2 BGB ist der Widerruf in Textform zu erklären. Die Textform ist in § 126b BGB definiert. Danach muss die Willenserklärung „in einer Urkunde oder auf andere zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeignete Weise abgegeben, die Person des Erklärenden genannt und der Abschluss der Erklärung durch Nachbildung der Namensunterschrift oder anders erkennbar gemacht werden“.

Diesen Anforderungen genügt die schriftliche Mitteilung des S, weil sie den Inhalt der Erklärung dauerhaft auf Papier verkörpert. Im Gegensatz zur Schriftform des § 126 BGB kommt es nicht darauf an, ob S seine Erklärung auch eigenhändig unterschrieben hat.

S hat somit alle Voraussetzungen einer wirksamen Widerrufserklärung eingehalten.

3. Widerrufsfrist, §§ 312d Abs. 2, 355 Abs. 1 S. 2 BGB

Der Widerruf müsste zudem fristgerecht erklärt worden sein.

Die Widerrufsfrist beträgt gemäß § 355 Abs. 1 S. 2 BGB zwei Wochen. Vorliegend hat S seinen Widerruf erst drei Wochen nach Erhalt des Lexikons erklärt. Ob dies noch fristgerecht war, hängt davon ab, wann die Widerrufsfrist zu laufen begonnen hat.

Der Beginn der Widerrufsfrist ist zwar allgemein in § 355 Abs. 2 BGB geregelt; für Fernabsatzverträge enthält aber § 312d Abs. 2 BGB eine speziellere und daher vorrangige

Regelung. Danach ist der Beginn an drei kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen geknüpft (nachfolgend a) - c.))

a) Die Ware muss beim Empfänger eingegangen sein. Dies ist hier gegeben.

b) Es müssen die Informationspflichten nach § 312c Abs. 2 BGB erfüllt worden sein. Danach hat der Verkäufer dem Verbraucher „die Vertragsbestimmungen einschließlich der AGB“ sowie die in der BGB-Informationspflichten-Verordnung (BGB-InfoV) genannten Informationen in Textform mitzuteilen. Mit Letzteren sind die Informationen gem. § 1 Abs. 4 BGB-InfoV gemeint, die u.a. die Informationen nach § 1 Abs. 1 BGB-InfoV (Identität und ladungsfähige Anschrift des Unternehmers, wesentliche Merkmale der Ware oder Dienstleistung, Gesamtpreis der Ware oder Dienstleistung, gegebenenfalls zusätzlich anfallende Liefer- und Versandkosten etc.) in sich einschließen.¹² Ob V hier seine vorgenannten Informationspflichten bereits vollständig erfüllt hat, geht aus dem Sachverhalt nicht hervor; der vollständige Inhalt der Dokumente (Rechnung, Lieferschein), die der Lieferung beigelegt waren, bleibt im Dunkeln.

Diese Frage kann aber offen bleiben, wenn jedenfalls die dritte Voraussetzung für den Lauf der Widerrufsfrist nicht erfüllt ist.¹³

c) Als dritte Voraussetzung für den Beginn der Widerrufsfrist muss die Widerrufsbelehrung gem. § 355 Abs. 2 BGB in Textform erteilt worden sein. Der auf dem Lieferschein enthaltene indirekte Hinweis auf das gesetzliche Widerrufsrecht („§ 312d BGB findet ... keine Anwendung“) genügt zwar der Textform (§ 126b BGB), stellt aber inhaltlich keine Widerrufsbelehrung dar.¹⁴ Er informiert den S nicht darüber, dass ihm ein Widerrufsrecht zusteht, sondern behauptet im Gegenteil, die Vorschrift des § 312d BGB finde auf den vorliegenden Vertrag keine Anwendung. Damit wird der Kunde sogar davon abgehalten, sein Widerrufsrecht auszuüben.

¹² Gemäß Art. 9 des Regierungsentwurfs eines „Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht“ (BT-Drs. 16/11643, S. 65 (elektronische Vorabfassung) soll § 1 BGB-InfoV aufgehoben werden. Die Informationspflichten für Fernabsatzverträge sollen stattdessen in Art. 246 §§ 1 und 2 EGBGB geregelt werden.

¹³ Allgemeiner Hinweis zum Klausuraufbau: Sollte sich einmal herausstellen, dass der Sachverhalt in einem entscheidungsrelevanten Punkt unvollständig ist und sich auch nicht aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung vervollständigen lässt, müssen die möglichen Fallkonstellationen alternativ begutachtet werden. Die Aufgabensteller bemühen sich in der Regel, diese Konstellation zu vermeiden.

¹⁴ Zu den inhaltlichen Anforderungen siehe die Musterbelehrung gemäß der Anlage 2 zu § 14 BGB-InfoV, seit dem 1.4.2008 i.d.F. der Dritten Verordnung zur Änderung der BGB-InfoV vom 4.3.2008 (BGBl I 2008, S. 292). Zu den Mängeln der alten Fassung(en) der Musterbelehrung nach der BGB-InfoV siehe z.B. *Grüneberg* (Fn.3), BGB-InfoV, Rn. 5 f., m.w.N.

