

bzw. § 3 Abs. 2 TMG fallen. Insgesamt können bei Anbietern von Online-Geschicklichkeitsspielen mit Sitz im EU-Ausland mithin auch Normen wie § 33 d GewO keine Anwendung finden, da nach dem geltenden Herkunftslandprinzip für diese das Recht ihres Mitgliedsstaates gilt, in dem sie ihren Sitz haben.⁷⁷

VIII. Fazit

Der Rundgang durch die §§ 33 c, 33 d GewO hat das typische Dilemma des nach wie vor auf Räumlichkeiten bezogene Gewerberecht offenbart. Die auf Spielgeräte und deren Aufstellung zugeschnittenen Regelungen passen nicht auf Internet- und Online-Spielangebote, die verlangten Kontrollen lassen sich nicht vor Ort durchführen. Auch die Verknüpfung mit strafrechtlichen Sanktionen und der damit einhergehende Bestimmtheitsgrundsatz und die potentiellen Eingriffe in grundrechtlich geschützte Rechtspositionen sprechen dafür, die §§ 33 c, 33 d GewO nicht auf online- und Internet-Angebote auszudehnen, sondern von einer generellen Genehmigungsfreiheit von „virtuellen“

Internetangeboten für Geschicklichkeitsspiele auszugehen, die als stationäre Spielangebote unter die GewO fallen würden. Dies mag man als unbefriedigend und wenig kohärent empfinden; es ist jedoch Ausdruck der sich schon im Jugendschutzrecht abzeichnenden Linie, dass Bundesrecht orts- oder datenträgergebundene Regelungen trifft, während die Länder sich auf Medienangebote, auch im Internet, konzentrieren, wie im GlüStV, RStV oder im JMStV. Ob diese Abgrenzungen letztlich bei gleichen Inhaltsangeboten glücklich sind, und ob sie rechtspolitisch überhaupt gewollt waren,⁷⁸ steht freilich rechtspolitisch auf einem anderen Blatt, da die Trennlinien eher nach dem Ausmaß an meinungsbildender Kraft zu ziehen wären – was hier indes nicht weiter vertieft werden kann.

⁷⁷ Ebenso Bolay, ZfWG 2010, 88, 93.

⁷⁸ S. etwa Schneider, GewArch 2009, 265, 268, der auf die Gesetzgebungsgeschichte zu den Spielhallen eingeht und in diesem Zusammenhang erwähnt, dass gerade örtliche bzw. länderspezifische Besonderheiten bei der Aufstellung von Automaten zugunsten der Industrie vermieden werden sollten.

RA Dr. Felix Buchmann, Reutlingen*

Hinsendekosten, Rücksendekosten und 40-Euro-Klausel bei Fernabsatzgeschäften

Verbraucher kaufen immer häufiger im Internet ein.¹ Die im Internet angebotenen Waren sind in der Regel deutlich günstiger als in den Ladengeschäften. Dies mag einerseits an den geringeren Kosten der Internethändler liegen, andererseits aber auch an der Preistransparenz im Internet. Zuletzt waren die Versandkosten vermehrt Gegenstand der Rechtsprechung. Bei geringen Margen können sie nach der geltenden Rechtslage für die Versandhändler zu einem erheblichen Problem werden. Die unglücklichen deutschen Regelungen tragen nicht unerheblich dazu bei. Zudem deckt die aktuelle Diskussion weitere erhebliche Missstände im deutschen Recht auf.

I. Einführung

Kauft ein Verbraucher in einem Ladengeschäft ein, so kann er die ausgestellte Ware in der Regel begutachten – er weiß also, was er kauft. Dafür nimmt ein Verbraucher den Weg ins Geschäft auf sich und kann die Ware gleich mit zu sich nach Hause nehmen. Im Internet sieht der Verbraucher die Ware nicht unmittelbar, er muss sich auf die Beschreibung des Verkäufers verlassen.² Daher wird ihm ein Widerrufsrecht gewährt; der Verbraucher kann sich auf diese Weise wieder vom Vertrag lösen. Gleichzeitig wird der Verbraucher die Ware in der Regel zu einem günstigeren Preis erwerben, und er muss sich nicht selbst auf den Weg ins Ladengeschäft machen, sondern erhält die Ware über einen Transporteur. Als angemessenen Ausgleich dafür muss er Versandkosten bezahlen. Etwas anderes gilt, wenn er die Ware nicht behalten möchte und von seinem Widerrufsrecht Gebrauch macht. Nach der jüngsten Rechtsprechung des BGH³ muss ein Verbraucher

in Deutschland nunmehr in der Regel überhaupt keine Versandkosten mehr bezahlen.

Unabhängig von der Frage, ob damit wirklich eine gerechte Regelung gefunden worden ist und der Tatsache, dass die Versandhändler ihre Preisgestaltung überdenken müssen,⁴ ergeben sich in der Praxis daraus zahlreiche weitere Probleme. Der Beitrag soll die grundsätzlichen Fragen der Versandkosten nach deutschem und europäischem Recht darstellen und Lösungsmöglichkeiten aufzeigen, wie Versandhändler sich rechtskonform verhalten können.

II. Hinsendekosten

Unter den so genannten Hinsendekosten versteht man die Kosten des Versands der Ware vom Unternehmer zum Verbraucher.⁵

1. Bisheriger Meinungsstand

Die Ansichten zur Frage, ob ein Versandhändler einem Verbraucher die Hinsendekosten der Ware auferlegen darf, wenn dieser von seinem Widerrufsrecht Gebrauch

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

¹ Vgl. z. B. die Quelle-Trendstudie „Webshopping 2009“, Mai 2009.

² Davon geht auch die Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG aus (Erwägungsgrund 14). Dies mag in manchen Fällen zutreffen, in anderen hat sich der Verbraucher bereits im Ladengeschäft über die Ware informiert und möchte diese dann lediglich zu einem günstigeren Preis erwerben. Seit 1997 haben sich die tatsächlichen Gegebenheiten möglicherweise etwas geändert.

³ BGH, 7. 7. 2010 – VIII ZR 268/07; Vorabentscheidung des EuGH, 15. 4. 2010 – Rs. C-511/08, K&R 2010, 394 ff.

