

49. Ergänzung

v. Westphalen / Thüsing / Pamp

2023

ISBN 978-3-406-79618-0

C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
beck-shop.de

Die Online-Fachbuchhandlung beck-shop.de steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen.

beck-shop.de hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird beck-shop.de für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

Als **Indiz für das Vorliegen eines Kaufs auf Probe** ist es im Versandhandel anzusehen, **3** wenn dem Käufer ein nicht weiter konkretisiertes Rückgaberecht eingeräumt ist.¹³ Gesonderte vertragliche Rückgaberechte haben jedoch durch die Regelung des Widerrufsrechts bei Fernabsatzverträgen nach § 312g BGB im Versandhandel erheblich an Bedeutung verloren.¹⁴ Regelmäßige Rechtsfolge eines Kaufs auf Probe ist, nach der Auslegungsregel des § 454 Abs. 1 S. 2 BGB, dass das Zustandekommen des Kaufvertrages unter der aufschiebenden oder auflösenden Bedingung (§ 158 BGB) der Billigung der Kaufsache durch den Käufer steht.¹⁵ Mit der Versendung während der Schwebezeit erfolgt dann kein Gefahrübergang.¹⁶ Hierdurch unterscheidet sich der Kauf auf Probe im Sinne des § 454 BGB von dem im BGB nicht näher geregelten sogenannten Erprobungskauf (bzw. Kauf zur Probe), bei dem die Missbilligung durch den Käufer nicht in dessen Belieben steht, sondern von nachprüfbaren Kriterien, insbesondere der Bedingung, dass sich die Kaufsache zum vorgesehenen Zweck eignet, abhängt.¹⁷ Liegt ein Kauf auf Probe im Sinne des § 454 BGB vor, so trägt der Verkäufer die Beweislast für das Zustandekommen des Kaufvertrages und die Billigung gemäß § 455 BGB.¹⁸

Eine Kaufvertragsklausel, durch die sich der AGB-Verwender selbst die „Bestätigung“ seiner **4** tatsächlichen Leistungserbringung bis zum Ablauf der Widerrufs- bzw. Rückgabefrist gem. § 355 Abs. 1, 2, § 356 BGB vorbehält, ist nach **§ 308 Nr. 1 2. HS BGB** grundsätzlich zulässig.¹⁹ Die Ausnahme vom Verbotstatbestand des § 308 Nr. 1. 1. HS BGB eröffnet dem Unternehmer die Möglichkeit, seine Leistung so lange hinauszuzögern, bis der Verbraucher sein Widerrufsrecht nicht mehr ausüben kann.²⁰ Der Unternehmer hat regelmäßig ein berechtigtes Interesse, sich durch eine entsprechende **Leistungsvorbehaltsklausel** davor zu schützen, dass der Verbraucher den Vertrag nur abschließt, um sich kurzzeitig in den Besitz des Leistungsgegenstandes zu bringen, um ihn nach Erklärung des Widerrufs wieder an den Unternehmer zurückzugeben, da ihm dadurch ein zusätzlicher Aufwand für Transport, Neuverpackung sowie Lagerung und Versand der gebrauchten Güter entsteht.²¹ Bedeutung erlangt die Ausnahme vom Klauselverbot für die Fälle, in denen der Beginn der Widerrufsfrist von der Belehrung über das Widerrufsrecht abhängt.²² Das sind insbesondere Teilzeit-Wohnrechtverträge (§§ 481, 485 Abs. 1 BGB), Haustürgeschäfte (§ 312b BGB), Verbraucherdarlehensverträge (§§ 491, 495 Abs. 1 BGB), Geschäfte über Finanzierungshilfen (§§ 506ff. BGB) und Ratenlieferungsverträge § 510 Abs. 1 S. 1 BGB), die nicht außerhalb von Geschäftsräumen oder im Wege des Fernabsatzes geschlossen wurden.²³ Bei Verbrauchsgüterkäufen, die außerhalb von Geschäftsräumen oder im Fernabsatz geschlossen wurden, ist indes zu beachten, dass die Widerrufsfrist gem. § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB regelmäßig erst mit Erhalt der Ware beginnt, sodass die Norm des § 308 Nr. 1 2. HS. BGB insoweit keine Bedeutung erlangt.

Vom Kauf auf Probe ist der **Kauf mit Umtauschrecht** (bzw. Umtauschvorbehalt) zu **5** unterscheiden. Der Kauf mit einem Umtauschvorbehalt kommt sofort und unbedingt zustande. **Rechtsfolge** des Kaufs mit einem Umtauschrecht ist, dass der Käufer gegen die Rückgabe der unversehrten Ware eine andere Ware bzw. Warengattung – nicht jedoch Bargeld – zurück

13 OLG Bamberg NJW 1987, 1644; BeckOK BGB/Faust § 454 Rn. 2.

14 Ebenso BeckOK BGB/Faust § 454 Rn. 2; Staudinger/Mader/Schermaier § 454 Rn. 5.

15 BGH MMR 2020, 235 (256); Grüneberg/Weidenkaff § 454 Rn. 1; Staudinger/Mader/Schermaier § 454 Rn. 29.

16 Bis zur Billigung trägt der Verkäufer die Gefahr, Grüneberg/Weidenkaff § 447 Rn. 5 und § 454 Rn. 11; MüKoBGB/Westermann § 454 Rn. 7.

