

# Die Auswirkungen der E-Commerce-Regelungen der EU-Richtlinie über Verbraucherrechte auf das BGB

Dr. Kai Purnhagen, LL.M. (Wisconsin)

Akademischer Rat aZ am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht (Prof. Dr. Thomas Ackermann) an der Ludwig-Maximilians-Universität in München<sup>1</sup>

**Abstract:** This article investigates the effect of the Consumer Rights Directive 2011/83/EU on the German BGB. Special emphasis is placed on e-commerce-relevant legislation. The article is based on the argument that European law requires the German legislator, when it transposes Directives intended to create rights for individuals into the BGB, to do so in

best conformity with the BGB's current system. It therefore browses through the BGB's relevant norms and investigates how such a transposition may be achieved. It will conclude that such a transposition is possible, but that the German legislator should devote more time to investigate how such transposition shall be acquired.

**Keywords:** Consumer Rights Directive; E-Commerce; BGB

© 2012 Kai Purnhagen

Everybody may disseminate this article by electronic means and make it available for download under the terms and conditions of the Digital Peer Publishing Licence (DPPL). A copy of the license text may be obtained at <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-en8>.

This article may also be used under the Creative Commons Attribution-ShareAlike 3.0 Unported License, available at <http://creativecommons.org/licenses/by-sa/3.0/>.

Recommended citation: Kai Purnhagen, Die Auswirkungen der E-Commerce-Regelungen der EU-Richtlinie über Verbraucherrechte auf das BGB, 3 (2012) JIPITEC 93, para. 1.

## A. Einleitung

1 Mit der Veröffentlichung der Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher<sup>2</sup> (im Folgenden: RRV) ist ein großes und viel diskutiertes Projekt im EU-Privatrecht zu Ende gebracht. Die RRV führt zwei der acht Richtlinien des Verbraucherschutzes zusammen, darunter auch die hier im Wesentlichen maßgebliche Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz (im Folgenden: FARL).<sup>3</sup> Damit ist die RRV ein Teil der von der Kommission groß angelegten „Better Regulation“-Strategie, die mittlerweile unter dem Namen „Smart Regulation“ weitergeführt wird.<sup>4</sup> Diese Strategie hat vor allem zum

Ziel, den unionsrechtlichen Besitzstand zu systematisieren und zu vereinfachen.<sup>5</sup> Wie eine solche Systematisierung und Vereinfachung im Rahmen der RRV auszusehen hat, thematisierten seit dem ersten Kommissionsvorschlag KOM (2008) 614 zur RRV zahlreiche Beiträge und Tagungen.<sup>6</sup> Dass Systematisierung und Vereinfachung des Vertragsrechts niemals ein Selbstzweck ist<sup>7</sup>, wird insbesondere am Beispiel der Vollharmonisierung im Rahmen der hier zu untersuchenden RRV deutlich. Auch wenn die Systematisierung und Vereinfachung vordergründiges Ziel sein mag, so wird mit der Vollharmonisierung faktisch ein auf europäischer Ebene regulierter Binnenmarkt geschaffen, der sich nationalem Einfluss weitgehend entzieht.<sup>8</sup> In ihrer ursprünglichen Konzeption hätte die RRV unter dem Deckmantel der

Vereinfachung des unionsrechtlichen Besitzstandes weite Bereiche des nationalen Vertragsrechts exklusiv auf die unionsrechtliche Ebene „gezogen“, was nicht nur eine Vereinfachung, sondern eine erhebliche Ausweitung des unionsrechtlichen Besitzstandes zur Folge gehabt hätte. Dass ein solcher systematischer Harmonisierungsansatz nicht ohne Folgen für das nationale Recht bleibt, liegt auf der Hand.<sup>9</sup>

- 2 Gegenstand dieses Beitrages ist es jedoch nicht, die Regelungen der RRV in extenso zu analysieren, insbesondere wird hier keine Stellung bezogen zur hinreichend diskutierten Frage der Reichweite, Notwendigkeit und Sinnhaftigkeit des Harmonisierungsgrades der RRV.<sup>10</sup> Da die EU mit der Verabschiedung der RRV nunmehr rechtliche Fakten in dieser Hinsicht zugunsten einer „Halbharmonisierung“<sup>11</sup> oder – terminologisch treffender – einer „Gemischten Harmonisierung“<sup>12</sup> geschaffen hat, wird sich die rechtswissenschaftliche Diskussion notwendiger Weise verlagern.<sup>13</sup>
- 3 Offen sind nach wie vor Fragen bezüglich der Einbettung der RRV in das Recht auf europäischer Ebene.<sup>14</sup> Daneben rückt mit der Verabschiedung der RRV eine weitere Schicht des EU-Mehrebenensystems in den Mittelpunkt der rechtswissenschaftlichen Analyse. Die nun verbindlich werdende RRV ist europarechtsfest und systemkonform in mitgliedstaatliches Recht umzusetzen.<sup>15</sup> Wünschenswert ist gerade in Deutschland eine möglichst breite Diskussion unter Einschluss der Wissenschaft im Vorfeld der Umsetzung. Dies zeigt die Erfahrung mit der Umsetzung des Verbraucheracquis in der Vergangenheit.<sup>16</sup> Im Hinblick auf die Europarechtsfestigkeit wird die Notwendigkeit einer breiten Debatte durch zahlreiche Urteile des EuGH offenkundig, in denen die deutsche Umsetzung des Verbraucheracquis zu Recht gerügt worden ist.<sup>17</sup> Hinsichtlich der systemkonformen Umsetzung wird die Notwendigkeit einer wissenschaftlichen Diskussion vor allem durch die vielfach diskutierte unglückliche systematische Verortung einzelner Umsetzungsnormen wie beispielsweise der §§ 13, 14 BGB<sup>18</sup>, sowie des § 241a BGB<sup>19</sup> oder die Koppelung von Widerrufs- und Rücktrittsrecht deutlich.<sup>20</sup> Um solche Diskussionen zu vermeiden, sollte der deutsche Gesetzgeber sich und der Wissenschaft die notwendige Zeit geben, Lösungsvorschläge zu unterbreiten, zu diskutieren und mögliche Probleme zu antizipieren um seine Entscheidungen später auch erklären zu können.<sup>21</sup>
- 4 Dies ist nicht nur der fromme Wunsch besorgter Juristen<sup>22</sup>, sondern sowohl ein Erfordernis des nationalen Rechts<sup>23</sup> und des Europarechts.<sup>24</sup> Mitgliedstaaten müssen durch die Umsetzung der Richtlinie eine vollständige Anwendung der Richtlinie in hinreichend klarer und bestimmter Weise gewährleisten.<sup>25</sup> Dabei sind diejenigen nationalen Umsetzungsformen und Mittel zu wählen, die die praktische Wirksamkeit der Richtlinie am besten gewährleisten.<sup>26</sup> Hat

sich der deutsche Gesetzgeber zur Umsetzung der Verbraucherrechtsvorschriften im BGB entschieden, so muss sich die Gewährleistung dieser praktischen Wirksamkeit der Umsetzung auch am BGB messen lassen. In einem System wie dem deutschen Bürgerlichen Recht, dessen Qualität und Effektivität in hohem Maße in der Kohärenz des Normengeflechts und der Stimmigkeit des inhärenten Systems begründet liegt, kann dies nur bedeuten, die Richtlinie auch in einer dem System des BGB entsprechenden Weise umzusetzen.<sup>27</sup> Damit sind Europarechtsfestigkeit und Systemkonformität im EU-Privatrecht keine Gegensätze, sondern im Regelfall kompatibel. Um eine für das nationale Recht möglichst passgenaue Umsetzung gewährleisten zu können, gibt der europäische Gesetzgeber dem Mitgliedstaat eine Umsetzungsfrist an die Hand, in der die Umsetzungsmöglichkeiten ausgelotet werden sollen. Wird die Richtlinie jedoch ohne hinreichende Diskussion in Wissenschaft und Praxis zu früh umgesetzt, da der nationale Gesetzgeber sich nicht genug Zeit zur Umsetzungsdiskussion gegeben hat, so läuft der Mitgliedstaat Gefahr, die falschen Umsetzungsmittel zu wählen. Damit steht nach wie vor die Frage im Raum, ob die schnellste Umsetzung auch die effektivste ist.<sup>28</sup>

- 5 Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr (hiernach: Gesetzesentwurf) hatte eine solche besonders eilige Umsetzung forciert.<sup>29</sup> Er wurde, obschon er einige Regelungen der RRV betrifft, bereits ins parlamentarische Verfahren eingebracht, bevor die RRV überhaupt veröffentlicht worden ist. Der Wissenschaft wird damit keine Möglichkeit eingeräumt, eine sinnvolle Umsetzung der RRV zu diskutieren. Wie noch zu zeigen sein wird, ist der Vorschlag im Gesetzesentwurf mit dem Gebot systemkonformer Umsetzung nur schwer vereinbar.
- 6 In einzelnen Gebieten des deutschen Privatrechts wird die Diskussion um die Auswirkung der RRV in der Form des ersten Kommissionsvorschlags bereits geführt.<sup>30</sup> Diese Analysen betreffen allgemeine Fragen, Möglichkeiten einer konkreten Umsetzung und deren Probleme sind bislang wenig untersucht worden. Da sich die RRV auf viele spezielle Rechtsbereiche des deutschen Rechts mit jeweils eigenen dogmatischen Besonderheiten wie beispielsweise die Fernabsatzvorschriften, den Verbraucherbegriff, sowie die Vorschriften über Haustürgeschäfte auswirken wird, empfiehlt es sich, die Diskussion auch sektoral innerhalb der entsprechenden Rechtsbereiche zu führen. Dieser Beitrag setzt den Schwerpunkt auf den Bereich der Auswirkungen der E-Commerce-Regelungen der RRV auf das BGB, wobei notwendiger Weise auch auf einige allgemeine Vorschriften wie beispielsweise den Verbraucher- und Unternehmerbegriff eingegangen werden wird.

## B. Die Auswirkungen der RRV auf Fernabsatzverträge im BGB

- 7 Im Folgenden werden die Umsetzungsmöglichkeiten der RRV anhand der Vorschriften des BGB analysiert. Damit wird dem Ansatz gefolgt werden, die Umsetzung möglichst systemkonform durchzuführen. Daraus ergibt sich eine Einteilung der Auswirkungen der RRV auf Vorschriften des Ersten Buches des BGB (Allgemeiner Teil) (I.), sowie auf das 2. Buch (Recht der Schuldverhältnisse) (II.).

### I. Allgemeiner Teil des BGB

#### 1. Verbraucherbegriff des § 13 BGB

- 8 Der Fernabsatzvertrag setzt gem. § 312b Abs. 1 S. 1 BGB das Vorliegen eines Verbrauchergeschäfts voraus. Damit ist für die Anwendung des speziellen Widerrufs- und Rückgaberechts gem. § 312d BGB, sowie der speziellen Informationsvorschriften des § 312c BGB und der Sonderregelung über die Wertersatzverpflichtung in § 312e BGB Voraussetzung, dass der Käufer ein Verbraucher gem. § 13 BGB, der Verkäufer ein Unternehmer gem. § 14 BGB ist. Dies gilt gleichfalls für die Vorschrift über Finanzdienstleistungen in § 312f BGB. Der Verbraucherbegriff eröffnet damit gemeinsam mit dem Unternehmerbegriff den Anwendungsbereich der speziellen Vorschriften über den Fernabsatz. Dem Begriff des Verbrauchers kommt – zusammen mit dem Unternehmerbegriff – damit eine Schlüsselfunktion im Fernabsatzrecht zu.<sup>31</sup> Hiervon zu trennen sind die in § 312g BGB bestimmten Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr, sowie die Vorschrift des § 312i BGB über abweichende Vereinbarungen, die lediglich an die Unternehmereigenschaft des Verkäufers anknüpfen. Im Folgenden werden daher die fernabsatzspezifischen Änderungen des Verbraucherbegriffes analysiert, auf eine umfassende Untersuchung der Auswirkungen der RRV auf den Verbraucherbegriff wird verzichtet.

#### a.) Der Verbraucherbegriff in der RRV sowie Harmonisierungsgrad

- 9 Erwägungsgrund 17 RRV geht auf die bislang im Fernabsatzrecht umstrittene Anwendung des Verbraucherbegriffs auf Verträge mit „gemischtem Zweck“ (mixed-purpose contracts)<sup>32</sup> ein: Demnach ist Verbraucherhandeln bei einem Vertrag, der „teilweise innerhalb und teilweise außerhalb des Gewerbes der Person abgeschlossen“ wurde immer dann anzunehmen, wenn der gewerbliche Zweck „im Gesamtzusammenhang des Geschäfts nicht vorherrschend ist“. Die negative Formulierung macht

deutlich, dass in Zweifelsfällen bei Verträgen mit gemischtem Zweck Verbraucherhandeln anzunehmen ist.<sup>33</sup> Der EU Gesetzgeber hat sich an der Verbraucherdefinition des I-I:105 (1) DCFR orientiert, hat jedoch die Regelung I-I:105 (3) DCFR über den gemischten Zweck nicht übernommen.

- 10 Im Gegensatz zum Begriff des Gewerbetreibenden in Art. 2 Abs. 2 RRV beinhaltet Art. 2 Abs. 1 RRV keine Regelung über die Zurechnung des Handelns von Dritten. Dabei bleibt leider die Zurechnung der Tätigkeit eines vertragsfremden Dritten auf den Verbraucher als Hintermann unklar.<sup>34</sup> Im Fernabsatzrecht wird diese Regelung vor allem bei professionellen Bietagenturen relevant, die für Verbraucher bestimmte Artikel auf einer Plattform anbieten. Da es sich hierbei in aller Regel um den Verkauf durch sogenannte Power-Seller oder vergleichbare Konstellationen handelt, wird zu deren Einordnung auf die entsprechenden Ausführungen im Rahmen des Unternehmensbegriffs verwiesen.
- 11 Gem. Erwägungsgrund 13 RRV ist es den Mitgliedstaaten gestattet, „den Geltungsbereich dieser Richtlinie auf juristische oder natürliche Personen auszudehnen, die keine „Verbraucher“ im Sinne dieser Richtlinie sind“. Damit unterliegt der Verbraucherbegriff minimalharmonisierenden Regelungen. Eine mitgliedstaatliche Ausdehnung des Verbraucherbegriffs auf Personen, die nicht unter Art. 2 Abs. 2 RRV fallen, ist demnach erlaubt.

#### b.) Auswirkungen auf § 13 BGB

- 12 Auswirkungen auf § 13 BGB ergeben sich durch die Regelungen der RRV nur in sehr eingeschränktem Ausmaß. Im Rahmen der Fernabsatzvorschriften können sich vor allem die Änderungen in Hinsicht auf Verträge mit „gemischtem Zweck“ (mixed-purpose contracts) auswirken. Solche Verträge werden in Deutschland nach der überwiegenden Ansicht von der Unterscheidung von Haupt- und Nebenzweck oder der Feststellung eines überwiegenden Zweckes abhängig gemacht.<sup>35</sup> Kann ein solcher Zweck nicht ermittelt werden und handelt eine natürliche Person, so ist im Zweifel Verbraucherhandeln anzunehmen.<sup>36</sup> Handelt hingegen ein Kaufmann, so ist nach BGH-Rechtsprechung zumindest beim Verkäufer gem. § 344 HGB grundsätzlich Unternehmerhandeln anzunehmen.<sup>37</sup> Diese Rechtsprechung steht bei Verträgen mit gemischtem Zweck nicht mit Erwägungsgrund 17 der RRV im Einklang. Die negative Formulierung des Erwägungsgrundes 17 der RRV statuiert eine Zweifelsregelung zugunsten von Verbraucherhandeln. Praktische Auswirkungen kann diese Regelung im Fernabsatz auch auf die Einordnung von Power-Sellern als Unternehmer haben.

## c.) Ergebnis

13 Die Regelungen über den Verbraucherbegriff in der RRV führen nur zu marginalen Änderungen beim Verbraucherbegriff im Fernabsatzrecht. Die Anwendung der Zweifelsregelung des § 344 HGB ist im Fall von Verträgen mit gemischtem Zweck nicht möglich.

## 2. Unternehmerbegriff, § 14 BGB

14 Wie bereits dargestellt wurde, eröffnet der Unternehmerbegriff – zusammen mit dem Verbraucherbegriff – den Anwendungsbereich der Vorschriften über den Fernabsatz. Dies trifft im Gegensatz zu den §§ 312b Abs. 1 S. 1, 312d, 312c, 312h und 312f BGB auch auf die §§ 312g und 312i BGB zu, die lediglich ein Unternehmerhandeln des Verkäufers, nicht jedoch ein Verbraucherhandeln des Käufers erfordern. Dem Unternehmerbegriff kommt damit im Fernabsatzrecht eine noch größere Schlüsselfunktion zu als dem Verbraucherbegriff.

### a.) Der Unternehmerbegriff in der RRV sowie Harmonisierungsgrad

15 Der Begriff des „Unternehmers“ wird von der RRV nicht verwendet. Stattdessen bedient sie sich in Art. 2 Abs. 2 RRV des Begriffs des „Gewerbetreibenden“. Der „Gewerbetreibende“ löst im Fernabsatzrecht den Begriff des „Lieferers“ in Art. 2 Nr. 3 FARL ab. Damit vereinheitlicht er die terminologisch teilweise unterschiedlichen Bezeichnungen in den zwei Richtlinien zugunsten der in der Richtlinie 85/577/EWG betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen (hiernach „Haustürwiderrufsrichtlinie“) gebrauchten Terminologie. Prima vista sind die Unterschiede zwischen dem Begriff des „Gewerbetreibenden“ in Art. 2 Abs. 2 RRV und dem „Lieferer“ in Art. 2 Nr. 3 FARL erheblich, tatsächlich handelt es sich vielfach lediglich um Klarstellungen. Die zahlreichen Änderungen und Satzeinschübe haben Art. 2 Abs. 2 RRV jedoch schwer leserlich gemacht, sodass sich der Inhalt der Norm erst nach mehrmaligem Studium und unter Einschluss der Erwägungsgründe erschließt.