¹⁰ BGH NJW 1993, 128 (129), unter I. 2. b.; BGH NJW 1996, 1964 (1965).

¹¹ Es ist deshalb nicht nötig, auf die Frage einzugehen, ob ein Widerruf gegebenenfalls entsprechend der Theorie von den Doppelwirkungen gleichzeitig als Anfechtung oder Rücktritt gedeutet werden kann (bejahend *Masuch* (Fn.3), § 355, Rn. 26 f.).

Da V keine Widerrufsbelehrung erteilt hat, begann die Widerrufsfrist¹⁵ nicht zu laufen, egal ob V seine sonstigen Informationspflichten nun erfüllt hat oder nicht.¹⁶

Der Widerruf des S erfolgte daher auch drei Wochen nach Erhalt des Lexikons noch fristgerecht.

4. Kein vertraglicher Ausschluss des Widerrufsrechts

Fraglich ist, ob V durch die Klausel „Die Vorschrift des § 312 d BGB findet auf den vorliegenden Vertrag keine Anwendung“ auf dem Lieferschein das Widerrufsrecht des S wirksam ausschließen konnte.

Dazu müsste die Klausel Vertragsbestandteil geworden sein. Weil V sie dem S erst nach Vertragsschluss präsentiert hat, ist sie von der Annahmeerklärung des S am Telefon nicht gedeckt und hätte nur im Rahmen einer nachträglichen Vertragsänderung Inhalt des Vertrages werden können. Dazu hätte es gemäß dem Konsensprinzip der Zustimmung des S bedurft. Der Sachverhalt sagt nichts darüber, dass S sich mit der Klausel ausdrücklich einverstanden erklärt hätte. Von einer konkludenten Einwilligung ist nach der Lebenserfahrung unter Berücksichtigung der Interessenlage ebenfalls nicht auszugehen. Daher handelt es sich nicht um eine Vertragsklausel; schon deshalb konnte der von V gewünschte Ausschluss des Widerrufsrechts keine Wirkung entfalten.

Selbst wenn diese Klausel aber Vertragsbestandteil geworden wäre, wäre sie jedenfalls nach § 312f S. 1 BGB unwirksam.¹⁷ Sie wäre nämlich eine „Vereinbarung“ (siehe amtliche Überschrift des § 312f BGB) zum „Nachteil des Verbrauchers“, weil sie das Widerrufsrecht des S ausschließen würde.¹⁸

V hat das Widerrufsrecht des S folglich nicht wirksam ausgeschlossen.

¹⁵ Bearbeitungshinweis (Hilfsargument zur Verlängerung der Widerrufsfrist): Bearbeiter/innen, die dennoch (zu Unrecht) von einer ausreichenden Widerrufsbelehrung ausgehen, sollten konsequenterweise zumindest bemerken, dass sich die Widerrufsfrist nach § 355 Abs. 2 S. 2 BGB dann auf einen Monat verlängert hat, weil V seine „Belehrung“ erst nach Vertragsschluss mitgeteilt hat.

¹⁶ Solange die Widerrufsbelehrung oder die Erfüllung der Informationspflichten noch aussteht, besteht ein zeitlich unbegrenztes („ewiges“) Widerrufsrecht, welches als Gestaltungsrecht zudem nicht der Verjährung unterliegt (§ 355 Abs. 3 S. 3 BGB). Zur Frage, ob das Verbraucherschützende Widerrufsrecht verwirken kann (§ 242 BGB), siehe *Reiner/Wolter*, WuB IV D. Art 5 RL 85/577/EWG 2.08 zu EuGH, WM 2008, 869 (Hamilton).

¹⁷ Hinweis: Die §§ 312 ff. BGB sind sog. halbzwingende Normen, weil sie nicht zu Lasten des Verbrauchers, wohl aber zu seinen Gunsten abdingbar sind.

¹⁸ Bearbeitungshinweis: Der Einwand des fehlenden Konsens (Vereinbarung) bezüglich der Klausel ist dem Einwand der fehlenden Abdingbarkeit logisch vorrangig, denn eine Abbedingung (oder „Abweichung“, § 312f S. 1 BGB) setzt einen entsprechenden Konsens der Vertragsparteien voraus.

Zwischenergebnis zu II.

S hat seine Angebotserklärung wirksam widerrufen, ist also nicht mehr daran gebunden.

