

# Einführung in das Medienrecht

## Zivilrechtliche Grundlagen

### Skript 2

#### Der internationale Vertragsschluss im Internet

Dr. Mischa Dippelhofer

## Fall 4

Ihre Mandantin, die Firma fibook GmbH, hat eine Finanzbuchhaltungssoftware entwickelt.

Sie bietet die Software „fibook pro“ auf ihrer Homepage zum Download an. Der Kunde muss zu diesem Zweck seinen Namen und seine Adresse eingeben und bestätigen, dass er die AGB der Mandantin, die ihm automatisch angezeigt werden, gelesen hat. In den AGB der Mandantin befindet sich die Klausel: *„Es gilt das Recht der Bundesrepublik Deutschland. Gerichtsstand ist Saarbrücken.“* Nach Zahlung des Preises mit der Kreditkarte wird die Download-Möglichkeit freigeschaltet.

Der schweizer Kunde Rudolf Rützli betreibt in Zürich einen Schreibwarenladen. Er möchte die Buchhaltung seines Ladens am Computer erledigen und hat zu diesem Zweck am 15. März 2018 die Software „fibook pro“ von der Homepage der Mandantin heruntergeladen. Den Preis hat er mit der Firmenkreditkarte bezahlt.

Am 16. Oktober 2018 meldet er sich per E-Mail bei der Mandantin und beschwert sich, die Software sei leider fehlerhaft. Mit seiner schweizer Tastatur könne er kein €-Zeichen eingeben, das sei jedoch erforderlich, um Euro-Beträge zu verbuchen.

Der Geschäftsführer der Mandantin teilt Ihnen mit, dieses Problem bestehe tatsächlich. Er habe dem Kunden daher mitgeteilt, dass er im September ein kostenloses Update erhalten werde, das das Problem beseitigt. Bis dahin solle er sich einen deutschen Tastatortreiber installieren.

Der Kunde ist damit nicht einverstanden und möchte die Software gegen Erstattung des Preises zurückgeben.

Zu Recht?

# Anwendbarkeit des deutschen Rechts ?

## **Art 3 Anwendungsbereich; Verhältnis zu Regelungen der Europäischen Gemeinschaft und zu völkerrechtlichen Vereinbarungen**

*Soweit nicht*

- *unmittelbar anwendbare Regelungen der Europäischen Gemeinschaft in ihrer jeweils geltenden Fassung, insbesondere*
  - a) *die Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 („Rom II“) (ABl. EU Nr. L 199 S. 40) über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht sowie*
  - b) *die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) (ABl. L 177 vom 4.7.2008, S. 6),*

*[...] oder*

- *Regelungen in völkerrechtlichen Vereinbarungen, soweit sie unmittelbar anwendbares innerstaatliches Recht geworden sind, maßgeblich sind, bestimmt sich das anzuwendende Recht bei Sachverhalten mit einer Verbindung zu einem ausländischen Staat nach den Vorschriften dieses Kapitels (Internationales Privatrecht).*

Das EGBGB findet nur Anwendung, wenn es keine Regelung in einem internationalen Vertrag gibt, der unmittelbar anwendbares deutsches Recht geworden ist.

Wenn man den Vertrag als Kaufvertrag ansieht, könnte die United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods – CISG, das so genannte UN-Kaufrecht, anwendbar sein

Da der Vertrag mittels elektronischer Kommunikation geschlossen wurde, könnte die UN Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts anwendbar sein

## **Anwendbarkeit der Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts**

Unmittelbar anwendbares innerstaatliches Recht:

Es handelt sich um internationale Abkommen. Diese gelten nach dem Völkerrecht nur zwischen den Staaten, die es unterzeichnet und ratifiziert haben. Innerstaatliches Recht wird es erst durch eine Umsetzung in deutsches Recht (Verabschiedung als deutsches Gesetz, Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt).

Die Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts wurde bisher erst von wenigen Staaten unterzeichnet, weder Deutschland noch die Schweiz zählen dazu.

Die Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts ist in Deutschland kein unmittelbar anwendbares innerstaatliches Recht

Die Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts ist nicht auf

über das Internet geschlossene Verträge zwischen Deutschland und der Schweiz anwendbar.

## Anwendbarkeit des UN-Kaufrechts

Unmittelbar anwendbares innerstaatliches Recht:

Das UN-Kaufrecht wurde von der Bundesrepublik Deutschland am 26. Mai 1981 unterzeichnet und mit Zustimmungsgesetz vom 5. Juli 1989 ratifiziert. 1989 wurde es im Bundesgesetzblatt veröffentlicht und ist seit 1. Januar 1991 in Deutschland in Kraft

Das UN-Kaufrecht ist deutsches innerstaatliches Recht (BGH, CISG-Online Dokument 1872).

Damit verdrängt das UN-Kaufrecht nach Art. 3 Nr. 2 EGBGB in seinem Anwendungsbereich die Regelungen des EGBGB zum internationalen Privatrecht. Es verdrängt ebenso die Rom I VO (Bamberger/Roth-Spickhoff, Vorbemerkung Art. 1 Rom I VO RN 7).

## Internationaler Anwendungsbereich des CISG

### *Art. 1 [Anwendungsbereich]*

*(1) Dieses Übereinkommen ist auf Kaufverträge über Waren zwischen Parteien anzuwenden, die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben,*

- wenn diese Staaten Vertragsstaaten sind oder*
- wenn die Regeln des internationalen Privatrechts zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaats führen.*

*(3) Bei Anwendung dieses Übereinkommens wird weder berücksichtigt, welche Staatsangehörigkeit die Parteien haben, noch ob sie Kaufleute oder Nichtkaufleute sind oder ob der Vertrag handelsrechtlicher oder bürgerlich-rechtlicher Art ist.*

- Beide Parteien haben ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten
- Auch die Schweiz ist Vertragsstaat des CISG
- Damit kommt die Rückverweisung auf das IPR in Abs. 1 b) nicht zum Tragen
- Ob der Kunde Vollkaufmann ist, spielt nach Abs. 3 keine Rolle
- Der internationale Anwendungsbereich ist eröffnet (siehe BGH CISG-Online Nr. 1872).

## Sachlicher Anwendungsbereich des CISG

### *Art. 1 [Anwendungsbereich]*

*(1) Dieses Übereinkommen ist auf Kaufverträge über Waren zwischen Parteien anzuwenden, die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben,*

- wenn diese Staaten Vertragsstaaten sind oder*
- wenn die Regeln des internationalen Privatrechts zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaats führen.*

*(3) Bei Anwendung dieses Übereinkommens wird weder berücksichtigt, welche Staatsangehörigkeit die Parteien haben, noch ob sie Kaufleute oder Nichtkaufleute sind*

*oder ob der Vertrag handelsrechtlicher oder bürgerlich-rechtlicher Art ist.*

## **Anwendbarkeit des CISG auf Standardsoftware**

Früher wurde teilweise die Ansicht vertreten, der Vertrag über die Überlassung von Software sei grundsätzlich ein Lizenzvertrag und als solcher ein Dauerschuldverhältnis sui generis, ein Kaufvertrag liege nur vor, wenn der Käufer die Software weiterveräußern dürfe (Moritz CR 1994, 257).