16 Im E-Commerce wirken sich insbesondere folgende Änderungen aus: Der Satz „die beim Abschluß von Verträgen im Sinne dieser Richtlinie“ des Art. 2 Nr. 3 FARL wird ersetzt durch „die in Bezug auf von dieser Richtlinie erfasste Verträge (...) zu den Zwecken handelt“. Damit wird der maßgebliche Zeitpunkt der Definition des Unternehmerhandels vom Abschluss des Vertrages auch auf den Zeitraum vorvertraglichen Handelns erweitert. Der EU-Gesetzgeber gleicht den Unternehmerbegriff mithin längst überfällig dem

Begriff des Fernabsatzvertrages an, der grundsätzlich auch vorvertragliches Handeln erfasst.<sup>38</sup>

17 Darüber hinaus enthält Art. 2 Abs. 2 RRV zwei Regelungen über das Handeln von Dritten. Die erste Regel betrifft die Zurechnung des Handelns Dritter zur Bestimmung der Eigenschaft des Hintermannes als Gewerbetreibenden. Die zweite Regel betrifft die Frage, ob der Dritte selbst als Gewerbetreibender angesehen werden kann. Im ersten Fall ist nunmehr klargestellt, dass der Hintermann auch dann als Gewerbetreibender zu qualifizieren ist, wenn ein Dritter im Namen oder im Auftrag des Hintermannes handelt. Ob dieser Dritte nach außen als Verbraucher auftritt, ist unerheblich. Durch diese Regelung wird nun klargestellt, dass die vom EuGH im Urteil *Crailsheimer Volksbank für das Haustürwiderrufsrecht* gefundene Lösung<sup>39</sup> auch im Fernabsatzrecht Gültigkeit erlangt.<sup>40</sup> Darüber hinaus wird allerdings der Dritte selbst zum Unternehmer, wenn er im Namen oder im Auftrag des Gewerbetreibenden handelt. Diese zweite Regel ist Art. 2 S. 2 aE Haustürwiderrufsrichtlinie nachempfunden. Somit wird in Zukunft auch die diesbezügliche Rechtsprechung des EuGH zum Haustürwiderrufsrecht grundsätzlich auf das Fernabsatzrecht zu übertragen sein. Dem Dritten dürfen durch diese Regelungen jedoch keine rechtlichen Verpflichtungen erwachsen, da die Regelung dieses Bereiches gem. Erwägungsgrund 16 der RRV als Regelungen über die gesetzliche Vertretung Sache der Mitgliedstaaten ist.

18 Gem. Erwägungsgrund 13 der RRV ist es den Mitgliedstaaten gestattet, „den Geltungsbereich dieser Richtlinie auf juristische oder natürliche Personen auszudehnen, die keine ‚Verbraucher‘ im Sinne dieser Richtlinie sind“. Demnach unterliegt auch der Unternehmerbegriff minimalharmonisierenden Regelungen. Eine Ausdehnung des Unternehmerbegriffs auf Personen, die nicht unter Art. 2 Abs. 2 RRV fallen, ist demnach möglich.<sup>41</sup>

### b.) Auswirkungen auf § 14 BGB

19 Der Begriff des „Gewerbetreibenden“ wird im deutschen Recht durch den des „Unternehmers“ in § 14 BGB umgesetzt.

20 § 14 BGB rekurriert für den Zeitpunkt der Definition des Unternehmerbegriffs auf den Zeitpunkt des „Abschlusses eines Rechtsgeschäfts“. Damit setzt § 14 BGB unter anderem Art. 2 Nr. 3 FARL um, der auf den Zeitpunkt des „Abschlusses eines Vertrages“ abstellt. „Rechtsgeschäft“ iS des § 14 BGB wäre demnach eigentlich im Lichte des § 311 Abs. 1 BGB zu verstehen, der den Vertrag für die Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft voraussetzt. Gem. § 311 Abs. 2 BGB sind davon jedoch rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse zu unterscheiden, die vor allem im vorvertraglichen Stadium anzusie-

deln sind.<sup>42</sup> Genau jenes nach deutschem Verständnis „rechtsgeschäftsähnliche Handeln“, so wird nun durch die neue Definition der RRV klargestellt, ist jedoch seit jeher auch vom Unternehmerhandeln gem. § 14 BGB erfasst, obwohl dies eigentlich vom Wortlaut nicht gedeckt ist.<sup>43</sup> Sonst würde die Definition der §§ 13 und 14 BGB schon in der ersten Vorschrift § 241a Abs. 1 BGB, die auf die §§ 13 und 14 BGB verweist, keine Anwendung finden, da § 241a BGB gerade ein rechtsgeschäftliches Handeln ausschließt. Da „rechtsgeschäftliches“ und „rechtsgeschäftsähnliches“ Handeln gem. § 311 BGB voneinander zu trennende Begriffe sind, ist eine europarechtskonforme Auslegung des Begriffs „Rechtsgeschäft“ in § 14 BGB im Grunde nicht möglich. Die Neuformulierung der RRV gibt nun die Möglichkeit, diesem Missstand dadurch Abhilfe zu schaffen. Es sollte nicht mehr an das „Rechtsgeschäft“, sondern an die Gegebenheiten angeknüpft werden, die zum Abschluss eines „Vertrages“ führen. Es bietet sich daher an, die Formulierung der Richtlinie zu übernehmen und „bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts“ durch „in Bezug auf den Abschluss von Verträgen“ zu ersetzen. In vergleichbarer Weise sollte die Anknüpfung an das „Rechtsgeschäft“ in § 13 BGB angepasst werden. Damit würde auch die Inkonsistenz beseitigt, die zwischen §§ 312b Abs. 2 und 13, 14 BGB besteht. § 312b Abs. 2 BGB erfasst ausdrücklich auch die Anbahnung eines Vertrages,<sup>44</sup> die §§ 13 und 14 BGB, die den Anwendungsbereich des § 312b Abs. 2 BGB eröffnen, stellen von ihrem Wortlaut her jedoch erst auf das Handeln im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses ab.

- 21 Die Regelungen in Art. 2 Abs. 2 RRV schaffen darüber hinaus Klarheit bezüglich der Einordnung des Handelns Dritter. Eine solche Einordnung ist im deutschen Recht außerhalb des Haustürwiderrufsrechts ungeklärt. Auch lässt der Wortlaut des § 14 BGB keinerlei Ansatzpunkt erkennen, wie das Handeln Dritter einzuordnen ist. Demnach ist in dieser Hinsicht eine Umsetzung geboten. Um jedoch nicht den § 14 BGB in gleicher Weise wie Art. 2 Abs. 2 zur Unleserlichkeit zu verunstalten, bietet es sich an, einen dritten Absatzes an § 14 BGB anzufügen.
- 22 Maßgebliche Auswirkungen werden die Einführung der Regelungen über das Handeln Dritter vor allem auf Online-Auktionshäuser wie zum Beispiel ebay haben. Nach deutschem Recht fungieren diese Plattformen als Stellvertreter oder Boten für die Willenserklärungen von Käufer- und Verkäufer.<sup>45</sup> Damit ist nunmehr geklärt, dass diese Plattformen, sofern sie von einem Unternehmer verwendet werden, selbst als Unternehmer auftreten.
- 23 Fraglich bleibt nach der Neuregelung die Einordnung von Nutzern mit einem Zertifikat oder Gütesiegel wie zB. Power-Seller, deren Vergabekriterien den Voraussetzungen des Unternehmerbegriffs entsprechen. In einem solchen Fall wird diesen Nutzern grundsätzlich eine Unternehmereigenschaft

zugespochen.<sup>46</sup> Dies könnte sich jedoch durch Erwägungsgrund 17 der RRV zumindest in dem Fall ändern, in dem der Power-Seller einen Vertrag mit gemischtem Zweck schließt. Hier ist letztlich jedoch auf die Besonderheit des Fernabsatzgeschäfts hinzuweisen, bei dem es dem Gegenüber gerade nicht möglich ist, die Identität und Intention des Verkäufers zu überprüfen.<sup>47</sup> Diese Besonderheiten rechtfertigen es daher, den Power-Seller weiterhin auch bei Verträgen mit gemischtem Zweck grundsätzlich als Unternehmer einzustufen.

### c.) Ergebnis

- 24 Der Unternehmerbegriff des § 14 BGB ist einigen Modifikationen zu unterziehen, um die Umsetzung der RRV zu gewährleisten. Hier wird vorgeschlagen, in § 14 Abs. 1 BGB die Wörter „bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts“ durch „in Bezug auf den Abschluss von Verträgen“ zu ersetzen. Dadurch soll der Tatsache Rechnung getragen werden, dass nunmehr nicht nur rechtsgeschäftliches Handeln, sondern auch rechtsgeschäftsähnliches Handeln für die Bestimmung der Unternehmereigenschaft maßgeblich ist. Darüber hinaus sollte ein neuer Absatz 3 in § 14 BGB eingeführt werden, der die beiden Fälle des Handelns Dritter regelt.

### 3. Form des Rechtsgeschäfts, §§ 125 ff. BGB

- 25 Auch wenn bestimmte Formvorschriften wie die für die elektronische oder Textform gem. §§ 126a und 126b BGB regelmäßig bei Fernabsatzgeschäften relevant werden können, enthält das deutsche Fernabsatzrecht keine speziellen Vorschriften über die Form des Rechtsgeschäfts. Grundsätzlich können Verträge im Fernabsatz unter denselben Voraussetzungen geschlossen werden wie andere Verträge unter Abwesenden.<sup>48</sup> Damit gilt auch beim Fernabsatz der Grundsatz der Formfreiheit.

### a.) Formvorschriften in der RRV sowie Harmonisierungsgrad

- 26 Die RRV statuiert in den Art. 5, 6, und 8 zahlreiche Formvorschriften im Fernabsatzvertrag. Nur ein geringer Teil ist jedoch so allgemein gehalten, dass sich deren Umsetzung im Allgemeinen Teil des BGB anbietet. Insbesondere bei den überwiegend sehr umfangreichen in Art. 5, 6, 8 RRV enthaltenen vorvertraglichen Informationspflichten hat sich der deutsche Gesetzgeber bereits im Rahmen der Umsetzung der FAREL dazu entschieden, diese ausschließlich in den spezielleren Vorschriften zum Fernabsatzvertrag umzusetzen. Allerdings würde es sich anbieten, einige dieser vorvertraglichen Informa-

- tionsvorschriften als Formvorschriften des Allgemeinen Teils zu qualifizieren. Da dieser Beitrag auch die Systemkonformität einer Umsetzung überprüft, werden hier alle allgemeinen Formvorschriften der RRV dargestellt, unabhängig davon ob sie bereits im Rahmen der Umsetzung der FARL im Zweiten Buch des BGB umgesetzt wurden.
- 27 Art. 5 Abs. 1; Art. 6 Nr. 1 letzter Hs., sowie Art. 8 Abs. 1 Hs. 2 RRV statuiert, dass bei Fernabsatzverträgen vorgeschriebene Informationen in „klarer und verständlicher Form“ respektive „Sprache“ abgefasst sein müssen. Art. 8 Abs. 1 Hs. 2 RRV verlangt darüber hinaus, dass Informationen „sofern sie auf einem dauerhaften Datenträger bereitgestellt werden, lesbar sein“ müssen. Die Vorschriften der RRV divergieren in dieser Hinsicht nur wenig von der Vorgängernorm in Art. 4 Abs. 2 FARL, die vorsah, dass Informationen „klar und verständlich“ sein müssen. Neu ist lediglich das Adjektiv „lesbar“ in Art. 8 Abs. 1 Hs. 2 RRV hinzugekommen. Damit kann man Art. 8 Abs. 1 Hs. 2 RRV als Einfallstor für die Berücksichtigung der Erkenntnisse der ökonomischen Verhaltenswissenschaft fruchtbar machen,<sup>49</sup> die seit langem eine Abkehr von einem formellen Ausgleich der Informationsasymmetrie fordert.<sup>50</sup> Stattdessen soll Regulierung auf den tatsächlichen Ausgleich der Informationsasymmetrie hinwirken, indem ein Verbrauchermodell zugrunde gelegt wird, das an die tatsächliche, soziale Wirklichkeit anknüpft.<sup>51</sup> Die Klarstellung, dass das der RRV zugrundeliegende Verhaltensmodell auch verhaltensbasiert ist, wird insbesondere durch Erwägungsgründe 34, 36 und 39 der RRV deutlich. Für Fernabsatz-Verträge gilt nunmehr gem. Erwägungsgrund 39, dass „sichergestellt wird“, dass Verbraucher „in der Lage sind, die Hauptbestandteile des Vertrags vor Auslösung ihrer Bestellung vollständig zu lesen und zu verstehen [Hervorhebung durch den Verfasser].“ Diese Formulierung hebt deutlich hervor, dass der EU-Gesetzgeber nicht mehr ausschließlich auf das vielfach umstrittene<sup>52</sup> hergebrachte EU-Informationsmodell aufbaut,<sup>53</sup> sondern die Informationen auf ein tatsächliches Verstehen des Verbrauchers ausrichtet. Erwägungsgrund 34 weist auf einige konkrete Anwendungsfälle hin: Gewerbetreibende sollen bei der Bereitstellung der Information „den besonderen Bedürfnissen von Verbrauchern Rechnung tragen, die aufgrund ihrer geistigen oder körperlichen Behinderung, ihrer psychischen Labilität, ihres Alters oder ihrer Leichtgläubigkeit besonders schutzbedürftig sind.“ Wie dies im gerade durch Anonymität gekennzeichneten Fernabsatz zu bewerkstelligen sein wird, soll hier dahinstehen. Mit diesem Paradigmenwechsel ist es prima vista nur schwer vereinbar, dass die Kommission es grundsätzlich dem Gewerbetreibenden überlassen will, über die Schriftart und -größe zu entscheiden.<sup>54</sup> Gerade diese Vorgaben entscheiden über das Verständnis vorvertraglicher Informationen.<sup>55</sup>
- 28 Eine Erklärung für diese Vorgehensweise kann Erwägungsgrund 36 bieten. Nach Erwägungsgrund 36 müssen Informationspflichten an die technischen Zwänge angepasst werden, denen bestimmte Medien unterworfen sind. Damit geht der Gesetzgeber insbesondere auf die Besonderheiten des M-Commerce und die damit verbundene Tatsache ein, dass bspw. ein Handydisplay nur einen begrenzten Raum zur Darstellung hat. „Lesbar und verständlich“ ist damit allerdings nicht in Abhängigkeit von dem Medium zu verstehen, mit dem der Fernabsatzvertrag geschlossen wird. „Lesbar und verständlich“ müssen nämlich auch die iS des Erwägungsgrunds 36 reduzierten Informationspflichten sein. Damit beschreibt „klar und verständlich“ ein allgemeines Transparenzgebot, während Erwägungsgrund 36 nur ein davon unabhängiges Gebot der *mediengerechten Information* enthält.<sup>56</sup>
- 29 Das allgemeine Erfordernis, vorvertragliche Informationen „klar und verständlich“ und nunmehr auch „lesbar“ bereitzustellen, ist jedoch keine Besonderheit der in der RRV zusammengefassten Richtlinien. Diese Qualifikation zieht sich vielmehr als generelle Anforderung an Informationspflichten durch das gesamte EU-Vertragsrecht, welches maßgeblich auf dem Grundsatz des „information paradigm“ oder „mandatory disclosure“ aufgebaut ist.<sup>57</sup> So sieht Erwägungsgrund 31 der Richtlinie 2008/48/EG über Verbraucherkreditverträge (hiernach: Verbraucherkreditrichtlinie) vor, dass „alle notwendigen Informationen über die Rechte und Pflichten, die sich für den Verbraucher aus dem Kreditvertrag ergeben, (...) in klarer, prägnanter Form im Kreditvertrag enthalten sein“ sollen. Art. 5 Abs. 5 der Verbraucherkreditrichtlinie spezifiziert dieses Erfordernis noch einmal explizit für vorvertragliche Informationspflichten. Art. 6 der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr statuiert, bei allen dort vorgeschriebenen Informationspflichten, dass diese „klar“ sein müssen. Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 93/13/EWG über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen fordert, dass schriftliche Klauseln „klar und verständlich“ sein müssen. Die Liste ließe sich mit Rechtsakten aus dem Risikoprodukte- sowie Finanzmarktrecht fortsetzen. Art. 22 Abs. 4 der Richtlinie 2006/123/EG (hiernach: Dienstleistungsrichtlinie) untermauert die Allgemeinheit von „klar und verständlich“. Diese Regelung verlangt, dass „alle Informationen, die der Dienstleister (...) zur Verfügung stellen oder mitteilen muss, klar und unzweideutig [Hervorhebungen durch den Verfasser] sind (...).“ Bei der Dienstleistungsrichtlinie handelt es sich um eine horizontale Richtlinie, die in allen Dienstleistungsbereichen der EU als „Auffangrichtlinie“ Anwendung findet.<sup>58</sup> Sie gibt damit den Rahmen für jegliches dienstleistungsrechtliche Handeln in der EU vor.<sup>59</sup> Damit kann man in der Tat von einem allgemeines Erfordernis des EU-Vertragsrecht sprechen, dass bereitzustellende Informatio-

nen „klar, verständlich“ und mittlerweile auch „lesbar“ sein müssen.<sup>60</sup>

- 30 Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 RRV führt eine Bestätigungsverpflichtung durch den Verbraucher zu dessen Schutz für alle im elektronischen Fernabsatz geschlossenen Verträge ein. Wenn zum Vertragsabschluss „die Aktivierung einer Schaltfläche oder eine ähnliche Funktion“ vonnöten ist, muss diese „gut leserlich“ und „ausschließlich“ mit dem Satz „Bestellung mit Zahlungsverpflichtung“ oder „einer entsprechenden eindeutigen Formulierung“ gekennzeichnet sein, die den „Verbraucher darauf hinweist, dass die Bestellung mit einer Zahlungsverpflichtung gegenüber dem Gewerbetreibenden verbunden ist“. Da im E- und M-Commerce eine solche Aktivierung einer Schaltfläche zur Abgabe einer Willenserklärung stets vonnöten ist, sind sämtliche im E- und M-Commerce abgeschlossenen Verträge von dieser Regelung umfasst. Sinn und Zweck dieser Regelung ist es gem. Erwägungsgrund 39 der RRV, dass die Verbraucher „den Zeitpunkt erkennen, zu dem sie (...) eine Zahlungsverpflichtung eingehen. Damit sollen sogenannte „Abo-Fallen“ verhindert werden.<sup>61</sup> Dieser „Button“-Lösung kommt damit eine Hinweis- und Warnfunktion zu, die den Verbraucher vor dem Abschluss eines unbedachten Rechtsgeschäfts schützen soll. Ein Vertrag, der ohne die Aktivierung des „Buttons“ geschlossen wurde, ist der Verbraucher gem. Art. 8 Abs. 2 UAbs. 2 letzter Hs. RRV nicht an den Vertrag gebunden. Mit anderen Worten: Der Vertrag ist nichtig.
- 31 Die Formvorschriften sind mangels entgegenstehender Regelungen vollharmonisierend.

