

Von Dessous, Deorollern und Diabetes-Streifen - Ausschluss des Widerrufsrechts im Fernabsatz*

Rechtsanwälte Rolf Becker und Carsten Föhlisch, Köln

Einer der Vorteile für Verbraucher, die im Wege des Fernabsatzes einkaufen, ist ihr Widerrufsrecht gem. § 355 BGB. Es gilt jedoch nicht uneingeschränkt. In § 312d IV Nrn. 1, 2, 3, 5 und 6 BGB sind bestimmte Waren ausdrücklich benannt, bei denen kein Widerrufsrecht besteht. Weniger konkret schließt § 312d IV Nr. 1 Alt. 3 BGB zudem das Widerrufsrecht für solche Waren aus, „die auf Grund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet sind“. Die wichtigsten Problembereiche zur Reichweite des Widerrufsrechts entstehen aus eben dieser unbestimmten Ausnahmeregelung.

I. Einleitung

Kann getragene Unterwäsche einem Widerrufsrecht unterliegen? Oder ist der Händler von einer Rücknahmepflicht zu verschonen? Und wie ist es mit anderen vom Verbraucher benutzten Waren, wie etwa Zahnbürsten, Piercingschmuck, Kosmetika oder Arzneien bis hin zu Erotikartikeln? Diese Fragen sind nur über eine Konkretisierung der im Gesetz gewählten Formulierung: „die auf Grund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet sind“ zu beantworten. Sie wurde vom deutschen Gesetzgeber wortgleich aus Art. 6 III 3. Spiegelstrich der europäischen Fernabsatzrichtlinie (Richtlinie 97/7/EG; FEARL) übernommen. Handelsverbände und Praktiker hatten eine nähere Bestimmung schon vom Gesetzgeber im Zuge der Konsultation über die Richtlinie gefordert. Da eine Konkretisierung im Gesetzgebungsverfahren aber nicht erfolgt ist, muss sie nun nachgeholt werden. Die Autoren entwickeln im Folgenden eine Dogmatik und Fallgruppen zu dem Ausnahmetatbestand und zeigen dessen Unabdingbarkeit auch zu Gunsten des Verbraucherschutzes auf.

II. Auslegungskriterien

Kein entscheidender Maßstab für die Auslegung der Regelung ist deren Wortlaut, der auf eine Beschaffenheit der Ware abstellt. Eine Ware, die sich zur *Hinsendung* eignet, kann regelmäßig auch *zurück*gesendet werden. Der Begriff der „Beschaffenheit“ meint daher keine versandtechnische Eigenschaft der Ware¹. Da der reine Wortlaut für die Auslegung also nichts hergibt, liegt es nahe, eine Lösung im Bedeutungszusammenhang der Norm zu suchen. Dies scheidet jedoch unmittelbar an der inhomogenen Zusammensetzung der in § 312d IV BGB genannten weiteren Ausnahmen. Das Verständnis der Ausnahmetatbestände wird dadurch erschwert, dass deren Struktur zwar einer nachvollziehbaren grundsätzlichen Einteilbarkeit folgt, diese aber nicht konsequent ausgestaltet ist, sondern sich als Ergebnis einer jeweils mehr oder minder erfolgreichen Lobbyarbeit darstellt².

Gleichwohl lassen sich Kernüberlegungen zu den Ausnahmen identifizieren: Strukturell werden zum einen Verträge vom Widerrufsrecht ausgenommen, die ein spekulatives Element enthalten (Art. 6 III 6. Spiegelstrich FEARL: Verträge zur Erbringung von Wett- und Lotterie-Dienstleistungen). Hier wäre es unangemessen, wenn sich ein Teil bei einer Veränderung der tatsächlichen Verhältnisse einseitig von seiner Wette durch einen Widerruf lösen könnte. Auch die weiteren Ausschlüsse bei Anfertigung nach Kundenspezifikation,

eindeutigem Zuschnitt auf persönliche Bedürfnisse, Verderbnis, Überschreiten des Verfalldatums in Art. 6 III FEARL bzw. § 312d IV BGB folgen der nachvollziehbaren Überlegung, dass auf Grund dieser besonderen Umstände die Ware letztlich wertlos wird und damit ein Widerrufsrecht für den Unternehmer unzumutbar erscheinen kann.

Der die Regelungen motivierende Aspekt, dass die Ware wertlos wird und damit ein Widerrufsrecht für den Unternehmer unzumutbar, wird auch vom deutschen Gesetzgeber so gesehen³. Allerdings soll der Umstand, dass die Verbraucherrechte durch die Ausnahmetatbestände erheblich beschnitten werden, es dem Unternehmer verwehren, weitere Einschränkungen zu reklamieren, wie etwa den Widerruf auf unbenutzte oder

originalverpackte Ware zu beschränken⁴. Auch der *BGH* hat in seiner „Built to order-Entscheidung“⁵ betont, dass auf Grund des Ausnahmecharakters nicht jede Benachteiligung des Unternehmers ausreichen dürfe.

Auch der *EuGH* folgt zwar grundsätzlich dem Postulat der engen Auslegung von Ausnahmebestimmungen⁶. Allerdings wird in der Entscheidung *EasyCar*⁷ klargestellt, dass bei der Auslegung der Ausnahmenvorschriften vom Fernabsatzrecht in gewissem Umfang eine Abwägung der Interessen der Verbraucher mit denen der Unternehmer mit Blick auf den Schutz vor unverhältnismäßigen Nachteilen durch die Ausübung von Verbraucherrechten stattfinden darf⁸. Nach dieser zutreffenden Rechtsprechung liegt der Zweck der Ausnahmetatbestände im Schutz der Unternehmer vor unverhältnismäßigen Belastungen. Die Ausnahmen folgen letztlich der Erkenntnis, dass nicht jeder Nachteil, der sich aus dem Mangel an Prüfungsmöglichkeit im Fernabsatz ergibt, zu Lasten des Händlers aufgelöst werden kann.

