

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 522

**Der Anspruchsausschluss
nach § 361 Abs. 1 BGB
im Lichte des unionsrechtlichen
Verbots des Rechtsmissbrauchs**

Zugleich eine Analyse von § 241a BGB

Von

Marco Förderer



Duncker & Humblot · Berlin

MARCO FÖRDERER

Der Anspruchsausschluss nach § 361 Abs. 1 BGB im Lichte
des unionsrechtlichen Verbots des Rechtsmissbrauchs

Schriften zum Bürgerlichen Recht

Band 522

Der Anspruchsausschluss nach § 361 Abs. 1 BGB im Lichte des unionsrechtlichen Verbots des Rechtsmissbrauchs

Zugleich eine Analyse von § 241a BGB

Von

Marco Förderer



Duncker & Humblot · Berlin

Der Fachbereich Rechtswissenschaft der Philipps-Universität Marburg
hat diese Arbeit im Jahre 2019 als Dissertation angenommen.

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.

Alle Rechte vorbehalten
© 2021 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI buchbücher.de GmbH, Birkach
Printed in Germany

ISSN 0720-7387
ISBN 978-3-428-18072-1 (Print)
ISBN 978-3-428-58072-9 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/2018 von der Fakultät für Rechtswissenschaften der Philipps-Universität Marburg als Dissertation angenommen. Sie wurde gefördert durch die Universitätsstiftung der Philipps-Universität Marburg. Die eingearbeitete Gesetzgebung, Rechtsprechung und Literatur befinden sich auf dem Stand von September 2019.

Mein ganz besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Tobias Helms, der mein Interesse für das Zivilrecht bereits seit dem vierten Semester durch eine Tätigkeit als studentische Hilfskraft an seinem Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Privatrechtsvergleichung der Philipps-Universität Marburg förderte und hierdurch zugleich den Grundstein für die spätere Anfertigung dieser Arbeit auf dem Gebiet des Zivilrechts gelegt hat. Während meiner darauffolgenden Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter begleitete er mich den kompletten Schreibprozess über mit seiner fachlichen Expertise und kritischen sowie konstruktiven Anmerkungen in einer außergewöhnlich angenehmen Arbeitsatmosphäre.

Ebenfalls danken möchte ich Herrn Prof. Dr. Constantin Willems, der nicht nur in kürzester Zeit das Zweitgutachten erstellt hat, sondern auch zahlreiche hilfreiche Anmerkungen hatte.

Für die vielen konstruktiven Diskussionen danke ich insbesondere meinen Freunden und seinerzeitigen Kollegen am Lehrstuhl Herrn Nils Heuser und Herrn Dr. Fabian Laurent Schirmer.

Zudem danke ich meinem Opa, Herrn Horst Schu sowie meinen Freunden Herrn Nils Heuser und Herrn Martin Labes für die kritische Durchsicht der Arbeit und die zahlreichen Anregungen.

Abschließend möchte ich meiner gesamten Familie danken, allen voran meinen beiden Eltern, Michaela und Joachim, für ihre immerwährende Unterstützung und Förderung über die gesamte Studien- und Promotionszeit.

Frankfurt, im März 2020

Marco Förderer

Inhaltsübersicht

Einleitung	15
------------------	----

Kapitel 1

Grundlagen	19
-------------------------	----

§ 1 Mindestharmonisierung vs. Vollharmonisierung	19
---	----

§ 2 Abgrenzung von Unternehmern und Verbrauchern	20
---	----

Kapitel 2

Unbestellte Leistungen nach § 241a Abs. 1 BGB als Vergleichsmodell	23
---	----

§ 1 Grundlagen	23
-----------------------------	----

A. Historie	23
B. Rechtsfolgen des § 241a Abs. 1 BGB	23

§ 2 Der Anspruchsausschluss und seine Reichweite	37
---	----

A. Richtlinienkonforme Umsetzung des § 241a Abs. 1 BGB	37
B. Einzelne Ansprüche des Unternehmers gegen den Verbraucher	40
C. Einzelne Ansprüche des Unternehmers gegen Dritte	43
D. Ansprüche Dritter gegen den Verbraucher	44