Nach herrschender Meinung¹⁹ wandelt sich der Vertrag beim Widerruf einer Willenserklärung ähnlich wie beim Rücktritt in ein vertragliches Rückabwicklungsverhältnis um (vgl. § 357 BGB), erlischt aber nicht. Als Folge hieraus entfallen die primären Vertragspflichten, also auch die Pflicht des S nach § 433 Abs. 2 BGB, den Kaufpreis zu entrichten. Zu dem gleichen Ergebnis gelangt die Gegenauffassung, die dem Widerruf eine anfechtungsähnliche, den Vertrag vernichtende Wirkung bescheinigt.²⁰

Ergebnis zu Teilfrage a)

V hat gegen S keinen Anspruch auf Zahlung von € 200,- aus § 433 Abs. 2 BGB.

Teilfrage b): Anspruch des S gegen V auf Erstattung der Portokosten

S könnte gegen V einen Anspruch auf Zahlung von € 6,70 aus § 357 Abs. 2 S. 2 BGB besitzen. Dies setzt voraus, dass zwischen S und V infolge eines wirksamen Widerrufs gemäß § 355 BGB ein auf die Rückabwicklung eines Vertrags gerichtetes Schuldverhältnis (vertraglicher oder gesetzlicher Natur, s.o. Zwischenergebnis zu II.) entstanden ist.

I. Kaufvertrag zwischen S und V, §§ 433 ff. BGB

Wie oben (Teilfrage a, unter I.) bereits geprüft, ist zwischen S und V zunächst ein Kaufvertrag zustande gekommen.²¹

II. Wirksamer Widerruf der Annahmeerklärung des S gem. §§ 312d Abs. 1 S. 1, 355 Abs. 1 S. 1, 126b BGB

1. Widerrufsrecht

Wie oben (Teilfrage a, unter II.1.) ferner dargelegt, besitzt S ein Widerrufsrecht nach § 312d Abs. 1 S. 1 BGB.²²

2. Widerrufserklärung

Seinen Widerruf hat S hier – abweichend vom Ausgangsfall – nicht ausdrücklich, sondern konkludent durch Rücksendung des Lexikons erklärt. Dies ist gemäß § 355 Abs. 1 S. 2 HS 1 Fall 2 BGB zulässig.

¹⁹ *Grüneberg* (Fn. 3), § 355 BGB, Rn. 5; *Masuch* (Fn. 3), § 355, Rn. 32

²⁰ Grundlegend *Reiner*, AcP 202 (2002), 1 (26 ff.)

²¹ Bearbeitungshinweis: Sture Wiederholungen sollten in der Fallbearbeitung durch sinnvolle und aussagekräftige Verweisungen vermieden werden.

²² Bearbeitungshinweis: Das Rückgaberecht nach § 312d Abs. 1 S. 2, § 356 BGB ist hier nicht einschlägig, weil es nicht per se besteht, sondern dem Verbraucher ausdrücklich anstelle des Widerrufsrechtes eingeräumt werden muss.

3. Widerrufsfrist, § 312d Abs. 2, 355 Abs. 1 S. 2 BGB

Der Widerruf wurde wie im Ausgangsfall fristgemäß erklärt (siehe oben Teilfrage a, unter II. 3.).

4. Kein Ausschluss des Widerrufsrechts

Wie im Ausgangsfall (Teilfrage a, unter II.-1.d. und II.4.) liegt auch hier weder ein gesetzlicher noch ein vertraglicher Ausschluss des Widerrufsrechts vor.

S hat daher seine Angebotserklärung wirksam widerrufen mit der Folge, dass ein Rückabwicklungsverhältnis entstanden ist.

III. Gesetzliche Pflicht des V zur Übernahme der Kosten der Rücksendung

Gemäß § 357 Abs. 2 S. 2 BGB trägt grundsätzlich der Unternehmer die Kosten der Rücksendung. Aus dieser Regelung lässt sich ein Anspruch des Verbrauchers gegen den Unternehmer auf Ersatz bereits verauslagter Rücksendekosten ableiten.²³ Demnach hätte S hier gegen V einen Anspruch auf Erstattung der Portokosten, falls die Parteien hier nicht wirksam etwas anderes vereinbart haben.

IV. Wirksames Abbedingen des § 357 Abs. 2 S. 2 BGB durch Hinweis auf dem Lieferschein?

Die gesetzliche Kostentragungspflicht könnte durch den Hinweis auf dem Lieferschein „Die Kosten einer etwaigen Rücksendung werden nicht erstattet“ wirksam abbedungen worden sein mit der Folge, dass S die Kosten doch selbst zu tragen hätte.

1. Abdingbarkeit²⁴

Die Kostentragungspflicht des Unternehmers ist in den Grenzen des § 357 Abs. 2 S. 3 BGB abdingbar. Dem steht § 312f BGB²⁵ nicht entgegen, weil sich diese Vorschrift nur auf die Regelungen der §§ 312 – 312e BGB bezieht. („Von den Vorschriften dieses Untertitels“ [...]). Die Kosten der Rücksendung werden aber nicht dort, sondern in § 357 Abs. 2 BGB geregelt.

