



# Medienrecht

Thomas Hoeren/Carsten Föhlisch

## Ausgewählte Praxisprobleme des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie

Am 13.6.2014 tritt das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie in das deutsche Recht in Kraft. Hierdurch ergeben sich zahlreiche Änderungen durch geänderte und erweiterte Informationspflichten (I.), eine umfassende Neuregelung des Widerrufsrechts (II.) und weitere Normen im Verbraucherschutzrecht (III.). Der Beitrag beleuchtet ausgewählte Aspekte der Neuerungen mit Blick auf die praktische Umsetzung im Onlinehandel.

### I. Informationspflichten

#### 1. Telefonnummer zum „Grundtarif“

Nach Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB n.F. muss der Unternehmer stets seine Telefonnummer angeben. Nach Art. 21 VRRRL darf der Verbraucher für Anfragen zu bereits geschlossenen Verträgen nicht mehr als den „Grundtarif“ zahlen. § 312a Abs. 5 BGB-n.F. dient der Umsetzung des Art. 21 VRRRL und spiegelt die Regelung des Regierungsentwurfs des § 312c Abs. 4 BGB-E wieder.<sup>1</sup>

Diese Regelung soll bewirken, dass der Verbraucher nicht durch etwaig bevorstehende Sonderkosten eingeschüchtert wird und deswegen davon Abstand nimmt, den Unternehmer in Anbetracht von Fragen und Antworten zu dem geschlossenen Vertrag zu kontaktieren.<sup>2</sup> Insofern soll der Verbraucher nur mit solchen Kosten belastet werden, welche ohnehin durch die Inanspruchnahme eines Telekommunikationsdienstes entstehen.<sup>3</sup> Die Regierungsbegründung stellt klar, dass dem Unternehmer aus dem Betrieb einer Hotline keine Gewinne entstehen sollen.<sup>4</sup>

#### a) Grundtarif und Servicenummern

Die Regierungsbegründung verweist explizit auf folgende Rufnummern nach dem Telekommunikationsgesetz (TKG), welche diese Voraussetzung erfüllen:

- ▷ entgeltfreie Rufnummern,
- ▷ ortsgebundene Rufnummern,
- ▷ Rufnummern für mobile Dienste (015, 016 oder 017),
- ▷ Rufnummern für Service-Dienste i.S.v. § 3 Nr. 8b TKG, wenn von dem Anbieter des Telekommunikationsdienstes für das Gespräch kein Entgelt an den Unternehmer abgeführt wird,

- ▷ persönliche Rufnummern (0700) und
- ▷ nationale Teilnehmerrufnummern.

Allerdings entstehen dem Verbraucher bei Nutzung von Mobilfunk- oder Service-Nummern durchaus höhere Kosten, die von einer Kontaktaufnahme abschrecken könnten. Es stellt sich daher die Frage, ob die Regierungsbegründung an dieser Stelle zutreffend bzw. wie die deutsche Umsetzungsvorschrift im Lichte der EU-Richtlinie auszulegen ist.

Die Auslegung bzw. die Definition des Grundtarifs kann nicht pauschal am Merkmal der „hohen Kosten“ für den Verbraucher festgemacht werden. Zum existiert keine Standardrufverbindung, an welcher sich der Grundtarif messen ließe. Ein Anruf Festnetz zu Festnetz wird heutzutage vielfach von einer Flatrate abgedeckt. Die Verbindung Festnetz zu Mobilfunk ist bei den meisten Anbietern hingegen oft erheblich teurer als Festnetz zu Festnetz.

Eine konkrete Definition kann aber auch deswegen nicht erfolgen, da die Höhe maßgeblich von Faktoren beeinflusst wird, welche im Einflussbereich der einzelnen Mitgliedsstaaten liegen. Jeder Mitgliedsstaat verfügt aufgrund der entsprechenden ökonomischen und politischen Gegebenheiten über einen eigenen „Grundtarif“. Dies hat nicht nur zur Folge, dass die mitgliedstaatlichen Grundtarife (möglicherweise sogar erheblich) variieren und die „Höhe“ der Kosten somit relativ ist, sondern auch, dass ein einheitlicher EU-Grundtarif nicht geschaffen werden kann.

Wenn also ein europaweiter Grundtarif nicht denkbar ist, so kommt es im Hinblick auf den Grundtarif zwangsläufig auf die Gegebenheiten in den einzelnen Mitgliedsstaaten an, so dass die Höhe des Grundtarifs als rein abstraktes Kriterium keine alleinige Relevanz für eine richtlinienkonforme Auslegung haben kann. Ein Grundtarif ist also jedenfalls dann anzunehmen, wenn eine der in der Regierungsbegründung angegebenen Telefonnummern genutzt wird und wenn dem Unternehmer kein zusätzlicher Gewinn entsteht.<sup>5</sup>

#### b) Servicenummern abseits geschlossener Verträge

Im Umkehrschluss zu § 312a Abs. 5 BGB n.F. sind Mehrwertnummern abseits von Vertragsverhältnissen zulässig. Der Wortlaut stellt eindeutig auf „geschlossene Verträge“ ab und stellt sowie „Rufnummern, die der Unternehmer zu diesem Zwecke bereithält“ ab. § 312a Abs. 5 BGB n.F. soll den Verbraucher insoweit schützen, als dieser nicht durch potentielle Zusatzkosten von der Durchsetzung seiner Informations- und Gewährleistungsrech-

1 Von Prof. Dr. Thomas Hoeren, Münster, und Dr. Carsten Föhlisch, Köln.  
2 Vgl. Rechtsausschuss, BT-Drucks. 17/13951, 63; BReg., BT-Drucks. 17/12637, 7.

3 BReg., BT-Drucks. 17/12637, 52.

4 BReg., BT-Drucks. 17/12637, 52.

5 Vgl. auch Föhlisch in Bittner/Clausnitzer/Föhlisch, Das neue Verbrauchervertragsrecht, Köln 2014, Rz. 62 f. Für das „ortsübliche Festnetz-entgelt“: Müller, MMR 2013, 76.

## Ausgewählte Praxisprobleme des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie

te abgehalten wird.<sup>6</sup> Hingegen soll der Verbraucher nicht im vorvertraglichen Verhältnis geschützt werden. Daher dürfte der Unternehmer mit zwei verschiedenen Telefonnummern operieren, einer zum Grundtarif für Bestandskunden und einer, die von Produktinteressenten genutzt werden kann und die sehr viel höhere Kosten verursacht bzw. Gewinne einbringt.

