

# Fortgeschrittenenklausur: Ein Online-Shop und seine Tücken

Von Wiss. Mitarbeiter Dr. **Sebastian Fernkorn**, Passau\*

*Die Klausur behandelt Schwerpunkte aus dem allgemeinen Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches und dem allgemeinen Schuldrecht. Es geht dabei um die Einordnung eines Vertrags, der ein aktuell gängiges Geschäftsmodell größerer Online-Shops (sog. curated shopping) abbildet. Zudem werden Probleme im Bereich des Rücktritts und des Widerrufs aufgeworfen.*

## Sachverhalt

Die Zeilon-GmbH (Z) betreibt einen Online-Shop, bei dem Kunden Kleidung und modische Accessoires erwerben können. Das Konzept der Z ist dabei aber ein ganz besonderes: Anders als bei üblichen Online-Shops muss hier der Kunde seine Outfits nicht selbst aussuchen. Stattdessen muss der Kunde nur angeben, was sein üblicher Kleidungsstil ist, welche Kleidergrößen er trägt und ob er individuelle Wünsche hat. Basierend auf diesem Profil sucht dann einer der Stylisten der Z Komponenten zusammen, um den jeweiligen Kunden einzukleiden. Der Kunde hat anschließend die Möglichkeit, sich die ausgesuchten Komponenten anzusehen und ggf. Stücke auszutauschen. Unabhängig davon, ob der Kunde diese Möglichkeit nutzt, erhält er im Anschluss die Artikel per Post zugeschickt und hat fünf Tage Zeit, diese zurückzusenden oder zu behalten. Behält er sie, ist er zur Zahlung des Preises für die Artikel verpflichtet. Die Zahlung muss dabei 30 Tage nach Erhalt der Artikel erfolgen. Zahlungsinformationen werden nicht abgefragt, der Kauf erfolgt „auf Rechnung“. Behält der Kunde keinen der zugesandten Artikel, wird eine Servicepauschale von 9,95 € fällig. Z übernimmt dabei jegliche Hin- und Rücksendekosten.

Siegbert (S) erfährt durch Zufall vom Konzept der Z und ist begeistert. Da es ihm schon immer schwerfiel, sich beim Kauf von Kleidung zu entscheiden, nutzt er die Gelegenheit und bestellt gleich eine Box bei Z. Diese informiert ihn über die entsprechenden Zahlungsbedingungen, insbesondere über die Pflicht zur Zahlung der Servicepauschale, wenn S keinen Artikel behält. S stimmt dem zu. Zudem bestätigt S gegenüber Z, dass der Stylist der Z direkt mit dem Aussuchen der Ware beginnen darf und dass S sich bewusst ist, hierdurch sein Widerrufsrecht zu verlieren. Nach Abschluss aller Angaben betätigt S die Schaltfläche „zahlungspflichtig bestellen“.

Der Stylist beginnt daraufhin, Ware für S herauszusuchen. S hat hierbei als Präferenzen angegeben, dass er gerne eher Freizeitkleidung trägt, oft auch einen sportlichen Look. Der Stylist der Z sieht dies anders und hat das Gefühl, S könnte sich durchaus mal schicker anziehen. Daher sucht er S acht Kleidungsstücke im Business-Casual-Look, insbesondere Hemden und Chino-Hosen, heraus. Allerdings enthält die Box auch zwei Teile, die eher dem Kleidungsstil des S entsprechen, nämlich eine beige Sportjacke und schicke Sneaker (Preis für

beide Einzelartikel: 100 €). Als die Box fertig zusammengestellt ist, werden die Artikel S vorab per Mail angekündigt. Zwar hat S die Möglichkeit, sich die Artikel anzusehen und schon im Vorhinein abzulehnen oder auszuwechseln. Aus Zeitgründen nimmt S diese Möglichkeit jedoch nicht wahr. Daher erhält S schon zwei Tage später die Box mit der durch den Stylisten ausgewählten Kleidung zum Preis von 600 € zugesandt.

Leider hat S auch in der Folge nur wenig Freizeit. Daher öffnet er das Paket mit der Kleidung erst sieben Tage, nachdem ihm dieses zugestellt wurde. Er ist völlig entsetzt über die Auswahl der Kleidungsstücke. Ein Großteil der Kleidung entspreche nicht seinem Stil und sei weder sportlich noch Freizeitkleidung. Anders sei dies bei der Sportjacke und den Sneaker. Erstere gefalle ihm aber von der Farbe her nicht und die weißen Sneaker habe er schon, sogar von derselben Marke. Er möchte daher keines der Kleidungsstücke behalten und schickt die komplette Box wieder an Z zurück, wo die Box am nächsten Tag ankommt. Zusätzlich schreibt S eine Mail an Z, dass leider keines der Kleidungsstücke seinem Geschmack entspreche und er sich daher weigere, die Kleidung zu behalten oder zu zahlen. Auch die 9,95 € möchte S nicht zahlen, da der Stylist offensichtlich nicht seinen Anweisungen entsprechend gehandelt habe. Z erwidert, S solle sich nicht so anstellen. Zunächst einmal habe er lange genug Zeit gehabt, die Artikel zu prüfen. Zudem bringe die Auswahl von Kleidung durch einen Stylisten immer ein gewisses Risiko mit sich. Jedenfalls die 9,95 € müsste S zahlen, da der Stylist der Z ja tätig geworden sei.

