

# Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

9  
K&R

- Editorial: Schweizer Käse · *Dr. Matthias Schwaibold*
- 533 Facebook-Partys: Haftung des Einladenden  
*Benedikt Klas und Carina Bauer*
- 537 Digitaler Pressevertrieb über mobile Endgeräte  
*Dr. Bahne Sievers*
- 543 Verhaltensorientierte Nutzeransprache – Tod durch Datenschutz oder Moderation durch das Recht?  
*Prof. Dr. Karl-Nikolaus Peifer*
- 548 Datenschutz in der Cloud – Ist hierbei immer eine Auftragsdatenverarbeitung anzunehmen?  
*Dr. Thomas Engels*
- 551 Aktuelle Entwicklungen im Fernabsatzrecht 2010/2011  
*Dr. Felix Buchmann*
- 558 Die gerichtliche Prüfungsdichte bei behördlichen Marktregulierungs-Entscheidungen nach dem TKG  
*Dr. Christoph Werkmeister*
- 563 Länderreport Schweiz · *Dr. Ursula Widmer*
- 567 EuGH: Verantwortlichkeit des Betreibers eines Online-Marktplatzes für Markenrechtsverletzungen – „L’Oréal“  
mit Kommentar von *Dr. Magnus Hirsch*
- 575 BGH: Kein Schadensersatz bei Abbruch einer Online-Auktion wegen Diebstahls der Ware  
mit Kommentar von *Caroline Schmidt*
- 587 BGH: Anforderungen an Einwilligungsnachweis bei Telefon- und E-Mail-Werbung – „Double-opt-in-Verfahren“  
mit Kommentar von *Dr. Stefan Engels* und *Dr. Beatrice Brunn*

14. Jahrgang    **September 2011**    Seiten 533–608

Verlag Recht und Wirtschaft · Frankfurt am Main

ob die Daten im Bereich des EWR oder in Drittstaaten gespeichert werden, so kann sich hieraus rasch eine Unzulässigkeit der Speicherung im Ausland ergeben. Abhilfe kann hier nur eine Vereinbarung mit dem Cloud-Anbieter schaffen, der eine Datenverarbeitung im Bereich des EWR zusichert.

#### IV. Fazit

Das Cloud Computing befindet sich damit tatsächlich in einem datenschutzrechtlichen Dilemma. Dies kann sich zum einen daraus ergeben, dass ein Fall der Auftragsdatenverarbeitung vorliegt. Zum anderen kann eine unzulässige Übermittlung von Daten über die Grenzen des EWR hinaus vorliegen.

Zunächst ist daher in jedem Anwendungsfall festzustellen, welche Art von Datenverarbeitung erfolgt. Handelt es sich nach der vorstehenden Differenzierung nicht um Auftragsdatenverarbeitung, so bleibt für den Nutzer immer noch

das Restrisiko, ausschließen zu müssen, dass der Cloud-Anbieter auch bei Wartungsarbeiten keinen Zugriff auf die gespeicherten personenbezogenen Daten nehmen kann. Ein rechtssicherer Zustand kann keinesfalls durch Inanspruchnahme standardisierter Dienste entstehen, sondern allenfalls das Ergebnis einer rechtlichen und technischen Auseinandersetzung mit dem jeweiligen Provider sein. Insbesondere ist hier auf den möglichen Ort der Speicherung der Daten abzustellen.

Steht nach einer Untersuchung fest, dass es sich um Auftragsdatenverarbeitung handelt, so ist eine bedenkenlose Inanspruchnahme dieser Dienste datenschutzrechtlich unzulässig. Hier kann sich der Nutzer allenfalls durch Hilfskonstruktionen wie etwa dem Verzicht der Speicherung von personenbezogenen Daten, der Datenverschlüsselung oder der Einholung einer expliziten Einwilligung behelfen. Diese Lösungen sind indes wenig praktikabel und verhindern eine Ausbreitung standardisierter Cloud-Dienste aus datenschutzrechtlichen Gründen.

RA Dr. Felix Buchmann, Reutlingen\*

## Aktuelle Entwicklungen im Fernabsatzrecht 2010/2011

Im Anschluss an den Beitrag in K&R 2010, 533 ff. werden im Folgenden die Entwicklungen im Fernabsatzrecht im Zeitraum August 2010 bis August 2011 dargestellt.

### I. Übersicht

Nach einer Studie des Bundesverbands des Deutschen Versandhandels sind im Wege des Versandhandels online im Jahr 2010 mehr als 30 Milliarden Euro umgesetzt worden, dies entspreche einem Anteil von 7,6 % des stationären Handels. Die Branche entwickle sich rasant weiter.<sup>1</sup> Einmal mehr unterstreicht dies die Bedeutung des Versandhandelsrechts.

Der Berichtszeitraum August 2010 bis August 2011 war erneut eine spannende Zeit für das deutsche und europäische Fernabsatzrecht. Der BGH hat in einigen zentralen Fragen zum Widerrufsrecht Klarheit geschaffen. Im Vordergrund stand allerdings die Diskussion um den Wertersatz nach widerrufenem Fernabsatzgeschäft. Nach der Entscheidung des EuGH in Sachen „Messner“<sup>2</sup> war das „Wasserbetten“-Urteil des BGH<sup>3</sup> mit Spannung erwartet worden.<sup>4</sup> Auch das Urteil des BGH zur Werbung mit Garantien<sup>5</sup> hat Aufsehen erregt und führt erneut dazu, dass ein Onlineshop anders zu beurteilen ist, als ein Angebot über die Plattform „eBay“. Der EuGH hat darüber hinaus Kriterien aufgestellt, wann sich ein Online-Shop ans Ausland richtet.<sup>6</sup> Zu einem Aufatmen bei den Versandhändlern dürfte die Entscheidung des Kammergerichts zur (Nicht-)Abmahnbarkeit des „Gefällt mir“-Buttons<sup>7</sup> geführt haben.

Auch der Gesetzgeber hat im vergangenen Jahr zahlreiche Neuerungen in Angriff genommen. Am 4. 8. 2011 ist die Neuregelung zum Wertersatz nach widerrufenem Fernabsatzgeschäft in Kraft getreten.<sup>8</sup> Das Gesetz soll die De-

fizite des „Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über Widerrufs- und Rückgaberecht“<sup>9</sup> ausgleichen, das am 11. 6. 2010 in Kraft getreten war.<sup>10</sup> Lange diskutiert wurde auf nationaler und europäischer Ebene die so genannte „Button-Lösung“ für Online-Shops,<sup>11</sup> die abgeschwächt als besonders gestaltete Schaltfläche die Versandhändler treffen wird.

### II. Anwendbarkeit des nationalen Rechts

In seiner Entscheidung vom 7. 12. 2010<sup>12</sup> legte der EuGH zahlreiche Anhaltspunkte fest, nach denen sich bestimmen soll, ob sich die Tätigkeit eines Unternehmens auf andere Mitgliedstaaten im Sinne von Art. 6 Abs. 1 b) VO 593/2008 (Rom I) ausrichtet. Die Frage ist gegenwärtig mangels einheitlicher nationaler Vorschriften noch von zentraler Bedeutung. Richtet ein Versandhändler sein Angebot an die Verbraucher eines anderen Mitgliedsstaats, so hat er das Verbraucherschutzrecht dieses Mitgliedsstaats zu

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. XI.

1 <http://www.shopbetreiber-blog.de/2010/12/10/heute-um-1100-uhr-twitter-interview-zu-den-aktuellen-branchenzahlen-im-diszanzhandels/>.

2 EuGH, 3. 9. 2009 – C-489/07, K&R 2009, 703 ff. m. Anm. Ballhausen.

3 BGH, 3. 11. 2010 – VIII ZR 337/09, K&R 2011, 38 ff. m. Anm. Buchmann.

4 Buchmann, BB 2010, 3097; Schirnbacher, BB 2011, 81.

5 BGH, 14. 4. 2011 – I ZR 133/09, K&R 2011, 501 ff. m. Anm. Dittrich.

6 EuGH, 7. 12. 2010 – C-585/08 und C-144/09, K&R 2011, 33 ff.

7 KG Berlin, 29. 4. 2011 – 5 W 88/11, K&R 2011, 418 ff.

8 Dazu ausführlich Buchmann/Föhlich, K&R 2011, 433 ff.

9 BGBI. I, S. 2355 ff.; vgl. die Übersicht bei Engels, K&R 2010, 361 ff.; Schröder, NJW 2010, 1933; Bülow, NJW 2010, 1713.

