

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

9
K&R

- Die erste Seite · Geodaten – Werkzeug der Verbraucher-diskriminierung? · *Peter Schaar*
- 493 Aktuelle Gesetzgebungsverfahren gegen unerwünschte Telefonwerbung · *Dr. Frederic Ufer*
- 500 Aktuelle Entwicklungen im Fernabsatzrecht 2007/2008
Prof. Dr. Jens M. Schmittmann
- 505 Kein Nutzungsersatz beim Widerruf von Fernabsatzgeschäften?
Dr. Felix Buchmann
- 509 Akteneinsichtsgesuche nach § 406 e StPO
in Filesharing-Verfahren · *Barry Sankol*
- 513 Schutz von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen
im Regierungsentwurf zur Änderung des BDSG
Prof. Dr. Jürgen Taeger
- 518 Die Ermittlungsbefugnisse der KEK nach dem 10. Rundfunk-
änderungsstaatsvertrag
Laura Johanna Reinlein und Eva Ellen Wagner
- 523 Die Rundfunkgebühr für Internet-PCs nach den ersten
verwaltungsgerichtlichen Urteilen
Johannes Zimmermann
- 526 Softwarelizenzen und Erschöpfung
Jörg-Alexander Paul und Corinna Preuß
- 550 AG Wiesloch: Kein Anspruch der Bank gegen Phishing-Opfer
- 554 K&R Kommentar von *Dennis Werner*

11. Jahrgang **September 2008** Seiten 493–564

Verlag Recht und Wirtschaft · Frankfurt am Main

fentlicht⁷⁹. Inzwischen liegt die Stellungnahme des Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschusses vor⁸⁰. Es wird insbesondere auf neue Entwicklungen am Markt hingewiesen, z. B. Musik-Downloads und Online-Auktionen sowie Software und elektronische Daten, die nicht unter die Richtlinie über den Verbrauchsgüterverkauf fallen. Darüber hinaus wird die Rechtszersplitterung beklagt, da es den Mitgliedstaaten ermöglicht wird, im nationalen Recht ein höheres Verbraucherschutzniveau sicherzustellen. Im Übrigen sei ein Mangel an Vertrauen festzustellen, weil die meisten Verbraucher glauben, dass

die Verbraucherschutzvorschriften von Unternehmen in anderen Mitgliedstaaten in geringerem Maße befolgt werden. Nach Auffassung des Ausschusses sollte der Beseitigung der Defizite in den bestehenden Richtlinien höchste Priorität eingeräumt werden. Es wird also mit Interesse abzuwarten bleiben, welche Maßnahmen nunmehr konkret durch die Europäische Union erfolgen.

79 Vgl. Schmittmann, K&R 2007, 441.

80 KOM (2006) 744 final (2007/C 256/05), ABl. EU 2007, C 256/27.

Von Rechtsanwalt
Dr. Felix Buchmann,
Hamburg

Mehr über den Autor erfahren
Sie auf S. VIII.

Kein Nutzungsersatz beim Widerruf von Fernabsatzgeschäften?

Gerade erst hat die neue Musterwiderrufsbelehrung jedenfalls zunächst einmal für mehr Rechtssicherheit bei den Online-Händlern gesorgt. Gleichwohl kehrt für Fernabsatzgeschäfte keine Ruhe ein. Dem EuGH liegt die Frage zur Entscheidung vor, ob im Rahmen des Widerrufs eines Fernabsatzgeschäfts Nutzungsersatz gefordert werden darf. Im Lichte der jüngsten Rechtsprechung des EuGH zum Nutzungsersatz bei Lieferung mangelhafter Ware bedarf diese Frage einer näheren Betrachtung, die auch für das aktuelle Gesetzgebungsverfahren von erheblicher Bedeutung ist.

I. Einführung

Mit seinem aufsehenerregenden Urteil zum Nutzungsersatz vom 17. 4. 2008 („Quelle-Urteil“)¹ hat der EuGH die Nutzungsersatzregelung in §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB für den Fall mit dem europäischen Recht nicht für vereinbar erklärt, dass eine bei Gefahrübergang mangelhafte Sache geliefert wird, die später durch eine neue mangelfreie Sache ersetzt wird. Das AG Lahr² hat dem EuGH mit Beschluss vom 26. 10. 2007 eine auf den ersten Blick ähnlich gelagerte Frage zur Entscheidung vorgelegt, deren Ausgang durch das Quelle-Urteil maßgeblich beeinflusst werden könnte. Der EuGH hat nun zu entscheiden, ob im Rahmen des Widerrufs eines Fernabsatzgeschäftes Nutzungsersatz für den Zeitraum der Überlassung der Sache geleistet werden muss, wie dies beispielsweise die Musterwiderrufsbelehrung nach wie vor vorsieht, wenn die Sache über die Prüfung hinaus verwendet wird, wie dies im Ladengeschäft möglich gewesen wäre.³ Der vorliegende Beitrag behandelt die Frage, auf welche Risiken sich Online-Händler gegebenenfalls einstellen müssen und wie diesen begegnet werden kann.

