

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

1
K&R

Die erste Seite · Prof. Dr. Christian Berger

1 Das zweite Gesetz zur Regelung des Urheberrechts
in der Informationsgesellschaft („zweiter Korb“)

Dr. Alexander R. Klett

7 Der „Zweite Korb“ aus Sicht der (Wissenschafts-) Verlage

Dr. Christian Sprang und Astrid Ackermann

12 Zum Entwurf der Musterwiderrufsbelehrung des BMJ

Felix Buchmann

17 Telekommunikationsrecht: Rechtsprechungsbericht 2007

Dr. Grace Nacimientto

26 „Porn not found“ – Die Arcor-Sperre · Christoph Schnabel

31 Bezahlte redaktionelle Firmenportraits

Dr. Michael Rath-Glawatz

40 OLG Köln: Lehrer-Bewertung im Internet erlaubt

45 K&R-Kommentar von Dr. Philipp Plog und

Dr. Mona Bandehzadeh

Beihefter 1/08

Hessisches Modell zur Neuordnung der Rundfunk-
gebührenordnung

Ulrike Gehring, Matthias Müller und Petra Marwitz

Beilage

Jahresregister 2007

11. Jahrgang

Januar 2008

Seiten 1–64

Verlag Recht und Wirtschaft · Frankfurt am Main

Von Felix Buchmann,
Hamburg

Mehr über den Autor erfahren
Sie auf S. VIII.

Zum Entwurf der Musterwiderrufsbelehrung des BMJ

Neue Probleme im alten Gewand

Im Rahmen des Fernabsatzrechtes beschäftigt insbesondere die Widerrufsbelehrung seit dem Inkrafttreten der Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach Bürgerlichem Recht (BGB-Informationspflichten-Verordnung – BGB-InfoV) Literatur und Rechtsprechung. Erheblichen Beitrag dazu leistete das überobligatorisch zur Verfügung gestellte, in Anlage 2 zu § 14 Abs. 1 und 3 BGB-InfoV abgedruckte, Muster für eine Widerrufsbelehrung, das nach Ansicht des Normgebers den Anforderungen des BGB genügt. In § 14 Abs. 1 BGB-InfoV heißt es: „Die Belehrung über das Widerrufsrecht genügt den Anforderungen des § 355 Abs. 2 und den diesen ergänzenden Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, wenn das Muster der Anlage 2 in Textform verwandt wird“. Das Bundesministerium der Justiz (BMJ) hat nunmehr einen Entwurf einer überarbeiteten Musterwiderrufsbelehrung zur Diskussion gestellt. Der vorliegende Beitrag erörtert die vom BMJ aufgeworfenen Probleme und diskutiert die vorgeschlagenen Lösungsansätze des Bundesministeriums anhand des Beispiels des bedeutendsten Fernabsatzgeschäfts, dem Kauf von Waren.

I. Jüngere Entwicklung der Widerrufsbelehrung

Auf die kleine Anfrage der FDP-Fraktion im Bundestag vom 18. 11. 2006¹ reagierte die Bundesregierung zurückhaltend. Erkenntnisse über etwaige wirtschaftliche Auswirkungen lägen der Bundesregierung nicht vor.² Im Diskussionsentwurf zur 3. Verordnung zur Änderung der BGB-Informationspflichten-Verordnung hält das Bundesministerium für Justiz fest, dass von „einigen Gerichten und teilweise im Schrifttum“ § 14 Abs. 1 und 2 der BGB-InfoV und die Musterbelehrungen im Anhang als nicht „mehr“³ von der Verordnungsermächtigung in Artikel 245 des Einführungsgesetzes zum Bürgerlichen Gesetzbuch (EGBGB) gedeckt angesehen würden.

Tatsächlich sieht die überwiegende Zahl der Gerichte⁴ sowie die ganz herrschende Meinung in der Literatur⁵ die Musterwiderrufsbelehrung in ihrer gegenwärtigen Form als nicht mit den Vorschriften des BGB vereinbar an. In seiner Begründung zum Entwurf dieser neuen Musterwiderrufsbelehrung weicht das Bundesministerium nicht von der Ansicht ab, die Musterbelehrungen in der Anlage 2 und 3 zur BGB-InfoV genügten den richtig verstandenen gesetzlichen Vorgaben.⁶

II. Vorschlag des Bundesministeriums

1. Überblick über die gesetzlichen Anforderungen im BGB an die Belehrungspflichten gegenüber Verbrauchern bei Fernabsatzgeschäften mit Waren

Im BGB findet sich im 2. Untertitel des 3. Abschnittes im Recht der Schuldverhältnisse die Überschrift „Besondere Vertriebsformen“. Darunter fallen insbesondere Fernabsatzverträge mit Waren, deren Regelung sich in den §§ 312 b bis d BGB befindet. Gemäß § 312 b BGB sind Fernabsatzverträge zunächst solche Verträge, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln abgeschlossen werden. Fernkommunikationsmittel sind solche, die zur Anbahnung oder zum Abschluss eines Vertrags zwischen einem Verbraucher und einem

Unternehmer ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien eingesetzt werden können.⁷ Nach § 312 d BGB steht einem Verbraucher bei einem Fernabsatzvertrag ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB zu.⁸ Über dieses Widerrufsrecht muss der Unternehmer gemäß § 312 c BGB den Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise klar und verständlich informieren.⁹ Dies bedeutet insbesondere, dass der Unternehmer dem Verbraucher die in der Rechtsverordnung nach Art. 240 EGBGB bestimmten Informationen in dem dort bestimmten Umfang und der dort bestimmten Art und Weise in Textform mitzuteilen hat. Bei der Lieferung von Waren müssen diese Informationen gemäß § 312 c Abs. 2 Nr. 2 BGB alsbald,

1 BT-Drucksache 16/3387 v. 8. 11. 2006.

2 BT-Drucksache 16/3595 v. 28. 11. 2006, S. 2.

3 Diese Formulierung setzt voraus, dass sich die Musterbelehrung zu irgendeinem Zeitpunkt zuvor im gesetzlichen Rahmen bewegt hat. Dies ist nicht ersichtlich.