Gemäß § 357 Abs. 2 S. 3 BGB dürfen dem Verbraucher bei Fernabsatzverträgen die regelmäßigen Kosten der Rücksendung unter bestimmten Voraussetzungen „vertraglich auferlegt“ werden. Diese Voraussetzungen liegen hier vor: Der Preis des zurückzusendenden Lexikons (200,- €) übersteigt zwar den Betrag von 40,- €, S hat das Lexikon zum

²³ Masuch (Fn. 3), § 357, Rn. 17.

²⁴ Grundsätzlich (d.h. mangels gegenteiliger Anhaltspunkte) sind alle Vorschriften, die die gegenseitigen Pflichten der Vertragsparteien regeln, dispositiv, d.h. abdingbar (Grundsatz der Privatautonomie). In einigen Fällen ist jedoch die Abdingbarkeit einer gesetzlichen Vorschrift ausgeschlossen. Dies betrifft insbesondere Fälle, bei denen eine Partei, deren Interesse die betreffende Vorschrift dient, aus Sicht des Gesetzgebers besonders schutzwürdig ist. Ob eine Vorschrift zwingenden oder dispositiven Charakter hat, ist durch Auslegung zu ermitteln.

²⁵ Hierzu oben bei Teilfrage a., II.4.

Zeitpunkt des Widerrufs aber noch nicht bezahlt („wenn [...] Verbraucher die Gegenleistung oder eine Teilzahlung [...] noch nicht erbracht hat“). Somit war § 357 Abs. 2 S. 2 BGB hier grundsätzlich abdingbar.

2. Abbedingen durch den Hinweis auf dem Lieferschein?

Um die gesetzliche Kostentragungsregel des § 357 Abs. 2 S. 2 BGB wirksam auszuschließen, müsste die Klausel auf dem Lieferschein zu den Kosten der Rücksendung Vertragsbestandteil geworden sein; eine einseitige Auferlegung der Kosten reicht nicht aus, wie sich aus dem Merkmal „vertraglich auferlegt“ in § 357 Abs. 2 S. 3 BGB ergibt.

Der Inhalt des Lieferscheins ist aber, wie schon in Zusammenhang mit dem Ausschluss des Widerrufsrechts gesehen (oben Teilfrage a, unter II.4.) nicht vom Konsens des S gedeckt. Insofern kann auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

Auch die Klausel zu den Kosten der Rücksendung ist daher keine vertragliche Vereinbarung und vermag keine Rechtswirkung zu entfalten. Es bleibt bei der gesetzlichen Kostentragungspflicht des V gem. § 357 Abs. 2 S. 2 BGB.

Ergebnis zu Teilfrage b.

S hat gegen V einen Anspruch auf Zahlung von € 6,70 aus § 357 Abs. 2 S. 2 BGB.

Teilfrage c) (Abwandlung): Anspruch des S gegen V auf (Rück-)Zahlung von € 200,-**I. Anspruch nach §§ 357 Abs. 1 S. 1, 346 Abs. 1 Fall 1, 355 Abs. 1, 312d BGB**

Der Rückzahlungsanspruch könnte sich aus §§ 357 Abs. 1 S. 1, 346 Abs. 1 Fall 1 BGB ergeben, falls S durch sein Rückzahlungsverlangen wirksam seine auf den Vertragsschluss gerichtete Erklärung widerrufen hat.

1. Vertragsschluss

V und S haben einen Vertrag über den Kauf des Lexikons geschlossen. Die für die Beurteilung dieser Frage maßgebenden Parameter haben sich in der Abwandlung nicht geändert. Insoweit kann daher auf die entsprechenden Ausführungen zu Teilfrage a, I. verwiesen werden.

2. Widerrufsrecht nach § 312d Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 355 BGB

Wie im Ausgangsfall kommt hier wegen der Fernabsatzsituation ein Widerrufsrecht nach § 312d Abs. 1 S. 1 BGB in Betracht.

Widerrufsberechtigt nach § 312d BGB sind nur „Verbraucher“. Verbraucher im Sinne des § 13 BGB wäre S, wenn er den Kauf des Lexikons weder zum Zwecke seiner „gewerblichen“ noch „selbständigen beruflichen Tätigkeit“ getätigt hätte. In der vorliegenden Abwandlung des Falles wird S aber als „Betreiber einer florierenden Auskunftei“ beschrieben und kauft das Lexikon zum Zwecke der Kundenberatung. Er ist somit in Bezug auf den Kauf des Lexikons gewerblich tätig und kein Verbraucher. Daher besitzt S kein Widerrufsrecht nach § 312d Abs. 1 S. 1 BGB.