## Fallfrage

Kann Z von S Zahlung von 600 € oder jedenfalls von 9,95 € verlangen? Es ist davon auszugehen, dass Z alle erforderlichen Belehrungen vorgenommen hat.

## Gliederung

### I. Anspruch der Z auf Zahlung von 600 € aus § 433 Abs. 2 BGB

1. Anspruch entstanden
  - a) Antrag der Z
    - (P) Rechtsbindungswille der Z
    - (P) Fehlen von essentialia negotii
    - (P) Auslegung des Antrags als Kaufvertrag
  - b) Annahme durch S
  - c) Keine Nichtigkeit nach § 312j Abs. 4 BGB
  - d) Ergebnis
2. Anspruch nicht erloschen
  - a) Rücktritt des S
    - aa) Rücktrittsrecht des S
      - (1) Schuldverhältnis
      - (2) Pflichtverletzung
        - (P) Umfang der Leistungspflichten der Z
      - (3) Fristsetzung
        - (P) Entbehrlichkeit der Fristsetzung bei vor-sätzlicher Pflichtverletzung

\* Der Autor ist Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Römisches Recht, Europäisches Privatrecht und Europäische Rechtsgeschichte an der Universität Passau.

- (4) Kein Ausschluss nach § 323 Abs. 5 S. 1 BGB (P) Auslegung des Gläubigerinteresses
- (5) Ergebnis
- bb) Rücktrittserklärung
- cc) Ergebnis
- b) Widerruf des S
  - aa) Widerrufsrecht
    - (1) Anwendbarkeit
    - (2) Vorliegen eines Fernabsatzvertrags
    - (3) Kein Ausschluss
    - (4) Kein Erlöschen des Widerrufsrechts (P) § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB bei Schlechterfüllung
    - (5) Ergebnis
  - bb) Fristgemäße Widerrufserklärung
  - cc) Ergebnis
- 3. Ergebnis

**II. Anspruch der Z gegen S auf Zahlung von 9,95 € aus § 631 Abs. 1 BGB**

**III. Gesamtergebnis**

**Lösungsvorschlag**

**I. Anspruch der Z auf Zahlung von 600 € aus § 433 Abs. 2 BGB**

*1. Anspruch entstanden*

Ein Anspruch der nach § 13 Abs. 1 GmbHG rechtsfähigen Z-GmbH könnte sich aus § 433 Abs. 2 BGB ergeben, wenn zwischen Z und S ein wirksamer Kaufvertrag geschlossen wurde.

Ein Kaufvertrag erfordert zwei aufeinander bezogene Willenserklärungen, Antrag und Annahme (§§ 145, 147 Abs. 1 BGB).

*a) Antrag der Z*

Ein Antrag der Z könnte bereits im Zurverfügungstellen des Online-Portals zu sehen sein. Dazu müsste sich aus dem Online-Portal der unbedingte Wille der Z zum Vertragsschluss (Rechtsbindungswille) ergeben und zudem müsste das Angebot alle für die vertragliche Verpflichtung relevanten Informationen beinhalten (essentialia negotii).

Hier könnte schon der Rechtsbindungswille problematisch sein. Es ist zweifelhaft, ob Z wirklich mit jedem Besucher der Webseite einen verbindlichen Vertrag schließen will, ohne mögliche Risiken, insbesondere die Bonität des Kunden, prüfen zu können. Allerdings ist hier auf die Besonderheiten des Online-Shops der Z Rücksicht zu nehmen. Zunächst einmal geht Z beim Verkauf der Artikel sowieso in Vorleistung, der Kunde muss erst 30 Tage nach Erhalt der Artikel bezahlen. Dies bedeutet, dass Z sowieso das Insolvenzrisiko der jeweiligen Kunden trägt, ohne vorher eine Möglichkeit zu haben, deren Bonität zu prüfen. Insbesondere werden anfangs keine Zahlungsinformationen abgeprüft. Zudem findet sich am Ende des Bestellvorgangs der Button „zahlungspflichtig bestellen“, was darauf hindeutet, dass Z mit der Zurverfügungstellung des Buttons bereits das Angebot abgibt, sich vertraglich zu

binden. Auch bieten die Einstellungsmöglichkeiten des Online-Shops genug Möglichkeiten, sich gegen zahlungsunwillige Kunden zu schützen, indem man bestimmte Namen und Adressen vorab sperrt. Daher liegt bereits im Zurverfügungstellen des Online-Shops samt der Schaltfläche „jetzt zahlungspflichtig bestellen“ ein Angebot der Z.

*Hinweis:* A.A. gut vertretbar, dann läge in der Betätigung der Schaltfläche ein Angebot des S, welches Z mit der Bestätigungsmail angenommen hat.