4 Aus der zahllosen Rspr. vgl. nur LG Halle, Urt. v. 13. 5. 2005 – 1 S 28/05, K&R 2006, 418 ff.; OLG Hamm, Beschl. v. 15. 3. 2007 – 4 W 1/07, K&R 2007, 324 ff.; KG, MMR 2007, 377; anders jetzt OLG Hamburg, Beschl. v. 12. 9. 2007 – 5 W 129/07; OLG Köln, Urt. v. 3. 8. 2007 – 6 U 60/07; zuvor so auch schon LG Münster, Urt. v. 2. 8. 2006 – 24 O 96/06, K&R 2006, 480 ff.; LG Flensburg, MMR 2006, 686 f.

5 Buchmann, MMR 2007, 347 ff.; Föhlich, MMR 2007, 139 ff.; ders. MMR 2007, 514 ff.; Gödde, BB 2007, 1296 ff.; Masuch, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 355, Rn. 56 f.; Saenger, in: Erman, BGB, 11. Aufl. 2004, § 355, Rn. 12.; Grüneberg, in: Palandt, 67. Aufl. 2008, BGB-InfoV § 14, Rn. 5; Martis/Meinhof, MDR 2004, 4, 11.

6 BT-Drucksachen 16/3595, S. 2, Antwort auf Frage 3, und S. 3, Antwort auf Frage 7. Aufgabe der Musterwiderrufsbelehrung sei es, dem Verbraucher seine Rechte zu verdeutlichen. Dieses Zitat aus § 355 Abs. 2 S. 1 BGB ist allerdings völlig aus dem Zusammenhang gerissen. Das Gesetz impliziert dort nicht, dass der Inhalt des Rechts verdeutlicht werden muss, sondern die Art und Weise der Darstellung entsprechend den Anforderungen des eingesetzten Kommunikationsmittels.

7 Schmidt-Räntsch, in: Bamberger/Roth, Bd. 1, 2. Aufl. 2007, § 312 b Rn. 29; Stadler, in: Jauernig, 12. Aufl. 2007, § 312 b Rn. 6; Medicus, in: Prütting/Wegen/Weinrich, 2. Aufl. 2007, § 312 b Rn. 6; Wendehorst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 312 b Rn. 47 f.; BT-Drucks. 14/2658. S. 30, re. Sp.

8 Auf das Rückgaberecht wird aufgrund seiner geringen Praxisrelevanz hier nicht weiter eingegangen.

9 Vgl. dazu Wendehorst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 312 c Rn. 85 m. w. N.

spätestens jedoch bis zur vollständigen Erfüllung des Vertrages, bei Waren spätestens bis zur Lieferung, an den Verbraucher mitgeteilt worden sein. Bei Fernabsatzgeschäften mit Waren beginnt die Widerrufsfrist gemäß § 312 d Abs. 2 BGB abweichend von § 355 Abs. 2 S. 1 BGB zu dem Zeitpunkt, zu dem der Verbraucher eine deutlich gestaltete Belehrung über sein Widerrufsrecht, die ihm seine Rechte deutlich macht, in Textform mitgeteilt worden ist, aber nicht vor dem Tage des Eingangs der Ware beim Verbraucher, wobei stets § 187 Abs. 1 BGB zu beachten ist. Die Widerrufsfrist ihrerseits ist in § 355 BGB geregelt. Sie beträgt grundsätzlich zwei Wochen, nach dessen Absatz 2 jedoch einen Monat, wenn die Belehrung erst nach Vertragsschluss in Textform mitgeteilt wird. Ist der Verbraucher überhaupt nicht ordnungsgemäß über sein Widerrufsrecht belehrt worden, erlischt das Widerrufsrecht gemäß § 355 Abs. 2 S. 3 BGB gar nicht. Zuletzt normiert § 357 BGB die Rechtsfolgen des wirksamen Widerrufs. Grundsätzlich finden die Regelungen des gesetzlichen Rücktritts in den §§ 346 ff. BGB Anwendung. § 357 Abs. 2 und 3 BGB normieren dazu einige Ausnahmen. So trägt der Unternehmer stets Kosten und Gefahr der Rücksendung. Er hat auch die Kosten der Rücksendung zu tragen, wenn der Preis der zurückzusendenden Sache einen Betrag von 40 EUR übersteigt oder wenn 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. Abweichend von § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB hat der Verbraucher darüber hinaus auch für die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache Wertersatz zu leisten. Dies wird jedoch dahingehend eingeschränkt, dass die Belehrung über diese Pflicht in Textform spätestens bei Vertragsschluss erfolgt ist. Für eine Verschlechterung, die lediglich auf die Prüfung der Sache zurückzuführen ist, muss der Verbraucher niemals Wertersatz leisten.

Schon aus dieser kurzen Zusammenfassung der derzeit bestehenden Pflichten, die weit über das hinausgehen, was der europäische Normgeber in der Fernabsatzrichtlinie¹⁰ von den Mitgliedsstaaten gefordert hat, wird deutlich, dass das eigentliche Problem nicht die Gestaltung einer rechtskonformen Musterwiderrufsbelehrung ist, sondern die ihr zugrunde liegenden Regelungen. Anstatt die Gelegenheit zu nutzen, die im Rahmen der rot-grünen Koalition eingeführten Regelungen, die auf einem vollständig verfehlten Verbraucherleitbild beruhen, zu ändern, hat sich das BMJ entschieden, am Symptom anstatt an der Ursache Änderungen vorzuschlagen.

