

# **E-Commerce-Verträge**

Überarbeitung  
Stand: November 2020

*Prof. Dr. Thomas Hoeren, Münster*

## E-Commerce-Verträge

### Übersicht

	Rn.
<b>Erstes Kapitel. Typologische Vorüberlegungen</b> .....	1
<b>Zweites Kapitel. Access-Verträge</b> .....	4
<b>I. Vertragsgegenstand und Regelungsmaßstab</b> .....	4
<b>II. Grundvertrag über Netzzugang</b> .....	7
1. Einbeziehung von AGB .....	7
2. Rechtsnatur .....	9
3. Hauptleistungspflichten .....	10
a) Netzzugang und Erreichbarkeit .....	11
b) Zahlungspflichten .....	14
4. Nebenpflichten .....	19
5. Gewährleistung .....	20
6. Kündigung .....	24
7. Sonstiges .....	26
<b>III. Zusatzleistung des Access – Providers: Domainregistrierung</b> .....	27
1. Rechtsnatur .....	28
2. Hauptleistungspflichten .....	30
3. Nebenpflichten .....	31
4. Leistungsstörungen .....	32
5. Kündigung .....	33
<b>Drittes Kapitel. Host-Verträge</b> .....	34
<b>I. Vertragszweck und rechtliche Einordnung</b> .....	34
<b>II. Vertragsinhalt</b> .....	35
1. Hauptleistungspflichten .....	35
a) Vergütungspflicht .....	35
b) Web-Hosting-Verpflichtung .....	36
2. Verantwortlichkeit und Haftung des Content-Providers .....	38
3. Nebenpflichten .....	41
a) Nebenpflichten des Content-Providers .....	41
b) Nebenpflichten des Host-Providers .....	46
4. Gewährleistungsrechte .....	51
<b>Viertes Kapitel. Content-Verträge</b> .....	53
<b>I. Vertragsschluss im Internet</b> .....	54
1. Angebot und Annahme .....	54
2. Bestätigungs- und Informationspflichten nach europarechtlichen Vorgaben .....	57
<b>II. Zugang elektronischer Willenserklärungen, Anfechtung und Voll- macht</b> .....	59
1. Zugang der Willenserklärung .....	59
2. Haftungsrisiken .....	61
3. Anfechtung .....	63
4. Vertretung .....	64
5. Vertragsschluss bei Online-Auktionen .....	65
<b>III. Schriftform und digitale Signatur</b> .....	68
1. Klassische Erfordernisse an die Schriftform .....	68
2. Vorgeschichte der Form-Neuregelungen .....	69
3. Signaturgesetz- und elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste-Verordnung .....	71
<b>IV. Einbeziehung von AGB in eine Website</b> .....	74
<b>V. Kollisionsrechtliche Fragen beim Vertragsschluss im Internet</b> .....	81
1. Anwendung von UN-Kaufrecht .....	82

## E-Commerce-Verträge

### Übersicht

	Rn.
<b>Erstes Kapitel. Typologische Vorüberlegungen</b> .....	1
<b>Zweites Kapitel. Access-Verträge</b> .....	4
<b>I. Vertragsgegenstand und Regelungsmaßstab</b> .....	4
<b>II. Grundvertrag über Netzzugang</b> .....	7
1. Einbeziehung von AGB .....	7
2. Rechtsnatur .....	9
3. Hauptleistungspflichten .....	10
a) Netzzugang und Erreichbarkeit .....	11
b) Zahlungspflichten .....	14
4. Nebenpflichten .....	19
5. Gewährleistung .....	20
6. Kündigung .....	24
7. Sonstiges .....	26
<b>III. Zusatzleistung des Access – Providers: Domainregistrierung</b> .....	27
1. Rechtsnatur .....	28
2. Hauptleistungspflichten .....	30
3. Nebenpflichten .....	31
4. Leistungsstörungen .....	32
5. Kündigung .....	33
<b>Drittes Kapitel. Host-Verträge</b> .....	34
<b>I. Vertragszweck und rechtliche Einordnung</b> .....	34
<b>II. Vertragsinhalt</b> .....	35
1. Hauptleistungspflichten .....	35
a) Vergütungspflicht .....	35
b) Web-Hosting-Verpflichtung .....	36
2. Verantwortlichkeit und Haftung des Content-Providers .....	38
3. Nebenpflichten .....	41
a) Nebenpflichten des Content-Providers .....	41
b) Nebenpflichten des Host-Providers .....	46
4. Gewährleistungsrechte .....	51
<b>Viertes Kapitel. Content-Verträge</b> .....	53
<b>I. Vertragsschluss im Internet</b> .....	54
1. Angebot und Annahme .....	54
2. Bestätigungs- und Informationspflichten nach europarechtlichen Vorgaben .....	57
<b>II. Zugang elektronischer Willenserklärungen, Anfechtung und Voll- macht</b> .....	59
1. Zugang der Willenserklärung .....	59
2. Haftungsrisiken .....	61
3. Anfechtung .....	63
4. Vertretung .....	64
5. Vertragsschluss bei Online-Auktionen .....	65
<b>III. Schriftform und digitale Signatur</b> .....	68
1. Klassische Erfordernisse an die Schriftform .....	68
2. Vorgeschichte der Form-Neuregelungen .....	69
3. Signaturgesetz- und elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste-Verordnung .....	71
<b>IV. Einbeziehung von AGB in eine Website</b> .....	74
<b>V. Kollisionsrechtliche Fragen beim Vertragsschluss im Internet</b> .....	81
1. Anwendung von UN-Kaufrecht .....	82

	Rn.
2. Rom-I-VO .....	83
3. Das Haager Übereinkommen (HGÜ) .....	91
4. Sonderanknüpfungen .....	94
<b>VI. Business to Consumer Verträge .....</b>	<b>96</b>
1. Anwendbares Recht .....	96
a) Kollisionsrechtliche Einordnung von Verbraucherverträgen .....	97
b) Besonderheiten im Versicherungsvertragsrecht .....	104
2. Anwendung des Verbraucherkreditrechts .....	105
3. Fernabsatzverträge .....	109
a) Anwendungsbereich .....	110
b) Die Informationspflichten .....	112
c) Der dauerhafte Datenträger und die Textform .....	115
d) Widerrufsrecht .....	117
4. Fernabsatzverträge über Finanzdienstleistungen .....	128
a) Informationsmodell .....	129
b) Widerrufsrecht .....	130
5. Sonstiges .....	131
<b>VII. Plattform-AGB .....</b>	<b>135</b>
1. Vertragsverhältnisse .....	136
2. Private Nutzer .....	141
3. Gewerbliche Nutzer .....	146

## Erstes Kapitel. Typologische Vorüberlegungen

1 Den „E-Commerce-Vertrag“ gibt es ebenso wenig, wie es „E-Commerce“ im engeren Sinne gibt. Hinter dem Kürzel „E-Commerce“<sup>1</sup> verbirgt sich vielmehr eine ganze Anzahl von Geschäftszweigen und -welten. Zu unterscheiden ist grundsätzlich zwischen Access-, Host- und Content-Industrie, wobei innerhalb dieser Branchen zum Teil noch weiter zu differenzieren ist.

Der eigentliche Zugang zum Internet wird über den sogenannten Access-Provider bewirkt. Dabei handelt es sich im Regelfall um einen Netzinfrastrukturanbieter, der zwar die Telekommunikationsverbindungen bereitstellt, meist aber nicht selbst über die physische Herrschaft an den Leitungen verfügt. Vielmehr beschaffen sich Access-Provider ihrerseits die Übertragungskapazitäten bei anderen Unternehmen, zum Beispiel bei der Deutschen Telekom AG.<sup>2</sup> Ein Access-Provider – wie z. B. die Telekom Deutschland GmbH, Vodafone, 1&1, O2, Freenet und Alice sowie für die Hochschulen der DFN-Verein – stellt also typischerweise nur die Möglichkeit zur Verfügung, sich an einem zentralen Einwahlknoten oder Breitband-Point of Presence (PoP) einzuwählen und dadurch Zugang zum Internet zu bekommen. Allerdings kommen meist noch zusätzliche Nebenleistungen wie z. B. die Verwaltung der Emails hinzu.

2 Neben dem Access-Bereich steht das **Hosting**. Hierbei geht es um die Bereitstellung von Speicherkapazität auf einem Zentralrechner (dem „Host“), um etwa dem Kunden die Einrichtung einer Homepage zu ermöglichen. Dem Kunden wird eine bestimmte Zahl von Giga- oder Terrabytes auf einem fremden Rechner (Server) bereitgestellt und er kann diesen Speicherplatz dazu nutzen, seine Website einzurichten, Daten an zentraler Stelle zu sichern oder ähnliches. Der Host ist seinerseits konnektiert, d. h. an das Internet angeschlossen, so dass der Kunde und die von ihm angesprochenen Nutzer (die „User“) die Website aufsuchen können. Auch der Host-Provider erbringt – ähnlich wie der Access-Provider – regelmäßige Nebenleistungen, z. B. die Registrierung, Verwaltung und Konnek-

1 Electronic Commerce.

2 Auf die Verträge zwischen der Telekom und den Access-Providern soll an dieser Stelle nicht eingegangen werden.

tierung geeigneter Domains.<sup>3</sup> Ferner ist es üblich, dass der Host-Provider e-Mail-Hosting, die Registrierung von TLDs und die Bereitstellung von CMS<sup>4</sup> sowie teilweise auch von ganzen e-Shop-Systemen anbietet.<sup>5</sup>

Als zentraler Bereich des E-Commerce kommt schließlich der weite Bereich des **Content**<sup>6</sup> hinzu. Zu differenzieren ist insoweit vor allem zwischen B2B (Business to Business) und B2C (Business to Consumer). Der B2B-Bereich bezeichnet den elektronischen Geschäftsverkehr zwischen Gewerbetreibenden, während der B2C-Bereich den E-Commerce zwischen einem Unternehmer und Privatkunden umfasst. Zum Content-Bereich gehören weiterhin die intermediären Dienste.

Die unterschiedlichen Facetten des E-Commerce sollen im Folgenden einer AGB-rechtlichen Betrachtung zu Grunde gelegt werden. So finden sich zunächst Ausführungen zum Access-Bereich, dann zum Host- und schließlich zum Content-Sektor. Beim Content-Providing wird zunächst B2B vorgestellt; es folgen Ausführungen zu B2C. Die Überlegungen schließen mit Hinweisen zur Situation bei den intermediären Diensten.

## Zweites Kapitel. Access-Verträge

### I. Vertragsgegenstand und Regelungsmaßstab

Jeder User braucht einen Access-Provider,<sup>7</sup> um überhaupt einen Zugang zum Internet zu bekommen. Access-Verträge umfassen alle Vereinbarungen, deren Vertragsgegenstand die Zahlung von Gebühren für die Gewährung eines Internetzugangs über bestimmte Einwahlknoten ist. Ebenso muss jeder Content-Provider<sup>8</sup> mit einem Access-Provider einen Vertrag schließen, um eine Zugriffsmöglichkeit für seine Präsentation im Internet zu erhalten. Die für seine Website erforderlichen Speicherkapazitäten beschafft sich der Content-Provider entweder beim Access-Provider selbst oder über Verträge mit einem separaten Host-Betreiber. Schließlich schließen Content-Provider und User Verträge im Rahmen von elektronischen Bestellungen.

Wenig bekannt sind vor allem die Vereinbarungen zwischen Access- und Content-Providern über die Zurverfügungstellung von Speicherkapazität und Zugriffsmöglichkeiten. Dies mag zum einen daran liegen, dass große Content-Provider oftmals über eigene Server verfügen und insofern keine Zugangs- bzw. Speicherkapazitäten bei Externen an-, „mieten“ müssen. Zum anderen hängt dies wohl damit zusammen, dass derartige Vertragskonstellationen bisher kaum Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen gewesen sind. Im Gegensatz zu Verträgen der Access-Provider mit Endkunden wird im B2B-Bereich angesichts des steigenden Bedürfnisses insbesondere der größeren Unternehmen nach ständiger Erreichbarkeit und Verfügbarkeit die Hauptleistungspflicht wohl in der Regel nicht im bloßen Bemühen um eine Internetverbindung, sondern im Erfolg der Konnektivität liegen. Diese für

3 Bei einer Domain wie z. B. „uni-muenster.de“ handelt es sich um die Zuordnung einer bestimmten Buchstaben- und/oder Zahlenkombination zu einer bestimmten Netzwerkadresse. Die Verwendung von Domainnamen ermöglicht es, Seiten bestimmter Anbieter aufzurufen, ohne deren 18-stellige IP-Adresse eingeben zu müssen. Im Wesentlichen dienen sie der einfachen Erinnerungsfähigkeit. Im neuen IPv6-Standard, der aktuell das IPv4 ersetzt, ist die schier unvorstellbare Anzahl von ca. 340 Sextillionen verschiedenen Domainadressen möglich.

4 Top-Level-Domains; Content-Management-System.

5 Vgl. bspw. 1 & 1 Internet AG.

6 Deutsche Bezeichnung: Medieninhalte.

7 Zu den bekanntesten Unternehmen in diesem Bereich zählen die Deutsche Telekom AG, 1&1 Internet AG, Telefonica Germany (Zusammenschluss von HanseNet und Telefonica O2 Germany), Unitymedia, Vodafone, u. a. und der DFN-Verein.

8 Dabei handelt es sich um Informationsanbieter, die nicht eine Infrastruktur, sondern nur gewisse Inhalte für den Nutzer bereitstellen.

die Access Provider recht risikoreiche Verpflichtung wird in der Praxis jedoch meistens über die Vereinbarung von Service Level Agreements abgemildert, indem die vertraglich geschuldete Verfügbarkeit auf eine gewisse Quote (z. B. 95 – 99%) reduziert wird.<sup>9</sup>

- 5 Der Vertrag mit einem Access-Provider kann im Einzelnen folgende Punkte beinhalten:
- Betrieb eines oder mehrerer Server mit lokalem Zugang zum Internet
  - „Vermietung“ von Speicherraum (Webspace) und Gewährleistung der Zugriffsmöglichkeit
  - Einrichtung und Installation eines Servers des Kunden
  - Verkauf und Vermietung von entsprechender Hard- und Software zum Serverbetrieb
  - Bereitstellung von Leitungs- und Rechnerkapazitäten mit bestimmter Schnelligkeit des Datenflusses
  - Wartung und Pflege der Server sowie der Server-Software
  - Zurverfügungstellung von Hilfsmitteln zur Erstellung, Gestaltung und programmtechnischen Umsetzung von Homepages bzw. einzelnen Webseiten, z. B. durch Bereitstellung und Einsatz fertiger Anwendungen (z. B. CGI-Scripts)
  - Kontrolle, Wartung und Updating der Webseiten
  - Auswertung von Zugriffsdaten über die Nutzung des Webangebotes seitens der User
  - Vergabe, Registrierung und Verwaltung von Domain-Namen
  - Beratung und Schulung des Kunden.
- 6 Bei den vertraglichen Regelungen zu diesen Leistungen sind nicht nur die allgemeinen zivilrechtlichen Vorgaben, allen voran §§ 305 ff. sowie §§ 138, 242, 315 zu beachten. Hinzu kommen die spezifischen Kontrollmechanismen des Telekommunikationsrechts, verankert im Telekommunikationsgesetz (TKG). Access-Providing ist eine meldepflichtige Telekommunikationsdienstleistung für die Öffentlichkeit im Sinne von § 6 Abs. 1 TKG. Darüber hinaus können auch die speziellen Regelungen des Telemediengesetzes (TMG) Anwendung finden, welches insbesondere in den §§ 5, 6 eine Reihe von Informationspflichten für die Diensteanbieter statuiert. Dessen Anwendungsbereich ist bei Access-Providern jedoch nur eröffnet, wenn die Leistung des Providers nicht ausschließlich in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze besteht, vgl. § 1 Abs. 1 S. 1 TMG. Dies kann bereits dann der Fall sein, wenn der Provider über diese bloße Übertragungsleistung hinaus weitere Informationen zur Verfügung stellt, die er in Eigenregie ausgewählt oder aufbereitet hat. In Literatur und Rechtsprechung hat insbesondere die Frage der Verantwortlichkeit von Access-Providern als Störer i. S. v. § 7 Abs. 1 TMG viel Beachtung gefunden. Im Kern geht es um die Frage, ob Access Provider haften, wenn sie ihren Nutzern Zugang zu rechtsverletzenden Internetseiten Dritter gewähren bzw. ob sie in diesen Fällen zur Sperrung dieser Websites verpflichtet werden können. Der BGH hält hier eine Störerhaftung zwar grundsätzlich für möglich, erachtet die Sperrung aber nur bei Ausichtslosigkeit des Vorgehens gegen die Primärschädiger für zumutbar.<sup>10</sup>

## II. Grundvertrag über Netzzugang

### 1. Einbeziehung von AGB

- 7 Zu beachten ist, dass das Angebot eines Internet-Zugangs als Telekommunikationsdienstleistung für die Öffentlichkeit unter § 305a Nr. 2b) sowie die ergänzenden Bestimmungen von § 45n TKG fällt. Letzterer sieht eine Verordnungsermächtigung für das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vor, welche durch die seit dem 1.7.2017 geltende TKTransparenzV der BNetzA umgesetzt wurde. Anbieter werden nunmehr ver-

<sup>9</sup> Zu SLAs s. auch Roth-Neuschild in Auer-Reinsdorff/Conrad, IT-R-HdB § 13 Rn. 200 f.

<sup>10</sup> BGH NJW 2016, 794 – Störerhaftung des Access Providers; BGH MMR 2016, 188 – Sperrverpflichtung des Access Providers; s. auch Müller MMR 2019, 426.

pflichtet, detaillierte Informationen nicht nur der Öffentlichkeit, sondern auch dem einzelnen Kunden zur Verfügung zu stellen.

Nach § 305a Nr. 2b) i. V. m. § 45n TKG werden AGB nach Maßgabe der allgemeinen Bestimmungen zum Vertragsschluss<sup>11</sup> Vertragsbestandteil, ohne dass die besonderen Voraussetzungen von § 305 Abs. 2 erfüllt sein müssen, sofern die AGB der anderen Vertragspartei nur unter unverhältnismäßigen Schwierigkeiten vor dem Vertragsschluss zugänglich gemacht werden können. Es entfällt damit insbesondere die Pflicht zur Verschaffung der notwendigen Kenntnis. Der Kunde muss sich selbst darum bemühen, die AGB zur Kenntnis nehmen zu können. § 45n Abs. 3 Nr. 5 TKG sieht allerdings vor, dass die AGB und die vom Telekommunikationsdiensteanbieter angebotenen Mindestvertragslaufzeiten veröffentlicht werden müssen. Im Rahmen des § 45n Abs. 8 S. 1 TKG ist mithin generell eine Veröffentlichung im Amtsblatt der Bundesnetzagentur vorgesehen. Sofern der Anbieter dies nicht veranlasst, muss er der Bundesnetzagentur zumindest den Ort der Veröffentlichung mitteilen. Die Einbeziehungserleichterung des § 305a Nr. 2 gilt allerdings nur dann, wenn die Veröffentlichung im Amtsblatt der Bundesnetzagentur erfolgt ist und die AGB in den Geschäftsstellen des Verwenders bereitgehalten werden. Darüber hinaus hat die Bundesnetzagentur die Möglichkeit, die Informationen des Anbieters selbst zu veröffentlichen, was den Anbieter von seiner Verpflichtung zur Veröffentlichung entbindet, § 45n Abs. 8 S. 1 TKG.

Außerhalb von §§ 310, 305a Nr. 2b) gelten die Einbeziehungsvoraussetzungen von § 305 Abs. 2. Insofern kann auf die allgemeinen Ausführungen im Handbuch verwiesen werden. Einverständnisklauseln („Mit den Nutzungsbedingungen bin ich einverstanden“) sind überflüssig und verstoßen als fingierte Erklärung gegen § 307 sowie § 309 Nr. 12b. Denkbar ist der Vertragsschluss über einen schriftlichen Auftrag und schriftliche Annahme mit Freischaltung. Sonderfragen stellen sich beim elektronischen Vertragsschluss. Hier sind AGB nur wirksam, wenn sie in deutscher Sprache verfasst, an zentraler Stelle platziert, nicht zu lang und per Click-Wrap vom Kunden bestätigt sind (siehe unten). Ausreichend ist aber auch, dass auf der Bestellseite ein gut sichtbarer Link vorhanden ist, über den die AGB aufgerufen und ausgedruckt werden können.<sup>12</sup>

### 2. Rechtsnatur

Die Rechtsnatur des zwischen Access-Provider und User geschlossenen Vertrages und – abhängig davon – die spezifische Anwendbarkeit rechtlicher Regelungen für das Vertragsverhältnis sind von erheblicher Bedeutung, da davon die Wirksamkeit zahlreicher Klauselverbote abhängt. Für den Access-Provider-Vertrag als **verkehrstypischen Vertrag** bestehen mittlerweile gewisse typische Regelungen, die bei der Vertragsauslegung nach §§ 157, 242 zugrunde gelegt werden können und an denen sich zunehmend auch der Gesetzgeber bei der Normgebung orientiert.<sup>13</sup>

Vielfach vertreten wird die Qualifizierung als Rahmenvertrag mit Dauerschuldcharakter,<sup>14</sup> auf Grund dessen dienst- oder werkvertragliche Einzelleistungen erbracht werden.<sup>15</sup> Insgesamt entwickelt sich der Access-Providing-Vertrag zu einem eigenen Vertragstypus.<sup>16</sup> Vertragstypologisch denkbar erscheint in allen Fällen eine Einordnung als Werk-,<sup>17</sup> Miet-<sup>18</sup> oder Dienstvertrag.<sup>19</sup>

<sup>11</sup> §§ 145 ff.

<sup>12</sup> BGH NJW 2006, 2976 (2977).

<sup>13</sup> MüKoBGB/Emmerich, § 311 Rn. 25.

<sup>14</sup> So etwa Spindler, Vertragsrecht der Internet-Provider, Teil IV Rn. 86 ff.

<sup>15</sup> So etwa Spindler, Teil IV Rn. 89–93; Strömer, Online-Recht, S. 21.

<sup>16</sup> Spindler, Teil IV Rn. 91.

<sup>17</sup> So etwa Bartsch/Lutterbeck/Heun, Neues Recht für Neue Medien, S. 252 f.; Loewenheim/Koch, Praxis des Online-Rechts, S. 66; Spindler, Teil IV Rn. 87 für den Fall der Zugangsgewährung gegen leistungsabhängige Vergütung.

<sup>18</sup> Vgl. m. w. N. BGH NJW 2005, 2076.

<sup>19</sup> So etwa Jessen ZUM 1998, 282 (287).

Gegen eine Qualifizierung als Mietvertrag spricht jedoch, dass es dem Kunden nicht auf die Nutzung konkreter Rechner des Providers ankommt und er diese Nutzung nur als Mittel zum Zweck benötigt. Die Art und Weise der Zugangsgewährung zum Internet ist dem Kunden in aller Regel gleich. Letztlich kann auch die Einordnung als Werkvertrag im Sinne des § 631 nicht überzeugen, da der Provider einen Erfolg, nämlich den tatsächlichen und erfolgreichen „Einstieg“ ins Internet, nicht schulden kann.<sup>20</sup> Zumindest im Access-User-Verhältnis überwiegt wohl das dienstvertragliche Element. Dieser Ansicht sind auch Teile der Literatur<sup>21</sup> und der BGH,<sup>22</sup> der in den letzten Entscheidungen Access-Provider-Verträge schwerpunktmäßig als Dienstverträge einordnet. Der Access-Provider stellt dem User eine Dienstleistung zur Verfügung, indem er sein System für ihn bereithält, ihn Rechenerleistungen nutzen lässt und ihm die Versendung und den Empfang z.B. von E-Mails ermöglicht. Im Hinblick auf die Zugangverschaffung zum Internet ist es vertraglich also grundsätzlich nur zur Bereithaltung des Anschlusses und zum sachgerechten Bemühen um die Herstellung der Internetverbindung verpflichtet.<sup>23</sup> Ungeachtet etwaiger Besonderheiten der Vertragsgestaltung im Einzelfall sind Access-Provider-Verträge somit als Dienstverträge einzuordnen. Eine Bewertung der AGB von Access-Provider-Verträgen hat folglich die damit einhergehenden dienstvertragsrechtlichen Besonderheiten zu berücksichtigen.

### 3. Hauptleistungspflichten

- 10 Bei dem Basisvertrag stehen sich als Hauptleistungspflichten die Ermöglichung des Netzzugangs und die Verpflichtung zur Zahlung einer Gebühr gegenüber. Bei der Gebühr handelt es sich regelmäßig um eine einmalige Anschlussgebühr sowie monatliche Zahlungen für die Flatrate.

#### a) Netzzugang und Erreichbarkeit

- 11 Mangels höchstrichterlicher Rechtsprechung ist die Beurteilung der Zulässigkeit von technisch bedingten Zugangsbeschränkungen schwierig. Im Hinblick auf § 307 Abs. 1 S. 2 ist es sinnvoll, die Hauptleistungspflichten insoweit genauer zu konkretisieren. Es ist ein Unterschied, ob in den AGB eine Haftung für Systemstörungen unabhängig von den technischen Ursachen weitgehend ausgeschlossen wird<sup>24</sup> oder ob die dienstvertragliche Pflicht zur Bereitstellung eines Netzzugangs genauer konkretisiert wird. Die unmittelbare Fixierung der Hauptleistung ist – anders als das Hauptleistungsversprechen ausgestaltende Regelungen – der Inhaltskontrolle entzogen.<sup>25</sup> Zu beachten ist bei der Festlegung der Hauptleistungspflichten allerdings auch das Transparenzgebot, d.h. die Verständlichkeit der Leistungsbeschreibung für den Durchschnittskunden.<sup>26</sup> Nicht kontrollfähig sind daher Klauseln, die die Verfügbarkeit des Netzzugangs prozentual bezogen auf ein Jahr beziffern. Deshalb ist eine solche Klausel unbedenklich, welche die Erreichbarkeit des Servers bspw. mit 98–99% p.a. beziffert (sog. Service Level Agreement (SLA)).<sup>27</sup> Der Inhaltskontrolle unterworfen sind zudem nur solche Verfügbarkeitsklauseln, die als Teil von AGB eine nachteilige Modifikation der vertragstypischen Leistung festlegen und damit vom Leistungsinhalt, mit dem der Kunde nach Zweck und Gegenstand des Vertrags billigerweise rechnen darf, zu seinen Lasten abweichen.<sup>28</sup> Eine hundertprozentige Verfügbarkeit des

20 Differenzierend Schneider/Kosmides, EDV-Recht, Teil W Rn. 130 ff.

21 Spindler, CR 2004, 203 (207 ff.); Petri/Göckel, CR 2002, 329 (331 f.); Härting, CR 2001, 37 (38).

22 BGH NJW 2005, 2076; BGH MMR 2010, 398 (399).

23 BGH MMR 2010, 398 (399).

24 Was mit § 307 Abs. 1 S. 2 BGB nicht vereinbar wäre; vgl. zur alten Rechtslage BGH MMR 2001, 225.

25 Siehe BGH NJW 1994, 318; NJW 1993, 2369; NJW 1987, 1931 (1935); OLG Hamburg NJW 1996, 1902.

26 Siehe dazu Spindler, Vertragsrecht, Teil IV Rn. 98.

27 So auch Haupt in Beck'sches Rechtsanwaltspraktikum, 11. Auflage 2016, § 41 Rn. 6.

28 Schmitz MMR 2001, 150 (155 f.).

Netzes kann nach der Verkehrssitte und nach Treu und Glauben nicht verlangt werden, da er die tatsächliche Inanspruchnahme durch andere Kunden nicht antizipieren kann und die Verfügbarkeit der TU-Netze mitunter von Dritten abhängig deren Leistungen oder Verhalten er nicht zu beeinflussen vermag.<sup>29</sup>

Der Hinweis auf „zeitweilige technische Beschränkungen“ ist zulässig, sofern es sich um die Beschreibung netzimmanenter Beschränkungen handelt.<sup>30</sup> Der pauschale Hinweis auf die Verfügbarkeit „im Rahmen der technischen und betrieblichen Möglichkeiten“ ist hingegen mangels Bestimmtheit der tatbestandlichen Voraussetzungen gemäß § 307 Abs. 1 S. 2 unzulässig. Bei kostenlosen Diensten und Leistungen ist die Vereinbarung eines Rechts zur jederzeitigen Einstellung ohne Schadensersatz in AGB zulässig.

Hinsichtlich der Verfügbarkeitsraten wird teilweise darauf abgestellt, dass Klauseln mit einer mittleren Zugriffswahrscheinlichkeit wegen mangelnder Transparenz gegen § 305 Abs. 1 S. 2 verstoßen. Für einen normalen Kunden sei es nicht möglich, den Zeitraum der Beschränkung festzustellen und seine Folgen einzuschätzen.<sup>31</sup> Teilweise wird auch darauf verwiesen, dass Verfügbarkeitsbeschränkungen von 2–4% handelsüblich und vom Kunden hinzunehmen seien.<sup>32</sup> Gewarnt wird vor einem Vertrag, der als Hauptleistungspflicht die „höchstmögliche Verfügbarkeit“ anspricht. Bedenken bestehen insofern hinsichtlich der notwendigen Transparenz. Auch dürfte es schwierig sein, die Hauptleistungspflichten auf die höchstmögliche Verfügbarkeit zu beziehen, um dann anschließend den Versuch eines Haftungsausschlusses vorzunehmen.<sup>33</sup>

Provider können Leistungen nicht im Wege der Zustimmungsfiktion anpassen. Internet-serviceprovider (ISP) agieren in einem dynamischen Markt. Deshalb nehmen ISP Änderungen an ihren Leistungen und Bedingungen in relativ kurzfristigen Intervallen vor. Üblicherweise werden diese Änderungen im Wege der Zustimmungsfiktion umgesetzt (siehe § 308 Nr. 5). Dem machte der BGH<sup>34</sup> ein Ende: Änderungen können das Äquivalenzinteresse so stark beeinträchtigen, dass eine aktive Mitwirkung des Kunden, z.B. im Wege der Änderungskündigung, erforderlich ist.

#### b) Zahlungspflichten

Im Access-Bereich sind Schufa-Klauseln verbreitet. Wirksam ist die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts bei nachträglich festgestellter Zahlungsunfähigkeit. Es verstößt jedoch gegen das Transparenzgebot, wenn das Rücktrittsrecht an „begründete Zweifel an der Kreditwürdigkeit“ geknüpft wird.<sup>35</sup> Der Rücktrittsvorbehalt kann nicht auf Gründe gestützt werden, deren Vorliegen der Klauselverwender hätte erkennen können.<sup>36</sup>

Zulässig sind Klauseln, wonach Forderungen des Access-Providers mit Zugang der Rechnung beim Kunden fällig werden. Auch wenn grundsätzlich die Fälligkeit mit Erbringung der Leistung eintritt, lässt die Rechtsprechung in Fällen, in denen der Schuldner den zu zahlenden Betrag nur schwer feststellen kann, eine Koppelung von Fälligkeit und Rechnung zu.<sup>37</sup> Zwar wird in Teilen der Literatur in solchen Regelungen ein Verstoß gegen § 307 I S. 1 gesehen, da der Provider so durch Übersendung der Rechnung einseitig und eigenständig den Zeitpunkt des Verjährungsbeginns bestimmen könne.<sup>38</sup> Berücksichtigt man allerdings, dass der Provider in der Regel kein Interesse an einem Aufschub der Fälligkeit haben wird, erscheint dies jedoch wenig überzeugend. Angesichts der eher geringen Beträge, die an den Access-Provider zu entrichten sind, wird meist für die Angemessenheit

29 Dazu auch AG Oldenburg MMR 2010, 497; Schmitz MMR 2001, 150 (156).

30 OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 374 (378).

31 S. dazu OLG Köln MMR 1999, 51; Biletzki, VuR 1999, 35 (37).

32 Schuster/Müller, Vertragshandbuch Telemedia, Kapitel 14 Rn. 44.

33 So etwa Schuster/Müller, Kapitel 14 Rn. 45; sowie Redeker in Hoeren/Sieber Kapitel 12 Rn. 170 ff.

34 BGH MMR 2008, 36.

35 OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 374 (375).

36 BGH JuS 1987, 489.

37 MüKoBGB/Krüger, § 271 Rn. 20; Spindler, Vertragsrecht, Teil IV Rn. 270.

38 Hahn ZAP 1999, Fach 6, 287.

solcher Klauseln nach § 307 plädiert.<sup>39</sup> Allerdings muss man die Unangemessenheit spätestens dann bejahen, wenn der Zeitraum der Vorauszahlung extrem lang ist; zu beachten sind dabei die Laufzeit des Vertrages und seine Kündigungsmöglichkeiten.<sup>40</sup> Jedenfalls eine Klausel, die eine Vorauszahlung in Höhe einer monatlichen Grundgebühr vorsieht, ist als unbedenklich zu beurteilen.<sup>41</sup> Ein Baraufschlag für Barzahler ist AGB-rechtlich unproblematisch, wenn die Lastschriftvereinbarung als solche angemessen ist.<sup>42</sup> Der Provider ist aus § 280 Abs. 1 berechtigt, eine Erstattung seiner Kosten zu verlangen, wenn eine Lastschrift nicht eingelöst wird, soweit der Kunde diesen Umstand schuldhaft verursacht hat. Klauseln, die eine pauschale Entgeltberechnung vorsehen, könnten aber aufgrund der Rechtsprechung des BGH zu ähnlichen Bestimmungen in Girokontoverträgen (mittlerweile: Zahlungsdienstleistungsvertrag, § 675f) zweifelhaft sein. Nach Auffassung des BGH verstößt die pauschale Entgeltberechnung bei einer Lastschriftübergabe infolge nicht hinreichender Deckung auf dem Konto gegen § 307, denn mit diesem Entgelt werde keine Gegenleistung der Bank im Interesse des Kunden erbracht, vielmehr werde die Bank im eigenen Interesse tätig.<sup>43</sup> Auf jeden Fall sind aber solche Klauseln unwirksam, die den Kunden verschuldensunabhängig zur Zahlung einer solchen Erstattung verpflichten wollen.<sup>44</sup> Pauschalierungen des Schadensersatzes oberhalb des tatsächlichen Schadens widersprechen § 309 Nr. 5.<sup>45</sup> Gemäß § 309 Nr. 5b kann ein Schadensersatz nur dann wirksam pauschaliert werden, wenn dem anderen Vertragsteil ausdrücklich der Nachweis gestattet wird, ein Schaden oder eine Wertminderung sei überhaupt nicht entstanden oder wesentlich niedriger. Zudem ist zu beachten, dass Rechnungen, die auch Entgelte für Leistungen Dritter ausweisen, in einer hervorgehobenen und deutlich gestalteten Form die Informationen des § 45h TKG enthalten müssen.