## c) Servicenummern im Impressum

Das LG Frankfurt<sup>7</sup> äußert sich in einer Entscheidung zu der Frage, ob Telefonnummern im Impressum nach § 5 TMG über die üblichen Kosten hinausgehen dürfen. Dabei stellt das Gericht nicht auf die Höhe der Kosten ab, sondern auf die Tatsache, dass der Verbraucher von einer Kontaktaufnahme abgehalten werden könne, wenn die damit verbundenen Kosten die *üblichen Kosten* übersteigen. Dies sei jedenfalls dann der Fall, wenn der Unternehmer mittels der Servicenummer zusätzlichen Gewinn erziele bei ausbleibender Gegenleistung für den Verbraucher.<sup>8</sup> Folgt man dieser Ansicht, müsste der Unternehmer eine weitere „Impressums-Telefonnummer“ bereithalten, nämlich eine solche, mit der er anders als bei Vertragsschlüssen oder Produkthanfragen keinen Gewinn erzielt.

Das LG Frankfurt zieht die Grundsätze einer schnellen Kontaktaufnahme sowie einer unmittelbaren und effizienten Kommunikation aus der ECRL heran. Es kommt dann zu dem Schluss, dass eine effiziente Kontaktaufnahme nicht gewährleistet werden könne, wenn Telefongebühren die *üblichen Kosten* hinausgingen.<sup>9</sup> Diese Argumentation wird letztlich auch gestützt durch Art. 21 Abs. 1 VRRL, welcher den Verbraucher nicht vor sehr hohen Telefonkosten zu schützen, sondern vor Zusatzkosten, welche dem Verbraucher neben dem Grundtarif entstehen, zu behüten sucht. Der kleinste gemeinsame Nenner des europäischer Gesetzgebers oder der Rechtsprechung derzeit nur darin bestehen, dass dem Unternehmer durch die verwendete Rufnummer kein zusätzlicher Gewinn entsteht.

## 2. Button-Lösung und wesentliche Merkmale

Die Button-Lösung des Art. 8 Abs. 2 VRRL wurde im deutschen Recht bereits zum 1.8.2012 umgesetzt und anlässlich der Neuregelungen zum 13.6.2014 noch einmal geringfügig im Wortlaut verändert und nunmehr in § 312j BGB n.F. verortet. Schon in der Vergangenheit wurde in Deutschland die Frage aufgeworfen, wie genau der Begriff der „wesentlichen Merkmale“ in § 312j Abs. 2 BGB n.F. i.V.m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EGBGB n.F. auszulegen ist. Sind auf der Bestellseite über dem Bestell-Button genauso umfangreiche Informationen zu erteilen wie auf Produktseiten bzw. wie in Art. 6 UGP-RL beschrieben (z.B. Testergebnisse, Energiekennzeichnung etc.)? Oder geht es an dieser Stelle um die „ganz rudimentären Merkmale“?<sup>10</sup>

Der Regierungsbegründung ist zu entnehmen, dass es auf eine Beschreibung ankommt, welcher der Verbraucher die für seine Entscheidung wesentlichen Merkmale entnehmen kann.<sup>11</sup> Exemplarisch wird das Beispiel Be-

kleidung angebracht, wo wesentliche Merkmale die Größe, die Farbe und das Material der Textilien sein können.<sup>12</sup> Diese wesentlichen Merkmale müssen anhand des Einzelfalls beurteilt werden.<sup>13</sup>

Hingegen erscheint es unwahrscheinlich, dass die Informationen i.S.v. Art. 6 UGP-RL allesamt mit dem Begriff der wesentlichen Merkmale gemeint sind: Zum einen finden bestimmte Aspekte, welche als wesentliche Merkmale i.S.d. Art. 6 UGP-RL verstanden werden, eine gesonderte Erwähnung im EGBGB, z.B. das Beschwerdeverfahren gemäß Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 16 EGBGB n.F. Würde man diese auch als wesentliche Merkmale i.S.v. § 312j Abs. 2 BGB n.F. verstehen, so hätte man nicht auf einen Verweis in dieser Norm verzichten können.

Zum anderen sind die Regelungsgegenstände der UGP-RL und der VRRL offensichtlich verschiedene. Die UGP-RL schützt den Verbraucher und gegebenenfalls auch den Markt vor unlauteren Geschäftspraktiken. Dadurch soll der Verbraucher in seinem Entscheidungsfindungsprozess zu einer (von unlauteren Geschäftspraktiken) unbeeinflussten Kaufentscheidung gelangen.<sup>14</sup> Hingegen soll die Zusammenfassung nach § 312j Abs. 2 BGB n.F. nicht mehr gegen unlautere Geschäftspraktiken wirken, sondern dem Verbraucher letztmalig vor Augen führen, dass er nunmehr im Begriff ist, eine vertragliche Verpflichtung einzugehen, und zwar im Hinblick auf die angezeigte Ware mit den entsprechenden wesentlichen Merkmalen.

Im Ergebnis sind also auf der Bestellseite sehr viel weniger Informationen zum Produkt aufzuführen als in der vorgelagerten Werbung oder auf der Produktseite. In diesem Kontext sind für den Verbraucher andere Informationen „wesentlich“ als zuvor, auch wenn das Gesetz an dieser Stelle auf dieselbe Norm des Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EGBGB n.F. verweist.

## 3. Versandkosten „vernünftigerweise“ nicht nennen

Nach Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 4 EGBGB n.F. ist Inhalt der vom Unternehmer zu erteilenden Information u.a. über „alle zusätzlichen Fracht-, Liefer- oder Versandkosten oder in den Fällen, in denen diese Kosten vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden können, die Tatsache, dass solche zusätzlichen Kosten anfallen können“ zu informieren.

Hier stellt sich die Frage, ob diese Vorschrift überhaupt einen praktischen Anwendungsbereich hat. Eine identische Formulierung findet sich in § 5a Abs. 3 Nr. 3 UWG. Dort wird beispielsweise ein Anwendungsfall angenommen wenn die Kosten vom Wohnort des Käufers abhängen.<sup>15</sup> In der Werbung, die das UWG regelt, ist in der Tat nicht bekannt, wo der potentielle Käufer wohnt, wie viel er insgesamt bestellt etc.

Die VRRL und die Informationspflichten des BGB stellen jedoch auf den Zeitpunkt unmittelbar vor Abgabe der Vertragserklärung ab. Zu diesem Zeitpunkt hat der Kunde (zumindest im Onlinehandel) bereits seine Lieferadresse und Bestellartikel eingegeben und ausgewählt,

6 Vgl. BReg., BT-Drucks. 17/12637, 52.

7 Vgl. LG Frankfurt/M., Urt. v. 2.10.2013 – 2-03 O 445/12, Bl. 6.

8 Vgl. LG Frankfurt/M., Urt. v. 2.10.2013 – 2-03 O 445/12, Bl. 6.

9 Vgl. LG Frankfurt/M., Urt. v. 2.10.2013 – 2-03 O 445/12, Bl. 8.

10 Vgl. Buchmann, K&R 2012, 549 (550). Siehe zum Begriff der wesentlichen Merkmale auch Wendhorst, NJW 2014, 577 (578 f.).

