Klaus Tonner/Axel Halfmeier/Marina Tamm

EU-VERBRAUCHERRECHT AUF DEM PRÜFSTAND

Erkenntnisse aus Verbrauchersicht

7. Juli 2017

Impressum

Verbraucherzentrale
Bundesverband e.V.

Team Recht und Handel

Markgrafenstraße 66
10969 Berlin

recht-und-handel@vzbv.de

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände

Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.

Vorwort

Im Januar 2016 veröffentlichte die Europäische Kommission einen Zeitplan für einen Fitness-Check (REFIT) von sechs verbraucherrechtlichen Richtlinien. Nachdem im Jahre 2016 die Ansichten der Stakeholder eingeholt wurden und nunmehr einige in Auftrag gegebene Studien kurz vor der Fertigstellung sind, hat die Kommission die Veröffentlichung von Ergebnissen für Mitte 2017 angekündigt.

Bei den Richtlinien handelt es sich um Kernmaterien des Verbraucherrechts, nämlich

- die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken,
- die Preisangaben-Richtlinie,
- die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie,
- die Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln und
- die Unterlassungsklagenrichtlinie.

Ziel und Zweck dieses Gutachtens ist es, aus einer Analyse des Mit- und Nebeneinanders von europäischem und deutschen Verbraucherrecht verbraucherpolitische Positionen zu entwickeln, die in den weiteren REFIT-Prozess eingebracht werden können, denn mit der Verkündung erster Ergebnisse ist er noch lange nicht zu Ende. Die Kommission wird Vorschläge für Änderungsrichtlinien ausarbeiten müssen, mit denen sich dann der europäische Gesetzgeber, das Parlament und der Rat, befassen müssen.

Der REFIT-Prozess gibt zwar Gelegenheit, sich zu einigen Kernbereichen des Verbraucherrechts zu äußern, erfasst diesen aber keineswegs vollständig. So fehlt vor allem die Verbraucherrechterichtlinie. Dies liegt daran, dass sie gemäß ihrem Art. 30 einem eigenen Überarbeitungsprozess zu unterziehen ist. Sie ist aber mit den hier zu untersuchenden Richtlinie so stark verzahnt, dass es unvermeidlich ist, auch auf zahlreiche ihrer Vorschriften einzugehen. Eine systematische Analyse dieser Richtlinie kann aber im Rahmen dieses Gutachtens nicht geleistet werden.

In diesem Gutachten kann auch nicht systematisch auf die Antworten des Unionsrechts auf die Herausforderungen der digitalen Welt eingegangen werden, denn diese Antworten liegen außerhalb der Richtlinien, die dem REFIT-Prozess unterliegen. Allerdings wird der Vorschlag einer Richtlinie über digitale Inhalte behandelt, und es wird deutlich gemacht, wo weiterführende Richtlinien am traditionellen Bestand anzuknüpfen haben.

Das Gutachten wurde wenige Wochen vor der Veröffentlichung des Report of the Fitness Check durch die Europäische Kommission abgeschlossen (Langfassung SWD(2017) 209 final v. 23.5.2017, Kurzfassung SWD(2017) 208 final v. 23.5.2017). Der Report konnte nicht mehr ausgewertet werden, jedoch verstehen sich die hier entwickelten Handlungsempfehlungen als Beitrag zur Auseinandersetzung mit diesem Report und den weiteren REFIT-Prozess.

Rostock und Lüneburg, im Mai 2017

Prof. Dr. Klaus Tonner, Prof. Dr. Axel Halfmeier, PD Dr. Marina Tamm

INHALT

I. ALLGEMEINER TEIL 7

1. Vollharmonisierung ... 7
1.1. Aktive Rolle der Mitgliedstaaten im Verbraucherrecht ... 8
1.2. Keine vollständige Rechtsvereinheitlichung für den Binnenmarkt erforderlich ... 10
1.3. Anforderungen an die Vollharmonisierung ... 12
2. Verbraucherbegriff und –leitbild ... 13
2.1. Verbraucherbegriff: „From consumer to user“? ... 14
2.2. Verbraucherleitbild: Abschied vom mündigen Verbraucher? ... 17
2.3. Sharing Economy und Verbraucherbegriff ... 25
3. Informationspflichten ... 27
3.1. Informationsmodell und Informationsflut ... 27
3.2. Ansätze einer Einhegung von Informationspflichten im geltenden Recht ... 30
3.3. Ein Modell abgestufter Informationspflichten ... 31
4. Fazit Allgemeiner Teil ... 33
4.1. Vollharmonisierung ... 33
4.2. Verbraucherbegriff und -leitbild ... 34
4.3. Informationspflichten ... 34

II. RICHTLINIE ÜBER UNLAUTERE GESCHÄFTSPRAKTIKEN 36

1. Hintergrund ... 36
1.1. Von der Minimal- zur Vollharmonisierung ... 36
1.2. Verbraucherbegriff und -leitbild ... 39
2. Probleme des Anhangs ... 41
2.1. Lockvogelangebote (Anhang Nr. 5) ... 41
2.2. Verschleiern des Werbecharakters ... 46
3. Verletzung von Marktverhaltensregeln (§ 3a UWG) ... 47
3.1. Von der Generalklausel zu § 3a UWG ... 47
3.2. Die Fallpraxis des vzbv ... 48
3.3. § 3a UWG und die UGP-RL ... 50
3.4. § 3a und §§ 5, 5a UWG ... 50
3.5. § 3a UWG und § 2 UKlaG ... 53
3.6. Handlungsempfehlungen ... 53
4. Umweltbezogene Werbung ... 54
4.1. Die bisherige Rechtsprechung ... 54
4.2. Keine Änderung durch UGP-RL ... 57
4.3. Schutzlücken ... 58
4.4. Handlungsempfehlungen ... 58
5. Belästigung ... 59

5.1. Gesetzgebungsgeschichte und unionsrechtlicher Hintergrund 59
5.2. Das Verhältnis von §§ 4a, 7 UWG und des Anhangs Nr. 25, 26 und 29 zueinander 60
5.3. Die Auswirkungen des Vorrangs des Unionsrechts 61
5.4. Grundtatbestand und Spezialtatbestände des § 7 UWG 63
5.5. Handlungsempfehlungen 67
6. Vertragsrechtliche Konsequenzen einer unlauteren geschäftlichen Handlung 68
7. Fazit zum Lauterkeitsrecht 69
7.1. Verbraucherleitbild 69
7.2. Per-se-Verbote 69
7.3. Verstoß gegen Marktverhaltensregeln 70
7.4. Nachhaltigkeitsstandards als wesentliche Eigenschaften 70
7.5. Vertragsrechtliche Konsequenzen 70

III. PREISANGABENRICHTLINIE 71

1. Kollision zwischen PAngV und Unionsrecht 71
2. Inhalt der Preisangaben-RL 71
3. Verhältnis der PAngV zur Preisangaben-RL 72
4. Verhältnis zur UGP-RL 73
5. Integration der Preisangaben-RL in die VRRL? 75
6. Handlungsempfehlung 76
7. Fazit 76

IV. VERBRAUCHSGÜTERKAUFRICHTLINIE 77

1. Die VerbrGK-RL und ihre Umsetzung im BGB 77
1.1. Verbesserungen durch die VerbrGK-RL 77
1.2. Nur geringfügiges Gebrauchmachen von der Option der überschießenden Umsetzung 79
1.3. Verbraucherfreundliche Rechtsfortbildung des EuGH zur VerbrGK-RL 81
2. Der Vorschlag einer Online-Warenhandels-RL 86
2.1. Die Vorgeschichte 86
2.2. Der neue Regelungsansatz: Kaufrechtsnovellierung im Gewande der DSM-Strategie 88
2.3. Übernahme von Regelungen der VerbrGK-RL 91
2.4. Neuerungen 93
2.5. Weitergehende Vorschläge 99
3. Der Richtlinienvorschlag über digitale Inhalte 109
3.1. Anwendungsbereich 110
3.2. Die datenschutzrechtliche Problematik 111
3.3. Das vorzeitige Erlöschen des Widerrufsrechts 113
3.4. Vertragsgemäßheit digitaler Inhalte 113
3.5. Rechte des Verbrauchers 117
4. Handlungsempfehlungen 119

4.1. Allgemeine Leitlinien 119
4.2. Verbesserungen im Vorschlag einer Online Warenhandels-RL 120
4.3. Weitergehende Vorschläge zum Verbrauchsgüterkauf 121
4.4. Handlungsempfehlungen zum Vorschlag einer RL über digitale Inhalte 122

V. KLAUSELRICHTLINIE 125

1. Die Entwicklung vor der Klausel-RL 125
1.1. Entwicklung des AGB-Rechts als Richterrecht aus der Generalklausel 125
1.2. Die Verabschiedung des AGB-Gesetzes im Jahr 1977 127
1.3. Klauselkontrolle über Generalklausel und Verbotskataloge 127
1.4. Verbandsklagemöglichkeit und Notwendigkeit der Ausdehnung auf die Einbeziehungskontrolle von AGB 128
2. Die Europäisierung des Rechts zur Kontrolle missbräuchlicher Klauseln 129
2.1. Inhalt der Klausel-RL 130
2.2. Rechtsprechung des EuGH zur Generalklausel 133
2.6. Rechtsdurchsetzung 139
3. Überschiessende RL-Umsetzung 140
3.1. Überschießende Umsetzung in Deutschland 140
3.2. Überschießende Umsetzung in anderen Mitgliedstaaten 142
4. Anläufe zur Vollharmonisierung der Klausel-RL 145
4.1. Der Vorschlag zur VRRL 145
4.2. Der Vorschlag zum GEKR 146
4.3. Das REFIT-Programm der Kommission 146
5. Grenzen einheitlicher Klauselkontrolle 147
5.1. Klauselverbotskatalog 148
5.2. Generalklausel 148
6. Anforderungen an eine neue Klausel-RL 151
6.1. Gefahr der Versteinerung des Verbraucherschutzniveaus durch Vollharmonisierung 151
6.2. Die Rolle nicht vereinheitlichten Vertragsrechts bei der Anwendung der Generalklausel 152
6.3. Hervorhebung wesentlicher AGB 154
6.4. Einbeziehungsregelung 154
6.5. Beibehaltung des indikativen Charakters der Liste 155
6.6. Beibehaltung der Generalklausel 155
6.7. Beibehaltung der Möglichkeit, die Hauptpflichten zu überprüfen 156
6.8. Keine zwingende Festlegung von Bereichsausnahmen 156
6.9. Transparenz nicht nur bei schriftlichen Klauseln 156
7. Handlungsempfehlungen 157

VI. UNTERLASSUNGSKLAGENRICHTLINIE 160

1. Zur Bedeutung der Unterlassungsklagenrichtlinie im REFIT-Prozess 160
2. Kohärenz 161

2.1. Kataloglösung oder offener Anwendungsbereich 161
2.2. Verhältnis zur Empfehlung der Kommission Nr. 2013/396/EU 164
2.3. Verhältnis zur individuellen Rechtsdurchsetzung: Verjährungshemmung 167
2.4. Rechtskraftwirkung der Verbandsklage im Individualverfahren 171
2.5. Verhältnis zur behördlichen Rechtsdurchsetzung 176
3. Effektivität.....178
3.1. Öffentliches Register 179
3.2. Einstweiliger Rechtsschutz 181
3.3. Klageziele der Verbandsklage 182
3.4. Kosten der Verbandsklage.....185
3.5. Zugang zu Rechtsmitteln 187
4. Grenzüberschreitende Verbandsklagen.....189
LITERATURVERZEICHNIS 193

I. ALLGEMEINER TEIL

1. VOLLHARMONISIERUNG

Seit mehr als 10 Jahren verabschiedet der Unionsgesetzgeber verbraucherrechtliche Richtlinien als vollharmonisierende Richtlinien, so dass der umsetzende nationale Gesetzgeber den Schutzstandard der Richtlinie weder unter- noch überschreiten darf. Programmatisch wurde diese Entwicklung durch die Verbraucherpolitische Strategie 2007-2013 eingeleitet.[1] Damit kommt der Unionsgesetzgeber dem Ziel einer Harmonisierung des Verbraucherschutzrechts naturgemäß einen Schritt näher als mit dem für die erste Richtliniengeneration in den 1980er und 1990er Jahren angewendeten Minimalstandardprinzip, das den Mitgliedstaaten weitergehende Schutzstandards zugestand.

Nur noch wenige der wichtigeren Verbraucherschutzrichtlinien folgen dem Minimalstandardprinzip, namentlich die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (im Folgenden VerbrGK-RL)[2] und die Klausel-RL[3]. Dies hat seine Ursache im teilweisen Scheitern des Vorschlags einer Verbraucherrechterichtlinie (im Folgenden VRRL) aus dem Jahre 2008,[4] der ursprünglich auch die VerbrGK-RL von 1999 und die Klausel-RL von 1993 umfasste und auf Vollharmonisierung umstellen wollte, insoweit aber nicht verwirklicht wurde. Nachholend will die Kommission nun auch im Verbrauchsgüterkaufrecht und im Klauselrecht die Vollharmonisierung einführen. Jedenfalls enthalten die Vorschläge für eine Online-Warenhandels-RL[5] und eine Richtlinie über digitale Inhalte[6] entsprechende Vorschriften. Es liegt nahe, dass die Kommission im REFIT-Prozess auch die Klausel-RL als vollharmonisierende Richtlinie neu fassen wird. In den europäischen Institutionen engagiert sich niemand mehr für einen Minimalstandard, jedenfalls nicht im Bereich der Richtlinien, die Gegenstände dieses Gutachtens sind, insbesondere auch das Parlament nicht. Die Vollharmonisierungsklauseln in den neueren Vorschlägen sind dort ohne Diskussion durchgegangen.

Angesichts dessen könnte man meinen, dass eine erneute Debatte um Minimalstandard oder Vollharmonisierung „Schnee von gestern“ wäre. Diese Ansicht teilen wir nicht. Es gibt nach wie vor gute Gründe, am Minimalstandardprinzip festzuhalten.[7] Sie basieren vor allem darauf, dass andernfalls die Möglichkeit der Mitgliedstaaten, eine eigene Verbraucherpolitik mit Mittel rechtlicher Instruments zu betreiben, weitgehend verloren ginge. Für eine Übertragung der Steuerung der Verbraucherpolitik mit Mitteln des Rechts durch die europäische Ebene scheint uns die Zeit jedoch noch lange nicht reif.

---

[1] Mitteilung der Kommission, Verbraucherpolitische Strategie der EU (2007-2013) v. 30.3.2007, KOM(2007) 99; vgl. zum Kontext *Tonner*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 3 Rn. 37 ff.

[2] Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG Nr. L 171/12 v. 7.7.1999.

[3] Richtlinie 93/13/EWG des Rates v. 5. April 1993 über missbräuchliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG Nr. L 95/29 v. 21.4.1993.

[4] Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher v. 8.10.2008, KOM(2008) 614.

[5] Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren v. 9.12.2015, COM(2015) 635.

[6] Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte v. 9.12.2015, COM(2015) 634.

[7] Dazu bereits anlässlich des Vorschlags der VRRL *Tamm/Tonner*, JZ 2009, 277. Auch andere Autoren standen der Verabschiedung des Minimalstandprinzips durch den Vorschlag der VRRL skeptisch gegenüber, *Micklitz/Reich*, CML-Rev, 2009, 471; *Rott/Terryn*, ZEuP 2009, 456.

Insbesondere die derzeitigen Legitimitätskrisen der Union sprechen für Regelungen möglichst nahe am Bürger. Dies gilt nicht nur für die Harmonisierung bestehender Regelungen, sondern auch für die Entwicklung neuer Regelungen, die auf den wirtschaftlich-technischen Fortschritt reagieren. Hier würde der Wettbewerb um die beste Lösung zwischen den Mitgliedstaaten durch eine vorzeitige Zentralisierung auf Unionsebene ausgeschaltet. Eine uneingeschränkte Vollharmonisierung würde dazu führen, dass weitergehende mitgliedstaatliche Regelungen aufgehoben werden müssen und in den betreffenden Mitgliedstaaten daher das Verbraucherschutzniveau abgesenkt werden muss.

Gleichwohl können wir nicht ignorieren, dass das Minimalstandardprinzip auf Unionsebene eine stark abnehmende Bedeutung hat und diese Entwicklung auch nicht durch Parlament und Rat – vom letzteren wäre dies noch am ehesten zu erwarten – gebremst wird. Wir können uns daher einer Diskussion über die Ausgestaltung der Vollharmonisierung nicht verschließen. Das Minimalstandardprinzip ist zwar nach unserer Auffassung allzu voreilig durch die Vollharmonisierung abgelöst worden, doch muss man versuchen, die guten Gründe, die für das Minimalstandardprinzip sprachen und sprechen, heute im Rahmen der Ausgestaltung der Vollharmonisierung zu berücksichtigen, sozusagen als second best. Es wird aufzuzeigen sein, dass Vollharmonisierung nicht notwendigerweise totale Vollharmonisierung bedeutet, die den Mitgliedstaaten nur noch eine 1:1-Umsetzung erlaubt, sondern so gestaltet werden kann (und muss), dass den Mitgliedstaaten ein Spielraum für substantielle eigenständige Regelungen bleibt. Maßgebliches Kriterium muss sein, dass die Gesetzgebungsorgane der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung von Richtlinien nicht zu einer rein notariellen Funktion verkümmern, sondern dass mit Mittel des Rechts eine eigenständige Verbraucherpolitik betrieben werden kann. Dies ist nicht bloß eine abstrakte Forderung, sondern gelebte Praxis, wie die zum Teil hoch strittigen Umsetzungsverfahren zeigen.

Um darzulegen, dass die Harmonisierung des Verbraucherrechts nicht in einem unzuträglichen Tempo auf eine Totalharmonisierung hinauslaufen darf, ist aufzuzeigen, dass

- Verbraucherrecht gemeinsam durch die Union und ihre Mitgliedstaaten gestaltet werden muss und (auch) den Mitgliedstaaten dabei eine aktive Rolle zukommen muss, und

- verbleibende Unterschied im Verbraucherrecht dem Ziel der Realisierung des Binnenmarktes nicht schaden.[8]

Daraus sind Schlussfolgerungen zu ziehen, welche Anforderungen an eine Vollharmonisierung zu stellen sind.

1.1. Aktive Rolle der Mitgliedstaaten im Verbraucherrecht

Gründe für die Beibehaltung des Minimalstandardprinzips ergeben sich zunächst aus dem Primärrecht.[9] Vollharmonisierende Richtlinien im Bereich des Verbraucherschutzes sind allerdings grundsätzlich zulässig. Nach Art. 4 Abs. 2 lit f AEUV gehört der Verbraucherschutz zu den geteilten Zuständigkeiten. Das bedeutet nach Art. 2 Abs. 2

---

[8] Zum Folgenden *Tamm*, Verbraucherschutzrecht – Europäisierung und Materialisierung des deutschen Zivilrechts und die Herausbildung eines Verbraucherschutzprinzips (2011); 241 ff.; vgl. bereits *dies*., KJ 2007, 391 ff. zur Verbraucherpolitischen Strategie 2007-2013.

[9] Zum primärrechtlichen Hintergrund des Verbraucherrechts der Union *Tonner*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 3 Rn. 12 ff.

AEUV, dass die Union die Zuständigkeit an sich ziehen kann. Außerhalb ihrer Zuständigkeiten darf die Union nicht handeln; dies ergibt sich aus dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 EUV).

Die Kompetenznorm für die Verbraucherpolitik ist Art. 169 AEUV. Danach leistet die Union einen „Beitrag" zum Verbraucherschutz. Dieser kann im Rahmen der Verwirklichung des Binnenmarktes nach Art. 114 AEUV erfolgen (Art. 169 Abs. 2 lit a AEUV) oder durch Maßnahmen zur Unterstützung, Ergänzung und Überwachung der Politik der Mitgliedstaaten (Art. 169 Abs. 2 lit). Es ist anerkannt, dass unter derartige Maßnahmen auch Rechtsakte wie Richtlinien fallen.[10] Sie sind zwingend Mindeststandardmaßnahmen (Art. 169 Abs. 4 AEUV). Vollharmonisierende Richtlinien im Verbraucherschutz müssen sich daher notwendigerweise auf die Binnenmarkt-Kompetenz des Art. 114 AEUV stützen.

Der europäische Gesetzgeber hat nur ein einziges Mal von der Kompetenz des Art. 169 Abs. 2 lit. b bzw. seiner Vorgängervorschriften gebracht gemacht, nämlich bei der jetzt ebenfalls zum REFIT anstehenden Preisangaben-RL[11] Das gesamte Verbraucherschutzrecht der Union ist im Übrigen Binnenmarktrecht, so dass sich nicht nur die schon früh aufgestellte These, dass Verbraucherpolitik lediglich ein Annex der Binnenmarktpolitik sei,[12] bestätigt hat, sondern auch ein ständiges Spannungsverhältnis zwischen Binnenmarkt-und Verbraucherschutzpolitik besteht.[13] Immerhin ist dabei ein hohes Schutzniveau anzustreben (Art. 114 Abs. 3 AEUV). Nur auf diesem Wege ist die Wandelung von der Minimal- zur Vollharmonisierung primärrechtlich zulässig.

Sie hat allerdings Grenzen. So müssen sich vollharmonisierende Maßnahmen am Maßstab des Subsidiaritätsprinzips messen lassen.[14] Nach Art. 5 Abs. 3 EUV darf die Union außerhalb ihrer ausschließlichen Zuständigkeit nur handeln, wenn die Mitgliedstaaten die Ziele nicht ausreichend verwirklichen können, sondern sie auf Unionsebene besser zu verwirklichen sind. Es gilt also ein Vorrang der mitgliedstaatlichen Regelung; die Union muss dagegen in jedem Einzelfall begründen, warum die Ziele auf Unionsebene besser verwirklicht werden können. Dies wird bei Verbraucherschutzmaßnahmen regelmäßig mit dem Binnenmarktziel begründet. Wir gehen im nächsten Abschnitt darauf ein, warum dies nicht überzeugend ist.

Des Weiteren sprechen der Gedanke des „Wettbewerbs der Systeme"[15] sowie der föderalen Demokratie gegen eine Ausschaltung der Mitgliedstaaten bei der Gestaltung des Verbraucherschutzrechts. Die Kreativität für Lösungen neuerer Probleme – gerade

---

[10] Streinz/*Lurger*, EUV/AEUV, 2. Aufl. (2012), Art. 169 Rn. 33.

[11] Richtlinie 98/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse, ABl. EG Nr. L 80/27 v. 18.3.1998.

[12] *Reich*, Förderung und Schutz diffuser Interessen durch die Europäischen Gemeinschaften, 1987, S. 36, spricht vom „Huckepack-Verfahren", *Bourgoignie* vom „by product", in: Bourgoignie/Trubek (Hrsg.), Consumer Law, Common Markets and Federalism in Europe and the United States (1987), S. 200.

[13] Zu diesem Spannungsverhältnis *Tonner/Tamm*, in: Thévenoz/Reich (Hrsg.) Droit de la consommation – Konsumentenrecht – Consumer Law, FS Stauder (2006), S. 527, 550 ff.

[14] Zu den konkreten Auswirkungen des Subsidiaritätsprinzips am Beispiel des Vorschlags eines GEKR *Tamm*, VuR 2012, 3.

[15] Zum Wettbewerb der Systeme bereits *Reich*, CMLRev 1992, 861.

auch von Problemen, die die Mitgliedstaaten gemeinsam treffen wie etwa die Auswirkungen der IT-Welt[16] – ergibt sich aus dem Mit- und Nebeneinander der unterschiedlichen Rechtskulturen der Mitgliedstaaten. Das Europamotto „in Vielfalt geeint" bedeutet gerade nicht die Abschaffung der Vielfalt, sondern ihre Bewahrung in der Einheit. Das Verbraucherrecht ist ein guter Anwendungsbereich für dieses Motto. Die Unterschiede befruchten sich gegenseitig. Sie sind die Basis für einen Wettbewerb der Mitgliedstaaten um die besten Lösungsmodelle, von dem die Union und über sie jeder Mitgliedstaat profitiert.[17] Ohne einen solchen Wettbewerb der nationalen Systeme fehlt es bei neuen Regelungen auf Unionsebene an „vorlaufenden" Referenzmodellen. Dies führt dazu, dass es keine praxiserprobten Lösungen gibt. Ein Beispiel dafür ist die gegenwärtige Debatte um eine längere kaufrechtliche Verjährungsfrist, um die Rechte von Verbrauchern an die Lebensdauer von Produkten anzupassen, auf die in diesem Gutachten an anderer Stelle ausführlich einzugehen ist.[18] Ganz selbstverständlich wird dabei auf die Erfahrungen von Mitgliedstaaten zurückgegriffen, die eine längere Verjährungsfrist als die in der VerbrGK-RL vorgesehenen zwei Jahre haben. Wäre die derzeit noch geltende VerbrGK-RL vollharmonisierend, könnte es diese Erfahrungen nicht geben.

Schließlich besteht ein eigenständiger demokratischer Wert darin, dass Entscheidungen so dezentral wie möglich fallen. Nicht nur die Gewaltenteilung zwischen Exekutive, Legislative und Judikative ist ein konstitutives Element einer Demokratie, sondern auch die föderale, zumal in einem so großen und uneinheitlichen Gebilde wie der Europäischen Union. Nur auf der Basis einer föderalen Gewaltenteilung können die Bürger bei der Lösung der anstehenden Probleme beteiligt werden. Das Subsidiaritätsprinzip ist ein wichtiger Ausdruck der föderalen Demokratie und muss daher ernst genommen werden. Eine gebetsmühlenartige Wiederholung in den Erwägungsgründen der verbraucherrechtlichen Richtlinien, wonach der Binnenmarkt deren vollharmonisierende Wirkung verlange, wird dem nicht gerecht.

1.2. Keine vollständige Rechtsvereinheitlichung für den Binnenmarkt erforderlich

Die Kommission versieht ihre Vorschläge zu vollharmonisierenden Richtlinie regelmäßig mit der Begründung, dass rechtliche Unterschiede ein Hemmnis für den Binnenmarkt seien und ihre Beseitigung zu dessen Verwirklichung darstelle.[19] Dazu werden häufig Untersuchungen angestellt, die zu dem Ergebnis gelangen, dass Unternehmen stärker grenzüberschreitend aktiv würden, wenn rechtliche Unterschiede beseitigt würden. Dies sei mit entsprechenden Wohlfahrtsgewinnen verbunden.[20]

Schaut man sich die Zahlen aus dem von der Kommission in Auftrag gegebenen Flash Eurobarometer 396 genauer an, zeigt sich, dass die Unterschiede im Verbraucherrecht

---

[16] Diese Auswirkungen stellt der SVR für Verbraucherfragen beim BMJV in den Mittelpunkt seiner Gutachtentätigkeit, vgl. zuletzt Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt (2016). Sie spielen bei den dem REFIT unterliegenden Richtlinien aber nur am Rande eine Rolle.

[17] Diese Argumente werden detaillierter bei *Tamm*, Verbraucherrecht (2011), 254 ff., entfaltet.

[18] Unten Teil IV.

[19] Beispielsweise ErwGr. 6 der VRRL: „Bestimmte Unterschiede schaffen erhebliche Hindernisse für den Binnenmarkt, von denen die Unternehmer und die Verbraucher betroffen sind. Aufgrund dieser Unterschiede müssen Unternehmer, die ihre Waren oder Dienstleistungen grenzüberschreitend anbieten wollen, höhere Kosten für die Einhaltung der Rechtsvorschriften aufwenden. Die unangemessene Rechtszersplitterung untergräbt auch das Vertrauen der Verbraucher in den Binnenmarkt."

[20] Für den Vorschlag der Online Warenhandels-RL etwa bezieht sich die Kommission auf das Flash Eurobarometer 396, Retailers' attitudes towards cross-border trade and consumer protection (2015).

keineswegs die wichtigsten sind, die Unternehmer davon abhalten, online grenzüberschreitend tätig zu werden. Mehr als die Hälfte der ca. 10.000 befragten Unternehmer sieht darin kein Problem, und Probleme, die Gegenleistung zu erhalten, sowie Steuerprobleme werden als größere Hemmnisse angesehen.[21] Hemmnisse wegen höherer Transportkosten, Unterschiede im nationalen Vertragsrecht und bei der Beschwerdebearbeitung folgen mit geringem Abstand. Jedenfalls kann das Flash Eurobarometer 396 die Differenzen im Verbraucherschutzrecht nicht als Hauptursache dafür identifizieren, dass der grenzüberschreitende Online-Handel nicht in dem Tempo voranschreitet, das sich die Kommission wünscht, und es beantwortet auch nicht die Frage, warum dem nur mit dem Mittel der Vollharmonisierung begegnet werden kann und eine intensivere Rechtsannäherung im Wege der Minimalstandardharmonisierung nicht ausreicht.

Es ist nicht zu bestreiten, dass Rechtsunterschiede zwischen den Mitgliedstaaten den grenzüberschreitenden Handel beeinträchtigen können. Jedoch ist die Bedeutung dieses Hemmnisses zu relativieren. Andere Untersuchungen zeigen nämlich, dass die Rechtsunterschiede nicht an einer vorderen Stelle bei den Gründen liegen, warum Unternehmen nicht stärker grenzüberschreitend tätig werden. Eine begleitend zu den Vorschlägen für die Verbraucherkreditrichtlinie im Auftrag der britischen Finanzwirtschaft durchgeführte Untersuchung[22] zeigt, dass kulturelle Unterschiede, die räumliche Entfernung, Sprachbarrieren, unterschiedliche Vertriebssysteme, unterschiedliche Risikobewertungen und die Rechtsdurchsetzung eine größere Rolle spielen. Viele dieser Gründe, vor allem die kulturellen Unterschiede und die Sprachbarrieren, sind nicht zu beseitigen, auf andere hat der Unionsgesetzgeber keinen Einfluss. Allein die Rechtsdurchsetzung kann Gegenstand von EU-Gesetzgebung sein – und ist es auch (vgl. dazu den letzten Teil dieses Gutachtens).

Eine neuere Studie, die auf einer globalen Befragung von 3.000 Teilnehmern beruht, zeigt auf, warum Verbraucher nicht oder nicht stärker online grenzüberschreitend kaufen. Dabei werden genannt, dass die Webseite und/oder der Kundensupport nicht in lokaler Sprache verfügbar sind, dass die Bezahlung in einer Fremdwährung zu höheren Gesamtkosten führen kann, dass Retouren schwierig und teuer sind, dass die Datenübertragung nicht sicher ist und dass möglicherweise Gebühren, Zollabgaben oder Steuern anfallen.[23] Unterschiede im Verbraucherrecht werden nicht genannt. Freilich kann diese Studie nur bedingt herangezogen werden, weil die Ergebnisse einer globalen Untersuchung nur mit Einschränkungen auf die Verhältnisse innerhalb der Europäischen Union übertragen werden können.

Es fällt auf, dass der Unionsgesetzgeber allein ökonomische Faktoren zur Rechtfertigung der Vollharmonisierung anführt, auf die hier genannten Faktoren wie die föderalen Elemente der Demokratie oder den Wettbewerb der Rechtsordnungen aber nicht eingeht. Diese Faktoren sind abzuwägen mit den (geringen) ökonomischen Vorteilen der Vollharmonisierung, die sich überdies im Nachhinein nicht beweisen lassen. Da sie bei den tatsächlichen Hemmnissen für den Binnenmarkt eine nachgeordnete Position ein-

---

[21] Flash Eurobarometer 396, Summary, S. 13: Betrug und Nichtbezahlung sehen 43 % als Hemmnis an, Unterschiede im Steuerrecht 42%, Unterschiede im Verbraucherschutzrecht 41% und höhere Transportkosten 40%.

