

# Wirksamwerden von (löschbaren und sich selbst löschenden) Messenger-Nachrichten

Von Wiss. Mitarbeiter **Mats Becker**, Trier\*

*Der folgende Beitrag soll einige Fragestellungen zum Wirksamwerden von Willenserklärungen skizzieren, welche dadurch aufkommen, dass durch neue technische Möglichkeiten eine Willenserklärung aus dem Kenntnisnahmebereich des Empfängers auf dafür vorgesehenem Wege entfernt werden kann. Eine gerechte Lösung kann die Anwendung der Empfangstheorie mit einer Analogie zu § 130 Abs. 1 S. 2 BGB darstellen.*

## I. Einleitung

Im Oktober 2017 hat einer der größten Messenger-Dienste eine neue Funktion für die Nutzer implementiert, die es ihnen erlaubt, bereits gesendete und auf dem anderen Client zugestellte Nachrichten innerhalb eines bestimmten Zeitraums manuell wieder zu löschen, unabhängig davon, ob der Nachrichtenempfänger die Nachricht zur Kenntnis genommen hat oder nicht. Schon seit einiger Zeit existieren neben diesen löschbaren Nachrichten auch sich selbst löschende Nachrichten, die sich nach ein- oder mehrmaligem Aufrufen nicht mehr anzeigen lassen. Auf diese Funktionen wird bei der Installation oder der Aktualisierung der Messenger-Software hingewiesen. Auch zeitlich unbegrenzt löschbare Nachrichten sind in Zukunft denkbar.

## II. Geltende Regelungen

Zunächst sollen die geltenden Regelungen zum Zugang von Willenserklärungen unter Nutzung von Messenger-Diensten ohne Löschmöglichkeit dargestellt werden.

### 1. Darstellung der allgemeinen Regeln

Als Anhaltspunkt für das Wirksamwerden von Willenserklärungen fungiert § 130 Abs. 1 S. 1 BGB. Bei dessen Schaffung standen dem Gesetzgeber verschiedene Theorien zum Wirksamkeitszeitpunkt zur Auswahl<sup>1</sup>, wobei zwei Theorien genauere Betrachtung verdienen:

#### a) Empfangstheorie

Nach der Empfangstheorie wird eine Willenserklärung wirksam, wenn sie in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist und unter regelmäßigen Umständen mit der Kenntnis-

nahme gerechnet werden kann<sup>2</sup> (normative Kenntnisnahme<sup>3</sup>) oder er sie zur Kenntnis nimmt (tatsächliche Kenntnisnahme)<sup>4</sup>. Vor Erlangung der tatsächlichen bzw. normativen Kenntnisnahme kann eine Willenserklärung gem. § 130 Abs. 1 S. 2 BGB widerrufen werden. Der Widerruf bedarf dabei keiner bestimmten Form.<sup>5</sup> Für die Empfangstheorie spricht, dass jeder Herr seiner eigenen Sphäre ist und Risiken, die im Machtbereich des Empfängers liegen, nicht dem Erklärenden zugerechnet werden sollen.<sup>6</sup> Zudem würde dem Erklärenden der Nachweis der tatsächlichen Kenntnis nur schwer gelingen.<sup>7</sup> Unstreitig wird die Empfangstheorie nach § 130 Abs. 1 S. 1 BGB auf verkörperte Erklärungen unter Abwesenden angewandt.<sup>8</sup> Eine analoge Anwendung der Vorschrift erfolgt auf verkörperte Erklärungen unter Anwesenden.<sup>9</sup>

#### b) Vernehmungstheorie

Nach der Vernehmungstheorie wird eine Willenserklärung wirksam, wenn der Erklärungsempfänger die Erklärung wahrnimmt und versteht.<sup>10</sup> Die Vernehmungstheorie wird ange-

<sup>2</sup> Coester-Waltjen, JURA 1992, 272 (273); Dörner, AcP 202 (2002), 363 (365); Einsele, in: Münchener Kommentar zum BGB, 7. Aufl. 2015, § 130 Rn. 9; Oestmann (Fn. 1), § 130 Rn. 2; Spindler, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 130 BGB Rn. 2; Thalmeier, NJW 2011, 14 ff.; Wiebe, Die elektronische Willenserklärung, 2002, S. 397.

<sup>3</sup> So genannt bei Mankowski, NJW 2004, 1901 (1902); Singer/Benedict (Fn. 1), § 130 Rn. 73–75.