11 BReg., BT-Drucks. 17/12637, 74.

12 BReg., BT-Drucks. 17/12637, 74; Grüneberg in Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 246 EGBGB Rz. 5.

13 So auch Buchmann, K&R 2012, 549 (550).

14 UGP-RL 2005/29/EG, Erwägungsgrund (7).

15 Vgl. Dreyer in Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig, UWG, 3. Aufl. 2013, § 5a Rz. 113; KG, Urt. v. 26.1.2012 – 23 W 2/12, CR 2012, 261.

## Ausgewählte Praxisprobleme des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie

so dass die Versandkosten praktisch immer berechnet werden können.<sup>16</sup> Zudem stellte sich bei einem Hinweis „es können zusätzliche Versandkosten anfallen“ die Frage, in welcher Höhe diese denn vereinbart werden.

Daher bleiben nur sehr wenige spezielle Fälle, in denen die Vorschrift einschlägig ist, etwa wenn Fertighäuser in die Schweiz geliefert werden und die Route davon abhängt, ob ein bestimmtes Tal passiert werden kann. Hinzuweisen ist insoweit auch auf Erwägungsgrund (36) VRRL, in dem es heißt, dass Kosten für die Rücksendung von Waren vernünftigerweise dann nicht berechnet werden können, wenn der Unternehmer die Rücksendung der Waren nicht selbst organisiert. Dass der Verbraucher online bestellte Waren eigeninitiativ von einer selbst ausgewählten Spedition abholen lässt, dürfte jedoch eher ungewöhnlich sein.

### 4. Nennung des Liefertermins

Anders als im geltenden Recht verlangt Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 7 EGBGB n.F. eine Information über „den Termin, bis zu dem der Unternehmer die Waren liefern oder die Dienstleistung erbringen muss (...)“. Bislang werden im Onlinehandel überwiegend Fristen (z.B. „ca. 3–5 Tage“) genannt, jedoch ist die Nennung eines konkreten Datums (z.B. „13.6.2014“) mangels der dafür erforderlichen Technik und Infrastruktur eher die Ausnahme. Hier stellt sich die Frage, ob der europäische Gesetzgeber tatsächlich eine Änderung der Rechtslage herbeiführen wollte, oder ob die Nennung ungefährender Lieferfristen nach wie vor zulässig ist.

Aus Erwägungsgrund (52) der VRRL ergibt sich, dass der europäische Gesetzgeber einen konkreten Liefertermin nicht voraussetzt. Er erkennt nämlich die Möglichkeit, dass der Unternehmer und der Verbraucher einen solchen Termin nicht vereinbaren und setzt in diesem Fall voraus, dass der Unternehmer so bald wie möglich, jedoch binnen 30 Tagen nach Vertragsschluss an den Verbraucher leistet. In einem gewissen Widerspruch steht dazu nun die Regelung des Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 7 EGBGB n.F. bzw. des Art. 6 Abs. 1 lit. g) VRRL. Dem Wort „bis“ ist zu entnehmen, dass der Gesetzgeber dem Unternehmer eine zeitliche Grenze zur Lieferung der Ware setzen möchte.

Aus Art. 6 Abs. 1 lit. h) VRRL in Verbindung mit Erwägungsgrund (34) der VRRL ergibt sich, dass der Liefertermin dem Verbraucher unmittelbar vor dessen Bindung an den Vertrag mitgeteilt werden soll. Mit anderen Worten soll der Liefertermin speziell für die vom Verbraucher ausgewählte Ware dargestellt werden. Diese Interpretation verbietet es demgemäß, die Lieferdaten auf einer separaten Informationsseite abzubilden.

Die Angabe eines statischen Datums wäre im Onlinehandel mit hohem Programmieraufwand noch möglich, bei Printkatalogen mit Bestellformularen jedoch nicht.<sup>17</sup> Auch heißt es in der englischen Fassung der Richtlinie „The time by which the trader undertakes to deliver“ und nicht „date“, wie zwischenzeitlich diskutiert wurde.<sup>18</sup> Allerdings werden die Begrifflichkeiten „date“ und „time“ im englischen Sprachgebrauch oftmals übereinstimmend verwendet. Ergänzend können Erwägungsgrund (52) sowie Art. 18 Abs. 1 u. Abs. 2 VRRL in eng-

lischer Fassung herangezogen werden.<sup>19</sup> Hier wird zunächst deutlich, dass auch die englische Fassung nicht klar zwischen den Begriffen „time“ und „date“ unterscheidet, denn ganz offensichtlich dient Erwägungsgrund (52) der Erläuterung des Art. 18 VRRL, jedoch variieren die verwendeten Termini: Beispielsweise wird in Erwägungsgrund (52) von dem „delivery date“ gesprochen, in Art. 18 Abs. 1 hingegen von „time of delivery“.

Des Weiteren wird auch deutlich, dass die englische Sprache den Begriff „period of time“ kennt, welcher weitaus häufiger im Hinblick auf Fristen und Zeiträume verwendet wird. Dies unterstreicht die Ansicht, dass der europäische Gesetzgeber auch mit dem Begriff „time“ ein statisches Datum einrichten wollte, denn andernfalls hätte er auch an dieser Stelle den Begriff „period of time“ verwenden können. Ob allerdings Lieferfristen wie „3–5 Tage“ gar nicht mehr zulässig sind,<sup>20</sup> erscheint angesichts des mehrdeutigen englischen Wortlauts und der praktischen Unmöglichkeit, eine solche Auslegung im Katalogversandhandel umzusetzen, fraglich.

Der Text der französischen Fassung lässt die gleiche Auslegung zu wie die englische Fassung. In Erwägungsgrund 52 ist die Rede von „date de livraison“ (engl.: delivery date), in Art. 18 VRRL hingegen „moment de la livraison“ (engl.: time of delivery). „Moment“ bedeutet in diesem Kontext auch ein konkreter Zeitpunkt oder Augenblick.

## II. Widerrufsrecht

### 1. Kundenspezifikation nach neuem Recht

Anders als bislang ist die Kundenspezifikation künftig in § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB n.F. definiert als „für deren Herstellung eine individuelle Auswahl oder Bestimmung durch den Verbraucher maßgeblich ist“. Es stellt sich die Frage, ob damit die bisherige deutsche BGH-Rechtsprechung<sup>21</sup> zu „Built-to-Order“ Fällen noch aufrechterhalten werden kann. Laut der Regierungsbegründung folgt § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB n.F. dem noch geltenden § 312d Abs. 4 Nr. 1 Var. 1 u. 2 BGB. Jedoch wurde die Terminologie des Art. 2 Nr. 4 VRRL zu „nach Verbraucherspezifikation angefertigten Waren“ übernommen.<sup>22</sup>

Auch wenn der Wortlaut an dieser Stelle geändert wurde, so macht doch Erwägungsgrund (49) der VRRL deutlich, dass es sich weiterhin um das Widerrufsrecht bei Waren handelt, die nach Kundenspezifikationen oder auf persönliche Bedürfnisse hin angefertigt wurden. Dies spricht dagegen, dass mit der Wortlautänderung eine Er-