Inzwischen besteht in der deutschen Rechtsprechung und Literatur Einigkeit, dass das CISG jedenfalls auf Verträge über Standardsoftware anwendbar ist, die dem Benutzer auf Datenträgern übergeben wird, da die Hauptpflichten der Parteien bei der Überlassung von Standardsoftware den typischen Pflichten der Parteien eines Warenkaufvertrags entsprechen (OLG Koblenz RIW 1993, 934; [LG München, Urteil vom 8. Februar 1995, AZ: 8 HKO 24667/93](#); Schmitt CR 2001, 145, [Wenning Jur-PC 1995, 3458](#); Brandi-Dorn CR 1993, 473; Endler / Daub CR 1993, 601; Mistelis/Raymond, in: Kröll/Mistelis/Viscasillas, Art. 3 RN 24 und Art. 1 RN 40 m. w. N.; Bamberger/Roth/Hau/Poseck-Saenger Art. 1 CISG RN 8; MK HGB-Mankowski Art. 1 CISG RN 27).

Bei der Software des Mandanten handelt es sich um Standardsoftware, da sie nicht individuell für den Mandanten programmiert wurde, sondern in fertiger Form für alle Kunden zum Download bereitsteht (vgl. [Handelsgericht Zürich CISG online Nr. 637](#)).

Die Software wird dem Kunden jedoch nicht auf einem Datenträger übergeben, sondern wird über das Internet auf den Computer des Kunden übertragen.

## **Anwendbarkeit des CISG auf die Übertragung von Software über das Internet**

Der Anwendung des CISG auf den Vertrag könnte entgegenstehen, dass die Übertragung der Software zum Kunden über das Internet, also ohne körperlichen Datenträger, erfolgt (vgl. Bierehoven ITRB 2008, 19). Die ältere deutsche Rechtsprechung hat die Ansicht vertreten, als „Waren“ im Sinne von Art. 1 CISG seien nur bewegliche körperliche Sachen anzusehen (OLG Köln NJW-RR 1995, 245).

In der Literatur herrscht jedoch Einigkeit, dass es der Annahme eines Kaufvertrags im Sinne des Art. 1 Abs. 1 CISG nicht entgegensteht, wenn die Software über das Internet auf den Computer des Kunden überspielt wird, denn es laufe dem Zweck der Rechtsvereinheitlichung zuwider, wenn die Einordnung als Ware nur vom Übertragungsvorgang abhängig gemacht werde (Bamberger/Roth/Hau/Poseck-Saenger, Art. 1 CISG RN 8; MK HGB-Mankowski Art. 1 CISG RN 27; MK BGB-Huber, Art 1 CISG RN 20; Schmitt CR 2001, 145; [Wenning Jur-PC 1995, 3458](#); Endler / Daub CR 1993, 601).

Deutsche Urteile zur Einordnung des Software-Downloads existieren bisher nicht. Dagegen hat ein niederländisches Gericht die Übergabe auf einem körperlichen Datenträger ausdrücklich nicht als Voraussetzung für den Warenbegriff angesehen ([Rechtsbank Midden Nederland, CISG-Online Nr. 2591](#); siehe dazu Piltz NJW 2015, 2548).

## **Stellungnahme**

Die ältere deutsche Rechtsprechung stammt aus einer Zeit, als der Software-Download als Vertriebsweg in der deutschen Rechtsprechung noch weithin unbekannt war. Es fällt daher schwer, diese Rechtsprechung auf Internet-Sachverhalte anzuwenden.

Inzwischen ist der Software-Download ein etablierter Vertriebsweg, der einfach aus praktischen Gründen der Übersendung von Datenträgern vorgezogen wird. Dennoch sind die Interessen der Parteien auch in diesem Fall die gleichen wie bei sonstigen Kaufverträgen. Es erscheint daher unbillig, die Wareneigenschaft allein am Vertriebsweg festzumachen.

Der sachliche Anwendungsbereich des CISG ist eröffnet.

## **Ausschluss des CISG durch die Rechtswahlklausel?**

Nach Art. 6 CISG können die Parteien seine Anwendung ausschließen

### ***Art. 6 [Ausschluß, Abweichung oder Änderung durch Parteiabrede]***

*Die Parteien können die Anwendung dieses Übereinkommens ausschließen oder, vorbehaltlich des Artikels 12, von seinen Bestimmungen abweichen oder deren Wirkung ändern.*

Die Klausel „*Es gilt das Recht der Bundesrepublik Deutschland. Gerichtsstand ist Saarbrücken.*“ in den AGB des Mandanten könnte zum Ausschluss der Anwendung des CISG führen

Der Ausschluss des CISG kann auch in AGB vereinbart werden (Bamberger/Roth/Hau/Poseck-Saenger, Art. 6 CISG RN 2).

## **Einbeziehung der AGB in den Vertrag?**

Umstritten ist aber, ob der Abschluss der Vereinbarung über den Ausschluss des UN-Kaufrechts und damit auch die Einbeziehung der AGB dem UN-Kaufrecht unterliegt.

Huber ist der Ansicht, die Ausschlussvereinbarung und damit auch der Einbezug von AGB, die eine solche enthalten, richte sich nach dem nationalen Recht, das nach dem IPR anwendbar ist (MüKoBGB-Huber Art. 6 CISG RN 4).

Dagegen die ganz herrschende Meinung: Sowohl die Frage des wirksamen Ausschlusses des CISG als auch die Wirksamkeit der AGB-Einbeziehung richte sich nach dem CISG (OGH Österreich, CISG-Online Nr. 2845; Piltz NJW 2017,2449; Bamberger/Roth/Hau/Poseck-Saenger, Art. 6 CISG RN 2; MK HGB-Mankowski Art. 6 CISG RN 2; Schacherreiter, Öst. AnwBl 2016, 75).

Dem ist zu folgen, denn die Ansicht von Huber überzeugt nicht. Er will die Ausschlussvereinbarung vom Kaufvertrag trennen, auf den das UN-Kaufrecht anwendbar ist.

Zugleich will er das UN-Kaufrecht aber auf die Auslegung der Vereinbarung anwenden. Das passt nicht zusammen.

Das CISG enthält jedoch keine Bestimmungen zur Einbeziehung von AGB in einen Vertrag. Die wirksame Einbeziehung der AGB in den Vertrag bestimmt sich daher nach den Regeln in Teil II des CISG über den Abschluss des Vertrages (Bamberger/Roth-Saenger, Art. 6 CISG RN 2).

In einem ersten Schritt ist daher durch Auslegung nach Art. 8 CISG zu ermitteln, ob die AGB Bestandteil des Angebots waren, das der Käufer angenommen hat ([BGH NJW 2002, 370](#); OLG Stuttgart BeckRS 2016, 16830).