§ 3 Missbrauchsmöglichkeiten des Verbrauchers im Rahmen von § 241a Abs. 1 BGB	45
--	----

Kapitel 3

Die Wertersatzpflicht und der Anspruchsausschluss infolge des Widerrufs	46
--	----

§ 1 Grundlagen	46
-----------------------------	----

A. Historische Entwicklung der Wertersatzpflicht aus § 357 Abs. 7 BGB und des Anspruchsausschlusses aus § 361 Abs. 1 BGB	46
B. Die Wertersatzpflicht aus § 357 Abs. 7 BGB	51

§ 2 Einführung in die Ausschlusswirkung des § 361 Abs. 1 BGB	58
---	----

A. Europarechtlicher Hintergrund	58
B. Problemaufriss	59
C. Vom Ausschluss erfasste Ansprüche: geklärte Fragen	60
D. Nicht vom Ausschluss erfasste Ansprüche	60
E. Ausschlusswirkung hinsichtlich der Ansprüche des Verbrauchers gegen den Unternehmer oder Dritte	62

§ 3 Korrektur vor dem Hintergrund von Missbrauchsmöglichkeiten	67
A. Die Ausgangsproblematik der Beschädigung und Zerstörung der empfangenen Ware	67
B. Die Gefahr des Missbrauchs	117
C. Dogmatische Umsetzungsmöglichkeiten zur Vermeidung von Missbrauchsmöglichkeiten: § 242 BGB und der unionsrechtliche Grundsatz des Verbots von Rechtsmissbrauch	127
§ 4 Reichweite des Anspruchsausschlusses des § 361 Abs. 1 BGB in Dreipersonenverhältnissen	185
A. Die Weiterveräußerung der Ware an Dritte	185
B. Die Verschenkung der Ware an Dritte	197
<i>Kapitel 4</i>	
Vergleich von § 241a BGB und § 361 Abs. 1 BGB	200
<i>Kapitel 5</i>	
Schluss	203
§ 1 Fazit zu § 241a BGB	203
§ 2 Fazit zu § 361 Abs. 1 BGB	204
Literaturverzeichnis	210
Sachwortverzeichnis	225

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	15
-------------------------	----

Kapitel 1

Grundlagen	19
-------------------	----

§ 1 Mindestharmonisierung vs. Vollharmonisierung	19
--	----

§ 2 Abgrenzung von Unternehmern und Verbrauchern	20
--	----

Kapitel 2

Unbestellte Leistungen nach § 241a Abs. 1 BGB als Vergleichsmodell	23
---	----

§ 1 Grundlagen	23
----------------------	----

A. Historie	23
-------------------	----

B. Rechtsfolgen des § 241a Abs. 1 BGB	23
---	----

I. Erhöhte Anforderungen an eine Willenserklärung des Verbrauchers	24
--	----

II. Auswirkungen auf die Eigentumslage	26
--	----

III. Recht zum Besitz	29
-----------------------------	----

1. Zwei-Personen Verhältnis	30
-----------------------------------	----

2. Drei-Personen Verhältnis	30
-----------------------------------	----

a) Verkauf/Verschenkung an Dritte	30
---	----

b) Vermietung/Verleihung an Dritte	31
--	----

c) Zerstörung der Ware durch einen Dritten	32
--	----

3. Fazit	33
----------------	----

IV. Verfügungsbefugnis	34
------------------------------	----

§ 2 Der Anspruchsausschluss und seine Reichweite	37
--	----

A. Richtlinienkonforme Umsetzung des § 241a Abs. 1 BGB	37
--	----

I. Gesetzliche Ansprüche als „Gegenleistung“ im Sinne des Art. 27 VRRL ...	38
--	----

II. Beschränkung des Regelungsbereichs von Art. 27 VRRL auf die vertragliche Ebene	39
--	----

B. Einzelne Ansprüche des Unternehmers gegen den Verbraucher	40
--	----

I. Ansprüche auf Herausgabe	41
-----------------------------------	----

II. Ansprüche auf Erlösherausgabe	41
III. Ansprüche auf Schadensersatz	42
IV. Ansprüche aus berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag	42
C. Einzelne Ansprüche des Unternehmers gegen Dritte	43
D. Ansprüche Dritter gegen den Verbraucher	44
§ 3 Missbrauchsmöglichkeiten des Verbrauchers im Rahmen von § 241a Abs. 1 BGB	45

