

## Examensübungsklausur: Digitales Allerlei

Wiss. Mitarbeiter David Lang, Wiss. Mitarbeiter Kevin Rösch, Erlangen-Nürnberg\*

Die nachfolgende Klausur umfasst eine Kombination von Fragestellungen im Kontext des „digitalen“ Vertrages – einzugehen ist nicht nur auf Fragen des Vertragsschlusses im Internet und der Lösung von über Plattformen geschlossenen Verträgen, sondern auch auf die in jüngerer Vergangenheit eingeführten §§ 327 ff. BGB sowie die neuen Vorschriften zu Informationspflichten von Betreibern von Online-Marktplätzen.

### Sachverhalt

Am ersten Samstag des Julis des Jahres 2022 durchsucht D – eingeloggt in seinem Account über die Handy-App „Nozama Shopping Spree“ – die Online-Plattform „Nozama“ nach transportablen Fassaunen. App und Plattform werden von der N-AG betrieben. D stößt auf ein Inserat der L-GmbH für die Fassauna „Schwitzi 2000“, die er zum Preis von 2499,99 € seinem virtuellen Einkaufswagen hinzufügt. Daraufhin werden ihm unter der Rubrik „Kunden kauften auch [...]“ ein Paar Bademäntel desselben Anbieters zum Preis von 33,95 € angezeigt, die D ebenfalls in seinen virtuellen Warenkorb aufnimmt. Anschließend überfliegt D noch einmal die Bestellübersicht; dort findet sich folgender Hinweis:

„Ein Kaufvertrag mit der L-GmbH kommt erst mit Zugang der Versandbestätigungsmail beim Kunden zustande.“

Dann tippt D auf die Schaltfläche „Zahlungspflichtig kaufen“. Eine Stunde später bestellt er auf dem gleichen Weg noch eine Saunabürste.

Unmittelbar darauf erreichen sein E-Mailkonto zwei Bestell- und etwas später auch zwei Versandbestätigungen; Absender ist jeweils die N-AG, die insofern im Namen und Auftrag der L-GmbH handelt. Die Lieferung sowohl der Fassauna als auch der Bademäntel erfolgt am 4.7. D lässt das Paket mit den Bademänteln erst einmal unbeachtet stehen. Als D sich am 20.7. der Bademäntel wieder entsinnt, ist seine Freundin über den „völlig überkauften“ Preis verärgert. Tatsächlich stellt D nach längerer Recherche – zutreffend – fest, dass er identische Bademäntel über die Plattform „Nozama“ auch zum Preis von nur 23,39 € hätte erwerben können. Das Inserat der L-GmbH wurde ihm nur deshalb vorrangig angezeigt, da diese die Plattform „Nozama“ für die vorrangige Schaltung bezahlt. Im Übrigen generiert die N-AG ihren Umsatz mit Provisionen, die sie für jedes über die Plattform „Nozama“ abgeschlossene Geschäft von den inserierenden Betrieben erhält.

Als D sich am selben Tag über den von der L-GmbH angebotenen Live-Chat an diese wendet, um die Bademäntel zurücksenden zu können, wird er gefragt, ob er nicht die – was zutrifft – beim Bestellvorgang direkt über dem Button „Zahlungspflichtig kaufen“ verlinkte, ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung gelesen habe. Danach sei die Widerrufsfrist bereits abgelaufen. Daraufhin beschließt D, sich an die N-AG zu halten. Diese teilt ihm mit, dass sie mit seinem Vertrag mit der L-GmbH nichts zu

---

\* Die Autoren sind Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Privat- und Wirtschaftsrecht von RiOLG Prof. Dr. Robert Freitag, Maître en droit an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg.

tun habe. Außerdem sei D für den „Schaden selbst verantwortlich“, da er den Vertrag mit der L-GmbH innerhalb der Frist wirksam widerrufen und die Bademäntel zum günstigeren Preis hätte erwerben können. Dadurch wären ihm – was insoweit zutrifft – keine zusätzlichen Kosten entstanden. D sieht das anders: Hätte er gewusst, dass Inserate der L-GmbH auf der Plattform „Nozama“ zumindest potentiell aufgrund der von dieser mit der N-AG getroffenen Abrede, vorrangig gelistet werden, hätte er die Bademäntel anderweitig günstiger erworben. Diese Abrede stelle ein Hauptparameter der Suchfunktion dar. Informationen zu den Suchparametern seien ihm – was ebenfalls zutrifft – aber nicht erteilt worden. Warum diese Informationen nicht angezeigt wurden, lässt sich nicht mehr nachvollziehen; die N-AG hatte ihre Mitarbeiter jedenfalls ordnungsgemäß überwacht. Zutreffend führt D noch aus, dass er aufgrund der Gestaltung der Plattform „Nozama“ auch anderweitig nicht erkennen konnte, dass günstigere Inserate vorhanden sind.

Die L-GmbH teilt dem D am 25.7. mit, dass sie sich an ihre Annahme des Kaufvertrags über die Saunabürste „nicht mehr gebunden“ sehe. Man habe bereits vor zwei Wochen festgestellt, sich bei Eingabe des Preises in der Plattform „Nozama“ vertippt zu haben. Weil man – was ebenfalls stimmt – bei Abgabe der Annahme aber noch glaubte, es sei der eigentlich angedachte Preis inseriert gewesen und D gebe auf diesen ein Angebot ab, habe man die Bürste zu einem zu niedrigen Preis verkauft. D früher zu kontaktieren, hatte man bei der L-GmbH schlicht vergessen. D erwidert, jedenfalls hätte ihm die L-GmbH diesen Umstand früher mitteilen müssen. Die L-GmbH verweist auf die AGB der Plattform „Nozama“, denen auch D zugestimmt hat. Diese enthalten folgende nicht zu beanstandende Klausel:

„§ 3: Inserenten können sich bei Vorliegen eines gesetzlichen Anfechtungsgrunds binnen eines Monats nach Vertragsschluss von ihren Willenserklärungen lösen.“

Am 1.8. schließt D nun aber mit der N-AG selbst über die App „Nozama Shopping Spree“ wirksam einen Vertrag „über die Bereitstellung eines Zugangs zur Online-Gärtnercommunity ‚Pflanzi‘ via zugehöriger App für einen Zeitraum von zwei Jahren“. Die Mitglieder der Community müssen hierfür zum Teil mit Geld (5 € je Monat), zum Teil mit der „Einräumung des Rechts zur Verwertung aller bei Nutzung der Community anfallenden personenbezogenen Daten durch Nozama“ bezahlen. Unmittelbar danach kann D auf „Pflanzi“ zugreifen. Ab dem 1.10. erhält D bei Öffnen der zugehörigen App dann die Fehlermeldung „Error: Server nicht erreichbar“. Nach zehn Tagen vergeblicher Zugriffsversuche wendet er sich am 11.10. an den Kundenservice der N-AG mit der Bitte, das Problem zu lösen. Der vertretungsberechtigte Mitarbeiter R, der von der N-AG ordnungsgemäß überwacht wird, teilt D namens der N-AG irrig mit, der Fehler lasse sich nur dadurch beheben, dass D das Betriebssystem seines Smartphones deinstalliere und anschließend – einschließlich aller Apps – neu einrichte. Tatsächlich könnte der Fehler ohne Mühe für D mit einer Server-Korrektur bei der N-AG behoben werden, denn hier war am 1.10. schlicht ein Kabel durchtrennt worden. Als R dem D mitteilt, zu einer anderen als der von ihm (R) vorgeschlagenen Lösung sei die N-AG keinesfalls bereit, erklärt D ihm, er wolle dann „mit dem ganzen Vertrag nichts mehr zu tun haben und das Geld für die Monate August bis einschließlich Oktober zurück.“ R weist zutreffend darauf hin, dass Ds Widerrufsrecht verfristet sei. D aber ist der Meinung, bei „solchen Fehlern“ müsse er sich auch anderweitig vom Vertrag lösen können.