10 Zur Kritik Buchmann, K&R 2010, 534 f.

11 Dazu Buchmann/Majer, K&R 2010, 635 ff.; vgl. zur Diskussion auch: Kredig/Uffmann, ZRP 2011, 36 ff.; Blasek, GRUR 2010, 396 ff.

12 EuGH, 7. 12. 2010 – C-585/08 und C-144/09, K&R 2011, 33 ff.

beachten. Die bloße Erreichbarkeit einer Internetseite im Ausland sah der EuGH dabei richtigerweise nicht als „Ausrichten“ an. Indizien sein können hingegen die Angabe von Anfahrtsbeschreibungen von anderen Mitgliedsstaaten aus zum Geschäft des Gewerbetreibenden, die Verwendung einer anderen Sprache oder Währung, die Angabe von Telefonnummern mit internationaler Vorwahl, die Tätigkeit von Ausgaben für einen Internetreferenzierungsdienst (z. B. Google AdWords), die Verwendung einer anderen Top Level Domain als derjenigen, in der der Gewerbetreibende seine Niederlassung hat, die Erwähnung internationaler Kundschaft oder auch der internationale Charakter der Tätigkeit. Dies sind alles freilich nur Indizien. Der EuGH stellte klar, dass es Sache des nationalen Richters sei, anhand dieser Indizien zu prüfen, ob ein „Ausrichten“ im Sinne der Verordnung vorliege. Im Wesentlichen hat sich der EuGH damit an die Vorschläge der Generalanwältin *Trstenjak* gehalten.<sup>13</sup> Shopbetreiber müssen nach wie vor sorgfältig abwägen, ob sie das Risiko eingehen wollen, ihre Ware auch außerhalb der nationalen Grenzen anzubieten. Wer verschiedene Sprachen in seinem Online-shop vorhält, muss im Übrigen darüber belehren, in welchen Sprachen ein Vertrag abgeschlossen werden kann, will er nicht Gefahr laufen, abgemahnt zu werden.<sup>14</sup>

### III. Neuerungen im Fernabsatzrecht

#### 1. Neues deutsches Wertersatzrecht

Am 4. 8. 2011 ist das „Gesetz zur Anpassung der Vorschriften über den Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen und über verbundene Verträge“ in Kraft getreten. Dabei wurden insbesondere die Vorgaben über die Nutzung nach Erhalt der Ware, aber vor Ausübung des Widerrufsrechts, sowie die Regelungen zum Wertersatz bei bestimmungsgemäßer Ingebrauchnahme der Ware angepasst. Ein neuer § 312 e BGB regelt nunmehr den Ersatz für gezogene Nutzungen. Seinem Wortlaut nach schränkt die Vorschrift die Anwendbarkeit der allgemeinen Rücktrittsregelungen für Ansprüche des Unternehmers auf Wertersatz für gezogene Nutzungen durch den Verbraucher ein. Nutzungswertersatz kann nur noch gefordert werden, wenn (1) der Verbraucher die Ware in einer Art und Weise genutzt hat, die über die Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise hinausgeht und (2) kumulativ der Verbraucher zuvor vom Unternehmer auf diese Rechtsfolge hingewiesen und entsprechend § 360 Abs. 1 oder 2 BGB über sein Widerrufs- oder Rückgaberecht belehrt worden ist oder von beidem anderweitig Kenntnis erlangt hat. In der Musterwiderrufsbelehrung wird dieses Erfordernis wörtlich aufgenommen und mit dem Hinweis konkretisiert, dass mit „Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise“ das „Testen und Ausprobieren der jeweiligen Ware, wie es im Ladengeschäft möglich und üblich ist“, gemeint ist. Es ist zu erwarten, dass hier keine allgemeinverbindlichen Maßstäbe gefunden werden können, so dass in jedem Einzelfall eine eigene Bewertung getroffen werden muss.<sup>15</sup> Der Wertersatz für die Verschlechterung der Ware bei bestimmungsgemäßer Ingebrauchnahme findet sich nach wie vor in § 357 Abs. 3 BGB. Der Gesetzgeber hat mit der neuen Fassung der Regelung klargestellt, dass es den Grundsätzen von Treu und Glauben entspricht, Wertersatz für die weitergehende Nutzung bzw. Abnutzung der Ware leisten zu müssen, soweit die Ware über ein Testen hinaus genutzt wird. Eine Regelung, nach der der Verbraucher generell keinen Wertersatz leisten müsste, würde Raum für Missbrauch eröffnen.<sup>16</sup> Anders als bisher wird allerdings nicht

zwischen „Prüfung“ und „bestimmungsgemäßer Ingebrauchnahme“ unterschieden. Eine Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise kann nach Ansicht des Gesetzgebers neben der bloßen Inaugenscheinnahme nur in einer bestimmungsgemäßen Ingebrauchnahme der Sache liegen.<sup>17</sup>

Angepasst wurde auch die Musterwiderrufsbelehrung, der Gesetzgeber hat allerdings nach den Erfahrungen der letzten Anpassung der Musterwiderrufsbelehrung in Art. 229 § 27 EGBGB für die Widerrufbelehrung eine Übergangsfrist von drei Monaten eingeräumt, so dass Versandhändler zwar alsbald – spätestens bis zum 4. 11. 2011 – reagieren müssen, allerdings der Gefahr einer Abmahnung zunächst nicht ausgesetzt sind. Beachtet werden muss, dass Nutzungswertersatz im Falle der Verwendung des alten Musters nicht verlangt werden kann, weil die Voraussetzungen des § 312 e BGB n. F. von der alten Musterwiderrufsbelehrung nicht erfüllt werden.<sup>18</sup>

#### 2. Neue Verbraucherrechte-Richtlinie

Erfreuliches wird die Versandhändler spätestens im Jahr 2013 erwarten. Nach langen Diskussionen hat das Europäische Parlament am 23. 6. 2011 eine neue Verbraucherrechte-Richtlinie<sup>19</sup> verabschiedet. Es ist zu erwarten, dass der Rat dem Text der Richtlinie zustimmen wird. Für die Versandhändler von besonderer Bedeutung ist die vorgesehene Vollharmonisierung. Die nationalen Regelungen dürfen künftig mangels einer Öffnungsklausel nicht von den Bestimmungen der Richtlinie abweichen, so dass es ein einheitliches europäisches Verbraucherschutzrecht geben wird. Dies ist für den grenzüberschreitenden Handel von großer Bedeutung.<sup>20</sup> Neben einer einheitlichen Widerrufsfrist von 14 Tagen und einem einheitlichen Muster für eine Widerrufbelehrung muss der Verbraucher künftig die Kosten der Rücksendung der Ware tragen; die 40-Euro-Klausel entfällt.<sup>21</sup> Hinzukommen werden weitere Ausnahmen vom Widerrufsrecht und neue Informationen, die der Versandhändler einem Verbraucher zur Verfügung stellen muss. Insgesamt stellt der Vorschlag für eine Verbraucherrechte-Richtlinie einen deutlichen Fortschritt gegenüber der Fernabsatzrichtlinie<sup>22</sup> dar. Sie muss bis 2013 in den Mitgliedsstaaten umgesetzt werden, so dass die gerade erst in Kraft getretene Überarbeitung des Fernabsatzrechts erneut nur von kurzer Halbwertszeit sein wird.

### IV. Zustandekommen des Fernabsatzvertrags

#### 1. „Button-Lösung“

Die so genannte „Button-Lösung“ wird bereits seit geraumer Zeit sowohl auf deutscher als auch auf europäischer

13 Schlussanträge vom 18. 5. 2010 – C-144/09 und C-585/08; vgl. *Clausnitzer*, EuZW 2010, 446 ff.; *Buchmann*, K&R 2010, 533.

14 Siehe z. B. OLG Hamm, 26. 5. 2011 – I-4 U 35/11.

15 Vgl. ausführlich zur Neuregelung *Buchmann/Föhlich*, K&R 2011, 433 ff.

16 BR-Drucks. 855/10, S. 12 f.

17 Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 17/5097, S. 17. Vgl. ausführlich dazu *Buchmann/Föhlich*, K&R 2011, 433, 438.