III. Widerrufs Ausschlusslage

Für einen Ausschluss des Widerrufsrechts ist daher maßgeblich, ob eine Beschaffenheit der Ware vorliegt, die bei Bestehen des Widerrufsrechts und der Rücksendung deren Eignung so verändert, dass sich unzumutbare Nachteile für den Unternehmer ergeben. Notwendiges Korrektiv (aber unter Umständen sogar Begründungsgrundlage für einen Ausschluss) sind die schützenswerten Verbraucherinteressen. Letztere gebieten es, die Grenzen des Nachteilsausgleichs nicht unangemessen weit zu Gunsten des Handels zu verschieben. So ist die Ausnahmvorschrift des § 312d IV Nr. 1 Alt. 3 BGB kein Auffangtatbestand für sämtliche Fälle, in denen eine Rücknahme wirtschaftlich unzumutbar erscheint, z.B. bei verkörperten geistigen Leistungen (etwa Noten, Bauanleitungen, Strickmuster)⁹. Auch ist mangels Konkretisierung die Ansicht abzulehnen, die Ausnahme greife immer schon dann ein, wenn die Ware typischerweise bereits durch eine schlichte Ingebrauchnahme oder auch nur durch Zeitablauf derart entwertet wird, dass dem Verkäufer ein Weiterverkauf nicht zumutbar ist¹⁰. Nicht in Betracht zu ziehen sind nach der Rechtsprechung des *BGH*¹¹ insbesondere jene Nachteile, die mit der Rücknahme bereits produzierter Ware stets verbunden sind. Diese allgemeinen Nachteile, zu denen auch die Möglichkeit der Ausnutzung der Leistung während der Widerrufsfrist gehört, bürdet der Gesetzgeber in der Regel dem Unternehmer auf.

Dass eine Ware nicht „rückstandslos“¹² zurückgegeben werden kann, ist zudem lediglich ein Aspekt. Erfasst werden dabei nicht die Fälle, in denen keine Nutzung stattfindet, sondern eine Gefährdungslage geschaffen wird, wie sie z.B. beim Öffnen der Blisterverpackung von Medizinprodukten oder Hygieneartikeln entsteht. Für solche Fälle oder in Fällen, in denen gar gesetzliche Verbote eine weitere Verwertung hindern, bedarf der Unternehmer ebenfalls eines Schutzes. Andererseits kann eben nicht jede Leistungsnutzung des Verbrauchers einen Widerrufs Ausschluss begründen. Letztlich soll die Gemeinsamkeit der Widerrufs Ausschluss tatbestände in der evidenten Unzumutbarkeit des Widerrufs dem Unternehmer gegenüber liegen, so dass der Wegfall des Widerrufsrechts die einzig sinnvolle Möglichkeit darstellt¹³, wobei zu ergänzen ist, dass auch Drittinteressen, wie z.B. Gesundheitsaspekte, eine solche Unzumutbarkeit aus Sicht des Unternehmers begründen können.

Die hier auszufüllende Voraussetzung der „nicht zur Rücksendung geeigneten Beschaffenheit der Ware“ ist damit nicht immer nur eine unmittelbare Eigenschaft, die der Ware selbst anhaftet, sondern regelmäßig erst im Rahmen einer situativen Beurteilung unter Berücksichtigung aller Umstände festgestellt werden. In einem solchen Beurteilungsprozess zur Gewährung oder Versagung des Widerrufsrechts sind die tatsächlichen oder potenziellen Beschaffenheitsveränderungen der Waren und sich hieraus ergebenden Folgen für den Unternehmer, den Verbraucher und bei potenzieller Weiterverwertung betroffener Dritter einzubeziehen. Dieser zielt auf die Feststellung, ob die Lage, die sich für die Beteiligten und Dritte bei Ausübung des Widerrufs ergibt, einen Ausschluss dieses Rechts als adäquaten Nachteilsausgleich legitimiert, ob sich also eine Widerrufs Ausschlusslage ergibt.

Zur Abgrenzung von noch hinzunehmenden Nachteilen sind die Aspekte der (Aus-)Nutzung der Leistung durch den Verbraucher daher um die Situation der Betroffenen bzw. der Ware betreffende Aspekte zu ergänzen und in einem Abwägungsprozess zu bewerten. Vergleichsmaßstäbe zur Feststellung der Widerrufs Ausschlusslage sind die seitens des Gesetzgebers vorgegebenen übrigen typisierten Tatbestände, da hierin eine Gewichtung der Zumutbarkeit erkennbar wird und der verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz, der den Abgleich mit diesen als Widerrufs Ausschlusslage anerkannten Sachlagen fordert. Dies widerspricht auch nicht dem Grundsatz der engen Auslegung oder dem Analogieverbot, da im Rahmen des Wortsinns mangels konsequenter Systematik und zuverlässigen Schlüssen aus der Entstehungsgeschichte (Lobbyistenwerk) primär auf objektiv-teleologische Kriterien zurückzugreifen und die Norm an verfassungsimmanenten Prinzipien zu messen ist.