II. Grundlagen und wirtschaftliche Bedeutung

Zwar sieht das deutsche Recht in §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB vor, dass der Verkäufer im Falle der Nacherfüllung mit einer mangelfreien Sache vom Käufer Rückgewähr der mangelhaften Sache sowie Nutzungs- und Wertersatz für den Zeitraum der Überlassung verlangen kann, jedoch verstößt diese Regelung nach Ansicht des EuGH im Quelle-Urteil gegen Art. 3 der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. 5. 1999 („Verbrauchsgüterkaufrichtlinie“).

Ein ähnliches Problem könnte sich nunmehr auch für sämtliche Fernabsatzgeschäfte mit Verbrauchern ergeben, die von ihrem Widerrufsrecht gemäß den §§ 312 d Abs. 1 S. 1, 355 BGB Gebrauch machen. Zwar sehen die §§ 357 Abs. 1 S. 1, 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB als Rechtsfolge des Widerrufsrechts auch hier ihrem ausdrücklichen Wortlaut nach vor, dass der Unternehmer Anspruch auf Ersatz, insbesondere der gezogenen Nutzungen hat. Gleichwohl könnte auch in dieser Konstellation ein Verstoß gegen höherrangiges Recht, nämlich gegen Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 der Richtlinie 97/7/EG vom 20. 5. 1997 („Fernabsatzrichtlinie“), vorliegen.

Die wirtschaftlichen Auswirkungen einer solchen Entscheidung könnten für den Online-Handel verheerende Wirkung haben. Die „Drohung“ mit der Forderung des Ersatzes der gezogenen Nutzungen ist das einzige wirksame Mittel für Onlinehändler, sich vor angeblichen Kunden zu schützen, die die Ware nur bestellen, um sie zu einem besonderen Anlass zu nutzen und im Anschluss daran wieder an den Händler zurückzusenden.⁴ Würde der Nutzungsersatz auch hier als europarechtswidrig qualifiziert, wären die Händler solchen Kunden faktisch

1 EuGH, Urtr. v. 17. 4. 2008 – Rs. C-404/06, EWS 2008, 196 ff. = NJW 2008, 1433 ff. = EuZW 2008, 310 ff.; Vorlagebeschluss des BGH, Beschl. v. 16. 8. 2006 – VIII ZR 200/05, EuZW 2007, 286 ff.

2 AG Lahr, Beschl. v. 26. 10. 2007 – 5 C 138/07, MMR 2008, 270 f.

3 Vgl. zur Neufassung der Musterwiderrufsbelehrung: Buchmann, K&R 2008, 12 ff.; Faustmann, ZGS 2008, 147 ff.; Masuch, NJW 2008, 1700 ff.

4 Man denke an den Kauf eines großen Fernsehers für die Fußball-Europameisterschaft. Wird er über die Handelsplattform „eBay“ erworben, würde die Widerrufsfrist von einem Monat genügen, um sich für das gesamte Turnier ein teures Gerät kostenlos zu besorgen. Wegen § 357 Abs. 2 S. 3 BGB müsste der Verbraucher nicht einmal die Kosten der Rücksendung tragen. Zu den sog. Hinsendekosten vgl. OLG Karlsruhe, K&R 2007, 586 ff.; Wem, jurisPR-ITR 13/2007 Anm. 4; Stadler, ITRB 2008, 33.

schutzlos ausgeliefert. Der Nachweis, dass eine Kaufabsicht von Anfang an nicht bestand, was möglicherweise zu einem Ausschluss des Widerrufsrechts wegen Missbräuchlichkeit führen könnte, wird in der Regel vom Verkäufer nicht zu führen sein.⁵

Eine solche Entscheidung hätte aber noch viel weiter reichende Konsequenzen. Gemäß § 355 Abs. 3 S. 3 BGB erlischt das Widerrufsrecht nicht, wenn der Verbraucher nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden ist. Sollte sich herausstellen, dass der Nutzungersatz über § 357 Abs. 1 S. 1 BGB nicht europarechtskonform ist, so wären alle Widerrufsbelehrungen, inklusive altem und neuem Muster des Verordnungsgebers in der Anlage zu § 14 Abs. 1, 3 BGB-InfoV, die auf den Nutzungersatz hingewiesen haben, nicht ordnungsgemäß gewesen, da ein solcher gerade nicht zu leisten gewesen wäre.⁶ Folglich könnten alle Verbraucher, die auf diese Weise falsch belehrt worden sind, ihre Fernabsatzgeschäfte unbegrenzt widerrufen, ohne Nutzungersatz für diese Zeit leisten zu müssen.⁷

Es gilt daher zu untersuchen, welche Erwägungen der EuGH seinem Quelle-Urteil zugrunde gelegt hat, inwieweit diese auf die Situation beim Widerruf von Fernabsatzgeschäften übertragbar sind und wie sich Online-Händler gegebenenfalls darauf einstellen können.

