

# Anfängerhausarbeit im Zivilrecht: Übersinnliche Kräfte und trotzdem nichts als Ärger

Von Wiss. Mitarbeiter **Feyko Conring**, Wiss. Mitarbeiter **Christoph Palzer**, Bayreuth\*

## Sachverhalt

Roy (R), ein erfolgreicher Junganwalt, sucht nach der Scheidung seiner zweijährigen Ehe Rat im Internet und stößt dort auf die Internetpräsenz von Astrella (A). A beschreibt die von ihr angebotene Tätigkeit im Bereich des Wahrsagens mit folgenden Worten: „Als Wahrsagerin nutze ich vor allem die Tarot-Karten. Ich empfangen beim Legen der Tarot-Karten mithilfe meiner übernatürlichen Fähigkeiten Bilder der Zukunft, die ich weitergebe.“ R glaubt schon lange an übernatürliche Phänomene, ist aber keineswegs leichtgläubig und weiß, dass es hierfür keine wissenschaftliche Grundlage gibt. Telefonisch vereinbart R mit A, dass diese zu einem Stundenlohn von 15,- € bei jederzeitiger Kündigungsmöglichkeit mithilfe der Tarot-Karten in die Zukunft sehen wird. Im Zeitpunkt der Kontaktaufnahme ist R aufgrund der Trennung von seiner Ehefrau ein wenig gestresst und leicht angetrunken, nicht aber psychisch labil. In den folgenden zwei Monaten telefonieren A und R beinahe täglich und oft stundenlang miteinander. Während der Telefonate legt A für R hinsichtlich verschiedenster Lebensfragen die Karten. Wie vereinbart verlangt A von R für ihre erbrachten Leistungen (140 h) am Ende des zweiten Monats Zahlung von 2100,- €. R, der inzwischen die rund 20 Jahre jüngere, lebenslustige Charmaine kennengelernt hat, ist nun – anders als bei Vertragsschluss – nicht mehr bereit, dem Zahlungsverlangen der A Folge zu leisten; magische Kräfte gebe es doch gar nicht, außerdem habe A die Situation ausgenutzt, in der er sich nach seiner Scheidung befunden habe.

A beschließt nach dem Zwischenfall mit R genervt, in Zukunft keine Karten mehr zu legen und stellt deshalb ihr antikes Tarot-Kartenset (obj. Wert 350,- €) und ihr Lenormand-Kartenset (obj. Wert 400,- €) bei eBay unter ihrem Mitgliedsnamen „Astrobabe\_2000“ jeweils mit einem Startpreis von 1 € ein. In den Informationen zu den Artikeln vermerkt A: „Bei Nichtgefallen können die Karten innerhalb von vier Wochen nach Auktionsende zurückgegeben werden“. Am Ende der Angebotsdauer, dem 19.4.2012 um 12.00 Uhr, ist Estrella (E) mit Geboten von 125,- € für das Tarot-Kartenset und 200,- € für das Lenormand-Kartenset jeweils Höchstbietende. Sie erhält daraufhin von A einmal eine Nachricht, dass für das Tarot-Kartenset der Kaufpreis i.H.v. 125,- € zu entrichten sei. In einer weiteren E-Mail wird A mitgeteilt, dass das Lenormand-Kartenset nach Einstellung des Angebotes bei eBay aus dem ordnungsgemäß verschlossenen Haus der A gestohlen worden sei. Von der Möglichkeit, die Aktion vorzeitig abbrechen, hatte A, auch nachdem sie den Diebstahl bemerkt hatte, keinen Gebrauch gemacht. Beide E-Mails überraschen E sehr, denn sie hatte überhaupt nicht auf

die Tarot-Karten geboten. Wie sich herausstellt, hatte die 14 Jahre alte Tochter der E – Uriella (U) – erstmals das für ihre Mutter E unter dem Mitgliedsnamen „Fiat\_Lux“ eingerichtete, passwortgeschützte Nutzerkonto verwendet und das Höchstgebot platziert. Der Zugriff der U auf das Benutzerkonto der E war möglich, weil diese ihre Zugangsdaten in ihrem Browser gespeichert hatte. E sieht sich dennoch das eBay-Angebot der A an und stellt hierbei mit Kennerblick fest, dass es sich um ein wunderschönes Tarot-Kartenset und ein seltenes Lenormand-Kartenset handelt. Daraufhin erklärt E gegenüber A, die Verträge sollen gelten. Nachdem ihr das Tarot-Kartenset zugesandt wurde, überweist E den Kaufpreis hierfür. Sofort beginnt sie, ihren Freundinnen beim wöchentlichen Kaffeeklatsch die Karten zu legen. Am Abend zündet E den offenen Kamin in ihrem Wohnzimmer an und will bei dieser Gelegenheit ein bisschen Altpapier vernichten. Dabei fällt der auch sonst etwas schusseligen E zunächst aus Unachtsamkeit nicht auf, dass die Tarot-Karten zwischen die Zeitung vom Vortag geraten sind. Als sie die Zeitung ins Feuer wirft, muss sie mitansehen, wie die Karten in Rauch aufgehen.

E stellt jedoch ziemlich schnell fest, dass sie keine Trauer wegen der Zerstörung des Kartensets empfindet. Vielmehr ist sie empört darüber, dass ihr wegen der „dämlichen A“ das seltene und zu diesem Preis sehr günstige Lenormand-Kartenset durch die Lappen gegangen ist. E setzt deshalb einen Brief an A auf, in dem sie erklärt, sie mache von ihrem Rücktrittsrecht Gebrauch und verlange ihr Geld zurück. Zudem bestehe sie weiterhin auf das Lenormand-Kartenset; zumindest wolle sie aber Schadensersatz dafür, dass A insoweit ihren vertraglichen Pflichten nicht nachgekommen sei. Zufrieden mit sich und der Welt begibt sich E zu Bett. Den Brief lässt E auf dem Schreibtisch liegen, wo er wegen ihrer latenten Vergesslichkeit auch noch eine Weile liegen bleibt, bis er ihr siedend heiß wieder einfällt und sie ihn endlich bei der Post aufgibt. Am Vormittag des 18.5.2012 wird der Brief in den Briefkasten der A geworfen, die ihn allerdings erst am nächsten Tag dort herausholt und sich ihrerseits maßlos ärgert. Sofort greift sie zum Hörer, ruft die E an und teilt ihr mit, dass die kulanterweise eingeräumte Rücktrittsfrist mittlerweile verstrichen sei, zumindest müsse E ihr aber die zerstörten Tarot-Karten ersetzen.

## 1. Frage

Hat A gegen R einen Anspruch auf Zahlung ihres Honorars i.H.v. 2100,- € ?

## 2. Frage

Welche Ansprüche haben E und A gegeneinander?

\* Die Autoren sind wissenschaftliche Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeits-, Steuer- und Sozialrecht der Universität Bayreuth. Der vorliegende Fall wurde im Sommersemester 2012 an der Universität Bayreuth als Anfängerhausarbeit gestellt.

**Lösung Frage 1**

**I. Anspruch auf Zahlung des Honorars gem. § 611 Abs. 1 BGB**

A hat gegen R einen Anspruch auf Honorarzahung gem. § 611 Abs. 1 BGB, wenn ein wirksamer Dienstvertrag geschlossen wurde.

*1. Wirksamer Vertragsschluss*

A und R haben sich darüber geeinigt, dass A mithilfe der Karten in die Zukunft sieht; mithin haben sie, da ein Erfolg nicht geschuldet ist, einen Dienstvertrag geschlossen.

*a) Nichtigkeit gem. § 105 Abs. 2 BGB*

Die Willenserklärung des R ist gem. § 105 Abs. 2 BGB nichtig, wenn er sie in einem Zustand vorübergehender Störung der Geistestätigkeit abgegeben hat. Die Störung der Geistestätigkeit i.S.v. § 105 Abs. 2 BGB muss einen völligen Ausschluss der freien Willensbestimmung des Erklärenden zur Folge haben.<sup>1</sup> R ist zwar gestresst, befindet sich aber in einer psychisch stabilen Lage. Stress alleine führt nicht dazu, dass der Erklärende nicht mehr zur freien Willensbildung in der Lage ist, wie es für eine Nichtigkeit der Willenserklärung gemäß § 105 Abs. 2 BGB erforderlich wäre.<sup>2</sup> Ebenso wenig kommt es zu einem völligen Ausschluss der freien Willensbestimmung dadurch, dass R angetrunken ist. Hiervon könnte erst bei einer schweren Alkoholisierung ausgegangen werden.<sup>3</sup> Die von R abgegebene Willenserklärung ist somit nicht gem. § 105 Abs. 2 BGB nichtig.