Ein Anspruch des S aus den §§ 357 Abs. 1 S. 1, 346 Abs. 1 Fall 1 BGB auf Rückzahlung der 200,- € scheidet schon deshalb aus.²⁶

²⁶ Allgemeiner Hinweis zur Fallbearbeitung: Wenn einmal in einem ähnlich gelagerten Fall, in dem es um die Rückabwicklung eines Vertrages geht, die Voraussetzungen eines Widerrufsrechts und eines Rücktrittsrechts (hierzu unten II.) gleichzeitig vorliegen und nicht klar ist, ob die Erklärung der berechtigten Vertragspartei als Widerruf oder Rücktritt zu deuten ist, ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Partei denjenigen Rechtsbehelf (vorrangig) geltend machen wollte, der für sie günstiger ist. Schon wegen § 357 Abs. 3 S. 1 BGB, wonach der widerrufende Verbraucher u.U. abweichend vom Rücktrittsrecht für den Wertverlust als Folge einer bestimmungsgemäßen Ingebrauchnahme haften kann, ist dies nicht zwingend das Widerrufsrecht (Allerdings wird behauptet, § 357 Abs. 3 BGB verstoße gegen Art. 6 Abs. 2 der Fernabsatzrichtlinie 1997/7/EG v. 20.5.1997, ABl EG L 144, S. 19; so z.B. *Masuch* (Fn. 3), § 357, Rn. 5 f.; a.A. *Grüneberg* (Fn. 3), § 357, Rn. 14). Zudem ist auch das Rücktrittsrecht zum Teil von verbraucherschützenden Vorschriften geprägt (siehe jüngst BGH NJW 2009, 427, zur richtlinienkonformen Auslegung des § 439 Abs. 4 BGB). Die Suche nach dem günstigeren Rechtsbehelf kann dazu führen, dass

II. Anspruch aus §§ 346 Abs. 1, 349 BGB

Ein Anspruch des S gegen V auf Rückzahlung des Kaufpreises könnte sich aus den §§ 349, 346 Abs. 1, 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 und Abs. 2, 440 S. 1, 434 Abs. 1 2 Nr. 2, 433 Abs. 1 S. 2 BGB ergeben, falls S wirksam von seinem Kaufvertrag mit V über den Kauf des Lexikons (hierzu oben I.1.) zurückgetreten ist. Dies setzt voraus, dass S ein entsprechendes Rücktrittsrecht Zustand (unten 1. und 2.) und dass er den Rücktritt erklärt hat.

1. Rücktrittsrecht aus §§ 437 Nr. 2, 326 Abs. 5 BGB²⁷

Ein Rücktrittsrecht könnte sich aus den §§ 437 Nr. 2 Fall 1, 326 Abs. 5 BGB ergeben. Dies setzt voraus, dass die Kaufsache mangelhaft und eine Nacherfüllung unmöglich ist.²⁸

a) Mangel i.S.d. § 437 BGB

§ 437 BGB setzt einen Sachmangel i.S. des § 434 BGB voraus. Was unter einem Sachmangel zu verstehen ist, wird in § 434 BGB definiert. Kurz gefasst ist es die Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit.

*aa) Soll-Beschaffenheit**(1) § 434 Abs. 1 S. 1 BGB*

Es könnte eine vertragliche Beschaffenheitsvorgabe („Soll-Beschaffenheit“) i.S. des § 434 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegen. Dazu müsste die Beschaffenheit des Lexikons in Bezug auf das hier möglicherweise mangelhafte Merkmal vereinbart worden sein. Eine ausdrückliche oder (vorbehaltlich des

im Gutachtenaufbau die Prüfung der beiden Rechtsbehelfe ausnahmsweise miteinander verschachtelt werden muss.

²⁷ Bearbeitungshinweis (Vorüberlegung zum Aufbau): § 437 Nr. 2 BGB verweist sowohl auf § 323 BGB (ergänzt durch § 440 BGB) als auch auf § 326 Abs. 5 BGB. Beide Vorschriften gewähren ein Recht zum Rücktritt vom Vertrag bei Leistungsstörungen auf der Gegenseite. § 326 Abs. 5 BGB ist gegenüber § 323 BGB die speziellere Norm und sollte daher im Gutachten zuerst geprüft werden, sofern ernsthaft in Betracht kommt, dass seine Voraussetzungen erfüllt sind. Im Kontext des § 437 Nr. 2 BGB (Lieferung einer mangelhaften Sache) setzt § 326 Abs. 5 BGB voraus, dass die Nacherfüllung unmöglich i.S. des § 275 Abs. 1 bis 3 BGB ist. Im vorliegenden Fall ist die Frage, ob möglicherweise die gesamte Buchaufgabe denselben Mangel aufweist, so dass eine mangelfreie Nachlieferung nicht möglich ist, zumindest eine kurze Überlegung wert. Von daher ist es konsequent, § 326 Abs. 5 BGB einen eigenen Prüfungsabschnitt zu widmen.