17 Grüneberg/Weidenkaff § 454 Rn. 5.

18 OLG Bamberg NJW 1987, 1644; BeckOK BGB/Faust § 454 Rn. 10; Grüneberg/Weidenkaff § 454 Rn. 2.

19 BeckOK BGB/Becker § 308 Nr. 1 Rn. 29; im Möbelhandel ist die regelmäßig ausbedungene Annahmefrist von drei Wochen angemessen, sofern die Möbel vom Verwender erst beschafft werden müssen. Bei Verkauf vorrätiger Möbel kommt allenfalls die Zeit für die Bonitätsprüfung von einer Woche in Betracht, wenn diese erforderlich ist (BGH NJW 2001, 303).

20 Dammann in Wolf/L./P. § 308 Nr. 1 Rn. 30.

21 BeckOK BGB/Becker § 308 Nr. 1 Rn. 29; Dammann in Wolf/L./P. § 308 Nr. 1 Rn. 30; MüKoBGB/Wurmnest § 308 Nr. 1 Rn. 24.

22 MüKoBGB/Wurmnest § 308 Nr. 1 Rn. 24.

23 BeckOK BGB/Becker § 308 Rn. 29.

erhält.²⁴ Die rechtstechnische Konstruktion des Kaufs mit Umtauschrecht ist umstritten.²⁵ Zutreffenderweise wird man davon auszugehen haben, dass es zunächst einer vertraglichen Rückgängigmachung des ursprünglichen Kaufs und sodann einer zusätzlichen Abrede über den Erwerb der Umtauschware bedarf.²⁶ Zum Teil wird je nach Vertragsgestaltung eine einseitige Ersetzungsbefugnis des Käufers angenommen.²⁷ **Unklarheiten** darüber, ob ein Kauf auf Probe oder ein Kauf mit Umtauschvorbehalt gewollt ist, gehen – soweit sie auf zweideutigen oder widersprüchlichen Formulierungen im Versandhandelskatalog, auf einer Bestellkarte oder in den AGB beruhen – zu Lasten des Versandhändlers, § 305 c Abs. 2 BGB. Siehe zu den AGB-rechtlichen Auswirkungen Rn. 16.

II. Vertriebsformen, Versandhandelsprivileg und Rückgabeklausel

1. Finanzierter Kauf

- 6 Finanzierungshilfen zwischen Unternehmern (§ 14 BGB) und Verbrauchern (§ 13 BGB) finden seit der Reform durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie nunmehr ihre Regelung in den §§ 506 ff. BGB. Die Vorschriften sind seither mehrfach angepasst worden.²⁸ Wird die Versandhandelsware durch einen Verbraucher von einem Unternehmer auf Ratenzahlungsbasis erworben, so handelt es sich um einen entgeltlichen Zahlungsaufschub im Sinne von § 506 Abs. 1 S. 1 BGB. Grundsätzlich ist auch ein Aufschub von unter drei Monaten im Vergleich zur gesetzlichen Fälligkeit (§ 271 BGB) erfasst, – sofern nicht nur geringe Kosten vereinbart sind, § 506 Abs. 4 S. 1 BGB iVm § 491 Abs. 2 Nr. 3 BGB. Darüber hinaus muss die Summe des Zahlungsaufschubs gemäß § 506 Abs. 4 S. 1 BGB iVm § 491 Abs. 2 Nr. 1 BGB die Bagatellgrenze von €200,- für Kleinkredite überschreiten.
- 7 Das Schriftformerfordernis des § 492 Abs. 1 BGB bleibt unangewandt, wenn die Voraussetzungen der **Privilegierung des Fernabsatzes** nach § 507 Abs. 1 S. 2 BGB vorliegen. Privilegiert sind alle Teilzahlungsgeschäfte, die im Fernabsatz (Versandhandel) auf Initiative des Verbrauchers aufgrund eines Verkaufsprospekts oder eines vergleichbaren elektronischen Mediums geschlossen werden und damit in den Anwendungsbereich des § 312 c BGB fallen. Für die Überschneidung mit den Vorschriften des Fernabsatzrechts bestimmt nunmehr § 312 g Abs. 3 BGB, dass das Widerrufsrecht aus § 506 Abs. 1 iVm § 495 BGB demjenigen aus § 312 g Abs. 1 BGB uneingeschränkt vorgeht. Die im Fernabsatz geltenden Informations- und Aufklärungspflichten des Unternehmers²⁹ nach den §§ 312 a, 312 d ff. BGB und Art. 246 ff. EGBGB gelten jedoch auch im Anwendungsbereich des § 507 Abs. 1 S. 2 BGB.
- 8 Aus dem Prospekt, alternativ einem entsprechenden elektronischen Medium müssen die Angaben aus § 507 Abs. 1 S. 2 BGB, dh der Barzahlungspreis, der Sollzinssatz, der effektive Jahreszins, Sicherheiten und Versicherungen und ein Tilgungsplan anhand beispielhafter Gesamtbeträge hervorgehen. Der Vertragsschluss selbst ist dann formfrei, vorvertragliche Informationspflichten bleiben indes zu beachten. Der Vertragsinhalt ist dem Verbraucher spätestens unverzüglich nach dem Vertragsschluss auf einem dauerhaften Datenträger iSd § 126 b S. 2 BGB mitzuteilen. Durch diese Formerleichterungen soll der Versandhandel nicht über das notwendige Maß an Verbraucherschutz hinaus erschwert werden.³⁰
- 9 Der Verbraucher muss die Angaben vor dem Abschluss des Vertrags eingehend zur Kenntnis nehmen können. Eine effektive Kenntnisnahmemöglichkeit setzt voraus, dass die Katalogangaben über eine hinreichende zeitliche Dauer ungestört studiert werden konnten. Ein elek-