⁴ Buchmann, K&R 2009, 42, 44; Föhlisch, Das Widerrufsrecht im Onlinehandel, 2009, S. 319.

⁵ Föhlisch (Fn. 3), S. 319.

macht, gingen bislang auseinander.⁶ Einige Stimmen subsumierten die Kosten der Hinsendung unter die Rückgewährpflicht des Verkäufers nach § 346 Abs. 1 BGB.⁷ Danach stünde dem Unternehmer – wie auch nach der Regelung des § 448 BGB – ein Ersatzanspruch für die von ihm erbrachte Transportleistung gegen den Verbraucher zu. Von anderer Seite wurde eingewandt, dass § 448 Abs. 1 BGB nicht bei einer Rückabwicklung des Kaufvertrags anzuwenden sei. Es würde sich bei den bezahlten Versandkosten um eine Leistung an den Unternehmer handeln, die in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Erwerb der Ware stehe und demnach wie der gezahlte Warenpreis nach § 346 BGB zurückzuerstatten sei.⁸ Dagegen wurde vorgebracht, ein Anspruch des Käufers auf Erstattung der Kosten der Zusendung scheide aufgrund ihrer Einordnung als Vertragskosten, die als Schadensposition im Rahmen der Rückabwicklung nicht ausgeglichen werden könnten, aus.⁹

Der BGH hatte schließlich festgestellt, dass es nach deutschem Recht keinen ausdrücklichen Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für die Zusendung der bestellten Waren im Fall des Widerrufs gebe und legte diese Frage zur Auslegung der Fernabsatzrichtlinie (FernARL)¹⁰ dem EuGH vor.¹¹

2. Europarechtliche Grundlagen

In der FernARL aus dem Jahr 1997, die nach wie vor Grundlage der nationalen Regelungen ist, werden die Hinsendekosten nicht ausdrücklich erwähnt. Gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 2 FernARL sind die einzigen Kosten, die einem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, (eindeutig¹²) die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Ware. Streitig war bislang der Begriff der „Kosten“ im Sinne der Richtlinie.¹³ Der EuGH¹⁴ hat nunmehr klargestellt, dass der Begriff der Kosten auch die Kosten der Warenzusendung umfasst, da sämtliche im Rahmen des Vertrags angefallenen Kosten eingeschlossen seien und nicht nur die durch den Widerruf verursachten Folgekosten.

3. Deutsches Recht

Auch im deutschen Recht finden die Hinsendekosten keine Erwähnung. Vor dem Hintergrund, dass in § 357 Abs. 2 BGB die Rücksendekosten ausdrücklich und umfangreich geregelt worden sind, ist davon auszugehen, dass die Hinsendekosten vom Gesetzgeber schlicht vergessen wurden oder die Kostentragung als so selbstverständlich angesehen wurde, dass es keiner weiteren Regelung bedurfte. Der BGH hat infolge des EuGH-Urteils jüngst entschieden, dass § 346 Abs. 1 i. V. m. den §§ 312 d, 357 BGB dahingehend richtlinienkonform auszulegen sei, dass einem Verbraucher die Hinsendekosten nach wirksamem Widerruf eines Fernabsatzgeschäfts erstattet werden müssen.¹⁵

4. Belehrung über die Kostentragung der Hinsendekosten

a) Grundsätzliche Belehrungspflicht über die Erstattung

Schwierigkeiten ergeben sich in der Praxis nunmehr bei der Frage, ob – und wenn ja wie – ein Verbraucher über die Erstattung der Hinsendekosten zu belehren ist. In der FernARL findet sich zu dieser Frage keine Lösung, in Art. 4 Abs. 1 FernARL sind die Folgen nach Ausübung des Widerrufsrechts nicht genannt. Auch der EuGH hat in seiner Hinsendekosten-Entscheidung vom 15. 4. 2010 zu dieser Frage keine Stellung genommen. Im nationalen

Recht sind in Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 10 EGBGB allerdings die Rechtsfolgen des Widerrufs ausdrücklich als Teil der Belehrungspflicht genannt; über diese muss ein Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise klar und verständlich informiert werden. Liest man diese gesetzliche Verpflichtung mit dem Postulat des EuGH, das Widerrufsrecht müsse mehr als ein bloß formales Recht sein,¹⁶ und unter Berücksichtigung der Tatsache, dass die Rücksendekosten nicht nur im Gesetz, sondern auch in der Widerrufsbelehrung einen prominenten Platz erhalten haben, so kann für die Hinsendekosten nichts anderes gelten, als dass über diese ebenfalls belehrt werden muss.¹⁷ Auch der BGH verlangt, dass ein Verbraucher nicht nur über seine Pflichten, sondern auch klar und verständlich über seine Rechte aufzuklären ist.¹⁸

b) Ort der Belehrung

Fraglich bleibt dann allerdings, wo ein solcher Hinweis erfolgen soll. Eine Modifikation der – nunmehr gesetzlichen – Widerrufsbelehrung ist risikobehaftet. Wer vom gesetzlichen Muster abweicht, kann sich nicht auf dessen privilegierende Wirkung berufen.¹⁹ Andererseits ist evident, dass die Widerrufsbelehrung in der aktuellen Fassung unbrauchbar ist, da über Teile der Widerrufsfolgen, die für den Verbraucher von ganz erheblicher Bedeutung sind, nicht informiert wird und ein Verbraucher deswegen davon abgehalten werden könnte, von seinem Widerrufsrecht Gebrauch zu machen.