IV. Typisierte Ausschlusslagen

Den klarer umrissenen übrigen Ausschlussatbeständen in der Abwägungsbilanz angeglichen muss demnach dem Regelungsgehalt der Norm durch die Schaffung von typisierten, ausgleichsbedürftigen Fallkonstellationen nähergetreten werden. Diese müssen, dem verfassungsrechtlichen Gleichbehandlungsgebot folgend, also im Rahmen einer verfassungskonformen Auslegung, die sich im Fernabsatz ergebenden

Becker, Föhlisch: Von Dessous, Deorollern und Diabetes-Streifen - Ausschluss des Widerrufsrechts im Fernabsatz

NJW 2008 Heft 52

3753

vergleichbaren Belastungsszenarien unter vergleichbarer Risikoverteilung auflösen.

1. Wiederverkäuflichkeit bzw. Verkehrsfähigkeit

Da nach der hier vertretenen Ansicht sich unzumutbare Nachteile durch Nutzung oder Veränderung der Ware selbst ergeben können, aber auch durch Veränderungen der Vermarktungslage oder durch Schaffung von Gefährdungslagen, bedarf es der Identifikation eines objektiven Merkmals, in dem sich der Nachteil manifestiert. Dabei ist die Wiederverkäuflichkeit der Ware und ihre fortbestehende Verkehrsfähigkeit ein objektivierbares Kriterium, welches auch nach der Rechtsprechung des *BGH*¹⁴ und mit Blick auf Umsetzungen in anderen Mitgliedstaaten¹⁵ Tauglichkeit beanspruchen kann.

Unter Einbeziehung des Aspekts der Gefährdungslagen liegt demnach eine Unzumutbarkeit für den Unternehmer nach der hier vertretenen Ansicht insbesondere dann vor, wenn die Ware für den Unternehmer bei objektiver Betrachtung auf Grund gesetzlicher Verbote oder aus Sicht der angesprochenen Verkehrskreise nicht mehr verkehrsfähig ist oder sich ein Wert auch nicht nach Minderung des Preises im Rahmen der ursprünglichen Zweckbestimmung wenigstens teilweise mit wirtschaftlich angemessenem Aufwand realisieren lässt. Eine Verkehrsfähigkeit unter wesentlich geänderter Zweckbestimmung (z.B. angebrochener Joghurt-Becher als Kunstwerk etc.) muss im Interesse der Rechtssicherheit außer Betracht bleiben. Es betrifft zudem auch den Kernbereich der Zumutbarkeit, dass der Händler nicht gezwungen ist, jede denkbare Möglichkeit einer merkantilen Verwertung gegen sich gelten zu lassen.

Auch Verbraucherinteressen können gerade den Widerrufsrechtsausschluss zusätzlich legitimieren. Insbesondere dann, wenn der Verbraucher durch das „Prüfen“ der Ware die weitere Verkehrsfähigkeit ausschließt, wird er regelmäßig schon deshalb nicht unangemessen benachteiligt, weil in diesen Fällen kein Nachteil existieren dürfte, der im Fernabsatz gegenüber dem Ladenkauf auszugleichen wäre. Dieser Nachteilsausgleich stellt die grundsätzliche Legitimation für die Widerrufsmöglichkeit dar¹⁶. Öffnet der Verbraucher eine Schutzhülle und wird dadurch das Produkt nicht mehr verkehrsfähig, so ergibt sich hieraus im Fernabsatz also kein besonderer Nachteil für den Käufer. Denn das Öffnen von Schutzhüllen ist in einem solchen Fall in aller Regel auch im Ladengeschäft nicht möglich, da der Händler dies nicht gestatten kann, ohne unwiederbringliche Verluste hinnehmen zu müssen. Andererseits darf auf Grund des Ausnahmecharakters der Norm nicht jede Prüfung, die die Möglichkeiten im Ladengeschäft übersteigt, legitimer Grund für einen Widerrufsrechtsausschluss sein, sondern nur dann einen Grund hierfür bieten, wenn sich sodann die Verkehrsfähigkeit nicht mehr mit adäquaten Mitteln herstellen lässt.

2. Wertverzehr

Der Gebrauchzustand allgemein ist allein kein taugliches Widerrufsrechtsausschlusskriterium, sofern sich aus ihm nicht der Ausschluss der Verkehrsfähigkeit im Weiteren ergibt. Dagegen ist gerade auch bei Einbeziehung der Interessen der Verbraucher eine aner kennenswerte Widerrufsrechtsausschlusslage geschaffen, wenn die Ware eine Wertminderung aufweist, die bei Berücksichtigung der dem Händler üblicherweise verfügbaren Absatzwege selbst in Ansehung von Wertersatzleistungen des Verbrauchers keine kostendeckende Wertrealisierung mehr bietet. Dort, wo sich die weiteren Kosten von Wiederherstellung der Verkehrsakzeptanz, Lagerung und Vertrieb mit dem zu erwartenden Resterlös schon die Waage halten oder diesen gar überschreiten, also eine Wertverzehr situation vorliegt, ist es dem Unternehmer nicht zumutbar, weitergehende Verwertungsanstrengungen zu unternehmen. Dies hält einem Vergleich mit den übrigen Ausschlussgründen in § 312d IV Nr. 1 BGB durchaus Stand. So reicht es für eine solche Beeinträchtigung schon aus, dass bei einer Ware das Haltbarkeitsdatum abläuft oder bald abläuft (vgl. § 312d IV Nr. 1 Alt. 4 u. 5 BGB), ohne dass die weitere Nutzungsfähigkeit der Ware damit unter allen Umständen ausgeschlossen wäre.