24 AG München BeckRS 2012, 4366; Jauernig/Berger §§ 454, 455 Rn. 2; Muscheler BB 1986, 2279 (2282).

25 MüKoBGB/Westermann Vor § 454 Rn. 4; Muscheler BB 1986, 2279 (2282) mwN.

26 BGHZ 73, 355 (360); siehe auch MüKoBGB/Westermann Vor § 454 Rn. 4 mwN.

27 MüKoBGB/Westermann Vor § 454 Rn. 4 mwN.

28 Siehe hierzu MüKoBGB/Schürnbrand/Weber § 506 Rn. 2.

29 Siehe hierzu auch → Rn. 10.

30 MüKoBGB/Schürnbrand/Weber § 507 Rn. 3.

II. Vertriebsformen, Versandhandelsprivileg und Rückgabeklausel

tronisches Medium ist einem Prospekt insofern vergleichbar, wenn die Auswertung der erhaltenen Informationen entsprechend möglich ist, was bei Internetseiten, nicht aber der Information im Rahmen eines Telefonats zu bejahen ist.³¹ Ausreichend ist allerdings die Möglichkeit der Kenntnisnahme. Eine tatsächliche Kenntnisnahme ist nicht erforderlich.

2. Außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge

Im Zuge der Umsetzung der Verbraucherrechtsrichtlinie³² wurde die vormalis in §§ 312, 312a BGB a. F. geregelte Figur der Haustürgeschäfte durch die Regelungen zu außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (AGV-Verträge) ersetzt. Den Begriff bestimmt § 312b Abs. 1 S. 1 BGB; erfasst werden nach dessen Nr. 1 insbesondere Verträge, die bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Verbrauchers und Unternehmers an einem Ort, der kein Geschäftsraum iSd § 312b Abs. 2 BGB ist, sowie darüber hinaus in den in § 312b Abs. 1 S. 1 Nr. 2–4 enumerativ aufgezählten Situationen geschlossen werden.

Für diese AGV-Verträge gilt das Widerrufsrecht nach § 312g Abs. 1 BGB, wobei wiederum der in § 312g Abs. 3 BGB geregelte Vorrang eines Widerrufsrechts bei Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrags gem. § 506 Abs. 1 iVm § 495 BGB zu beachten ist. Dieser Vorrang gilt allerdings nur, wenn das Widerrufsrecht nach § 506 Abs. 1 iVm § 495 BGB tatsächlich besteht – greift hingegen im konkreten Fall eine Bereichsausnahme, ist das Widerrufsrecht aus § 312g Abs. 1 BGB nicht verdrängt.³³

Regelmäßig fehlt es im Versandhandel aber schon an den **situativen Voraussetzungen** 11 des § 312b Abs. 1 BGB. Die hier enumerativ aufgezählten Tatbestände werden weder im klassischen Fall des Katalogversandhandels, noch im Onlineversandhandel vorliegen.

Anders kann es aber liegen, wenn der Versandhandelsvertrag durch Vermittlung eines **Sammelbestellers** zustande kommt, die von Versandhäusern eingeschaltet werden, um in ihrem Freundes- oder Bekanntenkreis mittels des Katalogs für das Versandhandelsunternehmen Bestellungen einzuholen.³⁴ Diese Fälle erfüllen sowohl die Voraussetzungen eines AGV-Vertrages,³⁵ als auch die eines Fernabsatzvertrags nach § 312c BGB.³⁶ Die Überschneidung hat durch die einheitliche Regelung des Widerrufsrechts in § 312g Abs. 1 BGB an Brisanz verloren, kann aber im Hinblick auf die Informationspflichten des Unternehmers problematisch sein.³⁷

3. Fernabsatzvertrag

§ 312c Abs. 1 BGB definiert den Begriff des Fernabsatzvertrags als Vertrag, bei dem der Unternehmer oder eine in seinem Namen oder Auftrag handelnde Person und der Verbraucher für die Vertragsverhandlungen und den Vertragsschluss ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwenden. Erforderlich ist also, dass der Vertragsschluss gänzlich ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien erfolgt.³⁸ Als Fernkommunikationsmittel werden nach § 312c Abs. 2 BGB insbesondere Briefe, Kataloge, Telefonanrufe, Telekopien, E-Mails, SMS, Rundfunk und Telemedien erfasst. Daher sind im Versandhandel geschlossene Verträge regelmäßig Fernabsatzverträge. Ausgeschlossen sind Verträge, die nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- und Dienstleistungssystems abgeschlossen werden, § 312c Abs. 1 BGB aE.³⁹

31 Grüneberg/Weidenkaff § 507 Rn. 4; MüKoBGB/Schürnbrand/Weber § 507 Rn. 5.

32 Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechtlicherichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung, BGBl. 2013, S. 3642.