*b) Nichtigkeit gem. § 138 Abs. 2 BGB*

Der Vertrag könnte jedoch gem. § 138 Abs. 2 BGB nichtig sein, wenn ein auffälliges Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht. Maßgeblich ist hierfür der objektive Wert von Leistung und Gegenleistung. A und R haben für die von A zu erbringenden Dienste eine Gegenleistung i.H.v. 15,- € pro Stunde vereinbart. Der objektive Wert der Leistung von A lässt sich indes mangels marktüblicher Preise für derartige Leistungen kaum feststellen.<sup>4</sup> Zwar ließe sich erwägen, ein Missverhältnis bereits wegen einer eventuellen Wertlosigkeit der Leistung von A anzunehmen.<sup>5</sup> Im vorliegenden Fall bedarf diese Frage indes keiner Vertiefung. Es fehlt nämlich am Vorliegen einer der in § 138 Abs. 2 BGB genannten, zusätzlich für den Sittenwidrigkeitsvorwurf notwendigen Situationen, die A hätte ausnutzen müssen. Insofern verlangt § 138 Abs. 2 BGB das Vorliegen einer Situation, in der die benachteiligte Partei in ihrer Verhandlungsstärke und Durchsetzungskraft beeinträchtigt ist und daher die

Voraussetzungen für eine privatautonome Entscheidung nicht gegeben sind, kurz: die Selbstbestimmung einer Fremdbestimmung weicht.<sup>6</sup> R hat bei Abschluss des Vertrages seine Scheidung zu verarbeiten, ist deswegen aber nicht etwa psychisch labil. Es fehlt daher am Vorliegen einer „Schwächelage“, weshalb § 138 Abs. 2 BGB nicht einschlägig ist.<sup>7</sup>

*c) Nichtigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB*

*aa) Wucherähnliches Rechtsgeschäft*

Allerdings könnte der Dienstvertrag gegen die guten Sitten verstoßen und infolgedessen nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sein. Dafür muss der Vertrag seinem Inhalt nach gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden verstoßen. Hierdurch wird freilich nur eine vage Formulierung durch eine andere ersetzt.<sup>8</sup> Die Rspr. behilft sich zur Konkretisierung mit Fallgruppenbildung.<sup>9</sup> In Betracht kommt vorliegend insbesondere das sog. wucherähnliche Geschäft.<sup>10</sup> Diesbezüglich ist bereits das Vorliegen eines hierfür erforderlichen groben Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung zweifelhaft. Zumindest kann A aber der Vorwurf einer verwerflichen Gesinnung nicht gemacht werden.<sup>11</sup>

*bb) Unmöglichkeit der Leistungserbringung bzw. offensichtliche Sinnlosigkeit des Leistungsgegenstandes*

Anders als in der Begründung zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz angedacht,<sup>12</sup> ist der Vertrag auch nicht nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, weil die von A geschuldete Leistung nach heutigem Stand von Wissenschaft und Technik möglicherweise nicht erbringbar und daher als „sinnlos“ anzusehen ist.<sup>13</sup> § 311a Abs. 1 BGB bestimmt nämlich, dass der Vertrag

<sup>1</sup> Vgl. *Medicus*, BGB AT, 10. Aufl. 2010, Rn. 544; *Schmitt*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 105 Rn. 40; *Knothe*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2011, § 105 Rn. 13.

<sup>2</sup> LAG Köln NZA-RR 1999, 232 (233).

<sup>3</sup> *Brox/Walker*, BGB AT, 36. Aufl. 2012, Rn. 269; *Medicus* (Fn. 1), Rn. 544; *Knothe* (Fn. 1), § 105 Rn. 13.

<sup>4</sup> S. aber OLG Stuttgart BeckRS 2010, 13190.

<sup>5</sup> Verneinend *Pfeiffer*, LMK 2011, 314413.

<sup>6</sup> *Bork*, BGB AT, 3. Aufl. 2011, Rn. 1163. Vertretbar wäre stattdessen auch eine Prüfung von § 134 BGB i.V.m. § 291 StGB.

<sup>7</sup> Vgl. insoweit auch LG Ingolstadt NStZ-RR 2005, 313.

<sup>8</sup> *Brehm*, BGB AT, 6. Aufl. 2008, Rn. 319 m.w.N.

<sup>9</sup> Dazu *Beater*, AcP 194 (1994), 82; *Weber*, AcP 192 (1992), 516.

<sup>10</sup> *Brox/Walker* (Fn. 3), Rn. 329; *Rüthers/Stadler*, BGB AT, 17. Aufl. 2011, § 26 Rn. 41a.

<sup>11</sup> Dazu BGH DNotZ 1997, 707 (709); BGH NJW 2004, 2671 (2673); BGH NJW 2010, 363 f.; s.a. *Armbrüster*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 138 Rn. 116 f.; *Sack/Fischinger*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2011, § 138 Rn. 276 ff.; in einem ähnlichen Fall die Sittenwidrigkeit verneinend LG Ingolstadt NStZ-RR 2005, 313.

<sup>12</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 164. Ähnlich *Emmerich*, Das Recht der Leistungsstörungen, 6. Aufl. 2005, § 3 Rn. 24; *Schwarze*, Jura 2002, 73 (74); erwägend *Canaris*, JZ 2001, 499 (505 f.); s. ferner *Bartels*, ZGS 2011, 355 (361 f.); *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 311a Rn. 5.

<sup>13</sup> OLG Düsseldorf NJW 2009, 789 (791); *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 311a Rn. 31; *Faust*, JuS 2011, 359; *Looschelders*, JA 2011, 385; s.a. *Medicus*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2012, § 311a Rn. 11; *Windel*, ZGS 2003, 466 (467).

trotz anfänglicher Unmöglichkeit der versprochenen Leistung wirksam ist. Der privatautonome Wille der Parteien, einen Vertrag zu schließen, ist innerhalb der Schranken der §§ 134, 138 BGB auch bei einer unmöglichen, sinnlosen Leistung grundsätzlich zu respektieren.<sup>14</sup>

Der Dienstvertrag ist demnach wirksam<sup>15</sup> und R grundsätzlich zur Zahlung der vereinbarten Vergütung verpflichtet, § 611 Abs. 1 BGB.

## 2. Wegfall der Gegenleistungspflicht gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB

Allerdings könnte R infolge anfänglicher Unmöglichkeit der Leistung der A von seiner Leistungspflicht befreit sein, § 326 Abs. 1 S. 1 BGB.

### a) Unmöglichkeit der Leistungserbringung

Fraglich ist, ob die von A geschuldete Leistung des Hellsehens von Anfang an für A oder jedermann unmöglich ist, § 275 Abs. 1 BGB. Um einen Fall der objektiven Unmöglichkeit handelt es sich, wenn eine Leistung nach den Naturgesetzen oder nach dem Stand von Wissenschaft und Technik schlechthin von niemandem erbracht werden kann.<sup>16</sup> Nach der vertraglichen Vereinbarung schuldet A dem R einen Blick in die Zukunft mithilfe der Tarot-Karten. Dabei könnte es sich zumindest dann um eine nach wissenschaftlichen Erkenntnissen zwar nutzlose, gleichwohl aber erbringbare Leistung handeln, wenn die Leistung erkennbar reinen „jahrmarktähnlichen“ Unterhaltungscharakter hätte.<sup>17</sup> Das ist nach der Beschreibung von A's Tätigkeit auf ihrer Internetpräsenz indes nicht der Fall. Vielmehr gibt sie an, tatsächlich auf Grund übernatürlicher Fähigkeiten Bilder der Zukunft empfangen zu können. Die von A geschuldete Leistung ist damit nicht nur nutzlos, sondern sogar objektiv unmöglich.<sup>18</sup> Infolgedessen ist R gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich von seiner vertraglichen Vergütungspflicht befreit.

<sup>14</sup> Looschelders, Schuldrecht AT, 10. Aufl. 2012, Rn. 653; Windel, ZGS 2003, 466 (467) und bekräftigend ders., ZGS 2011, 218 (220); dagegen Bartels, ZGS 2011, 355 (361).

<sup>15</sup> Möglich wäre noch die Prüfung der Unwirksamkeit infolge von Anfechtung gem. § 123 Abs. 1 BGB. Es fehlt insoweit aber jedenfalls am Vorliegen eines Irrtums.