2. Der Entwurf der neuen Musterwiderrufsbelehrung

Beim Widerrufsrecht wurde insbesondere die häufig kritisierte¹¹ Formulierung „Die Frist beginnt *frühestens* mit Erhalt dieser Belehrung“ aus dem Musterentwurf herausgenommen. Für Fernabsatzgeschäfte mit Waren lautet das neue Muster nach dem Vorschlag des BMJ nunmehr:

„Sie können Ihre Vertragserklärung innerhalb von 2 Wochen ohne Angabe von Gründen in Textform (z. B. Brief, Fax, Email) oder – wenn Ihnen die Sache vor Fristablauf überlassen wird – durch Rücksendung der Sache widerrufen. Maßgeblich für den Fristbeginn ist der Erhalt die-

ser Belehrung in Textform. Die Frist beginnt jedoch nicht vor dem Tag des Eingangs der Ware beim Empfänger (bei der wiederkehrenden Lieferung gleichartiger Waren nicht vor dem Tage des Eingangs der 1. Teillieferung) und auch nicht vor Erfüllung der Informationspflichten gemäß § 312 c Abs. 2 BGB. Die gemäß § 312 c Abs. 2 BGB mitzuteilenden Informationen sind im Anhang abgedruckt. Zur Wahrung der Widerrufsfrist genügt die rechtzeitige Absendung des Widerrufs oder der Sache.“ Der Widerruf ist zu richten an: [...]

Hinsichtlich der Widerrufsfolgen hält das BMJ im Wesentlichen an den Ausführungen in der noch aktuellen Widerrufsbelerung fest. Bei Fernabsatzgeschäften mit Waren lautet der Vorschlag für die Widerrufsfolgen nunmehr:

„Im Falle eines wirksamen Widerrufs sind die beiderseitigen empfangenen Leistungen zurückzugewähren und ggfs. gezogene Nutzungen (z. B. Zinsen) herauszugeben. Können Sie uns die empfangene Leistung ganz oder teilweise nicht oder nur in verschlechtertem Zustand zurückgewähren, müssen Sie uns insoweit ggfs. Wertersatz leisten. Bei der Überlassung von Sachen gilt dies nicht, wenn die Verschlechterung der Sache ausschließlich auf deren Prüfung – wie Sie Ihnen etwa im Laden möglich gewesen wäre – zurückzuführen ist. Im Übrigen können Sie die Pflicht zum Wertersatz für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung vermeiden, indem Sie die Sache nicht wie Ihr Eigentum in Gebrauch nehmen und alles unterlassen, was deren Wert beeinträchtigt. Paketversandfähige Sachen sind auf unsere Gefahr zurückzusenden. Sie haben die Kosten der Rücksendung zu tragen, wenn die gelieferte Ware der bestellten entspricht und wenn der Preis der zurückzusendenden Sache einen Betrag von 40 EUR nicht übersteigt oder wenn Sie bei einem höheren Preis der Sache zum Zeitpunkt des Widerrufs noch nicht die Gegenleistung oder eine vertragliche vereinbarte Teilzahlung erbracht haben. Andernfalls ist die Rücksendung für Sie kostenfrei. Nicht paketversandfähige Sachen werden bei Ihnen abgeholt. Verpflichtungen zur Erstattung von Zahlungen müssen innerhalb von 30 Tagen erfüllt werden. Die Frist beginnt für Sie mit der Absendung Ihrer Widerrufserklärung oder der Sache, für uns mit deren Empfang.“

Bei Fernabsatzverträgen über Waren ist an diese Widerrufsbelerung als Anhang die Regelung des § 312 c Abs. 2 BGB, sowie § 1 der BGB-InfoV vollständig abzudrucken und anzuhängen.

III. Bewertung des Vorschlages

1. Transparenz

Rein äußerlich fällt auf, dass der Vorschlag des BMJ erheblich länger ist als die bisherige Fassung. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Formulierungen in der Widerrufsbelerung selbst als auch hinsichtlich des anzuhängenden Gesetzestextes. § 312 c Abs. 1 S. 1 BGB verlangt

¹⁰ Vgl. RL 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. 5. 1997 (ABl. EG Nr. L 144 S. 19).

¹¹ Bodendiek, MDR 2003, 1, 3; Buchmann, MMR 2007, 347 f.; Grünberg, in: Palandt, 67. Aufl. 2008, BGB-InfoV, § 14 Rn. 5; Martis/Meinhof, MDR 2004, 4, 11; Marx/Bäumel, WRP 2004, 162, 164; Masuch, BB 2005, 344 ff.; a. A. Föhlich, MMR 2007, 516, 517.; ders., MMR 2007, 139, 140.

eine klare und verständliche Information des Verbrauchers.¹² Dazu gehört nicht nur, dass die Belehrung ihrem Inhalt nach auch für einen durchschnittlichen Verbraucher verständlich ist, sondern insbesondere, dass Aufbau und Umfang sich in einem Rahmen bewegen, so dass ein durchschnittlicher Verbraucher in der Lage ist, tatsächlich von dem Inhalt der Belehrung Kenntnis zu nehmen.¹³

Der vorgeschlagene Text der Musterwiderrufsbelehrung ist in dieser Form zu lang. Insbesondere wenn zusätzlich noch Teile des BGB und der BGB-InfoV abgedruckt werden müssen, besteht das erhebliche Risiko, dass ein Verbraucher diese Belehrung überhaupt nicht mehr liest, da er schon von deren Länge abgeschreckt wird. Hinsichtlich des Inhalts ändert der neue Entwurf nichts an den auch bisher bestehenden Verständnisschwierigkeiten. Nach wie vor werden Rücksendepflicht und Wertersatzpflicht miteinander vermengt. Der Vorschlag für die Widerrufsfolgen ist schon für einen Juristen nur nach mehrmaligem Lesen nachzuvollziehen.

2. Widerrufsrecht

Der Gesetzgeber hat ausdrücklich nur für Verbraucher ein Widerrufsrecht vorgesehen. Es ist nicht ausgeschlossen, dass auch Unternehmer im Wege des Fernabsatzes Geschäfte tätigen. Der Entwurf der Widerrufsbelehrung ist in diesem Punkt ebenso ungenau wie ihre Vorgängerin. Sie soll sich aus Unternehmersicht gerade nicht an jeden Käufer wenden, sondern nur an diejenigen, die der Gesetzgeber als Verbraucher privilegiert hat.