18 Zu den weiteren Änderungen siehe *Buchmann/Föhlich*, K&R 2011, 433 ff.

19 Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 23. 6. 2011 über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, abrufbar unter <http://www.euro.parl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2011-0293&language=DE#BKMD-21>.

20 Die Vollharmonisierung wurde daher auch in der Wissenschaft immer wieder gefordert, vgl. *Buchmann*, K&R 2010, 458, 462.

21 Vgl. zur Kritik *Buchmann*, K&R 2010, 458, 461 f.

22 RL 97/7/EG, 20. 5. 1997.

Ebene diskutiert. Am ursprünglichen deutschen Gesetzesentwurf wurde erhebliche Kritik geäußert.<sup>23</sup> Dieser sah eine „Doppelklicklösung“ vor, ein Verbraucher hätte also eine gesonderte Erklärung abgeben müssen, dass er von der Entgeltlichkeit Kenntnis erlangt hat.<sup>24</sup> Der Gesetzgeber hat davon Abstand genommen. In Anlehnung an Art. 8 Abs. 2 der Verbraucherrechte-Richtlinie<sup>25</sup> wird nun auch auf nationaler Ebene lediglich eine beschriftete Schaltfläche eingeführt, die den Hinweis enthält, dass mit Anklicken dieser Schaltfläche eine zahlungspflichtige Bestellung ausgeführt wird. Die beschriftete Schaltfläche soll dabei Wirksamkeitsvoraussetzung für das Zustandekommen des Vertrags sein.

Die Kompromisslösung ist insbesondere vor dem Hintergrund zu begrüßen, dass mit der Umsetzung der Verbraucherrechte-Richtlinie keine erneute Änderung des nationalen Gesetzes erforderlich ist. In der Sache selbst sind die Shopbetreiber die Leidtragenden einiger weniger Anbieter von sogenannten „Vertragsfallen“ im Internet.

## 2. Zeitpunkt des Vertragsschlusses

In der Praxis stellt sich immer wieder die Frage, wann ein Vertrag zwischen den Parteien zustande gekommen ist. Häufig sehen die AGB vor, dass ein Vertrag erst zustande kommt, wenn nach der Bestellbestätigung eine gesonderte Annahme durch den Verkäufer erklärt wird. Immer wieder kommt es allerdings vor, dass bereits in der Bestellbestätigung eine Kontonummer aufgeführt wird mit der Aufforderung, den Kaufpreis dorthin zu überweisen. Ähnliche Probleme stellen sich bei vielen der zahlreichen Payment-Anbieter, bei denen die Bezahlung bereits getätigt werden muss, bevor ausdrücklich eine Annahme erklärt wurde.

Es ist davon auszugehen, dass mit dem Wahrnehmen des Angebots, die bestellte Ware zu bezahlen, bereits ein rechtsgültiger Vertrag zustande gekommen ist. Ein Shopbetreiber, der zur Zahlung auffordert und gleichzeitig erklärt, er werde den Vertrag mit einer gesonderten Erklärung annehmen, handelt widersprüchlich. Dies muss bei der Gestaltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bzw. der Kundeninformationen beachtet werden.

## V. Aktuelle Entwicklungen zum Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen

### 1. Ausschluss des Widerrufsrechts bei Warenlieferverträgen

Das OLG Koblenz hat sich mit einigem argumentativen Aufwand der nach wie vor streitigen Frage entzogen, ob Hygieneartikel vom Widerrufsrecht ausgenommen werden dürfen.<sup>26</sup> Das Gericht stellte fest, dass eine Badeente mit Vibratorfunktion ein Erotikspielzeug sei, mithin kein Hygieneartikel. Dies ist zweifelhaft. Vielmehr ist davon auszugehen, dass auch Erotikspielzeuge als Hygieneartikel anzusehen sind. Es kann keinem Verbraucher zugemutet werden, bereits getestetes Erotikspielzeug zu erwerben.<sup>27</sup>

Zutreffend stellte das LG Potsdam<sup>28</sup> fest, dass eine Flasche nicht zu Testzwecken entkorkt werden darf. Wenn eine Getränkeflasche nicht schon unter § 312 b Abs. 3 Nr. 5 BGB fällt und damit das Widerrufsrecht bereits ausgeschlossen ist, stellt das Öffnen einer Flasche keine bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme dar, sondern bereits eine Nutzung, die zum vollständigen Wertverlust führt.

### 2. Wirksamkeit der Belehrung über das Widerrufsrecht

Gleich mehrfach hat der BGH zur Frage der wirksamen Belehrung über das Widerrufsrecht entschieden. In seiner „Holzhocker“ – Entscheidung stellte der BGH klar, dass eine Widerrufsbelehrung auf einer Internetseite keine Textform darstellt.<sup>29</sup> Dies gilt auch für die Plattform „eBay“, selbst wenn der Käufer dort über seinen Account die Widerrufsbelehrung des Verkäufers bis zu 60 Tage nach dem Kauf abrufen kann, in dem die Auktion aufgerufen wird. Der BGH stellte – nach der alten Rechtslage zutreffend – darauf ab, dass die Belehrung dort erst nach Vertragsschluss erfolge. Nach der neuen Rechtslage, die eine Belehrung auch unverzüglich nach Vertragsschluss für eine Widerrufsfrist von 14 Tagen genügen lässt, greift diese Begründung daher nicht mehr. Allerdings bleibt es dabei, dass auch das Aufrufen einer Internetseite über einen Link die Anforderungen an die Textform nicht erfüllt, weil der Verbraucher die Erklärung möglicherweise dann nicht aufrufen kann, wenn es ihm beliebt (z. B. wenn die Internetseite nicht erreichbar ist, sein Account oder der des Verkäufers gesperrt wird, etc.). Vielmehr muss der Text der Widerrufsbelehrung in einer E-Mail an den Verbraucher geschickt werden, damit sie ihm auch zugegangen ist.<sup>30</sup>

Für Online-Händler wenig erfreulich ist die klarstellende Entscheidung des BGH, dass eine falsche Belehrung über das einem Verbraucher zustehende Widerrufsrecht dazu führt, dass die Widerrufsfrist gar nicht zu laufen beginnt und der Vertrag damit jederzeit widerrufen werden kann.<sup>31</sup> Insbesondere für die zahlreichen Verträge aus der Zeit vor der neuen Musterwiderrufsbelehrung aus dem Jahr 2008 dürfte davon auszugehen sein, dass nahezu keine Widerrufsbelehrung den gesetzlichen Ansprüchen genügt hat. Vor diesem Hintergrund muss die Frage gestellt werden, ob nicht die Grundsätze von Treu und Glauben als Korrektiv für ein immerwährendes Widerrufsrecht herangezogen werden müssen, um für Shopbetreiber untragbare Ergebnisse zu vermeiden.

Kompromisslos zeigte sich der BGH auch bei der Frage, wann die Privilegierung der Musterwiderrufsbelehrung in Betracht kommt.<sup>32</sup> Wer nicht exakt die Formatierung der Musterwiderrufsbelehrung einhält – vorliegend die Zwischenüberschriften einfügt – kann sich auf die Privilegierung der Musterwiderrufsbelehrung nicht berufen. Dem Verbraucher werde damit verschleiert, dass er nicht nur Rechte hat, sondern ihn auch erhebliche Pflichten treffen. Auch Zusätze wie „Verbraucher“ statt der direkten Anrede „Sie“ dürfen nicht verwendet werden, da sie die Privilegierung sprengen. Wer hingegen in der Überschrift vor der Widerrufsbelehrung den Hinweis „Widerrufsrecht für Verbraucher“ aufnimmt, kann wohl davon ausgehen, nicht wettbewerbswidrig zu handeln, sofern er den Begriff des

23 Vgl. dazu *Buchmann/Majer*, K&R 2010, 635 ff.; *Blasek*, GRUR 2010, 396 ff.; *Kredig/Uffmann*, ZRP 2011, 36 ff.

24 BT-Drucks. 17/2409.

25 Dazu *Weiden*, GRUR 2011, 698 f.

26 OLG Koblenz, 9. 2. 2011 – 9 W 680/10, MMR 2011, 377.

27 *Becker/Föhlisch*, NJW 2008, 3751, 3755.