III. Die Entscheidung des EuGH vom 17. 4. 2008 („Quelle-Urteil“)

1. Die Entscheidung

Auf das Vorabentscheidungsersuchen des BGH⁸ zur kaufrechtlichen Frage, ob Artikel 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie mit den deutschen Nutzungersatzregelungen für den Fall vereinbar ist, dass im Falle der Lieferung einer mangelhaften Sache, deren Zurücknahme und der Lieferung einer neuen Sache, für den Gebrauchszeitraum der mangelhaften Sache Nutzungersatz zu gewähren ist, entschied der EuGH zugunsten der Verbraucher. Nur so könne ein Beitrag zu einem hohen Verbraucherschutzniveau erreicht werden.⁹

2. Rechtliche Grundlagen und Interpretation des deutschen Gesetzgebers

Nach Art. 3 Abs. 1 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie haftet der Verkäufer dem Verbraucher für jede Vertragswidrigkeit, die zum Zeitpunkt der Lieferung des Verbrauchsgutes besteht. Nach den Absätzen 2 und 3 der Richtlinie hat der Verbraucher Anspruch auf die unentgeltliche Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes des Verbrauchsgutes, wobei er insbesondere die unentgeltliche Nachbesserung des Verbrauchsgutes oder eine unentgeltliche Ersatzlieferung verlangen kann. Der Begriff der Unentgeltlichkeit ist in Absatz 4 der Richtlinie definiert, wonach die für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes des Verbrauchsgutes notwendigen Kosten, insbesondere Versand-, Arbeits- und Materialkosten, umfasst sind. Nach dem 15. Erwägungsgrund der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie¹⁰ ist es den Mitgliedstaaten dabei gestattet, eine Regelung zu treffen, mit der eine dem Verbraucher zu leistende Erstattung gemindert werden kann, um der Benutzung der Ware Rechnung zu tragen, die durch den Verbraucher seit ihrer Lieferung erfolgt ist. Von dieser Möglichkeit hat der deutsche Gesetzgeber – nach seiner Ansicht – Gebrauch gemacht. Nach dem insoweit eindeu-

tigen und nach Ansicht des BGH im Wege der Auslegung auch nicht korrigierbaren¹¹ Wortlaut der §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB hat ein Verbraucher, der eine mangelhafte Sache erhalten hat, nach deren Rückgabe Ersatz für die von ihm gezogenen Nutzungen zu leisten.

Der deutsche Gesetzgeber hat in seiner Gesetzesbegründung keinen Zweifel daran gelassen, dass genau diese Rechtsfolge gewünscht war, weil alles andere schlicht unbillig erscheine: „Deshalb muss der Käufer, dem der Verkäufer eine neue Sache zu liefern und der die zunächst gelieferte fehlerhafte Sache zurückzugeben hat, gemäß §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1 RE auch die Nutzungen, also gemäß § 100 auch die Gebrauchsvorteile, herausgeben. Das rechtfertigt sich daraus, dass der Käufer mit der Nachlieferung eine neue Sache erhält und nicht einzusehen ist, dass er die zurückzugebende Sache in dem Zeitraum davor unentgeltlich nutzen können soll und so noch Vorteile aus der Mangelhaftigkeit ziehen können soll“¹². Dabei hat der deutsche Gesetzgeber den möglichen Konflikt mit Artikel 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie durchaus erkannt, stellt dazu aber fest: „Mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie ist eine derartige Verpflichtung des Verbrauchers (Käufers) vereinbar. Zwar bestimmt deren Art. 3 Abs. 2 ausdrücklich den Anspruch des Verbrauchers auf eine „unentgeltliche“ Herstellung des vertragsgemäßen Zustands. Das bedeutet nach deren Art. 3 Abs. 4, dass der Verkäufer die „für die Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsgutes notwendigen Kosten“ zu tragen hat. [...] Zu den Kosten kann aber nicht die Herausgabe von Nutzungen der vom Verbraucher benutzten mangelhaften Sache gezählt werden. [...] Es geht vielmehr um die Herausgabe der Vorteile, die der Verbraucher (Käufer) aus dem Gebrauch der Sache gezogen hat, was auch gerade der Herstellung des vertragsgemäßen Zustands dient. [...] Schließlich wird diese Wertung durch den Erwägungsgrund (15) der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bestätigt [...], dass die Richt-

5 Dies ist insbesondere problematisch, da der Verbraucher seine Widerrufsentscheidung nicht zu begründen braucht. Siehe dazu auch *Wendehorst*, in: MüKo z. BGB, 5. Aufl. 2007, § 312 d, Rn. 71 f., die die Grenze allerdings bei der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung, § 826 BGB, bzw. der Schikane, § 226 BGB, sieht. Ähnlich auch *Masuch*, in: MüKo z. BGB, 5. Aufl. 2007, § 355, Rn. 72, der grundsätzlich auch einen willkürlichen Widerruf für beachtlich hält. Dies ist nicht zwingend: Auch ein umfassender Verbraucherschutz erfordert weder Schikane- noch Schädigungsabsicht, denn diese müssen beim Verbraucher keineswegs vorliegen. Das Problem lässt sich wohl auch nicht über § 118 BGB lösen, da eher der Fall des § 116 BGB vorliegen wird. In Betracht kommen würde dann möglicherweise nur noch ein Einwand aus § 242 BGB, der bereits an der Ausübung des Widerrufsrechts hindern würde. Wer kauft, um zu nutzen und dann zurückzugeben, hat nach Treu und Glauben sein Recht auf Ausübung des Widerrufsrechts verwirkt. Er ist nicht schutzwürdig.

