# Handbuch Verbraucherrecht

Herausgegeben von

**Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel**
Inhaber des Lehrstuhls für Verbraucherrecht, Universität Bayreuth

**Prof. Dr. Malte Kramme**
EUREGIO Stiftungsprofessor für Technik-, Mobilitäts-, und Nachhaltigkeitsrecht,
Universität Innsbruck

Carl Heymanns Verlag 2023

Carl Heymanns Verlag

**Zitiervorschlag:** *Bearbeiter,* in: Schmidt-Kessel/Kramme, Handbuch Verbraucherrecht, Kap. x Rn. y

**Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek**

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.d-nb.de abrufbar.

ISBN 978-3-452-29044-1

Gefördert durch:

Bundesministerium der Justiz

aufgrund eines Beschlusses des Deutschen Bundestages

Gefördert durch:

Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft

aufgrund eines Beschlusses des Deutschen Bundestages

Carl Heymanns Verlag

**www.wolterskluwer.de**

Alle Rechte vorbehalten.

© 2023 Wolters Kluwer Deutschland GmbH, Wolters-Kluwer-Straße 1, 50354 Hürth.

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Verlag und Autoren übernehmen keine Haftung für inhaltliche oder drucktechnische Fehler.

Umschlagkonzeption: Martina Busch, Grafikdesign, Homburg-Kirrberg
Satz: NewGen Knowledge Works (P) Ltd., Chennai
Druck und Weiterverarbeitung: Wydawnictwo Diecezjalne i Drukarnia w Sandomierzu, Sandomierz, Polen

Gedruckt auf säurefreiem, alterungsbeständigem und chlorfreiem Papier.

Leseprobe

# Vorwort

Mit einigem Stolz erlauben wir uns, der juristischen Fachöffentlichkeit dieses Handbuch zum Verbraucherrecht vorzulegen. Grundidee des Werkes ist die Erfassung des Rechtsgebiets Verbraucherrecht und damit sowohl der praktische Nutzen für Beratung und Fallbearbeitung als auch die weitere wissenschaftliche Grundlegung als Disziplin mit dem quasi-empirischen Instrument des Handbuchs. Ziel ist jeweils die systematische Darstellung der behandelten Gebiete und Sachfragen. Wichtiger Bestandteil dieser Konzeption sind dabei – im vollständigen Bewusstsein notwendiger Unvollständigkeiten und Lücken – gerade auch diejenigen Felder, welche sich mit einem Standardkommentar zum BGB nicht oder kaum erschließen lassen. Das gilt für die europarechtlichen Grundlagen des Verbraucherrechts ebenso wie für den verwaltungsrechtlichen Verbraucherschutz im Allgemeinen wie im Besonderen. Es betrifft ferner die Darstellung von Branchen und Geschäftsmodellen, die sich allein mit den Mitteln des BGB und seiner Kommentierungen nur unzureichend durchdringen lassen.

Das Verbraucherrecht ist ständig in Bewegung. Die Treiber dieser Bewegung sind vielfach der Binnenmarkt und die harmonisierenden oder vereinheitlichenden Maßnahmen der Europäischen Union. So liegen die unionsrechtlichen Wurzeln der in diesem Band mitbehandelten Novellen des BGB-Verbrauchervertragsrechts aus dem Jahre 2022 im Jahre 2015 und teilweise davor. Hinzu kommt eine gewisse – teilweise medial und durch Skandale getriebene – operative Hektik auch der nationalen Politik, die über ein reines Übertreffen der Regelungsvorgaben der Europäischen Union nicht selten deutlich hinausgeht. Die Verfügbarkeit eines aktuellen Gesetzestextes in gedruckter Fassung ist für weite Bereiche des Verbraucherrechts angesichts der herrschenden Änderungsgeschwindigkeit keine Selbstverständlichkeit. Daher nimmt es nicht wunder, dass die Ursprünge dieses Handbuchs bereits auf die Zeit vor 2010 zurückgehen, als die Idee in dem Bayreuther Förderantrag für eine Stiftungsprofessur für Verbraucherecht geboren wurde. Dafür danken wir insbesondere den damaligen Verantwortlichen für den Förderantrag, Prof. Dr. Stefan Leible und Prof. Dr. Markus Möstl, die uns auch bei der Entstehung dieses Werkes intensiv unterstützt haben.

Verbraucherrecht altert schlecht. Daher schätzen wir uns glücklich, dass dieses Werk überhaupt zu einem erfreulichen Ende gekommen ist. Dafür danken wir zunächst den Autorinnen und Autoren, die mit viel Idealismus und Einsatz und mit viel Geduld das Erscheinen dieses Werkes überhaupt erst ermöglicht haben. Der Dank gilt ferner den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern sowie den Verantwortlichen des Carl Heymanns Verlags, die nicht nur an das Werk geglaubt haben, sondern uns gerade in der Endphase seiner Entstehung in jeder Hinsicht unterstützt haben. Unverzichtbar war schließlich das Team des Bayreuther Lehrstuhls für Verbraucherrecht, das seit dessen Einrichtung im Herbst 2010 auf das Ziel der Erschließung des Verbraucherrechts durch dieses Handbuch hingearbeitet hat. Die hohe Zahl von aktuellen und ehemaligen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Doktorandinnen, Doktoranden und Postdocs im Autorenkreis belegt, wie sehr das Team das Projekt Handbuch gelebt und durchlitten hat. Dafür ein ganz herzliches „Vergelts Gott“! Ihr habt aus diesem Werk ein Bayreuther Handbuch für Verbraucherrecht gemacht.

Den Herausgebern bleibt zum Schluss die Bitte an die Leserschaft um gute Aufnahme. Da uns das Werk sehr ans Herz gewachsen ist, nehmen wir Lob wie Kritik gleichermaßen gerne entgegen. Das Handbuch soll und wird auch einen zentralen Diskussionsbeitrag für das deutsche Verbraucherrecht insgesamt leisten. Dazu gehört auch das Ziel, es für weitere Auflagen stetig zu verbessern.

Bayreuth im März 2023

*Martin Schmidt-Kessel* und *Malte Kramme*

Carl Heymanns Verlag

## Autorenverzeichnis

**Stella Abendroth**
Universität Bayreuth

**Dipl.-Jur. Univ. Jana Bethke**
Universität Bayreuth

**Charlotte Beutler**
Universität Bayreuth

**Dr. Michael Bosse**
Rechtsanwalt, Düsseldorf

**Dr. Katja Brzezinski-Hofmann**
Wissenschaftliche Mitarbeiterin Universität Bayreuth, Geschäftsführerin der Forschungsstelle für Deutsches und Europäisches Lebensmittelrecht (FLMR) der Universität Bayreuth

**Dipl. Jur. Katharina Erler-Fridgen**
Universität Bayreuth

**Clara Fidorra**
Universität Bayreuth

**Dipl.jur. Vanessa Förster**
Doktorandin Universität Bayreuth

**Prof. Dr. Claas Christian Germelmann**
Universität Bayreuth

**Dr. Johannes Gräbig**
Rechtsanwalt und Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz, Köln

**Dr. Christoph Hartmann**
Rechtsanwalt, München

**Dr. Johanna Held**
User Researcher, Leinfelden-Echterdingen

**Prof. Dr. Ruth Janal, LL.M. (New South Wales)**
Universität Bayreuth

**Dr. Catrin Jansen-Behnen**
Richterin am Landgericht Oldenburg

**Dr. Yuliia Kostkina, LL.M. (Bayreuth)**
Universität Bayreuth

**Prof. Dr. Malte Kramme**
Universität Innsbruck

**Prof. Dr. Knut Werner Lange**
Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, deutsches und europäisches Handels- und Wirtschaftsrecht an der Universität Bayreuth und stellv. Direktor der dortigen Forschungsstelle für deutsches und europäisches Energierecht (FER)

**Prof. Dr. Julia Lübke, LL.M. (Harvard)**
EBS Universität Wiesbaden

**Dr. Linus Meyer**
Rechtsanwalt und Notar, Bielefeld

Carl Heymanns Verlag

Leseprobe

**Dr. Christina Möllnitz-Dimick, LL.M. (Duke)**
ehem. Wissenschaftliche Mitarbeiterin, Universität Bayreuth

**Prof. Dr. Markus Möstl**
Universität Bayreuth, Direktor der Forschungsstelle für Deutsches und Europäisches Lebensmittelrecht (FLMR) der Universität Bayreuth

**Prof. Dr. Michael F. Müller, LL.M. (Austin)**
Friedrich-Schiller-Universität Jena & Sigmund Freud PrivatUniversität Wien

**Dr. Anne Mushardt**
Rechtsanwältin, Nürnberg

**Joana Marie Nägler**
Universität Bayreuth

**Katharina Nümann**
Richterin am Landgericht Osnabrück

**Dr. Matthias Rabbe**
Rechtsanwalt und Syndikusrechtsanwalt, Dortmund

**Dipl.jur. Alisa Rank-Haedler**
Rechtsreferendarin am Landgericht Mannheim; Doktorandin Universität Bayreuth und Università degli Studi di Verona

**Dr. Felix Ruppert**
Wissenschaftlicher Mitarbeiter Universität Bayreuth

**Dr. Stephan Schäfer**
Rechtsanwalt, Berlin

**Prof. Dr. Jessica Schmidt, LL.M. (Nottingham)**
Universität Bayreuth

**Prof. Dr. Mareike Schmidt, LL.M. (Tsinghua, China)**
Universität Hamburg

**Dr. Marie-Lena Schmidt-Fromme, LL.M. (Lausanne)**
Rechtsanwältin (Syndikusrechtsanwältin), Paderborn

**Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel**
Universität Bayreuth

**Dr. Stefanie Selle**
Rechtsanwältin, Düsseldorf

**Veronika Thalhammer**
Wissenschaftliche Mitarbeiterin Universität Bayreuth
Rechtsanwältin

**Dr. Till Trouvain, LL.M. (Chicago)**
Rechtsanwalt, Frankfurt am Main

**Prof. Dr. Brian Valerius**
Universität Passau

**Eva Weigel**
Rechtsanwältin, PwC Legal – Litigation & Arbitration, Frankfurt am Main

Carl Heymanns Verlag



Leseprobe

**Prof. Dr. Volker Wiese, LL.M. (McGill)**
Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover

**Lukas Zühlsdorff**
Universität Bayreuth

Carl Heymanns Verlag

Leseprobe

## Im Einzelnen haben bearbeitet


**I. Grundlagen**

| | |
|---|---|
| Kap. 1 – Ziele und Grundstrukturen des Verbraucherrechts | Schmidt-Kessel |
| Kap. 2 – Der Verbraucherbegriff | Schäfer |
| Kap. 3 – Europarechtlicher Rahmen | Lübke |
| Kap. 4 – Verbraucherschutz durch Verwaltungsrecht | Thalhammer |
| Kap. 5 – Lauterkeitsrechtlicher Verbraucherschutz | Möllnitz-Dimick |
| Kap. 6 – Konsumentenverhaltensforschung in der Verbraucherpolitik: Einsatzfelder und beispielhafte Befunde | Held/Germelmann |

**II. Allgemeines Verbrauchervertragsrecht**

| | |
|---|---|
| Kap. 7 – Allgemeines Verbrauchervertragsrecht | Meyer |
| Kap. 8 – Unfaire Vertragsklauseln | Kostkina/Schmidt-Kessel |
| Kap. 9 – Informationspflichten | Rabbe/Gräbig |
| Kap. 10 – Widerrufsrechte | J. Schmidt/Trouvain |
| Kap. 11 – Besondere Vertriebsformen | Bethke/Schmidt-Kessel |
| Kap. 12 – Vertragsschluss im elektronischen Geschäftsverkehr | Janal |
| Kap. 13 – Verbrauchsgüterkauf | Schmidt-Kessel |
| Kap. 14 – Qualität digitaler Produkte | Schmidt-Kessel |
| Kap. 15 – Besonderheiten bei Ehegatten | Nägler/Schmidt-Kessel |

**III. Integritätsschutz**

| | |
|---|---|
| Kap. 16 – Produzenten- und Produkthaftung | M. Schmidt |
| Kap. 17 – Produktsicherheit | Schmidt-Fromme |
| Kap. 18 – Datenschutz | Rank-Haedler |

**IV. Einzelne Leistungsarten und Branchen**

| | |
|---|---|
| Kap. 19 – Verbraucherschutz bei Lebensmitteln | Brzezinski-Hofmann/Möstl |
| Kap. 20 – Verbraucherschutz im privaten Baurecht | Bosse/Selle |
| Kap. 21 – Schutz des Maklerkunden | Jansen-Behnen |
| Kap. 22 – Reiseleistungen | Beutler/Schmidt-Kessel |
| Kap. 23 – Schutz des Telefonkunden | Förster |
| Kap. 24 – Kauf von Apps und Software | Mushardt |
| Kap. 25 – Verbraucherschutz bei Onlinespielen und Abonnement-Streamingdiensten | Hartmann/Erler-Fridgen |
| Kap. 26 – Verbraucherschutz bei der Energielieferung | Lange |
| Kap. 27 – Verbraucherschutz im Medizinrecht | Valerius/Ruppert |
| Kap. 28 – Verbraucherkredite | Nümann |
| Kap. 29 – Anlegerschutz für Verbraucher | Zühlsdorff/Schmidt-Kessel |
| Kap. 30 – Carsharing | Weigel |
| Kap. 31 – Sonstige Dienstleistungen (Fitnessstudio und Partnervermittlung) | Fidorra/Schmidt-Kessel |

**V. Rechtsdurchsetzung**

| | |
|---|---|
| Kap. 32 – Besonderheiten des Individualprozesses mit Verbraucherbeteiligung | Kramme |
| Kap. 33 – Verbraucherstreitbeilegung | Wiese |
| Kap. 34 – Verbraucherinsolvenz und Restschuldbefreiung | Kramme |


Carl Heymanns Verlag

Leseprobe

Kap. 35 – Schutz des Verbrauchers vor Abmahnungen wegen Urheberrechtsverstoßes — Abendroth/Schmidt-Kessel

**VI. Verbraucherschutz im grenzüberschreitenden Verkehr**

Kap. 36 – Zuständigkeit und anwendbares Recht — Müller

Carl Heymanns Verlag



Leseprobe

# Kapitel 11 Besondere Vertriebsformen

Übersicht Rdn.


**A. Grundlagen** . . . . . 1
I. Rechtsentwicklung . . . . . 2
II. Schutzzwecke bei Außergeschäftsraumvertrag und Fernabsatzvertrag . . . . . 9
III. EU-rechtliche Vorgaben . . . . . 12
IV. Zusammenspiel mit Reisegewerberecht und UWG . . . . . 15
V. Sperrwirkungen der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU . . . . . 17
**B. Außergeschäftsraumvertrag, § 312b BGB** . . . . . 21
I. Vertragsgegenstände . . . . . 22
1. Entgeltlichkeit . . . . . 23
2. Verbraucher als Anbieter? . . . . . 26
II. Außergeschäftsraumsituation . . . . . 28
1. Begriff des Geschäftsraums, § 312b Abs. 2 Satz 1 BGB . . . . . 29
2. Entlastung durch Zurechnung von Geschäftsräumen, § 312b Abs. 2 Satz 2 BGB . . . . . 37
3. Gleichzeitige körperliche Anwesenheit und Zurechnung . . . . . 39
4. Besonderer Fall: Vergleichsschlüsse . . 43
III. Vertragsschluss als Folge der Situation . . 46
1. Allgemeines Kausalitätserfordernis? . 47
2. Grundfall: Vollständiger Vertragsschluss in der Außergeschäftsraumsituation, § 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB . . . . . 49
3. Zum Vertragsschluss führendes Angebot des Verbrauchers in der Außergeschäftsraumsituation, § 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB . . . 50
4. Persönliches und individuelles Ansprechen des Verbrauchers, § 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BGB . . . . . 53
5. Vom Unternehmer organisierter Verkaufsausflug, § 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BGB . . . . . 58
IV. Schutzinstrumente . . . . . 63
1. Allgemeine Schutzinstrumente . . . . . 64
2. Gerichtsstand für Außergeschäftsraumverträge, § 29c ZPO . . . . . 65
**C. Fernabsatzvertrag, § 312c BGB** . . . . . 71
I. Vertragsgegenstände . . . . . 72
II. Vertragsschluss mittels Fernkommunikationsmitteln . . . . . 73
III. Organisiertes Vertriebssystem . . . . . 79
IV. Schutzinstrumente . . . . . 85
1. Allgemeine Schutzinstrumente . . . . . 86
2. Bestätigung des Vertragsinhalts, § 312f Abs. 2 BGB . . . . . 87
3. Pflichten im elektronischen Rechtsverkehr und Buttonlösung, §§ 312i, 312j BGB . . . . . 88
4. Kündigungsbutton, § 312k BGB . . . 94
5. Besonderheiten bei Online-Marktplätzen . . . . . 109
6. Abweichende Vereinbarungen und Beweislast . . . . . 121
**D. Besonderheiten bei den Informationspflichten** . . . . . 122
**E. Besonderheiten bei Widerrufsrechten** . . 128
**F. Sonderregeln für einzelne Vertragsgegenstände** . . . . . 137


## A. Grundlagen

Für bestimmte Vertriebsformen sehen der europäische wie der deutsche Gesetzgeber besondere Schutzbedarfe jedenfalls hinsichtlich der Präferenzen des Verbrauchers aber wohl auch hinsichtlich der Preisfairness und der Autonomie des Verbrauchers. Dementsprechend enthalten insbesondere die §§ 312b ff. BGB Sonderregeln für **Außergeschäftsraumverträge** (s. § 312b BGB sowie unten Rdn. 21) sowie für **Fernabsatzverträge** (s. § 312c BGB sowie unten Rdn. 71). 1

### I. Rechtsentwicklung

Der **Vorläufer** der besonderen Vertriebsformen, konkret des Haustürgeschäfts, war das Reisegewerberecht.[1] Ein Reisegewerbe betreibt, wer ohne vorhergehende Bestellung außerhalb seiner gewerblichen Niederlassung oder ohne eine solche zu haben gewerbsmäßig tätig wird (§ 55 Abs. 1 GewO). Diese Tätigkeit ist grundsätzlich nach § 55 Abs. 2 GewO erlaubnispflichtig.[2] Sie bildet eine frühe Form des Fernvertriebs unter den Bedingungen der Industrialisierung. 2

1 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 59; Staudinger/*Thüsing*, Vor § 312 Rn. 26.
2 Staudinger/*Thüsing*, Vor § 312 Rn. 25.