Auch fehlt ein Hinweis darauf, bei welchen Geschäften dem Verbraucher ein Widerrufsrecht zustehen soll. Der vorliegende Vorschlag beschränkt das Widerrufsrecht nicht ausdrücklich auf Fernabsatzgeschäfte. Dies bedeutet, dass bei Verwendung des Musters in allgemeinen Geschäftsbedingungen, die auch in einem Ladengeschäft verwendet werden sollen, ein Widerrufsrecht eingeräumt würde. Dies kann offensichtlich nicht gewollt sein, ebenso wenig, dass ein Unternehmer mehrere verschiedene AGB vorhalten muss. Das Problem könnte durch eine kleine Änderung behoben werden, indem formuliert wird: „*Verbraucher* können bei *Fernabsatzgeschäften* ihre Vertragserklärung ...“¹⁴.

Keine Regelung erfährt schließlich das in § 1 Nr. 10 BGB-InfoV geregelte Erfordernis, dass der Verbraucher auch darüber zu belehren ist, wenn ein Widerrufsrecht nicht besteht. In Betracht kommen hierbei die vom Gesetzgeber in § 312 d Abs. 4 BGB privilegierten Tatbestände. Im Lichte des Transparenzerfordernisses dürften allerdings nur diejenigen Tatbestände aufzulisten sein, die bei der verkauften Warengattung in Betracht kommen.¹⁵

3. Widerrufsfrist

Hinsichtlich des Beginns der Widerrufsfrist ist zu begründen, dass der Vorschlag von der Formulierung „frühestens“ Abstand nimmt. Insbesondere diese war Grund der zahlreichen Abmahnungen.¹⁶ Die Formulierung war nicht in Einklang mit § 312 c BGB zu bringen.¹⁷ Wenn eine Frist „frühestens“ beginnen kann, kann sie auch „spätestens“ beginnen. Die Frist der Musterwiderrufsbelehrung beginnt jedoch zu einem ganz exakt bestimmbareren Zeitpunkt, nämlich nach den §§ 312 c Abs. 2 S. 1

Nr. 2, Abs. 1, 355 Abs. 2 S. 1, 187 Abs. 1 BGB. Gerade die Vorgabe eines Zeitrahmens führt einen Verbraucher hinsichtlich des Beginns in die Irre, da er selbst nicht mehr in der Lage ist, den Zeitpunkt des Beginns und damit auch des Endes der Widerrufsfrist zu bestimmen.

Die Regelung über den Fristbeginn ist jedoch nach wie vor irreführend. Nach dem Vorschlag des Bundesministeriums soll für den Fristbeginn der Erhalt dieser Belehrung in Textform maßgeblich sein, wobei die Frist nicht vor dem Tage des Eingangs der Ware beim Empfänger beginnt. Damit hält sich der Entwurf zwar im Wesentlichen an die Formulierungen des Gesetzgebers in den §§ 312 c und d BGB. Unberücksichtigt gelassen wird jedoch, dass der Gesetzgeber seinerseits die Regelung in § 187 Abs. 1 BGB entweder übersehen oder jedoch als selbstverständlich vorausgesetzt hat.¹⁸ Das Abschreiben des reinen Gesetzeswortlautes ist demnach in diesem Fall nicht ausreichend. Der Verbraucher wird in der Regel nämlich gerade nicht wissen, dass für den Fristbeginn der Tag nicht mitgerechnet wird, in welchen das Ereignis fällt. Für den Verbraucher könnte es daher den Anschein haben, der Fristbeginn falle auf den Tag, an dem er die Ware erhält. Damit würde sich die Frist für ihn um einen Tag verkürzen.¹⁹

Zu begrüßen ist, dass im Musterentwurf der Fristbeginn an den Erhalt „dieser Belehrung in Textform“ gekoppelt worden ist.²⁰ Damit wird vermieden, dass Unternehmer zwei verschiedene Widerrufsbelehrungen vorhalten müssen, je nachdem, in welcher Form über das Widerrufsrecht belehrt wird. Dies ist aus Gründen der Transparenz

12 Schmidt-Räntsch, in: Bamberger/Roth, 2. Aufl. 2007, Band 1, § 312 c Rn. 21; Saenger, in: Erman, 11. Aufl. 2004, § 312 c Rn. 18; Wendehorst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 312 c Rn. 85 m. w. N.

13 Vgl. Wendehorst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 312 c Rn. 85; LG Itzehoe, CR 2001, 788; BGHZ 102, 152, 159; 106, 42, 49 ff.; BGH NJW 1999, 2279, 2280.

14 S. dazu schon den Vorschlag bei Buchmann, MMR 2007, 347, 351.

15 Buchmann, MMR 2007, 347, 353; a. A. Faustmann, ZGS 2007, 251, 257, Fn. 38, der offensichtlich § 1 Nr. 10 BGB-InfoV („Bestehen oder Nichtbestehen“) übersehen hat.

16 LG Halle, K&R 2006, 418 ff.; OLG Hamm, K&R 2007, 324 ff.; KG, MMR 2007, 377.

17 A.A. Föhlich, MMR 2007, 516, 517 mit der Begründung, das „frühestens“ versetze den Verbraucher in die Lage, im Fall des Widerrufs Rechtsrat über die weiteren Voraussetzungen einzuholen. Es ist allerdings zweifelhaft, ob die Musterwiderrufsbelehrung den Verbraucher in die Lage versetzen soll, Rechtsrat einzuholen. Vielmehr scheint es ihr Sinn zu sein, dem Verbraucher seine Rechte auch ohne Rechtsrat hinlänglich verständlich zu machen.

18 Die Gesetzesmaterialien geben dazu keine Auskunft.

19 Diese Form der Fristberechnung gilt nicht nur für die 2-Wochen-Frist, sondern auch für die 1-Monats-Frist, für den Fall, dass die Belehrung in Textform nicht mit Vertragsschluss erfolgt ist. Die in § 188 Abs. 2 BGB getroffene Regelung für die unstrittige Frage des Fristendes lässt die in § 187 Abs. 1 BGB getroffene Regelung für den Zeitpunkt des Fristbeginns unberücksichtigt. Beispiel: Geht die Ware am 3.6. zu, so beginnt der Fristlauf am 4.6. 0 Uhr, Fristende ist der 3.7. 24 Uhr. Dies entspricht einem Monat, vgl. das Beispiel bei Palm, in: Erman, 11. Aufl. 2004, § 188 Rn. 2. Das Urteil des BGH NJW 1994, 1800, Tz. 21 f. ist mit dem heutigen Standard des Verbraucherschutzes nicht mehr in Einklang zu bringen und kann daher auch nicht mehr als Begründung dafür herangezogen werden, dass die Benennung des Ereignisses genügt, das im Sinne von § 187 Abs. 1 BGB für den Fristbeginn verantwortlich ist.