Dieses Angebot müsste aber auch alle essentialia negotii enthalten und insbesondere auch auf den Abschluss eines Kaufvertrags gerichtet sein. Essentialia negotii wären vorliegend Kaufsache, Kaufpreis und beide Vertragsparteien. Durch den Online-Shop steht jedenfalls Z als Vertragspartei fest. S steht als anderer Teil zwar nicht von vornherein fest – allerdings richtet sich die Webseite an alle potentiellen Kunden und bietet jedem den Vertragsschluss an, weshalb die jeweilige Vertragspartei jedenfalls bestimmbar ist (offerta ad incertas personas), was ausreichend ist.

Jedoch stehen zu dem Zeitpunkt, zu dem S die Möglichkeit hat, den Button zu klicken, weder Kaufsache noch Kaufpreis fest. Der Stylist der Z hat vielmehr die Möglichkeit, alle möglichen Artikel in die Box zu legen und auch der Preis kann quasi beliebig variieren. Die jeweiligen Artikel sind auch nicht objektiv bestimmbar, sondern werden vom Stylisten, der für Z als Vertragspartei handelt, nach seinem Willen ausgewählt. Allerdings hält das Gesetz in § 315 BGB Regelungen für den Fall vor, dass eine Partei nach vertraglicher Vereinbarung einseitig ein Leistungsbestimmungsrecht hat. § 316 BGB zeigt, dass ein solches Recht auch für die Gegenleistung, also den Kaufpreis, bestehen kann. Daher führt auch die fehlende Vereinbarung über Kaufsache und Kaufpreis nicht dazu, dass essentialia negotii im Antrag der Z fehlen, da auch die Bestimmung durch eine Partei genügt, sofern eindeutig ist, welche Partei die Leistung bestimmen darf. Dies ist hier gegeben, weshalb der Antrag der Z alle erforderlichen essentialia negotii enthält.<sup>1</sup>

Dieser Antrag müsste aber gerade auch auf den Abschluss eines Kaufvertrags gerichtet sein. Hier erhält S zwar die Möglichkeit, die Kleidung gegen Entgelt zu erwerben, was typische kaufvertragliche Pflichten darstellt (§ 433 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB). Jedoch enthält der Vertrag auch die Pflicht der Z, durch einen Stylisten passende Outfits für S auszusuchen, was keine kaufvertragliche, sondern eine werk- oder dienstvertragliche Komponente darstellt. Wie genau dieser Teil der Leistungspflicht zu qualifizieren ist, kann hier noch offenbleiben, jedenfalls liegt hierdurch kein reiner Kaufvertrag vor.

Wie mit Verträgen, die Komponenten mehrerer Vertragstypen beinhalten, umzugehen ist, richtet sich nach der Art des Vertragstyps.<sup>2</sup> Steht eine der Leistungspflichten zentral im Vordergrund, kommt in Betracht, den gesamten Vertrag nach

<sup>1</sup> A.A. für Fälle des sog. Curated Shopping *Rockenbach/Schaff*, *VuR* 2014, 376.

<sup>2</sup> *Emmerich*, in: *Münchener Kommentar zum BGB*, 9. Aufl. 2022, § 311 Rn. 29 ff. m.w.N.

der für diese Leistungspflicht typischen Vertragsform zu bestimmen (sog. Absorptionsmethode).<sup>3</sup> Bestehen hingegen Leistungspflichten nebeneinander, liegt ein typengemischter Vertrag vor, wobei jeweils die Regelungen zu dem Vertragstypen Anwendung finden, um dessen Pflichten es geht (sog. Kombinationsmethode)<sup>4</sup> – hier also die Regelungen des Kaufrechts, wenn es um Übergabe und Übereignung der Ware geht und die Regelungen des Werk- oder Dienstvertragsrechts, wenn es um die Tätigkeit des Stylisten geht. Vorliegend steht keine der Pflichten der Z zentral im Vordergrund – vielmehr bestehen die Pflicht, die Kleidung auszusuchen und die Pflicht, diese zu übergeben und zu übereignen, eigenständig nebeneinander. Daher ist hinsichtlich der Pflicht des S, den Preis für die Ware zu zahlen, Kaufrecht anwendbar und es gelten insoweit die §§ 433 ff. BGB, insbesondere § 433 Abs. 2 BGB.

Allerdings käme in Betracht, dass der kaufvertragliche Teil der geschuldeten Leistung unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung der Ware durch S steht, § 158 Abs. 1 BGB. Hier soll S die Ware von Z erhalten und innerhalb von fünf Tagen die ungewünschte Ware zurückschicken und den Rest behalten. Dies lässt sich als ein Kauf auf Probe<sup>5</sup> auslegen, bei der das Zustandekommen des Kaufvertrags im Zweifel unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung der Ware liegt, § 454 Abs. 1 S. 2 BGB. Insoweit gilt, dass die Billigung innerhalb einer vereinbarten Frist erfolgen muss. Diese wurde hier auf fünf Tage vereinbart. Da S als Käufer die Ware übergeben wurde, gilt hier sein Schweigen nach fünf Tagen bereits als Billigung, § 455 S. 2 BGB. Daher ist die aufschiebende Bedingung der Billigung der Ware eingetreten, § 158 Abs. 1 BGB.

Ein Antrag der Z, gerichtet auf Abschluss eines Kaufvertrags, liegt daher vor.