28 LG Potsdam, 27. 10. 2010 – 13 S 33/10, MMR 2011, 171.

29 BGH, 29. 4. 2010 – I ZR 66/08, K&R 2010, 813 m. Anm. *Wäßle*.

30 Auch dies ist eine zwingende Voraussetzung: *Buchmann*, MMR 2007, 347, 349.

31 BGH, 2. 2. 2011 – VIII ZR 103/10, NJW-RR 2011, 785; ähnlich auch schon BGH, 9. 12. 2009 – VIII ZR 219/08, K&R 2010, 181 ff. („frühstens“).

32 BGH, 1. 12. 2010 – VIII ZR 82/10, K&R 2011, 185 ff. m. Anm. *Buchmann*.

Verbrauchers definiert. Die Frage ist in der Rechtsprechung noch umstritten.<sup>33</sup> Vor dem Hintergrund, dass mit der direkten Anrede auch Unternehmern ein Widerrufsrecht eingeräumt wird,<sup>34</sup> ist eine Klarstellung allerdings unbedingt notwendig.

In der obergerichtlichen Rechtsprechung entschied das OLG Hamm, dass die Verwendung von zwei verschiedenen Widerrufsbelehrungen (eine verwies auf die BGB-InfoV, eine auf das EGBGB) wettbewerbswidrig ist.<sup>35</sup> Man mag sich streiten, ob der Verweis auf die BGB-InfoV tatsächlich irreführend ist, die Vorschriften sind im Internet ohne Weiteres zu finden. Vor dem Hintergrund der strikten BGH-Rechtsprechung ist das Urteil aber verständlich.

Für einige Aufregung hat ein Beschluss des LG Dortmund<sup>36</sup> gesorgt, wonach die Widerrufsfrist bei eBay-Auktionen doch einen Monat betragen kann. Hintergrund der Entscheidung war, dass der Höchstbietende zwar unmittelbar nach Beendigung der Auktion, aber erst 49 Stunden nach seinem erfolgreichen Gebot die Widerrufsbelehrung des Verkäufers erhielt. Das Gericht hielt dies nicht mehr für „unverzüglich“ im Sinne des Gesetzes. Der Vertrag sei bereits mit dem erfolgreichen Höchstgebot zustande gekommen, nicht erst mit dem zeitlichen Ablauf der Auktion.<sup>37</sup> Die aktuellen AGB von eBay definieren den Vertragsschluss allerdings anders. Der Vertrag kommt danach erst mit Ablauf der Auktion zustande. Auch die Auslegung der Willenserklärung des Verkäufers führt zu keinem anderen Ergebnis. Denn dieser möchte lediglich mit dem Höchstbietenden im Zeitpunkt der Beendigung der Auktion einen Vertrag schließen und gerade nicht mit jedem beliebigen Bieter. Vor diesem Hintergrund scheint die Entscheidung bedenkenswert. eBay Händler müssen sich allerdings stets auf das Funktionieren des eBay-Systems verlassen; der Nachweis des Zugangs der E-Mail mit der Widerrufsbelehrung obliegt ihnen, obwohl sie auf deren Versand keinen Einfluss haben.

### 3. Versandkosten: „40-Euro-Klausel“

Das OLG Brandenburg<sup>38</sup> hat sich der Entscheidung zahlreicher anderer Obergerichte angeschlossen. Die Verwendung der so genannten „40-Euro-Klausel“ setzt voraus, dass diese Kostentragungspflicht z. B. in den AGB mit dem Verbraucher vereinbart worden ist. Dabei muss stets darauf geachtet werden, dass nach § 357 Abs. 2 S. 3 BGB dem Verbraucher lediglich die „regelmäßigen Kosten“ auferlegt werden können, während die Musterwiderrufsbelehrung nur von den „Kosten der Rücksendung“ spricht.<sup>39</sup> Der Widerspruch wurde aber mit der letzten Novellierung des Wertersatzrechts zum 4. 8. 2011 beseitigt und das Wort „regelmäßig“ in die Musterwiderrufsbelehrung aufgenommen. In der Verbraucherrechte-Richtlinie ist geregelt, dass der Verbraucher stets die Kosten der Rücksendung zu tragen hat, eine Ausnahme für Kleinbestellungen ist daher mit deren Umsetzung nicht mehr notwendig.

### 4. Wertersatz

Mit Spannung erwartet wurde die „Wasserbetten-Entscheidung“ des BGH.<sup>40</sup> Ein Verbraucher hatte ein Wasserbett „Las Vegas“ bestellt, dieses bei sich aufgebaut, mit Wasser befüllt, drei Nächte darauf geschlafen und dann widerrufen. Der Versandhändler zog dem Verbraucher daraufhin den Kaufpreis des Bettes fast vollständig als Wertersatz ab, da das Bett nicht mehr veräußerbar sei. Lediglich die Heizung könne wiederverwendet werden.

Der BGH hat sich in seiner Entscheidung ausschließlich mit der Frage beschäftigt, wann eine „Prüfung“ im Sinne von § 357 Abs. 3 S. 2 BGB a. F. (= S. 3 n. F.) vorliegt.<sup>41</sup> Die Frage, ob ein Verbraucher Wertersatz für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung zu leisten hat, hat der BGH mit Blick auf § 357 Abs. 3 S. 2 BGB a. F. offen gelassen. Ebenso wenig war Gegenstand der Prüfung, ob der Verbraucher für die drei Tage Nutzung Wertersatz zu leisten hat. Dies wird in der Praxis häufig missverstanden. Der Begriff der Prüfung umfasst nach zutreffender Ansicht des BGH auch die Ingebrauchnahme der Sache, wenn dies zu Prüfzwecken erforderlich ist, selbst wenn dies zu einer Verschlechterung führt.<sup>42</sup>

Für Shopbetreiber bringt das Urteil des BGH unangenehme Konsequenzen, insbesondere bei Warengruppen, die zunächst zusammengebaut werden müssen, bevor sie getestet werden können. Aber auch für Verbraucher ist die Rechtslage nicht nur vorteilhaft, denn das Widerrufsrecht ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil ein Verbraucher möglicherweise zu 100 % Wertersatz leisten muss. Es besteht vielmehr vollumfänglich weiter, dem Verbraucher verbleiben in einem solchen – als Gestaltungsrecht unwiderruflichen – Widerrufsfall eben weder Ware noch Geld.<sup>43</sup>

## VI. Versandkosten und Preisangaben

Die Preisangaben und die Angabe zu den Versandkosten waren auch im letzten Jahr erneut Gegenstand zahlreicher Rechtsprechung.

### 1. Angabe der Versandkosten

Besondere Probleme bereitet Versandhändlern immer wieder die Angabe der Auslandsversandkosten, insbesondere wenn es sich um Sperrgut handelt. Gemäß § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAngV sind Versandhändler verpflichtet anzugeben, ob zusätzlich Liefer- oder Versandkosten anfallen. Der Hinweis, die Versandkosten könnten auf telefonische Nachfrage mitgeteilt werden, genügt den Anforderungen der PAngV nicht.<sup>44</sup> Deren Höhe muss bereits auf der Internetseite selbst angegeben sein. Ist es dem Versandhändler faktisch nicht möglich, die Versandkosten für einen Artikel noch vor Einleitung des Bestellvorgangs anzugeben, müssen andere Lösungen gefunden werden. In Betracht kommen z. B. Pauschalpreise. Der Versandhändler kann auch eine Versandpauschale angeben und anbieten, dass er auf Wunsch des Käufers die Versandkosten für den Kunden individuell berechnet; dies ist jedenfalls dann nicht wettbewerbswidrig, wenn die individuellen Versandkosten stets unterhalb der Pauschale liegen.

33 Zulässig: OLG Hamburg, 3. 6. 2010 – 3 U 125/09, K&R 2010, 821 ff. (Revision anhängig beim BGH unter I ZR 123/10); unzulässig: OLG Stuttgart, 11. 12. 2008 – 2 U 57/08; LG Kiel 9. 7. 2010 – 14 O 22/10, K&R 2011, 136 ff.

34 Vgl. Buchmann, MMR 2007, 347, 351; Ebnert, NJW 2011, 1029, 1031.

35 OLG Hamm, 26. 5. 2011 – I-4 U 35/11.

36 LG Dortmund, 7. 4. 2011 – 20 O 19/11.

37 Unter Berufung auf BGH, 3. 11. 2004 – VIII ZR 375/03, K&R 2005, 33 ff.

38 OLG Brandenburg, 22. 2. 2011 – 6 U 80/10, K&R 2011, 267 ff.

39 Ausführlich Buchmann, K&R 2010, 458, 461.

40 BGH, 3. 11. 2010 – VIII ZR 337/09, K&R 2011, 38 ff. m. Anm. Buchmann; BB 2011, 81 ff. m. Anm. Schirmbacher; Föhlisch, NJW 2011, 30 ff.; siehe auch Föhlisch/Buchmann, MMR 2010, 3 ff.