²⁸ Dass der Kaufvertrag ein „gegenseitiger Vertrag“ i.S.d. §§ 323 ff. BGB ist, weil er beiderseitige Vertragspflichten schafft, die zueinander in einem Abhängigkeitsverhältnis (Synallagma) stehen, braucht nicht gesondert erwähnt zu werden. Die Verweisung in § 437 Nr. 2 BGB auf § 323 BGB und § 326 BGB zeigt bereits, dass der Gesetzgeber selbst davon ausging, dass Verträge nach § 433 BGB die Voraussetzungen eines gegenseitigen Vertrags erfüllen.

§ 434 Abs. 1 S. 2 BGB) konkludente²⁹ Vereinbarung darüber, dass das Buch auch zu den Anfangsbuchstaben X-Z Stichworte enthalten soll, wurde nicht getroffen, so dass kein Mangel nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegt.

(2) § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB

Es könnte bezüglich der fehlenden Seiten ferner eine Beschaffenheitsvorgabe nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB vorliegen. Dann müssten sich die Parteien während der Vertragsverhandlungen oder im Vertrag selbst in einer Weise zur Verwendung des Lexikons („nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung“) erklärt haben, die Rückschlüsse auf die Auswahl der Stichwörter zulässt. Im Gegensatz zum Ausgangsfall, wo die Aussage, das Lexikon sei „unabdingbar“ für den „Studienerfolg“, Gegenstand der Vertragsverhandlungen war, enthält der Sachverhalt der Abwandlung keine Anhaltspunkte dafür, dass die Parteien sich während der Vertragsverhandlungen oder im Vertrag selbst zu einem bestimmten Vertragszweck erklärt hätten. Daher scheidet eine Beschaffenheitsvereinbarung i.S. des § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB aus.

(3) § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB

Schließlich könnte sich eine Beschaffenheitsvorgabe nach § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 BGB aus der gewöhnlichen Verwendung oder der üblichen Beschaffenheit von Lexika ableiten lassen. Ein Lexikon soll gewöhnlich dem Nachschlagen von Begriffen mit den Anfangsbuchstaben von A-Z dienen. Dies ist die hier maßgebliche Soll-Beschaffenheit.

bb) Ist-Beschaffenheit

Das Lexikon dient nur dem Nachschlagen von Begriffen mit den Anfangsbuchstaben A-W, nicht aber von X-Z.

cc) Abweichung der Ist- von der Soll-Beschaffenheit

Damit weicht die Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit ab. Ein Sachmangel ist gegeben.

b) Sachmangel bei Gefahrübergang?

Der Sachmangel müsste gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs („bei Gefahrübergang“) bestanden haben. Der Gefahrübergang (Übergang der sog. Sachgefahr) ist in § 446 BGB und speziell für den „Versendungskauf“ (siehe amtliche Überschrift der Vorschrift) in § 447 BGB geregelt. § 447 BGB ist allerdings über den hier nicht einschlägigen Ausschluss für Verbrauchsgüterkäufe (§ 474 Abs. 2 BGB) hinaus auch sonst nicht auf alle Versendungskäufe anwendbar, sondern nur auf solche, bei denen der

Verkäufer (auf Verlangen des Käufers) die verkaufte Sache an einen anderen Ort als den Erfüllungsort (§ 269 BGB) versendet. Ob § 447 BGB vorliegend anwendbar ist, hängt also davon ab, ob der Erfüllungsort bei S oder bei V liegt. Im Zweifel liegt der Erfüllungsort gemäß § 269 Abs. 1 und Abs. 2 BGB am Wohnsitz bzw. Ort der gewerblichen Niederlassung des Schuldners. Das wäre hier bei V, so dass § 447 BGB dann anwendbar wäre. Allerdings ist streitig, ob man beim Versandhandelskauf nicht regelmäßig entsprechend der „Natur des Schuldverhältnisses“ (§ 269 Abs. 1 BGB) und vorbehaltlich besonderer Vereinbarung von einer Bringschuld ausgehen muss.³⁰ Eine Stellungnahme zu diesem Streit ist vorliegend aber entbehrlich, weil die Buchstaben wohl kaum erst während des Transports durch die Post aus den betroffenen Seiten verschwunden sein können. Demnach bestand der Sachmangel in jedem Fall bereits bei Gefahrübergang, egal ob man hierzu auf den Zeitpunkt der Übergabe des Buchs an die Post (§ 447 BGB) oder auf der Zeitpunkt der Übergabe von der Post an S (§ 446 BGB) abstellt.

c) Unmöglichkeit der Nacherfüllung

Schließlich setzt ein Rücktrittsrecht nach § 326 Abs. 5 BGB voraus, dass der Schuldner nach § 275 Abs. 1 bis 3 BGB wegen Unmöglichkeit nicht zu leisten braucht. Übertragen auf den Kontext der mangelhaften Lieferung (§ 437 Nr. 2 BGB) bedeutet dies, dass eine mangelfreie Erfüllung im Wege der Nacherfüllung – entweder durch Reparatur („Beseitigung des Mangels“) oder durch „Lieferung einer mangelfreien Sache“ (§ 439 Abs. 1 BGB) – unmöglich sein muss.