#### **Art. 8 [Auslegung von Erklärungen und Verhalten]**

- (1) Für die Zwecke dieses Übereinkommens sind Erklärungen und das sonstige Verhalten einer Partei nach deren Willen auszulegen, wenn die andere Partei diesen Willen kannte oder darüber nicht in Unkenntnis sein konnte.*
- (2) Ist Absatz 1 nicht anwendbar, so sind Erklärungen und das sonstige Verhalten einer Partei so auszulegen, wie eine vernünftige Person der gleichen Art wie die andere Partei sie unter den gleichen Umständen aufgefaßt hätte.*
- (3) Um den Willen einer Partei oder die Auffassung festzustellen, die eine vernünftige Person gehabt hätte, sind alle erheblichen Umstände zu berücksichtigen, insbesondere die Verhandlungen zwischen den Parteien, die zwischen ihnen entstandenen Gepflogenheiten, die Gebräuche und das spätere Verhalten der Parteien.*

Die Einbeziehung der AGB setzt daher voraus, dass für den Empfänger des Angebots der Wille des Anbietenden erkennbar ist, dieser wolle sie in den Vertrag einbeziehen. Dabei ist vom Verwender zu fordern, dass er den Text dem Kunden übersendet oder anderweitig zugänglich macht ([BGH NJW 2002, 370](#); OLG Stuttgart BeckRS 2016, 16830).

Die Regeln zur Einbeziehung von AGB sind somit unter Geltung des CISG schärfer als im innerdeutschen Handelskauf.

So ist es etwa umstritten, ob das bloße Bereithalten der AGB auf der Homepage genügt, um diese zu einem Teil des Angebots zu machen (dagegen Bamberger/Roth/Hau/Poseck-Saenger Art. 14 CISG RN 7; MüKo-HGB-Ferrari Art. 14 CISG RN 39; dafür jedenfalls bei online geschlossenen Verträgen MüKo-BGB-Gruber, Art. 14 CISG RN 30, offengelassen OLG Stuttgart BeckRS 2016, 16830).

In einem zweiten Schritt ist eine Willensübereinkunft nach Art. 14 und 18 CISG festzustellen (Piltz NJW 2011, 2261). Dafür genügt es, dass der Vertragspartner die AGB kennt und ihnen nicht widerspricht (Piltz NJW 2017, 2449).

Die Willensübereinkunft entspricht dem Zustandekommen eines Vertrages nach CISG durch Angebot und Annahme.

#### **Art. 14 [Begriff des Angebots]**

- (1) Der an eine oder mehrere bestimmte Personen gerichtete Vorschlag zum Abschluß eines Vertrages stellt ein Angebot dar, wenn er bestimmt genug ist und den Willen des*

Anbietenden zum Ausdruck bringt, im Falle der Annahme gebunden zu sein. Ein Vorschlag ist bestimmt genug, wenn er die Ware bezeichnet und ausdrücklich oder stillschweigend die Menge und den Preis festsetzt oder deren Festsetzung ermöglicht.

- (2) Ein Vorschlag, der nicht an eine oder mehrere bestimmte Personen gerichtet ist, gilt nur als Aufforderung, ein Angebot abzugeben, wenn nicht die Person, die den Vorschlag macht, das Gegenteil deutlich zum Ausdruck bringt.

#### **Art. 18 [Begriff der Annahme]**

- (1) Eine Erklärung oder ein sonstiges Verhalten des Empfängers, das eine Zustimmung zum Angebot ausdrückt, stellt eine Annahme dar. Schweigen oder Untätigkeit allein stellen keine Annahme dar.
- (2) Die Annahme eines Angebots wird wirksam, sobald die Äußerung der Zustimmung dem Anbietenden zugeht. Sie wird nicht wirksam, wenn die Äußerung der Zustimmung dem Anbietenden nicht innerhalb der von ihm gesetzten Frist oder, bei Fehlen einer solchen Frist, innerhalb einer angemessenen Frist zugeht; dabei sind die Umstände des Geschäfts einschließlich der Schnelligkeit der vom Anbietenden gewählten Übermittlungsart zu berücksichtigen. Ein mündliches Angebot muß sofort angenommen werden, wenn sich aus den Umständen nichts anderes ergibt.
- (3) Äußert jedoch der Empfänger aufgrund des Angebots, der zwischen den Parteien entstandenen Gepflogenheiten oder der Gebräuche seine Zustimmung dadurch, daß er eine Handlung vornimmt, die sich zum Beispiel auf die Absendung der Ware oder die Zahlung des Preises bezieht, ohne den Anbietenden davon zu unterrichten, so ist die Annahme zum Zeitpunkt der Handlung wirksam, sofern diese innerhalb der in Absatz 2 vorgeschriebenen Frist vorgenommen wird.

#### **Anwendung auf Fall 4**

Das Angebot des Mandanten bestand aus den auf der Homepage angegebenen Bedingungen zum Download der Software. Für den Kunden war erkennbar, dass die AGB Bestandteil dieses Angebots sein sollten, da sie ihm bei der Bestellung angezeigt wurden und er bestätigen musste, dass er sie gelesen hat.

Der Kunde hat das Angebot, wie es der Homepage zu entnehmen war, angenommen. Der Geltung der AGB hat er nicht widersprochen.

Die AGB wurden in den Vertrag einbezogen. Die Klausel „Es gilt das Recht der Bundesrepublik Deutschland. Gerichtsstand ist Saarbrücken.“ ist damit Bestandteil des Kaufvertrags.

#### **Ausschluss des CISG durch die Rechtswahlklausel?**

Fraglich bleibt, ob die Klausel „Es gilt das Recht der Bundesrepublik Deutschland. Gerichtsstand ist Saarbrücken.“ zum Ausschluss der Anwendung des CISG führt.

Durch diese Klausel wurde nach ihrem Wortlaut nur die Geltung des deutschen Rechts vereinbart.

Das deutsche Recht umfasst jedoch auch das UN-Kaufrecht. Daher führt die Vereinbarung der



Anwendung des deutschen Rechts allein nicht zum Ausschluss des UN-Kaufrechts (BGH ZIP 2018, 130 RN 38, BGH NJW 1997, 3309; Piltz NJW 2017, 2449). Das CISG ist Spezialgesetz und geht deutschem Schuldrecht vor (BGH ZIP 2018, 130 RN 38; Mäsch JUS 2018, 580).

Die Anwendung des CISG wurde durch die Rechtswahlklausel nicht ausgeschlossen.

Das CISG ist auf den Vertrag anwendbar.

## Rechte des Käufers bei Mängeln

### **Art. 45 [Rechtsbehelfe des Käufers; keine zusätzliche Frist]**

- (1) Erfüllt der Verkäufer eine seiner Pflichten nach dem Vertrag oder diesem Übereinkommen nicht, so kann der Käufer
  - a) die in [Artikel 46](#) bis [52](#) vorgesehenen Rechte ausüben;
  - b) Schadenersatz nach [Artikel 74](#) bis [77](#) verlangen.
- (2) Der Käufer verliert das Recht, Schadenersatz zu verlangen, nicht dadurch, daß er andere Rechtsbehelfe ausübt.
- (3) Übt der Käufer einen Rechtsbehelf wegen Vertragsverletzung aus, so darf ein Gericht oder Schiedsgericht dem Verkäufer keine zusätzliche Frist gewähren.

### **Art. 49 [Vertragsaufhebung]**

- (1) Der Käufer kann die Aufhebung des Vertrages erklären,
  - a) wenn die Nichterfüllung einer dem Verkäufer nach dem Vertrag oder diesem Übereinkommen obliegenden Pflicht eine wesentliche Vertragsverletzung darstellt oder [...]
- (2) Hat der Verkäufer die Ware geliefert, so verliert jedoch der Käufer sein Recht die Aufhebung des Vertrages zu erklären, wenn er [...]
  - a) im Falle einer anderen Vertragsverletzung als verspäteter Lieferung die Aufhebung nicht innerhalb einer angemessenen Frist erklärt,
    - i. nachdem er die Vertragsverletzung kannte oder kennen mußte, [...]