Der Verbraucher wiederum wird in solchen Fällen vor Nachteilen geschützt, in denen er neben der Rückgewähr der Ware deren Wert nahezu vollständig als Wertersatz erstatten muss¹⁷. Es wird häufig verkannt, dass der Verbraucher bei einem Widerrufsrechtsausschluss besser gestellt sein kann als bei Rückgabe und Wertersatzleistung, da die Ware, die z.B. auf Grund Anbruchs kaum noch veräußerbar ist, für ihn durchaus

ihren ursprünglichen vollständigen Wert weiterhin aufweisen kann.

V. Zeitpunkt der Feststellung der Ausschlusslage

Stellt man auf die sich nach eventuellen Eingriffen oder generell der Versendung der Ware ergebende Widerrufs Ausschlusslage ab, so liegt es in der Natur der Sache, dass der Ausschluss des Widerrufsrechts im Zeitpunkt des Widerrufs festzustellen ist, also auch eine Widerrufs Ausschlusslage in Betracht kommt, die sich erst nach Abgabe der Bestellung des Verbrauchers ergibt. Allerdings muss sich der Widerrufs Ausschlussgrund genügend konkretisiert haben. Im Rahmen der in § 1 I Nr. 10 BGB-InfoV statuierten Pflicht, über den (potenziellen) Ausschluss des Widerrufsrechts zu informieren, kann dem Rechnung getragen werden.

VI. Fallgruppen

Die vorstehenden Kriterien lassen sich wie folgt an praktisch bedeutsamen typisierten Fallgruppen anwenden, bei denen eine Widerrufs Ausschlusslage im Einzelfall in Betracht kommt.

1. Verbindung oder Vermischung

Die typisierte Unzumutbarkeitslage kann bei dem bekannten Heizöl-Beispiel der Gesetzesbegründung vorliegen. Durch die Vermischung des Kraftstoffs mit im Tank des Kunden vorhandenem Heizöl könne es - je nach dessen Zustand - die nach der DIN-Norm erforderlichen Eigenschaften verlieren, so der Gesetzgeber¹⁸ zur Begründung des Widerrufs Ausschlussbeispiels.

2. Öffnen der Verpackung

Praktisch bedeutsamer sind die Fallgruppen, die mit dem Öffnen der Verpackung im Zusammenhang stehen. In der Rechtsprechung gibt es eine Fülle von Entscheidungen, die einen generellen Ausschluss des Widerrufsrechts bei Öffnen

Becker, Föhlisch: Von Dessous, Deorollern und Diabetes-Streifen - Ausschluss des Widerrufsrechts im Fernabsatz

NJW 2008 Heft 52

3754 

der Originalverpackung für unzulässig erklären¹⁹. Auch die Literatur geht einhellig davon aus, dass zwar ein berechtigtes Interesse des Unternehmers bestehe, die versandten Waren möglichst vollständig und unbeschädigt zurückzuerhalten, eine diesbezügliche Beschränkung des Widerrufsrechts allerdings verboten sei²⁰. Die Ausübung des Widerrufsrechts unter die Bedingung zu stellen, dass die Ware in Originalverpackung oder unbenutzt zurückgegeben wird, sei unzulässig²¹, weil sie zu einer unangemessenen Benachteiligung der Verbraucher führe. Selbst bei Formulierung als Bitte könne aus Verbrauchersicht eine Verpflichtung vorliegen²².

a) *Originalverpackung*. Unbeschadet etwaiger zutreffender Ergebnisse im Einzelfall wird bislang nicht immer in einer zur Feststellung der Widerrufsrechtsausschlusslage notwendigen präzisen Weise zwischen den verschiedenen Verpackungsformen unterschieden. Der Begriff der „Originalverpackung“ beschreibt aus der Sicht der angesprochenen Verkehrskreise in der Regel nur undifferenziert alle Verpackungsebenen, die einen werblichen bzw. die Ware beschreibenden Aufdruck aufweisen oder sonst erkennbar zur Herstellerpackung in Abgrenzung zur sonstigen Verpackung (meist Versandverpackung) gehören. Aus der Sicht des verständigen Verbrauchers vermag der Begriff der Originalverpackung allenfalls zu taugen, um zwischen der (meist neutralen) Versandverpackung und der Verkaufsverpackung zu differenzieren. Ein Verbraucher, der über den Ausschluss des Widerrufsrechts bei *Öffnen der Originalverpackung* unterrichtet wird, wird in sein Verständnis einschließen, dass dieser Ausschluss regelmäßig nicht schon bei Öffnen der Versandverpackung eingreifen soll.

Allerdings ist im Rahmen des zur Anwendung kommenden Prinzips der kundenfeindlichsten Auslegung bei AGB-Klauseln zu konstatieren, dass im Zweifel nach dem Verbraucherverständnis bereits bei Öffnung der eine Weinflasche oder Zahnpastatube umhüllenden Pappverpackung mit werblichem Aufdruck das Widerrufsrecht entfallen soll. Ein zulässiger Ausschluss des Widerrufsrechts bei *Öffnen der Originalverpackung* wird bei Öffnung einer Versandverpackung oder Sekundärverpackung regelmäßig an einer relevanten Beschaffenheitsveränderung im oben verlangten Sinne und damit an der ausgleichsbedürftigen Widerrufs Ausschlusslage scheitern. Anders kann dies jedoch bei anderen Verpackungsebenen aussehen, wobei der Ausschluss dann entsprechend konkretisiert gefasst sein muss.

b) *Transportverpackung, Umverpackung und Verkaufsverpackung*. § 3 I VerpackV n. F.²³ unterscheidet drei Verpackungsebenen: Transportverpackung, Umverpackung und Verkaufsverpackung. Diese Differenzierungen lassen sich auch für die hier diskutierte Fallgruppe fruchtbar machen. Das Öffnen oder Entfernen von reinen Transportverpackungen beeinträchtigt die Verkehrsfähigkeit einer Ware regelmäßig nicht. Gleiches gilt für Umverpackungen. Die Verkaufsverpackung besitzt hingegen meist Barriereeigenschaften, die die Wechselwirkungen zwischen Produkt und Umwelt ausschließen oder eindämmen sollen und nicht bloß die Logistikkfunktion unterstützen (sog. Primärverpackung).