Die Belehrung muss aber gleichzeitig dort erfolgen, wo ein Verbraucher damit rechnet. Ein Hinweis in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen in der Rubrik „Versand“ schadet nicht; möglich wäre auch ein entsprechender Hinweis bei den Versandkosten selbst. Dies soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass der Hinweis in der Widerrufsbelehrung richtig verortet wäre. Es ist daher ein Hinweis nach der Widerrufsbelehrung zu empfehlen. Da ein Verbraucher mit einem solchen Hinweis aber nicht rechnen muss, da die Frage der Rücksendekosten bereits im Teil

- 6 Vgl. ausführlich zum Meinungsstand: *Föhlisch*, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, 2010, Teil 13.4, Rn. 305 ff.
- 7 OLG Frankfurt a. M., 28. 11. 2001 – 9 U 148/01, CR 2002, 638, 642; *Becker/Föhlisch*, NJW 2005, 3377, 3380; *Brönneke*, MMR 2004, 127, 129; *Würdinger/Ringshandl*, MMR 2008, 49; *Braun*, ZGS 2008, 129, 133 f.; *Kaestner/Tews*, WRP 2005, 1335, 1339 f.
- 8 *Kazemi*, MMR 2006, 246 f.; *Buchmann*, K&R 2009, 40, 43 f.; so auch die Vorinstanzen LG Karlsruhe, MMR 2006, 245 f.; OLG Karlsruhe, NJW-RR 2008, 1016 f., bevor der BGH diese Frage dem EuGH zur Entscheidung vorlegte.
- 9 Palandt/*Grüneberg*, 69. Aufl. 2010, § 346 Rn. 5; *Gaier*, in: MüKo-BGB, 5. Aufl. 2007, § 346 Rn. 19; *Pfeiffer*, ZGS 2008, 48, 49; *Jansen/Lattig*, JuS 2007, 550, 552 f.
- 10 RL 97/7/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 5. 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz.
- 11 BGH, Vorlagebeschluss v. 1. 10. 2008 – VIII ZR 268/07, K&R 2009, 40 ff.
- 12 *Brönneke*, Widerrufsrecht und Belehrungspflichten, 2009, S. 19; *Buchmann*, K&R 2008, 505, 508.
- 13 Vgl. ausführlich *Buchmann*, K&R 2008, 505, 508; *ders.* K&R 2009, 42, 43 m. w. N.
- 14 EuGH, 15. 4. 2010 – C-511/08, K&R 2010, 394 ff., Rn. 52, 54 ff.
- 15 BGH, Urt. v. 7. 7. 2010 – VIII ZR 268/07; Pressemitteilung Nr. 139/2010 vom 7. 7. 2010.
- 16 EuGH, 15. 4. 2010 – C-511/08, K&R 2010, 394 ff., Rn. 54; EuGH, 3. 9. 2009 – C-489/07, K&R 2009, 703 ff. – Messner; vgl. auch RL 97/7/EG, Erwägungsgrund 14.
- 17 So auch *Föhlisch*, in: Hoeren/Sieber (Fn. 5), Teil 13.4, Rn. 361. mit Verweis auf BGH, 12. 4. 2007 – VII ZR 122/06, K&R 2007, 404 ff. = MMR 2007, 514 m. Anm. *Föhlisch*; differenzierend *Brönneke* (Fn. 11), S. 59; *ders.* MMR 2004, 127, 129 f.
- 18 BGH, 4. 7. 2002 – I ZR 55/00, NJW 2002, 3396 ff.; BGH, 12. 4. 2007 – VII ZR 122/06, K&R 2007, 404 ff. = MMR 2007, 514 m. Anm. *Föhlisch*.
- 19 Vgl. z. B. LG Stuttgart, 30. 9. 2005 – 38 O 79/05, MMR 2006, 342; LG Kiel, 25. 3. 2009 – 5 O 206/08.

„Widerrufsfolgen“ behandelt wurde, ist dieser Hinweis der Deutlichkeit halber gestalterisch hervorzuheben, um nicht gegen das Gebot der Klarheit in Art. 246 § 1 Abs. 1 EGBGB zu verstoßen.

c) Inhalt der Belehrung

Schwierigkeiten bereitet zuletzt die Frage, wie über die Erstattung der Hinsendekosten zu belehren ist. Unproblematisch wäre der Hinweis nur dann, wenn nur ein Gegenstand verkauft würde oder sonst ein Teilwiderruf nicht möglich wäre. Dann könnte der schlichte Satz „Wenn Sie von Ihrem gesetzlichen Widerrufsrecht Gebrauch machen, erstatten wir Ihnen die Kosten der Zusendung der Ware von uns zu Ihnen („Hinsendekosten“)" genügen. Allerdings ist ein Teilwiderruf bei mehreren gekauften Gegenständen in der Regel möglich, der Vertrag bleibt bezüglich des Rests der Ware nach § 139 BGB wirksam.²⁰ Auch für diesen Fall muss darüber belehrt werden, ob – und wenn ja – ggf. in welcher Höhe der Verbraucher die Hinsendekosten zurückerhält. Zu unterscheiden sind insbesondere zwei Konstellationen: (1) Der Verbraucher bestellt Waren, die jeweils einzeln bestellt unterschiedliche Versandkosten verursacht hätten oder (2) der Verbraucher bestellt Waren, die einzeln bestellt alle die gleichen Versandkosten ausgelöst hätten.

Unterstellt, in der ersten Variante würde der Verbraucher den Vertrag wegen der Ware widerrufen, die (alleine verschickt) die geringeren Versandkosten ausgelöst hätte: In diesem Fall hätte der Verbraucher die tatsächlich angefallenen höheren Versandkosten sowieso bezahlen müssen. Eine Rückerstattung der Hinsendekosten kommt daher nicht in Betracht. Widerruft er hingegen den Vertrag wegen der Ware, die die höheren Versandkosten ausgelöst hat, so sind ihm die Hinsendekosten in der Höhe zu erstatten, wie sie nicht angefallen wären, wenn er diese Ware nicht bestellt hätte. Es ist folglich die Differenz zwischen dem Betrag der tatsächlich angefallenen Hinsendekosten abzüglich des Betrags für die fiktiv erforderlichen Hinsendekosten für die Ware, die beim Verbraucher verbleibt, zu erstatten. Damit wird der Verbraucher hinsichtlich der Versandkosten so gestellt, als ob er nur die Ware im Wege eines Fernabsatzgeschäfts erworben hat, die tatsächlich bei ihm verbleibt. Auf mehr hat ein Verbraucher nach der geltenden gesetzlichen Konzeption keinen Anspruch. Dieses Ergebnis hält auch der Prüfung im zweiten Beispiel stand. Durch die Rücksendung von Waren, die ihrerseits zu den gleichen Versandkosten geführt hätten, erleidet ein Verbraucher keinen ungerechtfertigten Nachteil, wenn er die tatsächlich entstandenen Hinsendekosten nicht erstattet erhält, denn diese Kosten hätte er sowieso tragen müssen.²¹ Dies gilt auch dann, wenn der Unternehmer eine Versandkostenpauschale verlangt, die unabhängig von der Anzahl oder dem Gewicht der bestellten Ware einheitlich anfällt.