Die Vertragsaufhebung nach Art. 39 ist „ultima ratio“. Vorrangig ist Nachlieferung und Nachbesserung (OGH Wien IHR 2016, 58; Pika JUS 2016, 781).

### **Anwendung auf Fall 4:**

Der Kunde hat den Mangel erst sechs Monate nach dem Kauf gerügt. Fraglich erscheint daher, ob diese Rüge innerhalb angemessener Frist erfolgte.

Wenn keine besonderen Umstände vorliegen, beträgt die Dauer der angemessenen Rügefrist 14 Tage (OGH Wien IHR 2016, 58). Die Frist beginnt mit Kenntnis des Mangels oder fahrlässiger Unkenntnis.

Fahrlässige Unkenntnis liegt vor, wenn der Mangel bei gehöriger Untersuchung nach Art. 38 CISG erkannt worden wäre (Bamberger/Roth/Hau/Poseck-Saenger Art. 49 CISG RN 17; MüKoHGB-Benicke Art. 49 CISG RN 23; MüKoBGB-Huber Art. 49 CISG RN 68).

## Die Untersuchungs- und Rügepflicht

### **Art. 38 [Untersuchung der Ware]**

(1) *Der Käufer hat die Ware innerhalb einer so kurzen Frist zu untersuchen oder untersuchen zu lassen, wie es die Umstände erlauben. [...]*

### **Art. 39 [Mängelrüge]**

(1) *Der Käufer verliert das Recht, sich auf eine Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen, wenn er sie dem Verkäufer nicht innerhalb einer angemessenen Frist nach dem Zeitpunkt, in dem er sie festgestellt hat oder hätte feststellen müssen, anzeigt und dabei die Art der Vertragswidrigkeit genau bezeichnet.*

(2) *Der Käufer verliert in jedem Fall das Recht, sich auf die Vertragswidrigkeit der Ware zu berufen, wenn er sie nicht spätestens innerhalb von zwei Jahren, nachdem ihm die Ware tatsächlich übergeben worden ist, dem Verkäufer anzeigt, es sei denn, daß diese Frist mit einer vertraglichen Garantiefrist unvereinbar ist.*

Bei technischen Geräten sind grundsätzlich Sicht- und Funktionsprüfungen ausreichend (Piltz NJW 2017, 2449).

Eine Rüge, die mehr als einen Monat nach der Untersuchung erfolgt, ist in der Regel unangemessen im Sinne des Art. 39 Abs. 1 (OLG Düsseldorf BeckRS 2016, 07921; Piltz NJW 2017, 2449 m. w. N, Bamberger/Roth/Hau/Poseck-Saenger Art. 39 CISG RN 8 m. w. N.; MüKoHGB-Benicke Art. 39 RN 9), ebenso eine Rüge, die 3 Monate nach der ersten Feststellung von Mängeln erfolgt (OLG München CISG Online Nr. 2800).

## Rückschlüsse für Fall 4

- Der Kunde war nach Art. 38 verpflichtet, die Software innerhalb kurzer Frist nach dem Download zu testen
- Es kommt somit darauf an, ob der Fehler im Rahmen der verpflichtenden Untersuchung nach Art. 38 Abs. 1 erkennbar gewesen wäre.
- Der gerügte Fehler ist derart offensichtlich, dass er bei einem gewissenhaften Test der Software nach dem Download aufgefallen wäre. Der Kunde hätte den Fehler daher früher rügen müssen.
- Der Kunde hat seine Gewährleistungsrechte nach Art. 39 Abs. 1 CISG verloren.

# Taktisches Vorgehen

- Mandant empfehlen, den Kunden selbst auf die Rechtslage hinzuweisen
  - Die Einschaltung eines Rechtsanwalts gegenüber Kunden ist eine Ultima Ratio
  - Ggf. eine Einigung mit dem Kunden im Kulanzweg empfehlen (etwa eine frühere Nachbesserung durch das Update)
- Nur wenn der Kunde seinerseits einen Rechtsanwalt einschaltet:
  - Schreiben an den Rechtsanwalt und Zurückweisung des Anspruchs

## Falls es zum Rechtsstreit kommt: zuständiges Gericht?

### Zuständiges Gericht im Falle eines Prozesses

Die Gerichtsstandsvereinbarung lautet: „Gerichtsstand ist Saarbrücken“.

Das CISG enthält keine Regeln für die Zulässigkeit von Gerichtsstandsvereinbarungen. Diese unterfallen daher jedenfalls hinsichtlich der Anforderungen an ihr wirksames Zustandekommen nicht dem CISG, sondern dem dafür maßgeblichen Recht des Forumstaates (BGH NJW 2015, 2584, RN 56).

Da die Anwendbarkeit des deutschen Rechts vereinbart ist, gilt somit § 38 ZPO.

#### **§ 38 ZPO Zugelassene Gerichtsstandsvereinbarung**

- (1) *Ein an sich unzuständiges Gericht des ersten Rechtszuges wird durch ausdrückliche oder stillschweigende Vereinbarung der Parteien zuständig, wenn die Vertragsparteien **Kaufleute**, juristische Personen des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtliche Sondervermögen sind.*

#### **§ 1 HGB**

- (1) *Kaufmann im Sinne dieses Gesetzbuchs ist, wer ein Handelsgewerbe betreibt.*
- (2) *Handelsgewerbe ist jeder Gewerbebetrieb, es sei denn, daß das Unternehmen nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert.*

#### **§ 6 HGB**

(1) *Die in Betreff der Kaufleute gegebenen Vorschriften finden auch auf die Handelsgesellschaften Anwendung.*

- Die Parteien sind Kaufleute nach § 1 Abs. 1 bzw. § 6 Abs. 1 HGB
- Nach § 38 ZPO ist der Gerichtsstand Saarbrücken



## Fall 5

Ihr französischer Korrespondenzanwalt, Maitre Dominique Dedroit aus Sarreguemines, ruft Sie an und berichtet von seinem Mandanten Jaques Bisquite.

Dieser betreibe einen Online-Shop für Küchen- und Backartikel, die er fast ausschließlich an Privatpersonen verkaufe. Die Waren versende er mit der Post. Da er auch viele Kunden aus dem nahen Saarland habe, sei sein Online-Shop unter [www.bisquite.fr](http://www.bisquite.fr) nicht nur in französischer, sondern auch in deutscher Sprache abrufbar. Der Shop liege aber auf dem Server eines französischen Providers. Der Mandant sei so stolz auf seine vielen deutschen Kunden, dass er auf seiner Website auch ausdrücklich erwähne, dass auch viele deutsche Kunden seine Produkte schätzen.

Ein deutscher Privatkunde, Herr Sascha Schlauberger aus Saarbrücken, habe am 17. November 2017 einen Satz Ausstechförmchen bei ihm bestellt und am 22. November 2017 geliefert bekommen. Nun habe er sie am 19. Oktober 2018 per Nachnahme zurückgeschickt und ihm geschrieben, er widerrufe den Kaufvertrag und wolle sein Geld zurück.

Herr Bisquite möchte die Förmchen nicht zurücknehmen. Es könne doch nicht sein, dass ein Kunde nach fast einem Jahr das Recht hat, den Kaufvertrag zu widerrufen.