Kapitel 3

Die Wertersatzpflicht und der Ausschluss infolge des Widerrufs	46
§ 1 Grundlagen	46
A. Historische Entwicklung der Wertersatzpflicht aus § 357 Abs. 7 BGB und des Anspruchsausschlusses aus § 361 Abs. 1 BGB	46
B. Die Wertersatzpflicht aus § 357 Abs. 7 BGB	51
I. Wertverlust der Ware	51
II. Umgang mit der Ware außerhalb des erforderlichen Prüfungsumfangs – Erfordernis eines Vertretenmüssens?	52
III. Belehrungspflicht des Unternehmers	55
IV. Berechnung des Wertersatzes	57
V. Fazit	58
§ 2 Einführung in die Ausschlusswirkung des § 361 Abs. 1 BGB	58
A. Europarechtlicher Hintergrund	58
B. Problemaufriss	59
C. Vom Ausschluss erfasste Ansprüche: geklärte Fragen	60
D. Nicht vom Ausschluss erfasste Ansprüche	60
E. Ausschlusswirkung hinsichtlich der Ansprüche des Verbrauchers gegen den Unternehmer oder Dritte	62
I. Haftung des Unternehmers für eine fehlerhafte oder unterbliebene Wider- rufsbelehrung	62
II. Haftung bei der Verletzung sonstiger Aufklärungspflichten	65
III. Pflicht zum Ersatz von Verwendungen auf die Ware	65
IV. Ansprüche des Verbrauchers gegen Dritte	67
§ 3 Korrektur vor dem Hintergrund von Missbrauchsmöglichkeiten	67
A. Die Ausgangsproblematik der Beschädigung und Zerstörung der empfangenen Ware	67
I. Die Sachlage vor Kenntnis des Verbrauchers vom Widerrufsrecht (Phase 1)	67

- II. Die Sachlage ab Kenntnis des Verbrauchers vom Widerrufsrecht, aber vor dessen Ausübung (Phase 2) 73
 - 1. Parallele Diskussion im Rücktrittsfolgenrecht 74
 - a) Teleologische Reduktion bei Kenntnis vom Rücktrittsrecht 75
 - b) Teleologische Reduktion ab dem Kennenmüssen des Rücktrittsrechts 78
 - c) Ablehnung einer teleologischen Reduktion und Lösung über das Schadensersatzrecht 78
 - aa) Das Rückgewährschuldverhältnis als Haftungsgrundlage 79
 - bb) Der ursprüngliche Kaufvertrag als Haftungsgrundlage 83
 - 2. Folgen für die Beurteilung der Sachlage im Widerrufsfolgenrecht 86
- III. Die Sachlage nach Erklärung des Widerrufs durch den Verbraucher (Phase 3) 94
- IV. Auslegung der Sperrwirkung des § 361 Abs. 1 BGB 97
 - 1. Die Umsetzungsgrundlage des Art. 14 Abs. 5 VRRL 98
 - 2. Einschränkende Auslegung des Art. 14 Abs. 5 VRRL unter Berücksichtigung des Erwägungsgrundes 48 Satz 2 VRRL 103
 - 3. Folgen für die Auslegung des § 361 Abs. 1 BGB 104
 - a) Konkretisierungsansätze für das Merkmal „infolge des Widerrufs“ ... 104
 - b) Stellungnahme zu den bisherigen Konkretisierungsansätzen 109
 - c) Eigener Konkretisierungsansatz 115
 - d) Folgen für den Beispielfall 116
- V. Zwischenergebnis 116
- B. Die Gefahr des Missbrauchs 117
 - I. Allgemeine Erwägungen zum Begriff des Rechtsmissbrauchs nach deutschem Recht 117
 - II. Die Missbrauchsgefahr vor Kenntnis des Verbrauchers vom Widerrufsrecht (Phase 1) 119
 - III. Die Missbrauchsgefahr ab Kenntnis des Verbrauchers vom Widerrufsrecht (Phase 2) 120
 - IV. Die Missbrauchsgefahr nach Erklärung des Widerrufs durch den Verbraucher (Phase 3) 122
 - V. Alternative Anknüpfung: Rechtsmissbräuchliche Ausübung des Widerrufsrechts 126
 - VI. Zusammenfassung 127
- C. Dogmatische Umsetzungsmöglichkeiten zur Vermeidung von Missbrauchsmöglichkeiten: § 242 BGB und der unionsrechtliche Grundsatz des Verbots von Rechtsmissbrauch 127
 - I. Historische Entwicklung des unionsrechtlichen Grundsatzes des Verbots von Rechtsmissbrauch 129
 - 1. Beginn der Entwicklung im Rahmen der Grundfreiheiten 129
 - 2. Weiterentwicklung im Rahmen von Verordnungen 132
 - 3. Die Fortsetzung im Rahmen von Richtlinien 135