<sup>4</sup> John, AcP 184 (1984), 385 (409 f.); Mansel, in: Jauernig, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2015, § 130 Rn. 4; Singer/Benedict (Fn. 1), § 130 Rn. 39; Weiler, JuS 2005, 788 (790); Wiebe (Fn. 2), S. 397.

<sup>5</sup> BFH NVwZ-RR 2009, 822 ff.; Singer/Benedict (Fn. 1), § 130 Rn. 40.

<sup>6</sup> Bork, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches, 4. Aufl. 2016, Rn. 619; Burgard, AcP 195 (1995), 74 (79); Weiler, JuS 2005, 788 (790).

<sup>7</sup> Bork (Fn. 6), Rn. 619; Motive bei Mugdan (Fn. 1), S. 157; Weiler, JuS 2005, 788 (790).

<sup>8</sup> Weiler, JuS 2005, 788 (790); Wendtland, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB; 43. Ed., Stand: 15.6.2017, § 130 Rn. 9.

<sup>9</sup> RGZ 61, 415; BGH NJW 1998, 3344 ff.; BGH NJW 2005, 2962 ff.; Brox/Walker, Allgemeiner Teil des BGB, 41. Aufl. 2017, Rn. 155; Dörner, in: Schulze, Handkommentar zum BGB, 9. Aufl. 2016, § 130 Rn. 13; Fritzsche/Malzer, DNotZ 1995, 3 (9); Leipold, BGB I Einführung und Allgemeiner Teil, 9. Aufl. 2017, § 12 Rn. 28; Mansel (Fn. 4), § 130 Rn. 11; Schreiber, JURA 2002, 249 (251); Weiler, JuS 2005, 788 (791).

<sup>10</sup> BGH NJW 1989, 1728 ff.; Einsele (Fn. 2), § 130 Rn. 28; Fritzsche/Malzer, DNotZ 1995, 3 (9); Mansel (Fn. 4), § 130 Rn. 12; Oestmann (Fn. 1), § 130 Rn. 2; Wendtland (Fn. 8), § 130 Rn. 28.

\* Der Autor ist Referendar und Wiss. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Römisches Recht, Neuere Privatrechtsgeschichte sowie Deutsches und Internationales Zivilverfahrensrecht von Prof. Dr. Thomas Riefner an der Universität Trier.

<sup>1</sup> Motive bei Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 1, 1899, S. 438; Oestmann, in: Rückert/Zimmermann/Schmoeckel, Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, 2003, § 130 Rn. 20–26; Singer/Benedict, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2017, § 130 Rn. 2–5.

wandt auf unverkörperte Erklärungen unter Anwesenden.<sup>11</sup> Hintergrund ist, dass der Erklärungsempfänger auf das erstmalige Verstehen der Erklärung angewiesen ist, da er sie kein weiteres Mal zur Kenntnis nehmen kann.<sup>12</sup> Um den Erklärenden zu schützen, wird die Vernehmungstheorie dahingehend eingeschränkt, dass eine Willenserklärung auch schon dann als zugegangen zählt, wenn der Erklärende davon ausgehen durfte, dass der Empfänger die Erklärung verstanden hat.<sup>13</sup>

### c) Zweifelsfälle

Bei unverkörperten Erklärungen unter Abwesenden wird von einer Mindermeinung vertreten, § 130 Abs. 1 S. 1 BGB entgegen dem Wortlaut nicht anzuwenden und der Vernehmungstheorie zu folgen.<sup>14</sup> Zur Begründung wird angeführt, dass eine Differenzierung zwischen Abwesenden und Anwesenden keine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen soll, die Verkörperung aber über die Wiederabrufbarkeit entscheidet. Die herrschende Meinung<sup>15</sup> ignoriert diese Bedenken und differenziert unter Abwesenden nicht zwischen verkörperten und unverkörperten Erklärungen, sondern wendet stets die Empfangstheorie an: Fehler, die im Machtbereich des Empfängers liegen (z. B. der unzuverlässige Empfangsbote), sollen (dieser Theorie folgend) nicht dem Erklärenden zugerechnet werden.