Der französische Kollege teilt mit, sein Mandant habe auf seiner Website nicht über ein Widerrufsrecht nach deutschem Recht belehrt. Er ist allerdings der Meinung, auf den Fall könnte deutsches Recht anwendbar sein.

Liegt er damit richtig?

Muss Herr Bisquite die Ausstechförmchen zurücknehmen?

## Anwendbarkeit des deutschen Rechts

Fraglich ist auch hier, ab das deutsche IPR nach dem EGBGB Anwendung findet:

**Art 3 Anwendungsbereich; Verhältnis zu Regelungen der Europäischen Gemeinschaft und zu völkerrechtlichen Vereinbarungen**

*Soweit nicht*

1. *unmittelbar anwendbare Regelungen der Europäischen Gemeinschaft in ihrer jeweils geltenden Fassung, insbesondere*

- a) die Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 („Rom II“) (ABl. EU Nr. L 199 S. 40) über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht sowie
  - b) die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) (ABl. L 177 vom 4.7.2008, S. 6), [...], oder
2. Regelungen in völkerrechtlichen Vereinbarungen, soweit sie unmittelbar anwendbares innerstaatliches Recht geworden sind, maßgeblich sind,

*bestimmt sich das anzuwendende Recht bei Sachverhalten mit einer Verbindung zu einem ausländischen Staat nach den Vorschriften dieses Kapitels (Internationales Privatrecht).*

Auch für diesen Vertrag könnte das CISG vorrangig anwendbar sein.

## **Internationaler Anwendungsbereich des CISG**

### **Art. 1 [Anwendungsbereich]**

- (1) *Dieses Übereinkommen ist auf Kaufverträge über Waren zwischen Parteien anzuwenden, die ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben,*
  - a) *wenn diese Staaten Vertragsstaaten sind oder*
  - b) *wenn die Regeln des internationalen Privatrechts zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaats führen. [...]*
- (3) *Bei Anwendung dieses Übereinkommens wird weder berücksichtigt, welche Staatsangehörigkeit die Parteien haben, noch ob sie Kaufleute oder Nichtkaufleute sind oder ob der Vertrag handelsrechtlicher oder bürgerlich-rechtlicher Art ist.*

Beide Parteien haben ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten

Auch Frankreich ist [Vertragsstaat](#) des CISG, damit kommt die Rückverweisung auf das IPR in Abs. 1 b) nicht zum Tragen. Ob der Kunde Vollkaufmann ist, spielt nach Abs. 3 keine Rolle.

Der internationale Anwendungsbereich ist eröffnet.

## **Sachlicher Anwendungsbereich des CISG**

### **Artikel 2 [Anwendungsausschlüsse]**

*Dieses Übereinkommen findet keine Anwendung auf den Kauf*

- a) *von Ware für den persönlichen Gebrauch oder den Gebrauch in der Familie oder im Haushalt, es sei denn, daß der Verkäufer vor oder bei Vertragsabschluß weder wußte noch wissen mußte, daß die Ware für einen solchen Gebrauch gekauft wurde,*

- b) *bei Versteigerungen,*
- c) *aufgrund von Zwangsvollstreckungs- oder anderen gerichtlichen Maßnahmen,*
- d) *von Wertpapieren oder Zahlungsmitteln,*
- e) *von Seeschiffen, Binnenschiffen, Luftkissenfahrzeugen oder Luftfahrzeugen,*
- f) *von elektrischer Energie.*

Das CISG findet keine Anwendung auf erkennbare Verbraucherkäufe (MK BGB-Martiny Art. 2 CISG RN 45). Die Verbraucherkäufe werden im CISG abweichend vom BGB nach dem Verwendungszweck definiert. Der Ausschluss greift jedoch nur ein, wenn der Verwendungszweck für den Unternehmer erkennbar war (MK HGB-Mankowski Art. 2 CISG RN 13 ff).

Die Ausstechförmchen wurden erkennbar für den persönlichen Gebrauch im Haushalt gekauft. Das CISG findet daher keine Anwendung.

### **Art 3 Anwendungsbereich; Verhältnis zu Regelungen der Europäischen Gemeinschaft und zu völkerrechtlichen Vereinbarungen**

*Soweit nicht*

3. *unmittelbar anwendbare Regelungen der Europäischen Gemeinschaft in ihrer jeweils geltenden Fassung, insbesondere*
  - c) *die Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 („Rom II“) (ABl. EU Nr. L 199 S. 40) über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht sowie*
  - d) *die Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juni 2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) (ABl. L 177 vom 4.7.2008, S. 6), [...], oder*
4. *Regelungen in völkerrechtlichen Vereinbarungen, soweit sie unmittelbar anwendbares innerstaatliches Recht geworden sind, maßgeblich sind,*

*bestimmt sich das anzuwendende Recht bei Sachverhalten mit einer Verbindung zu einem ausländischen Staat nach den Vorschriften dieses Kapitels (Internationales Privatrecht).*

Seit dem 17. Dezember 2009 ist auf vertragliche Schuldverhältnisse nur noch die Verordnung (EG) Nr. 393/2008 (so genannte „Rom I-VO“) anwendbar (MK-Martiny vor Art. 1 Rom I-VO RN 20). Die zuvor geltenden Art. 27-37 EGBGB wurden aufgehoben.

## Anwendbarkeit der ROM I Verordnung

### **Artikel 23 - Verhältnis zu anderen Gemeinschaftsrechtsakten**

*Mit Ausnahme von Artikel 7 berührt diese Verordnung nicht die Anwendung von Vorschriften des Gemeinschaftsrechts, die in besonderen Bereichen Kollisionsnormen für vertragliche Schuldverhältnisse enthalten.*

Es ist daher zu prüfen, ob es speziellere Vorschriften des EU-Rechts gibt.

## Herkunftslandprinzip

### **Artikel 3 der [Richtlinie 2000/31/EG](#): Binnenmarkt**

- (1) *Jeder Mitgliedstaat trägt dafür Sorge, daß die Dienste der Informationsgesellschaft, die von einem in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Diensteanbieter erbracht werden, den in diesem Mitgliedstaat geltenden innerstaatlichen Vorschriften entsprechen, die in den koordinierten Bereich fallen.*

Fraglich ist, ob das Herkunftslandprinzip eine besondere Kollisionsnorm im Sinne von Art. 23 Rom I VO ist.

Der EuGH hat die Ansicht vertreten, die E-Commerce Richtlinie schaffe nach Art. 1 Abs. 4 ausdrücklich keine Regeln im IPR. Es sei nicht nur der Wortlaut der Normen, sondern auch ihr Zusammenhang und ihre Ziele zu bewerten. Ziel von Art. 3 sei es, den freien Verkehr der Dienste im Binnenmarkt zu stärken. Dem würde es zuwiderlaufen, wenn der Diensteanbieter durch das IPR einem strengeren Recht unterworfen würde als in seinem Sitzstaat. Daher müssten die Mitgliedsstaaten sicherstellen, dass der Anbieter im Einzelfall keinem strengeren Recht unterliegt (GRUR 2012, 300 - eDateAdvertising ./ X und Martinez). Die Literatur ist dem EuGH z. T. gefolgt (MK BGB-Martiny § 3 TMG RN 37; Brand NJW 2012, 327; Kaufhold EuZW 2016, 247), vereinzelt hat sie die Frage offengelassen (Bamberger/Roth-Spickhoff Art. 23 Rom I VO RN 12; wohl auch Spindler/Schmitz-Spindler § 3 TMG RN 18 ff). Der BGH hat sich dem EuGH angeschlossen und entschieden, das Herkunftslandprinzip sei keine Kollisionsnorm, sondern ein sachrechtliches Beschränkungsverbot (NJW 2012, 2197).

