

von Rechtsanwalt **Arndt Joachim Nagel**

## OLG Hamburg: "40 ? - Belehrung" setzt vertragliche Vereinbarung voraus

**Das OLG Hamburg hat mit Beschluss vom 17.02.2010 (Az.:5 W 10/10)** entschieden, dass die Verwendung der so genannten 40 ? - Klausel im Rahmen der Widerrufsbelehrung eine zusätzliche vertragliche Vereinbarung dieser Kostentragungsregelung etwa in Allgemeinen Geschäftsbedingungen voraussetzt. Dies gelte auch für den Fall, dass der Unternehmer die Widerrufsbelehrung mit der 40 ? - Klausel direkt in seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen eingebunden hat.

Mit seiner Entscheidung hat das OLG Hamburg einen Beschluss des LG Hamburg abgeändert, in dem das Landgericht noch davon ausgegangen war, dass eine zusätzliche vertragliche Vereinbarung über eine vom gesetzlichen Normalfall abweichende Vereinbarung über die Rücksendekosten im Fall des Widerrufs dann nicht erforderlich sei, wenn die Widerrufsbelehrung mit der entsprechenden Kostentragungsregelung direkt in die AGB des Unternehmers eingebunden ist.

Zur Erläuterung: Nach § 357 Abs. 2 Satz 2 BGB sind Kosten und Gefahr der Rücksendung bei Widerruf und Rückgabe grundsätzlich vom Unternehmer zu tragen. Nach § 357 Abs. 2 Satz 3 BGB dürfen dem Verbraucher im Fernabsatz die regelmäßigen Kosten der Rücksendung vertraglich auferlegt werden, wenn der Preis der zurückzusendenden Sache einen Betrag von 40 Euro nicht übersteigt oder wenn bei einem höheren Preis der Sache der Verbraucher die Gegenleistung oder eine Teilzahlung zum Zeitpunkt des Widerrufs noch nicht erbracht hat, es sei denn, dass die gelieferte Ware nicht der bestellten entspricht. Das Gesetz regelt also, dass die Rücksendekosten dem Verbraucher im Fernabsatz unter den vorgenannten Voraussetzungen auferlegt werden dürfen, wobei dies im Rahmen einer vertraglichen Vereinbarung mit dem Verbraucher zu geschehen hat.

Das OLG Hamburg stellte nun klar, dass es für eine solche vertragliche Vereinbarung nicht ausreicht, wenn der Unternehmer den Verbraucher lediglich im Rahmen der Widerrufsbelehrung auf seine Kostentragungspflicht hinweist. Dies gelte auch dann, wenn die Widerrufsbelehrung mit dem entsprechenden Hinweis direkt in die AGB des Unternehmers eingebunden ist.

Das Gericht führt hierzu auszugsweise Folgendes aus:

*"(...) § 5 der von dem Antragsgegner verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen (...) enthält zwar einen solchen Hinweis. Gleichwohl ist unter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Einzelfalls eine rechtswirksame Abwälzung der Kostentragungspflicht gem. § 357 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht erfolgt. Denn ein potenzieller Vertragspartner kann auch bei sorgfältiger Lektüre dieser Vertragsbestimmungen nicht im Sinne von §§ 133, 157 BGB mit der erforderlichen Gewissheit erkennen, dass insoweit überhaupt zwischen den Parteien eine von der gesetzlichen Rechtslage abweichende Vereinbarung getroffen werden soll. Der Verbraucher rechnet - trotz der Einbettung in Allgemeine Geschäftsbedingungen - aus den noch näher auszuführenden Gründen nicht damit und muss nicht damit rechnen, dass an dieser Stelle und in dieser Einkleidung mit ihm eine von dem gesetzlichen Regelfall abweichende vertragliche Vereinbarung getroffen werden soll. Hierdurch entsteht ein erheblicher Überraschungseffekt (...). Demgemäß handelt es sich bei einer derartigen Formulierung als parteidispositive "Vertragsbestimmung" in Allgemeinen Geschäftsbedingungen um eine überraschende bzw. unklare Klausel i. S. v. § 305 c BGB, die damit noch nicht einmal Vertragsbestandteil geworden ist. Selbst für den Fall, dass man von einer wirksamen Einbeziehung ausgehen wollte, wäre diese Klausel (BZW: der Klauselbestandteil) jedenfalls gem. § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot inhaltlich unwirksam, weil sie dann in ihrem den gesetzlichen Regelfall abändernden Vereinbarungsgehalt zumindest nicht klar und verständlich ist. Hierin liegt eine unangemessene Benachteiligung des Verbrauchers. (...)"*

## Fazit

Das OLG Hamburg stellt sich - wie davor etwa auch schon das LG Dortmund ([% Urteil id="5737" text="LG Dortmund, Urteil vom 26.03.2009, Az.: 16 O 46/09" %] - auf den Standpunkt, dass der bloße Hinweis des Unternehmers auf die Kostentragungspflicht des Verbrauchers im Rahmen der Widerrufsbelehrung nicht den Anforderungen an eine vertragliche Vereinbarung - wie es das Gesetz vorsieht - genügt. Dies begründet das Gericht letztlich damit, dass eine Belehrung, die aufgrund einer gesetzlichen Informationspflicht erfolgt, nicht mit einer vertraglichen Vereinbarung, die als solche auch für den Verbraucher erkennbar sein muss, gleichzusetzen ist. Mag man diese Argumentation auch für reichlich formaljuristisch halten, so kann man ihr eine gewisse Logik nicht absprechen.

Online-Händler, die im Rahmen ihrer Widerrufsbelehrung die so genannte 40 ? - Klausel verwenden, sollten zur Vermeidung eines unnötigen Risikos zusätzlich ausdrücklich regeln, dass dem Kunden in den vom Gesetz vorgesehenen Fällen die Kosten der Rücksendung auferlegt werden. Dies kann zumindest im Online-Handel praktikabel nur durch die Verwendung entsprechender AGB bewerkstelligt werden. Nur für den Fall, dass der Händler von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch machen möchte - was zur Folge hätte, dass er bei Ausübung des Widerrufsrechts durch den Kunden in jedem Fall die Rücksendekosten zu tragen hat - ist eine entsprechende Vereinbarung entbehrlich.

Autor:

**RA Arndt Joachim Nagel**

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Informationstechnologierecht