II. Kategorisierung der Fälle des Rechtsmissbrauchs in der Rechtsprechung des EuGH	145
1. Unterscheidung zwischen Primär- und Sekundärrecht	146
2. Unterscheidung zwischen nationaler Normvermeidung und nationaler Normerschleichung	147
3. Unterscheidung zwischen nationaler Normvermeidung und missbräuchlicher Ausübung von Rechten aus dem Unionsrecht	147
a) Einordnung des Rechtsmissbrauchseinwands in Fällen der Normvermeidung	149
b) Einordnung des Rechtsmissbrauchseinwands in Fällen der missbräuchlichen Geltendmachung von Rechten, die vom Unionsrecht verliehen werden	150
aa) Das Rechtsmissbrauchsverbot als teleologische Interpretation des Rechts	150
bb) Das Rechtsmissbrauchsverbot als nachträgliche, von der Auslegung unabhängige Korrektur eines formalen Ergebnisses	151
cc) Stellungnahme	152
c) Erfordernis einer Absicht als subjektives Kriterium im Rahmen der ersten Fallgruppe der Normvermeidung	155
d) Zwischenergebnis	156
4. Ergebnis	157
III. Das Verbot missbräuchlicher Praktiken als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts	157
1. Vorbemerkung	158
2. Die Anerkennung als allgemeiner Grundsatz des Unionsrechts	158
3. Eine generelle Regel des Unionsrechts	159
4. Stellungnahme	160
a) Die Auffassung der Europäischen Kommission	160
b) Die Auffassung der Generalanwälte des EuGH	161
aa) Ablehnende Stimmen	162
bb) Positive Stimmen	163
cc) Unentschlossene Stimmen	165
c) Die Rechtsprechung des Gerichtshofs	167
d) Bewertung	168
IV. Übertragbarkeit auf das Verbraucherschutzrecht	171
V. Anwendbarkeit im konkreten Fall des Art. 14 Abs. 5 VRRL und des § 361 Abs. 1 BGB	175
1. Objektives Element des Verbots missbräuchlicher Praktiken	175
2. Subjektives Element des Verbots missbräuchlicher Praktiken	178
VI. Folgen für die Beurteilung eines Rechtsmissbrauchs nach nationalem Recht	179

§ 4 Reichweite des Ausschluss des § 361 Abs. 1 BGB in Dreipersonen-
 verhältnissen 185

 A. Die Weiterveräußerung der Ware an Dritte 185

 I. Der Regelfall: Der Anspruch auf Herausgabe des Surrogats aus § 285 BGB
 im Mittelpunkt 186

 1. Unwirksamkeit der Widerrufserklärung gem. § 242 BGB? 186

 2. Die Sachlage vor Kenntnis des Verbrauchers vom Widerrufsrecht (Phase 1) 187

 3. Die Sachlage ab Kenntnis des Verbrauchers vom Widerrufsrecht, aber vor
 dessen Ausübung (Phase 2) 190

 4. Die Sachlage nach Erklärung des Widerrufs durch den Verbraucher
 (Phase 3) 191

 5. Fazit 191

 II. Kauf unter Eigentumsvorbehalt: Der Anspruch auf Herausgabe des Erlangten
 aus § 816 Abs. 1 S. 1 BGB im Mittelpunkt 192