Die Ansicht des EuGH läuft auf einen Günstigkeitsvergleich hinaus (Lehr NJW 2012, 705).

In Fall 5 kommt es auf diese Frage nur an, wenn das Herkunftslandprinzip Anwendung findet.



# Umsetzung des Herkunftslandprinzips im deutschen Recht

## **§ 2a TMG - Europäisches Sitzland**

(1) *Innerhalb des Geltungsbereichs der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (ABl. EG Nr. L 178 vom 17.7.2000, S. 1) bestimmt sich das Sitzland des Diensteanbieters danach, wo dieser seine Geschäftstätigkeit tatsächlich ausübt. Dies ist der Ort, an dem sich der Mittelpunkt der Tätigkeiten des Diensteanbieters im Hinblick auf ein bestimmtes Telemedienangebot befindet.*

## **§ 3 TMG - Herkunftslandprinzip**

- *In der Bundesrepublik Deutschland nach § 2a niedergelassene Diensteanbieter und ihre Telemedien unterliegen den Anforderungen des deutschen Rechts auch dann, wenn die Telemedien in einem anderen Staat innerhalb des Geltungsbereichs der Richtlinien 2000/31/EG und 89/552/EWG geschäftsmäßig angeboten oder erbracht werden.*

In Fall 5 wäre allerdings die französische Umsetzung anzuwenden.

Nach der Ansicht des EuGH müsste dann ein Günstigkeitsvergleich deutsches gegen französisches Verbrauchervertragsrecht durchgeführt werden.

Darauf kommt es nur an, wenn der Anwendungsbereich Herkunftslandprinzip eröffnet ist.

## **Ausnahmen vom Herkunftslandprinzip**

Das Herkunftslandprinzip kennt allerdings eine Reihe von Ausnahmen:

### **Artikel 3 der Richtlinie 2000/31/EG: Binnenmarkt**

*Die Absätze 1 und 2 finden keine Anwendung auf die im Anhang genannten Bereiche.*

## **ANHANG**

### **AUSNAHMEN IM RAHMEN VON ARTIKEL 3**

*Bereiche gemäß Artikel 3 Absatz 3, auf die Artikel 3 Absätze 1 und 2 keine Anwendung findet:*

*vertragliche Schuldverhältnisse in Bezug auf Verbraucherverträge;*

Das Herkunftslandprinzip findet keine Anwendung auf Verträge mit Verbrauchern (MK-Martiny § 3 TMG RN 43 ff)

## **§ 13 BGB - Verbraucher**

*Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zwecke abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann.*

- Herr Schlauberger ist Privatkäufer und damit Verbraucher im Sinne des § 13 BGB
- Das Herkunftslandprinzip ist nicht anwendbar

## Auf Verbraucherverträge anwendbares Recht

Die ROM I-VO trifft für Verbraucherverträge folgende Regelung:

### Artikel 6 **Verbraucherverträge**

(1) *Unbeschadet der Artikel 5 und 7 unterliegt ein Vertrag, den eine natürliche Person zu einem Zweck, der nicht ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zugerechnet werden kann („Verbraucher“), mit einer anderen Person geschlossen hat, die in Ausübung ihrer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit handelt („Unternehmer“), dem Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, sofern der Unternehmer*

- *seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in dem Staat ausübt, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat, oder*
- *eine solche Tätigkeit auf irgend einer Weise auf diesen Staat oder auf mehrere Staaten, einschließlich dieses Staates, ausrichtet*

*und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt.*

Eine ähnliche Regelung findet sich in Art. 17 EuGVVO:

### **Art. 17 EuGVVO (früher Art. 15)**

c) *in allen anderen Fällen, wenn der andere Vertragspartner in dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, eine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit ausübt oder eine solche auf irgend einem Wege auf diesen Mitgliedstaat oder auf mehrere Staaten, einschließlich dieses Mitgliedstaats, ausrichtet und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt*

Folgende Anhaltspunkte sprechen laut EuGH für ein „Ausrichten auf einen anderen Staat“ im Sinne von Art. 17 c) (früher Art. 15 c) EuGVVO (NJW 2011, 505 – Pammer ./ . Alphof):

- Anfahrtsbeschreibungen von anderen Mitgliedsstaaten zum Sitz des Unternehmers
- Verwendung einer anderen Sprache oder Währung als der im Heimatland des Unternehmers
- Angabe von Telefonnummern mit internationaler Vorwahl
- Angaben für Internet-Suchmaschinen, die ausländischen Benutzern das Auffinden erleichtern sollen
- Die Verwendung einer anderen Top-Level-Domain als der des Heimatlandes
- Die ausdrückliche Erwähnung einer internationalen Kundschaft

Folgende Anhaltspunkte sind jedoch nicht Voraussetzung für ein „Ausrichten“:

- Es muss sich nicht um ein Fernabsatzgeschäft handeln ( EuZW 2012, 917 - „Mühleitner“)
- Die Website muss für den Vertragsschluss nicht kausal sein (MMR 2014, 29 - „Emrek“)

Die Kriterien sind in der Literatur vereinzelt kritisiert worden, so hält etwa Wilke Domainnamen und Vorwahlen als alleinige Kriterien für unzureichend (EuZW 2015, 13). Der EuGH ist aber wohl nicht so zu verstehen, dass die Erfüllung eines Kriteriums in jedem Einzelfall genügt. Der BGH hat sich den Kriterien des EuGH angeschlossen und sie auch auf Dienstleistungen angewendet, wobei dabei die Werbung, die Sprache des potenziellen Kunden zu sprechen, ausschlaggebend sein kann (BGH ZIP 2017, 985, RN 24ff).

## Anwendbares Recht in Fall 5

Nach Erwägungsgrund 24 sollen die Kriterien in der Rom I VO gleich der EuGVVO ausgelegt werden:

*(24) [...] Um die Übereinstimmung mit der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 zu wahren, ist zum einen als Voraussetzung für die Anwendung der Verbraucherschutznorm auf das Kriterium der ausgerichteten Tätigkeit zu verweisen und zum anderen auf die Notwendigkeit, dass dieses Kriterium in der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 und der vorliegenden Verordnung einheitlich ausgelegt wird, [...]*

Vor diesem Hintergrund können die Kriterien des EuGH auch auf die Auslegung von Art. 6 Rom I VO übertragen werden (MK-Martiny Art. 6 Rom I VO RN 38; Wilke EuZW 2015, 13).

Ein Anhaltspunkt gegen ein Ausrichten des Online-Shops auf Deutschland ist die Toplevel-Domain „.fr“. Dagegen spricht für eine Ausrichtung auf das deutschsprachige Ausland die deutschsprachige Version des Shops.

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist ein weiterer Anhaltspunkt für eine Ausrichtung auf Deutschland die ausdrückliche Erwähnung der deutschen Kundschaft.