**Frage 1**

Könnte D von der L-GmbH Rückzahlung des Kaufpreises für die Bademäntel verlangen, wenn er nachweist, dass er diese zum Rückversand gegeben hat?

**Frage 2**

Unterstellt, dass dies allein infolge der Nichteinhaltung der Widerrufsfrist nicht möglich ist: Kann D von der N-AG Erstattung der Differenz zwischen dem von ihm für die Bademäntel gezahlten Preis und dem günstigeren Preis verlangen?

**Frage 3**

Kann D von der L-GmbH die noch ausstehende Lieferung der Saunabürste Zug um Zug gegen Zahlung des Kaufpreises verlangen?

**Frage 4**

Kann D von der N-AG Rückzahlung der von ihm für die Nutzung von „Pflanzi“ in den Monaten August bis einschließlich Oktober gezahlten Beträge verlangen?

**Hinweis**

Der Prüfung sind allein Normen des BGB und EGBGB zugrunde zu legen; spezialgesetzliche Normen (wie ProdHaftG, UWG) bleiben außer Betracht. Der gesamte Sachverhalt ist nach der derzeit gültigen Rechtslage zu behandeln. Es ist – sofern nicht explizit anders angegeben – davon auszugehen, dass keines der im Sachverhalt vorgesehenen Daten auf einen Samstag, Sonntag oder Feiertag fällt.

**Lösungsvorschlag**

<b>Frage 1</b> .....	<b>774</b>
<b>I. Anspruch des D gegen die L-GmbH auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 33,95 € gem. §§ 355 Abs. 3 S. 1, 357 Abs. 1 BGB</b> .....	<b>774</b>
1. Anspruch entstanden .....	774
a) Widerrufsrecht des D .....	774
aa) Anwendbarkeit des § 312g Abs. 1 BGB, § 312 BGB .....	774
(1) Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB, § 312 Abs. 1 BGB .....	774
(2) Verpflichtung des D zur Zahlung eines Preises oder mit personenbezogenen Daten (jenseits § 312 Abs. 1a S. 2 BGB), § 312 Abs. 1, Abs. 1a S. 1 BGB .....	774
(3) Kein Vorliegen einer Ausnahme der § 312 Abs. 2 BGB .....	774
(4) Zwischenergebnis .....	775
bb) Fernabsatzvertrag i.S.d. § 312c Abs. 1 BGB .....	775
(1) Wirksamer Vertragsschluss .....	775

(a)	Angebot i.S.d. § 145 BGB.....	775
(b)	Annahme i.S.d. § 147 BGB.....	775
(c)	Besondere Vertragsschlussvoraussetzung des § 312j Abs. 4, Abs. 3, Abs. 2 BGB.....	775
(d)	Zwischenergebnis.....	776
(2)	Nutzung ausschließlich von Fernkommunikationsmitteln.....	776
(3)	Kein Vertragsschluss außerhalb eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystems, § 312c Abs. 1 Hs. 2 BGB.....	776
(4)	Zwischenergebnis.....	776
cc)	Kein Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 312g Abs. 2, Abs. 3 BGB.....	776
dd)	Zwischenergebnis.....	776
b)	Widerrufserklärung, § 355 Abs. 1 S. 1 letzter Hs. BGB.....	776
c)	Wahrung der Widerrufsfrist, § 355 Abs. 2 S. 1, 356 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 S. 1 BGB ...	777
aa)	Grundlegendes.....	777
bb)	Fristberechnung.....	777
cc)	Zwischenergebnis.....	777
d)	Zwischenergebnis.....	777
2.	Ergebnis.....	777
<b>II.</b>	<b>Weitere Anspruchsgrundlagen.....</b>	<b>778</b>
<b>Frage 2</b>	<b>.....</b>	<b>778</b>
<b>I.</b>	<b>Anspruch des D gegen die N-AG auf Erstattung der Preisdifferenz gem. §§ 280 Abs. 1,     312l BGB.....</b>	<b>778</b>
1.	Anspruch entstanden.....	778
a)	Unmittelbare Anwendbarkeit des § 280 Abs. 1 BGB.....	778
b)	Schuldverhältnis, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB.....	778
c)	Pflichtverletzung, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB.....	778
aa)	Bestehen der Nebenpflicht.....	778
(1)	N-AG als Unternehmerin.....	779
(2)	„Nozama“ als Online-Marktplatz.....	779
(3)	Bereitstellung des Online-Marktplatzes für Verbraucher durch die N-AG.....	780
(4)	Kein Fall des § 312l Abs. 2 BGB.....	780
bb)	Verstoß gegen die Informationspflicht.....	780
d)	Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB....	780
e)	Kausaler Schaden, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB.....	780
f)	Art und Weise des Schadensersatzes, §§ 249 ff. BGB.....	780

aa) Allgemeines .....	780
bb) Mitverschulden.....	780
g) Zwischenergebnis.....	781
2. Anspruch nicht erloschen/Anspruch durchsetzbar .....	781
3. Ergebnis .....	781
<b>II. Weitere Anspruchsgrundlagen .....</b>	<b>781</b>
<b>Frage 3 .....</b>	<b>781</b>
<b>I. Anspruch des D gegen die L-GmbH auf Übergabe und Übereignung der Saunabürste gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB .....</b>	<b>781</b>
1. Anspruch entstanden .....	781
a) Vertragsschluss.....	781
b) Anfechtung .....	781
aa) Anfechtungserklärung .....	781
bb) Anfechtungsgrund, § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB .....	781
cc) Anfechtungsfrist, § 121 Abs. 1 S. 1 BGB .....	782
dd) Zwischenergebnis .....	782
c) Vertragliches „Lösungsrecht“ .....	782
aa) Erklärung.....	782
bb) Vertragliche Einräumung.....	782
cc) Wahrung der Voraussetzungen .....	783
dd) Zwischenergebnis .....	783
d) Zwischenergebnis.....	783
2. Ergebnis .....	783
<b>Frage 4 .....</b>	<b>783</b>
<b>I. Anspruch des D gegen die N-AG auf Rückzahlung der Beiträge für die Monate August bis einschließlich Oktober 2022 gem. §§ 327i Nr. 2 Alt. 1, 327m Abs. 1, 2, 327o Abs. 1, Abs. 3 S. 2 BGB .....</b>	<b>783</b>
1. Anspruch entstanden .....	783
a) Anwendbarkeit der §§ 327 ff. BGB .....	783
aa) Grundsätzliche Anwendbarkeit .....	783
bb) Anforderungen der §§ 327 ff. BGB .....	784
cc) Zwischenergebnis .....	784
b) Vorliegen eines Mangels.....	784
c) Vorliegen eines Vertragsbeendigungsgrundes.....	785
d) Kein Ausschluss der Vertragsbeendigung.....	785

e) Erklärung der Vertragsbeendigung.....	785
f) Mangelhaftigkeit im maßgeblichen Zeitraum.....	785
g) Zwischenergebnis.....	786
2. Anspruch nicht erloschen/durchsetzbar .....	786
3. Ergebnis .....	786
<b>II. Weitere Anspruchsgrundlagen .....</b>	<b>787</b>

## Lösung

### Frage 1

#### I. Anspruch des D gegen die L-GmbH auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 33,95 € gem. §§ 355 Abs. 3 S. 1, 357 Abs. 1 BGB

##### 1. Anspruch entstanden

###### a) Widerrufsrecht des D

Ein Widerrufsrecht könnte sich hier aus § 312g Abs. 1 BGB ergeben.