Carl Heymanns Verlag

3 Daraus entwickelte sich als direkter Vorläufer des Außergeschäftsraumvertrags das Recht der **Haustürgeschäfte**, welches in Umsetzung der Haustürgeschäfte-RL (85/577/EWG)[3] zunächst außerhalb des BGB im Haustürgeschäftewiderrufsgesetz geregelt wurde. Ziel der Richtlinie war eine Harmonisierung der Verbraucherrechte der Mitgliedstaaten, wobei es den nationalen Gesetzgebern auch freistand, ein generelles Verbot von Außergeschäftsraumverträgen einzuführen oder beizubehalten.[4] § 1 HWiG enthielt verschiedene Situationen, in denen der Verbraucher[5] bei Vertragsschluss besonders schutzwürdig war und deswegen ein schriftliches Widerrufsrecht mit einer Frist von einer Woche erhielt. Informationspflichten des Unternehmers beschränkten sich hier noch auf die Widerrufsbelehrung (§ 2 Abs. 1 HWiG).

4 In Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG[6] wurden mit dem **Fernabsatzgesetz 2000** erstmalig allgemeine Vorschriften zu Fernabsatzverträgen eingeführt.[7] Den Unternehmer trafen dadurch Unterrichtungspflichten ähnlich den heutigen §§ 312d ff. BGB und der Verbraucher erhielt ein Widerrufs- und Rückgaberecht, § 312d BGB a.F.

5 Im Rahmen der **Schuldrechtsmodernisierung 2002**[8] wurden das Widerrufsrecht bei Haustürgeschäften aus dem HWiG in §§ 312, 312a BGB a.F., das Fernabsatzrecht in §§ 312b ff. BGB a.F. und allgemeine Regelungen zum Widerruf durch den Verbraucher in den §§ 355 ff. BGB a.F. geregelt und damit (auch) dieser Teil des Verbrauchervertragsrecht in das BGB integriert.[9]

6 Auf **Fernabsatzverträge über Finanzdienstleistungen** finden seit 2004 bis heute die speziellen Vorschriften der Finanzdienstleistungs-Fernabsatzrichtlinie (2002/65/EG)[10] Anwendung. Im Gegensatz zur Fernabsatzrichtlinie verfolgte diese Richtlinie bereits den Ansatz der Vollharmonisierung.[11]

7 Eine grundlegende **Neuordnung** der vorherigen Normen brachte die **Verbraucherrechterichtlinie** (2011/83/EU)[12] mit sich, die Vorschriften zu Haustürgeschäften und dem Fernabsatz in den EU-Mitgliedstaaten vollharmonisierte.[13] Gleichzeitig wurde das Verbraucherschutzniveau durch weitere Anwendungsbereiche,[14] konkretere Informationspflichten und ein verlängertes Widerrufsrecht angehoben.

8 Die bislang letzten Änderungen ergaben sich durch die Umsetzung der Modernisierungs- bzw. »**Omnibus**«**-Richtlinie** (2019/2161)[15] sowie die Umsetzung der Digitale Inhalte-Richtlinie

3 Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20.12.1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (ABl. L 372 S. 31) (Haustürgeschäfte-RL).
4 ABl. L 372 S. 31.
5 Zunächst definiert in § 6 Nr. 1 HWiG, später direkt benannt in § 1 Abs. 1 HWiG.
6 Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. L 144 S. 19) (Fernabsatz-RL).
7 Zu speziellen Fernabsatzverträgen: Staudinger/*Thüsing*, Vor § 312b Rn. 22.
8 BGBl. I 2001 S. 3138.
9 Zu den Anpassungen zwischen 2002 und 2014: Staudinger/*Thüsing*, Vor § 312b Rn. 19 ff. und 27 ff.
10 Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.09.2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG (ABl. L 271 S. 16, FernabsFinDienst-RL).
11 BeckOGK-BGB/*Busch*, § 312c Rn. 4.
12 Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (ABl. L 304 S. 64).
13 ErwG 7 und Art. 4 RL 2011/83/EU; Staudinger/*Thüsing*, Vor § 312 Rn. 13.
14 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 7.
15 Richtlinie (EU) 2019/2161 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27.11.2019 zur Änderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinien 98/6/EG, 2005/29/EG und 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union (ABl. L 328 S. 7).

Carl Heymanns Verlag



Leseprobe

(2019/770),[16] die überwiegend zum 28.05.2022 in Kraft getreten ist.[17] Seither ist der Einbezug von Verträgen, die keine Zahlung des Verbrauchers, sondern eine Bereitstellung personenbezogener Daten zum Gegenstand haben, ausdrücklich normiert. Weiterhin gibt es gesonderte Pflichten für Betreiber von Online-Marktplätzen.[18] Zudem trat am 01.07.2022 das Gesetz für faire Verbraucherverträge in Kraft, welches die bestehende »Button-Lösung« für Vertragsschlüsse auch auf deren Kündigung ausweitet (sog. **Kündigungsbutton**).[19] Die in § 312k BGB n.F. eingefügte Regelung hat es dabei nur kurzfristig auf Beschlussempfehlung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz ihren Weg ins Gesetz gefunden.[20]

## II. Schutzzwecke bei Außergeschäftsraumvertrag und Fernabsatzvertrag

Sowohl die Außergeschäftsraumsituation als auch die ausschließliche Nutzung von Fernkommunikationsmitteln begründen eine **besondere Schutzwürdigkeit des Verbrauchers**. 9

Beim **Außergeschäftsraumvertrag** ist dies, wie schon bei den vorhergehenden Haustürgeschäften, die **Überrumpelungsmöglichkeit** und der psychische Druck, dem der Verbraucher in einer entsprechenden Situation ausgeliefert ist.[21] So besteht die Gefahr, dass er einen Vertrag schließt, dem er unter normalen Umständen – d.h. bei bewusstem Aufsuchen der Geschäftsräume des Unternehmers – nicht zugestimmt hätte. Mittels Informationspflichten soll dem Verbraucher daher eine informierte Entscheidung erleichtert werden,[22] für sonstige Fehlentscheidungen bleibt ihm in der Regel dann noch das nachträgliche Widerrufsrecht. 10

Eine Drucksituation entsteht es beim Abschluss eines **Fernabsatzvertrag** in der Regel nicht; nutzt doch der Verbraucher willentlich ein Fernkommunikationsmittel gerade für den Vertragsschluss. Dennoch kann insbesondere im elektronischen Geschäftsverkehr unklar sein, mit welcher Handlung es zum letztendlichen Vertragsschluss kommt. Diesem Umstand soll durch gesonderte Pflichten nach §§ 312i und 312j BGB Abhilfe geschafft werden. Allgemein ergibt sich für den Verbraucher die Schwierigkeit, dass er **keinen persönlichen Kontakt** zum Vertragspartner hat und den Vertragsgegenstand (bei Waren) **nicht vorab** in **Augenschein** nehmen kann.[23] Somit sind auch hier eine informierte Entscheidung und eine Möglichkeit, sich vom Vertrag lösen zu können, essenziell für einen effektiven Verbraucherschutz. 11

## III. EU-rechtliche Vorgaben

Die §§ 312 ff. BGB in der heutigen Fassung setzen die vollharmonisierte **Verbraucherrechterichtlinie** (2011/83/EU) sowie deren Änderungen im Zuge der Pauschalreiserichtlinie (2015/2302)[24] und der Modernisierungsrichtlinie (2019/2161) um. 12

16 Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.05.2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (ABl. L 136 S. 1).

17 S. Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs und des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche in Umsetzung der EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union und zur Aufhebung der Verordnung zur Übertragung der Zuständigkeit für die Durchführung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 auf das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz vom 10.08.2021, BGBl. I 2021 S. 3483.

18 S. unten Rdn. 109 ff.

19 BGBl. I 2021 S. 3433.

20 BT-Drucks. 19/30840; *Schmidt-Kessel*, Faire Verbraucherverträge, S 8 f.

21 Staudinger/*Thüsing*, § 312b Rn. 3 f.

22 Kritisch bzgl. der Menge an bereitzustellenden Informationen, Staudinger/*Thüsing*, Vor § 312b Rn. 5 f.; *Fleischer*, ZEuP 2000, 772; *Grigoleit*, NJW 2002, 1152, 1158; aus ähnlichen Gründen für eine »Zwangsführung« des Verbrauchers zu den Informationen auf der Webseite: *Mankowski*, CR 2001, 767, 771.

23 ErwG 37 S. 1 RL 2011/83/EU; Erman/*Koch*, § 312c Rn. 1.

24 Richtlinie (EU) 2015/2302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der

Carl Heymanns Verlag

13 Für Finanzdienstleistungen finden sich bis heute Sonderregelungen in den §§ 312 ff. BGB, die die ebenfalls vollharmonisierte **Finanzdienstleistungs-Fernabsatzrichtlinie** (2002/65/EG) umsetzen.[25]

14 Mit den EU-rechtlichen Vorgaben geht die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung und im Zweifel der Vorlagepflicht letztinstanzlicher Gerichte an den EuGH nach Art. 267 Abs. 3 AEUV einher.[26]

### IV. Zusammenspiel mit Reisegewerberecht und UWG

15 Die **Gewerbeordnung** enthält in den §§ 55 ff. GewO Vorschriften über das Reisegewerbe. Ein Reisegewerbe betreibt demnach, wer ohne vorhergehende Bestellung außerhalb seiner gewerblichen Niederlassung oder ohne eine solche zu haben gewerbsmäßig tätig wird (§ 55 Abs. 1 GewO). Durch den größtenteils übereinstimmenden Regelungsbereich und Regelungszweck kommt es zu Überschneidungen zwischen dem Reisegewerberecht und dem Recht der Außergeschäftsraumverträge i.S.v. § 312b BGB.[27] Konkurrenzen ergeben sich aus dieser Tatsache allerdings nicht: Während die §§ 312 ff. BGB das Verhältnis zwischen den Vertragsparteien regeln, handelt es sich bei den §§ 55 ff. GewO um Wirtschaftsverwaltungsrecht. Unmittelbar hat es daher keine zivilrechtlichen Auswirkungen. Da es sich bei Verstößen gegen die §§ 55 ff. GewO um Verstöße gegen gesetzliche Verbote handelt, konnten die Rechtsgeschäfte des Unternehmers nach § 134 BGB nichtig sein;[28] allerdings ist die Rechtsprechung nach der Einführung des Widerrufsrechts für Haustürgeschäfte von der Annahme entsprechender Regelungszwecke des Gewerberechts schrittweise abgerückt.[29] Zudem kann § 56 GewO unter Umständen als Schutzgesetz i.S.v. § 823 Abs. 2 BGB begriffen werden, sodass auch hieraus eine mittelbare Wirkung entstehen kann.[30]

16 Die im UWG enthaltenen Regelungen zum **unlauteren Wettbewerb** und dessen Rechtsfolgen (dazu generell in diesem Band *Möllnitz-Dimick*, Kap. 5) enthalten teilweise gesonderte Vorgaben für die besonderen Vertriebsformen, teilweise eröffnen sie zusätzlich die Möglichkeit der Durchsetzung von Standards des Außergeschäftsraum- und Fernabsatzvertragsrechts mit den spezifischen Mitteln des Lauterkeitsrechts. Umgekehrt können die lauterkeitsrechtlichen Regeln über § 9 Abs. 2 UWG sowie die weitergehenden Vorgaben in Art. 11a UGP-RL 2005/29/EG[31] auch das Arsenal der §§ 312b ff. BGB ergänzen. Explizite Vertriebsrestriktionen mit Überschneidungen zu §§ 312b f. BGB finden sich etwa in den Belästigungstatbeständen des § 7 UWG, § 16 Abs. 2 UWG (»progressive Kundenwerbung«) und § 5a Abs. 4 UWG (nicht kenntlich gemachter kommerzieller Zweck).[32] Weitere Fälle können sich aus der Konkretisierung der lauterkeitsrechtlichen Generalklauseln ergeben. Umgekehrt erlauben die Transformationsnormen der §§ 3a, 5b Abs. 4 UWG

Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 90/314/EWG des Rates (ABl. L 326 S 1).

25 Vgl. ErwG 32 RL 2011/83/EU; ErwG 13 der RL 2002/65/EG.

26 Staudinger/*Thüsing*, Vor § 312 Rn. 13 f.

27 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 58; Staudinger/*Thüsing*, Vor § 312 Rn. 26.

28 BGHZ 71, 358; BGH, NJW 1983, 868; MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 59; Staudinger/*Thüsing*, Vor § 312 Rn. 26.

29 BGHZ 131, 385 (offen gelassen am gleichen Tag in BGHZ 132, 1). Zuvor schon OLG München, NJW-RR 1990, 1528 f.; OLG Hamm, NJW 1994, 2159. Für eine Ausnahme BGH, NJW 1999, 1636.

30 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 59; von der Rspr. wurde dies nur für § 56 Abs. 1 Nr. 6 GewO a.F. (Darlehensverträge im Haustürgeschäft) bestätigt, vgl. BGHZ 71, 358; dies gilt schon nicht für den Beitritt zu einer Abschreibungsgesellschaft wegen steuerlichen Vorteilen, BGHZ 93, 264.

31 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.05.2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, UGP-RL) (ABl. L 149/22). Zur unzureichenden Umsetzung siehe *Schmidt-Kessel*, VuR 2021, 121 f.

32 Vgl. MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 60.

Carl Heymanns Verlag



Leseprobe

die Integration von Regeln des besonderen Vertriebsrechts in den Fällen der §§ 312b f. BGB in die lauterkeitsrechtliche Beurteilung und gestatten so mittelbar zugleich die Durchsetzung des besonderen Verbrauchervertriebsrechts.[33]

### V. Sperrwirkungen der Verbraucherrechterichtlinie 2011/83/EU

17 Die Verbraucherrechterichtlinie verfolgt grundsätzlich den Ansatz der **Vollharmonisierung** und sperrt damit (auch für den Verbraucher positiv) abweichende Regelungen der Mitgliedstaaten.[34] Mit der Modernisierungsrichtlinie erhalten die Mitgliedstaaten jedoch die Möglichkeit, für einzelne Konstellationen ein anderes Verbraucherschutzniveau zu anzusetzen.[35]

18 Eine **Öffnungsklausel** betrifft das **Widerrufsrecht** im Zusammenhang mit ausdrücklich vereinbarten Besuchen des Unternehmers in der Wohnung des Verbrauchers zur Erbringung von Reparaturleistungen (§ 356 Abs. 4 Nr. 3 BGB n.F.): Hier erlischt das Widerrufsrecht bei vollständiger Erbringung der Dienstleistung.[36] Auch die Gelegenheit, weitergehende Informationspflichten für Betreiber von Online-Marktplätzen zu schaffen, wurde vom deutschen Gesetzgeber genutzt.[37]

19 Dieser hat allerdings nicht von allen Öffnungsklauseln Gebrauch gemacht. So eröffnet Art. 9 Abs. 1a RL 2011/83/EU den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, die gesetzliche **Widerrufsfrist** von 14 auf 30 Tage zu verlängern, wenn der Vertrag im Rahmen eines unerbetenen Besuchs des Unternehmers geschlossen wurde.[38] In diesen Fällen ist es nach Art. 16 Abs. 2 RL 2011/83/EU auch optional, das Widerrufsrecht für Verträge über Leistungen, die vollständig erbracht wurden (Art. 16 Abs. 1 Buchst. a)), deren Preis von Finanzmarktschwankungen abhängt (Buchst. b)), die den speziellen Kundenbedürfnissen entsprechen (Buchst. c)) oder deren Versiegelung entfernt wurde (Buchst. e)),[39] nicht wie bisher geregelt erlöschen zu lassen.[40]

20 Konkretisiert, aber nicht vollharmonisiert, wurden dagegen die umzusetzenden Regelungen über **Sanktionen** bei Verstößen gegen Verbraucherrechte.[41]

## B. Außergeschäftsraumvertrag, § 312b BGB

21 Die erste Art besonderer Betriebsformen stellen Außergeschäftsraumverträge gem. § 312b BGB mit den daran anknüpfenden Regelungen zum **Überrumpelungsschutz** dar. Der durch die Vorschrift definierte Anwendungsbereich geht zwar im Kern noch auf das Haustürgeschäft und damit die Situation des Reisevertrages zurück, ist aber einerseits nicht mehr darauf beschränkt und hat hinsichtlich der erfassten Vertragsgegenstände gegenüber dem ursprünglichen Ansatz einige Einschränkungen erfahren.

### I. Vertragsgegenstände

22 § 312b BGB ist **grundsätzlich** für **alle Vertragsgegenstände** anwendbar. **Ausnahmen** finden sich in § 312 Abs. 2 und Abs. 7 BGB. Besonderheiten ergeben außerdem sich bei Verträgen über

33 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 62 (für § 3a UWG).
34 ErwG 7 und Art. 4 RL 2011/83/EU; BT-Drucks. 19/27655, S. 18; *Bauerschmidt*, EuR 2014, 277, 291 f.
35 Vgl. ErwG 16, 29, 35 der RL 2019/2161; BT-Drucks. 19/27655, S. 18.
36 ErwG 29, 42 der RL 2019/2161; BT-Drucks. 19/27655, S. 19 u. 29 f.; zu den Voraussetzungen s.u. Rdn. 134.
37 Dies betrifft die Pflichten für Betreiber von Vergleichsportalen (Art. 246d § 1 Nr. 2, 3 EGBGB) sowie den Weiterverkauf von Eintrittsberechtigungen (Nr. 7): BT-Drucks. 19/27655, S. 36 f.; die Regulierung des Weiterverkaufs von Eintrittskarten ist bereits in ErwG 50 der RL 2019/2161 vorangelegt.
38 ErwG 55 der RL 2019/2161.
39 Die Umsetzung findet sich in § 312 g Abs. 2 Nr. 1, 3, 8 BGB.
40 BT-Drucks. 19/27655, S. 19.
41 ErwG 5 ff. der RL 2019/2161.