### 2. Einordnung von „klassischen“ Messenger-Nachrichten

Findet die Kommunikation mit zeitlich unmittelbar aufeinanderfolgenden Nachrichten statt (Chat-Situation), handelt es sich bei Messenger-Nachrichten um Erklärungen unter An-

wesenden.<sup>16</sup> Geht eine elektronische Nachricht zunächst in einem Postfach oder in einer Nachrichtenübersicht ein (E-Mail-Situation), gelten die Kommunikationsteilnehmer als abwesend.<sup>17</sup> Im Regelfall vergeht bei der Benutzung eines Messengers einige Zeit, bis der Empfänger eine Nachricht zur Kenntnis nimmt. Seltener treten die Teilnehmer auch zeitlich unmittelbar wie in einem Chat in Kontakt. Eine Differenzierung je nach konkretem Fall scheint geboten.

Da der Begriff „verkörpert“ mit dem Sachbegriff des § 90 BGB assoziiert wird, ist dieser zu kritisieren: Elektronische Nachrichten könnten allein auf Grund dieser Assoziationen als unverkörperte Erklärungen aufgefasst werden<sup>18</sup>. Ausschlaggebend für die Einordnung sollte aber die dauerhafte Anzeige- bzw. Wiedergabemöglichkeit sein, denn so wird dem Empfänger ermöglicht, die Willenserklärung immer wieder auf ihren Inhalt zu überprüfen. Besser wird daher von gespeicherten oder nicht-gespeicherten Erklärungen gesprochen.<sup>19</sup> Klassische Messenger-Nachrichten werden nicht gelöscht, sind zur dauerhaften Wiedergabe geeignet und gelten damit als gespeichert bzw. verkörpert. So wird es auch für andere elektronische Nachrichten angenommen.<sup>20</sup>

Im Regelfall werden bei klassischen Messenger-Nachrichten verkörperte Erklärungen unter Abwesenden ausgetauscht, sodass die Empfangstheorie gilt.<sup>21</sup> In der Chat-Situation handelt es sich um verkörperte Erklärungen unter Anwesenden, die Empfangstheorie ist auch hier anzuwenden.<sup>22</sup>

<sup>11</sup> BGH NJW 1989, 1728 ff.; *Bork* (Fn. 6), Rn. 631; *Brox/Walker* (Fn. 9), Rn. 156; *Burgard*, AcP 195 (1995), 74 (81); *Dörner* (Fn. 9), § 130 Rn. 13; *Leipold* (Fn. 9), § 12 Rn. 28a; *Mansel* (Fn. 4), § 130 Rn. 12; *Spindler* (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 2; *Weiler*, JuS 2005, 788 (791); *Wendtland* (Fn. 8), § 130 Rn. 28.

<sup>12</sup> *Einsele* (Fn. 2), § 130 Rn. 28; *Weiler*, JuS 2005, 788 (790).

<sup>13</sup> *Bork* (Fn. 6), Rn. 631; *Brox/Walker* (Fn. 9), Rn. 156; *Einsele* (Fn. 2), § 130 Rn. 28; *Schreiber*, Jura 2002, 249 (251–252); *Weiler*, JuS 2005, 788 (791).

<sup>14</sup> *Einsele* (Fn. 2), § 130 Rn. 2. Vgl. zudem: *John*, AcP 184 (1984), 385 (387); *Flad*, in: Planck, Kommentar zum BGB, 4. Aufl. 1913, § 130 I. c); v. *Thur*, Der Allgemeine Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts II. 1, 1914, S. 433. Vermittelnd *Weiler*, JuS 2005, 788 (790). Zusammenfassung des Problems ohne abschließende Stellungnahme bei *Oestmann* (Fn. 1), § 130 Rn. 30; *Ultsch*, NJW 1997, 3007 ff.; *Burgard*, AcP 195 (1995), 74 (81–82); *John*, AcP 184 (1984), 385 (387).

<sup>15</sup> *Spindler* (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 2; Viele weitere äußern sich nicht ausdrücklich zu dem Problem und übernehmen die gesetzliche Regelung des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB ohne Nachfrage. *John*, AcP 184 (1984), 385 (387) schätzt diese Ansicht allerdings nicht als herrschende Meinung ein. Demgegenüber aber *Einsele* (Fn. 2), § 130 Rn. 29; *Mansel* (Fn. 4), § 130 Rn. 4.