- 15 Bei den Vorfälligkeitsklauseln, wonach Zahlungsverzug zur automatischen Fälligkeit sämtlicher Forderungen berechtigen soll, ist zu beachten, dass solche Klauseln im Access-Provider Geschäft wohl nicht erlaubt sind.<sup>46</sup> Denn damit wäre es gestattet, auch bei kleinsten Fehlbeträgen sämtliche Forderungen fällig zu stellen.<sup>47</sup> Hinsichtlich einer Sperre des Zugangs vonseiten des Providers wegen Zahlungsverzugs des Nutzers ist § 45k TKG zu beachten. Streitig ist die Zulässigkeit von Einwendungsausschlussklauseln, wonach Einwendungen binnen eines bestimmten Zeitraums z.B. eines Monats nach Zugang der Rechnung geltend gemacht werden müssen. Das OLG Schleswig<sup>48</sup> sah darin einen Verstoß gegen § 10 Nr. 5b AGBG a.F. Dabei ist jedoch zu beachten, dass es die Frage der Angemessenheit der Frist offengelassen hat, da es eine Unwirksamkeit bereits aufgrund des Fehlens einer Verpflichtung des Verwenders zur gesonderten Hinweiserteilung über die vorgesehene Bedeutung des Verhaltens des Vertragspartners bei Beginn der Frist angenommen hat. Das OLG Köln<sup>49</sup> hielt die Klausel unter Geltung des alten § 10 Nr. 5b AGBG für wirksam, da sie Bedürfnissen des Massenverkehrs Rechnung trage. Unterdessen hatte der BGH unter Einbeziehung der Wertungen der damals geltenden TKV (Telekommunikationskundenschutzverordnung) zur Beweislastverteilung die Wirksamkeit einer solchen Einwendungsausschlussklausel selbst mit achtwöchiger Frist abgelehnt.<sup>50</sup>

39 Spindler, Teil IV Rn. 272.

40 OLG Düsseldorf NJW-RR 1995, 1015; LG Aachen NJW-RR 1994, 60.

41 So auch Spindler, Teil IV Rn. 272.

42 KG NJW-RR 1994, 1543 (1544).

43 BGH NJW 1998, 309 (310); so auch OLG Celle BKR 2008, 473 (474f.).

44 Spindler, Teil IV Rn. 281.

45 BGH NJW 1987, 2220 (2222); vgl. für Verstöße gegen § 9 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 AGBG auch KG VuR 1995, 277.

46 Vgl. zum Hardware-Wartungs-Vertrag Schneider, Teil P Rn. 284ff.; vgl. auch zu einer entsprechenden Klausel in den AGB eines Mobilfunknetzbetreibers OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 374 (376).

47 OLG Düsseldorf NJW-RR 1997, 374 (376).

48 OLG Schleswig NJW-RR 1998, 54 (55).

49 OLG Köln MMR 1998, 106.

50 BGH MMR 2004, 602.

Mittlerweile jedoch ist der Gesetzgeber anlässlich dieser höchstrichterlichen Rechtsprechung aktiv geworden, so dass nun § 45i Abs. 1 TKG vorschreibt, dass der Teilnehmer, also der Kunde des Access-Providers, vom Zeitpunkt des Zugangs der Rechnung mindestens acht Wochen Zeit haben muss, um die erteilte Abrechnung zu beanstanden. Diese Regelung ist insofern auch zwingend, da § 47b TKG Abweichungen zum Nachteil des Teilnehmers verbietet. Unter Berücksichtigung dieser Wertung wird man Einwendungsausschlussklauseln (bzw. Beanstandungsausschlussklauseln), die diesen Anforderungen und denen des § 308 Nr. 5b) gerecht werden, grundsätzlich für wirksam erachten können.

Zu bedenken sind schließlich die besonderen Anforderungen an datenschutzrechtliche Einwilligungsklauseln. Die §§ 91ff. TKG dienen dem Schutz personenbezogener Daten der Teilnehmer und Nutzer von Telekommunikation bei der Datenerhebung und -verwendung und gehen gemäß § 1 Abs. 2 S. 1 BDSG als sektorspezifische Datenschutzvorschriften den allgemeinen Regelungen des BDSG vor. Allerdings gelten die Vorschriften aufgrund des Anwendungsvorrangs der DSGVO nur für öffentlich zugängliche Kommunikationsdienste, für die die Öffnungsklausel des Art. 95 DSGVO eine nationale Regelungsmöglichkeit schafft. Regelungsgegenstand der Vorschriften des TKG sind Verkehrsdaten im Sinne des § 96 TKG. Gemäß § 95 Abs. 1 S. 1 TKG darf der Access Provider Bestandsdaten im Sinne des § 3 Abs. 1 Nr. 3 TKG erheben, die für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung, Änderung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses benötigt werden. Ansonsten ist für die Erhebung und Verarbeitung von Daten nach allgemeinen datenschutzrechtlichen Grundsätzen eine Einwilligung erforderlich. Sofern diese – wie wohl im Regelfall – elektronisch eingeholt werden soll, sind die Anforderungen des § 94 TKG zu beachten. Es ist eine hinreichend konkrete Einwilligung des Users notwendig; nicht ausreichend ist die Freigabe durch eine pauschale Einwilligung in die „Weitergabe von Daten“. Im Anwendungsbereich der DSGVO stellt Art. 4 Nr. 11 DSGVO nun, abweichend zur früheren BGH-Rechtsprechung zu § 4a BDSG a.F., klar, dass die Einwilligung unmissverständlich erteilt werden muss. Eine Einwilligung im Wege einer sog. Opt-Out Lösung ist daher nun nicht mehr möglich.<sup>52</sup> Somit muss die Einwilligung ausdrücklich erteilt werden, zum Beispiel im Wege eines Opt-In.

Die Befugnis zur Preiserhöhung für den Fall der Erhöhung der Bereitstellungskosten benachteiligt nach Auffassung des Bundesgerichtshofs<sup>53</sup> die Kunden entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen. Eine entsprechende Preisanpassungsklausel sei schon zu unbestimmt, weil sie ganz allgemein an eine Erhöhung der nicht näher umschriebenen Bereitstellungskosten anknüpfe und weder die Voraussetzungen noch den Umfang einer Preiserhöhung näher regelt. Für den Kunden sei deshalb weder vorhersehbar, in welchen Bereichen Kostenänderungen auftreten können, noch habe er eine realistische Möglichkeit, etwaige Preiserhöhungen anhand der Klausel auf ihre Berechtigung hin zu überprüfen. Die Unangemessenheit der Preisanpassungsklausel werde nicht dadurch kompensiert, dass dem Kunden ein Kündigungsrecht für den Fall eingeräumt werde, dass die Preiserhöhung 5% oder mehr des ursprünglichen Preises ausmache.

#### 4. Nebenpflichten

Neben die Hauptleistungspflichten treten die Nebenpflichten. Der Provider hat unter Umständen eine Hotline als Störungsdienst einzuführen. Hinzu kommt die regelmäßige Virenkontrolle in Bezug auf die Zugangssoftware. Notwendig ist – insbesondere beim Webhosting<sup>54</sup> – die Hackingkontrolle durch Einrichtung geeigneter Firewalls. Hierfür sprechen

51 OLG Schleswig NJW-RR 1998, 54 (55).

52 EuGH NJW 2019, 3433 (3436) – Zustimmung zur Speicherung von Cookies, Rn. 63; s. auch Erwägungsgrund 32 der DSGVO.

53 BGH NJW 2008, 360 (361).

54 Siehe unten.

auch §§ 109, 109a TKG, sowie § 13 Abs. 4 Nr. 3 TMG, die die Gewährleistung von ausreichender Datensicherheit fordern. Dabei handelt sich um eine dynamische Verpflichtung der Diensteanbieter, die sich je nach dem aktuellen Stand der Technik an die gegebenen Möglichkeiten im Rahmen des (wirtschaftlich) Zumutbaren anpasst.<sup>55</sup> Schließlich sind die allgemeinen Anforderungen an die Datensicherheit sowie den Datenschutz zu beachten.

Als gesetzlich normierte Nebenpflicht in telekommunikationsrechtlichen Verträgen ordnet § 46 Abs. 3 TKG die Gewährleistung der Portabilität von Rufnummern an. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang insbesondere auf Abs. 5 der Vorschrift, welcher die Entgeltlichkeit der Leistung zwar grundsätzlich erlaubt, diese jedoch auf die Höhe der tatsächlich entstandenen Kosten beschränkt. Zudem dürfen diese Kosten nur einmalig erhoben werden. Klauseln, welche ein pauschales oder wiederkehrendes Entgelt für die Mitnahme einer Rufnummer vorsehen, sind damit unwirksam.

Der User hat bei Nutzung des Netzzugangs die Rechtsordnung, insbesondere Vorgaben des **Strafrechts** und des **Jugendschutzes** zu beachten. Mit Passwörtern hat er vertraulich umzugehen. Vorsicht ist geboten, wenn der Provider dem User darüber hinaus noch weitere Verhaltenspflichten auferlegen will. Zu pauschal ist der Hinweis in den AGB auf die Beachtung der Netiquette, da § 307 Abs. 3 auf Rechtsvorschriften verweist, wozu Verkehrssitten nicht zählen.<sup>56</sup> Auch zu unbestimmt ist ein vertragliches Verbot sittenwidrigen Handelns. Denkbar ist m. E. allerdings die Vereinbarung des Verbotes einer Netzüberlastung.

### 5. Gewährleistung

- 20 Bei Dienstverträgen ist die Gewährleistung im BGB nicht ausdrücklich geregelt. Man zieht insofern bei **Nicht- oder Schlechtleistung** die §§ 280 ff. heran und begründet damit einen Schadensersatzanspruch des Kunden. Fraglich ist jedoch, was als Nicht- bzw. Schlechtleistung bei Onlineverträgen anzusehen ist. Ein unterbrochener oder gestörter Zugang soll stets als Nicht- oder Schlechtleistung zu qualifizieren sein, für die der Access-Provider bei entsprechendem Verschulden und Vorliegen eines Schadens haftet.<sup>57</sup> Darüber hinaus werden in der Literatur zum Teil sehr providerkritische Überlegungen vertreten. Briner<sup>58</sup> vertritt zum Beispiel<sup>59</sup> die Auffassung, der Provider müsse eine angemessene Anzahl von Anschlüssen und eine Hotline als Störungsdienst zur Verfügung stellen. Der Access-Provider habe im Übrigen seinen Kunden rechtzeitig auf vorhersehbare Betriebsstörungen hinzuweisen.

Diese Überlegungen sind m. E. überzogen. Man wird die Leistungspflichten eines Access-Providers mangels üblicher Vorgaben nicht objektiv bestimmen können. Vielmehr hängt dies elementar von den vertraglichen Regelungen ab. Diese sehen meist abgestufte Zugriffsmöglichkeiten vor, auch und insbesondere für die jeweiligen Stoßzeiten. Auch die Modalitäten eines eventuellen Hotline-Dienstes werden darin geregelt. Die Parteivereinbarungen entscheiden daher über den Umfang der Leistungspflichten; in gleichem Umfang scheidet eine Inhaltskontrolle dieser Verträge im Rahmen von § 307 regelmäßig aus.<sup>60</sup> Bei den Zugriffsmöglichkeiten sollten daher Fehlertoleranzen so formuliert werden, dass sie als positive Leistungszusage erscheinen. Ansonsten unterliegen sie als Beschränkungen der ursprünglichen Leistungsbeschreibung der Inhaltskontrolle nach den §§ 305 ff.<sup>61</sup>

- 21 Der Provider haftet im Rahmen von §§ 280 ff. für Schlechtleistung und die Verletzung von Nebenpflichten. Diese Haftung ist dem Grunde und der Höhe nach nur i. R. d. § 44a TKG beschränkbar. Gemäß § 44a S. 1 TKG besteht aber eine gesetzliche

55 So auch BeckTKG/Eckhardt TKG § 109 Rn. 31; Scheurle/Mayen/Schommertz/Gerhardus TKG, § 109 Rn. 8.

56 Vgl. BGH NJW 1990, 1601.

57 Hilty/Briner, Information Highway S. 489, 506.

58 Hilty/Briner, Information Highway, S. 489, 502 ff.

59 Auf der Basis des Schweizerischen Rechts.

60 Kröger/Gimmy/Gottschalk, Internetrecht S. 260; auch BGH NJW 1999, 2276.

61 So auch Redeker, IT-Recht, Rn. 1106 ff.

Haftungsbeschränkung auf 12500 EUR je Nutzer. Diese gilt jedoch nur bei nicht vorsätzlichem Verhalten und nur für Vermögensschäden. Zudem lässt § 44a S. 5 TKG gegenüber Endkunden, die nicht Verbraucher sind, also im Geschäftsverkehr, weitergehende Haftungsbeschränkungen im Wege individualvertraglicher Vereinbarung zu. Schließlich ist noch die Höchstgrenze von zehn Millionen Euro je Schaden verursachendem Ereignis zu beachten, welche insbesondere dann eingreifen kann, wenn mehrere Endnutzer geschädigt worden sind, § 44a S. 2 TKG. Der User haftet über § 280 für die Verletzung von Nebenpflichten. Fraglich ist, ob und wann ihm auch das Verhalten Dritter zugerechnet werden kann. Die sogenannte **Störerhaftung** der Provider ist ein scheinbar unendliches, seit Jahrzehnten umstrittenes Thema, das auch immer wieder Gegenstand gerichtlicher Auseinandersetzungen war. Der Gesetzgeber hat hier in mehreren TMG-Novellierungen versucht, Klarheit zu schaffen und nunmehr mit den §§ 7 bis 10 TMG ein auf die verschiedenen Arten von Providern zugeschnittenes Regime geschaffen. Unterdessen hat der BGH zumindest bezüglich der Einordnung von WLAN-Betreibern als Access-Provider Klarheit geschaffen, deren Haftung nach Maßgabe des § 8 TMG privilegiert ist.<sup>62</sup> Die §§ 8 Abs. 1, 7 Abs. 3 TMG sind jedoch dahingehend unionsrechtskonform auszulegen, dass analog § 7 Abs. 4 TMG ein Sperranspruch auch gegenüber Anbietern drahtgebundener Internetzugänge besteht.<sup>63</sup> Die von dieser Vorschrift erfassten Sperrmaßnahmen reichen weit und können beispielsweise auch in Form der Verschlüsselung des Zugangs mit einem Passwort oder durch die vollständige Sperrung des Zugangs erfüllt werden.<sup>64</sup>

Fraglich ist, ob die Gewähr für die ständige Verfügbarkeit des Zugangs ausgeschlossen werden kann. Oben wurde bereits darauf verwiesen, dass diese Frage sich bei geschickter Formulierung der Hauptleistungspflichten nicht stellt. Bei dem Versuch, die Verantwortlichkeit für die Schlecht- oder Nichterfüllung der Pflicht zur Gewährung des Netzzugangs auszuschließen, tauchen jedoch Probleme auf. Ein solcher Ausschluss ist bei werkvertraglicher Qualifizierung des Providervertrags schon deshalb nicht möglich, weil damit das Erfolgsmoment des Werkvertragsrechts ausgehebelt würde; es gilt insofern § 309 Nr. 8. Aber auch bei dienstvertraglicher Einordnung des Providervertrages wären Ansprüche aus §§ 280 ff. ausgeschlossen, so dass die Vorgaben von § 309 Nr. 7 nicht beachtet würden. Ist der Netzzugang gestört, sind vorausbezahlte Entgelte zurückzuerstatten; jeder Versuch, dies zu beschränken, läuft auch im B2B-Bereich auf die Nichtigkeit der Klausel hinaus.<sup>65</sup> Problematisch ist der Rückvergütungsausschluss, wenn der Ausschluss ohne jegliche zeitliche Einschränkung oder mit einer zeitlichen Verschiebung vorgesehen wird. Zulässig soll es sein, die Rückvergütung auszuschließen, wenn der Netzausfall nicht im Verantwortungsbereich des Providers seine Wurzel hat und der Ausfall nur maximal einen Tag dauert.<sup>66</sup> Dauert die Störung länger, muss der Kunde das zu zahlende Nutzungsentgelt mindern können. Gleiches gilt auch für unter einem Tag liegende Störungen, die der Provider zu verantworten hat; hier greift § 309 Nr. 7b. Keine Bedenken bestehen gegen Haftungsausschlüsse für höhere Gewalt oder für rechtmäßige unternehmensinterne Arbeitskämpfmaßnahmen. Für den Fall längerer Unterbrechungen sollte jedoch ein Kündigungsrecht des Kunden vorgesehen werden, um eine Unvereinbarkeit mit § 307 zu vermeiden.<sup>67</sup>

Gemäß § 308 Nr. 4 ist der allgemeine Vorbehalt technischer und organisatorischer Möglichkeiten bei der Leistungserbringung unzulässig. Zulässig ist hingegen eine Klausel, wonach der Anbieter den Netzzugang weiterentwickeln und pflegen darf. Klauseln, die einen

62 BGH GRUR 2018, 1044 (1046) Rn. 18 – Dead Island.

63 BGH GRUR 2018, 1044 (1049) Rn. 49 – Dead Island; Spindler/Schmitz/Spindler TMG § 7 Rn. 89; Grisse, GRUR 2017, 1073 (1078 f.).

64 EuGH GRUR 2016, 1146 (1150) Rn. 85 ff. – McFadden/Sony Music; BGH GRUR 2018, 1044 (1049) Rn. 54 – Dead Island.

65 Ähnlich für Fitnessverträge OLG Hamm NJW-RR 1992, 242 (243).

66 Spindler, Teil IV Rn. 119.

67 Vgl. BGH NJW 1986, 3134 (3134 f.).



Anspruch des Kunden auf Einrichtung oder Weiterbetrieb eines Point of Presence ausschließen, können sehr schnell Änderungsvorbehalte versprochener Dienstleistungen sein, die ebenfalls den Vorgaben von § 308 Nr. 4 unterliegen. Werden Entschädigungsansprüche für den Fall der Nichtverfügbarkeit der Online-Verbindungen ausgeschlossen, sind die Bestimmungen des Dienstvertragsrechts zu beachten. Diese sehen für den Fall der Unmöglichkeit des Netzzugangs Schadensersatzansprüche nach §§ 280 ff. vor. Dann kollidieren Versuche, die Ansprüche wegen des Nichtzugriffs zu beschränken, mit § 309 Nr. 7, da zumindest auch die Haftung für zu vertretene Unmöglichkeit beschränkt wäre. Unzulässig sind regelmäßig auch Versuche, die Haftung für kurze Zeiträume auszuschließen. Auch wenn die Haftung nur einen geringen Zeitraum erfasst, kann dies je nach Einzelfall erhebliche Haftungsrisiken auslösen. Der Grundgedanke von § 616 hilft hier nicht weiter, da sich die Frage der Erheblichkeit des Zeitraums nach dem jeweiligen Kunden richtet.

## 6. Kündigung

- 24 Der Vertrag kann aus wichtigem Grund, wie z. B. der dauerhaften Beeinträchtigung des Netzzugangs,<sup>68</sup> jederzeit außerordentlich gekündigt werden. Als wichtiger Grund kommt jedoch nicht die Realisierung von Risiken in Betracht, die aus dem Bereich des Content-Providers stammen. So scheidet eine außerordentliche Kündigung mit Berufung darauf aus, dass der User
- sein Interesse am Internet verloren habe
  - einen besseren Access-Provider gefunden habe
  - nunmehr selbst über einen Server verfüge.

Im Falle eines Umzugs des Inhabers eines DSL-Anschlusses, steht diesem als Verbraucher gem. § 46 Abs. 8 S. 3 TKG ein Kündigungsrecht zum Ende des Kalendermonats mit einer Frist von 3 Monaten zu, sollten die bisherigen Leistungen am neuen Wohnsitz nicht erbracht werden.<sup>69</sup>

Ist die Kündigung unberechtigt, soll der Access-Provider nach Auffassung des LG Hamburg nach § 320 ein Zurückbehaltungsrecht an den Domain Namen haben.<sup>70</sup> Fraglich ist, ob der Access Provider wegen kritischer Äußerungen eines Users in einer Mailing-Liste den Providervertrag auflösen kann, wie dies AOL früher praktiziert hat. In jedem Fall muss der Access-Provider bei einem solchen Vorgehen die normalen Kündigungsfristen einhalten.

- 25 Zu beachten ist ferner § 45k Abs. 2 S. 1 TKG. Hiernach führt ein Zahlungsverzug mit einem Betrag in Höhe von mindestens 75 EUR zu einer Sperrbefugnis des Providers, sofern dieser die Sperre mindestens zwei Wochen vorher schriftlich angedroht und dabei auf die Möglichkeit des Nutzers, Rechtsschutz vor den Gerichten zu suchen, hingewiesen hat. Dieses Recht kann nicht auf andere Umstände erstreckt werden, zumal gem. § 47b TKG Abweichungen zum Nachteil des Nutzers unwirksam sind. So ist ein vertraglich eingeräumtes Kündigungsrecht bei Fehlen „eines nicht unerheblichen Teils des Preises“ zu konkret. Auch ein vertraglich eingeführtes Kündigungsrecht bei Widerruf des Lastschrift-einzugs ist unzulässig.

## 7. Sonstiges

- 26 Zu beachten sind schließlich Rechtswahlklauseln, mit denen die Anwendbarkeit deutschen Rechts vereinbart wird. Gerichtsstandsklauseln sind regelmäßig nur unter Kaufleuten möglich, nicht jedoch im Verhältnis zu Verbrauchern, vgl. § 38 ZPO. Wichtig sind auch

68 Auer-Reinsdorf in Auer-Reinsdorf/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Auflage 2019, § 21 Rn. 27

69 Beck TKG/Büming, 4. Aufl. 2013, TKG § 46 Rn. 108f.; vgl. zur früheren Rechtslage BGH MMR 2011, 194.

70 LG Hamburg CR 1997, 157.

im E-Commerce-Bereich Klauseln zur Änderung von AGB. Solche Änderungsvorbehalte können unter Berücksichtigung der Grenzen des § 308 Nr. 4 wirksam sein, was voraussetzt, dass die Änderung unter Berücksichtigung der Interessen des Verwenders für den anderen Vertragsteil zumutbar ist. Dabei ist aber zu beachten, dass diese Zumutbarkeit nur bejaht werden kann, wenn für die Änderung ein triftiger Grund vorliegt. Zudem ergibt sich im Hinblick auf das Transparenzgebot des § 307 Abs. 1 S. 2 das Erfordernis, dass die triftigen Gründe für das einseitige Leistungsbestimmungsrecht in der Klausel benannt werden müssen, damit für den anderen Vertragsteil zumindest in gewissem Maße kalkulierbar ist, welche Leistungsänderungen potentiell vorgenommen werden können.<sup>71</sup>

Sofern Änderungsvorbehalte mit einer Genehmigungsfiktion versehen werden, die nach einer bestimmten Zeit eintreten soll, falls der Vertragspartner nicht widersprochen hat, sind zudem die Vorgaben des § 308 Nr. 5 zu beachten. Dies umfasst insbesondere die Angemessenheit der Frist und eine besondere Aufklärung des Vertragspartners über die vorgesehene Bedeutung seines Verhaltens. Dennoch kann auch eine Klausel, die diese Vorgaben erfüllt, noch nach § 307 unwirksam sein. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sich die Anpassungsbefugnis ohne Einschränkungen auch auf die Essentialia des Vertrages, also auf die Hauptleistungspflichten bezieht, da eine solch wesentliche Änderung nur durch einen gesonderten Änderungsvertrag, der den Anforderungen der §§ 145 ff. gerecht wird, erfolgen kann.<sup>72</sup>

## III. Zusatzleistung des Access-Providers: Domainregistrierung

Regelmäßig erbringt der Access Provider nicht nur die Leistung des Netzzugangs. Vielmehr liefert er auch noch die notwendige Zugangssoftware, speichert Websites, leitet 27 Emails weiter oder kümmert sich um die Domains des Kunden. Fraglich ist, wie diese Zusatzleistungen vertragsrechtlich einzuordnen sind. Die Überlassung von Software erfolgt regelmäßig im Rahmen besonderer Kauf- oder Schenkungsverträge und bedarf daher hier keiner näheren Erläuterung. Vielmehr soll als erstes die Zusatzleistung der Domainregistrierung und -pflege analysiert werden.

### 1. Rechtsnatur

Zunächst ist zu klären, welche Rechtsnatur eine Zusatzvereinbarung über die Besorgung 28 und Verwaltung einer Domain hat. Das erfordert zunächst ein Verständnis der Rechtsnatur einer Domain als solcher, unabhängig von der kennzeichenrechtlichen Diskussion rund um das Domain-Grabbing. Die Domain ist nicht als Sache im Sinne von § 90 zu qualifizieren. Auch handelt es sich hierbei nicht um ein Recht. Selbst wenn gegenüber der DENIC ein vertragsrechtlicher Anspruch auf Überlassung einer Domain besteht, hat diese schuldrechtliche Position noch nicht den Charakter eines dinglichen Rechts.

Das Bundesverfassungsgericht sieht in dem aus dem Vertragsschluss mit der DENIC e. G. folgenden Nutzungsrecht an der Domain eine eigentumsfähige Position im Sinne des Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG. Dennoch erwerbe der Domaininhaber „weder das Eigentum an der Internetadresse selbst noch ein sonstiges absolutes Recht“ sondern nur ein „relativ wirkendes, vertragliches Nutzungsrecht“, welches dem Inhaber der Domain jedoch in gleicher Weise ausschließlich zugewiesen sei wie das Eigentum an einer Sache.<sup>73</sup> Aufgrund der rein technischen Gründe dieser Ausschließlichkeit hat der BGH richtigerweise gefolgert, dass es sich bei Domains weder um eigentumsfähige Positionen noch um (ähnlich Immaterialgü-

71 BGH MMR 2008, 36 (37).

72 BGH MMR 2008, 36 (38).

73 BVerfG MMR 2005, 165 (165).

terrechten) verdinglichte absolute Rechte handelt, sondern lediglich nur ein „relativ wirkendes vertragliches Nutzungsrecht zu Gunsten des Domaininhabers“.<sup>74</sup>

- 29 Hinsichtlich der Stellung des Access-Providers ist zu beachten, dass dieser im Wesentlichen die Domain besorgt und diese z. T. auch für den Domaininhaber verwaltet. Dies dürfte im Rahmen eines unentgeltlichen Auftrags oder einer entgeltlichen Geschäftsbesorgung geschehen.

Der BGH geht für die Fälle, in denen sich der Anbieter dazu verpflichtet, die Wunsch-Domain des Kunden zu beschaffen und zu registrieren, vom Vorliegen eines Werkvertrags mit dem Inhalt einer entgeltlichen Geschäftsbesorgung aus.<sup>75</sup>

## 2. Hauptleistungspflichten

- 30 Im Rahmen seiner Hauptleistungspflichten obliegt dem Provider die Vermittlung und Verwaltung<sup>76</sup> der Domainregistrierung im Kontakt mit der DENIC oder den von der ICANN zugelassenen Registrierungsstellen. Im Außenverhältnis tritt der Access-Provider als Vertreter/Bote gegenüber der Vergabestelle auf; der Kunde schließt also einen (zusätzlichen) Vertrag über die Domain mit der Vergabestelle. Sofern dies nicht gesondert vereinbart wird, übernimmt der Access-Provider keine Gewähr für die Registrierbarkeit einer Kennung, was letztlich gegen das Verständnis des BGH vom Vorliegen eines Werkvertrages und für eine Qualifizierung als Auftrag oder Geschäftsbesorgung spricht.

Der User verpflichtet sich, an den Access-Provider eine Vergütung zu zahlen. Dies wird bei der bloßen Vermittlung der Domain eine Einmalzahlung sein. Für die Verwaltung kommt eine monatliche Entrichtung in Betracht. Oft wird der gesamte Bereich der Domainregistrierung aber auch kalkulatorisch in die Gebühren für das Access-Providing hineingerechnet.

## 3. Nebenpflichten

- 31 Der Provider muss den Kunden – auch ohne gesonderte Vereinbarung – über Beschwerden Dritter hinsichtlich der Domain informieren und ihn bei laufenden Kennzeichenrechtsstreitigkeiten unterstützen. Er darf nicht willkürlich seine Verwaltungsstellung missbrauchen, um zum Beispiel Gebührenforderungen durchzusetzen.

## 4. Leistungsstörungen

- 32 Hinsichtlich der Leistungsstörungen ist zunächst der Bereich des Verzugs wichtig. Die Besorgung von Domains kann ein zeitintensiver Vorgang sein. Es gibt für den User nichts Ärgerlicheres, als dass ihm die gewünschte Domain durch die Voreintragung eines anderen „weggeschnappt“ wird. Verspätet sich der Provider bei der Besorgung einer Adresse, trägt er den Verzögerungsschaden gemäß §§ 280 Abs. 2, 286. Der Kunde kann nach Fristsetzung mit Ablehnungsandrohung seine Rechte ausüben. Im Falle von Mängeln ist bei Vorliegen eines Auftrags ebenso wie bei einem Geschäftsbesorgungsvertrag auf Ansprüche aus §§ 280 ff. abzustellen. Eine Leistungsstörung liegt z. B. vor bei der Besorgung einer falschen Domain.

## 5. Kündigung

- 33 Bei Kündigung des Kunden hat der Provider im Falle einer treuhänderischen Domain-Registrierung einen Herausgabeanspruch (bzw. als Minus einen Freigabeanspruch) bezüglich der Domain aus § 667.<sup>77</sup> Diskutiert wird, ob auch ein Zurückbehaltungsrecht des Pro-

74 BGH GRUR 2012, 417 (419) Rn. 23 – gewinn.de unter Bezugnahme auf BGH GRUR 2008, 1099 – afflias.de; BVerfG GRUR 2005, 261 – ad-acta.de.

75 BGH MMR 2010, 398 (399).

76 Als admin-c.

77 BGH NJW 2010, 3440 Rn. 21 – braunkohle-nein.de.

viders am Domainnamen iSd § 273 anzunehmen ist.<sup>78</sup> Die Rechtsprechung hat die Frage bislang offen gelassen.

## Drittes Kapitel. Host-Verträge

### I. Vertragszweck und rechtliche Einordnung

Neben dem Access-Geschäft wirft auch das Web-Hosting spezifische Rechtsfragen auf. 34  
Hintergrund dessen ist das Problem, dass sich insbesondere kleinere Content-Provider einen eigenen Webserver zum Teil nicht leisten können oder wollen. Diese sind dann darauf angewiesen, sich bei einem sog. Host-Provider Speicherkapazität auf dessen Webserver einräumen zu lassen. Die entsprechenden Verträge nennt man Host-Verträge oder Web-Hosting-Vereinbarungen. Zum Teil wird der Vertragsinhalt dahingehend modifiziert, dass nicht nur die Bereitstellung von Speicherkapazität geschuldet, sondern dem Kunden ein eigener Webserver zur ausschließlichen Benutzung bereitgestellt wird (sog. Web-Housing). Beim Server-Housing werden Geschäftsräume zur Verfügung gestellt, in denen der Content-Provider seinen eigenen Server unterbringen kann. Access- und Host-Geschäfte sind nicht immer klar voneinander zu trennen. Häufig bieten Access-Provider als Zusatzgeschäft auch die Möglichkeit an, Speicherkapazität auf ihren oder fremden Webservern zu nutzen.

Der BGH hat diese Web-Hosting-Vereinbarungen vertragstypologisch als Werkvertrag eingeordnet, der daneben auch dienst- und mietvertragliche Elemente haben kann.<sup>79</sup> Ausgangspunkt sind die den Vertrag charakterisierenden Leistungspflichten. Dies ist zum einen die Pflicht, Speicherkapazität für den Kunden auf einem Webserver zur Verfügung zu stellen. Hinzu kommt die Gewährleistung der Abrufbarkeit des Materials. Die Bereitstellung von Speicherkapazität dürfte man – in Anlehnung an die Rechtsprechung zum Rechenzentrumsvertrag – mietvertraglich charakterisieren können. Die Gewährleistung der Abrufbarkeit kann hingegen werk- oder dienstvertraglich eingestuft werden.<sup>80</sup>

### II. Vertragsinhalt

#### 1. Hauptleistungspflichten

##### a) Vergütungspflicht

Der Content-Provider hat für die Bereitstellung von Speicherkapazität und die Gewährleistung ihrer Abrufbarkeit eine Vergütung an den Host-Provider zu zahlen. Diese wird entweder separat ausgewiesen oder ist Teil der pauschal zu zahlenden Netzzugangsgebühr. Wegen der Besonderheiten der AGB-rechtlichen Kontrolle solcher Zahlungsvereinbarungen wird auf die obigen Ausführungen verwiesen.

Vorleistungsklauseln, wonach der Kunde die monatlichen Gelder voranzuzahlen habe, verstoßen gegen § 309 Nr. 2 bzw. § 307.<sup>81</sup> Preisanpassungsklauseln sind nur wirksam, wenn alle Erhöhungsfaktoren konkret aufgeführt werden und insofern die Preiserhöhung für den Kunden nachvollziehbar ist.<sup>82</sup> Dem Kunden ist ferner bei bestimmten Preiserhöhungen ein außerordentliches Kündigungsrecht einzuräumen.<sup>83</sup>

78 Vgl. dafür Cichon, Internet-Verträge, Rn. 213 mwN.

79 BGH NJW 2011, 915 (916) Rn. 9; BGH MMR 2010, 398 (399); so auch OLG Düsseldorf MMR 2003, 474 f.

80 Für eine ausschließliche Einordnung als Werkvertrag Cichon, Internetverträge, Rn. 165 f.

81 Vgl. Roth in Löwenheim/Koch, S. 123; Schuster/Schuster/Müller Kapitel 14 Rn. 56.

82 So auch BGH NJW 1990, 115 (116); vgl. dazu auch BGH MMR 2008, 36 (37).

83 BGH NJW-RR 1988, 819 (821).

Eine Klausel, die dem Content-Provider das Recht einräumt, im Voraus gezahlte Vergütungen unabhängig vom Erfolgseintritt behalten zu dürfen, verstößt gegen § 308 Nr. 7.<sup>84</sup>

### b) Web-Hosting-Verpflichtung

36 Der Host-Provider bietet das Web-Hosting an. Darunter lässt sich eine Vielzahl von unterschiedlichen Pflichten subsumieren, wobei entsprechend den getroffenen Vertragsabsprachen jeweils auf den Einzelfall abzustellen ist. Im Kern dürfte es um folgendes gehen:<sup>85</sup>

- den Upload des Materials auf den Webserver (meist über ftp)
- die Konvertierung des Materials in ein Format, das auf dem Webserver genutzt werden kann
- die Zuweisung von Speicherkapazität unter genauer Angabe des Webservers
- die Bandbreite bezüglich des Zugriffs (insbesondere die Kapazität der Telekommunikationsleitungen)
- die statistische Auswertung der Zugriffszahlen
- die Eintragung in Suchmaschinen.

Da es sich bei dem Bereithalten zum Abruf wohl um eine werkvertragliche Pflicht handelt, steht der Erfolg dieser Leistung des Web-Hosters im Vordergrund. Der bloße Verweis auf die Abrufbarkeit im Rahmen der „betrieblichen und technischen Möglichkeiten“ reicht nicht aus; eine solche Klausel dürfte weder mit § 308 Nr. 4 noch mit § 307 vereinbar sein. Eine Änderung der technischen Standards ist eine Vertragsänderung, die sich an die Grenzen des § 308 Nr. 4 halten muss. Der Kunde muss rechtzeitig vorher über die Änderung informiert werden.

37 Im Bereich der Hauptleistungspflichten scheidet eine Inhaltskontrolle aus, soweit z.B. Beschränkungen auf eine Speicherkapazität bis zu einer gewissen Zahl von Megabytes vorgenommen werden. Auch Staffelungen von Preisen nach Ausmaß des verfügbaren Speicherplatzes sind einer Inhaltskontrolle entzogen. Als problematisch gelten Klauseln, wonach der Host-Provider bei Überschreitung der zugewiesenen Speicherkapazität darüberhinausgehende Daten löschen darf. Diese Klauseln sind unangemessen i.S.v. § 307, da die Löschung ohne vorherige Unterrichtung des Kunden erfolgt und auch keine Rücksicht auf ein evtl. Nichtverschulden des Nutzers erfolgt.