[22] Oxford Economic Research Association (OXERA), Assessment of the Economic Impact of the proposed EC Consumer Directive (2003) und What is the impact of the proposed Consumer Credit Directive? (2007).

[23] Eine Zusammenfassung der Studie findet sich unter OC&C, Google, Paypal, Export-Weltmeister Deutschland? Nicht im E-Commerce, www.techtag.de/wp-content/uploads/2015/10/OCCExportweltmeister-Deutschland-Nicht-im-ECommerce.pdf (zuletzt abgerufen am 10.1.2017). Die hier zitierten Angaben finden sich in einer Tabelle auf S. 20.

nehmen, können und sollten sie nicht herangezogen werden, um die genannten Nachteile für die EU auszugleichen, zumal diese angesichts der verbreiteten Euroskepsis besonders schwer wiegen. Aus Verbrauchersicht ist es allemal wichtiger, an einer verbesserten und gleichmäßigen Rechtsdurchsetzung in der Europäischen Union zu arbeiten.

1.3. Anforderungen an die Vollharmonisierung

Die gegenwärtig praktizierte Form der Vollharmonisierung ist keine Totalharmonisierung und führt nicht zu identischem Recht. Die Umsetzungsvorschriften von Richtlinien werden in ein von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat unterschiedliches rechtliches Umfeld eingefügt. Der eine Mitgliedstaat erweitert den Anwendungsbereich und gliedert das Verbrauchervertragsrecht in die allgemeine zivilrechtliche Kodifikation ein, der andere zieht spezifische verbraucherrechtliche Kodifikationen vor, die wiederum einer unterschiedlichen Systematisierung folgen. In dem einen Mitgliedstaat ist eine umfangreiche Judikatur zu den Umsetzungsvorschriften zu beachten, in anderen halten sich Gerichte stärker zurück oder werden nicht zuletzt wegen hoher Hemmschwellen seltener angerufen. Kurz: Auch bei einer Vollharmonisierung muss der Rechtsanwender das anzuwendende mitgliedstaatliche Recht ermitteln, wobei eine komplexe unionsrechtliche Gesetzgebung zu beachten ist, so dass nach wie vor wenn auch geringere Rechtshindernisse im Binnenmarkt bestehen.

Die Defizite der Vollharmonisierung müssen als Chance begriffen werden, wenigstens einen Teil der durch den Abschied von der Minimalharmonisierung gefährdeten mitgliedstaatlichen Kompetenz und Bürgernähe zu retten. Der Unionsgesetzgeber hat sich dazu entschlossen – nicht zuletzt im Zuge der Auseinandersetzungen über den Vorschlag der VRRL –, von einer sog. targeted harmonisation auszugehen.[24] Das bedeutet, dass die Vollharmonisierung sich nur auf den Anwendungsbereich der jeweiligen Richtlinie erstreckt und der nationale Gesetzgeber nicht gehindert ist, ihn auf unionsrechtlich nicht erfasste Bereiche auszudehnen. Gleichzeitig müssen Optionsklauseln den Mitgliedstaaten gestatten, in einzelnen Bereichen weitergehende Regelungen zu erlassen. Erst die dadurch geschaffene Möglichkeit der sog. überschießenden Umsetzung[25] erlaubt etwa dem deutschen Gesetzgeber, die seit der Schuldrechtsmodernisierung von 2001 erfolgende Umsetzung der verbrauchervertragsrechtlichen Richtlinien ins BGB beizubehalten. Neuerdings gibt es in den Erwägungsgründen einzelner Richtlinien sogar Hinweise, wo eine den Anwendungsbereich erweiternde Umsetzung zulässig wäre.[26]

Der unterschiedliche, aber immerhin doch noch bestehende Spielraum des Umsetzungsgesetzgebers sei am Beispiel des Verbraucherkreditrechts erläutert: Das ursprüngliche VerbrKrG von 1990 sah bereits ein Widerrufsrecht und die Anwendbarkeit

---

[24] Zur targeted harmonisation *Reich/Micklitz*, in: Reich, European Consumer Law, 2. Aufl. (2014), no. 1.32. *Reich* sprach ironisch von einer Halbharmonisierung, ZEuP 2010, 7.

[25] Dazu zuletzt *Kuhn*, EuR 2015, 216.

[26] Beispiel: Nach ErwGr 21 der Pauschalreise-RL (Richtlinie 2015/2301 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, über die Änderung der Verordnung (EG) Nr. 1006/2006 und der Richtlinie 2011/83/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 90/314/EWG, ABl. EU Nr. L 326/1 v. 11.12.2015) kann das Pauschalreiserecht weiterhin auf veranstaltermäßig erbrachte Einzelleistungen angewendet werden.

auf Immobiliarkredite vor. Die Verbraucherkreditrichtlinie von 1987[27] enthielt beides nicht, das deutsche Widerrufsrecht war aber wegen der Minimalstandardharmonisierung zulässig, bei einer Vollharmonisierung auch in Form der „targeted harmonisation“ hätte es dagegen gegen die Richtlinie verstoßen. Die neue Verbraucherkreditrichtlinie von 2008 war vollharmonisierend.[28] Das Widerrufsrecht hat seitdem einen unionsrechtlichen Hintergrund. Aber auch die Richtlinie von 2008 erstreckt sich nicht auf den Immobilienkredit. Als überschießende Umsetzung konnte die Umsetzung der Richtlinie von 2008 daher so umgesetzt werden, dass sie den Immobiliarkredit einschloss. Das änderte sich erst durch die Wohnimmobilienkredit-RL,[29] die nun auch den Immobiliarkredit europäisierte und den Umsetzungsgesetzgeber zu einer detaillierten Anpassung zwang, deren Ergebnisse die überaus komplexe Struktur der neuen §§ 491 ff. BGB zur Folge hatte.

Wenn der Unionsgesetzgeber sich schon nicht zu einer Wiederbelebung der Minimalstandard-Harmonisierung entschließen kann, sollte er zumindest beim gegenwärtigen Stand der targeted harmonisation – im Sinne einer Vollharmonisierung mit Öffnungsklauseln – stehen bleiben, die die überschießende Umsetzung erlaubt. Dies würde zum Ergebnis haben, dass der verbleibende Spielraum des nationalen Gesetzgebers für eine eigene Verbraucherpolitik mit Mitteln des Rechts wenigstens nicht vollständig verschüttet würde.

2. VERBRAUCHERBEGRIFF UND –LEITBILD

Man sollte meinen, dass inzwischen eine Konsolidierung des Verbraucherbegriffs eingetreten ist und spätestens seit der VRRL der unionsrechtliche Verbraucherbegriff und damit auch seine deutsche Umsetzung in § 13 BGB festliegt, nachdem die letzten Unsicherheiten bezüglich der sog. dual use-Problematik geklärt sind.[30] Doch es zeigt sich, dass dem keineswegs so ist. Auch neuere Richtlinien, so insbesondere die Pauschalreiserichtlinie,[31] enthalten einen weiteren persönlichen Anwendungsbereich, und im Bereich der Regelungen über Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse i.S.v. Art. 14 AEUV wird auf den Nutzer, nicht den Verbraucher i.e.S., abgestellt. Es ist daher zu untersuchen, ob sich hierhin eine allgemeinen Tendenz „from consumer to user“[32] ausdrückt, oder ob es sich um begrenzte und begründbare Ausnahmen von einem feststehenden Begriff handelt (dazu 2.1).

Ähnliches gilt für das Leitbild des mündigen Verbrauchers. Auch hier könnte man meinen, dass sich Rechtsprechung und Gesetzgebung auf ein nicht mehr zur Diskussion stehendes Leitbild festgelegt haben. Doch jüngste Entscheidungen, insbesondere das

---

[27] Richtlinie 87/102/EWG des Rates vom 22.12.1986 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über den Verbraucherkredit, ABl. EG Nr. L 42/48 v. 12.2.1987.

[28] Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. EG Nr. L 133/66 v. 22.5.2008.

[29] Richtlinie 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Februar 2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/48/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, ABl. EU Nr. L 60/34 v. 28.2.2014.

[30] Zum dual use vgl. *Tamm*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 2 Rn. 42 ff.

[31] Richtlinie 2015/2302/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 90/314/EWG des Rates, ABl. EU Nr. L 326/1 v. 11.12.2015.

[32] So die Fragestellung bei *Reich/Micklitz*, in: Reich, European Consumer Law, 2. Aufl. (2014), S. 52 ff.

vom vzbv erstrittene Teekanne-Urteil,[33] werfen die Frage auf, ob nicht Bewegung in die Rechtsprechung gekommen ist. Weiterhin wird seit einigen Jahren über den vulnerable consumer diskutiert. Hier stellt sich die Frage, ob er das Leitbild des mündigen Verbrauchers ablöst, ergänzt oder modifiziert (dazu 2.2).

Schließlich hat der Austausch von Gütern und Dienstleistungen zwischen Verbrauchern im Rahmen der shared economy zur Entdeckung des „prosumer“ geführt. Ging es ursprünglich um die Veräußerung in häuslichen Anlagen selbst erzeugter Energie, so stehen heute Formen wie die Überlassung der eigenen Wohnung (Airbnb), Fahrdienstleistungen (Uber) oder peer-to-peer-lending im Vordergrund. Muss sich der Verbraucher hier wie ein Unternehmer behandeln lassen? Oder müssen für eine neuartige c 2 c Beziehung neuartige Regelungen entworfen werden? Vor allem aber: Wie steht es um die Haftung des Intermediärs, der durch die professionelle Entwicklung neuer Geschäftsmodelle derartige Beziehungen überhaupt erst möglich macht (dazu 2.3.)?

2.1. Verbraucherbegriff: „From consumer to user“?

2.1.1. Pauschalreiserecht und Passagierrechte

Ein über den üblichen Verbraucherbegriff hinausgehender persönlicher Anwendungsbereich taucht zunächst im Reise- und Personenbeförderungsrecht auf. Die alte Pauschalreiserichtlinie von 1990[34] umfasste auch Geschäftsreisen; freilich war seinerzeit der Verbraucherbegriff noch nicht geklärt.[35] Eine große praktische Rolle spielte dies jedoch nicht, da Geschäftsreisen nur höchst ausnahmsweise in Form einer Pauschalreise i.S.d. § 651a Abs. 1 BGB durchgeführt werden, aber immerhin sah sich der Gesetzgeber der Schuldrechtsreform von 2001 dadurch gehindert, das Reiserecht dem persönlichen Anwendungsbereich nach §§ 13 und 14 BGB zu unterstellen.

Doch auch die neue Pauschalreiserichtlinie von 2015 stellt nicht auf den üblichen Verbraucherbegriff ab, sondern verwendet den Begriff des Reisenden. Reisender kann auch ein Geschäftsreisender sein. Freilich gibt es eine Einschränkung: Besteht ein Rahmenvertrag zwischen Reisendem und Anbieter, kommt das Pauschalreiserecht nicht zur Anwendung. M.a.W., wer seine Geschäftsreisen regelmäßig über ein Geschäftsreisebüro abwickelt, kommt mit dem Pauschalreiserecht nicht in Berührung, ein kleines Unternehmen, dessen Mitarbeiter nur gelegentlich reisen und das deshalb die Reisen wie ein Privater bucht, kann sich auf die verbraucherschützenden Vorschriften der Richtlinie berufen.

Auch die zahlreichen Passagierrechte-Verordnungen der EU stellen nicht auf den Verbraucher ab. So sprechen die Fluggastrechte-Verordnung[36] vom „Fluggast“ und die übrigen Verordnungen[37] vom „Fahrgast“, ohne danach zu fragen, ob sich der Fluggast

---

[33] EuGH, Urt. v. 4.6.2015, C-195/14, ECLI:EU:C:2015:361 – Teekanne. Näher zu diesem Urteil unten II 2.

[34] Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen, ABl. EG Nr. L 158/59 v. 23.6.1990.

[35] *Tonner*, in: MüKo-BGB, 6. Aufl. (2012), vor 651a Rn. 26.

[36] VO (EG) Nr. 261/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Februar 2004 über eine gemeinsame Regelung für Ausgleichs- und Unterstützungsleistungen für Fluggäste im Fall der Nichtbeförderung und bei Annullierung oder großer Verspätung von Flügen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 295/91, ABl. EG Nr. L 46/1 v. 17.2.2004.

[37] VO (EG) Nr. 1371/2007 (Bahnverkehr), VO (EG) Nr. 1177/2010 (See- und Binnenschiffsverkehr), VO (EG) Nr. 181/2011 (Busverkehr).

bzw. der Fahrgast aus privaten Gründen auf Reisen begeben haben. Der Geschäftsreisende kann sich ebenfalls auf diese Verordnungen berufen, was bis zu der Streitfrage führt, ob die Ausgleichszahlungen nach der Fluggastrechte-Verordnung dem Arbeitgeber, der den Beförderungsvertrag abgeschlossen hat, oder dem reisenden Arbeitnehmer zusteht.[38] Jedenfalls soll die Verordnung nach ihrem Erwägungsgrund 1 ein hohes Schutzniveau für Fluggäste sicherstellen und den „Erfordernissen des Verbraucherschutzes im Allgemeinen in vollem Umfang Rechnung“ tragen.

2.1.2. Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse[39]

Als Beispiel für die Abgrenzung von Schutzvorschriften bei Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse seien die Regelungen im Elektrizitäts- und im Gasversorgungsbereich herausgegriffen.[40] Hier wird nicht auf den Verbraucher abgestellt, sondern auf den Endkunden und den Haushaltskunden. Endkunde ist jeder, der Elektrizität für den eigenen Verbrauch kauft (Art. 2 Nr. 9 Elt-RL;[41] Art. 2 Nr. 25 Gas-RL;[42] die deutsche Umsetzung spricht vom Letztverbraucher, § 3 Nr. 27 EnWG), während der Haushalts-Kunde ein Kunde ist, der Elektrizität für den Eigenverbrauch im Haushalt kommt; dies schließt gewerbliche und berufliche Tätigkeiten nicht mit ein (Art. 2 Nr. 10 Elt-RL, Art. 2 Nr. 25 Gas-RL; umgesetzt in § 3 Nr. 22 EnWG). Damit weist der Begriff des Haushalts-Kunden zwar eine gewisse Nähe zum üblichen Verbraucherbegriff auf, ist mit ihm aber nicht identisch.

Die beiden Richtlinien schaffen in Art. 3 Abs. 3 Elt-RL bzw. Art. 3 Abs. 3 Gas-RL ein Recht auf Grundversorgung, das zwingend für Haushalts-Kunden vorgeschrieben ist, also für Verbraucher, aber von den Mitgliedstaaten auf Kleinunternehmen ausgedehnt werden darf. Der deutsche Gesetzgeber hat davon durch eine entsprechende Erstreckung der Definition Gebrauch gemacht (§ 3 Nr. 22 EnWG). Darüber hinaus schafft das Unionsrecht in Art. 3 Abs. 7 Elt-RL (Art. 3 Abs. 7 Gas-RL) einen rechtlichen Rahmen für den Schutz aller Endkunden, also auch der gewerblichen. Die Richtlinien verpflichten die Mitgliedstaaten, ein Konzept des „schutzbedürftigen Kunden“ zu entwickeln. Damit wird ein abgestuftes System geschaffen: Der Unionsgesetzgeber sieht ein gewisses Schutzniveau für alle Endkunden vor (gem. Art. 3 Abs. 7 Elt-RL und Gas-RL Versorgung in abgelegenen Gebieten, Transparenz der Vertragsbedingungen, allgemeine Informationen und Streitbeilegungsverfahren) und führt für Verbraucher (Haushalts-Kunden) darüber hinaus das Konzept des Anspruchs auf Grundversorgung ein. Der deutsche Umsetzungsgesetzgeber hat die Grundversorgung in § 36 EnWG umgesetzt in und in den GVV Strom und Gas im Einzelnen geregelt.[43]

---

[38] Nach ganz überwiegender Auffassung steht die Ausgleichszahlung dem Fluggast zu, nicht dem mit diesem evtl. nicht identischen Vertragspartner des Beförderungsvertrags, *Brecke*, ZLW 2012, 358. mit Rspr.-Nachw.

[39] Vgl. dazu auch *Micklitz*, Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts? Gutachten A zum 69. Deutschen Juristentag, (2012), S. 47 ff.

[40] Überblick bei *Tonner*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 15 A.

[41] Richtlinie 2009/72/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Elektrizitätsbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/54/EG, ABl. EU Nr. L 211/55 v. 14.8.2009.

[42] Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, ABl. EU Nr. L 211/94 v. 14.8.2009.

[43] Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Elektrizität aus dem Niederspannungsnetz (Stromgrundversorgungsverordnung – StromGVV) v. 26.10.2006, BGBl I S. 2391; Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzversorgung mit Gas aus dem Niederdrucknetz (Gasgrundversorgungsverordnung – GasGVV) v. 26.10.2006, BGBl. I

Bezeichnenderweise sind wichtige Entscheidungen im Zuge von Verbandsklageverfahren nicht im Rahmen der Vorschriften der Grundversorgung gefallen, sondern im Rahmen der allgemeinen AGB-Kontrolle. Sie betrafen vor allem Preisänderungsvorbehalte in Gasversorgungsverträgen außerhalb des Grundversorgungsbereichs.[44]

Die Verbraucherschutzvorschriften in den genannten Richtlinien realisieren ein Recht auf Zugang. Ein derartiges Recht lässt sich auch außerhalb des Bereichs der Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse vorstellen, ist aber bislang nur für das Basis-Konto eingeführt worden.[45]

Ein abgestuftes Schutzmodell ergibt sich auch im E-Commerce-Recht durch das Zusammenspiel der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr[46] und der VRRL. Während erstere auf den Nutzer abstellt und in ihren Art. 10 und 11 Verpflichtungen des Unternehmers enthält, die in § 312i BGB umgesetzt sind, sieht die VRRL weitergehende Verpflichtungen vor, die nur gegenüber Verbrauchern gelten und sich in § 312j BGB finden.[47] Anders als im Energierecht ist die Abstufung nicht in einem einzigen Rechtsakt enthalten, sondern ergibt sich erst aus dem Zusammenhang zweier Richtlinien. Kein abgestuftes Modell, sondern ein weiter Nutzer-Begriff liegt dagegen dem TKG zugrunde.[48]

2.1.3. Schlussfolgerungen

Die Regelungen im Pauschalreise- und Passagierrecht sind nicht verallgemeinerungsfähig. Es handelt sich um Dienstleistungen, die nur von natürlichen Personen in Anspruch genommen werden können, unabhängig davon, ob im Einzelfall ein Unternehmer Vertragspartei geworden ist. Pauschalreisen sind zudem auf touristische Leistungen zugeschnitten; eine Pauschalreise zu gewerblichen Zwecken ist die absolute Ausnahme, und für diese Ausnahmen enthält das Pauschalreiserecht neuestens auch eine Einschränkung des Anwendungsbereichs.

Die Regelungen der Passagierrechte-Verordnungen betreffen dagegen in nennenswerter Anzahl auch Geschäftsreisende. Sie sind jedoch nicht darauf ausgerichtet, ein Machtungleichgewicht beim Vertragsschluss auszugleichen und ein Mindestschutzniveau in den Vertragsbedingungen zu erreichen, sondern sie geben dem Passagier Rechte bei Unregelmäßigkeiten während der Vertragsdurchführung, nämlich bei Nichtbeförderung, Annullierung und Verspätung. In dieser Situation sind Geschäftsreisende ebenso schutzbedürftig wie Privatreisende, so dass sich eine differenzierende Regelung verbietet.

S. 2391. Überblick über die Grundversorgung bei *Tonner*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 15 A Rn. 41 ff.

[44] EuGH, Urt. v. 21.3.2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180 – RWE-Vertrieb, EuGH, Urt. v. 23.10.2014, verb. Rs. C-359/11, und 400/11, ECLI:EU:C:2317 – Schulz und Ebringhoff (häufig als „Stadtwerke Ahaus“ zitiert).

[45] Richtlinie 2014/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontoentgelten, dem Wechsel von Zahlungskonten und den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen, ABl. EU Nr. L 257/214 v. 28.8.2014.

[46] Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt („Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr“), ABl. EG Nr. L 178 /1 v. 17.7.2000.

[47] Zum Ganzen *Brönneke*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 10 Rn. 35a ff.

[48] Zurückzuführen auf ein Richtlinienpaket von 2002, das fünf Richtlinien enthielt.

Man könnte als Beispiel noch das Versicherungsrecht anführen. Hier wird vom Versicherungsnehmer gesprochen, nicht vom Verbraucher. Soweit die Inanspruchnahme einer Versicherungsleistung ihrer Art nach auf eine natürliche Person beschränkt ist wie etwa bei einer Krankenversicherung oder einer Lebensversicherung, fallen Versicherungsnehmer und Verbraucher begrifflich nahezu zusammen. Auch aus dem Versicherungsrecht ergibt sich daher kein verallgemeinerungsfähiges Prinzip, den Verbraucherbegriff zu erweitern.

Anders verhält es sich dagegen im Energierecht. Hier entwickelt der Unionsgesetzgeber ein abgestuftes Schutzmodell, das den Kleinunternehmer einschließt. Auf der Ebene des deutschen Rechts gibt es eine vergleichbare Abstufung im AGB-Recht. Anders als die auf Verbraucherverträge beschränkte Klausel-RL galt und gilt das von der deutschen Rechtsprechung entwickelte und im AGB-Gesetz von 1976 kodifizierte AGB-Kontrollrecht allgemein und hat den Schutz der schwächeren Vertragspartei, nicht nur des Verbrauchers, im Auge. Es ist abgestuft, weil die Regel über die Einbeziehung (§ 305 Abs. 2 BGB) und die Klauselverbotskataloge (§§ 308 und 309 BGB) nur für Verbraucherverträge gelten, die zentrale Vorschrift aber, die Generalklausel des § 307 BGB, für alle Klauseln, die gemäß § 305 Abs. 1 BGB „gestellt“ werden, anwendbar ist. Dem deutschen Recht ist daher ein Schutzmodell, das auch den Schutz von Kleinunternehmen miteinschließt, nicht fremd, während es auf der europäischen Ebene nur im Energierecht und im E-Commerce-Recht existiert.

Es ist jedoch nicht zu erkennen, dass der Unionsgesetzgeber das diesen beiden Bereichen zugrundeliegende Schutzmodell verallgemeinern will. Die neueren Richtlinien[49] und Richtlinienvorschläge[50] enthalten allesamt den traditionellen Verbraucherbegriff. Ein „from consumer to user“ auf breiter Front steht jedenfalls nicht auf der Tagesordnung.[51]

Ob eine derartige Entwicklung rechtspolitisch zu begrüßen wäre, kann hier nicht erörtert werden. Aus verbraucherpolitischer Sicht ist aber anzumerken, dass die Interessen von Verbrauchern und Kleinunternehmen, die sich aus ihrer Schutzbedürftigkeit ergeben, sich zwar überschneiden, aber nicht identisch sind. Es kann also nicht darum gehen, verbraucherrechtliche Regelungen einfach auf Kleinunternehmen zu erstrecken. Wenn überhaupt, ist ein abgestuftes Modell vorzuziehen, wie es Im Unionsrecht derzeit vereinzelt im Energierecht und im E-Commerce-Recht bereits geltendes Recht ist.

2.2. Verbraucherleitbild: Abschied vom mündigen Verbraucher?

2.2.1. Die Entstehung des Leitbilds des mündigen Verbrauchers im Lauterkeitsrecht

---

[49] Z.B. Wohnimmobilienkredit-RL, Richtlinie 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Februar 2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/47/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, ABl. EU Nr. L 60/34 v. 28.2.2014.

[50] Vorschläge der Kommission über eine Richtlinie über den Online Warenhandel, COM(2015) 635 und über digitale Inhalte, COM(2015) 634.

[51] Anders *Micklitz*, Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?, Gutachten A zum 69. Deutschen Juristentag (2012), S. 105, der ein Verschwimmen des Verbraucherbegriffs sieht.

Lange vor Inkrafttreten der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (im Folgenden UGP-RL)[52] war im Jahre 1984 die Richtlinie über irreführende Werbung als Mindeststandard-Richtlinie in Kraft getreten.[53] Auf ihrer Basis fällte der EuGH die grundlegenden Entscheidungen, die bis heute Auswirkungen weit über das Lauterkeitsrecht hinaus haben.

Als maßgebliche Leitentscheidung gilt die Entscheidung Gut Springenheide.[54] Illustrativer aber ist die etwas ältere Mars-Entscheidung, weil sie den Unterschied zwischen dem traditionellen Leitbild des BGH, der auf den flüchtigen Verbraucher abstellte,[55] und dem „mündigen Verbraucher" besonders deutlich macht.[56] Ein Schokoladenriegel wurde mit der Aufschrift „+ 10 %" versehen und eine Fläche auf der Packung farblich markiert, die deutlich mehr als 10 % betrug. Nach traditioneller deutscher Auffassung wäre der Verbraucher irregeführt worden, weil er glauben musste, dass die farbliche Markierung den zusätzlichen Inhalt der Packung entsprechen würde, während der aufgeklärte Verbraucher des EuGH weiß, dass die Werbung mit „Tricks arbeitet" und erkennt, dass es eben nur 10 % sind.

Es bedarf keiner weiteren Begründung, dass der aufgeklärte Verbraucher empirisch nicht vorzufinden ist. Empirisch wird dem heute die Trias von vertrauendem, verletzlichen und verantwortlichen Verbraucher entgegengestellt.[57] Empirie abzubilden beansprucht das Leitbild auch nicht; es versteht sich nur als normatives Leitbild,[58] was etwa daraus deutlich wird, dass der EuGH die konkrete Feststellung einer Irreführungsgefahr durch Sachverständigengutachten, eine in Deutschland bis dato durchaus übliche Praxis, zurückweist.

Ein großer Teil der einschlägigen Entscheidungen erging bereits vor Geltung der Richtlinie über irreführende Werbung und bezog sich auf die Warenverkehrsfreiheit. Damals wurden häufig nationale Vorschriften darauf überprüft, ob sie einem legitimen Allgemeininteresse der Mitgliedstaaten[59] dienten und zudem verhältnismäßig seien. Der EuGH sah den „flüchtigen Verbraucher" der früheren UWG-Rechtsprechung als unverhältnismäßig und über das Ziel des Verbraucherschutzes hinausschießend an. Man sollte in Erinnerung behalten, dass das Leitbild des aufgeklärten Verbrauchers in Abwehr eines anderen Verbraucherschutzkonzepts entstanden ist.

Der europäische Gesetzgeber griff die Rechtsprechung des EuGH naturgemäß zuvörderst im Lauterkeitsrecht auf. In Erwägungsrund 18 der UGP-RL wird ganz deutlich, dass es sich um eine Übernahme der Rechtsprechung handelt, wenn es dort heißt:

---

[52] Richtlinie 2005/29/EG des Rates und des Europäischen Parlaments v. 11.5.2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmen gegenüber Verbrauchern im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 84/45/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. 2005 Nr. L 149/22, berichtigt ABl. 2009 Nr. L 253/18.

[53] Richtlinie 84/450/EWG des Rates v. 10.9.1984 zur Angleichung der Rechts-und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, ABl. EG Nr. L 250/20 v. 19.9.1984.

[54] EuGH, Urt.v. 16.7.1998, C-210/96, ECLI:EU:C:1998:369 – Gut Springenheide.

[55] Vgl. unten II 2 mit Nachw.

[56] EuGH, Urt. v. 6.7.1995, C-470/93, ECLI:EU:C:1995:224 – Mars.

[57] Genauer unten 2.2.4; vgl. auch *Micklitz*, Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?, Gutachten A zum 69. Deutschen Juristentag (2012), S. 38 ff.

[58] MüKo/BGB-*Micklitz/Purnhagen* vor § 13 Rn. 70.

[59] Verbraucherschutz als legitimes Allgemeininteresse, das die Warenverkehrsfreiheit begrenzen darf, wurde vom. EuGH in Cassis de Dijon anerkannt, Urt. v. 20.2.1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 – Rewe.

„Dem Verhältnismäßigkeitsprinzip entsprechend […] nimmt diese Richtlinie den Durchschnittsverbraucher, der angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch ist, unter Berücksichtigung sozialer, kultureller und sprachlicher Faktoren in der Auslegung des Gerichtshofs als Maßstab, enthält aber auch Bestimmungen zur Vermeidung der Ausnutzung von Verbrauchern, deren Eigenschaften sie für unlautere Geschäftspraktiken besonders anfällig machen."

Im Folgenden werden Kinder und bestimmte Eigenschaften wie Alter, geistige oder körperliche Gebrechen oder Leichtgläubigkeit genannt. Das Leitbild des mündigen Verbrauchers gilt also nur für den Durchschnittsverbraucher. Damit ist der Grundstein für eine Differenzierung gelegt: Wenn es einen Durchschnittsverbraucher gibt, müssen auch Verbraucher vorhanden sein, die mehr oder weniger schutzbedürftig sind als der Durchschnittsverbraucher.[60]

Im Vertragsrecht dagegen kann der Unternehmer die Schutzbedürftigkeit des einzelnen Verbrauchers einschätzen, wozu er im Kapitalmarktrecht und im Verbraucherdarlehensrecht bereits de lege lata verpflichtet ist. Werbung richtet sich dagegen an die Allgemeinheit, so dass der Unternehmer auf das Leitbild eines Durchschnittsverbrauchers angewiesen ist, um die lauterkeitsrechtliche Zulässigkeit seiner Werbung beurteilen zu können. Aus der zunehmenden personalisierten Werbung leitet *Peter Rott* ab, dass die Gruppe des Durchschnittsverbrauchers auf eine Person schrumpfen kann.[61]

2.2.2. Die Bedeutung des Leitbilds des mündigen Verbrauchers außerhalb des Lauterkeitsrechts

In anderen Rechtsakten des Verbraucherrechts fehlt ein Bezug auf ein Leitbild. Der ErwGr 18 der UGP-RL ist insoweit ein Solitär; allenfalls das Lebensmittelrecht weist ein Pendant auf.[62] Das Gleiche gilt für die Rechtsprechung des EuGH. Diese kommt außerhalb der UGP-RL auch bei allgemeinen, auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffen ohne den Rückgriff auf ein ausdrücklich benanntes Leitbild aus. Dies fällt insbesondere bei der Klausel-RL auf, bei deren Generalklausel es nahe gelegen hätte, sich an einem Leitbild zu orientieren.[63] Genau dies geschieht jedoch nicht. Dagegen wird der „mündige Verbraucher" in der Verbraucherpolitischen Agenda 2013-2020[64] mehrfach erwähnt.

Das Leitbild des mündigen Verbrauchers beschränkt sich nicht auf das Lauterkeitsrecht. Unausgesprochen steht es auch hinter anderen Rechtsakten. Insbesondere die zahlreichen Informationspflichten, die das Verbraucherrecht der Union durchziehen, sind ein Beleg dafür. Das Leitbild des mündigen Verbrauchers entspricht dem Informationsmodell, welches das Verbraucherrecht generell beherrscht.[65] Das Informationsmodell vertraut darauf, dass der informierte und aufmerksame mündige Verbraucher die

---

[60] *Rott*, Gutachten zur Erschließung und Bewertung offener Fragen und Herausforderungen der deutschen Verbraucherrechtspolitik im 21. Jahrhundert (2016), S. 28 ff.; *Kramme*, in: Schmidt-Kessel/Germelmann (Hrsg.), Verbraucherleitbilder – Zwecke, Wirkweisen und Maßstäbe (2016), S. 84 ff.