Eine entsprechende Belehrung könnte somit lauten: „Wenn Sie von Ihrem gesetzlichen Widerrufsrecht Gebrauch machen, erstatten wir Ihnen die Kosten der Zusendung der Ware von uns zu Ihnen („Hinsendekosten“). Machen Sie bei mehreren bestellten Waren nur bezüglich eines Teils der Waren von Ihrem gesetzlichen Widerrufsrecht Gebrauch, so erstatten wir Ihnen die Kosten der Zusendung dieser Waren, sofern diese Kosten die Kosten für die Zusendung der bei Ihnen verbleibenden Waren übersteigen würden.“

Komplex wird eine Belehrung, wenn ein Unternehmer ab einem bestimmten Bestellwert Versandkostenfreiheit verspricht. In der Regel kann dieses Versprechen der Versandkostenfreiheit ab einem bestimmten Warenwert als AGB angesehen werden, auch wenn der Passus nicht ausdrücklich in die AGB, sondern z. B. bei den Versandkosten aufgenommen worden ist. Probleme bereitet in der Praxis der Fall, wenn ein Verbraucher zunächst über diesem Schwellenwert einkauft und dann einen Teil des Kaufvertrags widerruft, so dass die bei ihm verbleibende Ware unter den Schwellenwert der Versandkostenfreiheit sinkt.²² Für diesen Fall sollte an der gleichen Stelle klar gestellt sein, dass der Verbraucher dem Unternehmer die Hinsendekosten nachträglich erstatten muss. Sonst dürfte ein Verstoß gegen das Transparenzgebot des § 305 c Abs. 2 BGB vorliegen, der im Zweifel zum Nachteil des Versandhändlers gehen würde, denn ein Verbraucher wird keineswegs zwingend damit rechnen, dass nicht der anfängliche Bestellwert, sondern der endgültige Bestellwert nach einem möglichen Widerruf gemeint ist. Diese Vereinbarung ist auch ohne Weiteres zulässig. Versandkostenfreiheit muss einem Verbraucher nicht gewährt werden, so dass der Versandhändler die Bedingungen der Versandkostenfreiheit auch selbst (transparent) festlegen darf.

Der Transparenz halber müsste diese Folge des Widerrufs aber zusätzlich auch dort bei der Widerrufsbelehrung verankert werden, wo im Übrigen auf die Hinsendekosten hingewiesen wird; denn der Verbraucher muss über alle Pflichten infolge des Widerrufs belehrt werden.²³ Nach der hier vertretenen Ansicht könnte daher nach der Widerrufsbelehrung der oben genannte Passus wie folgt ergänzt werden: „Sollte der Versand der bestellten Waren von uns zu Ihnen aufgrund des Bestellwerts Ihrer Bestellung für Sie kostenfrei sein und machen Sie bei mehreren bestellten Waren nur bezüglich eines Teils der Waren von Ihrem gesetzlichen Widerrufsrecht Gebrauch, so dass der Teil der bei Ihnen verbleibenden Waren den Betrag der Versandkostenfreiheit nicht erreicht, so haben Sie Hinsendekosten in der Höhe zu tragen, wie sie angefallen wären, wenn Sie nur die bei Ihnen verbliebenen Waren bestellt hätten.“

Bestellt der Verbraucher lediglich mehr Ware, um so die Grenze der Versandkostenfreiheit zu erreichen, handelt er bei der Ausübung des Widerrufsrechts rechtsmissbräuchlich.²⁴ In diesem Fall steht dem Verbraucher kein Widerrufsrecht zu.

5. Zwischenergebnis

Der EuGH hat klargestellt, dass einem Verbraucher im Falle des Widerrufs des Vertrags die so genannten Hinsendekosten zu erstatten sind. Der BGH legt § 346 Abs. 1 i. V. m. den §§ 312 d, 357 BGB dem entsprechend richtlinienkonform aus. Die deutsche Musterwiderrufsbelehrung greift diese Frage ebenso wenig auf wie das nationale Recht. Gleichwohl muss ein Verbraucher über diese Konsequenz seines Widerrufs belehrt werden. Der Hinweis er-

20 *Wendehorst*, in: MüKo-BGB (Fn. 8), § 312 d, Rn. 102 f.; Palandt-*Heinrichs* (Fn. 8), § 139 Rn. 12, 14.

21 Vgl. dazu die Rechtsprechung des BGH, z. B. Urt. v. 22.3.1984 – VII ZR 50/82.

22 Vgl. dieses Beispiel bei *Ullsch*, K&R 2010, 395 (Anm. zu EuGH, 15.4.2010 – C-511/08).

23 Diese Argumentation ist Spiegelbild der Diskussion um die „40-Euro-Klausel“, vgl. dazu unter III. 3. b.; ein gestalterisches Hervorheben innerhalb der AGB ist erforderlich.

24 *Föhlich*, in: Hoeren/Sieber (Fn. 5), Teil 13.4, Rn. 292.

fordert eine differenzierte Information und sollte räumlich in unmittelbarer Nähe zur Widerrufsbelehrung erfolgen.

III. Rücksendekosten

1. Europarechtliche Grundlagen

Anders als die Hinsendekosten erfahren die Rücksendekosten in der FernARL in Art. 6 eine ausdrückliche Erwähnung. Sie sind die einzigen Kosten, die einem Verbraucher infolge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, wobei die FernARL auf die „unmittelbaren Kosten der Rücksendung“ abstellt.