## b.) Auswirkungen auf §§ 125 ff. BGB

- 32 Das Erfordernis, die vom EU-Fernabsatzrecht geforderten Informationen „klar und verständlich“ mitzuteilen, ist bislang in § 312g Abs. 1 Nr. 2 BGB geregelt. Zur Umsetzung der Vorschriften der RRV sieht der Regierungsentwurf (S. 12) die Einfügung eines Absatz 2 in § 312g BGB vor.<sup>62</sup> Angesichts des allgemeinen Charakters „klar und verständlich“ und neu: „lesbar“, der diesen Wörtern als Adjektive für Informationspflichten im EU-Vertragsrecht zukommen, drängt sich allerdings die Frage auf, ob sich nicht auch eine Umsetzung im Allgemeinen Teil des BGB eher anbietet als im speziellen Fernabsatzrecht. Aufgrund just dieses allgemeinen Charakters rekuriert das BGB dort, wo es Vorgaben der EU umgesetzt hat, auch darauf, dass diese „klar und verständlich“ sein müssen. So findet sich diese Formulierung nunmehr im bürgerlichen Recht jeweils in den §§ 307 Abs. 1 S. 2;<sup>63</sup> 482 Abs. 1 S. 2 BGB; sowie in Art. 246 § 1 Abs. 1 und Art. 247 § 6 Abs. 1 EGBGB. Sofern Informationspflichten statuiert werden, so findet man auch außerhalb des bürgerlichen Rechts gleiche oder ähnliche Attribute, siehe beispielsweise § 7 Abs. 1 S. 2 VVG

„klar und verständlich“; § 11 Abs. 1 S. 1 AMG „allgemein verständlich“ und § 5 Abs. 3 GefStoffVO „allgemein verständlich“. Daher dürfte wohl nun deutlich geworden sein, dass „klar und verständlich“ ebenso wie nun neu „lesbar“ allgemeine Anforderungen an die Form von Informationen darstellen. Ebenso wie die Informationsphilosophie des EU-Vertragsrechts als „information paradigm“ oder „mandatory disclosure“ ein allgemeines Strukturmerkmal darstellt, spiegeln sich inhaltlich die gleichen Anforderungen im deutschen Recht als „Transparenzgebot“ wider.<sup>64</sup> Dabei handelt es sich nicht um ein isoliertes Phänomen des AGB-Rechts, sondern um ein allgemeines Prinzip der Informationsgewährleistung im Zivilrecht.<sup>65</sup> Dass Inhalt und Anforderung des Transparenzgebots im Zivilrecht variieren kann, ist kein Argument gegen die Allgemeinheit des Transparenzgebots.<sup>66</sup> Die Notwendigkeit einer funktionalen, sektorspezifischen Auslegung von „klar und verständlich“ steht der Allgemeinheit dieser Begriffe nicht entgegen. Auch innerhalb des Fernabsatzrechts wird „klar und verständlich“ als *spezifisches Transparenzgebot* je nach Vertragsschlussphase unterschiedlich ausgelegt.<sup>67</sup> Um eine systemkonforme Umsetzung zu gewährleisten, sollten daher diese Anforderungen auch in den allgemeinen Teil aufgenommen werden. Denkbar wäre das Einfügen eines § 127c BGB „Transparenzgebot“, der regelt: „Sofern durch Gesetz die Bereitstellung von Informationen erforderlich ist, so müssen diese klar, verständlich und lesbar sein.“

- 33 Die „Button“-Lösung soll nach dem Regierungsentwurf in § 312g Abs. 3 BGB eingefügt werden. Damit wählt der Gesetzgeber eine Lösung im Fernabsatzrecht des BGB, ohne sich hinreichend Gedanken über die systematisch korrekte Verortung zu machen. Wie bereits dargestellt wurde, bezweckt die „Button“-Lösung, den Verbraucher auf ein unbedachtes Rechtsgeschäft hinzuweisen und ihn vor den Folgen zu warnen. Wird der „Button“ nicht betätigt, so ist der Vertrag nichtig. Zwar ist die Notwendigkeit der Betätigung eines „Buttons“ zum Wirksamwerden einer Willenserklärung neu für das BGB, nicht neu ist jedoch der Sinn und Zweck sowie die Rechtsnatur dieser Regelung. Das BGB sieht bereits bei zahlreichen Verträgen, die besonders weitreichende Rechtsfolgen für die Vertragspartner nach sich ziehen, solche Warninstanzen vor, die auch allesamt eine Nichtigkeitsfolge der Willenserklärung bzw. des Vertrages nach sich ziehen<sup>68</sup>: So muss gem. § 925 Abs. 1 S. 1 BGB die Auffassung „bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle erklärt werden.“ Gem. § 311b Abs. 1 BGB bedarf jeder Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung. Ein Schenkungsversprechen muss gem. § 518 Abs. 1 BGB notariell beurkundet werden. All diese Vorschriften haben im Wesentlichen zum Ziel, die Beteiligten vor Übereilung zu schützen.<sup>69</sup> Aufgrund ihrer Nichtigkeitsfolge und der Allgemeinheit im Ziel

finden daher auch all jene Vorschriften ihre Ausgestaltung in den §§ 125 ff. BGB. Da auch die „Button“-Lösung diesen Zweck bei gleicher Rechtsfolge verfolgt, erscheint es systematisch sehr befremdlich, diese nicht auch in den §§ 125 ff. BGB zu regeln. Die „Button“-Lösung ist nichts weiter als ein moderner elektronischer Notar ohne Beratungsfunktion. Daher würde sich auch eine Regelung in unmittelbarer Nähe zur notariellen Beurkundung in § 128 BGB anbieten.

### c.) Ergebnis

34 Die Formvorschriften des allgemeinen Teils des BGB sind nach derzeitigem Erkenntnisstand nicht von den offiziellen Umsetzungsbemühungen der RRV erfasst. Wünschenswert wäre dies allerdings, da die Anforderungen an die Form von Informationen allgemeinen Charakter haben. Darüber hinaus ist eine Umsetzung der „Button“-Lösung in den Formvorschriften des Allgemeinen Teils wünschenswert, da sie die gleiche Warnfunktion erfüllen wie die sonstigen Formvorschriften.

### 4. Vertragsschluss bei Versteigerungen, § 156 BGB

35 Art. 2 Abs. 13 RRV enthält im Gegensatz zur FARL eine Definition der „öffentlichen Versteigerung“. § 156 BGB regelt nicht die einzelnen Elemente einer Versteigerung, jedoch setzt § 156 BGB eine Versteigerung iS des Art. 2 Abs. 13 RRV voraus.<sup>70</sup> Nach geltendem deutschem Recht sind „Internetauktionen“ auf Plattformen wie bspw. ebay nicht von § 156 BGB erfasst.<sup>71</sup> Dies ist nunmehr ausdrücklich in Erwägungsgrund 24 der RRV festgehalten. Eine Umsetzung ist daher grundsätzlich nicht erforderlich.

36 Fraglich ist die Einordnung echter „Live-Auktionen“, bei denen Bieter und Auktionator unmittelbar miteinander kommunizieren können. Solche Auktionen wurden bislang als Versteigerungen von der Vorschrift des § 156 BGB erfasst, da der Gesetzgeber den Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 312d Abs. 4 Nr. 5 BGB nur bei solchen Internet-Auktionen anwendet, bei denen „der Abschluss im unmittelbaren Anschluss an die Abgabe der Gebote durch virtuellen Zuschlag erfolgt“.<sup>72</sup> Erwägungsgrund 24 RRV könnte nun dahin ausgelegt werden, dass er angesichts seines weiten Wortlauts auch solcherlei Versteigerungen erfasst.<sup>73</sup> Die besseren Argumente sprechen jedoch dafür, solche Auktionen wie schon bisher als „Versteigerungen“ anzusehen, da sie nicht wie bspw. ebay ausschließlich als „Plattform“ iS des Erwägungsgrunds 24 dienen, sondern darüber hinaus ein „persönliches Beiwohnen“ der Beteiligten am Auktionsverfahren im Sinne des Art. 2 Abs. 13 RRV

erfordert. Damit bleiben sie weiterhin „Versteigerungen“ gem. § 156 BGB.

### 5. Vertretung, § 164 BGB

37 Die Regeln über Stellvertretung verbleiben gem. Erwägungsgrund 16 der RRV im alleinigen Verantwortungsbereich der Mitgliedstaaten. Damit bleiben die §§ 164 ff. BGB von der RRV unberührt. Insbesondere können aus der Zurechnungsregel des Art. 2 Abs. 2 RRV keine materiellen Anforderungen an die Stellvertretung gestellt werden. Vor allem werden damit auch weiterhin die problematischen Fälle der Rechtsscheinhaftung beispielsweise bei der Benutzung eines fremden Mitgliedskontos nach den Regeln des nationalen Rechts bestimmt.<sup>74</sup>

### 6. Lieferung unbestellter Sachen, § 241a BGB

#### a.) Vorschriften über die Lieferung unbestellter Waren oder Dienstleistungen in der RRV sowie Harmonisierungsgrad

38 Art. 27 RRV enthält wie auch schon Art. 9 FARL eine Regelung über die Behandlung unbestellter Waren oder Dienstleistungen. Die Rechtsfolge ist im Vergleich zur FARL gleich geblieben: Verbraucher brauchen erstens keine Gegenleistung zu erbringen, wenn sie unbestellte Waren und Dienstleistungen erhalten. Zweitens darf in diesen Fällen ein Schweigen nicht als Zustimmung gewertet werden. Allerdings hat sich der Tatbestand geändert: Rechtlich marginal aber dennoch notwendig ist die Klarstellung, dass auch Wasser, Gas, Strom, Fernwärme sowie digitaler Inhalt „Waren“ sind. Problematisch ist hingegen eine weitere Neuerung: Die Rechtsfolge wird an einen Verstoß gegen Art. 5 Abs. 5 iVm Anhang I Nr. 29 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken geknüpft. Diese Regelung erfordert, dass der Verbraucher zur sofortigen oder späteren Bezahlung oder zur Rücksendung oder Verwahrung der Ware aufgefordert werden muss. Würde man bei diesem Wortlaut bleiben, so wäre der Verbraucher nur dann nicht zur Erbringung einer Gegenleistung verpflichtet, wenn der Gewerbetreibende ihn dazu aufgefordert hat. Fehlt eine solche Aufforderung, so könnte man argumentieren, kann der Verbraucher verpflichtet werden. Da bei der Lieferung unbestellter Waren das Eigentum nicht übergeht,<sup>75</sup> wären in einem solchen Fall daher insbesondere Ansprüche des Unternehmers gegen den Verbraucher aus §§ 812 ff. und 985 ff. BGB denkbar,<sup>76</sup> da diese Ansprüche gerade keine Aufforderung erfordern. Selbst wenn man dies mit dem Hinweis darauf verneinen wollte, dass die Geltendmachung dieser Ansprüche ohne

Aufforderung zur Rücksendung nicht denkbar sei, so könnte dieses Argument nicht für Ansprüche aus gesetzlichem Eigentumsübergang geltend gemacht werden. Vermischt sich die unbestellte Sache gem. § 948 BGB, so würden dann nämlich Entschädigungsansprüche nach § 951 BGB möglich sein.

- 39 Dies kann freilich nicht mit dem Verweis von Art. 27 RRV auf die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken gemeint sein. Eine Begründung der unterschiedlichen Behandlung dieser Fälle ist schlechthin nicht ersichtlich. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber nur eine systematische Gleichstellung der Vorschriften beider Richtlinien erreichen wollte, ohne in bestimmten Fällen den Verbraucher an die Lieferung unbestellter Waren zu binden. Damit ergibt sich, abgesehen von der Klarstellung des Warenbegriffs, im Gegensatz zur Regelung in der FEARL keine substantielle Neuerung.
- 40 Art. 5 Abs. 5 iVm Anhang I Nr. 29 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken verweist ferner auf Art. 7 Abs. 3 FEARL als Ausnahme. Art. 7 Abs. 3 FEARL ermächtigt Mitgliedstaaten, Lieferanten die Lieferung einer nicht bestellten, jedoch qualitätsmäßig und preislich gleichwertigen Ware oder Dienstleistung (hiernach Aliud-Lieferung) zu ermöglichen, wenn diese Möglichkeit vor Vertragsabschluss oder in dem Vertrag vorgesehen wurde. Damit könnten unbestellte Aliud-Lieferungen Verpflichtungen für den Verbraucher begründen. Allerdings wird die FEARL durch Art. 31 UAbs. 1 RRV aufgehoben, sodass der Verweis in der Richtlinie 2005/29/EG ins Leere läuft. Gem. Art. 31 UAbs. 2 RRV ist daher Art. 7 FEARL durch die Norm der RRV zu ersetzen, die in der Entsprechungstabelle in Anhang III RRV genannt ist. Art. 7 FEARL ist in dieser Tabelle jedoch nicht genannt. Unabhängig davon enthält auch die RRV sonst keine Regelung dieses Inhalts. Darüber hinaus wird die Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken auch nicht durch Art. 31, 32 RRV aufgehoben oder geändert. Damit ist fraglich, ob eine solche Aliud-Lieferung nach wie vor Rechtsfolgen für den Verbraucher auslösen können soll. Der ausdrückliche Verweis in Art. 5 Abs. 5 iVm Anhang I Nr. 29 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken auf Art. 7 Abs. 3 FEARL lässt annehmen, dass der Gesetzgeber den gesamten Regelungsgehalt des Art. 5 Abs. 5 iVm Anhang I Nr. 29 der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken erhalten wollte. Er hat es nicht einmal in Erwägung gezogen, den Verweis im Rahmen der Entsprechungstabelle oder durch Änderung der Richtlinie 2005/29/EG über unlautere Geschäftspraktiken zu korrigieren. Damit bleibt es wohl dabei, dass Aliud-Lieferungen weiterhin Rechtsfolgen für den Verbraucher auslösen können. Bleiben die Regelungen so, kann dies jedoch im Streitfall nur durch eine Vorlage an den EuGH geklärt werden. Vorzugswürdig wäre jedoch eine klarstellende Regelung durch den EU-Gesetzgeber.

- 41 Mangels anderer Angaben sind die Vorschriften vollharmonisierend.

## b.) Auswirkungen auf § 241a BGB

- 42 Da § 241a BGB der Umsetzung von Art. 9 FEARL dient, die durch die neue Regelung nicht wesentlich geändert wird, hat lediglich die klarstellende Definition der „Ware“ Auswirkungen. Sollte der hier vertretenen Auffassung zur Behandlung von Aliud-Lieferungen nicht gefolgt werden, so wäre § 241a Abs. 3 BGB zu streichen. Angesichts der unklaren Rechtslage ist jedoch die Herbeiführung eines EuGH-Urteils oder eine politische Einflussnahme, um eine Klarstellung zu erwirken, wünschenswert.

## 7. Leistungsort beim Widerruf, § 269 BGB

### a.) Vorschriften über den Leistungsort in der RRV sowie Harmonisierungsgrad

- 43 Art. 14 Abs. 1 UAbs. 3 RRV statuiert eine Abholpflicht des Gewerbetreibenden für Waren, die nicht per Post zurückgesandt werden können und aufgrund eines Vertrags, der außerhalb von Geschäftsräumen geschlossen wurde, zur Wohnung des Verbrauchers geliefert worden sind. Ferner dürfen dem Verbraucher dadurch keine Kosten entstehen. Diese Regelung steht im Einklang mit der Auslegung des Art. 3 der Richtlinie 1999/44/EG durch den EuGH in der Sache Weber/Putz, der letztlich auch eine Abholverpflichtung des Gewerbetreibenden für ein mangelhaftes Verbrauchsgut angenommen hatte.<sup>77</sup>
- 44 Die Regelung über den Leistungsort ist vollharmonisierend.

### b.) Auswirkungen auf § 269 BGB

- 45 § 269 BGB ist durch die Regelung insoweit beeinträchtigt, als nunmehr im Fall der Rückabwicklung des Widerrufs ein Leistungsort „bestimmt“ ist gem. § 269 Abs. 1 BGB, sofern die Kaufsache nicht per Post versendet werden kann. Der Leistungsort der an den Widerruf anknüpfenden Rückabwicklungsverpflichtung ist letztlich nach denselben Gesichtspunkten zu bestimmen wie der Leistungsort beim Rücktritt, da gem. § 357 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich die Vorschriften über den Rücktritt entsprechende Anwendung finden. Prinzipiell richtet sich der Leistungsort des Rücktritts zwar gem. § 269 Abs. 1 BGB nach der vertraglichen Vereinbarung,<sup>78</sup> nunmehr ist allerdings eine anderslautende Verpflichtung durch Art. 14 Abs. 1 UAbs. 3 RRV bestimmt. Eine solche „Bestimmung“ hätte man jedoch bereits arg. e. contrario aus § 357 Abs. 2 S. 2 BGB herauslesen können, der den

Verbraucher nur dann zur Rücksendung verpflichtet, „wenn die Sache durch Paket versandt werden kann.“ Letztlich wäre es demnach auch wünschenswert, die neue Abholverpflichtung ebenfalls in § 357 Abs. 2 BGB zu verorten.

## 8. Bestimmung einer Leistungszeit, § 271 BGB

### a.) Vorschriften über die Leistungszeit in der RRV sowie Harmonisierungsgrad

- 46 Die RRV bestimmt in Art. 18 Abs. 1, dass der Gewerbetreibende dem Verbraucher den Besitz an den oder die Kontrolle über die Ware unverzüglich, jedoch spätestens 30 Tage nach Abschluss des Vertrages überträgt. Damit konkretisiert Art. 18 Abs. 1 RRV die Regelung des Art. 7 Abs. 1 FARL, die terminologisch unklar auf den Zeitpunkt der „Bestellung“ für den Fristbeginn abgestellt hatte. Diese Regelung bleibt allerdings nach wie vor dispositiv.
- 47 Im Gegensatz zur FARL überlässt die RRV die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen die Vorschriften der Leistungszeit nicht dem Recht der Mitgliedstaaten. Liefert der Unternehmer nicht unverzüglich oder zumindest innerhalb der 30-Tages-Frist, so kann der Verbraucher ihn zunächst gem. Art. 18 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 RRV zu einer Nachlieferung innerhalb einer angemessenen Frist anhalten. Erst bei Ablauf dieser zweiten Frist hat der Verbraucher sodann gem. Art. 18 Abs. 2 UAbs. 1 S. 2 RRV ein Recht zur Kündigung des Vertrages. Art. 18 Abs. 2 UAbs. 2 RRV macht zahlreiche Ausnahmen vom Grundsatz der Verpflichtung zur Nachfristsetzung, die mit wenigen Besonderheiten den Ausnahmen des Mahnungserfordernisses in § 286 Abs. 2 BGB respektive des Fristsetzungserfordernis in § 323 Abs. 2 BGB entsprechen.

### b.) Auswirkungen auf § 271 BGB iVm. §§ 286 und 323 BGB

- 48 § 271 BGB statuiert die sofortige Fälligkeit einer Leistung, sofern nichts anderes vereinbart ist. Damit ist § 271 BGB strenger als Art. 18 Abs. 1 RRV. Eine Umsetzungsverpflichtung hängt mithin davon ab, ob Art. 18 Abs. 1 RRV vollharmonisierend ist. Grundsätzlich sind gem. Art. 4 RRV alle Regeln der RRV vollharmonisierend, solange nichts anderes in der RRV bestimmt ist. Weder Erwägungsgrund 52, noch die Artikel der RRV schränken den vollharmonisierenden Charakter des Art. 18 RRV ein. Damit ist Art. 18 RRV gem. Art. 4 RRV vollharmonisierend, die strengere Regelung des § 271 BGB kann nicht für eine Umsetzung herangezogen werden. Auch der dispositive Charakter der Vorschrift entlässt die Mitgliedstaaten nicht aus der Umsetzungspflicht,<sup>79</sup> da

die Vorschrift nur zur Disposition der Vertragsparteien, nicht aber des Mitgliedstaates steht. Insoweit hat der Mitgliedstaat die Disponibilität der Norm umzusetzen, die Vorgaben der Norm an sich sind für ihn jedoch nicht disponibel.

- 49 Die Rechtsfolgen der Fälligkeit richten sich nach den allgemeinen Verzugsregeln des § 286 BGB, der im Wesentlichen in Art. 18 Abs. 1 und 2 RRV nachgebildet ist. Die Nachfristsetzung entspricht im deutschen Recht der Mahnung gem. § 286 Abs. 1 BGB respektive der Fristsetzung gem. § 323 Abs. 1 BGB, die Kündigung dem Rücktritt gem. § 323 BGB. Fraglich ist jedoch, ob der Ausschlussgrund des Nicht-Vertretenmüssens in § 286 Abs. 4 BGB weiter aufrechterhalten werden kann. Die RRV lässt eine solche Rückausnahme nicht zu, daher ist im Anwendungsbereich der RRV die Ausnahme des Verzugs bei Nicht-Vertretenmüssen nicht einschlägig.