[61] *Rott*, VuR 2015, 163.

[62] ErwGr 16 der Health-Claim-VO (VO (EG) Nr. 1924/2006; dazu *Schäfer*, in: Schmidt-Kessel/Germelmann (Hrsg.), Verbraucherleitbilder (2016), S. 102 ff.

[63] Zur Auslegung der Generalklausel der Klausel-RL unten V 2.2. und 5.2.

[64] KOM(2012) 225.

[65] Zum Zusammenhang von Informationsmodell und mündigem Verbraucher auch *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (2011), S. 150 f.

richtige Entscheidung am Markt fällt. Der mündige Verbraucher und das Informationsmodell sind zwei sich ergänzende, zusammen gehörige Begriffe. Auf Informationspflichten ist im nächsten Abschnitt einzugehen (unten 3).

2.2.3. Verabschiedet sich der EuGH vom mündigen Verbraucher?

Neuerdings wird die Frage aufgeworfen, ob der EuGH möglicherweise im Begriff ist, sich vom Leitbild des mündigen Verbrauchers im Lauterkeitsrecht loszusagen. Dies wird an der Teekanne-Entscheidung vom 4.6. 2015 festgemacht.[66] Es ging um einen Früchtetee, dessen Verpackung auf der Vorderseite Bilder von Himbeeren und Vanilleblüten trug. Aus der Zutatenliste auf der Rückseite ging jedoch hervor, dass der Tee lediglich Aromastoffe enthielt. Man könnte meinen, dass der mündige Verbraucher weiß, dass er sich an die Zutatenliste zu halten hat und infolgedessen nicht irregeführt wird. Der EuGH führt aber aus, dass die Etikettierung aus den Angaben auf der gesamten Packung bestehe, so dass, wenn ein Teil der Angabe (die Bilder auf der Vorderseite) irreführend ist, die Irreführung nicht durch einen korrekten Teil (die Zutatenliste auf der Rückseite) beseitigt wird.[67]

Man darf die Bedeutung des Urteils jedoch nicht als Abkehr vom Leitbild des mündigen Verbrauchers ansehen. Der EuGH spricht nämlich weiterhin vom normal informierten und vernünftig aufmerksamen und kritischen Verbraucher (Tz. 42). Er „aktiviert“ aber den Durchschnittsverbraucher, dessen vernünftige Aufmerksamkeit in der Hektik eines Supermarkts durchaus einmal abgelenkt sein kann. Der BGH bringt dies mit dem Begriff des „situationsadäquat“ aufmerksamen Verbrauchers deutlicher zum Ausdruck. Der Sache nach aber liegen EuGH und BGH nicht so weit auseinander – was auch gar nicht zulässig wäre, denn der BGH muss sich an die Rechtsprechung des EuGH halten.

2.2.4. Der vulnerable consumer

Würde man das Leitbild des mündigen Verbrauchers als alleinige Handlungsmaxime für den Gesetzgeber im Verbraucherrecht (miss)verstehen, würde das Verbraucherrecht im Informationsmodell stecken bleiben. Dies ist jedoch nicht das Verständnis des Unionsgesetzgebers. Er geht vom „confident consumer“ aus, der sich z.B. auf umfassende zwingende vertragsrechtliche Regelungen verlassen können muss, um zu seiner Rolle als mündiger Verbraucher zu finden.[68] Die empirische Trias vertrauender/verletzlicher/verantwortungsbewusster Verbraucher und das Leitbild des mündigen Verbrauchers stehen daher jedenfalls nach den Vorstellungen der Kommission nicht in einem Widerspruch; vielmehr müssen die Verbraucher durch geeignete Rechtsinstrumente, die gegebenenfalls nach dieser Trias differenzieren müssen, dazu befähigt werden, zu mündigen Verbrauchern zu werden..

Das Leitbild des mündigen Verbrauchers ist vor allem kritisiert worden, weil es nicht empirisch abgeleitet ist.[69] Als Alternative wird aber überwiegend nicht die Rückkehr zum generell schutzwürdigen Verbraucher als schwächerer Vertragspartei, der auch

---

[66] Urt. v. 4.6.2015, C-195/14 – Teekanne.

[67] Zum lauterkeitsrechtlichen Kontext des Urteils unten II 1.2.

[68] Auch dies geht aus der Verbraucherpolitischen Agenda 2013-2020, KOM(2012) 225, hervor.

[69] *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (2011), S. 157 ff.

keine Informationen helfen, das Wort geredet,[70] sondern einer Differenzierung, die zwischen empirischer Analyse und Leitbild unterscheidet und beides als komplementär ansieht.[71] In der Unionsgesetzgebung tauchte sie zum ersten Mal mit dem Begriff des Durchschnittsverbrauchers in der UGP-RL auf. Nicht jeder Verbraucher muss im gleichen Umfang geschützt werden. Der Durchschnittsverbraucher ist nach Art. 5 Abs. 3 UGP-RL das Mitglied einer eindeutig identifizierbaren Gruppe von Verbrauchern, die besonders schutzwürdig ist. Die Richtlinie nennt dabei geistige oder körperliche Gebrechen, Alter oder Leichtgläubigkeit.[72] Doch auch am Begriff des Durchschnittsverbrauchers ist Kritik geübt worden. Der Begriff gibt keine Antwort auf die Frage, auf welchem Schutzniveau der Durchschnittsverbraucher anzusiedeln ist und schafft starre einheitliche Gruppen, ohne eine notwendige Differenzierung aufgrund kultureller Unterschiede in der EU zu ermöglichen.[73]

Die Beobachtung, dass es auch außerhalb des Lauterkeitsrecht zahlreiche Regelungen gibt, die bestimmten Verbrauchergruppen wegen ihrer besonderen Schutzbedürftigkeit spezifischen Schutz gewährt, hat zu der Frage geführt, ob sich dies begrifflich und systematisch mit der Kategorie des „vulnerable consumer“ auffangen lässt. [74]

Im Folgenden sollen zunächst einige Beispiele aus dem geltenden Recht aufgeführt werden, in denen bestimmten Verbrauchergruppen ein spezifischer Schutz gewährt wird, bevor auf die Frage eingegangen wird, ob sich der „vulnerable consumer“ als Kategorie eignet.

2.2.4.1. Der verletzliche Verbraucher im geltenden Recht

Das Recht auf Zugang wird besonders in den Regelungen über Universaldienstleistungen thematisiert. Hierbei geht es um Dauerdienstleistungen zur Daseinsbefriedigung im Sinne einer Grundversorgung, [75] wie sie etwa bei der existenziell wichtigen Belieferung mit Strom, Gas, Wasser, aber auch mit öffentlichen Beförderungsdienstleistungen, im Postwesen und mit der Versorgung von Telekommunikationsdienstleistungen[76] auf den Plan tritt. Außerhalb des Bereichs der Universaldienstleistungen kann auch aus dem

---

[70] So aber *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (2011) S. 157 ff.

[71] Dies wird z.B. an der Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats Verbraucher- und Ernährungspolitik beim BMELV (*Micklitz/Oehler/Piokorsky/Reisch/Strünck,* Der vertrauende, der verletzliche oder der verantwortungsvolle Verbraucher? [2010]) deutlich, wonach die Orientierung verbraucherpolitischer Strategien an unterschiedlichen Verhaltensmustern durchaus ein Festhalten am Leitbild des mündigen Verbrauchers erlaubt: „Zum Ziele des mündigen Verbrauchers führen verschiedene Wege.“

[72] Zur deutschen Umsetzung *Scherer,* WRP 2016, 1441.

[73] So *Wilhelmsson*, in: Wilhelmsson/Paunio/Pohjalainen (Hrsg.), Private Law and the Many Cultures of Europe (2007), S. 243 ff.

[74] Die Frage wurde bereits 2010 in einer Studie für den Wissenschaftlichen Beirat beim BMELV abgehandelt, *Micklitz/Oehler/Piorkowsky/Reisch/Strünck*, Der vertrauende, der verletzliche oder der verantwortungsvolle Verbraucher? Ein Plädoyer für eine differenzierte Strategie in der Verbraucherpolitik. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats Verbraucher- und Ernährungspolitik beim BMELV, Dezember 2010. Neuerdings liegt eine im Auftrag der Europäischen Kommission erstellte umfassende Studie vor, Study on consumer vulnerability across key markets in the European Union, 2016.

[75] Zur Funktion der Grundversorgung im EnWG *Tonner*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 15A Rn. 41 ff.

[76] Zu dieser Definition von Universaldienstleistungen siehe Grünbuch der EU-Kommission zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM(2003) 270 endg., Erwägungsgrund Nr. 17.

Bereich der Finanzdienstleistungen das „Konto für jedermann“ hierhin eingeordnet werden.[77]

Auch im Beförderungsrecht geht es um den diskriminierungsfreien Zugang des Verbrauchers. Zugunsten von Personen mit eingeschränkter Beweglichkeit (persons with reduced mobility, PRM) existieren in den Passagierrechte-Verordnungen der EU[78] eine Vielzahl von speziellen Regelungen. Beförderungsunternehmen dürfen für die Beförderung dieser Verbraucher kein Zusatzentgelt für die ihnen entstehenden zusätzlichen Kosten verlangen, sondern müssen diese auf die Allgemeinheit der Passagiere umlegen.

Dass Behinderte als besonders verletzliche Verbraucher gelten und ihnen daher ein erweiterter Schutz zukommt, ist auch dem Lauterkeitsrecht nicht fremd. In Art. 5 Abs. 3 der UGP-RL werden, wie schon erwähnt, geistige und körperliche Gebrechen und Alter und Leichtgläubigkeit adressiert. Hinzu kommt die Vorschrift über an Kinder gerichtete Werbung, Nr. 28 des Anhangs, die allerdings eher die Eltern als die Kinder schützt, aber bereits zu einer umfangreichen Rechtsprechung geführt hat.[79] Darauf wird im Teil II näher eingegangen.

Auch im Lebensmittelrecht ist der besondere Schutz für bestimmte Verbraucher gesetzlich determiniert. Beispielsweise regelt Erwägungsgrund 16 der Health-Claims-VO,[80] dass bestimmte Verbrauchergruppen, wie Kinder, eines besonderen Schutzes bedürfen.

Der Schutz besonderer Verbrauchergruppen kann aber auch über das Recht der Klauselkontrolle erreicht werden.[81] Die Generalklausel des Art. 3 der Klausel-RL erlaubt, die besondere Schutzbedürftigkeit einzelner Verbrauchergruppen zu berücksichtigen. § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB berücksichtigt die Belange Behinderter bei der Möglichkeit der Kenntnisnahme von AGB. Hierauf kommen wir im Teil V zurück.

Wichtig ist schließlich der Schutz einkommensschwacher Verbraucher bei Dauerschuldverhältnissen. Dazu gehört der Kündigungsschutz im Wohnungsmietrecht, bei Krediten[82] und bei Versorgungsdienstleistungen im Bereich der Universaldienstleistungen.

2.2.4.2. Der verletzliche Verbraucher als neue Kategorie?

Zunächst stellt sich die Frage, ob der Unionsgesetzgeber die Kategorie des vulnerable consumer aufgreifen wird. Bislang ist es beim Durchschnittsverbraucher in der UGP-RL

---

[77] Richtlinie 2014/92/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über die Vergleichbarkeit von Zahlungskontoentgelten, den Wechsel von Zahlungskonten und den Zugang zu Zahlungskonten mit grundlegenden Funktionen, ABl. EU Nr. L 257/214 v. 28.8.2014; zum Entwurf des Umsetzungsgesetzes *Rott*, VuR 2016, 3.

[78] FluggastrechteVO und die Fahrgastrechte-Verordnungen Bahn, Schiff und Bus; Überblick bei *P. Meier*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 18B.

[79] BGH, Urt. v. 12.12.2013 – I ZR 192/12, NJW 2014, 2279 – Goldbärenbarren; BGH, Urt. v. 17.7.2013 – I ZR 34/12, NJW 2015, 485 – Runes of Magic II.

[80] Verordnung (EG) Nr. 1924/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Dezember 2006 über nährwert- und gesundheitsbezogene Angaben über Lebensmitteln, berichtigt ABl. EG Nr. L 13/3 v. 18.1.2007.

[81] Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG Nr. L 95/29 v. 21.4.1993.

[82] Ausführlich zu Finanzdienstleistungen *Rott*, Gutachten zur Erschließung und Bewertung offener Fragen und Herausforderungen der deutschen Verbraucherrechtspolitik im 21. Jahrhundert, erstattet für den Sachverständigenrat für Verbraucherfragen beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (2016), S. 32 ff.

geblieben. Die geltende Agenda thematisiert immerhin soziale Ausgrenzung durch Einkommensverlust, Zugang im Sinne von Barrierefreiheit und Behinderungen und eingeschränkte Mobilität.[83] Darüber hinaus hat die Kommission eine umfassende Untersuchung in Auftrag gegeben, die zwar ein recht breites Konzept von vulnerability zugrundelegt und auch eine große Betroffenheit von Verbrauchern feststellt, aber Maßnahmen vorschlägt, die über das Informationsmodell nicht hinausgehen.[84] Die Definition schließt auch einkommensschwache Verbraucher ein. Aus den im Rahmen der Studie durchgeführten Umfragen ergibt sich, dass nahezu 75 % der Verbraucher keine Vergleiche verschiedener Angebote durchführen oder dabei Schwierigkeiten haben. Diese „inability or failure to buy, choose or access suitable products“ wird in den Begriff der vulnerability einbezogen. Die vorgeschlagenen Maßnahmen beschränken sich dann aber doch auf den Personenkreis, der herkömmlicherweise unter vulnerability verstanden wird, nämlich Alte, Jugendliche und Behinderte, und wird lediglich um non native speakers ergänzt. Ihnen müssen die für ihre Entscheidungen notwendigen Informationen besser nahegebracht werden. Obwohl der Finanzsektor einer der untersuchten key sectors der Studie war und gerade dort besondere Verständnisschwierigkeiten festgestellt wurden, unterbreitet sie auch für diesen Bereich keine weitergehenden Vorschläge.

In der verhaltenswissenschaftlichen Forschung ist der verletzliche Verbraucher Teil einer Trias, die aus dem vertrauenden, dem verletzlichen und dem verantwortlichen Verbraucher besteht.[85] Der vertrauende Verbraucher kann und will sich nicht für jede Konsumentscheidung viel Zeit nehmen und sich die erforderlichen Kompetenzen aneignen. Ein reines Informationsmodell würde daher zu kurz greifen; der vertrauende Verbraucher bedarf eines Mindestschutzes, wie er etwa im zwingenden Verbrauchervertragsrecht zum Ausdruck kommt. Verletzliche Verbraucher sind solche, die in Gefahr geraten, vom sozialen und wirtschaftlichen Leben ausgeschlossen zu werden, sei es durch Überschuldung, Krankheit oder durch mangelnde Kommunikationsmöglichkeiten. „Verantwortungsvolle Verbraucher“ stellen nur eine kleine Gruppe von Verbrauchern dar, die sich ein verantwortungsbewusstes Konsumhandeln als Maxime setzen. Damit ist in erster Linie eine Orientierung an einem nachhaltigen Konsum gemeint. Dazu ist es notwendig, dass relevante Informationen zur Verfügung stehen. Die Trias vertrauender/verletzlicher/verantwortungsvoller Verbraucher versteht sich nicht als Ablösung des mündigen Verbrauchers, sondern als eine Ausrichtung an unterschiedlichen Verhaltensmustern, um das Ziel des mündigen Verbrauchers zu erreichen. Der mündige Verbraucher ist das Ziel.

Hans-W. Micklitz hat diese Überlegungen in seinem Gutachten zum 69. Deutschen Juristentag zu einem „beweglichen System“ weiter entwickelt, in dem den drei genannten Verbrauchertypen ein abgestuftes System an Instrumenten zur Verfügung gestellt wird,

---

[83] KOM(2012) 225 S. 6 (Abschnitt 3.2).

[84] Study on consumer vulnerability across key markets in the European Union (2016).

[85] Vgl. bereits oben 2.2.2. Zum Folgenden Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats Verbraucher- und Ernährungspolitik beim BMELV, *Micklitz/Oehler/Piorkowsky/Reisch/Strünck,* Der vertrauende, der verletzliche oder der verantwortungsvolle Verbraucher? (2010); *Micklitz*, Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?, Gutachten A zum 69. Deutschen Juristentag (2012), S. A 38 ff.

das von Information und Markttransparenz, aber auch AGB-Kontrolle für den verantwortlichen und den vertrauenden Verbraucher bis zu Preiskontrolle und Zugangsregeln für den verletzlichen Verbraucher reicht.[86]

Wichtig ist, dass am Verbraucherbegriff, so wie er sich im Unionsrecht entwickelt und in § 13 BGB seinen Niederschlag gefunden hat, festgehalten wird. Von einem „Verschwimmen" des Verbraucherbegriffs kann keine Rede sein.[87] Wenn zum Schutz für Kleinunternehmen ähnliche oder sogar identische Regeln wie zum Verbraucherschutz eingeführt werden, so mag dies legitim sein. Dadurch verschmelzen Verbraucher und Kleinunternehmer aber nicht zu einer einheitlichen Gruppe der schwächeren Vertragspartei, sondern bleiben Verbraucher und Kleinunternehmer.

Wichtig ist ferner festzuhalten, dass der „vertrauende Verbraucher" der Regelfall ist, dem allein mit Rechtsinstrumenten nach dem Informationsmodell aber nicht ausreichend geholfen ist. Hilfreich könnte hier die Kategorie des vom BGH im Lauterkeitsrecht entwickelten „situationsadäquat aufmerksamen Verbrauchers" sein,[88] der sich darauf verlassen können muss, dass Produkte sicher und gebrauchstauglich sind und ihm ein hinreichendes Gewährleistungssystem sowie angemessene Instrumente der Rechtsdurchsetzung zur Verfügung stehen.

Die Kategorie des verletzlichen Verbrauchers macht nur dann Sinn, wenn sie nicht bei Gebrechlichen, Alten und Kindern stehen bleibt. Es kommt vor allem auf die Einkommensschwachen an, und für diese müssen Vorschriften über den Zugang (Universaldienstleistungen, Zahlungsverkehr) und die erschwerte Auflösung von Dauerschuldverhältnissen (Wohnraum, Kredit, Universaldienstleistungen) zur Verfügung stehen.

Die Unterscheidung zwischen vertrauendem und verletzlichem Verbraucher darf nicht dazu führen, dass zwei unterschiedliche Schutzstandards geschaffen werden. In der Regel werden identische Regeln für vertrauende und verletzliche Verbraucher angemessen sein. Der verletzliche Verbraucher ist aber auf das Vorhandensein von Regeln stärker angewiesen, und deswegen muss aus seiner Perspektive überlegt werden, ob und welche Regeln notwendig sind. So dürfte außer Frage stehen, dass das Recht auf Zugang zu Universaldienstleistungen ein Jedermanns-Recht ist. Der finanziell durchschnittlich ausgestattete Verbraucher braucht dafür aber keine juristische Unterstützung, weil ihm der Zugang ohnehin nicht verwehrt wird. Der einkommensschwache verletzliche Verbraucher, der seine Stromrechnung nicht bezahlt oder bezahlen kann, braucht dagegen einen rechtlichen Anspruch, um nicht von der Stromversorgung abgeschnitten zu werden. Genauso verhält es sich mit der Kündigung. Auch hier sind differenzierende rechtliche Regelungen nicht angebracht, aber der verletzliche Verbraucher ist auf sie stärker angewiesen als der durchschnittliche vertrauende Verbraucher.

Die Trias vertrauender/verletzlicher/verantwortungsvoller Verbraucher trägt zu einer juristischen Kategorienbildung nur wenig bei. Der allgemeine Verbraucherbegriff nach § 13 BGB reicht aus und bedarf keiner Unterkategorien, zumal die drei Begriffe auch nicht trennscharf sind. Die Trias ist jedoch nicht nur eine hilfreiche Beschreibung der Realität aus verhaltenswissenschaftlicher Sicht, sondern ein wichtiger Hinweis, dass

---

[86] *Micklitz*, Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?, Gutachten A zum 69. Deutschen Juristentag, 2012, S. A 104 ff.; zustimmend *Rott*, Gutachten zur Erschließung und Bewertung offener Fragen und Herausforderungen der deutschen Verbraucherrechtspolitik im 21. Jahrhundert (2016) S. 32.

[87] So aber *Micklitz*, Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?, Gutachten A zum 69. Deutschen Juristentag, S. A 105.

[88] Dazu unten II.

Regelungsbedarfe aus der Sicht des verletzlichen Verbrauchers festzustellen sind. Es ist dann im Einzelfall zu entscheiden, ob – wie wohl im Regelfall – sich Regelungen auf alle Verbraucher erstrecken sollten, oder ob ausnahmsweise wegen der besonderen Schutzbedürftigkeit des vulnerable consumer Regelungen mit einem höheren Schutzniveau für Teilgruppen zu schaffen sind. Da die UGP-RL Ansatzpunkte für eine derartige Differenzierung bietet, ist im Teil über das Lauterkeitsrecht darauf zurückzukommen.

2.2.5. Verbraucherschutzrecht und Verbraucherrecht

Verbraucherschutzpolitik begann in den 1970er Jahren als Politik zum Schutz des Schwächeren. Verbraucherschutzrecht hatte die Aufgabe, das strukturell bedingte Machtungleichgewicht zwischen Unternehmen und Verbrauchern auszugleichen.[89] Statt von Verbraucherschutzrecht spricht man heute von Verbraucherrecht. Verbraucherrecht ist weitgehend Unionsrecht und eine Komponente der Binnenmarktpolitik. Nicht zufällig werden verbraucherrechtliche Richtlinien auf die Kompetenznorm für den Binnenmarkt, Art. 114 AEUV, gestützt, obwohl mit Art. 167 AEUV eine eigene Kompetenzvorschrift für verbraucherrechtliche Rechtsinstrumente zur Verfügung steht.

Am Verbraucherschutz als Schutz des Schwächeren ist festzuhalten.[90] Indirekt geschieht dies auch in der heutigen Rechtssetzungspraxis dadurch, dass anerkannt ist, dass auch der „vertrauende Verbraucher“ mehr braucht als nur Informationen. Faktisch geht der Unionsgesetzgeber über ein reines Informationsmodell hinaus, wenn weiterhin zwingendes Verbrauchervertragsrecht geschaffen und auf Produktregulierung nicht verzichtet wird.[91] Entscheidend ist die Perspektive. Dabei kann die Figur des vulnerable consumer durchaus hilfreich sein. Sie darf nur nicht dazu führen, gewissermaßen ein „Zwei-Klassen-Verbraucherrecht“ zu schaffen und zu vernachlässigen, dass auch dem vertrauenden Verbraucher allein mit Informationen nicht geholfen ist. Nimmt man dies ernst, kann der Gedanke des Schutzes der schwächeren Vertragspartei[92] durchaus zum Zuge kommen.[93]

2.3. Sharing Economy und Verbraucherbegriff

Am Rande soll hier darauf hingewiesen, dass die sharing economy[94] erhebliche Auswirkungen auf den Verbraucherbegriff haben könnte. Das Thema kann hier nicht vertieft werden, und es können auch keine Lösungsvorschläge entwickelt werden. Einige Stichworte müssen genügen. Es taucht immer häufiger der Begriff „peer to peer“ auf:[95] Ein Verbraucher verwendet ein zu privaten Zwecken angeschafftes Gut, das er auch

---

[89] Vgl. *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (2011), S. 50 ff. m.N.

[90] Vgl. *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (2011), S. 65 f.

[91] Zur Notwendigkeit von Produktregulierung im Anlagebereich *Rott*, Gutachten zur Erschließung und Bewertung offener Fragen und Herausforderungen der deutschen Verbraucherrechtspolitik im 21. Jahrhundert (2016), S. 46 ff.

[92] Der Schutz der schwächeren Partei wird von *Reich*, General Principles of EU Civil Law, 2014, S. 37 ff. als Prinzip des europäischen Zivilrechts angesehen.

[93] Anders *Schmidt-Kessel*, in: Schmidt-Kessel/Germelmann (Hrsg.), Verbraucherleitbilder, S. 69 ff., 71, der der Kategorie des verletzlichen Verbrauchers nicht mehr als die Aufforderung zu einer Differenzierung des „Durchschnittsverbrauchers“ abgewinnen kann.

[94] Ein erster Ansatz zu den Rechtsproblemen, die die sharing economy aufwirft, findet sich bei *Meller-Hannich* WM 2014, 2337. Das Thema nimmt inzwischen Fahrt auf, vgl. etwa *Bala/Schuldzinski* (Hrsg.), Prosuming und Sharing – neuer sozialer Konsum, 2016; *Domurath*, Verbraucher und Sachmängelgewährleistung in der Plattformökonomie, SVRV Working Paper Nr. 5, 2016. Landesberichte über die sharing economy mit Schwerpunkt auf Airbnb und Uber finden sich in EuCML 2016, Heft 1; mit gleichem Ansatz für Deutschland *Solmecke/Lengersdorf,* MMR 2015, 493.

[95] Landesberichte über „peer to peer“ finden sich in EuCML 2016 H. 4 und 5.

weiterhin für seine privaten Zwecke nutzt, um es mit anderen zu teilen und sich dadurch eine Art Nebenverdienst zu verschaffen. Das Teilen des Gutes ist meistens auf einen bestimmten Zeitraum beschränkt. Der anderen Partei kann die ausschließliche Nutzung oder auch nur die Mitnutzung eingeräumt werden; die Gebrauchsüberlassung kann mit Dienstleistungen verbunden sein.

Heute stehen drei Geschäftsmodelle im Vordergrund, die der Diskussion erheblichen Auftrieb gegeben haben, nämlich Airbnb für die zeitweise Überlassung von Wohnraum[96] und Uber[97] für Fahrdienstleistungen mit dem privaten Fahrzeug. Des Weiteren spielt „peer to peer" auch bei Finanzdienstleistungen eine große Rolle.[98]

Es stellt sich zunächst die Frage, ob der eine Verbraucher in diesen Fällen zum Unternehmer wird und dadurch b 2 c-Verträge zustande kommen mit der Folge, dass er alle auf Unternehmer zugeschnittenen Verpflichtungen einhalten muss, oder ob er Verbraucher bleibt, weil er das in Rede stehende Gut weiterhin privat nutzt, möglicherweise sogar überwiegend. In diesem Fall käme ein c 2 c Vertrag zustande mit der Folge, dass dem anderen Verbraucher, der das Gut mit nutzt, keine verbraucherschutzrechtlichen Ansprüche zustünden und er auf das allgemeine dispositive Vertragsrecht angewiesen wäre.[99] Möglicherweise kann aber das klassische Modell von b 2 c und c 2 c auf peer to peer-Verträge gar nicht angewendet werden.[100]

Diese Frage kann hier nur genannt, aber nicht weiter vertieft werden. Lösungsansätze müssen aus dem Unionsrecht gewonnen werden; Ausgangspunkt dürfte die E-Commerce-RL sein, die gerade keine Verbraucherschutz-RL ist, aber Ansatzpunkte für die Haftung des Providers bietet.[101] Hier tut sich ein weiter Forschungsbedarf auf. Aus verbraucherpolitischer Sicht taucht dabei das Problem auf, dass bereits erreichte Verbraucherschutzstandards durch eine eigenständige Regelung von peer to peer–Verträgen nicht unterlaufen werden dürfen.

Im Mittelpunkt der Diskussion steht der zwischen den privaten Partnern regelmäßig auftauchende professionelle Intermediär, der sich einer Online-Plattform bedient.[102] Der Intermediär hat das Geschäftsmodell entwickelt, er regelt die Rechtsbeziehungen im Einzelnen. Es taucht die Frage auf, ob der Intermediär nicht selbst derjenige ist, der eine Leistung verspricht, und sich des Verbrauchers lediglich als Erfüllungsgehilfen bedient, oder ob der Intermediär sich auf die rechtliche Rolle als Vermittler zurückziehen kann mit der Folge, dass es für die Haftung auf die Rechtsbeziehung zwischen den beiden peers ankommt.

---

[96] Die deutschsprachige Literatur befasst sich mit der Verletzung öffentlich-rechtlicher Vorschriften, *Ingold*, DÖV 2016, 595; *Schröder*, GewA 2015, 392; aus europäischer Perspektive *Mak* EuCML 2016, 19.

[97] Vgl. aus der deutschen Literatur *Wimmer/Weiß*, MMR 2015, 80; *Bauer/Friesen*, DAR 2015, 61. Landesberichte über Uber finden sich in EuCML 2015 Hefte 1-3.

[98] *Veith*, BKR 2016, 184; *Wendt*, Peer-to-Peer Lending – Chancen und Risiken für Verbraucherinnen und Verbraucher, Gutachten für den Sachverständigenrat für Verbraucherfragen beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (2016).

[99] *Domurath*, Verbraucher und Sachmängelgewährleistung in der Plattformökonomie (2016), S. 10.

[100] Zum „Umschlagen" von c 2 c zu b 2 c *Domurath*, Verbraucher und Sachmängelgewährleistung in der Plattformökonomie (2016) S. 15 ff. mit Rspr.-Nachweisen. Der SVR für Verbraucherfragen, Verbraucherrecht 2.0 – Verbraucher in der digitalen Welt (2016), S. 48 schlägt vor, dass von der Unternehmereigenschaft des Anbieters bis zum Beweis des Gegenteils ausgegangen werden soll.

[101] Vgl. dazu *Wendehorst*, EuCML 2016, 30.

[102] Zum Aufkommen der platform economy *Busch/Schulte-Nölke/Wiewiórowska-Domagalska/Zoll*, EuCML 2016, 3.

Diese Frage ist nicht neu; sie spielte auch schon vor dem Aufkommen von Online Plattformen eine Rolle. Im Reiserecht etwa geht es schon seit Jahrzehnten um die Abgrenzung zwischen der Vermittlerstellung eines Reisebüros und der Haftung des Reiseveranstalters. Die neue Pauschalreiserichtlinie, die sich gerade in der Umsetzung befindet,[103] regelt diese Abgrenzung, veranlasst durch das Aufkommen der Reiseportale im Internet, genau und hat zu erheblichen Streit geführt.[104]

Neu ist aber, dass sich der professionell agierende Vermittler nicht gewerblicher Leistungserbringer bedient, sondern auf Verbraucher und deren zu privaten Zwecken erworbene Güter zurückgreift. Das darf aber nicht von der Frage ablenken, ob der professionelle vorgebliche Intermediär als Leistungserbinger einzustufen ist. Diese Frage ist vorrangig, und erst wenn feststeht, dass der Intermediär tatsächlich nur Vermittler ist, geht es um die Haftung des „peer." Allerdings darf man bei einer Abgrenzung zwischen Vermittlung und Leistungserbringung nicht stehen bleiben, sondern muss die Provider-Haftung im Sinne der E-Commerce-RL als Ausgangspunkt nehmen.

Aus verbraucherpolitischer Sicht ist es daher wichtig, sich zunächst der Frage von Online Plattformen zuzuwenden, zumal eine formale Haftung des einen „peer" gegenüber dem anderen diesem häufig wenig nützen würde. Für die Plattform-Haftung gibt es inzwischen – neben etlichen Stellungnahmen aus der Literatur, die hier nicht aufgearbeitet werden können[105] - einen interessanten aus der Wissenschaft stammenden Vorschlag.[106] Es ist auch damit zu rechnen, dass der Unionsgesetzgeber dieses Thema in absehbarer Zukunft aufgreifen wird.[107] Die sharing economy und die Haftung von Online Plattformen ist aber nicht Gegenstand dieses Gutachtens, so dass wir uns hier auf diese Hinweise beschränken müssen.