2. Deutsches Recht

Das deutsche Recht greift die Anregung der FernARL dauerlicherweise nicht auf. Da die FernARL – leider²⁵ – nicht vom Gedanken der Vollharmonisierung getragen ist, sondern lediglich verbindliche Mindeststandards festlegt,²⁶ von denen der nationale Gesetzgeber zu Gunsten des Verbrauchers abweichen darf, war es dem deutschen Gesetzgeber möglich, in § 357 Abs. 2 S. 2 BGB zu regeln, dass der Unternehmer grundsätzlich die Kosten der Rücksendung zu tragen hat. Diese Regelung ist weder praxisgerecht noch vor dem Hintergrund der Kostentragungspflicht für die Hinsendekosten gerecht.

3. Höhe der Rücksendekosten

a) Grundsätzliche Fragen

Der Gesetzgeber hat sich in § 355 Abs. 1 S. 2 BGB ohne zu erkennende Notwendigkeit zudem dazu entschieden, den Widerruf auch durch die Rücksendung der Sache zuzulassen. Eine Sonderregelung trifft § 357 Abs. 2 BGB für den Fall, dass die Ware nicht per Post zurückgeschickt werden kann. In diesem Fall genügt ein Rücknahmeverlangen.²⁷ Folglich könnte ein Verbraucher ein erhaltenes Paket auch unfrei zurückschicken, wenn ihm nicht im Rahmen einer analogen Anwendung der Schadensminderungspflicht nach § 254 Abs. 2 BGB, aufgrund der Rücksichtnahmepflicht nach § 241 Abs. 2 BGB oder wegen § 242 BGB²⁸ zuzumuten ist, entweder den Versandhändler auf die Rücksendung aufmerksam zu machen oder aber die Kosten der Rücksendung vorzufinanzieren und vom Versandhändler zurückzuverlangen. Gleichzeitig könnte dem Unternehmer ein Schadensersatzanspruch aus den §§ 280 Abs. 1 i. V. m. § 241 Abs. 2 BGB zustehen.²⁹ Es ist jedenfalls nicht völlig fernliegend, dem Verbraucher zumindest ein gewisses Maß an Mitwirkungspflicht aufzuerlegen, um die Auswirkungen des Widerrufs für den Unternehmer im absolut notwendigen Rahmen zu halten.

Der Unternehmer selbst darf nach der Ansicht des OLG Hamburg³⁰ im Rahmen der Widerrufsbelehrung oder in sonstiger Weise einen Verbraucher nicht darauf hinweisen, dass unfrei versendete Pakete nicht angenommen werden oder dass eine Verpflichtung zur Frankierung besteht. Die bloße Bitte, das Paket zu frankieren, ist nicht zu beanstanden, sofern nicht der Eindruck einer Verpflichtung erweckt wird.³¹ Der Verbraucher allerdings ist verpflichtet klarzustellen, dass er von seinem Widerrufsrecht Gebrauch macht; die kommentarlose Rücksendung könnte auch als Gewährleistungsverlangen verstanden werden.³²

b) Ausnahmeregelung 40-Euro-Klausel

Eine deutsche Spezialität ist die sogenannte „40-Euro-Klausel“ in § 357 Abs. 2 S. 3 BGB, wonach dem Verbraucher die regelmäßigen Kosten der Rücksendung vertraglich auferlegt werden, wenn (1) der Preis der zurückzusendenden Sache einen Betrag von 40 Euro brutto³³ nicht übersteigt oder wenn (2) bei einem höheren Preis der Sache der Verbraucher die Gegenleistung oder eine Teilzahlung zum Zeitpunkt des Widerrufs noch nicht erbracht hat, es sei denn, dass die gelieferte Ware nicht der bestellten entspricht, wobei sich die Ausnahmeregelung nach Sinn und Zweck auf beide Tatbestände bezieht.

Die Regelung hat in der jüngeren Vergangenheit zu zahlreichen wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen geführt. Nach dem eindeutigen Wortlaut muss die 40-Euro Klausel zwischen dem Unternehmer und dem Verbraucher vereinbart worden sein. Die Belehrung im Rahmen der Widerrufsbelehrung genügt dazu nicht.

Zu unterscheiden ist zwischen Belehrungspflichten einerseits und vertraglichen Vereinbarungen andererseits.³⁴ Die Belehrungspflichten sind gesetzlich angeordnet. Sie dienen der Information eines Verbrauchers und geben letztlich nur wieder, was der Gesetzgeber zwingend in den geltenden Rechtsnormen angeordnet hat. Eine Vereinbarung mit dem Verbraucher über diese gesetzlichen Tatsachen ist daher nicht erforderlich; sie gelten auch ohne eine entsprechende Vereinbarung.

Etwas anderes gilt, wenn im vertraglichen Schuldverhältnis zwischen Versandhändler und Verbraucher etwas gelten soll, was gesetzlich nicht oder anders geregelt ist. Hier bedarf es einer vertraglichen Vereinbarung. Diese kann allerdings nicht im Rahmen einer Belehrung erfolgen, denn über den Inhalt einer Belehrung bedarf es gerade keiner Vereinbarung, so dass sich der Wille des Verbrauchers nicht darauf erstreckt, diesen Inhalt als Vertragsbestandteil zu akzeptieren. Vielmehr wird ihn eine solche Vertragsklausel im Rahmen einer Belehrung überraschen.³⁵

In der Praxis hatte sich daher eingebürgert, die Widerrufsbelehrung in den AGB abzudrucken, um auf diese Weise die 40-Euro-Klausel zum Vertragsinhalt werden zu lassen. Allerdings ist auch dieses Vorgehen nicht geeignet, eine wirksame Vereinbarung darüber herbeizuführen.³⁶ Zum einen muss ein Verbraucher – trotz der Überschrift „Allgemeine Geschäftsbedingungen“ – nicht unbedingt erwar-

25 Vgl. ausführlich *Föhlisch/Buchmann*, MMR 2010, 3 ff.

26 Zur historischen Entwicklung vgl. *Föhlisch*, Das Widerrufsrecht im Onlinehandel, S. 13 ff.

27 *Ring*, in: Nomoskommentar BGB 2. Aufl. 2008, § 357 Rn. 26.