#### b) Annahme durch S

Diesen Antrag müsste S auch angenommen haben, § 147 Abs. 2 BGB. S hat das Angebot der Z durch das Klicken auf die Schaltfläche ohne Abänderungen angenommen.

#### c) Keine Nichtigkeit nach § 312j Abs. 4 BGB

Z hat S eine Schaltfläche zur Verfügung gestellt, die mit den Worten „jetzt zahlungspflichtig bestellen“<sup>6</sup> beschriftet war und daher seine Pflicht aus § 312j Abs. 3 S. 2, Abs. 1 BGB erfüllt, weshalb § 312j Abs. 4 BGB unabhängig davon, ob ein Vertrag i.S.d. § 312j Abs. 2 BGB vorliegt, dem Zustandekommen des Vertrags nicht entgegensteht.

#### d) Ergebnis

Der Anspruch aus § 433 Abs. 2 BGB ist entstanden.

<sup>3</sup> Emmerich (Fn. 2), § 311 Rn. 29; Herresthal, in: Beck'scher Online-Großkommentar BGB, Stand: 15.9.2022, § 311 Rn. 91.

<sup>4</sup> Emmerich (Fn. 2), § 311 Rn. 29; Herresthal (Fn. 3), § 311 Rn. 91.

<sup>5</sup> Instrukтив Bodenheimer, in: Beck'scher Online-Großkommentar BGB, Stand: 1.8.2022, § 454 Rn. 1 ff.

<sup>6</sup> Die Anforderungen des § 312j Abs. 4 BGB sind denkbar streng, hierzu AG Köln BeckRS 2014, 10701.

#### 2. Anspruch nicht erloschen

Der Anspruch könnte jedoch nach § 346 Abs. 1 BGB oder nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB erloschen sein, wenn S wirksam vom Vertrag zurückgetreten ist oder diesen wirksam widerrufen hat.

##### a) Rücktritt des S

Der Anspruch könnte nach § 346 Abs. 1 BGB erloschen sein, wenn S ein Rücktrittsrecht Zustand und er den Rücktritt wirksam erklärt hat.

##### aa) Rücktrittsrecht des S

In Betracht käme ein gesetzliches Rücktrittsrecht des S aus §§ 323 Abs. 1, 634 Nr. 3 BGB.

##### (1) Gegenseitiger Vertrag

Dieses Rücktrittsrecht setzt zunächst einen gegenseitigen Vertrag voraus, der hier in Form eines typengemischten Vertrags bestand.

##### (2) Pflichtverletzung

Zudem müsste Z eine Pflicht aus diesem gegenseitigen Vertrag verletzt haben, wobei die Pflichtverletzung gem. § 323 Abs. 1 BGB in der Nicht- oder Schlechterfüllung einer fälligen und durchsetzbaren (arg. § 390 BGB) Leistungspflicht bestehen muss. Die gelieferte Ware selbst war frei von Fehlern und auch genau die Ware, die der Stylist entsprechend ausgewählt hat, weshalb ein Sachmangel als Pflichtverletzung nicht in Betracht kommt. Allerdings könnte die Auswahl der Artikel durch den Stylisten fehlerhaft erfolgt sein und hierdurch im werk- oder dienstvertraglichen Teil des Vertrags eine Leistungspflicht verletzt worden sein.

Hierzu ist durch Auslegung des Vertrags (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln, ob Z zu einer bloßen Tätigkeit (§ 611 Abs. 1 BGB) oder zur Herbeiführung eines Erfolges verpflichtet ist (§ 631 Abs. 1 BGB).<sup>7</sup>

Z und S haben hier einen Vertrag geschlossen, dessen Inhalt es unter anderem ist, dass S bestimmte Präferenzen hinsichtlich seines Kleidungsstils angibt und Stylisten der Z für S Outfits zusammenstellen, die diesem Kleidungsstil entsprechen. Aus Sicht eines objektiven Dritten ergibt sich insoweit, dass es für Kunden wie S gerade maßgeblich ist, dass die Outfits auch ihren Präferenzen entsprechend zusammengestellt werden. So wäre die Vorauswahl durch Z weitgehend sinnlos, wenn sich diese nicht an den Präferenzen und insbesondere auch an den Größen des Kunden orientieren würde. Dies gilt umso mehr, als dass die Vorauswahl entsprechend vergütet wird und der Kunde wohl regelmäßig kein Interesse daran hat, eine Vorauswahl zu bezahlen, die sich nicht an seinen genannten Präferenzen orientiert. Dass dies für den jeweiligen Kunden wichtig ist, ist für Z zumindest erkennbar, vielmehr noch basiert das gesamte Verkaufskonzept der Z hierauf. Daher ist hier nicht nur die Tätigkeit der Auswahl der

<sup>7</sup> Zur Abgrenzung von Dienst- und Werkvertrag instruktiv Looschelders, Schuldrecht, Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 28 Rn. 3 ff.

Kleidung geschuldet, sondern auch, dass diese sich an den vom Kunden genannten Präferenzen orientiert. Es bestehen daher werkvertragliche Pflichten der Z (siehe insoweit auch § 631 Abs. 2 BGB), keine dienstvertraglichen.