3. INFORMATIONSPFLICHTEN

3.1. Informationsmodell und Informationsflut

Informationspflichten wurden im deutschen Recht früher allein auf der Basis von § 242 BGB von der Rechtsprechung entwickelt.[108] Dies geschah zwar ad hoc und aus einer ex-post-Betrachtung, jedoch verdichtete sich die Rechtsprechung langsam zu Fallgruppen, die einerseits Rechtssicherheit, andererseits Flexibilität für ihre Weiterentwicklung gewährleisten. Aus Verbraucherschutzsicht waren die Ergebnisse zufriedenstellend.

Demgegenüber formuliert das europäische Verbraucherrecht Informationspflichten aus, und zwar in einer Vielfalt, die zu umfassender Kritik in der rechtswissenschaftlichen Literatur Anlass gab.[109] Dies ist darauf zurückzuführen, dass das europäische Verbraucherrecht dem Informationsmodell folgt. Es versucht, Verbote möglichst zu vermeiden

---

[103] BT-Drucks. 18/10822.

[104] Vgl. dazu *de Vries*, EuCML 2016, 119.

[105] Vg. etwa *Wendehorst*, EuCML 2016, 30 ff.

[106] Research group on the Law of Digital Services, Discussion draft of a Directive on online intermediary platforms, EuCML 2016, 164.

[107] Mitteilung der Kommission, Europäische Agenda für die kollaborative Wirtschaft, COM(2016) 356 v. 2.6.2016. Die Kommission kündigt darin eine von ihr in Auftrag gegebene Studie an.

[108] Überblick zu den Aufklärungspflichten etwa bei MüKo/BGB-*Emmerich*, 7. Aufl. (2016), § 311 Rn. 64 ff.; *Weiler*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 13.

[109] Vgl. die Nachweise bei *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (2011), S. 377.

und nicht in die Gefahr zu geraten, als „paternalistisch“ angesehen zu werden. Der Verbraucher soll durch Informationen in die Lage versetzt werden, die richtigen Entscheidungen zu fällen. Informationspflichten müssen deshalb vorvertraglich ansetzen.

Es wird dem Verbraucher nicht vorgeschrieben, wie er sich zu entscheiden hat, und dem Anbieter wird nicht vorgeschrieben, wie sein Produkt oder seine Dienstleistung beschaffen sein muss. Er muss aber darüber informieren. Überspitzt ausgedrückt: Der Anbieter darf minderwertige Ware zu einem überhöhten Preis verkaufen. Er muss aber die minderwertige Qualität deutlich machen und den Preis nennen. Das Informationsmodell verlässt sich darauf, dass sich der Verbraucher marktgerecht verhält und diese Ware nicht kauft. Es ist Ausdruck des Leitbilds des mündigen Verbrauchers und teilt damit die an diesem Leitbild geübte Kritik, auch wenn dieses Leitbild in den Rechtsakten, die Informationspflichten enthalten, außerhalb des Lauterkeitsrechts nicht zitiert wird. Trotzdem ist die Vielfalt der Informationspflichten gewissermaßen der Beweis, dass das Leitbild des mündigen Verbrauchers für das gesamte Verbraucherrecht gilt und nicht nur für das Lauterkeitsrecht, in dem allein sich der Unionsgesetzgeber dazu bekannt hat (oben 2.2.1).

Die Vielfalt der Informationspflichten ist keineswegs so rundum abzulehnen wie dies in der Literatur gelegentlich geschieht.[110] Zum einen erlauben die nationalen Rechtsordnungen nicht in jedem Mitgliedstaat, Informationspflichten so wie in Deutschland durch die Rechtsprechung zu entwickeln. Ihre Kodifikation ist daher notwendig. Zum andern ergibt eine Durchmusterung der gesetzlichen Informationspflichten, dass die wenigsten Informationspflichten wirklich überflüssig sind; die meisten haben ihren Sinn. Und schließlich prägen die Informationspflichten die legitimen Erwartungshaltungen des Verbrauchers, die auf die übliche Beschaffenheit einer Ware oder Dienstleistung zurückwirken. Dies lässt sich am Zusammenspiel der Informationspflichten der VRRL und der Gewährleistung nach der VerbrGK-RL deutlich machen (dazu im Teil IV).

Lange Informationslisten werden jedoch nicht wahrgenommen. Diese Erkenntnis der Verhaltenswissenschaften ist nicht neu.[111] Sehr vereinfacht ausgedrückt, der Mensch kann sich nicht mehr als sieben Dinge gleichzeitig merken. Umfangreichere Informationskataloge sind daher nicht nur nutzlos, sondern sogar kontraproduktiv: Der Verbraucher wiegt sich in Sicherheit, weil er meint, er sei informiert. Ohne Pflichtinformationen würde er entweder aus Unsicherheit eine Entscheidung unterlassen oder die ihm wichtigen Informationen von sich aus aktiv nachfragen. So aber fällt er eine Entscheidung, ohne die Informationen wahrgenommen zu haben. Der nicht informierte Verbraucher aber kann sich nicht marktgerecht verhalten, und der Markt kann die ihm zugedachte Rolle, zu „richtigen“ Entscheidungen zu führen, nicht spielen.

---

[110] Besonders pointiert zum Timesharing-Recht bereits nach der ursprünglichen Richtlinie *Martinek*, NJW 1997, 1393, 1396.

[111] Als Beleg, dass die Verhaltenswissenschaften schon immer den Umfang der Informationspflichten kritisiert haben, vgl. eine ältere Untersuchung zu den Informationspflichten nach der Timesharing-Richtlinie, *Kind*, Die Grenzen des Verbraucherschutzes durch Information – aufgezeigt am Teilzeitwohnrechtegesetz (1998), S. 442 ff.

Lange Informationslisten sind vor allem in sektorspezifischen Rechtsakten enthalten. Aus dem Kernbestand der verbraucherrechtlichen Richtlinien gilt dies für die Pauschalreise-RL,[112] die Timesharing-RL[113] und die Verbraucherkredit-RL.[114] Der Unionsgesetzgeber unterscheidet dabei zwischen vorvertraglichen und vertraglichen Informationspflichten, die weitgehend identisch sind. Wichtiger i.S.d. Informationsmodells sind die vorvertraglichen Informationspflichten, weil sie den Verbraucher darüber aufklären sollen, welche Leistungen ihn erwarten. Die vertraglichen Informationspflichten sollen dafür sorgen, dass der verbindliche Vertragsinhalt mit den zuvor gegebenen Informationen übereinstimmt. Umfassende Informationspflichten ranken sich auch um das Widerrufsrecht nach der VRRL.[115] Dagegen sind die Listen in den horizontalen Richtlinie wie der E-Commerce-RL, der VRRL, soweit sie für den stationären Verbrauchsgüterkauf gilt, und der UGP-RL signifikant kürzer.[116] Dies hat seinen Grund darin, dass es sich hier um Basis-Informationen handelt, die in den unterschiedlichsten Vertragstypen bzw. vorvertraglichen Situationen Verwendung finden können, während die sektorspezifischen Informationspflichten einen speziellen Vertragstyp vollständig regeln wollen.

In der zweiten Richtliniengeneration, also der aufgrund der Verbraucherpolitischen Strategie 2007-2013[117] betriebenen Überarbeitung der Richtlinien aus den 1980er und 1990er Jahren, ist der Unionsgesetzgeber dazu übergegangen, die Verwendung von Standardinformationsblättern vorzuschreiben. Der Unternehmer darf also nicht mehr aufgrund der gesetzlichen Vorschriften seine Informationen selbständig formulieren, sondern muss die Standardinformationsblätter dem Verbraucher vor Vertragsschluss aushändigen und sich dies von ihm bestätigen lassen. Dieser Weg begann mit der neuen Timesharing-RL[118] und wurde mit der Verbraucherkredit-RL von 2008[119] und der Wohnimmobilienkredit-RL[120] fortgesetzt. Gegenwärtig wird die Pauschalreise-RL von 2015[121] umgesetzt, deren Anhang ebenfalls zahlreiche Standardinformationsblätter enthält. Das EGBGB wird durch die Umsetzung der Standardinformationsblätter immer

---

[112] Bereits in der ursprünglichen Richtlinie 90/314/EWG des Rates vom 13. Juni 1990 über Pauschalreisen, ABl. EG Nr. L 158/59 v. 23.6.1990.

[113] Bereits in der ursprünglichen Richtlinie 94/47/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 1994 zum Schutz der Erwerber im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Verträgen über den Erwerb von Teilzeitnutzungsrechten an Immobilien, ABl. EG Nr. L 280/83 v. 29.10.1994.

[114] Auch hier sah bereits die ursprüngliche Richtlinie Informationspflichten vor, Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, ABl. Nr. L 250/17 v. 19.9.1984..

[115] Allgemein zu den Informationspflichten nach der VRRL und den deutschen Umsetzungsvorschriften *Tamm,* VuR 2014, 9.

[116] Zur UGP-RL bzw. § 5a UWG unten II 3.3.

[117] KOM(2007) 99.

[118] Richtlinie 2008/122/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Januar 2009 über den Schutz der Verbraucher im Hinblick auf bestimmte Aspekte von Teilzeitnutzungsverträgen, Verträgen über langfristige Urlaubsprodukte sowie Wiederverkaufs- und Tauschverträgen, ABl. EU Nr. L 33/10 v. 3.2.2009.

[119] Richtlinie 2008/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2008 über Verbraucherkreditverträge und zur Aufhebung der Richtlinie 87/102/EWG des Rates, ABl. EU Nr. L 133/66 v. 22.5.2008.

[120] Richtlinie 2014/17/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Februar 2014 über Wohnimmobilienkreditverträge für Verbraucher und zur Änderung der Richtlinien 2008/47/EG und 2013/36/EU und der Verordnung (EU) Nr. 1093/2010, ABl. EU Nr. L 60/34 v. 28.2.2014.

[121] Richtlinie 2015/2302/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 90/314/EWG des Rates, ABl. EU Nr. L 326/1 v. 11.12.2015.

umfangreicher und unübersichtlicher. Daneben sind in zahlreichen „Nebengebieten“ des Verbraucherrechts, vor allem bei der Anlageberatung,[122] standardisierte Informationen vorgeschrieben.

Die Standardinformationsblätter sind regelmäßig sehr umfangreich und unterliegen deshalb der gleichen Kritik wie die Informationspflichten der ersten Richtliniengeneration. Sie kommen regelmäßig zu spät, weil sie den Verbraucher kurz vor Vertragsschluss erreichen, wenn er sich längst entschlossen hat, das betreffende Geschäft zu tätigen. Der Verbraucher erlebt sie als lästig und unterschreibt blind, dass er sie erhalten hat bzw. klickt bei einem Online-Geschäft an, dass er sie zur Kenntnis genommen hat, ohne sie aufzurufen. Damit erfüllen sie nicht einmal beim aufgeklärten, mündigen Verbraucher den Zweck, den sie nach dem Informationsmodell eigentlich haben sollten.

Trotz aller Kritik sind die Standardinformationsblätter aber nicht pauschal zu verdammen. Sie führen zu einer branchenweiten Transparenz über das, worüber aufgeklärt werden muss. Der Verbraucher kann sich immerhin sicher sein, worüber er über Informationen verfügen muss – sofern er die gesetzlichen Grundlagen versteht. Wichtiger scheint die Standardisierung für Marktwächter zu sein, die vergleichsweise einfach Rechtsverstöße feststellen können. Man sollte diese Bedeutung nicht unterschätzen. Zusammenfassend kann man sagen, dass die Standardinformationen eigentlich eine gute Idee sind, dass die Informationen aber zu spät und zu geballt kommen. Dieses Problem muss gelöst werden.

3.2. Ansätze einer Einhegung von Informationspflichten im geltenden Recht

Ein genauerer Blick auf das europäische Verbraucherrecht zeigt, dass der Unionsgesetzgeber begonnen hat zu verstehen, dass er mit der Vielfalt der Informationspflichten ein Problem geschaffen hat. Erste Lösungsansätze, die aber bei weitem nicht ausreichen, sind erkennbar. So enthalten die UGP-RL und die VRRL, soweit sie auf stationär abgeschlossene Verträge anzuwenden ist, kurze Informationskataloge, die genau den von den Verhaltenswissenschaften genannten Anforderungen bezüglich ihrer Zahl entsprechen. Sie sind aber sehr allgemein gehalten, z.B. mit dem Begriff der wesentlichen Eigenschaften einer Ware, und müssen durch den Verwender konkretisiert werden. Dadurch werden sie wieder länger; man denke nur an den Kauf eines technisch komplexen Produkts. Aber immerhin könnte der Gedanke, kürzere oder längere Listen in unterschiedlichen Situationen vorzuschreiben, ein brauchbarer Ansatzpunkt sein.

Die standardisierten Informationspflichten bieten den Vorteil, dass wichtige Informationen hervorgehoben werden können. Davon macht der Unionsgesetzgeber neuerdings Gebrauch. An der Spitze der nach der neuen Pauschalreiserichtlinie vorgeschriebenen Informationsblätter befindet sich ein Kasten, der nur zwei Informationen enthält: Name und Adresse des Reiseveranstalters und die Information, dass dieser eine Insolvenzabsicherung abgeschlossen hat.

Dies sind aber nur sehr bescheidene Ansätze. Die Informationspflichten werden zwar allgemein als vorvertragliche bezeichnet, aber es fehlt an jeder Regelung, wann vor Vertragsschluss und vor allem in welcher Dosierung sie erfolgen müssen.

---

[122] Vgl. dazu *Rott*, Gutachten zur Erschließung und Bewertung offener Fragen und Herausforderungen der deutschen Verbraucherrechtspolitik im 21. Jahrhundert (2016), S. 42 f.; ausf. *Buck-Heeb*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 16C Rn. 34 ff.

3.3. Ein Modell abgestufter Informationspflichten

Die Konsequenz kann nicht sein, dass Informationspflichten reduziert werden, sondern dass genauer geregelt wird, wann und in welchem Umfang sie zu erfolgen haben.

3.3.1. Zeitliche Abstufung: zu Beginn der Aufforderung zum Kauf

Es sind vier Zeitpunkte zu identifizieren, zu denen Informationen erfolgen können, nämlich die Phase einer allgemeinen Werbung, die vorvertragliche Phase, die von der UGP-RL als „Aufforderung zum Kauf“ bezeichnet wird, weiter die Phase des Vertragsschlusses und schließlich die nachvertragliche Phase.

Zunächst geht es um allgemein gehaltene Werbung, die entweder eine reine Imagewerbung für die Marke des Werbetreibenden ist oder in der allgemein ein Produkt oder eine Dienstleistung vorgestellt wird, ohne dass der Verbraucher allein durch diese Werbung in die Lage versetzt wird, das Produkt zu erwerben oder die Dienstleistung zu bestellen. Die UGP-RL und mit ihr das UWG zieht hier eine klare Grenze: Art. 7 Abs. 4 der UGP-RL verlangt die Einhaltung der in dieser Vorschrift geregelten Informationspflichten erst ab der „Aufforderung zum Kauf.“ § 5a Abs. 3 UWG setzt dies mit den Worten um „Werden Waren oder Dienstleistungen […] so angeboten, dass ein durchschnittlicher Verbraucher das Geschäft abschließen kann, […]“. Ob dies mit der aus dem Vertragsrecht bekannten invitatio ad offerendum gleichzusetzen ist, wird in der lauterkeitsrechtlichen Literatur unterschiedlich gesehen.[123]

Nur ausnahmsweise gibt es Rechtsvorschriften, die den Anbieter verpflichten, bereits in einer allgemeinen Werbung bestimmte Informationen zu erteilen. Das bekannteste Beispiel sind die Verbrauchswerte für Kraftfahrzeuge. Nach § 2 Pkw-EnVKV umfasst Werbung auch Anzeigen in Zeitungen und Zeitschriften, Plakate und die Verbreitung von Werbung in elektronischer Form. Eine Verallgemeinerung dieser Vorschrift auf andere Produkte ist aber gegenwärtig nicht zu empfehlen. Es sollte dabei bleiben, dass allgemeine Werbung informationsfrei bleiben darf.

Das schwierigste Feld sind die vorvertraglichen Informationspflichten. Anders als die UGP-RL definieren die VRRL und die sektorspezifischen verbrauchervertragsrechtlichen Richtlinien nicht, ab wann sich Verbraucher und Unternehmer in einem vorvertraglichen Stadium befinden. In Art. 5 Abs. 1 VRRL heißt es lediglich, dass die Informationen zu erfolgen haben, bevor der Verbraucher vertraglich gebunden ist. Nach dem Wortlaut der Vorschrift wird ihr Genüge getan, wenn die Information unmittelbar vor Vertragsschluss erfolgt, und dies geschieht in der Praxis offenbar weitgehend auch so. Nach der VRRL kann die Information auch erst nach der invitatio ad offerendum erfolgen. Dies kann nicht hingenommen werden. Es hilft auch nur wenig, dass sich die Informationspflichten nach Art. 7 Abs. 4 UGP-RL und Art. 5 VRRL weitgehend überschneiden, denn zum einen sind die Informationspflichten nach Art. 6 VRRL für Außergeschäftsraum– und Fernabsatzverträge sowie nach den sektorspezifischen Richtlinien wesentlich umfangreicher, und zum andern ist auch eine Festlegung des Zeitpunktes auf den Zeitpunkt der Aufforderung zum Kauf zu undifferenziert.

Es ist entscheidend, welcher Zeitpunkt als „Aufforderung zum Kauf“ verstanden wird. Der Entscheidungsprozess des Verbrauchers ist zeitlich gestreckt: Er sieht die Ware im Ladengeschäft oder auf der Webseite des Anbieters einschließlich des Preises und erwägt, ob er sie kaufen möchte. Nachdem er zu einer Entscheidung gelangt ist, begibt

[123] Vgl. *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm (Hrsg.), UWG, 35. Aufl. (2017), § 5a Rn. 30a.

er sich zur Kasse bzw. zum Online-Bestellvorgang. Die Informationen müssen ihm bereits in der Erwägungsphase zur Verfügung stehen. Man könnte dies so ausdrücken, dass man statt „Aufforderung zum Kauf“ von „Beginn der Aufforderung zum Kauf“ spricht. Damit könnte man sich an einer Entscheidung des EuGH zu Flugbuchungen anlehnen,[124] wonach die Angabe des Endpreises bereits zu Beginn des Buchungsvorgangs anzugeben ist. Allerdings konnte der EuGH sich dabei auf eine luftverkehrsrechtliche Spezialvorschrift beziehen (Art. 23 LuftverkehrsdiensteVO). Jedoch steckt darin ein allgemeiner Gedanke, der sich nicht nur – de lege ferenda – auf alle Bruttopreisangaben erstrecken lässt,[125] sondern auch auf alle wesentlichen Informationspflichten.

3.3.2. Wesentliche und weitere Informationen

Es macht jedoch wenig Sinn, den Verbraucher zu irgendeinem Zeitpunkt mit der vollen Fülle der vorgeschriebenen Informationen zu „bombardieren“.[126] Er würde sie ignorieren, d.h. am Produkt angebrachte Informationen nicht zur Kenntnis nehmen und bei einer Online-Bestellung sich durch die Pflichtangaben durchscrollen, soweit sie nicht ohnehin hinter einem Link verborgen sind, und so ohne jede Informationen zum Kaufabschluss gelangen. Es ist daher zwischen wesentlichen und weiteren Informationen zu unterscheiden. Wesentliche Informationen sollten so dargeboten werden, dass der Verbraucher nicht umhinkann, sie bei seiner Entscheidung wahrzunehmen. Bei einem Online-Kauf dürfen sie z.B. nicht hinter einem Button hinterlegt werden, sondern sollten sich bei der Beschreibung und/oder Abbildung des Produkts bzw. der Dienstleistung befinden. Im stationären Handel sollten die Informationen am Produkt bzw. einem Ausstellungsstück angebracht sein.

Es wäre jedoch wünschenswert, wenn die weiteren Informationen ebenfalls ab dem Beginn der Aufforderung zum Kauf zur Verfügung stehen. Dies könnte bei einem Online-Kauf etwa dadurch erfolgen, dass sie nur über einen Link erreichbar sind, und bei einem Kauf im stationären Handel dadurch, dass auf der schriftlichen Information am Produkt sich ein Verweis auf weitere beim Verkäufer erhältliche Informationen befindet. In den Standardinformationsblättern können wesentliche und weitere Informationen durch Hervorhebung der wesentlichen Informationen, z.B. an der Spitze des Informationsblattes in einem Kasten, unterschieden werden. Es sollte dem Unternehmer erlaubt sein, dass der Verbraucher die weiteren Informationen nur über einem Link erreicht, damit er die wesentlichen Informationen umso eher wahrnimmt. Dazu müssten aber die Vorschriften über die Standardinformationsblätter geändert werden.

Die entscheidende Frage ist natürlich, welche Informationen als wesentlich zu bezeichnen sind. Als Ansatzpunkt bietet sich der übersichtliche Katalog nach Art. 7 Abs. 4 UGP-RL an, der von seinem Umfang her den kognitiven Fähigkeiten des Verbrauchers entspricht. Die hier genannten Informationen könnte man als wesentliche Informationen definieren.

Die wichtigste Aufgabe bestünde darin, die Informationspflichten der VRRL daraufhin zu durchmustern, welche ihrer zahlreichen Informationspflichten als wesentlich einzustufen sind. Wie schon erwähnt, hat sich der Gesetzgeber der VRRL bereits um eine

---

[124] EuGH, Urt. v. 15.1.2015, C-573/13, ECLI:EU:C:2013:11 – Air Berlin.

[125] Dazu unten III.

[126] Der Vorschlag, nach Informationen zu differenzieren, die sofort ersichtlich sein sollten und solchen, die bei Bedarf leicht zu finden sein sollten, findet sich auch bei *Schmidt-Kessel*, in: Schmidt-Kessel/Germelmann (Hrsg.), Verbraucherleitbilder (2016), S. 213 ff.

gewisse Kohärenz mit der UGP-RL bemüht. Art. 5 der VRRL enthält die Informationspflichten für im stationären Handel abgeschlossene Geschäfte und wiederholt in den Buchst. a bis d die Informationspflichten nach Art. 7 Abs. 4 Buchst. a bis d UGP-RL. Art. 5 Buchst. e bis h VRRL enthalten weitere Informationspflichten. Art. 6 VRRL regelt die Informationspflichten bei Fernabsatz- und Außergeschäftsraumgeschäften. Auch hier sind die Informationen des Art. 7 Abs. 4 UGP-RL enthalten, allerdings verbunden mit einer größeren Anzahl weiterer Informationspflichten. Es käme nun darauf an, aus den Art. 5 und 6 VRRL die wesentlichen Informationen herauszuschälen und anzuordnen, dass sie in räumlicher Verbindung zum Produkt bzw. der Beschreibung der Dienstleistung angebracht werden müssen. Dabei sind noch einmal Differenzierungen notwendig. Natürlich macht es keinen Sinn, bei jedem Produkt die Anschrift des Händlers anzubringen, wohl aber den Preis. Auf Einzelheiten kann hier nicht eingegangen werden.

Langfristig sollte man auch die Informationspflichten in den sektoralen Richtlinien nach wesentlichen und weiteren Informationspflichten sortieren. Damit wird man bis zum nächsten REFIT der einschlägigen Richtlinien warten müssen, der derzeit aber nicht aktuell ist. Auch eine kritische Diskussion der Standard-Informationsblätter muss bis dahin verschoben werden. Sie sind nur für sektorale Richtlinien geeignet und werden auch nur dort vorgeschrieben. Für die sog. horizontalen Richtlinien, die zahlreiche Branchen betreffen, also die VRRL und die VerbrGK-RL und deren Nachfolger, passen sie nicht und sind offensichtlich auch nicht vorgesehen.

3.3.3. Vertragliche und nachvertragliche Informationspflichten

Vertragliche Informationspflichten haben neben vorvertraglichen Informationspflichten durchaus ihren Sinn. Zum einen wird damit dokumentiert, welche vorvertraglichen Angaben Vertragsbestandteil geworden sind. Damit wird dem Verbraucher die Durchsetzung von Rechten erleichtert, wenn das Produkt oder die Dienstleistung nicht seinen durch die vorvertraglichen Angaben geweckten Erwartungen entspricht. Zwar kann dieses Ergebnis auch anders als durch eine Wiederholung der vorvertraglichen Angaben erreicht werden, doch verbessert sich durch die Dokumentation im Vertrag die Beweislage für den Verbraucher, da die vorvertraglichen Informationen möglicherweise nicht mehr zur Verfügung stehen.

Darüber hinaus sollte der Verkäufer verpflichtet sein, auch nachvertraglich Informationen über sein Beschwerdemanagement zur Verfügung zu stellen, so dass der Verbraucher diese auf der Webseite auffinden kann, ohne erst seine Vertragsunterlagen durchsuchen zu müssen.

4. FAZIT ALLGEMEINER TEIL

4.1. Vollharmonisierung

4.1.1. Den Mitgliedstaaten muss ein nennenswerter Spielraum für eine eigenständige Verbraucherpolitik mit Mitteln des Rechts verbleiben. Von einer einheitlichen und vollständigen Regelung des Verbraucherrechts auf Unionsebene ist daher abzusehen.

4.1.2. Eine Totalharmonisierung ist aus Gründen der Binnenmarktpolitik nicht erforderlich, da wesentlich gewichtigere Hemmnisse wie sprachliche und kulturelle Unterschiede für grenzüberschreitende Transaktionen im Verbraucherbereich bestehen.

4.1.3. Es hätte daher keinen Grund geben, vom Minimalstandardprinzip zur Vollharmonisierung überzugehen. Eine Rückkehr zum Minimalstandprinzip zu verlangen, ist

jedoch unrealistisch. Deshalb kommt es darauf an, das Vollharmonisierungsprinzip so auszugestalten, dass noch ein Spielraum für die Mitgliedstaaten bleibt. Es muss bei der sog. targeted harmonisation bleiben, d.h. die Mitgliedstaaten müssen den Anwendungsbereich einer Richtlinie autonom erweitern können, und vollharmonsierende Richtlinien müssen an geeigneten Stellen mit Optionsklauseln versehen sein, die den Umsetzungsgesetzgebern weitergehende Regelungen gestatten.

4.2. Verbraucherbegriff und -leitbild

4.2.1. Es sollte beim Verbraucherbegriff des § 13 BGB bleiben. Eine allgemeine Tendenz „from consumer to user“ ist weder zu erkennen noch wünschenswert. Regelungen im Reise- und Beförderungsrecht, die auf den Reisenden abstellen, sind eine eng begrenzte Ausnahme. Dagegen findet man in den Regelungen über Universaldienstleistungen einen abgestuften Schutz von Verbrauchern und Kleinunternehmern. Ansätze, dieses Modell zu verallgemeinern, sind jedoch nicht in Sicht. Verbraucher und Kleinunternehmen mögen zwar beide vielfach eine schwächere Vertragspartei sein, jedoch darf eine Debatte über den Schutz von Kleinunternehmen nicht dazu führen, die Grenze zwischen Verbrauchern und (Klein-)Unternehmen zu verwischen.

4.2.2. Es ist nicht zu erkennen, dass Rechtsprechung und Gesetzgebung auf Unionsebene vom Leitbild des mündigen Verbrauchers Abschied nehmen. Daran ändert auch das „Teekanne“-Urteil des EuGH nichts. Auch die von den Verhaltenswissenschaften entwickelte Einteilung in vertrauende, verletzliche und verantwortungsvolle Verbraucher bedeutet nicht zwingend eine Absage an den „mündigen Verbraucher“, sondern – zunächst einmal – nur eine empirische Untersetzung des „normativen“ Leitbildes.

Die Trias „vertrauender/verletzlicher/verantwortungsvoller Verbraucher“ ist als empirischer Befund anzuerkennen, jedoch darf damit keine Absage an das Prinzip des Schutzes des Schwächeren im europäischen Zivilrecht verbunden sein. Verbraucherrecht muss Verbraucher*schutz*recht bleiben. Auch der vertrauende Verbraucher bedarf eines Schutzes, der über das Informationsmodell hinausgeht, insbesondere sind zwingendes Vertragsrecht und angemessene Regelungen zur Rechtsdurchsetzung erforderlich.

Verbraucherschützende Vorschriften müssen aus der Perspektive des verletzlichen Verbrauchers entwickelt werden. In der Regel sind jedoch zwischen vertrauenden und verletzlichen Verbrauchern differenzierende Regelungen nicht sinnvoll.

4.2.3. Mit der „shared economy“ kommen neue erhebliche Herausforderungen auf das Verbraucherrecht zu. Durch peer to peer-Beziehungen darf der Standard des Verbraucherrechts nicht unterlaufen werden. Besonderes Augenmerk ist auf die Intermediäre zu richten, die als professionelle Unternehmen sich die shared economy zunutze machen und für die angemessene Haftungsmaßstäbe zu entwickeln sind.

4.3. Informationspflichten

4.3.1. Das Informationsmodell entspricht dem Leitbild des mündigen Verbrauchers. Infolgedessen existiert im Unionsrecht eine Vielzahl von Informationspflichten, die über die kognitiven Möglichkeiten des Verbrauchers hinausgehen und deswegen kontraproduktiv sind.

4.3.2. Der Unionsgesetzgeber hat daraus erste Konsequenzen gezogen und in die UGP-RL und die VRRL kurze Listen mit Informationspflichten aufgenommen. Auf Standardinformationsblättern werden die wichtigen Informationen herausgehoben.

4.3.3. Aus dem Befund darf aber nicht geschlossen werden, dass Informationspflichten reduziert werden müssen. Vielmehr müssen der richtige Zeitpunkt und die richtige Dosierung der Informationen geregelt werden. Die meisten Informationspflichten sind vorvertragliche Informationspflichten. Es muss genauer geregelt werden, welcher Zeitpunkt damit gemeint ist. Wir schlagen vor, auf den Beginn der „Aufforderung zum Kauf“ i.S.d. Art. 7 Abs. 4 UGP-RL abzustellen. Dabei muss zwischen wesentlichen und weiteren Informationen unterschieden werden. Die wesentlichen Informationen müssen sich an der Ware bzw. bei der bildlichen Präsentation der Ware auf einer Webseite befinden, während die weiteren Informationen nur auf Anforderung zur Verfügung gestellt werden müssen bzw. hinter einen Link gelegt werden dürfen.

II. RICHTLINIE ÜBER UNLAUTERE GESCHÄFTSPRAKTIKEN

1. HINTERGRUND

1.1. Von der Minimal- zur Vollharmonisierung

Mit der UGP-RL[127] ist im Lauterkeitsrecht bereits seit Ablauf der Übergangsfrist am 13.6.2013 eine vollharmonisierende Regelung in Kraft – anders als in den anschließend zu erörternden Abschnitten über den Verbrauchsgüterkauf und das Recht über missbräuchliche Vertragsklauseln, wo vollharmonisierende Rechtsinstrumente lediglich angekündigt sind. Die bereits durchgeführte Vollharmonisierung zwingt zu Überlegungen, ob und wie bewährte deutsche Standards, die sich so nicht in der Richtlinie befinden, neben der Richtlinie erhalten bleiben können. Diese Überlegungen sind nicht von vornherein aussichtslos, denn auch die Vollharmonisierung hat ihre Grenzen.