28 So z. B. das AG Aachen für die Erhöhung von Versandkosten durch Expresskostenzuschlag, 23. 8. 2006 – 10 C 206/06.

29 *Kästner/Tews*, WRP 2005, 1335, 1343; *Brönneke*, MMR 2004, 127, 131.

30 OLG Hamburg, 12. 9. 2007 – 5 W 129/07, K&R 2007, 655; 14. 2. 2007 – 5 W 15/07, GRUR-RR 2007, 289; 24. 1. 2008 – 3 W 7/08, CR 2008, 396; vgl. aus der Literatur auch *Brönneke*, MMR 2004, 127, 131; *Kästner/Tews*, WRP 2005, 1335, 1342; *Föhlisch* (Fn. 3), S. 306.

31 OLG Hamburg, 20. 4. 2007 – 3 W 83/07, MMR 2008, 57; zum Ganzen ausführlich *Föhlisch* (Fn. 3), S. 306 f.

32 Vgl. AG Schopfheim, 19. 3. 2008 – 2 C 14/08, MMR 2008, 427; *Föhlisch*, in: Hoeren/Sieber (Fn. 5), Teil 13.4, Rn. 287.

33 Palandt-*Grüneberg* (Fn. 8), § 357 Rn. 6.

34 A. A. und für eine Doppelnatur: *Föhlisch*, in: Hoeren/Sieber (Fn. 5), Teil 13.4, Rn. 94 f.: Der durchschnittliche Verbraucher könne zwischen Belehrung und Vereinbarung nicht unterscheiden. Ebenso LG Frankfurt a. M., 4. 12. 2009 – 3-12 O 123/09, K&R 2010, 208 ff.; vgl. auch *Thüsing*, in: Staudinger, Bearb. 2005, § 312 c Rn. 32; *Micklitz*, in: Handkommentar Vertriebsrecht, 2002, § 312 c Rn. 35.

35 *Föhlisch*, in: Hoeren/Sieber (Fn. 5), Teil 13.4, Rn. 94 f.

36 Vgl. z. B. OLG Stuttgart, 10. 12. 2009 – 2 U 51/09.

ten, dass sich unter der weiteren Überschrift „Widerrufsrecht“ und der dort abgedruckten Widerrufsbelehrung auch eine vertragliche Vereinbarung verbirgt.³⁷ Zum anderen weicht die Widerrufsbelehrung vom Wortlaut des § 357 Abs. 2 S. 3 BGB ab. Denn vertraglich auferlegt werden können nur die „regelmäßigen Kosten der Rücksendung“, die Musterwiderrufsbelehrung belehrt aber nur über die „Kosten der Rücksendung“. Selbst wenn man annehmen würde, eine Widerrufsbelehrung wäre außerhalb der AGB eine reine Belehrung, innerhalb der AGB aber eine vertragliche Vereinbarung, so würde diese Vereinbarung den gesetzlichen Vorgaben nicht genügen. Auch insoweit bedarf es einer Überarbeitung der Musterwiderrufsbelehrung, denn die gegenwärtig verwendete Fassung ist irreführend. Ein Verbraucher könnte annehmen, er habe jegliche Kosten der Rücksendung zu tragen, nicht lediglich die regelmäßigen Kosten. Dadurch könnte er von der Ausübung seines Widerrufsrechts abgehalten werden.

Folglich muss in die Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine entsprechende Regelung aufgenommen werden. Diese könnte lauten:

„Sollten Sie von Ihrem Widerrufsrecht Gebrauch machen, so haben Sie die regelmäßigen Kosten der Rücksendung zu tragen, wenn die gelieferte Ware der bestellten entspricht und wenn der Preis der zurückzusendenden Ware einen Betrag von EUR 40,- inkl. MwSt. nicht übersteigt oder wenn Sie bei einem höheren Preis der Sache zum Zeitpunkt des Widerrufs noch nicht die Gegenleistung oder eine vertraglich vereinbarte Teilzahlung erbracht haben.“

4. Zwischenergebnis

Der deutsche Gesetzgeber hat mit den Rücksendekosten eine für die Versandhändler unzumutbare Regelung getroffen. Die 40-Euro-Klausel mag gut gemeint gewesen sein, hatte aber zahlreiche Abmahnungen zur Folge. Die Gerichte haben zutreffend entschieden, dass die Klausel außerhalb der Widerrufsbelehrung mit dem Verbraucher vereinbart werden muss. Diese Vereinbarung kann in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen geschehen, wobei auf die exakte, von der Musterwiderrufsbelehrung abweichende, Formulierung zu achten ist.

IV. Folgen für die Praxis

Versandhändler haben nach geltendem deutschen Recht im Falle des vollständigen Widerrufs eines Fernabsatzvertrags sämtliche anfallenden Versandkosten zu tragen. Dies musste infolge des EuGH-Urteils nun auch der BGH feststellen. Diese Regelung ist nicht sachgerecht. Sie belastet die Versandhändler einseitig, ein Verbraucher hat nach geltendem Recht bei Fernabsatzgeschäften nur Vorteile.

Neben dieser ungerechten Lastenverteilung drohen den Versandhändlern auch noch erhebliche Risiken, eine Abmahnung zu erhalten. Die Widerrufsbelehrung ist in der geltenden Fassung nicht nur wegen der Wertersatzvorschriften unvollständig,³⁸ sondern auch hinsichtlich der Versandkosten. Die komplizierten Regelungen zu den Versandkosten im BGB sind für einen Versandhändler kaum mehr durchschaubar und lassen sich in der Praxis auch kaum vermitteln. Wer richtig über die Versandkosten im Falle eines Widerrufs belehren möchte, muss weitere komplizierte Klauseln nach der Widerrufsbelehrung ergänzen.