<sup>16</sup> Vgl. BGH NJW 2011, 756 (757); Emmerich (Fn. 12), § 3 Rn. 22; Ellenberger, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 275 Rn. 14.

<sup>17</sup> BGH NJW 2011, 756 (757); LG Ingolstadt JuS 2006, 945 (946); Brox/Walker, Schuldrecht AT, 36. Aufl. 2012, § 22 Rn. 5; Ernst (Fn. 13), § 275 Rn. 35; Pfeiffer, LMK 2011, 314413.

<sup>18</sup> BGH NJW 2011, 756 (757); OLG Düsseldorf NJW 2009, 789 (791); Ellenberger (Fn. 16), § 275 Rn. 14; Pfeiffer, LMK 2011, 314413. Es ließe sich auch annehmen, die von A geschuldete Leistung bestehe in Wirklichkeit darin, ihm – ohne wirklich in die Zukunft sehen zu können – die „Entscheidungslast“ abzunehmen, vgl. Nassall, JurisPR-BGHZivilR 5/ 2011 Anm. 1.

### b) Grundsatz der Vertragsfreiheit als Korrektiv

Die Annahme von Unmöglichkeit widerspricht jedoch dem Grundsatz der Privatautonomie, weil dabei entgegen dem übereinstimmenden Willen und der übereinstimmenden Überzeugung der Vertragsparteien die vertraglich vereinbarte Leistung anhand von Kriterien (Naturgesetze; Regeln der Wissenschaft) beurteilt wird, die die Parteien bei Vertragsschluss gerade nicht als für sich verbindlich angesehen haben<sup>19</sup>. Wenn R daran glaubt, A könne unter Zuhilfenahme der Tarot-Karten die Zukunft voraussagen, auch wenn dies, für ihn ersichtlich, aus wissenschaftlicher Perspektive nicht möglich ist, dann hat er letztlich die Leistung bekommen, die er mit Vertragsschluss begehrte.<sup>20</sup>

Dagegen lässt sich auch nicht einwenden, dass der an die Wirksamkeit der geschuldeten Leistung glaubende Gläubiger von seiner Verpflichtung zur Gegenleistung befreit werden müsse, weil die Wirkungslosigkeit der Leistung ein nicht in seinem, sondern im Verantwortungsbereich des Schuldners liegender Umstand sei.<sup>21</sup> Entscheidend ist nicht die Frage, in wessen Verantwortungsbereich die Ursache für die Wirkungslosigkeit liegt, sondern nur, ob die Parteien den Vertrag in Kenntnis der Wirkungslosigkeit geschlossen haben. Sofern die Vertragsgegenseite weiß, dass die Leistung den Bereich naturwissenschaftlicher Erkenntnis verlässt, ist sie nicht schutzbedürftig. Hiergegen spricht auch nicht die Befürchtung, die Gerichte könnten zu „Tribunalen über okkultistische, astrologische und esoterische Standards denaturieren“.<sup>22</sup> Die Vollstreckung eines Urteils zur Vornahme einer solchen Leistung ist nach § 888 Abs. 3 ZPO ausgeschlossen.

Demnach wäre R nicht gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB von seiner Leistungspflicht befreit.

## 3. Fortbestehen der Gegenleistungspflicht gem. § 326 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB

Selbst wenn man – entgegen der hier vertretenen Ansicht – die von A geschuldete Leistung für unmöglich hielte, könnte ihr Vergütungsanspruch gleichwohl gem. § 326 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB fortbestehen. Dann muss R für den Umstand, aufgrund dessen A nach § 275 Abs. 1-3 BGB nicht zu leisten braucht, allein oder weit überwiegend verantwortlich sein. Hierfür ist vorrangig auf die vertragliche Risikoverteilung abzustellen und zu untersuchen, ob der Gläubiger ausdrücklich oder konkludent das Risiko der Unmöglichkeit der Leistung aufgrund eines bestimmten Umstandes übernommen hat.<sup>23</sup>

<sup>19</sup> LG Braunschweig NJW-RR 1986, 478 (479); a.A. OLG Düsseldorf NJW 1953, 1553.

<sup>20</sup> Faust, JuS 2011, 359 (360); Voss, NJW 1953, 1553; ähnlich LG Braunschweig NJW-RR 1986, 478 (479); Schermaier, JZ 2011, 633 (634).

<sup>21</sup> So aber Unberath, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 24, Stand: 1.3.2011, § 275 Rn. 22.

<sup>22</sup> Windel, ZGS 2011, 218 (221).

<sup>23</sup> BGH NJW 2011, 756 (758); Brox/Walker (Fn. 17), § 22 Rn. 39; Emmerich (Fn. 12) § 11 Rn. 7; Ernst (Fn. 13), § 326 Rn. 51; Grüneberg (Fn. 12), § 326 Rn. 9; Otto, in: Staudinger,

Ausdrücklich hat R das Risiko, dass die Leistung der A unmöglich ist, vertraglich nicht übernommen. In Betracht kommt aber eine konkludente Risikoübernahme. Vertragsparteien müssen im Rahmen der Vertragsfreiheit in Anerkennung ihrer Selbstbestimmung grundsätzlich wirksam vereinbaren können, dass eine der Parteien dazu verpflichtet ist, eine Gegenleistung für eine Leistung zu erbringen, die zwar objektiv unmöglich ist, aber von den Vertragsparteien für möglich gehalten wird. Weiß die Vertragsgegenseite, dass die ihr geschuldete Leistung nach wissenschaftlichen Erkenntnissen unmöglich ist und verpflichtet sie sich gleichwohl zu einer Gegenleistung, so ist hierin eine konkludente vertragliche Übernahme des Risikos der Unmöglichkeit der Leistung zu sehen.<sup>24</sup> R glaubt zwar an übernatürliche Phänomene, weiß aber, dass es hierfür keine wissenschaftliche Grundlage gibt und hat daher konkludent das Risiko der Unmöglichkeit der Leistung übernommen.

Der Vergütungsanspruch der A besteht damit jedenfalls gem. § 326 Abs. 2 S. 1 Var. 1 BGB fort.<sup>25</sup>

#### 4. Ergebnis

A hat gegen R gem. § 611 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Zahlung ihrer Vergütung i.H.v. 2100,- €.

### II. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB

§ 263 Abs. 1 StGB ist zwar ein Schutzgesetz i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB. Bei Vertragsschluss hatte R aber noch die Absicht, die Honorarforderung zu begleichen, so dass der Tatbestand mangels Täuschung nicht verwirklicht ist.

#### Lösung Frage 2

##### A. Ansprüche E gegen A

##### I. Anspruch aus § 433 Abs. 1 S. 1 BGB auf Lieferung des Lenormand-Kartensets

E könnte gegen A einen Anspruch auf Lieferung des Lenormand-Kartensets gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB haben.

##### 1. Vertragsschluss

Voraussetzung hierfür ist das Vorliegen eines wirksamen Kaufvertrages. Ein Kaufvertrag kommt durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen, Angebot und Annahme, zustande.

Kommentar zum BGB, 2009, § 326 Rn. C 19; *Schwarze*, Das Recht der Leistungsstörungen, 2008, § 37 Rn. 14 f.

<sup>24</sup> BGH NJW 2001, 756 (758); zustimmend *Faust*, JuS 2011, 359 (361); *Looschelders*, JA 2011, 385 (386); *Windel*, ZGS 2011, 218 (220); dagegen *Schermaier*, JZ 2011, 633 (635 f.); *Timme*, MDR 2011, 397 (398).

<sup>25</sup> Angedacht werden kann außerdem ein Erlöschen der Leistungspflicht infolge Widerrufs gem. § 312d Abs. 1 S. 1 BGB. Es mangelt hierfür aber zumindest an der von § 355 Abs. 1 S. 2 BGB geforderten Textform.

##### a) Angebot durch Einstellen in eBay

Im Einstellen des Kartensets in eBay könnte ein Angebot der A zu sehen sein.

##### aa) Versteigerung i.S.d. § 156 S. 1 BGB?

Das wäre dann nicht der Fall, wenn sich der Vertragsschluss im Rahmen einer Internetauktion nach § 156 S. 1 BGB richten würde. Danach kommt der Vertrag erst durch den Zuschlag zustande. Daraus folgt e contrario, dass der Bieter das Angebot abgibt. § 156 S. 1 BGB ist jedoch im Fall einer Internetauktion nicht einschlägig.<sup>26</sup> Hier kommt der Vertrag zwischen dem Verkäufer und dem Höchstbietenden durch Zeitablauf zustande, der die Willenserklärung, die der Zuschlag i.S.v. § 156 S. 1 BGB darstellt,<sup>27</sup> nicht ersetzen kann.<sup>28</sup> Der Vertragsschluss richtet sich damit auch im Rahmen einer Internetauktion nach den allgemeinen Regeln.