20 S. dazu schon den Vorschlag von Buchmann, MMR 2007, 347, 351; kritisch OLG Köln Urt. v. 3. 8. 2007 – 6 U 60/07: Damit sei „keine wesentlich bessere Aufklärung des Verbrauchers verbunden, weil er den zuvor nur beispielhaft („z. B. Brief, Fax, E-Mail“) erläuterten Begriff der „Textform“ nicht kennt und nicht hinreichend sicher von der Rezeption des Textes über das Internet (durch Herunterladen, Ausdrucken, Speichern oder bloßes Lesen) abzugrenzen vermag, so dass er mit einem solchen Hinweis über den genauen Zeitpunkt des Fristbeginns nicht weniger im Ungewissen gelassen würde als ohne ihn“.

dringend erforderlich, um zu verhindern, dass ein Verbraucher aufgrund von für ihn widersprüchlichen Belehrungen nicht klar und verständlich über seine Rechte aufgeklärt wird.

4. Widerrufserklärung

Gemäß § 355 Abs. 1 BGB muss der Widerruf keine Begründung enthalten und ist in Textform oder durch Rücksendung der Sache innerhalb von zwei Wochen gegenüber dem Unternehmer zu erklären. Der Entwurf der Musterwiderrufserklärung sieht nach wie vor lediglich fakultativ vor, dass Telefax-Nummer und E-Mail-Adresse angegeben werden können. Dies genügt den gesetzlichen Anforderungen nicht. Werden E-Mail-Adresse und Fax-Nummer nicht angegeben, kann dadurch das Widerrufsrecht des Verbrauchers beschnitten werden.²¹ Gerade bei Fernabsatzgeschäften über das Internet ist es nicht ersichtlich, warum die E-Mail-Adresse des Verkäufers nicht angegeben werden muss. Insbesondere bei diesen Fernabsatzgeschäften könnte dem Verbraucher der Eindruck entstehen, dass ein Widerruf über Email nicht möglich ist. Die Textform nach § 126 b BGB umfasst jedoch gerade auch die elektronischen Nachrichten.²²

5. Widerrufsfolgen

Die Folgen des wirksam ausgeübten Widerrufsrechts sind in § 357 BGB normiert. Die gegenwärtig noch geltende Musterwiderrufsbelehrung ist in diesem Punkt nur schwer verständlich, da die Rücksendepflichten und der gegebenenfalls zu leistende Wertersatz miteinander vermengt werden. Der Entwurf des BMJ hat diese Kritik nicht aufgenommen, so dass der Abschnitt „Widerrufsfolgen“ nicht nur insgesamt zu lang geraten ist, sondern auch in sich nur schwer verständlich bleibt. Es empfiehlt sich daher, die Widerrufsfolgen auch optisch klar in die Rücksendeverpflichtung und den Nutzungs- bzw. Wertersatz aufzutrennen.

a) Rücksendung der Ware

Die Rücksendung der Ware birgt grundsätzlich keine größeren Schwierigkeiten. Die Voraussetzungen sind in § 357 Abs. 2 BGB geregelt. Es ist daher lediglich Aufgabe der Musterwiderrufsbelehrung, diese Rücksendeverpflichtung sprachlich so zu gestalten, dass ein durchschnittlicher Verbraucher in der Lage ist, den Inhalt dieser Erklärung zu verstehen.

Der Vorschlag des BMJ entspricht nicht dem Transparenzgebot des § 312 c Abs. 1 S. 1 BGB. Der Zusatz „nicht paketversandfähige Sachen werden bei Ihnen abgeholt“ befindet sich unmittelbar hinter dem Hinweis, dass „andernfalls die Rücksendung für Sie kostenfrei ist“. Es könnte sich zunächst einmal der Eindruck aufdrängen, dass die Rückholung von nicht paketversandfähiger Ware durch den Unternehmer für den Verbraucher nicht kostenfrei ist und der Verbraucher das Rücksenderisiko tragen muss. Darüber hinaus ist auch die Satzstruktur der Anmerkung 8 des Musterentwurfs so kompliziert, dass durch ein einfaches Lesen – und davon ist im Zweifel auszugehen – der Inhalt als solcher nicht verstanden werden kann.²³

b) Nutzungs- und Wertersatz

Unproblematisch ist zunächst auch, dass der Verbraucher verpflichtet ist, Nutzungs- bzw. Wertersatz zu leisten.²⁴ Dies ergibt sich aus der eindeutigen Verweisung des § 357 Abs. 1 S. 1 BGB auf das Rücktrittsrecht. Diese Ersatzpflicht besteht auch dann, wenn über das Widerrufsrecht nicht ordnungsgemäß belehrt wurde.²⁵

Schwierigkeiten bereitet lediglich die Regelung in § 357 Abs. 3 BGB, der in Abweichung von § 347 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB vorsieht, dass der Verbraucher auch für die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache Wertersatz zu leisten hat. Eine Ausnahme gilt nur dann, wenn der Verbraucher nicht spätestens bei Vertragsschluss in Textform über diese Verpflichtung informiert wurde. In diesem Fall gilt weiterhin die gesetzliche Regelung.