V. Aussichten

Das vielseitig erwartete neue Fernabsatzrecht, das am 11. 6. 2010 in Kraft getreten ist,³⁹ hat nur zum Teil Verbesserungen für den Online-Handel gebracht. Die Musterwiderrufsbelehrung hat nunmehr Gesetzeskraft und kann so nicht mehr abgemahnt werden. Richtiger ist sie dadurch aber nicht geworden. Eklatante Probleme wurden überhaupt nicht gelöst, andere eher unglücklich. Zwar soll nun z. B. bei Verkauf von Waren über eBay wegen § 355 Abs. 2 S. 2 BGB ebenfalls nur eine Widerrufsfrist von 14 Tagen gelten, allerdings gilt dies nur, wenn die Widerrufsbelehrung unverzüglich nach Vertragsschluss an den Verbraucher in Textform übermittelt wurde, womit der sicherlich unvorteilhafteste aller diskutierten Vorschläge⁴⁰ umgesetzt wurde. Mit dem Begriff der Unverzüglichkeit wurde ohne jede Notwendigkeit weiterer Spielraum für Diskussionen gelassen.⁴¹

Der nunmehr vorliegende Referentenentwurf für die Anpassung der Wertersatzvorschriften löst die hier behandelten Probleme hinsichtlich der Versandkosten ebenfalls nicht, er sieht eine Anpassung der Vorschriften zu den Versandkosten nicht vor. Das deutsche Fernabsatzrecht droht immer weiter durch spezielle Einzelfallregelungen zum unübersichtlichen Flickenteppich zu werden.

VI. Ergebnis

Angesichts der erheblichen und nach wie vor wachsenden wirtschaftlichen Bedeutung der Fernabsatzgeschäfte muten die Diskussionen über das deutsche Fernabsatzrecht mitunter skurril an. Der deutsche Gesetzgeber hinkt der Rechtsprechung des EuGH glücklos hinterher, obgleich alle praxisrelevanten Themen in der wissenschaftlichen Literatur längst bekannt waren und hinreichend diskutiert wurden. Ein Blick ins Internet unter den Suchbegriffen „Fernabsatzrecht“ und „Abmahnung“ sollte genügen, um sich der Probleme bewusst zu werden, die die deutschen Regelungen immer wieder schaffen.

Die Bestimmungen über die Versandkosten sind ungerecht – ein Versandhändler hat die Hin- und Rücksendekosten der Ware zu tragen, wenn der mit ihm geschlossene Fernabsatzvertrag vollständig widerrufen wird. Über diese Kostenfolgen muss ein Versandhändler belehren, die Belehrung des Verbrauchers wird immer komplizierter. Eine Anpassung der Regelungen im BGB ist dringend erforderlich. In dieser Form ist die Lastenverteilung zwischen Verbraucher und Unternehmer nicht mehr vermittelbar.

37 OLG Stuttgart, 10. 12. 2009 – 2 U 51/09; OLG Hamm, 2. 3. 2010 – 4 U 180/09; OLG Koblenz, 8. 3. 2010 – 9 U 1283/09, K&R 2010, 353; OLG Hamburg, 17. 2. 2010 – 5 W 10/10; LG Dortmund, 26. 3. 2009 – 16 O 46/09; LG Hannover, 17. 3. 2010 – 22 O 16/10; a. A. LG Frankfurt a. M., 4. 12. 2009 – 3-12 O 123/09, K&R 2010, 208 ff.

38 Es liegt bereits ein Referentenentwurf für ein Gesetz zur Anpassung der Vorschriften über den Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen vom 23. 3. 2010 vor.

39 Übersicht bei Engels, K&R 2010, 361 ff.

40 Vgl. Buchmann, K&R 2007, 14 ff.

41 Der Versandhändler trägt zudem die Beweislast für den Zugang der E-Mail, die ggf. gar nicht über sein System, sondern direkt über eBay versandt wurde. Gelingt dem Versandhändler der Nachweis, dass unverzüglich nach Vertragsschluss dem Verbraucher eine Widerrufsbelehrung zugegangen ist nicht, so hat dies nicht nur zur Konsequenz, dass er falsch über das Widerrufsrecht belehrt und somit wettbewerbswidrig handelt, sondern auch, dass das Widerrufsrecht wegen § 355 Abs. 4 BGB überhaupt nicht erlischt. Zudem ist die Beweiskraft von E-Mails überschaubar vgl. z. B. OLG Köln, 6. 9. 2002 – 19 U 16/02, K&R 2003, 83 f.

RAin Dr. Anna-Katharina Lohbeck, Frankfurt a. M.*

Neue Informationspflichten für Dienstleistungserbringer

Am 17. 5. 2010 ist die Verordnung über Informationspflichten für Dienstleistungserbringer in Kraft getreten. Diese begründet neue Informationspflichten für Dienstleistungsunternehmen, welche zusätzlich zu bereits bestehenden Informationspflichten, etwa nach dem Telemediengesetz oder der Preisangabenverordnung, zu beachten sind. Mit der Verordnung setzt Deutschland einige der Vorgaben der europäischen Dienstleistungsrichtlinie in deutsches Recht um.

I. Entstehungsgeschichte

1. Dienstleistungsrichtlinie

Die Dienstleistungs-Informationspflichten-Verordnung¹ (DL-InfoV) hat ihren Ursprung in der RL 2006/123/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. 12. 2006 über Dienstleistungen im Binnenmarkt (Dienstleistungsrichtlinie).² Diese schreibt den Mitgliedstaaten die Schaffung einheitlicher Vorschriften vor, die die Gründung von Dienstleistungsunternehmen und die grenzüberschreitende Erbringung von Dienstleistungen vereinfachen soll, mit dem Ziel der Verwirklichung der Niederlassungsfreiheit und des freien Dienstleistungsverkehrs. Darüber hinaus soll die Richtlinie die Rechte der Empfänger der Dienstleistungen durch die Schaffung größerer Transparenz und besserer Information der Verbraucher stärken.³ Die hierzu aus Sicht des europäischen Gesetzgebers erforderlichen Informationspflichten für Dienstleistungserbringer sind in Art. 22 Abs. 1 bis 4 sowie Art. 27 Abs. 1 und 4 der Dienstleistungsrichtlinie festgelegt. Die Dienstleistungsrichtlinie hätte in ihrer Gesamtheit durch die Mitgliedstaaten bis zum 28. 12. 2009 in nationales Recht umgesetzt werden müssen. Die Europäische Kommission hat zwischenzeitlich gegen Deutschland und 11 weitere Mitgliedstaaten ein Vertragsverletzungsverfahren aufgrund der nicht fristgerechten Umsetzung eingeleitet.⁴