*Hinweis:* A.A. an dieser Stelle gut vertretbar, wenn man nur die Pflicht zum Tätigwerden unter gewissen Weisungen und damit einen Dienstvertrag annimmt. Dann läge aber insoweit eine Leistung außerhalb dieser Weisungen und insoweit eine Teil-Nichtleistung vor, weshalb § 323 Abs. 1 BGB direkt anwendbar wäre.

Daher könnte in der Auswahl der Kleidung ein Werkmangel liegen, § 633 Abs. 2 S. 1 BGB. Dann dürfte das von Z erbrachte Werk nicht der vereinbarten Beschaffenheit entsprechen. Vereinbart war hier, dass Z durch einen Stylisten für S Outfits aussuchen lässt, die den zuvor angegebenen Präferenzen des S entsprechen. Zwar mag es, wie auch hier, vorkommen, dass dem Kunden kein einziger der ausgewählten Artikel gefällt. Die zwischen S und Z vereinbarte Beschaffenheit des Werks geht auch nicht so weit, dass Z Artikel finden muss, die S gefallen – diese Zusage gibt Z S an keiner Stelle. Allerdings erfasst die vertragliche Werkleistung jedenfalls, dass die Auswahl der Artikel durch Z den Präferenzen des S entspricht. Hier hat der Stylist der Z acht Artikel im Business-Casual-Look ausgewählt. S hat als Präferenzen jedoch angegeben, dass er Freizeitkleidung und den sportlichen Look bevorzuge. Die Auswahl entspricht insoweit nicht seinen Präferenzen, so dass ein Werkmangel hinsichtlich der acht ausgesuchten Teile nach § 633 Abs. 2 S. 1 BGB gegeben ist. Hinsichtlich der beiden anderen Teile gilt, dass diese den zuvor angegebenen Präferenzen des S entsprechen, insoweit liegt daher kein Werkmangel vor. Das Rücktrittsrecht des S ergibt sich aus den §§ 634 Nr. 3, 323 Abs. 1 BGB.

### (3) Fristsetzung

Zudem müsste S Z eine Frist zur Nacherfüllung gesetzt haben. S hat Z hier keine Frist gesetzt. Die Fristsetzung könnte aber gem. § 323 Abs. 2 BGB entbehrlich sein. Hier käme zunächst eine ernsthafte und endgültige Erfüllungsverweigerung der Z gem. § 323 Abs. 2 Nr. 1 BGB dadurch in Betracht, dass sie gesagt hat, S solle sich nicht so anstellen. Allerdings sind an eine solche Verweigerung hohe Hürden zu stellen<sup>8</sup> – es ist nicht ausreichend, dass Z auf ihren Zahlungsanspruch besteht, vielmehr ist für eine ernsthafte und endgültige Verweigerung erforderlich, dass die Aussage der Z als „letztes Wort“ anzusehen ist, von dem Z nicht mehr bereit ist, abzurücken. Dafür ist bei der Aussage, S solle sich nicht so anstellen, nichts ersichtlich.

Allerdings könnte die Nacherfüllung gem. § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB dadurch entbehrlich sein, dass besondere Umstände unter Abwägung der beiderseitigen Interessen einen sofortigen Rücktritt rechtfertigen. Diese besonderen Umstände könnten hier darin liegen, dass der Stylist der Z vorsätzlich von den Angaben des S abgewichen ist und somit bewusst

<sup>8</sup> *Ernst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 323 Rn. 101.

ein mangelhaftes Werk erbracht hat. Z bedient sich dabei zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten aus dem gemischten Kauf- und Werkvertrag der Tätigkeit des Stylisten, weshalb ihr dessen vorsätzliches Handeln gem. § 278 S. 1 BGB zuzurechnen ist. Fraglich ist daher, ob vorsätzliches Handeln des Werkunternehmers einen besonderen Umstand darstellt, der den sofortigen Rücktritt vom Vertrag ermöglicht. Hierfür spricht die Wertung des § 634a Abs. 3 BGB, der eine längere Verjährung in Fällen anordnet, in denen der Unternehmer den Mangel arglistig verschweigt und somit zeigt, dass das Gesetz den arglistig Handelnden für nicht schutzwürdig erachtet. Ähnliches zeigt die Wertung des § 639 BGB, wonach der Unternehmer sich nicht auf einen Haftungsausschluss berufen kann, wenn er den Mangel arglistig verschweigt. Aber auch Sinn und Zweck des § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB sprechen dafür, im Falle von arglistigem Handeln keine Fristsetzung zu fordern: Das Fristsetzungserfordernis dient dazu, dem Werkunternehmer eine zweite Chance zur Leistung zu geben, wenn die erste Leistung mangelhaft erfolgt ist (Recht zur zweiten Andienung). Diese Chance ist für den Unternehmer aber dann nicht verdient, wenn er vorsätzlich dem Besteller ein fehlerhaftes Werk erbringt – insoweit fehlt es an der Schutzbedürftigkeit des Unternehmers.<sup>9</sup> Dem ließe sich im Fall hier entgegenhalten, dass der Besteller S die Ware ja direkt erhält und den Werkmangel bemerkt, also Z anders als im üblichen Fall einer arglistigen Täuschung nicht versucht, S ein mangelhaftes Werk als mangelfrei unterzuschieben. Allerdings ändert diese Tatsache weder etwas daran, dass Z als vorsätzlich handelnder Vertragspartner nicht schutzwürdig ist, noch daran, dass das Gesetz den vorsätzlich mangelhaft Leistenden nicht privilegiert. Daher ist hier wegen des vorsätzlichen Handelns der Z keine Fristsetzung erforderlich, § 323 Abs. 2 Nr. 3 BGB.