41 Föhlisch, NJW 2011, 30 ff.

42 Föhlisch, Das Widerrufsrecht im Onlinehandel, 2009, S. 347.

43 Vgl. auch Buchmann/Föhlisch, K&R 2011, 433, 435.

44 OLG Hamm, 1. 2. 2011 – I-4 U 196/10, K&R 2011, 416 ff.

## 2. Preisangaben

Im Internet erfreuen sich Preisvergleichsportale besonderer Beliebtheit. Ein Unternehmer, der seine Ware am günstigsten anbietet und damit in der Preissuchmaschine ganz vorne gelistet wird, wird eine hohe Anzahl von Besuchen auf seiner Seite verzeichnen können. Umso mehr ist klar, dass der in der Preissuchmaschine angezeigte Preis richtig sein muss, um Verbraucher nicht in die Irre zu führen. Dies hat der BGH bereits im März 2010 entschieden.<sup>45</sup> Der Beklagte bot eine Espressomaschine über die Preissuchmaschine „idealo.de“ an. Am Abend des 10.8.2006 war für die Espressomaschine ein Preis von 550 Euro angegeben, damit stand der Beklagte auf der Preisrangliste an erster Stelle. Auf seiner Internetseite hatte der Beklagte den Preis am Nachmittag desselben Tages auf 587 Euro erhöht. Dies hielt der BGH für irreführend.

Die angegebenen Preise müssen auch die Versandkosten enthalten oder diese separat ausweisen, weil sonst ein Verbraucher darüber getäuscht wird, ob der angegebene Preis der Endpreis einschließlich der Versandkosten ist. Zwar müssen nach der Rechtsprechung des BGH die Versandkosten grundsätzlich erst „alsbald und leicht erkennbar auf einer gesonderten Internetseite genannt werden, die noch vor Einleitung des Bestellvorgangs durch Einlegen der Ware in den virtuellen Warenkorb notwendig aufgerufen werden muss“.<sup>46</sup> Dies gilt jedoch wegen der bezweckten leichteren Vergleichbarkeit nicht für Preissuchmaschinen.<sup>47</sup> Shopbetreiber müssen daher ihre Preise zunächst in ihrem Shop ändern und sich gleichzeitig vergewissern, dass diese dort auch aktualisiert worden sind, bevor sie diese Angaben für die Preissuchmaschinen ändern.

Für den Versandhandel relevant ist auch ein Urteil des BGH zur Werbung mit durchgestrichenen Preisen.<sup>48</sup> Wer bei Eröffnungsangeboten mit durchgestrichenen Preisen wirbt, muss deutlich machen, wie lange die Einführungspreise gelten und ab wann die durchgestrichenen Preise verlangt werden. Die Grundsätze zum Räumungsverkauf gelten hier ausdrücklich nicht. Dies müssen auch Versandhändler bei der Eröffnung ihres Onlineshops beachten.

Sofern ein Versandhändler keine technischen Vorkehrungen trifft, die es einem Verbraucher unmöglich machen, die angebotene Ware zu sehen, z. B. durch einen besonderen Passwort-geschützten Bereich für Gewerbetreibende, wobei diese Eigenschaft vom Shopbetreiber geprüft werden muss, ist er verpflichtet, Bruttopreise anzugeben. Der Wille des Verkäufers, nur an Unternehmer verkaufen zu wollen, ist nach Ansicht des BGH ansonsten unbeachtlich, selbst wenn er dies in seinem Angebot zum Ausdruck bringt.<sup>49</sup>

## VII. Gewährleistung und Garantie

### 1. Lieferpflicht, Erfüllungsort

Auch bei einem Fernabsatzgeschäft ist nach der Regelung des § 269 Abs. 1 und 2 BGB Erfüllungsort der Sitz des Versandhändlers, sofern nicht etwas anderes vereinbart wurde.<sup>50</sup> Die Tatsache, dass es sich bei einem Fernabsatzgeschäft um eine Schickschuld handelt, ändert daran nichts. § 474 Abs. 2 S. 2 BGB regelt lediglich die Frage, wann die Gefahr des zufälligen Untergangs auf den Verbraucher übergeht. Geht Ware während des Versands verloren, hat der Versandhändler seinerseits alles Erforderliche getan, insbesondere liegt bereits eine Konkretisierung vor. Er ist daher nicht zur nochmaligen Erfüllung

verpflichtet. Allerdings trägt der Versandhändler das Risiko des Verlusts, so dass der Verbraucher den Kaufpreis zurückerstattet erhält.<sup>51</sup>

Der BGH hat auch klargestellt, dass das, was der Verkäufer mit Bildern bewirbt, auch Gegenstand des Kaufvertrags ist.<sup>52</sup> Der Verkäufer hatte ein Fahrzeug mit einer Standheizung abgebildet, diese jedoch vor der Übergabe ausgebaut. Der Käufer hätte Anspruch auf Wiedereinbau dieser Standheizung gehabt, nicht jedoch den geltend gemachten Anspruch auf Ersatz der Kosten für die Standheizung, die er nachträglich selbst eingebaut hatte. Zur Frage, ob es ausgereicht hätte, im Angebotstext darauf zu verweisen, dass die Standheizung nicht Bestandteil des Angebots ist, ging der BGH nicht ein. Wenn ein solcher Hinweis allerdings klar und verständlich erfolgt, ist davon auszugehen, dass ein Verbraucher hinreichend über den Umfang des Angebots informiert wird. Ein Hinweis im Fließtext dürfte dafür allerdings nicht ausreichen.

### 2. Umfang der Gewährleistung und Ort der Nacherfüllung

Der EuGH hat erneut die Rechte der Verbraucher gestärkt. Nachdem der EuGH in seiner „Quelle“-Entscheidung<sup>53</sup> bereits entschieden hatte, dass ein Verbraucher keinen Nutzungersatz für mangelhafte Ware leisten muss, urteilte er nun, dass ein Händler bei der Lieferung mangelhafter Ware grundsätzlich verpflichtet ist, die eingebaute mangelhafte Ware auszubauen und neue mangelfreie Ware wieder einzubauen.<sup>54</sup> Dies gilt auch dann, wenn weder den Verbraucher noch den Verkäufer ein Verschulden trifft. Wenn der Verkäufer seine Pflichten aus dem Vertragsverhältnis nicht erfüllt, dürfe es nicht Sache des Verbrauchers sein, dies auszugleichen. Immerhin ließ der EuGH die Möglichkeit der Beschränkung der durch den Verkäufer zu tragenden Kosten für den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der mangelfreien Ware auf einen „angemessenen Betrag“ zu.

Hinsichtlich des Orts der Nacherfüllung hat der VIII. Zivilsenat des BGH eine Grundsatzentscheidung für Kaufverträge getroffen, die ebenfalls auf § 269 BGB gestützt wurde.<sup>55</sup> Soweit zwischen den Parteien nichts anderes vereinbart ist, ist der Sitz des Versandhändlers der Ort der Nacherfüllung und nicht der Wohnsitz des Verbrauchers. Der Verbraucher muss folglich die mangelhafte Ware zum Versandhändler zurückbringen. Dies hatte das OLG Celle vor kurzem noch anders entschieden.<sup>56</sup> Auch mit der zuvor genannten Rechtsprechung des EuGH ist dies nicht ohne weiteres in Einklang zu bringen.

45 BGH, 11.3.2010 – I ZR 123/08, K&R 2010, 648 ff.; BGH, 18.3.2010 – I ZR 16/08, K&R 2010, 734 ff.

46 BGH, 4.10.2007 – I ZR 143/04, K&R 2008, 34 ff., Tz. 31 ff.; BGH, 16.7.2009 – I ZR 50/07, K&R 2010, 189 ff., Tz. 24 ff.

47 BGH, 18.3.2010 – I ZR 16/08, K&R 2010, 734, 736.

48 BGH, 17.3.2011 – I ZR 81/09 – Original Kanchipur.

49 BGH, 29.4.2010 – I ZR 99/08, K&R 2010, 816 ff.; vgl. auch BGH, 31.3.2010 – I ZR 34/08, K&R 2010, 737 ff. Zur aktuellen BGH-Rechtsprechung siehe auch *Eckert*, GRUR 2011, 678 ff.; *Deutsch*, GRUR 2011, 187 ff.