Auch im Lauterkeitsrecht begann der europäische Gesetzgeber mit Regelungen, denen das Minimalstandardprinzip zugrunde lag. Das europäische Lauterkeitsrecht war von Anfang an Verbraucherschutzrecht, d.h. die Trias des UWG mit Schutz der Mitbewerber, Schutz der Allgemeinheit und Schutz der Verbraucher[128] war und ist ihm unbekannt. Der weitere Schutzzweck des UWG konnte jedoch auch nach der Vollharmonisierung beibehalten werden, da aus dem Prinzip der targeted harmonisation folgt,[129] dass der Umsetzungsgesetzgeber für von einer Richtlinie nicht erfasste Bereiche eine überschießende Umsetzung vornehmen kann. Gleichwohl führte die Einpassung mancher Regeln aus der UGP-RL ins UWG zu Problemen, nicht zuletzt hinsichtlich der Generalklausel, was sich bei der UWG-Reform 2015 deutlich zeigte.[130]

Der erste Anlauf des Unionsgesetzgebers betraf das Recht der irreführenden Werbung mit der Richtlinie 84/450/EWG aus dem Jahre 1984.[131] Einem Ansatz, der weiter gegangen wäre und das Recht der unlauteren Werbung insgesamt, also im Sinne der damaligen Generalklausel des § 1 UWG a.F., umfasst hätte, mochten die Mitgliedstaaten seinerzeit nicht folgen. Diese Richtlinie folgte der Minimalharmonisierung. Es ist aus heutiger Sicht müßig, darüber nachzudenken, ob bereits diese Regelung weitergehende deutsche Standards abgeschnitten hätte, wenn sie vollharmonisierend gewesen wäre. Da die Richtlinie dem deutschen Modell der Generalklausel folgte, also wegen ihrer Beschränkung auf irreführende Werbung der sog. kleinen Generalklausel des § 3

---

[127] Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2005 über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmern und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken), ABl. EG Nr. L 149/22 v. 11.6.2005, bereinigt ABl. EG Nr. L 253/18 v. 25.9.2009.

[128] Übersicht über die Schutzwecktrias bei *Tonner/A. Reich*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 6 Rn. 22 ff.

[129] Zur targeted harmonisation *Tamm*, Verbraucherrecht – Europäisierung und Materialisierung des deutschen Zivilrechts und die Herausbildung eines Verbraucherschutzprinzips (2011), S. 259, sowie oben I 1.

[130] Zur UWG-Reform 2015 *Ohly*, GRUR 2016, 3; *A. Reich*, VuR 2016, 257.

[131] Richtlinie 84/450/EWG des Rates vom 10. September 1984 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, ABl. EG Nr. L 250/17 v. 19.9.1984. Zu dieser Richtlinie ausführlich *Micklitz,* in: MüKo-UWG, 2. Aufl. (2014), vor EG D Rn. 35 ff.

UWG a.F., hatte die Richtlinie keinen Einfluss auf den Schutzstandard des UWG. Der deutsche Gesetzgeber verzichtete sogar auf ein Umsetzungsgesetz, so dass dem deutschen Rechtsanwender gar nicht bewusst wurde, dass er trotz unveränderten Wortlauts mit § 3 UWG a.F. plötzlich eine europäisierte Norm anwendete mit der Folge etwa, dass der EuGH bei Auslegungszweifeln anzurufen ist.[132]

Die Europäisierung eines Teils des UWG durch die Richtlinie von 1984 blieb aber keineswegs folgenlos, denn der EuGH entwickelte bei der Anwendung der Generalklausel der Richtlinie 84/450/EWG das Leitbild des mündigen Verbrauchers lange vor Inkrafttreten der UGP-RL[133] und zwang damit den BGH, dieses Leitbild zu übernehmen.[134] Ob das Minimalstandardprinzip der Richtlinie 84/450/EWG der Rechtsprechung erlaubt hätte, das Leitbild des flüchtigen Verbrauchers,[135] das ein höheres Verbraucherschutzniveau darstellte, beizubehalten, blieb strittig. Jedenfalls zeigt das Beispiel, dass eine Generalklausel einen anderen Inhalt gewinnen kann, wenn man ihre Auslegung dem EuGH anvertraut und nicht nur der nationalen Rechtsprechung. Auf das Umschwenken auf das Leitbild des mündigen Verbrauchers wurde bereits oben (I 2) eingegangen, worauf für den lauterkeitsrechtlichen Zusammenhang noch einmal zurückzukommen ist (unten 1.2.).

Starken Einfluss auf das deutsche Lauterkeitsrecht hatte die Rechtsprechung des EuGH zur Waren- und Dienstleistungsfreiheit nach dem EWG-Vertrag im Gefolge des Cassis-de-Dijon-Urteils des EuGH.[136] Es ging um die Frage, ob lauterkeitsrechtliche Normen ein Hemmnis für den freien Warenhandel und die Dienstleistungsfreiheit sind, die nach dem damaligen Art. 30 EWGV (heute Art. 34 AEUV) verboten sind. Der EuGH erkannte zwar Verbraucherschutz als ein Allgemeininteresse der Mitgliedstaaten an, das Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit zulässt, führte jedoch eine Verhältnismäßigkeitsprüfung ein, wonach derartige Vorschriften zur Erreichung des Ziels erforderlich sein mussten. Dem fiel die Vorschrift über das Verbot der blickfangmäßigen Herausstellung von Preissenkungen (§ 6e UWG a. F.) zum Opfer.[137] Die Lockvogelvorschrift des § 6d UWG a.F. strich der deutsche Gesetzgeber von sich aus. Das RabattG und die ZugabeVO waren schon vorher aufgehoben worden. In der Rechtssache Gysbrechts[138] demonstrierte der EuGH, dass er das auf die wirtschaftlichen Grundfreiheiten bezogene Verhältnismäßigkeitsprinzip auch heute noch ernst nimmt, indem er eine überschießende belgische Umsetzungsvorschrift einer Verhältnismäßigkeitsprüfung unterzog.

Einen ersten kleinen Schritt in Richtung Vollharmonisierung bedeutete die Richtlinie über vergleichende Werbung von 1997.[139] Die deutsche Rechtsprechung stand zuvor

---

[132] Dazu *Tonner,* NJW 1987,1917.

[133] EuGH, Urt. v. 16.7.1998, C-210/96; ECLI:EU:C:1998:369 – Gut Springenheide.

[134] BGH, Urt. v. 20.10.1999 – I ZR 167/97, NJW-RR 2000, 1490 – Orient-Teppichmuster.

[135] BGH, Urt. v. 23.1.1959 – I ZR 14/58, GRUR 1959, 365, 366 – Englisch Lavendel.

[136] EuGH, Urt. v. 20.2.1979, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42 – Rewe.

[137] EuGH, Urt. v. 18.5.1993, C-126/91, ECLI:EU:C:1993:191 – Yves Rocher.

[138] EuGH, Urt. v. 16.12.2008, C-205/07, ECLI:EU:C:2008:730 – Gysbrechts.

[139] Richtlinie 97/55/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG über irreführende Werbung zwecks Einbeziehung der vergleichenden Werbung, ABl. EG Nr. L 290/18 v. 23.10.1997.

der vergleichenden Werbung äußerst skeptisch gegenüber.[140] Wegen des vollharmonisierenden Effekts der Richtlinie musste sie sie nun großzügiger beurteilen,[141] auch wenn dies zu einer Senkung des Verbraucherschutzniveaus führte. Da die Richtlinie als Änderungsrichtlinie zur Richtlinie über irreführende Werbung erging, standen nun plötzlich vollharmonisierende und minimalharmonisierende Regelungen nebeneinander. Dies führte zu einem komplizierten Urteil des EuGH,[142] auf das aber wegen der inzwischen erfolgten kompletten Vollharmonisierung des gesamten verbraucherbezogenen Lauterkeitsrechts nicht weiter eingegangen werden muss. Jedenfalls verlangt der EuGH, dass die Auslegung in dem für die vergleichende Werbung günstigsten Sinn erfolgen muss.[143]

Als nächstes nahm der deutsche Gesetzgeber im Jahre 2004 eine große Reform des UWG vor. Dabei schuf er den Beispielskatalog des § 4 UWG a.F., der die wesentlichen Fallgruppen der Rechtsprechung zu erfassen versuchte. Diese Frage ist von großer Bedeutung für dieses Gutachten, obwohl die Norm inzwischen abgeschafft wurde, weil die Frage besteht, ob die Fallgruppen mit der inzwischen erfolgten vollharmonisierenden unionsrechtlichen Regelung vereinbar sind und für welche der gestrichenen Fallgruppen ein verbraucherpolitisches Bedürfnis besteht, oder ob der heutige per-se-Verbotskatalog des Anhangs der UGP-RL ein ausreichender Ersatz dafür ist. Immerhin erließ der deutsche Gesetzgeber die Vorschrift sehenden Auges vor der bereits als Vorschlag existierenden UGP-RL.[144] In gleicher Weise wurde der Tatbestand der unzumutbaren Belästigung, § 7 UWG a.F., geschaffen. Diese Norm ist der Aufhänger für das enorm wichtige Problem der Telefonwerbung.[145] Auch hier stellt sich die Frage der Vereinbarkeit mit der UGP-RL. Jedenfalls hatte der deutsche Reformgesetzgeber von 2004 eher eine Kodifizierung der Rechtsprechung und nicht so sehr die kommende Europäisierung dieses Rechtsgebiets im Auge.

Die UGP-RL brachte dann im Jahre 2005 die Vollharmonisierung. Allerdings war dies nicht unumstritten, so dass die Richtlinie Züge eines Kompromisses trägt: Art. 3 Abs. 5 sieht einen Zeitraum von sechs Jahren ab Ablauf der Umsetzungsfrist vor, in dem die Richtlinie noch als Minimalstandardrichtlinie galt. Doch dieser Zeitraum ist im Juni 2013 abgelaufen.

Es gibt aber noch einige wenige weitere Durchbrechungen des Vollharmonisierungskonzepts, die nicht nur Übergangsregelungen sind. Nach ErwGr 7 Satz 3 bezieht sich die Richtlinie nicht auf die gesetzlichen Anforderungen in Fragen der guten Sitten und des Anstands, die in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich sind.[146] Ferner gilt die Richtlinie nicht für Gesundheits- und Sicherheitsaspekte von Produkten (Art. 3 Abs. 3), Für Finanzdienstleistungen sieht sie lediglich einen Minimalstandard vor (Art. 3 Abs. 9).

---

[140] Der BGH sah zuletzt großzügige Ausnahmen von einem grundsätzlichen Verbot der vergleichenden Werbung vor, BGH, Urt. v. 5.2.1998 – I ZR 211/95, BGHZ 49, 325, 329 – 40% können Sie sparen. Weitere Nachw. bei *Köhler,* in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. (2017), § 6 Rn. 2.

[141] Der BGH wendete bereits vor Ablauf der Umsetzungsfrist der RL über vergleichende Werbung deren Kriterien an, BGH, Urt. v. 5.2.1998 – I ZR 211/95, BGHZ 138, 55 – Testpreis-Angebot.

[142] EuGH, Urt. v. 8.4.2003, C-44/01, ECLI:EU:C:2003:205 – Pippig Augenoptik.

[143] EuGH, Urt. v. 19.9.2006, C-356/04, ECLI:EU:C:2006: 585 – Lidl Belgium.

[144] KOM(2003) 356 endg.; dazu *Schulte-Nölke/Busch*, ZEuP 2004, 99 ff.

[145] Dazu *Tonner/A. Reich*, VuR 2009, 95; unten 5.

[146] Vgl. dazu *A. Reich*, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Haustürwerbung in Deutschland (2010), S. 295 ff. mit ausf. Begründung, warum darin keine Öffnungsklausel zu sehen sei.

Der Umsetzungsgesetzgeber versuchte mit der UWG-Reform von 2008 so viel wie möglich von der gerade durchgeführten Reform aus dem Jahre 2004 zu erhalten. Insbesondere ließ er den Beispielskatalog des § 4 UWG a.F. bestehen. Da er aber gleichzeitig den Anhang zu Art. 5 Abs. 5 UGP-RL umsetzen musste, kam es zu Überschneidungen zwischen § 4 UWG a.F. und dem Anhang, die nicht harmonisiert wurden. Auch der Belästigungstatbestand wurde nicht angepasst. Dabei ging es vor allem um den sensiblen Bereich der Telefonwerbung.

Bereits im Jahre 2010 erklärte der EuGH eine der Fallgruppen aus dem Beispielskatalog des § 4 UWG a.F. für mit der UGP-RL nicht vereinbar, nämlich das Koppelungsverbot (§ 4 Nr. 6 UWG a.F.), obwohl zum Zeitpunkt der Entscheidung noch das Mindeststandardprinzip nach Art. 3 Abs. 5 UGP-RL galt.[147] Der EuGH begründete seine Entscheidung damit, dass das Koppelungsverbot mangels Wertungsmöglichkeit wie ein Verbotstatbestand nach der Liste im Anhang wirke. Diese Liste aber sei abschließend.

Vor dem Hintergrund eines drohenden Vertragsverletzungsverfahrens passte der deutsche Umsetzungsgesetzgeber das UWG im Jahre 2015 stärker an die Vorgaben der UGP-RL an. Dabei reduzierte er vor allem den Beispielskatalog des § 4 UWG a.F. auf reine Mitbewerbertatbestände. Auch der Belästigungstatbestand wurde angepasst und erstmals der Begriff der aggressiven geschäftlichen Handlungen übernommen (§ 4a UWG). Der Belästigungstatbestand wurde aber nicht aufgehoben und betrifft nach wie vor die Telefonwerbung, die in der Richtlinie im Anhang mit den per-se-Verboten geregelt ist. Die Reform ist als mehr oder weniger erzwungene Anpassung an das Vollharmonisierungsprinzip zu werten.

Der Gesetzgeber konnte sich aber doch nicht entschließen, alle Fallgruppen des Beispielskatalogs des § 4 UWG a.F., soweit sie nicht reine Mitbewerber-Konstellationen betrafen, ersatzlos zu streichen. So wurde der Rechtsbruchtatbestand des § 4 Nr. 11 UWG a.F. zu einem § 3a UWG, und die Schleichwerbung wurde von § 4 Nr. 3 UWG a.F. nach § 5a Abs. 6 UWG verschoben. In der Systematik des UWG steht nunmehr der Anhang an der Stelle des Beispielskatalogs des § 4 UWG a.F. Da er per-se-Verbote enthält, ist er stets vorrangig zu prüfen.[148]

1.2. Verbraucherbegriff und -leitbild

Die UGP-RL kennt sowohl den Begriff des Verbrauchers wie des Durchschnittsverbrauchers. Der Verbraucher wird in Art. 2 lit. a UGP-RL wie in anderen modernen verbraucherrechtlichen Richtlinien definiert, so dass der deutsche Umsetzungsgesetzgeber in § 2 Abs. 2 UWG kurzerhand auf § 13 BGB verweisen konnte. Für den „Durchschnittsverbraucher“ kennt die Richtlinie dagegen keine eigenständige Begriffsbestimmung. Vielmehr enthält sie in ErwGr 18 eine Beschreibung des Durchschnittsverbrauchers, die bewusst dem aufgeklärten Verbraucher i.S.d. Rechtsprechung des EuGH entspricht. Danach ist der Durchschnittsverbraucher angemessen gut unterrichtet und angemessen aufmerksam und kritisch unter Berücksichtigung sozialer, kultureller und sprachlicher Faktoren.

Dieses Leitbild muss nicht notwendigerweise starr sein; vielmehr gibt der EuGH (und der Unionsgesetzgeber) Begriffe vor, die auslegungsbedürftig und -fähig sind. Dadurch

---

[147] EuGH, Urt. v. 14.1.2010, C-304/08, ECLI:EU:C:2010:12 – Plus Warenhandelsgesellschaft.

[148] *Tonner/A. Reich*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 9 Rn. 52 ff.

entsteht die Möglichkeit, durchaus differenziert und flexibel auf unterschiedliche Situationen zu reagieren. Der EuGH selbst übertrug den mündigen Verbraucher aus der Mars-Entscheidung,[149] der weiß, dass die ihm versprochenen zusätzlichen 10% weniger sind als die farblich abgesetzte Fläche auf den Schokoladenriegel, nicht starr auf alle ihm später vorgelegten Fälle. In der Entscheidung „Gut Springenheide" verwendete er die Formel vom durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher.[150] Der Gesetzgeber der UGP-RL machte daraus in dem zitierten Erwägungsgrund 18 den *angemessen* gut unterrichteten und *angemessen* aufmerksamen und kritischen Durchschnittsverbraucher (Hervorhebung vom Verf.). Er regelte überdies, dass bei einer auf eine bestimmte Zielgruppe ausgerichteten geschäftlichen Praxis deren Verständnis zugrunde zu legen ist (Art. 5 Abs. 2 lit. b UGP-RL). Dies gilt auch für Angehörige besonders schutzbedürftiger Gruppen (Art. 5 Abs. 3; vgl. auch oben I 2).

Der EuGH fügt seither das Wort „angemessen" vor „aufmerksam" ein und unterstützt damit die vom Gesetzgeber eingeleitete Differenzierung.[151] In Purely Creative legte der EuGH dem vorlegenden Gericht nahe, zu berücksichtigen, ob eine derartige besondere Verbrauchergruppe vorlag,[152] d.h. er respektierte hier eine Autonomie der mitgliedstaatlichen Gerichte. Auch das Teekanne-Urteil zeigt, dass der EuGH (inzwischen) von der schematischen Anwendung des mündigen Verbrauchers weit entfernt ist.[153] Nach Mars hätte der aufgeklärte Verbraucher vielleicht gewusst, dass die auf der Vorderseite abgebildeten Himbeeren und Vanilleblüten keine Aussage über die Zusammensetzung treffen wollen, sondern dass er die Packung umdrehen muss, um auf der Rückseite die Zutatenliste zu studieren. Noch 2000 hatte der EuGH gemeint, dass der Verbraucher, der seine Kaufentscheidung von der Zusammensetzung des Produkts abhängig macht, die Zutatenliste liest.[154] Nunmehr führt er aber aus, dass die Etikettierung aus den Angaben auf der gesamten Packung bestehe, so dass, wenn ein Teil der Angabe (die Bilder auf der Vorderseite) irreführend ist, die Irreführungsgefahr nicht durch einen korrekten Teil (die Zutatenliste auf der Rückseite) beseitigt wird. Es wäre allerdings voreilig, daraus zu schließen, der EuGH sei im Begriff, das Leitbild des mündigen Verbrauchers aufzugeben. Nach wie vor spricht er vom normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher (Tz. 35; vgl. auch oben I 2). Etwas anderes ist angesichts der Festschreibung des Verbraucherleitbildes in ErwGr 18 der UGP-RL auch gar nicht möglich; der EuGH kann sich nicht über den Erwägungsgrund hinwegsetzen. Im Gegenteil greift er die vom Gesetzgeber der UGP-RL eingeleitete Differenzierung des Durchschnittsverbrauchers konsequent auf.

Der BGH hatte zwar mit Orient-Teppichmuster nolens volens die Rechtsprechung des EuGH übernommen, aber von Anfang an Elemente mit aufgenommen, die ihm in der Folgezeit differenzierte Entscheidungen ermöglichten.[155] Vor allem fügte er dem Wort „Aufmerksamkeit" das Adjektiv „situationsadäquat" hinzu. Dies geschah bereits in der

---

[149] EuGH, Urt. v. 6.7.1995 – C-470/93, ECLI:EU:C:1995 :224 – Mars.

[150] EuGH, Urt. v. 16.7.1998, C-210(96; ECLI:EU:C:1998:369 – Gut Springenheide; ebenso etwa EuGH, Urt. v. 13.1.2000, C-220/98, ECLI:EU:C:2000:8 – Estée Lauder.

[151] EuGH, Urt. v. 18.10.2010, C-159/09, ECLI:EU:C:2010:696 – Lidl.

[152] EuGH, Urt. v. 18.10.2012, C-428/11, ECLI:EU:C:2012:651 – Purely Creative.

[153] EuGH, Urt. v. 4.6.2015, C-195/14, ECLI:EU:C:2015:361 – Teekanne; dazu *Purnhagen*, VuR 2016, 401.

[154] EuGH, Urt. v. 4.4.2000, C-465/98, ECLI:EU:C:2000:184 – Darbo.

[155] BGH, Urt. v. 20.10.1999 – I ZR 167/97, GRUR 2000, 619 – Orient-Teppichmuster.

Orient-Teppichmuster-Entscheidung. Der flüchtige und der verständige Verbraucher seien kein Gegensatz. Vielmehr kann sich der Verbraucher vernünftig verhalten, wenn er einen geringwertigen Gegenstand des täglichen Bedarfs ohne gründliche Prüfung erwirbt. Diese Differenzierung geht über die Differenzierung nach Verbrauchergruppen hinaus, denn sie stellt auf das zu erwerbende Produkt und die konkrete Entscheidungssituation ab. Derselbe Verbraucher kann angemessen aufmerksam sein, wenn er einen Alltagsgegenstand nur flüchtig prüft, bei einem teuren Gut von langer Lebensdauer wird er aber die Werbeangaben gründlicher lesen, so dass keine relevante Irreführung besteht, wenn er sie infolge flüchtiger Betrachtung missversteht.

Im Grunde baut der BGH damit eine Brücke zwischen seiner früheren Rechtsprechung zum flüchtigen Verbraucher und den Anforderungen des EuGH und deren (leicht modifizierter) Kodifizierung in der UGP-RL. Das Abstellen auf die jeweilige Situation ist kein Widerspruch zum verständigen Verbraucher der UGP-RL, sondern eine Konkretisierung.[156]

Die vom BGH konsequent verwendete Formel vom *situationsadäquat* aufmerksamen Verbraucher trifft genauer als die Formel des angemessen aufmerksamen Verbrauchers im Erwägungsgrund 18 der UGP-RL und der nachfolgenden Rechtsprechung des EuGH das, was gemeint ist. Der BGH sollte bei seiner Formel bleiben. Ein sachlicher Unterschied besteht jedoch nicht bzw. zumindest nicht mehr. BGH und EuGH haben sich einander angenähert. Der BGH musste zwar das Leitbild des flüchtigen Verbrauchers wegen der entgegenstehenden Rechtsprechung des EuGH aufgeben, aber auch der EuGH hat sich bewegt. Er verwendet nicht mehr die Formel aus dem Urteil Gut Springenheide, die einem allzu starren Leitbild des mündigen Verbrauchers verhaftet war, sondern hat sich durch die konsequente Anwendung der Formel des *angemessen* aufmerksamen Verbrauchers gemäß dem Erwägungsgrund 18 einer Differenzierung des Durchschnittsverbrauchers geöffnet.

2. PROBLEME DES ANHANGS

Die UGP-RL führte mit dem Anhang zu Art. 5 Abs. 5 UGP-RL eine Liste mit per-se-Verboten ein. Sie sind ein funktionales Äquivalent für die in Deutschland mit der UWG-Reform von 2004 gerade erst eingeführten Beispielskataloge der §§ 4 und 5 Abs. 1 Satz 2 UWG a.F., die durch die Reform von 2015 stärker an die Richtlinie angepasst wurden (oben 1.1).

Aus unionsrechtlicher Perspektive stellt sich die Frage, ob dieses Nebeneinander von (restlichen) Beispielskatalogen und per-se-Verboten zulässig ist. Aus deutscher Sicht besteht dagegen das Problem, ob sich durch einen unionsrechtlichen Zwang, die Beispielskataloge zumindest zu reduzieren, Schutzlücken auftun. Dies wird im Folgenden am Beispiel der Lockvogelangebote, des Verschleierns des Werbecharakters und der Verletzung von Marktverhaltensregeln erörtert.

2.1. Lockvogelangebote (Anhang Nr. 5)

Mit dem Begriff „Lockvogelangebote“ werden zwei Fallgruppen aus der klassischen Rechtsprechung zur früheren Generalklausel der irreführenden Werbung (§ 3 UWG a.F., sog. kleine Generalklausel) zusammengefasst, nämlich die Irreführung über die Preisbemessung des übrigen Sortiments und die Irreführung über die angemessene

---

[156] *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. (2017), § 1 Rn. 35; vgl. auch *Beater*, JZ 2000, 973, der die situationsadäquate Aufmerksamkeit an den betriebswirtschaftswissenschaftlichen Begriffen Erfahrungsgüter, Suchgüter und Vertrauensgüter festmacht.

Bevorratung. Des Sachzusammenhangs wegen soll hier auch auf Sonderangebote eingegangen werden, bei denen ein höherer Preis zuvor nicht oder nur für unangemessen kurze Zeit verlangt wurde.

2.1.1. Die klassische Rechtsprechung

2.1.1.1. Irreführung über die Preisbemessung des übrigen Sortiments

Ausgangspunkt der Rechtsprechung zur Lockvogelwerbung ist die Irreführungsgefahr über die Preisbemessung des übrigen Sortiments durch ein ungewöhnlich günstiges Angebot.[157] Der Verbraucher müsse aus dem Angebotspreis schließen, dass das Preisniveau des Anbieters charakteristisch für das Preisniveau seines gesamten Angebots sei. Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn der Ausnahmecharakter des Angebots nicht erkennbar ist. Eine Werbung mit „Jeden Dienstag bietet Ihnen Skala einen schrägen Dienstag, tolle Knüller, tolle Preise“[158] wurde ebenso als irreführend eingestuft wie „Tiefstpreise Tag für Tag, das ist …“[159], weil der Verbraucher meine, das gesamte Sortiment sei herabgesetzt. Ist aus der Aufmachung der Werbung aber erkennbar, dass es sich um ein Sonderangebot handelt, liegt keine Irreführung vor.[160]

In der Kommentarliteratur wird die Auffassung vertreten, infolge des Leitbildes des mündigen Verbrauchers könne diese Fallgruppe nur noch mit Zurückhaltung angewendet werden.[161] Der Verbraucher habe sich an die Werbung mit besonders günstigen Angeboten gewöhnt. Richtig ist, dass der Verbraucher damit rechnet, dass ein Sortiment aus mehr und weniger preisgünstig kalkulierten Waren besteht. Es muss aber erkennbar sein, dass ein besonders beworbener Artikel zu einem besonders günstigen Preis angeboten wird, also ein Sonderangebot ist. Wird das Sortiment etwa angeboten mit einer Formulierung wie „Unsere günstigen Preise, z.B. …“, obwohl dann nur die besonders preisgünstig angebotenen Artikel folgen, hat die Fallgruppe noch heute ihre Berechtigung, die mit einem pauschalen Leitbild eines „mündigen Verbrauchers“ nicht hinweg gewischt werden kann. Auch der angemessen aufmerksame Verbraucher wird aus einer derartigen Formulierung Rückschlüsse auf das Preisniveau insgesamt ziehen.

2.1.1.2. Irreführung über den Sonderangebotscharakter

Wird mit einem „Sonderangebot“ geworben, muss sich der Preis von dem üblicherweise verlangten Preis unterscheiden. Der Begriff „Sonderangebot“ ist nicht inhaltsleer, sondern so zu verstehen, dass der Werbetreibende Preisvorteile anbietet.[162]

Ein besonderes Problem bietet dabei die Gegenüberstellung eines Sonderpreises mit einem früher verlangten eigenen Preis. Derartige Preisgegenüberstellungen sind zulässig, wenn sie wahrheitsgemäß sind. Nach einer Grundsatzentscheidung des BGH aus dem Jahre 1974, die noch heute anzuwenden ist, darf bei einem Eigenpreisvergleich der frühere Preis nicht nur kurze Zeit verlangt worden sein.[163] Als Eigenpreisvergleich,

---

[157] Grundlegend BGH, Urt. v. 17.9.1969 – I ZR 35/68, BGHZ 52, 302, 306 – Lockvogel; aus der jüngeren Judikatur BGH, Urt. v. 22.5.2003 – I ZR 185/00, GRUR 2003, 804, 805 – Foto-Aktion.

[158] BGH, Urt. v. 20.5.1974 – I ZR 107/72 – Schräger Dienstag.

[159] OLG Hamburg. Urt. v. 9.6.1977 – 3 U 20/77, WRP 1977, 651.

[160] BGH, Urt. v. 7.7.1978 – I ZR 169/76, GRUR 1978, 649, 651 – Elbe Markt.

[161] *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. (2017), § 5 Rn. 7.27.

[162] BGH, Urt. v. 8.12.1978 – I ZR 57/77, GRUR 1979, 474, 475 – 10-Jahres-Jubiläum.

[163] BGH, Urt. v. 28.6.1974 – I ZR 62/72, NJW 1974, 1822 – Preisgegenüberstellung I.

der diesen Kriterien genügen muss, gilt auch die Werbeaussage „Jetzt nur 5,-„.[164] Wer mit „20% auf alles“ wirbt, muss diesen Rabatt auch auf Sonderpreise für einzelne Artikel anwenden, die unmittelbar vor Beginn der Aktion galten.[165] Der Preis, mit dem verglichen wird, muss zum Zeitpunkt der Werbung als Verbraucherpreis noch in Betracht kommen.[166]

Doch nicht nur die Rechtsprechung, sondern auch der Gesetzgeber befasste sich wiederholt mit den Preisgegenüberstellungen. Das Problem bestand und besteht darin, dass irreführende Preisgegenüberstellungen nur schwer zu beweisen sind, weil kein klagebefugter Verband in der Lage ist, den Markt so genau zu beobachten, dass er von vorher verlangten und Sonderpreisen hinreichend Kenntnis erlangt. Der Gesetzgeber entschloss sich deshalb im Jahre 1986, Preisgegenüberstellungen gänzlich zu verbieten (§ 6e UWG a.F.). Damit schoss er aber über das Ziel hinaus, denn der EuGH sah – auf eine Vorlage des BGH[167] – diese Vorschrift als nicht vereinbar mit seiner o.g. Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit an,[168] so dass die Vorschrift im Jahre 1993 aufgehoben werden musste. Es galten nunmehr wieder nur die Grundsätze der Rechtsprechung.

Mit der UWG-Reform von 2004 unternahm der Gesetzgeber einen neuen Anlauf, um dem Problem der Durchsetzbarkeit des Verbots irreführender Preisgegenüberstellungen Herr zu werden. Er führte in § 5 Abs. 4 UWG eine doppelte Beweislastregelung zulasten des Anbieters ein. Es wurde ausdrücklich kodifiziert, dass es irreführend ist, wenn der vorhergehende Preis nur eine unangemessen kurze Zeit gefordert worden ist. Der Werbetreibende muss beweisen, für welchen Zeitraum dieser Preis gefordert worden ist. Die Vorschrift „überlebte“ die UWG-Reformen sowohl von 2008 wie von 2015 – bezeichnenderweise nicht zuletzt deshalb, weil die Preisgegenüberstellung kein Gegenstand spezifischer unionsrechtlicher Regelungen ist (s.u. 2.1.2).

2.1.1.3. Irreführung über die angemessene Bevorratung

Die Ankündigung eines Sonderangebots kann nur dann lauter sein, wenn sich der Werbetreibende angemessen bevorratet. Dies ist seit Langem ständige Rechtsprechung. Dem liegt die Überlegung zugrunde, dass das Sonderangebot nicht als Lockvogel eingesetzt werden soll, um die Nachfrage der Kunden, nachdem der beworbene Artikel nicht mehr zu erhalten ist, auf andere ggf. teurere Produkte umzulenken.[169] Der Vorrat muss angemessen sein, um die zu erwartende Nachfrage zu befriedigen. Der Werbetreibende kann sich aber darauf berufen, dass die Nachfrage unerwartet hoch ist oder

---

[164] BGH, Urt. v. 15.12.1999 – I ZR 159/97, NJW-RR 2000, 704 – Preisknaller.