Vorliegend dürfte jedenfalls die Reparatur des Mangels durch ein nachträgliches Bedrucken der Seiten, wenn nicht technisch (§ 275 Abs. 1 BGB), so doch zumindest wegen des dafür erforderlichen unverhältnismäßigen Aufwands seitens des V praktisch unmöglich (§ 275 Abs. 2 BGB³¹) sein. Ob auch die Lieferung einer mangelfreien Sache unmöglich ist, hängt davon ab, ob es sich bei dem S gelieferten Exemplar lediglich um einen Fehldruck handelt oder ob die ganze Auflage mangelhaft ist, etwa weil bereits bei der Konzeption des Lexikons die Buchstaben X-Z vergessen wurden.³² Die weißen Seiten sprechen dafür, dass die Ursache des Mangels nicht in der Konzeption, sondern in der Drucklegung zu finden ist. Dazu, ob aber die gesamte Drucklegung misslungen ist oder ob es sich bei dem Exemplar des S um einen „Ausreißer“ handelt, sagt der Sachverhalt nichts. Nach der Lebenserfahrung sind komplette Fehldrucke viel seltener als einzelne Ausreißer, so dass man auch hier von einem Ausrei-

²⁹ Die Unterscheidung zwischen S. 1 und S. 2 in § 434 Abs. 1 BGB ist rechtssystematisch insoweit misslungen, als man die Beschaffenheitskriterien nach S. 2 ohne weiteres als Indizien für eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung deuten würde (§§ 133, 157 BGB), wenn der einleitende Halbsatz zu S. 2 nicht ausdrücklich voraussetzen würde, dass die Beschaffenheit „nicht [also auch nicht konkludent] vereinbart ist“.

³⁰ So z.B. LG Schwerin NJW-RR 2000, 868.

³¹ § 439 Abs. 3 S. 1 BGB („unbeschadet des § 275 Abs. 2 und 3“) stellt klar, dass die allgemeinen schuldrechtlichen Vorschriften insoweit auch auf den Nacherfüllungsanspruch anwendbar bleiben.

³² Einen Nachdruck wird S von V nicht verlangen können, weil V als (vermutlich normaler) Versandhändler im Unterschied zum Lieferanten nach § 651 BGB lediglich eine Beschaffungs-, aber keine Herstellungspflicht trifft.

ber ausgehen darf.³³ Demnach ist die Lieferung eines mangelfreien Lexikons noch möglich, so dass die Anwendung des § 326 Abs. 5 BGB ausscheidet.

2. *Rücktrittsrecht aus §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 und 2, 440 S. 1, 434 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 433 Abs. 1 S. 2 BGB*

Ein Rücktrittsrecht des S könnte sich ferner aus den §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1 und Abs. 2, 440 S. 1, 434 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 433 Abs. 1 S. 2 BGB ergeben. Dies setzt voraus, dass das Lexikon mangelhaft ist und eine V von S gesetzte angemessene Frist zu Nacherfüllung erfolglos verstrichen ist oder dass die (mit einer Frist verbundene) Aufforderung zur Nacherfüllung ausnahmsweise nach den §§ 323 Abs. 2 oder 440 S. 1 BGB entbehrlich ist.

a) *Mangel i.S.d. § 437 BGB*

Die Mangelhaftigkeit des Lexikons wurde bereits oben unter 1. dargelegt.

b) *Erfolgleses Setzen einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung, §§ 437 Nr. 2, 323 Abs. 1, 439 BGB*

Weitere Voraussetzung eines Rücktritts wegen Sachmangels nach § 437 Nr. 2, § 323 Abs. 1 BGB ist grundsätzlich, dass der Gläubiger dem Schuldner zuvor erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung (§ 439 BGB) gesetzt hat. Dadurch soll der Schuldner die Chance erhalten, doch noch ordnungsgemäß zu erfüllen (sog. Recht des Gläubigers „zur zweiten Andienung“).

aa) *Fristsetzung zur Nacherfüllung seitens des S gegenüber V?*

Aus dem Sachverhalt geht nicht hervor, dass S dem V eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt hätte.

bb) *Entbehrlichkeit des Nacherfüllungsverlangens mit Fristsetzung?*

(1) *§§ 323 Abs. 2, 440 BGB*

Anhaltspunkte dafür, dass „die Fristsetzung“ nach § 323 Abs. 2 Nr. 1 und 2 oder nach 440 BGB entbehrlich sein könnte, sind im Sachverhalt ebenfalls nicht erkennbar.

Aus dem Sachverhalt ergibt sich nicht, dass V die Nacherfüllung („Leistung“) bereits von sich aus ernsthaft und endgültig i.S. des § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB verweigert hätte, ohne von S überhaupt zur Nacherfüllung aufgefordert worden zu sein.