### c.) Ergebnis

- 50 § 271 BGB kann angesichts des vollharmonisierenden Charakters des Art. 18 RRV nicht zu dessen Umsetzung herangezogen werden. Daher ist Art. 18 RRV explizit in das deutsche Recht umzusetzen, was für die Vorgängernorm des Art. 7 Abs. 1 FARL nach Ansicht der Bundesregierung wegen des schärferen § 271 Abs. 2 BGB nicht der Fall war.<sup>80</sup> Denkbar ist die Einführung eines § 271 Abs. 2 BGB, der nur für Verbraucherverträge Geltung beansprucht. Korrespondierend hierzu kann auf die allgemeinen Verzugsregelungen der §§ 286 iVm 323 BGB zurückgegriffen werden mit der Ausnahme, dass § 286 Abs. 4 BGB keine Anwendung findet. Dieser Ausschluss sollte in den spezialgesetzlichen Regeln der 312 ff. BGB festgelegt werden.

## II. Recht der Schuldverhältnisse

### 1. Fernabsatzverträge, § 312b BGB

#### a.) Vorschriften über den Fernabsatzvertrag in der RRV sowie Harmonisierungsgrad

- 51 Die Neuregelung des Terminus des Fernabsatzvertrages in Art. 2 Abs. 7 RRV führt im Vergleich zur FARL zwei wesentliche Änderungen ein: Zum einen werden die Elemente der Definition der „Fernkommunikationstechnik“ aus Art. 2 Abs. 4 FARL in die Definition des Fernabsatzvertrages integriert, zum anderen wird die irreführende Terminologie „Vertragsabschluß im Fernabsatz“ aus Art. 2 Abs. 1 FARL ersetzt durch den Begriff des „Fernabsatzvertrages“. Die Einbeziehung der „Fernkommunikationstech-

nik“ birgt materiell keine Änderungen und dient wohl im Wesentlichen der Vereinheitlichung der Definitionen. Dass Art. 2 Abs. 7 RRV nicht mehr vom „Vertragsabschluss“, sondern vom „Fernabsatzvertrag“ spricht, trägt der Tatsache Rechnung, dass ein „Fernabsatzvertrag“ grundsätzlich auch schon im Zeitpunkt der Vertragsanbahnung bestehen muss.<sup>81</sup> Diese Tatsache wird von Erwägungsgrund 20 dahingehend präzisiert, dass ein Fernabsatzvertrag auch dann vorliegen soll, wenn „der Verbraucher die Geschäftsräume lediglich zum Zwecke der Information über die Waren oder Dienstleistungen aufsucht und die nachfolgenden Verhandlungen und der Vertragsabschluss auf Distanz stattfinden.“ Wird jedoch ein Geschäft unter gleichzeitiger Anwesenheit beider Parteien in Geschäftsräumen verhandelt und findet sodann nur der Vertragsabschluss auf Distanz statt, soll es sich nicht um einen Fernabsatzvertrag handeln. Daher bleibt es auch bei der Neuregelung dabei, dass ein „Kontinuum an Rechtsbeziehungen“<sup>82</sup> auf Distanz und unter bewusstem Einsatz von Fernkommunikationsmitteln erfolgen muss. Damit hat der Gesetzgeber nun wieder von der Lösung im ersten Entwurf der RRV Abstand genommen, nachdem nur noch der Vertragsabschluss unter Zuhilfenahme von Fernkommunikationsmitteln hätte erfolgen müssen.<sup>83</sup>

- 52 Die Bereichsausnahmen der RRV stimmen im Wesentlichen mit denen der FAREL überein.<sup>84</sup> Im Gegensatz zum vorherigen Entwurf<sup>85</sup> findet sich hier auch wieder die „de minimis non curat praetor“-Klausel des Art. 3 Abs. 4 RRV (hiernach: „de minimis“-Klausel), nach der es Mitgliedstaaten frei steht, die Vorschriften der Richtlinie auf Gegenstände, deren zu zahlender Gegenwert 50 EUR nicht überschreitet, nicht anzuwenden. Würde man die „de minimis“-Klausel im Fernabsatzrecht anwenden, wäre jedoch ein Großteil der problematischen Fälle wie beispielsweise Verträge über Klingeltöne<sup>86</sup> nicht erfasst. Konsequenter Weise findet Art. 3 Abs. 4 RRV im Fernabsatzrecht daher auch keine Anwendung.
- 53 Die Regelungen zum Geltungsbereich sind mangels anderer Angaben vollharmonisierend gegenüber den Mitgliedstaaten. Gem. Art. 3 Abs. 6 RRV steht es jedoch den Gewerbetreibenden offen, in Vertragsbedingungen Verbrauchern weitergehenden Schutz anzubieten.

## b.) Auswirkungen auf § 312b BGB

- 54 Die Auswirkungen auf § 312b BGB sind gering. Terminologisch spricht § 312b Abs. 1 BGB schon immer – wie nun auch die RRV – vom „Fernabsatzvertrag“. Die Definition der „Kommunikationstechnik“ findet sich bereits in § 312b Abs. 2 BGB, sodass auch hier keine Umsetzung vonnöten ist. Anpassungsbedürftig könnte lediglich der Terminus „unter ausschließlicher [Hervorhebung durch Verf.] Verwen-

dung“ sein, da gem. Erwägungsgrund 20 auch solche Verträge erfasst sein sollen, bei denen der Verbraucherkäufer sich zuerst im Geschäft persönlich informiert hat. Insoweit ist nun der Vertragsschluss als Kontinuum, das von der ersten Anbahnung des Vertrags bis zu seinem Abschluss reicht,<sup>87</sup> unterbrochen. Hier wird daher vorgeschlagen, den Begriff „ausschließlich(er)“ zu streichen.

## c.) Ergebnis

- 55 Die im Wesentlichen kosmetischen Änderungen beim Fernabsatzbegriff und im Geltungsbereich der Richtlinie haben nur geringe Auswirkungen auf § 312b BGB. Nach der hier vertretenen Lösung soll das Wort „ausschließlich(er)“ in § 312b Abs. 1 BGB gestrichen werden.

## 2. Unterrichtung des Verbrauchers bei Fernabsatzverträgen, § 312c BGB

- 56 Die Informationspflichten sind wohl die weitreichendsten und zeitgleich verworrensten Vorschriften der RRV. Der Abbau der Transaktionskosten, die Unternehmen durch unterschiedliche Informationsanforderungen in den Mitgliedstaaten entstehen, war ein wesentlicher Grund für die ursprünglich anvisierte Vollharmonisierung der Informationsregelungen durch die RRV.<sup>88</sup> Der nun verfolgte Ansatz der „Gemischten Harmonisierung“ gerade in diesem Kernbereich irritiert daher.

### a.) Vorschriften über die Informationspflichten in der RRV sowie Harmonisierungsgrad

- 57 Die Vorschriften über die Informationspflichten der RRV sind strukturell nur mit Mühe fassbar<sup>89</sup> und so umfangreich, dass die Änderungen hier nicht in vollem Umfang wiedergegeben werden können. Der Schwerpunkt der Darstellung liegt daher – sofern die Regelungen hier nicht schon als allgemeine Regeln klassifiziert worden sind – auf der Form (aa), dem Zeitpunkt (bb) sowie ausgewählten Problemen des Inhalts von Informationen (cc). Darüber hinaus wird auf den Harmonisierungsgrad und die Kollision mit geltendem Unionsrecht (dd) eingegangen.

#### aa) Form

- 58 Der Grundsatz der *Mediengerechtigkeit* ist nunmehr in Erwägungsgrund 36 festgelegt. Im Ergebnis ändert sich dadurch jedoch nichts, da Erwägungsgrund 36 nur die Grundsätze der ohnehin geltenden Praxis niederschreibt.<sup>90</sup> Eine spezielle fernabsatzrechtliche Ausgestaltung des allgemeinen *Transparenzgebots* fin-

det sich in Erwägungsgrund 39 RRV. Demnach müssen die essentialia negotii des Vertrages „in unmittelbarer Nähe der für die Auslösung der Bestellung erforderlichen Bestätigung angezeigt werden“. Dies betrifft insbesondere den Preis, der nunmehr nicht mehr losgelöst vom „Bestell-Button“, beispielsweise auf einer anderen Webseite wie in einem Pop-Up Fenster, angezeigt werden darf.

- 59 Erwägungsgrund 15 der Richtlinie stellt Regelungen über die *Sprache* ausdrücklich in die Kompetenz der Mitgliedstaaten. Allerdings steht auch dieses Erfordernis unter der Prämisse, dass jegliche Information verständlich für den Verbraucher sein muss.<sup>91</sup> Damit ist den Mitgliedstaaten insoweit europarechtlich eine Grenze gesetzt, dass die für den konkreten Verbraucher verständliche Sprache zu verwenden ist. Im Internet grundsätzlich Englisch als lingua franca zuzulassen,<sup>92</sup> dürfte daher nur bei speziellen Fachkreisen, nicht jedoch im regulären Verbrauchervertragsrecht möglich sein.<sup>93</sup> Wenn sich, wie häufig im Fernabsatzrecht, die Sprache des Verbrauchers nicht vom Unternehmer ermitteln lässt, so ist die Sprache maßgeblich, in der der Verbraucher seine Bestellung abgegeben hat. Wer sich auf fremdsprachige Vertragsverhandlungen einlässt, muss auch das Risiko des fehlerhaften Verständnisses der Informationen tragen.<sup>94</sup>
- 60 Bezüglich der *Informationsverschaffung* im M-Commerce regelt Erwägungsgrund 36 der RRV, dass dem Verbraucher zumindest ein Link auf eine Webseite mit den vollständigen Informationen bereitgestellt oder eine gebührenfreie Rufnummer, bei dem er die entsprechende Informationen abfragen kann, angegeben werden muss. Diese Regelung birgt nichts Neues, da dies bislang gängige Praxis war.<sup>95</sup>

## bb) Zeitpunkt

- 61 Gem. Art. 6 Abs. 1 RRV muss der Gewerbetreibende den Verbraucher informiert haben, bevor dieser durch einen Vertrag oder an ein Vertragsangebot gebunden ist. Bestimmte, für den Vertragsschluss besonders relevante Informationen, die größtenteils die essentialia negotii umfassen, hat der Gewerbetreibende gem. Art. 8 Abs. 2 Uabs. 1 RRV sogar bereitzustellen, bevor der Verbraucher seine Bestellung tätigt. Die Vorschriften weichen daher von der problematischen Vorgabe der Art. 4 Abs. 1; 5 Abs. 1 FARL ab, nach der der Verbraucher „rechtzeitig vor Abschluss eines Vertrages“ (Art. 4 Abs. 1 FARL), spätestens jedoch „zum Zeitpunkt der Lieferung“ (Art. 5 Abs. 1 FARL) informiert sein muss.<sup>96</sup> Während für die Regelungen gem. Art. 8 Abs. 2 Uabs. 1 RRV klar ist, dass diese Informationen vor der Bestellung, somit vor Abgabe der Willenserklärung durch den Verbraucher vorliegen müssen, bleibt fraglich, ab wann die übrigen Informationen vorzuliegen haben. Insbesondere fällt unter diese „sonstigen“ Informatio-

nen gem. Art. 6 Abs. 1 h) RRV auch die Information über das Widerrufsrecht, deren Zeitpunkt im deutschen Recht Gegenstand zahlreicher Diskussion gewesen ist.<sup>97</sup> Art. 6 Abs. 1 RRV stellt nun für deren Vorliegen ausschließlich auf den Zeitraum ab, bevor der Verbraucher an den Vertrag respektive sein Vertragsangebot gebunden ist. Da sich die Vertragsschlussmodalitäten und insbesondere die Wirksamkeit von Vertragsschlüssen gem. Erwägungsgrund 14 RRV nach wie vor nach nationalem Recht richten, wird demnach auch dieser Zeitpunkt der Verpflichtung zur Informationsbereitstellung durch den nationalen Gesetzgeber bestimmt. Somit ist der maßgebliche Zeitpunkt derjenige, in dem der Verbraucher nach deutschem Recht an seine Willenserklärung gebunden ist. Gem. § 130 Abs. 1 BGB wird eine Willenserklärung unter Abwesenden mit Zugang beim anderen Teil wirksam. Gem. § 145 BGB ist der Verbraucher auch in diesem Moment an seine Willenserklärung gebunden. Damit ist gem. Art. 6 Abs. 1 RRV der Zugang der Willenserklärung der Zeitpunkt, an dem die Informationen spätestens bereitstehen müssten. Die Informationspflichten können demnach auch erst nach dem „Klick“ auf den „Bestell-Button“, somit auch nachdem sich der Verbraucher schon für einen Kauf entschieden hat, bereitstehen. Der EU-Gesetzgeber geht damit offensichtlich davon aus, dass nur die in Art. 8 Abs. 2 Uabs. 1 RRV genannten Informationen für den Kaufentscheid des Verbrauchers maßgeblich sind. Die übrigen Informationspflichten können, müssen jedoch nicht vor der Bestellung erfüllt werden. Dies ist auch grundsätzlich im Hinblick auf die dort genannten Informationen sinnvoll, wie am Beispiel der Mitteilung über die Widerrufsmodalitäten deutlich wird: Der Verbraucher wird seinen Kaufentscheid nicht von den Modalitäten des Widerrufsrechtes abhängig machen. Er benötigt die Informationen jedoch im Zeitpunkt nach Vertragsschluss, wenn er sich über einen Widerruf Gedanken macht. Warum die Verpflichtungen jedoch in dem Zeitpunkt vorliegen müssen, in dem der Verbraucher an seine Bestellung gebunden ist und nicht, wie bei der FARL, erst im Zeitpunkt der Lieferung, ist nicht einleuchtend. Dem Verbraucher entstehen durch diese Vorverlagerung keine Vorteile, da er ein Interesse an diesen Informationen, die sich auf die Möglichkeit der Rückabwicklung beziehen, meist erst nach der Lieferung der Waren hat. Die vorzeitige Informationsverpflichtung bürdet dem Unternehmer damit eine unnötige Verpflichtung auf.

## cc) Inhalt

- 62 Die Anforderungen an den Inhalt der Informationspflichten ist in der RRV im Wesentlichen mit den Anforderungen in Art. 5 der Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr (im Folgenden: E-Commerce-Richtlinie) harmonisiert worden. Da-

mit verkleinert der EU-Gesetzgeber die Lücke, die zwischen der FARL und der E-Commerce-Richtlinie im Hinblick auf die Informationspflichten besteht.<sup>98</sup> Was jedoch die eine Hand nimmt, gibt die andere Hand wieder: Mitgliedstaaten können gem. Art. 6 Abs. 8 UAbs. 1 RRV weitergehende Informationspflichten im Rahmen der E-Commerce-Richtlinie vorsehen und damit sowohl die eben neu gewonnene Kohärenz als auch die Vollharmonisierungscharakter der Informationspflichten der RRV untergraben.

- 63 Gem. Art. 6 Abs. 1 c) RRV hat der Gewerbetreibende nunmehr vor allem auch eine *E-Mail-Adresse* anzugeben, unter der der Verbraucher schnell und effizient mit dem Gewerbetreibenden kommunizieren kann. Dieses Erfordernis ist allerdings schon in Art. 5 Abs. 1 c) der E-Commerce-Richtlinie statuiert. In Art. 6 Abs. 1 e) RRV hat der Gesetzgeber den Begriff des *Gesamtpreises* näher bestimmt. Zum einen sind beim „Gesamtpreis“ sämtliche Steuern und Abgaben mit einzurechnen. Damit ist nun neu der Brutto- und nicht wie noch im Rahmen der FARL der Nettogesamtpreis anzugeben.<sup>99</sup> Vorbild dieser Regelung dürfte Art. 23 der VO über gemeinsame Vorschriften für die Durchführung von Luftverkehrsdiensten in der Gemeinschaft (EG) 1008/2008 gewesen sein, die eine solche Gesamtpreisangabe für sogenannte „Billigflieger“-Preise bereits vorschreibt.<sup>100</sup> Art. 6 Abs. 1 e) RRV stellt darüber hinaus für den Fall von Abonnements klar, dass „Gesamtpreis“ die pro Abrechnungsraum anfallenden Gesamtkosten umfasst. Damit soll wohl vor allem eine Lehre aus den Fällen der „Abofallen“ gezogen werden. Wie sich aus dem Wort „pro“ ergibt, muss der Abrechnungszeitraum regelmäßig sein, sofern nur ein Preis angeboten werden soll. Ist der Abrechnungszeitraum unregelmäßig, so zum Beispiel während einer dreimonatigen „Schnupperphase“, an die sich sodann ein halbjähriger Abrechnungszeitraum anschließt, so ist der Preis für jeden dieser Zeiträume gesondert anzugeben.
- 64 Mit der Einführung des *Muster-Widerrufsformulars* ist nunmehr auch in Art. 6 Abs. 1 h) RRV geregelt, dass dem Verbraucher dieses zur Verfügung gestellt wird, bevor er an den Vertrag oder an sein Vertragsangebot gebunden ist. Darüber hinaus sind die Pflichten zur *Kostentransparenz* erweitert worden. Erwägungsgrund 36 beinhaltet zur vereinfachten Handhabung konkrete Vorschläge zur Kostenberechnung der potentiellen Rücksendungskosten. Verstößt der Gewerbetreibende gegen den Hinweis auf die Kosten, so muss der Verbraucher gem. Art. 6 Abs. 6 RRV diese Kosten, über die er nicht oder nicht hinreichend informiert wurde, nicht zahlen.