Nach den Kriterien des EuGH sprechen mehr Anhaltspunkte für eine Ausrichtung des Online-Shops auch auf deutsche Kunden.

Die gewerbliche Tätigkeit richtet sich damit auch auf Deutschland.

Es ist deutsches Recht anwendbar.

# Das Widerrufsrecht

Das Widerrufsrecht könnte sich aus § 312g Abs. 1 BGB ergeben:

## **§ 312g Widerrufsrecht**

- (1) Dem Verbraucher steht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und bei Fernabsatzverträgen ein Widerrufsrecht gemäß § 355 zu.*
- (2) Das Widerrufsrecht besteht, soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben, nicht bei folgenden Verträgen:*
  - 1. Verträge zur Lieferung von Waren, die nicht vorgefertigt sind und für deren Herstellung eine individuelle Auswahl oder Bestimmung durch den Verbraucher maßgeblich ist oder die eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse des Verbrauchers zugeschnitten sind,*
  - 2. Verträge zur Lieferung von Waren, die schnell verderben können oder deren Verfallsdatum schnell überschritten würde,*
  - 3. Verträge zur Lieferung versiegelter Waren, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht zur Rückgabe geeignet sind, wenn ihre Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde,*
  - 4. Verträge zur Lieferung von Waren, wenn diese nach der Lieferung auf Grund ihrer Beschaffenheit untrennbar mit anderen Gütern vermischt wurden,*
  - 5. Verträge zur Lieferung alkoholischer Getränke, deren Preis bei Vertragsschluss vereinbart wurde, die aber frühestens 30 Tage nach Vertragsschluss geliefert werden können und deren aktueller Wert von Schwankungen auf dem Markt abhängt, auf die der Unternehmer keinen Einfluss hat,*
  - 6. Verträge zur Lieferung von Ton- oder Videoaufnahmen oder Computersoftware in einer versiegelten Packung, wenn die Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde,*
  - 7. Verträge zur Lieferung von Zeitungen, Zeitschriften oder Illustrierten mit Ausnahme von Abonnement-Verträgen,*
  - 8. Verträge zur Lieferung von Waren oder zur Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich Finanzdienstleistungen, deren Preis von Schwankungen auf dem Finanzmarkt abhängt, auf die der Unternehmer keinen Einfluss hat und die innerhalb der Widerrufsfrist auftreten können, insbesondere Dienstleistungen im Zusammenhang mit Aktien, mit Anteilen an offenen Investmentvermögen im Sinne von § 1 Absatz 4 des Kapitalanlagegesetzbuchs und mit anderen handelbaren Wertpapieren, Devisen, Derivaten oder Geldmarktinstrumenten,*
  - 9. Verträge zur Erbringung von Dienstleistungen in den Bereichen Beherbergung zu anderen Zwecken als zu Wohnzwecken, Beförderung von Waren, Kraftfahrzeugvermietung, Lieferung von Speisen und Getränken sowie zur Erbringung*

*weiterer Dienstleistungen im Zusammenhang mit Freizeitbetätigungen, wenn der Vertrag für die Erbringung einen spezifischen Termin oder Zeitraum vorsieht,*

- 10. Verträge, die im Rahmen einer Vermarktungsform geschlossen werden, bei der der Unternehmer Verbrauchern, die persönlich anwesend sind oder denen diese Möglichkeit gewährt wird, Waren oder Dienstleistungen anbietet, und zwar in einem vom Versteigerer durchgeführten, auf konkurrierenden Geboten basierenden transparenten Verfahren, bei dem der Bieter, der den Zuschlag erhalten hat, zum Erwerb der Waren oder Dienstleistungen verpflichtet ist (öffentlich zugängliche Versteigerung),*
- 11. Verträge, bei denen der Verbraucher den Unternehmer ausdrücklich aufgefordert hat, ihn aufzusuchen, um dringende Reparatur- oder Instandhaltungsarbeiten vorzunehmen; dies gilt nicht hinsichtlich weiterer bei dem Besuch erbrachter Dienstleistungen, die der Verbraucher nicht ausdrücklich verlangt hat, oder hinsichtlich solcher bei dem Besuch gelieferter Waren, die bei der Instandhaltung oder Reparatur nicht unbedingt als Ersatzteile benötigt werden,*
- 12. Verträge zur Erbringung von Wett- und Lotteriedienstleistungen, es sei denn, dass der Verbraucher seine Vertragserklärung telefonisch abgegeben hat oder der Vertrag außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen wurde, und*
- 13. notariell beurkundete Verträge; dies gilt für Fernabsatzverträge über Finanzdienstleistungen nur, wenn der Notar bestätigt, dass die Rechte des Verbrauchers aus § 312d Absatz 2 gewahrt sind.*

*Die Ausnahme nach Satz 1 Nummer 9 gilt nicht für Verträge über Reiseleistungen nach § 651a, wenn diese außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen worden sind, es sei denn, die mündlichen Verhandlungen, auf denen der Vertragsschluss beruht, sind auf vorhergehende Bestellung des Verbrauchers geführt worden.*

- (3) Das Widerrufsrecht besteht ferner nicht bei Verträgen, bei denen dem Verbraucher bereits auf Grund der §§ 495, 506 bis 512 ein Widerrufsrecht nach § 355 zusteht, und nicht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, bei denen dem Verbraucher bereits nach § 305 Absatz 1 bis 6 des Kapitalanlagegesetzbuchs ein Widerrufsrecht zusteht.*

Keine Ausnahme greift ein.

Voraussetzung ist das Vorliegen eines Fernabsatzvertrages:

### **§ 312c Fernabsatzverträge**

- (1) Fernabsatzverträge sind Verträge, bei denen der Unternehmer oder eine in seinem Namen oder Auftrag handelnde Person und der Verbraucher für die Vertragsverhandlungen und den Vertragsschluss ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwenden, es sei denn, dass der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt.*

*(2) Fernkommunikationsmittel im Sinne dieses Gesetzes sind alle Kommunikationsmittel, die zur Anbahnung oder zum Abschluss eines Vertrags eingesetzt werden können, ohne dass die Vertragsparteien gleichzeitig körperlich anwesend sind, wie Briefe, Kataloge, Telefonanrufe, Telekopien, E-Mails, über den Mobilfunkdienst versendete Nachrichten (SMS) sowie Rundfunk und Telemedien.*

Ein Fernabsatzvertrag liegt vor, wenn es sich bei der Website um ein Telemedium handelt.

Der Begriff „Telemedien“ ist an die Definition in § 1 TMG angelehnt (MK-Wendehorst § 312c BGB RN 13, Fußnote 10).

### **§ 1 TMG - Anwendungsbereich**

*(1) (1) Dieses Gesetz gilt für alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit sie nicht Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 des Telekommunikationsgesetzes, die ganz in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen, telekommunikationsgestützte Dienste nach § 3 Nr. 25 des Telekommunikationsgesetzes oder Rundfunk nach § 2 des Rundfunkstaatsvertrages sind (Telemedien). Dieses Gesetz gilt für alle Anbieter einschließlich der öffentlichen Stellen unabhängig davon, ob für die Nutzung ein Entgelt erhoben wird. [...]*

Online-Angebote von Waren mit Bestellmöglichkeit sind Telemediendienste (Roßnagel, TMG, Einleitung RN 32; Gersdorf/Paal-Martini § 1 TMG RN 7) und gehören damit zu den Telemedien im Sinne des § 1 TMG.