##### bb) Bloße invitatio ad offerendum?

Ob es sich beim Einstellen des Kartensets in eBay um ein Angebot handelt, ist durch Auslegung der Erklärung der A gem. §§ 133, 157 BGB zu ermitteln. Klärungsbedürftig ist insbesondere, ob A bereits beim Einstellen in eBay mit Rechtsbindungswillen handelte. Maßgeblich hierfür ist, wie die Erklärung von einem objektiven Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrs-sitte verstanden werden musste.<sup>29</sup> Nachdem eine Ware in eBay eingestellt wurde, kommt der Kaufvertrag mit demjenigen zustande, der innerhalb der Angebotsdauer das höchste Gebot abgibt. Der Verkäufer hat hier weder die Möglichkeit, sich seinen Vertragspartner auszuwählen noch besteht die Gefahr sich mehrfach zu verpflichten.<sup>30</sup> Folglich handelte A aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers mit Rechtsbindungswillen.

##### cc) Bestimmbarkeit der essentialia negotii

Gegen die Annahme eines rechtsverbindlichen Angebots könnte indes sprechen, dass bei Einstellen des Angebots in eBay

<sup>26</sup> S. BGH GRUR 2004, 251 („umgekehrte Versteigerung“); BGH NJW 2005, 53 (54).

<sup>27</sup> S nur BGHZ 138, 339 (342) m.w.N.

<sup>28</sup> BGH NJW 2005, 53 (54); *Hartung/Hartmann*, MMR 2001, 278 (279); s.a. *Säcker*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, Einleitung Rn. 205.

<sup>29</sup> St. Rspr., vgl. etwa BGHZ 103, 275 (280); BGH NJW 1992, 498; *Singer*, in: Staudinger Kommentar zum BGB, 2011, § 133 Rn. 18.

<sup>30</sup> AG Wiesbaden ZUM 2001, 472 (474); OLG Hamm GRUR 2001, 766 (767); BGH NJW 2002, 363 (364); *Forgó/Amini*, JA 2008, 21 (22); *Föhlisch*, in: Hoeren/Sieber, Kommentar zum Multimedia Recht, 24. EL, Stand: Dezember 2009, Teil 13.4 Rn. 227; zweifelnd *Lettl*, der gegen einen Rechtsbindungswillen ins Feld führt, der Verkäufer wolle sich auch aus Sicht eines objektiven Erklärungsempfängers nicht auf ein Geschäft mit möglicherweise hohem Verlust einlassen, JuS 2002, 219 (222); vgl. zu diesem Gesichtspunkt aber jüngst BGH MMR 2012, 451 (452).

weder der Kaufpreis noch der Vertragspartner bestimmt sind.<sup>31</sup> Die essentialia negotii sind aber zumindest bestimmbar, was für das Vorliegen einer Willenserklärung genügt.<sup>32</sup> Aus den §§ 315 f. BGB ergibt sich, dass die fehlende Bestimmtheit der Gegenleistung dem Zustandekommen eines Vertrages nicht entgegensteht. Vielmehr gibt A durch das Einstellen des Angebots in eBay eine Erklärung dergestalt ab, dass Gegenleistung und Vertragspartner durch Abgabe des Höchstgebotes bestimmt werden.<sup>33</sup>

Das Einstellen der Kartensets in eBay musste daher von einem Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte als rechtlich bindendes Angebot ad incertas personas angesehen werden.

#### b) Annahmeerklärung; wirksame Stellvertretung

E muss das Angebot der A angenommen haben. E selbst hat keine dementsprechende Willenserklärung abgegeben. Allerdings könnte ihr die von U abgegebene Willenserklärung gem. § 164 Abs.1 S. 1 BGB zuzurechnen sein. Voraussetzung hierfür ist, dass U die E wirksam vertreten hat.

##### aa) Eigene Willenserklärung in fremdem Namen

Die hierfür erforderliche eigene Willenserklärung hat U abgegeben. Dass sie lediglich beschränkt geschäftsfähig ist, § 106 BGB, ist insoweit zwar unschädlich, § 165 BGB. Jedoch hat U weder ausdrücklich noch konkludent (§ 164 Abs. 1 S. 2 BGB) zum Ausdruck gebracht, im Namen der E zu handeln.

##### bb) Handeln unter fremdem Namen

Sie handelte vielmehr, als sie unter dem Benutzernamen der E das Höchstgebot abgab, unter fremdem Namen. Für die Frage, ob die Erklärung in einem solchen Fall für und gegen U selbst wirkt (Eigengeschäft) oder für E (Geschäft des Namensträgers) ist maßgebend, wie der andere Teil das Verhalten der U auffassen durfte. Ein Eigengeschäft des Handelnden ist dann gegeben, wenn die Benutzung des fremden Namens bei der anderen Vertragspartei keine Fehlvorstellung über die Identität des Handelnden hervorgerufen hat, diese den Vertrag also mit dem Handelnden abschließen will, dessen Name ihm gleichgültig ist.<sup>34</sup> Wenn es dem Empfänger dagegen erkennbar darauf ankommt, gerade mit dem Na-

mensträger zu kontrahieren, darf er die Erklärung so verstehen, als solle für den Namensträger gehandelt werden und die Regeln über die Stellvertretung finden entsprechend Anwendung, obwohl dem Handelnden ein Vertretungswille fehlte.<sup>35</sup> Diese Grundsätze gelten auch für Geschäfte, die über das Internet abgewickelt werden<sup>36</sup>.

Danach liegt hier ein Geschäft des Namensträgers vor. Der Benutzername weist für das Gegenüber ausschließlich auf die Person hin, deren Identität von eBay nach Auktionsende offengelegt wird. Die Identifizierung ist sowohl von Verkäufer- als auch von Käuferseite, zur Durchführung des Vertrages nötig.<sup>37</sup> Auch die Funktionsfähigkeit des Bewertungssystems von eBay spricht für diese Auslegung, da andernfalls der „gute Ruf“ Dritter ausgenutzt werden könnte und das Bewertungssystem seinen Sinn verlöre.<sup>38</sup> Dem Erklärungsempfänger kommt es daher erkennbar darauf an, den Vertrag mit dem tatsächlichen Inhaber des eBay-Accounts zu schließen.<sup>39</sup>

##### cc) Vertretungsmacht der U

U muss bei Abgabe des Gebotes mit Vertretungsmacht gehandelt haben. Ausdrücklich bevollmächtigt, ein Gebot abzugeben, wurde U seitens der E nicht. Auch kann die schlichte Gestattung, den häuslichen PC zu verwenden, nicht als schlüssige Bevollmächtigung, kostenpflichtige Verträge im Internet zu schließen, verstanden werden.<sup>40</sup>

##### (1) Rechtsscheinsvollmacht gem. § 172 Abs. 1 BGB analog

Aus der Verwendung der persönlichen Nutzerdaten der E könnte sich jedoch ein Rechtsschein für eine Bevollmächtigung der U entsprechend § 172 Abs. 1 BGB ergeben. Eine direkte Anwendung der Vorschrift kommt nicht in Betracht, da U nicht durch eine Vollmachtsurkunde legitimiert war. Im Schrifttum wird jedoch erwogen, die Überlassung von Legitimationsmedien wie Benutzername und Kennwort der Überlassung einer (Blanko-)Vollmachtsurkunde gleichzustellen und

<sup>31</sup> So Hager, JZ 2001, 786 (787).

<sup>32</sup> S. BGH NJW 1967, 153; BGHZ 166, 369 (372); Bork, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2010, § 145 Rn. 19; Eckert, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 25, Stand: 1.11.2012, § 145 Rn. 34; Lettl, JuS 2002, 219 (222); Busche, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 145 Rn. 6; Ulrici, NJW 2001, 1112 (1113).

<sup>33</sup> Lettl, JuS 2002, 219 (222).

<sup>34</sup> OLG München NJW 2004, 1328; Kitz, in: Hoeren/Sieber, Kommentar zum Multimedia Recht, 27. EL, Stand: Februar 2011, Teil 13.1 Rn. 75a; Mock, JuS 2008, 309 (312); s.a. Redeker, NJW 1984, 2390 (2394); Spindler/Anton, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 164 BGB Rn. 5; Wolf/Neuner, BGB AT, 10. Aufl. 2012, § 49 Rn. 53.