## dd) Harmonisierungsgrad und Kollision mit geltendem Unionsrecht

- 65 Die Informationspflichten sind gem. Art. 6 Abs. 5 RRV ausdrücklich vollharmonisierend. Allerdings besteht dieser Grundsatz nur auf dem Papier. Andere Richtlinien wie die E-Commerce-Richtlinie sowie die Dienstleistungsrichtlinie enthalten ebenfalls Informationsvorschriften, die im Fernabsatzrecht zu berücksichtigen sind. Da diese Richtlinien nur minimalharmonisierend sind, steht es den Mitgliedstaaten grundsätzlich frei, weitergehende Informationspflichten einzuführen. Da sich die Anwendungsbereiche der beiden Richtlinien mit der RRV überschneiden, kommt es daher zur Kollision zwischen den vollharmonisierten Vorschriften der RRV und dem Grundsatz der Minimalharmonisierung der E-Commerce- und Dienstleistungsrichtlinie. Führen Mitgliedstaaten weiterreichende Informationsvorschriften im Rahmen der beiden minimalharmonisierenden Richtlinien ein, so finden diese Vorschriften faktisch auch Anwendung im Geltungsbereich der RRV und konterkarieren somit deren vollharmonisierenden Charakter. Die Dienstleistungsrichtlinie ist in solchen Fällen gem. Art. 3 Abs. 1 eigentlich subsidiär, sodass der vollharmonisierende Charakter der RRV vorgehe. Weitergehende Informationspflichten, die Mitgliedstaaten im Rahmen der Dienstleistungsrichtlinie eingeführt hätten, fänden dann im Geltungsbereich der RRV keine Anwendung. Für die E-Commerce-Richtlinie gibt es keine solche Kollisionsregel, sodass unklar bliebe, wie nun im Kollisionsfall zu entscheiden wäre. Art. 6 Abs. 8 RRV enthält jedoch eine Kollisionsregel, die gem. ihrem UAbs. 2 den Regelungen der RRV den Vorrang gegenüber den Regelungen der E-Commerce- und Dienstleistungsrichtlinie einräumt. Für die Dienstleistungsrichtlinie wiederholt Art. 6 Abs. 8 UAbs. 2 RRV somit nur das, was in Art. 3 Abs. 1 Dienstleistungsrichtlinie schon geregelt war. Für den wesentlich interessanteren Fall, dass Mitgliedstaaten im Rahmen der E-Commerce- und Dienstleistungsrichtlinie weitergehende Informationspflichten einführen, sieht Art. 6 Abs. 8 UAbs. 1 RRV jedoch das Gegenteil vor. Solche weitergehende Informationspflichten bleiben demnach gültig. Damit hebt Art. 6 Abs. 8 UAbs. 2 RRV in diesem Fall die Subsidiarität der Dienstleistungsrichtlinie auf und räumt den Regelungen der E-Commerce-Richtlinie Vorrang ein. Er hebt damit das Konzept der Vollharmonisierung der Informationspflichten nahezu vollständig aus, da Mitgliedstaaten nun im Rahmen der beiden minimalharmonisierenden Richtlinien weitergehende Informationspflichten einführen können. Das ursprüngliche Anliegen, den Unternehmern die Errichtung eines einheitlichen Binnenmarktes durch einheitliche Informationspflichten zu erleichtern<sup>101</sup>, ist damit hinfällig.

66 Gem. Erwägungsgrund 12 letzter Satz RRV soll jedoch etwas anderes für Informationspflichten gegenüber Dienstleistungserbringern gelten. Im Verhältnis zu jenen würde es Mitgliedstaaten gestattet sein, weitergehende Informationspflichten zuzulassen. Damit steht Erwägungsgrund 12 letzter Hs. RRV im Widerspruch zum Wortlaut von Art. 6 Abs. 5 RRV, der sämtliche Informationsvorschriften im Fernabsatz für vollharmonisierend erklärt. Verstößt der Wortlaut einer Norm in einer Richtlinie gegen den Wortlaut von Erwägungsgründen, so dürfen Erwägungsgründe nicht herangezogen werden, um eine Abweichung von einer Regelung des Rechtsaktes zu rechtfertigen<sup>102</sup>. Genau dies wäre hier jedoch der Fall. Art. 6 Abs. 5 RRV lässt keine Interpretation hinsichtlich der Zulassung von weitergehenden Informationspflichten für Dienstleistungserbringer zu. Eine solche Ausnahme nur in den grundsätzlich nicht verbindlichen Erwägungsgründen<sup>103</sup> zuzulassen, ist nicht hinreichend. Damit darf hier entgegen Erwägungsgrund 12 der RRV keine Ausnahme bezüglich Dienstleistungserbringern gemacht werden.

67 Zudem können gem. Art. 6 Abs. 5 RRV die Parteien jedoch ausdrücklich ein Abweichen von den Informationspflichten vereinbaren. So kann das mit der Vollharmonisierung verfolgte Ziel zusätzlich durch Dispositionen der Parteien am Markt unterlaufen werden.<sup>104</sup> Da auch diese Vorschrift vollharmonisierend ist, entsteht nun die seltsame Situation, dass die Mitgliedstaaten zwar im Rahmen der RRV die Informationspflichten nicht verändern dürfen, um den Binnenmarkt nicht durch Zersplitterung zu gefährden, nun aber durch AGB-Recht unzählige kleine Informations-Regimes entstehen, die miteinander im Wettbewerb stehen, von denen die Mitgliedstaaten allerdings ausgeschlossen sind. Grundsätzlich ist gegen diesen Wettbewerb nichts einzuwenden, da ein Wettbewerb von AGBen - verbunden mit effizienter mitgliedstaatlicher und EU-rechtlicher Kontrolle - effiziente Lösungen hervorbringen kann.<sup>105</sup> Auch ist der Wettbewerb der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten untereinander im Grundsatz mit der Binnenmarktidee vereinbar.<sup>106</sup> Jedoch war es gerade die - wenn auch vielfach in Frage gezogene - Grundannahme der Vollharmonisierungsstrategie, dass ein solcher Wettbewerb der Informationsanforderungen den Binnenmarkt eher hindert als fördert. Da die Vereinheitlichung der Informationspflichten somit das Herzstück der Vollharmonisierungsstrategie war, stehen diese Regelungen auch symbolisch für das Scheitern dieser Strategie.

## b.) Auswirkungen auf § 312c BGB

68 Neben den einzelnen Änderungen der Informationspflichten in Art. 246 §§ 1 und 2 EGBGB, denen hier nicht näher nachgegangen werden kann, haben vor allem die Regelungen zum Harmonisierungsgrad Auswirkungen auf § 312c BGB. § 312c Abs. 4 BGB

sollte ersetzt werden durch den Hinweis darauf, dass es den Parteien frei steht, durch Vertrag andere Informationspflichten zu vereinbaren. In § 312c Abs. 2 BGB sollte an die durch die RRV harmonisierten Vorgaben der E-Commerce-Richtlinie angepasst werden.

## c.) Ergebnis

69 Die Auswirkungen der neuen Informationsvorschriften auf das BGB sind gering. Lediglich der Inhalt im EGBGB ist anpassungsbedürftig, sowie die Vorschriften des § 312c Abs. 2 und 4 BGB. Darüber hinaus kann Deutschland allerdings weitergehende Informationspflichten, „getarnt“ als Umsetzungsakt der E-Commerce- und Dienstleistungsrichtlinie einführen. Daneben können die Parteien andere Informationspflichten vereinbaren. Da dies überwiegend Auswirkungen auf AGB haben wird, wird sich die Kontrolle der Informationspflichten auf die §§ 307 ff. BGB verlagern. Ob es in diesem Zusammenhang neuer Regelungen bedarf, bleibt abzuwarten.

## 3. Widerrufsrecht gem. §§ 312d und 355 BGB, sowie diesbezügliche Kosten, insbes. § 312e BGB

70 Das Widerrufsrecht gilt als „Urgestein“<sup>107</sup> des Europäischen Verbraucherrechts und steht als solches seit seiner Einführung in der Haustürwiderrufsrichtlinie 1985 unter verschärfter wissenschaftlicher Beobachtung.<sup>108</sup> Schon aus diesem Grund sind die Auswirkungen der zahlreichen von der Wissenschaft vorgebrachten Vorschläge in höchstem Maße interessant. Aufgrund der verzahnten Regeln von § 312d und § 355 BGB werden die Auswirkungen des Widerrufsrechts auf beide Normen untersucht.

### a.) Vorschriften über das Widerrufsrecht in der RRV sowie Harmonisierungsgrad

71 Obgleich die Wirksamkeit eines allgemeinen Widerrufsrechts aus Sicht der Verhaltenswissenschaftler zugunsten eines Bestätigungsrechts kritisiert wird,<sup>109</sup> hält die RRV am Institut des Widerrufsrechts fest. Im Folgenden soll daher zunächst auf die Widerrufsfrist aa) eingegangen werden, bevor die Form des Widerrufs untersucht wird bb). Sodann wird auf die Pflichten der Parteien cc) und die Ausnahmen vom Widerrufsrecht dd) sowie auf die Beweislast ee) eingegangen.

#### aa) Widerrufsfrist

72 Der *Beginn der Widerrufsfrist* ist in den Artikeln der RRV, im Gegensatz zu Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 FARL nicht explizit geregelt. Daraus ergibt sich insbesondere,

dass ein Verstoß gegen die Informationspflichten seitens des Gewerbetreibenden nicht, wie noch in Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 FARL, zu einem Aufschub des Beginns der Widerrufsfristen führt. Selbst wenn die Mitgliedstaaten eine solche Erweiterung des Verbraucherschutzes einführen wollten, würde dies gegen den vollharmonisierenden Charakter des Art. 10 Abs. 1 RRV verstoßen.<sup>110</sup> Art. 10 Abs. 1 RRV statuiert ausdrücklich nur eine Verlängerung der Widerrufsfrist, wenn der Gewerbetreibende den Verbraucher nicht *über sein Widerrufsrecht* (!) aufklärt. Eine darüber hinausgehende Verlängerung des Widerrufsrechts wegen des Verstoßes gegen andere Informationspflichten bspw. durch das Hinausschieben des Beginns des Widerrufsrechts ist – im Gegensatz zu Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 FARL und II.-5:103:(2) (b) DCFR – in der RRV nicht vorgesehen. Es würde auch zur faktischen Ausweitung des Widerrufsrechts über die Zwölf-Monats-Frist des Art. 10 Abs. 1 RRV hinaus führen. Da dies gem. Erwägungsgrund 43 RRV aus Gründen der Rechtssicherheit nicht möglich ist, würde ein solcher Aufschub des Beginns der Widerrufsfrist dieses Ziel konterkarieren.

- 73 Für dieses Ergebnis spricht auch, dass der EU-Gesetzgeber in Erwägungsgrund 40 der RRV Ausführungen über den Beginn der Widerrufsfrist macht. Darüber hinaus lassen sich aus Umkehrschlüssen zu den Regelungen des Endes der Widerrufsfrist auch Angaben über deren Beginn machen. Erwägungsgrund 40 statuiert, dass die Widerrufsfrist bei Kaufverträgen an dem Tag beginnen soll, an dem der Verbraucher oder ein von ihm benannter Dritter, der nicht Beförderer ist, in den Besitz der Ware gelangt. Dies entspricht der Regelung des II.-5:103: (1) (c) DCFR. Wenn mehrere Waren zur selben Bestellung gehören und sie zu unterschiedlichen Zeitpunkten geliefert werden, so beginnt die Frist zu laufen, wenn der Verbraucher oder der Dritte die letzte Lieferung erhält. Eine Ausnahme besteht arg. e. contrario Art. 9 Abs. 2 b) iii) RRV für Verträge über die regelmäßige Lieferung von Waren. In einem solchen Fall beginnt die Frist ausnahmsweise, wenn der Verbraucher oder Dritte in den Besitz der ersten Ware gelangt ist. Arg. e. contrario Art. 9 Abs. 2 c) RRV beginnt die Frist bei Verträgen über die Lieferung von Gas, Wasser und Strom, sofern sie nicht in einer begrenzten Menge angeboten werden, sowie für Fernwärme und digitale Inhalte ab dem Tag des Vertragsschlusses. Über den Fristbeginn bei Dienstleistungsverträgen sagt die Richtlinie explizit nichts. Allerdings endet die Frist gem. Art. 9 Abs. 2 a) RRV bei Verträgen über Dienstleistungen 14 Tage nach Vertragsschluss. Arg. e contrario beginnt die Frist auch hier im Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Die Berechnung der Frist erfolgt gem. Erwägungsgrund 41 nach der Verordnung (EWG/Euratom) Nr. 1182/71 zur Festlegung der Regeln für die Fristen, Daten und Termine (hiernach: FristenVO), die mit der Fristberechnung gem. §§ 187 ff. BGB übereinstimmen. Die Frist beginnt demnach gem. Art. 3 Abs. 1 Uabs. 2 FristenVO am Tag nach-

dem die Lieferung in den Besitz des Verbrauchers oder Dritten gelangt ist.

- 74 Im Vergleich zu Art. 6 Abs. 1 FARL wurde die *Länge der Widerrufsfrist* in Art. 9 Abs. 1 RRV von sieben auf 14 Tage erweitert. Die RRV orientiert sich damit am Modell des § 312d BGB,<sup>111</sup> sowie des II. – 5:103 (2) DCFR. Diese Frist verlängert sich jedoch gem. Art. 10 Abs. 1 RRV um zwölf Monate, wenn der Gewerbetreibende den Verbraucher nicht über sein Widerrufsrecht aufgeklärt hat. Damit kann gem. Art. 10 Abs. 1 RRV der Gesamtumfang des Widerrufsrechts zwölf Monate und 14 Tage betragen. Dies steht prima vista im Widerspruch zu Erwägungsgrund 43 RRV, der – nach Vorbild des II. – 5:103 (3) DCFR – aus Gründen der Rechtssicherheit eine Begrenzung der Gesamtwiderrufsfrist auf zwölf Monate statuiert. Wie bereits dargestellt wurde, dürfen in einem solchen Widerspruchsfall Erwägungsgründe nicht herangezogen werden, um eine Abweichung von einer Regelung des Rechtsaktes zu rechtfertigen.<sup>112</sup> Damit ist es angesichts des klaren Wortlauts von Art. 10 Abs. 1 RRV unschädlich, dass Erwägungsgrund 43 RRV nur von einer Gesamtfrist von zwölf Monaten spricht. Maßgeblich ist allein die Frist des Art. 10 Abs. 1 RRV. Die Frist ist gem. Erwägungsgrund 41 in Kalendertagen, nicht Arbeitstagen, zu bemessen. Daher umfasst die Frist gem. Art. 3 Abs. 3 Fristen-VO auch sämtliche Sonn- und Feiertage. Die Frist muss mindestens jedoch gem. Art. 3 Abs. 5 Fristen-VO zwei Arbeitstage umfassen.
- 75 Im Gegensatz zur FARL enthalten Art. 9 Abs. 2, Art. 10 sowie Erwägungsgrund 43 RRV ausdrückliche Vorschriften zum *Ende der Widerrufsfrist*. Diese Vorschriften reflektieren die EuGH-Entscheidungen in den Rechtssachen Heining<sup>113</sup> und Hamilton,<sup>114</sup> die bei Nichtbelehrung zur Problematik des „ewigen Widerrufsrechts“ führten, welche nicht nur im Fernabsatzrecht,<sup>115</sup> sondern aufgrund ihrer prinzipienbasierten Urteilsfindung auch in Grundlagenfragen des europäischen Vertragsrechts für Diskussion gesorgt haben.<sup>116</sup> Bei Verträgen über Dienstleistungen endet die Frist gem. Art. 9 Abs. 2 a) RRV 14 Tage nach dem Tag des Vertragsschlusses, bei der Lieferung von Waren gem. Art. 9 Abs. 2 b) RRV 14 Tage nachdem der Berechtigte in den Besitz der Ware gelangt ist. Spiegelbildlich zum Beginn der Widerrufsfrist endet damit auch die Widerrufsfrist für mehrere Waren in einer Bestellung gem. Art. 9 Abs. 2 b) i), ii) RRV jeweils 14 Tage nachdem der Verbraucher oder entsprechende Dritte in den Besitz der letzten Warenlieferung gelangt ist. Bei Verträgen über die regelmäßige Lieferung von Waren endet die Widerrufsfrist hingegen gem. Art. 9 Abs. 2 b) iii) RRV bei der Inbesitznahme der ersten Ware. Gem. Art. 9 Abs. 2 c) RRV endet die Frist bei Verträgen über die Lieferung von Gas, Wasser und Strom, sofern sie nicht in einer begrenzten Menge angeboten werden, sowie für Fernwärme und digitale Inhalte, 14 Tage nach dem Tag des Vertragsschlusses. Maßgebliche Handlung für das wirksame

Betätigen des Widerrufsrechtes im Rahmen des Widerrufsrechtes ist gem. Art. 11 Abs. 2 RRV der Zeitpunkt des Absendens der Widerrufserklärung durch den Verbraucher.

## bb) Form des Widerrufs

76 Die Ausübung des Widerrufsrechtes ist gem. Art. 11 Abs. 1 b) RRV in Anlehnung an II. – 5:102 (1) DCFR grundsätzlich an keine Form gebunden. Die Regelung erfordert nur, dass die Erklärung „eindeutig“ sein muss. Die Erklärung kann vor allem gem. Art. 11 Abs. 1 a) RRV durch die Verwendung eines Muster-Widerrufsformulars in der in Anhang I Teil B RRV festgehaltenen Form erfolgen. Der Gewerbetreibende kann diese Widerrufserklärung gem. Art. 11 Abs. 3 RRV online zum Ausfüllen oder in sonst einer Weise bereitstellen.

## cc) Pflichten der Parteien bei Widerruf

77 Diese neuen Regelungen über die Pflichten der Parteien bei Widerruf sind Ausdruck der Kritik der als zu einseitig empfundenen verbraucherschützenden Regelungen des FARL. Wie sich aus Erwägungsgrund 50 ergibt, haben diese Regelungen nicht nur einen einseitigen Schutz des Verbrauchers zum Ziel, sondern sollen einen angemessenen Ausgleich der Interessen von Gewerbetreibenden und Verbrauchern bei Ausübung des Widerrufsrechtes gewährleisten.<sup>117</sup>

## (a) Rücksendeverpflichtung des Verbrauchers

78 Den Verbraucher trifft gem. Art. 15 Abs. 1 RRV eine *Rücksendungspflicht ohne unnötige Verzögerung, innerhalb von spätestens 14 Tagen* ab dem Tag, an dem er dem Gewerbetreibenden den Entschluss mitteilt, den Vertrag zu widerrufen. Eine Ausnahme besteht lediglich wenn der Gewerbetreibende angeboten hat, die Ware selbst abzuholen. Zur Einhaltung der Frist kommt es gem. Art. 15 Abs. 1 S. 2 RRV nur auf den Zeitpunkt der Absendung durch den Verbraucher, nicht jedoch den Erhalt der Sache beim Gewerbetreibenden an. Fraglich bleibt jedoch, wann die Frist genau zu laufen beginnt. Die RRV stellt auf den Tag ab, an dem der Verbraucher dem Gewerbetreibenden den Widerrufsentschluss *mitteilt*. Darüber, was unter „mitteilen“ zu verstehen ist, schweigt die RRV. Auch aus den übrigen Sprachfassungen ist keine Konkretisierung ersichtlich.<sup>118</sup> Es kommt der Zeitpunkt der Entäußerung der Widerrufserklärung sowie der des Empfangs der Widerrufserklärung in Betracht. Der vollharmonisierende Charakter der Vorschrift gebietet eine Auslegung nach europarechtlich-funktionalen Kriterien. Somit ist der nach deutschem Recht uU einschlägige § 130 Abs. 1 S. 1 BGB –wenn über-

haupt- lediglich im Rahmen der wertenden Rechtsvergleichung zu berücksichtigen.<sup>119</sup> Die mitgliedstaatlichen Regelungen knüpfen – von einigen hier nicht einschlägigen Besonderheiten des postalischen Versandes abgesehen – Rechtswirkungen erst dann an Erklärungen, wenn sie dem Empfänger zugegangen sind.<sup>120</sup> Dieser Grundsatz findet sich auch in Art. I. I:109 (3) DCFR.

## (b) Kostentragung bei Widerruf

79 Die Regelungen über die *Kosten* des Widerrufs lassen sich zu dem im Erwägungsgrund 46 enthaltenen Grundsatz zusammenfassen: Der Gewerbetreibende muss alle Kosten zurückerstatten, die er im Zusammenhang mit der Lieferung der Waren vom Verbraucher erhalten hat. Darüber hinausgehende Kosten sind nicht zu erstatten.