[165] BGH, Urt. v. 20.11.2008 – I ZR 122/06, NJW 2009, 2541 – 20 % auf alles.

[166] BGH, Urt. v. 27.11.2003 – I ZR 94/01, NJW-RR 2004, 616 – Mondpreise.

[167] BGH, Urt. v. 11.4.1991 - I ZR 131/89, GRUR 1991, 556 – Yves Rocher I.

[168] EuGH, Urt. v. 18.5.1993 – C-126/91, ECLI:EU:C:1993:191 – Yves Rocher.

[169] Aus den Anfangsjahren dieser Rspr. BGH, Urt. v. 27.5.1982 – I ZR 35/80, GRUR 1982, 681, 683 – Skistiefel, BGH, Urt. v. 18.4.1985 – I ZR 155/83, GRUR 1984, 593, 595 – adidas-Sportartikel; weitere Nachw. bei *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. (2017), § 5 Rn. 8.3; in jüngerer Zeit BGH, Urt. v. 24.10.2002 – I ZR 50/00, NJW 2003, 894 – Computerwerbung II; BGH, Urt. v. 22.5.2003 – I ZR 185/00, GRUR 2003, 804, 805 – Foto-Aktion.

unvorhergesehene, vom Werbetreibenden nicht zu vertretende Lieferschwierigkeiten aufgetreten sind.[170] Auch eine vorzeitig abgebrochene Rabattaktion ist unlauter.[171]

Der Werbetreibende kann aber den lauterkeitsrechtlichen Folgen einer nicht ausreichenden Bevorratung dadurch ausweichen, dass er auf seinen geringen Vorrat hinweist. Dabei genügt der Hinweis „solange der Vorrat reicht".[172] Dieses Urteil ist zwar erst nach Umsetzung der UGP-RL ergangen, jedoch hatte der BGH auch schon vorher entschieden, dass die Irreführung durch einen Hinweis auf den beschränkten Warenvorrat entfallen kann.[173]

Auch bei der Vorratshaltung hatte der Gesetzgeber bereits früher eingegriffen. Die Richtlinie über irreführende Werbung stand dem nicht im Wege, weil sie eine Minimalharmonisierung darstellte. Von 1986 bis 1993 galt ein § 6d UWG, der eine beschränkte Bevorratung bei Sonderangeboten generell verbot. Die Vorschrift wollte damit Beweisschwierigkeiten aus dem Wege gehen, ob eine Bevorratung angemessen ist. Nachdem § 6e UWG a.F. wegen des Yves Rocher-Urteils des EuGH (s.o.) nicht mehr zu halten war, hob der deutsche Gesetzgeber bei dieser Gelegenheit den § 6d UWG gleich mit auf, weil zu befürchten war, dass er ähnlichen Bedenken des EuGH wie im Yves Rocher-Fall nicht standhalten würde.

Eine allein auf die Rechtsprechung gestützte Lösung des Bevorratungsaspekts bei der Lockvogelwerbung blieb jedoch unbefriedigend. Der Gesetzgeber fügte deshalb im Zuge der UWG-Reform von 2004 in den Beispielskatalog nach § 5 Abs. 2 Nr. 1 (jetzt § 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG) als Beispiel für die wesentlichen Eigenschaften einer Ware das Merkmal der Verfügbarkeit ein. Das wesentliche Anwendungsproblem, die schwierige Beweisbarkeit der unzureichenden Bevorratung, konnte dadurch jedoch nicht gelöst werden. Auch dieser Teil der nicht unionsrechtlich veranlassten Reform von 2004 „überlebte" die anschließenden Novellierungen von 2008 und 2015.

2.1.2. Änderungen durch die UGP-RL

Der Unionsgesetzgeber hat „Lockangebote" einem per-se-Verbot im Anhang Nr. 5 zur UGP-RL unterworfen. Ein per-se-Verbot ist abschließend; daneben darf der Irreführungstatbestand der Richtlinie und damit auch § 5 UWG nicht angewendet werden. Nach Anhang Nr. 5 ist eine

„Aufforderung zum Kauf von Produkten zu einem bestimmten Preis, ohne dass darüber aufgeklärt wird, dass der Werbetreibende hinreichende Gründe für die Annahme hat, dass er nicht in der Lage sein wird, dieses […] Produkt zu dem genannten Preis für einen Zeitraum und in einer Menge zur Lieferung bereitzustellen […], wie es angemessen wäre (Lockangebote)"

eine irreführende Geschäftspraxis.

Der Unionsgesetzgeber greift damit zwar einen wesentlichen Aspekt der Lockvogelwerbung auf und regelt ihn so wie die deutsche Rechtsprechung, versperrt oder zumindest

---

[170] BGH, Urt. v. 24.10.2002 – I ZR 50/00, NJW 2003, 894 – Computerwerbung II.

[171] BGH, Urt. v. 16.3.2000 – I ZR 229/97, NJW-RR 2001, 329 – Lieferstörung.

[172] BGH, Urt. v. 18.6.2009 – I ZR 224/06, NJW 2010, 618 – Solange der Vorrat reicht.

[173] BGH, Urt. v. 24.10.2002 – I ZR 50/00, NJW 2003, 894 – Computerwerbung II; BGH, Urt. v. 11.12.2003 – I ZR 83/01, NJW-RR 2004, 615 – Playstation.

erschwert jedoch durch die Vollharmonisierung eine Lösung der verbleibenden Probleme durch den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber.

Interessanterweise versucht der deutsche Umsetzungsgesetzgeber dennoch eine Lösung des (Beweis-)Problems. In Anhang Nr. 5 zu § 3 Abs. 3 UWG ist nämlich der wörtlichen Übernahme des Anhangs Nr. 5 der UGP-RL ein zweiter Satz hinzugefügt, der lautet:

„ Ist die Bevorratung kürzer als zwei Tage, obliegt es dem Unternehmer, die Angemessenheit nachzuweisen.“[174]

Der Gesetzgeber konnte sich dabei auf ErwGr. 21 Satz 2 berufen, wonach

„… die Beweislast vom nationalen Recht bestimmt [wird], die Gerichte und Verwaltungsbehörden … aber in die Lage versetzt werden [sollten], von Gewerbetreibenden zu verlangen, dass sie den Beweis für die Richtigkeit der von ihnen behaupteten Tatsachen erbringen.“

Dies ist geradezu eine Aufforderung an den nationalen Gesetzgeber, die Vorschrift mit Beweislastregeln zugunsten der klagebefugten Verbände zu ergänzen, wovon der deutsche Gesetzgeber folgerichtig Gebrauch gemacht hat.[175]

2.1.3. Die entstandenen Schutzlücken

Es zeigt sich, dass die UGP-RL die entscheidenden Fragen bei den Lockvogelangeboten nicht löst. Diese bestehen bei der Beweislast, und zwar bei der Preisgegenüberstellung hinsichtlich des Zeitraums, während dessen der gegenüber gestellte höhere Preis zuvor verlangt sein muss, und bei der Angemessenheit der Bevorratung.

Diese Schutzlücken müssen geschlossen werden. Immerhin verweist die Richtlinie selbst den Umsetzungsgesetzgeber auf Beweislastregeln. Jedoch ist der nationale Gesetzgeber auf diesen Weg beschränkt und kann keine anderen Lösungen in Betracht ziehen. Dies sollte ihm aber ermöglicht werden. Darum ist auch hier wieder das Minimalstandardprinzip einzufordern. Alternativ müsste der Unionsgesetzgeber selbst den Anhang Nr. 5 so neu formulieren, dass den aufgezeigten Problemen Rechnung getragen wird. Er könnte zu diesem Zweck die Nr. 5 um eine Öffnungsklausel ergänzen, wonach die Mitgliedstaaten im Einzelnen regeln dürfen, wie der Zeitraum der Preisgegenüberstellung und die Angemessenheit der Bevorratung festzustellen sind. Es wäre auch vorstellbar, diese Öffnung im ErwGr. 21 unterzubringen. Die hier vorgeschlagene Öffnung ist weiter als der geltende Verweis im ErwGr. 21 auf die mitgliedstaatlichen Beweislastregeln. Sollte eine derartige Änderung realisiert werden, kann der deutsche Gesetzgeber auch eine weitergehende Regelung einführen, insbesondere hinsichtlich der Feststellung des Zeitraums der Preisgegenüberstellung.

Im Übrigen liegt das Problem auf der Durchsetzungsebene. Die Lockvögel-Verstöße sind zu zahlreich und zu verschiedenartig, als dass sie von den klagebefugten Verbänden wirksam bekämpft werden könnten. Es gibt keinen Marktwächter Lauterkeitsrecht. Die Durchsetzung aber ist Aufgabe der Mitgliedstaaten. Sie müssen die Möglichkeit haben, die rechtlichen Rahmenbedingungen für die Durchsetzung des Lauterkeitsrechts selbst zu schaffen.

---

[174] *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. (2017), § 5 R. 8.12 spricht von einem „geschickten Schachzug“ des deutschen Gesetzgebers.

[175] BT-Drucks. 16/10145, S. 31.

2.2. Verschleiern des Werbecharakters

2.2.1. Die klassische Rechtsprechung

Der Verbraucher hat ein hohes Interesse zu erkennen, dass eine Werbeaussage von einem Werbetreibenden stammt und sich nicht als Aussage eines neutralen Dritten tarnt. Umgekehrt hat der Werbetreibende ein Interesse daran, dass seine Werbeaussage als objektiv und neutral erscheint. Deswegen wird Werbung in Printmedien häufig so gestaltet, dass sie wie ein redaktioneller Beitrag aussieht. Die Rechtsprechung ist dem schon früh entgegengetreten und hat das sog. Trennungsgebot aufgestellt, wonach Anzeigen in Printmedien nicht den Eindruck eines redaktionellen Beitrags erwecken dürfen.[176] Als Zeitungsartikel aufgemachte Werbung ist nicht verboten, sie muss aber als Werbung gekennzeichnet werden.

Die Grundsätze des Trennungsgebots gelten auch für elektronische Medien. In der Entscheidung Feuer, Eis und Dynamit I hat der BGH sie auch auf einen Kinofilm übertragen, bei dem ein Fünftel der Produktionskosten von im Film auftretenden Unternehmen getragen wurden, dabei aber einschränkend eine Abwägung mit der Kunstfreiheit vorgenommen.[177] Ein Entgelt des Werbetreibenden, das über die bloße kostenlose Zurverfügungstellung von Requisiten hinausgeht, ohne dass darauf spätestens im Vorspann hingewiesen wird, wird aber als unzulässige getarnte Werbung angesehen. Ob Product Placement durch dieses Urteil generell als getarnte Werbung anzusehen ist, lässt sich nicht eindeutig sagen, da es auf eine wertende Betrachtung im Einzelfall ankommt.

Der Gesetzgeber nahm mit der UWG-Reform 2004 die Fallgruppe der getarnten Werbung unter der Bezeichnung „Verschleiern des Werbecharakters“ in den Beispielkatalog des § 4 auf (§ 4 Nr. 3 UWG a.F.). Diese Vorschrift „überlebte“ die Reform von 2008. Durch die Reform von 2015 wurde sie nach § 5a Abs. 6 UWG verschoben.

2.2.2. Änderungen durch die UGP-RL

Der Anhang geht in Nr. 11 auf getarnte Werbung ein. Danach sind in Medien zu Zwecken der Verkaufsförderung eingesetzte redaktionelle Inhalte unzulässig, wenn der Gewerbetreibende die Verkaufsförderung bezahlt, ohne dass dies erkennbar ist. Zu Nr. 11 liegt bereits eine Entscheidung des EuGH vor. In „GOOD NEWS“ hält er fest, dass ausschließlich der Anhang der Richtlinie für die Beurteilung heranzuziehen ist.[178] Das presserechtliche Kennzeichnungsgebot für bezahlte redaktionelle Inhalte wird mit Nr. 11 des Anhangs für vereinbar erklärt und zwar deshalb, weil der beklagte Zeitungsverlag mit der nicht gekennzeichneten Anzeige nicht eigenen Wettbewerb fördere. Die presserechtliche Kennzeichnungsvorschrift liege deshalb außerhalb des Anwendungsbereichs der UGP-RL und sei unionsrechtlich zulässig. Zu § 4 Nr. 3 UWG a.F. äußert sich der EuGH nicht. Die Rechtsprechung ist der Ansicht, dass diese Vorschrift „richtlinienkonform“, d.h. in Übereinstimmung mit Nr. 11 des Anhangs, ausgelegt werden muss.[179] Auch bei Nr. 11 des Anhangs spielen Fragen der Beweislast eine Rolle, denn es liegt nahe, dass ein Außenstehender, etwa ein klagebefugter Verband, keine Einsicht hat, ob ein Unternehmer für gezeigte Produkte bezahlt hat. Der in ErwGr. 21 der UGP-RL

---

[176] BGH, Urt. v. 10.7.1982 – I ZR 96/79, NJW 1981, 2573 – Getarnte Werbung.

[177] BGH, Urt. v. 6.7.1995 - I ZR 58/93, BGHZ 130, 205 – Feuer, Eis und Dynamit I.

[178] EuGH, Urt. v. 17.10.2013, C-391/12, ECLI:EU:C:2013:669 – GOOD NEWS.

[179] BGH, Urt. v. 1.7.2010 – I ZR 161/09, GRUR 2011, 163 – Flappe.

enthaltene Verweis auf die mitgliedstaatlichen Beweislastregeln erfasst auch diesen Fall.

Zur Einbeziehung von product placement in den Anwendungsbereich der Vorschrift hat sich die Rechtsprechung noch nicht geäußert. Die Kommentarliteratur geht jedoch davon aus, dass dies jedenfalls im Umfang der Feuer, Eis und Dynamit-Entscheidung des BGH der Fall ist, d.h. dass eine bloße Hinweispflicht auf den Werbecharakter verfassungsgemäß ist.[180]

Zu erwähnen ist schließlich, dass Nr. 11 des Anhangs ausdrücklich die seinerzeitige Fernseh-RL,[181] jetzt RL über audiovisuelle Medien,[182] unberührt lässt.

3. VERLETZUNG VON MARKTVERHALTENSREGELN (§ 3A UWG)

3.1. Von der Generalklausel zu § 3a UWG

Ausführlicher einzugehen ist schließlich auf den Rechtsbruchtatbestand. Dieser wurde zunächst als Fallgruppe von der Rechtsprechung entwickelt und im Zuge der UWG-Reform 2004 als Regelbeispiel in § 4 Nr. 11 UWG eingestellt. Als der Gesetzgeber mit der UWG-Reform 2015 den § 4 UWG auf Mitbewerbertatbestände reduzierte, wurde die Vorschrift in einen § 3a UWG umgewandelt. Eine sachliche Änderung sollte damit nicht bezweckt sein.[183] § 4 Nr. 11 UWG a.F. galt in Verbindung mit § 3 UWG, so dass die dort geregelte Spürbarkeitsschwelle zur Anwendung kam. Da sich § 3a UWG nicht auf § 3 UWG bezieht, enthält § 3a UWG jetzt selbst die Spürbarkeitsschwelle.[184]

Die Rechtsprechung ging ursprünglich von dem Gedanken aus, dass es unlauter i.S.d. alten Generalklausel des UWG (§ 1 UWG a.F.) sei, wenn sich ein Mitbewerber durch eine Gesetzesverletzung Vorsprünge im Wettbewerb vor seinen Mitbewerbern verschaffe („Vorsprung durch Rechtsbruch“). Die Rechtsprechung unterschied wertbezogene Normen, deren Verletzung wettbewerbswidrig sein sollte, und wertneutrale Normen. Aus Verbrauchersicht unerfreulich war, dass Preisangabenvorschriften als wertneutrale Normen eingestuft wurden.[185] Allerdings wurde § 1 UWG a.F. als erfüllt angesehen, wenn sich der Werbetreibende bewusst und planmäßig über die Vorschrift hinweg setzte, um dadurch vor seinen Mitbewerbern einen Vorsprung durch Rechtsbruch zu erlangen.[186]

In der Folgezeit gab es jedoch einen Wandel in der Rechtsprechung. Der BGH stellte nunmehr darauf ab, ob eine Vorschrift zumindest auch den Zweck hat, das Marktverhalten zu regeln.[187] Verstößt ein Unternehmen gegen eine derartige Regel, handelt es unlauter. In dieser Form wurde die Rechtsprechung durch die UWG-Reform 2004 in § 4

---

[180] *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. (2017), Anh zu § 3 III UWG Rn. 11.3.

[181] Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehtätigkeit, ABl. EG Nr. L 298/23 v. 17.10.1989.

[182] Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 über die Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste (Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste), ABl. EU Nr. L 95/1 v. 15.4.2010.

[183] Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz, BT-Drs 18/6571, S. 14.

[184] Vgl. etwa *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. (2017), § 4 Rn. 11.58a.

[185] BGH, Urt. v. 18.5.1973 – I ZR 31/72, GRUR 1973, 655 – Möbelauszeichnung.

[186] BGH, Urt. v. 17.10.1980 – I ZR 132/78, GRUR 1981, 140 – Flughafengebühr.

[187] BGH, Urt. v. 11.5.2000 – I ZR 28/98, BGHZ 144, 255 – Abgasemissionen.

Nr. 11 UWG a.F. kodifiziert. Es steht dabei außer Frage, dass die Norm über das Lauterkeitsrecht hinausgreift, weil auch eine Vielzahl außerwettbewerbsrechtlicher Normen erfasst und einer lauterkeitsrechtlichen Sanktionierung zugeführt werden.[188] Auch die PAngV ist nun eine Marktverhaltensregel.[189]

Die Zahl der von der Rechtsprechung als Marktverhaltensregeln eingestuften Vorschriften ist nahezu unübersehbar. Sie werden im Allgemeinen gegliedert nach berufsbezogenen, produktbezogenen, absatzbezogenen und geschäftsbezogenen Regelungen.[190] Darunter befinden sich viele Verbraucherschutzvorschriften. Kernmaterien wie das AGB-Recht und das Fernabsatzrecht werden erfasst.[191] Für die Verbandsklagetätigkeit der Verbraucherverbände ist dies aber nicht so wichtig, weil hier regelmäßig §§ 1 oder 2 UKlaG greifen. Wichtiger sind die „Randbereiche“ des UKlaG (dazu unten). Gerade hier kommt es darauf an, dass § 3a UWG den Zugang zur Verbandsklage ermöglicht. Dies ist der Fall bei Preisangabenvorschriften und in großem Umfang bei Kennzeichnungsvorschriften. Insbesondere das Lebensmittelrecht ist Gegenstand zahlreicher Entscheidungen. Ferner spielen telekommunikationsrechtliche Vorschriften eine Rolle. Ob auch das Datenschutzrecht dazu gehört, ist höchstrichterlich nicht entschieden. Die instanzgerichtliche Judikatur war widersprüchlich.[192] Umso wichtiger ist es, dass diese Schutzlücke jetzt durch Erweiterung des UKlaG geschlossen wurde.[193]

3.2. Die Fallpraxis des vzbv

Dem Gutachter wurde vom Auftraggeber ein Sample von 25 Entscheidungen zur Verfügung gestellt, denen auf § 3a UWG bzw. die Vorgängervorschrift gestützte Verbandsklageverfahren zugrunde lagen, die im Folgenden ausgewertet werden.

(1) Gesundheitsbezogene Vorschriften

Es fällt auf, dass dabei gesundheitsbezogene Vorschriften, insbesondere lebensmittelrechtliche Kennzeichnungsvorschriften, ganz im Vordergrund standen. Dies ist ein Bereich, in dem das Vollharmonisierungsprinzip der UGP-RL nicht gilt (Art. 3 Abs. 3 UGP-RL). Der vzbv erstritt zahlreiche Urteile zur Health Claim-Verordnung[194] und zur LMIV.[195]

---

[188] *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. (2017), § 4 Rn. 11.6.

[189] BGH, Urt. v. 29.4.2010 – I ZR 23/08, NJW 2010, 2521 – Costa del Sol; zuletzt BGH, Urt. v. 14.1.2016 – I ZR 61/14, GRUR 2016, 516 – Wir helfen im Trauerfall; vgl. auch unten III.

[190] *Götting/Hetmank* in Fezer/Büscher/Obergfell, UWG, 3. Aufl. (2016), Übersicht vor § 3a; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl. (2016), Übersicht vor § 4 Rn. 11.1.

[191] Anerkannt seit BGH, Urt. v. 31.3.2010 – I ZR 34/08, NJW 2011, 76 – Gewährleistungsausschluss im Internet.

[192] Vgl. die Nachw. bei *Köhler* in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. (2017), § 4 Rn. 11.42. Umso bedauerlicher ist es, dass das OLG Dresden, 12.3.2013, 14 U 1776/12, in einer eine Klage des vzbv abweisenden Entscheidung die Revision nicht zuließ.

[193] Gesetz zur zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts vom 17. Februar 2016, BGBl I S. 233 v. 23.2.2016.

[194] LG Münster 30.12.2014 – 015/ o 31/14; LG Mainz 1.7.2016 – 4 O 609/15; OLG Karlsruhe 17.3.2016, 4 U 218/15; OLG Koblenz 11.12.2013 – 9 U 405/13; LG Frankfurt a.M. 10.2.2016 – 2-06 O 337/15.

[195] VO (EU) Nr. 1169/2011 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 betreffend die Information der Verbraucher über Lebensmittel und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 1224/2006 und (EG) Nr. 1925/2006 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 87/250/EWG der Kommission, der Richtlinie 90/496 des Rates, der Richtlinie 1999/10/EG der Kommission, der Richtlinie 2000/13/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, der Richtlinien 2002/67/EG und 2008/5/EG der Kommission und der Verordnung (EG) Nr. 608/2004 der Kommission, ABl. EU Nr. L 304/18 v. 22.11.2011.

[196]Dabei musste die Anerkennung dieser beiden Verordnungen als Marktverhaltensregeln nicht erst erstritten werden;[197] auch das Überschreiten der Spürbarkeitsschwelle, die sowohl nach § 4 Nr. 11 UWG a.F. wie nach § 3a UWG erforderlich war und ist, wurde bejaht.[198] Im Mittelpunkt der Entscheidungen stehen vielmehr Einzelheiten der betreffenden Kennzeichnungsregeln selbst. Dabei ging es sowohl um das Entstehen einer gewissen Kasuistik, die mit Hilfe rechtskräftiger instanzgerichtlicher Entscheidungen erreicht wird, als auch um Grundsatzurteile. Es braucht nicht erwähnt zu werden, dass die Teekanne-Entscheidung des EuGH hierbei eine überragende Rolle spielte.[199]

Der vzbv erreichte aber auch bei der Tabakwerbung zwei Grundsatzurteile des BGH.[200] In unserem Zusammenhang kommt es dabei weniger darauf an, wie der BGH das VTabakG auslegte - das Gesetz wurde unproblematisch als Marktverhaltensregel anerkannt -, als mehr auf die Betonung des BGH, dass der Gesundheitsschutz von der Vollharmonisierung der UGP-RL ausgenommen[201] ist als auch auf seine Ausführungen zum Verhältnis zu § 5a UWG (dazu unten 3.4.).

Der vzbv hat sich auch der Bio-Werbung zugewendet. Die BIO TABAK-Entscheidung des BGH ist allerdings auf die tabakrechtliche Spezialregelung des VTabakG gestützt. Die grundlegende Regelung, die VO (EG) Nr. 834/2007 (Öko-Basisverordnung),[202] führte bislang nur zu einer landgerichtlichen Entscheidung, in der das Fehlen der Code-Nummer als Rechtsverletzung bei der Vermarktung von Bio-Früchten beanstandet wurde.[203] Angesichts der nach wie vor bestehenden Unsicherheiten und Missbrauchsanfälligkeiten bei der Verwendung des Begriffs liegt es nahe, dass sich der vzbv verstärkt mit diesem Bereich befassen sollte.

(2) Neue Medien

Der vzbv hat sich auch mit Facebook und Google auseinandergesetzt. Am Wichtigsten ist hier zweifellos das Facebook-Urteil des BGH, das jedoch auf den Belästigungstatbestand des § 7 UWG gestützt ist und deswegen weiter unten (5.) zu erörtern ist.[204] Daneben wurde ein Urteil des LG Berlin erstritten, in dem es um ein Online-Kontaktformular von Google für das Erreichen von Support ging, das erst im zweiten Schritt zur Verfügung gestellt wurde. Das Gericht sah darin nicht die nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 TMG erforderliche Möglichkeit der unmittelbaren Kontaktaufnahme. Diese Vorschrift wurde als

---

[196] Zur LMIV LG Wiesbaden 4.5.2016 – 11 O 3/16; BGH, Urt. v. 2.12.2015 – I ZR 45/13, GRUR 2016, 738 – Himbeer-Vanille-Abenteuer; LG Amberg, 29.7.2016, 41 HK O 1146/10; LG Duisburg 6.3.2015 – 2 O 84/14; zur Vorgängerregelung des § 11 Abs. 1 LFGB a.F. LG München 18.11.2009 – 1 HK 4243/09; OLG Frankfurt a.M. 20.10.2011 – 6 U 40/11; LG Augsburg 29.7.2010 – 1 HK O 1146/10; LG Göttingen 17.8.2012 – 7 O 6/12.

[197] So schon BGH, Urt. v. 17.1.2013 – I ZR 5/12, GRUR 2013, 958 – Vitalpilze zur Health Claim Verordnung; BGH, Urt. v. 2.10.2008 – I ZR 220/05, GRUR 2008, 1118 – MobilPlus-Kapseln zu § 11 Abs. 1 LFGB.

[198] BGH, Urt. v. 4.11.2010 – I ZR 139/09, GRUR 2011, 633 – BIO TABAK.

[199] EuGH, Urt. v. 4.6.2015, C-195/14, ECLI:EU:C:2015:361 – Teekanne; dazu *Fezer*, VuR 2015, 289.

[200] BGH, Urt. v. 18.11.2010 – I ZR 137/09, BGHZ 169, 340 – unser wichtigstes Cigarettenpapier; BGH, Urt. v. 4.11.2010 – I ZR 139/09, GRUR 2011, 633 – BIO TABAK. Ein weiteres Verfahren ist unter dem Az. I ZR 117/16 anhängig (Berufungsurteil: OLG München 21.4.2016 – 6 U 2775/15).

[201] BGH, Urt. v. 4.11.2010 – I ZR 139/09, GRUR 2011, 633 – BIO TABAK.

[202] Ausführlich zur Öko-Basisverordnung unten 4.

[203] LG Nürnberg-Fürth 21.7.2011 – 1 HK O 2090/11.

[204] BGH, Urt. v. 14.1.2016 – I ZR 65/14, NJW 2016, 3445 – Freunde finden.

Marktverhaltensregel anerkannt.[205] Angesichts der Relevanz der neuen Medien mag diese Ausbeute vergleichsweise bescheiden erscheinen, doch ist zu berücksichtigen, dass viele Fragen in diesem Bereich sich in einem datenschutzrechtlichen Zusammenhang zeigen. Es ist zu erwarten, dass die neue datenschutzrechtliche Verbandsklage hier zu neuen Aktivitäten führt.

3.3. § 3a UWG und die UGP-RL

Es wird diskutiert, ob der Rechtsbruchtatbestand mit dem Vollharmonisierungsprinzip der UGP-RL vereinbar ist.[206] Eine entsprechende Vorschrift fehlt in der Richtlinie. Eine über den Standard der Richtlinie hinausgehende Regelung würde gegen das Vollharmonisierungsprinzip verstoßen.

Ein derartiger Verstoß liegt jedoch nicht vor. Das UWG ist keine 1:1 Umsetzung der UGP-RL und muss es nach den unionsrechtlichen Vorgaben auch nicht sein. Dies ergibt sich schon daraus, dass auch in Fällen einer Vollharmonisierung eine überschießende Umsetzung auf nicht von der Richtlinie erfasste Bereiche (“targeted harmonisation“) zulässig ist. Das UWG macht von dieser Möglichkeit Gebrauch, indem es – entsprechend seiner Tradition – kein reines Verbraucherschutzgesetz ist, sondern auch für b2b-Fälle anwendbar ist. Dies ist völlig unstreitig. Ab § 8 UWG enthält es Vorschriften zur Durchsetzung und zum Verfahren, die von der Richtlinie teils gar nicht, teils nur in Ansätzen vorgegeben werden. Auch die Zulässigkeit der Regelung dieser Tatbestände an dieser Stelle ist unstreitig.

§ 3a UWG ist eine „Scharniernorm“, die außerhalb des UWG geregelte Verbote und Gebote mit den Durchsetzungsinstrumenten (Verbandsklagebefugnis) und den Rechtsfolgen (Unterlassungsanspruch) des UWG verknüpft. Es schafft keine weiteren lauterkeitsrechtlichen Tatbestände, sondern knüpft nur an Tatbestände außerhalb des Lauterkeitsrechts, die Marktverhaltensregeln darstellen, die lauterkeitsrechtlichen Sanktionen an. Ob diese Tatbestände auch lauterkeitsrechtliche Tatbestände erfüllen, ist von Fall zu Fall unterschiedlich. In der Tat gibt es erhebliche Überschneidungen, insbesondere beim Irreführungstatbestand (dazu sogleich), aber eben nur Überschneidungen, keine Erweiterungen. Liegt aber ein Irreführungstatbestand vor, braucht § 3a UWG nicht angewendet zu werden, da bereits § 5 oder § 5a UWG eingreifen. In diesen Fällen stellt sich das Problem einer Kollision mit der UGP-RL nicht. Zudem würde die Anwendung von § 3a UWG zu keinen anderen Ergebnissen führen als die bloße Anwendung der §§ 5 oder 5a UWG. In allen anderen Fällen aber bewegt man sich außerhalb des Anwendungsbereichs der UGP-RL. Für diese Fälle ist die Anwendung von § 3a UWG nicht nur zulässig, sondern auch erforderlich.

3.4. § 3a und §§ 5, 5a UWG

Eine Verletzung der o.g. Kennzeichnungsvorschriften führt dazu, dass in vielen Fällen gleichzeitig eine irreführende geschäftliche Handlung vorliegt, sei es dass durch unzutreffende Angaben ein Tatbestand nach § 5 UWG erfüllt ist, sei es dass wegen einer nicht erfolgten Kennzeichnung die Voraussetzungen nach § 5a UWG vorliegen. Es

---

[205] LG Berlin 28.8.2014 – 52 O 135/13. Zu Kontaktformularen bereits KG 7.5.2013 – 5 U 32/12, WRP 2013, 1058 (Ryan Air); zu § 5 Abs. 1 TMG als Marktverhaltensregel auch OLG Koblenz 3.6.2015 – 9 U 1339/14, das im Übrigen die Klage des vzbv aus Beweisgründen ablehnte.

[206] Differenzierend *Köhler,* in: Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl. (2016), § 4 Rn. 11.6a ff.; *Götting/Hetmank*, in: Fezer/Büscher /Obergfell (Hrsg.), UWG, 3. Aufl. (2016), § 3a Rn. 11a.

fragt sich, ob die Wege über § 3a UWG und §§ 5 oder 5a UWG sich gegenseitig ausschließen oder ob sie kumulativ beschritten werden können.