<sup>16</sup> BT-Drs. 14/4987, S. 21 re. Sp.; *Bork* (Fn. 6), Rn. 605; *Brox/Walker* (Fn. 9), Rn. 147; *Einsele* (Fn. 2), § 130 Rn. 18; *Fritzsche/Malzer*, DNotZ 1995, 3 (11); *Leipold* (Fn. 9), § 12 Rn. 29; *Weiler*, JuS 2005, 788 (790); *Wendtland* (Fn. 8), § 130 Rn. 29. Ablehnend *Dörner*, AcP 202 (2002), 363 (375); *Gößmann*, in: Festschrift für Walther Haddin zum 70. Geburtstag, 2004, S. 819 (823); *Heun*, CR 1994, 595 (598); *Singer/Benedict* (Fn. 1), § 130 Rn. 21; *Fritzsche/Malzer*, DNotZ 1995, 3 (11); *Spindler* (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 22; *Thalmair*, NJW 2011, 14 ff.; *Wiebe* (Fn. 2), S. 405.

<sup>17</sup> *Dörner*, AcP 202 (2002), 363 (375); *Einsele* (Fn. 2), § 130 Rn. 18; *Fritzsche/Malzer*, DNotZ 1995, 3 (11); *Spindler* (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 3; *Thalmair*, NJW 2011, 14 ff.; *Weiler*, JuS 2005, 788 (790); *Wendtland* (Fn. 8), § 130 Rn. 29.

<sup>18</sup> *Burgard*, AcP 195 (1995), 74 (83) sieht auch diese Problematik. Dem Irrtum unterliegt *Dörner*, AcP 202 (2002), 363 (366).

<sup>19</sup> *Einsele* (Fn. 2), § 130 Rn. 18; *John*, AcP 184 (1984), 385 (395); *Wiebe* (Fn. 2), S. 399.

<sup>20</sup> *Gößmann* (Fn. 16), S. 821; *Fritzsche/Malzer*, DNotZ 1995, 3 (11); *Spindler* (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 2, *Thalmair*, NJW 2011, 14 (14–15); *Ultsch*, NJW 1997, 3007; *ders.*, DZWIR 1997, 466 (468). Andere Ansicht *Dörner*, AcP 202 (2002), 363 (366), der sie aber wie die verkörperten Erklärungen behandeln will.

<sup>21</sup> Für elektronische Erklärungen allgemein siehe BT-Drs. 14/4987, S. 11 li. Sp.; *Gößmann* (Fn. 16), S. 824.

<sup>22</sup> *Spindler* (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 22. Andere Ansicht *Heun*, CR 1994, 595 (599).

### 3. Anwendung auf „klassische“ Messenger-Nachrichten

Zunächst muss eine Messenger-Nachricht in den Machtbereich des Empfängers gelangen. Für E-Mails wird vertreten, dass die E-Mail im Postfach des Empfängers eingegangen sein muss<sup>23</sup>, also jederzeit geöffnet bzw. abgerufen werden kann. Nicht ausreichend ist der Eingang auf dem Server des E-Mail-Providers selbst. Erklärungen, die direkt zwischen den Teilnehmern übertragen werden, sollen zugewandt sein, wenn sie die Schnittstelle zum Empfänger passiert haben.<sup>24</sup> Messenger-Dienste im Client-Server-Modell bieten im Regelfall keine Postfächer auf Servern mehr an, sondern senden die Nachrichten vom Server im Push-Verfahren an die Empfänger. Einige Messenger arbeiten im Peer-to-Peer-Modell, die Nachrichten gelangen hier (manchmal unter Einschaltung eines Vermittlungsnetzwerkes) direkt auf das Gerät des Empfängers. Bei beiden Verfahren muss davon ausgegangen werden, dass eine Willenserklärung in den Machtbereich gelangt, sobald sie auf dem Client des Empfängers eingegangen ist. Für E-Mails wird teilweise<sup>25</sup> vertreten, dass das Postfach zum Empfang von Willenserklärungen gewidmet sein muss. Dies ist sowohl für E-Mails als auch für Messenger abzulehnen. Beide Methoden haben sich im alltäglichen Gebrauch etabliert, sodass mit dem Empfang von Willenserklärungen über diese Medien immer zu rechnen ist<sup>26</sup> bzw. durch die Nutzung eine automatische Widmung erfolgt.

Der Zeitpunkt der normativen Kenntnisnahme differiert je nach eingesetztem Kommunikationsmittel.<sup>27</sup> Dieser ist aus der Sicht eines objektiven Empfängers zu bestimmen.<sup>28</sup> Bei einer E-Mail wird angenommen, dass diese noch am selben Tag zur Kenntnis genommen wird.<sup>29</sup> Dieser Zeitraum scheint für den Messenger als zu lange angesetzt. Hier werden Nachrichten im Regelfall innerhalb weniger Stunden zur Kenntnis genommen.