80 Demnach trifft den Verbraucher gem. Art. 14 Abs. 1 UAbs. 2 RRV die Pflicht, die Kosten der Rücksendung zu tragen. Er ist jedoch von dieser Pflicht befreit, wenn der Gewerbetreibende ihn zuvor nicht über seine Kostentragungspflicht informiert hat. Freilich muss der Verbraucher die Kosten auch dann nicht tragen, wie der gleiche Art. deklaratorisch festhält, wenn der Gewerbetreibende die Kosten freiwillig übernimmt.

81 Der Gewerbetreibende hat gem. Art. 13 Abs. 1 UAbs. 1 RRV alle Zahlungen, die er vom Verbraucher erhalten hat, zurückzuzahlen. Der Umfang ist jedoch gem. Art. 13 Abs. 2 RRV bei Lieferkosten auf die Kosten einer Standardlieferung beschränkt, sofern der Gewerbetreibende nicht selbst eine andere Lieferart gewählt hat. Für die Rückzahlung hat der Gewerbetreibende 14 Tage ab dem Tag Zeit, an dem er über den Entschluss des Verbrauchers, den Vertrag zu widerrufen, erfahren hat. Analog zu den Ausführungen zum Rücksenderecht ist dabei auf den Zeitpunkt des Zugangs abzustellen. Er hat gem. Art. 13 Abs. 1 UAbs. 2 RRV das gleiche Zahlungsmittel zu verwenden, das vom Verbraucher bei der ursprünglichen Transaktion eingesetzt wurde. Damit wird vor allem sichergestellt, dass die Rückzahlung nicht daran scheitert, dass das vom Gewerbetreibenden benutzte Rückzahlungssystem für den Verbraucher nicht verfügbar ist. Aufgrund dieser Vorschrift ist der Hinweis in Erwägungsgrund 46 darauf, dass eine Erstattung nicht in Form von Gutscheinen erfolgen soll, wenig hilfreich. Die davon erfassten Fälle, in denen ein Verbraucher eine Ware beispielsweise mit Kreditkarte zahlt, sind ohnehin gem. Art. 13 Abs. 1 UAbs. 2 RRV über das Kreditkartensystem rückabzuwickeln. Der in Erwägungsgrund 46 geregelte Fall kann also nur dann auftreten, wenn ein Verbraucher eine Ware auch mit einem Gutschein zahlt. Dann ist es aber auch gerade nicht ersichtlich, warum eine Kostenersatzung nicht auch mit einem Gutschein erfolgen soll. Gem. Art. 13 Abs. 3 RRV kann der Gewerbetrei-

bende jedoch die Erstattung der Kosten solange verweigern, bis der Verbraucher den Nachweis über die Rücksendung erbracht hat.

## dd) Ausnahmen vom Widerrufsrecht

82 Ausnahmen vom Widerrufsrecht werden nach EU-Recht immer dann statuiert, wenn die entsprechenden Verträge ein spekulatives Element beinhalten<sup>121</sup> oder wenn der „Schutz der Interessen der Verbraucher, die Fernkommunikationsmittel verwenden“ zu „unverhältnismäßigen Nachteile(n)“ für die „Interessen der Anbieter bestimmter Dienstleistungen“ führen würde.<sup>122</sup> In diesen Fällen können die Kosten für ein Widerrufsrecht so hoch werden, dass das Risiko besteht, dass bestimmte Güter gänzlich vom Handel ausgeschlossen werden.<sup>123</sup> Art. 16 RRV hat im Wesentlichen die Ausnahmen des Art. 6 Abs. 3 FARL übernommen,<sup>124</sup> die Neuerungen bestehen vor allem in der Angleichung an die Ausschlussvorschriften des II.-5:201 (2) und (3) DCFR. Am praktisch relevantesten werden die neu hinzugekommenen Ausnahmen für versiegelte Waren sein. Gem. Art. 16 e) RRV sind aus gesundheitlichen Gründen versiegelte Waren, deren Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde, vom Widerrufsrecht ausgeschlossen. Solche geöffnete, zuvor aus gesundheitlichen Gründen versiegelte, Ware wird faktisch wertlos und damit für den Wiederverkauf uninteressant. Hier wird die Tatsache, dass solche Waren nach Ausübung des Widerrufsrechts ihre Marktfähigkeit verlieren, besonders deutlich. Die Verschärfung des Risikos, dass diese Produkte gänzlich vom E-Commerce-Markt verschwinden, kann nicht im Sinne eines wirksamen Verbraucherrechtes sein. Art. 16 i) RRV nimmt versiegelte Ton- oder Videoaufnahmen sowie Computersoftware, deren Versiegelung nach Lieferung entfernt wurde, vom Anwendungsbereich der RRV aus. Hierdurch wird vor allem dem Missbrauch entgegen gewirkt, der durch die einfache Vervielfältigungsmöglichkeit dieser Medien wahrscheinlich ist. Unter der Vorgängervorschrift Art. 6 Abs. 3 Sps. 4 FARL war streitig, ob die Waren nur bei Verkauf noch versiegelt sein müssen oder ob ein „entsiegelndes Verhalten“ zusätzliche Voraussetzung für das Eingreifen der Ausnahmeregelung ist.<sup>125</sup> Hintergrund des Streits war, ob im Downloadverfahren erworbene Software auch unter den Ausnahmetatbestand fällt.<sup>126</sup> Art. 16 m) RRV entschärft nun den Streit dadurch, dass er eine Sondervorschrift für solche im Downloadverfahren erworbene Vorschrift schafft und somit auch diese von Widerrufsrecht ausnimmt. Art. 16 f) RRV nimmt Waren, die nach Lieferung untrennbar mit anderen Gütern vermischt werden, vom Widerrufsrecht aus. Dies betrifft insbesondere Flüssigkeiten, wie beispielsweise Düngemittel oder Wasserzusätze jeglicher Art.

83 Keine Auswirkungen hat die Ausnahmegvorschrift des Art. 16 k) RRV für Versteigerungen auf sog. ebay-

Auktionen.<sup>127</sup> Wie schon dargestellt wurde, fallen ebay-Auktionen nicht unter die Definition von „öffentliche Versteigerungen“ iSd Art. 2 Abs. 13 RRV. Entgegen der Befürchtungen im Schrifttum<sup>128</sup> erleichtert Art. 16 a) RRV nicht das sogenannte „cold calling“. Art. 16 a) RRV nimmt Dienstleistungsverträge, die bereits vollständig erbracht wurden und denen der Verbraucher zuvor ausdrücklich zugestimmt hat, aus dem Anwendungsbereich des Widerrufsrechts aus. Die Formulierung „zuvor ausdrücklich zugestimmt“ verlangt, dass der Verbraucher vor Abschluss der Ausführung des Dienstleistungsvertrages zugestimmt haben muss. Diese Formulierung schließt gerade den Fall des „cold calling“ aus, bei denen der Verbraucher am Telefon, und damit nicht „zuvor“ zustimmt.<sup>129</sup> Das Widerrufsrecht bleibt damit im Fall des „cold calling“ erhalten.

## ee) Beweislast

84 Die Beweislast für die Ausübung des Widerrufsrechts trägt gem. Art. 11 Abs. 4 RRV der Verbraucher. Da den Verbraucher hinsichtlich dieser „Ausübung“ keine weitere Pflicht als das rechtzeitige Absenden der Widerrufserklärung (Art. 11 Abs. 2 RRV) trifft, beschränkt sich diese Regelung grundsätzlich auch nur auf das rechtzeitige Absenden. Dieses Ergebnis wird von Erwägungsgrund 44 gestützt, der die Beweislast ausschließlich auf das rechtzeitige Absenden der Widerrufserklärung beschränkt. Der Beweis dafür, dass die Informationen über das Widerrufsrecht vorgelegen haben, obliegt demnach gem. Art. 6 Abs. 9 RRV konsequenter Weise dem Gewerbetreibenden. Fraglich ist jedoch, wer das Vorliegen von Ausschlussgründen des Widerrufsrechts zu beweisen hat. Die Ausschlussgründe bilden gewissermaßen eine negative Voraussetzung für dessen „Ausübung“ iSd. Art. 11 Abs. 4 RRV, da das Widerrufsrecht erst geltend gemacht werden kann, wenn kein Ausschlussgrund greift. Art. 11 Abs. 4 RRV gilt allerdings auch nur für Art. 11 RRV; die Ausschlussgründe des Widerrufsrechts in Art. 16 sind davon *expressis verbis* nicht umfasst. Demnach ist es auch Sache des Verbrauchers nachzuweisen, dass die Ausschlussgründe vorliegen. Der Verbraucher hat damit den Beweis zu führen, dass beispielsweise die Versiegelung einer Sache nicht von ihm entfernt wurde.

## ff) Harmonisierungsgrad

85 Im Fernabsatzrecht sind diese Regelungen vollharmonisierend.

## b.) Auswirkungen auf §§ 312d und 312e BGB

86 Die speziellen fernabsatzrechtlichen Regelungen über Umfang und Inhalt der Widerrufsfrist in § 312d BGB und auch in der soeben neu geschaffenen Vorschrift des § 312e BGB<sup>130</sup> sind nach der Harmonisierung dieser Regelungen mit dem Widerrufsrechts der Haustürrichtlinie obsolet geworden. Da diese Regelung nunmehr hinsichtlich Fernabsatz- und Haustürgeschäften einen allgemeinen Charakter hat, bietet sich statt einer Regelung in den speziellen fernabsatzrechtlichen Vorschriften eine Umsetzung in einer allgemeineren Norm an. Denkbar wäre eine Umsetzung in einer Norm, die die Voraussetzungen des Haustür- und Fernabsatzrechts zusammenführt. Vorzugswürdig wäre allerdings eine Umsetzung im allgemeinen § 355 BGB. Zwar gilt dieser auch für den nicht in der RRV harmonisierten Teilbereich des Widerrufs im Verbraucherkreditrecht, wie er in § 495 BGB zu finden ist. Jedoch stimmen hinsichtlich des Widerrufsrechts die Anforderungen ohnehin im Großen und Ganzen sachlich überein. Darüber hinaus statuiert § 495 Abs. 2 BGB Sonderregelungen bezüglich der meisten Voraussetzungen des Widerrufs, so zum Beispiel des Beginns der Widerrufsfrist, sodass eine allgemeine Regelung in § 355 BGB unschädlich ist.

## c.) Auswirkungen auf § 355 BGB

87 Entsprechend dem Vorgesagten empfiehlt es sich daher, Beginn, Ende und Ausnahmen des Widerrufsrechts einheitlich in § 355 BGB zu regeln. Die weitreichenden Änderungen durch die RRV bedingen daher eine komplette Überarbeitung der Norm, bei der jeder Absatz anzupassen ist sowie ein Absatz mit den Ausnahmen vom Widerruf angefügt werden sollte.

## d.) Auswirkungen auf § 357 BGB

88 Die Rechtsfolgen des Widerrufs wurden in der RRV grundlegend überarbeitet und nach den Verpflichtungen der Parteien systematisiert. Daher bietet sich auch eine grundlegende Überarbeitung des § 357 BGB an. Fraglich ist jedoch, ob er dabei der neuen Systematisierung der RRV folgen sollte. Schon bei der Darstellung in diesem Aufsatz hat sich die Systematisierung der RRV als nicht sinnvoll herausgestellt, da die Separierung nach Parteien einzelne Rechte und Gegenrechte künstlich trennt. So trennt die RRV die Kostenregelungen der Parteien in zwei Absätze je nachdem, ob die Pflichten den Verbraucher oder Gewerbetreibenden treffen. Sinnvoller erscheint es, sachlich nach Kostentragung und Rücksendeverpflichtung des Verbrauchers zu trennen.

89 Zusätzlich empfiehlt es sich, hinter § 357 BGB als § 357a BGB die Regelungen über die Beweislast umzusetzen. Da diese neben den Rechtsfolgen einen eigenständigen Regelungsbereich umfassen, sollten sie auch eine eigenständige Regelung erfahren.

## e.) Ergebnis

90 Insbesondere die Vorschriften über die Widerrufsfrist sowie die Verpflichtungen der Parteien im Widerruf sind umfangreich geändert worden. Diese erfordert gleichzeitig eine umfangreiche Überarbeitung der Widerrufsregelungen im BGB. Die Harmonisierung der Widerrufsvorschriften führt jedoch zu einer Entschlackung der speziellen Fernabsatzvorschriften und einer zeitgleichen Aufwertung der allgemeinen Vorschriften über den Widerruf in §§ 355 ff. BGB.

## 4. Abweichende Vereinbarung, § 312i BGB

91 Der vollharmonisierende Charakter einzelner Vorschriften der RRV hat auch Auswirkungen auf § 312i BGB. Von vollharmonisierenden Vorschriften darf nunmehr gar nicht, auch nicht zum Vorteil der Verbraucher oder Kunden abgewichen werden. Daher empfiehlt es sich, „nicht zum Nachteil des Verbrauchers oder Kunden“ ersatzlos zu streichen.

## 5. Verbrauchsgüterkauf §§ 474 ff. BGB

### a.) Vorschriften über das Widerrufsrecht in der RRV sowie Harmonisierungsgrad

92 Art. 30 RRV statuiert besondere Vorschriften für den Versandkauf. Während S. 1 der Vorschrift Altbekanntes wiedergibt, findet sich insbesondere in S. 2 der Vorschrift eine Neuerung. Wenn der Beförderer vom Verbraucher beauftragt wurde, geht das Risiko für den Verlust oder die Beschädigung der Waren schon mit Übergabe an den Beförderer auf den Verbraucher über.

93 Darüber hinaus statuiert Art. 18 Abs. 2 RRV ein Kündigungsrecht des Verbrauchers, sollte der Gewerbetreibende nicht innerhalb der in Art. 18 Abs. 1 RRV statuierten Frist und auch nicht in einer anschließend vom Verbraucher gesetzten, angemessenen Frist geliefert haben.

94 Die Vorschriften sind vollharmonisierend.

## b.) Auswirkungen auf §§ 474 ff. BGB

95 § 474 Abs. 1 S. 2. BGB nimmt die Geltung des § 447 BGB für alle Verbrauchsgüterkaufverträge aus. Damit steht die jetzige Regelung im Widerspruch zu Art. 30 S. 2 RRV, der das Risiko ausnahmsweise auf den Verbraucher übergehen lässt, wenn der Verbraucher den Beförderer selbst bestellt hat und die Sache dem Beförderer übergibt. Der Sache nach handelt es sich hier um die in Deutschland schon lange umstrittene Frage, ob der Versandkauf auch die Beförderung durch „eigene Leute“ umfasst.<sup>131</sup> Art. 30 S. 2 RRV hat dies nun für den Fall des Verbrauchsgüterkaufs negativ entschieden. Mithin ist § 474 Abs. 1 S. 2 BGB dahingehend anzupassen, dass er keine Anwendung auf den Fall findet, wenn der Verbraucher die Beförderungsperson selbst bestellt hat.

## C. Ergebnis

96 Das BGB ermöglicht sowohl eine systemkonforme als auch europarechtsfeste Umsetzung der E-Commerce-Vorschriften der RRV. Es gilt lediglich, sein Potential durch den Gesetzgeber zu nutzen. In diesem Zusammenhang sei an die Kritik Wulf-Henning Roths zur Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie erinnert, die angesichts der eben dargestellten Kritik nichts an Aktualität eingebüßt hat: „Das BGB nimmt in unserer Rechtsordnung eine zentrale Stellung ein. Soll diese Stellung [...] gestärkt werden, erfordert dies eine gründlich vorbereitete und in ihrer technischen Ausführung gut durchdachte Gesetzgebung, die sich von der Hektik und Beliebigkeit abhebt, was [sic!] auf dem Gebiet des Steuer- und Sozialrechts heute leider zur Norm geworden ist. [...] Dem Gesetzgeber sei dringend angeraten, sich diese Zeit auch zu nehmen [...]“<sup>132</sup> Im Hinblick auf den derzeit verfügbaren Gesetzesentwurf zur Umsetzung der „Button“-Lösung sei daher kritisch angemerkt, dass weder dem Europarecht, noch dem BGB und damit der Rechtsanwendung ein Gefallen getan ist, wenn der Gesetzgeber die „Buchstabenvorschriften“ der Fernabsatzregelungen erweitert, ohne sich über eine passgenaue Umsetzung in das BGB Gedanken zu machen.

97 Der RRV selbst sieht man den schwierigen Prozess und die zahlreichen Kompromisse an, die sie durchlaufen hat. Die Regelungen sind unübersichtlich und wenig systematisch. Angesichts des vielen Hin und Her zwischen Regel und Ausnahme, die überall, sogar und gerade in den Erwägungsgründen lauert, lässt sich das letztlich geltende Recht nur schwer ermitteln. Der Klarstellungsfunktion, die die Zusammenfassung der zwei Richtlinien im Sinne der „Better“ oder nunmehr „Smart Regulation“-Strategie erreichen wollte, ist das nur bedingt zuträglich.