Erstes Problem bei der Belehrung über die Wertersatzpflicht für die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme innerhalb der Widerrufsbelehrung ist, dass dem durchschnittlichen Verbraucher der Unterschied zwischen der allgemeinen Wertersatzpflicht und der Wertersatzpflicht für die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme nicht bekannt sein wird.²⁶ Ohne einen entsprechenden Klammerhinweis, was genau damit gemeint sein könnte, ist folglich die Belehrung über die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme für den Verbraucher wertlos.²⁷ Der Vorschlag in dem neuen Musterwiderrufsbelehrungsentwurf ist nur unbefriedigend. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass S. 2 der Widerrufsfolgen „können Sie uns die empfangene Leistung ganz oder teilweise nicht oder nur in verschlechtertem Zustand zurückgewähren, so müssen Sie uns insoweit ggfs. Wertersatz leisten“ bei Warenverkäufen schon irreführend ist. Es ist unklar, warum der Verbraucher nur „ggfs.“ Wertersatz leisten soll. Ist die Ware in verschlechtertem Zustand zurückgegeben, so muss der Verbraucher Wertersatz leisten, es sei denn, der Verkäufer verzichtet auf dieses Recht. Allerdings kann davon nicht von vornherein im Rahmen der Musterwiderrufsbelehrung ausgegangen werden. Durch das „ggfs.“ könnte der Verbraucher daher darüber getäuscht werden, dass diese Verpflichtung grundsätzlich besteht.

21 Buchmann, MMR 2007, 347, 352.

22 Heinrichs/Ellenberger, in: Palandt, 67. Aufl. 2008, § 126 b Rn. 3; Wendtland, in: Bamberger/Roth, 2. Aufl. 2007, Bd. 1, § 126 b Rn. 5; Palm, in: Erman, BGB, 11. Aufl. 2004, § 126 b Rn. 3; Einsele, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 126 b Rn. 4.

23 Die Formulierung könnte lauten: „Mit der wirksamen Ausübung des Widerrufs sind Sie zur Rücksendung der Ware verpflichtet, wenn die Ware durch Paket versandt werden kann. Nicht paketversandfähige Ware wird von uns bei Ihnen abgeholt. Die Rücksendung erfolgt auf unsere Gefahr. Wir übernehmen die Kosten, soweit der Wert der zurückzusendenden Ware einen Bruttobetrag von EUR 40 überschreitet. Andernfalls haben Sie die Kosten der Rücksendung zu tragen.“

24 Stadler, in: Jauernig, 12. Aufl. 2007, § 357 Rn. 2; Grothe, in: Bamberger/Roth, 2. Aufl. 2007, Band 1, § 357 Rn. 9; Medicus, in: Prütting/Wegen/Weinreich, 2. Aufl. 2007, § 357 Rn. 7; Grüneberg, in: Palandt, 67. Aufl. 2008, § 357 Rn. 8.

25 Vgl. Buchmann, MMR 2007, 347, 352 m. w. N.; so jetzt auch OLG Köln, Urt. v. 3. 8. 2007 – 6 U 60/07.

26 Nach Ansicht des OLG Köln, Urt. v. 3. 8. 2007 – 6 U 60/07 kann ein Verbraucher nicht einmal den Begriff der Textform, obwohl ihm dieser im Klammerzusatz („z. B. Brief, Fax, E-Mail“) erläutert wird, verstehen. Dann dürfte das Verständnis der bestimmungsgemäßen Ingebrauchnahme überhaupt nicht zu vermitteln sein.

27 Hier könnte z. B. „Wertverlust durch Zulassung eines Kfz“ eingefügt werden. Es dürfte allgemein bekannt sein, dass Neuwagen bereits durch eine Tageszulassung einen Wertverlust von bis zu 20% haben. Durch diesen Hinweis könnte der Verbraucher zumindest erahnen, was mit der bestimmungsgemäßen Ingebrauchnahme gemeint ist.

Der Hinweis, „Im Übrigen können Sie die Pflicht zum Wertersatz für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung vermeiden, indem Sie die Sache nicht wie Ihr Eigentum in Gebrauch nehmen und alles unterlassen, was deren Wert beeinträchtigt“, entspricht den gesetzlichen Anforderungen, ebenso wie Gestaltungshinweis 7, wonach für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung kein Wertersatz zu leisten ist, wie dies § 357 Abs. 3 S. 1 BGB anordnet.

6. Erforderliche Änderungen im BGB

Die aufgeführten Schwierigkeiten der Musterwiderrufsbelehrung verdeutlichen das eigentliche Problem, nämlich die Regelungen des BGB. Viel dringender als der nur oberflächliche Versuch, durch eine neue Musterwiderrufsbelehrung das gegenwärtige Risiko eines Unternehmers, wegen der Verwendung des Musters des Normgebers abgemahnt zu werden, ist das Erfordernis, die Regelungen im BGB im vernünftigen Maße den wirtschaftlichen Gegebenheiten anzupassen.²⁸ Sie führen wirtschaftlich teilweise zu untragbaren und in sich unerklärlichen und widersprüchlichen Ergebnissen.

a) Belehrungszeitpunkte

Die Vorstellung des Gesetzgebers, der Schutz eines Verbrauchers bei Fernabsatzgeschäften könne nur gewährleistet werden, wenn dieser spätestens bei Vertragsschluss über alle ihm zustehenden Rechte in Textform informiert werde, ist für Warenkäufe keineswegs zwingend. So werden beispielsweise Geschäfte über die Handelsplattform eBay vom geltenden Recht anders – und deutlich benachteiligter – behandelt als Geschäfte über einen gängigen Online-Shop, obwohl dafür auch aus Verbraucherschutzaspekten überhaupt kein Bedürfnis besteht.²⁹ Die Diskussion um § 355 Abs. 2 BGB hat zahlreiche Vorschläge hervorgebracht.³⁰ Ihnen gemein ist die Ansicht, dass die geltende Rechtslage zu Wertungswidersprüchen und untragbaren Ergebnissen führt.