Ein gleiches Ergebnis ergibt sich aus der Anwendung des § 636 Var. 3 BGB.<sup>10</sup>

### (4) Kein Ausschluss nach § 323 Abs. 5 S. 1 BGB

Der Rücktritt vom ganzen Vertrag könnte aber gem. § 323 Abs. 5 S. 1 BGB dadurch ausgeschlossen sein, dass Z eine Teilleistung bewirkt hat. Z hat hier die Werkleistung mangelhaft erbracht, die sich daran anschließenden Pflichten aus dem Kaufvertrag aber mangelfrei. Daher liegt hier eine Teilleistung vor, so dass für einen Rücktritt vom gesamten Vertrag S als Gläubiger an der Teilleistung kein Interesse gehabt haben dürfte. Hier hängen die werkvertragliche und die kaufvertragliche Pflicht der S aber dergestalt miteinander zusammen, dass die Werkleistung gerade in der Auswahl der Kaufgegenstände lag. Das führte dazu, dass Z Gegenstände ausgewählt hat, die überwiegend nicht dem Kleidungsstil des S entsprechen. Hinsichtlich dieser Kleidungsstücke hat S also jedenfalls kein Interesse an der Teilleistung.

<sup>9</sup> So auch BGH NJW 2007, 835 (836 f.); *Looschelders*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.11.2022, § 323 Rn. 202; ebenso zu § 636 BGB *Busche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 8. Aufl. 2020, § 636 Rn. 23.

<sup>10</sup> Zum Verhältnis von § 323 Abs. 2 BGB und § 636 BGB *Busche* (Fn. 9), § 636 Rn. 11.

Etwas anderes könnte nur hinsichtlich der beige Jacke und der Sneaker gelten. Diese entsprechen grundsätzlich dem Stil des S – dieser hat für die Teile allein deswegen keine Verwendung, weil die Farbe nicht stimmt bzw. er das Produkt bereits hat. Das Interesse i.S.d. § 323 Abs. 5 S. 1 BGB ist dabei nach dem Vertragszweck zu bestimmen, indem untersucht wird, ob das mit dem Vertrag bezweckte Ziel mit der Teilleistung jedenfalls teilweise erreicht wird oder ob das Gläubigerinteresse bei einem Teilrücktritt noch verletzt wäre.<sup>11</sup> Hier bestand der Vertragszweck darin, dass Z S Kleidung entsprechend seiner Präferenzen aussucht und dieser innerhalb einer vereinbarten Frist entscheidet, ob er diese Kleidung behalten möchte. Hinsichtlich der nach den Präferenzen des S ausgesuchten Kleidungsstücke wird aber genau dieser Vertragszweck verwirklicht – auch bei mangelfreier Leistung hätte Z S die Jacke und die Sneaker zugeschickt. Dass die den Präferenzen des S entsprechenden Teile diesem am Ende doch nicht gefallen, ist dem vertraglichen Risiko des S zuzuordnen – er hätte die Artikel innerhalb der Frist begutachten müssen. Daher wird hinsichtlich dieser beiden Artikel der Vertragszweck weiterhin verwirklicht – das Interesse des S wird durch den Teilrücktritt hinreichend gewahrt. Daher ist ein Rücktritt vom gesamten Vertrag hier ausgeschlossen, S ist nur ein Teilrücktritt hinsichtlich der anderen acht Artikel möglich.

#### (5) Ergebnis

S steht ein Teilrücktrittsrecht hinsichtlich der Werkleistung und der acht verkauften Artikel zum Preis von 500 € zu.

#### bb) Rücktrittserklärung

Zudem müsste S den Rücktritt auch erklärt haben, § 349 BGB. S hat gegenüber Z erklärt, dass er sich weigert, die Kleidung zu behalten oder zu zahlen, weil die Artikel nicht seinem Geschmack entsprechen. Dies ließe sich, da ohne Ausübung von Gestaltungsrechten eine Zahlungspflicht besteht, als Ausübung eines die Leistungspflicht erlöschen lassenden Gestaltungsrecht auslegen. Allerdings käme hier neben dem Rücktritt auch eine Auslegung als Widerruf in Betracht. Ob die Erklärung als Rücktritt oder Widerruf auszulegen ist, hängt davon ab, was dem Interesse des Erklärenden, hier S, mehr entspräche, §§ 133, 157 BGB.<sup>12</sup> Hier wäre nur ein Teilrücktritt möglich, weshalb im Folgenden zunächst zu prüfen ist, ob S auch ein Widerrufsrecht zustand und dann, welches Gestaltungsrecht dem objektiv erkennbaren Willen des S, möglichst vom ganzen Vertrag Abstand nehmen zu können, mehr entsprechen würde.