6 Wer hingegen gegenwärtig nicht auf die bestehende Wertersatzpflicht hinweist, handelt wettbewerbswidrig und kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, vgl. OLG Zweibrücken, Urte. v. 15. 11. 2007 – 4 U 98/07, ITRB 2008, 178 f, mit Anm. *Antoine*.

7 Vgl. auch *Faustmann*, MMR 2008, 271 (Anm. zu Vorlagebeschluss AG Lahr, MMR 2008, 270 f.). Parallelen für die Verwirkung des Widerrufsrechts durch Zeitablauf und vollständige Erfüllung könnten de lege ferenda zum Urteil des EuGH für Haustürgeschäfte bei finanzierten Geschäften gebildet werden. Dies wäre zumindest ein Ansatz, um ein ausuferndes Widerrufsrecht bei falscher Belehrung zu vermeiden. Vgl. EuGH, Urte. v. 10. 4. 2008, Rs. C-412/06 („Hamilton“) = BB 2008, 967 m. Anm. *Edelmann*.

8 BGH, EuZW 2007, 286 ff.

9 EuGH, Urte. v. 17. 4. 2008, Rs. C-404/06 (Fn. 1), Tz. 36.

10 „Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass eine dem Verbraucher zu leistende Erstattung gemindert werden kann, um der Benutzung der Ware Rechnung zu tragen, die durch den Verbraucher seit ihrer Lieferung erfolgt ist. Die Regelungen über die Modalitäten der Durchführung der Vertragsauflösung können im innerstaatlichen Recht festgelegt werden“.

11 BGH, EuZW 2007, 286, 287.

12 BT-Drucks. 14/6040, S. 232 f.

linie eine derartige Verpflichtung des Verbrauchers ausdrücklich billigt¹³. Daraus geht hervor, dass der deutsche Gesetzgeber die Problematik im Gesetzgebungsverfahren umfassend erkannt hat und keine Gesetzeslücke vorliegt.

3. Die Gegenansicht des EuGH

Der EuGH sieht dies anders und stützt seine Entscheidung im Wesentlichen auf den Begriff der Unentgeltlichkeit. Der Verkäufer hafte dem Verbraucher für jede Vertragswidrigkeit, die zum Zeitpunkt der Lieferung des Verbrauchsguts bestand und in diesem Lichte müsse der Begriff der Unentgeltlichkeit dahingehend ausgelegt werden, dass der Verkäufer auch alle Kosten zu tragen habe, die im Falle der Ersatzlieferung entstehen könnten.¹⁴ Diese Kosten umfassten nicht nur die beispielhaft genannten Versand-, Arbeits- und Materialkosten, sondern auch *alle* anderen drohenden finanziellen *Belastungen*. Durch die Festlegung auf die Unentgeltlichkeit solle der Verbraucher vor drohenden finanziellen Belastungen geschützt werden, um ihn nicht davon abzuhalten, seine Ansprüche geltend zu machen.¹⁵ Daraus folge, dass jede finanzielle Forderung des Verkäufers im Rahmen der Erfüllung seiner Verpflichtung zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes des Verbrauchsguts ausgeschlossen ist. Nur so sei die Erreichung eines hohen Verbraucherschutzniveaus gewährleistet. Der oben genannte 15. Erwägungsgrund der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie könne nicht als allgemeiner Grundsatz verstanden werden. Vielmehr betreffe er nur den in Art. 3 Abs. 5 der Richtlinie vorgesehenen Fall der Vertragsauflösung. Der Verbraucher sei auch nicht ungerechtfertigt bereichert.¹⁶ Der Verbraucher erhalte lediglich verspätet ein den Vertragsbestimmungen entsprechendes Verbrauchsgut, wie er es bereits zu Beginn hätte erhalten müssen.¹⁷

IV. Konsequenzen für die Entscheidung des BGH

Das Urteil des EuGH hat zunächst keine unmittelbaren Auswirkungen auf die deutsche Rechtslage, §§ 439 Abs. 4, 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB bleiben weiterhin geltendes Recht. Interessant und abzuwarten bleibt zunächst die Frage, wie der BGH die Entscheidung des EuGH nunmehr umsetzt. In seinem Vorlagebeschluss ging der BGH noch davon aus, dass eine richtlinienkonforme Auslegung von § 346 BGB aufgrund des eindeutigen gesetzgeberischen Willens nicht in Betracht komme.¹⁸ So könnte es aber möglicherweise zu einer Fülle von Amtshaftungsklagen gegen die Bundesrepublik Deutschland kommen.¹⁹ Es spricht daher eine starke Vermutung dafür, dass der BGH nun doch eine richtlinienkonforme Auslegung befürworten wird. Damit bleibt aber auch das Risiko für Online-Händler bestehen.