<sup>35</sup> BGHZ 45, 193 (196); BGH NJW-RR 1988, 814 (815); BGH NJW-RR 2006, 701 (702); BGH NJW 2011, 2421 (2422); Schilken, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, Vorbem. zu §§ 164 ff. Rn. 90 m.w.N.

<sup>36</sup> OLG Oldenburg NJW 1993, 1400 (1401); OLG München NJW 2004, 1328; OLG Köln NJW 2006, 1676; OLG Hamm NJW 2007, 611 (612); BGH NJW 2011, 2421 (2422); Herresthal, K&R 2008, 705; Schramm, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 164 Rn. 45a.

<sup>37</sup> Oechsler, Jura 2012, 581 (582).

<sup>38</sup> OLG München NJW 2004, 1328.

<sup>39</sup> OLG München NJW 2004, 1328; BGH NJW 2011, 2421; s.a. Borges, NJW 2011, 2400 (2401); ders., Rechtsfragen und Haftung im Zusammenhang mit dem elektronischen Identitätsnachweis, 2011, S. 128; Ellenberger (Fn. 16), § 164 Rn. 11; Hanau, VersR 2005, 1215; Herresthal, K&R 2008, 705 (707); Oechsler, AcP 208 (2008), 565 (566 ff.); ders., Jura 2012, 581 (582); Verse/Gaschler, Jura 2009, 213 (215). Für ein Eigengeschäft LG Kassel BeckRS 2008, 23904.

<sup>40</sup> Vergleichbar BGH NJW 2006, 1971 (1972).

§ 172 Abs. 1 BGB analog anzuwenden.<sup>41</sup> Die Frage kann hier offenbleiben, da die Norm jedenfalls eine Aushändigung, also ein willentliches Inverkehrbringen durch den Vollmachtgeber,<sup>42</sup> verlangt. Die gegebenenfalls auch schuldhaft ermöglichte Verwendung der Nutzerdaten genügt diesen Anforderungen nicht.

### (2) Anscheins- oder Duldungsvollmacht

Die Vertretungsmacht der U könnte sich jedoch aus einer Duldungs- oder Anscheinsvollmacht ergeben. Diese Grundätze sind auf das Handeln unter fremdem Namen anwendbar, wenn ein Eigengeschäft des Namensträgers vorliegt.<sup>43</sup>

Die Annahme einer Duldungsvollmacht scheidet im vorliegenden Fall bereits deswegen aus, weil E keine Kenntnis vom Handeln der U hatte.<sup>44</sup>

Gestützt auf eine Gesamtanalogie zu den §§ 170 ff. BGB, 56 HGB versagen die Rspr.<sup>45</sup> und Teile des Schrifttums<sup>46</sup> dem Vertretenen die Berufung auf den Mangel der Vertretungsmacht eines Vertreters, wenn er dessen wiederholtes und sich über einen gewissen Zeitraum erstreckendes Verhalten zwar nicht kannte, es aber bei Anwendung pflichtgemäßer Sorgfalt hätte erkennen müssen und verhindern können. Der Geschäftsgegner muss das Verhalten des Vertreters zudem nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte dahin aufgefasst haben dürfen, dass es dem Vertretenen bei verkehrsgemäßer Sorgfalt nicht habe verborgen bleiben können, dieser es also dulde.

Teile des Schrifttums lehnen die Rechtsfigur der Anscheinsvollmacht demgegenüber grundsätzlich ab, weil die Nichterfüllung pflichtgemäßer Sorgfalt nicht die Geltung einer rechtsgeschäftlichen Regelung begründen, sondern nur Ansatzpunkt für eine cic-Haftung auf Schadensersatz sein können.

<sup>41</sup> Ausführlich *Oechsler*, AcP 208 (2008), 565 (566 ff.); *Verse/Gaschler*, Jura 2009, 213 (215); dagegen *Hanau*, VersR 2005, 1215 (1218); differenzierend *Herresthal*, K&R 2008, 705 (707 f.).

<sup>42</sup> S. BGH NJW 1975, 2101 (2102 f.); OLG Karlsruhe ZIP 2005, 1633 (1634); *Heinrichs*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 72. Aufl. 2013, § 172 Rn. 2; *Jauernig*, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 14. Aufl. 2011, §§ 170 ff. Rn. 8; *Oechsler*, AcP 208 (2008), 565 (580); *Schilken* (Fn. 35), § 172 Rn. 2; *Schramm* (Fn. 36), § 172 Rn. 4 f.; *Verse/Gaschler*, Jura 2009, 213 (215).

<sup>43</sup> *Wolf/Neuner* (Fn. 34), § 46 Rn. 57; dagegen *Herresthal*, K&R 2008, 705 (706 f.).

<sup>44</sup> Statt aller *Schramm* (Fn. 36), § 167 Rn. 47 m.w.N.

<sup>45</sup> Etwa BGHZ 5, 111 (116); BGH WM 1977, 1169 (1170); BGH NJW 1981, 1727 (1728); 1982, 1513; BGH NJW-RR 1987, 308; BGH NJW 1988, 697 (698); BGH NJW 1991, 1225; BGH NJW-RR 1996, 673; BGH NJW 1998, 1854 (1855); BGH NJW 2003, 2091 (2091 f.); BGH NJW 2006, 1971 (1972).

<sup>46</sup> *Boecken*, BGB AT, 2. Aufl. 2012, Rn. 652; *Fezer*, Klausurenkurs zum BGB AT, 7. Aufl. 2008, S. 259; *Giesen/Hegemann*, Jura 1991, 357 (367 f.); *Köhler*, BGB AT, 36. Aufl. 2012, § 11 Rn. 44; *Rüthers/Stadler* (Fn. 10), § 30 Rn. 46; *Wertenbruch*, BGB AT, 2. Aufl. 2012, § 31 Rn. 18.

ne.<sup>47</sup> Das entscheidende Differenzierungskriterium zur Duldungsvollmacht wie zu den gesetzlich geregelten Rechtscheinstatbeständen<sup>48</sup> bestehe bei der Anscheinsvollmacht darin, dass der Rechtsschein nicht bewusst gesetzt werde.<sup>49</sup> Der Vorwurf bestehe also in der fahrlässigen Unkenntnis von dem Handeln eines Dritten. Willenserklärung und Verschulden seien jedoch verschiedene Kategorien.<sup>50</sup>

Einer Entscheidung hierüber bedarf es vorliegend indes nicht. Mit dem BGH wäre zwar bereits mangels zurechenbaren Rechtsscheins eine Anscheinsvollmacht zu verneinen: Auch im Internetverkehr verlange die Begründung eines Vertrauenstatbestandes ein nach außen tretendes Verhalten das angeblich Vertretenen von einer gewissen Dauer oder Häufigkeit; die bloß einmalige Verwendung eines fremden eBay-Zugangs reiche insoweit nicht.<sup>51</sup> Die Frage der Vertretungsmacht ist aber ohnehin nicht entscheidungsrelevant, da E das Handeln der U jedenfalls gegenüber A genehmigt hat, §§ 177 Abs. 1, 184 Abs. 1 BGB. Der Kaufvertrag wirkt damit extunc für und gegen E.

### c) Zwischenergebnis

Ein Anspruch auf Übereignung des Lenormand-Kartensets ist somit entstanden.

### 2. Anspruch erloschen

Das Lenormand-Kartenset wurde jedoch gestohlen, so dass der Anspruch auf Übergabe und Übereignung nach § 275 Abs. 1 Var. 1 BGB erloschen ist.

### 3. Ergebnis

E hat keinen Anspruch auf Lieferung und Übereignung des Lenormand-Kartensets.

## II. Anspruch auf Schadensersatz gem. § 311a Abs. 2 BGB für das Lenormand-Kartenset

E könnte gegen A einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 200,- € aus § 311a Abs. 2 BGB<sup>52</sup> haben.

<sup>47</sup> S. *Brehm* (Fn. 8), Rn. 468; *Flume*, BGB AT, 3. Aufl. 1979, § 49 Rn. 4; *Förster*, JuS 2010, 351 (356); *Medicus* (Fn. 1), Rn. 971; *ders./Petersen*, Bürgerliches Recht, 23. Aufl. 2011, Rn. 101; *Schack*, BGB AT, 13. Aufl. 2011, Rn. 515; *Schilken* (Fn. 35), § 167 Rn. 31; *Wolf/Neuner* (Fn. 34), § 50 Rn. 98.