50 OLG Hamm, 24.5.2011 – I-2 U 177/10, BeckRS 2011, 18546; BGH, 16.7.2003 – VIII ZR 302/02, NJW 2003, 3341.

51 OLG Hamm, 24.5.2011 – I-2 U 177/10, BeckRS 2011, 18546.

52 BGH, 12.1.2011 – VIII ZR 346/09, K&R 2011, 188 ff.

53 EuGH, 17.4.2008 – C-404/06, NJW 2008, 1433 ff.

54 EuGH, 16.6.2011 – C-65/09, C-87/09, NJW 2011, 2269 ff.

55 BGH, 13.4.2011 – VIII ZR 220/10, NJW 2011, 2278.

56 OLG Celle, 10.12.2009 – 11 U 32/09 unter Berufung auf BGH 8.1.2008 – X ZR 97/05.

### 3. Werbung mit Garantien

Garantien sind bei Versandhändlern beliebte Werbemittel. Bislang höchstrichterlich ungeklärt war die Frage, wann die Voraussetzungen von § 477 BGB vom Garantiegeber erfüllt sein müssen. Der BGH hat nun entschieden, dass in der bloßen Werbung mit einer Garantie die Garantiebedingungen nicht angegeben werden müssen.<sup>57</sup> Nach Ansicht des BGH fallen „unter den Begriff der Garantieerklärung im Sinne des § 477 Abs. 1 BGB [...] nur Willenserklärungen, die zum Abschluss eines Kaufvertrags (unselbständige Garantie) oder eines eigenständigen Garantievertrags führen, nicht dagegen die Werbung, die den Verbraucher lediglich zur Bestellung auffordert und in diesem Zusammenhang eine Garantie ankündigt, ohne sie bereits rechtsverbindlich zu versprechen.“

Das Urteil überrascht etwas. Da ein Onlineshop in der Regel nur eine *invitatio ad offerendum* darstellt, bedeutet dies, dass in einem Onlineshop keine Garantiebedingungen mehr angegeben werden müssen. Es bleibt aber die Frage, worauf sich das Angebot des Verbrauchers dann beziehen soll, die Garantiebedingungen sind ihm jedenfalls nicht zwingend bekannt. Folge des Urteils ist, dass der Versandhändler mit der Annahme des Angebots des Verbrauchers seinerseits einen Garantievertrag anbietet. Auf der Plattform eBay gelten diese Grundsätze nicht.<sup>58</sup> Dort unterbreitet der Verkäufer bereits ein bindendes Angebot und muss die Garantiebedingungen daher vollständig vorhalten. Nachdem nun endlich die Widerrufsfrist bei Geschäften über die Plattform eBay und einem Onlineshop angeglichen wurde, tut sich hier nunmehr die nächste Ungleichbehandlung auf, die sich auf das Zustandekommen des Vertrags begründet.

## VIII. M-Commerce

Die fortschreitende Entwicklung der Smartphones erleichtert den M-Commerce erheblich und macht diesen auch für Versandhändler immer attraktiver. Gleichwohl lauern hier erhebliche Gefahren, insbesondere bei der Darstellung von Kundeninformationen. Es ist Sache des Versandhändlers, sicherzustellen, dass die gesetzlichen Informationspflichten eingehalten werden. Werden beispielsweise Widerrufsbelehrung, Anbieterkennzeichnung oder die Angaben zur Mehrwertsteuer und den Versandkosten nicht oder nicht lesbar angezeigt, verstößt der Versandhändler gegen die ihm obliegenden Informationspflichten. Ob dies aufgrund eigenen Verschuldens geschieht, spielt dabei keine Rolle, ebenso wenig, wie es auf seine Kenntnis von der fehlerhaften Darstellung ankommt.<sup>59</sup> Shopbetreiber müssen sich daher vergewissern, dass ihr Angebot auch über Smartphones rechtskonform dargestellt wird. Vor dem Hintergrund zahlreicher verschiedener Hersteller und von verschiedenen Endgeräten ist dies keine einfache Aufgabe.

## IX. Wettbewerbsrechtliche Implikationen

### 1. Originalvollmacht

Der BGH hat entschieden, dass einer Abmahnung zumindest nicht immer eine Originalvollmacht beiliegen muss.<sup>60</sup> Die Frage war in Literatur und Rechtsprechung heftig umstritten. Der BGH hat allerdings nicht zu der Frage Stellung genommen, ob § 174 S. 1 BGB auf die wettbewerbsrechtliche Abmahnung insgesamt keine Anwendung findet, weil eine Analogie nicht in Betracht kommt.<sup>61</sup> Auch ob es einen Unterschied macht, ob der Abmahnung ein

vorformulierter Unterlassungsvertrag beigelegt ist oder nicht, bleibt unklar.<sup>62</sup> Klargestellt hat der BGH lediglich, dass für den Fall, dass der Abmahnung ein vorformulierter Unterlassungsvertrag beigelegt ist, eine Originalvollmacht der Abmahnung nicht beigelegt werden muss. Für die Praxis ist dies eine willkommene Erleichterung.<sup>63</sup>

### 2. „Gefällt mir“ gefällt nicht immer

Nach dem LG Berlin hat auch das KG Berlin bestätigt, dass § 13 Abs. 1 TMG kein Schutzgesetz im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG ist und folglich ein Verstoß dagegen nicht im Wege einer Abmahnung gerügt werden kann. Der Abgemahnte hatte zwar den „Gefällt mir“-Button auf seiner Seite bereitgehalten, die Nutzer seiner Seite allerdings nicht darauf hingewiesen, dass und welche Daten des Nutzers an Facebook in die USA übertragen werden. Zwar spreche vieles dafür, dass es sich um einen Verstoß gegen das Datenschutzrecht handle, die Datenerhebung sei allerdings nicht eine Frage des Marktverhaltens und würde den Marktauftritt des Abmahners jedenfalls nicht unmittelbar betreffen. Es handelt sich hierbei nur um eine Einzelentscheidung, die mit Vorsicht zu genießen ist. Shopbetreiber, die sich für den „Gefällt mir“-Button entscheiden, sollten zumindest in ihrer Datenschutzerklärung klarstellen, welche Daten in welcher Form an wen weitergegeben werden.

### 3. E-Mail-Werbung

Die Werbung per E-Mail ist für viele Versandhändler ein wichtiges Marketing-Instrument. Im Berichtszeitraum gab es eine ganze Reihe einschlägiger Entscheidungen dazu. Shopbetreiber, die einen Newsletter oder sonstige Werbung per E-Mail verschicken möchten, müssen zuvor die ausdrückliche Einwilligung des Empfängers einholen. Da ihnen im Zweifel der Nachweis obliegt, dass die Einwilligung tatsächlich vom Empfänger der E-Mail erteilt wurde, kommt nur das so genannte „double Opt-in“-Verfahren in Betracht.<sup>64</sup> Dabei muss es sich um ein „Opt-in-Lösung“ handeln, eine „Opt-out-Lösung“ Lösung ist unzulässig.<sup>65</sup> Auch darf die Einwilligung nicht mit anderen Erklärungen kombiniert werden, wie z. B. der Einwilligung in die AGB.<sup>66</sup> Zudem hat das LG Hamburg entschieden, dass die Koppelung der Einwilligung in E-Mail-Werbung mit einem Gewinnspiel unzulässig ist.<sup>67</sup>

Eine einmal wirksam erteilte Einwilligung ist nicht unbegrenzt gültig. Dies gilt insbesondere dann, wenn nach der erteilten Einwilligung über einen längeren Zeitraum keine Werbung versandt wurde. Das LG München I entschied, dass ein Zeitraum von 18 Monaten zu lange ist.<sup>68</sup> Shopbetreiber müssen daher bei älteren Adressdaten vorsichtig agieren. Wenn mit dem Kunden längere Zeit kein Kontakt bestand, sollte im Zweifel darauf verzichtet werden, solchen Kunden Werbung zukommen zu lassen. Nach An-