V. Vorlagebeschluss des AG Lahr vom 26. 10. 2007

1. Gründe für den Vorlagebeschluss und rechtlicher Hintergrund

Das AG Lahr hatte die Frage zu entscheiden, ob dem Verkäufer gegenüber einem Verbraucher ein Anspruch auf Ersatz der gezogenen Nutzungen zusteht, wenn dieser fristgemäß von seinem Widerrufsrecht Gebrauch macht.²⁰ Gemäß § 357 Abs. 1 S. 1 BGB finden auf das Widerrufsrecht, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist, die Vorschriften über den gesetzlichen Rücktritt entspre-

chende Anwendung. Das Gericht hatte daher zutreffend festgestellt, dass nach dem Wortlaut des deutschen Rechts von einem Verbraucher im Falle des Widerrufs eine Nutzungsvergütung verlangt werden könne.²¹ Dem EuGH wurde die Frage vorgelegt, ob § 357 Abs. 1 BGB i.V.m. § 346 BGB mit Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 S. 2 der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 5. 1997²² im Einklang steht.

Nach Art. 6 Abs. 1 und 2 der Richtlinie sind die einzigen Kosten, die dem Verbraucher in Folge der Ausübung seines Widerrufsrechts auferlegt werden können, die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Ware (vgl. auch Erwägungsgrund 14 der Fernabsatzrichtlinie).

2. Vergleichbarkeit mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie

Zu untersuchen bleibt, welche möglichen Auswirkungen das Quelle-Urteil auf den Nutzungsersatz nach Widerruf hat.

a) Ausgangssituation

Die Ausgangssituation ist in den beiden Konstellationen zunächst einmal unterschiedlich. Während der Verkäufer, der eine nicht vertragsgemäße Ware liefert, gegen seine vertraglichen Verpflichtungen verstößt, hat der Verkäufer bei einem Fernabsatzgeschäft in der vorliegenden Konstellation seine vertraglichen Pflichten vollumfänglich erfüllt. Die Ware muss er nicht zurücknehmen, weil sie defekt ist, sondern weil sie im Wege des Fernabsatzes erworben wurde und der Käufer deshalb bei Vertragsschluss nicht die Möglichkeit hatte, sie wie in einem Ladengeschäft zu untersuchen.²³ Deswegen wird ihm die Möglichkeit eingeräumt, den Vertragsschluss ohne Angabe von Gründen und ohne Strafzahlung zu widerrufen.²⁴ Die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge seines Widerrufs auferlegt werden dürfen, sind die Rücksendekosten der Ware.²⁵

13 BT-Drucks. 14/6040, S. 233.

14 Vgl. auch die Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* v. 15. 11. 2007, Rs. C-404/06.

15 EuGH, Urt. v. 17. 4. 2008, Rs. C-404/06 (Fn. 1), Tz. 34.

16 Insofern bestehen Bedenken gegen den Vorschlag von *Herrler/Tomasovic*, BB 2008, 1245, 1248, das Problem über den Bereicherungsausgleich, §§ 346 Abs. 3, S. 2, 818 ff. BGB zu lösen; interessant wäre den diesem Ansatz aber, dass in Fällen des Missbrauchs der Verbraucher verschärft gemäß den §§ 819 Abs. 1, 818 Abs. 4 BGB haften würde. Nach der Argumentation des EuGH würde der Bereicherungsausgleich den Verbraucher allerdings wohl ebenso an der Ausübung seiner Rechte hindern wie die Nutzungsersatzverpflichtung. Vgl. auch ausführlich *Götz*, GPR 2008, 128, 129; *Mörsdorf*, ZIP 2008, 1409, 1412; a. A. *Grohmann/Gruschinske*, VuR 2007, 12, 16.

17 Diese Begründung ist gemessen an ihrer wirtschaftlichen Reichweite sehr knapp gehalten, vgl. auch *Mörsdorf*, ZIP 2008, 1409, 1411.

18 BGH, EuZW 2007, 286, 287; zu den verschiedenen Vorschlägen aus der Literatur siehe *Fischinger*, EuZW 2008, 312; *Mörsdorf*, ZIP 2008, 1409, 1412 ff.

19 *Faust*, JuS 2008, 652, 653; *Herrler/Tomasovic*, BB 2008, 1245, 1248 m.w.N.

20 Der Fall ist insbesondere bedeutsam, da der Widerruf acht Monate nach dem Kauf erfolgte, da die Widerrufsbelehrung fehlerhaft war. Genau diese Konstellation ist für Online-Händler besonders kostenintensiv.

21 Vgl. zum Nutzungsersatz für „eBay“ – Geschäfte *Buchmann/Tilse*, K&R 2007, 425 ff.

22 Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 5. 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, ABl. EG Nr. L 144 v. 4. 6. 1997, S. 19 ff. („Fernabsatzrichtlinie“).