Carl Heymanns Verlag

**Finanzdienstleistungen**, die mehrere im Zusammenhang stehende Vereinbarungen umfassen: Hier ist § 312b BGB nur auf den ersten Vertragsschluss anwendbar (§ 312 Abs. 5 Satz 1 BGB).

### 1. Entgeltlichkeit

23 Es muss sich gem. § 312 Abs. 1 BGB um einen Vertrag mit einer **Zahlung als Gegenleistung** oder gem. § 312 Abs. 1a BGB um einen Vertrag handeln, bei dem der Verbraucher dem Unternehmer personenbezogene Daten bereitstellt resp. sich hierzu verpflichtet (»**Zahlen mit Daten**«).[42] Werden die Daten ausschließlich zur Erfüllung der Leistungspflicht oder von gesetzlichen Anforderungen verarbeitet, werden die §§ 312 ff. BGB nicht auf den Vertrag angewandt (dazu näher in diesem Band *Schmidt-Kessel*, Kap. 14). Die Gegenleistung nach § 312 Abs. 1 BGB kann eine Geldleistung oder die digitale Darstellung eines Wertes sein.[43] Die Bereitstellung von personenbezogenen Daten des Verbrauchers wurde mithilfe von richtlinienkonformer Auslegung bereits unter den Tatbestand der entgeltlichen Leistung nach § 312 Abs. 1 BGB a.F. subsumiert.[44]

24 Umstritten ist, ob **Sicherungsgeschäfte** das Merkmal der Entgeltlichkeit erfüllen. Der BGH vertrat zunächst die Auffassung, dass die Verbraucherbürgschaft in der Regel zur Sicherung eines Geschäfts mit entgeltlicher Leistung des Unternehmers abgegeben wird und somit ein Haustürgeschäft bejaht werden kann.[45] Der EuGH wandte die Haustürgeschäftewiderrufs-Richtlinie auch auf Bürgschaftsverträge an.[46] Dies gelte jedoch mit der Einschränkung, dass sowohl der Bürge als auch der Hauptschuldner Verbraucher sind.[47] Entgegen vieler Kritik verneinte der BGH (9. Senat) dementsprechend ein Widerrufsrecht für Bürgschaftsverträge zur Absicherung gewerblicher Kredite,[48] im Übrigen wurden auch solche Verbraucherbürgschaften als Fälle der umgekehrten Rollenverteilung erfasst.[49]

25 Diese Auslegung war schon seit der Gesetzänderung vom 13.06.2014 kaum noch mit dem Wortlaut vereinbar. Durch die Konkretisierung von einer »entgeltlichen Leistung« hin zu einer »entgeltlichen Leistung des Unternehmers« sieht die neuere Rechtsprechung den Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB nicht eröffnet.[50] Daran änderte auch die vorgebrachte Tatsache, dass Anlage 3 zu Art. 246b § 2 EGBGB im dritten Gestaltungshinweis die Bürgschaft erwähnt, nichts.[51] Spätestens mit der Neufassung des § 312 Abs. 1 und 1a BGB[52] wird nun klargestellt, welche Verpflichtung

42 Die Bezeichnung des Zahlens mit Daten oder Daten als Gegenleistung wird explizit vermieden, vgl. BT-Drucks. 19/27653, S. 35; EDSB, Stellungnahme 4/2017 (zum Richtlinienentwurf digitale Inhalte); weiterhin wird auch eine »passive Bereitstellung« einbezogen, vgl. *Rosenkranz*, ZUM 2021, 195, 201 f.

43 Vgl. Art. 2 Nr. 7 der RL 2019/770; BT-Drucks. 19/27653, S. 35.

44 ErwG 31 der RL 2019/2161; BT-Drucks. 19/27653, S. 36 f.; HK-BGB/*Schulte-Nölke*, § 312 Rn. 5; entgeltlich sei jede Verfügung des Verbrauchers, die kausal mit der Leistung des Unternehmers verknüpft ist, *Maume*, NJW 2016, 1041, 1042.

45 BGH, NJW 1996, 55, 56.

46 EuGH, Urt. v. 17.03.1998 – C-45/96, Slg. 1998, I-1199, Rn. 17–21 – Dietzinger; entsprechend dann BGHZ 139, 21, 24 f.

47 EuGH, Urt. v. 17.03.1998 – C-45/96, Slg. 1998, I-1199, Rn. 22 – Dietzinger; entsprechend dann BGHZ 139, 21, 24 ff.

48 BGHZ 139, 21, 24 ff.; zustimmend: *Vowinckel*, DB 2002, 1362, 1364; andere Ansicht unter anderem *Lorenz*, NJW 1998, 2937, 2939; *Riehm*, JuS 2000, 138, 143.

49 Statt auf die Verbrauchereigenschaft des Schuldners wurde fortan auf die Überrumpelungsmöglichkeit des Bürgen abgestellt, vgl. BGHZ 165, 363, 367 f.; NJW 2007, 2110, 2111; anders beim Einsatz von Fernkommunikationsmitteln: BGH, DNotZ 2016, 609, 614 f.

50 BGHZ 227, 72. Eine erneute EuGH-Vorlage wurde nicht als nötig erachtet: vgl. BGHZ 227, 72, Rn. 30 f. Im Gesetzgebungsverfahren zum geltenden Recht wurde die Diskussion berücksichtigt, was gegen eine Regelungslücke spricht, vgl. *Schmidt-Kessel*, Verbraucherrechterichtlinie, S. 27. Die umstrittene Frage, ob diese Auslegung richtlinienkonform war (dagegen mit Nachdruck *Schmidt-Kessel*, Verbraucherrechterichtlinie, S. 28), wird damit wohl unentschieden bleiben.

51 So *Fritz*, NJW 2020, 3629, 3630 f.

52 BT-Drucks. 19/27653, S. 34 f.

Carl Heymanns Verlag



Leseprobe

dem Verbraucher zuteilwird:[53] Die Zahlung eines Preises oder die Bereitstellung von Daten. Die Bürgschaft ohne gesondertes Entgelt sollte damit den §§ 312 ff. BGB nicht mehr unterfallen, selbst wenn die Gestaltungshinweise zur Widerrufsbelehrung noch nicht angepasst wurden. Für die Praxis birgt eine trotz fehlender Anwendbarkeit erteilte Widerrufsbelehrung das Risiko, dass sich gerade aus der Belehrung ein (vertragliches) Widerrufsrecht ergibt.[54]

### 2. Verbraucher als Anbieter?

26 § 312b BGB ist unmittelbar auf Verträge anwendbar, bei denen der **Unternehmer die vertragscharakteristische Leistung** erbringt.[55] Unter Geltung der Fassung des § 312 Abs. 1 BGB vor Umsetzung der Modernisierungsrichtlinie (2019/216) war umstritten, ob bei umgekehrter Rollenverteilung eine analoge[56] oder direkte[57] Anwendung der Regeln über Außergeschäftsraumverträge möglich war. Durch die Neufassung von § 312 Abs. 1 und 1a BGB wird auch hier klarer, dass der Verbraucher gerade nicht die vertragstypische Leistung, sondern die Gegenleistung in Form einer Geldzahlung erbringt oder personenbezogene Daten bereitstellt. Verbraucher als Anbieter fallen somit aus dem Anwendungsbereich des Rechts der Außergeschäftsraumverträge heraus.

27 Auf **Geschäfte zwischen Verbrauchern** findet schon das ganze Richtlinienregime keine Anwendung, da hier keine grundsätzliche Verhandlungsasymmetrie vorliegt.

## II. Außergeschäftsraumsituation

28 Der Verbrauchervertrag muss in einer Außergeschäftsraumsituation geschlossen worden sein. § 312b Abs. 1 BGB nennt hierfür **vier verschiedene Situationen**, die teilweise auf den Ort der Bindung des Verbrauchers und teilweise auf weitere Rahmenbedingungen abstellen. Kern ist jeweils eine Situation außerhalb der typischen Geschäftsräume des Unternehmers und eine gleichzeitige persönliche Anwesenheit der für die Parteien handelnden Personen. § 312b Abs. 1 BGB erfasst dabei grundsätzlich auch Vergleichsschlüsse zwischen Unternehmer und Verbraucher, die insoweit einer besonderen Betrachtung bedürfen.

### 1. Begriff des Geschäftsraums, § 312b Abs. 2 Satz 1 BGB

29 Geschäftsräume im Sinne von § 312b BGB sind nach dessen Abs. 2 unbewegliche **Gewerberäume**, in denen der Unternehmer seine Tätigkeit **dauerhaft ausübt** und bewegliche Gewerberäume, in denen der Unternehmer seine Tätigkeit für gewöhnlich ausübt.[58] Maßgeblich ist dabei, ob objektiv bzw. für einen verständigen Verbraucher ersichtlich ist, dass der Raum zumindest auch für Geschäfte genutzt wird.[59] Nutzt der Unternehmer dauerhaft einen Geschäftsraum, der aus Verbrauchersicht allerdings nicht als solcher erkennbar ist, kann es auch hier zu einer Außergeschäftsraumsituation kommen.[60]

---

53 Vorher wurde unter Verweis des Bezugs der Bürgschaft zum Hauptgeschäft in der Literatur weiterhin für ein weites Verständnis geworben, wobei diese Argumentation in der Rechtsprechung bereits 2006 aufgegeben wurde, vgl. BGHZ 165, 363, 367 f.; *Tiedemann/Brix-Neve*, BKR 2020, 412, 415 f.; ergänzt um die Abstraktheit und Doppelcausa der Bürgschaft: *Leitmeier*, VuR 2021, 92, 94 f.

54 So der 3. Zivilsenat des BGH, NJW 2019, 356, 357; anders der 11. Senat: BGH, NJW 2019, 1739, 1741; NJW-RR 2018, 563, 564; BGHZ 211, 105; *Thode*, jurisPR-BGHZivilR 5/2021 Anm. 3.

55 S. oben unter Rdn. 22 f.

56 BT-Drucks. 17/12637, S. 45; BT-Drucks. 17/13951, S. 72; BR-Drucks. 817/12, S. 73; MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312 Rn. 28, für Bürgschaftsverträge Rn. 34 f.

57 BeckOGK-BGB/*Busch*, § 312 Rn. 13 f.; HK-BGB/*Schulte-Nölke*, § 312 Rn. 4; *Maume*, NJW 2016, 1041, 1043.

58 Die Einschränkung betrifft Fälle nicht dauerhafter oder gewöhnlicher Tätigkeit, vgl. Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 8.

59 OLG Nürnberg, NJW-RR 2018, 1390, 1396.

60 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 13.



Carl Heymanns Verlag

30 **Bewegliche Geschäftsräume** sind unter anderem Markt- und Messestände, sofern sie sich in den Gesamtcharakter der Messe einfügen.[61] Dann schadet auch nicht, dass der Stand regelmäßig in einer Halle steht.[62] Bei einem Messebesuch wird mit einbezogen, ob die Messe die Messe einen überwiegend informativen bzw. unterhaltenden Charakter hat oder ob auch Verkaufsstände erwartet werden können.[63] Weiterhin stellt sich die Frage, ob der Vertragsgegenstand ein messetypisches Produkt darstellt oder in dieser Hinsicht ein Überrumpelungseffekt für den Verbraucher angenommen werden kann.[64] Nicht als bewegliche Geschäftsräume einzuordnen sind Bauchläden und ähnliche mobile Aufbewahrungsgefäße sowie Warenauslagen am Straßenrand.[65] Ein Bauchladen erfüllt nämlich nicht einmal ein Minimum an Umschlossenheit[66] und tritt hinter den benutzenden Unternehmer zurück.[67] Entsprechend werden dortige Verträge außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen. Bewegt sich der Unternehmer mit seinem dauerhaft genutzten mobilen Geschäftsraum auf den Verbraucher zu, so ist eine analoge Anwendung geboten.[68]

31 Auch **saisonale, unbewegliche Verkaufsstätten**, z.B. touristischer Art, werden als Geschäftsräume angesehen, wenn der Unternehmer dort für gewöhnlich seine Tätigkeit ausübt.[69] Übt der Unternehmer dagegen seine Tätigkeit an einem Ort nur ausnahmsweise aus, handelt es sich nicht um einen Geschäftsraum i.S.d. § 312b Abs. 2 Satz 1 BGB. Das gilt sowohl für den öffentlichen Raum als auch für Privatwohnungen oder Arbeitsplätze.[70]

32 Dies führt in einigen Fällen zu einem Wertungswiderspruch. So sei auch ein Vertragsschluss in einem offensichtlichen Büroraum, der sich in der **Privatwohnung** des Unternehmers befindet, in der Regel nicht überraschend.[71] Privatwohnungen sind nach der Richtlinie allerdings keine Geschäftsräume und § 312b BGB ist damit grundsätzlich auf dort geschlossene Verträge anwendbar. Systematisch[72] und historisch[73] gesehen, dürften damit vorwiegend Verbraucherprivatwohnungen (also auch dortige Tätigkeiten von Handwerkern, Immobilienmaklern etc.) gemeint sein.[74] Auch wenn der Unternehmer zunächst vom Verbraucher in dessen Wohnung **bestellt** wurde, z.B. um Maße zu nehmen, liegt eine Außergeschäftsraumsituation vor, lediglich das Widerrufsrecht kann entfallen.[75]

33 Gleiches lässt sich auf **Arbeitsplätze** übertragen, wobei der Arbeitsplatz des Unternehmers oft ohnehin sein Geschäftsraum sein wird.[76] Ebenso scheint es unbillig, das Widerrufsrecht für auf einer Messe geschlossene Kaufverträge von der tatsächlichen gewöhnlichen Vertriebsform abhängig zu machen. Ist der Unternehmer für gewöhnlich nur auf Messen tätig, entfielen die Schutzinstrumente des § 312b BGB. Wenn man annimmt, dass der Betreiber des nächsten Messestands zusätzlich ein Ladengeschäft führt, herrscht an seinem Stand wiederum regelmäßig eine Außergeschäftsraumsituation. Eine unterschiedliche Behandlung bei identischen äußeren Umständen wird dem

61 ErwG 22 RL 2011/83/EU; BGH, NJW-RR 2019, 753, 754 f., insb. Rn. 19 f. und 25 f.
62 BGH, GRUR 2017, 934, 935.
63 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 14; *Klocke*, EuZW 2016, 411, 414.
64 BGH, GRUR 2017, 934, 936; OLG Zweibrücken, ZfBR 2020, 263, 264; Staudinger/*Thüsing*, § 312b Rn. 13; *Brinkmann/Ludwigkeit*, NJW 2014, 3270, 3271 f.
65 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 20; *Grundmann*, JZ 2013, 53, 56.
66 Vgl. MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 16; Staudinger/*Thüsing*, § 312b Rn. 9.
67 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 20.
68 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 14.
69 ErwG 22 RL 2011/83/EU.
70 ErwG 22 RL 2011/83/EU.
71 *Brinkmann/Ludwigkeit*, NJW 2014, 3270, 3271.
72 Vgl. ErwG 21 RL 2011/83/EU.
73 S. o. unter Rdn. 2 f.
74 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 18; Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 7.
75 ErwG 21 RL 2011/83/EU; MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 8; Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 5; zur Bestellung für Reparaturarbeiten s. Rdn. 134.
76 *Brinkmann/Ludwigkeit*, NJW 2014, 3270, 3271.