###### aa) Anwendbarkeit des § 312g Abs. 1 BGB, § 312 BGB

§ 312g Abs. 1 BGB müsste gem. § 312 BGB anwendbar sein.

###### (1) Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB, § 312 Abs. 1 BGB

Bei dem zwischen D als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB und der L-GmbH als Unternehmerin i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB eventuell geschlossenen Vertrag handelt es sich um einen Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 Abs. 3 BGB.

###### (2) Verpflichtung des D zur Zahlung eines Preises oder mit personenbezogenen Daten (jenseits § 312 Abs. 1a S. 2 BGB), § 312 Abs. 1, Abs. 1a S. 1 BGB

Nachdem vor dem europarechtlichen Hintergrund<sup>1</sup> des § 312 Abs. 1 BGB davon auszugehen ist, dass unter „Preis“ i.d.S. jedenfalls Geld zu verstehen ist, hat sich D zur Zahlung eines solchen i.H.v. 33,95 € verpflichtet.

###### (3) Kein Vorliegen einer Ausnahme der § 312 Abs. 2 BGB

Eine der in § 312 Abs. 2 BGB bezeichneten Ausnahmen liegt nicht vor.

<sup>1</sup> Vgl. EG (31) der RL (EU) 2019/2161 zur Änderung der RL 2011/83/EU (Verbraucherrechterichtlinie). Vgl. zu-dem beispielsweise Art. 2 Nr. 7 RL (EU) 2019/770 (Richtlinie über die Bereitstellung digitaler Inhalte und Dienstleistungen).

#### (4) Zwischenergebnis

Die §§ 312 ff. BGB und damit auch § 312g BGB sind anwendbar.

#### bb) Fernabsatzvertrag i.S.d. § 312c Abs. 1 BGB

##### (1) Wirksamer Vertragsschluss

D und die L-GmbH müssten einen wirksamen Vertrag geschlossen haben.

##### (a) Angebot i.S.d. § 145 BGB

Das Inserat der L-GmbH auf der Plattform „Nozama“ kann mangels objektiv erkennbarem (§§ 133, 157 BGB analog) Rechtsbindungswillens nur als invitatio ad offerendum qualifiziert werden.<sup>2</sup>

Mit dem Tippen auf die Schaltfläche „Zahlungspflichtig kaufen“ hat D der L-GmbH einen Kauf jedenfalls auch über die beiden Bademäntel (zum Preis von 39,95 €) angetragen.<sup>3</sup>

##### (b) Annahme i.S.d. § 147 BGB

Gegen eine Annahme in Gestalt der Bestellbestätigung spricht jedenfalls die explizite Informierung des D, dass ein Vertrag erst mit der Versandbestätigung zustande kommen sollte; hinsichtlich der Bestellbestätigung fehlt es daher am Rechtsbindungswillen, §§ 133, 157 BGB analog.

Allerdings würde die von der N-AG in Vertretung der L-GmbH übersandte Versandbestätigung eine Annahme darstellen. Wirksamkeit entfaltet eine solche ohne gegenseitige sinnliche Wahrnehmung bzw. direkten Übermittlungskontakt und daher unter Abwesenden abgegebene Willenserklärung gem. § 130 Abs. 1 S. 1 BGB aber nur mit Zugang.<sup>4</sup> Hier war die E-Mail der L-GmbH in das E-Mail-Postfach und damit den Machtbereich des D gelangt; auch sie war damit zugegangen, wenn üblicherweise mit einer Kenntnisnahme durch D gerechnet werden konnte.

##### (c) Besondere Vertragsschlussvoraussetzung des § 312j Abs. 4, Abs. 3, Abs. 2 BGB

Gem. § 312i Abs. 1 S. 1 BGB wurde ein Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr geschlossen, wenn sich der Unternehmer zum Zwecke des Abschlusses eines Vertrags über die Lieferung von Waren (§ 241a Abs. 1 BGB) oder über die Erbringung von Dienstleistungen der Telemedien bedient. Erstgenannter Aspekt ist unproblematisch. Der Telemedien i.S.d. § 1 Abs. 1 TMG bediente sich die L-GmbH bei Nutzung eines elektronischen Informations- bzw. Kommunikationsdienstes. Hier wurde der Vertrag über die App „Nozama Shopping Spree“ bzw. die Plattform „Nozama“ unter Nutzung des Internets geschlossen; nachdem der Kaufvertrag auch einen Verbrauchervertrag i.S.d. § 310 Abs. 3 S. 1 BGB darstellt, der D als Verbraucher zur Zahlung eines Preises verpflichtet (siehe oben), und damit insgesamt ein Verbrauchervertrag im elektronischen Geschäftsverkehr i.S.v. § 312j Abs. 2 BGB vorliegt, sind zusätzlich die § 312j Abs. 4, Abs. 3 BGB anzuwenden.

Zu klären ist dann, ob die Bestellsituation i.S.d. § 312j Abs. 3 BGB insbesondere so gestaltet war,

---

<sup>2</sup> Grundlegend zur invitatio ad offerendum beispielsweise *Faust*, Bürgerliches Gesetzbuch, Allgemeiner Teil, 7. Aufl. 2021, § 3 Rn. 4 m.w.N., speziell zu Handelsplattformen noch *Busche*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 145 Rn. 22 m.w.N.

<sup>3</sup> Zur (Ir-)Relevanz des § 312i Abs. 1 S. 2 BGB z.B. *Wendehorst*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 312i Rn. 94 m.w.N.

<sup>4</sup> Insbesondere zu letztgenannter Ansicht beispielsweise *Einsele*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 130 Rn. 17 ff. m.w.N.

dass bei der Bestellung über die Schaltfläche diese gut lesbar mit nichts anderem als den Wörtern „zahlungspflichtig bestellen“ o.Ä. beschriftet ist. Diesen Anforderungen genügt die hier mit den Wörtern „Zahlungspflichtig kaufen“ beschriftete Schaltfläche: Dass diese von der von § 312j Abs. 3 S. 2 BGB als ausreichend erachteten Aufschrift (unwesentlich) abweicht, indem sie sich auf einen bestimmten Vertragstypus fixiert, ändert hieran nichts. Der Vertrag ist mithin auch gem. § 312j Abs. 4 BGB wirksam zustande gekommen.

(d) **Zwischenergebnis**

D und die L-GmbH haben wirksam einen (Kauf-)Vertrag geschlossen.

(2) **Nutzung ausschließlich von Fernkommunikationsmitteln**

Die Vertragsanbahnung zwischen D als Verbraucher und der L-GmbH als Unternehmerin erfolgte über das (Telemedium) Internet, der Vertragsschluss unter Nutzung von E-Mail und Internet – und damit ausschließlich mittels Fernkommunikationsmittel i.S.d. § 312c Abs. 2 BGB.