Das *OLG Hamburg*²⁴ entschied daher zutreffend differenzierter als die bisherige Rechtsprechung, dass zwischen der *Original(um)verpackung* und einer die streitgegenständlichen Kontaktlinsen unmittelbar umhüllenden *Blisterverpackung* zu unterscheiden sei. Bei der Öffnung Letzterer durch den Verbraucher sollten sich die Gefahren realisieren können, die dem in § 4 I Medizinproduktegesetz (MPG) enthaltenen Verbot des Inverkehrbringens von die Sicherheit und Gesundheit gefährdender Medizinprodukte zu Grunde liegen. Dort, wo der Verbraucher allerdings Verkaufsverpackungen öffnet, die insbesondere aus Gründen der Hygiene oder der Haltbarkeit für die Abgabe an den Endverbraucher erforderlich sind, die also die Ware insoweit als Primärverpackung umhüllen, ist der Widerrufsabschluss indiziell.


Allerdings bedarf es neben der Differenzierung nach Verpackungsebenen zusätzlich der Feststellung einer in Ansehung der anderen Tatbestände gleichwertigen Widerrufsabschlusslage. So bringt das Öffnen der Primärverpackung eines PC-Bildschirms z.B. per se keine derartigen Nachteile, wie sie der *BGH* mit Recht zur Voraussetzung des eng auszulegenden Tatbestands macht. Sind jedoch durch den Verbrauchereingriff, hier insbesondere das Öffnen der Primärverpackung oder aber auch durch die nur prüfende Nutzung der Ware, Hygieneaspekte derartig berührt, dass die Ware bei verständiger Würdigung nicht mehr - auch nicht als gebraucht - ohne Änderung des Zwecks verkauft werden kann, so ist darin ein Widerrufsabschlussgrund zu sehen. Das bulgarische Recht über Fernabsatzverträge ist aus eben diesem Grund ausdrücklich nicht auf Verträge über die Lieferung von pharmazeutischen Produkten, Nahrungsergänzungsmitteln und andere die Heilung unterstützende Produkte anwendbar²⁵.

3. Arzneimittel

Eine vergleichbare Lage kann sich bei Arzneimitteln ergeben, sofern diese nicht schon als Rezepturarzneimittel als Maßanfertigung bzw. als verderbliche Arzneimittel gem. § 312d IV Nr. 1 Alt. 1 oder 4 BGB²⁶ ausgenommen sind. Bei Arzneimitteln ergibt sich nach der hier vertretenen Ansicht stets der Widerrufsrechtsausschlussgrund mangelnder Verkehrsfähigkeit, wenn aus Gründen der Arzneimittelsicherheit diese nicht ein zweites Mal in Verkehr gebracht werden dürfen. So darf der Arzneimittelgroßhandel zurückgenommene Arzneien im Zweifel nur noch vernichten²⁷. Erst recht können Verbraucher innerhalb der Widerrufsfrist die fachgerechte Lagerung und Behandlung von Arzneien nicht sicherstellen, bzw. unterbrechen insoweit eine überprüfbare Lieferkette. Angaben über die fortbestehende Verkehrsfähigkeit sind dem zurücknehmenden Apotheker regelmäßig nicht möglich.

Richtig weist zudem *Mand* darauf hin, dass Apothekenbetreiber dem Kontrahierungszwang (§ 17 IV ApoBetrO, § 11a S. 1 Nr. 1 ApoG) im Versandhandel unterliegen. Somit müssten selbst diejenigen Kunden beliefert werden, die schon häufig oder sogar immer widerrufen, was eine unzumutbare

Becker, Föhlisch: Von Dessous, Deorollern und Diabetes-Streifen - Ausschluss des Widerrufsrechts im Fernabsatz

NJW 2008 Heft 52 3755 

Belastung darstellt²⁸. Deshalb unterliegen nach zutreffender Auffassung Arzneien, die an Verbraucher veräußert werden, ungeachtet der vertraglichen Konstruktion einem Widerrufsrechtsausschluss. Die abweichende Ansicht des *AG Köln*²⁹, Medikamente - unabhängig ob apothekenpflichtig oder nicht - seien zur Rücksendung geeignet und unterlägen dem Widerrufsrecht, überzeugt in Ansehung genannter Umstände nicht. Der Umstand, dass der Händler das Medikament nicht mehr in Verkehr bringen darf, liegt eben nicht allein in dessen Risikobereich, sondern ist gerade der Grund dafür, warum die Ausnahme einschlägig ist.

4. Medizinprodukte

Bei Medizinprodukten ist nach zutreffender Ansicht zu unterscheiden, ob die Verkehrsfähigkeit beeinträchtigt ist oder nicht. Zwar ist es auch nach § 4 I Nr. 1 MPG verboten, Medizinprodukte in den Verkehr zu bringen, wenn der begründete Verdacht besteht, dass sie die Sicherheit und die Gesundheit der Patienten, der Anwender oder Dritter bei sachgemäßer Anwendung, Instandhaltung und ihrer Zweckbestimmung entsprechender Verwendung über ein nach den Erkenntnissen der medizinischen Wissenschaften vertretbares Maß

hinausgehend unmittelbar oder mittelbar gefährden. Diese abstrakt-generellen Risiken bestehen aber nicht bei jedem Medizinprodukt. Ein gebrauchter Rollstuhl dürfte ohne Weiteres einen Käufer finden und damit weiterhin verkehrsfähig sein, während das Öffnen der primären Blisterverpackung bei Kontaktlinsen aus hygienischen Gründen zur Widerrufsausschlusslage führt³⁰.