### III. Fallgestaltungen

Bei der Nutzung von Messengern mit löszbaren bzw. sich selbst löschenden Nachrichten treten Fallgestaltungen auf, die sich von den „klassischen“ Messengern stark unterscheiden:

<sup>23</sup> Dörner, AcP 202 (2002), 363 (367); Herwig, MMR 2001, 145 (146); Mankowski, NJW 2004, 1901 (1902); Spindler (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 4; Thalmair, NJW 2011, 14 (16); Ultsch, NJW 1997, 3007 ff.; ders., DZWir 1997, 466 (468); Weiler, JuS 2005, 788 (791); Wiebe (Fn. 2), S. 406.

<sup>24</sup> Heun, CR 1994, 595 (598).

<sup>25</sup> BT-Drs. 14/4987, S. 11 li. Sp.; Ultsch, NJW 1997, 3007 ff.; ders., DZWir 1997, 466 (468). Andere Ansicht Mankowski, NJW 2004, 1901 (1902).

<sup>26</sup> Diese Argumentation für die E-Mail vertretend Thalmair, NJW 2011, 14 (15).

<sup>27</sup> Gößmann (Fn. 16), S. 826; Weiler, JuS 2005, 788 (792).

<sup>28</sup> Bork (Fn. 6), Rn. 623; Weiler, JuS 2005, 788 (791).

<sup>29</sup> Mankowski, NJW 2004, 1901 (1902); Singer/Benedict (Fn. 1), § 130 Rn. 73; Thalmair, NJW 2011, 14 (16).

### 1. Löschung vor Eintritt in den Machtbereich

Dieser Fall tritt ein, wenn der Client des Empfängers nicht zum Empfang der Nachricht in der Lage ist, beispielsweise weil er nicht mit dem Internet verbunden ist. Beim Server-Client-Modell bleibt die Nachricht nach Abgabe solange auf dem Server, beim Peer-to-Peer-Modell im Regelfall solange auf dem Client des Absenders, bis die Empfangsbereitschaft des Empfänger-Clients wieder hergestellt wurde. Wenn vor Wiederherstellung der Empfangsbereitschaft die Nachricht wieder gelöscht wurde, erreicht sie niemals den Machtbereich oder die Kenntnis des Empfängers, sodass sie weder nach der Empfangstheorie noch nach der Vernehmungstheorie wirksam wird. Diese Lösung erscheint interessengerecht, denn der Empfänger muss nicht in seinem Vertrauen geschützt werden.

### 2. Löschung nach tatsächlicher Kenntnisnahme

Die Löschung nach tatsächlicher Kenntnisnahme ist der Standardfall bei sich selbst löschenden Nachrichten. Aber auch löszbare Nachrichten können nach tatsächlicher Kenntnisnahme gelöscht werden.

#### a) Interessenlage

Einerseits muss der Erklärungsempfänger in seinem Vertrauen auf die Wirksamkeit der von ihm zur Kenntnis genommenen Nachricht geschützt werden. Andererseits bedient sich der Erklärende nur einer zulässigen Funktion des Messenger-Programmes und darf daher nicht für die Löschung haftbar gemacht werden. Dieser Interessenlage kann man auf zwei Arten gerecht werden:

#### b) Empfangstheorie

Wie bei der normalen Messenger-Nachricht tritt auch bei löszbaren bzw. sich selbst löschenden Messenger-Nachrichten nach der Empfangstheorie Wirksamkeit (auch) mit der tatsächlichen Kenntnisnahme ein.<sup>30</sup> Offen kann in diesem Fall die Frage bleiben, ob eine löszbare Nachricht bereits den Machtbereich des Empfängers erreicht hat, wenn der Erklärende mit Hilfe der Löschkfunktion noch über deren Fortbestand entscheiden kann: Tatsächliche Kenntnisnahme kann nämlich auch vor Eintritt in den Machtbereich den Zugang im Sinne der Empfangstheorie auslösen.<sup>31</sup> Der Erklärende könnte durch die Löschung nach Kenntnisnahme eine Pflichtverletzung im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB begehen und sich damit schadensersatzpflichtig machen. In Betracht käme die Verletzung einer Pflicht nach § 241 Abs. 2 BGB, da der Empfänger die Nachricht nicht länger zu Beweis Zwecken verwerten kann oder sich nicht nochmal ihres Inhalts versichern kann. Da der Empfänger aber mit der Nutzung des Messengerprogramms seinen Rechtskreis für löszbare oder sich löschende Willenserklärungen freiwillig geöffnet hat und

<sup>30</sup> John, AcP 184 (1984), 385 (409 f.); Mansel (Fn. 4), § 130 Rn. 4; Singer/Benedict (Fn. 1), § 130 Rn. 39; Weiler, JuS 2005, 788 (790); Wiebe (Fn. 2), S. 397.