33 Erman/Koch § 312g Rn. 26; Staudinger/Thüsing § 312g Rn. 92; Spindler/Schuster/Schirnbacher § 312g Rn. 76.

34 MüKoBGB/Wendehorst § 312b Rn. 39. Zu Klauseln gegenüber Sammelbestellern → Rn. 25.

35 Siehe hierzu Staudinger/Thüsing § 312b Rn. 39.

36 MüKoBGB/Wendehorst § 312b Rn. 39.

37 MüKoBGB/Wendehorst § 312b Rn. 39. Zu den Informationspflichten → Rn. 14.

38 Verneint bei persönlichem Kontakt in der Phase der Vertragsanbahnung von BGH NJW 2018, 1387.

39 Zum Erfordernis eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystem siehe BGH NJW 2019, 303 (304); NJW-RR 2017, 368 (373).

- 14 Neben den allgemeinen Informationspflichten gem. § 312a BGB iVm Art. 246 EGBGB treffen den Unternehmer beim Fernabsatzvertrag umfassende Informationspflichten gem. § 312d ff. BGB, die in Art. 246a EGBGB näher ausgestaltet sind. Nach § 312d Abs. 1 S. 1 BGB iVm Art. 246a § 1 Abs. 1 S. 1 EGBGB muss der Unternehmer den Verbraucher über die wesentlichen Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung, seine Identität und Kontaktdaten, ggf. die Anschrift des Unternehmers, in dessen Auftrag er handelt, den Gesamtpreis oder – wenn dieser im Voraus nicht berechnet werden kann – die Art der Preisberechnung sowie zusätzliche Kosten, die Kosten für den Einsatz von Fernkommunikationsmitteln, die Zahlungs- und Lieferbedingungen sowie den Liefertermin, das Beschwerdeverfahren, bestehende Mängelgewährleistungsrechte, Bestehen und Bedingungen von Kundendienst(-leistungen) und Garantien, einschlägige Verhaltenskodizes, Laufzeit des Vertrags und Kündigungsbedingungen, die Mindestdauer der Verpflichtung des Verbrauchers, zu stellende Sicherheiten, Funktionsweise und Kompatibilität digitaler Inhalte und Möglichkeiten der Nutzung eines außergerichtlichen Beschwerde- oder Rechtsbehelfsverfahrens zu informieren. Zudem normiert § 246a § 1 Abs. 2 S. 1 EGBGB die Informationspflichten hinsichtlich des Widerrufsrechts aus § 312g BGB. Erleichterungen sehen die Art. 246a §§ 2, 3 EGBGB vor. Die formalen Anforderungen an die Erfüllung der Informationspflichten regelt Art. 246a § 4 EGBGB, wonach dem Verbraucher die Informationen vor Abgabe von dessen Vertragserklärung zur Verfügung zu stellen sind, was beim Fernabsatzvertrag in einer an das jeweilig genutzte Fernkommunikationsmittel angepassten Art und Weise erfolgt.
- 15 Auch beim Fernabsatzvertrag steht dem Verbraucher grundsätzlich ein **Widerrufsrecht nach § 355 BGB** zu (§ 312g Abs. 1 BGB). Die **Widerrufsfrist** beginnt abweichend von § 355 Abs. 2 S. 2 BGB nicht vor Erfüllung der Informationspflichten (§ 356 Abs. 3 S. 1 BGB) und beim Verbrauchsgüterkauf regelmäßig nicht vor Erhalt der Ware (§ 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. a BGB). Das Widerrufsrecht besteht bei den in § 312g Abs. 2 BGB genannten Verträgen nicht. Eine Anfertigung der Ware nach Kundenspezifikation gem. § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB, bei deren Vorliegen das Recht des Verbrauchers zum Widerruf eines Fernabsatzvertrages ausgeschlossen ist, ist dann nicht gegeben, wenn die zu liefernde Ware auf Bestellung des Verbrauchers aus vorgefertigten Standardbauteilen zusammengesetzt wird, die mit verhältnismäßig geringem Aufwand ohne Beeinträchtigung ihrer Substanz oder Funktionsfähigkeit wieder getrennt werden können.⁴⁰ Die Darlegungs- und Beweislast liegt insofern bei dem Unternehmer, der sich auf diesen Umstand beruft.⁴¹
- 16 Mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in Umsetzung der EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union⁴² zum 28. Mai 2022 finden sich die Regelungen über den Wertersatz nach wirksamer Ausübung des Widerrufsrechts nunmehr in dem neuen § 357a BGB.⁴³ Darin ist eine Privilegierung des widerrufenden Verbrauchers mit Blick auf die Pflicht zum Wertersatz nach § 346 Abs. 1, 2 BGB vorgesehen. Erstmals eingeführt im Zuge der Änderung des Fernabsatzrechts 2011 in § 312e a. F. reagierte der Gesetzgeber auf ein Urteil des EuGH.⁴⁴ Ausgangspunkt der Regelung ist die Überlegung, dass der Verbraucher, anders als der Kunde vor Ort, über die Artikelbeschreibung und -abbildung hinaus, keine Möglichkeit zur Überprüfung von Qualität und Funktionalität des Artikels hat. Dementsprechend bestimmt § 357a Abs. 1 Nr. 1 BGB, dass für die Ingebrauchnahme und eine dadurch eingetretene Verschlechterung kein Wertersatz zu leisten ist, sofern die Ingebrauchnahme zur Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise notwendig ist. Um im Einzelnen zu bestimmen, was als notwendig einzustu-

40 BGH NJW 2003, 1665 (1666); s. auch OLG Dresden NJW-RR 2001,1710; OLG Frankfurt a.M. CR 2002, 638: Computer nach individuellen Spezifikationen kein Ausschluss des Widerrufsrechts; LG Hannover DAR 2009, 530.