(3) **Kein Vertragsschluss außerhalb eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystems, § 312c Abs. 1 Hs. 2 BGB**

Der Vertragsschluss erfolgte im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystems.

(4) **Zwischenergebnis**

Bei dem Kaufvertrag handelte es sich um einen Fernabsatzvertrag i.S.d. § 312c Abs. 1 BGB.

cc) **Kein Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 312g Abs. 2, Abs. 3 BGB**

Ausschlussgründe nach § 312g Abs. 2, Abs. 3 BGB sind nicht ersichtlich.

dd) **Zwischenergebnis**

D stand ein Widerrufsrecht aus § 312g Abs. 1 BGB zu.

**b) Widerrufserklärung, § 355 Abs. 1 S. 1 letzter Hs. BGB**

Indem der Verbraucher D der Unternehmerin L-GmbH gegenüber am 20.7. im Online-Chat ausdrücklich formuliert, den Kauf der Bademäntel rückabwickeln zu wollen, könnte er den Widerruf i.S.d. § 355 Abs. 1 S. 1 letzter Hs., S. 2–4 BGB wirksam erklärt haben. Ob es sich hinsichtlich einer potenziellen (analogen) Anwendbarkeit des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB bei einer im Rahmen eines Online-Live-Chats abgegebenen Willenserklärung um solche unter An- oder unter Abwesenden handelt bzw. nach welchem Maßstab dies zu bestimmen ist, kann hier dahinstehen. Denn aus dem Sachverhalt ergibt sich nach keiner insofern vertretenen Variante ein Hinweis auf Fehler beim Wirksamwerden der Willenserklärung.<sup>5</sup> Ausreichend ist zudem, dass D nach objektivem Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB analog) durch Bezugnahme auf die Rechtsfolgen des Widerrufs jedenfalls konkludent zum Ausdruck bringt, den Vertrag widerrufen zu wollen.

Fraglich ist allerdings, ob D überhaupt den Kauf der Bademäntel allein hätte widerrufen können,

---

<sup>5</sup> Siehe zu Willenserklärung unter Abwesenden bereits oben. Zum Wirksamwerden unter Anwesenden dann beispielsweise *Einsele*, in: MüKo-BGB, Bd. 1, 9. Aufl. 2021, § 130 Rn. 27 m.w.N.

obwohl er diese uno actu mit der Sauna bestellte. Aber selbst bei Annahme eines einheitlichen Kaufvertrags über alle im Warenkorb befindlichen Produkte musste ihm i.E. der Widerruf allein hinsichtlich der Bademäntel möglich sein.<sup>6</sup>

### c) Wahrung der Widerrufsfrist, § 355 Abs. 2 S. 1, 356 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 3 S. 1 BGB

#### aa) Grundlegendes

§ 356 Abs. 2 Nr. 1 BGB sieht für Verbrauchsgüterkäufe je nach Unterbuchstabe einen von § 355 Abs. 2 S. 1 BGB abweichenden Fristbeginn vor. Ein Verbrauchsgüterkauf ist nach § 474 Abs. 1 S. 1 BGB jedenfalls ein Vertrag, bei dem der Verbraucher von einem Unternehmer eine Ware i.S.d. § 241a Abs. 1 BGB kauft. Wie bereits ausgeführt, haben hier D als Verbraucher und Käufer sowie die L-GmbH als Unternehmerin und Verkäuferin einen Kaufvertrag über die Bademäntel geschlossen, wobei diese unproblematisch als Waren zu qualifizieren sind. Ein Verbrauchsgüterkauf liegt vor.

Ob sich der Beginn der Widerrufsfrist im vorliegenden Fall deshalb nach § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. b BGB richtet, da sowohl ein einheitlicher Bestellvorgang im Hinblick auf die Bademäntel einerseits und die Fassauna andererseits als auch eine getrennte Lieferung dieser angenommen werden kann, kann hier dahinstehen, da angesichts der Lieferung von Bademänteln und Fassauna am selben Tag der Fristbeginn nach § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. b BGB sich nicht vom anderenfalls einschlägigen § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB unterscheidet: Fristauslösung erfolgt in jedem Fall am 4.7.

Nachdem die (vertretene, siehe oben) L-GmbH den D bereits vor Vertragsschluss ordnungsgemäß über dessen Widerrufsrecht belehrt hat, ist § 356 Abs. 3 S. 1 BGB (ebenso wie dann S. 2) hier nicht maßgeblich.

#### bb) Fristberechnung

Nach § 187 Abs. 1 Alt. 1 BGB wird dieser 4.7. (fristauslösendes Ereignis) bei der Fristberechnung außer Acht gelassen.

Nach § 188 Abs. 1 BGB endet die 14-Tages-Frist des § 355 Abs. 2 S. 1 BGB im vorliegenden Fall mit Ablauf des 18.7.

#### cc) Zwischenergebnis

Die Widerrufserklärung des D vom 20.7. ist damit aufgrund vorangehenden Fristablaufs bedeutungslos.

#### d) Zwischenergebnis

Mangels wirksamen Widerrufs ist der Anspruch des D schon nicht entstanden.

## 2. Ergebnis

Dem D steht gegen die L-GmbH kein Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises i.H.v. 33,95 € aus §§ 355 Abs. 3 S. 1, 357 Abs. 1 BGB zu.

---

<sup>6</sup> So nach h.M., zum gesamten Komplex beispielsweise *Fritsche*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 355 Rn. 33 f. m.w.N. Zur a.A. hier i.E. identisch *Kaiser*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, Neubearbeitung 2012, § 355 Rn. 27.

## II. Weitere Anspruchsgrundlagen

Ein denkbarer Anspruch gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB scheitert jedenfalls daran, dass der Sachverhalt einen (zugerechneten) Täuschungsvorsatz der N-AG explizit und damit in der Folge eine (potenziell erklärte) Anfechtung des Kaufvertrags durch D ausschließt. Auf die Frage, ob die N-AG Dritte i.S.d. § 123 Abs. 2 S. 1 BGB war oder aber ihr Verhalten der L-GmbH zuzurechnen ist, kommt es daher nicht an.<sup>7</sup>

### Frage 2

#### I. Anspruch des D gegen die N-AG auf Erstattung der Preisdifferenz gem. §§ 280 Abs. 1, 312l BGB

##### 1. Anspruch entstanden

###### a) Unmittelbare Anwendbarkeit des § 280 Abs. 1 BGB

Bei einem – eventuell geschlossenen (siehe sogleich) – Vertrag über die Bereitstellung des Zugangs zu einer Online-Verkaufsplattform handelt es sich jedenfalls nicht um einen Kauf-, Miet- oder Werkvertrag mit speziellem Regime für Pflichtverletzungen. Da (auch) das Auftragsrecht (jedenfalls weitgehend) kein solches kennt, kann die Qualifizierung als Auftrag oder Vertrag sui generis letztlich dahinstehen.

Da D sich weder zur Zahlung eines irgendwie gearteten Preises (vgl. § 327 Abs. 1 S. 1, S. 2 BGB) noch zur Bereitstellung personenbezogener Daten (vgl. § 327 Abs. 3 BGB) verpflichtet hat und die §§ 327 ff. BGB jedenfalls deshalb hier gem. § 327 Abs. 1 S. 1 BGB nicht anwendbar sind, kann auch dahinstehen, ob deren spezielles Leistungsstörungsrecht (vgl. §§ 327c, 327i BGB) der (direkten) Heranziehung des § 280 Abs. 1 BGB entgegenstehen würde.