<sup>31</sup> Bork (Fn. 6), Rn. 623; John, AcP 184 (1984), 385 (409 f.); Singer/Benedict (Fn. 1), § 130 Rn. 39.

er die Löschfunktion zumindest kennen musste, scheidet ein solcher Anspruch aus. Ein Widerruf der Erklärung nach § 130 Abs. 1 S. 2 BGB durch die Löschung ist verfristet, denn der Empfänger muss in seinem Vertrauen geschützt werden.

#### c) Vernehmungstheorie

Denkbar wäre, eine löschbare oder eine sich selbst löschende Nachricht im Gegensatz zu den klassischen Messenger-Nachrichten als unverkörpernte Erklärung anzusehen, weil sie genauso flüchtig sein kann wie das gesprochene Wort.<sup>32</sup> Der Empfänger kann bei Unsicherheiten über den Erklärungsinhalt die Erklärung nicht noch einmal konsultieren. Eine Erklärung gilt als gespeichert, wenn der Empfänger über sie verfügen kann, wie es ihm beliebt<sup>33</sup>, was durch die Löschmöglichkeit des Absenders gerade nicht möglich ist. In der Chat-Situation würde in diesem Fall eine unverkörpernte Erklärung unter Anwesenden vorliegen und die Vernehmungstheorie zur Anwendung kommen. Der Mindermeinung nach wäre auch bei unverkörpernten Erklärungen unter Abwesenden die Vernehmungstheorie anzuwenden. Der Erklärungsempfänger darf bei einer unverkörpernten Erklärung nicht auf die mehrmalige Kenntnisnahmemöglichkeit vertrauen. Die Löschung nach Kenntnisnahme ist nach der Vernehmungstheorie für das Wirksamwerden der Erklärung irrelevant. Alternativ gelangt man zur Anwendung der Vernehmungstheorie, wenn man die Entscheidung der Parteien, einen Messenger-Dienst mit Löschfunktion zu nutzen, als Abbedingung des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB ansieht, welches dispositives Recht darstellt<sup>34</sup>.

#### d) Lösungsvorschlag

Beide Lösungsmöglichkeiten bilden die Interessenlage der Parteien in diesem Fall gerecht ab. Welcher Lösung man folgt, hängt davon ab, welcher Ansicht man bei der Betrachtung unverkörpernten Erklärungen unter Abwesenden zugehört ist. Eher abwegig erscheint, in die Nutzung des Messengers eine konkludente Abbedingung des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB hineinzulesen.

#### 3. Löschung vor regelmäßiger Kenntnisnahme

Der Erklärungsempfänger hat mangels Kenntnisnahme in diesem Fall noch kein Vertrauen in den Bestand der Erklärung gefasst, auch wenn die Nachricht schon auf seinem Client zugestellt wurde. Bevor er sie zur Kenntnis nehmen konnte oder unter regelmäßigen Umständen zur Kenntnis genommen hätte, hat der Erklärende sie bereits wieder über die Löschfunktion aus dem Machtbereich des Empfängers entfernt. Nach der Vernehmungstheorie wäre die Erklärung

mangels Kenntnis noch nicht wirksam geworden. Nach der Empfangstheorie ist der Löschbefehl als rechtzeitige Widerrufserklärung im Sinne des § 130 Abs. 1 S. 2 BGB anzusehen, sodass die ursprüngliche Erklärung keine Wirkung entfaltet.

#### 4. Löschung nach regelmäßiger Kenntnisnahme

Am schwierigsten ist der Fall zu beurteilen, in dem die Willenserklärung nach der regelmäßigen, aber vor der tatsächlichen Kenntnisnahme gelöscht wird, der Empfänger also außergewöhnlich lange braucht, um die Nachricht zu vernehmen. Dieser Fall kann nicht in der Chat-Situation eintreten, denn hier vernimmt der Empfänger die Erklärungen sofort.