#### cc) Ergebnis

Der Anspruch der Z ist gem. § 346 Abs. 1 BGB zum Teil erloschen, vorbehaltlich einer Auslegung der Erklärung des S

<sup>11</sup> BGH NJW 1990, 3011 (3013); *Ernst* (Fn. 8), § 323 Rn. 205.

<sup>12</sup> Zu vergleichbaren Fällen der Kündigung BGH NJW-RR 2012, 1197 (1199 f.); zur Anfechtung BGH NJW 2007, 2110 (2111); allgemein *Mörsdorf*, in: Beck'scher Online-Großkommentar zum BGB, Stand: 1.6.2022, § 355 Rn. 59.

als Widerruf.

#### b) Widerruf des S

Der Vertrag könnte aber durch einen Widerruf des S nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB erloschen sein. Hierzu müsste S ein Widerrufsrecht haben und den Widerruf fristgemäß erklärt haben.

#### aa) Widerrufsrecht

S könnte hier gem. §§ 355 Abs. 1 S. 1, 312g Abs. 1 Var. 2 BGB ein Widerrufsrecht zustehen.

#### (1) Anwendbarkeit

Hierzu müsste § 312g Abs. 1 BGB zunächst nach § 312 BGB anwendbar sein. Dies erfordert gem. § 312 Abs. 1 BGB einen Verbrauchervertrag, bei dem sich der Verbraucher zur Zahlung eines Preises verpflichtet. Ein Verbrauchervertrag ist gem. § 310 Abs. 3 BGB ein Vertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer. S kauft hier für den privaten Bedarf Kleidung und handelt daher als natürliche Person weder für seine gewerbliche noch für seine selbständige berufliche Tätigkeit und mithin als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB. Z ist eine GmbH, deren Tätigkeit es gerade ist, Kleidung zu veräußern und die daher hier als Unternehmer i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB im Rahmen ihrer gewerblichen Tätigkeit handelt. Im Übrigen ist eine GmbH keine natürliche Person und kann daher ohnehin niemals als Verbraucherin handeln. Ein Verbrauchervertrag liegt daher vor. In diesem Rahmen verpflichtet sich S auch zur Zahlung eines Preises, nämlich des Kaufpreises. Dass diese Pflicht erst durch die Auswahl der Z konkretisiert wird, schadet insoweit nicht – eine Verpflichtung zur Zahlung eines Preises besteht gleichwohl schon durch die Eingehung des Vertrags. Ausschlussgründe nach § 312 Abs. 2–8 BGB sind nicht ersichtlich. § 312g Abs. 1 BGB ist daher anwendbar.

#### (2) Vorliegen eines Fernabsatzvertrags

Zudem müsste ein Fernabsatzvertrag gem. § 312c Abs. 1 BGB vorliegen. Hier haben S und Z den Vertrag nur über die Webseite der Z geschlossen, was ein Telemedium und damit ein Fernkommunikationsmittel i.S.d. § 312c Abs. 2 BGB darstellt. Für Vertragsverhandlungen und Vertragsschluss wurde auch ausschließlich die Webseite der Z genutzt. Diese dient auch gerade dem regelmäßigen Vertragsschluss mit Kunden und ist daher ein für den Fernabsatz organisiertes Dienstleistungssystem. Ein Fernabsatzvertrag liegt daher vor.

#### (3) Kein Ausschluss

Das Widerrufsrecht dürfte zudem nicht gem. § 312g Abs. 2, Abs. 3 BGB ausgeschlossen sein. Hier käme ein Ausschluss nach § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB in Betracht. Zwar werden die Artikel hier individuell durch den Verbraucher ausgewählt, allerdings sind die Kleidungsstücke vorgefertigte Massenware und die Auswahl durch den Verbraucher ist zudem nicht für deren Herstellung relevant, weshalb ein Ausschluss nach

§ 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB nicht in Betracht kommt.<sup>13</sup> Weitere Ausschlussgründe sind nicht ersichtlich.

*(4) Kein Erlöschen des Widerrufsrechts*

Das Widerrufsrecht dürfte zudem nicht gem. § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB erloschen sein. Hierzu müsste ein Vertrag zur Erbringung von Dienstleistungen vorliegen. Vorliegend haben S und Z einen typengemischten Vertrag mit Elementen aus dem Werkvertragsrecht und solchen aus dem Kaufrecht geschlossen. In diesem Rahmen wird auch eine Dienstleistung erbracht, nämlich das Aussuchen der Kleidungsstücke durch Z.<sup>14</sup> Wie mit einem typengemischten Vertrag umzugehen ist, der auch eine Dienstleistung enthält, kann dabei ggf. offenbleiben, wenn schon die Dienstleistung selbst nicht vollständig erbracht worden ist. Hier wurde die Dienstleistung, Kleidungsstücke entsprechend der Präferenzen des S auszusuchen, mangelhaft erbracht. Dies könnte dazu führen, dass die Dienstleistung noch nicht vollständig erbracht wurde.