57 BGH, 14. 4. 2011 – I ZR 133/09, K&R 2011, 501 ff. m. Anm. *Dittrich*.  
 58 Diese Grundsätze gelten auch nicht für Shops, die aufgrund der Zahlungsmethode bereits ein konkretes Angebot unterbreiten.  
 59 OLG Hamm, 20. 5. 2010 – I-4 U 225/09, K&R 2010, 591 ff.  
 60 BGH, 19. 5. 2010 – I ZR 140/08, K&R 2010, 809 ff. m. Anm. *Ludwig* = MMR 2011, 138 m. Anm. *Buchmann*.  
 61 So z. B. *Teplitzky*, WRP 2010, 1427 ff.  
 62 *Buchmann*, MMR 2011, 140; a. A. *Koch*, GRUR-Prax 2010, 517.  
 63 Vgl. *Goldmann*, GRUR-Prax 2010, 524.  
 64 Vgl. z. B. LG Essen, 20. 4. 2009 – 4 O 368/08, GRUR-RR 2009, 353; AG Düsseldorf, 14. 7. 2009 – 48 C 1911/09, MMR 2009, 872.  
 65 LG München I, 9. 7. 2010 – 21 O 23548/09, BeckRS 2010, 30636.  
 66 LG München I, 9. 7. 2010 – 21 O 23548/09, BeckRS 2010, 30636.  
 67 LG Hamburg, 10. 8. 2010 – 312 O 25/10.  
 68 LG München I, 8. 4. 2010 – 17 HK O 138/10, BeckRS 2011, 14109.



sicht des LG Berlin haftet der Shopbetreiber auch für Werbe-E-Mails, die aufgrund eines Hacker-Angriffs von seinem System aus versandt worden sind;<sup>69</sup> die erste Instanz hatte dies noch anders gesehen. Neben der juristischen Person haften auch deren Geschäftsführer persönlich.

Shopbetreiber dürfen in Ausnahmefällen E-Mails mit Werbung auch ohne ausdrückliche Einwilligung des Empfängers versenden. Das KG hat zur Frage Stellung genommen, wann die Voraussetzungen von § 7 Abs. 3 UWG kumulativ erfüllt sind.<sup>70</sup> Streitiger Punkt ist in der Regel die Frage der Ähnlichkeit i. S. v. § 7 Abs. 3 Nr. 2 UWG. Dieses Tatbestandsmerkmal ist gegeben, wenn die Produkte austauschbar sind oder dem gleichen oder zumindest einem ähnlichen Bedarf oder Verwendungszweck dienen. Nach Ansicht des KG ist die Vorschrift als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen und nur erfüllt, wenn sie sich auf bereits gekaufte Waren bezieht und dem gleichen typischen Verwendungszweck oder Bedarf des Kunden entspricht.<sup>71</sup> Im vorliegenden Fall entschied das KG, das Produkte „für Deine Silvesterparty“ nicht mit einem „Geschenk für einen Party-Gastgeber“ vergleichbar seien. Shopbetreiber müssen – wie bei der E-Mail-Werbung insgesamt – mit den beworbenen Produkten vorsichtig sein, wenn keine ausdrückliche Einwilligung für Werbung per E-Mail besteht.

#### 4. AdWords-Werbung

Der BGH hat ausgesprochen knapp und klar festgestellt, dass Dritte ein mit einer Marke identisches Zeichen als Schlüsselwort im Rahmen einer AdWords-Kampagne verwenden dürfen. Darin liege keine Benutzung einer fremden Marke im Sinne von Art. 5 Abs. 1 S. 2 Buchst. a MarkenRL, § 14 Abs. 2 Nr. 1 MarkenG, sofern die auf diese Weise erscheinende Anzeige selbst weder das Zeichen noch sonst einen Hinweis auf den Markeninhaber oder auf die von diesem angebotenen Produkte enthält, der angegebene Domainname vielmehr auf eine andere betriebliche Herkunft hinweist.<sup>72</sup> Damit ist ein langer Streit entschieden worden. Shopbetreibern eröffnen sich dadurch weitere (erhebliche) Möglichkeiten bei der Werbung.

#### 5. Keine Informationen via „mouse over“

Für Verbraucher wesentliche Informationen dürfen nicht lediglich mittels eines so genannten „Mouseover-Effekt“ angezeigt werden. In einem Verfahren vor dem OLG Frankfurt hatte ein Händler mit dem erklärungsbedürftigen Slogan „Wir schlagen jeden Preis“ geworben. In den AGB und über den genannten Mouseover-Effekt fand sich eine entsprechende Erklärung dafür. Dies genüge den Richtern nicht, da es vom Zufall abhängt, ob der Verbraucher mit der Maus über die Werbung gehe.<sup>73</sup> Zu beachten ist in diesem Zusammenhang auch, dass Verbraucherinformationen nicht als Grafikdatei vorgehalten werden dürfen. Diese Dokumente sind nicht barrierefrei und können zudem bei mobilen Endgeräten ggf. nicht richtig dargestellt werden.<sup>74</sup>

#### 6. Werbung mit Testergebnissen

Die Werbung mit Testergebnissen ist bei Shopbetreibern beliebt, weil damit dem Kunden eine objektive Bewertung des Produkts suggeriert wird. Wird ein Produkt mit dem Testergebnis „gut“ beworben, geht ein durchschnittlicher Kunde davon aus, dass das Produkt im Test einen Spitzenplatz eingenommen hat, so das OLG Frankfurt a. M.<sup>75</sup> Die Testergebnisse müssen klar und verständlich dargestellt

werden. Dies gilt insbesondere hinsichtlich der Schriftgröße; eine 6-Punkt Schrift dürfte in der Regel genügen.<sup>76</sup>

#### 7. Bagatellen

Das LG Berlin hat entschieden, dass das Weglassen der Handelsregisternummer und der Umsatzsteueridentifikationsnummer ein Bagatellverstoß sei und nicht abgemahnt werden kann.<sup>77</sup> Ähnlich entschied das LG München I.<sup>78</sup> Vor diesen Entscheidungen muss gewarnt werden. Zwar sind Abmahnungen wegen solcher Verstöße ärgerlich, allerdings geht die überwiegende Rechtsprechung mit Blick auf die zugrundeliegenden europäischen Richtlinien davon aus, dass es sich um keine Bagatellverstöße handelt. Die Gerichte in München und Berlin können aufgrund des fliegenden Gerichtsstands ohne Weiteres umgangen werden.

#### 8. Abmahnungsmissbrauch

Einige neue Entscheidungen wurden zum Abmahnungsmissbrauch nach § 8 Abs. 4 UWG gefällt. Das OLG Jena<sup>79</sup> stellte fest, dass zwar allein die Zahl von mindestens 78 Abmahnungen innerhalb von neun Monaten für sich den Tatbestand des Rechtsmissbrauchs nicht erfülle, allerdings stünden die Abmahnungen in keinem Verhältnis zur wirtschaftlichen Tätigkeit des abmahnenden Unternehmens; auch sei unklar, warum Rechnungen des Anwalts spät oder gar nicht gestellt wurden. Schließlich seien überhöhte Streitwerte ein Indiz für Rechtsmissbrauch. Das OLG Jena legt den Finger insbesondere bei den anwaltlichen Rechnungen in die Wunde; dieser Frage wird leider von den Gerichten viel zu selten nachgegangen, obgleich diese die Frage des Rechtsmissbrauchs von Amts wegen ermitteln müssen. Das OLG Hamm stellte in einem Verfahren insbesondere auf die Höhe der Vertragsstrafe (5100 Euro ohne Verschulden) und die zu weit gefasste Unterlassungserklärung ab.<sup>80</sup>

Aber auch eine Gegenabmahnung kann in Einzelfällen rechtsmissbräuchlich sein. Grundsätzlich ist zwar davon auszugehen, dass eine Gegenabmahnung nicht rechtsmissbräuchlich ist,<sup>81</sup> dies ist allerdings anders zu beurteilen, wenn es dem Gegenabmahnenden evident nicht um die Unterlassung von Lauterkeitsverstößen geht, sondern lediglich um das Generieren von Aufrechnungsansprüchen.<sup>82</sup> Dies zeigt sich z. B. dann, wenn im Rahmen der Gegenabmahnung auf die Abgabe einer Unterlassungserklärung verzichtet wird, wenn dafür wechselseitig auf die Kostenforderung verzichtet wird.