16 Föhlisch in Bittner/Clausnitzer/Föhlisch, Das neue Verbrauchervertragsrecht, Köln 2014, Rz. 110.

17 Zutreffend Schirmbacher/Schmidt, CR 2014, 107 (109).

18 Ausführlich Föhlisch in Bittner/Clausnitzer/Föhlisch, Das neue Verbrauchervertragsrecht, 2014, Rz. 113.

19 Erwägungsgrund (52): „In the context of sales contracts, the delivery of goods can take place in various ways, either immediately or at a later date. If the parties have not agreed on a specific delivery date, (...) Therefore, a rule which grants an additional reasonable period of time to the trader in certain circumstances should be provided for in this Directive. ...“; Art. 18 Abs. 1 u. 2 VRRL: „(1) Unless the parties have agreed otherwise on the time of delivery, the trader shall deliver the goods by transferring the physical possession or control of the goods to the consumer without undue delay, but not later than 30 days from the conclusion of the contract. (2) Where the trader has failed to fulfil his obligation to deliver the goods at the time agreed upon with the consumer or within the time limit set out in paragraph 1, the consumer shall call upon him to make the delivery within an additional period of time appropriate to the circumstances. If the trader fails to deliver the goods within that additional period of time, the consumer shall be entitled to terminate the contract.“

20 So Pörksen, Anmerkung zu OLG Bremen, Urt. v. 5.10.2012 – 2 U 49/12, CR 2012, 798, in jurisPR-TTR 1/2013, Anm. 2.

21 BGH, Urt. v. 19.3.2003 – VIII ZR 295/01, CR 2003, 480.

22 BReg., BT-Drucks. 17/12637, 56.

## Ausgewählte Praxisprobleme des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie

weiterung der Ausnahme verbunden ist.<sup>23</sup> Darüber hinaus hat sich die Rechtsprechung des *BGH*<sup>24</sup> ohnehin nicht wesentlich am Wortlaut des § 312d Abs. 4 Nr. 1 BGB orientiert, sondern zur Begründung seines Urteils insbesondere auf eine Passage in der Gesetzesbegründung der Bundesregierung verwiesen<sup>25</sup> und mithin auf den Sinn und Zweck der Vorschrift abgestellt. Die wirtschaftlichen Nachteile der Rücknahme einer nach Kundenwünschen angefertigten Waren seien in der Regel höher als bei einem Konfektionsartikel.<sup>26</sup>

Allerdings stellt sich die Frage, ob eine solche Auslegung auch noch in Anbetracht der zum Ziel gesetzten Vollharmonisierung einiger wesentlicher Aspekte des Unionsverbraucherrechts geboten ist.<sup>27</sup> Auch wenn der Sinn und Zweck des Widerrufs Ausschlusses – wie aufgezeigt – auch nach der Transformation der VRRRL derselbe bleibt, so kann man nicht außer Acht lassen, dass das Ziel der VRRRL, nämlich die Harmonisierung des Widerrufsrechts in der EU, bei der Auslegung des § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB n.F. in der Rechtsprechung fortan besondere Beachtung finden muss.

Andernfalls bestünde die Gefahr, dass es im Hinblick auf unterschiedliche Auslegungsmaßstäbe der mitgliedstaatlichen Gerichte zu abweichenden rechtlichen Beurteilungen und damit zu erheblichen Rechtsunsicherheiten käme. So könnte es passieren, dass die Built-to-Order Rechtsprechung aufgrund der Zumutbarkeitserwägung einen Widerruf zulässt, wohingegen in anderen Mitgliedsstaaten die Richtlinie streng nach dem Wortlaut umgesetzt wird und keine Toleranz zulässt. Gerade dieser Zustand widerspräche jedoch der VRRRL und der Förderung des Binnenmarktziels gem. Art. 26 Abs. 1 AEUV.

### 2. Siegel und Hygienegründe

Nach Art. 16 Abs. 1 lit. e VRRRL und § 312g Abs. 2 Nr. 3 BGB n.F. besteht künftig kein Widerrufsrecht, wenn „versiegelte Waren geliefert werden, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder aus Hygienegründen nicht zur Rückgabe geeignet sind und deren Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde“. Die Vorgängervorschrift spricht pauschaler von „Waren die auf Grund ihrer Beschaffenheit nicht für eine Rücksendung geeignet sind“. Künftig werden also die Fallgruppen konkretisiert, zugleich stellen sich aber neue Fragen, nämlich was genau „Hygienegründe“ und „Siegel“ im Sinne der Vorschrift sind. Im Kern geht es um die Verkehrsfähigkeit der retournierten Waren.<sup>28</sup>

#### a) Siegel

Schon bislang findet sich der Begriff des Siegels in den Ausnahmen zum Widerrufsrecht, allerdings in anderem Zusammenhang. Nach Ansicht des *OLG Hamm*<sup>29</sup> stellt

die Verpackung einer CD in einer Cellophanhülle kein Siegel i.S.v. § 312d Abs. 4 S. 2 BGB dar, da eine Cellophanhülle auch andere Zweckrichtungen erfüllen könne, wie beispielsweise den Schutz vor Verschmutzung.<sup>30</sup> Nach anderer Ansicht reiche auch das Einschweißen in Folie zur Gewährleistung einer Siegelfunktion aus.<sup>31</sup>

Im Ergebnis ist die Ansicht des *OLG Hamm* zu weitgehend. Richtigerweise muss davon ausgegangen werden, dass die Siegelfunktion bei Audio- und Videoaufzeichnungen bzw. bei Software dem Schutz der Urheberrechte dient, solange nicht ein virtueller Passwortschutz zum Zwecke des Urheberrechtsschutz eingerichtet wurde, dessen Bruch im Einzelfall auch nachverfolgbar wäre.<sup>32</sup> Folgt man diesem Ansatz, so muss man eine Entsiegelung zumindest dann als gegeben ansehen, wenn der Verbraucher einen solchen Teil der Verpackung durchtrennt oder entfernt hat, der nach der Verkehrsauffassung als Siegel erkennbar ist.<sup>33</sup>

Dabei kommt es ganz grundlegend auf die Verkehrsauffassung an: In der heutigen Generation, die von Audio- und Video-CDs/DVDs sowie auf CDs oder DVDs gebrannter Softwares begleitet wird, muss davon ausgegangen werden, dass der durchschnittliche Verbraucher schon einmal mit einem solchen Datenträger konfrontiert worden ist. Auch wenn es in der Regel an einem Hinweis auf die Folge des Entfernens der Cellophanhülle fehlt, so vermittelt das Auspacken des Datenträgers ein gewisses Gefühl des „Jetzt gehört die Ware mir“. Im Übrigen darf die Interpretationsfähigkeit einer Cellophanhülle nicht ausufern: Zwar mag diese auch der Abwehr von Schmutz dienen, jedoch kommt dieser Aufgabe schon das Hardcase einer CD/DVD nach.<sup>34</sup>