41 BGH NJW 2003, 1665; MüKoBGB/Wendehorst § 312g Rn. 60.

42 BGBI1 3483.

43 Der Wertersatz nach wirksamer Ausübung des Widerrufsrechts war zuvor in § 357 Abs. 7 bis 9 BGB geregelt, s. hierzu auch BeckOK BGB/Müller-Christmann § 357a Rn. 1.

44 EuGH NJW 2009, 3015.

fen ist, wird regelmäßig eine Parallele zu den Untersuchungsmöglichkeiten des Kunden im Ladengeschäft zu ziehen sein.⁴⁵ So darf ein Kleidungsstück anprobiert, jedoch nicht getragen werden.⁴⁶ Ein Anspruch auf Wertersatz kann § 357a Abs. 1 Nr. 2 BGB jedoch überhaupt nur entstehen, wenn der Verkäufer den Verbraucher hierüber nach Maßgabe des Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EGBGB unterrichtet hat.

4. Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr

Kommt der Versandhandels- bzw. Fernabsatzvertrag durch einen Unternehmer (§ 14 BGB) 17 unter dem Einsatz von elektronischen Kommunikationsmitteln zustande, sind die **Schutz- und Informationspflichten der §§ 312i und j BGB** zu beachten.⁴⁷ Im Gegensatz zu § 312c BGB erfordert die Anwendbarkeit des § 312i BGB, dass sich der Unternehmer beim Abschluss seines Vertrages über die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen mit seinem Kunden, also ganz gleich ob mit einem Verbraucher (§ 13 BGB) oder einem Unternehmer (§ 14 BGB), der **Telemedien** bedient.⁴⁸ **Der Oberbegriff der ‚Telemediendienste‘** ist im Telemediengesetz von den Telekommunikationsdiensten und dem Rundfunk abgegrenzt, § 1 TMG, jedoch anders als noch im Teledienstgesetz (§ 2 TDG) und Medienstaatsvertrag (§ 2 MDStV) nicht definiert.⁴⁹ Zu den Anwendungsfällen des § 312i BGB zählen Angebote im Bereich der Individualkommunikation (Telebanking) und Waren- und Dienstleistungsangebote über elektronisch abrufbare Datenbanken mit interaktiven Zugriff und unmittelbarer Bestellmöglichkeit.⁵⁰ Kommt der Fernabsatzvertrag unter Einsatz von elektronischen Kommunikationsmitteln **mit einem Verbraucher** zustande, gelten die zusätzlichen Anforderungen des § 312j BGB. Dieser findet neben § 312i BGB Anwendung – § 312i Abs. 3 BGB enthält die insoweit rein deklaratorische Klarstellung, dass weitergehende Informationspflichten aufgrund anderer Vorschriften unberührt bleiben.⁵¹ Wird der Vertrag **mit einem Unternehmer** geschlossen, gilt nur **§ 312i BGB**.

Nach § 312i Abs. 1 S. 1 BGB trifft den Unternehmer die Pflicht, seinen Kunden angemessene, wirksame und zugängliche technische Mittel zum Erkennen und zur Berichtigung von Eingabefehlern bei Bestellungen zur Verfügung zu stellen (Nr. 1). Die Regelung bezieht sich nicht nur auf Vertragsangebot und -annahme, sondern erfasst auch eine *invitatio ad offerendum*.⁵² Darüber hinaus treffen den Unternehmer die Informationspflichten des Art. 246c EGBGB (Nr. 2): Er hat seinen Kunden vor Abgabe dessen Bestellung in jedem Fall über die wesentlichen Eigenschaften der Waren oder Dienstleistungen, seine Identität und den Gesamtpreis sowie das Bestehen eines gesetzlichen Mängelhaftungsrechts zu informieren (Art. 246 Abs. 1 Nr. 1 – 3, 5 EGBGB). Abhängig vom Einzelfall sind auch die Informationspflichten des Art. 246 Abs. 1 Nr. 4, 6 – 8 EGBGB zu beachten. Des Weiteren muss der Unternehmer den Zugang der Bestellung des Kunden diesem unverzüglich auf elektronischem Wege bestätigen (Nr. 3), das gilt auch für eine *invitatio ad offerendum*.⁵³ Allerdings enthält § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 3 BGB keine Regelung über den Vertragsschluss im elektronischen Geschäftsverkehr, vielmehr besteht die Pflicht des Unternehmers zur Empfangsbestätigung unabhängig von der recht-

45 Erwgr. 47 RL 2011/83/EU; BGH VuR 2017, 184; NJW 2011, 56 Rn. 23; MüKoBGB/Fritsche § 357a Rn. 8; Grüneberg/Grüneberg zu § 357 BGB aF Rn. 9; ausführlich mit weiteren Beispielen Staudinger/Kaiser zu § 357 BGB aF Rn. 45ff. mwN, Neubearb 2012.

46 BT-Drs. 17/12637, 63.

47 Erforderlich für die Anwendbarkeit von § 312g BGB ist die Anbahnung bzw. der Abschluss eines Vertrages (so BT-Drs. 14/6040, 171).

48 Die Durchführung des Vertrages muss dagegen nicht auf elektronischem Wege erfolgen, sondern ist gerade auch wie im althergebrachten Versandhandel möglich; BT-Drs. 14/6040, 171.