- 1 Dank gebührt Prof. Dr. Thomas Ackermann, LL.M.; Dr. Jens-Uwe Franck, LL.M. (Yale); Dörthe Imberg. Dieser Aufsatz ist eine deutlich erweiterte und überarbeitete Version des Aufsatzes Kai Purnhagen, Die Auswirkungen der neuen EU-Richtlinie auf das deutsche Verbraucherrecht, Zeitschrift für Rechtspolitik 2012, 36.
- 2 Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, Abl. L 304 vom 22.11.2011, 64.
- 3 Siehe Oliver Unger, Richtlinie über Verbraucherrechte, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht (ZEuP) 2012, 270 ff.
- 4 Siehe hierzu Helen McColm, Smart Regulation: The European Commission's Updated Strategy, 2 European Journal of Risk Regulation (EJRR), 9 ff.; Lorenzo Allio, On the Smartness of Smart Regulation – A Brief Comment on the Future Reform Agenda, (2011) 2 EJRR, 19 ff.
- 5 Jonathan Wiener, Better Regulation in Europe, (2006) 59 Current Legal Problems, 447, 497 f.
- 6 Willem van Boom, (2009) 5 The Draft Directive on Consumer Rights: Choices Made and Arguments Used, (2009) Journal of Contemporary European Research, 452 ff.; Daniel Oliver Effer-Uhe/Jonathan Mark Watson, Der Entwurf einer horizontalen Richtlinie über Rechte der Verbraucher, Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GRP) 2009, 7 ff.; Hans Christoph Grigoleit, Der Verbraucheraquis und die Entwicklung des Europäischen Privatrechts, (2010) 210 Archiv für die civilistische Praxis (AcP), 354 ff.; Ewoud Hondius, The Proposal for a European Directive on Consumer Rights: A Step forward, (2010) 18 European Review of Private Law (ERPL), 103 ff.; Brigitta Jud/Christiane Wendehorst, Proposal for a Directive on Consumer Rights – an Academic Position Paper, GPR 2009, 189 ff.; Hans-Wolfgang Micklitz/Norbert Reich, Crónica de una morte anunciada, (2009) 46 Common Market Law Review (CMLR), 471 ff.; dies., Der Kommissionsvorschlag vom 08.10.2008 für eine Richtlinie über „Rechte der Verbraucher“, oder: „der Beginn des Endes einer Ära...“, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW) 2009, 270 ff.; Peter Rott/Evelyn Terry, The Proposal for a Directive on Consumer Rights, ZEuP 2009, 456 ff.; Matthias Storme, Editorial: Consumer Rights Proposals and Draft CFR, (2010) 18 ERPL, 1 ff.; Peter Tettinger, Nichts Halbes und nichts Ganzes? Der Kommissionsvorschlag einer europäischen Richtlinie über Rechte der Verbraucher, ZGS 2009, 106 ff.; Brigitte Zypries, Der Vorschlag für eine Richtlinie über Verbraucherrechte, ZEuP 2009, 225 ff.; sowie die Beiträge in Beate Gsell/Carsten Herresthal (Hg.), Vollharmonisierung im Privatrecht - Die Konzeption der Richtlinie am Scheideweg?, 2009; Michael Stürner (Hg.), Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?, 2010.
- 7 Siehe hierzu inter alia Martijn Hesselink, The Politics of a European Civil Code, (2004) 10 European Law Journal, 675 ff.; Duncan Kennedy, The Political Stakes in “Merely Technical” Issues of Contract Law; (2001) 1 ERPL, 7 ff.
- 8 Beate Gsell/Carsten Herresthal, Einleitung, in: Gsell/Herresthal (Hg.) (Fn. 5), 1 (9).
- 9 Siehe hierzu schon am Beispiel der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie Tobias Tröger, Zum Systemdenken im europäischen Schuldvertragsrecht, ZEuP 2003, 525 ff.
- 10 Speziell zur Debatte um den Harmonisierungsgrad der RRV vgl. Stefan Arnold, Vollharmonisierung im europäischen Verbraucherrecht, Recht der internationalen Wirtschaft (RIW) 2009, 679; Markus Artz, Die „vollständige Harmonisierung“ des Europäischen Verbraucherprivatrechts, GPR 2009, 171 ff.; Martin Ebers, De la armonización mínima a la armonización plena, InDret: Revista para el Análisis del Derecho 2/2010; Michael Faure, Towards a Maximum Harmonization of Consu-

- mer Contract Law?' (2008) 15 Maastricht Journal of Transnational and International Law, 440; Gary Low, 'The (ir)relevance of Harmonization and Legal Diversity to European Contract Law: A Perspective from Psychology' (2010) 18 ERPL, 288; Norbert Reich, Von der Minimal- zur Voll- zur „Halbharmonisierung“ – Ein europäisches Privatrechtsdrama in fünf Akten, ZEuP 2010, 7 ff.; Marian Paschke/Peter Husmann, Gemischte Harmonisierung des Verbraucherprivatrechts – Königsweg zwischen Mindest- und Vollharmonisierung, GPR 2010, 262; Jan Smits, Full Harmonisation of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights, (2010) 18 ERPL, 5 ff.; die Beiträge in Gsell/Herresthal (Hg.), (Fn. 5); Stürner (Fn. 5).
- 11 Reich, ZEuP 2010, 7 ff.
  - 12 Paschke/Husmann, GPR 2010, 262 ff.
  - 13 Siehe hierzu auch die Diskussion um die Richtlinie 2008/48/EG über Verbraucherkreditverträge (hiernach: Verbraucherkreditrichtlinie), deren Entstehungsgeschichte mit der RRV vergleichbar ist. Bis unmittelbar nach Verabschiedung war die Frage des Harmonisierungsgrades der dominierende Gegenstand der Diskussion (siehe nur Brigitta Jud, Die neue Verbraucherkreditrichtlinie, Österreichische Juristen-Zeitung 2009, 887 ff.; Thomas Riehm/Benedikt Schreindorfer, Das Harmonisierungskonzept der neuen Verbraucherkreditrichtlinie, GPR 2008, 244 ff.; Beate Gsell/Hans Martin Schellhase, Vollharmonisiertes Verbraucherkreditrecht - Ein Vorbild für die weitere europäische Angleichung des Verbrauchervertragsrechts?, Juristenzeitung (JZ) 2009, S. 20. Nunmehr hat sich der Schwerpunkt auf die Analyse einer systemkonformen und europarechtsfesten Umsetzung verschoben, siehe beispielsweise Ulrich Kulke, Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht, VuR 2009, 12 ff. (Teil 1); 373 ff. (Teil 2); Christiane Wendehorst, Das deutsche Umsetzungskonzept für die neue Verbraucherkreditrichtlinie, ZEuP 2011, 263 ff.
  - 14 Zur Frage der Kompetenz bzw. Legitimität vgl. Thomas Ackermann, Buying Legitimacy? The Commission's Proposal on Consumer Rights, (2010) 21 European Business Law Review, 587 ff.; Editorial Comments, (2010) 48 CMLR, 653 ff.; zum Verhältnis der RRV zum Europäischen Vertragsrecht siehe Tim de Booy/Martijn Hesselink/Chantal Mak, How the CFR can improve the Consumer Rights Directive, Centre for the Study of European Contract Law Working Paper Series No. 2009/09; Martijn Hesselink, The Consumer Rights Directive and the CFR: two worlds apart?, (2009) 5 European Review of Contract Law (ERCL), 290 ff; ders.; Towards a Sharp Distinction between b2b and b2c? On Consumer, Commercial and General Contract Law after the Consumer Rights Directive, (2010) 18 ERPL, 57 ff.; Geraint Howells, European Contract Law Reform and European Consumer Law – Two Related but Distinct Regimes, (2011) 7 ERCL, 173 ff.; Nils Jansen, Klauselkontrolle im europäischen Privatrecht - Ein Beitrag zur Revision des Verbraucheraquis, ZEuP 2010, 67 ff.; Marco Loos, Consumer Sales Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive, (2010) 18 ERPL, 15 ff.; Vanessa Mak, Standards of Protection: In Search of the 'Average Consumer' of EU Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive, (2011) 19 ERPL, 25 ff.; Hans-Wolfgang Micklitz, The Proposal on Consumer Rights and the Opportunity for a Reform of European Unfair Terms Legislation in Consumer Contracts, EUI Working Papers Law 2010/02; Gerhard Wagner, Mandatory Contract Law: Functions and Principles in Light of the Proposal for a Directive on Consumer Rights, (2010) 3 Erasmus Law Review, 47 ff.
  - 15 Grigoleit, AcP 210 (2010), 354 (416).
  - 16 Wulf-Henning Roth, Europäischer Verbraucherschutz und BGB, JZ 2001, 475 (490) „Die Einbeziehung der Nebengesetze in das BGB steht nicht nur unter den Geboten der Stimmigkeit und Übersichtlichkeit, sie verlangt nicht nur nach Überlegungen zur Verallgemeinerungsfähigkeit der in den Nebengesetzen erreichten Lösungen, sondern sie sollte die dort erreichten Lösungen auch auf den Prüfstand stellen, soweit dies die europarechtlichen Vorgaben zulassen“. Siehe zur Aufgabe der Rechtswissenschaft, sowohl die Richtlinienentstehung als auch die Richtlinienumsetzung zu begleiten.
  - 17 Siehe nur EuGH v. 17.04.2008 – Rs. C-404/06 (Quelle), Slg. 2008, I-2685.; EuGH v. 03.09.2009 – Rs. C-489/07 (Messner./Krüger), Slg. 2009, I-7315; EuGH v. 16.06.2011 – Rs. C-65/09 u. C-87/09 (Weber u Putz), Slg. 2011, I-0000.
  - 18 Hierzu Karsten Schmidt, Verbraucherbegriff und Verbrauchervertrag - Grundlagen des § 13 BGB, Juristische Schulung (JuS) 2006, 1.
  - 19 Ernst Kramer, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, 5. Auflage, 2007, § 241a, Rn. 1, „systematisch sonderbar anmutende(r) Stelle“; Werner Flume, Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP) 2000, 1427 (1428) § 241a BGB als „pro non scripto“; Eduard Picker, Schuldrechtsreform und Privatautonomie, JZ 2003, 1035 „exzentrische neue Norm“; Horst-Diether Hensen, Das Fernabsatzgesetz oder: Man könnte heulen, ZIP 2000, 1151; Günther Christian Schwarz, § 241a BGB als Störfall für die Zivilrechtsdogmatik, Neue Juristische Wochenschrift (NJW) 2001, 1449 ff.
  - 20 Legendär ist die Kritik Flumes in ZIP 2000, 1427 an der Umsetzung des Verbraucheraquis geworden: „Es ist schlechthin unerträglich, dass man sich erdreistet, durch eine solche Gesetzgebung, wie das Fernabsatzgesetz vom 27.6.2000 (BGBI. I, 897) sie bietet, das BGB zu verunstaten.“ Wie Flume ua (Schwarz, NJW 2001, 1449; Hensen, ZIP 2000, 1151) zutreffend herausgearbeitet haben, entstehen die Wertungswidersprüche dieser Normen nicht dadurch, dass das Europarecht Regelungen einführt, „die sich nicht stimmig in die allgemeinen Regeln der Rechtsgeschäftslehre einfügen“ (so aber Grigoleit, AcP 210 (2010), 354 (386 f.)), sondern durch die mangelnde systemkonforme Umsetzung durch den deutschen Gesetzgeber, der zur Umsetzung des „inertia selling“-Artikels der FARL auch andere, systemkonforme Wege als die Einführung des § 241a BGB hätte gehen können (siehe bspw. den Vorschlag von Schwarz, NJW 2001, 1449, (1454).
  - 21 Siehe hierzu schon für die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie Wulf-Henning Roth, Europäischer Verbraucherschutz und BGB, JZ 2001, 475 (490) „Gute Gesetzgebung braucht ihre Zeit“.
  - 22 W. Flume, ZIP 2000, 1427; Horst Hammen, Zerschlagt die Gesetzestafeln nicht!, Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht (WM) 2010, 1357.
  - 23 T. Tröger, ZEuP 2003, 525 (525 f.).
  - 24 Zurückhaltend W.-H. Roth, Der nationale Transformationsakt: Vom Punktuellen zum Systematischen, in: Grundmann/Medicus/Rolland (Hg.), Europäisches Kaufgewährleistungsrecht, 113 (126 ff.).
  - 25 EuGH v. 30.5.1991, Rs. C-361/88 (Kommission./Deutschland), Slg. 1991, S. I-2567, Rn. 15; EuGH v. 13.12.2007, Rs. C-418/04 (Kommission./Irland), Slg. 2007, S. I-10941, Rn. 158.
  - 26 EuGH v. 8.4.1976, Rs. 48/75 (Royer), Slg. 1976, S. 497, Rn. 69/73.
  - 27 Siehe hierzu auch W.-H. Roth, der im Zusammenhang mit der Richtlinienumsetzung auf die „zentrale Stellung“ hinweist, die das BGB in der deutschen Rechtsordnung einnimmt, W.-H. Roth, JZ 2001, 475 (490).
  - 28 Diese Kritik äußerte zur Verbrauchsgüterkaufrichtlinie schon W.-H. Roth, JZ 2001, 475 (490).
  - 29 Gesetzesentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr, verfügbar unter [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RegE\\_Buttonloesung.pdf;jsessionid=2938F6BCE03C8D9D57854D07045233CE.1\\_cid155?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RegE_Buttonloesung.pdf;jsessionid=2938F6BCE03C8D9D57854D07045233CE.1_cid155?__blob=publicationFile).

- 30 Arnold, RIW 2009, 679; Carsten Föhlisch, Endlich Vollharmonisierung im Fernabsatzrecht? Auswirkungen der geplanten Verbraucherrechterichtlinie, MultiMedia und Recht (MMR) 2009, 75 ff.; Georg Graf, Richtlinienentwurf und Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Jud/Wendehorst (Hg.), Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa, 2009, 141 ff.; Karl-Heinz Oehler, Der Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher aus deutscher Sicht in: Jud/Wendehorst (Hg.), Neuordnung des Verbraucherprivatrechts in Europa, 2009, 15 ff.; Paraskevi Paperseniou, Der Verbrauchsgüterkauf unter bevorstehender Reform: Streitfragen im Hinblick auf den Richtlinienvorschlag über die Rechte der Verbraucher, GPR 2009, 275 ff.; Norbert Reich, Die „Mc-Donaldisierung“ des Verbraucherrechts – oder: Von der „vollständigen Harmonisierung“ im EU-Verbraucherrecht zur „vollständigen Abschaffung“ eines eigenständigen nationalen Verbraucherschutzrechtes?, VuR 2009, 361 f.; Boris Schinkels, Der Kommissionsentwurf einer Verbraucherrechte-Richtlinie und seine Sprengkraft für § 355 BGB, JZ 2009, 774.; Klaus Tonner/Marina Tamm, Der Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher und seine Auswirkungen auf das nationale Verbraucherrecht, JZ 2009, 277 ff.
- 31 So auch Josef Drexl, Verbraucherschutz und Electronic Commerce in Europa, in: Michael Lehmann (Hg.), Electronic Business in Europa, Teil 5 P, 2002, Rn. 40; ferner Gerald Spindler/Katharina Anton, in: Gerald Spindler/Fabian Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 2. Auflage, 2011, § 13 BGB, Rn. 4.
- 32 Siehe hierzu Hans-Wolfgang Micklitz, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band I, 6. Auflage, 2012, § 13, Rn. 40 ff.
- 33 Siehe zu dieser Ratio, wenn auch nur für den deutschen § 13 BGH NJW 2009, 3780; ausführlich zur Funktion der negativen Formulierung des § 13 BGB Peter Bülow, Beweislast für die Verbrauchereigenschaft nach § 13 BGB, WM 2011, 1349 ff.
- 34 Hierzu eingehend MünchKomm/Micklitz (Fn. 31) § 13, Rn. 24 ff.; Peter Rott, Stellvertretung und Verbraucherschutz, in: Droit de la consommation - Konsumentenrecht - Consumer law Liber amicorum Bernd Stauder, 2006, 405 ff.; Benedikt Schreindorfer, Verbraucherschutz und Stellvertretung, 2012.
- 35 MünchKomm/Micklitz (Fn. 31) § 13, Rn. 40; OLG Celle NJW-RR 2004, 1645, 1646; Mathias Rohe, in: Heinz Georg Bamberger/Herbert Roth (Hg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, Edition 20, 2011, § 489 Rn. 13; Jürgen Ellenberger, in: Otto Palandt (Hg.), Bürgerliches Gesetzbuch, § 13, 71. Auflage, 2012, Rn. 2; Thomas Pfeiffer, Vom kaufmännischen Verkehr zum Unternehmensverkehr, NJW 1999, 171 (173); Annemarie Matusche-Beckmann, in: J. v. Staudinger (Hg.), BGB, 2004, § 474 Rn. 5; Staudinger/Thüsing (2005) § 312 Rn. 11; ähnlich Sybille Kessel-Wulf, in: J. v. Staudinger (Hg.), BGB, 2004, § 491 Rn. 34 f.
- 36 BGH NJW 2009, 3780; ausführlich zur Funktion der negativen Formulierung in § 13 Bülow, WM 2011, 1349 ff.; Kai Purnhagen, Anmerkung, Verbraucher und Recht (VuR) 2010, 69 f.
- 37 BGH, Urt. v. 13.07.2011-VIII ZR 215/10, BeckRS 2011, 19940; so auch schon Spindler/Anton (Fn. 30) § 14 BGB, Rn. 5.
- 38 Siehe zur Vorgängerregelung in der FARL Jens-Uwe Franck, Europäisches Absatzrecht, 2006, S. 19 „entweder im Rahmen der Vertragsanbahnung oder beim Vertragsschluss selbst“; Stefan Grundmann, Europäisches Schuldvertragsrecht, Sonderheft ZGR 1998, 2.02, Rn. 16; Hans-Wolfgang Micklitz, Fernabsatzrecht, in: Norbert Reich/Hans-Wolfgang Micklitz (Hg.), Europäisches Verbraucherrecht, 4. Auflage, 2003, Rn. 15.9. „mit dem Ziel, Vertragsabschlüsse (...) herbeizuführen.“; ders., Die Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG, ZEuP 1999, 875 (876); Norbert Reich, Die neue Richtlinie 97/7/EG über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz, EuZW 1997, 581 (582).
- 39 Siehe hierzu eingehend für den Bereich der Haustürwiderrufsrichtlinie EuGH v. 25.10.2005, Rs. C-229/04 (Crailsheimer Volksbank), Slg. 2005, I-9273, Tz. 42 ff.; hierzu auch Rott (Fn. 29), 405 ff.
- 40 So schon Rott (Fn. 33), 405 ff., der hinter dem Urteil eine allgemeine Wertung des EU-Gesetzgebers sieht.
- 41 Siehe noch zu den Problemen der vollharmonisierten Vorgängerregelung Arnold, RIW 2009, 679 (680 f.).
- 42 Siehe hierzu ausführlich Moritz Keller, Schuldverhältnis und Rechtskreisöffnung, 2007.
- 43 Siehe hierzu schon Schmidt, JuS 2006, 1 (3).
- 44 So das Verständnis des Vertragsschlusses als Kontinuum von Rechtsbeziehungen, vgl. Reich, EuZW 1997, 581, 582.
- 45 Spindler/Anton (Fn. 30) § 130 BGB, Rn. 14.
- 46 Siehe AG Randolfzell, NJW 2004, 3342 (3342); AG Itzehoe, MMR 2004, 637 (637 f.); Spindler, Autokauf im Internet - rechtliche Rahmenbedingungen, Deutsches Autorecht (DAR) 2007, 190 (193).
- 47 So schon MünchKomm/Micklitz (Fn. 31) § 14 BGB, Rn. 35.
- 48 Siehe hierzu Spindler/Anton (Fn. 30) BGB Vorbem. §§ 145 ff., Rn. 2.
- 49 Siehe zur verstärkten Einbeziehung verhaltensökonomischer Forschung in die EU-Regulierung Franck (Fn. 37), 372 ff.; zurückhaltend zur Gebotenheit, verhaltenswissenschaftlicher Ergebnisse in die Binnenmarkt-Regulierung einzubeziehen ders., Vom Wert ökonomischer Argumente bei Gesetzgebung und Rechtsfindung für den Binnenmarkt, in: Karl Riesenhuber (Hg.), Europäische Methodenlehre, 2. Aufl., § 6, 2010, Rn. 42. ff. Siehe zur Einbeziehung verhaltensökonomischer Forschung in das Recht am Beispiel des US-amerikanischen Rechts Cass Sunstein, Humanizing Cost-Benefit Analysis, (2011) 2 EJRR, 3 ff.
- 50 Siehe zum normativen Verbrauchermodell der EU ausführlich Franck (Fn. 37), 372 ff.
- 51 Lucia Reisch, The Place of Consumption in Ecological Economics, in: Lucia Reisch/Inge Røpke (H.), The ecological economics of consumption, 2004, 223; Geraint Howells, The Potential and the Limits of Consumer Empowerment by Information, (2005) 32 Journal of Law and Society, 349. Die Ergebnisse der „klassischen“ ökonomischen Verhaltenswissenschaft werden mittlerweile jedoch mittels Erkenntnissen aus der Neurobiologie attackiert, siehe hierzu Terrence Chorvat/Kevin McCabe/Vernon Smith, Law and Neuroeconomics, George Mason University School of Law Law and Economics Working Paper 04-07; Barbara Bottalico, Cognitive Neuroscience, Decision Making and the Law, 2 (2011) EJRR, 427 ff.
- 52 Siehe für das EU-Recht Markus Rehberg, Der staatliche Umgang mit Informationen, in: Thomas Eger/Hans-Bert Schäfer (Hg.), Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung, 2007, 284 ff., 293 ff., 319 ff.
- 53 Im Gegensatz zum ersten Entwurf der RRV, siehe Arnold, RIW 2009, 679 (681).
- 54 KOM (2008) 614 endg., Rn. 47.
- 55 Siehe besonders anschaulich am Beispiel des ärztlichen Einwilligungsfomulars Patrick Gödicke, Formularerklärungen in der Medizin, 2008, 467 ff.; für das Fernabsatzrecht Micklitz/Frank Schirmbacher in: Gerald Spindler/Fabian Schuster (Hg.), Recht der elektronischen Medien, 2. Auflage, 2011, § 312c BGB, Rn. 31.
- 56 Siehe zum Begriff der mediengerechten Information Micklitz, in: Vertriebsrecht Handkommentar, 2002, § 312c BGB, Rn. 44; zum Verhältnis beider Institute Micklitz/Schirmbacher (Fn. 50), § 312c BGB, Rn. 27 ff.
- 57 Siehe Thomas Ackermann, Das Informationsmodell im Recht der Dienstleistungen, ZEuP 2009, 230 (230 ff.); Stefan Grundmann, Parteiautonomie im Binnenmarkt – Informationsregeln als Instrument, JZ 2000, 1133 ff.; Martijn Hesselink, 'SMEs in European Contract Law', in: Katharina Boele-Woelki/Wil-