###### b) Schuldverhältnis, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB

Zwar liegt es nahe, dass D mit der N-AG einen Vertrag über die Nutzung der Plattform geschlossen hat. Letztlich kommt es hierauf aber nicht entscheidend an, siehe sogleich.

###### c) Pflichtverletzung, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB

Der N-AG müsste die Verletzung einer Pflicht aus diesem Schuldverhältnis zuzurechnen sein. Fraglich ist allerdings, ob die Verletzung einer Nebenpflicht i.S.d. § 241 Abs. 2 BGB bereits darin liegt, dass D vor seiner Bestellung nicht erkennen konnte, dass die Bademäntel ihm nur vorrangig angezeigt wurden, da die L-GmbH die N-AG hierfür bezahlte.

###### aa) Bestehen der Nebenpflicht

§ 312l Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246d § 1 Nr. 1 EGBGB beinhalten eine gesetzliche Normierung einer solchen Nebenpflicht. Sie sehen vorbehaltlich der Ausnahme des § 312l Abs. 2 BGB vor, dass der Betrei-

---

<sup>7</sup> Nach *Wendehorst*, in: MüKo-BGB, Bd. 3, 9. Aufl. 2022, § 312l Rn. 47 ist der Online-Plattform-Betreiber kein Dritter, sondern steht im Verhältnis zum Verbraucher im Lager des Anbieters.

ber eines Online-Marktplatzes den Verbraucher nach Art. 246d § 2 EGBGB zum Ranking (unter anderem) der Waren, die dem Verbraucher als Ergebnis seiner Suchanfrage auf dem Online-Marktplatz präsentiert werden, über die Hauptparameter zur Festlegung des Rankings und deren relative Gewichtung im Vergleich zu anderen Parametern informieren muss.

D handelt auch in diesem Rahmen unstreitig als Verbraucher. Die Eigenschaft als Betreiber eines Online-Marktplatzes ist in § 312l Abs. 4 BGB dann legaldefiniert als Unternehmer, der einen solchen für Verbraucher zur Verfügung stellt.

### (1) N-AG als Unternehmerin

Hinsichtlich der Unternehmereigenschaft der N-AG besteht allein folgendes Problem: Wenn die N-AG dem D den Zugang zur Plattform gewährt, ohne dafür irgendeine Gegenleistung von diesem zu erhalten, wirft dies Zweifel bezüglich der Entgeltlichkeit und damit der Gewerblichkeit ihres Handelns auf. Allerdings erlangt die N-AG beispielsweise von der L-GmbH Geld für die vorrangige Listung von deren Inseraten; derartige Geschäfte kann die N-AG nur deshalb abschließen, da Betriebe wie die L-GmbH erwarten, dass die N-AG auf ihrer Plattform viele am Vertragsschluss Interessierte wie D bündelt.

*Hinweis:* Entsprechend des Bearbeitervermerks konnte dabei eine Prüfung der Wirksamkeit dieser Abrede in Ansehung des § 134 BGB i.V.m. §§ 3 Abs. 1, 5 Abs. 1, Abs. 2, 5b Abs. 2 UWG nicht erwartet werden.

Entsprechende Erwägungen gelten zudem für die Umsätze, die die N-AG aus den Inseratsprovisionen generiert.

Dass der Unternehmer das Entgelt unmittelbar für die dem Verbraucher gegenüber erbrachte Leistung erhält, erfordert bereits der Wortlaut des § 14 Abs. 1 BGB („bei [statt: mit] Abschluss eines Rechts- geschäfts“) nicht. Mit Blick auf die zugrundeliegenden verbraucherschützenden europarechtlichen Vorgaben erscheint es zudem widersinnig, denjenigen professionell am Rechtsverkehr Teilnehmenden nicht dem Unternehmerbegriff zu unterwerfen, der mit seiner Tätigkeit – zwar nicht unmittelbar, jedenfalls aber mittelbar – dem Verbraucher gegenüber durchaus Entgelte vereinnahmt, indem z.B. der Verbraucher die vom Betreffenden geschalteten Inserate auswählt und damit eine Provisionszahlungspflicht des Inserenten auslöst, die dieser wiederum zumindest in Teilen auf den Verbraucher abwälzt. Untermuert wird dies für den hier in Rede stehenden Fall insofern, als dass nach § 312l Abs. 3 BGB (in Umsetzung von Art. 2 Nr. 17 der RiL 2011/83/EU) ein Online-Marktplatz es dem Verbraucher ermöglicht, dort (auch) mit anderen Unternehmern bzw. Verbrauchern Geschäfte abzuschließen, womit eine lediglich vermittelnde Tätigkeit des Plattform-Betreibers jedenfalls nicht ausgeschlossen wird. Eine solche wird in der wirtschaftlichen Praxis aber regelmäßig von Seiten der Inserenten oder durch die Schaltung von Werbeanzeigen etc. finanziert.

Die N-AG ist damit Unternehmerin i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB.

### (2) „Nozama“ als Online-Marktplatz

Nachdem die Plattform „Nozama“ einen Dienst darstellt, der es Verbrauchern ermöglicht, durch die Verwendung einer (jedenfalls im Namen der Unternehmerin N-AG betriebenen) Software, Fernabsatzverträge zumindest mit anderen Unternehmern (etwa der L-GmbH) abzuschließen, stellt sie zudem einen Online-Marktplatz nach § 312l Abs. 3 BGB dar.

**(3) Bereitstellung des Online-Marktplatzes für Verbraucher durch die N-AG**

Der Online-Marktplatz wurde durch die N-AG für Verbraucher zur Verfügung gestellt.

**(4) Kein Fall des § 312l Abs. 2 BGB**

Vorliegend handelt es sich nicht um einen Vertrag über Finanzdienstleistungen (siehe bereits zu Frage 1), weswegen der Ausschlussgrund des § 312l Abs. 2 BGB nicht greift.

**bb) Verstoß gegen die Informationspflicht**

Folglich hätte die N-AG die oben genannten Informationspflichten erfüllen müssen, hat dies nach dem Sachverhalt aber nicht. Damit liegt eine Pflichtverletzung in Form des Unterlassens, das der N-AG auch zurechenbar ist, vor.

**d) Keine Widerlegung des vermuteten Vertretenmüssens, § 280 Abs. 1 S. 2 BGB**

Der N-AG gelingt keine Widerlegung des gem. § 280 Abs. 1 S. 2 BGB vermuteten Vertretenmüssens.

**e) Kausaler Schaden, § 280 Abs. 1 S. 1 BGB**

Ein kausaler Schaden besteht i.H.v. 10,56 €. D hätte bei ordnungsgemäßer Information die Bademäntel zum günstigeren Preis erworben.

**f) Art und Weise des Schadensersatzes, §§ 249 ff. BGB****aa) Allgemeines**

Nachdem hier der Zustand nicht hergestellt werden kann, der ohne das schädigende Ereignis bestehen würde, ist D gem. § 251 Abs. 1 Alt. 1 BGB in Geld zu entschädigen.

**bb) Mitverschulden**

D könnte deshalb ein Mitverschulden bei Entstehung des Schadens i.S.d. § 254 Abs. 1 BGB treffen, da er seine Willenserklärung zum Kauf der teureren Bademäntel nicht fristgemäß widerrufen hat.