 1. Die Sachlage vor Kenntnis des Verbrauchers vom Widerrufsrecht (Phase 1) 192

 2. Die Sachlage ab Kenntnis des Verbrauchers vom Widerrufsrecht, aber vor
 dessen Ausübung (Phase 2) 195

 3. Die Sachlage nach Erklärung des Widerrufs durch den Verbraucher
 (Phase 3) 196

 4. Fazit 197

 B. Die Verschenkung der Ware an Dritte 197

 I. Anspruch auf Herausgabe gegen den Dritten bei Verfügung als Berechtigter 198

 II. Anspruch auf Herausgabe gegen den Dritten bei Verfügung als Nichtberech-
 tigter 198

 III. Zusammenfassung 199

Kapitel 4

Vergleich von § 241a BGB und § 361 Abs. 1 BGB 200

Kapitel 5

Schluss 203

§ 1 Fazit zu § 241a BGB 203

§ 2 Fazit zu § 361 Abs. 1 BGB 204

Literaturverzeichnis 210

Sachwortverzeichnis 225

Einleitung

Das Zivilrecht, wie wir es kennen, wird zunehmend europarechtlich geprägt. So wurden im Laufe der letzten Jahre zahlreiche EU-Richtlinien im BGB umgesetzt. Es wird davon ausgegangen, dass mittlerweile 80 Prozent des deutschen Rechts durch Unionsrecht beeinflusst werden.¹ Beispiele für umfassende Reformen durch das Unionsrecht finden sich im Verbrauchsgüterkaufrecht, im Pauschalreiserecht, im Recht der Zahlungsdienstleistungen, im Recht der unbestellten Leistungen sowie im Verbraucherwiderrufsrecht.²

Da sich die europarechtlichen Vorgaben nicht immer harmonisch in die jeweiligen nationalen Rechtsordnungen einfügen lassen³, stellt die Umsetzung derartiger Richtlinien den Gesetzgeber oftmals vor die Herausforderung, eigentlich systemfremde Vorschriften in das vorhandene Rechtssystem des BGB zu integrieren. Dass diese Integration in das nationale Recht nicht immer vollkommen gelingen kann, liegt bereits in der Natur der Sache, insbesondere, wenn vollharmonisierende Richtlinien dem nationalen Gesetzgeber keinen Spielraum bei ihrer Umsetzung lassen. Deshalb können sich im Anschluss an die Umsetzung schwierige Rechtsfragen stellen, bei deren Beantwortung dem europarechtlichen Hintergrund eine entscheidende Bedeutung beizumessen ist. Zwei solcher Normen, die als Beleg für dieses Phänomen herangezogen werden können und Gegenstand der vorliegenden Arbeit sind, finden sich in § 241a BGB und § 361 Abs. 1 BGB. Dabei wird das Hauptaugenmerk auf § 361 Abs. 1 BGB gerichtet sein, während § 241a BGB in erster Linie als Vergleichsmodell dazu dienen wird, Gemeinsamkeiten und Unterschiede beider Normen herauszuarbeiten.

§ 241a BGB regelt die Rechtsfolgen der Erbringung unbestellter Leistungen und schließt in seinem Abs. 1 aus, dass in diesen Fällen Ansprüche gegen den Verbraucher begründet werden. Neben der Frage, welche konkreten Ansprüche durch die Norm ausgeschlossen werden, ist klärungsbedürftig, welche Auswirkungen die Vorschrift auf allgemeine Vertragsgrundsätze, die Eigentumslage und die Rechtsstellung des Verbrauchers generell hat. Schließlich stellt sich noch die Frage, welche Missbrauchsmöglichkeiten die Norm dem Verbraucher eröffnet, wenn sie Ansprüche gegen diesen ausschließt, und wie diesen zu begegnen ist.

¹ Vgl. *Hoppe*, EuZW 2009, 168 f.

² Vgl. auch *Heiderhoff*, ZJS 2008, 25.

³ Vgl. zur sogenannten Eindimensionalität des Unionsrechts, *Schoch*, JZ 1995, 109, 117 f.; *Remien*, RabelsZ 60 (1996), 1, 17; *Rybarz*, Billigkeitserwägungen im Kontext des Europäischen Privatrechts, 4.