23 Vgl. auch Erwägungsgrund 14 der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG.

24 Art. 6 Abs. 1 der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG.

25 Art. 6 Abs. 1, Abs. 2; Erwägungsgrund 14 der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG. Zu den Hinsendekosten siehe die Entscheidung des OLG Karlsruhe, K&R 2007, 586 ff.

b) *Parallelen zwischen der Fernabsatzrichtlinie und der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie*

Obleich damit auf den ersten Blick eine Vergleichbarkeit der Konstellationen ausscheidet, zeigt ein Vergleich der beiden Richtlinien Parallelen.²⁶ Während unter der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie die Nachbesserung oder Ersatzlieferung ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Käufer zu erfolgen hat, muss das Widerrufsrecht ohne Angaben von Gründen und ohne Strafzahlung möglich sein. Und insbesondere verwenden beide Richtlinien den Begriff der „Kosten“, wobei beim Verbrauchsgüterkauf die Leistungen „unentgeltlich“ zu erfolgen haben, beim Fernabsatz hingegen höchstens auf die Rücksendekosten beschränkt sind. Anders als der zunächst missverständliche Erwägungsgrund 15 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, der aber nur auf den ersten Blick eine Öffnung für den Nutzungersatz eindeutig, da dort, „damit es sich um mehr als ein formales Recht handelt, [...] die Kosten, die, wenn überhaupt, vom Verbraucher im Fall der Ausübung des Widerrufsrechts getragen werden, auf die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren begrenzt werden“²⁷.

Entscheidende Bedeutung kommt damit der Interpretation des Kostenbegriffs zu, der in beiden Richtlinien verwendet wird. Während in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie in Art. 3 Abs. 4 die Kosten insbesondere als Versand-, Arbeits- und Materialkosten definiert werden, fehlt in der Fernabsatzrichtlinie jeglicher Hinweis darauf, welche Kosten gemeint und umfasst sind. Der EuGH hat im *Quelle*-Urteil zur Frage der Unentgeltlichkeit Stellung bezogen, wobei die Begriffe „unentgeltlich“ und „Kosten“ auch aufgrund der Definition in Art. 3 Abs. 4 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie untrennbar miteinander verbunden sind. Danach sind Kosten alle finanziellen Belastungen, die den Verbraucher davon abhalten könnten, seine Ansprüche geltend zu machen. „Diese vom Gemeinschaftsgesetzgeber gewollte Garantie der Unentgeltlichkeit bedeutet, dass jede finanzielle Forderung des Verkäufers im Rahmen der Erfüllung seiner Verpflichtung zur Herstellung des vertragsgemäßen Zustands des Verbrauchsguts, auf das sich der Vertrag bezieht, ausgeschlossen ist“²⁸. Mit anderen Worten legt der EuGH damit fest, dass die Leistung von Nutzungersatz den Verbraucher davon abhalten könne, seine ihm durch das Gesetz eingeräumten Rechte geltend zu machen. Folge dieser Auslegung ist, dass Nutzungersatz Kosten im Sinne der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sind. Legt man diesen weiten Maßstab auch bei der Fernabsatzrichtlinie zugrunde, so müsste dies bedeuten, dass der Verbraucher von der Geltendmachung des ihm eingeräumten Rechts des Widerrufs abgehalten werden könnte, wenn er für die Zeit des Gebrauchs der Sache Nutzungersatz zu leisten hat. Isoliert betrachtet könnte man daher annehmen, dass die §§ 357 Abs. 1 S. 1, 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB gegen Art. 6 Abs. 2 i. V. m. Abs. 1 S. 2 der Fernabsatzrichtlinie verstoßen.

Eine solche starre Betrachtung verbietet sich jedoch. Zwischen Gewährleistungsrecht und Widerrufsrecht bei Fernabsatzgeschäften bestehen ganz erhebliche Unterschiede, die eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen. Grundlegender und entscheidender Unterschied ist die Ausgangslage, denn im einen Fall hat der Verkäufer alles zur Vertragserfüllung Erforderliche unternommen und ordnungsgemäß geleistet, im anderen Fall hat er bereits gegen seine vertraglichen Verpflichtungen verstoßen. Diese Fälle gleich zu behandeln wäre kaum zu erklä-