Carl Heymanns Verlag



Leseprobe

Verbraucherschutz nicht gerecht.[77] Statt einer unternehmerorientierten Betrachtung, ist daher die Sicht deines durchschnittlichen Verbrauchers[78] maßgeblich.[79]

Folglich ist, zusätzlich zu einer objektiven Bewertung der Geschäftsraumeigenschaft, eine **wertende Gesamtbetrachtung** des Überraschungspotenzials der Situation erforderlich.[80] 34

Eingeschränkt geeignet ist dafür die objektive Feststellung der **Bewegungsrichtung von Unternehmer und Verbraucher**.[81] So ordnete der BGH einen Besuch des Verbrauchers in der Privatwohnung des Unternehmers als Außergeschäftsraumsituation ein, wenn der Verbraucher die Wohnung ohne konkrete Absichten betreten hat. War schon der Zweck des Besuchs ein Vertragsschluss, so ist kein Überraschungsmoment und damit auch kein Außergeschäftsraumvertrag anzunehmen.[82] Anders ist die Situation bei **Verkaufspartys** etwa für Haushaltsgegenstände oder Schmuck in privaten Wohnungen zu bewerten. Selbst wenn der Verbraucher eine Verkaufsparty mit der Intention besucht, Waren zu erwerben, ergibt sich aus der unbeschwerten Atmosphäre eine besondere Schutzbedürftigkeit.[83] 35

Auch hinsichtlich des Vertragsschlusses **an der Öffentlichkeit zugänglichen Orten** ist eine differenzierte Betrachtung notwendig. Gemäß Erwägungsgrund 22 der Richtlinie herrscht auf Straßen, in Einkaufszentren, an Stränden, Sportanlagen und in öffentlichen Verkehrsmitteln eine Außergeschäftsraumsituation, sofern der Unternehmer seine Tätigkeit hier nicht für gewöhnlich ausübt und ein Geschäftsraum erkennbar ist. Mit dem Ort sachlich zusammenhängende Verträge wie Reiseverpflegung im Verkehrsmittel oder die Nutzung der Infrastruktur eines Einkaufszentrums sollen auch dann als Geschäftsraum gelten, wenn die Nutzung durch den konkreten Unternehmer nur vorübergehend erfolgt.[84] Branchenfremde Geschäfte im öffentlichen Raum finden hingegen unstreitig außerhalb von Geschäftsräumen statt.[85] Liegt ein entsprechender Überraschungsmoment bzw. eine Drucksituation vor, sollte selbst auf branchenfremde Geschäfte innerhalb von Geschäftsräumen § 312b BGB analog Anwendung finden.[86] 36

### 2. Entlastung durch Zurechnung von Geschäftsräumen, § 312b Abs. 2 Satz 2 BGB

Für die Fälle des § 312b Abs. 1 Satz 2 BGB, in denen eine **Person im Namen oder Auftrag des Unternehmers** handelt, gilt: Die Gewerberäume, in denen diese Person ihre Tätigkeit dauerhaft oder für gewöhnlich ausübt, stehen Räumen des Unternehmers gleich (§ 312b Abs. 2 Satz 2 BGB). Dies entlastet den Unternehmer, weil auch dort geschlossene Verträge nicht den Schutzinstrumenten für Außergeschäftsraumverträge unterliegen. 37

77 EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-485/17, Rn. 43 ff.; BGH, GRUR 2017, 934, 935 f.
78 Vgl. EuGH, Urt. v. 30.04.2014 – C-26/13, Rn. 74 – Kásler und Káslerné Rábai; Urt. v. 26.10.2016 – C-611/14, Rn. 39 – Canal Digital Danmark; Urt. v. 20.09.2017 – C-186/16, Rn. 47 – Andriciuc u. a.
79 EuGH, Urt. v. 07.08.2018, C-485/17, Rn. 43 f.; BGH, GRUR 2017, 934, 936.
80 EuGH, Urt. v. 07.08.2018 – C-485/17, Rn. 45 f.; zu § 312a BGB a.F.: BT-Drucks. 17/12637, S. 50.
81 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 12; *Brinkmann/Ludwigkeit*, NJW 2014, 3270, 3271.
82 BGH, NJW 2006, 845, 846; zu § 1 Abs. 1 Nr. 1 HWiG: BGH, NJW 2000, 3498, 3499.
83 ErwG 21 RL 2011/83/EU; MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 18.
84 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 19, 21.
85 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 19.
86 *Wendehorst* klassifiziert bereits den Verkauf von im weiteren Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit stehenden Produkten wie elektrischen Mundpflegesystemen in einer Zahnarztpraxis als überraschend, erst recht soll das Angebot von Gemälden im Behandlungsraum eine entsprechende Drucksituation erwirken. Nicht mehr überraschend sei dagegen der Verkauf teurer Elektrogeräte in Supermärkten, zudem könne der Verbraucher sich hier leichter entfernen. Einen weiteren Fall stellt das Inflight Shopping dar, dass zwar marktüblich und nicht überraschend sei, der Verbraucher könne sich der Situation allerdings nicht entziehen, s. MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 22 ff.


Carl Heymanns Verlag

38 **Geschäftsräume unbeteiligter Unternehmer** wie Restaurants sind davon nicht erfasst, dort ist eine Außergeschäftsraumsituation zu bejahen.[87] Schon keine Geschäftsräume sind öffentlich zugängliche Flächen (z.B. Parkplätze) eines unbeteiligten Unternehmers.[88]

### 3. Gleichzeitige körperliche Anwesenheit und Zurechnung

39 Das ausdrückliche[89] Erfordernis der gleichzeitigen körperlichen Anwesenheit (§ 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB) grenzt die Außergeschäftsraumverträge von Fernabsatzverträgen (§ 312c BGB) ab.[90] Genauer gesagt müssen die Personen sich dabei **in Sicht- und Hörweite** befinden.[91]

40 Gemäß § 312b Abs. 1 Satz 2 BGB reicht dabei die Anwesenheit einer Person, die **im Namen oder Auftrag des Unternehmers** handelt. Das gilt für Stellvertreter (Alt. 1) unter dem Vorbehalt, dass die Voraussetzungen aus §§ 164 ff. BGB vorliegen.[92] Auch das Handeln bzw. die Anwesenheit mittelbarer Stellvertreter (Alt. 2), wie Handelsvertretern, Maklern, Sammelbestellern, Mitgesellschaftern, Partyverkäufern, Freunden, Angehörigen und Kollegen des Unternehmers können zugerechnet werden.[93]

41 Auch **auf Seiten des Verbrauchers** ist eine **Stellvertretung** für einen Außergeschäftsraumvertrag nach den §§ 164 ff. BGB möglich. Da der Verbraucher selbst dann nicht mehr Teil einer Außergeschäftsraumsituation ist, ist hierbei auf den Stellvertreter abzustellen.[94] Der Stellvertreter muss aber selbst nicht Verbraucher sein, sondern sich lediglich in einer der unten genannten Situationen befunden haben.[95] Relevant ist das insbesondere für Vormünder, Pfleger oder Betreuer, die ihre Ämter professionell ausüben oder auch für beruflich agierende Anwälte oder Architekten. Nicht entscheidend für den betrachteten Vertrag ist, ob die Vollmacht dem Stellvertreter in einer Außergeschäftsraumsituation erteilt wurde.[96] In Konstellationen der Gesamtschuld, Gesamtgläubigerschaft oder der Schlüsselgewalt (§ 1357 BGB)[97] genügt die Anwesenheit von einer Person pro Vertragspartei.[98]

42 Die **Kenntnis des Unternehmers** war schon für das Vorliegen eines Haustürgeschäfts **nicht entscheidend**. Handelt ein Dritter, für Rechnung, aber ohne Veranlassung des Unternehmers, so wird dies dem Unternehmer zugerechnet.[99] Einschränkungen dessen ergeben sich, wenn der Dritte dem Verbraucher gar keine explizite Empfehlung für den Unternehmer ausgesprochen hat.[100] Dem

87 Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 16; zu dieser Frage kommt es selbstverständlich erst gar nicht, wenn der am Vertrag beteiligte Unternehmer einen Geschäftsraum innerhalb dieses Geschäftsraums betreibt (»Shop-in-a-shop«), vgl. MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 28.

88 ErwG 22 RL 2011/83/EU.

89 Nach der alten Rechtslage ergab sich das Erfordernis aus der logischen Abgrenzung zum Fernabsatzrecht, vgl. MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 36.

90 Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 17.

91 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 36; Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 17.

92 Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 39.

93 BeckOK-BGB/*Maume*, § 312b Rn. 25; Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 39, 42.

94 Zu § 312 Abs. 1 S 1 a.F. [bis 12.06.2014]: BGH, NJW 2004, 154, 155; BGHZ 144, 223 = BGH, NJW 2000, 2268, 2269 f.; BGH, NJW-RR 1991, 1074, 1075; zum neuen Recht: Erman/*Koch*, § 312b Rn. 8; Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 43.

95 Wie hier Erman/*Koch*, § 312b Rn. 7; anders (und ausführlich zu verschiedenen Fällen des *falsus procurator*) Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 43, 47 ff.

96 Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 46.

97 S. auch Rdn. 100, 104 und Kap. 15 Rdn. 61 ff.

98 Vgl. MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 37; Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 56.

99 EuGH, Urt. v. 25.10.2005 – C-229/04, Rn. 41 ff.; Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 40.; *Schwab/Hromek*, JZ 2015, 271, 275.

100 Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 40; vgl. zu § 312 Abs. 1 a.F. [bis 12.06.2014]: BGH, NJW 2004, 154, 155; BGHZ 144, 223.

Carl Heymanns Verlag



Leseprobe

Unternehmer sind Handlungen eines vom Verbraucher beauftragten Dritten zuzurechnen, wenn dieser zugleich im objektiven Interesse des Unternehmers handelte.[101]

### 4. Besonderer Fall: Vergleichsschlüsse

43 Es ist umstritten, inwiefern die §§ 312 ff. BGB auf einen Vertragsschluss vor Gericht, also vor allem den **Prozessvergleich**, anwendbar sind. Nach beiden vertretenen Ansichten ist der Gerichtssaal dem Unternehmer nicht als Geschäftsraum zurechenbar. Eine Außergeschäftsraumsituation liegt damit grundsätzlich vor, sodass Informationspflichten und Widerrufsrecht eingreifen. Nach einer vor allem im Schrifttum vertretenen Ansicht sollen – bei einer entsprechenden Belehrung durch den Richter – entsprechend § 312 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b) BGB jedoch **Informationspflichten** des Unternehmers sowie das Widerrufsrecht entfallen.[102] Richtigerweise **entfällt jedenfalls das Widerrufsrecht** entsprechend § 312 g Abs. 2 Nr. 13 BGB bei gerichtlicher Protokollierung analog einer notariellen Beurkundung, ohne dass es auf eine Belehrung nach § 312 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b) ankäme.[103]

44 Es stellt sich die Anschlussfrage, ob der **Verbraucher** für eine grundsätzliche Anwendung der § 312b ff. BGB **persönlich vor Gericht** erschienen sein muss **oder** ob die **Anwesenheit eines Prozessvertreters**, der wohl meistens Unternehmer ist, ausreicht. Während vertreten wird, dass der Verbraucher 46 zwar nicht selbst die Willenserklärung abgeben muss, aber körperlich anwesend sein muss,[104] so scheint dieses Anwesenheitskriterium auch im Sinne des Normzwecks wenig zielführend.[105] Zumal anerkannt wird, dass Fachkenntnisse eines Prozessvertreters nur zulasten eines Vermieters anzurechnen sind.[106]

45 Umstritten ist auch die Behandlung von Vertrags- und insbesondere **Vergleichsschlüssen in Anwaltskanzleien**. Der Geschäftsraum »Kanzlei« ist dem Unternehmer grundsätzlich zuzurechnen, sobald der Anwalt im Namen oder »für Rechnung« des Unternehmers handelt.[107] § 312b BGB ist dann analog anzuwenden, wenn die Situation (gleich den branchenfremden Verträgen) überraschend oder mit psychischem Druck verbunden ist.[108] Anders gestaltet es sich beim Vertragsschluss in einem Notariat: Notariell beurkundete Verbraucherverträge sind nach der Entscheidung des Gesetzgebers – ggf. unter den Belehrungsvoraussetzungen des § 312 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b) BGB – keine Außergeschäftsraumverträge, da der Notar im Gegensatz zum Anwalt nicht nur im Interesse einer Partei handelt.[109]

## III. Vertragsschluss als Folge der Situation

§ 312b Abs. 1 Satz 1 BGB nennt abschließend **vier verschiedene Außergeschäftsraumsituationen**.[110] Liegt eine dieser Situationen vor, steht der Verbraucher möglicherweise physisch unter

101 BGH, NJW 2008, 3423, 3424; OLG Köln, Beschl. v. 13.04.2015 – 19 U 134/14, BeckRS 2016, 1996, Rn. 26 ff.; BeckOK-BGB/*Maume*, § 312b Rn. 27.

102 Blank/Börstinghaus/*Blank/Börstinghaus*, § 535 BGB Rn. 135; *Hau*, NZM 2015, 435, 440.

103 Unter Verweis auf § 127a BGB: AG Hanau, WuM 2015, 543, 544; *Hinz*, WuM 2016, 76, 86; *Kunze/Kroll*, MietRB 2016, 329, 336; *Rolfs/Möller*, NJW 2017, 3275, 3277.

104 *Mediger*, NZM 2015, 185, 189.

105 LG Rostock, Urt. v. 16.02.2007 – 4 O 322/06, BeckRS 2007, 4271; *Hau*, NZM 2015, 435, 440.

106 *Mediger*, NZM 2015, 185, 189.

107 ErwG 22 RL 2011/83/EU; BeckOK-BGB/*Maume* Rn. 25, Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 39; einschränkend: *Hohlweger/Ehmann*, GWR 2014, 211, 212; *Wendehorst*, NJW 2014, 581 Fn. 41.

108 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 31; für das grundsätzliche Vorliegen einer Außergeschäftsraumsituation: *Hohlweger/Ehmann*, GWR 2014, 211, 212.

109 Vgl. § 312 Abs. 2 Nr. 1 BGB; *Schmidt-Kessel,* Verbraucherrechterichtlinie, S. 21; BeckOK-BGB/*Maume*, § 312b Rn. 26; *Schmidt-Kessel/Sorgenfrei*, GPR 2013, 242, 251; einschränkend: MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 33; *Hohlweger/Ehmann*, GWR 2014, 211, 212.

110 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 10.



Carl Heymanns Verlag

Druck oder ist einem **Überraschungsmoment** ausgesetzt.[111] Durch die weite Ausgestaltung des Tatbestands ist eine extensive Auslegung oder analoge Anwendung selten nötig. Grundsätzlich ist dies aber möglich, sofern davon keine vollharmonisierten Bereiche des Vertragsrechts beeinträchtigt werden.[112]

### 1. Allgemeines Kausalitätserfordernis?

47 Die frühere Definition des Haustürgeschäfts (§ 312 BGB a.F.) erforderte einen **Ursachenzusammenhang** zwischen der Überforderung durch die Haustürsituation und der Abgabe der Willenserklärung des Verbrauchers.[113]

48 Der Wortlaut des § 312b BGB verzichtet auf eine solches Tatbestandsmerkmal, ein **Kausalitätserfordernis besteht** also **nicht**.[114] Vielmehr liegt das Augenmerk nun endgültig auf der für den Verbraucher abstrakt gefährlichen Situation.[115]

### 2. Grundfall: Vollständiger Vertragsschluss in der Außergeschäftsraumsituation, § 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB

49 In Fällen, in denen der Vertrag in einer **Außergeschäftsraumsituation**[116] geschlossen wird, liegen die Voraussetzungen des § 312b Abs. 1 Nr. 1 BGB vor. Vorverhandlungen müssen nicht zwingend außerhalb von Geschäftsräumen stattfinden, maßgeblich sind die **Vertragsanbahnung** und schließlich die **Abgabe der** zum Vertragsschluss führenden **Willenserklärungen** und gegebenenfalls deren Zugang oder Wirksamkeitsbedingungen.[117] Unerheblich ist dabei auch, ob der Verbraucher bereits früher Verträge mit dem Unternehmer eingegangen ist.[118] Letzteres ist nicht immer hilfreich, weil auch unpassende Situationen – im Schrifttum wird u.a. auf die Mandatierung des Verteidigers in der Untersuchungshaft verwiesen[119] – in den Anwendungsbereich einbezogen werden. Für die gleichfalls genannten Vertragsschlüsse des Bauherrn auf der Baustelle[120] besteht hingegen vielfach eine Überrumpelungsgefahr, wie die Nachtragsregelungen der §§ 650b ff. BGB verdeutlichen.

### 3. Zum Vertragsschluss führendes Angebot des Verbrauchers in der Außergeschäftsraumsituation, § 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB

50 Gibt der Verbraucher sein **Angebot in einer Außergeschäftsraumsituation** in persönlicher Anwesenheit des Unternehmers oder eines Vertreters ab, handelt es sich um einen Fall des § 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB. Der Gesetzeswortlaut enthält dabei keine Anhaltspunkte für eine enge Auslegung des Begriffs »Angebot«.[121] Solange die entsprechende Willenserklärung in den Augen des Verbrauchers zu einer Bindung führen kann, fallen auch »freibleibende« Angebote und *invitationes ad offerendum* unter den Tatbestand.[122] Davon abzugrenzen sind rein unverbindliche Anfragen zur Verfügbarkeit eines Gegenstands.[123] Angebote, die unter einer Bedingung stehen oder zunächst auf

111 ErwG 21 RL 2011/83/EU.
112 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 10.
113 Vgl. BGH, NJW 2009, 431, 432; NJW 2006, 3349, 3350; BGHZ 131, 385.
114 LG Köln, Urt. v. 23.09.2016 – 7 O 396/15, Rn. 17; Jauernig/*Stadler*, § 312b BGB Rn. 14; *Brönneke/Schmidt*, VuR 2014, 3, 4; *Maume*, NJW 2016, 1041, 1044. A.A. PWW/*Stürner*, § 312b Rn. 19 für Fälle des § 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BGB.
115 *Maume*, NJW 2016, 1041, 1044.
116 S. oben unter Rdn. 28 ff.
117 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 35.
118 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 8.
119 MüKo-BGB/Wendehorst, § 312b Rn. 8 a.E.
120 MüKo-BGB/Wendehorst, § 312b Rn. 8 a.E.
121 Anhaltspunkte ergeben sich allerdings aus BT-Drucks. 17/12637, S. 49.
122 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 40.
123 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 40.

Carl Heymanns Verlag



Leseprobe

den Abschluss eines Vorvertrages gerichtet sind, werden im Gegensatz zu nichtigen Willenserklärungen von § 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB erfasst.[124]

51 Die zum Vertragsschluss führende **Annahme des Unternehmers** kann entweder außerhalb oder innerhalb von Geschäftsräumen erfolgen.[125]

52 In Fällen von **Freundschaftswerbung** oder Sammelbestellungen im Bereich des Versandhandels kann es zu einer Überschneidung der Anwendungsbereiche von § 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB und § 312c BGB kommen. Hier ist dann eine **kumulative Anwendung** mit der Folge zusätzlicher Schutzinstrumente zu befürworten.[126]

### 4. Persönliches und individuelles Ansprechen des Verbrauchers, § 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BGB

53 Weiterhin liegt ein Außergeschäftsraumvertrag vor, wenn der Verbraucher außerhalb von Geschäftsräumen persönlich und individuell angesprochen wurde, woraufhin ein Vertrag geschlossen wird. Der Vertragsschluss an sich kann außerhalb (dann ist eventuell bereits Nr. 1 oder 2 einschlägig) oder innerhalb von Geschäftsräumen oder mittels eines Fernkommunikationsmittels[127] geschehen. Zeitlich muss die **Ansprache** dabei **unmittelbar vor** dem **Vertragsschluss** liegen. Ein zeitlicher Abstand würde dazu führen, dass der Verbraucher sich nicht mehr in einer psychischen Drucksituation befände und damit nicht mehr besonders schutzwürdig wäre.[128]

54 Der Wortlaut von Nr. 3 spricht dafür, dass die **Gesprächsinitiative** vom Unternehmer ausgehen muss. Wenn der Vertrag in einer Situation nach Nr. 3 zunächst nicht geschlossen wird und der Verbraucher zu einem späteren Zeitpunkt aus freien Stücken zurückkehrt, könnte man also bereits das Merkmal der Ansprache ablehnen. Schon der Umsetzungsleitfaden zur Richtlinie befürwortet in solchen Situationen eine Entscheidung anhand des zeitlichen Zusammenhangs.[129] Bereits nach einer Bedenkzeit von mehreren Stunden können ein unmittelbarer zeitlicher Zusammenhang und damit eine Drucksituation nicht mehr angenommen werden.[130] Eine Ausnahme kann aufgrund eines räumlichen Zusammenhangs bestehen, wenn sie der Verbraucher die gesamte Zeit in Sichtweite des Unternehmers befand.[131]

55 Eine **namentliche Nennung** des Verbrauchers ist **nicht erforderlich**, die Ansprache muss lediglich geeignet sein, eine unmittelbare Reaktion beim Verbraucher hervorzurufen. Überraschend muss das Ansprechen dagegen nicht sein.[132] Schon keine Ansprache stellt die **Ausgabe von Werbeflyern** an die Allgemeinheit dar,[133] während es bei Marktschreiern in der Regel an den Merkmalen »persönlich« und »individuell« fehlt.[134]

---

124 Die Anfechtbarkeit des Angebots schadet hingegen nicht, s. BeckOK-BGB/*Maume*, § 312b Rn. 16 f.; Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 21.