2. Umsetzung in Deutschland

Der erste Schritt zur Umsetzung der auf europäischer Ebene vorgeschriebenen Informationspflichten in deutsches Recht erfolgte durch das Gesetz zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie im Gewerberecht und in weiteren Rechtsvorschriften vom 17. 7. 2009.⁵ Durch das Gesetz wurde mit § 6 c GewO die erforderliche Ermächtigungsgrundlage für die Regelung der Informationspflichten in Form einer Rechtsverordnung⁶ geschaffen.⁷ Die Verordnung in der Gewerbeordnung machte allerdings die Einfügung eines neuen § 6 Abs. 1 a GewO erforderlich, um die Informationspflichten auf die freien Berufe auszudehnen, da diese gemäß der Grundsatzregelung in § 6 GewO ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Gewerbeordnung ausgenommen sind. Letztlich wurde in § 146 Abs. 2 Nr. 1 GewO ein neuer Bußgeldtatbestand geschaffen, der den Verstoß gegen die Verordnung auf der Grundlage von § 6 c GewO sanktioniert. Die DL-InfoV ist am 17. 3. 2010 verkündet worden⁸ und gemäß § 7 DL-InfoV zwei Monate später, also am 17. 5. 2010 in Kraft getreten.

II. Die DL-InfoV

1. Anwendungsbereich

a) Persönlicher Anwendungsbereich

Die DL-InfoV verwendet wortgleich mit der Richtlinie den Begriff des Dienstleistungserbringers und gem. § 6 c GewO gilt die Verordnung für Dienstleistungserbringer i. S. v. Art. 4 Nr. 2 der Richtlinie. Von dem Anwendungsbereich der Richtlinie sind jedoch Angehörige von Drittstaaten und in Drittstaaten niedergelassene Unternehmen ausdrücklich ausgenommen,⁹ so dass diese damit eigentlich von den Anforderungen der DL-InfoV befreit wären. Eine solche Ungleichbehandlung erscheint jedoch vor dem Hintergrund der Zielrichtung der Informationspflichten in der Dienstleistungsrichtlinie und damit der DL-InfoV, nämlich der Schaffung von mehr Transparenz und eines verbesserten Verbraucherschutzes, sachlich nicht gerechtfertigt.¹⁰ In diesem Sinne kann der in der DL-InfoV verwendete Begriff des Dienstleistungserbringers nicht im Sinne von § 6 c GewO und der Dienstleistungsrichtlinie gemeint sein. Vielmehr muss gelten, dass sie ausnahmslos für alle Personen gilt, die in Deutschland Dienstleistungen in Sinne der Dienstleistungsrichtlinie erbringen.¹¹

Die DL-InfoV erweitert ihren Anwendungsbereich gemäß § 1 Abs. 2 auf Personen, die von Deutschland aus in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder des EWR tätig werden. Ausgenommen sind gemäß § 1 Abs. 3 DL-InfoV in einem anderen Mitgliedstaat der EU oder des EWR niedergelassene Dienstleister, die unter Inanspruchnahme der Dienstleistungsfreiheit in Deutschland tätig werden. Diese unterliegen den – möglicherweise strengeren – Anforderungen ihres Herkunftsstaates.

Die Informationspflichten bestehen gegenüber allen Dienstleistungsempfängern, unabhängig davon, ob es sich um natürliche oder juristische Personen handelt¹² und unabhän-

* Mehr über die Autorin erfahren Sie auf S. XII.

1 Bundesgesetzblatt 2010 Teil I, S. 267.

2 Amtsblatt der Europäischen Union Nr. L 376 vom 27. 12. 2006, S. 36.

3 Dienstleistungsrichtlinie, Erwägungsgrund 2; zu der Richtlinie insgesamt: Schlachter/Ohler (Herausgeber), Europäische Dienstleistungsrichtlinie, 2008; Hatje, NJW 2007, 2357.

4 Vgl. die Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 24. 6. 2010, abrufbar unter <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/10/821&format=HTML&aged=0&language=DE&guiLanguage=en> (Stand: 29. 6. 2010).

5 Bundesgesetzblatt 2009 Teil I, S. 2091.

6 Entwurf der Verordnung der Bundesregierung sowie der Begründung abrufbar unter <http://dip21.bundestag.de/dip21/btd/16/127/1612784.pdf> (Stand: 29. 6. 2010); der Beschluss zur Zustimmung und die Entschließung des Bundesrates sind abrufbar unter: [http://www.bundesrat.de/cln_152/SharedDocs/Drucksachen/2009/0801-900/888-09_28B_29_templateId=raw,property=publicationFile.pdf/888-09\(B\).pdf](http://www.bundesrat.de/cln_152/SharedDocs/Drucksachen/2009/0801-900/888-09_28B_29_templateId=raw,property=publicationFile.pdf/888-09(B).pdf) (Stand: 29. 6. 2010).

7 Vgl. zu den Überlegungen, in welchem Gesetz die Ermächtigungsgrundlage für die DL-InfoV verortet hätte werden können: Schönleiter, in: Landmann/Rohmer, GewO, 55. Ergänzungslieferung 2009, § 6 c Rn. 7 ff.

8 Vgl. Fn. 1.

9 Dienstleistungsrichtlinie, Erwägungsgrund 36; Handbuch der Europäischen Kommission zur Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie, Ziffer 2.2, S. 18; Schmidt-Kessel, in: Schlachter/Ohler (Fn. 3), vor Art. 22 ff. Rn. 4.

10 Vgl. etwa die amtliche Begründung zu § 1 Abs. 2 DL-InfoV.

11 In diesem Sinne enthält § 1 Abs. 1 DL-InfoV eine von § 6 c GewO und der Richtlinie abweichende Definition des Dienstleistungserbringers, ohne dies jedoch kenntlich zu machen.

12 Art. 4 Nr. 3 Dienstleistungsrichtlinie; vgl. amtliche Begründung zu § 1 Abs. 2 und § 4 DL-InfoV, die dieses Verständnis voraussetzt.