#### X. Fazit

Im Berichtszeitraum hat sich erneut viel getan. Zahlreiche BGH-Entscheidungen haben für Rechtssicherheit im Fernabsatzrecht gesorgt, leider häufig noch für die alte Rechts-

69 LG Berlin, 19. 7. 2011 – 15 S 1/11.

70 KG Berlin, 18. 3. 2011 – 5 W 59/11, K&R 2011, 605 f.

71 KG Berlin, 18. 3. 2011 – 5 W 59/11, K&R 2011, 605 f.; vgl. auch schon OLG Jena, 21. 4. 2010 – 2 U 88/10, MMR 2011, 101.

72 BGH, 13. 1. 2011 – I ZR 125/07, K&R 2011, 578 ff.

73 OLG Frankfurt a. M., 23. 2. 2011 – 6 W 111/10, K&R 2011, 414 f.

74 Vgl. z. B. LG Berlin, 24. 6. 2008 – 16 O 894/07; OLG Frankfurt a. M., 6. 11. 2007 – 6 W 203/06.

75 OLG Frankfurt a. M., 13. 1. 2011 – 6 W 177/10, NJOZ 2011, 974.

76 KG Berlin, 11. 2. 2011 – 5 W 17/11, GRUR-RR 2011, 278.

77 LG Berlin, 31. 8. 2010 – 103 O 34/10, K&R 2010, 748 f.

78 LG München I, 4. 5. 2010 – 33 O 14269/09, NJW-RR 2011, 195.

79 OLG Jena, 6. 10. 2010 – 2 U 386/10.

80 OLG Hamm, 29. 6. 2010 – 4 U 24/10, MMR 2010, 826.

81 Buchmann, MMR 2008, XXII.

82 LG Bochum, 16. 11. 2010 – 12 O 162/10, MMR 2011, 321.



lage, so dass die Grundsätze auf das geltende Recht übertragen werden müssen. Das Fernabsatzrecht wird sich auch in den nächsten Jahren wandeln. Mit der Umsetzung der Verbraucherrechtrichtlinie im Jahr 2013 wird es (endlich) ein vereinheitlichtes europäisches Fernabsatzrecht geben,

das den Händlern neue Möglichkeiten eröffnet. Für die Versandhändler bleibt zu hoffen, dass dann endlich die Zahl der Überarbeitungen der für sie einschlägigen Vorschriften zurückgeht.

Dr. Christoph Werkmeister, LL.M. (Cambridge), Bonn\*

## Die gerichtliche Prüfungsdichte bei behördlichen Marktregulierungs-Entscheidungen nach dem TKG

*Der Zweck des Telekommunikationsgesetzes (TKG) besteht u. a. darin, durch Regulierung den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation zu fördern (vgl. § 1 TKG). Diese wettbewerbsorientierte Zielsetzung bringt es mit sich, dass die verwaltungsrechtlichen Anspruchs- und Befugnisnormen des TKG vielfach nicht nur mittels der juristischen Auslegungskanone, sondern auch durch ökonomischen Sachverstand auszufüllen sind. Aufgrund dieser Komplexität wurde seitens der Gerichte im Kontext von Entscheidungen der Bundesnetzagentur (BNetzA) die gerichtliche Überprüfbarkeit teilweise eingeschränkt. Eine eingeschränkte gerichtliche Prüfungsdichte bringt einerseits eine erhöhte Flexibilität der BNetzA mit sich, was u. U. zu einer effektiveren Regulierung führt, andererseits wird das Recht der von der Regulierung betroffenen Parteien auf effektiven Rechtsschutz eingeschränkt. Dieser Konflikt ist bei der Beurteilung der gerichtlichen Prüfungsdichte stets zu berücksichtigen, was zu einer diffizilen Abwägung im Einzelfall führt. Der Beitrag soll die bisher ergangene höchstrichterliche Rechtsprechung zu diesem Thema aufarbeiten (I. bis III.) und aufzeigen, in welchem Bereich noch Klärungsbedarf besteht (IV.).*

### I. Die Marktdefinition<sup>1</sup>

Bei der Marktdefinition nach § 10 TKG handelt es sich um einen unselbständigen Teil der mit Erlass einer Regulierungsverfügung abschließenden Marktprüfungen. Anders als der Wortlaut des § 10 Abs. 1 TKG nahe legt, stellt die Festlegung der Märkte durch die Regulierungsbehörde gegenüber den Marktteilnehmern keine selbständige Entscheidung mit Außenwirkung dar. § 13 Abs. 3 TKG gibt ausdrücklich vor, dass die Regulierungsverfügung, mit der dem marktmächtigen Unternehmen Verpflichtungen auferlegt werden, mit den Ergebnissen der Verfahren der Marktdefinition und Marktanalyse als einheitlicher Verwaltungsakt ergeht. Bedeutsam ist dies für die Frage des Rechtsschutzes. Isoliert anfechtbar ist also die Festlegung der Marktabgrenzung nicht, sie kann indes Gegenstand einer Klage gegen die das Verfahren abschließende Regulierungsverfügung sein.

Im Rahmen eines solchen Rechtsschutzverfahrens ist entscheidend, dass der Gesetzgeber der BNetzA mit § 10 Abs. 2 S. 2 TKG ausdrücklich einen Beurteilungsspielraum bei der Marktdefinition zugewiesen hat. Fraglich ist hierbei, ob der Beurteilungsspielraum nur für die Anwen-

dung des Drei-Kriterien-Tests i. S. v. § 10 Abs. 2 S. 1 TKG gelten soll<sup>2</sup> oder ob er auch für die Anwendung allgemeiner wettbewerbsrechtlicher Kriterien bei der Marktabgrenzung Anwendung findet.<sup>3</sup> Ein vollumfassender Beurteilungsspielraum stünde im Gegensatz zur kartellrechtlichen Praxis der Marktabgrenzung und Bestimmung von Marktbeherrschung.<sup>4</sup>

Das BVerwG (BVerwG) hatte indes Gelegenheit, sich mit dieser Fragestellung auseinanderzusetzen und gewährte der BNetzA bei diesen Fragen einen vollumfassenden Beurteilungsspielraum.<sup>5</sup> Dieses Ergebnis ergebe sich unter Berücksichtigung der Gesetzessystematik und des Normzwecks. Die Abgrenzung des relevanten Marktes (§ 10 Abs. 1 TKG), die Prüfung seiner potenziellen Regulierungsbedürftigkeit (§ 10 Abs. 2 S. 1 TKG) sowie die Marktanalyse (§ 11 Abs. 1 TKG) seien aufeinander bezogen und untrennbar miteinander verbunden, so dass ein Beurteilungsspielraum hier nur umfassend Geltung beanspruchen könne.<sup>6</sup>

### II. Die Auferlegung von Zugangsverpflichtungen

§ 21 Abs. 1 TKG, wonach dem regulierten Unternehmen Zugangsverpflichtungen auferlegt werden können, enthält eine Vielzahl von Kriterien, die den Rahmen der Ermessenbetätigung der BNetzA vorgeben und bei der Entscheidungsfindung zum Erlass einer Zugangsverpflichtung zu beachten sind. Im Rahmen des § 21 TKG könnte man die Einräumung von Beurteilungsspielräumen für das „angemessene Verhältnis zu den Regulierungszielen“, aber auch für einzelne Elemente der Angemessenheitsprüfung wie die „Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten nachgelagerten Endkundenmarkts“, die „technische und wirtschaftliche Tragfähigkeit der Nutzung oder Installation konkurrierender Einrichtungen“ etc. erwägen.

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. XII.

1 Bei den folgenden Ausführungen handelt es sich teilweise um gekürzte Abhandlungen der Dissertation des Verfassers, vgl. *Werkmeister*, Die Kapitalverzinsung im Rahmen der Entgeltregulierung gemäß § 31 TKG, 2011, S. 271 ff.

2 So *Schütz*, in: Beck-TKG-Kommentar, 3. Aufl. 2006, § 10 Rn. 110.

3 Für eine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf § 10 Abs. 2 S. 1 TKG s. *Doll/Nigge*, MMR 2004, 519, 520.

4 *Möschel/Haug*, MMR 2003, 505, 506.

5 BVerwG, 2. 4. 2008 – 6 C 15/07, NVwZ 2008, 1359.

6 Die Grenzen eines solchen Beurteilungsspielraums wurden nunmehr ebenfalls höchstrichterlich aufgezeigt, vgl. BVerwG, 1. 9. 2010 – 6 C 13/09, MMR 2011, 57, Rn. 16.