V hat zudem keinen „im Vertrag bestimmten Termin“ und keine dort „bestimmte Frist“ für die ordnungsgemäße Lieferung verstreichen lassen, an den bzw. an die S sein Leis-

tungsinteresse gebunden hätte (§ 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB, relatives Fixgeschäft).

Auch sonst ist aus dem Sachverhalt kein besonders großes Interesse des S an einem sofortigen Rücktritt erkennbar, das unter Abwägung gegen die Interessen des V eine Fristsetzung entbehrlich machen könnte (§ 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB). Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass S inzwischen aufgrund der Verzögerung kein Interesse mehr an einem vollständigen Lexikon hätte.

Schließlich hat V die Nacherfüllung auch nicht (berechtigterweise wegen unverhältnismäßiger Kosten gemäß § 439 Abs. 3 BGB) verweigert, und die Nacherfüllung ist ihm auch nicht aus anderen Gründen unzumutbar oder fehlgeschlagen (§ 440 BGB), denn es ist ja lediglich von einem Ausreißer auszugehen (oben I.c.).

Damit ist hier keiner der im BGB genannten Gründe für die Entbehrlichkeit der Fristsetzung einschlägig.

(2) *Richtlinienkonforme Auslegung der §§ 437 Nr. 2, 323 BGB?*

Eine weitere, ungeschriebene Ausnahme vom Erfordernis einer Fristsetzung könnte sich allerdings aus dem Gebot der richtlinienkonformen Auslegung ergeben. Die §§ 437 Nr. 2, 323 BGB dienen nämlich der Umsetzung des Art. 3 der europäischen Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie³⁴ in deutsches Recht. Nach Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie kann der Verbraucher u.a. „eine Vertragsauflösung verlangen“, „wenn der Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist Abhilfe geschaffen hat“; gemäß Art. 3 Abs. 3 muss er zunächst „vom Verkäufer die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen“, wobei die Nachbesserung oder Ersatzlieferung „innerhalb einer angemessenen Frist und ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgen“ muss. Von einer Obliegenheit zur Fristsetzung ist dort keine Rede. Daher wird die Auffassung vertreten, §§ 323 Abs. 1 BGB sei (im Kontext des § 437 Nr. 2 BGB) richtlinienkonform so auszulegen, dass der Verbraucher für die Nacherfüllung keine Frist zu setzen brauche, sondern dass es ausreiche, wenn er Nacherfüllung verlange und dann eine angemessene Frist warte.³⁵ Obwohl der deutsche Gesetzgeber in den §§ 437 Nr. 2, 323 BGB die Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie einheitlich für alle Arten von Kaufverträgen umgesetzt hat, kann eine richtlinienkonforme Auslegung wohl nur soweit gehen, wie der Anwendungsbereich der Richtlinie reicht. Demnach sind hiervon nur Kaufverträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern betroffen (vgl. § 474 Abs. 1 BGB). S ist aber in der vorliegenden Fallabwandlung in Bezug auf den Kauf des Lexikons gewerblich tätig und kein Verbraucher (siehe oben

³³ Bearbeitungshinweis: Bei dieser tatsächlichen (nicht rechtlichen) Frage zur Statistik der Fehldrucke, die sich nur deshalb stellt, weil der Sachverhalt insoweit lückenhaft ist, darf man sich auch anders entscheiden. Man sollte aber, wenn man deshalb zur Anwendbarkeit des § 326 Abs. 5 BGB gelangt, zumindest hilfsweise noch § 323 BGB prüfen.

³⁴ Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABIEG 1999 L 171, S. 12.

³⁵ Z.B. Heiderhoff, Gemeinschaftsprivatrecht, 2. Aufl. 2007, S. 196: Nicht nur der Wortlaut, sondern auch der Zweck der Richtlinie spreche für diese Auslegung. Der Verbraucher solle sich „entspannt und unaufmerksam“ verhalten können.

I. 2.). Es bleibt dabei, dass eine Fristsetzung zur Nacherfüllung nicht entbehrlich ist. Im Übrigen hat S hier bislang noch nicht einmal Nacherfüllung ohne Fristsetzung verlangt, so dass ihm die richtlinienkonforme Auslegung selbst dann nicht weiterhelfen würde, wenn er Verbraucher wäre.

Ergebnis zu II.

Mangels eines Nacherfüllungsverlangens mit Fristsetzung konnte S nicht wirksam vom Vertrag zurückgetreten.³⁶ Damit ist kein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises entstanden.

Ergebnis zu Teilfrage c.

S kann seine 200 € nicht von V zurück verlangen.

³⁶ Bearbeitungshinweis: Es braucht daher nicht mehr geprüft zu werden, ob sein Rückzahlungsverlangen als konkludenter Rücktritt zu werten ist. Davon wird man allerdings ausgehen müssen, denn in Ermangelung eines Widerrufsrechts kommt keine andere Auslegung als diejenige eines Rücktritts in Betracht.