

von Rechtsanwalt Arndt Joachim Nagel

## Widerrufsrecht für Hygieneartikel - Wann ist das Widerrufsrecht ausgeschlossen?

Schon vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie am 13.06.2014 kam es in der Praxis im Zusammenhang mit dem Verkauf von Hygieneartikeln im Fernabsatz immer wieder zu Streitigkeiten darüber, ob das Widerrufsrecht im Einzelfall ausgeschlossen ist oder nicht. Seit dem 13.06.2014 sieht das Gesetz für diesen Fall einen besonderen Ausschlussgrund vor. Doch wie weit geht dieser Ausschlussgrund und was gilt für Fälle, in denen der Ausschlussgrund nicht greift?

### I. Welche Artikel fallen unter den Ausnahmetatbestand des § 312g Abs. 2 Nr. 3 BGB?

Gemäß § 312g Abs. 2 Nr. 3 BGB besteht das Widerrufsrecht, soweit die Parteien nichts anderes vereinbart haben, nicht bei Verträgen 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. Hierunter fallen beispielsweise freiverkäufliche Arzneimittel, Medizinprodukte, Fertiggerichte, Kosmetik- und Hygieneartikel, die bei Lieferung versiegelt sind und deren Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde.

**Noch einmal zur Klarstellung:** Nach dem Gesetz ist das Widerrufsrecht nicht grundsätzlich bei allen hygiene- und gesundheitsrelevanten Waren ausgeschlossen bzw. erloschen, sondern nur bei solchen, die ordnungsgemäß versiegelt zum Verbraucher geschickt worden sind, und nach dem Widerruf des Verbrauchers entsiegelt, d. h. mit beschädigter Versiegelung beim Unternehmer ankommen. Waren hygiene- und gesundheitsrelevante Waren von Anfang an nicht oder nicht ordnungsgemäß versiegelt oder ist die Versiegelung später noch intakt, so ist das Widerrufsrecht nicht ausgeschlossen. Dann muss der Unternehmer die Ware selbstverständlich im Rahmen des Fernabsatzwiderrufsrechts zurücknehmen.

## Nach OLG Hamm auch Erotikspielzeug erfasst

Umstritten war bislang, ob der gesetzliche Ausschluss auf Erotikspielzeug Anwendung findet, da auch dieses - zumindest in der Theorie - nach dessen Retoure gereinigt bzw. desinfiziert werden kann.

Mit seinem Urteil vom 22.11.2016, 4 U 65/15 positionierte sich das OLG Hamm nun auf Verkäuferseite und entschied, dass der Ausschluss des Widerrufsrechts bei Erotikspielzeug aus Gründen der Hygiene und des Schutzes der Gesundheit greift, wenn ein als solche bezeichnetes Hygienesiegel an der Ware bzw. Verpackung angebracht ist und dieses nach der Lieferung der Ware vom Verbraucher gebrochen wurde.

Zur Sache führt das OLG Hamm in seiner Pressemitteilung vom 22.11.2016 aus:

Hygienesiegel für Sexspielzeug im Onlinehandel zulässig Der 4. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm hat heute die Berufung der klagenden Firma aus Bielefeld gegen das erstinstanzliche Urteil des Landgerichts Bochum vom 10.02.2015 (Az. 12 O 202/14) als unbegründet zurückgewiesen. In der vor der Urteilsverkündung durchgeführten mündlichen Verhandlung ist deutlich geworden, dass der Klägerin die geltend gemachten Unterlassungsansprüche nicht zustehen dürften, weil die Beklagte das Widerrufsrecht eines Verbrauchers beim Onlinehandel mit den streitgegenständlichen Erotikartikeln aus Gründen des Gesundheitsschutzes gemäß § 312 g Abs. 2 Nr. 3 Bürgerliches Gesetzbuch ausschließen darf, wenn der Verbraucher die Verpackung unter Entfernung des angebrachten Hygienesiegels öffnet. Unabhängig von der Fragestellung, ob ein Verbraucher beim Onlinekauf derartiger Gegenstände überhaupt erwartet, sie nach dem Öffnen einer versiegelten Verpackung zurückgeben zu dürfen, sprachen aus Sicht des Senats auch Gründe des Verbraucherschutzes für den Ausschluss des Widerrufsrechts in diesen Fällen. Der gebotene Gesundheitsschutz beim Vertrieb derartiger Artikel dürfte eher zu gewährleisten sein, wenn nur mit originalverpackter Ware gehandelt wird und nicht etwa auch mit Artikeln, die von einem früheren Erwerber nach einem Öffnen einer versiegelten Verpackung - in Ausübung eines ihm eingeräumten Widerrufsrechts - zurückgegeben wurden. Urteil des 4. Zivilsenats des Oberlandesgerichts Hamm vom 22.11.2016 (4 U 65/15), nicht rechtskräftig, Revision zur Klärung der Tragweite der in Frage stehenden gesetzlichen Vorschrift zugelassen.