## 2. Verantwortlichkeit und Haftung des Content-Providers

38 Bei Rechtsverstößen im Internet steht der Verletzte oft vor dem Problem, im Nachhinein nicht feststellen zu können, wer für die jeweiligen Inhalte verantwortlich ist. Allein die Bestimmung desjenigen, der haftet, ist angesichts der Vielzahl der beteiligten Personen (Nutzer, Plattformbetreiber, Host- und/oder Accessprovider) äußerst schwierig. Das führte dazu, dass sich sowohl die Rechtsprechung als auch der Gesetzgeber inzwischen umfassend mit der Haftung für Rechtsverletzungen im Internet auseinandergesetzt haben. Im Mittelpunkt steht hier das Regelungsgefüge der §§ 7–10 TMG, welches in einer gestaffelten Haftung mit verschiedenen Privilegierungen für Access- und Host-Provider die E-Commerce Richtlinie<sup>86</sup> umsetzt.

Für eigene Inhalte haftet jeder Provider gemäß § 7 Abs. 1 TMG selbst. Auch bei von Dritten eingestellten Inhalten kommt eine Haftung nach dieser Vorschrift in Betracht, wenn sich der Provider den Beitrag zu Eigen gemacht hat. Dies richtet sich nach einer Gesamtbetrachtung aus der Perspektive eines objektiven Betrachters, bei der insbesondere eine „Kontrolle hinsichtlich der Vollständigkeit und Richtigkeit“ des Beitrags oder die Integration in das eigene Angebot den „zurechenbaren Anschein“ einer Identifikation mit bzw.

84 Schuppert CR 2000, 227 (233); Ulmer/Brandner/Hensen/Schmidt § 308 Nr. 7 Rn. 24.

85 Für eine ausführliche, wenn auch nicht abschließende Liste möglicher vertraglicher Verpflichtungen s. Auer-Reinsdorff/Conrad IT-R-HdB, § 21 Rn. 41.

86 Richtlinie 2000/31 EG vom 8. Juni 2000, Amtsblatt L 178 vom 17.7.2000.

einer Verantwortlichkeit für die fremden Inhalte erwecken kann.<sup>87</sup> Dient „die Anwendung eines automatischen Wortfilters sowie ggf. eine ausschließende manuelle Durchsicht lediglich dem Zweck,<sup>88</sup> gegen die Nutzungsbedingungen verstoßende Einträge (etwa Formalbeleidigungen oder Eigenbewertungen) von der Öffentlichkeit auszuschließen“, kann nicht auf ein Zu-Eigen-Machen geschlossen werden, da es an einer inhaltlich-redaktionellen Überarbeitung oder Überprüfung der Drittinhalte fehlt. Bewertungsportale können jedoch höhere Überprüfungspflichten hinsichtlich der Richtigkeit der eingestellten Bewertungen treffen.<sup>89</sup> Für fremde Inhalte, also solche, die sich der Content-Provider nicht zu eigen gemacht hat, haftet dieser nur im Rahmen eines sog. Notice and take down-Verfahrens.<sup>90</sup> So haftet zum Beispiel die Online-Enzyklopädie Wikipedia nach Ansicht des LG Berlin als „mittelbare Störerin“ für eine Persönlichkeitsverletzung erst ab Kenntnis von dem rechtswidrigen Beitrag, aufgrund mangelnder redaktioneller Verantwortlichkeit für die Beiträge jedoch nicht selbst i.R.v. § 7 Abs. 1 TMG.<sup>91</sup> Besteht indes eine Pflicht des Host-Providers zur Löschung eines Beitrags in Form einer gerichtlichen Unterlassungsverfügung, so erstreckt sich diese Pflicht auch auf die Löschung oder Sperrung sinngleicher anderer Beiträge, auch wenn diese nicht von der ursprünglichen Entscheidung umfasst waren.<sup>92</sup> Dem steht nach Ansicht des EuGH auch nicht das Plattformprivileg des Art. 15 Abs. 1 E-Commerce-RL entgegen, solange die Plattform nicht zu einer autonomen Bewertung einzelner Beiträge gezwungen wird.

Im Rahmen des Notice and Take Down Prinzips haftet der Plattformbetreiber also erst dann als mittelbarer Störer für eine Rechtsverletzung, wenn er Kenntnis von einem klaren Rechtsverstoß hat. Ein solcher klarer Rechtsverstoß liegt z.B. vor bei „Kinderpornografie, Aufruf zur Gewalt gegen Personen, offensichtlichen Personenverwechslungen, Vorliegen eines rechtskräftigen Titels gegen den unmittelbaren Störer, Erledigung jeglichen Informationsinteresses durch Zeitablauf, Hassreden oder eindeutiger Schmähkritik“.<sup>93</sup> Aufgrund der hohen Komplexität der rechtlichen Bewertung der Zulässigkeit von Äußerungen ist die Schwelle eines klaren Rechtsverstoßes bei der Fallgruppe der Schmähkritik allerdings hoch anzusetzen.<sup>94</sup> Die Durchsetzung von Persönlichkeitsrechten gegenüber Online-Plattformen bleibt daher schwierig.

Nicht erfasst von den Regelungen der §§ 7ff. TMG ist die Haftung für Hyperlinks.<sup>40</sup> Während ein Hyperlink zwar als reine elektronische Verknüpfung bzw. technische Referenz innerhalb eines HTML-Textes als solcher keine Haftung auslösen kann, kann er gleichwohl inhaltliche Aussagen (allein oder im Kontext der Verlinkung) enthalten, die haftungsrechtlich relevant werden können. Der EuGH<sup>95</sup> hat insoweit, abweichend zu zuvor ergangener, provider-freundlicher Rechtsprechung des BGH, eine Störerhaftung des Providers nach den Regeln des Urheberrechts anerkannt. Danach liegt eine ohne Einwilligung des Urhebers rechtswidrige öffentliche Widergabe eines Werks i.S.v. § 19a UrhG vor, wenn durch die Widergabe einem neuen Publikum der Zugang zu dem Werk ermöglicht wird, wobei auch Kenntnis von der fehlenden Zustimmung des Urhebers erforderlich ist. Diese soll im Falle eines gewerbsmäßigen Anbieters widerleglich vermutet werden. Für sol-

87 BGH GRUR 2010, 616 (619) Rn. 27 – marions-kochbuch.de.

88 BGH MMR 2015, 726 m. Anm. Milstein = NJW 2015, 3443 m. Anm. Ernst – Hotelbewertungsportal.

89 BGH MMR 2016, 418 m. Anm. Paal = ZD 2016, 281 m. Anm. Palzer – www.jameda.de.

90 Zu dessen Ausgestaltung s. Specht, ZUM 2017, 114 (120).

91 LG Berlin ZUM 2019, 65 (68).

92 EuGH MMR 2019, 798.

93 BGH ZUM-RD 2019, 203 (207).

94 Vgl. BGH ZUM-RD 2019, 203; OLG Dresden ZD 2019, 172; OLG Hamburg K&R 2019, 57.

95 EuGH MMR 2014, 260 m. Anm. Dietrich – Svensson u. a./Retriever Sverige; EuGH MMR 2015, 46 m. Anm. Solmecke/Dam Rn. 14f. – BestWater International/Mebes u. a.; EuGH MMR 2017, 95 Rn. 40 – GS Media/Sanoma u. a.; EuGH MMR 2017, 460 m. Anm. Stender-Vorwachs/Steeger – Stichtung Brein/Wullems (Filmspeler); EuGH MMR 2017, 518 – Stichtung Brein/Ziggo u. a. (The Pirate Bay).

che Betreiber stellt der EuGH also mittelbar Nachforschungspflichten bezüglich der Rechtmäßigkeit der dargebotenen Inhalte auf.<sup>96</sup> Gleiches gilt auch für das sog. Framing, also die Einbettung eines fremden Inhalts (oft Videos) ohne Kenntlichmachung der Quelle.<sup>97</sup> Eine Abwälzung der Störerhaftung für rechtswidrige Inhalte durch Allgemeine Geschäftsbedingungen wird regelmäßig an einer Inhaltskontrolle scheitern. Auch eine pauschale Abwälzung der Prüfungspflichten wird aufgrund der vom EuGH ausgearbeiteten differenzierten Anforderungen und Kriterien unzulässig sein.

### 3. Nebenpflichten

#### a) Nebenpflichten des Content-Providers

##### 41 • Einhaltung der Rechtsordnung

Der Content-Provider ist nach § 7 Abs. 1 TMG verpflichtet, die Rechtsordnung einzuhalten. Er ist derjenige, der primär die Einhaltung der einschlägigen Rechtsvorschriften im Rahmen seiner Internetpräsenz zu sichern hat. Dafür muss er darauf hinwirken, dass sich auch der Nutzer rechtskonform verhält.

Sperrungen durch den Content-Provider aufgrund rechtswidriger Inhalte sind demnach als interessengerecht und damit rechtmäßig iSd §§ 305 ff. einzustufen, sofern diese einer Befristung unterliegen und an sie die Möglichkeit einer Vertragsaufhebung gekoppelt ist.<sup>98</sup> Dies hat auch der Gesetzgeber durch die Einführung des § 7 Abs. 4 TMG, der eine Sperrung bei Unmöglichkeit anderweitiger Abhilfe gegen Rechtsverletzungen im Rahmen der Zumutbarkeit<sup>99</sup> und Verhältnismäßigkeit ausdrücklich vorsieht, klargestellt. Zwar richtet sich dieser Anspruch nur gegen den Access Provider i.S. d. § 8 Abs. 3 TMG, also beispielsweise den WLAN-Anbieter. Erst recht muss dann aber auch für Content Provider die Möglichkeit zur Löschung bzw. Sperrung auf freiwilliger Basis etwa aus haftungsrechtlichen Erwägungen bestehen. Problematisch ist hingegen, ob der Host Provider ohne Abmahnung sperren kann. Einerseits sind die Gefahren des Internets, insbesondere seine Schnellebigkeit und die weitreichenden Verbreitungsmöglichkeiten, sowie das eigene Haftungsrisiko zu bedenken. Andererseits liegt die Haftung für die Inhalte der Website in der Regel beim Content-Provider (§ 7 Abs. 1 TMG). Zudem können durch eine sofortige Sperrung erhebliche Schäden verursacht werden, die sich durch eine kurzfristige Abänderung des Seiteninhalts der Website leicht vermeiden lassen. Insbesondere unter Berücksichtigung der neuen EU-Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt muss jedoch davon ausgegangen werden, dass zumindest der europäische Gesetzgeber – obwohl er das Problem des Overblockings gesehen hat – eine übermäßige Löschung von Inhalten nicht für problematisch hält. Ähnliches lässt sich im Hinblick auf das Netzwerkdurchsetzungsgesetz über den deutschen Gesetzgeber sagen. Dieses sieht trotz der Gefahr von chilling effects für die öffentliche Meinungsbildung und den damit verbundenen erheblichen Bedenken der Literatur<sup>100</sup> im Hinblick auf demokratiekonstitutive Grundsätze Löschpflichten für soziale Netzwerke vor. Das impliziert, dass der Vorbehalt der Sperrung von Beiträgen in AGB gegenüber dem individuellen Nutzer wohl weder eine überraschende Klausel i.S.d. § 305c noch eine unangemessene Benachteiligung i.S.d. § 307 Abs. 1 darstellt. Abgesehen davon ist bei Onlinearchiven von Presseverlagen ein hinreichender Ausgleich zwischen dem Informationsinteresse der Öffentlichkeit sowie der Meinungs- und Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG) des Verlages und dem aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abgeleiteten

96 Kritisch dazu Spindler MMR 2018, 48 (51).

97 EuGH GRUR 2013, 818 – Die Realität; EuGH NJW 2015, 148 – Best Water International/Meibes ua.

98 Schuppert CR 2000, 227 (232).

99 Zur Unzumutbarkeit einer solchen Sperrverpflichtung s. insb. BGH GRUR 2016, 268.

100 Z.B. Gersdorf, MMR 2017, 439 (446); Guggenberger ZRP 2017, 98 (100); Kalscheuer/Hornung, NVwZ 2017, 1721 (1722f.); Spindler GRUR 2018, 365 (366f.).

Recht auf Vergessenwerden des von einer Berichterstattung Betroffenen zu erzielen. Ein solcher kann in Beschränkungen der Auffindbarkeit der Berichte über Suchmaschinen oder, sollte dies nicht möglich sein, in einer nachträglichen Anonymisierung der Berichte liegen.<sup>101</sup>

##### • Blacklist

Denkbar ist eine Konkretisierung der durch den Nutzer zu beachtenden Verhaltensregeln durch eine sog. Blacklist, die die sensibelsten Vorschriften, etwa des Sexualstrafrechts, ausdrücklich erwähnt. Zweifelhaft ist, ob auch die Einhaltung ausländischen Rechts verlangt werden kann. Da ein pauschaler Verweis auf das ausländische Recht wohl kaum dem Transparenzgebot Rechnung trägt, dürften solche Klauseln wohl eher als nichtig anzusehen sein.<sup>102</sup> Plattformbetreibern ist es möglich, Verhaltensregeln durch Nutzungsbedingungen in Form von AGB auch unterhalb der Schwelle strafrechtlicher Relevanz aufzustellen.<sup>103</sup> Zu beachten ist allerdings, dass es dann auch zu einer Selbstbindung des Anbieters kommt, sodass dieser bei Nichtvorliegen der selbst gesetzten Voraussetzungen Beiträge unter Umständen nicht trotzdem löschen kann.<sup>104</sup>

##### • Impressumspflicht

Die Verpflichtung des Content-Providers, ein Impressum anzubieten, das gewisse Grundinformationen enthält und für alle Abrufer leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar ist, entspricht den Pflichten aus §§ 5 und 6 TMG und ist deshalb grundsätzlich zulässig. Da die Impressumspflichten jedoch nur für geschäftsmäßige, in der Regel gegen Entgelt erbrachte Telemedien gelten, ist dies nicht ohne Weiteres auf private Homepages übertragbar, hier ist die Zulässigkeit im Einzelfall am Maßstab des § 307 Abs. 1 zu prüfen.

##### • IT-Sicherheit

Der Content Provider muss einen Mindeststandard an Schutz vor Hacking, Phishing und Viren gewährleisten.<sup>105</sup> Eine solche Pflicht besteht für geschäftsmäßig angebotene Telemedien ohnehin schon aus § 13 Abs. 7 TMG.

##### • Verbot der Weitergabe von Zugangsdaten

AGB zwischen Host und Content Providern enthalten oft ein Verbot des Content Providers, die Zugangsdaten an Dritte weiterzugeben. Allerdings hat der Content Provider oftmals ein berechtigtes Interesse an der Einschaltung Dritter, z.B. zur Versorgung des Angebots mit Inhalten, und haftet dafür ohnehin nach den allgemeinen Regeln. Für den Host Provider ist demgegenüber in der Regel unerheblich, auf welche Art und Weise der Content Provider sein Angebot mit Inhalten füllt. Angesichts dieser Interessenlage stellt der Ausschluss der Weitergabe von Zugangsdaten eine unangemessene Benachteiligung des Content Providers nach § 307 Abs. 1 dar, sodass die Verbotsklausel i. d. R. unwirksam ist.<sup>106</sup>

#### b) Nebenpflichten des Host-Providers

##### • Wartungsmaßnahmen, Netzwerkmanagement

Je nachdem, wie man die Bereitstellung der Speicherkapazität charakterisiert, handelt es sich dabei um eine Haupt- oder Nebenleistungspflicht. Geht man von einem mietvertraglichen Charakter dieser Abrede aus, dann sind Wartungsmaßnahmen und Netzwerkmanagement an der Mietsache keine Nebenleistungen, sondern sind Teil der Hauptpflicht zur Gebrauchsüberlassung an der Mietsache.<sup>107</sup> Nimmt man hingegen eine werkvertragliche Qualifikation an, bei der die Bereitstellung der Speicherkapazität nur

101 BVerfG NJW 2020, 300 – Recht auf Vergessen I.

102 So auch Schuppert in Spindler Teil V Rn. 103; Schuster/Müller Kapitel 14 Rn. 74.

103 Lüdemann MMR 2019, 279 (279).

104 LG Offenburg BeckRS 2018, 23801.

105 So auch Hoeren/Sieber/Holzner/Redeker MMR-HdB Teil 12 Rn. 102.

106 So auch Redeker, IT-Recht, Abschnitt D. Rn. 1110.

107 Cichon, Internet-Verträge, Köln 2. Auflage Rn. 249.

als Mittel zum erstrebten Erfolg der Gewährleistung der Abrufbarkeit der Website im Internet dient, liegt es nahe, Wartungsmaßnahmen und Netzwerkmanagement – wozu auch die Gewährleistung der Freiheit von Viren, Hacking und Schadsoftware zählt – nur als Nebenleistungspflichten anzusehen.<sup>108</sup>

- Löschung von Datenbeständen
- 47 Grundsätzlich ist der Content-Provider für die Inhalte seiner Informationsangebote selbst verantwortlich. Der Host-Provider kann jedoch in Ausnahmefällen zur Löschung des Contents verpflichtet sein, sofern dies durch den Content-Provider nicht oder nicht rechtzeitig möglich ist, z. B. wenn durch eine Virusattacke von außen dessen Zugangsmöglichkeit verhindert wird.  
Klauseln, die bei Überschreitung der zulässigen Speicherkapazitäten dem Anbieter ohne jede Einschränkung das Recht einräumen, die darüberhinausgehenden Datenmengen zu löschen, sind unzulässig gemäß § 307 Abs. 1.
- 48 • Informationspflicht  
Der Host Provider hat den Content-Provider über bei ihm eingehende Beschwerden hinsichtlich des Contents zu informieren. Zudem hat er den Vertragspartner von ggfs. drohenden Gefahren oder Störungen zu unterrichten, um es diesem zu ermöglichen, rechtzeitig entsprechende Vorkehrungen zu treffen.<sup>109</sup>
- 49 • Datensicherung  
In regelmäßigen Abständen obliegt dem Host-Provider die Pflicht zur Datensicherung, insbesondere durch Nutzung von Backup-Servern. Bei Verletzung dieser Pflicht drohen Schadensersatzansprüche des Vertragspartners, der dadurch seine Internetpräsenz verliert.<sup>110</sup>
- Versicherung
- 50 Dem Host-Provider obliegt die Pflicht, die technischen Einrichtungen sowie die Datenbestände gegen Beschädigung bzw. Verlust bei einer Versicherungsgesellschaft angemessen zu versichern.

#### 4. Gewährleistungsrechte

- 51 Ungeachtet des vertragstypologischen Schwerpunkts des Providervertrags wird man das Gewährleistungsrecht dem Mietrecht entnehmen müssen, da in diesem Zusammenhang insbesondere die Gewährleistung des vertraglich geschuldeten Zustandes im Vordergrund steht.<sup>111</sup> Bei einem Komplettausfall des Servers oder im Falle, dass auf dem zur Verfügung gestellten Server weniger Speicherplatz als vereinbart zur Verfügung steht, bemisst sich die Pflicht zur Rückzahlung bereits geleisteter Vergütungen daher nach den vertraglichen Vereinbarungen und §§ 536, 812. Die Gewährleistungspflicht des Webhosts tritt aber nur bei Vertretenmüssen gem. § 536a Abs. 1 Fall 2 ein, wobei der Maßstab insoweit großzügig ausgelegt werden sollte. Aufgrund der typengemischten Natur des Vertrages ist in der Zusammenschau mit den Regelungen des Werkrechts die mietrechtliche verschuldensunabhängige Haftung nach § 536a Abs. 1 1. Alt. nicht anwendbar. Eine vollständige Haftungsfreistellung des Host-Providers ist jedoch auch nicht möglich. Allerdings können in den Vertrag mit dem Content-Provider der Vergütung entsprechend angemessene Haftungshöchstgrenzen integriert werden.
- 52 Aufgrund der auch vom BGH vorgenommenen schwerpunktmäßig werkvertraglichen Einordnung finden im Übrigen die Gewährleistungsvorschriften der §§ 633 ff. Anwendung. Ein Komplettausfall des Servers oder die Zurverfügungstellung von nicht ausreichendem Speicherplatz stellt dabei einen Mangel dar. Das grundsätzlich vorrangige Nacherfüllungsrecht des Host-Providers entfällt dabei jedoch wegen Unmöglichkeit gem. § 275 Abs. 1, da

108 So auch Redeker, IT-Recht, Abschnitt D.Rn. 1108.

109 Redeker, IT-Recht, Abschnitt D.Rn. 1013a.

110 OLG Düsseldorf MMR 2015, 237.

111 So auch Redeker, IT-Recht, Abschnitt D.Rn. 1106.

es sich bei der Leistungspflicht des Host-Providers (Gewährleistung der Abrufbarkeit der Website im Internet) um ein absolutes Fixgeschäft handelt. Anders als im Mietrecht findet eine Minderung jedoch nicht ipso iure statt, sondern bedarf gem. § 638 Abs. 1 einer entsprechenden Erklärung. Auch aus § 326 Abs. 1 S. 1 ergibt sich nichts anderes, da dessen Geltung im Fall der qualitativen Unmöglichkeit gem. § 326 Abs. 1 S. 2 ausgeschlossen ist. Die Rückzahlung bereits geleisteter Vergütungen richtet sich dabei nach den §§ 638 Abs. 4 i. V.m. § 346 Abs. 1. Darüber hinaus kommen Rücktritt und Schadensersatzansprüche in Betracht, sofern deren weitere Voraussetzungen vorliegen. Dabei wird man aber die Besonderheiten des Web-Hosting-Vertrags beachten müssen, indem man beispielsweise keine allzu strengen Anforderungen an die Unerheblichkeit der Pflichtverletzung i. S. d. § 323 Abs. 5 S. 2 stellt, da sonst die Gefahr besteht, das von den Parteien vereinbarte Kündigungsregime zu unterlaufen.

Anstelle der Haftung des Host-Providers oder unter Umständen daneben kann auch eine Haftung des Access-Providers treten. In einem gerichtlichen Verfahren wird es in diesem Fall zu einem Streitbeitritt des einen oder anderen Providers gegen den Content-Provider kommen.

## Viertes Kapitel. Content-Verträge

Im Content-Bereich ist zunächst zwischen B2B (Business to Business) und B2C (Business to Consumer) zu unterscheiden. Während der B2B-Bereich den elektronischen Geschäftsverkehr zwischen Gewerbetreibenden bezeichnet, umfasst der B2C-Bereich den E-Commerce zwischen einem Unternehmen und Privatkunden. 53

Auch nach der Art der vertriebenen Güter ist zu unterscheiden. Zum Teil wird das Internet nur genutzt, um den traditionellen Handel zu verstärken. Der Kunde bestellt elektronisch Waren und Dienstleistungen, die dann aber physisch erbracht werden. Davon zu unterscheiden ist der Bereich des Vertriebs von digitalen Produkten wie Software oder Musik, sog. „informational goods“, die direkt über das Internet zum Abruf bereitgestellt werden.

Schließlich ist zu differenzieren zwischen dem Vertrieb und den Aktivitäten von Intermediären. Zu letzteren gehören Portale, Suchmaschinen und Internet-Auktionshäuser.

### I. Vertragsschluss im Internet

#### 1. Angebot und Annahme

Via Internet können Verträge prinzipiell genauso abgeschlossen werden wie im normalen Geschäftsleben. Dabei ist zu beachten, dass eine Homepage mangels Rechtsbindungswillens regelmäßig nur als „invitatio ad offerendum“ anzusehen ist.<sup>112</sup> Das Angebot geht demnach erst vom Besteller aus; der Content-Provider entscheidet nach freiem Ermessen darüber, ob er das Angebot annimmt. Ausnahmsweise kann jedoch schon ein Angebot i. S. v. § 145 vorliegen, wenn die Gestaltung des Bestellvorgangs nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157) zu erkennen gibt, dass der Homepage-Betreiber sich schon zu einem früheren Zeitpunkt rechtlich binden will.<sup>113</sup>

112 Siehe auch BGH NJW 2005, 976; OLG Nürnberg MMR 2010, 31; OLG Stuttgart CR 2007, 269; LG Essen MMR 2004, 49 (50); vgl. zum Teleshopping: Eckert DB 1994, 717 (718) und Wagner WM 1995, 1129; Ernst NJW-CoR 1997, 165; Ph. Koehler MMR 1998, 289 (290); H. Köhler NJW 1998, 185 (187); Waldenberger BB 1996, 2365. Etwas anders ist die Gewichtung bei Mehrings MMR 1998, 30 (32), der „in einer Reihe von Fällen“ von einem verbindlichen Angebot ausgeht.

113 S. dazu Föhlich/Starradeff NJW 2016, 353 mit Ausführungen zum Vertragsschluss je nach Art und Ausgestaltung des Bestellvorgangs.

- 55 Auch automatisch generierte Erklärungen können dem Betreiber des die Erklärung generierenden Programms zugerechnet werden und sind daher Willenserklärungen im Sinne der §§ 145 ff.<sup>114</sup> Dies gilt vor allem für den Vertragsschluss über autonome elektronische Agenten; denn in der Einrichtung des Agenten selbst liegt eine willentliche Vorbereitungshandlung, aufgrund derer Erklärungen des Agenten dem Anwender zugerechnet werden können.<sup>115</sup> Nicht als Willenserklärung anzusehen sind Mails, wonach die eingegangene Bestellung bearbeitet werde (Bestätigungsmail nach § 312g Abs. 1 Nr. 3).<sup>116</sup>
- 56 Das Zustandekommen des Vertrages richtet sich ausschließlich nach den tatsächlichen Gegebenheiten auf Grundlage des objektiven Empfängerhorizonts nach §§ 133, 157. Eine Abweichung durch anderweitige Festlegung des Angebots im Wege allgemeiner Geschäftsbedingungen verstößt gegen die Grundsätze der §§ 145 ff. und ist daher gemäß § 307 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 unwirksam. Die Verwendung solcher AGB kann zudem eine Schadensersatzpflicht nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo gem. §§ 280 I, 241 II, 311 II Nr. 1 zur Folge haben.<sup>117</sup>

## 2. Bestätigungs- und Informationspflichten nach europarechtlichen Vorgaben

- 57 Bestätigungs-E-Mails, mit denen ein Unternehmer einem Kunden gemäß § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 3 den Eingang einer Bestellung bestätigt, sind mangels Rechtsbindungswillens in der Regel nicht als Willenserklärung, insbesondere nicht als Annahme des Angebots des Kunden einzuordnen.<sup>118</sup> Es handelt sich meist um eine Wissensklärung, mit der der Unternehmer dem Kunden lediglich Gewissheit bezüglich des Zugangs seiner Bestellung verschaffen will, um diesen vor Doppelbestellungen zu bewahren. Allerdings kann die Wissensklärung nach § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 3 mit einer annehmenden Willenserklärung verbunden werden.<sup>119</sup> Maßgeblich für die Unterscheidung zwischen Wissens- und Willenserklärung ist letztlich der objektive Empfängerhorizont unter Berücksichtigung der Verkehrssitte, §§ 133, 157.

Bei der Informationspflicht aus § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 3 handelt es sich um eine vertragliche Nebenpflicht.<sup>120</sup> Unterlässt der Unternehmer die gebotene Zugangsbestätigung, so hindert dies daher nicht den Vertragsschluss. Der Erfüllungsanspruch des Kunden bleibt also bestehen und zusätzlich kommen Schadensersatzpflichten des Unternehmers wegen der Nebenpflichtverletzung nach den allgemeinen Grundsätzen des BGB, insbesondere des Leistungsstörungenrechts, in Betracht. Abweichend zur alten Rechtslage hat die Nichterfüllung der Informationspflicht auch keinen Einfluss auf die Widerrufsfrist des Verbrauchers bei Vorliegen eines Widerrufsrechts nach § 312g.

- 58 Während § 312i allgemeine Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr enthält, die gegenüber jedermann, also auch im B2B-Bereich gelten, enthält § 312j besondere Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr gegenüber Verbrauchern. Nach Abs. 1 hat der Unternehmer spätestens bei Beginn des Bestellvorgangs klar und deutlich anzugeben, ob Lieferbeschränkungen bestehen und welche Zahlungsmittel akzeptiert werden. Besonders hervorzuheben ist die sog. Button-Lösung in Abs. 3, nach der die Bestellsituation bei entgeltlichen Leistungen des Unternehmers zwingend so zu gestalten ist, dass der Verbraucher sich bei seiner Bestellung ausdrücklich zu einer Zahlung verpflichtet. Hauptzweck dieser Regelung ist der Schutz des Verbrauchers vor versteckten Kostenfallen im Internet. Gemäß

114 Vgl. BGH MMR 2002, 95 (96) m. Anm. Spindler – ricardo.de; OLG Frankfurt MMR 2003, 405 (406); Kitz in Hoeren/Sieber/Holznapel MultimediaR-HdB 13.1 Rn. 46 ff., 67.

115 Cornelius MMR 2002, 353 (354 f.); Redeker, IT-Recht, Abschnitt D Rn. 917.

116 LG Essen NJW-RR 2003, 1207; LG Hamburg MMR 2005, 121 mit Anm. Lindhorst; AG Butzbach CR 2002, 765; anders AG Wolfenbüttel MMR 2003, 492.

117 Föhlich/Stairadef NJW 2016, 353 (353).

118 BGH NJW 2013, 598 (599) Rn. 19; OLG Nürnberg MMR 2010, 31 (32).

119 OLG Düsseldorf MMR 2016, 593 (594) Rn. 70.

120 BeckOK BGB/Maume, 53. Ed. 1.2.2020, BGB § 312i Rn. 34.

§ 312j Abs. 4 kommt ein Vertrag ansonsten nicht zustande. Zudem ordnet § 312k Abs. 1 S. 2 ein Umgehungsverbot an.

## II. Zugang elektronischer Willenserklärungen, Anfechtung und Vollmacht

### 1. Zugang der Willenserklärung

Nach deutschem Recht wird zwischen den Willenserklärungen unter An- und Abwesenden unterschieden. Bei einem Vertragsschluss unter Anwesenden geht eine Willenserklärung im Zeitpunkt der akustisch richtigen Vernehmung zu (sog. Vernehmungstheorie). Bei der Abgabe einer Willenserklärung unter Abwesenden ist der Zeitpunkt entscheidend, in dem die Erklärung so in den Machtbereich des Empfängers gelangt ist, dass dieser von der Willenserklärung Kenntnis nehmen kann und unter normalen Umständen auch mit der Kenntnisnahme zu rechnen ist.<sup>121</sup> Im WWW-Sektor sind grundsätzlich die Regeln über den Vertragsschluss durch Willenserklärungen unter Abwesenden heranzuziehen, zumal auch § 147 Abs. 1 S. 2 eine Erklärung direkt von Person zu Person voraussetzt.<sup>122</sup>

Für den Zugang von Willenserklärungen via Email ist daher maßgeblich, wann mit dem Abruf einer Mail durch den Empfänger üblicherweise gerechnet werden kann. E-Mail-Postfächer stellen dann eine geeignete Empfangsvorrichtung für Willenserklärungen dar, wenn sie vom Empfänger für den Empfang von Willenserklärungen im Rechts- und Geschäftsverkehr bestimmt wurden. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Empfänger seine E-Mail-Adresse zwecks Kontaktaufnahme selbst herausgegeben hat. Insoweit ist zwischen geschäftlichen und privaten Empfängern zu unterscheiden.<sup>123</sup> Von Geschäftsleuten kann die regelmäßige Kontrolle ihres elektronischen Posteingangs – auch mehrmals am Tag – erwartet werden. Nachrichten, die während der Geschäftszeiten abrufbar werden, gelten im gleichen Zeitpunkt als zugegangen. Mitteilungen, die außerhalb der Geschäftszeiten eingelegt werden, werden üblicherweise bei Öffnung des Geschäfts zur Kenntnis genommen. Bei Privatpersonen wird man davon ausgehen können, dass sie zumindest einmal täglich ihren Posteingang durchsehen. Mangels üblicher Abfragezeiten gelten Nachrichten bei diesen Empfängern als am Tag nach der Abrufbarkeit zugegangen.

Für die Bestellung und die Empfangsbestätigung nach § 312i Abs. 1 S. 1 Nr. 3, die regelmäßig keine Willens- sondern bloße Wissensklärungen darstellen, muss nunmehr nicht § 130 Abs. 1 analog herangezogen werden. Vielmehr hat der Gesetzgeber die in Art. 11 E-Commerce-RL vorgesehene Zugangsfiktion in § 312i Abs. 1 S. 2 dem deutschen Recht angepasst, sodass der Zugang nunmehr fingiert wird, wenn die Partei, für die die Erklärung bestimmt ist, sie unter gewöhnlichen Umständen abrufen kann. Der insoweit unterschiedliche Wortlaut „abrufen“ im Vergleich zur von § 130 Abs. 1 vorausgesetzten Kenntnisnahme unter gewöhnlichen Umständen soll jedoch nach dem Willen des Gesetzgebers nicht zu einer Modifikation des Zugangsbegriffs im elektronischen Geschäftsverkehr führen.<sup>124</sup> Im Ergebnis gelten damit im Rahmen des § 312i Abs. 1 S. 2 die gleichen Grundsätze wie bei § 130 Abs. 1.

### 2. Haftungsrisiken

Gefährlich ist die Eröffnung von E-Mail-Zugängen wegen der damit verbundenen Haftungsrisiken. Gibt ein Rechtsanwalt z. B. seine E-Mail-Kennung den Mandanten bekannt,

121 Sog. Empfangs- oder Zugangstheorie; siehe hierzu etwa MüKoBGB/Förschler § 130 Rn. 16.

122 I. E. ebenso Graf Fringuelli/Wallhäuser CR 1999, 93 (97 f.); vgl. auch LG Hamburg MMR 2010, 654; AG Meldorf NJW 2011, 2890; AG Ulm MMR 2000, 224 (226); Fritzemeyer/Heun CR 1992, 130 (130); Heun, CR 1994, 595 (597 ff.).

123 Ernst NJW-CoR 1997, 165 (166); Graf Fringuelli/Wallhäuser CR 1999, 93 (97 f.); ausführlich Taupitz/Kritter JuS 1999, 839 (841 f.); s. auch Spindler/Schuster/Spindler BGB § 130 Rn. 7 ff.

124 BT-Drs. 14/6040, 172.

kann der Eindruck entstehen, dass über eine E-Mail an den Anwalt auch rechtsrelevante Vorgänge abgewickelt werden können. Fordert der Mandant daher seinen Anwalt via E-Mail auf, Berufung einzulegen, und liest der Anwalt die Mail nicht, droht eine Schadenersatzklage des Mandanten gegen den Anwalt. Mit der Veröffentlichung der E-Mail-Adresse auf Briefbögen und Visitenkarten wird die Bereitschaft zur Entgegennahme von E-Mail-Aufträgen signalisiert. Der Provider muss dann auch während der normalen Geschäftszeiten unverzüglich reagieren. Will er das nicht, muss er den Kunden darauf hinweisen. Empfehlenswert sind deutliche Hinweise.<sup>125</sup> Will der Provider über E-Mail Aufträge entgegennehmen und abwickeln, sollte er eine spezielle E-Mail-Adresse dafür vorsehen und den Account regelmäßig, d. h. in risikorelevanten Bereichen sogar mehrfach arbeitstäglich, abfragen.