Es würde sich anbieten, den Verbraucherschutz auf das Niveau anzugleichen, das in der Fernabsatzrichtlinie (FernARL)³¹ von den Mitgliedsstaaten verlangt wird. Nach dessen Art. 4 Abs. 1 lit. f) ist ein Verbraucher vor Vertragsschluss lediglich über das Bestehen eines Widerrufsrechts zu unterrichten. Der in § 312 c Abs. 1 S. 1 BGB enthaltene Verweis auf die umfangreichen und zu den genannten Problemen führenden Belehrungen in § 1 Nr. 10 BGB-InfoV könnte daher bei Warengeschäften auf das Bestehen eines Widerrufsrechts und deren Ausnahmen (Art. 6 Abs. 3 FernARL) beschränkt werden. Es genügt den Verbraucherschutzinteressen, wenn der Verbraucher entsprechend Art. 5 Abs. 1 FernARL mit Erhalt der Ware deutlich (beispielsweise durch einen separat beiliegenden Hinweis) auf die Einzelheiten des Widerrufsrechts hingewiesen wird.³² Eine Belehrung zuvor ist für ihn wertlos und führt eher dazu, dass der Verbraucher die einzelnen Bestimmungen bei Erhalt der Ware bereits wieder vergessen hat.³³

b) Widerrufsfolgen

Auch die umfangreichen Bestimmungen zu den Widerrufsfolgen sind missglückt.³⁴ Sie folgen einem undurchsichtigen System von Ausnahmen zum Rücktrittsrecht und Rückausnahmen, das sich in einer Widerrufsbelehrung ohne eine entsprechende Verwirrung des Verbrauchers hinsichtlich des Transparenzgebots nur unzureichend abbilden lässt. Unklar bleiben dafür wesentliche Fragen, so beispielsweise die der so genannten Hinsendekosten.³⁵

Es ist zu überdenken, ob § 357 Abs. 3 BGB vollständig gestrichen werden kann. Zunächst einmal dürfte einem Verbraucher der Unterschied zwischen dem allgemeinen Wertersatz und dem Wertersatz für eine bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme nicht bekannt sein. Der Versuch, den Unterschied im Rahmen der Widerrufsbelehrung durch Beispiele zu verdeutlichen, mag helfen, gewährleistet den Erfolg jedoch nicht.³⁶ Zum anderen werden so Abgrenzungsschwierigkeiten vermieden. Der Verbraucher soll in die Lage versetzt werden, den Kaufgegenstand ebenso zu prüfen, wie ihm dies in einem Ladengeschäft möglich gewesen wäre, ohne dass er dafür Ersatz leisten muss. Bei einer Nutzung bzw. einer Beschädigung, die über das Testen wie in einem Ladengeschäft hinausgeht, ist nach den Regeln des Rücktrittsrechts Nutzungs- bzw. Wertersatz zu leisten.³⁷ Zuletzt werden Probleme, wie sie das LG Berlin³⁸ jüngst aufgeworfen hat, vermieden. Dort forderte das Gericht über den Wortlaut des § 357 Abs. 3 BGB hinaus, dass der Verbraucher bei Geschäften über die Handelsplattform eBay auch darüber aufgeklärt werden müsse, dass die Wertersatzpflicht für die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme nicht Teil der allgemeinen Nutzungs- bzw. Wertersatzpflicht sei. Bei ei-

28 Vgl. zu der unbegründeten Ungleichbehandlung von Fernabsatzgeschäften, bei denen bei bzw. erst nach Vertragsschluss über das Widerrufsrecht belehrt wird Buchmann, K&R 2007, 14 ff.

29 Ausführlich dazu Buchmann, K&R 2007, 14, 19 f.

30 Becker/Föhlisch, NJW 2005, 3377, 3378; Franck, JR 2004, 45, 49; Kaestner/Tews, WRP 2004, 509, 513; Kaiser, in: Staudinger, § 355, Rn. 45; Wendehorst, in: Münchener Kommentar zum BGB, 5. Aufl. 2007, § 312 d, Rn. 82: „rechtspolitisch verfehlt“; Masuch, in: Münchener Kommentar zum BGB (Fn. 5), 5. Aufl. 2007, § 355, Rn. 53; Schirmbacher, CR 2006, 673, 677.

31 Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Verbraucherschutz bei Vertragsschlüssen im Fernabsatz vom 20. 5. 1997.

32 Wie hier auch Dietrich/Hofmann, CR 2007, 318, 322.

33 Buchmann, K&R 2007, 14, 19; Franck, JR 2004, 45, 49.

34 Vgl. zu § 357 BGB: Buchmann/Tilse, K&R 2007, 425 ff. (Anm. zu LG Berlin, K&R 2007, 424 f.).

35 Vgl. dazu nun OLG Karlsruhe, Urt. v. 5. 9. 2007 – 15 U 226/06: Verbraucher haben bei einer richtlinienkonformen Auslegung auch Anspruch auf Erstattung der Hinsende-Kosten; dazu Wenn, jurisPR-ITR 13/2007 Anm. 4; Zu § 357 BGB auch BGH, BB 2007, 1296 ff. = K&R 2007, 404 ff.: Verbraucher müssen auch über ihre Rechte informiert werden; OLG Hamburg (5. Senat), MMR 2007, 660 f. (mit Anm. Solmecke) im diametralen Widerspruch zu OLG Hamburg (3. Senat), K&R 2006, 526 f. Aufgrund des Spezialitätsverhältnisses von § 312 c und § 355 ff. habe § 312 c BGB Vorrang. Dies dürfte rechtssystematisch jedenfalls für § 357 Abs. 3 BGB falsch sein. Spezieller ist eine Norm kaum zu fassen.

36 Vgl. das Beispiel für den Wertverlust durch die Anmeldung eines Kfz ohne weitere Nutzung.

37 Nicht verkannt werden die Probleme insbesondere bei Unterwäsche und Kosmetika. Aber auch hier ist es dem Kunden im Ladengeschäft nicht gestattet, Verpackungen zu öffnen bzw. wahllos beispielsweise Dosen mit Creme zu öffnen. Dies verpflichtet ihn regelmäßig zum Kauf. In einem Ladengeschäft stehen dafür in der Regel Proben etc. zur Verfügung. Da dies im Fernabsatzgeschäft kaum möglich ist, wäre zu überdenken, ob nicht der Ausnahmenkatalog in § 312 d Abs. 4 BGB erweitert wird.