§ 361 Abs. 1 BGB ist im Vergleich zu § 241a BGB zwar deutlich knapper formuliert, doch wirft die Norm keineswegs weniger Probleme auf. Die Vorschrift schließt nach ihrem Wortlaut alle Ansprüche gegen den Verbraucher infolge des Widerrufs aus, sofern diese nicht im Untertitel zum Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen ausdrücklich geregelt sind. Die wohl zentralen Ansprüche des Unternehmers aus diesem Untertitel sind der Rückgewähranspruch gemäß § 355 Abs. 1 S. 1 BGB sowie der Wertersatzanspruch aus § 357 Abs. 7 BGB. Verschlechtert sich die empfangene Ware in den Händen des Verbrauchers, ist der Unternehmer wegen des Zusammenspiels von § 361 Abs. 1 BGB mit § 357 Abs. 7 BGB nach dem Wortlaut der Ausschlussnorm auf die Wertersatzpflicht des Verbrauchers aus § 357 Abs. 7 BGB beschränkt. Diese setzt allerdings unter anderem stets eine ordnungsgemäße Belehrung seitens des Unternehmers voraus. Erfolgte diese nicht, stellt sich die Frage, wie sich der eingetretene Wertverlust der Ware für den Unternehmer kompensieren lässt.

In der Praxis gehen mit der Rücksendung der Ware infolge eines Widerrufs regelmäßig Wertverluste einher. Nach einer aktuellen EHI-Studie zum Versand- und Retourenmanagement im E-Commerce 2018 können im Durchschnitt lediglich 70 Prozent der retournierten Waren von den Händlern weiterhin als A-Ware verkauft werden.⁴ Durchschnittlich 30 Prozent der retournierten Waren können demnach nicht mehr zum ursprünglichen Preis, sondern nur noch mit Rabatt weiterverkauft werden. Für neun Prozent der Händler ist der mit der Retoure einhergehende Wertverlust noch gravierender: Sie gaben an, im Falle einer Retoure überhaupt keine oder nur vereinzelte Artikel wiederverkaufen zu können.⁵

Nach einer anderen Studie des Händlerbunds aus dem Jahr 2016 ist die Quote der nur mit Abschlag weiterverkäuflichen Waren im Textilbereich besonders hoch: So können durchschnittlich 44 Prozent der zurückgesendeten Textilien nicht mehr zum ursprünglichen Preis verkauft werden.⁶ Zwar fallen hierunter auch Wertverluste der Waren, die auf den prüfungsbedingten Umgang mit diesen zurückzuführen und

⁴ *EHI-Studie, Versand- und Retourenmanagement im E-Commerce 2018 – Trends und Strategien der Onlinehändler*, S. 13; Das EHI hat für die Studie von September bis Oktober 2017 eine Onlinebefragung unter 105 Onlinehändlern in Deutschland, Österreich und der Schweiz durchgeführt. Die befragten Unternehmen erwirtschaften zusammen einen Gesamtumsatz in Höhe von ca. 10,6 Milliarden Euro. Fast drei Viertel der befragten Onlinehändler sind als Multi-, Cross- oder Omnichannel-Händler sowohl online als auch stationär aktiv; abrufbar unter: https://www.ehi-shop.de/image/data/PDF_Leseproben/EHI-Studie_Versand-Retourenmanagement_im_E-Commerce_2018_LP.pdf, zuletzt aufgerufen am 12.09.2018.

⁵ *EHI-Studie, Versand- und Retourenmanagement im E-Commerce 2018 – Trends und Strategien der Onlinehändler*, entsprechende Seiten abrufbar unter <https://fashionunited.de/nachrichten/einzelhandel/modahaendler-verzeichnen-nach-wie-vor-hoehste-retourenquote-ehi-studie/2018022024403>, zuletzt aufgerufen am 12.12.2018.