Ungeachtet dessen muss die Auslegung des Begriffs der Versiegelung i.S.v. § 312g Abs. 2 Nr. 3 BGB n.F. anderen Maßstäben unterzogen werden, da diese *zwingend* vor dem Hintergrund der „Gründe des Gesundheitsschutzes und der Hygiene“ verstanden werden muss. Dies ergibt sich daraus, dass die Nr. 3 eine neue Variante bildet, wohingegen der altbekannte Tatbestand im Hinblick auf die Lieferung von Audio/Video-Tonträgern oder Computersoftware fortan in Nr. 6 geregelt wird. Aus dem Zusammenhang beider Tatbestandsmerkmale soll sich dann erschließen, ob die Ware für die Rückgabe geeignet ist. Besondere Anforderungen an ein Siegel sind hier nicht zu stellen. Insbesondere muss kein Hinweis auf dem Siegel vorhanden sein, dass mit dessen Bruch das Widerrufsrecht erlischt.<sup>35</sup>

#### b) Hygiene

Der Begriff der Hygiene wird in der VRRRL bzw. der Regierungsbegründung zur Umsetzung der VRRRL nicht näher definiert.<sup>36</sup> *Streinz* nähert sich dem Begriff der Hygie-

23 *Schirmbacher/Schmidt*, CR 2014, 107 (112).

24 *BGH*, Urt. v. 19.3.2003 – VIII ZR 295/01, CR 2003, 480.

25 *BReg.*, BT-Drucks. 14/2658, 44.

26 So auch *Nölke*, Anmerkung zum Urteil des *BGH* v. 19.3.2003 – VIII ZR 295/01, CR 2003, 480, in *LMK* 2003, 181 (181).

27 Vgl. insoweit Erwägungsgrund (7) der VRRRL.

28 Bedauerlicherweise hat der europäische Gesetzgeber die Vorschläge aus der Literatur und dem finnischen Recht („Waren und Dienstleistungen, die für den Unternehmer nicht oder nur mit erheblichem Preisabschlag erneut absetzbar sind, insbesondere ...“, so *Schirmbacher*, Verbrauchertriebsrecht, S. 237 f.; oder: „nicht ohne beträchtlichen Verlust oder überhaupt nicht weiterverkauft werden können“, so Kap. 6, § 16 Abs. 3 Finnisches Verbraucherschutzgesetz, vgl. *Föhlisch*, Das Widerrufsrecht im Onlinehandel, S. 144 ff.) nicht aufgegriffen. Vgl. auch *Schirmbacher/Schmidt*, CR 2014, 107 (112) und *Föhlisch/Dyakova*, *MMR* 2013, 71 (72).

29 *OLG Hamm*, Urt. v. 30.3.2010 – I-4 U 212/09.

30 *OLG Hamm*, Urt. v. 30.3.2010 – I-4 U 212/09 – Rz. 30, diese Ansicht teilend *Wendeborst* in *MünchKomm/BGB*, Band 2, 6. Aufl. 2012, § 312d Rz. 57.

31 *Micklitz/Schirmbacher* in *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 312d BGB Rz. 20; *Schmittmann*, *K&R* 2003, 385 (390).

32 Vgl. insoweit auch *Föhlisch*, Das Widerrufsrecht im Online-Handel, 2009, S. 172.

33 *Wendeborst* in *MünchKomm/BGB*, Band 2, 6. Aufl. 2012, § 312d Rz. 60.

34 So auch *Micklitz/Schirmbacher* in *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 312d BGB Rz. 21.

35 Zutreffend *Schirmbacher/Schmidt*, CR 2014, 107 (113).

36 Vgl. *BReg.*, BT-Drucks. 17/12637, 56; zu den Schwierigkeiten bei der Definition der Hygiene auch *OLG Koblenz*, *Beschl. v. 9.2.2011 – 9 W 680/10*, *MMR* 2011, 377 (377).

## Ausgewählte Praxisprobleme des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechtlichrichtlinie

ne über die Herleitung aus dem Altgriechischen: Danach stammt die Hygiene von dem griechischen Wort „*hygieinos*“ ab und lässt sich übersetzen „*als der Gesundheit zuträglich*“.<sup>37</sup> Die Hygiene ist als Oberbegriff der Gesundheitslehre zu verstehen bzw. der „Wissenschaft und Lehre von der Verhütung und der Kontrolle von Krankheiten, der Gesunderhaltung durch Schutz und Förderung öffentlichen Gesundheit sowie der Gesundheitspflege“.<sup>38</sup> Dazu zählt auch die Gesundheitsförderung, welche dem Einzelnen die Chance geben soll, seine Gesundheit durch individuelle Verhaltensweisen zu fördern und zu erhalten. Dieser Definition ist eine deutlich präventive Zielrichtung zu entnehmen.<sup>39</sup>

### c) Entsiegelte Hygieneprodukte

Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift ist daher schwierig einzugrenzen. Nach diesseitiger Auffassung wird der Kreis der Waren, welche aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht rückgabefähig sind, relativ weit zu ziehen sein.<sup>40</sup> Die Schwierigkeit der Grenzziehung liegt darin, dass es enorm viele Grenzfälle gibt, in denen das subjektive Empfinden des Einzelnen von dem eines anderen abweicht und deswegen fraglich sein wird, wann die Rechtsprechung hygienerelevante Aspekte als tangiert ansieht. Zumindest wird stets auf die gesellschaftlich vermittelten Wertevorstellungen, die Erziehung, Ausbildung und den wissenschaftlichen Stand der Gesellschaft abzustellen sein.<sup>41</sup>

Wenn man rein objektiv auf die Schutzrichtung des § 312g Abs. 2 Nr. 3 BGB n.F. abstellt, so sind die gesundheitlichen Gefahren für den nachfolgenden Kunden (im Falle eines ausgeübten Widerrufs und Weiterverkaufs durch den Unternehmer) bei solchen Produkten, die unmittelbar mit Körperstellen in Berührung kommen, welche prädestiniert sind, um Krankheitserreger zu übertragen (Schleimhäute, Körperöffnungen, etc.), besonders hoch. Auch wenn dem Unternehmer sicherlich die Möglichkeit einer Reinigung z.B. bei aus einer Cellophanhülle genommenen Unterwäsche zur Verfügung steht, so wird dies vielfach nicht ausreichen, um die Ware an einen weiteren Kunden zu verkaufen, denn die Tatsache, dass solche Produkte möglicherweise bereits von einem Dritten verwendet wurden, wird oftmals derart abschreckend sein, dass die Ware nicht mehr (und zwar auch nicht zu einem verringerten Preis) absetzbar ist und es deswegen zu einer faktischen Wertlosigkeit kommt. Überdies mag man im Sinne des Gesundheitsschutzes auch nicht ausschließen, dass durch eine Reinigung gewisse Krankheitserreger, die der ursprüngliche Kunde hypothetisch übertragen hat, auch wirklich abgetötet werden.