Zwar ließ das OLG Hamm die Revision zum BGH zu. Dennoch dürfte sich nun abzeichnen, dass Verkäufer von Erotikartikeln um das gesetzliche Widerrufsrecht unter bestimmten Bedingungen "herumkommen".

## II. Was gilt als Versiegelung?

Die Verpackung muss eindeutig als Versiegelung erkennbar sein. Bloße Klarsichtfolien oder vom Verkäufer angebrachte Klebestreifen reichen hierfür nicht aus. In der Regel gilt nur das direkt am Produkt angebrachte Schutzsiegel als Versiegelung und nicht ein Siegel, welches nur an der Umverpackung angebracht wurde. Ein Beispiel für eine Versiegelung in diesem Sinn ist etwa die Schutzverpackung für in einer Flüssigkeit befindliche Kontaktlinsen.

Im Einzelnen:

### 1. Vorgaben aus der bisherigen Rechtsprechung

Zum neuen Widerrufsrecht und dessen Ausschlussmöglichkeiten gibt es selbstverständlich noch keine Rechtsprechung, aus der sich die Voraussetzungen für eine rechtswirksame Versiegelung ableiten ließen.

Allerdings kennt bereits das geltende Recht einen Ausschlussgrund für das Fernabsatzwiderrufsrecht beim Verkauf von Software-, Audio- oder Video-Datenträgern, die vom Verbraucher entsiegelt worden sind (§ 312d Absatz 4 Nr. 2 BGB). Über die Grundvoraussetzungen eines Siegels in dieser Konstellation hatte das **OLG Hamm (Urteil vom 30. März 2010, Az. 4 U 212/09)** entschieden. Demnach müsse eine Versiegelung dem Verbraucher als solche erkennbar sein und dürfe nicht lediglich als Schutzhülle anzusehen sein. Daher sei etwa die Cellophanhülle (Folie), in die beispielsweise CD-Cases häufig eingepackt sind, nicht als Siegel im Sinne des Gesetzes anzusehen. Zweck einer Versiegelung sei es, dem Verbraucher deutlich zu machen, dass er die Ware behalten muss, wenn er diese spezielle Verpackung öffne.

### 2. Allgemeine Empfehlungen zur Gestaltung der Versiegelung

Aus dem Zweck einer Versiegelung, nämlich die Unversehrtheit des Inneren einer Verpackung zu gewähren, folgen auch deren Voraussetzungen:

- Ein Siegel ist also eine besondere Art der Verpackung (etwa ein besonderer (Einmal-)Verschluss oder eine besondere Folie), die nicht bloß vor Schmutz schützt, sondern insbesondere eine Gewähr für die Unversehrtheit des Inhaltes bietet - dabei hängt die Gestaltung der Versiegelung im Einzelfall von der Art und Gestaltung der betroffenen Ware an.
- Die besondere Verpackung ("Versiegelung") darf zudem nach dem Entfernen nicht leicht und ohne Mühen wieder angebracht werden können, etwa weil sie ohne Beschädigung entfernt und genauso

wieder verwendet, oder vom Verbraucher auf einfache Weise selbst "gebastelt" werden kann.

- Schließlich muss die besondere Verpackung ("Versiegelung") als solche auch vom Verbraucher erkannt werden können, und etwa nicht bloß als Schutzfolie zur Abwendung von Staub und sonstigem Schmutz erscheinen. Die Versiegelung selbst muss dabei nicht ausdrücklich als "Versiegelung" oder "Siegel" bezeichnet werden; jedoch schadet eine solche klare Bezeichnung natürlich auch nicht. Teilweise gängig ist bereits eine Benennung als "Hygiene-Siegel".