- 62 Das Fälschungsrisiko trägt der Provider; eine Abwälzung auf den Kunden in AGB ist unwirksam. Es lohnt sich, mit dem Kunden Sicherheitsmaßnahmen für E-Mail-Übermittlungen zu vereinbaren (etwa mittels Passwörter). Auch sollte man den Kunden auf das Fälschungsrisiko hinweisen, etwa:

„Der Kunde wünscht, dass seine Aufträge auch per E-Mail entgegengenommen und bearbeitet werden. Der Kunde ist durch den Provider ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass bei der E-Mail-Übermittlung Missbräuche nicht auszuschließen sind. Der Provider ist nicht in der Lage, E-Mail-Aufträge auf die Richtigkeit des Absenders und ihre inhaltliche Richtigkeit hin zu überprüfen. Dessen ungeachtet bittet der Kunde den Provider, solche elektronischen Aufträge zur Ausführung oder Weiterleitung anzunehmen. Der Provider wird von jeder Haftung und allen Regressansprüchen freigestellt, die auf Grund einer rechtsmissbräuchlichen Verwendung des Übermittlungssystems entstehen. Die Parteien vereinbaren folgende Sicherungsmaßnahmen: ...“

### 3. Anfechtung

- 63 Der Besteller kann sein Angebot nach §§ 119, 120 anfechten, wenn seine Willenserklärung via Provider falsch übermittelt worden ist.<sup>126</sup> Macht der Besteller irrtümlich bei der Erstellung seiner Mail falsche Angaben, kann er nach § 119 Abs. 1, 2. Var. anfechten.<sup>127</sup> Eine Anfechtung kommt dagegen nicht bei computergenerierten Erklärungen in Betracht, deren Fehler auf lange zuvor eingegebenem, falschem Datenmaterial beruht.<sup>128</sup> Insgesamt scheidet bei Verwendung fehlerhaften Datenmaterials eine Anfechtung aus, da es sich hierbei nur um einen unbeachtlichen Motivirrtum handelt.<sup>129</sup> Bei Übertragungsfehlern kommt eine Anfechtung nach § 120 in Betracht.<sup>130</sup>

Streitig ist, ob Fehler bei der Einstellung von Preisen auf eine Website zur Anfechtung berechtigen. In diesen Fällen ist zwar genau genommen nur die *invitatio ad offerendum* irrtumsbehaftet, da der Irrtum bei der Erstellung des Online-Angebots vorlag. Stellt man jedoch auf die Fortwirkung des Eingabefelders für die Abgabe der Annahmeerklärung ab, kann man das Anfechtungsrecht in diesem Zusammenhang bejahen.<sup>131</sup> Dies ist auch richtig, wenn man bedenkt, aus welchen Gründen die Konstruktion der „*invitatio ad offerendum*“ geschaffen worden ist. Sie bezweckt den Schutz eines Verkäufers vor einer Vielzahl von vertraglichen Bindungen, denen er nicht gewachsen ist. Sähe man jedoch in dem Online-

125 „Die E-Mail-Adresse dient nur zur Übermittlung von Informationswünschen, nicht für die Erteilung von E-Mail-Aufträgen“.

126 OLG Frankfurt a. M. CR 2003, 450 (451); Stockmar/Wittwer CR 2005, 118 (124); Heun CR 1994, 595 (596); Waldenberger BB 1996, 2365 (2366).

127 OLG Hamm CR 1993, 688; siehe auch BGH NJW 2005, 976 (977).

128 BGH NJW 2005, 976 (977); NJW 1998, 3192 (3193); LG Köln JurPC Web-Dok. 138/2003 Abs. 6; AG Herford CR 2003, 934.

129 BGH NJW 2005, 976 (977); NJW 1998, 3192 (3193); LG Frankfurt CR 1997, 738.

130 OLG Hamm NJW 2004, 2601; OLG Frankfurt a. M. CR 2003, 450 (451).

131 BGH CR 2005, 355 m. Anm. Ernst; OLG Hamm NJW 2004, 2601; OLG Frankfurt a. M. CR 2003, 450; a. A. LG Köln CR 2003, 613 (n. v.); AG Herford CR 2003, 934.

Angebot bereits ein rechtlich verbindliches Angebot im Sinne der §§ 145 ff., wäre dieses irrtumsbehaftet, sodass eine Anfechtung zweifellos möglich wäre. Nichts anderes kann dann gelten, wenn man eine *invitatio ad offerendum* annimmt, da sie sonst nicht mehr dem Schutz des Verkäufers dienen würde, sondern ihm sogar Nachteile brächte. Bei eBay-Käufen unter der Rubrik „Sofort kaufen“ wird der Inhalt des Angebots durch die Oberzeile in Verbindung mit dem Text der Anzeige selbst bestimmt. Ein Irrtum darüber berechtigt zur Anfechtung wegen Inhaltsirrtums gemäß § 119 Abs. 1 1. Alt.<sup>132</sup>

### 4. Vertretung

Benutzt ein Fremder die Kennung des Users, kommt eine Bindung an elektronische Bestellungen nach den Grundsätzen des Handelns unter fremdem Namen in Betracht.<sup>133</sup> Dem Geschäftspartner geht es um ein Geschäft mit dem Träger des Namens; folglich bindet der Vertrag den Namensträger gem. § 177 Abs. 1 nur

- bei Genehmigung,
- nach den Regeln der Duldungsvollmacht,
- nach den Regeln der Anscheinsvollmacht (str.).<sup>134</sup>

Die Regeln über Anscheinsvollmacht gelten auch, wenn ein Minderjähriger mit der Kennung seiner gesetzlichen Vertreter Rechtsgeschäfte via Internet tätigt; die bloße Familienzugehörigkeit kann jedoch selbst bei Haushaltszugehörigkeit noch keinen ausreichenden Rechtsschein begründen.<sup>135</sup> Zur Fiktion der Vertretungsmacht im Wege der Anscheinsvollmacht genügt zwar schon die fahrlässige Unkenntnis des Vertretenen bzgl. des Handelns des Erklärenden, zusätzlich ist aber auch das schutzwürdige Vertrauen des Geschäftspartners in das Bestehen einer Vertretungsmacht erforderlich. Letzteres hat die Rechtsprechung angezweifelt, da die Registrierung oder das Handeln unter einem bestimmten Account gerade nicht den nötigen Rechtsschein zu setzen vermöge.<sup>136</sup> Grund sind die oftmals fehlenden Sicherheitsstandards und daraus resultierenden Missbrauchsgefahren.<sup>137</sup>

### 5. Vertragsschluss bei Online-Auktionen

Online-Auktionen zeichnen sich dadurch aus, dass der Vertrag des Anbietenden (nur) mit dem Höchstbietenden zustande kommt, wenn der Versteigerer bereits bei Freischaltung der Angebotsseite die Erklärung abgibt, das höchste wirksam abgegebene Angebot anzunehmen.<sup>138</sup> Ein Vertrag kommt also nicht gemäß § 156 durch Gebot und Zuschlag, sondern nach den allgemeinen Grundsätzen der §§ 145 ff. durch Angebot und Annahme zustande. Dabei finden die von dem Online-Auktionshaus gestellten AGB aufgrund der Relativität der Schuldverhältnisse zwar keine unmittelbare Anwendung in dem zwischen Anbieter und Höchstbietenden zustande gekommenen Vertrag. Bei Errichtung ihrer Benutzerkonten haben jedoch beide Parteien diese Bedingungen als für sie verbindlich akzeptiert (sog. „virtuelle Marktordnung“), sodass die AGB aufgrund der jeweiligen Selbstbindung der Parteien als Auslegungshilfe für ihr Vertragsverhältnis herangezogen werden können.<sup>139</sup> Sollte der Anbietende hingegen ausdrücklich von den AGB der Auktionsplattform abweichende Bedingungen stellen, so gelten diese – selbstverständlich im Rahmen der allgemeinen AGB-rechtlichen Zulässigkeit – vorrangig als gestellt. Zudem sind die AGB der Auktionsplattform im Verhältnis zwischen Anbietendem und Höchstbietendem

132 BGH NJW 2017, 1660 m. Anm. Sutschet.

133 Spindler in Spindler/Schuser BGB § 164 Rn. 4 ff.

134 BGH MMR 2011, 447 (448 f.); OLG Oldenburg CR 1993, 558 (559).

135 LG Bonn MMR 2004, 181.

136 BGH CR 2011, 455 m. Anm. Mankowski.

137 OLG Köln NJW 2006, 1676; LG Bonn MMR 2004, 180.

138 BGH NJW 2005, 53 (54); BGH NJW 2002, 363 (364); siehe dazu u. a. Leible JA 2002, 444; Lettl JuS 2002, 219; ausführlich Neubauer/Steinmetz in Hoeren/Sieber/Holzner, MultimediaR-HdB 14 Rn. 15 ff.

139 BGH NJW 2016, 395; BGH MMR 2014, 1292 m. Anm. Kulke; BGH NJW 2002, 363.

einer AGB-Kontrolle nach §§ 305 ff. wohl nicht zugänglich, da keine der beiden Parteien als Verwender i. S. v. § 305 Abs. 1 anzusehen ist.<sup>140</sup> Eine Einbeziehung kommt so nur im Fall eines Verbrauchervertrags in Betracht, da hier über § 310 Abs. 3 Nr. 1 eine Zurechnung der Klauseln zum Unternehmer stattfinden kann.

Sobald das Angebot auf der Internetseite des Auktionshauses freigeschaltet wurde, ist es als *offerta ad incertas personas* rechtsverbindlich und damit grds. unwiderruflich.<sup>141</sup> Allerdings ist das Angebot personell an den Höchstbietenden und zeitlich auf die Bietzeit bedingt, § 158 Abs. 1.<sup>142</sup> Zudem kann die Bindungswirkung des Angebots unter einen Vorbehalt gestellt werden, der aus der Sicht eines objektiven Empfängers gemäß §§ 133, 157 zu beurteilen ist, z. B. der Vorbehalt einer berechtigten Angebotsrücknahme.<sup>143</sup> Ein solcher Vorbehalt kann etwa in den AGB des Verkäufers festgelegt werden.<sup>144</sup>

- 66 Ein grobes Missverhältnis zwischen dem Höchstgebot des Käufers und dem (angenommenen) Wert des Versteigerungsobjektes lässt im Fall einer Online-Auktion nach Ansicht des BGH<sup>145</sup> „nicht ohne Weiteres den Schluss auf die nach § 138 erforderliche verwerfliche Gesinnung des Bieters zu“. Ein geringer Startpreis wirkt bei Internetauktionen aufgrund seiner Üblichkeit gerade nicht als Indiz hinsichtlich des Werts des Gegenstands der Versteigerung. Insbesondere im Hinblick auf die Vereinbarung von Gewährleistungsausschlüssen ist die Einstufung des Verkäufers als Verbraucher i. S. v. § 13 oder Unternehmer i. S. v. § 14 von entscheidender Bedeutung. Zwischen Privaten können die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche vertraglich ausgeschlossen werden.<sup>146</sup> Ein solcher Ausschluss ist für gewerbliche Anbieter indes nicht möglich. Zudem knüpft das BGB an die Unternehmereigenschaft auch besondere verbraucherschützende Pflichten des Verkäufers (insb. bzgl. des Widerrufsrechts nach § 355 und der damit erforderlichen Belehrung). Der in § 14 verankerte Begriff des Unternehmers muss „rein funktional“ verstanden werden, sodass ein „in kaufmännischer Weise eingerichteter Gewerbebetrieb“ gerade nicht vorliegen muss.<sup>147</sup> Die Annahme der Unternehmereigenschaft richtet sich vielmehr nach einer umfassenden Gesamtwürdigung aller Umstände, bei der die planmäßige und dauerhafte Erbringung von Leistungen gegen Entgelt im Vordergrund steht, sodass auch nebenberufliche Tätigkeiten und solche, die nicht primär auf Gewinnerzielung ausgelegt sind, darunter fallen können. Die Rechtsprechung wertet insb. die Anzahl und Häufigkeit der Geschäfte als Indiz für eine Unternehmereigenschaft.<sup>148</sup> Um ein Leerlaufen der verbraucherschützenden Vorschriften angesichts der Beweisschwierigkeiten des Verbrauchers bei Online-Käufen zu vermeiden, findet eine Beweislastumkehr bei sog. Powersellern statt. Im Sinne eines Anscheinsbeweises gelten Powerseller zunächst als Unternehmer i. S. v. § 14, bis sie das Gegenteil beweisen.<sup>149</sup> Powerseller sind damit grundsätzlich an die verbraucherschützenden Vorschriften gebunden.

140 Spindler ZIP 2001, 809, 814 m. w. N.; Neubauer/Steinmetz in Hoeren/Sieber/Holznel, MultimediaR-HdB 14 Rn. 37.

141 BGH NJW 2011, 2643; BGH BGHZ 189, 346; BGH MMR 2005, 37 (38) m. Anm. Spindler; a. A. Wagner/Zenger MMR 2013, 343.

142 BGH MMR 2014, 165; BGH NJW 2011, 2643; BGH MMR 2002, 95 (96) m. Anm. Spindler; Rüfner JZ 2000, 715 (718); Hoeren/Müller NJW 2005, 948 (949); nach a. A. steht das Gebot des Käufers unter der aufschiebenden Bedingung, dass kein anderer Nutzer ihn überbietet, z. B. Dauner-Lieb/Heidel/Ring/Kremer Anh. zu § 156 BGB Rn. 23 m. w. N.

143 BGH MMR 2011, 653 m. Anm. Dammers; bestätigt durch BGH MMR 2014, 165.

144 BGH MMR 2015, 167.

145 BGH NJW 2012, 2723; BGH MMR 2015, 103.

146 AG Kamen MMR 2005, 392 zur Auslegung der Klausel, es werde keine Garantie nach dem EU-Recht übernommen, als Ausschluss der gesetzlichen Gewährleistungsansprüche.

147 OLG Frankfurt a. M. NJW 2005, 1438; LG Berlin MMR 2007, 401; LG Mainz CR 2006, 131 m. Anm. Mankowski.

148 Vgl. OLG Frankfurt a. M. GRUR 2004, 1042; OLG Hamm GRUR-RS 2013, 00045; LG München I MMR 2009, 504 (Ls.).

149 OLG Frankfurt a. M. MMR 2007, 378; OLG Karlsruhe CR 2006, 689; OLG Koblenz MDR 2006, 321; Peter ITRB 2007, 18.

Viel diskutiert wurden zudem zuletzt Fälle, in denen die Anbieter künstlich die Höchstgebote für ihre Ware steigern wollten. Zu unterscheiden sind in diesem Zusammenhang einerseits das *Shill Bidding* (oder sog. „Pushen“), also das zeitweilige Überbieten des Höchstbietenden, um den Preis nach oben zu treiben und so eine verlustreiche Auktion zu vermeiden. Benutzt der Bieter einen „gefakten“ eigenen Account, so kommt zwischen ihm und dem Anbieter unmittelbar ein Vertrag zustande, bei dem sich der Spaßbieter nicht auf seine unbeachtliche fehlende Ernstlichkeit (§ 118), oder einen geheimen Vorbehalt (§ 116) berufen kann, da der Vertragspartner von dieser keine Kenntnis hat. Hinsichtlich des *Shill Biddings* hat der BGH offen gelassen, ob eine Annahme des Verkäufers auf sein eigenes Angebot als Scheingeschäft gemäß § 117 Abs. 1 nichtig ist. Ein Angebot sei wegen des insoweit eindeutigen Wortlauts in § 145 schon begrifflich immer an einen „anderen“ adressiert und daher für den Verkäufer selbst von vornherein unannehmbar.<sup>150</sup> Ungeachtet des höheren Fake-Gebots des Verkäufers kommt also ein Vertrag zwischen dem Verkäufer und dem – personenverschiedenen – zweiten Höchstbietenden zustande. Dem Bieter steht in diesem Fall jedoch ein Anfechtungsrecht nach § 123 Abs. 1 wegen arglistiger Täuschung über die Manipulationsfreiheit des Bietvorgangs zu.<sup>151</sup>

Kein vorwerfbares Verhalten liegt indes vor, wenn lediglich ein günstiges Geschäft gesucht wird, was insbesondere im Fall der sog. Schnäppchenjäger für Aufregung sorgte. Davon abzugrenzen ist der sog. Abbruchjäger, der einzig in der Hoffnung eines vorzeitigen Abbruchs an der Auktion teilnimmt, um infolgedessen einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen. Nur im letzteren Fall kann der Verkäufer dem Anspruch des Käufers den Einwand unzulässiger Rechtsausübung nach § 242 entgegenhalten.<sup>152</sup> Wann ein Teilnehmer einer Online-Auktion als Abbruchjäger zu qualifizieren ist, kann jedoch nicht pauschal definiert werden, sondern richtet sich ausweislich des BGH nach einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls. Im Fall des Schnäppchenjägers ist ein solcher Einwand nach § 242 indes nicht möglich, weil der Verkäufer selbst durch das Festlegen eines niedrigen Startpreises das Risiko eines für ihn ungünstigen Geschäfts eingeht.<sup>153</sup> Der Eingehung dieser vertraglichen Risikoverteilung soll sich der Verkäufer im Nachhinein nicht mehr entziehen können, nur weil die Auktion für ihn nicht so verlaufen ist, wie erhofft.

### III. Schriftform und digitale Signatur

#### 1. Klassische Erfordernisse an die Schriftform

Die deutsche Zivilrechtsordnung sieht an zahlreichen Stellen die Einhaltung einer besonderen Schriftform vor. Digital signierte Dokumente und Erklärungen genügen dagegen nach früherer Rechtslage dem Schriftformerfordernis naturgemäß nicht.<sup>154</sup> Denn nach § 126 musste bei einer gesetzlich vorgesehenen Schriftform der Text von dem Aussteller eigenhändig durch Namensunterschrift oder mittels notariell beglaubigten Handzeichens unterzeichnet werden. Das Erfordernis der Schriftform ist zum Beispiel vorgesehen bei Verbraucherdarlehensverträgen,<sup>155</sup> bei Quittungen (§ 368), bei der Bürgschaftserklärung (§ 766) und beim Testament (§§ 2231 Nr. 1, 2231 Nr. 2, 2247 I).

#### 2. Vorgeschichte der Form-Neuregelungen

In den frühen Entwürfen des IuKDG (Informations- und Kommunikationsdienstgesetz) versuchte man diesem Problem durch Einführung von „Testvorschriften“ Herr zu

150 BGH MMR 2017, 176 (178 f.) – *Shill Bidding*.

151 So auch Spindler in Spindler/Schuster, BGB Vor § 145 Rn. 6.

152 BGH NJW 2019, 2475 Rn. 24.

153 BGH NJW 2015, 548 Rn. 12 m. w. N.; BGH NJW 2012, 2723 Rn. 20 f.

154 So auch grundlegend BGHZ 121, 224.

155 § 492 Abs. 1 S. 1 und 2 beim Grundstückskaufvertrag (§ 311b).



werden. Man sah darin die Änderung einer einzelnen, praktisch kaum relevanten Formvorschrift, nämlich der Schriftform bei Fernunterrichtsverträgen im Rahmen des Fernunterrichtsschutzgesetzes, durch eine spezielle elektronische Form vor. Dann verzichtete man jedoch auf dieses Experiment und ließ die Frage der Schriftform offen. Im Mai 1999 hat sich das Bundesjustizministerium diesem Anliegen angenommen – angestoßen auch durch europäische Initiativen<sup>156</sup> – und einen Gesetzesentwurf zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts an den modernen Geschäftsverkehr vorgelegt.<sup>157</sup> Am 20. Juni 2001 hat der Vermittlungsausschuss eine Beschlussempfehlung verabschiedet, die dann am 22. Juni 2001 vom Bundestag angenommen worden ist.<sup>158</sup> Das Gesetz ist zum 1. August 2001 in Kraft getreten.<sup>159</sup>

70 Das Gesetz sieht – neben der notariellen Beurkundung – als weiteren Ersatz der durch Gesetz vorgeschriebenen Schriftform in § 126 III die „elektronische Form“ vor. In § 126a werden die Voraussetzungen der elektronischen Form festgelegt. Hier wird die Natur des SigG als Referenzgesetz deutlich, denn zur Wahrung der elektronischen Form ist eine digitale Signatur nach dem SigG erforderlich. Mit der „Textform“ als neuer „verkehrsfähiger“ Form, wird in § 126b ein erleichtertes Formerfordernis gegenüber der Schriftform vorgesehen, das den Bedürfnissen des modernen Rechtsverkehrs entgegen kommt.<sup>160</sup> Nach dem jetzt geltenden § 126b wird die Textform eingehalten, wenn die Erklärung

- lesbar ist,
- in einer Urkunde oder einem anderen dauerhaften Datenträger (Legaldifinition in § 126b S. 2) verkörpert ist und
- die Person des Erklärenden genannt ist.

Auf die eigenhändige Unterschrift wird verzichtet. Ein dauerhafter Datenträger liegt zum Beispiel vor, wenn die Erklärung via Kopie, Telefax, E-Mail oder Computerfax übermittelt wird. Das Bereithalten von Informationen auf einer einfachen Webseite genügt dieser Anforderung jedoch aufgrund der jederzeitigen Möglichkeit des Webseitenbetreibers, den Inhalt nachträglich zu verändern, nicht; es handelt sich nicht um ein dauerhaftes Medium.<sup>161</sup> Etwas anderes gilt, wenn der Empfänger die auf der Webseite bereitgehaltene Erklärung tatsächlich ausdrückt.<sup>162</sup>

Seit dem 13. Juni 2014 gilt das frühere Textformerfordernis aus § 355 Abs. 1 S. 2 a. F. für die Widerrufserklärung im Fernabsatz nicht mehr. Bedeutung hat die Textform vor allem noch für die Belehrung des Verbrauchers bei Fernabsatzverträgen nach § 312d i. V. m. Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 2 bzw. Art. 246b § 2 Abs. 2 EGBGB.

### 3. Signaturgesetz und elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste-Verordnung

71 Auch auf europäischer Ebene hat man sich des Themas angenommen, da die nationalen und internationalen Rechtsnormen aus mehreren Gründen keine befriedigende Lösung für die sich im Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs ergebenden Probleme geboten haben. Insbesondere soll der wirksame Abschluss von Verträgen über das Internet nicht an Formvorschriften des nationalen Rechts scheitern.

156 Act for the Use of Information and Communications Technology relating to the Delivery of Papers, Act. No. 126 of 2000, effective on April 1<sup>st</sup> 2001.

157 Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung der Formvorschriften des Privatrechts an den modernen Rechtsgeschäftsverkehr vom 19. Mai 1999 – BMJ I B 1–3414/2.

158 BR-Drs. 497/01.

159 Gesetz zur Anpassung der Formvorschriften im Privatrecht vom 13. Juli 2001, BGBl. 2001 I S. 1542.

160 Abschluss-, Identitäts-, Echtheits-, Warn- und Beweisfunktion.

161 EuGH NJW 2012, 2637; BGH NJW 2014, 2857.

162 BGH NJW 2014, 2857 (2858); BGH NJW 2010, 3566 (3567) Rn. 19; KG NJW 2006, 3215 (3216).

Ende 1999 trat die Richtlinie für elektronische Signaturen<sup>163</sup> in Kraft, deren Ziel es war, die grenzüberschreitende rechtliche Anerkennung elektronischer Signaturen sicherzustellen und dafür einen angemessenen und harmonisierten rechtlichen Rahmen zu schaffen. Diese Richtlinie wurde durch die Verordnung über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste (eIDAS-VO) zum 1. Juli 2016 abgelöst.<sup>164</sup> Die eIDAS-VO genießt Anwendungsvorrang vor dem deutschen Signaturgesetz.<sup>165</sup> Die Regelungen des deutschen Signaturgesetzes, die die eIDAS-VO nicht beinhaltet, wurden daraufhin in einem neuen Vertrauensdienstegesetz normiert, welches die eIDAS-VO in diesen Teilen konkretisiert. Das Vertrauensdienstegesetz (VDG) gilt seit dem 18. Juli 2017.

Die elektronische Form ist gewahrt, wenn der Aussteller die Erklärung mit seinem Namen und das elektronische Dokument mit einer den Anforderungen der eIDAS-VO genügenden elektronischen Signatur versieht. Das elektronische Dokument muss einen für den Menschen lesbaren Inhalt haben und eine dauerhafte Wiedergabe gewährleisten.<sup>166</sup> Hierunter fallen z. B. auf Servern oder PCs gespeicherte E-Mails, sofern eine qualifizierte Signatur enthalten ist.

Die praktische Relevanz der elektronischen Form ist derzeit gering. Eine der wesentlichen inhaltlichen Neuerungen der eIDAS-VO zum Signaturgesetz ist die Zulässigkeit einer sog. Fernsignatur.<sup>167</sup> Diese kann unter Zuhilfenahme von einem Smartphone erstellt werden.<sup>168</sup> Aufgrund des hohen Verbreitungsgrades von Smartphones und der damit verbundenen hohen Anzahl an potenziellen Nutzern könnte sich die praktische Relevanz daher jedoch zukünftig deutlich erhöhen.

In prozessualer Hinsicht war der Beweiswert digitaler Dokumente zuvor auf die freie richterliche Beweiswürdigung gemäß § 286 Abs. 1 ZPO beschränkt. Mit Einführung des § 371 ZPO hat der Gesetzgeber demgegenüber eine Beweiserleichterung für Dokumente mit qualifizierter elektronischer Signatur eingeführt. Sie erlangen somit die gleiche Beweiskraft wie Privaturkunden. Es handelt sich um einen gesetzlichen prima facie Beweis für die Echtheit der Urkunde, der nur durch den Vortrag konkreter entgegenstehender Tatsachen erschüttert werden kann.<sup>169</sup> Ist eine solche qualifizierte Signatur nicht vorhanden, obliegt der Beweis der Echtheit hingegen wiederum der freien richterlichen Beweiswürdigung nach § 286 Abs. 1 ZPO. Aufgrund der Manipulationsgefahr sowie der Intransparenz des Internets besteht auch kein Anscheinsbeweis für die Urheberschaft des Account-Inhabers bei Versendung einer E-Mail.<sup>170</sup> Lediglich bei Verwendung eines DE-Mail-Kontos besteht gemäß § 4 DeMailG ein solcher Anscheinsbeweis hinsichtlich der Identität des Absenders.

Die Problematik des Beweiswerts digital generierter Dokumente lässt sich auch nicht vertraglich durch Abschluss einer Beweisvereinbarung lösen. Zwar wäre eine Klausel denkbar, wonach der Kunde den Beweiswert der elektronischen Dokumente als Urkundsbeweis akzeptieren muss. Schon die Bindungswirkung einer solchen Klausel ist zweifelhaft.<sup>171</sup> Wenn überhaupt würde sie jedoch nur die Parteien, nicht aber den Richter in seiner Beweiswürdigung binden.

163 Richtlinie 1999/93/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.12.1999 über gemeinschaftliche Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen.

164 Verordnung Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 1999/93/EG.

165 Dorndorf/Schneidereit CR 2017, 21 (23).

166 MüKoBGB/Einsele § 126a Rn. 3.

167 Dorndorf/Schneidereit CR 2017, 21 (22).

168 <https://www.bundesdruckerei.de/de/4503-eidas-verordnung-macht-den-weg-fuer-online-unterschrift-frei> (zuletzt abgerufen am 18.6.2020).

169 Fischer-Dieskau/Gitter/Paul/Steidle MMR 2002, 709 (710).

170 OLG Köln MMR 2002, 813 (814); LG Bonn MMR 2004, 179 (180); LG Bonn MMR 2002, 255 (256).

171 Hoeren, Beweisklauseln in EDI-Vereinbarungen, CR 1995, 513 (516).

## IV. Einbeziehung von AGB in eine Website

74 Das AGB-Recht (§§ 305 ff.) findet auf alle Arten der Verträge, also sowohl im B2C- und B2B- als auch im C2C-Bereich Anwendung. In letzterem wird der Verwendung von AGB jedoch zumeist entgegenstehen, dass die Vertragsbedingungen nicht für eine Vielzahl von Verträgen bestimmt sind (mindestens drei Verwendungen).<sup>172</sup> Nichtsdestotrotz ist die Wirksamkeit verwendeter AGB entscheidend, da die Verwendung unwirksamer AGB-Klauseln regelmäßig auch als Wettbewerbsverstoß in Form des Rechtsbruchs angesehen wird und damit nach §§ 3 Abs. 1, 3a UWG abmahnfähig ist.<sup>173</sup> Zudem löst die Verwendung nichtiger AGB Schadensersatzansprüche aus culpa in contrahendo gem. §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 aus.<sup>174</sup>

Besondere Schwierigkeiten macht die Einbeziehung von AGB in eine Website. Nach § 305 Abs. 2 muss auf die Geschäftsbedingungen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses ausdrücklich hingewiesen und dem Erwerber eine zumutbare Möglichkeit der Kenntnisnahme gegeben werden. Bei Rahmenverträgen reicht dafür der Hinweis auf die AGB und die Vereinbarung ihrer Einbeziehung im Vorhinein.

75 Die Probleme der Einbeziehung von AGB in eine Website, die der Nutzer nur über den elektronischen Abruf einsehen kann, waren früher u. a. aufgrund langer Übertragungszeiten diffiziler als heute. Früher wurde hier häufig noch mit gerichtlichen Entscheidungen zum BTX-Verkehr argumentiert, die besagten, dass das Lesen längerer Bedingungen auf Grund der langen Übertragungsdauer unzumutbar sei.<sup>175</sup> Bei Texten, die länger als eine Bildschirmseite sind, sollte eine Ausdruckmöglichkeit bestehen können.<sup>176</sup> Andere verwiesen wiederum darauf, dass auch der Ausdruck mit Kosten verbunden ist, Kenntnisse des Kunden hinsichtlich der Druckmöglichkeiten voraussetze und im Übrigen die Existenz eines Druckers bedinge.<sup>177</sup> Ähnlich hielt die Literatur u. a. wegen der nachträglichen Änderbarkeit eine wirksame Vereinbarung von AGB über elektronische Netze für schwierig.<sup>178</sup>

Diese Anforderungen erschienen überzogen und sind auch mit den fortschreitenden Entwicklungen teilweise überholt. Der Besteller ist gerade im WWW-Bereich frei, sich die AGB auf seinen Rechner oder einen Proxy-Server zu laden und sie in aller Ruhe – und zwar dann ohne zusätzliche Übertragungskosten, sofern diese angesichts der weiten Verbreitung von „Internet-Flatrates“ überhaupt noch anfallen – zu lesen. Er kann sie zusätzlich ausdrucken und hat dadurch die Gewähr, die jeweiligen AGB authentisch zur Kenntnis nehmen zu können. Schließlich bedient sich der Nutzer freiwillig des Internets zum Vertragsschluss und muss damit auch die Informationsmöglichkeiten des Internets akzeptieren. Eine nachträgliche Änderung der AGB wäre unter dem Gesichtspunkt des Betrugs strafbar. Von daher spricht selbst diese vage Möglichkeit eher für die wirksame Vereinbarung von AGB.<sup>179</sup> Daher hat auch der BGH die Wirksamkeit einer Einbeziehung via gut sichtbarem Link mittlerweile anerkannt.<sup>180</sup> Allerdings müssen Unternehmen, deren Website in deutscher Sprache gehalten ist, unabhängig vom Ort ihres Unternehmenssitzes deutsche

172 BGH NJW 2002, 138; MüKoBGB/Basedow, 8. Aufl. 2019, § 305 Rn. 18.

173 BGH GRUR 2012, 949 (953) Rn. 45 ff. – Missbräuchliche Vertragsstrafe; OLG München WRP 2018, 1125 Rn. 72 ff.; Köhler/Bornkamm/Feddersen/Köhler, 38. Aufl. 2020, UWG § 3a Rn. 1.288 ff.

174 BGHZ 99, 107.

175 LG Wuppertal CR 1992, 93 (94); Ulmer/Brandner/Hensen, AGBG, 8. Aufl. 1997, § 2 Rn. 49a.

176 Heinrichs NJW 1999, 1596 (1598).

177 Siehe dazu Mehrings BB 1998, 2373 (2378 f.); Kamanabrou CR 2001, 421 (423 f.).

178 Bultmann/Rahn NJW 1988, 2432 (2434 f.); bereits differenzierend nach technischen Möglichkeiten Wolf/Horn/Lindacher AGBG, 4. Aufl. 1999, § 2 Rn. 24.

179 So z. B. damals LG Münster MMR 2000, 280 (282); ähnlich auch Graf/Fringuelli/Wallhäuser, CR 1999, 93 f.; Kaiser/Voigt, K&R 1999, 445 (450).

180 BGH MMR 2006, 737 (738); s. auch Kappus, Anm. zu AG Frankfurt a. M. NJW 2006, 3012; Schmidt NJW 2011, 1633 (1638).

AGB verwenden. Ohne Übersetzung ins Deutsche sind sämtliche englischsprachigen WhatsApp-AGB unwirksam.<sup>181</sup>

Nicht ausreichend ist der bloße Hinweis auf die AGB auf der Homepage, etwa im Rahmen von Frames auf der Einstiegsseite. Zu empfehlen ist die Aufnahme eines Hinweises auf die AGB nebst Link in das Online-Bestellformular: „Hiermit bestelle ich – wobei ich die Geschäftsbedingungen (hier Link) zur Kenntnis genommen und akzeptiert habe – folgende Artikel“. Noch deutlicher wären zwingend in den Bestellablauf integrierte Fenster mit den AGB, die sich erst auf einen Buttondruck des Bestellers hin wieder schließen. Ein solches „click-wrap“-Verfahren, in dem der Nutzer überhaupt nur eine Willenserklärung abgeben kann, wenn seine Kenntnisnahme der AGB sichergestellt ist, bezieht die AGB unstreitig rechtsicher in den Vertrag ein und ist heute weit verbreitet gängige Praxis.

Komplizierter gestaltet sich die Lage im M-Commerce (also dem schwerpunktmäßig über mobile Endgeräte stattfindenden elektronischen Geschäftsverkehr). Aufgrund der kleinen Displays von Smartphones und Tablets gestaltet sich die Einbeziehung im Hinblick auf eine zumutbare Kenntnisnahme hier äußerst schwierig. Während einige hier aufgrund der mangelnden Möglichkeit zum Ausdruck von einem Verzicht auf die Kenntnisnahme und Speicherung der AGB ausgehen<sup>182</sup> halten andere an dem zwingenden Erfordernis einer zumutbaren Kenntnisnahme fest und fordern stattdessen eine Verkürzung der vom jeweiligen Händler oder Anbieter verwendeten AGB.<sup>183</sup> Abzuwarten bleibt, wie sich die Rechtsprechung diesbezüglich positionieren wird.

Wichtig ist darüber hinaus die Beachtung des § 312i Abs. 1 Nr. 4, der der Umsetzung von Art. 10 Abs. 3 der E-Commerce-Richtlinie dient. Hiernach sind dem Nutzer die Vertragsbestimmungen unter Einschluss der in den Vertrag einbezogenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen so zur Verfügung zu stellen, dass er sie abrufen und in wiedergabefähiger Form speichern kann. Erforderlich sind insofern Hinweise auf technische Speichermöglichkeiten über Shortcuts wie STR-S oder STR-P.<sup>184</sup> Die Wiedergabemöglichkeit ist am besten gesichert, wenn die AGB als HTML-Dokument zum Herunterladen bereitgestellt werden. Ein Verstoß gegen die Vorschrift kann indes schon nach der Gesetzesbegründung nicht zu einer Unwirksamkeit der Einbeziehung der AGB führen.<sup>185</sup>

Weiterhin ist der Unternehmer nach § 312i Abs. 1 Nr. 2 in Verbindung mit Art. 246c EGBGB verpflichtet, dem Kunden bestimmte Informationen zukommen zu lassen: Der Unternehmer muss den Kunden unterrichten

1. über die einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragsschluss führen,
2. darüber, ob der Vertragstext nach dem Vertragsschluss von dem Unternehmer gespeichert wird und ob er dem Kunden zugänglich ist,
3. darüber, wie er mit den nach § 312i Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs zur Verfügung gestellten technischen Mitteln Eingabefehler vor Abgabe der Vertragserklärung erkennen und berichtigen kann,
4. über die für den Vertragsschluss zur Verfügung stehenden Sprachen und
5. über sämtliche einschlägige Verhaltenskodizes, denen sich der Unternehmer unterwirft, sowie über die Möglichkeit eines elektronischen Zugangs zu diesen Regelwerken.