<sup>48</sup> *Brehm* (Fn. 8), Rn. 468.

<sup>49</sup> *Wolf/Neuner* (Fn. 34), § 50 Rn. 98.

<sup>50</sup> *Medicus/Petersen* (Fn. 47), Rn. 101.

<sup>51</sup> BGH, NJW 2011, 2421 (2422); vergleichbar auch BGH NJW 2006, 1971 (1972); dagegen *Oechsler*, Jura 2012, 581 (583), der einwendet, dass es gerade in der spezifischen Internetkonstellation für die Vertragsgegenseite nicht zu erkennen sei, welche Person ihr gegenüber ein Mitgliedskonto verwalte. Die Vertragsgegenseite könne folglich auch nicht in Erfahrung bringen, wann und wie oft ein bestimmter falsus procurator ihr gegenüber tätig geworden sei und gerate infolgedessen in erhebliche Beweisnot.

<sup>52</sup> Für das Verständnis als eigenständige Anspruchsgrundlage etwa BT-Drs. 14/6040, S. 166; *Canaris*, JZ 2001, 499 (507);

*1. Abgrenzung zwischen § 311a Abs. 2 BGB und §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB*

Erforderlich ist dafür zunächst, dass es sich um ein anfängliches Leistungshindernis handelt. Der Wortlaut des § 311a Abs. 2 BGB („im Zeitpunkt des Vertragsschlusses“) spricht allgemein dafür, die Annahme als maßgeblichen Zeitpunkt für die Beurteilung des Vorliegens einer anfänglichen oder nachträglichen Unmöglichkeit zu erachten. Das ist solange unproblematisch, wie der Vertrag durch unmittelbar aufeinander folgende Willenserklärungen zustande kommt. Eine andere Beurteilung könnte indes geboten sein, wenn – wie vorliegend – Angebot und Annahme zeitlich auseinanderfallen und das Leistungshindernis zwischen der Abgabe des Angebotes auf Seiten des Antragenden und der Annahme durch den anderen Teil eintritt. Insofern könnte der Vorwurf, den § 311a Abs. 2 BGB beinhaltet, sich nicht über seine eigene Leistungsfähigkeit informiert zu haben, ins Leere gehen. Sofern durch die Angebotsabgabe nämlich bereits eine Bindung begründet wurde, bestünde bei wortlautgetreuer Auslegung des § 311a Abs. 2 BGB für den Antragenden ab diesem Zeitpunkt kein Unterschied mehr zu der Situation, dass der Vertrag schon zu Stande gekommen ist. Das Risiko, dass sich die eigene Leistungsfähigkeit in der Zeit zwischen Angebot und Annahme ändert, läge haftungsrechtlich allein bei dem Antragenden, selbst wenn er sich vor Abgabe des Angebots ordnungsgemäß über seine Leistungsfähigkeit informiert hat. Vertreten wird daher, § 311a Abs. 2 BGB in diesen Fällen teleologisch zu reduzieren; sachgemäß sei hier allein eine Haftung entsprechend §§ 280 Abs. 1, 3, 283 BGB, wenn der Schuldner den Eintritt des Leistungshindernisses zu vertreten hat.<sup>53</sup> Demnach wäre § 311a Abs. 2 BGB hier nicht einschlägig. Als A das Lenormand-Kartenset in eBay einstellte, mithin ein bindendes Angebot abgab, lag das Leistungshindernis noch nicht vor.

Das Argument der bereits eingetretenen Bindung ist indes nur vordergründig tragfähig. Die h.L. gesteht dem Schuldner nämlich jedenfalls dann, wenn sich zwar vor Vertragsschluss, aber nach Abgabe des Angebots die geschäftswesentlichen Umstände ändern, wie dies infolge des Diebstahls des Kartensets der Fall ist, das Recht zu, die Willenserklärung unverzüglich zu widerrufen.<sup>54</sup> Insofern besteht kein Bedürfnis für eine teleologische Reduktion des § 311a Abs. 2 BGB. Vielmehr rechtfertigt das Unterlassen eines Widerrufs trotz Kenntnis von dem Leistungshindernis eine Haftung nach § 311a Abs. 2 BGB.

*Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, 10. Aufl. 2006, Rn. 408; *Looschelders* (Fn. 14), Rn. 648; a.A. *Schlechtriem/Schmidt-Kessel*, Schuldrecht AT, 6. Aufl. 2005, Rn. 559.

<sup>53</sup> *Penner/Gärtner*, JA 2003, 940 (946 f.).

<sup>54</sup> OLG Düsseldorf OLGZ 1991, 88 (91); *Bork* (Fn. 32) § 145 Rn. 22; *Busche* (Fn. 32), § 145 Rn. 19; *Dörner*, in: *Schulze*, Handkommentar zum BGB, 7. Aufl. 2012, § 145 Rn. 8 (Treuwidrigkeit der Berufung des Empfängers auf die Bindungswirkung); *Tettinger*, ZGS 2006, 452 (453); *Wolf/Neuner* (Fn. 34) § 29 Rn. 37; speziell in Bezug auf die AGB von eBay BGH NJW 2011, 2643.

Auf die wesentliche Änderung der Vertragsumstände infolge des Diebstahls hätte A durch Abbruch der Auktion als systemäquivalentes Pendant zum Widerruf reagieren können. § 311a Abs. 2 BGB ist demnach anwendbar.

*2. Ergebnis*

Infolge des Diebstahls war A die Leistungserbringung bei Vertragsschluss unmöglich. Hiervon hatte sie auch Kenntnis. E hat damit einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 200,- € aus § 311a Abs. 2 BGB.

**III. Anspruch auf Rückgewähr des Kaufpreises für das Tarot-Kartenset gem. § 346 Abs. 1 Fall 1 BGB**

E könnte gegen A einen Anspruch auf Rückgewähr des für das Tarot-Kartenset gezahlten Kaufpreises gem. § 346 Abs. 1 Fall 1 BGB haben.

*1. Rücktrittsgrund*

E muss ein vertragliches oder gesetzliches Rücktrittsrecht zustehen, § 346 Abs. 1 BGB. E und A haben ein auf einen Monat befristetes Rücktrittsrecht vereinbart.

*2. Fristgerechte Rücktrittserklärung, § 349 BGB*

E hat gegenüber ihrer Vertragspartnerin A den Rücktritt vom Kaufvertrag erklärt. Diese Erklärung müsste fristgerecht erfolgt sein. E wurde beginnend mit Auktionsende vertraglich ein 4-wöchiges Rücktrittsrecht eingeräumt. Fristbeginn war damit der 20.4.2012, § 187 Abs. 1 BGB. Fristende ist gem. § 188 Abs. 2 Var. 1 BGB der 17.5.2012. Da es sich hierbei jedoch um einen gesetzlichen Feiertag handelt, verschiebt sich das Fristende auf den 18.5.2012, § 193 BGB. Tatsächlich zur Kenntnis genommen hat A die Rücktrittserklärung zwar erst am 19.05.2012 und damit nach Ablauf der Frist. Für den Zugang der Rücktrittserklärung gem. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB ausreichend ist jedoch, dass diese derart in den Machtbereich der A gelangte, dass sie von deren Inhalt Kenntnis nehmen konnte (sog. Empfangstheorie).<sup>55</sup> Das war bereits mit Einwurf des Briefes in den Briefkasten der A am 18.5.2012 der Fall, so dass E den Rücktritt fristgerecht erklärt hat.

*3. Ergebnis*

E ist wirksam vom Kaufvertrag zurückgetreten und hat infolgedessen gem. § 346 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Rückgewähr des gezahlten Kaufpreises i.H.v. 125,- €.

**B. Ansprüche A gegen E****I. Anspruch auf Kaufpreiszahlung für das Lenormand-Kartenset i.H.v. 200,- € aus § 433 Abs. 2 BGB**

A und E haben einen wirksamen Kaufvertrag über das Lenormand-Kartenset geschlossen (s.o.). Der Kaufpreiszahlungsan-

<sup>55</sup> H.M., vgl. BGHZ 67, 271 (275); BGH NJW 1980, 990; BGH NJW 1983, 929 (930); BGH NJW 1998, 976 (977); BGH NJW 2004, 1320; *Einsele*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 6. Aufl. 2012, § 130 Rn. 9; *Singer* (Fn. 29), § 130 Rn. 8.

spruch ist jedoch gem. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB infolge der durch den Diebstahl eingetretenen Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1 Var. 1 BGB erloschen.