*Hinweis:* Sollte beispielsweise bereits im Vertragsschluss über die teureren Bademäntel die Entstehung des Schadens des D gesehen werden, so konnte auch eine Verletzung der Schadensabwendungsobliegenheit i.S.d. § 254 Abs. 2 S. 1 BGB geprüft werden.

D hätte den Vertrag mit der L-GmbH bei fristgemäßem Widerruf kostenfrei rückabwickeln und die Bademäntel zum günstigeren Preis erwerben können. Insofern hat ein Unterlassen des D kausal zur Entstehung des Schadens geführt. Dabei könnte er fahrlässig und somit schuldhaft i.S.d. § 276 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB (analog) gehandelt haben. Die im Verkehr erforderliche Sorgfalt hat er dann außer Acht gelassen, wenn die Verletzung der Schadensvermeidungsobliegenheit durch sein Verhalten objektiv vorhersehbar, die rechtliche Relevanz erkennbar und der Erfolgseintritt vermeidbar war. Mangels anderweitiger Angaben konnte nicht nur D, sondern auch jeder Dritte erst nach längerer, aufwändiger Recherche in Erfahrung bringen, dass die Bademäntel auch zu einem günstigeren Preis erworben und mit der Vornahme eines Widerrufs der Schadenseintritt verhindert werden können. Der Erfolgseintritt war mithin nicht vermeidbar; D hat nicht fahrlässig gehandelt.

Entsprechend konnte von D auch nicht erwartet werden, dass er vor Vertragsschluss mit der L-GmbH weitere Informationen einholt. Damit trifft den D insgesamt kein Mitverschulden.

### g) Zwischenergebnis

Der Anspruch ist entstanden.

### 2. Anspruch nicht erloschen/Anspruch durchsetzbar

Der Anspruch ist nicht erloschen und zudem durchsetzbar.

### 3. Ergebnis

Der Anspruch des D gegen die N-AG auf Erstattung der Preisdifferenz gem. §§ 280 Abs. 1, 312l BGB besteht.

## II. Weitere Anspruchsgrundlagen

Jeglicher deliktische Anspruch scheidet jedenfalls am fehlenden (Organisations-)Verschulden der N-AG.

### Frage 3

#### I. Anspruch des D gegen die L-GmbH auf Übergabe und Übereignung der Saunabürste gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB

##### 1. Anspruch entstanden

###### a) Vertragsschluss

Ein wirksamer Vertragsschluss zwischen D und der L-GmbH lag entsprechend der Ausführungen zu Frage 1 vor.

###### b) Anfechtung

Gem. § 142 Abs. 1 BGB wäre die Willenserklärung der L-GmbH mit wirksamer Anfechtung allerdings als von Anfang an nichtig anzusehen.

###### aa) Anfechtungserklärung

Die Äußerung der L-GmbH, sich nicht mehr an die Annahme des Kaufvertrags „gebunden“ zu sehen, könnte als – zweifelsohne wirksame – Anfechtungserklärung ausgelegt werden (§§ 133, 157 BGB analog). Ob diese Auslegung zutrifft, kann aber dahinstehen, sollte die Anfechtung aus anderen Gründen nicht wirksam erfolgt sein.

###### bb) Anfechtungsgrund, § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB

Mit der Annahme hat die L-GmbH objektiv (§§ 133, 157 BGB analog) ihren Willen zum Ausdruck

gebracht, das Angebot des D zum Abschluss eines Kaufvertrages über die Bürste uneingeschränkt anzunehmen. Dabei war sie aufgrund des fehlerhaften Inserats subjektiv aber irrig davon ausgegangen, D gebe ein Angebot auf den zu inserierenden Preis ab. Der objektive Inhalt der uneingeschränkten Angebotsannahme durch die L-GmbH war also ein anderer als der von ihr (über § 166 Abs. 1 Alt. 1 BGB) angenommene, womit sie sich in einem Irrtum über den Inhalt ihrer Annahme befand. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass die L-GmbH diese Annahme bei Kenntnis ihres Irrtums dennoch abgegeben hätte.

#### cc) Anfechtungsfrist, § 121 Abs. 1 S. 1 BGB

Die L-GmbH hatte bereits seit zwei Wochen (ggf. über § 166 Abs. 1 Alt. 2 BGB) Kenntnis ihres Irrtums und schlicht (beispielsweise gem. § 278 S. 1 BGB zurechenbar) vergessen, D früher zu kontaktieren. Damit hat die L-GmbH fahrlässig und folglich nicht unverzüglich i.S.d. § 121 Abs. 1 S. 1 BGB gehandelt. Die Erklärung der Anfechtung ist verfristet.

#### dd) Zwischenergebnis

Die Anfechtungserklärung der L-GmbH war damit bedeutungslos und berührt daher den Bestand des Vertrages nicht.

#### c) Vertragliches „Lösungsrecht“

*Hinweis:* Das nachfolgend als vertragliches besprochene „Lösungsrecht“ basiert auf den BGH-Entscheidungen zu (ähnlichen) Plattform-Klauseln.<sup>8</sup> Der BGH legt vor deren Hintergrund das zwischen den Vertragsparteien abgegebene Angebot als unter Vorbehalt des Vorliegens eines gesetzlichen Anfechtungsgrundes erfolgt aus. Da hier das Inserat nur eine invitatio ad offerendum darstellt, der anbietende Kunde sein Angebot angesichts der im Sachverhalt vorgesehenen Klausel nach objektivem Empfängerhorizont wohl nicht unter den Vorbehalt stellt bzw. stellen kann und dem auf Seite der Annahme § 150 Abs. 2 BGB entgegenstehen dürfte, wird hier von der nachfolgend geschilderten Vereinbarung des „Lösungsrechts“ ausgegangen. Damit soll aber nicht ausgeschlossen werden, dass das unten genannte Ergebnis auch über dogmatisch anders gelagerte Lösungen erzielt werden kann.

Allerdings könnte die L-GmbH von einem weitergehenden vertraglichen Recht zur „Lösung“ Gebrauch gemacht haben.

#### aa) Erklärung

Die bereits unter 2. a) angeführte Äußerung der L-GmbH könnte auch als (wirksame) Lösungserklärung ausgelegt werden.

#### bb) Vertragliche Einräumung

Hinsichtlich einer konkludenten Einigung über ein entsprechendes Recht der L-GmbH ist zu beachten, dass der Vertragsschluss über die Plattform die (vorherige) Zustimmung beider Parteien zu den

---

<sup>8</sup> Siehe BGH, Urt. v. 8.6.2011 – VIII ZR 305/10 = NJW 2011, 2643 (2644 Rn. 23) und zuletzt BGH, Urt. v. 10.12.2014 – VIII ZR 90/14 = NJW 2015, 1009 (1010 Rn. 14).

Plattform-AGB erforderte. Diese räumen den Inserenten nach ihrem § 3 grundsätzlich ein Lösungsrecht ein, allerdings aufgrund des Grundsatzes der Relativität der Schuldverhältnisse zunächst nur im Verhältnis zwischen den Plattformnutzern und der N-AG als Plattformbetreiberin. Da die Plattformnutzer damit in der Regel aber auch annehmen, dass ein solches „Lösungsrecht“ zum üblichen Plattformbetrieb gehört, können die je gegenständlichen Willenserklärungen gem. §§ 133, 157 BGB (analog) so ausgelegt werden, dass die Einräumung eines entsprechenden „Lösungsrechts“ auch im Verhältnis der Nutzer untereinander beabsichtigt ist.

Entsprechend ist auch der Kaufvertrag zwischen D und der L-GmbH auszulegen.