In Fall 5 handelt sich um einen Fernabsatzvertrag.

Herrn Schlauberger steht grundsätzlich ein Widerrufsrecht zu.

## **Das Widerrufsrecht - Form**

### **§ 355 Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen**

*(1) Wird einem Verbraucher durch Gesetz ein Widerrufsrecht nach dieser Vorschrift eingeräumt, so sind der Verbraucher und der Unternehmer an ihre auf den Abschluss des Vertrags gerichteten Willenserklärungen nicht mehr gebunden, wenn der Verbraucher seine Willenserklärung fristgerecht widerrufen hat. Der Widerruf erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer. Aus der Erklärung muss der Entschluss des Verbrauchers zum Widerruf des Vertrags eindeutig hervorgehen. Der Widerruf muss keine Begründung enthalten. Zur Fristwahrung genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs.*

Der Widerruf ist formlos möglich. Er kann z. B. mündlich, telefonisch oder per Mail erklärt werden (OLG Düsseldorf GRUR-RR 2015, 225; Bamberger/Roth/Hau/Poseck – Müller-Christmann § 355 RN 25).

Umstritten ist, ob es genügt, nur die Ware zurückzusenden. Die Rechtsprechung und die überwiegende Literatur verneint dies unter Verweis auf den Wortlaut des Gesetzes (OLG Düsseldorf GRUR-RR 2015, 225; Bamberger/Roth/Hau/Poseck – Müller-Christmann § 355 RN 23; MK-Fritsche § 355 RN 41), während eine Ansicht weiterhin eine Rücksendung genügen lassen will, wenn diese als konkludente Widerrufserklärung ausgelegt werden kann. Die Richtlinie lasse im Gegensatz zum deutschen Gesetzeswortlaut eine konkludente Widerrufserklärung zu, so dass das deutsche Gesetz richtlinienkonform auszulegen sei (Hoffmann / Schneider NJW 2015, 2529). Der BGH hat diese Frage offen gelassen (MMR 2017, 615).

### **Stellungnahme:**

#### ***Artikel 11 Verbraucherrechte-Richtlinie - Ausübung des Widerrufsrechts***

*(1) (1) Der Verbraucher informiert den Unternehmer vor Ablauf der Widerrufsfrist über seinen Entschluss, den Vertrag zu widerrufen. Der Verbraucher kann zu diesem Zweck entweder*

- a) das Muster-Widerrufsformular des Anhangs I Teil B verwenden oder*
- b) eine entsprechende Erklärung in beliebiger anderer Form abgeben, aus der sein Entschluss zum Widerruf des Vertrags eindeutig hervorgeht.*

*Die Mitgliedstaaten legen für das Muster-Widerrufsformular keine weiteren Formvorschriften außer den in Anhang I Teil B genannten fest.*

*(2) Die in Artikel 9 Absatz 2 und in Artikel 10 genannte Widerrufsfrist ist gewahrt, wenn der Verbraucher die Mitteilung über die Ausübung des Widerrufsrechts vor Ablauf der Widerrufsfrist absendet.*

*(4) Die Beweislast für die Ausübung des Widerrufsrechts nach diesem Artikel obliegt dem Verbraucher.*

Auch die Richtlinie geht von einer Erklärung des Verbrauchers aus. Die Ansicht von Hoffmann/Schneider ist damit nicht nachvollziehbar.

In Fall 5 hat Herr Schlauberger erklärt, er widerrufe den Kaufvertrag. Er hat damit den Widerruf erklärt. Auf den Meinungsstreit kommt es damit nicht an.

Der Widerruf ist ein Gestaltungsrecht ähnlich dem Rücktritt (Bamberger/Roth/Hau/Poseck – Müller-Christmann § 355 RN 13; MK-Fritsche § 355 RN 38). Er hat die Wirkung, dass der Verbraucher nicht mehr an seine Willenserklärung gebunden ist. Dadurch entsteht ein Rückgewährschuldverhältnis, und auch der Unternehmer ist nicht mehr an seine Willenserklärung gebunden (MK-Fritsche § 355 RN 24).

Voraussetzung ist aber, dass der Widerruf fristgerecht erfolgt.

## **Beginn und Dauer der Widerrufsfrist**

### **§ 356 Widerrufsrecht bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen und Fernabsatzverträgen**

*(2) Die Widerrufsfrist beginnt*

*1. bei einem Verbrauchsgüterkauf,*

- a) der nicht unter die Buchstaben b bis d fällt, sobald der Verbraucher oder ein von ihm benannter Dritter, der nicht Frachtführer ist, die Waren erhalten hat,*
- b) bei dem der Verbraucher mehrere Waren im Rahmen einer einheitlichen Bestellung bestellt hat und die Waren getrennt geliefert werden, sobald der Verbraucher oder ein von ihm benannter Dritter, der nicht Frachtführer ist, die letzte Ware erhalten hat,*
- c) bei dem die Ware in mehreren Teilsendungen oder Stücken geliefert wird, sobald der Verbraucher oder ein vom Verbraucher benannter Dritter, der nicht Frachtführer ist, die letzte Teilsendung oder das letzte Stück erhalten hat,*
- d) der auf die regelmäßige Lieferung von Waren über einen festgelegten Zeitraum gerichtet ist, sobald der Verbraucher oder ein von ihm benannter Dritter, der nicht Frachtführer ist, die erste Ware erhalten hat. [...]*

*(3) Die Widerrufsfrist beginnt nicht, bevor der Unternehmer den Verbraucher entsprechend den Anforderungen des Artikels 246a § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 oder des Artikels 246b § 2 Absatz 1 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche unterrichtet hat. Das Widerrufsrecht erlischt spätestens zwölf Monate und 14 Tage nach dem in Absatz 2 oder § 355 Absatz 2 Satz 2 genannten Zeitpunkt. Satz 2 ist auf Verträge über Finanzdienstleistungen nicht anwendbar.*

Die Widerrufsfrist in Fall 5 hat noch nicht zu laufen begonnen, da keine Belehrung erfolgt ist.

Das Widerrufsrecht ist auch nach § 356 Abs. 3 Satz 2 noch nicht erloschen. Es erlischt erst ein Jahr und 14 Tage nach Erhalt der Ware, in Fall 5 also am 5. Januar 2016. Reiner Zeitablauf führt auch nicht zur Verwirkung des Widerrufsrechts (LG Leipzig NJW 2015, 1329).

Herr Schlauberger kann den Widerruf noch erklären.

## **Taktisches Vorgehen**

- Dem Kollegen erklären, dass deutsches Recht Anwendung findet.
- Dem Kollegen erklären, dass dem Kunden nach § 355 Abs. 1 BGB ein Widerrufsrecht zusteht, dass auch nach mehr als sechs Monaten noch ausgeübt werden kann, da die Widerrufsfrist nach § 356 Abs. 2 BGB mangels Belehrung noch nicht zu laufen begonnen hat und das



Widerrufsrecht nach § 356 Abs. 3 BGB erst am 1. Dezember 2018 erlöschen wird.

- Dem Kollegen anbieten, seinem Mandanten bei der Gestaltung eines Shops für deutsche Kunden behilflich zu sein