125 BT-Drucks. 17/12637, S. 49; Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 19.

126 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 39; für eine teleologische Reduktion des Anwendungsbereichs von § 312b BGB: BeckOGK-BGB/*Busch*, § 312b Rn. 17.1.

127 S. dazu unten unter Rdn. 73.

128 ErwG 21 RL 2011/83/EU.

129 Europäische Kommission, Leitfaden der GD Justiz zur Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher, Juni 2014, S. 19.

130 Eine konkrete Grenze gibt es bisher nicht, der enge Zusammenhang entfällt zwischen mehreren Minuten (vgl. HK-BGB/*Schulte-Nölke*, § 312b Rn. 7), mehreren Stunden (vgl. *Hilbig-Lugani,* ZJS 2013, 441, 448) und einem Tag (vgl. MüKoBGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 48).

131 Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 28.

132 Ein Überraschungsmoment war für das Widerrufsrecht bei »Haustürgeschäften« nach § 312 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BGB a.F. nötig.

133 Europäische Kommission, Leitfaden der GD Justiz zur Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher, Juni 2014, S. 19; BT-Drucks. 17/12637, S. 49.

134 Jauernig/*Stadler*, § 312b BGB Rn. 13.



Carl Heymanns Verlag

56 Analog ist § 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BGB anzuwenden, wenn sich der **Unternehmer innerhalb** und der **Verbraucher außerhalb** eines Geschäftsraums befindet. Erfasst sind sowohl Fälle, in denen der Unternehmer den Verbraucher zu seinem Geschäftsraum ruft, als auch solche, in denen der Unternehmer sich mit seinem beweglichen Geschäftsraum auf den Verbraucher zu bewegt. Das gilt mit der Einschränkung, dass die Gesprächsinitiative vom Unternehmer ausgeht.[135]

57 Die analoge Anwendung kommt ebenfalls in Frage, wenn die **persönliche und individuelle Ansprache über** ein **elektronisches Medium** geschieht und dadurch psychischer Druck auf den Verbraucher ausgeübt wird.[136] Wie schon beim Versandhandel kann es dabei zu Überschneidungen mit dem Fernabsatzrecht mit der Folge einer kumulativen Anwendung kommen.[137]

### 5. Vom Unternehmer organisierter Verkaufsausflug, § 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BGB

58 Die vierte mögliche Außergeschäftsraumsituation ist der vom Unternehmer organisierte Verkaufsausflug. Dabei ist § 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BGB nur in Fällen **relevant**, in denen der **Vertrag** während oder gegen Ende des Ausflugs **in Geschäftsräumen** erfolgt, da sonst in der Regel bereits Nr. 1 einschlägig ist.

59 Regelungszweck ist die **unbeschwerte Atmosphäre**, die mit einem solchen Ausflug geschaffen wird. Diese erschwert es dem Verbraucher möglicherweise, einem Vertragsschluss (auch räumlich)[138] aus dem Weg zu gehen. Die Anwesenheit weiterer Personen verstärkt diesen Effekt unter Umständen.

60 Ein **Ausflug** erfordert grundsätzlich einen tatsächlichen Aufenthalt außerhalb von Geschäftsräumen mit einer **organisierter Fortbewegungsmöglichkeit** (z.B. gemeinsame Anreise) und einen damit einhergehenden **Freizeitcharakter**.[139] Als Beispiele können **Kaffeefahrten**, Fahrten zu Sportereignissen oder eine Weinprobe genannt werden.[140] Nicht nur der reinen Unterhaltung dienende Ausflüge werden erfasst, auch solche, die Bildung oder die Ausübung eines Ehrenamts zum Zweck haben.[141] Die Bezeichnung der Veranstaltung ist ein Indiz für die Einordnung in § 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BGB, entscheidender ist aber, dass der Zweck des Geschäftsabschlusses tatsächlich in den Hintergrund rückt.[142] Überwiegt der Freizeitcharakter bei einem Ausflug zu den Geschäftsräumen des Unternehmers, ist der Tatbestand von Nr. 4 daher ebenso erfüllt.[143] Insofern ist der Wortlaut spezifischer als »Freizeitveranstaltungen« in § 312 BGB a.F. Damit ist klar, dass beispielsweise eine **Fitnessstudio**-Mitgliedschaft, die nach einem Probetraining noch vor Ort aufgenommen wird, nicht nach § 312 g Abs. 1 BGB widerrufen werden kann.[144]

61 Der Ausflug an sich muss nicht allein vom Unternehmer veranstaltet werden. **Veranstalter** kann auch ein Dritter sein, der die Werbe- und Verkaufsabsichten des Unternehmers[145] kennt und zumindest duldet.[146] Der Tatbestand wird nur erfüllt, wenn sowohl der Dritte als auch der Unternehmer **einverständlich zusammenwirken**, ein gegenseitiger Verweis auf die Leistung des anderen reicht demnach nicht aus.[147] Der Dritte muss dabei weder einen wirtschaftlichen Vorteil erstreben,

135 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 46.
136 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 46.
137 S. oben unter Rdn. 52.
138 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 49.
139 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 49.
140 Jauernig/*Stadler*, § 312b BGB Rn. 14.
141 HK-BGB/*Schulte-Nölke*, § 312b Rn. 8; Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 33.
142 OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 1269; Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 37.
143 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 50 f.; HK-BGB/*Schulte-Nölke*, § 312b Rn. 8.
144 BeckOK-BGB/*Maume*, § 312b Rn. 21; *Schwab/Hromek*, JZ 2015, 271, 277.
145 Diese stehen in einem Finalzusammenhang zu Ausflugsorganisation, Erman/*Koch*, § 312b Rn. 24; Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 35.
146 BGH, NJW-RR 1991, 1524, 1525; geduldete Verkaufstätigkeiten einschränkend auf Fälle, in denen der Ausflug zumindest einen konkreten Zielort hatte: Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 38.
147 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 54 f.

Carl Heymanns Verlag



Leseprobe

noch erlangen.[148] Die Zusammenarbeit zwischen dem Dritten und dem Unternehmer muss insgesamt jedoch zumindest den Zweck eines Vertragsschlusses zwischen Unternehmer und Verbraucher haben.[149] Umgekehrt schadet es aber auch nicht, dass der Verbraucher die Werbeabsichten kennt – es kann sich dennoch eine psychische Drucksituation ergeben.[150]

62 Vom Anwendungsbereich ausgenommen sind für einen Ausflug typische oder sogar zwangsläufig damit verbundene Verträge, wie der Kauf von **Eintritts- oder Fahrkarten zum Ausflugsziel** sowie eventueller **Verpflegung** vor Ort.[151] Auf Ausflüge deutscher Touristen ins Ausland ist § 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BGB i.d.R. nach Maßgabe des Art. 6 Rom I-VO anwendbar.[152]

## IV. Schutzinstrumente

63 Bei Außergeschäftsraumverträgen wird ein effektiver Verbraucherschutz mittels **Informationspflichten** des Unternehmers, dem **Widerrufsrecht** des Verbrauchers und einem besonderen **Gerichtsstand** gewährt.

### 1. Allgemeine Schutzinstrumente

64–69 Liegt ein Außergeschäftsraumvertrag vor, ergeben sich für den Unternehmer **Informationspflichten**[153] und der Verbraucher erhält grundsätzlich ein **Widerrufsrecht**.[154]

### 2. Gerichtsstand für Außergeschäftsraumverträge, § 29c ZPO

65 Hintergrund von § 29c ZPO ist es, mögliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher von vornherein zu vermeiden.[155] Die Vorschrift enthält in § 29c Abs. 2 ZPO eine eigene, § 13 BGB jedoch entsprechende, **Verbraucherdefinition**.

66 Für **Klagen aus Außergeschäftsraumverträgen** ist das Gericht am Wohnsitz resp. am gewöhnlichen Aufenthalt des Verbrauchers örtlich zuständig (§ 29c Abs. 1 Satz 1 ZPO). Maßgeblich ist hierbei der Zeitpunkt der Klageerhebung.

67 Ist der **Verbraucher Beklagter**, ergibt sich aus § 29c Abs. 1 Satz 2 BGB eine **ausschließliche Zuständigkeit** dieses Gerichts.

68 Bei **Klagen des Verbrauchers** gegen den Unternehmer begründet § 29c Abs. 1 ZPO einen besonderen Gerichtsstand und damit eine zusätzliche Option für den Verbraucher. Daneben stehen ihm daher der allgemeine Gerichtsstand des Unternehmers sowie weitere besondere Gerichtsstände offen.

Die Gerichtstände nach § 29c ZPO sind grundsätzlich **zwingend**. Eine abweichende Gerichtsstandsvereinbarung ist jedoch ausnahmsweise zulässig, wenn der Verbraucher nach dem Vertragsschluss seinen Wohnsitz bzw. gewöhnlichen Aufenthalt ins Ausland verlegt hat oder sein gewöhnlicher Aufenthaltsort zum Zeitpunkt der Klage unbekannt ist (§ 29c Abs. 4 ZPO).

70 Die **Widerklage** kann gem. § 33 Abs. 1 ZPO am gleichen Gericht erhoben werden; § 33 Abs. 2 ZPO findet keine Anwendung (§ 29c Abs. 3 ZPO).

148 BeckOK-BGB/*Maume*, § 312b Rn. 23; BeckOGK-BGB/*Busch*, § 312b Rn. 25.
149 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 52, 54; Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 38; kein Erfordernis der Zusammenarbeit sieht Erman/*Koch*, § 312b BGB Rn. 23.
150 OLG Düsseldorf, NJW-RR 1996, 1269; Erman/*Koch*, § 312b Rn. 24; Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 37.
151 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312b Rn. 53.
152 Erman/*Koch*, § 312b Rn. 26.
153 S. unten unter Rdn. 122 ff. und *Rabbe/Gräbig*, Kap. 9.
154 S. unten unter Rdn. 128 ff. und *J. Schmidt/Trouvain*, Kap. 10.
155 BGH, VersR 2010, 642; BayObLG, BeckRS 2019, 7323 Rn. 19.



Carl Heymanns Verlag

## C. Fernabsatzvertrag, § 312c BGB

71 § 312c BGB schützt den Verbraucher bei Vertragsschlüssen in einer besonderen Ungewissheitssituation. Diese liegt bei Fernabsatzverträgen darin, dass der Vertragsgegenstand bzw. Vertragspartner **bei Vertragsschluss nicht physisch präsent** ist.

### I. Vertragsgegenstände

72 Während Fernabsatzverträge nach § 312b Abs. 1 BGB a.F. noch auf Verträge über Waren oder Dienstleistungen beschränkt waren, findet sich eine solche Einschränkung in § 312c BGB n.F. nicht mehr. Somit kann **jede Leistung** Vertragsgegenstand sein, die nicht in § 312 Abs. 2 und Abs. 7 BGB ausgeschlossen ist. Bei Verträgen über **Finanzdienstleistungen**, die mehrere im Zusammenhang stehende Vereinbarungen umfassen, ist § 312c BGB nur auf den ersten Vertragsschluss anwendbar (§ 312 Abs. 5 Satz 1 BGB).

### II. Vertragsschluss mittels Fernkommunikationsmitteln

73 Zentrale Voraussetzung von § 312c Abs. 1 BGB ist die **ausschließliche Verwendung von Fernkommunikationsmitteln bei Vertragsschluss**. Fernkommunikationsmittel sind alle Kommunikationsmittel, die einen Vertragsschluss oder eine Anbahnung desselben ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Parteien ermöglichen. Eine nicht abschließende Aufzählung in § 312c Abs. 2, Halbs. 2 BGB enthält dabei Briefe, Kataloge, Telefonanrufe,[156] Telekopien, E-Mails, SMS, Rundfunk und Telemedien.

74 Erfasst sind neben Formen des **elektronischen Geschäftsverkehrs** und des **klassischen Versandhandels** auch Internet-Auktionen[157] sowie Maklerverträge.[158]

75 Es muss dabei nicht durchgängig dasselbe **Kommunikationsmittel** für Vertragsanbahnung, Angebot und Annahme verwendet werden, solange es alles über Fernkommunikationsmittel erfolgt. Eine telefonische Vertragsanbahnung oder Terminvereinbarung mit darauffolgendem persönlichen Vertragsschluss genügt dem nicht, auch nicht, wenn die Vereinbarung im Gespräch nur noch konkretisiert wird.[159] Ein **persönlicher Kontakt nach Vertragsschluss** schadet der Einordnung als Fernabsatzvertrag selbstverständlich nicht.[160]

76 Erfolgt die **Anbahnung in** einem **persönlichen Gespräch an** und wird dann per Fernkommunikationsmittel geschlossen, kommt es für die Anwendbarkeit des § 312c Abs. 1 BGB darauf, wann alle vertragsrelevanten Informationen geklärt wurden. Falls das schon im Rahmen des persönlichen Kontakt passiert, ist § 312c Abs. 1 BGB nicht anwendbar, da die besondere Ungewissheitssituation entfällt.[161] Die Schwierigkeit liegt hierbei in der Abgrenzung zwischen der reinen Informationsbeschaffung vor Ort und den eigentlichen Vertragsverhandlungen, die bei Massengeschäften regelmäßig ohnehin entfallen.[162] Verstreicht zwischen dem persönlichen Kontakt und dem Vertragsschluss

156 Hieran ändert auch die Wertung des § 147 Abs. 1 Satz 2 BGB nichts: Staudinger/*Thüsing*, § 312c Rn. 27.
157 BGH, NJW 2005, 53, 54.
158 BGH, NJW 2017, 1024 Rn. 32; NJW-RR 2017, 368, 372 f.
159 ErwG 20 RL 2011/83/EU; eine Einschränkung des Fernabsatzrechts auf »typische Distanzgeschäfte« fordernd: MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312c Rn. 18; zur historisch gewachsenen Einbeziehung der Vertragsanbahnung: Staudinger/*Thüsing*, § 312c Rn. 29 ff.; anders bei vorheriger Massenwerbung des Anwalts: AG Offenbach, BeckRS 2013, 19026.
160 BGH, NJW 2017, 1024 Rn. 53; zum Einbezug von Anwalts- und Maklerverträgen in das Fernabsatzrecht nach § 312b BGB a.F.: BGH, NJW 2018, 690, 692; NJW-RR 2017, 368, 370; BeckOGK-BGB/*Busch*, § 312c Rn. 17.
161 ErwG 20 RL 2011/83/EU; OLG Hamburg, WM 2014, 1538 f.; Staudinger/*Thüsing*, § 312c Rn. 36.; *Föhlisch/Dyakova*, MMR 2013, 3, 4.
162 ErwG 20 RL 2011/83/EU; bei Inaugenscheinnahme vor Ort die Schutzwürdigkeit des Verbrauchers generell in Frage stellend: MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312c Rn. 22; *Buchmann*, K&R 2014, 369, 371.

Carl Heymanns Verlag



Leseprobe

so viel Zeit, dass unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls keinen naher zeitlicher Zusammenhang mehr gegeben ist, ist das Fernabsatzrecht wieder anwendbar.[163]

77 Die **Vertragserfüllung** muss nicht über Fernkommunikationsmittel erfolgen.[164] Erfolgt jedoch die Annahme insbesondere durch den Unternehmer erst unter Anwesenden – etwa bei **Bestellung zur Abholung** –, scheidet der Fernabsatzvertrag regelmäßig aus. Das gilt freilich richtigerweise dann nicht, wenn der Verbraucher bereits kraft seines Angebots gebunden ist.