49 Grüneberg/Grüneberg § 312i Rn. 2.

50 Grüneberg/Grüneberg § 312i Rn. 2; MüKoBGB/Wendehorst § 312i Rn. 14.

51 Weitere Informationspflichten können sich aus z. B. § 312c BGB, §§ 5f. TMG oder dem Datenschutzrecht ergeben, vgl. Staudinger/Thüsing § 312i Rn. 72.

52 Grüneberg/Grüneberg § 312i Rn. 5.

53 Grüneberg/Grüneberg § 312i Rn. 7.

lichen Qualifikation der „Bestellung“ des Kunden.⁵⁴ Nicht ausgeschlossen ist, dass Empfangsbestätigung und Vertragsannahme gleichzeitig erfolgen. Erfolgt keine Bestätigung, bleibt der Zugang zweifellos wirksam.⁵⁵ Überflüssig und letztlich irreführend ist § 312i Abs. 1 S. 2 BGB, da eine Abrufmöglichkeit unter gewöhnlichen Umständen bereits zu einem Zugang der Erklärung führt.⁵⁶ Schließlich hat der Unternehmer dem Kunden die Möglichkeit zu verschaffen, die Vertragsbestimmungen einschließlich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Vertragsschluss abzurufen und in wiedergabefähiger Form zu speichern (Nr. 4). Die Voraussetzungen der **Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen** in den Vertrag mit Verbrauchern nach § 305 Abs. 2 BGB wird durch § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BGB nicht berührt. Der Unternehmer sollte dem Kunden daher bereits vor Vertragsschluss nicht nur die Möglichkeit verschaffen, von den Vertragsbestimmungen Kenntnis zu nehmen, sondern diesem auch ermöglichen, diese elektronisch abrufen und speichern zu können. Kommt der Unternehmer seiner Pflicht aus Nr. 4 nach, erfüllt er regelmäßig gleichzeitig die Anforderungen aus § 305 Abs. 2 BGB.⁵⁷ Zu beachten ist, dass Nr. 4 auch **im unternehmerischen Verkehr gilt und nicht abdingbar** ist (s. § 312i Abs. 2 S. 2 BGB).

19 Die Pflichten des § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 1–3 BGB finden auf Versandhandelsverträge keine Anwendung, wenn diese ausschließlich durch **individuelle Kommunikation** geschlossen werden (§ 312i Abs. 2 S. 1 BGB). Kommt ein Vertrag also durch den Austausch von E-Mails zustande, so sind die Umstände des Vertragsschlusses mit denen eines Vertragsschlusses per Brief oder Telefon vergleichbar.⁵⁸ Der Kunde wählt eigeninitiativ ein Telemedium und kann die Vertragsbeziehung, jenseits nicht individualisierter vorformulierter Vorgaben des Unternehmers, gestalten. Für den Online-Kunden besteht dann kein höheres Schutzbedürfnis.⁵⁹ Bei **Unternehmergeschäften** können die Pflichten des § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 1–3 BGB **individualvertraglich**, durch Rahmenvereinbarungen auch im Voraus, ausgeschlossen werden, § 312i Abs. 2 S. 2 iVm § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB.⁶⁰

20 Für Webseiten für den elektronischen Geschäftsverkehr mit Verbrauchern sieht § 312j Abs. 1 BGB zusätzlich die Angabe von Lieferbeschränkungen und der akzeptierten Zahlungsmittel vor. Unmittelbar vor Abgabe der Bestellung des Verbrauchers muss der Unternehmer diesen außerdem nach Maßgabe des § 312j Abs. 2 BGB iVm Art. 246a § 1 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 4, 5, 11 und 12 EGBGB informieren. Die Informationen müssen „klar und verständlich in hervorgehobener Weise“ zur Verfügung gestellt werden.⁶¹

21 Von besonderer Bedeutung für den Vertragsschluss mit dem Verbraucher ist die in § 312j Abs. 3 BGB vorgesehene „Button-Lösung“: Die Bestellsituation muss so gestaltet sein, dass der Verbraucher ausdrücklich bestätigt, sich zur Zahlung zu verpflichten, wobei Schaltflächen gut lesbar mit den Worten „zahlungspflichtig bestellen“ oder einer ebenso eindeutigen Formulierung versehen sein müssen.⁶² Nicht ausreichend sind Formulierungen wie „Jetzt anmelden“ oder „Bestellung abschicken“.⁶³ Bei Verwendung solcher Schaltflächen sind diese auch optisch so zu gestalten, dass Signalwirkung hinsichtlich der Kostenpflichtigkeit besteht und so

54 Siehe hierzu BeckOK BGB/Maume § 312i Rn. 26; zur Rechtsnatur der Bestellung des Kunden BGH NJW 2005, 976.

55 Staudinger/Thüsing § 312i BGB Rn. 51. War die Pflichtverletzung für den Vertragsschluss oder den nachteiligen Inhalt ursächlich, hat der Kunde gegen den Unternehmer auch Schadensersatzanspruch wegen culpa in contrahendo aus §§ 311 Abs. 2, 280 BGB. Bei planmäßigen Verstößen gegen die Verbraucherschutzpflichten aus § 312g BGB kann der Unternehmer durch eine Verbandsklage gem. § 2 Unterlassungsklagengesetz auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.