Dabei ist insbesondere der Schutzzweck des § 356 Abs. 4 BGB zu berücksichtigen. Dieser hat vor dem Hintergrund des Verbraucherschutzes eine harte Konsequenz, nämlich dem Verbraucher das ihn schützende Widerrufsrecht zu nehmen. Dies kann bei Dienstleistungen dadurch gerechtfertigt sein, dass ansonsten für die Erbringer von Dienstleistungen ein zu hohes Risiko besteht, nach vollständiger Vertragserfüllung mit einem Widerruf konfrontiert zu werden. Dem Verbraucher soll aber das Widerrufsrecht erst dann genommen werden, wenn der Unternehmer seine Verpflichtung vollständig erbracht hat – insbesondere also auch keine weiteren Pflichten wie die der Nacherfüllung noch bestehen. Nur in diesen Fällen ist der Verbraucher in einer Situation, in der ihm ein vorzeitiger Verlust des Widerrufsrechts zumutbar ist.<sup>15</sup> Daher liegt im Fall der mangelhaften Leistung hier noch keine vollständige Vertragserfüllung, weshalb das Widerrufsrecht nicht nach § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB erloschen ist.

*Hinweis:* A.A. gut vertretbar. Dann muss der Bearbeiter sich noch auseinandersetzen, ob § 356 Abs. 4 Nr. 2 BGB auch auf typengemischte Verträge Anwendung findet und insbesondere, ob in diesem Fall der gesamte Vertrag widerrufen werden kann.

*(5) Ergebnis*

S hat ein Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 Var. 2 BGB.

<sup>13</sup> Zur allgemein sehr engen Auslegung dieses Ausschlussgrundes *Martens*, in: Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.8.2022, § 312g Rn. 17 ff.

<sup>14</sup> Dienstleistung i.S.d. § 356 Abs. 4 BGB meint auch eine Werkleistung nach § 631 Abs. 1 BGB, *Fritsche*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 9. Aufl. 2022, § 356 Rn. 39; *Mörsdorf* (Fn. 12), § 356 Rn. 52; ebenso zum früheren § 312b Abs. 1 S. 1 BGB, BGH NJW-RR 2017, 368 (370 ff.).

<sup>15</sup> Ebenso *Fritsche* (Fn. 14), § 356 Rn. 40; *Mörsdorf* (Fn. 12), § 356 Rn. 55.

*bb) Fristgemäße Widerrufserklärung*

S müsste zudem den Widerruf fristgemäß erklärt haben. Die Erklärung des S ließe sich, wie zuvor dargestellt, als Widerruf oder Rücktritt auslegen, je nachdem, welche Rechtsfolgen dem Interesse des S mehr entsprechen. Ob sich der Fristbeginn bei dem typengemischten Vertrag hier nach § 355 Abs. 2 S. 2 BGB oder nach § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB richtet, kann dahinstehen. Auch bei einem früheren Fristbeginn schon ab Vertragsschluss nach § 355 Abs. 2 S. 2 BGB hätte S den Widerruf neun Tage nach Vertragsschluss und damit innerhalb der vierzehntägigen Frist nach § 355 Abs. 2 S. 1 BGB erklärt. Eine mögliche Widerrufserklärung wäre daher fristgemäß gewesen.

Diese Widerrufsfrist wurde auch nicht durch die vertragliche Vereinbarung, dass S die Ware innerhalb von fünf Tagen prüfen muss, verkürzt. Eine solche Vereinbarung wäre jedenfalls nach § 361 Abs. 2 S. 1 BGB unwirksam.

Da die Erklärung also sowohl als Rücktritt als auch als Widerruf ausgelegt werden kann und beide Gestaltungsrechte S auch zustehen, ist durch Auslegung zu ermitteln, welches Recht dem Interesse des S mehr entspricht. Während ein Rücktritt nur von einem Teil des Vertrags möglich ist, Zahlungsansprüche gegen S aber i.H.v. 100 € bestehen bleiben, ist der Widerruf vom ganzen Vertrag möglich. S äußert in seiner Mail den Willen, die Kleidung gar nicht zu bezahlen, möchte also möglichst vom ganzen Vertrag Abstand nehmen. Daher entspricht es hier dem Interesse des S mehr, die Erklärung als Widerruf auszulegen.

*cc) Ergebnis*

Der Vertrag zwischen Z und S ist durch Widerruf nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB erloschen.

*3. Ergebnis*

Z hat gegen S keinen Anspruch auf Zahlung von 600 € aus § 433 Abs. 2 BGB.

**II. Anspruch der Z gegen S auf Zahlung von 9,95 € aus § 631 Abs. 1 BGB**

Auch der vertragliche Anspruch der Z für die erbrachte Werkleistung aus § 631 Abs. 1 BGB scheidet am vollständigen Widerruf des Vertrags durch S, § 355 Abs. 1 S. 1 BGB.

In Betracht käme noch, die Vereinbarung zur Zahlung von 9,95 € im Fall des Nicht-Behaltens der Artikel als eine Vertragsstrafe einzuordnen und so den Anspruch zu begründen, § 311 Abs. 1 BGB. Eine solche Abrede würde aber jedenfalls im Fall des Widerrufs hier gegen § 361 Abs. 1 BGB verstoßen und wäre daher nichtig.

**III. Gesamtergebnis**

Z kann von S weder Zahlung von 600 € noch Zahlung von 9,95 € verlangen.