78 Der Einsatz von **Stellvertretern, Verhandlungsgehilfen oder Boten** auf einer oder beiden Seiten führt per se nicht zu einem Fernabsatzvertrag.[165] Anders fällt die Bewertung aus, wenn diese Personen selbst durchgehend auf Fernkommunikationsmittel zurückgreifen.[166] Durchgehend bedeutet in diesem Fall wieder, dass Vertragsanbahnung, Angebot und Annahme über ein Fernkommunikationsmittel vonstattengehen. Die reine Kontaktherstellung noch vor der Vertragsanbahnung durch einen Vermittler, der kein Fernkommunikationsmittel nutzt, hat folglich keine Auswirkungen auf die Bewertung der Fernabsatzsituation.[167]

### III. Organisiertes Vertriebssystem

79 **Zusätzlich** muss der Unternehmer die personellen, sachlichen und organisatorischen Voraussetzungen geschaffen haben, um regelmäßig über Fernkommunikationsmittel Verträge zu schließen.[168] Erforderlich ist daher ein für den Fernabsatz organisiertes **Vertriebs- oder Dienstleistungssystem**, § 312c Abs. 1, Halbs. 2 BGB. Es kann dabei ein unternehmensspezifisches Vertriebssystem oder das eines Drittanbieters eingesetzt werden.[169] Insgesamt kommt es auf den tatsächlichen Einsatz eines Vertriebssystem an und es ist nicht nötig, dass der Unternehmer mit solchen Kommunikationskanälen wirbt.[170]

80 Nach § 312c Abs. 1, Halbs. 2 BGB liegt kein Fernabsatzvertrag vor, wenn der Unternehmer nachweist, dass er nicht über ein solches organisiertes Vertriebssystem verfügt.[171] Wird für den Verbraucher aber der **Anschein eines Fernabsatzsystems** erweckt, beispielsweise über die Bewerbung desselben oder durch Verweise auf entsprechende Bestellmöglichkeiten, so ist § 312c BGB anwendbar.[172]

81 Die **Anforderungen an** ein solches **Vertriebssystem** sind gering, aber wenig konkret.[173] Kein organisiertes Vertriebssystem begründen vereinzelte telefonische Vertragsschlüsse oder die Angabe von Waren und Kontaktdaten auf der Website.[174] Ebenso wenig ist die Einrichtung technischer Gegebenheiten, die sich theoretisch für den Fernabsatz eignen, aber auch zum sonstigen Betrieb erforderlich sind, ein organisiertes Vertriebssystem. Darunter fallen elektronische und analoge Postfächer sowie Telefon- und Faxanschlüsse.[175]

---

163 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312c Rn. 23; ein naher zeitlicher Zusammenhang wurde bei einem Abstand von eineinhalb Monaten verneint: AG Frankfurt am Main, MMR 2011, 804.
164 Staudinger/*Thüsing*, § 312c Rn. 38 f.; anders noch AG Wiesloch, BeckRS 2002, 3828, Rn. 5.
165 Erman/*Koch*, § 312b Rn. 12; ausführlicher zum Einsatz von Boten: Staudinger/*Thüsing*, § 312c Rn. 25 f.
166 BT-Drucks. 14/2658, S. 30; MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312c Rn. 15 f.; Staudinger/*Thüsing* (2013) § 312b a.F. Rn. 30.
167 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312c Rn. 15; wenig differenziert: BT-Drucks. 14/2658, S. 30.
168 Vgl. BT-Drucks. 14/2658, S. 30.
169 BGH, NJW 2017, 1024 Rn. 50 ff.; MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312c Rn. 24.
170 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312c Rn. 25.
171 BT-Drucks. 17/12637, S. 50; BGH, NJW 2019, 303, 304; NJW 2018, 690, 692; Erman/*Koch*, § 312c Rn. 9.
172 BT-Drucks. 14/2658, S. 31; BGH, NJW-RR 2017, 368, 372; HK-BGB/*Schulte-Nölke*, § 312c Rn. 6; Spindler/Schuster/*Schirmbacher*, § 312c Rn. 17.
173 BT-Drucks. 17/12637, S. 50; Staudinger/*Thüsing*, § 312c Rn. 44 ff.
174 ErwG 20 RL 2011/83/EU; BGH, NJW 2019, 303, 304; NJW 2018, 690, 691; Spindler/Schuster/*Schirmbacher*, § 312c Rn 15.
175 BGH, NJW 2018, 690, 691; Staudinger/*Thüsing*, § 312c Rn. 43; *Ernst*, NJW 2014, 817, 819 f.


Carl Heymanns Verlag

82 Der **Vertrieb** des Unternehmers muss **nicht ausschließlich über ein Fernabsatzsystem** erfolgen, es kommt auf das grundsätzliche Vorliegen des Vertriebssystems und dessen **Nutzung im konkreten Einzelfall** an.[176] Beschränkt sich das Vertriebssystem auf bestimmte Kommunikationsmittel (zum Beispiel elektronische Kommunikationskanäle), dann liegen einzelnen Bestellungen über ein anderes Fernkommunikationsmittel (wie über das Telefon) außerhalb des Wirkungsbereichs. In diesen vereinzelten Fällen ist dann kein Fernabsatzvertrag gegeben, obwohl der Unternehmer im Allgemeinen über ein Vertriebssystem verfügt.[177]

83 Ein **nachträglich eingerichtetes Vertriebssystem** hat auf bereits geschlossene Verträge keine Auswirkungen.[178]

84 Erfolgt der Vertragsschluss mittels eines Fernkommunikationsmittels bzw. im Rahmen eines Fernabsatzsystems, wird das Vorliegen eines Fernabsatzvertrags nach § 312c Abs. 1 BGB **widerleglich vermutet**. Die Beweislast für die Nutzung von Fernkommunikationsmitteln liegt beim Verbraucher, die Widerlegung des Vorliegens eines Fernabsatzsystems obliegt dem Unternehmer.[179]

## IV. Schutzinstrumente

85 Neben Informationspflichten des Unternehmers und einem Widerrufsrecht des Verbrauchers trifft den Unternehmer bei Fernabsatzverträgen eine Pflicht zur Bestätigung des Vertragsinhalts. Weitere Pflichten ergeben sich, wenn elektronische Fernkommunikationsmittel verwendet werden, insbesondere bei der Verwendung von Schaltflächen für den Bestellvorgang, ggf. für die Beendigung von Dauerschuldverhältnissen sowie beim Betrieb eines Online-Marktplatzes.

### 1. Allgemeine Schutzinstrumente

86 Das Vorliegen eines Fernabsatzvertrags führt zu Informationspflichten des Unternehmers (§§ 312, 312e BGB).[180] Der Verbraucher erhält unter Berücksichtigung des § 312 g BGB ein Widerrufsrecht.[181]

### 2. Bestätigung des Vertragsinhalts, § 312f Abs. 2 BGB

87 Der Unternehmer muss dem Verbraucher grundsätzlich innerhalb einer angemessenen Frist nach Vertragsschluss bzw. spätestens bei Leistung eine **Bestätigung des Vertragsinhalts** auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung stellen (§ 312f Abs. 2 Satz 1 BGB). Die Bestätigung muss alle Angaben nach Art. 246a EGBGB enthalten, soweit sie dem Verbraucher noch nicht vor Vertragsschluss (§ 312d Abs. 1 BGB) zur Verfügung gestellt wurden.

### 3. Pflichten im elektronischen Rechtsverkehr und Buttonlösung, §§ 312i, 312j BGB

88 **Zusätzliche Schutzinstrumente** enthalten §§ 312i, 312j BGB[182] für Fernabsatzverträge, die über elektronische Kommunikationsmittel geschlossen werden.

89 Vor der Bestellung muss dem Verbraucher Gelegenheit geboten werden, seine **Eingaben** auf Fehler zu **überprüfen** und gegebenenfalls abzuändern (§ 312i Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB). Andernfalls zählen fehlerhafte Angaben als falsche Übermittlung und sind somit nach § 120 BGB anfechtbar.

176 BT-Drucks. 14/2658, S. 30.
177 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312c Rn. 28; HK-BGB/*Schulte-Nölke*, § 312c Rn. 6; für eine Ausweitung auf den gesamten Betrieb: *Buchmann*, K&R 2014, 369, 371.
178 MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312c Rn. 28.
179 BT-Drucks. 17/12637, S. 50; MüKo-BGB/*Wendehorst*, § 312c Rn. 29 f.; Staudinger/*Thüsing*, § 312c BGB Rn. 2 und 51.
180 S unten Rdn. 122 ff.
181 S. unten Rdn. 128 ff.
182 Genauer dazu *Janal*, Kap. 12 Rdn. 62 ff.

Carl Heymanns Verlag



Leseprobe

Weiterhin ergeben sich zusätzliche Informationspflichten über technische Gegebenheiten aus § 312i Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB i.V.m. Art. 246c EGBGB. 90

Die Bestellung ist dem Verbraucher **unverzüglich** zu **bestätigen** (§ 312i Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BGB). Hinsichtlich der Unverzüglichkeit ist entsprechend der allgemeinen Zugangskriterien (§ 130 BGB) die gewöhnliche Abrufbarkeit und damit die Fiktion des Zugangs maßgeblich (§ 312i Abs. 1 Satz 2 BGB). Ob die Bestellbestätigung gleichzeitig die Annahmeerklärung darstellt, ist im Einzelfall zu prüfen.[183] 91

Nach § 312j Abs. 1 BGB ist bei Beginn des Bestellvorgangs zusätzlich auf eventuelle Lieferbeschränkungen und akzeptierte Zahlungsweisen hinzuweisen. Außerdem sind im elektronischen Geschäftsverkehr die Informationen nach Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 5, 6, 7, 8, 14 und 15 EGBGB unmittelbar vor der Bestellung mit Zahlungsverpflichtung in klarer und verständlicher Weise zur Verfügung zu stellen, § 312j Abs. 2 BGB. Für Verträge mit Bezug zu Finanzdienstleistungen gelten stattdessen andere Informationspflichten, § 312j Abs. 5 Satz 2 BGB. 92

Verträge, die eine **Zahlungspflicht des Verbrauchers** begründen (Abs. 2) und über eine **Schaltfläche** geschlossen werden (Abs. 3), kommen nach § 312j Abs. 4 BGB nur zustande, sofern die Schaltfläche eindeutig beschriftet ist (»**Buttonlösung**«, § 312j Abs. 3 BGB). Eine **Ausnahme** besteht für ausschließlich über individuelle Kommunikation geschlossene Verträge, § 312j Abs. 5 Satz 1 BGB. 93 96

### 4. Kündigungsbutton, § 312k BGB

Mit dem **Gesetz über faire Verbraucherverträge**[184] wurde die »Button-Lösung« auch auf den Kündigungsvorgang ausgeweitet (dazu auch *Meyer*, Kap. 7 Rdn. 46 f.). Kann ein **Dauerschuldverhältnis** im elektronischen Geschäftsverkehr begründet werden, so ist auch die ordentliche oder außerordentliche Kündigung[185] mittels einer Schaltfläche (»**Kündigungsbutton**«) auf der Webseite zu ermöglichen, § 312k Abs. 2 Satz 1 BGB.[186] Ob ein einzelner Verbraucher seine Willenserklärung zum Vertragsschluss tatsächlich im elektronischen Geschäftsverkehr (oder in einer Fernabsatzsituation) abgegeben hat oder nicht, ist hierbei unerheblich.[187] § 312k BGB gilt nur für Verträge, bei denen der Verbraucher zu einer Entgeltzahlung verpflichtet ist. Die Verpflichtung gilt im Hinblick auf die stets denkbare und im Kern unabdingbare Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung auch für nicht ordentlich kündbare Verträge, insbesondere bei **Befristungen**. 94

Im Gegensatz zu den §§ 312i f. BGB ist § 312k BGB n.F. **nicht europarechtlich vorgeprägt** und daher auch nicht bezogen auf Primärrecht oder bestimmte Richtlinienvorgaben unionsrechtskonform auszulegen.[188] 95

Die Pflichten entstehen sowohl beim eigenen Betrieb der Seite durch den Unternehmer als auch beim **Betrieb durch Dritte**.[189] Der Begriff der Webseite ist weit zu verstehen und umfasst **auch andere grafische Oberflächen** wie Apps, Spielekonsolen, E-Book-Reader und Smart TV.[190] Im Einzelnen ungeklärt sind die Pflichten von **Betreibern von Vermittlungsportalen** etwa für Hotel- oder Reisebuchungen. Insbesondere ist nicht gesichert, ob auch diese einen Kündigungsbutton vorhalten müssen, oder ob – und ggf. unter welchen Voraussetzungen – die Seite des Vertragspartners genügt.

183 OLG Düsseldorf, NJW-RR 2016, 1073, 1075; *Bodenstedt*, EWiR 2004, 739, 740; oft stellt die Bestätigung keine Willenserklärung dar, vgl. OLG Nürnberg, NJOZ 2010, 1733, 1734.
184 BGBl. I 2021 S. 3433.
185 Vgl. BT-Drucks. 19/30840, S. 17; *Lommatzsch/Albrecht*, GWR 2021, 363, 364; *Stiegler*, VuR 2021, 443.
186 S. die rechtspolitische Kritik bei *Lommatzsch/Albrecht*, GWR 2021, 363, 366.
187 So schon der Wortlaut des § 312k Abs. 1 Satz 1 BGB; *Wais*, NJW 2021, 2833, 2838.
188 *Stiegler*, VuR 2021, 443.
189 BT-Drucks. 19/30840, S. 16.
190 *Stiegler*, VuR 2021, 443, 444; zu § 312j Abs. 3 BGB: BT-Drucks. 17/7745, S. 12.

Carl Heymanns Verlag

97 Vom Anwendungsbereich **ausgenommen** sind Verträge, für deren Kündigung die **Textform gesetzlich nicht ausreicht**, § 312k Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB und Verträge und Webseiten über Finanzdienstleistungen, § 312k Abs. 1 Nr. 2 BGB. Ebenfalls nicht umfasst sind Gewährleistungsrechte zur Beendigung von Dauerschuldverhältnissen sowie Verträge zur Begründung dinglicher Rechte – letztere, weil sie nicht im elektronischen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern geschlossen werden.[191]

98 Weiterhin ist über die **teleologische Reduktion** der Norm **auf Vertragsverlängerungen** nachzudenken. Verträge in der Grundlaufzeit und Verträge, die nach einer festen Laufzeit enden, bedürften folglich nicht der Bereitstellung von Kündigungsschaltflächen. Bereits während einer solchen Laufzeit sollte dem Verbraucher allerdings eine außerordentliche Kündigung sowie (im Fall der Grundlaufzeit) die Kündigung zum Ende der Laufzeit und damit die Verhinderung der automatischen Verlängerung ermöglicht werden. Praktisch gesehen wäre der Anbieter von sich verlängernden Verträgen ohnehin zur Einrichtung der Schaltfläche verpflichtet. Der **Pflichtenkatalog** des § 312k BGB ist somit **nicht von Laufzeitgestaltungen** des zugrundeliegenden Dauerschuldverhältnisses **abhängig**.

99 Hierdurch soll dem Verbraucher die **Beendigung** eines Dauerschuldverhältnisses ähnlich **leicht gemacht werden** wie dessen Begründung.[192] Der Regelungsgehalt § 312k BGB n.F. geht dabei über eine zwischenzeitlich geplante, deutlich kürzer gefasste Regelung der Kündigung per Schaltfläche in § 312j Abs. 4a BGB[193] hinaus. Im Sinne des Verbraucherschutzes folgt aus der Regelung zu Kündigungsschaltflächen selbstverständlich nicht, dass die Kündigung nur noch auf diesem Wege erklärt werden kann.[194] Eine **Beschränkung der Kündigungsmöglichkeit** auf Buttons ist **in AGB** vielmehr nach § 309 Nr. 13 Buchst. c) BGB **unwirksam**.[195]

100 § 312k BGB entfaltet Wirkung für alle am 01.07.2022 bestehenden oder später geschlossenen sachlich einschlägigen Dauerschuldverhältnisse. Auch **Altverträge**, die vor dem 01.07.2022 geschlossen wurden, sind daher umfasst und **Webseiten** entsprechend **anzupassen**.

101 Die Kündigung per Schaltfläche geschieht nicht »mit einem Klick«,[196] sondern ist als **zweistufiges Verfahre**n ausgestaltet.[197] Zunächst muss eine **Kündigungsschaltfläche** eindeutig (normiertes Beispiel: »Verträge hier kündigen«) beschriftet und gut sichtbar platziert sein, § 312k Abs. 2 Satz 2 BGB. Bei Betätigung der Schaltfläche muss der Verbraucher auf eine Seite geleitet werden, auf der er Angaben zur Art der Kündigung und ggf. dem Kündigungsgrund (§ 312k Abs. 2 Satz 3 Nr. 1 Buchst. a) BGB), seiner Identität (Buchst. b)), der Vertragsbezeichnung (Buchst. c)), dem Zeitpunkt der Vertragsbeendigung (Buchst. d)) und der Übermittlungsform der Kündigungsbestätigung (Buchst. e)) machen kann und soll. Die Angaben sollen dabei nur der Klärung des Sachverhalts dienen und die Kündigung nicht unnötig erschweren. Hinsichtlich der Abfrage ist vor allen auch der **Grundsatz der Datensparsamkeit** (Art. 5 Abs. 1 Buchst. c) DSGVO) zu beachten.[198]

102 Die Angaben müssen wiederum mittels einer **Bestätigungsschaltfläche** bestätigt werden können. Auch diese Schaltfläche muss eindeutig beschriftet und gut lesbar sein – als Beispiel nennt der Gesetzgeber die Aufschrift »Jetzt kündigen«, § 312k Abs. 2 Satz 3 Nr. 2 BGB. Der gesamte Prozess muss **ständig verfügbar** sowie **unmittelbar und leicht zugänglich** sein, § 312k Abs. 2 Satz 4 BGB. Die ständige Verfügbarkeit schließt auch ein vorheriges Anmeldeerfordernis aus[199] und ist an die

191 BT-Drucks. 19/30840, S. 17.
192 BT-Drucks. 19/30840, S. 15.
193 BT-Drucks. 19/26915, S. 44.
194 BT-Drucks. 19/30840, S. 16.
195 BT-Drucks. 19/30840, S. 16.
196 BT-Drucks. 19/17449, S. 17.
197 BT-Drucks. 19/30840, S. 17. Für die Zweistufigkeit bereits *Schmidt-Kessel*, Faire Verbraucherverträge, S. 20.
198 BT-Drucks. 19/30840, S. 17.
199 BT-Drucks. 19/30840, S. 18.