⁶ *Händlerbund Studie, Retouren-Studie 2016 – Wie fair sind Kunden im Online-Handel?*, S. 10; Der Händlerbund fragte für die Studie 856 Händler, ob sie bereits Retouren mit Beschädigungen erhalten haben; abrufbar unter: <https://www.haendlerbund.de/de/downloads/studie-retouren-2016.pdf>, zuletzt aufgerufen am 12.09.2018; zu dem volkswirtschaftlichen Hintergrund siehe auch *Makowski*, JZ 2016, 787.

demnach grundsätzlich nicht nach § 357 Abs. 7 BGB ersatzfähig sind. Dennoch ist nach der Erhebung jede fünfte Rücksendung im Online-Textilhandel getragen, verschmutzt oder ohne Etikett⁷, wodurch grundsätzlich eine Wertersatzpflicht des Verbrauchers ausgelöst wird, sofern dieser ordnungsgemäß belehrt wurde.⁸ Dass es allerdings an einer solchen ordnungsgemäßen Belehrung durchaus fehlen kann, zeigt sich an dem hauseigenen Online-Store der Modemarke Supreme. Bis Mitte Juli 2018 sprach das Unternehmen in seiner Widerrufsbelehrung davon, dass der Verbraucher als Rechtsfolge des Widerrufs die Hinsende- und Rücksendekosten tragen müsse⁹, obwohl Art. 13 Abs. 1 Verbraucherrechtlinie 2011/83/EU als Umsetzungsgrundlage unionsweit auch für den Versand aus Großbritannien ausdrücklich bestimmt, dass die Lieferkosten vom Verkäufer im Falle des Widerrufs zu erstatten sind. Angesichts von Filialen unter anderem in London, Paris, New York und Los Angeles und einer Unternehmensbewertung von etwa einer Milliarde US-Dollar¹⁰ wird deutlich, dass auch größeren Unternehmen Belehrungsfehler unterlaufen können und es sich hierbei nicht nur um ein theoretisches Problem handelt.

Fehlt es an einer solchen ordnungsgemäßen Widerrufsbelehrung, besteht für den Unternehmer nach dem Wortlaut des § 361 Abs. 1 BGB keine Möglichkeit, Ersatz für den eingetretenen Schaden zu verlangen. Im Textülbereich etwa würde im Zusammenhang mit einer fehlerhaften Belehrung dem Unternehmer bei durchschnittlich jeder fünften Rücksendung ein nicht ersatzfähiger Schaden entstehen. Die wirtschaftlichen Konsequenzen können hierbei, je nach Größe des Unternehmers und Höhe der Schäden, ein enormes Ausmaß annehmen.

Die Frage, ob dieser Ausschluss in allen Fällen gerechtfertigt ist oder ob und inwieweit diesem Grenzen zu setzen sind, bildet den Schwerpunkt der vorliegenden Arbeit. Greift die Ausschlusswirkung zum Beispiel ein, wenn der Verbraucher die Ware vorsätzlich oder sogar in Schädigungsabsicht zerstört oder beschädigt? Wie verhält es sich, wenn der Verbraucher die empfangenen Waren weiternutzt und hierbei beschädigt, obwohl er den Vertrag bereits widerrufen hat? Wie ist zu verfahren, wenn der Verbraucher die Ware an Dritte veräußert und den Vertrag anschließend widerruft oder gar die Veräußerung nach Erklärung des Widerrufs erfolgt? Durch diese bisher weitgehend unerforschten Fragen wird das Missbrauchspotential der Norm offensichtlich. Wann jedoch ein Verhalten des Verbrauchers tatsächlich als missbräuchlich im Sinne des nationalen oder des

⁷ *Händlerbund Studie*, Retouren-Studie 2016 – Wie fair sind Kunden im Online-Handel?, S. 8, 10; abrufbar unter: <https://www.haendlerbund.de/de/downloads/studie-retouren-2016.pdf>, zuletzt aufgerufen am 12.09.2018.

⁸ Siehe hierzu unten Kap. 3 § 1 B. II.

⁹ Vgl. <https://www.supremenewyork.com/shop/terms> in der Fassung vom 05.07.2018, abrufbar unter <https://web.archive.org/web/20180705142322/http://www.supremenewyork.com/shop/terms>; zuletzt aufgerufen am 23.09.2018.

¹⁰ vgl. <https://omr.com/de/supreme-marketing/>, zuletzt aufgerufen am 12.09.2018; Die Unternehmensbewertung resultiert aus einer Investition der Carlyle Group Ende 2017 in Höhe von 500 Millionen US Dollar für 50% der Anteile an dem Unternehmen.