Viele Instanzgerichte machen sich darüber keine Gedanken, sondern stützen ohne nähere Begründung die geltend gemachten Ansprüche sowohl auf § 3a UWG in Verbindung mit der verletzten Vorschrift wie auf § 5 UWG.[207] Auch das OLG Düsseldorf hat als Berufungsgericht im Teekanne-Verfahren § 4 Nr. 11 UWG a.F. i.V. m. § 11 Abs. 1 LFGB a.F. neben § 5 UWG herangezogen.[208] Andere wenden nur § 3a UWG bzw. die Vorgängervorschrift des § 4 Nr. 11 UWG a.F. an, obwohl die Verletzung der Kennzeichnungsvorschrift eine Irreführung nahelegt.[209]

Damit kann es jedoch nicht sein Bewenden haben. Man muss Kennzeichnungsregeln unterscheiden, die ihrerseits ein Irreführungsverbot enthalten, und solche, bei denen ein solches fehlt. Vor allem das lebensmittelrechtliche Irreführungsverbot ist hier von Bedeutung. In der abschließenden Entscheidung des BGH zum Teekanne-Fall wird ausgeführt, dass das Irreführungsverbot nach § 7 LMIV abschließend sei und die Anwendbarkeit von § 5a UWG ausschließe. Der BGH bezieht sich dabei auf ErwGr 10 Satz 3 und Art. 3 Abs. 4 UGP-RL,[210] wonach die Richtlinie nur insoweit gilt „als keine speziellen Vorschriften des Gemeinschaftsrechts vorliegen, die spezielle Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln wie etwa Informationsanforderungen….“. Diese Ausführungen müssen auch für § 5 UWG gelten. Sie liegen in der Logik der eingeholten Vorab-Entscheidung des EuGH, die die UGP-RL mit keinem Wort erwähnt. De lege lata ist damit abschließend und eindeutig geklärt, dass §§ 5 und 5a UWG im Lebensmittelrecht nicht zur Anwendung gelangen. Allerdings ist dies eine Aussage, die allein aus der Auslegung des Lebensmittelrechts gewonnen ist. Die UGP-RL kann einer Anwendung des § 3a UWG auf lebensmittelrechtliche Tatbestände schon deswegen nicht entgegenstehen, weil im Gesundheitsschutz das Minimalstandardprinzip gilt (Art. 3 Abs. 3 UGP-RL).

Dies wirft die Frage nach der Durchsetzung des lebensmittelrechtlichen Irreführungsverbots auf. Die Einhaltung des Lebensmittelrechts wird behördlich überwacht, was im LFGB ausführlich geregelt ist. Das LFGB und die dahinter stehende Richtlinie äußern sich aber nicht dazu, ob diese Sanktionen abschließend sind. Es ist also – lebensmittelrechtlich betrachtet – zulässig, lauterkeitsrechtliche Sanktionen an die Verletzung von lebensmittelrechtlichen Ver- und Geboten anzuschließen. Dies dürfte auch erforderlich sein, weil man bezweifeln kann, dass die behördliche Überwachung ausreichend ist. Umso wichtiger ist es, dass der Weg über § 3a UWG offen bleibt, der die zusätzliche Anwendung des lauterkeitsrechtlichen Sanktionssystems eröffnet. Der BGH erwähnt § 4 Nr. 11 UWG a.F. in den Entscheidungsgründen nicht. Da er aber von der Klagebefugnis des vzbv ausgeht, muss er entweder den Weg über § 4 Nr. 11 UWG a.F. für zulässig gehalten oder eine Klagebefugnis nach § 2 UKlaG angenommen haben. Möglicherweise bringt das anhängige Verfahren I ZR 117/16, welches das VTabakG zum Gegen-

---

[207] LG München 18.11.2009 – 1 HK O 4243/09; LG Wiesbaden 4.5.2016 – 11 O 3/16; LG Amberg 29.7.2016 – 41 HK O 497/16; LG Augsburg 29.7.2010 – 1 HK O 1146/10.

[208] OLG Düsseldorf 19.2.2013, 20 U 59/12, GRUR-RR 2013, 300 – Himbeer-Vanille-Abenteuer.

[209] OLG Frankfurt a.M. 20.10.2011 – 6 U 40/11; LG Duisburg 6.3.2015 – 2 O 84/14; LG Göttingen 17.8.2012 – 408 O 192/09.

[210] BGH, Urt. v. 2.12.2015 – I ZR 45/13, GRUR 2016, 738, Rn. 23 – Himbeer-Vanille-Abenteuer.

stand hat, Aufschluss zu dieser Frage. Das Berufungsgericht hatte jedenfalls im Zusammenhang mit einem Verstoß gegen das VTabakG die einschlägige Norm des VTabakG sowohl als verbraucherschützende Norm nach § 2 Abs. 1 UKlaG wie als Marktverhaltensregel i.S.d. § 3a UWG qualifiziert.[211] Es ist zu hoffen, dass der BGH die Anwendbarkeit des § 3a UWG schon wegen des insoweit geltenden Minimalstandardprinzips bestätigt und nicht auf den Ausweg über § 2 UKlaG verweist.

Enthält die speziellere Regelung dagegen kein eigenes Irreführungsverbot, kommen §§ 5 und 5a UWG zur Anwendung. Dies ergibt sich schon daraus, dass nach Art. 7 Abs. 5 der UGP-RL Informationsanforderungen aus Gemeinschaftsrechtsakten als wesentlich gelten. Die Richtlinie enthält hierzu einen Anhang (Anhang II), in der die wichtigsten Richtlinien mit (vor)vertraglichen Informationspflichten aufgeführt sind, nicht jedoch beispielsweise die lebensmittelrechtlichen Kennzeichnungsvorschriften, ebenso wenig wie die Öko-Basisverordnung oder die für technische Produkte geltende Etikettierungsrichtlinie. Der Anhang II ist jedoch nicht abschließend, so dass es möglich ist, auch derartige Pflichten als wesentlich i.S. d. Art. 7 Abs. 5 UGP-RL (entspricht § 5a Abs. 4 UWG) anzusehen.

Unionsrechtliche Informationspflichten, die nach dem Willen des Unionsgesetzgebers nicht unter Art. 7 Abs. 5 UGP-RL fallen, können jedoch nicht auf dem Umweg über § 3a UWG sanktioniert werden. Derartige Informationspflichten kommen aber praktisch nicht vor. § 3a UWG steht auch für Informationspflichten offen, die auf autonomem deutschen Recht beruhen. Der deutsche Gesetzgeber ist jedoch äußert zögerlich, der Flut unionsrechtlicher Informationspflichten noch eigene hinzuzufügen, obwohl dies etwa wegen des insoweit geltenden Mindeststandards bei Informationspflichten nach der VRRL möglich wäre. Informationspflichten werden daher über Art. 7 Abs. 5 UGP-RL praktisch ausreichend erfasst.

Auch bei anderen Spezialregelungen taucht die Frage auf, ob sie abschließend sind und ein automatisches Aufsetzen des lauterkeitsrechtlichen Sanktionsinstrumentariums erlauben. Dies gilt z.B. für das TKG. Dessen § 44 sieht Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche bei Verstößen gegen das Gesetz vor. Sie stehen den Mitbewerbern und den Verbrauchern zu. Es gibt also anders als nach dem UWG individuelle Ansprüche von Verbrauchern, aber keine Verbandsklagemöglichkeiten entsprechend dem Modell des § 8 UWG. In der Literatur wird daraus geschlossen, dass eben wegen dieser spezifischen Sanktion das TKG abschließend sei.[212] Für das TMG dagegen nehmen die Gerichte das Gegenteil an, also die Anwendbarkeit von § 4 Nr. 11 UWG a.F.[213] – das TMG enthält auch nur Bußgeldvorschriften und keine zivilrechtlichen Sanktionen. Im TKG dagegen müsste § 44 durch eine Regelung ergänzt werden, wonach die dort genannten Sanktionen nicht abschließend sind.

Zur Frage, ob auch die energieverbrauchsrelevanten Informationspflichten nach der Etikettierungsrichtlinie (im deutschen Recht: EnVKG) von § 3a UWG erfasst sind, gibt es noch keine Urteile. Diese Pflichten fallen mangels eigenständiger Regelungen in der

---

[211] OLG München 21.4.2016 – 6 U 2775/15.

[212] OLG Düsseldorf GRUR-RR 2013, 180; *Schaffert*, in: MüKo-UWG, 2. Aufl. (2014), § 4 Nr. 11 Rn. 28; *Köhler,* in: Köhler/Bornkamm , UWG, 34. Aufl. (2016), § 4 Rn. 11.14a.

[213] OLG Koblenz 3.6.2015 – 9 U 1339/14; LG Berlin 28.8.2014 – 52 O 135/13. In beiden Verfahren war der vzbv Kläger.

Etikettierungsrichtlinie unter § 5a Abs. 4 UWG,[214] so dass auf diesem Wege jedenfalls die Verbandsklagebefugnis besteht.

Selbstverständlich gibt es auch eine Überschneidung zwischen § 3 und § 3a UWG. Die Fallgruppe des Rechtsbruchs hat sich schließlich aus der alten Generalklausel des § 1 UWG a.F. heraus entwickelt und das Merkmal der Unlauterkeit nicht verloren. Wenn es § 3a UWG nicht gäbe, müsste also § 3 UWG zur Anwendung kommen. Das Argument, der „Schaden" bei einem Wegfall des § 3a UWG hielte sich wegen des „ersatzweisen" Eingreifens von § 3 UWG in Grenzen, überzeugt jedoch nicht, denn nach § 3 Abs. 2 UWG muss die wesentliche Beeinflussung der Entscheidung des Verbrauchers hinzukommen. Diese subjektive Komponente ist in § 3a UWG nicht enthalten, was die Vorschrift einfacher handhabbar macht. Dafür enthält § 3a UWG aber die Spürbarkeitsschwelle.

3.5. § 3a UWG und § 2 UKlaG

Wenn der Weg über die lauterkeitsrechtliche Verbandsklage versperrt ist, kommt § 2 UKlaG in Betracht. Nach dieser Vorschrift besteht ein Unterlassungsanspruch bei der Verletzung von Verbraucherschutzgesetzen. In der Aufzählung derartiger Gesetze in § 2 Abs. 2 UKlaG sind zwar die wichtigsten Verbraucherschutzgesetze, insbesondere auch solche, die Umsetzungen von Rechtsakten der EU sind, aufgeführt. Das Gesetz ist gerade erweitert worden, und zwar nicht nur, wie schon erwähnt, um die datenschutzrechtliche Verbandsklagebefugnis, sondern es ist auch die Richtlinie über audiovisuelle Dienstleistungen hinzugekommen. Doch es fehlen immer noch die lebensmittelrechtlichen Rechtsvorschriften. Dies ist jedoch kein Grund, sie von der Anwendbarkeit des § 2 UKlaG auszuschließen, denn § 2 Abs. 2 UKlaG ist als Beispielskatalog ausgestaltet. Es gibt auch einen guten Grund, das Lebensmittelrecht nicht mit aufzunehmen: Durch den schnellen Wandel bei diesen Vorschriften wären ständige Folgeänderungen des UKlaG erforderlich. Im Ergebnis jedenfalls schließt § 2 UKlaG die Lücke, die entstehen würde, wenn § 3a UWG entgegen der hier vertretenen Auffassung nicht anwendbar wäre.

Zwar wäre ein großer Teil des Anwendungsbereichs des § 3a UWG durch andere Vorschriften abgedeckt. So griffe die Klagebefugnis nach § 2 UKlaG bei Verletzung von Verbraucherschutzvorschriften ein und die Klagebefugnis nach § 8 Abs. 3 UWG bei Irreführungstatbeständen nach §§ 5 oder 5a UWG und bei unlauteren geschäftlichen Handlungen nach § 3 UWG. Jedoch bleiben Randbereiche dieser Vorschriften, die nicht sicher abgedeckt sind. Dies gilt vor allem bei der Verletzung von Kennzeichnungsvorschriften. Bei Regelungen außerhalb des UWG ist nicht immer sicher, ob eine Verletzung irreführend oder zumindest unlauter ist. Dies gilt insbesondere für Informationspflichten, die nicht im Anwendungsbereich des § 5a Abs. 4 UWG liegen.

3.6. Handlungsempfehlungen

§ 3a UWG einschließlich der Vorgängervorschrift des § 4 Nr. 11 UWG hat sich bewährt und sollte beibehalten werden. Unionsrechtliche Bedenken schlagen zwar letztlich nicht durch, aber man sollte auch nicht ignorieren, dass sie gelegentlich geäußert werden. Deswegen empfiehlt es sich, die Regelung als „best practice" aus dem Bereich des deutschen Lauterkeitsrechts im Unionsrecht zu verankern. § 3a UWG enthält kein per-se-Verbot, sondern ist vom Überschreiten der Spürbarkeitsschwelle abhängig. Deshalb

[214] *Obergfell*, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg.), UWG, 3. Aufl. (2016), § 5a Rn. 188.

empfiehlt es sich nicht, eine entsprechende Vorschrift in den Anhang zur UGP-RL aufzunehmen. Vielmehr bietet sich Art. 5 Abs. 4 a.E. UGP-RL als Standort einer Regelung an. Dort könnte es heißen: „Unlautere Geschäftspraktiken sind auch solche, die gegen eine gesetzliche Vorschrift verstoßen, die auch dazu bestimmt ist, im Interesse der Verbraucher das Marktverhalten zu regeln." Die Spürbarkeitsschwelle ergibt sich aus Art. 5 Abs. 2 UGP-R. Weil die Einhaltung von das Marktverhalten regelnden Vorschriften der Wahrung der gesetzlichen Rahmenbedingungen der Wettbewerbsordnung dient und damit eine zentrale Bedeutung für das Lauterkeitsrecht hat, ist die Spürbarkeitsschwelle regelmäßig überschritten.

Sollte sich der Unionsgesetzgeber zu einer derartigen Lösung nicht verstehen, müsste auf alle Fälle gewährleistet sein, dass § 3a UWG nicht beeinträchtigt wird. Es ist verbreitete Praxis des Unionsgesetzgebers, in den Erwägungsgründen darauf hinzuweisen, dass bestimmte nationale Regelungen trotz Vollharmonisierung wegen des Prinzips der targeted harmonisation bestehen bleiben können. Eine derartige Regelung sollte mit Bezug auf § 3a UWG erfolgen. Eine Öffnungsklausel im Anhang wäre für diesen Fall nicht erforderlich.

Ein Problem besteht, wenn von § 3a UWG in Bezug genommene Regelungen abschließend sind. Enthalten derartige Vorschriften nur die materiell-rechtliche Regelungen, also beispielsweise ein eigenständiges Irreführungsverbot, sind zwar §§ 5 und 5a UWG nicht anwendbar, die lauterkeitsrechtlichen Rechtsfolgen können aber gleichwohl über § 3a UWG angeknüpft werden. Enthält das in Bezug genommene Gesetz dagegen auch Sanktionen, können lauterkeitsrechtliche Sanktionen nicht zur Anwendung kommen, wenn die Regelung abschließend ist.

4. UMWELTBEZOGENE WERBUNG

4.1. Die bisherige Rechtsprechung

4.1.1. Allgemeine Anpreisungen

Allgemeine Anpreisungen sind problematisch, wenn sie das positive Image umweltbezogener Begriffe ausnutzen, ohne konkret Angaben über die Qualität der beworbenen Waren zu machen. Dabei sind Begriffe zu unterscheiden, aus denen hervorgeht, dass das Produkt zumindest umweltfreundlicher sein soll als konkurrierende Waren, und solche, die jedenfalls ohne zusätzliche Angaben überhaupt keine inhaltliche Qualitätsaussage machen.

Zu der ersten Gruppe gehören Begriffe wie „umweltfreundlich, umweltschonend", „umweltgerecht", „umweltbewusst".[215] Nach der Rechtsprechung entfällt eine Irreführungsgefahr, wenn weitere Hinweise gegeben werden. So ist die Werbung „aus Altpapier" irreführend, wenn nicht erwähnt wird, dass das Papier nur überwiegend aus Altpapier hergestellt wird.[216] Der Werbetreibende hatte den blauen Umweltengel verwendet und die Zeile „Umweltfreundlich, weil …" mit den Worten „aus Altpapier" ergänzt. Einer Irreführung wäre er nur entgangen, wenn es „überwiegend aus Altpapier" geheißen hätte.

---

[215] *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. (2017), § 5 Rn. 4.166.

[216] BGH, Urt. v. 20.10.1988, I ZR 238/47, NJW 1989, 712 – aus Altpapier.

Es muss angegeben werden, bis zu welchem Grade das beworbene Produkt „biologisch“ oder „naturgemäß“ ist.[217] Auf der anderen Seite können eine Erdgasheizung oder eine Elektro-Nachtspeicherheizung als umweltschonend beworben werden, ohne dass angegeben wird, in welcher Beziehung die Umweltschonung vorliegt.[218] Die Bezeichnung „PVC-frei“ ist zulässig, auch wenn nicht auf andere Nachteile des Produkts hingewiesen wird.[219]

4.1.2. Werbung mit „Bio“

Besonders problematisch ist die Verwendung des Begriffs „Bio“. Für landwirtschaftliche Erzeugnisse gibt es eine detaillierte Regelung, die sich aus Unions- und deutschem Recht zusammensetzt. Nach der Öko-Basisverordnung müssen umfangreiche Voraussetzungen erfüllt sein, damit der Begriff „biologisch/ökologisch“ verwendet werden darf.[220] In diesem Fall darf auch mit einem in der Verordnung (EU) Nr. 271/2010[221] festgelegten Siegel geworben werden. Für verpackte Bio-Lebensmittel ist die Verwendung des Siegels vorgeschrieben, während für Produkte, die der Verordnung nicht entsprechen, diese Begriffe nicht verwendet werden dürfen.

Das ÖkoKennzeichnungsG (ÖkoKennzG) und die ÖkokennzeichnungsVO (ÖkokennzV) übertragen die Prinzipien der Unionsverordnung auf die Verwendung des deutschen Bio-Siegels. Die Voraussetzungen für das deutsche Bio-Siegel sind mit denen für das europäische identisch, da sich die ÖkoKennzV auf die Öko-Basisverordnung bezieht. In der Praxis dürfte sich das deutsche Siegel weitaus stärker durchgesetzt haben als das europäische.

Wer sich an die genannten europäischen bzw. deutschen Vorschriften hält, kann nicht unlauter gehandelt haben. Bei einer unberechtigten Führung der Siegel ist dagegen von einer Irreführung auszugehen. Es stellt sich außerdem die Frage, ob nicht allein der Gesetzesverstoß das lauterkeitsrechtliche Sanktionssystem auslöst, m.a.W. ob die Wege über § 5 UWG und über § 3a UWG i.V.m. der ÖkoKennzV gleichzeitig beschritten werden können oder sich gegenseitig ausschließen. Darauf ist bereits oben eingegangen worden (3.).

Doch auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Öko-Basisverordnung wird der Begriff „Bio“ in nicht geringem Umfang verwendet. Hier ist die Rechtsprechung gefordert, die den Irreführungstatbestand des UWG anzuwenden hat. Grundlegend ist hier die Biomineralwasser-Entscheidung des BGH.[222] Der BGH führte aus, dass die Werbung mit diesem Begriff keine Werbung mit einer Selbstverständlichkeit sei, wenn sich das fragliche Mineralwasser von anderen Mineralwässern durch einen besonders niedrigen Anteil an Rückständen und Schadstoffen abhebe. Der Verkehr erwarte unter dem Begriff

---

[217] OLG Frankfurt GRUR 1989, 358 für „biologisch düngen“, OLG Nürnberg GRUR 1989, 686 für „biologisch richtig bauen“, OLG München GRUR 1990, 290 für „bioclean“ für ein Reinigungsmittel.

[218] OLG Stuttgart WRP 1993, 628 für eine Erdgasheizung, KG NJW-RR 1993, 943 für eine Elektro-Nachtspeicherheizung.

[219] BGH, Urt. v. 23.5.1996 – I ZR 76/94, GRUR 1996, 985, 986 – PVC-frei.

[220] Verordnung (EU) Nr. 834/2007 des Rates vom 28. Juni 2007 über die ökologische/biologische Produktion und die Kennzeichnung von ökologischen/biologischen Erzeugnissen und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 2092/91, ABl. EU Nr. L 189/1 v. 20.7.2007.

[221] Verordnung (EU) Nr. 271/2010 der Kommission vom 24. März 2010 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 889/2008 mit Durchführungsvorschriften zur Verordnung (EG) Nr. 834/2007 des Rates hinsichtlich des Logos der Europäischen Union für ökologische/biologische Produkte, ABl. EU Nr. L 84/19 v. 31.3.2010.

[222] BGH, Urt. v. 13.9.2012 – I ZR 230/11, BGHZ 194, 314 – Biomineralwasser.

keine Zertifizierung durch eine staatliche Stelle und auch nicht, dass „Bio“-Mineralwasser den Voraussetzungen der Öko-Basisverordnung entspräche. Die Verpflichtung nach § 8 MinTafelWV, [223] die Bezeichnung „natürliches Mineralwasser“ zu verwenden – diese Verpflichtung geht ebenfalls auf Unionsrecht zurück[224] -, stehe der zusätzlichen Angabe als „Biomineralwasser“ nicht entgegen.

Eine Reihe weiterer Entscheidungen zeigt, dass „Bio“ nicht nur bei landwirtschaftlichen Erzeugnissen eine Rolle spielt. BIO GOLD für ein Waschmittel ist irreführend, wenn und weil der Eindruck erweckt wird, das Mittel sei frei von Chemie.[225] Ein Anbieter darf nicht allgemein von BIO-Früchten“ sprechen, wenn nur drei von elf Fruchtarten und vier von 38 Produkten in Bio-Qualität angeboten werden.[226]

Umweltsiegel werden auch außerhalb des Bereichs landwirtschaftlicher Erzeugnisse verwendet, und zwar sowohl von staatlicher wie von privater Seite. So gibt es ein europäisches Umweltzeichen, das sich freilich nicht durchgesetzt hat.[227] Am bekanntesten ist sicher der „blaue Engel.“ Zu diesem Siegel hat der BGH entschieden, dass es irreführend ist, wenn die damit verbundenen Hinweispflichten („umweltfreundlich, weil …“) nicht eingehalten werden.[228] Die drei Punkte hinter dem Wort „weil“ müssen vom Werbetreibenden ausgefüllt werden; ohne eine derartige Ergänzung darf das Siegel nicht verwendet werden.

4.1.3. Technische Produkte (EnVKG)

Gesetzlich festgelegte Umweltstandards gibt es naturgemäß auch für technische Produkte. Der Gesetzgeber geht hier jedoch einen anderen Weg als bei landwirtschaftlichen Erzeugnissen. Während dort Voraussetzungen an die Führung eines Bio-Siegels aufgestellt werden, die niemand einhalten muss, der das Siegel nicht führen will, arbeitet der Unionsgesetzgeber bei technischen Produkten mit Informationspflichten. Grundlegend ist die Etikettierungs-Richtlinie,[229] die in Deutschland als Energieverbrauchskennzeichnungsgesetz (EnVKG) umgesetzt ist. Eine Neufassung steht bevor.[230] Sowohl die europäische Richtlinie wie das deutsche Gesetz sind durch Verordnungen konkretisiert. Besonders im Gespräch ist derzeit die Pkw-EnKV, die auf die – mehrfach geänderte - Richtlinie 1999/94/EG[231] zurückgeht. Hierbei handelt es sich um das derzeit vielfach diskutierte Rechtsinstrument, das Verfahren zur Bestimmung der CO_2-Emissionen von Diesel-Motoren festlegt, die nicht den tatsächlich entstehenden Emissionen

---

[223] Verordnung über natürliche Mineralwasser, Quellwasser und Tafelwasser (MinTafelWV) v. 1.8.1984, BGBl I 1036, zuletzt geändert durch Verordnung v. 22.10.2014, BGBl. I 1633, mit Kennzeichnungsvorschriften in § 8.

[224] Richtlinie 2009/54 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Juni 2009 über die Gewinnung von und den Handel mit natürlichen Mineralwässern (Neufassung), ABl. EU Nr. L 164/45 v. 2.6.2009.

[225] KG, Urt. v. 22.9.1992 – 5 U 3485/90, GRUR 1993, 766.

[226] OLG München, Urt. v. 23.9.1993, 29 U 5401/93, WRP 1994, 134, 136.

[227] VO (EG) Nr. 1980/2000 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. Juli 2000 zur Revision des gemeinschaftlichen Systems zur Vergabe eines Umweltzeichens, ABl. EG Nr. L 237/1 v. 21.9.2000.

[228] BGH, Urt. v. 20.10.1988 – I ZR 219/87, BGHZ 105, 277 – Umweltengel; dazu *Falke,* VuR 1989, 94.

[229] Richtlinie 2010/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom19. Mai 2010 über die Angabe des Verbrauchs an Energie und anderen Ressourcen durch energieverbrauchsrelevante Produkte mittels einheitlicher Etiketten und Produktinformationen, ABl. EG Nr. L 1353/1 v. 18.6.2010.

[230] Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung eines Rahmens für die Energieeffizienzkennzeichnung und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/30/EU, COM(2015) 341 final v. 15.7.2015.

[231] Richtlinie 1999/94 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Dezember 1999 über die Bereitstellung von Verbraucherinformationen über den Kraftstoffverbrauch und CO_2-Emissionen beim Marketing für neue Personenkraftwagen, ABl. EU Nr. L 12/16 v. 18.1.2000.

entsprechen. Der Gesetzgeber hält hier den Werbetreibenden nachgerade zu einer irreführenden geschäftlichen Handlung i.S.d. § 5 UWG an. Die Einhaltung der Informationspflichten nach der RL 1999/94/EG bzw. der Pkw-EnKV bedeutet gleichzeitig einen Verstoß gegen das Verbot irreführender Werbung. Man wird den Konflikt aber nur durch eine realitätsnähere Ausgestaltung der RL 1999/94/EG lösen können und nicht lauterkeitsrechtlich.

Es taucht aber die Frage auf, wie Verstöße gegen das EnVKG und seine Konkretisierungen lauterkeitsrechtlich zu bewerten sind. Falsche Angaben dürften regelmäßig gegen § 5 UWG verstoßen, unterlassene Angaben gegen § 5a Abs. 3 Nr. 1 UWG (wesentliche Merkmale). Allerdings dürfte nicht in allen Fällen zweifelsfrei sein, dass es sich um wesentliche Merkmale handelt. Nach Art. 7 Abs. 5 (entspricht § 5a Abs. 4 UWG) gelten Informationspflichten in Gemeinschaftsrechtsakten als wesentlich. Die einschlägigen Rechtsakte sind im Anhang II der UGP-RL aufgeführt, jedoch ist die Liste nicht abschließend. Die Etikettierungsrichtlinie gehört nicht dazu, ebenso wenig wie die Öko-Basisverordnung. Sollte sie nicht über Art. 7 Abs. 5 mit den lauterkeitsrechtlichen Sanktionen verknüpft werden können, bleibt nur der Weg über § 3a UWG (vgl. auch oben 3.). Letztlich wird man aber auch diese Vorschriften in den Anwendungsbereich des Art. 7 Abs. 5 UGP-RL einbeziehen können.

Eine weitere Fallgruppe befasst sich damit, dass Unternehmen ihr Umweltengagement in der Werbung herausstreichen, ohne dass ein Bezug zur Umweltfreundlichkeit der Produkte besteht. Ursprünglich war die Rechtsprechung in diesen Fällen sehr kritisch, weil ihrer Ansicht nach die Leistung des Unternehmens beworben werden soll, die sich in der Qualität des beworbenen Produkts äußert. Der Kunde soll seine Kaufentscheidung allein aufgrund der Qualität der beworbenen Produkte treffen, nicht aber aufgrund anderer Umstände. Das Umweltengagement wurde insoweit als sachfremd eingeordnet, weil es den Kunden davon abhält, das für ihn beste Produkt zu kaufen. Die Werbung mit einem altruistischen Umweltengagement wurde somit in die frühere Fallgruppe der Mitleidswerbung eingeordnet. Ein charakteristisches Beispiel ist eine ältere Entscheidung, in der es einem Unternehmen verboten wurde, mit der Erstattung der Fahrtkosten für den öffentlichen Nahverkehr zu werben und dabei darauf hinzuweisen, dass damit ein Beitrag zum Umweltschutz geleistet wird.[232]

Von dieser Betrachtung ist die Rechtsprechung inzwischen weit entfernt. In den viel beachteten Krombacher-Fällen wurde damit geworben, dass der Kunde mit jedem Kasten Bier ein Regenwald-Projekt unterstütze. Der BGH hält dies dann nicht für irreführend, wenn angegeben wird, mit welchem Betrag pro Kasten Bier der Regenwald unterstützt wird.[233] Der Mitleidsaspekt ist aufgegeben worden und damit der Gedanke, dass der Anbieter nur mit der eigenen Leistung werben darf.

4.2. Keine Änderung durch UGP-RL

Das Thema Umweltwerbung wurde anlässlich der UWG-Reform nicht als Fallgruppe in § 4 UWG (a.F.) aufgenommen und auch nicht in die Fallgruppen der irreführenden Werbung nach § 5 UWG. Die UGP-RL enthält in ihrem Anhang keine spezifischen auf Umweltfaktoren bezogenen Tatbestände. Die Unionsgesetzgebung beeinflusste die Beurteilung umweltbezogener Werbung nach dem UWG daher nicht.

---

[232] BGH, Urt. v. 18.10.1990 – I ZR 113/89, GRUR 1991, 542 – Biowerbung mit Fahrpreiserstattung.

[233] BGH, Urt. v. 26.10.2006 – I ZR 33/04, NJW 2007, 919 – Regenwaldprojekt I; BGH, Urt. v. 26.10.2006 – I ZR 97/04, GRUR 2007, 251 – Regenwaldprojekt II.

Wichtig ist aber, dass viele Regelungen des Unionsrechts entweder Voraussetzungen für die Verwendung bestimmter Begriffe oder umweltrelevante Informationspflichten enthalten. Dadurch besteht ein erheblicher Einfluss des Unionsrechts auf umweltbezogene Werbung. Hier stellt sich die Frage, wie diese Vorschriften mit dem lauterkeitsrechtlichen Sanktionssystem verknüpft werden können. Dies ist eine Frage des § 3a UWG, auf den bereits oben eingegangen wurde. Die Tatsache, dass der geltende § 3a UWG ein wirksames Sanktionsinstrument für die Durchsetzung unionsrechtlicher Vorschriften ist, spricht dafür, ihn auf die unionsrechtliche Ebene zu heben und in der UGP-RL zu verankern.

De lege lata sind die Voraussetzungen des Irreführungstatbestandes des § 5 UWG zu prüfen. Dabei ist zunächst zu untersuchen, ob über wesentliche Eigenschaften unwahre Behauptungen aufgestellt (§ 5 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 UWG) oder diese verschwiegen werden (§ 5a Abs. 3 Nr. 1 UWG). Sollte es sich nicht um eine wesentliche Eigenschaft handeln, ist die Generalklausel nach § 5 Abs. 1 Satz 1 UWG zu prüfen. Sie ist allerdings durch die Reform von 2015 um den Zusatz ergänzt worden, dass die Irreführung geeignet sein muss, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte. Damit wollte man die Vorschrift besser an Art. 6 der UGP-RL anpassen. Eine Änderung der bisherigen Rechtsprechung dürfte sich daraus nicht ergeben.