Carl Heymanns Verlag



Leseprobe

entsprechenden Anforderungen des § 5 Abs. 1 TMG angelehnt.[200] Die Formulierung »unmittelbar und leicht zugänglich« entstammt dem Art. 246d § 2 Abs. 2 EGBGB.[201] Um die gesetzlichen Vorgaben zu erfüllen, bietet sich vor allem ein neuer, **eigener Menüpunkt** wie für das Impressum an.[202]

103 Den **Zeitpunkt der Vertragsbeendigung** kann der Verbraucher im Rahmen der sonstigen gesetzlichen und vertraglichen Bedingungen wählen. Macht er davon nicht ausdrücklich gebrauch, wirkt die Kündigung im Zweifel zum frühestmöglichen Zeitpunkt, § 312k Abs. 5 BGB. Der **Zugang** beim Unternehmer wird **unmittelbar** nach Betätigen der Bestätigungsschaltfläche **vermutet**, § 312k Abs. 4 Satz 2 BGB.[203] Praktisch gesehen, muss also eine **automatische Kündigungsbestätigung** verwendet oder eingerichtet werden.

104 Die Abgabe der Kündigungserklärung auf diesem Wege muss mit entsprechendem Datum und der Uhrzeit auf einem Datenträger bspw. durch Herunterladen einer Zusammenfassung[204] speicherbar sein, § 312k Abs. 3 BGB. Zusätzlich hat der Unternehmer dem Verbraucher Inhalt, Datum und Uhrzeit der **Kündigungserklärung** sowie den Zeitpunkt der Vertragsbeendigung sofort **in Textform** zu **bestätigen**, § 312k Abs. 4 Satz 1 BGB. Durch die Abs. 3 und 4 wird dem Verbraucher damit der **Nachweis von Abgabe und Zugang erleichtert**.[205]

105 Verstößt der Unternehmer gegen die Pflichten aus Abs. 1 und 2, so kann der Verbraucher einen betroffenen Vertrag **jederzeit** ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist auch ohne Vorliegen eines (weiteren) wichtigen Grundes **kündigen**, § 312k Abs. 6 Satz 1 und 2 BGB. Dies gilt nicht, wenn die Kündigungsmöglichkeit aufgrund von Wartungsarbeiten nur vorübergehend nicht erreichbar ist.[206] Das Kündigungsrecht besteht auch dann, wenn der Kündigungsbutton bei befristeten Verträgen nicht im Hinblick auf die außerordentliche Kündigung (s.o. Rdn. 94) angeboten wird.[207] Eine außerordentliche Kündigung aus anderen Gründen bleibt daneben möglich.

106 Ein weitverbreiteter Verstoß gegen § 312j Abs. 3 BGB kann ab dem 01.07.2022 eine Ordnungswidrigkeit nach Art. 246e § 1 Abs. 2 Nr. 9 Buchst. c) EGBGB darstellen. Für § 312k BGB gibt es **keine explizite Sanktionsnorm**. Aufgrund der ähnlichen, wenn nicht sogar erhöhten Transparenzbedürftigkeit hinsichtlich der Kündigungsmöglichkeit, ist jedoch perspektivisch auch mit einer Sanktionierung von Verstößen gegen § 312k Abs. 2 BGB zu rechnen, sofern die Nichtberücksichtigung auf die Überschneidung der Gesetzgebungsprozesse zurückzuführen ist.[208]

107 Abgesehen von der fehlenden Aufnahme in Ordnungswidrigkeitskatalog sind bei der Neuregelung des Kündigungsbuttons noch weitere Chancen für einen möglichst **effektiven Verbraucherschutz** vertan worden. So wurde bereits zu Beginn des Gesetzgebungsverfahrens neben dem Kündigungsbutton die Verpflichtung zur **Einrichtung einer E-Mail-Adresse** für Kündigungen und andere rechtserhebliche Erklärungen gefordert.[209] Außerdem entfaltet die Kündigung bei Pflichtverletzungen des Unternehmers gem. § 312k Abs. 6 Satz 1 BGB **keine Rückwirkung**. Der Verbraucher erhält zwar die Option zur fristlosen Kündigung des Dauerschuldverhältnisses – zwischenzeitlich eingetretene wirtschaftliche Folgen werden dadurch allerdings nicht beseitigt.[210] Allerdings können sich nach den allgemeinen Regeln der §§ 280 ff. BGB Schadensersatzansprüche ergeben.

---

200 BT-Drucks. 19/30840, S. 18.
201 BT-Drucks. 19/30840, S. 18.
202 *Lommatzsch/Albrecht*, GWR 2021, 363, 365.
203 Für das zusätzliche Erfordernis, dass die Information das heimische Netzwerk verlassen muss: *Wais*, NJW 2021, 2833, 2838.
204 BT-Drucks. 19/30840, S. 18.
205 HK-BGB/*Schulte-Nölke*, § 312k Rn. 2.
206 Vgl. OLG Düsseldorf, MMR 2009, 266, 267.
207 Anders offenbar *Meyer*, Kap. 7 Rdn. 46 f.
208 *Stiegler*, VuR 2021, 443, 451.
209 BT-Drucks. 19/17449, S. 2 f.; BT-Drucks. 19/28442, 2 f.; für einen digitalen Kommunikationskanal auch *Wais*, NJW 2021, 2833, 2839.
210 *Schmidt-Kessel*, Faire Verbraucherverträge, S. 9.



Carl Heymanns Verlag

108 Ungeklärt bleibt die Behandlung von **Kündigungsfolgeschäden**. Macht der Verbraucher von seinem Kündigungsrecht aus § 312k Abs. 6 Satz 1 BGB Gebrauch, so liegt dem Sachverhalt eine Pflichtverletzung des Unternehmers zugrunde. Ansprüche auf Schadensersatz richten sich dementsprechend nach den allgemeinen Regeln der §§ 280 ff. BGB resp. den für den jeweiligen Vertragstyp für die außerordentliche Kündigung vorgesehenen besonderen Bestimmungen (insb. §§ 628 Abs. 2, 648a Abs. 4 BGB). Eine Ersatzfähigkeit wurde in der Rechtsprechung vor allem bei außerordentlichen Kündigungen von Mietverträgen angenommen.[211]

### 5. Besonderheiten bei Online-Marktplätzen

109 In Umsetzung der »**Omnibus**«-**Richtlinie** und damit insbesondere des neuen Art. 6a RL 2011/83/EU ergeben sich fortan Besonderheiten beim Vertragsschluss über **Online-Marktplätze** aus § 312l BGB und Art. 246d EGBGB. Die darüber geschlossenen Verträge sind Fernabsatzverträge im Sinne von § 312c BGB. Die Regeln **adressieren den Betreiber** des Online-Marktplatzes, also nach § 312l Abs. 4 BGB den Unternehmer, der den Online-Marktplatz zur Verfügung stellt. Sie werden lauterkeitsrechtlich teilweise durch § 5b Abs. 1 Nr. 6 sowie Abs. 2 und 3 UWG gespiegelt und ergänzt.

110–113 Ein **Online-Marktplatz** ist nach § 312l 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. Reine B2B-Marktplätze treffen also keine neuen Pflichten – die meisten bekannten Online-Shops, App Stores und andere Online-Marktplätze richten sich aber auch an Verbraucher und fallen damit in den Anwendungsbereich der Vorschrift.[212] Online-Marktplätze, auf denen Finanzdienstleistungen angeboten werden, werden nach § 312l Abs. 2 BGB nicht erfasst, da hier andere, teilweise vollharmonisierte Informationspflichten gelten.[213]

111 **Vermittlungs-, Vergleichs- und Bewertungsportale** müssen den Informationspflicht nur insoweit nachkommen, als der **Fernabsatzvertrag durch von ihnen bereitgestellte Software** geschlossen wird.[214] Zeigt die **Webseite nur Bewertungen und Links** zu Produkten oder Dienstleistungen an, so gilt sie nicht als Online-Marktplatz im Sinne der Vorschrift.[215] In beiden Fällen können aber Pflichten nach § 5b UWG (ggf. mit Rechtsfolgen nach § 9 Abs. 2 BGB) zu beachten sein.

112 Zusätzlich zu den spezifischen Informationspflichten des Unternehmers, der als Vertragspartner des Fernabsatzvertrags auftritt, treffen auch den **Betreiber** eines Online-Marktplatzes **Informationspflichten**, § 312l Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246d EGBGB.

Der Betreiber muss den Verbraucher leicht zugänglich (s. Rdn. 114) darüber informieren, wie das **Ranking** der Waren, Dienstleistungen oder digitalen Inhalte nach einer Suchanfrage des Verbrauchers zustande kommt. Dies umfasst einerseits die **Hauptparameter** zur Festlegung des Rankings (Art. 246d § 1 Nr. 1 Buchst. a) EGBGB) und andererseits die **relative Gewichtung** dieser Parameter im Vergleich zu weiteren Parametern (Buchst. b)). Lauterkeitsrechtlich ergibt sich entsprechendes aus § 5b Abs. 2 UWG. Ein Ranking ist dabei die relative Hervorhebung von Ergebnissen, wie sie vom Vertreiber dargestellt, organisiert oder kommuniziert wird, unabhängig von technischen Mitteln, die dafür verwendet werden.[216] Parameter sind alle allgemeinen Kriterien, Prozesse und spezifischen Signale, die in Algorithmen eingebunden sind, oder sonstige Anpassungs- oder

211 Vgl. BGH, NJW 2000, 2342 f.; BGH, NJW 2007, 2474.
212 *Schmidt*, VuR 2022, 131, 132.
213 BT-Drucks. 19/27655, S. 28, 55; der Bundesrat sprach sich aus Gründen des effektiven Verbraucherschutzes für einen Einbezug aus: BT-Drucks. 19/27655, S. 46 f.
214 *Schmidt*, VuR 2022, 131, 132.
215 *Schmidt*, VuR 2022, 131, 132.
216 BT-Drucks. 19/27655, S. 35; Art. 6a Abs. 1 Buchst. a) RL 2011/83/EU verweist zur Definition des Begriffs »Ranking« auf Art. 2 Abs. 1 Buchst. m) der RL 2005/29/EG.

Carl Heymanns Verlag



Leseprobe

Rückstufungsmechanismen, die im Zusammenhang mit dem Ranking eingesetzt werden.[217] Beispiele für solche Parameter sind die Anzahl der Aufrufe des Angebots, das Datum seiner Einstellung, die Bewertung des Angebots oder des Anbieters, die Anzahl der Nutzer des Angebots (»Beliebtheit«), Provisionen oder Entgelte, die der Betreiber erhält, die Verwendung von Editorprogrammen und Darstellungsmerkmale des Online-Angebots,[218] sofern diese maßgeblich das Ranking bestimmen.[219]

114 Beinhaltet das Suchergebnis einen Vergleich verschiedener Waren, Dienstleistungen oder digitaler Inhalte, muss der Betreiber über Anbieter informieren (»**Positivliste**«),[220] die verglichen wurden, Art. 246d § 1 Nr. 2 EGBGB. Hierbei handelt es sich um eine autonome deutsche Vorschrift.[221] Die Informationen über die Erstellung von Rankings und Vergleichen müssen in einem **unmittelbar und leicht zugänglichen Bereich** der entsprechenden Webseite angezeigt werden, Art. 246d § 2 Abs. 2 EGBGB.

115 Handelt es sich beim Betreiber und dem anbietenden Unternehmen um **verbundene Unternehmen** nach § 15 AktG,[222] so muss der Betreiber auch darüber informieren, Art. 246d § 1 Nr. 3 EGBGB. Ebenso muss mitgeteilt werden, ob es sich bei den **Anbietern** nach deren Erklärung gegenüber dem Betreiber um **Unternehmer** handelt (Nr. 4 und entsprechend § 5b Abs. 1 Nr. 56 UWG) beziehungsweise, dass sonst besondere Vorschriften für Verbraucherverträge nicht auf den Vertrag anzuwenden sind (Nr. 5).[223] Eine Pflicht zur Überprüfung von Angaben der Anbieter besteht jedoch nicht.[224] Die Informationspflicht besteht auch, wenn der Betreiber selbst Waren, Dienstleistungen oder digitale Inhalte anbietet.[225]

116 Bedienen sich die Anbieter bei der **Erfüllung von Verträgen** des Betreibers des Online-Marktplatzes, so ist diese Tatsache und sowie der Umfang der Zusammenarbeit vom Betreiber offenzulegen, Art. 246d § 1 Nr. 6 EGBGB. Zugleich hat der Betreiber klarzustellen, dass dem Verbraucher dadurch keine eigenen vertraglichen Ansprüche gegen den Betreiber des Online-Marktplatz erwachsen. Häufig und insbesondere bei Einbindung in den Versand der Ware wird der Betreiber dann als **Erfüllungsgehilfe** des anbietenden Unternehmers agieren.[226]

117 Anbieter von **Veranstaltungstickets** müssen neben ihrer Preisvorstellung auch den **vom Veranstalter festgelegten Preis** angeben, Art. 246d § 1 Nr. 7 EGBGB, was der Betreiber durch eine verpflichtende Eingabe- und Anzeigefläche sicherstellen muss.[227] Handelt es sich um eine Eintrittsberechtigung aus einem Abonnent oder eine Freikarte, so ist das ebenfalls anzugeben.[228] Erklärt der Anbieter, dass kein Preis festgelegt wurde oder ihm die Information unbekannt ist, so ist diese Information stattdessen anzugeben. Den Betreiber trifft auch hier keine Nachprüfungspflicht,[229] sodass es für den Verbraucher weiterhin schwierig sein kann, den tatsächlichen Wert festzustellen.[230]

217 BT-Drucks. 19/27655, S. 35.
218 BT-Drucks. 19/27655, S. 35 f.
219 BT-Drucks. 19/27655, S. 36.
220 BT-Drucks. 19/27655, S. 36.
221 HK-BGB/*Schulte-Nölke*, § 312 l Rn. 2.
222 Der Begriff des Unternehmers ist hier jeweils rechtsformneutral, vgl. BGHZ 69, 334; BAG, NZA 2005, 647, 649.
223 Daraus ergibt sich keine positive Informationspflicht des Betreibers über die anwendbaren besonderen Vorschriften, BT-Drucks. 19/27655, S. 50 f., 57.
224 BT-Drucks. 19/27655, S. 36; der Betreiber muss nicht einmal eigene Kenntnisse über die Unternehmereigenschaft des Anbieters einbringen, vgl. BT-Drucks. 19/27655, S. 50, 56 f.
225 BT-Drucks. 19/27655, S. 36.
226 BT-Drucks. 19/27655, S. 37.
227 BT-Drucks. 19/27655, S. 37.
228 BT-Drucks. 19/27655, S. 37.
229 BT-Drucks. 19/27655, S. 37, 51, 57.
230 BT-Drucks. 19/27655, S. 51.

Carl Heymanns Verlag

118 Die genannten Informationen sind dem Verbraucher **vor dessen Willenserklärung**[231] in klarer, verständlicher und dem benutzten Fernkommunikationsmittel angepassten Weise zu Verfügung zu stellen, Art. 246d § 2 Abs. 1 EGBGB. Die Bestimmung des Zeitpunktes entspricht nicht ganz der Formulierung in Art. 6a Abs. 1 RL 2011/83/EU, wo von der **Bindung des Verbrauchers** an seine Erklärung (konkret an den Vertrag oder an sein Angebot) die Rede ist. Je nach Gestaltung des Vertragsschlussverfahrens kann insoweit eine teleologische Reduktion von Art. 246d § 2 Abs. 1 EGBGB geboten sein.

119 Erfüllt der Betreiber des Online-Marktplatzes seine Informationspflichten aus § 312l Abs. 1 i.V.m. Art. 246d EGBGB nicht und handelt es sich um einen weitverbreiteten Verstoß gem. Art. 3 Nr. 3 oder einen weitverbreiteten Verstoß mit Unions-Dimension gem. Art. 3 Nr. 3 der Verordnung (EU) 2017/2394, so begeht er nach Art. 246e § 1 Abs. 2 Nr. 10 EGBGB einen besonders sanktionierten Verstoß gegen Verbraucherinteressen. Der Verstoß stellt eine **Ordnungswidrigkeit** dar, Art. 246e § 2 Abs. 1 EGBGB. Diese kann mit einer Geldbuße von bis zu 50.000 € oder – bei einem Jahresumsatz von mehr als 1.250.000 € – bis zu vier Prozent des Jahresumsatzes geahndet werden, Art. 246e § 2 Abs. 2 Satz 1 und 2 EGBGB. Der Jahresumsatz ist dabei zu schätzen und notfalls ein Höchstmaß von zwei Millionen Euro anzusetzen, Art. 246e § 2 Abs. 2 Satz 3 und 4 EGBGB. Gegenüber Tätern oder Beteiligten, die nach § 9 OWiG für den Betreiber (in anderen Fällen des Art. 246e § 1: für den Unternehmer) handeln, ist das Bußgeld auf maximal 50.000 € beschränkt, Art. 246e § 2 Abs. 2 EGBGB. Die Ordnungswidrigkeit kann allerdings **nur im Rahmen einer koordinierten Durchsetzungsmaßnahme** nach Art. 21 der Verordnung 2017/2394 **geahndet** werden (Abs. 4). Zuständige Behörde nach § 36 Abs. 1 Nr. 1 OWiG ist das Bundesamt für Justiz. Ein Bußgeld nach Art. 246e § 1 Abs. 1, 2 EGBGB kann auch dann verhängt werden, wenn das Recht eines anderen Mitgliedstaates der Europäischen Union anwendbar ist und nach diesem gegen entsprechende Verbraucherinteressen verstoßen wird (Art. 246e § 1 Abs. 3 EGBGB).

120 Kritisiert wird, dass dem Verbraucher nun zwar Informationen bereitgestellt werden müssen – einen umfassenderen Schutz hätte jedoch die zusätzliche Aufklärung über die Konsequenzen geboten.[232]

### 6. Abweichende Vereinbarungen und Beweislast

121 Von den Vorschriften über besondere Vertriebsformen darf nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden, § 312m Abs. 1 Satz 1 BGB. Die §§ 312b-312 l BGB sowie die zugehörigen Artt. 246a-246e EGBGB sind mithin – wie das gesamte allgemeine Verbrauchervertragsrecht der §§ 312 ff. BGB, Artt. 246 ff. EGBGB **halbzwingend**. § 312m Abs. 1 Satz 2 BGB begründet zudem ein Umgehungsverbot. Für Widerruf und Widerrufsfolgen ergibt sich dasselbe aus § 361 Abs. 2 BGB.