#### cc) Wahrung der Voraussetzungen

Neben dem bestehenden (siehe 2. b)) gesetzlichen Anfechtungsgrund erfordert das vertragliche Lösungsrecht, dass die „Lösung“ binnen eines Monats nach Vertragsschluss erfolgt.

Selbiger erfolgte am ersten Samstag im Juli (2.7.). Die Frist endet gem. §§ 187 Abs. 1 Alt. 1, 188 Abs. 2 Alt. 1 BGB mit Ablauf des 2.8. Mit ihrer „Lösung“ am 25.7. hat die L-GmbH die Frist gewahrt.

#### dd) Zwischenergebnis

Die L-GmbH hat wirksam das vertragliche „Lösungsrecht“ ausgeübt.

#### d) Zwischenergebnis

Durch Ausübung des Lösungsrechts wurde der Vertrag ex tunc nichtig, der Anspruch ist insofern nicht entstanden.

*Hinweis:* Mit entsprechender Begründung war auch die Annahme einer ex-nunc-Nichtigkeit vertretbar.

## 2. Ergebnis

Ein Anspruch des D gegen die L-GmbH auf Übergabe und Übereignung der Saunabürste gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB besteht daher nicht.

### Frage 4

#### I. Anspruch des D gegen die N-AG auf Rückzahlung der Beiträge für die Monate August bis einschließlich Oktober 2022 gem. §§ 327i Nr. 2 Alt. 1, 327m Abs. 1, 2, 327o Abs. 1, Abs. 3 S. 2 BGB

##### 1. Anspruch entstanden

##### a) Anwendbarkeit der §§ 327 ff. BGB

##### aa) Grundsätzliche Anwendbarkeit

Die §§ 327 ff. BGB beruhen auf vollharmonisierendem europäischem Recht, das nicht zwischen den unterschiedlichen (leistungsbezogenen) Vertragstypen des deutschen Rechts differenziert. Diese müssen mithin – entgegen der allgemeinen deutschen Systematik – für die Anwendbarkeit der §§ 327 ff.

BGB ohne Belang sein; dies hat der nationale Gesetzgeber durch zahlreiche Rückverweise im Schuldrecht BT auch umgesetzt. Damit sind die §§ 327 ff. BGB zumindest grundsätzlich anwendbar.

#### bb) Anforderungen der §§ 327 ff. BGB

Nach § 327 Abs. 1 BGB finden die §§ 327 ff. BGB auf Verbraucherverträge (§ 310 Abs. 3 BGB) Anwendung, bei denen der Verbraucher sich zur Zahlung eines Preises, der Unternehmer sich zur Bereitstellung eines digitalen Produkts verpflichtet. Ein – auch wirksam geschlossener – Verbrauchervertrag liegt hier zweifellos vor.

Unter Preis ist zunächst ein Geldbetrag zu verstehen. Zur Zahlung eines solchen hat D sich hier verpflichtet; klärungsbedürftig erscheint, ob dem die teilweise Zahlung des D mit personenbezogenen Daten entgegensteht. Allerdings sind insofern die §§ 327 ff. BGB jedenfalls nach § 327 Abs. 3 BGB ebenfalls anwendbar, sofern kein Fall des § 312 Abs. 1a S. 2 BGB vorliegt. Hier ist eine entsprechende Beschränkung der Datenverarbeitung gerade nicht ersichtlich; die N-AG vermag die entsprechende Vermutungsregel nicht zu widerlegen.

Ein digitales Produkt ist nach § 327 Abs. 1 S. 1 BGB ein digitaler Inhalt (§ 327 Abs. 2 S. 1 BGB) oder eine digitale Dienstleistung (§ 327 Abs. 2 S. 2 BGB). Hier verpflichtete die N-AG sich (unter anderem) zur Bereitstellung eines Zugangs zu einer Online-Community via App. Dieser Zugang betrifft bei lebensnaher Sachverhaltsauslegung auch Daten, die in der Online-Community und damit digital erstellt wurden sowie aus dieser digital bereitgestellt werden. Zudem soll der Zugang D die Erstellung und/oder Speicherung von digitalen Daten in der Online-Community und jedenfalls den Zugang zu solchen Daten ebenda bzw. zumindest gegebenenfalls auch die gemeinsame Nutzung der bzw. die Interaktion mit den von ihm oder anderen Nutzern in der Online-Community hochgeladenen/ erstellten digitalen Daten ermöglichen. Folglich hat die N-AG sich zur Bereitstellung von digitalen Inhalten und einer digitalen Dienstleistung verpflichtet.

#### cc) Zwischenergebnis

Die §§ 327 ff. BGB sind daher – auch im konkret vorliegenden Fall – anwendbar.

*Hinweis:* Nachfolgend orientiert sich die Lösung am in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gebrachten Willen des nationalen Gesetzgebers. Näher dazu und zur mutmaßlichen Europarechtswidrigkeit dieser *Kesisoglul/Lang*, NJW 2023, 1009 (1010 f. Rn. 10 f.).

#### b) Vorliegen eines Mangels

Als Zentralnorm des Mängelregimes erfordert § 327i BGB, dass das digitale Produkt produkt- oder rechtmangelhaft (vgl. § 327d BGB) ist. Nach § 327e Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 Nrn. 1, 2 BGB ist das digitale Produkt (unter anderem) dann produktmangelhaft, wenn es im maßgeblichen Zeitpunkt den objektiven Anforderungen insofern nicht entspricht, als dass es sich nicht zur gewöhnlichen Verwendung eignet bzw. nicht die übliche und erwartbare Beschaffenheit aufweist.

Hier kann D im Oktober über einen Zeitraum von zehn Tagen nicht mehr auf die Online-Community zugreifen. Damit eignet sich das digitale Produkt nicht zu der Verwendung, die ein verständiger Durchschnittsverbraucher von einem solchen erwarten würde. Die Beschaffenheit kann sich insbesondere auf die Kontinuität, d.h. auf die fortdauernde Beständigkeit, des Produkts beziehen. Hier ist der Zugang zur Online-Community über einen erheblichen Zeitraum hinweg nicht existent. Dies entspricht weder der üblichen Kontinuität eines typischerweise ununterbrochen Zur-Verfügung-Stehens

derselben, noch entspricht es der Kontinuität, die ein verständiger Durchschnittsverbraucher erwarten würde.

Laut Sachverhalt schuldet die N-AG die Bereitstellung des Zugangs fortlaufend für einen Zeitraum von zwei Jahren. Gem. § 327e Abs. 1 S. 3 BGB reicht es daher aus, dass die oben genannten Umstände innerhalb dieses Bereitstellungszeitraums auftreten. Nach § 327b Abs. 2 BGB beginnt dieser grundsätzlich (spätestens) unverzüglich nach Vertragsschluss, hier daher spätestens in den ersten Tagen des Augusts. Im Oktober hatte der Bereitstellungszeitraum damit zwar bereits begonnen, war aber zum maßgeblichen Zeitpunkt der Negativabweichung noch nicht abgelaufen.