- lem Grosheide (Hg.), *The Future of European Contract Law, Essays in Honour of Ewoud Hondius*, 2007, 359; Thomas Wein, 'Consumer Information Problems - Causes and Consequences', in Stefan Grundmann/Wolfgang Kerber/Stephen Weatherill (Hg.), *Party Autonomy and the Role of Information in the Internal Market*, 2001, 80 ff.; Micklitz/Purnhagen, *Consumer Protection in the E-Commerce Market*, in: Department of Market Regulation, State Administration for Industry and Commerce, the People's Republic of China; China Society of Administration for Industry and Commerce; German International Cooperation (Hg.), *E-Commerce in China and Germany - A Comparative Sino-German Analysis*, 2011, Rn. 63; Rehberg, (Fn. 51) 284 ff.
- 58 Stefan Leible, in: Schlachter/Ohler (Hg.), *Europäische Dienstleistungsrichtlinie Handkommentar*, 2008, Art. 3, Rn. 3 f.
- 59 Rudolph Streinz, in: Schlachter/Ohler (Hg.), *Europäische Dienstleistungsrichtlinie Handkommentar*, 2008, Art. 1, Rn. 5 ff.
- 60 Für ein allgemeines Transparenzgebot im EU-Vertragsrecht auch Stefan Grundmann, „Inter-Instrumental-Interpretation“ - Systembildung durch Auslegung im Europäischen Unionsrecht, (2011) 75 *RabelsZ*, 882 (918 ff.).
- 61 Hierzu Benedikt Klas/ Dietmar Küster, Update: Abofallen im Internet, *MMR-Aktuell* 2010, 302005; Benedikt Klas/Philipp Schwarz, *Kostenfallen im Internet - Resümee nach einem Jahr*, *VuR* 2010, 346; Katrin Blasek, *Kostenfallen im Internet - ein Dauerbrenner, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (GRUR)* 2010, 396; Jörg Deitermann/Oliver Meyer-van Raay, *Gefangen in der (Internet-)Kostenfalle?*, *VuR* 2009, 335; Daniel Hövel/ Hauke Hansen, *Download-Fallen im Internet aus der Perspektive der Software-Hersteller*, *Computer und Recht (CR)* 2010, 252; Benedikt Klas/Philipp Schwarz, *Neue Wege im Kampf gegen Kostenfallen im Internet*, *VuR* 2009, 341.
- 62 Bislang ist allerdings nur vorgesehen, dass die Informationen „klar und verständlich“, jedoch nicht „lesbar“ sein müssen. Dies wird angesichts der besonderen verhaltenswissenschaftlichen Bedeutung, die dem Wort „lesbar“ zukommt, für eine Umsetzung nicht ausreichend sein.
- 63 Vgl. zur Nähe des Transparenzgebots zu den Informationspflichten Achim Tiffe, *Die Struktur der Informationspflichten bei Finanzdienstleistungen*, 2006, 118 ff.
- 64 Tiffe, (Fn. 62), 118 ff. Für das Fernabsatzrecht siehe Micklitz/Schirnbacher (Fn. 54), § 312c BGB, Rn. 28 ff.
- 65 So auch zu Recht Tiffe (Fn. 62), 336.
- 66 So wohl auch Ackermann, *ZEuP* 2009, 230 (262 f.); Jürgen Basedow, *Das BGB im künftigen europäischen Privatrecht: Der hybride Kodex*, (200) *AcP* 2000, 445 (454) gegen eine Allgemeinheit des Transparenzgebots Micklitz/Schirnbacher (Rn. 54), § 312c BGB, Rn. 28 ff.
- 67 Micklitz/Schirnbacher (Rn. 54), § 312c BGB, Rn. 29 ff.
- 68 Siehe für einen Überblick der unterschiedlichen Formvorschriften Jan Schapp/Wolfgang Schur, *Einführung in das Bürgerliche Recht*, 4. Auflage, 2007, Rn. 450 ff.
- 69 Siehe hierzu Schapp/Schur (Fn. 67), Rn. 451; zu den Funktionen von Formerfordernissen Ludwig Häsemeyer, *Die gesetzliche Form der Rechtsgeschäfte*, 1971; ders., *JuS* 1980, 1. ff.
- 70 Siehe grdl. *Mot I S. 176 = Mugdan I S. 449*.
- 71 BGH, *MMR* 2005, 37; BGHZ 149, 129 (133); Spindler/Anton (Fn. 30), § 156 BGB, Rn. 4 mWN.
- 72 Siehe hierzu Andreas Wiebe, in Spindler/Andreas Wiebe (Hg.), *Internet-Auktionen*, Kap. 4, Rn. 21; Stephanie Hartung/Alexander Hermann, „Wer bietet mehr?“ - Rechtssicherheit des Vertragsschlusses bei Internetauktionen, *MMR* 2001, 278 (278); Tobias Hollerbach, *Die rechtlichen Rahmenbedingungen für Internet-Auktionen*, *DB* 2000, 2001 (2006); Spindler/Anton (Fn. 30), § 156 BGB, Rn. 5.
- 73 So im Ergebnis auch Schinkels, *JZ* 2009, 774 (777 f.).
- 74 Siehe zu diesen Fällen BGH, *NJW* 2011, 2421; Georg Borges, *Rechtsscheinhaftung im Internet*, *NJW* 2011, 2400.
- 75 Holger Sutschet, in: Bamberger/Roth (Hg.), *Beck'scher Onlinekommentar BGB*, Edition 20, 2011, § 241a, Rn. 9.
- 76 Nach hM sind solche Ansprüche bislang durch § 241a BGB ausgeschlossen, siehe nur MünchKomm/Kramer (Fn. 18) § 241a, Rn. 15; aA Dirk Olzen, in: J. v. Staudinger (Hg.), *BGB*, 2009, § 241a, Rn. 43.
- 77 EuGH v. 18.05.2010, C-87/09 (Weber und Putz), *Slg.* I-2011, 00000; siehe hierzu Kai Purnhagen, *Zur Auslegung der Nacherfüllungsverpflichtung - Ein Paukenschlag aus Luxemburg*, *EuZW* 2011, 626 (630).
- 78 Reinhard Gaier, in: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band II, 5. Auflage, 2007, § 346, Rn. 31.
- 79 So schon falsch für die Vorgängerregelung des Art. 7 (1) FARB BT-Drs. 14/2658, S. 18.
- 80 Insoweit FARB BT-Drs. 14/2658, S. 18.
- 81 Reich, *EuZW* 1997, 581 (582).
- 82 Reich, *EuZW* 1997, 581 (582).
- 83 Vgl. hierzu Markus Artz, *Vorschlag für eine vollharmonisierte Horizontalrichtlinie zum Verbraucherrecht*, in: Gsell/ Herresthal (Hg.) (Fn. 5), 209 (212).
- 84 In dieser Hinsicht hat sich auch gegenüber dem Vorentwurf nichts geändert, siehe Tonner/Tamm, *JZ* 2009, 277 (281).
- 85 Siehe kritisch Rott/Terry, *ZEuP* 2009, 456 ff.
- 86 Siehe hierzu Peter Derleder/Carsten Thielbar, *Handys, Klingeltöne und Minderjährigenschutz*, *NJW* 2006, 3233; Andreas Klees, *Der Erwerb von Handyklingeltönen durch Minderjährige*, *CR* 2005, 626.
- 87 Hierzu Reich, *EuZW* 1997, 581, 582.
- 88 KOM (2008) 614 end., *Erwägungsgrund 7*; hierzu: Artz, (Fn. 5), S. 209 (217); Götz Schulze, *Ökonomik der Vollharmonisierung im Gemeinschaftsprivatrecht*, in: Gsell/Herresthal (Hg.) (Fn. 5), 63 (69).
- 89 Vgl. schon zur Schwierigkeit der Struktur der Informationspflichten in der FARB Micklitz, *ZEuP* 1999, 875 (880 ff.); ders., *Verbraucherschutz*, in: Manfred Dausen (Hg.), *Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts*, 27. EL 2010, Rn. 165; anders allerdings Micklitz/Schirnbacher (Rn. 54), § 312c BGB, Rn. 19 „recht übersichtlich“.
- 90 Siehe hierzu Mark Hoenicke/Lutz Hülsdunk, *Die Gestaltung von Fernabsatzangeboten im elektronischen Geschäftsverkehr nach neuem Recht - Gesetzesübergreifende Systematik und rechtliche Vorgaben vor Vertragsschluss*, *MMR* 2002, 415 (417); Andreas Fuchs, *Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzrechts*, *ZIP* 2000, 1273 (1277); Jürgen Schmidt-Räntsch, *Zum Gesetz über Fernabsatzverträge und anderen Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro*, *VuR* 2000, 429.
- 91 Hierzu allgemein und, freilich ohne Bezug auf die RRV, Herbert Roth, *Das Fernabsatzgesetz*, *JZ* 2000, 1013 (1016).
- 92 Dafür Helmut Heinrichs, *Das Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes*, *NJW* 1996, 2190 (2197); Reich, *EuZW* 1997, 588.
- 93 So wohl auch Micklitz/Schirnbacher (Rn. 54), § 312c BGB, Rn. 35.
- 94 Fuchs, *ZIP* 2000, 1273 (1278).
- 95 Micklitz/ Schirnbacher (Rn. 54), § 312c BGB, Rn. 35 f; 62b f.
- 96 Siehe zur Problematik der Vorschrift ausführlich Jens-Uwe Franck, *Zur Widerrufsbelehrung im Fernabsatz - Gleichzeitig ein Beitrag zu Fragen der Europarechtskonformität des deutschen Fernabsatzrechts*, *Juristische Rundschau (JR)* 2004, 45 (46).

- 97 Siehe Franck, JR 2004, 45; Frank Schirmbacher, Von der Ausnahme zur Regel: Neue Widerrufsfristen im Online-Handel?, Computer und Recht (CR) 2006, 673.
- 98 Siehe hierzu Micklitz/Purnhagen (Fn. 56) Rn. 65 ff.
- 99 Hierzu schon zum alten Richtlinienvorschlag Tonner/Tamm, JZ 2009, 277 (280).
- 100 Siehe hierzu BGH, GRUR 2003, 889; Andreas Deutsch, Preisangaben und „Opt-out“-Versicherungen bei Flugbuchungen im Internet, GRUR 2011, 187; Stefan Ernst, Die Pflichtangaben nach § 1 II PAngV im Fernabsatz, GRUR 2006, 636; krit. Christian Rohnke, Die Preisangabenverordnung und die Erwartungen des Internetnutzers Plädoyer für eine lebensnahe Handhabung, GRUR 2007, 381.
- 101 Siehe zur Rolle des Unternehmers bei der Verwirklichung des Binnenmarktes Franck (Fn. 37), 324 f.; Stefan Grundmann, Verbraucherrecht, Unternehmensrecht, Privatrecht – warum sind sich UN-Kaufrecht und EU-Kaufrechts-Richtlinie so ähnlich?, AcP 202 (2002), 40 (43).
- 102 EuGH v. 5.5.1998, Rs. C-162/97 (Nilsson), Slg. 1998, I-7477, Rn. 54; hierzu auch Rüdiger Stotz, Die Rechtsprechung des EuGH, in: Karl Riesenhuber (Hg.), Europäische Methodenlehre, 2. Auflg., § 6, 2010, Rn. 19.
- 103 Hierzu EuGH v. 5.5.1998, Rs. C-162/97 (Nilsson), Slg. 1998, I-7477, Rn. 54.
- 104 Siehe hierzu schon Grigoleit, AcP 210 (2010), 354 (412 f.).
- 105 Siehe hierzu Jürgen Basedow, in: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band II, 5. Auflage, 2007, Vorbem. § 305, Rn. 5 ff.
- 106 Siehe zu den Unterschieden zentraler und dezentraler Regelungen im Hinblick auf den Binnenmarkt Franck, (Fn. 48), Rn. 33 ff.
- 107 Franck (Fn. 48), Rn. 44.
- 108 Siehe nur Horst Eidenmüller, Der homo oeconomicus und das Schuldrecht: Herausforderungen durch Behavioral Law and Economics, JZ 2005, 216, 222; ders., Widerrufsrechte als Element des Verbraucherschutzes, AcP 210 (2010), 67, Stefan Grundmann, Information, Party Autonomy and Economic Agents in European Contract Law, (2002) 39 CMLR 269-293; Franck (Fn. 48) Rn. 44; Gerhard Wagner, Die soziale Frage und der Gemeinsame Referenzrahmen, ZEuP 2007, 180 (207); Stephan Lorenz, Im BGB viel Neues: Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, JuS 2000, 833; ders., Die Lösung vom Vertrag, insbesondere Rücktritt und Widerruf, in: Reiner Schulze/Hans Schulte-Nölke (Hg.), Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts, 2001, 329; Peter Mankowski, Fernabsatzrecht – Information über das Widerrufsrecht und Widerrufsbelehrung bei Internetauftritten, CR 2001, 767; Wulff-Henning Roth, Europäischer Verbraucherschutz und BGB, JZ 2001, 475; Peter Rott, Widerruf und Rückabwicklung nach der Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie und dem Entwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, VuR 2001, 78.
- 109 Siehe hierzu Eidenmüller, JZ 2005, 216, 222.
- 110 Anderer Ansicht noch zum alten Richtlinienvorschlag Rott/Terryn, ZEuP 2009, 469.
- 111 Hierzu schon Peter Rott, Harmonising Different Rights of Withdrawal: Can German Law Serve as an Example for EC Consumer Law?, (2006) 7 German Law Journal, 1109 ff.
- 112 EuGH v. 5.5.1998, Rs. C-162/97 (Nilsson), Slg. 1998, I-7477, Rn. 54; hierzu auch Stotz (Fn. 101), Rn. 19.
- 113 EuGH v. 13. 12 2001, Rs. C-481/99 (Heininger), Slg. 2001, I-9945, insbes. Rn. 46-48.
- 114 EuGH v. 21.11.2007, Rs. C-412/06 (Hamilton), Slg. 2008, I-2383, insbes. Rn. 49.
- 115 Siehe Schinkels, JZ 2009, 774 (776 f.); Thomas Hoeren, E-Commerce-Verträge, in: Friedrich Graf von Westphalen/Gregor Thüsing (Hg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 28. Auflage, 2010, Rn. 116; im Vergleich mit dem Fernabsatzrecht der Versicherungswirtschaft siehe Christian Armbrüster, Das allgemeine Widerrufsrecht im neuen VVG, Recht+Schaden 2008, 493 (499); Hans-Wolfgang Micklitz/Martin Ebers, Verbraucherschutz durch und im Internet bei Abschluss von privaten Versicherungsverträgen, in: Jürgen Basedow/Ulrich Meyer/Dieter Rückle/Hans-Peter Schwintowski (Hg.), Beiträge zur 11. Wissenschaftstagung der Bundes der Versicherten, 2003, 43 (80 f.).
- 116 Siehe besonders Eindrucksvoll die Kritik von Stephen Weatherill, The “principles of civil law” as a basis for interpreting the legislative acquis, (2010) 6 ERCL (2010), 74 et seqq.; ferner Editorial Comments, The scope of the general principles of Union law: An ever expanding Union?, (2010) 47 CMLR (2010), 1589-1569; Arthur Hartkamp, The General Principles of EU Law and Private Law, (2011) 75 RabelsZ, 241; Kai Purnhagen, Principles of European Private or Civil Law? A Reminder of The Symbiotic Relationship Between the ECJ and the CFR in a Pluralistic European Private Law, European Law Journal (in Veröffentlichung).
- 117 Erwägungsgrund 50 RRV.
- 118 Englisch: „communicates“.
- 119 Hierzu noch immer wegweisend Konrad Zweigert, Der Einfluss des Europäischen Gemeinschaftsrechts auf das Recht der Mitgliedstaaten, (1964) 28 RabelsZ, 601 (611).
- 120 Notes I on I. 1:109 (3) DCFR, in: Christian von Bar/Eric Clive (ed.), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law - Draft Common Frame of Reference, 2009.
- 121 So schon Rott/Terryn, ZEuP 2009, 456 (475).
- 122 EuGH v. 10.3.2005, C-336/03 (easy car) Slg. 2005 I-1947, Rn. 28.
- 123 Siehe hierzu Franck (Fn. 33), 293; Hannes Unberath/Angus Johnston, The Double-Headed Approach of the ECJ Concerning Consumer Protection, (2007) 44 Common Market Law Review, 1237 (1281); zu den Kosten des Widerrufs Wagner, ZEuP 2007, 180 (207).
- 124 So schon für den vorherigen Entwurf Rott/Terryn, ZEuP 2009, 456 (475).
- 125 Siehe Franck (Fn. 37), 294 mwN.
- 126 Franck (Fn. 37), 294 f.
- 127 aA Rott/Terryn, ZEuP 2009, 456 (476).
- 128 Zur Vorgängerregelung im ersten Entwurf Rott/Terryn, ZEuP 2009, 456 (476).
- 129 Siehe zur Formulierung bei der vergleichbaren deutschen Regelung Helmut Köhler, Neue Regelungen zum Verbraucherschutz bei Telefonwerbung und Fernabsatzverträgen, NJW 2009, 2567.
- 130 Siehe hierzu sowie zur europarechtlichen Vorgeschichte Felix Buchmann/Carsten Föhlisch, Die Neuregelung des Wertersatzes im Fernabsatzrecht, Kommunikation & Recht 2011, 433.
- 131 Siehe hierzu Florian Faust, Haftungsprobleme beim Versendungskauf, Der Betrieb 1991, 1557; Kurt Kuchinke, in: Festschrift für Heinrich Lange, 1970, 259 ff.
- 132 W.-H. Roth, JZ 2001, 475 (490).