Eine Schutzhülle oder gar nur eine schlichte Umverpackung stellen somit keine Versiegelung im Sinne des § 312g Absatz 2 Nr. 3 BGB dar.

### 3. Beispiele für Versiegelungen

Beispiele für Versiegelungen, die diese Kriterien erfüllen, sind u. a.:

- Kappen zum einmaligen Abziehen, wie etwa unter dem Drehverschluss einer Zahnpasta-Tube
- einmalig ablösbare Folien, die abgezogen oder durchstochen werden müssen, wie etwa diejenige, die man vor dem Verzehr einer Nussnougat-Creme durchstechen muss
- Laschen zum einmaligen Abziehen, wie man sie von Saft- oder Milchpackungen kennt
- Die "Hygiene-Folien" zum einmaligen Abziehen, etwa im Schritt von Bademoden oder sonstiger Unterwäsche

## III. Welche Artikel fallen nicht unter den Ausnahmetatbestand des § 312g Abs. 2 Nr. 3 BGB?

Nicht unter den Ausnahmetatbestand des § 312g Abs. 2 Nr. 3 BGB fallen solche Waren, deren Verkehrsfähigkeit der Unternehmer durch entsprechende Reinigungsmaßnahmen wiederherstellen kann. Hierzu dürften etwa Bade- und Unterwäsche sowie ggf. auch Piercingschmuck zählen. Derartige Produkte können nach mehr oder weniger intensiven Reinigungsmaßnahmen wieder benutzt werden, ohne dass hierdurch gesundheitliche Beeinträchtigungen bei den Verbrauchern zu befürchten sind.

Fraglich ist, ob so genannte In-Ear-Kopfhörer unter den Ausnahmetatbestand des § 312g Abs. 2 Nr. 3 BGB fallen. Dafür spricht, dass solche Kopfhörer bei bestimmungsgemäßer Ingebrauchnahme in die Gehörgänge eingeführt werden und dabei etwa mit dem Ohrenschmalz des Benutzers in Kontakt kommen. Dagegen spricht aber, dass auch solche Kopfhörer nach mehr oder weniger intensiven

Reinigungsmaßnahmen wieder benutzt werden können. Zudem können die Aufsätze solcher Kopfhörer, die mit dem Ohr direkt in Kontakt kommen, bei den meisten Modellen sogar ausgewechselt werden. Eine gerichtliche Entscheidung zu dieser Frage ist uns bisher nicht bekannt. Allerdings ist vor dem Hintergrund der bisherigen Rechtsprechung zu anderen Sachverhalten aus diesem Bereich davor zu warnen, das Widerrufsrecht für solche Artikel vorschnell auszuschließen. Nach dem Grundsatz des sichersten Weges sollte man bis zu einer klärenden Gerichtsentscheidung davon ausgehen, dass das Widerrufsrecht auch für In-Ear-Kopfhörer gilt.

#### IV. Welche Möglichkeiten habe ich als Händler in Fällen, in denen der Ausschlussgrund des § 312g Abs. 2 Nr. 3 BGB nicht greift?

Immer wieder begegnet uns in unserer Beratungspraxis die Frage, was der Unternehmer tun kann, wenn der Verbraucher ihm im Rahmen seines Widerrufsrechts einen benutzten Artikel zurücksendet, der vom Unternehmer aus hygienischen Gründen nicht mehr verkauft werden kann, für die es aus hygienischen Gründen also faktisch keinen Markt mehr gibt. Dies gilt insbesondere für solche Artikel, die dazu bestimmt sind, vom Verbraucher in Körperöffnungen eingeführt zu werden, die jedoch per se nicht als Hygieneartikel im Sinne des § 312g Abs. 2 Nr. 3 BGB gelten und/oder die nicht mit einer entsprechenden Versiegelung im Sinne des § 312g Abs. 2 Nr. 3 BGB versehen sind.

Ist das Widerrufsrecht des Verbrauchers nicht nach § 312g Abs. 2 Nr. 3 BGB ausgeschlossen, kann der Unternehmer den benutzten Artikel aber aus hygienischen Gründen auch nicht mehr verkaufen, bleibt ihm nur noch der Wertersatzanspruch nach § 357 Abs. 7 BGB. Danach hat der Verbraucher Wertersatz für einen Wertverlust der Ware zu leisten, wenn

- der Wertverlust auf einen Umgang mit den Waren zurückzuführen ist, der zur Prüfung der Beschaffenheit, der Eigenschaften und der Funktionsweise der Waren nicht notwendig war, und
- der Unternehmer den Verbraucher nach Artikel 246a § 1 Absatz 2 Satz 1 Nummer 1 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuche über sein Widerrufsrecht unterrichtet hat.