38 LG Berlin, K&R 2007, 424 ff. (mit Anm. Buchmann/Tilse).

ner verständigen Auslegung von § 357 Abs. 3 BGB wäre eine solche Hinweispflicht tatsächlich erforderlich, um eine Irreführung des Verbrauchers zu vermeiden.³⁹ Schon dieses Beispiel zeigt, dass die Vorschrift verfehlt ist.

Wenn der Wertersatz für die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme erhalten werden soll – was aus Sicht der Unternehmer von Vorteil wäre – so müsste jedenfalls das Textformerfordernis, das gegenwärtig spätestens bei Vertragsschluss erfüllt sein muss, entfallen. Es nützt dem Verbraucher nichts, so lange er die Ware noch nicht in seinen Händen hält.⁴⁰

c) Einbindung der Musterwiderrufsbelehrung in das BGB

Es wird vorgeschlagen, dass die Musterwiderrufsbelehrung in das BGB eingebunden werden soll.⁴¹ Damit werde Rechtssicherheit erlangt, da das Muster dann Gesetzesrang habe. Dagegen spricht einerseits die Gefahr der Überfrachtung des BGB. Während das im Jahr 1900 in Kraft getretene Grundwerk des BGB durch seine knappen und abstrakten Normen überzeugte und nicht zuletzt deshalb als Grundlage für andere Rechtsordnungen diente, ist festzustellen, dass die jüngeren Gesetzesnovellen immer längere Regelungen enthalten. Dies dient der Klarheit des Gesetzes nicht unbedingt. Zum anderen darf nicht verkannt werden, dass das Gesetz als solches in sich konsistent sein muss. Den gegenwärtigen Vorschlag der Musterwiderrufsbelehrung in das BGB einzufügen würde bedeuten, Regelungen, die evident mit anderen Normen des BGB in Widerspruch stehen, zu Gesetzesrang zu verhelfen. Richtiger werden sie dadurch nicht.

Zuletzt wäre es sinnvoll, für die verschiedenen Geschäfte jeweils eine eigene Musterwiderrufsbelehrung zu entwerfen.⁴² Das Widerrufsrecht für Haustürgeschäfte, Warengeschäfte, Dienstleistungen oder Finanz-

dienstleistungen unterliegt jeweils unterschiedlichen Bedingungen. Die gewählte Variante, durch verschiedene Bausteine die jeweils notwendige Belehrung selbst zusammenstellen zu können, kann nach dem vorliegenden Vorschlag des BMJ ohne juristische Kenntnisse kaum erfolgen.

IV. Ergebnis und Ausblick

Es ist grundsätzlich zu begrüßen, dass sich das Bundesministerium der Justiz nach vielen Jahren endlich der Musterwiderrufsbelehrung angenommen hat. Statt an den Symptomen – nämlich der Musterwiderrufsbelehrung – das juristische Seziermesser anzusetzen, ist es jedoch erforderlich, die überwiegend verfehlten Regelungen zum Fernabsatzrecht im BGB zu überarbeiten. Sie führen zu für Unternehmer teilweise untragbaren und widersprüchlichen Ergebnissen. Der Verbraucher wird in einem Maße geschützt, dessen es nicht bedarf. Die gesetzlichen Regelungen gehen weit über die Erfordernisse der FernARL hinaus. Es besteht die Gefahr, dass solche überzogenen Regelungen in Verbindung mit der bestehenden Rechtsunsicherheit zum Wettbewerbsnachteil für den Standort Deutschland werden.

Der Vorschlag des Bundesministeriums erfüllt die Vorgaben des BGB gegenwärtig nicht. Ohne erhebliche Nachbesserungen in allen Bereichen der Widerrufbelehrung werden Abmahnungen, widersprüchliche Gerichtsentscheidungen, enttäuschte Unternehmer und verwirrte Verbraucher die Regel bleiben.

39 Im Einzelnen dazu *Buchmann/Tilse*, K&R 2007, 425, 426 f.

40 Vgl. schon oben III.6.a).

41 Vgl. *Föhlich*, MMR 2007, XII, mit Verweis auf den Vorschlag von Trusted Shops.

42 So schon *Föhlich*, MMR 2007, 139, 142; *Buchmann*, MMR 2007, 347, 350.

Von Dr. Grace
Nacimiento, LL.M.,
Düsseldorf

Die Autorin ist Partnerin der
Kanzlei B.B.O.R.S. Rechts-
anwälte, Düsseldorf. Mehr über
die Autorin erfahren Sie
auf S. VIII.

Telekommunikationsrecht: Rechtsprechungsbericht 2007

Im Berichtszeitraum hat das VG Köln nunmehr über mehrere angefochtene Regulierungsverfügungen der BNetzA entschieden. Fragen des Drittschutzes stehen hier u. a. im Mittelpunkt. Im Bereich der Entgeltregulierung sind die Gerichte weiter mit den umstrittenen Terminierungsentgelten im Mobilfunk befasst. Fragen der Missbrauchsaufsicht haben das BVerwG erreicht. Verwaltung knapper Ressourcen und Gebührenfragen beschäftigten die Gerichte ebenfalls. Der Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen in TK-Verfahren war erneut Gegenstand höchstrichterlicher Entscheidung.

I. Einleitung

Im Jahr 2007 sind erstmals Entscheidungen zu Regulierungsverfügungen ergangen. Die vorliegenden Urteile räumen der BNetzA einen weitgehenden Beurteilungsspielraum im Rahmen der Marktdefinitions- und -analyseverfahren ein. Eine höchstrichterliche Klärung dieser Fragen steht noch aus.

II. Rechtsschutz gegen Regulierungsverfügung

1. Teilaufhebung der Regulierungsverfügung Märkte 1 – 6

Mit Urteil vom 5. 9. 2007 hob das VG Köln die Regulierungsverfügung der BNetzA vom 23. 6. 2006 zu den Märkten 1 bis 6 teilweise auf¹. Die Märkte 1 bis 6 betreffen den

1 VG Köln, Urt. v. 5. 9. 2007 – 21 K 3395/06.