**II. Anspruch auf Kaufpreiszahlung für das Tarot-Kartenset i.H.v. 125,- € aus § 433 Abs. 2 BGB**

In gleicher Weise wurde auch ein wirksamer Kaufvertrag über das Tarot-Kartenset geschlossen. Durch Zahlung des Kaufpreises ist der Anspruch der A jedoch gem. § 362 Abs. 1 BGB ebenfalls erloschen.

**III. Anspruch auf Rückgewähr der Tarot-Karten gem. § 346 Abs. 1 Fall 1 BGB**

*1. Wirksamer Rücktritt*

Infolge des Rücktritts der E hat A gem. § 346 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Rückgabe der Tarot-Karten.

*2. Anspruch auf Wertersatz*

Allerdings wurden die Tarot-Karten im Feuer des Kamins vollständig zerstört, so dass E die Rückgewähr in natura gem. § 346 Abs. 1 BGB unmöglich ist. E könnte jedoch gem. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB zum Wertersatz verpflichtet sein. Hierfür müsste sich der empfangene Gegenstand verschlechtern haben oder untergegangen sein. Letzteres ist jedenfalls<sup>56</sup> dann der Fall, wenn die Sache, wie vorliegend, gänzlich zerstört ist. E ist damit gegenüber A grundsätzlich gem. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB zum Wertersatz verpflichtet. Für die Berechnung ist gem. § 346 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BGB die vertraglich vereinbarte Gegenleistung zugrunde zu legen. A hat demnach gegen E grundsätzlich einen Anspruch auf Wertersatz i.H.v. 125,- € gem. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB.

*3. Ausschluss der Wertersatzpflicht*

Die Pflicht zum Wertersatz könnte jedoch gem. § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB entfallen sein. Dann müsste der Untergang beim Berechtigten eingetreten sein, obwohl dieser die Sorgfalt beobachtet hat, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt.<sup>57</sup> Ob sich E in den hierdurch abgesteckten Grenzen bewegt hat, bedarf indes keiner Beantwortung, denn § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB scheidet vorliegend bereits deswegen aus, weil dieser sich nur auf ein gesetzliches Rücktrittsrecht bezieht. Auch eine analoge Anwendung des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB kommt nicht in Betracht. Eine vergleichbare Interessenlage setzt nämlich voraus, dass das vertragliche Rücktrittsrecht ein bereits von Gesetzes wegen bestehendes Rücktrittsrecht konkretisiert, modifiziert oder ersetzt.<sup>58</sup> Die Pflicht zum Wertersatz ist damit nicht gem. § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB entfallen.

<sup>56</sup> S. Faust, JuS 2009, 481 (484) m.w.N.

<sup>57</sup> S. zur sog. *diligentia quam in suis* statt vieler Grundmann, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 277 Rn. 3; Löwisch/Caspers, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2009, § 177 Rn. 3.

<sup>58</sup> Vgl. Annuß, JA 2006, 184 (188); Fikentscher/Heinemann (Fn. 52), Rn. 538; Gaier, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 346 Rn. 54; Grüneberg (Fn. 12), § 346

*4. Ergebnis*

A hat gegen E gem. § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB einen Anspruch auf Wertersatz i.H.v. 125,- €.

**IV. Anspruch auf Schadensersatz wegen Unmöglichkeit der Rückgewähr des Tarot-Kartensets gem. §§ 346 Abs. 4, 280 Abs. 1, 3, 283 BGB**

A könnte gegen E einen Anspruch auf Schadensersatz gem. §§ 346 Abs. 2, 280 Abs. 1, 3, 283 BGB haben.

*1. Anwendbarkeit der §§ 346 Abs. 4, 280 Abs. 1, 3, 283 BGB*

Die Schadensersatzpflicht des Rückgewährschuldners ist in den §§ 346 ff. BGB nicht gesondert geregelt. Vielmehr verweist § 346 Abs. 4 BGB auf die allgemeinen Regeln der §§ 280-283 BGB. Insoweit ist streitig, was § 346 Abs. 4 BGB genau mit der „Verletzung einer Pflicht aus Absatz 1“ meint. Vorliegend ist das Tarot-Kartenset bereits vor Erklärung des Rücktritts durch E untergegangen. Im Schrifttum wird vertreten, ein Schadensersatzanspruch nach § 346 Abs. 4 BGB könne nur bei einem schuldhaften Verhalten des Rückgewährschuldners nach Erklärung des Rücktritts bestehen.<sup>59</sup> Dafür spreche der Wortlaut, der die Verletzung einer Rückgewährpflicht verlange, die jedoch erst mit Erklärung des Rücktritts entstehe.

Mit der wohl überwiegenden Meinung ist indes davon auszugehen, dass auch das schuldhafte Verhalten des späteren Rückgewährschuldners, das zeitlich vor der Rücktrittserklärung liegt, zu einer Haftung aus § 346 Abs. 4 BGB führt.<sup>60</sup> Die Pflichtverletzung ist richtigerweise nämlich nicht in der eigentlichen Handlung vor Rücktrittserklärung zu sehen, sondern darin, dass die empfangene Leistung nach Rücktrittserklärung nicht oder nur verschlechtert zurückgegeben wird.<sup>61</sup>

Rn. 13. Röthel, in: Erman, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, § 346 Rn. 27.

<sup>59</sup> Faust, JuS 2009, 481 (487); Kaiser, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2012, § 346 Rn. 225; dies., JZ 2011, 1057 (1063); Looschelders (Fn. 14), Rn. 860; Perkams, Jura 2003, 150 (152); Röthel (Fn. 58), § 346 Rn. 40; Schneider, ZGS 2007, 57 (59 f.) jeweils m.w.N.

<sup>60</sup> S. OLG Frankfurt a.M. NJOZ 2011, 878 (879); LG Trier BeckRS 2005, 07069; Arnold, Jura 2002, 154 (158); Gaier (Fn. 58), § 346 Rn. 60; ders., WM 2002, 1 (12); Heinrichs, in: Liber Amicorum für Eike Schmidt zum 65. Geburtstag, 2005, S. 159 (S. 166 ff.); Hager, in: Festschrift für Hans-Joachim Musielak zum 70. Geburtstag, 2004, S. 195 (S. 199); Kamanabrou, NJW 2003, 30 (31); s.a. Konzen, in: Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, 2007, Bd. 1, S. 605 (S. 626).

<sup>61</sup> So ausdrücklich Grüneberg (Fn. 12), § 346 Rn. 15; Heinrichs (Fn. 60), S. 166; wohl auch Gaier (Fn. 58), § 346 Rn. 60. Im Ergebnis hat der Streit zumindest dann keine praktischen Konsequenzen, wenn man mit einem Teil der Literatur die Gegenansicht dahingehend ergänzt, dass i.R.d. Pflichtverletzung aus einer möglichen Kenntnis vom Rücktrittsrecht eine von der Rückgewährpflicht zu trennende, vorgreifliche Rücknahmepflicht aus §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB herzu-



Dies folgt aus dem gewandelten Verständnis der Leistungsstörung und der Entstehungsgeschichte der Norm. Dafür, dass mit § 346 Abs. 4 BGB gegenüber der Vorgängerregelung, nach der die Schadensersatzpflicht wegen Unmöglichkeit der Rückgewähr der empfangenen Leistung oder deren Verschlechterung nicht von der Erklärung des Rücktritts abhing, eine Beschränkung des Anwendungsbereichs bewirkt werden sollte, bestehen keinerlei Anhaltspunkte.<sup>62</sup>

## 2. Schuldverhältnis

Zwischen A und E besteht infolge des Rücktritts ein Rückgewährschuldverhältnis.

## 3. Unmöglichkeit der Rückgewähr der empfangenen Leistung

Die Rückgewähr der Tarot-Karten ist obj. unmöglich, § 275 Abs. 1 Var. 2 BGB.