Darüber hinaus bestehen für Fernabsatzverträge und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge eine Reihe weiterer Informationspflichten. Diese ergeben sich aus § 312d Abs. 1 i. V. m. Art. 246a EGBGB. Unterlässt der Unternehmer die gebotenen Informationspflichten, so hindert dies nicht den Vertragsschluss, jedoch den Beginn der Frist eines eventuell dem Kunden gemäß § 355 zustehenden Widerrufsrechts, § 356 Abs. 3 S. 1. Informiert der Unternehmer den Verbraucher pflichtgemäß, so werden die Informationen

181 KG MMR 2016, 601.

182 MüKoBGB/Basedow BGB § 305 Rn. 76; Janal NJW 2016, 3204.

183 Schuster in Spindler/Schuster BGB § 305 Rn. 45 f.; Ranke MMR 2002, 509 (512).

184 Siehe Kamanabrou, CR 2001, 421 (423 ff.).

185 BT-Drs. 14/6040, 172; so auch Schuster in Spindler/Schuster BGB § 305 Rn. 50 m. w. N.

gemäß § 312d Abs. 1 S. 2 Vertragsbestandteil, es sei denn die Parteien vereinbaren ausdrücklich Gegenteiliges.

- 79 Über die gesetzlichen Erfordernisse hinaus sind in AGB zu regeln:
- die Art des Bezahlverfahrens
  - eventuell ein Widerrufsvorbehalt
  - Beschränkung von Gewährleistung und Haftung, sofern nach § 309 Nr. 8 zulässig
  - Kostenlast des Kunden für die Rücksendung der Waren aufgrund Ausübung seines Widerrufsrechts.<sup>186</sup>
- 80 Bei Downloadprodukten (wie Software oder Musik) sind im Übrigen zu beachten und regeln:
- einfaches Nutzungsrecht (Regelfall)
  - Eigentum (des Users) an Werkkopie
  - Zulässig = Einplatzlizenz mit Verbot der gleichzeitigen Nutzung auf mehreren CPUs;<sup>187</sup> nicht jedoch Beschränkung auf bestimmte CPU
  - Vermietrechte bleiben beim Provider<sup>188</sup>
  - Verbot von Unterlizenzen durch User

Jedoch nicht in AGB zulässig:

- Kostenlast des Kunden für Rücksendung<sup>189</sup> bei Ausübung des gesetzlichen Widerrufsrechts
- Gerichtsstandswahl gegenüber Nichtkaufleuten
- Verbot von Sicherungskopie, es sei denn sie ist für die Sicherung künftiger Benutzung erforderlich<sup>190</sup>
- Weiterveräußerungsverbot
- Aber möglich: Pflicht zur Weitergabe der AGB bei nichtgewerblichen Usern und Vernichtung von Altkopien
- Beschränkung von Fehlerbeseitigung und Deassembling,<sup>191</sup> sofern kein eigener Support des Providers.

## V. Kollisionsrechtliche Fragen beim Vertragsschluss im Internet

- 81 Insbesondere im Business-to-Business (B2B)-Bereich steht der grenzüberschreitende Warenverkehr im Vordergrund. Denn gerade im Internet werden eine Reihe von Verträgen mit grenzüberschreitendem Charakter geschlossen. Auf diese darf nicht einfach unser deutsches Vertragsrecht angewendet werden. Vielmehr ist nach den Regeln des Internationalen Privatrechts (IPR) das Vertragsstatut, also das auf den Vertrag anwendbare Recht zu bestimmen. Im Übrigen gelten auch für den B2B-Bereich die allgemeinen Überlegungen.

### 1. Anwendung von UN-Kaufrecht

- 82 Am 17.12.2009 ist die sogenannte Rom-I-Verordnung [VO (EG) 593/2008] in Kraft getreten, welche das Internationale Privatrecht in Bezug auf vertragliche Schuldverhältnisse EU-weit einheitlich regelt und unmittelbare Geltung besitzt, Art. 288 AEUV. Gemäß Art. 3 Nr. 1b) EGBGB geht die Rom-I-Verordnung dem nationalen Kollisionsrecht, das

186 § 357 Abs. 6 S. 1; bei unterlassener Information nach den Anforderungen des Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EGBGB ist eine solche Kostentragung des Verbrauchers unwirksam.

187 Central Processing Unit (Zentraleinheit des Rechners).

188 §§ 27, 69c Nr. 3 UrhG.

189 §§ 357 Abs. 6 S. 1 BGB i. V.m. Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 EGBGB.

190 § 69d Abs. 2 UrhG.

191 §§ 69d Abs. 1, 69e UrhG.

im 2. Kapitel des EGBGB geregelt ist vor. Gem. Art. 3 Nr. 2 gilt dies auch für völkerrechtliche Vereinbarungen, sofern diese unmittelbar anwendbares innerstaatliches Recht geworden sind. Als eine solche Vereinbarung kommt insbesondere das sogenannte UN-Kaufrecht (Convention on the International Sale of Goods – CISG)<sup>192</sup> in Betracht.

Sachlich kommt das UN-Kaufrecht zum Tragen, wenn Waren im gewerblichen Kontext verkauft werden.<sup>193</sup> Waren sind gem. der Legaldefinition in § 241a Abs. 1 BGB alle beweglichen Sachen. Bei Computerprogrammen ist im Hinblick auf deren mangelnde Körperlichkeit dahingehend zu differenzieren, worin jeweils der Schwerpunkt des Vertrages liegt. Auf den Verkauf von Standardsoftware wird das Übereinkommen zumindest entsprechend angewendet, unabhängig davon, ob sie per Datenträger oder Datenfernübertragung geliefert wird.<sup>194</sup> Nicht erfasst sind Datenbankverträge, da es sich hierbei meist nicht um Kaufverträge handelt.

Neben dieser sachlichen Zuständigkeit muss der örtliche Anwendungsbereich eröffnet sein. Art. 1 Abs. 1 CISG erfordert, dass die Kaufvertragsparteien ihre Niederlassung in verschiedenen Staaten haben, also ein grenzüberschreitender Kauf vorliegt. Zudem muss der Kauf eine Verbindung zu mindestens einem Vertragsstaat aufweisen. Dies ist der Fall, wenn die Parteien die Niederlassung in verschiedenen Vertragsstaaten haben (Art. 1 Abs. 1a CISG) oder die Regeln des IPR zur Anwendung des Rechts eines Vertragsstaats führen (Art. 1 Abs. 1b CISG). Da mit Ausnahme von Großbritannien alle wichtigen Nationen<sup>195</sup> Vertragsmitglieder sind, wird der räumliche Anwendungsbereich bei vielen über das Internet geschlossenen Warenkaufverträgen eröffnet sein. Zwar erlaubt Art. 6 CISG, von den Regeln der CISG abzuweichen, bzw. ein nationales Recht als Vertragsstatut zu bestimmen. Liegt jedoch eine Rechtswahl zugunsten eines Staates vor, der Vertragsmitglied ist, so ist grundsätzlich davon auszugehen, dass diese Rechtswahl das gesamte Recht, und damit auch die zu innerstaatlichem Recht gewordene CISG umfasst. Soll also zum Beispiel deutsches materielles Recht auf den Vertrag anwendbar sein, so hat die Rechtswahl unter eindeutigem Ausschluss des UN-Kaufrechts zu erfolgen.

### 2. Rom I-VO

Das EVÜ (Übereinkommen über vertragliche Schuldverhältnisse), das zuvor das gemeinschaftsrechtliche Kollisionsrecht im Bereich der Schuldverträge regelte, wurde durch die Rom-I-VO fast gänzlich abgelöst, vgl. Art. 24 Abs. 1 Rom-I-VO. Allein Dänemark beteiligt sich nicht an der Rom-I-VO, so dass sie dort nicht anwendbar ist.<sup>196</sup> Demzufolge ist in diesem Bereich weiter das EVÜ anwendbar.<sup>197</sup> Die Rom-I-VO ist wie zuvor das EVÜ eine Universalordnung für grenzüberschreitende Vertragsbeziehungen.

Ist das UN-Kaufrecht nicht einschlägig, so bestimmt sich das Vertragsstatut nach den Art. 3, 4 Rom I-VO. Wegen der in Art. 6 Rom I-VO normierten vorrangigen Regelung für Verbraucherverträge sind vom praktischen Anwendungsbereich der Art. 3, 4 Rom I-VO primär Internettransaktionen erfasst, an denen auf beiden Seiten Freiberufler oder gewerblich Tätige beteiligt sind. Nach Art. 3 Abs. 1 S. 1 Rom I-VO unterliegt ein solcher Vertrag dabei vorrangig dem von den Parteien gewählten Recht. Die freie **Rechtswahl** ist also auch im Rahmen des Art. 3 I Rom-I-VO zulässig. Die Privatautonomie wird lediglich für den Bereich des internationalen Verbrauchervertragsrechts gem. Art. 6 Abs. 2 Rom I-VO eingeschränkt, welcher gewährleistet, dass bestimmte zwingende Verbraucherschutz-

192 Wiener UN-Übereinkommen über Verträge über den Internationalen Warenkauf, BGBl. 1989 II 586, 588.

193 MüKoHGB/Mankowski, 4. Aufl. 2018, CISG Art. 1 Rn. 24; Piltz NJW 2007, 2159 (2160).

194 Siehe Diedrich RIW 1993, 441 (452); Mankowski CR 1999, 581 (586); Schlechtriem/Schwenzer/Schroeter/Ferrari, 7. Aufl. 2019, CISG Art. 1 Rn. 38.

195 Derzeitige Mitgliedstaaten: <https://www.cisg.law.pace.edu/cisg/countries/cntries.html> (zuletzt abgerufen am 18.6.2020).

196 S. Erwägungsgrund 46 zur VO (EG) 593/2008.

197 BeckOK BGB/Spickhoff VO (EG) 593/2008 Art. 24 Rn. 2.

vorschriften des Aufenthaltsstaates des Verbrauchers nicht durch eine Rechtswahl umgangen werden können. Eine solche Rechtswahlklausel kann auch in AGB vereinbart werden,<sup>198</sup> allerdings jedenfalls im elektronischen Geschäftsverkehr nicht gegenüber Verbrauchern.<sup>199</sup> Die Rechtswahl kann gem. Art. 3 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO auch konkludent erfolgen. Ein (widerlegbares) Indiz für eine solche konkludente Vereinbarung soll insb. bei Festlegung eines einheitlich ausschließlichen Gerichts- oder Schiedsstandes vorliegen, nicht aber bei bloß formularmäßigen Gerichtsstandsvermerken.<sup>200</sup>

- 85 In Ermangelung einer Rechtswahlvereinbarung gilt als Hauptanknüpfungspunkt im Internationalen Vertragsrecht die **charakteristische Leistung**. Diese Anknüpfungsregel kommt in **Art. 4 Abs. 2 Rom-I-VO** zum Ausdruck und findet Anwendung, sofern kein besonderer Vertrag nach Art. 4 Abs. 1 oder Art. 5–8 Rom I-VO vorliegt. Hervorzuheben ist etwa die Regelung in Art. 4 Abs. 1 lit. a Rom I-VO zu Kaufverträgen über bewegliche Sachen. Hierbei ist insb. zu beachten, dass die Regelungen des CISG gem. Art. 25 Rom I-VO vorrangig Anwendung finden,<sup>201</sup> es sei denn dessen Geltung wurde durch Parteivereinbarung nach Art. 6 CISG ausgeschlossen.<sup>202</sup> Der Begriff der beweglichen Sache ist kollisionsrechtlich-autonom auszulegen, wobei insb. die Einordnung von Software umstritten ist.<sup>203</sup> Anknüpfungspunkt für die Auffangregel des Art. 4 Abs. 2 Rom-I-VO ist dabei der gewöhnliche Aufenthalt des Marketers, also der absetzenden Person. Bei Unternehmen findet für die Bestimmung des gewöhnlichen Aufenthalts Art. 19 Rom-I-VO Anwendung, der bei juristischen Personen auf den Sitz der Hauptverwaltung und bei natürlichen Personen, die im Rahmen der Ausübung ihrer beruflichen Tätigkeit handeln, auf den Ort der Hauptniederlassung abstellt.
- 86 Bezüglich der Verpflichtungsverträge über Rechte an geistigem Eigentum oder gewerblichen Schutzrechten – **Immaterialgüterrechte** – enthielt **Art. 4 I lit. f Rom I-E** die Außerkraftsetzung der Geltung des **Schutzlandprinzips**, wodurch die bestehenden Unsicherheiten bei grenzüberschreitenden Lizenz- und Urheberrechtsübertragungsverträgen umgangen werden sollten.<sup>204</sup> Wegen der gegen diese Entwurfsregelung geäußerten Kritik wurde sie jedoch wieder gestrichen,<sup>205</sup> so dass es bei den hergebrachten Grundsätzen bleibt. Bedeutend ist in diesem Zusammenhang vor allem die Trennung von Verpflichtungs- und Verfügungsgeschäft im Hinblick auf Immaterialgüterrechtsverträge. Während für Verfügungsgeschäfte das Schutzlandprinzip nach Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO Anwendung findet, ist die Anknüpfung für Verpflichtungsgeschäfte umstritten, obwohl die wohl h. M. hier auf Art. 4 Abs. 2 Rom I-VO abstellt.<sup>206</sup>
- 87 Die **Rom-II-VO** bestimmt das anzuwendende Recht für alle außervertraglichen zivil- und handelsrechtlichen Schuldverhältnisse, die eine Verbindung zum Recht verschiedener Staaten aufweisen, vgl. Art. 1 Abs. 1 S. 1 Rom II-VO. Sie geht in ihrem Anwendungsbereich dem deutschen IPR vor.
- Die Rom-II-VO wird bei zivil- und handelsrechtlichen Rechtsverhältnissen im Gegensatz zum EVÜ und zur Rom-I-VO immer dann angewendet, wenn keine freiwillige Parteiverpflichtung gegenüber der anderen Partei eingegangen worden ist.<sup>207</sup>
- 88 Eine **Rechtswahl** ist gem. **Art. 14 Rom-II-VO** für den Bereich der außervertraglichen Schuldverhältnisse nach Eintritt des schadensbegründenden Ereignisses, also in

198 OLG Brandenburg NJW-RR 2012, 535; OLG Hamm TranspR 2011, 181 m. Anm. Pünder; MüKoBGB/Martiny, 7. Aufl. 2018, Rom I-VO Art. 3 Rn. 42.

199 EuGH MMR 2016, 808.

200 Vgl. Erwägungsgrund 12 der Rom I-VO; BGH WM 1964, 1023; MüKoBGB/Martiny, 7. Aufl. 2018, Rom I-VO Art. 3 Rn. 48 m. w. N.

201 BGBl. 1989 II S. 588; ber. BGBl. 1990 II S. 1699.

202 BeckOGK/Köhler, Stand 1.2.2020, Rom I-VO Art. 4 Rn. 59.

203 S. BeckOGK/Köhler, Stand 1.2.2020, Rom I-VO Art. 4 Rn. 70 m. w. N.

204 Mankowski IPRax 2006, 101 (104).

205 S. dazu m. w. N. Martiny in MüKoBGB, Art. 4 Rom I-VO Rn. 7, 17.

206 MüKoBGB/Martiny, 7. Aufl. 2018, Rom I-VO Art. 4 Rn. 245 m. w. N.

207 Huber/Bach IPRax 2005, 73 (74).

der Regel nach Eintritt der Verletzungshandlung möglich. Sofern alle Parteien einer kommerziellen Tätigkeit nachgehen, soll sie auch schon vor der Schädigungshandlung möglich sein, Art. 14 Abs. 1 lit. b). Allerdings muss die anfängliche Rechtswahlvereinbarung der Vorschrift zufolge frei ausgehandelt sein, sodass die in der Praxis wohl bedeutsamste Form der Vereinbarung in AGB ausgeschlossen erscheint. Dem wird in der Literatur entgegengehalten, dass zur Vermeidung einer Aushöhlung der Rechtswahlmöglichkeit zumindest im internationalen Handelsverkehr davon auszugehen sei, dass auch AGB frei ausgehandelt sein könnten und jeweils eine Beurteilung des Einzelfalls stattfinden müsse.<sup>208</sup>

Die **Kollisionsnormen** der **Rom-II-VO** lassen sich grundlegend in solche für unerlaubte Handlungen (Art. 3–9 Rom-II-VO) und solche für Bereicherungsrecht, GoA und Verschulden bei Vertragsverhandlungen (Art. 10–13 Rom-II-VO) einteilen. Die zentrale Kollisionsnorm für unerlaubte Handlungen ist Art. 4 Rom-II-VO. Angeknüpft wird an die „lex loci delicti commissi“. Abweichend davon regeln die Art. 5 bis 9 Rom-II-VO die Anknüpfung in Spezialbereichen für bestimmte Deliktsarten. Für das Internetrecht virulent sind: Art. 5 Rom-II-VO für die Produkthaftung – generelle Anknüpfung an das Recht am gewöhnlichen Aufenthaltsort des Geschädigten, das Recht des Staates, in dem das Produkt erworben wurde oder in dem der Schaden eingetreten ist –; Art. 6 Rom II-VO für Handlungen des unlauteren Wettbewerbs – bei grenzüberschreitenden Wettbewerbsbehandlungen wird an das Recht des Marktortes angeknüpft –; Art. 8 I Rom-II-VO, der die Anknüpfung bei Verletzungen der Rechte geistigen Eigentums, der Immaterialgüterrechte (d. h. Urheberrechte, verwandte Schutzrechte, Datenbankschutzrecht, gewerbliche Schutzrechte) regelt – Anknüpfung an die lex loci protectionis. Im Bereich der gesetzlichen Schuldverhältnisse sind für das Internetrecht insbesondere Art. 10 Rom-II-VO für den Bereich der ungerechtfertigten Bereicherung und Art. 11 Rom-II-VO für den Bereich der GoA – Grundsatz: akzessorische Anknüpfung an ein bestehendes Rechtsverhältnis, falls nicht möglich: an den gemeinsamen gewöhnlichen Aufenthalt, spezielle aber nachrangige Anknüpfungspunkte: Ort des Eintritts der Bereicherung bzw. Ort der Geschäftsführung – von Bedeutung.

Besondere Beachtung muss Art. 8 I Rom-II-VO als Kollisionsregel für die Verletzung geistigen Eigentums geschenkt werden. Angeknüpft wird zur Gewährleistung der Unabhängigkeit der Rechte, die ihr Inhaber in jedem Land genießt, bezüglich streitiger Urheberrechte im Sinne des Schutzlandprinzips an die lex loci protectionis. Aufgrund der Abhängigkeit der Immaterialgüterrechte von der Geltung und Anerkennung in der jeweiligen Rechtsordnung trägt das Schutzlandprinzip den Territorialitätsgedanken in sich.<sup>209</sup> Die Verletzung eines Immaterialgüterrechts ist daher immer durch eine Handlung im Schutzland darzuliegen.<sup>210</sup>

Im Bereich grenzüberschreitender unerlaubter Handlungen im Internet ist die Anknüpfung aufgrund des auseinanderfallenden Handlungs- oder Erfolgsorts zu diskutieren.<sup>211</sup>

### 3. Das Haager Übereinkommen (HGÜ)

Wurde zwischen den Parteien eine Gerichtsstandsvereinbarung getroffen, kommt auf internationaler Ebene die Anwendbarkeit des „Haager Übereinkommens über Gerichtsstandsvereinbarungen“ in Betracht.<sup>212</sup> Hier ist zu beachten, dass das Abkommen nur im Rahmen von B2B-Vereinbarungen anwendbar ist. Aus dem Anwendungsbereich des HGÜ von vorneherein ausgenommen sind sowohl Vereinbarungen mit oder zwischen Verbrauchern sowie Arbeitsverträge, Art. 2 Abs. 1 HGÜ.

208 Bach in Spindler/Schuster Rom II Art. 14 Rn. 6 m. w. N.

209 Obergfell, IPRax 2005, 9 (11); Bach in Spindler/Schuster Rom II Art. 8 Rn. 1.

210 EuGH GRUR 2006, 50 Rn. 46 – Lagardère; GRUR Int 1994, 614 Rn. 22 – Ideal Standard II; BGH GRUR 2012, 1263 – Clinique happy; GRUR 2011, 1112 Rn. 22 – Schreibgeräte.

211 Huber/Bach IPRax 2005, 73 (76).

212 Text des Übereinkommens unter <https://assets.hcch.net/docs/7fbc357-e182-45dd-a43a-64c60317dadc.pdf> (zuletzt abgerufen am 18.6.2020).

Weitere Voraussetzung ist das Vorliegen einer vertraglichen Gerichtsstandsvereinbarung in Zivil- oder Handelssachen. Diese Vereinbarung muss die ausschließliche Zuständigkeit des vereinbarten Gerichtsstandes i. S. v. Art. 3 HGÜ vorsehen. Die formellen Anforderungen an eine solche Gerichtsstandsvereinbarung sind allerdings nur gering. Gem. Art. 3 lit. c) (i) u. (ii) HGÜ genügt hierfür schon jede in Schriftform oder durch jedes andere Kommunikationsmittel dokumentierte oder niedergelegte Vereinbarung, wobei die anderen Kommunikationsmittel einen späteren Zugriff auf die Information ermöglichen müssen. Ausreichend können damit auch Vereinbarungen sein, die per E-Mail oder Fax getroffen worden sind.<sup>213</sup>

92 Im Bereich des Immaterialgüterrechts sind jedoch einige Bereichsausnahmen, die im Rahmen von Art. 2 HGÜ vorgenommen werden, zu beachten. Das Abkommen unterscheidet an dieser Stelle zwischen Urheberrechten und verwandten Schutzrechten auf der einen und den gewerblichen Schutzrechten auf der anderen Seite. Während das HGÜ bei Vorliegen einer entsprechenden Gerichtsstandsvereinbarung auf alle Klagen im Bereich des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte anwendbar ist, gelten für den Bereich der gewerblichen Schutzrechte zwei wesentliche Ausnahmen. So sind Bestandsklagen, d. h. Klagen, die die Frage der Wirksamkeit eines gewerblichen Schutzrechtes betreffen, von vornherein aus dem Anwendungsbereich des HGÜ ausgenommen, vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. n). Diese Bereichsausnahme soll Souveränitätskonflikte zwischen den Mitgliedsstaaten verhindern, welche durch eine Überprüfung rechtsbegründender Registrierungsakte durch ausländische Gerichte entstehen könnten.<sup>214</sup> Die Wirksamkeit staatlicher Hoheitsakte soll nicht Gegenstand von Urteilen ausländischer Gerichte werden. So soll z. B. ein solches Gericht nicht über die Wirksamkeit der Eintragung einer deutschen Marke entscheiden können. Diese Bereichsausnahme gilt allerdings auch für solche Bestandsklagen, die die Wirksamkeit nicht eintragungspflichtiger gewerblicher Schutzrechte zum Gegenstand hat.<sup>215</sup> Eine weitere Ausnahme für den Bereich der gewerblichen Schutzrechte ist im Rahmen des Art. 2 Abs. 2 lit. o) HGÜ für bestimmte Verletzungsverfahren festgelegt. Verletzungsverfahren sind im Gegensatz zu Bestandsklagen solche Klagen, die nicht die Wirksamkeit, sondern die Verletzung eines Rechts zum Gegenstand haben. In solchen Verletzungsverfahren ist das HGÜ nur anwendbar, wenn die Verletzung des gewerblichen Schutzrechtes auch als Vertragsverletzung geltend gemacht wird. Damit sind nicht-vertragliche Ansprüche in Bezug auf gewerbliche Schutzrechte nicht generell aus dem Anwendungsbereich des HGÜ ausgenommen. Eine solche Regelung würde dem Kläger auch unnötige Umstände bereiten, da vertragliche und nicht-vertragliche Ansprüche oftmals in demselben Verfahren geltend gemacht werden.<sup>216</sup> Entscheidend ist, ob die nicht-vertraglichen Ansprüche eine gewisse Sachnähe zu den vertraglichen Ansprüchen aufweisen.<sup>217</sup> In Bezug auf den Bereich der Urheberrechte und verwandten Leistungsschutzrechte gelten die beschriebenen Bereichsausnahmen nicht. Hier ist das HGÜ im Falle des Vorliegens einer entsprechenden Gerichtsstandsvereinbarung sowohl auf Bestands- als auch auf Verletzungsverfahren anwendbar.

93 Inhaltlich bestimmt das HGÜ, dass eine den Voraussetzungen des Abkommens entsprechende Parteivereinbarung von den Gerichten der jeweiligen Mitgliedstaaten befolgt werden muss. Das beinhaltet zunächst, dass das in der Vereinbarung bestimmte Gericht seine Zuständigkeit nicht – auch nicht mit Hinweis auf das angloamerikanische „forum non conveniens“-Prinzip – ablehnen darf, Art. 5 HGÜ. Ebenso wenig darf ein gemäß der Parteivereinbarung nicht zuständiges Gericht die Klage zur Entscheidung annehmen, Art. 6 HGÜ. Etwas anderes gilt nur in den im Abkommen bezeichneten Ausnahmen. So z. B.

213 Dogauchi/Hartley, Preliminary document No. 26 of December 2004, Anm. 78.

214 Luginbühl/Wollgast GRUR Int. 2006, 208 (211).

215 Hierzu eingehend: Luginbühl/Wollgast, GRUR Int. 2006, 208 (210 f.).

216 Luginbühl/Wollgast GRUR Int. 2006, 208 (212).

217 Vgl. zur gesamten Problematik wiederum Luginbühl/Wollgast GRUR Int. 2006, 208 (212), die zur Veranschaulichung den Begriff „vertragsnahe“ – „nicht-vertragliche Ansprüche“ verwenden.

dann, wenn die Parteivereinbarung nach dem anzuwendenden Recht des betreffenden Staates ungültig ist, Art. 5 Abs. 1, Art. 6 lit. a) HGÜ. Außerdem bestimmt das HGÜ, dass andere Gerichte die Urteile des durch die Parteivereinbarung ergangenen Gerichts – von bestimmten Ausnahmefällen abgesehen – ohne erneute Überprüfung in der Sache anerkennen und durchsetzen müssen, Art. 8 HGÜ.

#### 4. Sonderanknüpfungen

Die Bestimmung des Vertragsstatuts nach Art. 3 und 4 Rom I-VO wird durch den speziellen Vorbehalt des Art. 9 Rom I-VO zugunsten der Anwendung von Eingriffsnormen des Rechts des angerufenen Gerichts eingeschränkt. Eingriffsnorm in diesem Sinne ist nach der Legaldefinition des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO eine zwingende Vorschrift, deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insb. seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe dieser Verordnung auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist, die in ihren Anwendungsbereich fallen. Maßgebliches Kriterium für die Einordnung als Eingriffsnorm ist also der Schutzzweck der Norm, der dem öffentlichen Interesse dienen muss. Die Rechtsprechung hat sich bislang noch nicht dazu positionieren müssen, ob das öffentliche Interesse Hauptschutzziel der Norm sein muss oder ob es ausreicht, dass der öffentliche Schutzzweck jedenfalls nicht vollständig hinter dem Schutz von Individualinteressen zurücktritt.<sup>218</sup> Anwendbar bleiben aufgrund des Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO folglich insb. Gesetze des Kartell- und Außenwirtschaftsrechts, des Produktpirateriegesetzes, sowie des Datenschutz- und Steuerrechts.<sup>219</sup>

Noch begrenzter ist der Anwendungsbereich des ordre public gem. Art. 21 Rom I-VO.<sup>95</sup> Demnach kann die Anwendung einer nach der Rom I-VO bestimmten Rechtsordnung versagt werden, wenn sie mit der öffentlichen Ordnung des Forumstaates offensichtlich unvereinbar ist. Die Vorschrift stellt die letzte Ebene der Kontrollmechanismen dar, bei denen eine Kollisionsverweisung unter einen Ordnungsvorbehalt gestellt wird. Als Ausnahmevorschrift ist sie daher eng auszulegen und kommt erst dann zur Anwendung, wenn das an sich maßgebliche ausländische Recht den Kernbestand der inländischen Rechtsordnung antasten würde.<sup>220</sup>

## VI. Business to Consumer Verträge

### 1. Anwendbares Recht

Eine besondere Rolle bei der Nutzung des Internets spielen Verbraucherschutzfragen im Rahmen der Geschäftsbeziehungen zwischen Unternehmern und Verbrauchern (Business to Consumer – B2C). Der Internet-Handel hat, gefördert durch intensive Gesetzgebung und Rechtsprechung, in den vergangenen Jahren kontinuierlich an Bedeutung gewonnen und ist inzwischen aus dem Geschäftsalltag nicht mehr wegzudenken.<sup>96</sup>

#### a) Kollisionsrechtliche Einordnung von Verbraucherverträgen

Auch bei Verbraucherverträgen ist zunächst das anwendbare materielle Recht zu bestimmen. Das UN-Kaufrecht ist gemäß Art. 2 lit. a CISG nicht anwendbar, sofern das Konsumentengeschäft für den Verkäufer als solches erkennbar ist. An der Erkennbarkeit kann es

218 Die Einordnung des § 3 EFZG als Eingriffsnorm durch das BAG, weil die Norm „nicht nur Individualinteressen der Arbeitnehmer, sondern auch ganz wesentlich der Entlastung der gesetzlichen Krankenkassen und damit gesamtgesellschaftlichen Interessen [diene]“, deutet jedoch auf eine weite Auslegung von Art. 9 Abs. 1 Rom I-VO hin, vgl. BAGE 100, 130. Verbraucherprivatrecht ist indes kein Eingriffsnorm, vgl. BGH NJW 2006, 76.

219 Zu möglichen Eingriffsnormen im Medienrecht s. Bach in Spindler/Schuster Rom I Art. 9 Rn. 11.

220 BGH NJW 2010, 153 Rn. 22 ff.; NJW 1998, 2358 (2358); NJW 1992, 3096 (3101).

jedoch fehlen, wenn ein Angestellter eine Bestellung über die E-Mail-Adresse seines Unternehmens vornimmt, die Leistung jedoch für seinen privaten Bedarf bestimmt ist. Das **europäische Verbrauchervertragsrecht** wird in **Art. 6 Rom I-VO** geregelt. Danach gilt bei Verbraucherverträgen bei Nichtvorliegen einer Rechtswahlvereinbarung das Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. In diesem Zusammenhang ergeben sich bei Vertragsschlüssen im Internet weder Probleme noch Besonderheiten.

Der **sachliche Anwendungsbereich** erfasst grundsätzlich alle Arten von Verbraucherverträgen und Vertragstypen, jedoch gibt es in den Art. 5 und 7 Rom-I-VO Sonderregeln für Beförderungs- und Versicherungsverträge. Darüber hinaus ist die Einschränkung des Anwendungsbereichs in Art. 6 Abs. 3 Rom-I-VO sowie der Ausnahmekatalog des Art. 6 Abs. 4 Rom I-VO zu beachten.

Der **persönliche Anwendungsbereich** umfasst ausschließlich das Verhältnis B2C, somit die typische Konstellation des Vertrags zwischen Unternehmer und Verbraucher. Für die Verbrauchereigenschaft darf der Vertragszweck also nicht der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Kunden zugerechnet werden können. Grenzüberschreitende Kaufverträge innerhalb der EU über ebay werden folglich nur erfasst, wenn der Verkäufer ein Unternehmer ist und der Käufer ein Verbraucher. Die häufige Vertragskonstellation des Kaufs unter Privatleuten fällt daher nicht unter Art. 6 I Rom-I-VO.

- 98 Der **räumliche** bzw. **situative** Anwendungsbereich setzt entweder das Ausüben einer beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit in dem Aufenthaltsstaat des Verbrauchers (Art. 6 Abs. 1 lit. a Rom I-VO) oder die in irgendeiner Weise erfolgende Ausrichtung der unternehmerischen Tätigkeit auf den Aufenthaltsstaat des Verbrauchers (Art. 6 Abs. 1 lit. b Rom I-VO) voraus. Relevanz erlangt dies vor allem im Rahmen der cross-border Situation vieler elektronischer Rechtsgeschäfte. Maßgeblich ist allein die Ausrichtung der Tätigkeit, unabhängig vom verwendeten Medium oder dem Ort des Vertragsschlusses.<sup>221</sup> Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang, dass Internetangebote oft nicht speziell auf ein bestimmtes Staatsgebiet ausgerichtet, sondern an die ganze Welt adressiert sind. Auch in solchen Situationen gilt die Ansprache jedoch zumindest auch als individuell an den Aufenthaltsstaat des Verbrauchers gerichtet – vor dem Hintergrund des Normzwecks wäre es widersprüchlich, wenn sich der Anbieter die Internationalität des Mediums nicht zurechnen lassen müsste. Das Risiko, einer Vielzahl von Rechtsordnungen unterworfen zu sein (Overspill-Risiko) muss derjenige tragen, der sich eines transnationalen Mediums bedient. Daher genügt es für die Anwendbarkeit des Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO, dass die Internetangebote zumindest auch auf den Aufenthaltsstaat des Verbrauchers abzielen.

Im Übrigen ist die besondere Formvorschrift des Art. 11 Abs. 4 Rom I-VO zu beachten, die hinsichtlich der Formerfordernisse, die an den jeweiligen Verbrauchervertrag zu stellen sind, ebenfalls auf das Recht des Aufenthaltsstaates des Verbrauchers abstellt.

- 99 Entscheidend ist gerade im elektronischen Geschäftsverkehr häufig das Kriterium des „Ausrichtens“ auf den Aufenthaltsstaat des Verbrauchers. Eine Auslegungshilfe bietet dabei Erwägungsgrund 24 der Rom-I-VO, der eine einheitliche Auslegung insb. mit Art. 17 Abs. 1 lit. c EuGVVO vorsieht. Der Unternehmer muss seine Tätigkeiten nicht nur auf den Mitgliedstaat, in dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, ausrichten, vielmehr muss im Rahmen dieser Tätigkeiten auch ein Vertrag geschlossen worden sein. Die Zugänglichkeit einer Website allein reicht dafür nicht aus; erforderlich ist, dass die Website auch den Vertragsabschluss im Fernabsatz anbietet und dass tatsächlich ein Vertragsabschluss im Fernabsatz erfolgt ist, mit welchem Mittel auch immer. Dabei sind auf einer Website die benutzte Sprache oder die Währung nicht entscheidend.<sup>222</sup> Zudem hat der BGH entschieden, dass das „Ausrichten“ bei einem elektronischen Vertragsschluss die Verwendung einer interaktiven Website voraussetzt, bei der der Verbraucher die von ihm gewünschten Leistungen be-

221 Pfeiffer EuZW 2008, 622 (627).

222 Erwägungsgrund 24 der Rom-I-VO.

stellt. Die Zugänglichkeit einer nur passiven Website soll dagegen nicht ausreichend sein.<sup>223</sup> Zweck des Begriffs des „Ausrichtens“ sei gerade die Erfassung sowohl der gezielt auf den Wohnsitzstaat des jeweiligen Verbrauchers gerichteten Werbung als auch des elektronischen Handels über das Internet, bei dem ein Vertragsschluss ausschließlich auf elektronischem Wege zustande kommt. Der BGH betont in diesem Zusammenhang auch, dass es darauf ankomme, wo zumindest die Motivation zum Vertragsschluss stattgefunden hat, selbst wenn der eigentliche Vertragsschluss dann in einem anderen Staat erfolgt.<sup>224</sup> Ein „Ausrichten“ der Tätigkeit auf den Aufenthaltsstaat liegt somit insbesondere im Falle der Werbung im Staat des Verbrauchers vor.<sup>225</sup>

Nach Ansicht des EuGH können eine ganze Reihe von Anhaltspunkten (nicht erschöpfend) für ein „Ausrichten“ sprechen. Zunächst müsse bei Tätigkeiten von Gewerbetreibenden auf Websites geprüft werden, „ob vor einem möglichen Vertragsschluss mit dem Verbraucher aus diesen Websites und der gesamten Tätigkeit des Gewerbetreibenden hervorgeht, dass dieser mit Verbrauchern, die in einem oder mehreren Mitgliedstaaten, darunter dem Wohnsitzmitgliedstaat des Verbrauchers, wohnhaft sind, in dem Sinne Geschäfte zu tätigen beabsichtigte, dass er zu einem Vertragsschluss mit ihnen bereit war.“<sup>226</sup> Anhaltspunkte für ein Ausrichten der Tätigkeit sind dann „der internationale Charakter der Tätigkeit, die Angabe von Anfahrtsbeschreibungen von anderen Mitgliedstaaten aus zu dem Ort, an dem der Gewerbetreibende niedergelassen ist, die Verwendung einer anderen Sprache oder Währung als der in dem Mitgliedstaat der Niederlassung des Gewerbetreibenden üblicherweise verwendeten Sprache oder Währung mit der Möglichkeit der Buchung und Buchungsbestätigung in dieser anderen Sprache, die Angabe von Telefonnummern mit internationaler Vorwahl, die Tätigkeit von Ausgaben für einen Internet-Referenzierungsdienst, um in anderen Mitgliedstaaten wohnhaften Verbrauchern den Zugang zur Website des Gewerbetreibenden oder seines Vermittlers zu erleichtern, die Verwendung eines anderen Domainnamens oberster Stufe als desjenigen des Mitgliedstaats der Niederlassung des Gewerbetreibenden und die Erwähnung einer internationalen Kundschaft, die sich aus in verschiedenen Mitgliedstaaten wohnhaften Kunden zusammensetzt.“<sup>227</sup>

Schließlich bestätigt auch der EuGH, dass die bloße Zugänglichkeit der Website des Gewerbetreibenden oder seines Vermittlers in dem Wohnsitzmitgliedstaat des Verbrauchers für ein „Ausrichten“ nicht ausreichend ist. Das gleiche soll zudem gelten „für die Angabe einer elektronischen Adresse oder anderer Adressdaten oder die Verwendung einer Sprache oder Währung, die in dem Mitgliedstaat der Niederlassung des Gewerbetreibenden die üblicherweise verwendete Sprache und/oder Währung sind.“<sup>228</sup> Damit hält sich der EuGH im Rahmen der Vorgaben des Erwägungsgrundes 24 S. 3 Rom-I-VO.

Eine **Rechtswahl** ist neben den allgemeinen Regeln des Art. 3 Abs. 1 Rom I-VO auch bei Verbraucherverträgen zulässig und bei der Bestimmung des anwendbaren Rechts primär zu berücksichtigen. Zum Schutz des Verbrauchers darf gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 2 Rom-I-VO diese Rechtswahl jedoch nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der Schutz entzogen wird, den ihm die zwingenden Bestimmungen des Staates gewähren, in dem er seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Auch bei Vereinbarung ausländischen Rechts steht einem deutschen Verbraucher daher bei elektronischen Bestellungen der Schutz zu.<sup>229</sup>

Ergänzend zum Verbraucherschutz aus Art. 6 Rom I-VO regelt Art. 46b EGBGB den Verbraucherschutz für besondere Gebiete, die durch Rechtswahl von den Vertragsparteien gewählt wurden. Art. 46b EGBGB ist im Anschluss an die Vorschrift des Art. 6 Rom-I-

223 BGH MMR 2009, 42.

224 BGH MMR 2009, 42 (43).

225 Bach in Spindler/Schuster Rom I Art. 6 Rn. 16.

226 EuGH MMR 2011, 132.

227 EuGH MMR 2011, 132 (137).

228 EuGH MMR 2011, 132 (137).

229 Vgl. auch den geforderten Mindeststandard in der Richtlinie 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher.

VO zu prüfen, und zwar unabhängig davon, ob der Anwendungsbereich des Art. 6 Rom-I-VO eröffnet ist, vgl. auch Art. 23 Rom-I-VO. Der Rückgriff auf Art. 46b EGBGB ist nur dann versperrt, wenn Art. 6 Abs. 2 Rom-I-VO das vereinbarte Drittstaatenrecht als das im Vergleich zum Aufenthaltsstaat günstigere Recht zur Anwendung bringt. Art. 46b EGBGB kommt insoweit gegenüber Art. 6 Rom I-VO eine Annexfunktion zu.<sup>230</sup> Folglich ist er nur anwendbar, wenn Art. 6 Rom I-VO tatbestandlich nicht anwendbar ist oder zur Anwendung des für den Verbraucher ungünstigeren Rechts eines Nicht-EU/EWR-Mitgliedstaats führen würde.

Art. 46b EGBGB regelt jedoch allein die Anwendbarkeit solcher Normen, die in Anwendung von Verbraucherschutzrichtlinien ergangen sind. Diese sind in Art. 46b Abs. 3 EGBGB abschließend aufgeführt; diese Liste kann jedoch nach Bedarf vom Gesetzgeber erweitert werden. Zudem ist die Aufzählung dynamisch ausgestaltet: verwiesen wird auf die Sekundärrechtsakte „in ihrer jeweils geltenden Fassung“.

102 Art. 46b EGBGB bezieht sich nur auf solche Sachverhalte, in denen eine Rechtswahl zugunsten des Rechts eines Drittstaates (also nicht EU-/EWR-Staat) vorliegt. Nicht erfasst werden Sachverhalte, für die das Recht eines Drittstaates auf Grund objektiver Anknüpfung maßgeblich ist: Diese kann keine Partei zu ihren Gunsten beeinflussen, ein besonderer Schutz des Verbrauchers ist daher nicht erforderlich.

Art. 46b EGBGB greift demnach ein, wenn:

- der Vertrag kraft subjektiver Anknüpfung (also Rechtswahl) nicht dem Recht eines Mitgliedsstaates oder Vertragsstaates des EWR unterliegt und
- der Vertrag einen engen Zusammenhang „mit dem Gebiet eines dieser Staaten“ aufweist.

Liegen diese Voraussetzungen vor, so hat der Richter im Wege der allseitigen Anknüpfung die „geltenden Bestimmungen zur Umsetzung der Verbraucherschutzrichtlinien“ desjenigen EU- bzw. EWR-Staates anzuwenden, „zu dem der Vertrag einen engen Zusammenhang aufweist“. Die dort geltenden richtlinienspezifischen Sachnormen gelten dann ergänzend zu den Normen des durch Rechtswahl bestimmten Vertragsstatuts.

103 Art. 46b Abs. 2 EGBGB nennt Regelbeispiele für das Vorliegen eines „engen Zusammenhangs“. Um eine Kohärenz zwischen der Rom-I-VO und dem autonomen deutschen Recht zu schaffen, hat sich der Gesetzgeber dabei an Art. 6 Rom-I-VO orientiert.<sup>231</sup> Daher kann insbesondere auf die diesbezüglichen Ausführungen zum Merkmal des „Ausrichtens“ verwiesen werden. Probleme können sich ergeben, wenn auf ein mitgliedstaatliches Recht verwiesen wird, in dem eine Richtlinientransformation bislang unterblieben ist oder ein Sekundärrechtsakt zwar rechtzeitig, aber unzutreffend umgesetzt wurde. Kommt es über Art. 46b Abs. 1 EGBGB zur Anwendung einer solchen richtlinienwidrigen Norm eines Mitgliedsstaates, so ist diese zunächst durch den deutschen Richter mithilfe des dortigen „Methodenkanons“ richtlinienkonform auszulegen.<sup>232</sup> Schlägt eine solche Auslegung fehl, steht dem Verbraucher gegen den säumigen Mitgliedstaat ein Staatshaftungsanspruch zu. Dem Rechtsanwender ist es gemeinschaftsrechtlich verwehrt, die Rechtsfolgenanordnungen in Art. 46b Abs. 1 EGBGB zu beschränken und unter Rückgriff auf Art. 9 Rom-I-VO die deutsche lex fori durchzusetzen.

#### b) Besonderheiten im Versicherungsvertragsrecht

104 Besondere Anknüpfungen finden sich im internationalen Versicherungsvertragsrecht, insbesondere in Art. 7 Rom-I-VO. Dieser regelt die Anknüpfung für Versicherungsverträge über Großrisiken, über Massenrisiken (d. h. Direktversicherungsverträge, die nicht Großrisiken i. S. d. Abs. 2 betreffen) innerhalb der EU (Abs. 1), für Pflichtversicherungsverträge

<sup>230</sup> Ferrari/Kieninger/Mankowski/Staudinger, Internationales Vertragsrecht, 3. Aufl. 2018, EGBGB Art. 46b Rn. 5.

<sup>231</sup> Begr. RegE, BT-Drs. 16/12104, 10; s. auch MüKoBGB/Martiny, 7. Aufl. 2018, EGBGB Art. 46b Rn. 53.

<sup>232</sup> Staudinger RIW 2000, 416 (417).

(Abs. 4) und für Versicherungsverträge, die in mehr als einem Mitgliedstaat belegene Risiken abdecken (Abs. 5). Wie schon die nationale, mittlerweile aufgehobene Vorläufnorm des Art. 7 EGVG erfasst Art. 7 Rom-I-VO nicht Verträge über Rückversicherungen, Art. 7 Abs. 1 S. 2 Rom I-VO. Ebenfalls inhaltlich unverändert gilt bei Großrisiken gem. Art. 7 Abs. 2 Rom-I-VO eine unbeschränkte Rechtswahlmöglichkeit. Für alle Verträge, die nicht durch Art. 7 Rom-I-VO gesondert geregelt werden, gelten die allgemeinen Vorschriften der Art. 3 bis 6 Rom-I-VO. Ein wichtiger Anknüpfungspunkt im Bereich der Versicherungsverträge ist der Staat der Risikobelegenheit. Insofern ist auf Art. 7 Abs. 6 Rom-I-VO zu verweisen, der regelt, auf welche Weise dieser Staat zu bestimmen ist.

#### 2. Anwendung des Verbraucherkreditrechts

Für das E-Business können auch die Bestimmungen des Verbraucherkreditrechts relevant sein. Diese fanden sich bis zum 1.1.2002 im Verbraucherkreditgesetz (VerbrKrG) vom 17.12.1990.<sup>233</sup> Seit der Schuldrechtsreform gelten die Bestimmungen der §§ 491 ff.

Das Verbraucherkreditrecht gilt für

- Darlehensverträge (§ 491 Abs. 1), mit leichten Modifikationen für einen entgeltlichen Zahlungsaufschub oder eine sonstige entgeltliche Finanzierungshilfe (§ 506 Abs. 1) sowie Teilzahlungsgeschäfte (§ 506 Abs. 3)
- zwischen dem Unternehmer (§ 14) als Darlehensgeber und einem Verbraucher (§ 13) als Darlehensnehmer
- sofern das auszuzahlende Darlehen oder der Wert der Finanzierungshilfe 200 EUR übersteigt und die Rückzahlung eine Dauer von 3 Monaten übersteigt (§§ 491 Abs. 2 Nr. 1, 3 506 Abs. 4).

Für das Internet kommen solche Geschäfte nur in zwei Formen in Betracht. Zum einen ist es denkbar, wenn auch selten, Darlehensverträge via E-Mail abzuschließen. Interessanter ist der Abschluss von Teilzahlungsverträgen. In der Tat bieten elektronische Versandhäuser, etwa in Form einer Virtual Mall, auch Teilzahlungskredite an. Würden sie sich dabei lediglich auf den Austausch von E-Mails verlassen, wären solche Vereinbarungen nichtig. Diese Geschäfte bedürfen gem. § 492 Abs. 1 ggf. i. V. m. § 506 Abs. 1 der Schriftform, d. h. nach § 126 Abs. 1 der eigenhändigen Unterschrift beider Parteien. Nach Streichung des § 492 Abs. 1 S. 2 a. F. genügt dieser Formvorschrift neuerdings auch die elektronische Form i. S. d. § 126a, wenn die oben erwähnten Vorgaben für eine digitale Signatur eingehalten werden. Dies beruht auf der Verbraucherkreditrichtlinie (RL 2008/48/EG), in der ein Schriftformerfordernis nicht mehr vorgesehen ist, womit der schon in Art. 9 Abs. 1 E-Commerce-RL enthaltene Zielsetzung Raum gegeben wird, den Abschluss von Verträgen auf elektronischem Wege bei gleichzeitiger Sicherung des Verbraucherschutzes zu ermöglichen.<sup>234</sup> Der Verbraucherschutz wird nicht zuletzt auch durch die vorvertraglichen Informationspflichten des Unternehmers aus § 491a unterstützt.

Eine zentrale Vorschrift hinsichtlich der Formerfordernisse ist zudem der § 507 Abs. 1 S. 2. Hiernach bedarf das Teilzahlungsgeschäft nämlich keiner Schriftform, wenn

- der Verbraucher sein Angebot zum Vertragsabschluss im Fernabsatz auf Grund eines Verkaufsprospekts oder eines anderen vergleichbaren Mediums abgibt,
- darin Barzahlungspreis, Sollzinssatz, effektiver Jahreszins, ein Tilgungsplan anhand beispielhafter Gesamtbeträge sowie die zu stellenden Sicherheiten und Versicherungen ersichtlich sind und
- der Unternehmer dem Verbraucher den Vertragsinhalt spätestens unverzüglich nach Vertragsabschluss in Textform mitteilt.

Nach § 495 Abs. 1 i. V. m. § 355 kann der Verbraucher seine Willenserklärung binnen einer Frist von vierzehn Tagen widerrufen. Damit wird Art. 14 der EU-Verbraucherkredit-

<sup>233</sup> BGBl. I S. 2840.

<sup>234</sup> So auch BeckOK BGB/Möller § 492 Rn. 6.

RL 2008<sup>235</sup> umgesetzt. Das Widerrufsrecht besteht jedoch nicht in den Fällen des § 495 Abs. 2. Gem. § 355 Abs. 2 S. 2 beginnt die Frist frühestens mit dem – formwirksamen! – Vertragsschluss. Bei Abweichungen von der Schriftform oder Fehlen von Pflichtangaben nach Art. 247 §§ 6 und 10–13 EGBGB<sup>236</sup> ist also die Heilung des ursprünglich formnichtigen Vertrags nach § 494 Abs. 2 S. 1 erforderlich, um die Widerrufsfrist in Gang zu setzen.<sup>237</sup> Schließlich ist für den Fristbeginn noch § 356b Abs. 1 relevant, demzufolge die Frist bei schriftlich abzuschließenden Verträgen nicht beginnt, bevor dem Verbraucher eine Vertragsurkunde, sein schriftlicher Antrag oder eine Abschrift davon zur Verfügung gestellt wird. Bei Nichtnachholung der erforderlichen Angaben sieht § 356b Abs. 2 S. 4 nur für den Fall des Immobilier-Verbraucherdarlehensvertrags einen Erlöschenstatbestand des Widerrufsrechts vor. Das Widerrufsrecht erlischt dann spätestens 12 Monate und 14 Tage nach Vertragsschluss bzw. dem in § 356 Abs. 1 genannten Zeitpunkt. Für alle anderen Arten des Verbraucherdarlehens existiert ein solcher Erlöschenstatbestand hingegen nicht, sodass das Unterlassen der notwendigen Pflichtangaben zu der für den Unternehmer ungünstigen Situation eines ewigen Widerrufsrechts des Verbrauchers führt.<sup>238</sup> Dies beruht auf dem vollharmonisierenden Charakter der Verbraucherkredit-RL (vgl. Art. 22), die ein Erlöschen des Widerrufsrechts nicht vorsieht.<sup>239</sup> Als Gestaltungsrecht unterliegt das Widerrufsrecht auch nicht der Verjährung, da gem. § 194 Abs. 1 nur Ansprüche verjähren können. Auch ein Ausschluss des Widerrufsrechts über den für den Rücktritt geltenden § 218 kommt selbst in analoger Anwendung für das Widerrufsrecht nicht in Betracht.<sup>240</sup> Allerdings kann das Widerrufsrecht verwirkt werden.<sup>241</sup> Dies richtet sich nach einer umfassenden Bewertung der Umstände – Umstandsmoment sowie Zeitmoment – im Einzelfall.<sup>242</sup>

Für die Praxis der Erstellung von Verträgen sowie allgemeinen Geschäftsbedingungen zu Verbraucherdarlehensverträgen ist insbesondere auf § 512 hinzuweisen, der in seinem S. 1 die Vorschriften der §§ 491 bis 511, 514 und 515 als zwingend normiert. Zudem hat der Gesetzgeber in § 512 S. 2 auch ein Umgehungsverbot für diese Regelungen vorgesehen, um die Durchsetzung des Verbraucherschutzes zu gewährleisten.

### 3. Fernabsatzverträge

109 Fernabsatzverträge sind gem. § 312c Abs. 1 solche, die zwischen einem Unternehmer und dem Verbraucher ausschließlich unter ausschließlicher Nutzung von Fernkommunikationsmitteln geschlossen werden. Regelungszweck ist der Schutz des Verbrauchers, der im Fernabsatz typischerweise weder die Leistung noch den Vertragspartner physisch zu Gesicht bekommt und infolge dieses Informationsdefizits besonderen Risiken ausgesetzt ist.<sup>243</sup> Nach langer Vorgeschichte wurde die Richtlinie zum Verbraucherschutz im Fernabsatz am 20.5.1997<sup>244</sup> verabschiedet. Am 9.6.2000 wurde daraufhin das deutsche Fernabsatzgesetz<sup>245</sup>

235 Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates.

236 Vgl. zur Bedeutung der einzelnen Anforderungen Begr. RegE, BT-Drs. 17/1394, 19.

237 OLG München NJW 2012, 3584, 3586.

238 Herresthal ZIP 2018, 753 (755).

239 So auch Begr. BRegE, BT-Drs. 17/1394, 20.

240 BGH NJW 2018, 225 Rn. 18; BGH NJW 2015, 1023 Rn. 34.

241 BGH NJW 2018, 1390 Rn. 11; BGH NJW 2016, 3518 Rn. 39; BGH NJW 2016, 3512 Rn. 34f. m. w. N.

242 Vgl. Dawirs NJW 2016, 439 (440f.); MüKoBGB/Schürnbrand/Weber, 8. Aufl. 2019, BGB § 495 Rn. 15 m. w. N.

243 S. zu den Gefahren ausführlich BGH NJW-RR 2004, 1058 (1059) sowie Erwägungsgründe 11, 13 und 14 Fernabsatz-RL.

244 Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. Nr. L 144/19 vom 4.6.1997. Vgl. im Ansatz aber auch schon Richtlinie 1993/13/EWG des Rates vom 5.4.1993 über die missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. Nr. L 95 vom 21.4.1993, 29ff.

245 Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro vom 27.6.2000, BGBl. I S. 897.

verabschiedet, das am 1.7.2001 in Kraft trat. Eine Änderung ist durch das Schuldrechtsmodernisierungsgesetz zum 1.1.2002 erfolgt; hierdurch sind die Vorschriften des Fernabsatzgesetzes in das BGB überführt worden (§§ 312b bis 312d), ohne dass sich größere inhaltliche Änderungen ergaben. Mit dem Gesetz zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht<sup>246</sup> wurden letzte Rechtsunsicherheiten auf diesem Gebiet beseitigt. Eine erneute Änderung hat sich durch die Umsetzung der Verbraucherrechte-RL mit Wirkung vom 13. Juni 2014<sup>247</sup> ergeben.

#### a) Anwendungsbereich

Fernabsatzverträge sind gemäß der Legaldefinition des § 312c Abs. 1 Verträge zwischen 110 Unternehmern und Verbrauchern (§§ 312 Abs. 1, 310 Abs. 3 BGB), die unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln zustande kommen, es sei denn der Vertragsschluss erfolgt nicht in einem für den Fernabsatz organisierten Vertriebssystem. Nach der Änderung des § 13 im Rahmen der Umsetzung der VRRL ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, das überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, d. h. umgekehrt überwiegend privat ist oder gerade auf der Trennlinie von hälftig privat und hälftig gewerblich/selbständig liegt.<sup>248</sup> Das Merkmal „überwiegend“ wurde neu eingefügt und adressiert die Problematik des „dual use“. Die Einstufung des Verkäufers als Privatperson erfolgt nach Indizien, etwa der Lieferanschrift, der Angabe von Geschäftskonten oder der Verwendung der Checkbox „gewerblich“. Auch die Menge und Häufigkeit der Geschäfte sowie die Anzahl an Bewertungen etwa bei einem Online-Auktionshaus fließen in die Bewertung mit ein. Zu berücksichtigen ist zudem auch die Vermutung des § 346 HGB, wonach die Geschäfte eines Kaufmanns typischerweise gewerblich sind.

Für das Vorliegen eines Fernabsatzvertrages müssen nach § 312c Abs. 1 der Unternehmer 111 oder eine in seinem Namen oder Auftrag handelnde Person und der Verbraucher für die Vertragsverhandlungen und den Vertragsschluss ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwenden, es sei denn, dass der Vertragsschluss nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgt. Die Formulierung („es sei denn“) macht deutlich, dass der Unternehmer die Beweislast für das Nichtvorliegen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems trägt.<sup>249</sup> Unter die in § 312c Abs. 2 definierten Fernkommunikationstechniken fallen sowohl traditionelle Vertriebsmethoden wie Katalog- und Versandhandel oder Teleshopping als auch moderne Formen wie Verkauf via E-Mail, SMS oder Social Media, Internetvertrieb und ähnliches. Die Aufzählung in § 312c Abs. 2 ist nicht abschließend. Das Vorliegen eines organisierten Fernabsatzsystems setzt voraus, dass der Unternehmer durch die Ausstattung seines Betriebs mit Personal- und Sachmitteln die organisatorische Grundlage für regelmäßig im Fernabsatz zu tätige Geschäfte gewährleistet.<sup>250</sup> Um den Verbraucherschutz möglichst umfassend umzusetzen, sind die Anforderungen an ein solches Vertriebssystem aber nicht zu hoch anzusetzen.<sup>251</sup> Aus dem Anwendungsbereich fallen hingegen nur solche Geschäfte, bei denen es nur in wenigen, zufälligen Ausnahmefällen zu einer Verwendung von Fernkommunikationsmitteln kommt.<sup>252</sup> So reichen beispielsweise auch bloß telefonisch durch-

246 Gesetz zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberechts vom 29.7.2009, BGBl. I S. 2355.

247 Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20.9.2013, BGBl. I 3642.

248 Beck Jura 2014, 666 (668); zum Verbraucherbegriff s. auch MüKoBGB/Basedow, 8. Aufl. 2019, BGB § 310 Rn. 73 ff.; Spindler in Spindler/Schuster BGB § 13 Rn. 2ff.

249 BGH NJW 2018, 690 (691) Rn. 17; BT-Drs. 17/12637, 50; BeckOK BGB/Martens, 53. Ed. 1.2.2020, BGB § 312c Rn. 30; MüKoBGB/Wendehorst, 8. Aufl. 2019, BGB § 312c Rn. 30.

250 BGH NJW 2019, 303 (304) Rn. 19.

251 Begr. BT-Drs. 17/12637, 50.

252 BGH NJW 2019, 303 (304) Rn. 19; BGH NJW 2017, 1024 (1029) Rn. 51.



geführte Reservierungen von Terminen bei jeglichen Dienstleistern für die Feststellung eines Fernabsatzvertrags nicht aus.<sup>253</sup>

### b) Die Informationspflichten

112 Wie auch bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen nach § 312b gelten für Fernabsatzverträge in Anbetracht des verbraucherseitigen Informationsdefizits die besonderen Informationspflichten des Unternehmers aus § 312d i. V. m. Art. 246a EGBGB, und zwar neben den allgemeinen Pflichten aus § 312i und § 312j sowie ggfs. § 5 TMG. Die Informationspflichten im Fernabsatzrecht sind ausdrücklich verbraucherschutzbezogen ausgekleidet. Art. 246a EGBGB enthält in § 1 die Bestimmungen des Informationsinhalts und in § 4 die Anforderungen an die Informationsmodalitäten. §§ 2 und 3 regeln Sonderkonstellationen.

Die in Art. 246a § 1 EGBGB geregelten Inhalte der Informationspflicht enthalten in Abs. 1 Punkte, über die bei jedem Vertrag, der unter § 312d fällt, unterrichtet werden muss. Dazu gehören u. a. unternehmensspezifische Daten zur Identität und Anschrift des Unternehmers (Nr. 2, 3); produktspezifische Daten zu wesentlichen Eigenschaften der Ware oder Dienstleistung sowie deren Preis einschließlich aller Steuern und Versandkosten<sup>254</sup> (Nr. 1, 4); und Einzelheiten hinsichtlich der Zahlung und der Lieferung (Nr. 6, 7).

113 Sollte ein Widerrufsrecht bestehen, so hat der Unternehmer den Verbraucher gem. Art. 246a § 1 Abs. 2 EGBGB auch über dieses umfassend zu informieren; diese Informationspflicht stellt eine verbraucherschützende Marktverhaltensregelung dar.<sup>255</sup> Hier lohnt sich zumindest eine Orientierung an der Muster-Widerrufsbelehrung in Anlage 1, wenn diese nicht sowieso unverändert verwendet wird. Schon bei kleinen redaktionellen Veränderungen – selbst wenn Zusätze zum Vorteil des Verbrauchers aufgenommen werden – ist die Indizwirkung des Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 2 EGBGB zerstört.<sup>256</sup> Ob auch die Rechtsfolgen des Widerrufs, insb. die Pflicht zum Wertersatz gem. § 357 Abs. 7 BGB, als dessen „Bedingungen“ i. S. d. Art. 246a § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 EGBGB gelten, ist derzeit Gegenstand von Diskussionen. Daran knüpft sich nämlich die praktische Folge, dass dann auch die Rechtsfolgen von der Belehrung umfasst sein müssten. Neben beachtlichen systematischen Argumenten für beide Alternativen spricht vor allem auch der verbraucherschützende Sinn und Zweck der Vorschriften dafür, die Belehrungspflicht auch auf die Rechtsfolgen zu erstrecken.<sup>257</sup>

114 Die Verletzung der Informationspflichten über Kosten hat nach § 312e zur Folge, dass entsprechende Kosten vom Verbraucher nicht verlangt werden können. Bei Verletzung der Informationspflicht über das Widerrufsrecht verlängert sich dieses gem. § 356 Abs. 3. Zudem muss der Unternehmer gem. § 357 Abs. 6 die Rücksendekosten übernehmen, wenn er den Verbraucher nicht über die Pflicht zur Tragung dieser Kosten aufgeklärt hat. Wichtiger noch ist gem. § 357 Abs. 7 Nr. 2 bei Verletzung der Aufklärungspflicht über das Widerrufsrecht im Falle der Rückabwicklung kein Wertersatz für einen Wertverlust der Ware zu leisten. Wettbewerbsrechtlich kommt bei Verletzung der Informationspflichten zudem ein Unterlassungsanspruch wegen verbraucherschutzgesetzwidriger Praktiken gemäß § 2 UKlaG und ggf. zusätzlich nach § 1 UKlaG in Betracht. Darüber hinaus entsteht bei einer vom Unternehmer zu verschuldenden Verletzung der Informationspflichten auch ein Anspruch des Verbrauchers auf Schadensersatz aus culpa in contrahendo gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 sowie möglicherweise sogar aus § 823 Abs. 2 i. V. m.

253 Begr. BT-Drs. 17/12637, 50.

254 Dabei ist allerdings nicht erforderlich, dass die Kosten noch einmal in einer „Bestell-Übersicht“ unmittelbar vor Absenden der Bestellung ausgewiesen werden; so der BGH NJW 2006, 211.

255 OLG Hamm MMR 2005, 540; OLG Jena GRUR 2006, 283; KG NJW 2006, 3215; MMR 2007, 185; OLG Hamburg MMR 2006, 675; OLG Frankfurt a. M. MMR 2007, 322.

256 BGH NJW 2014, 2022.

257 BGH NJW-RR 2012 1197 (1199) Rn. 19; so auch Buchmann K&R 2014, 221 (224) m. w. N.

§ 312d i. V. m. Art. 246a, 246b EGBGB als Schutzgesetzverletzung. Angesichts der Möglichkeit des Widerrufs wird ein Schaden des Verbrauchers jedoch in der Regel gar nicht erst entstehen. Ob im Wege der Naturalrestitution nach § 249 Abs. 1 der Vertrag als Schaden geltend gemacht werden kann mit dem Ziel, diesen aufzuheben, ist jedoch fraglich, weil dadurch das in § 312g geregelte – fristgebundene – Widerrufsrecht unterlaufen werden könnte.<sup>258</sup>

### c) Der dauerhafte Datenträger und die Textform

Bei den in Art. 246a § 4 Abs. 1 und 3 EGBGB geregelten formalen Anforderungen an die Informationserteilung ist insb. das Transparenzgebot in Abs. 1 zu beachten. Der Unternehmer muss dem Verbraucher die Informationen aus § 246a §§ 1–3 EGBGB in klarer und verständlicher Weise zur Verfügung stellen. In sprachlicher Hinsicht müssen die Pflichthinweise für einen durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Verbraucher ohne besondere juristische Kenntnisse ohne weiteres auffindbar und verständlich sein.<sup>259</sup> An der Verständlichkeit mangelt es beispielsweise, wenn der Scrollkasten bei einem Online-Shop, in dem die gesetzlichen Angaben gemacht werden, zu klein ist.<sup>260</sup> Die Hinweise müssen für den Kunden ohne übermäßigen Aufwand erreichbar sein. Die Verwendung weiterführender Links ist nur zulässig, wenn diese aussagekräftig bezeichnet sind (durch sog. „sprechende Links“).<sup>261</sup> Doppelte Links dürfen zwar grundsätzlich verwendet werden.<sup>262</sup> Ein Scrollen über mehrere Bildschirmseiten mit anschließendem Anklicken eines doppelten Links ist aber unzulässig.<sup>263</sup> Die Frage der Verständlichkeit ist gleichzeitig eine Frage der Vertragssprache.<sup>264</sup> Typischerweise wird man die am Ort des Verbrauchers verstandene Sprache verwenden, es sei denn, es wurde eine andere Vertragssprache vereinbart. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Widerrufsbelehrung aus der Sicht des Verbrauchers hinreichend wahrnehmbar ist, ist allein auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem der Verbraucher hiervon im Zuge ihrer Überlassung Kenntnis nehmen kann.<sup>265</sup>

Das nach alter Rechtslage geltende Textformerfordernis für die Belehrung des Verbrauchers wurde im Bereich der Fernabsatzverträge durch die flexiblere Regelung des Art. 246a § 4 Abs. 3 S. 1 EGBGB ersetzt, welche es dem Unternehmer erlaubt, die notwendigen Angaben dem Verbraucher auf an die benutzten Fernkommunikationsmittel „angepasste Weise“ bereitzustellen. Was unter dieser „angepassten Weise“ konkret zu verstehen ist, soll sich dabei aus den Umständen, insb. den im Einzelfall möglichen technischen Gegebenheiten ergeben.<sup>266</sup> Die Vorschrift bezieht sich aber lediglich auf die Information über das Bestehen eines Widerrufsrechtes (Art. 246a § 3 S. 2, § 1, § 3 S. 1 EGBGB). Für die in Art. 246a § 1 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB erwähnten „Bedingungen, die Fristen und das Verfahren für die Ausübung des Widerrufsrechtes“ reicht sogar die reine Zugänglichmachung gegenüber dem Verbraucher aus, z. B. durch Bereithalten zum Abruf durch den Unternehmer. Der Wegfall des Textformerfordernisses ist indes nicht nur für den Verbraucher nachteilig, sondern aufgrund der unübersichtlichen Gestaltung des Art. 246a EGBGB auch für den Unternehmer problematisch, da dieser sich dem Risiko aussetzt, mit lauterkeitsrechtlichen Ansprüchen konfrontiert zu werden. Unternehmern ist deshalb zu raten, Verbraucher auch über die in Art. 246a § 2 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB erwähnten „Bedingungen,

258 So auch BeckOGK/Busch, 1.1.2020, BGB § 312d Rn. 21; anders BeckOK BGB/Martens, 53. Ed. 1.2.2020, BGB § 312d Rn. 14; Schirnbacher in Spindler/Schuster BGB § 312d Rn. 52.

259 Zu den Anforderungen vgl. schon BGHZ 141, 137; BGHZ 106, 42 (49 f.); BGHZ 102, 152 (159). Nach RegE, BT-Drs. 14/2658, 38 kann dies über das AGB-rechtliche Transparenzgebot hinausgehen, der BHG hat dies jedoch in BGH NJW 2006, 211 Rn. 13 f. offengelassen.

260 OLG Frankfurt MMR 2007, 603.

261 Buchmann, Das neue Fernabsatzrecht 2014 (Teil 4), K&R 2014, 453 (455).

262 LG Lübeck MMR 2008, 554 (555).

263 OLG Brandenburg MDR 2007, 43 (44).

264 Reich EuZW 1997, 581.

265 BGH NJW-RR 2003, 1481.

266 MüKoBGB/Wendehorst, 8. Aufl. 2019, BGB § 312d Rn. 76.

die Fristen und das Verfahren für die Ausübung des Widerrufsrechts“ in Textform zu informieren. Einen Zwang zur Verbraucherinformation sehen die Vorschriften hingegen nicht vor.<sup>267</sup>

Hinsichtlich der AGB genügt es nach einer Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2006 für die Möglichkeit der Kenntnisverschaffung, wenn diese bei der Bestellung „über einen auf der Bestellseite gut sichtbaren [Hyper]link aufgerufen und ausgedruckt werden können“.<sup>268</sup>

#### d) Widerrufsrecht

117 Dem Verbraucher steht gem. § 312g Abs. 1 in jedem Fall ein Widerrufsrecht nach § 355 zu, welches er binnen 14 Tagen ohne Angabe von Gründen und ohne Strafzahlung ausüben kann. Hinsichtlich der Modalitäten des Widerrufs gelten die allgemeinen Regelungen zum Verbraucherwiderruf (§§ 355 ff.). Dort ist vorgesehen, dass der Widerruf durch Erklärung gegenüber dem Unternehmer erfolgen muss, § 355 Abs. 1 S. 2; das nach alter Rechtslage geltende Textformerfordernis wurde nun aufgehoben, sodass der Widerruf sogar durch telefonische Erklärung gegenüber dem Unternehmer erfolgen kann. Als Ausübung eines Gestaltungsrechts ist die Widerrufserklärung eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung.<sup>269</sup> Ihre Wirksamkeit setzt also gemäß § 130 Abs. 1 Zugang beim Unternehmer voraus. Inhaltlich muss die Erklärung zum Ausdruck bringen, dass der Verbraucher an die Folgen seiner auf Abschluss des Fernabsatzvertrags gerichtete Erklärung nicht mehr gebunden sein will, wie bei den anderen Gestaltungsrechten muss das Wort „Widerruf“ dafür aber nicht verwendet werden.<sup>270</sup> Anders als nach alter Rechtslage in Form des § 355 Abs. 1 S. 2 BGB a.F. kann der Widerruf allerdings nicht konkludent durch Rücksendung der Ware erklärt werden.<sup>271</sup> Für den Unternehmer besteht jedoch im Rahmen der Vertragsfreiheit weiterhin die Möglichkeit, die Ausübung des Widerrufsrechts auf diese Art und Weise in AGB zu gestatten. Da es sich insofern um eine Klausel handelt, durch die zum Vorteil des Betroffenen von der gesetzlichen Wertung des § 355 Abs. 1 S. 3 abgewichen wird, dürfte § 307 Abs. 1 in diesem Fall keine Probleme bereiten.

118 Gemäß § 355 Abs. 2 S. 1 muss der Widerruf innerhalb von zwei Wochen erfolgen. Die Frist beginnt gemäß § 355 Abs. 2 S. 2 mit Vertragsschluss, soweit nichts anderes bestimmt ist. Hier sind insbesondere die anderweitigen Regelungen des § 356 Abs. 2 zu beachten. Zudem beginnt die Frist gemäß § 356 Abs. 3 S. 1 nicht vor einer Unterrichtung des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher; dadurch soll die Einhaltung der verbraucher-schützenden Informationspflichten durchgesetzt werden. Im Gegensatz zur alten Rechtslage ist eine „ewige“ Fortgeltung des Widerrufsrechts nun nicht mehr vorgesehen, vielmehr erlischt das Widerrufsrecht gem. § 356 Abs. 3 S. 2 spätestens 12 Monate und 14 Tage nach dem in § 356 Abs. 2 genannten Zeitpunkt bzw. nach Vertragsschluss. Einzig im Bereich der Verträge über Finanzdienstleistungen ist ein ewiges Widerrufsrecht gem. § 356 Abs. 3 S. 3 möglich. Bei kostenpflichtigen Downloads kann das Widerrufsrecht gem. § 356 Abs. 5 schon vor Ablauf der eigentlichen Widerrufsfrist erlöschen, wenn der Unternehmer mit der Ausführung des Vertrages beginnt, sofern der Verbraucher ausdrücklich zugestimmt hat, dass der Unternehmer vor Ablauf der regelmäßigen Widerrufsfrist mit der Vertragsausführung beginnt und er seine Kenntnis von dem Erlöschen des Widerrufsrechts bestätigt hat. Diese Bestätigung muss aber zeitlich nach dem Vertragsschluss und in gesonderter Er-

267 BGH NJW 2006, 3633; Krit. MüKoBGB/Wendehorst, 8. Aufl. 2019, BGB § 312d Rn. 80.

268 BGH NJW 2006, 2976.

269 BeckOGK/Mörsdorf, 15.2.2020, BGB § 355 Rn. 54.

270 HK-BGB/Schulze, 10. Aufl. 2019, BGB § 355 Rn. 5.

271 OLG Düsseldorf MMR 2015, 243 (246); BeckOGK/Mörsdorf, 15.2.2020, BGB § 355 Rn. 57; Föhlich/Dyakova MMR 2013, 71 (74); Hilbig-Lugani ZJS 2013, 545; Schmidt/Brönneke VuR 2013, 448 (454); Unger ZEuP 2012, 270 (289); dies entspricht auch dem insoweit klaren gesetzgeberischen Willen, vgl. nur BT-Drs. 17/12637, 60.

klärung erfolgen, damit der Zweck des Übereilungsschutzes des Verbrauchers noch erreicht werden kann. Eine diesbezügliche Vereinbarung in AGB des Unternehmers ist also nicht zulässig.<sup>272</sup> Gemäß § 355 Abs. 1 S. 5 genügt zur verbraucherseitigen Fristwahrung die rechtzeitige Absendung der Widerrufserklärung – wann diese zugeht, ist für die Wirksamkeit der Widerrufserklärung folglich irrelevant. Dadurch ergibt sich im Streitfall die verbraucherfreundliche Besonderheit, dass der Verbraucher zwar die – fristgemäße – Abgabe sowie den Zugang seiner Widerrufserklärung beweisen muss, nicht jedoch den Zeitpunkt des Zugangs.

Das Widerrufsrecht kann ohne Angabe von Gründen ausgeübt werden, § 355 Abs. 1 S. 3. Im Einklang mit der Kipp'schen Lehre von der Doppelnichtigkeit kann das Widerrufsrecht auch bei einem ohnehin nach § 134 oder § 138 nichtigen Vertrag noch ausgeübt werden.<sup>273</sup> Die Unabhängigkeit der Ausübung des Widerrufsrechts von der Angabe einer Begründung befreit den Widerruf von einer Motivationskontrolle<sup>274</sup> und unterscheidet ihn insoweit maßgeblich von dem ansonsten ähnlichen Gestaltungsrecht des Rücktritts, der immer einen Rücktrittsgrund voraussetzt.

Bei Ausübung des Widerrufsrechts ergeben sich die Ansprüche der Parteien aus dem **Rückgewährschuldverhältnis** aus § 355 Abs. 3 S. 1, wonach die empfangenen Leistungen unverzüglich zurückzugewähren sind. Das ursprüngliche Schuldverhältnis fällt also nicht ersatzlos weg, sondern nur die ursprünglichen Leistungspflichten entfallen mit Wirkung ex nunc.<sup>275</sup> Für Fernabsatzverträge sieht § 357 besondere Rechtsfolgen des Widerrufs vor. Abweichend von der unverzüglichen Rückgewährpflicht nach § 355 Abs. 3 S. 1, die sich zeitlich nach § 121 Abs. 1 (ohne schuldhaftes Zögern) richtet, sieht § 357 Abs. 1 die etwas weitere Rückgewährfrist von 14 Tagen vor. Grundsätzlich dürfen dem Verbraucher auch keine Kosten für die Ausübung des Widerrufsrechts auferlegt werden. Der Verbraucher kann gem. § 357 Abs. 6 einzig die unmittelbaren Kosten der Rücksendung – nicht der Hinsendung!<sup>276</sup> – der Waren übernehmen müssen, wenn der Unternehmer seinen Informationspflichten diesbezüglich nachgekommen ist. Zudem kodifiziert § 357 Abs. 4 S. 1 eine Vorleistungspflicht des Verbrauchers hinsichtlich der Rücksendung der Ware an den Unternehmer, indem diesem ein Zurückbehaltungsrecht am gezahlten Kaufpreis zusteht, bis er die Ware zurückerhalten hat. Die Einrede entfällt jedoch bereits mit dem Nachweis der Rücksendung durch den Verbraucher, § 357 Abs. 4 A. 1 a.E., sodass der tatsächliche Rückerhalt der Ware im Risikobereich des Unternehmers liegt.

Im Falle des Wertverlusts der Ware hat der Verbraucher ggfs. gem. § 357 Abs. 7 **Werter-** **ersatz** zu leisten. Die Voraussetzungen dafür sind allerdings – sowohl hinsichtlich des Wortlauts als auch in Anbetracht der höchstrichterlichen Rechtsprechung – sehr eng. Hintergrund der Vorschrift ist vor allem, dass selbst eine übermäßige Nutzung der Ware das Widerrufsrecht nicht vollständig entfallen lassen soll, sondern in diesem Fall lediglich ein Wertersatzanspruch des Unternehmers bestehen soll.<sup>277</sup> § 357 Abs. 7 stellt dafür den Wertersatz unter zwei kumulativ zu erfüllende Voraussetzungen. In materieller Hinsicht muss zunächst der Wertverlust auf einen Umgang des Verbrauchers mit den Waren zurückzuführen sein, der zur Prüfung der Beschaffenheit, Eigenschaften und Funktionsweise der Ware nicht notwendig war, § 357 Abs. 7 Nr. 1. Diese Vorschrift wird weit ausgelegt; dem Verbraucher soll erlaubt werden, die Ware so in Augenschein zu nehmen, wie er dies auch in einem Geschäft hätte tun können.<sup>278</sup> Maßstab für die Notwendigkeit der Umgangshandlung des Verbrauchers ist also immer ein Vergleich mit den Informations- und Handlungs-

272 BeckOGK/Mörsdorf, 15.2.2020, BGB § 356 Rn. 58; Janal/Jung VuR 2017, 332 (339).

273 BGH NJW 2010, 610 m. Anm. Möller.

274 BGH NJW 2016, 1951 m. Anm. Wendehorst.

275 OLG Koblenz NJW 2006, 919 (921); MüKoBGB/Fritsche, 8. Aufl. 2020, BGB § 355 Rn. 59; Fuchs ZIP 2000, 1273 (1282 f.).

276 Vgl. § 357 Abs. 2 S. 1; so auch BGH MMR 2010, 676; OLG Karlsruhe MMR 2008, 46.

277 MüKoBGB/Fritsche, 8. Aufl. 2019, BGB § 357 Rn. 25.

278 BGH NJW 2011, 56 (58); Unger, ZEuP 2012, 270 (293); Schwab JZ 2015, 644 (648).

möglichkeiten in einem Geschäft.<sup>279</sup> Zum Einbau in andere Sachen bestimmte Gegenstände können zwar grds. nicht eingebaut und gebraucht werden, wenn dies in einer vergleichbaren Situation im Geschäft nicht auch möglich wäre.<sup>280</sup> Die etwaige Versiegelung der Sache aufgrund von Hygienevorkehrungen und die durch Abtrennung dieser Versiegelung entstehende ggfs. hohe Einbuße des Wiederverkaufswerts allein führen jedoch noch nicht zu einem Anspruch auf Wertersatz des Unternehmers.<sup>281</sup> Neben der materiellen Voraussetzung (Nr. 1) sieht § 357 Abs. 7 Nr. 2 in formaler Hinsicht zudem vor, dass der Unternehmer den Verbraucher ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht informiert haben muss, damit ein Anspruch auf Wertersatz entstehen kann. Liegen die Voraussetzungen des Wertersatzanspruchs nicht vor, bestehen darüber hinaus auch keine anderen Ansprüche des Unternehmers gegen den Verbraucher, etwa auf Nutzungs- oder Schadensersatz. § 361 Abs. 1 ordnet in diesem Zusammenhang nunmehr ausdrücklich an, dass über die Widerrufsvorschriften hinaus keine Ansprüche des Unternehmers gegen den Verbraucher bestehen.

121 Wichtig sind die **Ausnahmebestimmungen** für das Widerrufsrecht. Während § 312g zunächst recht weit für alle Fernabsatzverträge i. S. v. § 312c ein Widerrufsrecht vorsieht, schließt § 312g Abs. 2 sogleich bestimmte Arten von Verträgen wieder aus. Hier kann unterschieden werden zwischen Ausschlussstatbeständen, bei denen schon ab Vertragsschluss von vornherein kein Widerrufsrecht besteht (z. B. bei schnell verderblichen Waren, § 312g Abs. 2 Nr. 2), und solchen, bei denen ein zunächst entstandenes Widerrufsrecht nachträglich wieder erlischt (z. B. wegen Entfernung einer Versiegelung, § 312gg Abs. 2 Nr. 3). Als Ausschluss- bzw. Erlöschensstatbestand liegt die Beweislast hinsichtlich des Vorliegens der jeweiligen Voraussetzungen nach allgemeinen Regelungen beim Unternehmer, wenn dieser sich auf den Ausnahmetatbestand beruft.

122 Zunächst besteht bei Verträgen über die Lieferung von Waren, die nicht vorgefertigt sind und für deren Herstellung eine individuelle Auswahl oder Bestimmung durch den Verbraucher maßgeblich ist oder die eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse des Verbrauchers zugeschnitten sind, kein Widerrufsrecht (§ 312g Abs. 2 Nr. 1). Dadurch soll der Unternehmer, der derartig spezielle Waren nach Rückgabe durch den Verbraucher i. d. R. nicht erneut verkaufen kann bzw. bei einem solchen Verkauf erhebliche wirtschaftliche Nachteile hinnehmen müsste (z. B. Verträge über die Lieferung von Maßanzügen oder individuellen Fotobüchern), geschützt werden.<sup>282</sup> Trotz der Änderung des Wortlauts gegenüber der Vorgängervorschrift § 312d Abs. 4 Nr. 1 a. F. kann hier an der „built-to-order“-Rechtsprechung des BGH festgehalten werden.<sup>283</sup> Sind die Anpassungswünsche des Verbrauchers indes nur von untergeordneter Bedeutung, ist die eng auszulegende Ausnahmenvorschrift nicht einschlägig. So kommt § 312g Abs. 2 Nr. 1 beispielsweise nicht zur Anwendung, wenn die zu liefernde Ware auf Bestellung des Verbrauchers aus vorgefertigten Standardbauteilen zusammengefügt wird, die „mit verhältnismäßig geringem Aufwand ohne Beeinträchtigung ihrer Substanz oder Funktionsfähigkeit wieder getrennt“ werden können.<sup>284</sup>

123 Zudem gilt neuerdings ein ausdrücklicher Ausschluss des Widerrufsrechts bei Waren, die wegen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht zur Rückgabe geeignet sind, wenn ihre Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde, § 312g Abs. 2 Nr. 3. Hier ist freilich nicht jede Art von Siegel ausreichend, sondern es muss ein Zusammenhang in Form von Gesundheitsschutz- und Hygienegründen bestehen.<sup>285</sup> Insofern ist maßgeblich, ob im Fall der Rückabwicklung des jeweiligen Vertrags selbst nach Behandlung/Reinigung der Ware ein Weiterverkauf ausgeschlossen wäre, da die Ware aus Hygiene- oder Gesundheitsgrün-

279 Erwägungsgrund 47 Verbraucherrechte-RL.

280 BGH NJW 2017, 878 (879) Rn. 17 ff.

281 BGH NJW 2019, 2842 – Matratze; nach Vorlage an den EuGH: EuGH NJW 2019, 1507 – slewo.

282 BGH NJW 2003, 1665.

283 Erwägungsgrund 49 der VRRRL; Hoeren/Föhlisch CR 2014, 244.

284 BGH NJW 2003, 1665.

285 Hoeren/Föhlisch CR 2014, 242 (245 f.).

den nicht mehr verkehrsfähig wäre. Bei Bestehen ausreichender Reinigungsmöglichkeiten und eines Marktes für gereinigte (Gebraucht-)Produkte ist der Ausschlussbestand hingegen nicht anwendbar.<sup>286</sup>

Ferner entfällt das Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Verträgen zur Lieferung von 124 Ton- oder Videoaufnahmen oder Computersoftware in einer versiegelten Verpackung, wenn die Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde (§ 312g Abs. 2 Nr. 6). Dieser Ausschlussbestand dient dem Schutz des geistigen Eigentums vor Raubkopien, die vor dem Gebrauch des Widerrufs angefertigt werden. Indes sind bereits die Anforderungen an eine Versiegelung unklar. Schon nach dem allgemeinen Sprachgebrauch muss jedenfalls ein Schutz des eigentlichen Produkts vor Zugriff durch eine physische Barriere vorliegen. Dem Verbraucher muss die Versiegelung als solche erkennbar sein, sodass ihm bewusst wird, dass er die Ware im Fall der Öffnung der Verpackung nicht mehr zurückgeben kann. Zwar muss das Siegel nicht ausdrücklich als solches bezeichnet werden, die „übliche Verpackung solcher Ware mit Kunststoffolie, die auch andere Zwecke wie den Schutz vor Verschmutzung erfüllen kann“, erfüllt die notwendigen Anforderungen an die Erkennbarkeit jedoch nicht.<sup>287</sup> Versiegelt ist die Ware also nur dann, wenn nach erstmaliger Öffnung erkennbar ist, dass eine Schutzbarriere überwunden wurde.

§ 312g Abs. 2 Nr. 8 schließt das Widerrufsrecht bei Verträgen über die Lieferung von 125 Waren oder über Dienstleistungen aus, deren Preis von durch den Unternehmer nicht kontrollierbaren Schwankungen auf dem Finanzmarkt abhängt und die innerhalb der Widerfrist auftreten können, bspw. Aktien und Wertpapiere. Nach Ansicht des BGH muss die Vorschrift als Ausnahmetatbestand restriktiv ausgelegt werden, sodass „der spekulative Charakter den Kern des Geschäftes“ ausmachen müsse, was bspw. bei der Lieferung von Heizöl nicht der Fall sei.<sup>288</sup>

Grundsätzlich ist in jedem Fall zu beachten, dass die Ausnahmenvorschriften eng auszule- 126 gen sind; dies hat der EuGH in einem Urteil 2005 bekräftigt.<sup>289</sup>

Für die Formulierung der Widerrufsbelehrung sollten Unternehmer auf die Musterbe- 127 lehrung in der Anlage zum EGBGB zurückgreifen. Beim Vertrieb von Software wäre noch ein Hinweis auf die Risiken der Entsigelung angebracht: „Beim Kauf von Software besteht das oben genannte Widerrufsrecht nur, solange die Ware nicht entsiegelt wurde.“

#### 4. Fernabsatzverträge über Finanzdienstleistungen

Die Fernabsatzrichtlinie gilt nicht für Online-Banking und den Abschluss von Versiche- 128 rungsverträgen via Internet. Die EU hat im Bestreben, diese Lücke zu schließen, am 23.9.2002 die in vielerlei Hinsicht umstrittene Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher verabschiedet.<sup>290</sup> Am 8.12.2004 ist daraufhin in Deutschland das Gesetz zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen in Kraft getreten.<sup>291</sup> Allerdings gelten die §§ 312ff. gemäß § 312 Abs. 5 bei Verträgen über Finanzdienstleistungen, die eine erstmalige Vereinbarung mit daran anschließenden aufeinanderfolgenden Vorgängen umfassen, uneingeschränkt nur hinsichtlich der ersten Vereinbarung. Auf darauf folgende Vorgänge sind gem. § 312 Abs. 5 S. 2 grds. nur die allgemeinen Pflichten des § 312a Abs. 1, 3, 4 und 6 anwendbar. Auf notariell beurkundete Verträge über Finanzdienstleistungen, die außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen werden, ist gem. § 312 Abs. 2 lit. a) nur § 312a Absatz 1, 3, 4 und 6 anwendbar.

286 EuGH NJW 2019, 1507 (1508 f.).

287 OLG Hamm MMR 2010, 684 (685).

288 BGH NJW 2015, 2959.

289 EuGH MMR 2005, 364 (365) – EasyCar (UK) Ltd vs. Office of Fair Trading.

290 Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.9.2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, ABl. L 271 v. 9.10.2002, S. 16 ff.

291 BGBl. I S. 3102.

## a) Informationsmodell

- 129 Wesentliches Element der Regelungen ist das Informationsmodell. Der Verbraucher soll etwa auf der Homepage eines Versicherers eine Vielzahl von Informationen über das Unternehmen und seine Produkte vorfinden. Dies wird durch besondere Anforderungen an die Informationspflichten des Unternehmers in § 312d Abs. 2 i. V. m. Art. 246b EGBGB umgesetzt. Ob dem Verbraucher mit der hier vorgesehenen Fülle von Informationen wirklich gedient ist, ist jedoch zweifelhaft, da eine Informationsüberflutung für den effektiven Schutz des Verbrauchers auch kontraproduktiv sein kann. Im Falle eines freibleibenden Angebotes oder einer unverbindlichen invitatio ad offerendum sind solche Hinweispflichten sinnlos. Zu begrüßen ist indes, dass auch hier die Information nicht mehr auf einem dauerhaften Datenträger, sondern ausweislich Art. 246b § 1 Abs. 1 EGBGB flexibler in einer dem benutzten Fernkommunikationsmittel angepassten Weise erfolgen kann.

## b) Widerrufsrecht

- 130 Für das Widerrufsrecht des Verbrauchers gelten nunmehr die §§ 312g Abs. 1, 355, sofern der Vertrag nicht von der Ausnahmevorschrift des § 312g Abs. 2 Nr. 8 erfasst ist. Dabei steht dem Verbraucher eine Frist von 14 Tagen ab Vertragsschluss bzw. Übergabe der notwendigen Informationen zur Verfügung, §§ 355 Abs. 2, 356 Abs. 3. Insoweit bestehen keine Unterschiede zum Widerrufsrecht bei allgemeinen Fernabsatzverträgen. Allerdings erlischt das Widerrufsrecht, wenn der Vertrag über eine Finanzdienstleistung von beiden Seiten auf ausdrücklichen Wunsch des Verbrauchers vollständig erfüllt ist, bevor der Verbraucher sein Widerrufsrecht ausgeübt hat, § 356 Abs. 4 S. 3. Der EuGH hat in diesem Zusammenhang ausdrücklich klargestellt, dass eine Widerrufsbelehrung, die über das Erlöschen eines Widerrufsrechts des Verbrauchers nach beiderseits vollständiger Vertragserfüllung informiert, auch dann zulässig ist, wenn diese Information dem nationalen Recht nicht entspricht.<sup>292</sup>

Die Folgen des Widerrufs richten sich indes nach der Sondervorschrift des § 357a. Zu beachten ist hier, dass die in § 357a Abs. 1 geregelte Frist zur Rückgewähr mit 30 Tagen länger ist als bei sonstigen Fernabsatzverträgen. Wertersatz für die erbrachte Dienstleistung kann gem. § 357a Abs. 2 nur verlangt werden, wenn der Verbraucher vor Abgabe seiner Vertragserklärung auf diese Rechtsfolge hingewiesen wurde und mit der Vertragserfüllung erst nach ausdrücklicher Zustimmung des Verbrauchers noch vor Ende der Widerrufsfrist begonnen wurde. Dies entspricht den europarechtlichen Vorgaben des Art. 7 Abs. 1 und 3 der FinFARL (RL 2002/65/EG). Dabei kann die Zustimmung nicht durch AGB vorweggenommen werden (§ 308 Nr. 5).

## 5. Sonstiges

- 131 Die Beschränkung der Gültigkeit von Warengeschenkgutscheinen auf ein Jahr in AGB ist unangemessen und demnach rechtswidrig.<sup>293</sup> Die zeitliche Beschränkung ist nicht durch die lange Verwaltung der Gutscheinkonten und die notwendige Bilanzierung und den daraus resultierenden erhöhten Verwaltungsaufwand gerechtfertigt. Es geht nicht an, dass ein Anbieter wie Amazon einerseits Zinsen aus den noch nicht eingelösten Beträgen ziehen kann und andererseits dann von den verfallenen Beträgen profitiert.
- 132 Lieferfristen in AGB müssen derartig genau formuliert sein, dass der Verbraucher ohne weiteres den genauen Termin errechnen kann. Wendungen wie „in der Regel“ sind deshalb bei Verträgen über das Internet unwirksam. Eine Regelung eines eBay-Verkäufers, wonach eine Übergabe an den Paketdienst in der Regel 1–2 Tage nach Zahlungseingang erfolge, sah das Kammergericht<sup>294</sup> als einen Verstoß gegen § 308 Nr. 1, 2. Alt. an. Zur Be-

292 EuGH VuR 2020, 18 (20).

293 LG München I K&R 2007, 428; OLG München MMR 2009, 70.

294 KG NJW 2007, 2266 (2267).

gründung verwiesen die Richter auf den Schutzzweck der Norm, der unter anderem verhindern solle, dass die Bestimmung der Leistungszeit mehr oder weniger in das Belieben des AGB-Verwenders gestellt werde. Auch die Wendung „ca.“ sah das Gericht als problematisch an, konnte die Frage allerdings offen lassen. Ebenso stufte das OLG Bremen eine Klausel, derzufolge die Lieferzeit voraussichtlich 1–3 Werktage betrage, wegen Verstoßes gegen das Bestimmtheitsgebot des § 308 Nr. 1 als unzulässig ein.<sup>295</sup> Vielmehr habe der Verwender bei Angaben zur Lieferzeit ein berechtigtes Interesse daran, eine Bestimmung des Leistungszeitpunktes, die nach § 286 Abs. 2 Nr. 1 oder 2 verzugsbegründende Wirkung haben kann, zu vermeiden.<sup>296</sup> Der BGH wertete jedoch eine Gefahrtragungsregelung in AGB, nach der nur die rechtzeitige und ordnungsgemäße Ablieferung der Ware an ein Transportunternehmen geschuldet werde und der Verkäufer für von diesem verursachte Verzögerungen nicht verantwortlich sei, als Verstoß gegen (§ 309 Nr. 7 und) § 307 Abs. 1 und 2, wenn sich die Klausel ihrem Wortlaut nach auch auf Verträge, die die Montage der Ware durch den Verkäufer vorsehen (Bringschuld), bezieht.<sup>297</sup> Im Rahmen von Lieferverträgen über Computersoftware stellen formularmäßige Weitergabeverbote, die jede Überlassung der Programmkopie an Dritte untersagen, eine unangemessene Benachteiligung i. S. v. § 307 dar.<sup>298</sup> Aufgrund der Abweichung vom urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatz (§ 69c Nr. 3 S. 2 UrhG) gilt das auch für Klauseln, die einen Weiterverkauf der „gebrauchten“ Software untersagen oder einschränken.<sup>299</sup>

Dem Käufer bei einer Internet-Auktion über eBay steht nach Auffassung des LG Frankfurt<sup>300</sup> ein Schadensersatzanspruch nach §§ 434, 437 Nr. 3, 281 zu, wenn der im Rahmen der Auktion eingestellte Artikel fahrlässig falsch beschrieben wurde. Artikelbeschreibungen in Internet-Versteigerungsplattformen müssen vollständig und richtig sein, dies ergibt sich auch aus § 8 Nr. 4 der eBay-Bedingungen. Der Verkäufer muss sich an den falschen Beschreibungen festhalten lassen und hat Schadensersatz zu leisten, der auf das positive Interesse gerichtet ist.

Die Verwendung einer Klausel mit der Formulierung „Bei Verträgen mit Verbrauchern beträgt die Gewährleistung 1 Jahr ab Verkaufsdatum“ in AGB verstößt gegen § 475 Abs. 2, und zwar auch soweit es um den Verkauf gebrauchter Sachen geht, da sie zu einer Verjährungsfrist von weniger als einem Jahr seit dem Verjährungsbeginn führt. „Gesetzlicher Verjährungsbeginn ist nach § 438 Abs. 2 bei beweglichen Sachen nicht das Verkaufsdatum, sondern die Ablieferung der Sache“.<sup>301</sup>

Eine AGB-Klausel, die beim Online-Kauf von Veranstaltungstickets neben dem Ticketpreis eine Servicegebühr für Versand oder Selbstaussdruck des Tickets vorsieht, verstößt aufgrund des Abweichens von § 448 I BGB gegen § 307 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 Nr. 1.<sup>302</sup> Im Rahmen der Plattform-Verträge, insb. bei Social Media, darf der Plattformbetreiber sich nur dann durch AGB-Klauseln das Recht vorbehalten, auch vom Kunden entgeltlich erworbene digitale Inhalte wegen des Verstoßes gegen Rechtsvorschriften, Nutzungsbedingungen oder Richtlinien jederzeit von der Plattform zu löschen, wenn die dafür geltenden Voraussetzungen für den Nutzer hinreichend erkennbar sind.<sup>303</sup>

295 OLG Bremen MMR 2013, 36.

296 OLG Bremen Beschl. v. 18.5.2009 – 2 U 42/09.

297 BGH NJW 2014, 454 Rn. 20.

298 OLG Frankfurt NJW-RR 1997, 494; Schuhmacher CR 2000, 641 (648).

299 OLG Hamburg MMR 2014, 115 (116).

300 LG Frankfurt MMR 2007, 677.

301 KG MMR 2008, 339.

302 BGH NJW 2019, 47 Rn. 22 ff. – eventim, in Best. d. Vorinstanz OLG Bremen MMR 2017, 834 juris – Rn. 36 ff.

303 OLG Köln GRUR-RR 2016, 471 Rn. 42 ff – Kundenkontosperrung.

## VII. Plattform-AGB

- 135 Plattformen sind in ihren unzähligen Erscheinungsformen aus einer digitalisierten Welt nicht mehr wegzudenken. Neben den Vorteilen schneller und unkomplizierter Kundengewinnung führt der Einsatz von Plattformen im E-Commerce aber auch zu rechtlichen Problemen, und zwar sowohl im Verhältnis zu privaten als auch gegenüber gewerblichen Nutzern. Diese sind unlängst auch in Literatur und Rechtsprechung angekommen und beschäftigen mehr und mehr auch den nationalen sowie den europäischen Gesetzgeber.

## 1. Vertragsverhältnisse

- 136 Das auf Plattformen bestehende Mehrpersonenverhältnis kann, bei Reduzierung der Beteiligten auf 3 Parteien, als „Dreiecksverhältnis“<sup>304</sup> typisiert werden, bei dem zwischen allen Parteien eigene Vertragsverhältnisse existieren. Im Beispiel einer Handelsplattform, auf der Waren verkauft werden, bestehen also die folgenden drei Vertragsverhältnisse: Plattformbetreiber – Verkäufer; Verkäufer – Käufer; Plattformbetreiber – Käufer. Die Eigenständigkeit der Verträge führt dazu, dass grundsätzlich auch die jeweiligen AGB unabhängig voneinander zu bewerten sind; ggfs. kann jedoch wegen der Selbstbindung der Parteien an die Spielregeln der Plattform eine Plattform-AGB auch zwischen den beiden Nutzer-Parteien als Auslegungshilfe (§§ 133, 157) der jeweiligen Willenserklärungen herangezogen werden.<sup>305</sup>
- 137 Abgesehen von der Zurverfügungstellung der Nutzungsmöglichkeit der Plattform erfolgen mit dem Plattformbetreiber nach Abschluss des Nutzungsvertrags meist keine weiteren Vertragsschlüsse mehr. Die Leistung der Plattform ist eine Tätigkeit als Intermediär, indem sie (End-)Kunden an Verkäufer/Dienstleister und vice versa vermittelt.<sup>306</sup> Schon die Gestaltung der Plattform selbst führt unabhängig von etwaig vereinbarten AGB zur Setzung gewisser ungeschriebener Regelungen hinsichtlich ihrer Nutzung.<sup>307</sup> Während Algorithmen damit aufgrund ihrer Regelungsfunktion in gewisser Weise mit vertraglichen oder gesetzlichen Normen vergleichbar sind, bestehen jedoch gewichtige Unterschiede, einerseits hinsichtlich ihres Telos und andererseits hinsichtlich ihrer Transparenz und Justiziabilität.<sup>308</sup> In Abwesenheit erschöpfender gesetzlicher Vorschriften ist ein vertraglicher Regelungsrahmen mithin unerlässlich. Aufgrund des massiven Größen- und Machtunterschieds zwischen der Plattform einerseits und dem einzelnen Nutzer andererseits findet eine individuelle Vereinbarung der Nutzungsbedingungen meist nicht statt, sodass diese in der Regel als AGB zu qualifizieren sind.
- 138 Unabhängig davon, ob es sich bei dem Nutzer um einen privat oder gewerblich Tätigen handelt, stellt die Nutzung der Plattform bzw. der Zugang zu ihr einen wesentlichen Teil der vertraglichen Leistung dar.<sup>309</sup> Vorbehaltlich vertraglicher Abreden besteht indes kein allgemeiner, z. B. wettbewerbsrechtlicher Anspruch auf Zugang zu bestimmten Plattformen (wie etwa zu eBay oder Amazon aufgrund ihrer Marktmacht).<sup>310</sup> Über die reine Zugänglichmachung der Nutzungsmöglichkeit hinaus agieren Plattformen hingegen zum Teil auch als Gatekeeper, indem sie als Verwalterinnen oder Aufseherinnen über die ausgetauschten Inhalte wachen. In Anbetracht dieser Funktion kommt daher trotz mangelnder

304 Busch/Dannemann/Schulte-Nölke MMR 2016, 787 (788).

305 BGH MMR 2011, 653 (654); BGH MMR 2005, 37 m. Anm. Spindler.

306 Monopolkommission, Sondergutachten 68, S. 121 Rn. 349, S. 127 Rn. 364.

307 Schweitzer ZEuP 2019, 1 (4) m. w. N.

308 Graf von Westphalen ZIP 2020, 437, 441.

309 Zur vertragstypologischen Einordnung des Vermittlungsvertrages s. Hauck/Blaut NJW 2018, 1425 (1426).

310 Krüger/Peintinger in Martinek/Semler/Flohr VertriebsR-HdB § 36 Rn. 195 m. w. N.

Einbeziehung in den zwischen den Nutzer-Parteien geschlossenen Vertrag unter Umständen eine Vertrauenshaftung der Plattform aus § 311 Abs. 3 in Betracht.<sup>311</sup> Plattformverträge können in ihren AGB Klauseln enthalten, die den Plattformbetreiber unter bestimmten Voraussetzungen einseitig zur Sperrung einzelner Inhalte oder Nutzerkonten berechtigen, ohne wegen Unangemessenheit gegen § 307 Abs. 2 zu verstoßen.<sup>312</sup> Allerdings kann der Plattformbetreiber sich aufgrund der mangelnden Transparenz der entsprechenden Regelungen nicht durch AGB einseitig das Recht vorbehalten, im Fall der Sperrung auch die gegen Entgelt vom Kunden erworbenen digitalen Inhalte ohne Weiteres zu beseitigen.<sup>313</sup>

Das Regelungsregime der Haftung des Plattformbetreibers für auf der Plattform geteilte bzw. ausgetauschte Inhalte ist Gegenstand ständiger Veränderung und Entwicklung: Der EU-Gesetzgeber hat mit der E-Commerce-RL<sup>314</sup> zunächst das im US-amerikanischen Recht entwickelte Plattformprivileg<sup>315</sup> übernommen,<sup>316</sup> sieht sich aber angesichts der schieren Menge und Bedeutung von Rechtsverstößen, die nicht immer zu einem in Anspruch zu nehmenden Störer zurückverfolgt werden können, zunehmend bewegt, auch die Plattformen in die Pflicht zu nehmen. Die Haftung von Plattformbetreibern betrifft aber meist die Sonderkonstellation der Verletzung drittschützender Sorgfaltspflichten, bei denen es um die Pflicht zur Vermeidung von Rechtsverletzungen durch Nutzer der Plattform geht. Vor dem Hintergrund des deliktsrechtlichen Verschuldensprinzips, nach dem jeder nur für eigene schuldhaftige Handlungen einzustehen hat, ist die Haftung des Plattformbetreibers deshalb nicht unproblematisch.<sup>317</sup> In Ermangelung der Möglichkeit einer Inanspruchnahme des Primärschädigers hat die Rechtsprechung das Plattformprivileg allerdings schon früh durch die Anerkennung einer **Störerhaftung** mit auf Beseitigung gerichteten quasi-negatorischen Ansprüchen der Verletzten gegenüber Plattformen (§ 1004 analog) durchbrochen, sog. Notice and Take Down Verfahren. Dabei geht der BGH allerdings nicht so weit, auch eine „proaktive Prüfpflicht“ bzgl. rechtswidrigen Inhalten auf der Plattform zu verlangen.<sup>318</sup> Die in der Entwicklung des Notice and Take Down Verfahrens vorgenommene Grundrechtsabwägung wurde mittlerweile auch vom BVerfG als verfassungsgemäß gebilligt.<sup>319</sup> Bei Rechtsverletzungen auf Plattformen setzt eine Haftung des Betreibers also grundsätzlich erst einmal das Tätigwerden des Verletzten durch Erhebung einer Beschwerde bzw. eines Löschungsantrags voraus.<sup>320</sup>

Das Notice and Take Down Prinzip gilt allerdings nur für fremde Inhalte. Bezüglich solcher Inhalte, für die entweder der Betreiber selbst verantwortlich ist oder die er sich zu eigen gemacht hat, haftet er auch nach den allgemeinen Grundsätzen, vgl. auch § 7 Abs. 1 TMG. Das ist der Fall, wenn der Plattformbetreiber nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157) zu erkennen gibt, für die inhaltliche Richtigkeit der Inhalte einstehen zu wollen oder sich sonst mit dem Inhalt zu identifizieren.<sup>321</sup> Derartige eigene, haftbare

311 Hauck/Blaut NJW 2018, 1425 (1428 f.).

312 OLG Brandenburg MMR 2009, 262 (262); KG MMR 2005, 764.

313 OLG Köln MMR 2016, 387.

314 RL 2000/31/EG.

315 Vgl. Section 512 US Copyright Act bzgl. Urheberrechtsverletzungen; Section 230 US Communications Decency Act bzgl. Persönlichkeitsverletzungen.

316 Gem. Art. 15 Abs. 1 der E-Commerce-RL dürfen Internet-Dienstleistern „keine allgemeine Verpflichtung auferlegt werden, die von ihnen übermittelten oder gespeicherten Informationen zu überwachen oder aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen“. Zudem ist in Art. 12 ff. der Richtlinie das Haftungsregime für Access, Host und Content Provider geregelt, das der deutsche Gesetzgeber in §§ 7 ff. TMG umgesetzt hat.

317 Wagner GRUR 2020, 329 (336).

318 BGH GRUR 2018, 642 (645) Rn. 34 – Internetforum.

319 BVerfG GRUR 2020, 88 (98) Rn. 113 – Recht auf Vergessen II.

320 Wagner GRUR 2020, 447 (448).

321 BGH GRUR 2016, 855 Rn. 17 – www.jameda.de; BGH GRUR 2010, 616 Rn. 24 – marionskochbuch.de; BGH NJW 2017, 2029 Rn. 18; BGH NJW 2015, 3443 Rn. 25; BGH NJW 2012, 2345 Rn. 11; Hofmann, JuS 2017, 713 (717 f.).

Inhalte sind nach Ansicht des BGH beispielsweise auch die Suchwortergänzungsvorschläge bei der Eingabe eines Suchbegriffs in Google (auto-complete Funktion).<sup>322</sup>

- 140 Neben der Rechtsprechung haben sich mittlerweile zudem sowohl der europäische als auch der nationale Gesetzgeber bereichsspezifisch Haftungskonstellationen für Plattformen geregelt. Zur Bekämpfung von Hate Speech in Sozialen Medien hat der deutsche Gesetzgeber das NetzDG erlassen. Der europäische Gesetzgeber hat nach kontroversen rechtlichen und politischen Diskussionen 2019 die **RL (EU) 2019/790 über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt** verabschiedet, welche insbesondere im Bereich der Haftung der Host Provider eine Haftungsverschärfung für sog. content-sharing service providers vorsieht. Das sind Plattformen, die bei der Wiedergabe ihrer Inhalte eine aktive Rolle einnehmen, indem sie eine größere Menge von Beiträgen kuratieren und bewerben (z.B. YouTube).<sup>323</sup> Diesen Anbietern für das peer-to-peer Teilen von Online-Inhalten wird in Art. 17 Abs. 3 der RL das in der E-Commerce-RL noch vorgesehene Providerprivileg wieder entzogen, sodass sie gemäß Art. 17 Abs. 1 der RL für Urheberrechtsverletzungen haftbar gemacht werden können. Die Plattformen werden dadurch zu einer ex ante Kontrolle der Inhalte gezwungen, wobei zugleich besondere Sorgfaltsmaßstäbe aufgestellt werden, anhand derer das Verschulden einer Urheberrechtsverletzung zu messen ist.<sup>324</sup> Weitere Veränderungen des Regelungsregimes der E-Commerce RL sind zudem im derzeit seitens der EU-Kommission geplanten Digital Services Act (Rechtsakt über digitale Dienste) zu erwarten, welches sich aktuell in der Konsultationsphase befindet.<sup>325</sup> In der öffentlichen Diskussion wird die Haftungsverschärfung der Content-sharing Plattformen vor allem aufgrund der Befürchtung eines Overblocking-Effekts immer wieder scharf kritisiert. Dabei wird vor allem befürchtet, dass Plattformen aufgrund strengerer Haftungsmaßstäbe in Zweifelsfällen dazu tendieren werden, Inhalte zu löschen, um Haftungs- und Prozessrisiken vorzubeugen – und dadurch mittelbar sog. chilling effects für den öffentlichen Meinungsbildungs- und -äußerungsprozess verursachen. Der bei Rechtmäßigkeit des Inhalts aus dem Nutzungsvertrag hervorgehende Wiederherstellungsanspruch des hinter dem Post stehenden Nutzers gegenüber der Plattform vermag dieses Haftungsrisiko nicht auszugleichen, da ein solcher Wiederherstellungsanspruch nur das vertragliche Erfüllungsinteresse umfasst und gegenüber dem Schadensersatzanspruch eines Verletzten in der Regel geringer wiegt. Der im Fall der rechtswidrigen Löschung bestehende Schadensersatzanspruch (Schadensersatz wegen Verletzung der Pflicht zur Wiederherstellung des Posts) ist hier ebenfalls keine Hilfe, da der Anspruch nur dem Grunde nach besteht, der Höhe nach indes regelmäßig kein zu beziffernder Vermögensschaden entstanden sein wird.<sup>326</sup> Es bleibt abzuwarten, ob solche Effekte eintreten und – wenn ja – die Regelungen modifiziert werden müssen.

## 2. Private Nutzer

- 141 Aus Sicht des privaten Nutzers einer Plattform liegt gegenüber dem Plattformbetreiber ein Plattformnutzungsvertrag, gegenüber dem Vertragspartner des über die Plattform geschlossenen Vertrags in der Regel ein Kauf-, Werk- oder Dienstvertrag vor, der im Fernabsatz geschlossen wurde. Letzterer beinhaltet die Geltung der §§ 312ff., insbesondere des Widerrufsrechts nach §§ 355, 312g, 312c sowie der Informationspflichten der §§ 312d, 312i, 312j. Im Fall eines Verbrauchsgüterkaufs sind zudem §§ 474ff. zu beachten. Dies gilt auch dann, wenn der Plattformbetreiber zugleich der Vertragspartner des auf der Plattform geschlossenen Vertrags ist (z.B. im Fall eines Direktkaufs bei Amazon); insoweit bestehen keine Unterschiede zu den allgemeinen Regeln des Fernabsatzes.

322 BGH GRUR 2013, 751 (752), Rn. 20 – Autocomplete-Funktion.

323 Gielen/Tiessen EuZW 2019, 639, 641.

324 S. auch Wagner GRUR 2020, 447 (450) m. w. N.

325 EU Kommission COM (2020) 67.

326 Wagner GRUR 2020, 447 (452).

Die **Rechtsnatur** des Plattformnutzungsvertrags bestimmt sich nach dem Maß der Nutzung der Plattform bzw. dem Schwerpunkt der Leistung des Plattformbetreibers: Bei reiner Nutzung der Plattform zu Vermittlungszwecken einer anderen Leistung besteht regelmäßig ein gesonderter Plattformnutzungsvertrag, der die Nutzung der Plattform, ggfs. das zu entrichtende Entgelt und Haftungsfragen regelt. Erbringt der Plattformbetreiber jedoch neben der Bereitstellung der Plattform noch weitere Leistungen wie z.B. den Versand der Ware, steht diese Leistung in der Regel im Vordergrund, sodass der Plattformnutzungsvertrag in den Vertrag über die eigentliche Leistung integriert wird.<sup>327</sup>

Handelt es sich bei dem Nutzer der Plattform um einen Verbraucher i.S.v. § 13, so werden die AGB nur Bestandteil des Vertrages, wenn sie nach den Maßstäben des § 305 Abs. 2 Nr. 1 wirksam **einbezogen** sind, also insb. ausdrücklich auf ihre Geltung hingewiesen wird. Das ist der Fall, wenn sie auf Basis eines „gut sichtbaren Links“ abrufbar und ausdrückbar sind.<sup>328</sup> Hier ist darauf zu achten, dass das Einziehungserfordernis im Falle der Dreiecksbeziehung des Plattform-E-Commerce doppelt gilt, nämlich sowohl im Hinblick auf die AGB des Plattformbetreibers als auch im Hinblick auf die AGB des Händlers. Zudem stellen auch Datenschutzerklärung AGB dar, wenn der Nutzer zwangsläufig die Wahl zwischen der Duldung der angezeigten Datenschutzpraxis oder dem Verzicht auf die Nutzung der angebotenen Dienste treffen muss.<sup>329</sup> Die Anforderungen an eine Einwilligung i.S.v. Art. 6 Abs. 1 lit. a) DSGVO werden indes nicht erfüllt, wenn es lediglich zur Bestätigung eines Buttons oder Ankreuzens eines Kastens kommt, der den kurzen Text „Ich stimme den Nutzungsbedingungen von ... zu und habe die Datenschutzerklärung gelesen“ enthält.<sup>330</sup>

Die am 11.6.2019 in Kraft getretene **Digitale-Inhalte-und-Dienste-RL (DID-RL)** 144 erweitert den Verbraucherschutz für Verbraucherverträge, die digitale Inhalte zum Gegenstand haben. Gemäß Art. 3 Abs. 1 DID-RL umfasst der Anwendungsbereich der Richtlinie jegliche Verträge, die die Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Es kommt also nicht auf die Vertragsart, sondern nur auf den Vertragsgegenstand an. Der EU-Gesetzgeber differenziert hier explizit nicht zwischen der Art der Gegenleistung: Erfasst sind sowohl Verträge, die eine Entgelt-Zahlung vorsehen als auch solche, bei denen das Entgelt durch die Preisgabe von Nutzerdaten „gezahlt“ wird. Während die Verwendung personalisierter Algorithmen, die die Hergabe personenbezogener Daten als Gegenleistung für die vertragliche Leistung vorsehen, zum Teil aufgrund eines Verlustes an Selbstbestimmung des Verbrauchers für sittenwidrig i.S.v. § 138 Abs. 1 gehalten wird, sodass in diesen Fällen ein Vertrag nach §§ 145ff. nicht zustande komme,<sup>331</sup> ist die Regelung des Art. 3 Abs. 2 der RL wohl als normative Anerkennung der Möglichkeit der Hergabe von Daten als Gegenleistung zu verstehen. Daten gelten aber nur dann als Entgelt i.S.d. RL, wenn der Unternehmer sie nicht ohnehin benötigt, um die Leistung erbringen zu können.<sup>332</sup>

Inhaltlich enthält die DID-RL insbesondere einen eigenen Mangelbegriff für digitale Inhalte. Art. 7 der RL sieht hier besondere subjektive, Art. 8 besondere objektive Anforderungen an die Vertragsgemäßheit der Leistung vor. Im Gegensatz zum Kaufrecht ist gemäß Art. 8 Abs. 2 die dauerhafte Vertragsgemäßheit der Leistung auch über den Zeitpunkt des Gefahrübergangs hinaus – unabhängig von etwaigen Parteiabreden – schon objektive Leistungsanforderung. Insbesondere bei Verträgen, die eigentlich nur eine einmalige Bereitstellung eines digitalen Inhalts zum Gegenstand haben, führt dies gemäß Art. 8 Abs. 2 lit. b) dazu, dass der Unternehmer die Leistung aktualisieren muss. Andererseits hat der Unternehmer aber gemäß Art. 19 der RL das Recht, unter bestimmten Voraussetzungen Ände-

327 Billing in Bräutigam/Rücker E-Commerce HdB 4. A. Rn. 6f.

328 BGH NJW 2006, 2976; NJW 2006, 3633.

329 KG BeckRS 2019, 8570 Rn. 41.

330 KG BeckRS 2019, 8570 Rn. 71.

331 Graf von Westphalen, ZIP 2020, 437 (445).

332 Bach NJW 2019, 1705 (1706).

rungen der digitalen Leistung vorzunehmen, auch wenn sie über das zur Erhaltung der Vertragsgemäßheit erforderliche Maß hinausgehen. Für die Normierung einer Frist, binnen derer ein Mangel erkennbar geworden sein muss, hat der europäische Gesetzgeber eine Öffnungsklausel zur Ermöglichung entsprechender nationaler Regelungen in Art. 11 Abs. 2 S. 2 DID-RL vorgesehen. Zwingend ist jedoch die einjährige Frist der Beweislastumkehr für Mängel, deren Auftreten erst nach Gefahrübergang offenbar wird – der deutsche Gesetzgeber wird diesbezüglich die bisher in § 477 geregelte halbjährige Frist auf ein Jahr verlängern müssen, Art. 12 Abs. 2 DID-RL. In Anbetracht der besonderen Schwierigkeiten bei der Rückabwicklung von Schuldverhältnissen, welche die Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, enthält die DID-RL auch einige neue Regelungen zum Rücktritt. Erstens besteht gemäß Art. 13 Abs. 1 ein Rücktrittsrecht wegen Nichtleistung nach Fristsetzung. Das Tätigwerden des Unternehmers nach der Fristsetzung hat hier „unverzüglich“ zu erfolgen, also in zeitlich engerer Grenze als bei § 323, der lediglich den Ablauf einer „angemessenen“ Frist vorsieht.<sup>333</sup> Darüber hinaus gewährt im Bereich der Schlechtleistung Art. 14 Abs. 4 der RL über § 323 Abs. 1 hinaus ein Rücktrittsrecht, wenn die Nacherfüllung (grundlos) nicht erbracht wird (lit. b), fehlschlägt (lit. c) oder der Mangel so wesentlich ist, dass dem Verbraucher ein Festhalten am Vertrag unter Fristsetzung zur Mangelbeseitigung unzumutbar ist (lit. d). Die Art. 16, 17 DID-RL regeln sodann die Rechtsfolgen bei Ausübung des Rücktrittsrechts. Da die Bereitstellung digitaler Inhalte oder Dienstleistungen keine Leistung ist, die wie ein körperlicher Gegenstand zurückgewährt werden kann, besteht in erster Linie eine Verpflichtung des Nutzers, die Nutzung der Leistung zu unterlassen, Art. 17 Abs. 1, nur im Fall der Bereitstellung eines körperlichen Datenträgers besteht auch eine Pflicht zur Rückgewähr desselben, Art. 17 Abs. 2. Der Unternehmer hat seinerseits das vom Verbraucher gezahlte Entgelt zurückzuerstatten, Art. 16 Abs. 1, bzw. vom Verbraucher „gezahlte“ persönliche Daten nach den Vorschriften der DSGVO (Art. 17 Abs. 1 DSGVO) zu löschen, Art. 16 Abs. 2. Die in der RL vorgesehenen Regelungen erwecken somit erheblicher Umsetzungsbedarf für den nationalen Gesetzgeber.

### 3. Gewerbliche Nutzer

146 Gegenüber gewerblichen Plattformnutzern bestehen zum Teil weitergehende Regelungen als im Verhältnis der Plattform zum (privaten) Endkunden. Angesichts der Vielzahl der möglichen Vertriebsformen und Vertragsgestaltungen erfolgt eine Abgrenzung der Vertragsart nach dem Schwerpunkt der Leistung, häufig handelt es sich um einen typengemischten Vertrag mit werk-, dienst-, und/oder mietvertraglichen sowie geschäftsbesorgungrechtlichen Elementen.

Eine AGB-Klausel, durch die sich der Plattformbetreiber ein uneingeschränktes unentgeltliches Nutzungsrecht an den Produkt-Lichtbildern des Händlers einräumen lässt, ist wirksam; eine Unwirksamkeit der Klausel nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 wegen Abweichung vom gesetzlichen Leitbild der §§ 11, 32 UrhG hat das OLG Köln abgelehnt.<sup>334</sup> Bei Preisvergleichsportalen gehört die Information, der Preisvergleich erfasse nur diejenigen Anbieter, die gegenüber dem Vergleichsportaltreiber eine Verpflichtung zur erfolgsbasierten Zahlung einer Provision eingingen, zu den von § 5a II VWG umfassten wesentlichen Informationen.<sup>335</sup> Die, die nicht hinreichend erkennbar gemachte Ausschließung einzelner Anbieter aus dem Vergleich, kann daher eine Aufklärungspflichtverletzung i. S. v. § 280 Abs. 1 darstellen.<sup>336</sup> Im Hinblick auf das Dreiecksverhältnis zwischen Plattformbetreiber, gewerblichem Nutzer (beispielsweise Händler) und Endkunde kann es zu kollidierenden AGB-Klauseln kommen, wenn durch die Vertragsgestaltung des Plattform-Nutzungs-

333 Bach NJW 2019, 1705 (1709).

334 OLG Köln GRUR 2015, 880 (883) Rn. 25.

335 BGH GRUR 2017, 1265 – Preisportal.

336 Hauck/Blaut NJW 2018, 1425 (1427).

vertrags ein Durchschlagen der Plattform-AGB auf den zwischen Händler und Endkunden geschlossenen (Kauf-)Vertrag vorgesehen ist.<sup>337</sup> Auch hier gilt digital jedoch nichts anderes als in der analogen Welt: In Ablehnung der Theorie des letzten Wortes liegt im Kollisionsfall ein offener Dissens nach § 154 vor, sodass die Klauseln im Zweifel nichtig sind, sofern die Parteien nicht – etwa durch die Durchführung des Vertrags – ihren Bindungswillen zu erkennen geben.

Das Europäische Parlament hat am 17.4.2019 die Verordnung zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten (**P2B-VO**)<sup>338</sup> beschlossen. Vordergründig zielt die Verordnung zwar auf die Herstellung fairer Wettbewerbsbedingungen (vgl. Art. 1 Abs. 1 der VO), da Unternehmer oft auf die Nutzung von Plattformen angewiesen sind, um Endkunden zu erreichen, und somit der Unterwerfung unter Plattform-AGB ausgeliefert sind. Durch diesen Schutz der gewerblichen Nutzer von Plattformen sollen aber mittelbar auch Verbraucher geschützt werden.<sup>339</sup> Gemäß Art. 1 Abs. 2 gilt die VO sowohl für Online-Suchmaschinen als auch für Vermittlungsplattformen, und zwar unabhängig von deren Niederlassungsort bzw. Unternehmenssitz und unabhängig vom ansonsten anwendbaren Recht; gemäß Art. 1 Abs. 3 jedoch nicht für Online-Zahlungsdienste, Online-Werbeinstrumente oder Online-Werbekampagnen, die nicht bereitgestellt werden, um die Anbahnung direkter Transaktionen zu vermitteln, und bei denen kein Vertragsverhältnis mit Verbrauchern besteht. Die Begriffe der Online-Vermittlungsdienste und Online-Suchmaschine werden sodann in Art. 2 Nr. 2 bzw. Nr. 5 der VO legal definiert. Online-Vermittlungsdienste sind danach Dienste der Informationsgesellschaft, die es gewerblichen Nutzern ermöglichen, Verbrauchern Waren oder Dienstleistungen anzubieten, wobei jeweils eine Vertragsbeziehung des Plattformbetreibers zum Unternehmer und zum Verbraucher erforderlich ist. Ein Vertragsschluss zwischen Verbraucher und Unternehmer ist allerdings gemäß Art. 2 Nr. 2 lit. b) ausdrücklich nicht erforderlich. Von dieser sehr weiten Definition sind beispielsweise Online-Marktplätze, Vertriebsplattformen für Softwareanwendungen oder Online-Dienste sozialer Medien erfasst.<sup>340</sup>

Kernstück der P2B-VO ist die Normierung besonderer Anforderungen an die AGB-Gestaltung. Diese richten sich in erster Linie an Online-Vermittlungsdienste; für Online-Suchmaschinen sind die Anforderungen weniger streng.<sup>341</sup> Die eigenständige Legaldefinition des AGB-Begriffs in Art. 2 Nr. 10 der VO ist dabei weiter als die des § 305 Abs. 1 S. 1, da die VO auch solche Klauseln erfasst, die zwischen den Parteien ausgehandelt wurden, während nach nationalem Recht nur einseitig gestellte Regelungen AGB sein können.<sup>342</sup> Inhaltlich sieht die VO für die AGB-Gestaltung im Vergleich zum deutschen nationalen Recht vor allem neue Informationspflichten vor, nämlich hinsichtlich der Gründe für die Einschränkung oder Beendigung der Bereitstellung der Plattform, Art. 3 Abs. 1 lit. c), zusätzlicher Vertriebskanäle oder Partnerprogramme, lit. d), sowie der Auswirkungen der AGB auf das geistige Eigentum der Nutzer, lit. e). Daneben bestehen zusätzliche Pflichtangaben zur Erhöhung der Transparenz der Vorgehensweise der Plattformen, vor allem beim Ranking von Angeboten (Art. 5), bei differenzierender Behandlung von Angeboten (Art. 7) und bei der Einschränkung anderer Vertriebswege (Art. 10).<sup>343</sup> Diese neuen Pflichtangaben können im nationalen Recht im Transparenzgebot des § 307 umgesetzt werden, sind aber aufgrund ihrer Strenge und inhaltlichen Eindeutigkeit eine echte Neuerung für das nationale Recht.<sup>344</sup> Gemäß Art. 3 Abs. 1 P2B-VO müssen darüber hinaus alle

337 Schötle in Auer-Reinsdorff/Conrad IT-R-HdB § 25 Rn. 274.

338 VO (EU) 2019/1150.

339 Busch GRUR 2019, 788.

340 Erwägungsgrund 11 der P2B-VO.

341 Voigt/Reuter MMR 2019, 783 (784).

342 Brodersen/Eickemeier K&R 2020, 397 (398).

343 Brodersen/Eickemeier K&R 2020, 397 (400 f.) m. w. N.

344 Voigt/Reuter MMR 2019, 783 (785).

AGB-Klauseln stets klar und verständlich formuliert sowie jederzeit verfügbar sein und Informationen bezüglich der Beendigungsmöglichkeiten und zusätzlichen Vertriebskanäle enthalten. Dieses allgemeine Transparenzgebot ist im Vergleich zur bestehenden nationalen Rechtslage in § 307 zwar keine materielle Neuerung, aufgrund des Harmonisierungseffekts für den gesamten europäischen Bereich aber trotzdem sinnvoll.<sup>345</sup> Genügen einzelne Klauseln den in der VO gestellten Anforderungen nicht, sind sie gemäß Art. 3 Abs. 3 unwirksam. Die Rechtsfolge der Nichtigkeit bei Unmöglichkeit der Trennung des unwirksamen vom restlichen Teil entspricht der Regelung des § 306 Abs. 1. Zudem dürfen AGB gemäß Art. 8 lit. a) nicht rückwirkend verändert werden. Änderungen mit Wirkung für die Zukunft sind nur unter den einschränkenden Voraussetzungen des Art. 3 Abs. 2 möglich. Hier ist insbesondere eine Informationspflicht und das Abwarten einer angemessenen Vorlaufzeit zu beachten.

- 149 Das Einschreiten des nationalen, aber insbesondere auch des EU-Gesetzgebers im Bereich der Plattformregulierung ist mit steigender Tendenz zu beobachten, und zwar sowohl im rein gewerblichen Bereich als auch im Verbraucherrecht. Im Rahmen dieser Entwicklungslage sind auch künftig vermehrt Änderungen der Rechtslage zu erwarten, die ihrerseits eine Anpassung der AGB im Online-Bereich erforderlich machen werden. Der E-Commerce wird damit weiterhin spannendes Sujet der Rechtsentwicklung bleiben.

#### Literaturhinweise:

##### • Bücher

*Auer-Reinsdorff/Conrad*, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, München; *Bartsch/Lutterbeck*, Neues Recht für Neue Medien, Köln 1998; *Hilty*, Information Highway, Bern, 1996; *Cichon*, Internetverträge. Verträge über Internet-Leistungen und E-Commerce, 2. Aufl. Köln 2005; *Hoeren/Sieber/Holznapel*, Handbuch Multimedia-Recht, Loseblatt, 51. Aufl. 2020, München; *Kröger/Gimmy*, Handbuch zum Internetrecht, 2. Aufl., Berlin 2002; *Martinek/Semler/Flohr*, Handbuch des Vertriebsrechts, 4. Auflage 2016; *Redeker*, IT-Recht, 7. Auflage. München 2020; *Scheurle/Mayen*, Telekommunikationsgesetz, 3. Aufl. 2018, München; *Schneider*, Handbuch EDV-Recht, 5. Aufl. 2017, Köln; *Schuster*, Vertragshandbuch Telemedia, München 2001; *Spindler*, Vertragsrecht der Internet-Provider, 2. Aufl. Köln, 2004; *Spindler/Schmitz*, Telemediengesetz, 2. Aufl. 2018, München; *Strömer*, Online-Recht, 4. Aufl. 2006, Heidelberg; *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, 8. Aufl. 1997 und 12. Aufl. 2016, Köln.

##### • Aufsätze

*Bach*, Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte, NJW 2019, 1705; *Beck*, Die Reform des Verbraucherschutzrechts – Ein erster Überblick, Jura 2014, 666; *Billing*, in: *Bräutigam/Rücker*, Handbuch E-Commerce, 1. Auflage 2017; *Borsum/Hoffmeister*, Rechtsgeschäftliches Handeln unberechtigter Personen mittels Bildschirmtext, NJW 1985, 1205; *Brodersen/Eickemeier*, Neues zur Novellierung des Markengesetzes – Chancen für den E-Commerce, K&R 2019, 217; *Bultmann/Rahn*, Rechtliche Fragen des Teleshopping, NJW 1988, 2432; *Buchmann*, Das neue Fernabsatzrecht 2014, K&R 2014, 221, 453; *Busch*, Mehr Fairness und Transparenz in der Plattformökonomie, GRUR 2019, 788; *Busch/Dannemann/Schulte-Nölke*, Ein neues Vertrags- und Verbraucherrecht für Online-Plattformen im Digitalen Binnenmarkt?, MMR 2016, 787; *Cornelius*, Vertragsabschluss durch autonome elektronische Agenten, MMR 2002, 353; *Dawirs*, Widerrufsrecht bei Verbraucherdarlehen – Ausschluss auch bei laufenden Verträgen und Sonderwissen des Darlehensnehmers?, NJW 2016, 439; *Diedrich*, Anwendbarkeit des Wiener Kaufrechts auf Softwareüberlassungsverträge, RIW 1993, 441; *Dorndorf*

<sup>345</sup> Eickemeier/Brodersen K&R 2020, 397 (399).

*Schneiderei*, E-Signing von Verträgen mittels qualifizierter elektronischer Signatur nach eIDAS. Rechtliche Fallstricke unter besonderer Berücksichtigung des Finanzsektors, CR 2017, 21; *Eckert*, Teleshopping – Vertragsrechtliche Aspekte eines neuen Marketingkonzepts, DB 1994, 717; *Ernst*, Der Mausclick als Rechtsproblem – Willenserklärungen im Internet, NJW-CoR 1997, 165; *Fischer-Dieskau/Gitter/Paul/Steidle*, Elektronisch signierte Dokumente als Beweismittel im Zivilprozess, MMR 2002, 709; *Föhlisch/Dyakova*, Das Widerrufsrecht im Onlinehandel – Änderungen nach dem Referentenentwurf zur Umsetzung der Verbraucherrechtlicherichtlinie, MMR 2013, 71; *Föhlisch/Starinadef*, Zahlungsmittel und Vertragsschluss im Internet, NJW 2016, 353; *Fringuelli/Wallhäuser*, Formerfordernisse beim Vertragsschluss im Internet, CR 1999, 93; *Fritzemeyer/Heun*, Rechtsfragen des EDI, CR 1992, 129; *Fuchs*, Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzrecht, ZIP 2000, 1273; *Gersdorf*, Hate Speech in sozialen Netzwerken, MMR 2017, 439; *Gielen/Tiessen*, Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, EuZW 2019, 639; *Graf von Westphalen*, Verzweifelte Suche nach der verlorenen Vertragsfreiheit, ZIP 2020, 437; *Grisse*, Was bleibt von der Störerhaftung, GRUR 2017, 1073; *Guggenberger*, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – schön gedacht, schlecht gemacht, ZRP 2017, 98; *Hahn*, ZAP 1999, Fach 6, 287; *Härtig*, Die Gewährleistungspflichten von Internet-Dienstleistern, CR 2001, 37; *Handig*, Neues im Internationalen Wettbewerbsrecht – Auswirkungen der Rom II-Verordnung, GRUR Int 2008, 24; *Hauck/Blaut*, Die (quasi-)vertragliche Haftung von Plattformbetreibern, NJW 2018, 1425; *Heinrichs*, Die Entwicklung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Jahre 1998, NJW 1999, 1596; *Herresthal*, Der Widerruf von Verbraucherdarlehen und damit verbundener Kfz-Kaufverträge, ZIP 2018, 753; *Heun*, Die elektronische Willenserklärung, CR 1994, 595; *Hoeren*, Beweisklauseln in EDI-Vereinbarungen, CR 1995, 513; *Hoeren/Föhlisch*, Ausgewählte Praxisprobleme des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrichtlinie, CR 2014, 242; *Hoeren/Müller*, Widerrufsrecht bei eBay-Versteigerungen, NJW 2005, 948; *Hilbig-Lugani*, Neuerungen im Außergeschäftsraum- und Fernabsatzwiderrufsrecht, ZJS 2013, 545; *Hilty*, Information Highway, Bern, 1996; *Hofmann*, Mittelbare Verantwortlichkeit im Internet, JuS 2017, 713; *Huber/Bach*, Die Rom II-VO, IPRax 2005, 73; *Janal*, Die AGB-Einbeziehung im „M-Commerce“, NJW 2016, 3201; *Janal/Jung*, Spezialregelungen für Verträge über digitale Inhalte in Theorie und Praxis, VuR 2017, 332; *Jessen*, Vertragsgestaltung und -praxis der Online-Dienste, ZUM 1998, 282; *Kaiser/Voigt*, Vertragsschluss und Abwicklung des Electronic Commerce im Internet – Chancen und Risiken, K & R 1999, 445; *Kalscheuer/Hornung*, Das Netzwerkdurchsetzungsgesetz – Ein verfassungswidriger Schnellschuss, NVwZ 2017, 1721; *Koehler*, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Internet, MMR 1998, 289; *Köhler*, Die Rechte des Verbrauchers beim Teleshopping (TV-Shopping, Internet-Shopping), NJW 1998, 185; *Leible*, Kaufrecht, Internetrecht: Abschluss und Wirksamkeit eines Kaufvertrages bei einer Internet-Auktion, JA 2002, 444; *Lettl*, Versteigerung im Internet – BGH, NJW 2002, 363, JuS 2002, 219; *Loewenheim/Koch*, Praxis des Online-Rechts, München 2000; *Luginbühl/Wöllgast*, Das neue Haager Übereinkommen über Gerichtsstandsvereinbarungen: Aussichten für das geistige Eigentum, GRUR Int 2006, 208; *Lüdemann*, Grundrechtliche Vorgaben für die Löschung von Beiträgen in sozialen Netzwerken, MMR 2019, 279; *Mankowski*, Internet und besondere Aspekte des Internationalen Vertragsrechts, CR 1999, 581; *ders.*, Der Vorschlag für die Rom I-Verordnung, IPRax 2006, 101; *Mehnings*, Vertragsabschluss im Internet – Eine neue Herausforderung für das „alte“ BGB, MMR 1998, 30; *ders.*, Verbraucherschutz im Cyberlaw: Zur Einbeziehung von AGB im Internet, BB 1998, 2373; *Müller*, in: *Schuster*, Vertragshandbuch Telemedia, München 2001; *Müller*, Die unmittelbare Inanspruchnahme des Access-Providers, MMR 2019, 426; *Obergfell*, Das Schutzlandprinzip und „Rom II“, IPRax 2005, 9; *Petri/Göckel*, Vertragsstruktur der Internet-Backbone-Betreiber: Backbone-Access, CR 2002, 329; *Pfeiffer*, Neues Internationales Vertragsrecht – Zur Rom I-Verordnung, EuZW 2008, 622; *Piltz*, Neue Entwicklungen im UN-Kaufrecht, NJW 2007, 2159; *Rauscher/Pabst*, Die Rechtsprechung zum Internationalen Privatrecht 2005–2007, NJW 2007, 3541; *Reich*, Die neue



Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, EuZW 1997, 581; *Rüfner*, Verbindlicher Vertragsschluß bei Versteigerungen im Internet, JZ 2000, 715; *Schmidt/Brönneke*, Das Widerrufsrecht bei Fernabsatz- und Haustürgeschäften – Neuerungen durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrichtlinie, VuR 2013, 448; *Schmidt*, Einbeziehung von AGB im Verbraucherverkehr, NJW 2011, 1633; *Schmidt*, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, München; *Schmitz*, Inhalt und Gestaltung von Telekommunikationsverträgen, MMR 2001, 150; *Schuhmacher*, Wirksamkeit von typischen Klauseln in Softwareüberlassungsverträgen, CR 2000, 641; *Schuppert*, Web-Hosting-Verträge, CR 2000, 227; *Schwab*, Der verbraucherschützende Widerruf und seine Folgen für die Rückabwicklung des Vertrags, JZ 2015, 644; *Schweitzer*, Digitale Plattformen als private Gesetzgeber: Ein Perspektivwechsel für die europäische „Plattform-Regulierung“, ZEuP 2019, 1; *Specht*, Ausgestaltung der Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern zwischen Vollharmonisierung und nationalem Recht, ZUM 2017, 114; *Spindler*, Vertragsabschluss und Inhaltskontrolle bei Internet-Auktionen, ZIP 2001, 809; *ders.*, Neues im Vertragsrecht der Internet-Provider, CR 2004, 203; *ders.*, Haftung ohne Ende? Über Stand und Zukunft der Haftung von Providern, MMR 2018, 48; *ders.*, Rechtsdurchsetzung von Persönlichkeitsrechten, GRUR 2018, 365; *Spindler/Schuster*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, München; *Staudinger*, Internationales Verbraucherschutzrecht made in Germany, RiW 2000, 416; *Stockmar/Wittwer*, Die Pflicht zur Empfangsbestätigung von elektronischen Bestellungen im Spiegel der Rechtsprechung, CR 2005, 118; *Taupitz/Kritter*, Electronic Commerce – Probleme bei Rechtsgeschäften im Internet, JuS 1999, 839; *Unger*, Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher – Eine systematische Einführung, ZEuP 2012, 270; *Voigt/Reuter*, Platform-to-Business-Verordnung, MMR 2019, 783; *Wagner*, Verfahrens- und internationalprivatrechtliche Fragen beim Teleshopping, WM 1995, 1129; *Wagner/Zenger*, Vertragsschluss bei eBay und Angebotsrücknahme – Besteht ein „Loslösungsrecht“ vom Vertrag contra legem?, MMR 2013, 343; *Wagner*, Haftung von Plattformen für Rechtsverletzungen, GRUR 2020, 329; *Waldenberger*, Grenzen des Verbraucherschutzes beim Abschluß von Verträgen im Internet, BB 1996, 2365.

Entnommen aus dem Werk  
*Graf von Westphalen/Thüsing*  
**Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke**  
Verlag C. H. Beck – München

ISBN 978 3 406 50536 2

– Diese Broschur ist nicht einzeln erhältlich –