5. Hygieneartikel

Die Beeinträchtigung der Hygiene bestimmter Warengruppen kann, ähnlich wie die Gefährdung der Gesundheit, ein die weitere Verkehrsfähigkeit ausschließendes Kriterium sein. Ein pauschaler Ausschluss von „Hygieneartikeln“ vom Widerrufsrecht ist jedoch schon wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot bei dieser heterogenen Warengruppe unwirksam. Auf Grund der Heterogenität der Waren kommt es darauf an, ob die Hygiene durch das Kundenverhalten beeinträchtigt und eine Wiederherstellung eines vom Verkehr akzeptierten verkehrsfähigen Hygienezustands mit vertretbaren Mitteln bei verständiger wirtschaftlicher Betrachtung möglich ist.

a) *Hygieneartikel im engeren Sinn*. Als Hygieneprodukte im engeren Sinne dürften solche Produkte gelten, die bei bestimmungsgemäßer Ingebrauchnahme den Körperöffnungen wie Nase, Mund und Ohr eingeführt werden bzw. sonst intensiver mit dem Körper und seinen Ausscheidungen in Berührung kommen. Produkte wie Zahnbürsten, Windeln, Tampons, Nasenhaarschneider oder auch Earphones werden auch aus diesem Grund meist in Blister-Verpackungen oder sonst wie „versiegelten“ Verpackungen ausgeliefert, so dass auch im stationären Handel keine Möglichkeit besteht, das Produkt jenseits einer Inaugenscheinnahme in anderer Weise zu „testen“. Damit liegt kein versandhandelstypischer Nachteil vor, der durch das Widerrufsrecht ausgeglichen werden müsste. Die meisten dieser Produkte sind nach der Verkehrsanschauung bereits dann nicht mehr verkehrsfähig, wenn die Verkaufsverpackung einmal geöffnet wurde. Denn es ist ausgeschlossen, eine Zahnbürste weiterzuveräußern, mit der sich auch nur möglicherweise ein Vorbesitzer bereits einmal die Zähne geputzt hat.

Bei dieser Bewertung wird davon ausgegangen, dass sich bei diesen Produkten der Umstand, dass es sich um eine Retourenware handelt, ohnehin als verkehrswesentliche Eigenschaft der Ware i.S. des § 1 I Nr. 4 BGB-InfoV und Art. 7 IVa der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie) 2005/29/EG für den lauter handelnden Händler offenbarungspflichtig ist. Im Einzelfall können selbst solche Hygieneprodukte im engeren Sinne widerrufsfähig nach Ingebrauchnahme bleiben, wenn der Hygienezustand sich mit vertretbaren Mitteln wiederherstellen lässt. So lassen sich z.B. hochwertige Hifi-Earphones durch Auswechseln von eigens hierzu erhältlichen Ersatzfilzüberzügen wieder in einen objektiv verkaufsfähigen Zustand zurückversetzen.

b) *Erotikspielzeug, Verhütungsmittel und Intimschmuck*. Eine auf Grund der ohne Direktkontakt konfrontationsfrei möglichen Bestellung recht häufig im Onlinehandel vorzufindende Warengruppe ist Erotikspielzeug, z.B. so genannte Liebespuppen oder Vibratoren. Ebenso wie bei Kondomen oder Intimschmuck wird hier das Öffnen der Primärverpackung ohne Weiteres eine Widerrufsausschlusslage im Sinne der 3. Alternative schaffen. Denn ein sich sozialkonform verhaltender Händler kann solche Waren allein wegen der abstrakten Gefahr der Ansteckung mit ernsthaften Krankheiten nicht wieder in den Verkehr bringen.

c) *Strumpfhosen, Socken und Unterwäsche*. Ein Unterfall der „Hygieneartikel“ sind bestimmte Kleidungsstücke, die direkt auf der Haut getragen werden, wie z.B. Strumpfhosen, Socken, Unterwäsche oder Bademoden. Auch solche Kleidungsstücke können nicht generell vom Widerrufsrecht mit der Begründung ausgeschlossen werden, dass sie durch die bestimmungsgemäße Benutzung, d.h. das Anprobieren der Kleidungsstücke, immer unverkäuflich werden. Insbesondere bei Kleidungsstücken ist die Anprobe wichtig, um die Kaufentscheidung treffen zu können³¹. Sie ist im Ladengeschäft unter Einhaltung von Vorsichtsmaßnahmen (Anprobe über anderer Unterwäsche oder Bekleidung) üblich.

Da die Einhaltung dieser Vorgaben auch in einem Ladengeschäft nicht überprüft werden kann, muss erst recht dem im Fernabsatz bestellenden Käufer eine entsprechende Anprobemöglichkeit zustehen³². Das *OLG Frankfurt a.M.* hat daher den pauschalen Ausschluss des Widerrufsrechts für Unterwäscheartikel zu Recht für unzulässig erklärt³³, wobei sich auch nach dieser Entscheidung im Einzelfall ein Ausschluss bei eindeutigen „Gebrauchsspuren“ mit der Folge mangelnder Verkehrsfähigkeit ergeben kann.


d) *Kissen, Bettzeug und Matratzen*. Bettwaren, wie Kissen, Bettzeug oder Schlafsäcke, dürften als Gebrauchtartikel nach Reinigung noch ihren Markt finden. Auch bei Matratzen führen die Beseitigung schützender Folien und ein Probeschlafen insbesondere bei Nutzung von Überzügen bzw. nach Reinigung nicht zwingend zu einer Widerrufsausschlusslage. Im Beherbergungsgeschäft findet die zeitweilige Überlassung von „gebrauchten“ Schlafstätten ja auch Akzeptanz, so dass im Interesse der Rechtssicherheit hier keine generelle Ausschlusslage, sondern bei mangelnder Einhaltung zumutbarer Vorkehrungen eine

Wertersatzpflicht anzunehmen ist.