## 4. Verschulden

E muss schuldhaft gehandelt haben. Fraglich ist der Maßstab des Verschuldens. Wertungsmäßig ist insoweit entscheidend, ob der Rückgewährschuldner davon ausgehen durfte, die empfangene Sache sei Teil seines Vermögens geworden. Dann nämlich glaubt er und darf er glauben, die empfangene Leistung endgültig behalten zu dürfen und muss beim Umgang hiermit überhaupt keine Sorgfaltsstandards einhalten.<sup>63</sup> Eine Haftung kommt dann nicht in Betracht. Vor diesem Hintergrund wird im Fall der Beschädigung oder Zerstörung der empfangenen Sache üblicherweise danach differenziert, ob der Rückgewährschuldner vom Rücktrittsgrund Kenntnis hatte oder jedenfalls hätte haben können.<sup>64</sup>

Anders als bisweilen im Fall eines gesetzlichen Rücktrittsrechts, bereitet diese Differenzierung vorliegend keine Schwierigkeiten: Weil E ein in ihr freies Belieben gestelltes vertragliches Rücktrittsrecht eingeräumt worden war, hatte sie vom Rücktrittsgrund Kenntnis. Sie durfte daher von Anfang an nicht davon ausgehen, den Leistungsgegenstand endgültig zu behalten. Bis zum Ablauf der vereinbarten Rücktrittsfrist war sie beim Umgang mit der Sache vielmehr gehalten, die im Verkehr erforderliche Sorgfalt zu beachten.<sup>65</sup> Dies versäumte sie jedoch, als sie aus Unachtsamkeit übersah, dass die Karten zwischen der Zeitung, die sie ins Feuer warf, steckten.

Etwas anderes könnte sich aber dann ergeben, wenn man den modifizierten Sorgfaltsmaßstab des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3

BGB, der die Haftung auf eigenübliche Sorgfalt i.S.d. § 277 BGB beschränkt, hier analog anwenden könnte.<sup>66</sup> E hat, weil sie auch sonst etwas schusselig ist, nicht aber grob fahrlässig handelte, die eigenübliche Sorgfalt gewahrt. Eine analoge Anwendung des § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB ist aber richtigerweise abzulehnen. Nicht nur widerspricht sie dem Willen des Gesetzgebers, der insoweit in der Gesetzesbegründung festhält, „dass für Schadensersatzansprüche ausschließlich die Vorschriften des allgemeinen Leistungsstörungsrechts maßgebend sind“.<sup>67</sup> § 346 Abs. 4 BGB verweist auch allein auf die §§ 280 ff. BGB, ohne die Privilegierung aufzugreifen.<sup>68</sup> Wertungswidersprüche zur Regelung des Wertersatzes, die auch nicht danach differenziert, ob der Rückgewährschuldner den Rücktrittsgrund kannte oder hätte kennen müssen, resultieren hieraus nicht. Wertersatz schuldet der Rückgewährschuldner verschuldensunabhängig, also insbesondere auch dann, wenn er nicht von der Rücktrittsmöglichkeit wissen musste.<sup>69</sup>

E hat demnach den Untergang der Tarot-Karten zu vertreten.

## 5. Schaden

Schließlich muss der A ein Schaden entstanden sein. Das Vorliegen eines Vermögensschadens ist mithilfe der Differenzhypothese durch einen Vergleich der tatsächlichen mit der hypothetischen Vermögenslage ohne Eintritt des schädigenden Ereignisses zu ermitteln.<sup>70</sup> Wäre die Rückgewähr der Tarot-Karten nicht unmöglich geworden, hätte E diese zurückgewähren müssen. Der objektive Wert des Tarot-Kartensets beträgt 350,- €, so dass A bei Vergleich von tatsächlicher mit hypothetischer Vermögenslage ein Schaden in dieser Höhe entstanden ist.

Möglicherweise bedarf dieses Ergebnis aber einer normativen Korrektur. Wenn der Wert der Leistung, wie hier, höher ist als der Wert der Gegenleistung, ließe sich argumentieren, das vertragliche Äquivalenzverhältnis müsse auch beim Schadensersatzanspruch wegen Unmöglichkeit der Rückgewähr aufrechterhalten werden. Eine dem § 346 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BGB entsprechende Vorschrift, der dies für den Wertersatz ausdrücklich festhält, findet sich i.R.d. § 346 Abs. 4 BGB zwar nicht und auch eine analoge Anwendung kommt aus

<sup>66</sup> *Heinrichs* (Fn. 60), S. 178.

<sup>67</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 196.

<sup>68</sup> *Kamanabrou*, NJW 2003, 30 (31).

<sup>69</sup> *Röthel* (Fn. 58), § 346 Rn. 44.

<sup>70</sup> St. Rspr., RGZ 77, 99 (101); 91, 30 (31); BGHZ 11, 16 (26); 27, 181 (183 f.); 40, 345 (347); 75, 366 (371); 86, 128 (130); 98, 212 (217); 99, 182 (196); BGH NJW 1988, 1837 (1838 f.); BGH NJW 1998, 302 (304); BGH NJW-RR 1998, 904 (907); BGH NJW 1999, 3625 (3625 f.); BGH NJW 2000, 2342 (2343); BGH NJW 2000, 2669 (2670); BGH NJW-RR 2001, 1428; BGHZ 161, 361 (366 f.); BGH NJW-RR 2006, 1403 (1404); BGH NJW-RR 2008, 905 (906); BGH NZG 2009, 865 (867); BGH NJW 2011, 1962 (1963); BGH DStRE 2011, 979 (980); BGH NJW 2012, 601 (602); BGH NZG 2012, 866 (871).

leiten ist, so *Annuß*, JA 2006, 184 (188); *Arnold*, ZGS 2003, 427 (432); *Faust*, in: *Juris Praxiskommentar zum BGB*, 6. Aufl., 2012, § 346 Rn. 110; *Kaiser* (Fn. 59), § 346 Rn. 226; *Röthel* (Fn. 58), § 346 Rn. 41; *Schwab*, JuS 2003, 630 (636); *Stadler*, in: *Jauernig, Kommentar zum BGB*, 14. Aufl. 2011, § 346 Rn. 9.

<sup>62</sup> *Heinrichs* (Fn. 60), S. 168 ff.

<sup>63</sup> *Faust*, JuS 2009, 481 (488); *Schwab*, JuS 2002, 630 (635).

<sup>64</sup> Letzteres ist freilich umstritten, vgl. etwa *Faust*, JuS 2009, 481 (488); *Kaiser* (Fn. 59), § 346 Rn. 228 m.w.N.

<sup>65</sup> BT-Drs. 14/6040, S. 195; *Gaier* (Fn. 58), § 346 Rn. 62 m.w.N.

denselben Gründen wie bei § 346 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 BGB<sup>71</sup> nicht in Betracht. Im Falle eines vertraglichen Rücktrittsrechts, das nur den Leistungsgläubiger zur Lösung vom Vertrag berechtigt, hat sich der Leistungsschuldner jedoch mit Vertragsschluss und der Vereinbarung einer unterhalb des objektiven Wertes der Leistung liegenden Gegenleistung, endgültig der Differenz zwischen Wert der Leistung und Gegenleistung bestehenden Wertes aus seinem Vermögen begeben. Auf die Frage der Rückabwicklung des Vertrages hat er keinerlei Einfluss mehr.<sup>72</sup> Vor diesem Hintergrund erschiene der Fall, dass dem zurücktretenden Schuldner die Rückgewähr der Leistung unmöglich ist, für den Gläubiger als „Geschenk des Himmels“. Insofern ist die Differenzhypothese dergestalt zu modifizieren, dass für die Berechnung des Schadens nicht der objektive Wert der Leistung, sondern der nach dem Willen der Parteien vorgesehene Wert, also der vertraglich vereinbarte Preis maßgeblich ist. Der A ist demnach nur ein Schaden i.H.d. vereinbarten Kaufpreises von 125,- € entstanden.

#### 6. Ergebnis

A hat gegen E einen Anspruch auf Schadensersatz i.H.v. 125,- € gem. §§ 346 Abs. 4, 280 Abs. 1, 3, 283 BGB. Begehrt A daneben Wertersatz (s. o.), so wäre dies nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, der dann im Ergebnis entfielen. Es widerspräche dem Bereicherungsverbot, wenn der Rückgewährgläubiger für ein und dasselbe Ereignis sowohl Wertersatz als auch Schadensersatz erhielte.<sup>73</sup>

---

<sup>71</sup> Vgl. oben Frage 2 B. II. 3.

<sup>72</sup> Dafür spricht auch, dass im Schrifttum für die hier freilich nicht relevante Frage der teleologischen Reduktion des § 346 Abs. 2 S. 2 Hs. 1 BGB häufig danach differenziert wird, auf wessen Pflichtverletzung das Rücktrittsrecht beruht, vgl. die Nachw. bei *Faust*, JuS 2009, 481 (487). Ein einseitiges vertragliches Rücktrittsrecht ist hiervon gerade losgelöst.

<sup>73</sup> *Hager* (Fn. 60), S. 200; *Kaiser* (Fn. 59), § 346 Rn. 289.