ren und auch nicht sachgerecht. Der Verbraucher wird beim Fernabsatzgeschäft auf die Möglichkeit hingewiesen, die Sache nicht wie sein Eigentum zu verwenden und somit auch auf die Möglichkeit, Ansprüche gegen sich auf Ersatz der Nutzungen zu vermeiden. Diese Möglichkeit hat der Käufer in einem Ladengeschäft nicht, der eine mangelhafte Sache erhält, bei der sich der Mangel erst nach längerer Zeit bemerkbar macht. Weder wird er über die Folge des Nutzungersatzes belehrt, noch hat er eine Möglichkeit diesen zu vermeiden. Denn auch die Ausgangslage ist unterschiedlich: Im Ladengeschäft hat der Käufer die Ware gesehen und begutachtet, er erwirbt sie, um sie zu verwenden. Beim Fernabsatzgeschäft hat der Verbraucher die Ware gerade nicht gesehen, daher erwirbt er sie mit dem Recht des Widerrufs, um sie zunächst zu begutachten. Nach der Konzeption des Gesetzes soll er aber erst nach der Entscheidung, die Ware zu behalten, diese auch wie sein Eigentum verwenden. Erforderlich ist folglich nach der Kaufentscheidung eine zweite Entscheidung, nämlich die des „Behalten-Wollens“. Im Ladengeschäft bedarf es einer solchen zweiten Willensbildung hingegen nicht. Entscheidet sich daher der Käufer nach Tätigkeit seines Fernabsatzgeschäftes, die Sache wie sein Eigentum in Gebrauch zu nehmen, so ist es nur konsequent, ihn für den Fall der Revidierung dieses Ansinnens und des Widerrufs des Fernabsatzgeschäfts mit dem Ersatz der Nutzungen zu belasten. Während er die Ware wie in einem Ladengeschäft bei sich zu Hause testen kann, ist jede weitere Verwendung mehr als das, was ihm die Fernabsatzrichtlinie zugedacht hat. Denn „der Verbraucher hat in der Praxis keine Möglichkeit, vor Abschluss des Vertrags das Erzeugnis zu sehen oder die Eigenschaften der Dienstleistung im Einzelnen zur Kenntnis zu nehmen“²⁹. Mehr aber soll dem Verbraucher nach Sinn und Zweck der Richtlinie auch nicht zugestanden werden.

Schwieriger hingegen ist die Frage zu beurteilen, was zu geschehen hat, wenn der Verbraucher nicht auf die Verpflichtung zum Nutzungersatz hingewiesen wurde, z. B. bei einer fehlerhaften Widerrufsbelehrung. Für diesen Fall läuft die Widerrufsfrist wegen § 355 Abs. 3 S. 3 BGB unbegrenzt, gleichzeitig steigt bei zunehmend längerer Verwendung der Sache damit aber auch der Betrag des zu leistenden Nutzungersatzes, der aufgrund der gesetzlichen Regelung in § 357 Abs. 1 S. 1 BGB weiter zu leisten ist.³⁰ Sicherlich bedarf es eines größeren Begründungsaufwandes, warum der Verbraucher in diesem Fall ebenfalls Nutzungersatz zu leisten hat. Immerhin ließe sich argumentieren, dass er darauf nicht hingewiesen wurde und von dieser Rechtsfolge daher auch nichts wusste. Aber auch hier ist zu beachten, dass der Verbraucher eine bewusste Entscheidung des „Behalten-Wollens“ getroffen hat. Er verwendet die Sache wie sein Eigentum und kann daher im Falle eines möglicherweise erst sehr viel späteren Widerrufs nicht ernstlich darauf vertrauen, für die Zeit der Nutzung keine Gegenleistung

26 Verglichen wird in der Folge Art. 3 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie mit Art. 6 der Fernabsatzrichtlinie.

27 Erwägungsgrund 14 der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG.

28 EuGH, Urt. v. 17. 4. 2008 – Rs. C-404/06 (Fn. 1), Tz. 34.

29 Erwägungsgrund 14 der Richtlinie 97/7/EG. So auch die Argumentation des HG Wien – freilich zum österreichischen Recht –, MMR 2005, 830, 831, das einen ähnlich gelagerten Fall zu beurteilen hatte und in Österreich bestehende bereicherungsrechtliche Regelungen für vereinbar mit der Fernabsatzrichtlinie erachtete.

30 Dies gilt unabhängig von einer wirksamen Belehrung darüber, vgl. *Buchmann*, MMR 2007, 346, 352 m. w. N.

erbringen zu müssen.³¹ Zuletzt ist es nach Erwägungsgrund 14 der Fernabsatzrichtlinie Sache der Mitgliedstaaten, weitere Bedingungen und Einzelheiten für den Fall der Ausübung des Widerrufsrechts festzulegen. Anders als bei der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie bezieht sich diese Beschränkung nicht auf einen Sonderfall (dort: Modalitäten der Auflösung des Vertrages³²), sondern auf die Bedingungen des Widerrufs insgesamt. Somit ist es dem deutschen Gesetzgeber möglich, jede Regelung zu treffen, die mit der Fernabsatzrichtlinie nicht in Widerspruch steht. Ein solcher Verstoß liegt nach dem hier vertretenen Verständnis bei dem Verweis von § 357 Abs. 1 S. 1 BGB auf das Rücktrittsrecht nicht vor.