### 3. Muster-Widerrufsbelehrung und Fristbeginn

Die neue Muster-Widerrufsbelehrung sieht allein fünf Varianten für die Belehrung über den Fristbeginn vor. Klammert man die Sonderfälle der Gestaltungshinweise

1a) und 1e), in denen ohnehin separate Belehrungen erforderlich sind, sowie Lieferung nicht paketversandfähiger Waren und Kombinationen einmal aus, verbleiben immerhin noch drei verschiedene Textbausteine, von denen laut Gestaltungshinweis einer (nicht mehrere) verwendet werden muss. Dem Händler wird allerdings erst am Schluss einer Bestellung bekannt sein, ob der Kunde eine Ware (Gestaltungshinweis 1 b), mehrere Waren im Rahmen einer einheitlichen Bestellung (Gestaltungshinweis 1c) oder eine Ware in mehreren Teilsendungen (Gestaltungshinweis 1 d) bestellt, so dass es im Vorfeld nicht möglich ist, den richtigen Textbaustein für die flüchtige Information zum Widerrufsrecht statisch auszuwählen.

### a) Ein Textbaustein für mehrere Fälle?

Eine Lösungsmöglichkeit wäre es, die Variante 1c) „an dem Sie ... die letzte Ware in Besitz genommen haben ...“ auch für die Fälle b) und d) zu verwenden. Auch bei Lieferung nur einer Ware oder mehreren Paketen würde der Verbraucher wohl verstehen, dass mit Lieferung des letzten Paketes die Frist zu laufen beginnt, was ja auch bei nur einem Paket oder mehreren „Stücken“ nicht falsch ist.

Dagegen spricht allerdings, dass der europäische Gesetzgeber eben fünf Varianten zur Verfügung gestellt hat und nicht nur eine. Weiterhin kann man durchaus Irritationspotential konstruieren: Der Verbraucher, der in einem Online-Shop einkauft und auch mehrere Waren bestellt, allerdings nicht über einen Warenkorb, sondern in mehreren Bestellvorgängen, könnte geneigt sein, seinen gesamten Einkauf als ein Ereignis zu verstehen und den Beginn der Widerrufsfrist fälschlicherweise ab dem Tag des Zugangs der letzten Ware anzunehmen.

Diesem lauterkeitsrechtlichen Risiko kann allerdings begegnet werden, indem für jede einzelne Bestellung eine neue Widerrufsbelehrung versendet wird, die (erneut und wiederholt) auf die Lieferung der letzten Ware abstellt. Ist der Bezug zu den jeweils bestellten Produkten klar, erscheint eine Irreführung des Verbrauchers in der beschriebenen Art unwahrscheinlich.

### b) Kombinationsbelehrung

Eine weitere Lösungsmöglichkeit könnte darin bestehen, wenn die Gestaltungsalternativen derart in der Musterwiderrufsbelehrung untergebracht werden, dass sie eine verständliche Abgrenzung erkennen lassen und auch dem juristisch unbewanderten Laien die Unterschiede der einzelnen Varianten einleuchten können, z.B. so:

„Das Widerrufsrecht beträgt vierzehn Tage ab dem Tag

a) sofern sie einen Kaufvertrag über eine Ware geschlossen haben, an dem Tag (...)

oder

b) im Falle eines Vertrages über mehrere Waren, die Sie im Rahmen einer einheitlichen Bestellung bestellt haben und die getrennt geliefert werden, an dem Tag (...)

oder

c) im Falle eines Vertrags über die Lieferung einer Ware in mehreren Teilsendungen oder Stücken, an dem Tag (...)

Hier besteht das Risiko darin, dass der Verbraucher den Begriff „einheitlich“ nicht richtig versteht und daher ir-

<sup>37</sup> Streinz, Lebensmittelrechts-Handbuch, 28. Aufl. 2008, V. Hygienerecht A. Begriffsbestimmungen, Rz. 2.

<sup>38</sup> Brockhaus unter <https://koeln-ub.brockhaus-wissensservice.com/brockhaus/hygiene>, zuletzt aufgerufen am 19.2.2014.

<sup>39</sup> Streinz, Lebensmittelrechts-Handbuch, 28. Aufl. 2008, V. Hygienerecht A. Begriffsbestimmungen, Rz. 2.

<sup>40</sup> A.A. Grüneberg in Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 312g n.F. Rz. 6, der die Anwendung des Tatbestandes auf freiverkäufliche Arzneimittel, Fertiggerichte, Kosmetik- und Hygieneartikel eingrenzt.

<sup>41</sup> Brockhaus unter <https://koeln-ub.brockhaus-wissensservice.com/brockhaus/hygiene>, zuletzt aufgerufen am 19.2.2014; so auch Grüneberg in Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 357 n.F. Rz. 9.

## Ausgewählte Praxisprobleme des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie

refgeführt wird, etwa wenn ihm nach Absenden der Bestellung noch ein weiterer Artikel besonders günstig angeboten wird, wenn er sich unmittelbar nach Klick des „Kaufen“-Buttons zum Kauf des weiteren Artikels entschließt.

Die drei in Rede stehenden Varianten führen jedoch nur zu zwei Zeitpunkten, die im Ergebnis für die Berechnung der Widerrufsfrist relevant sind: Sofern eine Ware bestellt wurde, kommt es auf den *Zugang dieser Ware* an; Sofern mehrere Waren in einer einheitlichen Bestellung oder eine Ware in mehreren Teilsendungen/Stücken bestellt wurden, kommt es auf den *Zugang der letzten Ware respektive des letzten Teils/Stückes* an.

Somit muss sich der Verbraucher an dieser Stelle also damit auseinandersetzen, ob er eine oder mehrere Waren (bzw. eine Ware, die in mehreren Teillieferungen gesendet wird) bestellen wird. Mit anderen Worten ergibt sich für ihn die Situation (umgangssprachlich ausgedrückt): „Bestelle ich ein Teil<sup>42</sup>, dann beginnt die Widerrufsfrist mit dessen Zugang; bekomme ich mehrere Teile, dann beginnt die Widerrufsfrist mit Zugang des letzten Teils“. Diese Unterscheidung sollte dem Verbraucher wohl zumuten sein.

### 4. Rücksendekosten bei nicht paketversandfähiger Ware

In Gestaltungshinweis 5 b) der Muster-Widerrufsbelehrung ist vorgesehen, dass der Unternehmer bei nicht paketversandfähiger Ware die Kosten der Rücksendung bereits in der Belehrung konkret beziffert, was vielfach nicht möglich sein wird, sofern er nicht selbst die Rückholung organisiert. Weiterhin ist vorgesehen, dass der Unternehmer die Kosten auch schätzen kann, falls sie vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden können („Die Kosten werden auf höchstens etwa ... geschätzt.“) Abgesehen von Erwägungsgrund 36 a.E. VRRL findet sich im verfügbaren Teil der Richtlinie jedoch keine Rechtsgrundlage für diese Schätzvariante. Vielmehr bestimmen Art. 6 Abs. 1 i) und Art. 246a § 1 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB n.F., dass der Unternehmer über die „Kosten für die Rücksendung der Waren“ in diesem Fall zu informieren hat. Es stellt sich die Frage, ob die Kosten gleichwohl geschätzt werden dürfen.