##### a) Interessenlage

Für das Wirksamwerden der Erklärung spricht, dass es für den Erklärenden nicht beeinflussbar ist, ob normative und tatsächliche Kenntnisnahme auseinanderfallen. Er soll daher nicht durch das Auseinanderfallen eine zusätzliche Möglichkeit zur Abstandnahme von der Erklärung erhalten. Für die Erklärungstheorie wurde bewusst der Zeitpunkt der normativen Kenntnisnahme für den Zugang gewählt, weil die tatsächliche Kenntnisnahme nur schwer beweisbar ist,<sup>35</sup> was auch für Messenger-Nachrichten gilt, bei denen regelmäßig nur das Öffnen, nicht aber das Vernehmen der Nachricht vermeldet wird. Den Zugang bei löschbaren Nachrichten auf die tatsächliche Kenntnisnahme zu verlagern, würde damit Beweisprobleme schaffen. Auch bei einem Brief, der in den Briefkasten des Empfängers eingeworfen und danach vom Erklärenden daraus wieder gestohlen wurde, wird man zu Gunsten des Zugangs entscheiden. Gegen den Zugang spricht, dass der Empfänger keine Kenntnis über den Inhalt der Erklärung hat. Er muss daher weder im Vertrauen auf die Erklärung geschützt werden, noch kann er nachvollziehen, was Inhalt der Erklärung war. Durch die Nutzung des Messengers signalisiert der Benutzer die Bereitschaft, löschbare Nachrichten zu empfangen. Er erweitert die Möglichkeiten des Erklärenden, sich von seinen Erklärungen zu lösen. Zudem liegt es in seiner eigenen Einflussphäre, dass er später als gewöhnlich die eingegangenen Nachrichten überprüft<sup>36</sup> und für ihn günstige Willenserklärungen verpasst. Daher ist das Wirksamwerden der Erklärung zu verneinen, was auf verschiedene Weisen konstruiert werden kann:

##### b) Empfangstheorie mit Machtbereichslösung

Bei klassischen Messenger-Nachrichten wäre die Willenserklärung nach der Empfangstheorie wirksam geworden. Um zu einem interessengerechten Ergebnis zu kommen, muss die Empfangstheorie hier also modifiziert werden: Denkbar wäre, dass eine löschbare Erklärung erst als im Machtbereich des Empfängers befindlich angesehen wird, wenn keine Löschung mehr möglich ist, da zuvor der Erklärende noch Verfügungsgewalt über die Erklärung besitzt. Der Empfänger hat

<sup>32</sup> Für vergleichbare elektronische Erklärungen *Einsele* (Fn. 2), § 130 Rn. 28. Andere Ansicht *Spindler* (Fn. 2), § 130 BGB Rn. 2.

<sup>33</sup> *Burgard*, AcP 195 (1995), 74 (104).

<sup>34</sup> RGZ 108, 91 (96); BGHZ 130, 71 (75); *Brox/Walker* (Fn. 9), Rn. 154a; *Einsele* (Fn. 2), § 130 Rn. 12; *Singer/Benedict* (Fn. 1), § 130 Rn. 22; *Wendtland* (Fn. 8), § 130 Rn. 32.

<sup>35</sup> *Bork* (Fn. 6), Rn. 619; Motive bei *Mugdan* (Fn. 1), S. 157; *Weiler*, JuS 2005, 788 (790).

<sup>36</sup> *Wendtland* (Fn. 8), § 130 Rn. 10.

durch die Nutzung einer Softwareversion mit Löschfunktionalität der Verkleinerung, der Erklärende auf gleiche Weise der Vergrößerung seines Machtbereichs zugestimmt. Die Machtsphären sollen aber zugleich eine Risikoabwägung treffen: Jeder soll nur das Risiko des Verlustes der Erklärungen tragen, über die er auch verfügen kann.<sup>37</sup> Zwischen dem Eintreffen der Nachricht auf dem Gerät des Empfängers und dem Wegfall der Löschmöglichkeit läge das Verlustrisiko von Erklärungen, die der Erklärende gerade nicht löschen möchte, damit bei diesem. Dies ist unbillig, denn in dieser Zeit hat der Erklärende keinen Einfluss darauf, ob das Empfangsgerät beschädigt wird, verloren geht oder die Nachricht durch einen Softwarefehler gelöscht wird. Besonders stark müssen diese Bedenken für Nachrichten gelten, die zeitlich unbegrenzt gelöscht werden können, denn hier kann der Machtbereich beliebig bis zur Kenntnis des Empfängers ausgedehnt werden. Zudem spricht gegen die Machtbereichslösung, dass ein Machtbereich durch den tatsächlichen Einfluss einer Person bestimmt wird und das zeitliche Element keine Rolle spielen darf, da dieses erst bei der Frage nach der regelmäßigen Kenntnisnahme Beachtung findet.