56 Zutreffend Grüneberg/Grüneberg § 312i Rn. 7.

57 Grüneberg/Grüneberg § 312i Rn. 8.

58 BT-Drs. 14/6040, 172; Spindler/Schuster/Schirnbacher § 312i Rn. 21; MüKoBGB/Wendehorst § 312i Rn. 49.

59 Staudinger/Thüsing § 312i BGB Rn. 29.

60 Grüneberg/Grüneberg § 312i Rn. 10.

61 Zu den Anforderungen im Einzelnen Staudinger/Thüsing § 312j Rn. 13ff.; siehe auch OLG Köln MMR 2017, 552.

62 Siehe zu anderen möglichen Formulierungen die Erläuterungen bei Spindler/Schuster/Schirnbacher, § 312j BGB Rn. 48ff.

63 LG Dortmund MMR 2016, 460; OLG Hamm MMR 2014, 534.

II. Vertriebsformen, Versandhandelsprivileg und Rückgabeklausel

der Schutzzweck der Vorschrift gewahrt wird.⁶⁴ Nicht gewahrt werden die Anforderungen des § 312j Abs. 3 BGB bei Verwendung eines sog. Dash-Buttons: Hierbei wird dem Kunden im Onlineversandhandel ein Gerät zur Verfügung gestellt, mit dem er allein durch Knopfdruck Waren bestellen kann.⁶⁵ Als Rechtsfolge eines Verstoßes gegen die Anforderungen der „Button-Lösung“ sieht § 312j Abs. 4 BGB vor, dass ein Vertrag nicht zustande kommt. Dem Wortlaut nach gilt dies auch, wenn der Verbraucher selbst am Vertrag festhalten will. Die hM geht demgegenüber davon aus, eine richtlinienkonforme Auslegung müsse ein Wahlrecht des Verbrauchers ergeben, ob er den Vertrag gelten lassen wolle oder nicht.⁶⁶

5. Kündigung von Verbraucherverträgen im elektronischen Geschäftsverkehr

Bei im elektronischen Geschäftsverkehr geschlossenen Verträgen, die auf die Begründung eines Dauerschuldverhältnisses gerichtet sind, können zusätzlich die in § 312k BGB normierten Pflichten zu beachten sein. Diese betreffen insbesondere Informationspflichten bezüglich der Kündigungsmöglichkeit.⁶⁷ **23**

6. Allgemeine Informationspflichten für Betreiber von Online-Marktplätzen

Mit Umsetzung der Richtlinie EU 2019/2161⁶⁸ treffen seit dem 28.5.2022 Betreiber von Online-Marktplätzen die in **§ 312i BGB** geregelten Informationspflichten. Ein Online-Marktplatz ist gem. § 312i Abs. 3 BGB ein Dienst, der es Verbrauchern ermöglicht, durch die Verwendung von Software, die vom Unternehmer oder im Namen des Unternehmers betrieben wird, einschließlich einer Webseite, eines Teils einer Webseite oder einer Anwendung, Fernabsatzverträge mit anderen Unternehmern oder Verbrauchern abzuschließen. Zudem ist gem. § 312i Abs. 4 BGB Betreiber eines Online-Marktplatzes iSv § 312i BGB der Unternehmer, der einen Online-Marktplatz für Verbraucher zur Verfügung stellt. **23a**

Die Informationspflichten, die den Betreiber eines Online-Marktplatzes treffen, richten sich gem. § 312i Abs. 1 BGB nach Art. 246d EGBGB. Die einzelnen Umstände, über die der Verbraucher informiert werden muss, sind in Art. 246d § 1 EGBGB aufgezählt. Die formellen Anforderungen an die Bereitstellung der Informationen richten sich nach Art. 246d § 2 EGBGB. So müssen die Informationen zum einen vor Abgabe der Vertragserklärung des Verbrauchers diesem in klarer, verständlicher und in einer den benutzten Fernkommunikationsmitteln angepassten Weise zur Verfügung gestellt sein. Zum anderen müssen bestimmte Informationen, namentlich die des Art. 246d § 1 Nr. 1 und 2 EGBGB, dem Verbraucher in einem bestimmten Bereich der Online-Benutzeroberfläche zur Verfügung gestellt werden, der von der Webseite, auf der die Angebote angezeigt werden, unmittelbar und leicht zugänglich ist.

Diese Informationspflichten gegenüber dem Verbraucher bestehen lediglich dann nicht, soweit auf dem Online-Marktplatz Verträge über Finanzdienstleistungen angeboten werden, § 312i Abs. 2 BGB.

Die Regelung der Rechtsfolgen bei einer Verletzung der Informationspflichten hat der Gesetzgeber offengelassen.⁶⁹

7. Abweichungsverbot bei Verbraucher- und Kundengeschäften

§ 312 m BGB enthält ein Verbot, zum Nachteil des Verbrauchers oder Kunden von den Vorschriften der §§ 312 ff. BGB abzuweichen, die dadurch einen **halbzwingenden Charakter** **24**

64 Im Einzelnen MüKoBGB/Wendehorst § 312j Rn. 26; Spindler/Schuster/Schirmbacher § 312j BGB Rn. 54.

65 So OLG München MMR 2019, 532; siehe auch Staudinger/Thüsing § 312j Rn. 21.

66 Siehe hierzu BeckOK BGB/Maume § 312j Rn. 36; MüKoBGB/Wendehorst § 312j Rn. 33ff., jeweils mwN.

67 Weiterführend hierzu Buchmann/Panfili K&R 2023, 24; s. auch Güster/Booke, MMR 2022, 450; Piper VuR 2022, 373 (375f.); Sümmerrmann/Ewald MMR 2022, 713 (714ff.).