Die Musterwiderrufsbelehrung im Anhang der VRRL bildet selbst keine eigene Rechtsgrundlage, aus der eine solche Pflicht oder ein solches Recht des Unternehmers abgeleitet werden könnte.<sup>43</sup> Vielmehr ergibt sich die Pflicht zu einer Schätzung als „Minus“ zu der Pflicht zur Unterrichtung über die Kosten für die Rücksendung der Waren. Würde man dem Unternehmer die Pflicht zur Angabe der Kosten auferlegen trotz der Tatsache, dass er faktisch nicht dazu in der Lage ist, so könnte er die Informationspflicht aus Art. 6 Abs. 1 lit. i) der VRRL nicht erfüllen, obgleich ihm sein Verhalten nicht vorwerfbar ist.

Mithin kann an dieser Stelle Erwägungsgrund (36) als Auslegungshilfe herangezogen werden als Anleitung für die Situation, in der die Pflicht des Unternehmers zur Berechnung der Rücksendekosten von unbekanntem und nicht feststellbaren Variablen abhängt; die normative

Grundlage der Pflicht zur Angabe der Rücksendekosten bleibt dieselbe, Art. 6 Abs. 1 lit. i) VRRL. Dies hat auch die Bundesregierung ähnlich gesehen und ihrer Begründung zu Art. 246a § 1 Abs. 2 EGBGB n.F. die Möglichkeit der Schätzung eingebracht.<sup>44</sup> Daher erscheint es angebracht, im Lichte des Erwägungsgrundes (36) den Art. 6 Abs. 1 lit. i) VRRL entsprechend auszulegen und somit dem offensichtlichen Vorhaben des europäischen Gesetzgebers Rechnung zu tragen.

### 5. Belehrung über Rechtsfolgen

Der deutsche Gesetzgeber hat eine Belehrungspflicht über die Rechtsfolgen des Widerrufs nicht ausdrücklich in Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EGBGB n.F. geregelt – im Gegensatz zu Art. 246b § 1 Nr. 12 EGBGB, der die Belehrung über das Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen normiert. In der Muster-Belehrung ist allerdings noch immer ein Wertersatzhinweis enthalten. Auch wird vertreten,<sup>45</sup> dass sich die Belehrungspflicht über die Rechtsfolgen daraus ergeben soll, dass der Unternehmer weiterhin über die „Bedingungen“ zu informieren hat. Es stellt sich insbesondere die Frage, ob nach neuem Recht noch immer zwingend über den Wertersatzanspruch des Händlers informiert werden muss.

Dabei ist die Regelung des § 357 Abs. 7 Nr. 1, 2 BGB n.F. auf den ersten Blick recht verwirrend: Nach diesseitigem Verständnis ist die Norm so zu verstehen, dass der Verbraucher Wertersatz für einen Wertverlust der Ware nur dann zu leisten hat, wenn er gem. Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EGBGB n.F. belehrt wurde. Eine Pflicht zur eigentlichen Belehrung über die Wertersatzpflicht geht damit jedoch nicht einher. Die Wertersatzpflicht ist nur eine abstrakt zu sehende Folge von der erfolgten Belehrung i.S.d. Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EGBGB n.F. Erfolgt diese Belehrung nicht, entsteht auch kein Wertersatzanspruch des Unternehmers.

Diese Ansicht ergibt sich daraus, dass § 357 Abs. 7 Nr. 1, 2 BGB n.F. der Umsetzung des Art. 14 Abs. 2 VRRL dient.<sup>46</sup> Dieser wiederum besagt, dass der Verbraucher dann nicht für den Wertverlust der Waren haftet, wenn er nicht vom Unternehmer nach Art. 6 Abs. 1 lit. h) VRRL unterrichtet wurde. Dieser wiederum verweist neben der Pflicht zur Mitteilung über das Musterwiderrufsformular nur auf Art. 14 Abs. 1 VRRL, welcher wiederum die Pflichten des Verbrauchers im Widerrufsfall zusammenfasst.

Insoweit kann der Ansicht von *Brönneke/Schmidt*<sup>47</sup> nicht gefolgt werden, da die aufgezeigte Systematik der VRRL nicht beachtet wird. Insbesondere erschiene ein derartiges „Redaktionsversuchen“ äußerst sorgfältig und damit höchst erstaunlich. Letztlich spricht auch dagegen, dass der europäische Gesetzgeber den Wertersatzanspruch in Erwägungsgrund (47) erörtert und anders als in Erwägungsgrund (50), wo es um den Wertersatz bereits erbrachter Dienstleistungen geht, einen Hinweis ausdrücklich nicht verlangt. Folglich ist eine Pflicht des Unternehmers zum Hinweis auf den Wertersatzanspruch aus Systematikgründen zu verneinen.

42 Das Wort „Teil“ wird hier bewusst genutzt, um die beiden Alternativen 1) mehrere Waren und 2) eine Ware in mehreren Sendungen laienhaft darzustellen und zu umfassen.

43 Gemeinsamer Leitfaden des Europäischen Parlaments, des Rates und der Kommission, abrufbar unter <http://eur-lex.europa.eu/deltechleg/22.htm>, Rz. 22, zuletzt abgerufen am 21.2.2014.

44 BReg., BT-Drucks. 17/12637, 75.

45 *Brönneke/Schmidt*, VuR 2013, 448 (451).

46 Vgl. BReg., BT-Drucks. 17/12637, 63.

47 *Brönneke/Schmidt*, VuR 2013, 448 (451 f.).