6. Kosmetika

Angebrochene Kosmetika sind regelmäßig nach Benutzung unverkäuflich. Dies gilt jedenfalls für Cremes, Lotionen oder

Becker, Föhlisch: Von Dessous, Deorollern und Diabetes-Streifen - Ausschluss des Widerrufsrechts im Fernabsatz

NJW 2008 Heft 52 3756 

Make-Up, deren Primärverpackung geöffnet wurde, Rouge oder Puder, aus dem mit Fingern oder wiederholt eingesetzten Werkzeugen (Pinsel etc.) Teile entnommen wurden oder Mascaras, Lippenstifte oder Deoroller, die zum direkten Auftragen auf den Körper verwendet wurden. Solche Produkte kann ein seriöser Verkäufer keinem weiteren Kunden mehr anbieten, zumal auch durch die Wechselwirkung bei wiederholter Entnahme die Gefahr der Übertragung von Krankheitserregern (Herpes-Viren o.Ä.) besteht. Weiterhin setzt bei einem Teil dieser Produkte auch ein Prozess des Verderbs ein.

Der Europäische Rat sprach sich bei Schaffung der FARL zwar dagegen aus, „Erzeugnisse der Körperpflege“ vom Widerrufsrecht auszuschließen³⁴. Dies spricht aber nicht gegen die vorstehende Betrachtungsweise, weil es dabei nicht um geöffnete oder benutzte, sondern unversehrte Kosmetika ging³⁵. Anders sieht es bei einem Parfum-Flakon aus, bei dem üblicherweise ohne Hautkontakt durch Sprühen Substanz entnommen wird. Er kann entweder aufgefüllt oder auch ohne Weiteres vom Verkehr akzeptiert als Tester verkauft werden³⁶.

Das *LG Wuppertal*³⁷ löst diese Fälle über die Wertersatzverpflichtung, wobei auch der nach Öffnen der Verpackung verbleibende Rest als „untergegangen“ und ersatzpflichtig angesehen werden soll. Diese Sichtweise überzeugt nicht, weil hierdurch der Verbraucher schlechter gestellt wäre, als wenn das Widerrufsrecht von vornherein ausgeschlossen wird³⁸.

VII. Zusammenfassung

Waren sind auf Grund ihrer Beschaffenheit nicht für die Rücksendung geeignet, wenn sich im Widerrufszeitpunkt eine Widerrufs Ausschlusslage ergibt. Diese ist im Rahmen einer

- Abwägung der Interessen der beteiligten Vertragsparteien und
- der weiteren als Abnehmer zurückgesandter Waren in Betracht kommenden Verkehrskreise
- anhand der objektiven Kriterien der mit wirtschaftlich zumutbaren Mitteln erfolgenden Herstellung der Wiederverkäuflichkeit bzw. der Verkehrsfähigkeit der Ware und
- einem dem Gleichbehandlungsgrundsatz folgenden Vergleich mit den übrigen gesetzlich typisierten Ausschlusslagen zu bestimmen.

Der Verbraucher wird bei einem Widerrufs Ausschluss häufig bessergestellt als bei Rückgabe, da der zusätzlich zur Rücksendung zu entrichtende Wertersatz vielfach in die Nähe des vollen Kaufpreises rückt, die (z.B. angebrochene) Ware für den Verbraucher hingegen ihren ursprünglichen Wert weiterhin aufweisen kann. Die Regelung des § 312d IV Nr. 1 Alt. 3 BGB ist damit interessengerecht und handhabbar. Umso dramatischer ist, dass der europäische Gesetzgeber plant, genau diese derzeit in Art. 6 III Spiegelstrich 3 der FARL enthaltene Ausnahmevorschrift in Art. 19 Ic des Vorschlags für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher ersatzlos zu streichen³⁹.

* Der Autor *Becker* ist Rechtsanwalt und Partner der Kanzlei *Wienke & Becker*, Köln, der Autor *Föhlisch* ist Rechtsanwalt, Justiziar und Prokurist der *Trusted Shops GmbH*, Köln.

¹ So auch *Wendehorst*, in: *MünchKomm*, 5. Aufl. (2007), § 312d Rdnr. 26.

² Vgl. *Medicus*, in: *Prütting/Wegen/Weinreich*, BGB, 3. Aufl. (2008), § 312d Rdnr. 7.

³ So BT-Dr 14/2658, S. 44.

⁴ *Wendehorst*, in: *MünchKomm* (o. Fußn. 1), § 312d Rdnr 19; gegen einen pauschalen Ausschluss des Widerrufs z.B. auch *OLG Hamm*, NJW-RR 2005, 1582; *OLG Jena*, GRUR-RR 2006, 283; *LG Düsseldorf*, MMR 2006, 833.

⁵ *BGH*, NJW 2003, 1665.

⁶ So vor allem in der Entscheidung *EuGH*, NJW 2005, 3055 - Heiningen.

⁷ *EuGH*, NJW 2005, 3055.

⁸ *Kaestner/Tews*, WRP 2005, 1335 (1345).