Eine ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung des Unternehmers vorausgesetzt kann er in solchen Fällen also Wertersatz geltend machen, wenn der Wertverlust auf einen Umgang mit der Ware zurückzuführen ist, der zur Prüfung der Beschaffenheit, der Eigenschaften und der Funktionsweise der Ware nicht notwendig war. Fraglich ist, wie weit hier das Prüfungsrecht des Verbrauchers bei Hygieneartikeln geht. Zieht man insoweit die Parallele zum stationären Handel, wird man wohl zum Ergebnis kommen müssen, dass eine aktive Benutzung solcher Artikel durch den Verbraucher nicht mehr als notwendig erachtet werden kann.

Geht man in solchen Fällen von einem Wertersatzanspruch des Unternehmers aus, so besteht in der Praxis noch das Problem der Berechnung der Höhe des Wertersatzes. Dieser besteht regelmäßig in der Differenz zwischen dem vom Unternehmer bezahlten Einkaufspreis und dem noch vorhandenen Marktwert der Widerrufsware nach deren Benutzung durch den Verbraucher. In der Regel dürfte der Marktwert bei benutzten Hygieneartikeln 0 betragen, so dass der Wertersatzanspruch sich in solchen Fällen auf den vom Unternehmer gezahlten Einkaufspreis (ohne Gewinnmarge) belaufen dürfte. Die tatsächliche Höhe des Wertersatzanspruchs muss aber immer im konkreten Einzelfall ermittelt werden, so dass eine Pauschallösung nicht in Betracht kommt.

## V. Fazit

Die Möglichkeit des Ausschlusses des Fernabsatzwiderrufsrechts bei hygiene- und gesundheitssensiblen Waren dürfte von Online-Händlern dankbar angenommen werden. Undankbar ist jedoch die Rechtsunsicherheit, die mit den Voraussetzungen einer rechtswirksamen Versiegelung verbunden ist. Viele Verkäufer sind sich im Unklaren darüber, welche Warengruppen sie mit welcher Art von Siegel ordnungsgemäß versiegeln können.

- Es gibt hierzu keine pauschale für alle Warengruppen gültige Antwort. Allerdings sind die Kriterien klar, die eine rechtswirksame Versiegelung im Sinne des Gesetzes darstellen. Eine solche Versiegelung darf nicht bloß ein (zusätzlicher) Schutz (vor Schmutz) darstellen, sondern muss als Versiegelung, d. h. als Gewähr für die Unversehrtheit des Produkts für den Verbraucher erkennbar sein. Dies bedeutet, dass eine Versiegelung nach dem Entfernen nicht ohne weiteres wiederherstellbar sein darf. Im Übrigen muss sie nicht also solche oder als "Siegel" bezeichnet werden, jedoch eignet sich zur Klarstellung etwa eine Aufschrift wie "Hygiene-Siegel" o. ä.
- Selbstverständlich ist das Fernabsatzwiderrufsrecht bei den betroffenen Waren erst dann ausgeschlossen, wenn die Ware zum einen ursprünglich überhaupt ordnungsgemäß versiegelt war und anschließend vom Verbraucher entsiegelt worden ist. Ist das Siegel tatsächlich noch intakt, so können die Verbraucher auch die Verträge mit hygiene- und gesundheitssensiblen Waren widerrufen.
- Händler sind seit dem Inkrafttreten der neuen Regelungen zum 13. Juni 2014 keineswegs zur Versiegelung der von ihnen vertriebenen hygiene- und gesundheitssensiblen Waren gesetzlich verpflichtet. Sie müssen also von Gesetzes wegen keine Versiegelung vornehmen. Wollen Händler jedoch erreichen, dass sie benutzte Hygieneartikel nicht zurücknehmen müssen, so ist ihnen die vorherige Versiegelung dringend zu anzuraten.

Sie haben Fragen zu Ihren Rechten als Unternehmer? Wir beraten Sie gerne!

Autor:

**RA Arndt Joachim Nagel**

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Informationstechnologierecht