#### c) Vernehmungstheorie

Durch Geltung der Vernehmungstheorie gilt nur die tatsächliche – nicht aber die normative – Kenntnis für das Wirksamwerden der Erklärung. Der Erklärende kann dadurch seine unliebsame Erklärung beseitigen, der Empfänger muss keine Erklärung gegen sich gelten lassen, die ihm nie zur Kenntnis gelangt ist. Dazu gelangt man, wenn man wie oben beschrieben die löschbaren Messenger-Nachrichten als unverkörpert einordnet und der Mindermeinung folgend auf unverkörperte Willenserklärungen unter Abwesenden die Vernehmungstheorie anwendet. Die Nutzung des Messenger-Dienstes als Abbedingung des § 130 Abs. 1 S. 1 BGB und privatautonome Entscheidung für die Vernehmungstheorie anzusehen, überzeugt auch hier nicht. Auch mit der Vernehmungstheorie sind die Risiken nicht gerecht verteilt: Ebenso wie mit der Empfangstheorie mit Machtbereichslösung trägt der Erklärende die Risiken, die in der Sphäre des Empfängers liegen. Damit würde genau der Fall eintreten, gegen den sich der Gesetzgeber mit der Entscheidung für die Empfangstheorie ausgesprochen hat.

#### d) Lösungsvorschlag: Widerrufslösung

Zuletzt wäre es denkbar, den Löschbefehl des Erklärenden bei einer löschbaren Nachricht als Widerrufserklärung im Sinne des § 130 Abs. 1 S. 2 BGB anzusehen. Da diese aber erst nach dem Zugang der ursprünglichen Erklärung selbst zugeht, wäre sie verfristet. Vorstellbar wäre, eine konkludente Vereinbarung über eine Widerrufsfristverlängerung in die Installation des Messenger-Programms hineinzulesen. Dagegen spricht, dass die Parteien bei der Installation des Messenger-Programmes nicht zwangsläufig bereits in Kontakt standen. Zudem scheint diese Vereinbarung lebensfremd. In Be-

tracht kommt daher nur eine analoge Anwendung der Vorschrift, die das Ende der Widerrufsfrist auf den Zeitpunkt der tatsächlichen Kenntnisnahme bzw. das Ende der Löschmöglichkeit verlegt. Zwar wird der Widerruf einer Willenserklärung teilweise als nicht analogfähig angesehen<sup>38</sup>, die Vorschriften des BGB müssen aber erweiterbar bleiben, um mit neuen technischen Möglichkeiten Schritt zu halten. In diesem Fall erscheint die Einräumung einer Widerrufsmöglichkeit als die einzige gerechte Lösung: Der Erklärende ist bei Nutzung der Löschmöglichkeit nicht an seine Erklärung gebunden, trägt aber auch gleichzeitig nicht das Risiko, dass Erklärungen, die er nicht löschen möchte, im Machtbereich des Empfängers verloren gehen. Der Empfänger muss nur auf solche Erklärungen vertrauen, die er tatsächlich zur Kenntnis genommen hat.

#### IV. Fazit

Die klassischen Messenger-Nachrichten bereiten den Vorschriften des BGB keine Probleme. Die Vernehmungstheorie schafft bei löschbaren bzw. sich selbst löschenden Nachrichten in vielen Konstellationen gerechte Ergebnisse, versagt aber bei einer Löschung nach regelmäßiger Kenntnisnahme. Obwohl die Einordnung der löschbaren bzw. sich selbst löschenden Messenger-Nachrichten als unverkörperte Erklärungen Sympathie verdient, ist daher weiterhin die Empfangstheorie mit der Maßgabe anzuwenden, dass bei einer Löschung nach regelmäßiger Kenntnisnahme die Widerrufsmöglichkeit durch eine Analogie erweitert wird.

<sup>37</sup> Bork (Fn. 6), Rn. 619; Burgard, AcP 195 (1995), 74 (79); Weiler, JuS 2005, 788 (790).

<sup>38</sup> Bork (Fn. 6), Rn. 653. Für eine restriktive Anwendung Leipold (Fn. 9), § 13 Rn. 1.