## Die Zukunft personalisierter Werbung im Internet

## III. Vereinbarungen

## 1. Voreingestellte Versandkosten als pre-ticked boxes?

Häufig werden die verschiedenen Optionen für Versandkosten als Tickboxen dargestellt, wobei der (kostenpflichtige) Standard-Versand voreingestellt ist. Fraglich ist, ob § 312a Abs. 3 BGB n.F. auch für solche Versandkosten gilt, so dass diese nicht mehr im Bestellprozess voreingestellt sein dürften, wenn sie Bestandteil des Vertrages werden sollen. Laut der Begründung des *BT-Rechtsausschusses* handelt es sich bei § 312a Abs. 3 BGB n.F. lediglich um eine inhaltliche Erweiterung sowie systematisch gebotene Umpositionierung des § 312c Abs. 5 des Regierungsentwurfs<sup>48</sup>, welcher der korrekten Umsetzung des Art. 22 VRRL dient.<sup>49</sup> Sinn und Zweck der Vorschrift ist der Schutz des Verbrauchers vor Überrumpelungssachverhalten, durch welche der Verbraucher sich ungewollt zu mehr verpflichtet, als er eigentlich beabsichtigt hatte.<sup>50</sup> Die Literatur scheint sich im Zusammenhang mit dieser Frage an dem Wortlaut des § 312a Abs. 3 S. 2 BGB n.F. zu orientieren und hält jegliche Art der Opt-Out-Möglichkeiten für nunmehr ausgeschlossen.<sup>51</sup>

Nach diesseitiger Auffassung scheint auch eine andere Auffassung vertretbar: Art 22 S. 1 VRRL schließt Kosten aus, die über das vereinbarte Entgelt für die Hauptleistung hinausgehen. Unter Hauptleistungspflichten werden diejenigen Pflichten verstanden, welche dem Schuldverhältnis ihr charakteristisches Gepräge geben und im Vertrag zwischen den Parteien als *essentialia negotii* bestimmt sind.<sup>52</sup> Der Fernabsatzvertrag zeichnet sich in aller Regel durch die Pflicht des Unternehmers zur Versendung der Ware an den Verbraucher aus. Es ist in diesem Zusammenhang geboten, dass man die Fernabsatzverträge vor dem Hintergrund der Entwicklung und Einfachheit des E-Commerces und den weiteren Möglichkeit des Internets betrachtet. Gerade dieser Tatsache war sich auch der europäische Gesetzgeber bewusst, als er die Erhaltung und Förderung des Binnenmarktes u.a. auf mit dem Absatzpotential im Internet in Einklang zu bringen versuchte, vgl. Erwägungsgrund (5) VRRL.

48 BReg., BT-Drucks. 17/12637 v. 6.3.2013, S. 8, abrufbar im CRonline Gesetzgebungsreport unter: [http://hwww.cr-online.de/20130306\\_1712637.pdf](http://hwww.cr-online.de/20130306_1712637.pdf).

49 Vgl. insoweit Rechtsausschuss, BT-Drucks. 17/13951, 63.

50 BReg., BT-Drucks. 17/12637, 53.

51 *Grüneberg* in Palandt, BGB, 73. Aufl. 2014, § 312a n.F. Rz. 4; *Schomburg*, VuR 2014, 18 (19 f.); wohl auch *Wendborst*, NJW 2014, 577 (579). A.A. *Föhlich* in Bittner/Clausnitzer/Föhlich, Das neue Verbrauchervertragsrecht, Köln 2014, Rz. 64.

52 *Bachmann* in MünchKommBGB, Band 6, 6. Aufl. 2012, § 241 Rz. 29.

Vor diesem Hintergrund ist es geboten, im Fernabsatz die Kosten der Lieferung als eine Hauptleistungspflicht anzusehen. Ohne die Lieferung bzw. Begleichung der Lieferkosten wird der Unternehmer die Ware nicht verschicken wollen, denn er möchte dem Verbraucher im Zweifel ja die Versandkosten nicht schenken; umgekehrt wird der Verbraucher nicht die begehrte Ware erhalten. Überdies muss man unterstellen, dass der gemeine Verbraucher dies auch weiß und billigend in Kauf nimmt. Jedoch ist allenfalls die Opt-Out-Möglichkeit mit entsprechenden Standard-Tarifen zulässig; andernfalls müsste die Differenz zwischen Standardtarif und erhöhtem Tarif als Extrazahlung anzusehen sein.

## 2. Kosten der Zahlungsart

§ 312a Abs. 4 BGB n.F. setzt Art. 19 VRRL um und will die unter dem Begriff des „Surchargings“ bekannte Möglichkeit unterbinden, dass sich der Unternehmer aufgrund eines von vorausgesetzten Zahlungsmittels zusätzlich bereichert. Gerade bei Kreditkarten wurden in der Vergangenheit überteuerte Zuschläge abverlangt.<sup>53</sup> Weder die VRRL, noch die Gesetzesbegründung geben Aufschluss darüber, welche Kosten der Zahlungsart i.S.v. § 312a Abs. 4 BGB-neu gemeint sind.

*Schomburg* berichtet von zwei Treffen von Vertretern der Mitgliedsstaaten auf Einladung der *EU-Kommission*, bei welchen zu dieser Problematik unterschiedliche Auffassungen vertreten wurden. Teilweise möchte man nur die Kosten einbeziehen, welche der Unternehmer für den jeweiligen Zahlungsvorgang zu vergüten hat, so z.B. den Prozentsatz an dem zu transferierenden Betrag im Falle der Bezahlung einer Kreditkarte; andere sind der Ansicht, dass auch zusätzliche Betriebskosten anteilig umfasst seien wie die Kosten für Personal, die Anschaffungskosten des Kartenlesegeräts, etc.

Mit Ansicht von *Schomburg* wird man in dieser Hinsicht nur die Kosten für die eigentliche Kartennutzung als von § 312a Abs. 4 BGB-neu umfasst ansehen dürfen. Alle anderen Kosten sind Betriebskosten, welche beim Unternehmer ohnehin anfallen und wahrscheinlich schon in den Waren eingepreist sind.<sup>54</sup> Darüber hinaus werden die Grundgebühren wohl ebenfalls nicht aufzuerlegen sein. Diese entstehen dem Wortlaut nach nicht durch die *Nutzung* des Zahlungsmittels, sondern durch die *Anschaffung* und die *Inbetriebnahme*.

53 *Schomburg*, VuR 2014, 18 (21).

54 So eben auch *Schomburg*, VuR 2014, 18 (21).

Simon Alexander Zeidler/Sebastian Brüggemann

## Die Zukunft personalisierter Werbung im Internet

*Werbung ist seit jeher eine Gratwanderung: Ist sie ansprechend und kreativ, weckt sie Interesse und weiß bestenfalls gar zu unterhalten. Ist sie uninteressant oder kommt sie zu aufdringlich daher, wird sie schnell als störend empfunden. Gleichwohl ermöglicht uns die Wer-*

*bung all die Inhalte zu betrachten und Programme zu nutzen, die das Internet für uns bereithält – wohlge-merkt kostenlos. Werbung ist nicht nur die Hauptein-nahmequelle einer ganzen Branche. Sie setzt Anreize für neue technische Innovationen und trägt somit wesent-lich zum Wachstum der Internetwirtschaft bei. Es gilt Werbung möglichst effizient an den Interessen des Nut-zers auszurichten und diese so zu platzieren, dass dieser sie wahrnimmt ohne sie als störend zu empfinden. Hier*

▷ Dr. Simon Alexander Zeidler ist Rechtsanwalt bei SGT Rechtsanwälte (Düsseldorf). Dr. Sebastian Brüggemann, M.A. ist Rechtsanwalt in Düsseldorf und Lehrbeauftragter für Internetrecht der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen.