

RA Dr. Felix Buchmann, Reutlingen, und RA Dr. Carsten Föhlich, Köln*

Die Neuregelung des Wertersatzes im Fernabsatzrecht

Der Gesetzesentwurf zum „Gesetz zur Anpassung der Vorschriften über den Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen und über verbundene Verträge“ hat den Bundestag am 26. 5. 2011 mit nur geringen Änderungen passiert. Umgesetzt werden sollen vor allem die Vorgaben des EuGH zum Ersatz von gezogenen Nutzungen nach Erhalt der Ware, aber vor Ausübung des Widerrufsrechts. Angepasst werden auch die Regelungen zum Wertersatz bei bestimmungsgemäßer Ingebrauchnahme der Ware. Der Beitrag fasst die Neuregelung zusammen und erörtert die Konsequenzen für Unternehmer und Verbraucher.

I. Entwicklung des Widerrufsrechts in Deutschland

Die Fernabsatz-Richtlinie (FernARL)¹ wurde zunächst in einem Fernabsatzgesetz² umgesetzt, das kurz darauf ins BGB integriert³ wurde. Ergänzend dazu wurden Regelungen zum Widerrufsrecht in der BGB-InfoV⁴ normiert, einschließlich einer Musterwiderrufsbelehrung, die Unternehmern helfen sollte, ihren gesetzlichen Pflichten nachzukommen.⁵ Die Musterwiderrufsbelehrung wurde – weil sie die gesetzlichen Vorgaben nur unzureichend umsetzte – zunächst teilweise angepasst.⁶ Dies sollte nur ein Zwischenschritt sein, zwei Jahre später schließlich wurde die Musterwiderrufsbelehrung in Gesetzesform gegossen, indem sie mit anderen Regelungen aus der BGB-InfoV ins EGBGB verlagert wurde.⁷ Gleichzeitig wurden erneut die Vorschriften zum Widerrufsrecht im BGB geändert und ergänzt. Trotz Gesetzeskraft und Ergänzungen genügte auch dieses Muster nach Auffassung des EuGH den Vorgaben der Fernabsatzrichtlinie nicht,⁸ so dass eine weitere Anpassung bereits diskutiert werden musste, bevor die Novelle in Kraft getreten war.⁹ Mit dem nun beschlossenen weiteren Schritt will der Gesetzgeber das Urteil des EuGH¹⁰ vom 3. 9. 2009 umsetzen, in dem der EuGH die deutschen Bestimmungen zum generellen Wertersatz für gezogene Nutzungen einer Sache vor Widerruf mit der Fernabsatzrichtlinie unvereinbar für erkannt hat, da dadurch ein Verbraucher faktisch von der Ausübung seines Widerrufsrechts abgehalten werden könnte.¹¹

II. Bisherige Rechtslage, europarechtliche Vorgaben und Kritik

1. Bisherige Rechtslage

Bisher verwiesen die deutschen fernabsatzrechtlichen Regelungen pauschal auf das Rücktrittsrecht in den §§ 346 ff. BGB und die dortigen Wertersatzregelungen, ob es sich um Wertersatz für die Verschlechterung oder die Nutzung der Ware handelte, war unerheblich (Rechtsfolgenverweisung).¹² Eine Ausnahme beim Wertersatz nach widerrufem Fernabsatzgeschäft stellte in § 357 Abs. 3 BGB in

Abweichung zu § 346 Abs. 2 Nr. 3 BGB der Wertersatz für die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme dar.¹³ Auf diese Verpflichtung sowie eine Möglichkeit, Wertersatz dafür zu vermeiden, musste ein Verbraucher ausdrücklich bei oder unverzüglich nach Vertragsschluss in Textform hingewiesen werden.

Gemäß § 346 Abs. 1 i. V. m. Abs. 2 BGB hatte ein Verbraucher für den Fall, dass er die Ware vor Ausübung des Widerrufsrechts nutzte, Wertersatz für diese gezogene Nutzung zu leisten. Auszugleichen war dabei der Vorteil, den der Verbraucher erzielt hatte, unabhängig von der Frage, welchen Nachteil der Verkäufer durch die Nutzung erfahren hatte,¹⁴ wobei die Höhe des Wertersatzes für die Nutzungen bei beweglichen Sachen im Wege der zeitanteiligen linearen Wertminderung¹⁵ oder nach den Kosten einer vergleichbaren Mietsache¹⁶ ermittelt werden konnte.¹⁷ Im Onlinehandel spielt dieser Nutzungersatzanspruch jedoch bislang kaum eine Rolle, da die Berechnung und Verfolgung der in den meisten Fällen nur geringen Ansprüche bei in der Regel höchstens zweiwöchiger Nutzung häufig zu aufwendig und wirtschaftlich nicht sinnvoll war.

2. Regelung in der Fernabsatzrichtlinie

Art. 6 Abs. 1 S. 2, Abs. 2 S. 2 der FernARL besagt, dass die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Aus-

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. XI.

- 1 RL 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (ABl. EG L 144 v. 4. 6. 1997, S. 19).
- 2 FernAbsG v. 27. 6. 2000, BGBl. I S. 897.
- 3 Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. 11. 2001, BGBl. I 2001, S. 3138.
- 4 VO über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht v. 5. 8. 2002, BGBl. I S. 3002.
- 5 Dieses Ziel wurde bedauerlicherweise nicht erreicht. Vgl. LG Halle, 13. 5. 2005 – 1 S 28/05, K&R 2006, 418 = CR 2006, 709 m. Anm. Rössel; vgl. auch Buchmann, MMR 2007, 347 ff.
- 6 4. VO zur Änderung der BGB-InfoV v. 23. 10. 2008, BGBl. I S. 2069; vgl. ausf. hierzu Föhlich, MMR 2008, 205.
- 7 Zu den Änderungen Engels, K&R 2010, 361 ff.
- 8 EuGH, 3. 9. 2009 – C-489/07, K&R 2009, 703 ff. m. Anm. Ballhausen.
- 9 Zur Kritik Buchmann, K&R 2008, 505, 509; Föhlich/Buchmann, MMR 2010, 3 ff.
- 10 EuGH, 3. 9. 2009 – C-489/07, K&R 2009, 703 ff. m. Anm. Ballhausen.
- 11 BT-Drucks. 17/5097, S. 14. Zum Ganzen Schirmbacher, BB 2009, 1088 ff.
- 12 Föhlich/Buchmann, MMR 2010, 3, 4.
- 13 Dazu BGH, 3. 11. 2010 – VIII ZR 337/09, K&R 2011, 38 ff. m. Anm. Buchmann.
- 14 Schirmbacher, BB 2009, 2164, 2166; Röthel, in: Erman, BGB, 12. Aufl. 2008, § 346 Rn. 8; Faust, in: jurisPK-BGB, 4. Aufl. 2009, § 346 Rn. 92; vgl. insb. Föhlich, Das Widerrufsrecht im Onlinehandel, 2009, S. 324 zur richtigen Anspruchsgrundlage für die Abnutzungsschäden; a. A. Woißke-witsch/Pfitzer, MDR 2007, 61, 67; Özfrat-Skubinn, NJOZ 2010, 2006, 2008.
- 15 Grüneberg, in: Palandt, BGB, 70. Aufl. 2011, § 346 Rn. 10.
- 16 Lütcke, Fernabsatzrecht, 2002, § 357 Rn. 37; Grothe, in: Bamberger/Roth, BGB, 2. Aufl. 2008, § 346 Rn. 36; Wildemann, in: jurisPK-BGB (Fn. 14), § 346 Rn. 97.
- 17 Ausführlich Föhlich/Buchmann, MMR 2010, 3, 4.

übung seines Widerrufsrechts auferlegt werden dürfen, die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren sind. Der zulässige Umgang des Verbrauchers mit dem Kaufgegenstand vor Widerruf lässt sich im Übrigen nur Erwägungsgrund 14 der Fernabsatzrichtlinie entnehmen. Dem Verbraucher soll durch das Widerrufsrecht die Möglichkeit gegeben werden, das „Erzeugnis zu sehen oder die Eigenschaften der Dienstleistung im Einzelnen zur Kenntnis zu nehmen“. Die Fernabsatzrichtlinie möchte mit dieser Regelung den im Wege eines Fernabsatzgeschäfts kaufenden Verbraucher einem Käufer gleichstellen, der sich von der Ware und dem Verkäufer¹⁸ vor Vertragsabschluss ein Bild machen kann, aber nicht besserstellen.¹⁹ Es geht nur um den Ausgleich des strukturellen Informationsdefizits des Verbrauchers.²⁰ Die Fernabsatzrichtlinie regelt folglich die Frage des Nutzungsersatzes nicht ausdrücklich.

3. Kritik und die Entscheidung des EuGH in Sachen „Messner“

Die Regelungen zum Wertersatz für Nutzungen im deutschen Recht sind bereits lange in der Literatur als unzureichend kritisiert worden.²¹ Gezogen wurde eine Parallele zum *Quelle*-Urteil des EuGH,²² wonach einem Verkäufer keine Nutzungsersatzansprüche zustehen, wenn er im Falle eines Mangels der gelieferten Ware die Nacherfüllung in Form einer Neulieferung vornimmt. Dies wurde damit begründet, dass als Kosten alle in Betracht kommenden finanziellen Belastungen zu sehen seien, die einen Verbraucher davon abhalten könnten, die ihm zustehenden Ansprüche geltend zu machen.²³ Daher seien auch Wertersatzansprüche wegen gezogener Nutzungen „Kosten“ in diesem Sinne. Mit der gleichen Begründung wurde der Ersatz gezogener Nutzungen im Falle des Widerrufs eines Fernabsatzgeschäfts als Verstoß gegen Art. 6 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 S. 2 FernARL gewertet.²⁴

In diesem Sinne hat der EuGH in seiner Entscheidung in Sachen „Messner“ klargestellt, dass ein Verbraucher innerhalb der Widerrufsfrist die ihm auf diese Weise eingeräumte Bedenkzeit frei und ohne Druck nutzen können soll und auch, um die Ware auszuprobieren. Die Belastung mit einer generellen Pflicht zur Zahlung von Wertersatz für auf diese Art und Weise gezogene Nutzungen würde dazu führen, dass die Effektivität des Widerrufsrechts beeinträchtigt würde.²⁵

III. Neuregelung der Wertersatzvorschriften nach widerrufenem Fernabsatzgeschäft

1. Überblick

Durch das „Gesetz zur Anpassung der Vorschriften über den Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen und über verbundene Verträge“ werden die Wertersatzvorschriften neu gefasst. Für den Wertersatz gezogener Nutzungen wird ein neuer § 312 e BGB eingeführt, der Wertersatz für die Verschlechterung der Sache wird in § 357 Abs. 3 BGB neu geregelt. „Anpassungen für zu Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen hinzugefügten Verträgen finden sich im neuen § 312 f. BGB.“ Rein redaktioneller Natur sind die Anpassungen in den §§ 312 d und 358 BGB n. F.

2. § 312 e BGB n. F.: Neuregelung des Wertersatzes für gezogene Nutzungen

Etwas irreführend ist § 312 e BGB n. F. mit „Wertersatz bei Fernabsatzverträgen“ übertitelt. Tatsächlich verbirgt

sich hinter dieser neuen Norm lediglich eine Regelung für den Ersatz von gezogenen Nutzungen bevor das Fernabsatzgeschäft widerrufen wurde, sowohl für Warenabsatzgeschäfte (Abs. 1) als auch für Dienstleistungen (Abs. 2). Die Regelung ersetzt für gezogene Nutzungen § 357 Abs. 1 BGB, ist im Verhältnis dazu *lex specialis* und soll zusätzliche Tatbestandsvoraussetzungen enthalten.²⁶ Ziel der Regelung soll es sein, inhaltlich die Anforderungen des EuGH-Urteils in Sachen „Messner“ umzusetzen.²⁷ Die Neuregelung in § 312 e BGB n. F. soll dabei der Übersichtlichkeit dienen. Eine systematische Einordnung lässt sich allerdings nicht erkennen. Die neue Vorschrift befindet sich im Untertitel „Besondere Vertriebsformen“, innerhalb dessen die Folgen eines auf diese Weise geschlossenen Vertrags im Übrigen nicht geregelt sind. Systematisch richtiger wäre es wohl gewesen, die Norm bei § 357 BGB zu verankern, der allgemein die Rechtsfolgen des Widerrufs oder der Rückgabe regelt. Die Unterscheidung, ob § 312 e oder § 357 BGB Anwendung findet, richtet sich danach, ob die Ware bestimmungsgemäß verwendet wurde oder ob der Wertverlust durch eine Handlung entstanden ist, der auf der Seite des Verbrauchers kein Mehrwert gegenüber steht.²⁸

Für den Rechtsanwender wird der Flickenteppich im Fernabsatzrecht immer unüberschaubarer und damit immer anfälliger für Anwendungsfehler.²⁹ Die relevanten Normen für die an sich rechtlich einfache Frage, ob ein Unternehmer nach Widerruf Wertersatz verlangen kann, finden sich nunmehr in den §§ 312 c, 312 e, 357, 360, 346 BGB und im Anhang zu Art. 246 § 1 EGBGB. Dass überdies allein wegen systematisch falscher Paragrafennummerierungen Hinweise auf den Beginn der Widerrufsfrist und damit ganze Belehrungen neu formuliert und gedruckt werden müssen, ist vor dem Hintergrund der in den vergangenen Jahren bereits umzusetzenden Gesetzesänderungen für Unternehmer besonders unerträglich und in der Praxis kaum vermittelbar.

a) Fernabsatzverträge über die Lieferung von Waren

Ihrem Wortlaut nach schränkt die Vorschrift die Anwendbarkeit der allgemeinen Rücktrittsregelungen für Ansprüche des Unternehmers auf Wertersatz für gezogene Nutzungen durch den Verbraucher ein. Er kann nur noch gefordert werden, wenn (1) der Verbraucher die Ware in einer Art und Weise genutzt hat, die über die Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise hinausgeht und (2) kumulativ der Verbraucher zuvor vom Unternehmer auf diese Rechtsfolge hingewiesen und entsprechend

18 Buchmann/Hirschmann, N&R 2009, Heft 1, Beil., S. 4.

19 Föhlisch, NJW 2011, 30, 32.

20 Buchmann, K&R 2010, 533, 536.

21 Micklitz/Reich, BB 1999, 2093, 2095; Tonner, BB 2000, 1413, 1416; Rott, VuR 2001, 78, 81.

22 EuGH, 17. 4. 2008 – C-404/06, NJW 2008, 1433 = EuZW 2008, 310 = CR 2008, 481; ausführlich zu den Auswirkungen auf das Fernabsatzrecht Buchmann, K&R 2008, 505, 507 f.

23 EuGH, 17. 4. 2008 – C-404/06, NJW 2008, 1433 = EuZW 2008, 310 = CR 2008, 481.

24 Micklitz/Reich, BB 1999, 2093, 2095; Tonner, BB 2000, 1413, 1416; Rott, VuR 2001, 78, 81.

25 EuGH, 3. 9. 2009 – C-489/07, K&R 2009, 703 ff. m. Anm. Ballhausen; Föhlisch/Buchmann, MMR 2010, 3, 4.

26 BT-Drucks. 17/5097, S. 14.

27 BT-Drucks. 17/5097, S. 19; gemeint sind vermutlich die Vorgaben der Fernabsatzrichtlinie in deren Erwägungsgrund 14 bzw. Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2.

28 Zur Abgrenzung Wertersatz wegen Verschlechterung, bestimmungsgemäßer Ingebrauchnahme und Wertersatz für gezogene Nutzungen vgl. Föhlisch (Fn. 14), S. 353.

29 Zur Kritik schon Buchmann, K&R 2008, 12, 17; Föhlisch, MMR 2010, 289, 290.

§ 360 Abs. 1 oder 2 BGB über sein Widerrufs- oder Rückgaberecht belehrt worden ist, oder davon anderweitig Kenntnis erlangt hat. In der Musterwiderrufsbelehrung wird dieses Erfordernis wörtlich aufgenommen und mit dem Hinweis konkretisiert, dass mit „Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise“ das „Testen und Ausprobieren der jeweiligen Ware, wie es im Ladengeschäft möglich und üblich ist“, gemeint ist.

Die Auslegung der FernARL durch den EuGH, dass Wertersatz für gezogene Nutzungen nur verlangt werden kann, wenn die Ware auf eine mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts unvereinbare Art und Weise (Treu und Glauben oder ungerechtfertigte Bereicherung) vom Verbraucher benutzt worden ist,³⁰ soll sich in der neuen Regelung widerspiegeln. Insbesondere soll dadurch die Wirksamkeit und Effektivität des Widerrufsrechts nicht eingeschränkt werden. Das Testen der Ware soll das strukturelle Informationsdefizit³¹ des Verbrauchers bei einem Fernabsatzgeschäft ausgleichen; denn erst durch die Möglichkeit des Testens der Ware wird ein Verbraucher in die Lage versetzt, von seinem Widerrufsrecht Gebrauch zu machen.³²

aa) Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise der Ware

Kaum greifen lässt sich das Tatbestandsmerkmal der Nutzung, die in ihrer Art und Weise über die Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise der Ware hinausgeht. Schon der Wortlaut ist problematisch, da eine Prüfung vielfach nicht durch eine Inaugenscheinnahme, sondern erst durch ein Ausprobieren möglich ist, das bereits zu einem Wertverlust führen kann.³³ Die Gesetzesbegründung stellt darauf ab, „was ein Verbraucher beim Testen und Ausprobieren der gleichen Ware in einem Ladengeschäft typischerweise hätte tun können“.³⁴ Nicht umfasst sei lediglich die intensive, nicht zur Prüfung notwendige Nutzung. Dieser Ansatz lehnt sich an die Begründung des „Wasserbetten“-Urteils des BGH³⁵ an und überzeugt nur teilweise.³⁶ Geklärt werden muss dadurch für jede einzelne Ware, was dafür ein typisches Ladengeschäft ist und wie ein Verbraucher in einem solchen Geschäft die Ware testen kann. Der Gesetzgeber hatte vermutlich ein ideal ausgestattetes Fachgeschäft im Sinn, das sämtliche Produkte vollständig aufgebaut bereithält, und nicht den ständig wechselnden non-food Bereich eines Lebensmittel-discounters. Häufig erwerben Verbraucher Produkte aber gerade deshalb online, weil sie dort deutlich günstiger sind als im Ladengeschäft. Den Online-Discounters aber mit einem Fachgeschäft mit bestem Service zu vergleichen, ist nicht sachgerecht.³⁷ Hätte der Verbraucher die Ware in einem Ladengeschäft erworben, wo er sie möglichst günstig erhält, hätte er sich vermutlich einen stationären Discounters ausgesucht und nicht ein Fachgeschäft.

Auch nicht ganz eindeutig ist die Begründung, der Verbraucher dürfe die Ware so ausprobieren, wie er es in einem Ladengeschäft hätte tun können. Bei IKEA beispielsweise kann sich jeder Verbraucher die aufgebauten Möbel ansehen. Die Bausätze zusammenbauen darf ein Verbraucher dort aber nicht. Bestellt er sich also einen Bausatz nach Hause, bleibt die Frage, ob er sich nur dann einen Eindruck von der Ware verschaffen kann, wenn er sie aufbaut, um sie dann aufgebaut prüfen zu können. Der Gesetzeswortlaut und auch die Begründung des BGH in seinem „Wasserbetten“-Urteil lassen darauf schließen, dass dies von der Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise notwendig umfasst ist. Das ist auch insofern zutreffend, als die bloße Besichtigung keine Prüfung darstellt.³⁸

Gleichwohl ist die wertmindernde Nutzungshandlung zuhause gerade nicht identisch mit der Art und Weise der Prüfung der Ware im Ladengeschäft. Dies zeigt, dass der Vergleich mit dem Ladengeschäft, wie er in der Widerrufsbelehrung aufgenommen wurde, nicht ausgereift ist und bei einem Verbraucher in einigen Fällen mehr Fragen als Erkenntnisse über das ihm eingeräumte Recht hervorgerufen kann. Vor dem Hintergrund des Transparenzerfordernisses ist dies nicht unbedenklich.

bb) Belehrung über die Rechtsfolge oder anderweitige Kenntnis

Gemäß § 312 e Abs. 1 Nr. 2 BGB n. F. muss ein Verbraucher nur Wertersatz für Nutzungen leisten, wenn er zuvor auf diese Rechtsfolge hingewiesen und entsprechend § 360 BGB Abs. 1 und 2 BGB über sein Widerrufs- oder Rückgaberecht belehrt worden ist oder von beidem anderweitig Kenntnis erlangt hat. Dies soll den vom EuGH geforderten Treu und Glauben-Grundsatz gesetzlich verankern.³⁹ Geht die Nutzung über die Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise hinaus, soll hinsichtlich der Höhe des zu leistenden Wertersatzes die Wertverzehrtheorie angewendet werden (tatsächliche Nutzung im Verhältnis zur Gesamtnutzungsdauer), wobei der Rechtsprechung ausdrücklich eine Weiterentwicklung dieser Theorie überlassen wird und auch die richterliche Schätzung nach § 287 ZPO erwähnt wird.

Ungelöst bleibt das Problem des vollständigen Wertverlusts der Ware.⁴⁰ Zwar geht die Gesetzesbegründung zutreffend davon aus, dass auch der Verbraucher vom Unternehmer verlangen kann, dass dieser die Nutzungen ersetzt, die er aus dem Kaufpreis gezogen hat. Dies wird allerdings dem Verbraucher, der testweise einen Rasierer verwendet hat und sofort seine Vertragserklärung widerruft, kaum etwas nützen. Er muss den Rasierer zurückgeben, da er diesen nicht in einer Weise genutzt hat, wie dies in einem Ladengeschäft möglich gewesen wäre, zudem muss er zu hundert Prozent Wertersatz leisten⁴¹ und erhält vom Unternehmer faktisch nichts zurück – er hat folglich weder Ware noch Geld. Auch die Ausführungen des EuGH in Sachen „Messner“ vermögen dies nicht zu ändern. Dort heißt es lediglich, dass die Wirksamkeit und die Effektivität des Rechts auf Widerruf beeinträchtigt wären, wenn die Höhe des Wertersatzes für Nutzungen in keinem Verhältnis zum Kaufpreis stehen würde.⁴² Dies dürfte nur dann der Fall sein, wenn der zu leistende Wertersatz den Kaufpreis übersteigt.⁴³

Erforderlich ist de lege ferenda eine substanzielle Ausweitung der Ausnahmetatbestände und eine korrelierende Pflicht des Unternehmers, auf das Nichtbestehen eines Widerrufsrechts schon bei der Ware hinzuweisen, wenn die erstmalige bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme sofort

30 EuGH, 3. 9. 2009 – C-489/07, K&R 2009, 703 ff. m. Anm. Ballhausen; ausführlich Föhlisch/Buchmann, MMR 2010, 3, 4 f.

31 Buchmann, K&R 2010, 533, 536 m. w. N.

32 So auch BT-Drucks. 17/5097, S. 20; Kaestner/Tews, WRP 2005, 1335, 1346; Föhlisch (Fn. 14), S. 347.

33 Föhlisch, MMR 2010, 289, 290.

34 BT-Drucks. 17/5097, S. 21.

35 BGH, 3. 11. 2010 – VIII ZR 337/09, K&R 2011, 38, 41 m. Anm. Buchmann; Buchmann, BB 2010, 3097.

36 Vgl. Föhlisch, NJW 2011, 30 ff.; Buchmann, K&R 2011, 42, 43.

37 Föhlisch, NJW 2011, 30, 32.

38 Föhlisch, NJW 2011, 30, 31; Schirnbacher, BB 2009, 2164, 2166.

39 BT-Drucks. 17/5097, S. 21.

40 Buchmann, K&R 2011, 42, 43.

41 Vgl. z. B. AG Backnang, 17. 6. 2009 – 4 C 810/08, K&R 2009, 747.

42 EuGH, 3. 9. 2009 – C-489/07, K&R 2009, 703, 704, Tz. 27.

43 So auch BT-Drucks. 17/5097, S. 22.

zu einem vollständigen Wertverlust führen muss, wie z. B. bei Lebensmitteln, Medikamenten, Hygieneartikeln etc. Nur so kann ein Verbraucher vor den Gesetzen, die ihn schützen sollen, geschützt werden. Daher ist es für den Verbraucher vorteilhaft, wenn in Umsetzung des Art. 16 e) VRR⁴⁴ voraussichtlich ab dem Jahr 2013 kein Widerrufsrecht mehr besteht, wenn „versiegelte Waren geliefert werden, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder aus Hygienegründen nicht zur Rückgabe geeignet sind und deren Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde“.

cc) Beweislast

Den Unternehmer trifft in mehrfacher Hinsicht die Beweislast. Zunächst einmal muss er beweisen, dass der Verbraucher ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist, also sowohl über den Inhalt als auch den Zugang der Widerrufsbelehrung, oder dass der Verbraucher auf andere Art und Weise davon Kenntnis erlangt hat.

Da die Widerrufsbelehrung dem Verbraucher in der Regel in Textform per E-Mail zugesandt wird, ist dies bereits die erste Hürde, da der Unternehmer beweisen muss, dass die E-Mail so in den Machtbereich des Verbrauchers gelangt ist, dass dieser davon Kenntnis nehmen konnte. Setzt der Verbraucher z. B. einen Spamfilter ein, der die E-Mail in einen Spamordner verschiebt, so ist die E-Mail gleichwohl zugegangen.⁴⁵ Bei eBay schließlich muss der Unternehmer sich darauf verlassen, dass das System funktioniert, da die entscheidende E-Mail ohne sein eigenes Zutun automatisch von eBay versendet wird.

Hat der Verbraucher die Widerrufsbelehrung nicht nachweisbar erhalten, eröffnet § 312 e Abs. 1 Nr. 2, 2. Var. BGB n. F. dem Unternehmer eine weitere Möglichkeit, doch Wertersatz für gezogene Nutzungen verlangen zu können, indem er nämlich nachweist, dass der Verbraucher sowohl auf die Rechtsfolge der Nutzung als auch über sein Widerrufs- oder Rückgaberecht anderweitig Kenntnis erlangt hat. Die Gesetzesbegründung enthält keinen Hinweis, welche Konstellation der Gesetzgeber hier vor Augen hatte. Nach ihrer systematischen Einordnung ist sie eine Ausnahme nur für den Nutzungswertersatz, wenn ein Verbraucher über seine Rechte und Pflichten gemäß § 360 Abs. 1 und 2 BGB nicht nachweislich in Textform belehrt worden ist.

Insbesondere in Fällen, in denen nicht ordnungsgemäß über die Widerrufsfrist belehrt wurde und sie damit unbeschränkt läuft,⁴⁶ wird dies künftig bedeuten, dass sich ein Verbraucher darauf einstellen muss, z. B. für den Fernseher, den er ein paar Jahre verwendet hat, Nutzungswertersatz zahlen zu müssen. Vor dem Hintergrund der Beweislastverteilung wäre es für einen Unternehmer vorteilhaft, wenn unterstellt werden könnte, dass einem Verbraucher mittlerweile seine Rechte in der Regel auch ohne Belehrung in Textform bekannt sind und zu erwarten ist, dass ein Verbraucher weiß, dass er eine Sache nicht wie seine eigene nutzen darf, ohne etwas dafür bezahlen zu müssen.

Davon wird man allerdings (noch) nicht ausgehen können. Auf die grundsätzliche Pflicht, einem Verbraucher die Widerrufsbelehrung in Textform zukommen zu lassen, um ihn hinreichend über das ihm zustehende Widerrufs- oder Rückgaberecht und dessen Folgen zu belehren, kann nur in Ausnahmefällen verzichtet werden. § 312 e Abs. 1 Nr. 2 2. Var. BGB n. F. ist eine Ausnahmenvorschrift und als solche eng auszulegen.⁴⁷ In Betracht kommt z. B. der Fall, dass ein Verbraucher beim gleichen Verkäufer schon einmal etwas gekauft hat und bei diesem Kauf ordnungsgemäß belehrt wurde, ebenso der Käufer, der mit Fern-

absatzgeschäften vertraut ist (z. B. nachweisbar durch viele eBay-Bewertungen als Käufer). Schließlich ist dies denkbar, wenn der Käufer im Bestellvorgang die Widerrufsbelehrung und/oder den Hinweis zum Wertersatz für Nutzungen noch einmal explizit bestätigen muss.⁴⁸

Auch wenn der Verbraucher ordnungsgemäß belehrt worden ist, obliegt es dem Unternehmer nachzuweisen, dass die Ware über die Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise hinaus genutzt wurde. Er muss also zunächst definieren, wie die fragliche Ware in einem Ladengeschäft hätte getestet werden können und dann beweisen, dass der Verbraucher sie über ein Testen hinaus verwendet hat. Da diese nachzuweisenden Tatsachen nicht in der Sphäre des Unternehmers liegen, dürfte ein Nachweis in der Regel kaum möglich sein.

Wann eine Ware gekauft und zurückgegeben wurde, darf ebenfalls per se kein Kriterium sein. Nur weil ein Kommunikationskleid nach dem Weißen Sonntag zurückgeschickt wird, bedeutet das noch lange nicht, dass es an diesem Tag auch getragen wurde. Möglicherweise hat der Verbraucher zum Vergleich verschiedene Modelle bei verschiedenen Händlern bestellt und es ist ihm vor dem Fest nicht gelungen, wieder alle zurückzuschicken. Es ist zwar richtig, dass jeder einzelne Sachverhalt der freien richterlichen Beweiswürdigung unterliegt, das Gericht muss aber überzeugt werden, und im Zweifelsfall wird die Entscheidung gegen den beweisbelasteten Unternehmer ergehen. Ein Unternehmer wird folglich nur ein Bündel an Indizien anbieten können, die insgesamt für eine Nutzung über das Testen hinaus sprechen. Überwindet er diese Hürde, muss ein Verbraucher im Rahmen der sekundären Beweislast Umstände vortragen, die eine Nutzung über das Testen hinaus widerlegen.

dd) Fallgruppen

Die neue Rechtslage macht es unvermeidbar, jede Ware und jede Dienstleistung einer Einzelfallbetrachtung zu unterziehen. Das Risiko der Fehleinschätzung trifft aber nicht nur den Unternehmer, sondern zunächst einmal den Verbraucher, wenn er die Ware erhält und dann selbst einschätzen muss, wie er sie testen darf. Abgesehen von dem Hinweis „wie in einem Ladengeschäft möglich und üblich“ wird er bei dieser Entscheidung allein gelassen. Auch hier zeigt sich, dass die Regelungen noch nicht ausgereift sind. Nachfolgend sollen einige praxisrelevante Fallgruppen näher beleuchtet werden.

(1) Hygieneartikel und Kosmetika

Unter „Hygieneartikel“ werden Waren verstanden, die unmittelbar mit der menschlichen Haut oder Körperflüssigkeiten in Kontakt kommen, z. B. Kissen, Matratzen, Zahnbürsten, Rasierer, Erotikspielzeug, Verhütungsmittel, aber auch Produkte der Körperpflege (z. B. Cremes, Deodorant).⁴⁹

44 Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 23. 6. 2011 über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher (KOM(2008)0614 – C6-0349/2008 – 2008/0196(COD)).

45 LG Hamburg, 7. 7. 2009 – 312 O 142/09, K&R 2010, 207 = MMR 2010, 654 m. Anm. Hoppe.

46 BGH, 2. 2. 2011 – VIII ZR 103/10.

47 *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 175.

48 Diese Bestätigung sollte ein Unternehmer protokollieren.

49 *Föhlisch* (Fn. 14), S. 158; vgl. auch OLG Koblenz, 9. 2. 2011 – 9 W 680/10, das bei der Auslegung des Hygienebegriffs auf die Definition in Wikipedia („Lehre von der Verhütung der Krankheiten und der Erhaltung, Förderung und Festigung der Gesundheit“) abstellt.

Eine Matratze wird regelmäßig durch kurzes Probefliegen überprüft. Selten wird aber auch die Möglichkeit angeboten, sie mit nach Hause zu nehmen und dort auszuprobieren.⁵⁰ Das Probeschlafen in ausgepackten Bettdecken und -kissen ist hingegen auch in stationärem Handel nicht üblich.⁵¹

Produkte, die bei bestimmungsgemäßer Ingebrauchnahme in Körperöffnungen eingeführt werden, werden auch aus diesem Grund meist in sog. Blister-Verpackungen ausgeliefert, so dass auch im stationären Handel keine Möglichkeit besteht, das Produkt jenseits einer Inaugenscheinnahme in anderer Weise zu „testen“.⁵²

Im Ladengeschäft ausprobiert werden können in der Regel z. B. Duft-Tester oder eine Testpackung Make-up. Gleiches gilt für Lidschatten oder Wimperntusche. Angebrochene Kosmetika sind nach Öffnung der Verpackung meist unverkäuflich.⁵³ Dies hat der Europäische Gesetzgeber in Art. 16 e) VRRG glücklicherweise berücksichtigt.

(2) Medikamente

Soweit man das Widerrufsrecht nicht bereits wegen fehlender Eignung zur Rücksendung gemäß § 312 d Abs. 4 Nr. 1 3. Alt. BGB für ausgeschlossen hält,⁵⁴ besteht jedenfalls ein Prüfungsrecht des Verbrauchers nicht. In keiner Apotheke ist das „Testen“ eines Arzneimittels möglich und es ist kein Grund ersichtlich, dies im Versandhandel zuzulassen.

(3) Möbel

Die Schwierigkeit bei Möbeln im Versandhandel besteht darin, dass diese in der Regel nicht im montierten Zustand, sondern als Bausatz geliefert werden. Ein Zusammenbauen ist im Ladengeschäft nicht möglich, jedoch kann dort in der Regel ein zusammengebautes Möbelstück getestet werden. Ähnlich wie bei einem Wasserbett wird man dem Verbraucher zugestehen müssen, das Möbelstück aufzubauen, damit er dieses dann wie im Ladengeschäft prüfen kann. Im Falle eines Widerrufs ergeben sich allerdings zahlreiche weitere Probleme. Um die Effektivität des Widerrufsrechts nicht einzuschränken, könnte argumentiert werden, dass der Verbraucher nicht verpflichtet ist, das Möbelstück wieder zu demontieren. Stattdessen könnte er verlangen, dass es von einer Spedition abgeholt wird, denn ein Versand wird nach dem Aufbau in der Regel nicht mehr in Betracht kommen. Ist das Möbelstück verleimt oder vernagelt, ist ein Auseinanderbau zudem kaum möglich. Hier zeigt sich am Deutlichsten, dass die Regeln zum Widerrufsrecht noch nicht ausgereift sind.

(4) Bekleidung und Schuhe

Insbesondere bei Kleidungsstücken und Schuhen ist die Anprobe unerlässlich, um eine Kaufentscheidung treffen zu können.⁵⁵ Dies ist im Ladengeschäft regelmäßig möglich, sogar bei Unterwäsche, solange dies über anderer Unterwäsche oder Bekleidung erfolgt. Für Fernabsatzgeschäfte gilt nichts anderes.⁵⁶ Im Einzelfall muss geklärt werden, ob die Ware über das Testen hinaus benutzt wurde. Neben dem Zustand der Ware (etwaige Verschmutzung, Körpergeruch, etc.), kann insbesondere die Preisschildentfernung ein wichtiges Indiz für die Nutzung eines Kleidungsstücks sein.

(5) Technische Geräte

Bei manchen technischen Geräten ist ein Ausprobieren der Ware im stationären Handel durchaus üblich. So stehen

einem Verbraucher i. d. R. eine Vielzahl von Fernsehern zum Vergleich angeschlossen zur Verfügung. Auch können die Kunden mit in der Regel ausgestellten Kameras uneingeschränkt Fotos und Videos aufnehmen. Eine derartige Prüfung der Ware muss somit auch innerhalb der Widerrufsfrist möglich sein.⁵⁷ Das Ansehen von WM-Spielen auf einem Großbildfernseher hingegen dürfte auch nach dem neuen Recht über das bloße Ausprobieren hinausgehen.⁵⁸

Grundsätzlich ist die Prüfung der Eigenschaften von Mobiltelefonen (Klingeltöne, Display- und Kameraqualität, etc.) im Ladengeschäft ebenfalls möglich. Nicht üblich ist hingegen das Einlegen der eigenen SIM-Karte, so dass nach der früheren Rechtslage in diesem Fall bereits eine über die Prüfung i. S. v. § 357 Abs. 3 S. 3 BGB a. F. hinausgehende Ingebrauchnahme angenommen wurde.⁵⁹

Küchenmaschinen (z. B. Friteusen, Saftpresen, beutellose Staubsauger) können auch im stationären Handel regelmäßig nicht getestet, sondern nur in Augenschein genommen werden.

In Anbetracht der Vielfalt von Arten und Einsatzmöglichkeiten von Computern und Zubehör, ist es besonders schwierig, eine Abgrenzung zu finden. Im stationären Handel stehen i. d. R. Ausstellungsgeräte zur Verfügung, die man mit dem jeweiligen Setup testen kann. Die Funktion von RAM-Bausteinen, Grafikkarten etc. im eigenen System kann aber nicht durch Einbau in den eigenen Computer – etwa auf Kompatibilität – „getestet“, sondern nur in der Verkaufsverpackung in Augenschein genommen werden. Der Einbau von Hardware und das Installieren von Software ist keine Prüfung, sondern eine darüber hinausgehende Nutzung der Ware, die Wert- und Nutzungsersatzansprüche auslösen kann.⁶⁰

b) Fernabsatzverträge über Dienstleistungen

In § 312 e Abs. 2 BGB n. F. wurde der ehemalige § 312 d Abs. 6 BGB a. F. übernommen, inhaltlich hat sich nichts geändert. Strukturell handelt es sich auch hier um den Ersatz gezogener Nutzungen aus einer begonnenen Dienstleistung. Insofern besteht ein Gleichlauf mit den Regelungen für den Wertersatz für gezogene Nutzungen beim Warenkauf.

3. § 312 f BGB n. F.: Neuregelung für Fernabsatzverträge über Finanzdienstleistungen

Der neu eingeführte § 312 f BGB bestimmt, dass ein Verbraucher auch an seine auf den Abschluss eines hinzugefügten Fernabsatzvertrags gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden ist, wenn dieser Vertrag eine weitere Dienstleistung des Unternehmers oder eines Dritten auf

50 So z. B. das Angebot von IKEA: <http://www.ikea.com/de/de/catalog/categories/departments/bedroom/10609> (a. E.).

51 Föhlisch (Fn. 14), S. 159.

52 Becker/Föhlisch, NJW 2008, 3751, 3755.

53 Unklar Micklitz, in: Grabitz/Hilf, Das Recht der Europäischen Union, RL 97/7/EG, Stand: 37. EL 2008, Rn. 95: „Als Ausnahmeregelung ist die Vorschrift eng auszulegen, weshalb Fernabsatzverträge über Kosmetika der Richtlinie im vollen Umfang unterliegen.“; ausführlich hierzu Föhlisch (Fn. 14), S. 162 f.

54 So Föhlisch (Fn. 14), S. 154.

55 Junker, in: jurisPK-BGB (Fn. 14), § 312 d Rn. 40; Becker/Föhlisch, NJW 2008, 3751, 3755.

56 Kaestner/Tews, WRP 2005, 1335, 1349; Becker/Föhlisch, NJW 2008, 3751, 3755.

57 Kaestner/Tews, WRP 2005, 1335, 1346.

58 Vgl. AG Augsburg, 30. 10. 2006 – 23 C 4461/06; OGH, 27. 9. 2005 – 1 Ob 110/05 s., VuR 2006, 242.

59 Kaestner/Tews, WRP 2005, 1335, 1346.

60 Föhlisch (Fn. 14), S. 165.

der Grundlage einer Vereinbarung zwischen dem Unternehmer und dem Dritten zum Gegenstand hat und der Verbraucher seine auf den Abschluss eines Fernabsatzvertrags über eine Finanzdienstleistung gerichtete Willenserklärung wirksam widerrufen hat. Ferner wird § 357 BGB für den hinzugefügten Vertrag als entsprechend anwendbar erklärt; zusätzlich gilt § 312 e BGB n. F. entsprechend, wenn für den hinzugefügten Vertrag ein Widerrufsrecht gemäß § 312 d BGB besteht oder bestand. Somit wird ausdrücklich Art. 6 Abs. 7 Unterabsatz 2 der Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen⁶¹ umgesetzt. Dadurch will der Gesetzgeber der Kritik in dem Schrifttum wegen unvollständiger Umsetzung der Richtlinie Rechnung tragen. Die Regelung für die Rückabwicklung des Vertrags soll sich in die allgemeine Systematik einfügen.⁶²

4. § 357 Abs. 3 BGB n. F.: Neufassung der Wertersatzvorschriften wegen Verschlechterung der Ware

Der Gesetzgeber hat richtigerweise die Vorgaben des EuGH nicht beschränkt auf den Nutzungersatz ausgelegt, sondern diese auch auf die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme bezogen.⁶³ Eine Änderung erfährt damit auch die Regelung über den Wertersatz wegen bestimmungsgemäßer Ingebrauchnahme in § 357 Abs. 3 BGB.

Nach § 357 Abs. 3 a. F. BGB stand dem Unternehmer ein Wertersatzanspruch bei Verschlechterung der Ware wegen bestimmungsgemäßer Ingebrauchnahme zu, sofern diese nicht auf die Prüfung der Ware zurückzuführen war.⁶⁴ Bei der Wahl des Begriffs „Prüfung“ hatte der Gesetzgeber die Vorstellung, dass allein durch die Prüfung der Sache eine erhebliche Wertminderung nicht eintreten könne, was allerdings wirtschaftlich unzutreffend ist.⁶⁵ Die Vereinbarkeit der Regelung mit der Fernabsatzrichtlinie war noch vor der *Messner*-Entscheidung heftig umstritten.⁶⁶

Der Gesetzgeber hat mit der neuen Fassung der Regelung klargestellt, dass es den Grundsätzen von Treu und Glauben entspricht, Wertersatz für die weitergehende Nutzung bzw. Abnutzung der Ware leisten zu müssen, soweit die Ware über ein Testen hinaus genutzt wird. Eine Regelung, nach der der Verbraucher generell keinen Wertersatz leisten müsste, würde Raum für Missbrauch eröffnen.⁶⁷ Anders als bisher wird allerdings nicht zwischen „Prüfung“ und „bestimmungsgemäßer Ingebrauchnahme“ unterschieden. Eine Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise kann neben der bloßen Inaugenscheinnahme nur in einer bestimmungsgemäßen Ingebrauchnahme der Sache liegen.⁶⁸

5. Änderungen bei verbundenen Geschäften

Die Anpassung der Regelungen über verbundene Verträge erfolgt im Hinblick auf die Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie.⁶⁹ Durch die Ersetzung des Worts „Verbraucherdarlehensvertrag“ in § 358 Abs. 1 BGB durch das Wort „Darlehensvertrag“ soll klargestellt werden, dass der Durchgriff des Widerrufs eines verbundenen Vertrags nicht nur auf Verbraucherdarlehensverträge (§ 491 BGB) erfolgt, sondern auf alle Darlehensverträge, die mit einem Verbraucher abgeschlossen werden. Dies ist insofern erforderlich, als nach der Neufassung des § 491 BGB bestimmte Verträge nicht mehr vom Begriff des Darlehensvertrags umfasst sind, was Art. 6 Abs. 4 Fernabsatzrichtlinie widerspricht.

6. Inkrafttreten und Übergangsfrist

Das neue Recht tritt am Tag nach seiner Verkündung in Kraft. Anders als noch mit der Gesetzesänderung vom 10. 6. 2010 hat der Gesetzgeber dieses Mal nach Art. 229 EGBGB eine Übergangsfrist von drei Monaten eingeräumt. Spätestens dann müssen Versandhändler die neuen Vorschriften beachten und insbesondere auch die neue Musterwiderrufsbelehrung verwenden. Die Frist dient nicht nur der Anpassung der Praxis an die neuen Muster, sondern lässt sich nach Ansicht des Gesetzgebers auch damit begründen, dass der Inhalt der neuen Belehrung im Wesentlichen auch dem der alten Fassung entspricht.⁷⁰

7. Änderungen in der Musterwiderrufsbelehrung

Der Wortlaut der Musterbelehrungen wird ebenfalls angepasst. Es werden nunmehr im Abschnitt über die Widerrufsfolgen als Beispiel für wertersatzpflichtige gezogene Nutzungen neben den vom Unternehmer zu erstattenden Zinsen, auch die vom Verbraucher gezogenen „Gebrauchsvorteile“ ausdrücklich genannt. Dies dient der Umsetzung von § 312 e Abs. 1 BGB n. F. Bei der Lieferung von Waren ist zudem die Einschränkung in Gestaltungshinweis 8 n. F. hinzuzufügen, wonach für die Verschlechterung der Sache und für gezogene Nutzungen Wertersatz nur geleistet werden muss, soweit die Nutzungen oder die Verschlechterung auf einen Umgang mit der Sache zurückzuführen ist, der über die Prüfung der Eigenschaften und die der Funktionsweise hinausgeht. Aus Gestaltungshinweis 9 n. F. wird deutlich, dass der Verbraucher Nutzungersatz auch für den Fall zu leisten hat, wenn eine Belehrung bei bzw. unmittelbar nach Vertragsschluss nicht möglich ist. Insofern besteht auch kein Widerspruch zu § 312 e Abs. 1 BGB n. F. Anders als § 312 e Abs. 2 Nr. 1 BGB n. F. oder § 357 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB n. F. muss der Unternehmer den Verbraucher nicht vor Abgabe seiner Vertragserklärung bzw. spätestens „bei Vertragsschluss“ über diese Rechtsfolge belehren. „Zuvor“ meint vielmehr den erstdenkbaren Zeitpunkt der Nutzung. Dieser ist der Zeitpunkt des Eingangs der Ware beim Verbraucher. Eine Belehrung nach Vertragsschluss reicht somit aus.

Darüber hinaus ist der Unternehmer nicht mehr verpflichtet, den Verbraucher darüber zu informieren, wie er die Wertersatzpflicht vermeiden kann. Dieser Hinweis dürfte dem Verbraucher nicht bei der Abgrenzung zwischen einer

61 RL 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 9. 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der RL 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG (ABl. L 271 vom 9. 10. 2010, S. 16).

62 Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 17/5097, S. 16.

63 *Schirnbacher*, BB 2009, 2164, 2166; *Föhlisch/Buchmann*, MMR 2010, 3, 5.

64 Ausführlich hierzu *Föhlisch/Buchmann*, MMR 2010, 3, 5.

65 *Föhlisch*, NJW 2011, 30, 32; *Aigner/Hofmann*, FernabsatzR im Internet, 2004, S. 96 Rn. 148.

66 *Wildemann*, in: *jurisPK-BGB* (Fn. 14), § 357 Rn. 42; *Mankowski*, in: *Schulze/Schulte-Nölke*, Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, S. 357, 371; *Reich/Nordhausen*, Verbraucher und Recht im elektronischen Geschäftsverkehr, 2000, S. 114; *Ring*, in: *Dauner-Lieb/Konzen/Schmidt*, Das neue Schuldrecht in der Praxis, 2002, S. 347, 362; *Arnold/Dötsch*, NJW 2003, 187, 188; *Brönneke*, MMR 2004, 127, 132; *Schinkels*, ZGS 2005, 179 ff.; *Rott*, VuR 2001, 78, 85.

67 BR-Drucks. Drucksache 855/10, S. 12 f.

68 Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 17/5097, S. 17.

69 RL 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 23. 4. 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der RL 87/102/EWG des Rates, umgesetzt durch Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht, BGBl. 2009 I S. 2355.

70 Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 17/5097, S. 19.

Prüfung der Eigenschaften und der Funktionsweise und einer darüber hinausgehenden Nutzung helfen.⁷¹ Dieses vermeintliche Informationsdefizit wird allerdings dadurch ausgeglichen, dass der Begriff der Prüfung definiert wird, wobei der Vergleich mit den Möglichkeiten im Ladengeschäft beibehalten wurde. Ob dieser Vergleich dem Verbraucher wirklich hilft, ist zweifelhaft. Denn so wird ihm die Einschätzung auferlegt, wie er ein bestimmtes Produkt im Ladengeschäft prüfen kann. Je nachdem, ob er ein Fachgeschäft oder einen Discounter seiner Entscheidung zugrunde legt, kann sich der Umfang des Prüfungsrechts erheblich unterscheiden.⁷²

IV. Fazit

Die materiellrechtlichen Auswirkungen der Neuregelungen der Wertersatzvorschriften sind für die Praxis des Onlinehandels überschaubar, weil Ansprüche auf Nutzungswertersatz schon bislang kaum geltend gemacht wurden und auch das Recht auf „Prüfung“ nach alter Rechtslage zugunsten der Verbraucher gemeinschaftskonform weit auszulegen war. Von Bedeutung ist vor allem, dass die Widerrufsbelehrung an vielen Stellen inhaltlich geändert

werden muss. Wie schon bei den Änderungen zuvor wird die Pflicht zur Anpassung der Widerrufsbelehrung an vielen Versandhändlern vorbeigehen und Anlass für zahlreiche weitere Abmahnungen geben. Ungerechtigkeiten (wie z. B. die Verteilung der Versandkosten nach Widerruf) werden nicht bereinigt. Praktisch relevante Fragen (wie z. B. die der Prüfung „wie in einem Ladengeschäft“ bei einzelnen Warengruppen) werden zum Gegenstand von unübersichtlicher Einzelfall-Rechtsprechung werden.

Auch diese Überarbeitung des deutschen Fernabsatzrechts wird nicht von langer Geltung sein. Nur wenige Tage, nachdem das Gesetz den Bundesrat passiert hat, hat das Europäische Parlament am 23. 6. 2011 einer neuen Richtlinie über Rechte der Verbraucher zugestimmt. Diese Richtlinie soll bis zum Jahr 2013 umgesetzt werden, so dass die Halbwertszeit des deutschen Fernabsatzrechts auch bei dieser Novellierung erhalten bleibt.

⁷¹ Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 17/5097, S. 19.

⁷² Vgl. dazu schon oben unter III. 2. a) dd).

Dr. Edgar Rose, Oldenburg*

De-Mail-Gesetz in Kraft: Sicherheitsgewinn in der elektronischen Kommunikation

Seit dem 3. 5. 2011 definiert das De-Mail-Gesetz den rechtlichen Rahmen für die Einführung von De-Mail-Diensten. Akkreditierte Anbieter sollen sichere Kommunikationslösungen schaffen, bei denen die Vertraulichkeit der Kommunikation und die verlässliche Identität der Kommunikationspartner gewährleistet sind. Die Beweisbarkeit der Authentizität und des Zugangs der De-Mail soll im Vergleich zur E-Mail deutlich erhöht werden. Der folgende Beitrag stellt zentrale Regelungen des neuen Gesetzes vor und wirft die Frage auf, ob die gesteckten Ziele auf diesem Weg erreichbar sind.

I. Ausgangslage

Der Geschäftsverkehr im Internet wächst seit Jahren rasant. Allein im Online-Versandhandel sind die Umsätze von 2009 auf 2010 erneut um mehrere Milliarden auf 18,3 Milliarden Euro gewachsen.¹ Ein erheblicher Teil der dabei erforderlichen elektronischen Kommunikation findet per E-Mail statt.

Zahlreiche Städte und Gemeinden haben ihren Bürgern einen Zugang für den elektronischen Rechtsverkehr nach § 3 a Abs. 1 VwVfG bzw. nach entsprechenden Landesregelungen bereits eröffnet. Weitere werden folgen. Auch hier spielt die Kommunikation per E-Mail eine zentrale Rolle.² Allerdings wird in § 3 a Abs. 1 VwVfG die Freiwilligkeit betont.³ Neben der Verwaltung muss auch der jeweilige Bürger die elektronische Kommunikation mit der Verwaltung eröffnet haben, damit diese den Weg der elektronischen Übermittlung von Dokumenten beschreiten

kann. Akzeptanzprobleme sind daher hier ein erhebliches Hindernis.

Das Vertrauen der Bürger in die Kommunikation per E-Mail ist zu Recht begrenzt. In der juristischen Diskussion werden mindestens 7 Probleme dieser Technik benannt:⁴

- die Vertraulichkeit ist nicht gewährleistet, denn Dritte können teils leicht (Administratoren, Angestellte des Providers, Personen, die auf Empfängerseite Zugang zum Postfach erlangen), teils weniger leicht (per Spyware) Einblick nehmen;
- die Integrität ist nicht gewährleistet, denn Dritte, die Zugriff haben, können den Inhalt auch verändern;
- die Authentizität ist nicht gewährleistet, denn abgesehen von Manipulationsmöglichkeiten Dritter ist es möglich, eine E-Mail unter falschem bzw. fremdem Namen zu verschicken;
- der Zugang beim gewünschten Empfänger ist nicht gewährleistet, denn Dritte können die Weiterleitung unterdrücken oder technische Probleme verhindern den

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

¹ BHV, Versandhandel durchbricht 2010 die 30 Milliarden Euro Grenze, Pressemitteilung v. 10. 12. 2010.

² Immerhin geben 2010 rund 70 % der 25-44-jährigen Internetnutzer an, auch mit Behörden Kontakt im Netz aufzunehmen, 33 % haben behördliche Formulare per Internet übersandt (Statistisches Bundesamt, Private Haushalte in der Informationsgesellschaft, Wiesbaden 2011, S. 28).

³ Schmitz, in: Stelkens/Bonk/Sachs (Hrsg.), Verwaltungsverfahrensgesetz, 7. Aufl. 2008, Rn. 10 zu § 3 a.

⁴ Ausführlich Knopp/Wilke/Hornung/Laue, MMR 2008, 723, 724 f.; aus technischer Sicht Pohlmann, DuD 2010, 607.