68 S. zusammenfassend hierzu Buchmann K&R 2022, 645.

69 S. hierzu MüKoBGB/Wendehorst, § 312i Rn. 47f.

ter erhalten. Das Verbot, das auch anderweitige Gestaltungen umfasst, die zu einer Umgehung des Verbots führen, erfasst alle „besonderen Vertriebsformen“ des 2. Untertitels und findet daher auf die Regelungen des Widerrufsrechts bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, Fernabsatzverträgen und Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr Anwendung. Der Verbraucher kann daher nicht vor Vertragsschluss auf die Einhaltung der Informationspflichten der §§ 312a, 312 d, 312i, 312j BGB und auf das Widerrufsrecht nach § 312g BGB verzichten.⁷⁰

III. Rückgabe- oder Umtauschschluss

- 25 Nach der Verkehrssitte gehört es zum regelmäßigen Inhalt des im Versandhandel geschlossenen Kaufvertrags, dass dem Kunden ein Rückgabe- oder Umtauschrecht zugestanden wird. Neben den Regelungen des § 357 BGB haben vertragliche Rückgabe- und Umtauschrechte heute insoweit Bedeutung, als dass die Rückgabemöglichkeit in zeitlicher Hinsicht z. T. deutlich ausgeweitet wird. So wird häufig ein Rückgaberecht von 30 oder sogar 100 Tagen gewährt. Von dem regelmäßigen Vertragsinhalt (§§ 133, 157 BGB) können Umtauschklauseln abweichen und unterliegen insofern nach § 307 BGB der Inhaltskontrolle. Bei der **Kontrolle von Umtauschklauseln** ist zu beachten, dass diese nicht nur nicht die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche, sondern auch ein darüber hinausgehendes, freiwillig oder kraft Verkehrssitte gewährtes Umtauschrecht nur ausschließen dürfen, wenn die Unterscheidung für den Kunden auch erkennbar ist. Bei Mehrdeutigkeit besteht die Gefahr, dass der Kunde seine gesetzlichen Widerrufs- bzw. Rückgaberechte abgeschnitten glaubt.⁷¹ Soweit Klauseln auch die gesetzliche Gewährleistung beschränken wollen, so ist dies bei **Verbrauchsgüterkäufen** nach § 476 Abs. 1 S. 1 BGB vor Mitteilung des Mangels an den Unternehmer grundsätzlich unzulässig. Für Schadensersatzansprüche beim Verbrauchsgüterkauf (§ 476 Abs. 3 BGB) und außerhalb von Verbrauchsgüterkäufen ist § 309 Nr. 8 BGB zu beachten. Nach § 310 Abs. 1 S. 2 BGB können die Wertungen aus § 309 Nr. 8 BGB über § 307 Abs. 1 und 2 BGB auch bei der Klauselkontrolle von Verträgen über neu hergestellte Sachen mit Unternehmen Beachtung finden.⁷² Auf über die gesetzlichen Gewährleistungsrechte hinausgehende Umtauschrechte beschränkte Ausschlussklauseln sind **wirksam**, wenn eine **vom üblichen Versandhandelsgeschäft abweichende Interessenlage** dies rechtfertigt. Letzteres ist etwa der Fall, wenn es sich um speziell für den Kunden angefertigte Ware, leicht verderbliche Ware, nach Probe kaum mehr weiter veräußerbare Ware (zB Unterwäsche, Bademoden, nicht hingegen Matratzen⁷³) oder – bei hinreichend deutlichem Hinweis – preislich reduzierte Ware handelt. Ansonsten sind derartige Klauseln richtigerweise als unwirksam anzusehen.

IV. Gefahrtragungsklauseln

- 26 Die Gefahrtragung ergibt sich bei **Verbrauchsgüterkäufen** in den allermeisten Fällen aus § 475 Abs. 2 BGB – das Schicksal der Gegenleistung folgt aus § 446 BGB.⁷⁴ Soweit § 447 BGB beim Verbrauchsgüterkauf nicht anwendbar ist, kann dies gem. § 476 Abs. 1 S. 1 BGB als „Vorschrift dieses Untertitels“ **nicht wirksam** abbedungen werden.⁷⁵
- 27 Die dann geltende Gefahrtragungsregel des § 446 BGB ist jedoch auch im Verbrauchsgüterkauf grundsätzlich dispositiv.⁷⁶ Strittig ist insoweit, ob eine dem § 447 BGB entspre-

70 Staudinger/Thüsing § 312k BGB Rn. 5ff.

71 Christensen in Ulmer/Brandner/Hensen § 309 Nr. 8 Rn. 36; Muscheler BB 1986, 2179 (2182).

72 vgl. Christensen in Ulmer/Brandner/Hensen § 309 Nr. 8 Rn. 46; strenger: Dammann in Wolf/L./P. § 309 Nr. 8 lit. b aa Rn. 71ff.

73 Diese werden jedenfalls nicht als Hygieneartikel, die zur Rückgabe ungeeignet sind, eingeordnet, siehe EuGH NJW 2019, 1507 und dem folgend BGH NJW 2019, 2842.

74 MüKoBGB/Westermann § 446 Rn. 1; Grüneberg/Weidenkaff § 446 Rn. 15.

75 Für die zwingende Wirkung auch BGH NJW 2014, 454 Rn. 12.

76 Ebenso MüKoBGB/Westermann § 446 Rn. 14; BeckOK BGB/Faust § 476 Rn. 9.