## D. Besonderheiten bei den Informationspflichten

122 Den Unternehmer treffen vor Abschluss eines Außergeschäftsraumvertrags umfassende **Informationspflichten**[233] nach § 312d Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246a EGBGB. § 312a Abs. 2 BGB und Art. 246 EGBGB werden insoweit verdrängt, § 312a Abs. 2 Satz 3 BGB. Bei Außergeschäftsraumverträgen über Finanzdienstleistungen bestimmen sich die Informationspflichten nach § 312d Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 246b EGBGB.

123 Die erforderlichen Informationen sind dabei gem. Art. 246a § 4 EGBGB klar und verständlich (Abs. 1) und auf Papier (Abs. 2 Satz 1) zur Verfügung zu stellen. Stimmt der Verbraucher dem zu, so ist auch eine Übermittlung auf einem anderen **dauerhaften Datenträger** zulässig (Abs. 2 Satz 2).

231 Die Informationen müssen aufgrund der Vollharmonisierung durch die RL 2011/83/EU nicht schon bei Beginn der Vertragsverhandlungen vorliegen, BT-Drucks. 19/27655, S. 51, 57.
232 *Schmidt*, VuR 2022, 131, 138.
233 Ausführlich zu Informationspflichten *Rabbe/Gräbig*, Kap. 9.

Carl Heymanns Verlag



Leseprobe

Informiert der Unternehmer den Verbraucher nicht über Kosten, kann er diese nicht verlangen (§ 312e BGB).

124 Weiterhin trifft den Unternehmer die Pflicht, dem Verbraucher nach Vertragsschluss eine **Abschrift** (§ 312f Abs. 1 Nr. 1 BGB) **oder** eine **Bestätigung** (Nr. 2) **des Vertrags** bereitzustellen. Dies kann in Papierform oder – mit Zustimmung des Verbrauchers – auf einem dauerhaften Datenträger geschehen. Die Bestätigung muss die Informationen nach Art. 246a EGBGB enthalten, soweit sie dem Verbraucher noch nicht vor Vertragsschluss (§ 312d Abs. 1 BGB) zur Verfügung gestellt wurden. § 312f BGB gilt gemäß seines Abs. 4 nicht für Verträge über Finanzdienstleistungen.

125 Um **AGB** in einen Fernabsatzvertrag einzubeziehen, müssen diese dem Verbraucher ausreichend deutlich bereitgestellt worden sein. Im E-Commerce ist dies vor allem über die Verlinkung in unmittelbarer Nähe des Bestell-Buttons möglich.[234]

126 Den Informationspflichten ist gemein, dass sie bei **Gesamtschuld** auf Verbraucherseite gegenüber allen Gesamtschuldnern erfüllt werden müssen.[235] Bei **mitverpflichteten Ehegatten** (§ 1357 BGB) ist es aufgrund der wechselseitigen Akzessorietät ausreichend, nur die handelnde Person zu informieren.[236]

127 Die **Beweislast** für die Erfüllung der Informationspflichten trägt der Unternehmer, § 312m Abs. 2 BGB. Für den auf die Information des Verbrauchers gestützten Beginn der Widerrufsfrist ergibt sich dasselbe aus § 361 Abs. 3 BGB.

## E. Besonderheiten bei Widerrufsrechten

128 Außerdem eröffnet sich dem Verbraucher, der einen Außergeschäftsraum- oder Fernabsatzvertrag nach §§ 312 g Abs. 1, 355 ff. BGB schließt, grundsätzlich ein **gesetzliches Widerrufsrecht**,[237] sofern kein Fall der § 312 g Abs. 2 oder 3 BGB vorliegt.

129 Die Erklärung des Widerrufs kann über ein vom Unternehmer bereitgestelltes **Muster-Widerrufsformular** (§ 356 Abs. 1 Satz 1 BGB) erfolgen. Der **Zugang** ist dem Verbraucher unverzüglich auf einem dauerhaften Datenträger zu bestätigen (Satz 2).

130 Widerrufsberechtigt ist in Fällen der **Stellvertretung** der Vertretene als Verpflichteter des Vertrags.[238] Ob auch der Vertreter widerrufsberechtigt ist, ist eine Frage des Umfangs der Vertretungsmacht sowie des Zugangs und Adressaten der Widerrufsbelehrung. Meistens umfasst die Vertretungsmacht in Fällen der echten Stellvertretung sowohl die Entscheidung über das »Ob« des Vertragsschlusses als auch über den Fortbestand des Vertrags.

Unterliegt ein Vertrag der **Verpflichtungsermächtigung unter Ehegatten** nach § 1357 BGB (sog. **Schlüsselgewalt**), so ist es zur Wahrung effektiven Verbraucherschutzes nötig, dass beiden Ehegatten das Recht zum Widerruf zusteht.[239] Dies deckt sich auch mit der Wirkung des § 1357 Abs. 1 BGB, wonach beide Ehegatten, nicht nur der Handelnde, Verpflichtete des Vertrag sind und der Wertung eines vertretenen Verpflichteten.[240] Die Widerrufsfrist beginnt aufgrund der wechselseitigen Akzessorietät dennoch für beide Ehegatten mit Belehrung des Handelnden, das gegenseitige

234 LG Essen, MMR 2004, 49, 50; Staudinger/*Thüsing*, § 312c BGB Rn. 55.
235 Erman/*Koch*, § 312b Rn. 4.
236 Ausführlicher erörtert in *Nägler/Schmidt-Kessel*, Kap. 15 Rdn. 72; MüKo-BGB/Roth, § 1357 Rn. 33; Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 56; Staudinger/*Voppel*, § 1357 BGB Rn. 75; *Löhnig*, FamRZ 2001, 135, 136.
237 Ausführlicher zu Widerrufsrechten: *J. Schmidt/Trouvain*, Kap. 10.
238 Erman/*Koch*, § 312b Rn. 6; Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 44.
239 Ausführlicher dazu *Nägler/Schmidt-Kessel*, Kap. 15 Rdn. 75 ff.; Erman/*Kroll-Ludwigs*, § 1357 Rn. 18; MüKo-BGB/*Roth*, § 1357 Rn. 34; ebenso bereits *Löhnig*, FamRZ 2001,135, 137 f.
240 S. Rdn. 126 und *Nägler/Schmidt-Kessel*, Kap. 15 Rdn. 78 ff.; a.A. unter Anführung des Akzessorietätsmodells: *Berger*, FamRZ 2005, 1129 ff.; *Schanbacher*, NJW 1994, 2335, 2336.


Carl Heymanns Verlag

in Kenntnis setzen ist ein Problem des Innenverhältnisses.[241] Das mögliche Gegenmodell, das dem nur mitverpflichteten Ehegatten die Möglichkeit eines Widerrufs nur der Mitverpflichtung mit gesondertem (i.d.R. deutlich späteren) Fristlauf gestatten würde, hat sich nicht durch gesetzt.[242]

132 Die **Widerrufsfrist** für Fernabsatz- und Außergeschäftsraumverträge beginnt beim **Verbrauchsgüterkauf** abweichend von § 355 Abs. 1 Satz 2 BGB mit dem Übergang der Ware »ins Lager« des Verbrauchers (§ 356 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a) BGB: »die Waren erhalten hat«), bei getrennter Lieferung von einheitlich bestellten Waren mit der Übergabe der letzten Ware (Buchst. b)), bei Teilsendungen mit Zugang des letzten Stücks (Buchst. c)) und bei regelmäßigen Lieferungen mit Zugang der ersten Ware (Buchst. d)). Die Widerrufsfrist eines Vertrags über die Lieferung eines nicht bestimmten Volumens oder einer nicht bestimmten Menge von Wasser, Gas, Strom oder Fernwärme bzw. eines digitalen Inhalts, der sich nicht auf einem körperlichen Datenträger befindet, beginnt bei Vertragsschluss (Nr. 2); das entspricht der allgemeinen Regel nach § 355 Abs. 2 Satz 2 BGB. Für Außergeschäftsraum- oder Fernabsatzverträge beginnt die Frist jedoch nicht, bevor der Unternehmer den Verbrauch **über** sein **Widerrufsrecht belehrt** hat, § 356 Abs. 3 Satz 1 BGB i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bzw. Art. 246b § 2 Abs. 1 EGBGB.

133 Die Widerrufsfrist beträgt in der Regel **14 Tage**, § 355 Abs. 2 Satz 1. Wurde der Verbraucher jedoch nicht über sein Widerrufsrecht belehrt, so beträgt die Frist – vorbehaltlich einer nachträglichen Belehrung – **maximal zwölf Monate und 14 Tage** (§ 356 Abs. 3). In den Fällen des § 312b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB ist der Widerruf (des Verbraucherangebots) grundsätzlich schon **vor Vertragsschluss** möglich.[243]

134 Hat der Vertrag eine **Dienstleistung** des Unternehmers und keine Zahlung des Verbrauchers zum Gegenstand, so **erlischt** das **Widerrufsrecht** auch vor Fristablauf, wenn die Leistung bereits vollständig erbracht wurde (§ 356 Abs. 4 Nr. 1 BGB). Dasselbe gilt, wenn der Verbraucher sich zu einer Zahlung verpflichtet hat (Nr. 2), dem vorzeitigen Beginn der Ausführung zugestimmt hat (Buchst. a)), diese Zustimmung auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt wurde (Buchst. b)) und er seine Kenntnis vom Erlöschen des Widerrufsrechts bei vollständiger Vertragserfüllung bestätigt hat (Buchst. c)). Gleiches lässt sich auf Reparaturarbeiten, zu denen der Verbraucher den Unternehmer ausdrücklich bestellt hat, übertragen (Nr. 3). Ist ein **Finanzdienstleistungsvertrag** auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers und beidseitig vollständig erfüllt, so erlischt auch hier das Widerrufsrecht (Nr. 4).

135 Ähnliches gilt auch für Verträge über **unverkörperte digitale Inhalte, also** digitale Produkte der in § 327 Abs. 2 Satz 1 BGB definierten Art, die sich nicht auf einem körperlichen Datenträger befinden: Nach § 356 Abs. 5 Nr. 1 erlischt das Widerrufsrecht bei Verträgen ohne monetäre Gegenleistung des Verbrauchers (vgl. § 312 Abs. 1a BGB) bereits mit Beginn der Vertragserfüllung. Hat der Verbraucher sich zur Zahlung eines Preises verpflichtet (Nr. 2), so **erlischt das Widerrufsrecht**, wenn er dem vorzeitigen Beginn der Ausführung (Buchst. a)) zugestimmt (Buchst. b)) und seine Kenntnis über das Erlöschen bestätigt hat (Buchst. c)) und der Unternehmer ihm nach Vertragsschluss eine Bestätigung gem. § 312f BGB zur Verfügung gestellt hat (Buchst. d)).

136 Bei Widerruf eines Außergeschäftsraumvertrags oder Fernabsatzvertrags, der keine Finanzdienstleistung zum Gegenstand hat, kann sich aus § 357a BGB ausnahmsweise ein **Wertersatzanspruch** für den Unternehmer gegen den nach Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EGBGB hinreichend informierten Verbraucher ergeben.[244] Weitergehende Ansprüche gegen den Verbraucher sind nach § 361 Abs. 1 BGB ausgeschlossen.

241 Erman/*Kroll Ludwigs*, § 1357 Rn. 18; MüKo-BGB/*Roth*, § 1357 Rn. 34; *Berger*, FamRZ 2005, 1129; *Löhnig*, FamRZ 2001, 135, 137.
242 EuGH-Judikatur zu dieser Frage existiert freilich bislang nicht.
243 Jauernig/*Stadler*, § 312b BGB Rn. 12; Staudinger/*Thüsing*, § 312b BGB Rn. 19.
244 Für Details s. *Schmidt/Trouvain*, Kap. 10 Rdn. 125 ff.

Carl Heymanns Verlag



Leseprobe

## F. Sonderregeln für einzelne Vertragsgegenstände

137 Auf **Verträge über soziale Dienstleistungen** finden die §§ 312 ff. BGB nur eingeschränkt Anwendung. Beispielhaft führt das Gesetz **Kinderbetreuung** sowie die Unterstützung von dauerhaft oder vorübergehend hilfsbedürftigen Familien oder Personen einschließlich Langzeitpflege auf, womit auch der gesamte Bereich der **Pflegedienstleistungen** dem Sonderregime unterfällt. Speziell bleiben für diese Verträge die Definitionen der besonderen Vertriebsformen anwendbar (§ 312 Abs. 3 Nr. 1 BGB), ansonsten besteht für den Unternehmer aus dem allgemeinen Verbrauchervertragsrecht nur die Pflicht zur Belehrung über das Widerrufsrecht aus § 312d Abs. 1 i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 2 und 3 EGBGB und für den Verbraucher die Möglichkeit des Widerrufs nach § 312 g BGB. Die Position des Verbrauchers wird dadurch nicht verschlechtert, da sich für Verträge über soziale Dienstleistungen jeweils zusätzliche Informationspflichten außerhalb des BGB ergeben.[245]

138 Auf **Wohnraummietverträge** des Verbrauchers als Mieter finden dieselben Vorschriften wie für soziale Dienstleistungen Anwendung (§ 312 Abs. 4 Satz 1 BGB). Für den Vertragsschluss zur **Begründung des Mietverhältnisses** gilt dies jedoch nicht, sofern der Mieter die Wohnung zuvor besichtigt hat; insoweit bleiben die Regeln der besonderen Vertriebsformen dann für den Erstvertragsschluss ganz außer Anwendung. Für **Vertragsänderungen und Aufhebungsverträge** bleibt es hingegen bei der reduzierten Anwendung der Regeln der besonderen Vertriebsformen nach der Liste des § 312 Abs. 3 BGB.[246] Dem in diesem Sinne schutzwürdigen Mieter steht daher ein **Widerrufsrecht** nebst vorheriger Belehrung zu, sonstige Anforderungen an Erklärungen und die Bereitstellung von Informationen ergeben sich aber aus den spezielleren Vorschriften der §§ 535 ff. BGB.[247] Für Änderungsverträge über Wohnraummiete ist § 312 Abs. 4 BGB teleologisch zu reduzieren, sodass die Zustimmung zur Mieterhöhung nach §§ 558a Abs. 1, 558b Abs. 1 BGB mangels einer physischen Drucksituation nicht widerrufen werden kann.[248]

139 Ist der Vertragsgegenstand eine **Finanzdienstleistung**, so können sich speziellere Regelungen für die Widerrufsrechte ergeben, § 312g Abs. 3 BGB. Diese finden sich für Verbraucherdarlehensverträge in § 495 BGB, für Verträge nach §§ 506 ff. BGB in den dortigen Vorschriften und für Kaufverträge über Aktien oder Anleihen in § 305 KAGB. Nicht angewendet wird auf Verträge auch die maximale Widerrufsfrist von zwölf Monaten und 14 Tagen aus § 356 Abs. 3 Satz 2 BGB, sodass es hier allein auf die ordnungsgemäße Belehrung ankommt (S. 1).

140 Für **Pauschalreiseverträge** gelten zunächst die Vorschriften im elektronischen Geschäftsverkehr (§§ 312i, 312j Abs. 2 bis 5 und 312l BGB) auch, wenn der Kunde nicht Verbraucher ist. Zusätzlich ist auf einen außerhalb von Geschäftsräumen verhandelten geschlossenen Vertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer § 312g Abs. 1 BGB anzuwenden (§ 312 Abs. 7 Satz 2 BGB); das Widerrufsrecht scheidet aber aus, wenn der Vertragsschluss auf Verhandlungen beruht, die auf vorhergehende Bestellung des Verbraucher geführt worden sind. Im Übrigen bleiben die Vorschriften über die besonderen Vertriebsformen unangewendet.

141 Auf Verträge über **Versicherungen** (§ 312 Abs. 6 BGB) und **Personenbeförderung** (§ 312 Abs. 8 BGB) sind vom Anwendungsbereich findet nur § 312a Abs. 3, 4 und 6 BGB (Versicherungen) bzw. § 312a Abs. 3 bis 6 BGB Anwendung. Für diese Verträge sind die Vorschriften über die besonderen Vertriebsformen insgesamt unanwendbar.

142 Handelt es sich beim Vertragsgegenstand um ein **digitales Produkt**, so finden zusätzlich die §§ 327 ff. BGB Anwendung.[249] Nach § 327h muss der Verbraucher vor Vertragsschluss explizit

245 BT-Drucks. 17/12637, S. 48; in ErwG 29 RL 2011/83/EU sind dort definierte soziale Dienstleistungen sogar gänzlich vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen.

246 BeckOK-BGB/*Martens*, § 312 Rn. 45, 60.

247 ErwG 26 RL 2011/83/EU; BT-Drucks. 17/12637, S. 48.

248 BGH, NJW 2019, 303, 306; BeckOGK-BGB/*Fleindl*, § 558b Rn. 13; a.A. *Rolfs/Möller*, NJW 2017, 3275, 3276 f.

249 Ausführlicher *Schmidt-Kessel*, Kap. 14.

Carl Heymanns Verlag

informiert werden, wenn die Produktmerkmale objektive Anforderungen (§ 327e BGB) nicht erfüllen. Außerdem hat der Unternehmer über die technischen Anforderungen an die digitale Umgebung und die Obliegenheit des Verbrauchers zur Mitwirkung bei Kompatibilitätsüberprüfungen zu informieren, § 327k Abs. 4, Abs. 3 BGB. Besonderheiten aus dem Recht der besonderen Vertriebsformen ergeben sich für nichtverkörperte digitale Inhalte aus §§ 356 Abs. 5, 357 Abs. 8 BGB (s.o. Rdn. 132, 135) sowie ggf. aus den Dienstleistungsregeln des § 356 Abs. 4 BGB.

Carl Heymanns Verlag



Leseprobe