### c) Vorliegen eines Vertragsbeendigungsgrundes

Für die Vertragsbeendigung fordert § 327i Nr. 2 Alt. 1 BGB i.V.m. § 327m Abs. 1 BGB das Vorliegen eines Vertragsbeendigungsgrundes. Zu diesen Gründen zählt, dass der Unternehmer die gem. § 327l Abs. 1 S. 2 BGB ordnungsgemäße Nacherfüllung (i.S.d. § 327l Abs. 1 S. 1 BGB) verweigert hat (§ 327m Abs. 1 Nr. 5 BGB). § 327l Abs. 1 S. 2 BGB erfordert für eine solche Nacherfüllung insbesondere, dass diese ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher erfolgt. Die D von R angebotene Maßnahme sieht vor, dass D sein gesamtes Betriebssystem mit allen installierten Apps deinstallieren, neu aufspielen und wieder einrichten müsste, was mit erheblichen Anstrengungen und damit Unannehmlichkeiten verbunden erscheint.

Die angebotene Maßnahme stellt daher keine ordnungsgemäße Nacherfüllung dar. Nachdem der R zugleich alle anderen Abhilfemöglichkeiten abgelehnt hat, hat er eine ordnungsgemäße Nacherfüllung insgesamt (wirksam) abgelehnt; dieses (geschäftähnliche) Verhalten hat sich die N-AG gem. § 164 Abs. 1 S. 1 BGB (analog) zurechnen zu lassen.

### d) Kein Ausschluss der Vertragsbeendigung

Nach § 327m Abs. 2 S. 1 BGB ist die Vertragsbeendigung ausgeschlossen, wenn der Mangel unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls nur unerheblich ist. Die Nutzung einer Online-Community beruht gerade auf deren jederzeitiger Nutzbarkeit inklusive Austausch mit anderen Mitgliedern und Inhalten. Bereits vor diesem Hintergrund erscheint eine zehntägige Unterbrechung des Zugangs als nicht mehr unerheblich. Zugleich bedeutet diese Unterbrechung bezogen auf den monatlichen Abrechnungszeitraum einen Ausfall von beinahe einem Drittel der geschuldeten Bereitstellungszeit und dürfte damit auch bezogen auf die gesamte Vertragslaufzeit als nicht mehr unerheblich zu bewerten sein.

Mangels Verjährung des Nacherfüllungsanspruchs gem. § 312j Abs. 1, 2 BGB scheidet zudem ein Ausschluss gem. §§ 327j Abs. 5 BGB i.V.m. § 218 Abs. 1 S. 1 BGB.

### e) Erklärung der Vertragsbeendigung

D erklärt dem vertretungsbefugten R gegenüber am 11.10., er wolle „mit dem ganzen Vertrag nichts mehr zu tun haben“. Nachdem er zudem äußert, dass er insofern von einer Lösungsmöglichkeit jenseits des Widerrufs ausgeht, ist diese (wirksame) Willenserklärung als Beendigungserklärung i.S.d. § 327o Abs. 1 S. 1 BGB auszulegen (§§ 133, 157 BGB analog).

### f) Mangelhaftigkeit im maßgeblichen Zeitraum

Nach § 327o Abs. 3 S. 1 BGB i.V.m. § 327o Abs. 2 S. 2 BGB erlischt bei der Beendigung eines Vertrages

über die dauerhafte Bereitstellung eines digitalen Produkts der Preiszahlungsanspruch des Unternehmers nur für den Zeitraum, in dem das Produkt tatsächlich mangelhaft war sowie für den Zeitraum nach Vertragsbeendigung – und nur für diesen Zeitraum besteht bei bereits erfolgter Zahlung durch den Verbraucher ein Rückforderungsanspruch dessen, § 327o Abs. 3 S. 2 BGB. Dass hier von der N-AG die – i.S.d. § 327e Abs. 1 S. 3 BGB – dauerhafte Bereitstellung des Online-Zugangs als digitales Produkt geschuldet war, wurde oben bereits entsprechend dargelegt. Nachdem D hier die Rückzahlung für die Monate August bis einschließlich Oktober fordert, müsste dieses Produkt also während dieses gesamten Zeitraums mangelhaft oder der Vertrag beendet gewesen sein. Allerdings lässt sich obigen Ausführungen ebenfalls bereits entnehmen, dass ein Mangel eigentlich nur mit der Zugriffsproblematik Anfang Oktober vorlag.

Fraglich ist, ob im Ergebnis etwas anderes deshalb gilt, da § 327k Abs. 2 BGB – wiederum speziell im Vergleich zu § 327k Abs. 1 BGB für Verträge über dauerhafte Bereitstellung – die Vermutung aufstellt, dass bei Auftreten eines Mangels bei dem digitalen Produkt während des Bereitstellungszeitraums dieses Produkt während des gesamten Zeitraums der bisherigen Bereitstellung mangelhaft war. Dass der Mangel während des Bereitstellungszeitraums auftrat, wurde oben bereits dargelegt. Allerdings begründet § 327k Abs. 2 BGB nur eine Vermutung, die die N-AG grundsätzlich widerlegen kann. Zwar ist wohl davon auszugehen, dass – entsprechend der Rechtsprechung des EuGH zur Parallelregelung in der früheren Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>9</sup> – die Vermutung sich auch darauf erstreckt, dass ein Grundmangel, der erst später zum letztlich aufgetretenen bzw. erkennbaren Mangel geführt hat, während des Zeitraums der bisherigen Dauer der Bereitstellung vorlag. Jedoch wird der N-AG laut Sachverhalt hier der Nachweis möglich sein, dass der im Oktober aufgetretene Mangel schlicht durch die eben auch erst am 1.10. erfolgte Trennung des Kabels hervorgerufen wurde. Damit kann sie die Vermutung auch hinsichtlich eines eventuellen Grundmangels widerlegen.

Damit bleibt es dabei, dass das digitale Produkt in den Monaten August und September nicht mangelhaft (und auch der Vertrag noch nicht beendet) war; für diese Monate hat D also keinen Rückzahlungsanspruch. Hingegen ist das Produkt im Monat Oktober zunächst mangelhaft (ab erstmaligem Auftreten der Fehlermeldung am 1.10.) und danach der Vertrag – siehe gleichermaßen bereits oben – beendet (ab Lösungserklärung des D am 11.10.). Für diesen Monat also hat D einen Anspruch auf Rückzahlung des bereits erbrachten Monatsbeitrags.

### g) Zwischenergebnis

Ein Anspruch des D gegen die N-AG auf Rückzahlung der Beiträge ist nur hinsichtlich des Beitrags für den Monat Oktober entstanden.

## 2. Anspruch nicht erloschen/durchsetzbar

Der Anspruch ist nicht erloschen und zudem durchsetzbar.

## 3. Ergebnis

Ein Anspruch des D gegen die N-AG auf Rückzahlung der Beiträge für die Monate August bis einschließlich Oktober 2022 gem. §§ 327i Nr. 2 Alt. 1, 327m Abs. 1, 2, 327o Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 2 BGB besteht nur hinsichtlich des Beitrags für den Monat Oktober.

---

<sup>9</sup> Lorenz, in: MüKo-BGB, Bd. 4, 8. Aufl. 2019, § 477 Rn. 5 ff. m.w.N.

## II. Weitere Anspruchsgrundlagen

Jeglicher deliktische Anspruch scheidet jedenfalls am fehlenden (Organisations-)Verschulden der N-AG. Aufgrund der (wahrscheinlichen) ex-nunc-Wirkung der Vertragsbeendigung können bereicherungsrechtliche Ansprüche nur den Zeitraum ab dem 11.10. betreffen, dürfen jedenfalls aufgrund der europarechtlichen Vollharmonisierung aber zumindest nicht über das nach § 327o BGB Gewährte hinausgehen.