VI. Fazit

Das „Quelle-Urteil“ des EuGH hat zu erheblicher Unsicherheit gerade auch bei den Online-Händlern geführt. Das AG Lahr hat die Frage, ob der Nutzungsersatz nach den §§ 357 Abs. 1 S. 1, 346 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB mit den Bestimmungen der Fernabsatzrichtlinie vereinbar ist, dem EuGH zu Recht zur Entscheidung vorgelegt. Der Wortlaut der Richtlinie ist auslegungsfähig und bedarf daher der Klarstellung. Ein Vergleich von Fernabsatzrichtlinie und Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zeigt aber, dass die grundlegenden Voraussetzungen verschieden sind und daher eine unterschiedliche Behandlung nicht nur möglich, sondern dringend erforderlich ist. Gleichwohl könnte der EuGH mit dem Argument, dem Verbraucher dürfe nichts auferlegt werden, was ihn an der effektiven Aus-

übung seiner Rechte hindern könnte, auch im Fernabsatzrecht den Nutzungsersatz ausschließen. Für diese Begründung müsste nur der Begriff der Kosten in der Fernabsatzrichtlinie ebenso ausgelegt werden wie in der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und Nutzungen umfassen. Bis zur Entscheidung des EuGH wird es keine Rechtssicherheit geben. Onlinehändlern ist es gegebenenfalls zu empfehlen, schon jetzt Rückstellungen zu bilden. Der Gesetzgeber, der gegenwärtig u.a. die Regelungen des BGB zum Fernabsatz überarbeitet³³, sollte das Urteil des EuGH abwarten. Wenn sich der EuGH gegen die Verpflichtung zum Ersatz der Nutzungen entscheidet, müsste dies im Gesetz und in den Musterbelehrungen abgebildet werden.

Hinweise der Redaktion:

Lesen Sie hierzu auch die Beiträge von *Micklitz*, EWS 2008, 353 ff. und *Herrler/Tomasic*, BB 2008, 1245 ff.

- 31 Hier wäre zu überlegen, ob de lege ferenda für den Fall der Nichtbelehrung über die spezifische Nutzungsersatzpflicht im Falle des Widerrufs nicht bezahlt werden muss. Das Widerrufsrecht im BGB wird gegenwärtig überarbeitet, so dass sich dafür jedenfalls eine Gelegenheit bieten würde.
- 32 Siehe die Begründung EuGH, Urt. v. 17. 4. 2008 – Rs. C-404/06 (Fn. 1), Tz. 38 f.
- 33 Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht. Das Gesetz dient der Umsetzung der Richtlinien 2007/64/EG und 2008/48/EG.

Akteneinsichtsgesuche nach § 406 e StPO in Filesharing-Verfahren

Von Richter
Barry Sankol,
Hamburg

Mehr über den Autor erfahren
Sie auf S. VIII.

Tauschbörsen, Filesharing, P2P – diese Begriffe werden in einem Atemzug genannt mit „Musikpiraten“, Urheberrechtsverletzungen und Massenstrafverfahren. Insofern hat sich ein eigenständiges juristisches Themenfeld herausgebildet, das von einer endgültigen Bearbeitung durch Rechtsprechung und Literatur noch weit entfernt ist. Dieser Beitrag beleuchtet im Anschluss an die Entscheidungen des LG Saarbrücken (K&R 2008, 320) und des LG München I (K&R 2008, Heft 7/8) einen strafprozessualen Ausschnitt aus dieser Materie, und zwar das Recht des Verletzten – hier der Rechteinhaber der Musik- und Filmwirtschaft – auf Akteneinsicht nach § 406 e StPO. Neben den Grundzügen dieser Regelung finden dabei auch die in Filesharing-Verfahren relevanten Belange bei der Interessenabwägung Berücksichtigung.

I. Einführung

Ob die „Tauschbörsianer“ der ersten Stunde die juristische Sprengkraft des illegalen Filesharings von Musikstücken in P2P-Netzen kannten, wird nicht mehr aufzuklären sein. Gewissheit dürfte aber nunmehr darüber herrschen, dass sich knapp ein Jahrzehnt, nachdem die ersten Tracks über Napster – der „Mutter aller Filesharing-Systeme“¹ – ausgetauscht worden sind, nicht wenige Rechtsfragen im Zusammenhang mit der Nutzung der Tauschbörsen gestellt haben, die bislang von Literatur und Rechtsprechung nur teilweise beantwortet worden sind und auch in Zukunft noch Gegenstand eingehender Diskurse sein werden.² Im Ergebnis ist bis heute keine schonende Lösung des Interessenkonflikts zwischen der Musikwirtschaft bzw. den Rechteinhabern einerseits und

den „Musikpiraten“ andererseits gefunden worden. Vielmehr hat sich die Filesharing-Problematik noch auf andere Beteiligte wie insbesondere die Internet-Zugangs-Provider (sog. Access-Provider) ausgeweitet und mittlerweile sind auch die Strafverfolgungsbehörden sowie die ordentlichen Gerichte – in Zivil- wie in Strafverfahren – mit dieser fachübergreifenden Materie befasst.

Anfangs stand noch die urheberrechtliche Beurteilung der Tauschbörsennutzung im Vordergrund der rechtlichen Erörterungen.³ Nachdem sich die Erkenntnis eingestellt

1 So *Solmecke*, K&R 2007, 138.

2 S. dazu die Überblicksbeiträge von *Beck/Kreißig*, NStZ 2007, 304; *Dietrich*, NJW 2006, 809; *Röhl/Bosch*, NJOZ 2008, 1197 und *Solmecke*, K&R 2007, 138.

3 Vgl. nur *Kreutzer*, GRUR 2001, 193 und *Braun*, GRUR 2001, 1106.