⁹ So *Wilmer/Hahn*, FernabsatzR, 2. Aufl. (2005), § 312d Rdnr. 22.

¹⁰ So aber *Mielke*, c't 2008, 154 (155).

¹¹ *BGH*, NJW 2003, 1665.

¹² BT-Dr 14/2658, S. 44.

¹³ *Wendehorst*, in MünchKomm (o. Fußn. 1), § 312d Rdnr. 19.

¹⁴ *BGH*, NJW 2003, 1665.

¹⁵ Die finnische Umsetzung in Kap. 6, § 16 (3) des Verbraucherschutzgesetzes v. 21. 1. 1978/38, stellt ausdr. ergänzend auf die Wiederverkäuflichkeit ab: „die dergestalt nach Kundenspezifikationen angefertigt wurden, dass sie nicht ohne beträchtlichen Verlust oder überhaupt nicht weiterverkauft werden können.“ (Deutsche Übersetzung nach *Schulte-Nölke*, Verbraucherrechtskompendium, 2. Aufl. [2008], S. 589).

¹⁶ *BGH*, NJW 2003, 1665.

¹⁷ Vgl. *Buchmann*, K&R 2008, 505 (505ff.).

¹⁸ RegE FernAbsG, BT-Dr 14/2658, 44; für einen Ausschluss nach § 312d IV Nr. 6 BGB s. *LG Duisburg*, MMR 2008, 356.

¹⁹ *LG Trier*, Beschl. v. 18. 12. 2006 - 10 HK O 48/06; *LG Düsseldorf*, MMR 2006, 833 = WRP 2006, 1270 = CR 2006, 858; *LG Frankfurt a.M.*, MMR 2006, 831 = CR 2007, 267; *LG Stuttgart*, WRP 2006, 1156 L; *LG Konstanz*, WRP 2006, 1156 L; *LG Coburg*, K & R 2006, 533 = CR 2007, 59; *LG Frankfurt a.M.*, WRP 2005, 922; *OLG Hamm*, NJW-RR 2005, 1582; *LG Arnsberg*, WRP 2004, 792; *LG Waldshut-Tiengen*, JurPC Web-Dok. 255/2003.

²⁰ Vgl. *Schlömer/Dittrich*, BB 2007, 2129 m.w. Nachw.

²¹ *LG Stuttgart*, WRP 2006, 1156; *OLG Jena*, GRUR-RR 2006, 283; *LG Düsseldorf*, CR 2006, 858.

²² *LG Frankfurt a.M.*, WRP 2005, 922 = CR 2006, 210 L.

²³ VO über die Vermeidung und Verwertung von Verpackungsabfällen (Verpackungsverordnung - VerpackV) v. 21. 8. 1998 (BGBl I, 2379), zuletzt geändert durch die 5. VO zur Änderung der Verpackungsverordnung v. 2. 4. 2008 (BGBl I, 531), nach dem vollständigen Inkrafttreten der 5. VO zur Änderung der Verpackungsverordnung zum 1. 4. 2009.

²⁴ *OLG Hamburg*, NJOZ 2007, 4812.

²⁵ *Schulte-Nölke* (o. Fußn. 15), S. 566.

²⁶ *Mand/Könen*, WRP 2006, 841.

²⁷ Vgl. dazu § 7b II 1 BetriebsVO für Arzneimittelgroßhandelsbetriebe (AMGrHdlBetrV), der zurückgenommene, nicht verkehrsfähige oder insoweit ungekennzeichnete Arzneimittel der Vernichtung zuführt.

²⁸ *Mand/Könen*, WRP 2006, 841 (845).

²⁹ *AG Köln*, NJW 2008, 236.

³⁰ So wohl auch *OLG Hamburg*, GRUR-RR 2007, 402 = WRP 2007, 1121.

³¹ *Palandt/Grüneberg*, BGB, 67. Aufl. (2008) § 312d Rdnr. 9; *Junker*, in: jurisPK-BGB, § 312d Rdnr. 40.

³² *Kaestner/Tews*, WRP 2005, 1335 (1345).

³³ *OLG Frankfurt a. M.*, NJW-RR 2007, 482 = GRUR-RR 2007, 56 = MMR 2007, 322 = CR 2007, 387.

³⁴ Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 19/95, v. Rat festgelegt am 29. 6. 1995, ABIEG Nr. C 288 v. 30. 10. 1995, Begründung III 7 vii.

³⁵ Unklar *Micklitz*, in: *Grabitz/Hilf*, Das Recht der Europäischen Union, Richtlinie 97/7/EG Rdnr. 95: „Als Ausnahmeregelung ist die Vorschrift eng auszulegen, weshalb Fernabsatzverträge über Kosmetika der Richtlinie im vollen Umfang unterliegen.“

³⁶ Eine Markenrechtsverletzung liegt beim Verkauf von Parfümtestern nicht vor, weil Erschöpfung nach § 24 I MarkenG eingetreten ist; *BGH*, GRUR 2007, 882 (anders noch *OLG Frankfurt a.M.*, GRUR-RR 2007, 200; *OLG Hamburg*, MMR 2007, 256, und *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 19. 9. 2006 - 20 U 68/06, BeckRS 2007, 75035).

³⁷ *LG Wuppertal*, Urt. v. 22. 8. 2006 - 14 O 87/06, BeckRS 2008, 03864.

³⁸ Vgl. oben Teil IV 2.

³⁹ Dagegen zu Recht auch *Groß*, Leiter des Referats Zivilrecht und Justizariat beim Deutschen Industrie- und Handelskammertag (DIHK), FAZ v. 15. 10. 2008, S. 23.