4.3. Schutzlücken

Die Regelung von Umweltwerbung durch das geltende Recht ist unzureichend. Umweltwerbung ist zu wichtig, als dass sie nur mit den allgemeinen Vorschriften der „kleinen“ Generalklausel erfasst werden sollte, zumal dieser Weg auch nicht sicher ist: Es muss entweder die Hürde der „wesentlichen“ Eigenschaft oder die der geschäftlichen Entscheidung, die der Verbraucher ohne die Irreführung nicht getroffen hätte, überwunden werden. Unter diesen Voraussetzungen lassen sich umweltrelevante Faktoren, insbesondere solcher, die sich aus Spezialgesetzgebung wie über die Bio-Werbung oder den Energieverbrauch ergeben (oben 4.1.2 und 4.1.3) in der Werbung nicht vollständig und zuverlässig erfassen. Der Gesetzgeber sollte nicht zuwarten, ob und wie die Rechtsprechung diese Fragen löst.

4.4. Handlungsempfehlungen

Zur Problemlösung schlagen wir vor,

(1) den Begriff der wesentlichen Eigenschaften in §§ 5 und 5a UWG (Art. 6 und 7 UGP-RL) um Nachhaltigkeitsstandards zu konkretisieren. Dieser Weg ist vor allem für technische Gebrauchsgüter geeignet.[234] In Betracht kommt zuvörderst, Angaben über die Lebensdauer zu verlangen und deren Nicht-Vorhandensein lauterkeitsrechtlich abzusichern.

(2) sicherzustellen, dass Verstöße gegen Gesetze, die die Verwendung bestimmter Begriffe wie „biologisch/ökologisch“ an bestimmte Voraussetzungen knüpfen (Öko-Basisverordnung) oder bestimmte Pflichtangaben wie vor allem über den Energieverbrauch (Etikettierungs-RL, EnVKG) vorschreiben, lauterkeitsrechtlich sanktioniert werden können. Dabei muss vor allem geregelt werden, dass Verstöße als Irreführung i.S. d. Art. 6 und 7 UGP-RL (§§ 5 und 5a UWG) anzusehen sind, so dass es nicht des Umwegs

---

[234] In diese Richtung gehen bereits Vorschläge in dem für das UBA erstellten Gutachten *Schlacke/Tonner/Gawel/Alt/Bretschneider*, Stärkung eines nachhaltigen Konsums im Bereich Produktnutzung durch Anpassungen im Zivil- und im öffentlichen Recht, UBA-Texte 72/2015; zusammenfassend *Schlacke/Tonner/Gawel* JZ 2016, 1030.

über § 3a UWG bedarf. Die entsprechenden Regelungen dürfen keine abschließende Regelung der Sanktionen enthalten.

(3) Parallelregelungen zur Verwendung der Begriffe „biologisch/ökologisch“ außerhalb des Anwendungsbereichs der Öko-Basisverordnung einzuführen, da die Rechtsprechung überfordert ist, das Problem zufriedenstellend zu lösen.

Die Empfehlung zu (2) wird bereits durch die empfohlene Übernahme der Marktverhaltensregel entsprochen, während die Empfehlung zu (3) nur außerhalb des Lauterkeitsrechts umgesetzt werden kann.

Da davon auszugehen ist, dass die UGP-RL im Rahmen des REFIT eine vollharmonisierende Richtlinie bleibt, müssen rechtspolitische Forderungen an den Unionsgesetzgeber gerichtet werden. Sollte er diese Forderungen nicht aufgreifen und gleichzeitig auf der Beibehaltung der Vollharmonisierung beharren, muss die UGP-RL zumindest um geeignete Öffnungsklauseln erweitert werden, die vor allem die Konkretisierung der „wesentlichen Eigenschaften“ durch Nachhaltigkeitsstandards erlauben.

5. BELÄSTIGUNG

5.1. Gesetzgebungsgeschichte und unionsrechtlicher Hintergrund

Der Belästigungstatbestand des § 7 UWG wurde mit der UWG-Reform des Jahres 2004 geschaffen. Er umfasst eine Reihe in der Praxis auch und gerade für den Verbraucherschutz wichtiger Fallgruppen, die die Rechtsprechung zuvor auf der Basis der Generalklausel des § 1 UWG a.F. entwickelt hatte. Dazu gehören das Ansprechen auf der Straße und die Haustürwerbung als Formen der direkten Werbung und Werbung unter Einsatz von Fernkommunikationsmitteln, wobei zunächst die Briefwerbung, heute aber die Werbung unter Einsatz elektronischer Kommunikationsmittel im Vordergrund steht. Die Entwicklung ist nicht bei der Telefonwerbung stehen geblieben, die freilich nach wie vor Gegenstand besonderer Aufmerksamkeit ist,[235] sondern umfasst heute auch Formen wie E-Mail-Werbung und die Werbung über soziale Medien.[236] Dabei tauchen Schnittstellen zum Datenschutzrecht auf, während bei allen hier genannten Formen der Werbung die Parallele der lauterkeitsrechtlichen Regelung zum vorvertraglichen und vertraglichen Verbraucherschutz, wie er vor allem in der VRRL und deren Umsetzung in §§ 312 ff. BGB zum Ausdruck kommt, ins Auge springt.

Die UGP-RL von 2005 enthält keinen Belästigungstatbestand. Stattdessen regelt sie in Art. und 9 sog. aggressive Geschäftspraktiken. Belästigung und aggressive Geschäftspraktiken sind nicht dasselbe. Zudem macht Art. 8 UGP-RL die Anwendung der Vorschrift davon abhängig, dass die aggressive Geschäftspraktik die Entscheidung des Verbrauchers beeinflusst. Art. 9 konkretisiert den Begriff. Es handelt sich dabei aber nicht um Regelbeispiele. Zudem enthält die Liste der per-se-Verbote im Anhang der Richtlinie drei Ziffern, die einen Belästigungstatbestand ausdrücken.

Der Umsetzungsgesetzgeber von 2008 nahm die Art. 8 und 9 der Richtlinie nicht zum Anlass, etwas am UWG zu ändern. Er meinte, dass mit den Regelbeispielen des § 4 Nr. 1 und 2 UWG a.F. bereits das Erforderliche getan sei und überdies der Anhang mit den genannten Nr. 25, 26 und 29 umgesetzt sei. Am Grundtatbestand des § 7 UWG änderte er nichts, passte aber § 7 Abs. 2 UWG an den Anhang Nr. 26 der UGP-RL an

---

[235] Zur Telefonwerbung *Tonner/A. Reich*, VuR 2009, 95; *Mankowski*, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg.), UWG, 3. Aufl. (2016), § 7 Rn. 108 ff.

[236] Dazu BGH, Urt. v. 14.1.2016 – I ZR 65/14, GRUR 2016, 946 – Freunde finden.

mit der Folge, dass er § 7 Abs. 2 Nrn. 2 und 3 UWG als Umsetzung des Anhangs Nr. 26 UGP-RL ansah und die Nr. 26 nicht in den Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG aufnahm.

Mit der Nichtumsetzung des Begriffs der aggressiven Geschäftspraktiken konnte es nicht sein Bewenden haben. Deshalb wurde mit der unter dem Druck eines drohenden Vertragsverletzungsverfahrens zustande gekommenen UWG-Reform 2015 ein § 4a UWG eingeführt, der die Art. 8 und 9 UGP-RL nunmehr ins deutsche Recht übernimmt.[237] Damit wurde das Problem aber nicht vollständig gelöst, denn § 7 UWG blieb bei dieser Reform unverändert. Es ist auf die Frage einzugehen, ob der Gesetzgeber von 2015 auf halben Wege stehen blieb, oder ob es gute Gründe gibt, § 7 UWG bestehen zu lassen, obwohl der Belästigungstatbestand in dieser Weise nicht in der Richtlinie enthalten ist. Besonders brisant ist dies, weil daran die Telefonwerbung hängt. Die unionsrechtliche Zulässigkeit der geltenden Regelungen ist daher genau zu untersuchen,[238] um den Spielraum auszuloten, der dem nationalen Gesetzgeber für die Regelung der Telefonwerbung bleibt, wenn der Unionsgesetzgeber insoweit nicht angemessene Regelungen schafft.

5.2. Das Verhältnis von §§ 4a, 7 UWG und des Anhangs Nr. 25, 26 und 29 zueinander

Es ist stets mit der Prüfung der per-se-Verbote zu beginnen. Die Praxis in der Anwendung wird sich daher immer stärker auf den Anhang des UWG verlagern.[239] Gerade aus rechtspolitischer Sicht sind aber die allgemeinen Vorschriften von großer Bedeutung, weil aufgrund ihrer allgemeineren Fassung neue Sachverhalte aufgegriffen werden können, die sich nicht in den per-se-Verboten widerspiegeln.

Die für belästigende Werbung einschlägigen Nrn. 25 und 26 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG betreffen Formen der Direktwerbung. Nach Nr. 25 (entspricht Nr. 24 des Anhangs der UGP-RL) darf nicht der Eindruck erweckt werden, der Verbraucher könne bestimmte Räumlichkeiten nicht ohne vorherigen Vertragsschluss verlassen. Nach Nr. 26 des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG (entspricht Nr. 25 des Anhangs der UGP-RL) ist die Nichtbeachtung einer Aufforderung des Verbrauchers, bei persönlichem Aufsuchen in seiner Wohnung dieselbe zu verlassen, per se unzulässig. Damit werden eher klassische Formen der belästigenden Werbung vom Anhang erfasst, während Belästigung unter Einsatz von Fernkommunikationsmitteln sich in der deutschen Umsetzung des Anhangs mit den per-se Verboten nicht widerspiegelt. Der Umsetzungsgesetzgeber hat den Anhang Nr. 26 der UGP-RL, der sich mit der Werbung unter Einsatz elektronischer Fernkommunikationsmittel befasst, nicht im Anhang zu § 3 Abs. 3 UWG, sondern in § 7 Abs. 2 Nrn. 2 und 3 UWG umgesetzt. Diese Vorschrift ist ein weiteres per-se-Verbot und ebenso wie die anderen per-se-Verbote vorrangig zu prüfen. Nr. 29 des Anhangs schließlich betrifft die Aufforderung zur Bezahlung oder Rücksendung nicht bestellter Waren und ist damit das lauterkeitsrechtliche Gegenstück zu Art. 25, 27 VRRL (in Deutschland umgesetzt in § 241a BGB).[240]

Aufgrund der nur sehr eingeschränkten Relevanz des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG für belästigende Werbung bleibt für die §§ 4a und 7 UWG ein breites Anwendungsfeld, vor

---

[237] Zum neuen § 4a UWG *Fritsche*, WRP 2016, 1.

[238] Vgl. dazu auch *Schaffert*, in: Festschrift Köhler (2014), S. 585 ff.

[239] Vgl. dazu schon *Keßler/Micklitz,* VuR 2009, 88, 90.

[240] Zum unionsrechtlichen Hintergrund von § 241a BGB *Wiese*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 7 Rn. 4.

allem für Belästigungen mittels Fernkommunikationsmitteln. § 4a UWG setzt dabei die Art. 8 und 9 UGP-RL mehr oder weniger wörtlich um, während § 7 UWG daneben unverändert bestehen bleibt. § 4a UWG wird trotz des weiter geltenden § 7 UWG jedoch schon deshalb nicht bedeutungslos bleiben, weil er die Regelbeispiele des § 4 Nr. 1 und 2 UWG a.F. in sich aufnimmt. Dabei handelt es sich um geschäftliche Handlungen, die geeignet sind, die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers durch Ausübung von Druck zu beeinflussen (§ 4 Nr. 1 UWG a.F.) und geschäftliche Handlungen, die geistige oder körperliche Gebrechen ausnutzen (§ 4 Nr. 2 UWG a.F.). Diese beiden Vorschriften mussten schon bisher richtlinienkonform so ausgelegt werden, dass sie den Voraussetzungen der Art. 8 und 9 der UGP-RL entsprachen. Die einschlägige Rechtsprechung kann daher beibehalten werden. Bei § 4a UWG muss die Hürde übersprungen werden, wonach die aggressive Geschäftspraktik geeignet sein muss, die geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers zu beeinflussen. Dies galt auch für § 4 UWG a.F., der die Generalklausel des § 3 UWG einschließlich der Verbrauchergeneralklausel des § 3 Abs. 2 UWG in Bezug nahm, während § 4a UWG diese Voraussetzung nunmehr selbst enthält.[241] Bei § 7 UWG besteht sie dagegen nicht. Hier ist stattdessen auf die Zumutbarkeit abzustellen.

Der Gesetzgeber der Reform von 2015 lässt jedoch das Verhältnis zwischen § 4a UWG und § 7 UWG ungelöst. Er meint zwar, § 7 UWG schütze die Privatsphäre, während § 4a UWG die freie und durch Belästigung unbeeinflusste geschäftliche Entscheidung des Verbrauchers schütze, doch kommt man damit nicht weiter. Der Gesetzgeber übersieht, dass die Tatbestände des neuen § 4a UWG auch durch Fernkommunikationsmittel verwirklicht werden können, die sich in der Privatsphäre des Verbrauchers auswirken. Gerade diese modernen Formen sind besonders relevant. Ein anderes, engeres Verständnis würde auch den Vorgaben der Art. 8 und 9 der UGP-RL nicht entsprechen. Mit anderen Worten: Die §§ 4a und 7 UWG überschneiden sich.

In der Praxis wird man sich vorerst wohl damit behelfen, dass man die Fallgruppen der Regelbeispiele von § 4 Nr. 1 und 2 UWG a.F. unter den neuen § 4a UWG subsumiert und den Belästigungstatbestand des § 7 UWG wie gewohnt anwendet. Befriedigend ist dieses Ergebnis nicht nur unter rechtssystematischen Gesichtspunkten nicht, denn es bedeutet, dass auch § 7 Abs. 1 UWG der Umsetzung der Art. 8 und 9 UGP-RL dient und entsprechend richtlinienkonform ausgelegt werden muss. Dabei geht § 7 UWG über § 4a UWG hinaus, d.h. nicht alle Fälle, die von § 7 UWG erfasst werden, könnten auch unter § 4a UWG subsumiert werden, denn, wie schon ausgeführt, § 4a UWG übernimmt die Voraussetzung der Verbrauchergeneralklausel des § 3 Abs. 2 UWG, wonach die beanstandete geschäftliche Praxis geeignet sein muss, die Entscheidung des Verbrauchers zu beeinflussen, während § 7 UWG auf die Zumutbarkeit der Belästigung abstellt - ohne direkte oder indirekte Bezugnahme auf § 3 Abs. 2 UWG. Das ist nicht dasselbe.

5.3. Die Auswirkungen des Vorrangs des Unionsrechts

Die unionsrechtliche Zulässigkeit des § 7 UWG ist von hoher verbraucherpolitischer Bedeutung, weil die Vorschrift die Regelungen über die Telefonwerbung enthält. Würde man § 7 UWG für unionsrechtlich bedenklich einstufen, weil er über Art. 8 und 9 der UGP-RL hinausgeht, bräuchte man einen neuen „Aufhänger“ für die Telefonwerbung.

---

[241] Zum nunmehr fehlenden Bezug auf § 3 Abs. 2 UWG *Tonner/A. Reich*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 6 Rn. 92.

Zwar enthält die Richtlinie ein per-se-Verbot für unerwünschte Telefonwerbung, überlässt die Entscheidung über die Frage, ob es sich dabei um ein opt-out oder ein opt-in handelt, jedoch dem nationalen Gesetzgeber.

Bevor der deutsche Gesetzgeber sich an die Aufgabe macht, das Verhältnis der §§ 4a und 7 UWG neu auszutarieren – mit der Reform 2015 hat er diese Aufgabe zweifellos verfehlt – muss man sich darüber klarwerden, welche Anforderungen der Vorrang des Unionsrechts dafür stellt. Für eine korrekte Umsetzung der Art. 8 und 9 der UGP-RL bedarf es nur des § 4a UWG; weitere Vorschriften sind dafür nicht notwendig. Insbesondere ist § 7 Abs. 1 UWG dafür nicht erforderlich. § 7 Abs. 1 UWG setzt – anders als § 7 Abs. 2 UWG - auch keine andere Vorschrift der Richtlinie um. Wäre es dem deutschen Gesetzgeber von 2015 nur um die korrekte Umsetzung der Art. 8 und 9 UGP-RL gegangen, hätte er § 7 Abs. 1 UWG aufheben müssen. Die bisher unter diese Vorschrift fallenden Fallgestaltungen hätten unter § 4a UWG subsumiert werden müssen.

Die Beibehaltung des § 7 Abs. 1 UWG macht also nur dann Sinn, wenn die Vorschrift einen weiteren Regelungsgehalt hat als Art. 8 und 9 UGP-RL. Dies aber könnte einen Verstoß gegen das Vollharmonisierungsprinzip bedeuten und wäre nur dann zulässig, wenn § 7 Abs. 1 UWG eine der engen Ausnahmen vom Vollharmonisierungsprinzip für sich beanspruchen könnte.

In der Tat sieht das Schrifttum § 7 Abs. 1 UWG als außerhalb der Richtlinie liegend an.[242] Zur Rechtfertigung angesichts des Vollharmonisierungsprinzips wird ErwGr. 7 der Richtlinie herangezogen, wonach die Richtlinie sich nicht auf gesetzliche Anforderungen in Fragen der guten Sitten und des Anstands bezieht, die in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich seien.[243] Als Beispiel erwähnt der Erwägungsgrund das Ansprechen auf der Straße zu Verkaufszwecken, das in manchen Mitgliedstaaten aus kulturellen Gründen unerwünscht sei.

Die aktuellen Fragen des Belästigungstatbestandes liegen aber im Bereich des § 7 Abs. 2 UWG. Es handelt sich dabei um den Einsatz elektronischer Fernkommunikationsmittel. § 7 Abs. 2 UWG hat sehr wohl einen unionsrechtlichen Hintergrund, nämlich Nr. 26 des Anhangs der UGP-RL und Art. 13 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation. Diese Regelungen eröffnen zwar gewisse Spielräume – dazu sogleich -, der von ihnen gesetzte Rahmen darf aber nicht überschritten werden. Angesichts der Regelungen mit unionsrechtlichem Hintergrund in § 7 Abs. 2 UWG, die in ihrer Nr. 1 auch die Briefwerbung erfasst, bleibt für § 7 Abs. 1 UWG aus den angestammten Fallgruppen nicht mehr viel übrig. Zu denken wäre an die Straßenwerbung,[244] aber hier stellt sich die Frage, ob sie nicht besser bei § 4a UWG aufgehoben wäre.

---

[242] Differenzierend *Mankowski*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG, 4. Aufl. (2016), § 7 Rn. 25.

[243] Etwa *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. (2017), § 7 Rn. 9; *Leible*, in: MüKo-UWG, 2. Aufl. (2014), § 7 Rn. 279; *Mankowski*, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg.), UWG, 3. Aufl. (2016), § 7 Rn. 28; zweifelnd, ob ErwGr 7 so weit reicht, *Schöler*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG, 4. Aufl. (2016), § 7 Rn. 166.

[244] Zur Straßenwerbung *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. (2017), § 7 Rn. 63 ff.; *Mankowski*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG, 4. Aufl. (2016), § 7 Rn. 279 ff.

5.4. Grundtatbestand und Spezialtatbestände des § 7 UWG

§ 7 UWG besteht aus einer Generalklausel, auch die kleine Generalklausel genannt,[245] und einem konkretisierenden Regelbeispiel in Abs. 1 sowie vier konkreten Tatbeständen, bei denen stets eine Belästigung anzunehmen ist, in Abs. 2. Dazu zählt die Telefonwerbung.

5.4.1. Die Generalklausel (§ 7 Abs. 1)

Die Generalklausel besteht aus zwei Elementen, nämlich der Belästigung und der Unzumutbarkeit. „Stellschraube" ist die Unzumutbarkeit, über die die Rechtsprechung die Vorschrift mehr oder weniger weit auslegen kann. Nicht jede geringfügige Belästigung kann im modernen Leben als unlauter angesehen werden,[246] die Schwelle darf aber auch nicht zu hoch angesetzt werden.[247] Im Unterschied zu § 4a UWG verbindet § 7 Abs. 1 UWG die Unlauterkeit der Belästigung nicht mit dem Erfordernis, dass die geschäftliche Handlung geeignet ist, den Verbraucher zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er sonst nicht getroffen hätte. An Stelle dieser Voraussetzung steht in § 7 Abs. 1 UWG das Merkmal der Unzumutbarkeit, das aber weiter und offener ist als die aus der Richtlinie stammende Eignung zum Treffen einer geschäftlichen Entscheidung. Dies ist unionsrechtlich nur zulässig, wenn man mit der h. M. auf die Ausnahme des ErwGr. 7 der UGP-RL (gute Sitten und Anstand) vom Vollharmonisierungsprinzip zurückgreift (vgl. oben 5.3). Sonst müsste man die Unzumutbarkeit auf die Eignung zum Treffen einer geschäftlichen Entscheidung richtlinienkonform teleologisch reduzieren.

Für den Augenblick mag man mit dieser Lösung leben können. Es erscheint jedoch zweifelhaft, ob der ErwGr 7 wirklich so zu verstehen ist. Langfristig sollte der deutsche Gesetzgeber die Telefonwerbung aus dem Belästigungstatbestand lösen und stattdessen das in der Richtlinie enthaltene per-se-Verbot als solches umsetzen. Dieses erlaubt dem nationalen Gesetzgeber die Option für die opt-in-Lösung, so dass dann auch alle Folgefragen, insbesondere im Zusammenhang mit der Einverständniserklärung des Verbrauchers, in diesem Rahmen gelöst werden können.

§ 7 Abs. 1 Satz 2 UWG konkretisiert die „kleine Generalklausel" durch ein Regelbeispiel, wonach Werbung unzumutbar belästigend ist, wenn erkennbar ist, dass der angesprochene Marktteilnehmer diese Werbung nicht wünscht. Der Gedanke, dass die Belästigung insbesondere dadurch erfolgt, dass die Werbung nicht erwünscht ist, zieht sich wie ein roter Faden durch die Rechtsprechung bereits auf der Basis der alten Generalklausel des § 1 UWG a.F.[248] Wer mit der Werbung einverstanden ist, kann nicht belästigt werden, wenn die Werbung dann tatsächlich erfolgt. Ein Werbetreibender, der sich vor der Werbemaßnahme in lauterer Weise (!) des Einverständnisses des Umworbenen versichert, befindet sich daher auf der „sicheren Seite". Nicht umsonst drehen sich viele Fälle darum, ob das Einverständnis vorliegt (unten 5.4.2.2).[249]

Mit der Generalklausel werden Fallgruppen wie Straßenwerbung oder Haustürwerbung aufgefangen. Dabei ist die Rechtsprechung nur bei der Straßenwerbung wirklich

---

[245] *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. (2017), § 7 Rn. 4.

[246] RegE, BT-Drucks. 15/1487, S. 20.

[247] *Tonner/A. Reich*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 6 Rn. 189.

[248] BGH, Urt. v. 19.6.1970 – I ZR 115/68, BGHZ 54, 188 – Telefonwerbung I.

[249] BGH, Urt. v. 8.6.1989 – I ZR 187/87, GRUR 1989, 753, 754 – Telefonwerbung II.

strikt.[250] Bei der Behandlung der Haustürwerbung liegt jedoch ein Wertungswiderspruch vor, da sie nur in engen Ausnahmefällen als unzulässig eingestuft wird. Warum ein Vertreter, der vor der Haustür steht, weniger intensiv in die Privatsphäre eindringen soll als ein unerwünschter Telefonanruf, ist nicht nachvollziehbar.[251] Man wird das Problem wohl nur wegen der stark zurückgegangenen Bedeutung der Haustürwerbung auf sich beruhen lassen können.[252]

5.4.2. Die Spezialtatbestände (§ 7 Abs. 2 UWG)

§ 7 Abs. 2 UWG enthält nicht etwa Regelbeispiele, sondern selbständige Regelungen, die anders als § 7 Abs. 1 UWG einen unionsrechtlichen Hintergrund haben. Man muss sie deshalb als Spezialtatbestände bezeichnen.[253] Sie sind bereits durch den Eingangssatz der Vorschrift („Eine unzumutbare Belästigung ist stets anzunehmen“) als per-se-Verbote gekennzeichnet, d.h. bei Vorliegen ihrer Voraussetzungen sind sie unzulässig, ohne dass weitere Voraussetzungen hinzutreten müssten.

5.4.2.1 Fernkommunikationsmittel allgemein (§ 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG)

Nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG ist eine unzumutbare Belästigung stets anzunehmen, wenn der Verbraucher durch ein Fernkommunikationsmittel hartnäckig angesprochen wird, obwohl er dies erkennbar nicht wünscht. Für Telefonwerbung und E-Mail-Werbung bestehen in Nr. 2 und 3 Spezialregeln, sodass die Nr. 1 einen entsprechend engen Anwendungsbereich hat. Abs. 2 Nrn. 1-3 setzen Nr. 26 des Anhangs der UGP-RL um, der deswegen in der deutschen Umsetzung des Anhangs nicht auftaucht. Es ist unglücklich, dass die per-se-Verbote der UGP-RL dadurch im Anhang des UWG nicht vollständig erscheinen, sondern sich in § 7 Abs. 2 Nrn. 1-3 UWG ein weiteres per-se-Verbot versteckt.

Briefwerbung fällt heute unter § 7 Abs. 2 Nr. 1 UWG, auf die Verteilung von Anzeigenblättern ist dagegen § 7 Abs. 1 UWG anwendbar.[254] Dabei muss der Verbraucher von sich aus aktiv werden, um deutlich zu machen, dass die Werbung unerwünscht ist, indem er seinen Briefkasten entsprechend kennzeichnet[255] oder sich auf eine sog. Robinson-Liste[256] setzen lässt. Dies ist eine opt-out-Lösung, die im Gegensatz zu dem bei der Telefonwerbung zu Recht nachdrücklich verfolgten Grundsatz des opt-in steht. Es mag dahinstehen, ob die opt-out-Lösung durch Anhang Nr. 26 UGP-RL erzwungen wird – die nach der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation[257] bestehende Option zwischen opt-in und opt-out besteht bei der Briefwerbung nicht -, denn

---

[250] BGH, Urt. v. 8.4.1960 – I ZR 24/59, NJW 1960, 1294 – Kfz-Nummernschilder; heute BGH, Urt. v. 1.4.2004 – I ZR 227/01, NJW 2004, 2593 – Ansprechen in der Öffentlichkeit I; BGH, Urt. v. 9.9.2004 – I ZR 93/02, NJW 2005, 1050 – Ansprechen in der Öffentlichkeit II.

[251] Sehr kritisch dazu, die Haustürwerbung im Regelfall als nicht unlauter anzusehen, *A. Reich*, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Haustürwerbung in Deutschland (2010), S. 261 ff.

[252] *A. Reich*, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Haustürwerbung in Deutschland (2010), S. 95 ff. geht dagegen von einer auch heute noch nicht zu unterschätzenden wirtschaftlichen Relevanz der Haustürwerbung aus.

[253] *Tonner/A. Reich*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 6 Rn. 194.

[254] *Köhler*, in: Bornkamm/Köhler, UWG, 35. Aufl. (2017), § 7 UWG Rn. 91a.

[255] BGH, Urt. v. 30.4.1992 - I ZR 287/90, NJW 1992, 1958 – Briefkastenwerbung.

[256] www.robinson.de.

[257] Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl. EU Nr. L 201/37 v. 31.7.2002.

die Rechtsprechung hat das opt-out schon lange vor Inkrafttreten der UGP-RL festgelegt.[258] Angesichts der jahrzehntealten Praxis der Werbung über Mailing erscheint es auch wenig aussichtsreich, daran zu rütteln.

5.4.2.2. Telefonwerbung (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG)

Telefonwerbung ist in Deutschland schon immer ein sensibles Thema gewesen. Der BGH hat sie stets kritisch beurteilt und noch auf der Basis der Generalklausel des § 1 UWG a.F. in Verbraucherfällen als Eingriff in die Privatsphäre für unzulässig erklärt, wenn der Verbraucher dem Anruf nicht zuvor zugestimmt hat.[259] Die Beweislast für die Zustimmung obliegt dem Werbetreibenden.[260] Diese Rechtsprechung wurde anlässlich der UWG-Reform 2004 in § 7 Abs. 2 UWG kodifiziert.

Die UGP-RL von 2005 veranlasste den Umsetzungsgesetzgeber zu leichten Anpassungen bei § 7 UWG, aber nicht zu grundsätzlichen Änderungen. Das Prinzip, wonach unerwünschte Telefonanrufe unzulässig sind, blieb erhalten. Es blieb und bleibt auch beim sog. opt-in-Prinzip, wonach der Verbraucher nicht eigens erklären muss, dass er keine Telefonanrufe wünscht, sondern umgekehrt eine Zustimmungserklärung des Verbrauchers für Anrufe erforderlich ist. Im Jahre 2009 wurde das Erfordernis der Zustimmungserklärung durch den nationalen Gesetzgeber noch verschärft.[261] Es ist nunmehr eine ausdrückliche Zustimmung erforderlich, d.h. die Erklärung darf nicht in AGB versteckt sein.

Mit der Entscheidung für die opt-in-Lösung[262] und das Erfordernis der ausdrücklichen vorherigen Zustimmung ging der deutsche Gesetzgeber über die Vorgaben der UGP-RL hinaus, jedoch in unionsrechtlich zulässiger Weise. Ausgangspunkt ist Anhang 26 der Richtlinie, der zwar als per-se-Verbot eine abschließende Regelung (auch) zur Telefonwerbung enthält, den Mitgliedstaaten aber eine Option zwischen der opt-in- und der opt-out-Lösung einräumt. Dies geschieht durch Bezugnahme auf die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation,[263] die nach Anhang Nr. 26 Satz 2 unberührt bleibt. In deren Art. 13 Abs. 3 ist für die Mitgliedstaaten eine Option enthalten, wonach sie geeignete Maßnahmen ergreifen müssen, um die Übermittlung von Nachrichten zum Zweck der Direktwerbung zu verbieten, die entweder ohne die Einwilligung der betroffenen Teilnehmer erfolgt oder an Teilnehmer gerichtet ist, die keine solche Nachrichten erhalten möchten. Damit bewegt sich § 7 Abs. 2 Nr. 2 in dem von Anhang Nr.

---

[258] BGH, Urt. v. 20.12.1988 – VI ZR 182/88, BGHZ 106, 229 – Handzettel-Wurfsendung, wonach die Briefkastenwerbung grds. zulässig ist.

[259] BGH, Urt. v. 19.6.1970 – I ZR115/68, BGHZ 54, 188 – Telefonwerbung I.

[260] BGH, Urt. v. 14.4.2011 – I ZR 38/10, NJW 2011, 2657 – Double-opt-in-Verfahren.

[261] Gesetz zur Bekämpfung unerlaubter Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen v. 29. Juli 2009, BGBl I 2413 v. 3.8.2009.

[262] Ausführlich dazu *Mankowski*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG, 4. Aufl. (2016), § 7 Rn. 108 ff.

[263] Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl. EU Nr. L 202/37 v. 31.7.2002.

26 UGP-RL gezogenen Rahmen. Auch das Erfordernis der ausdrücklichen Zustimmung ist als richtlinienkonform anzusehen.[264] Die neue EU-Datenschutz-Grundverordnung lässt die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation unberührt (vgl. Art. 95 DSchGVO).

Immerhin verlangt § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG über den Wortlaut des Art. 13 Abs. 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation hinaus eine *ausdrückliche* Zustimmung. „Ausdrücklich" ist aber im allgemeinen juristischen Sprachgebrauch nur als Gegensatz zu konkludent zu verstehen,[265] d.h. dass eine Vereinbarung in AGB ausreichend und auch keine besondere Hervorhebung der Einwilligungserklärung erforderlich ist. Nach st. Rspr. kann die Einverständniserklärung wirksam im Rahmen einer vorformulierten Erklärung abgegeben werden.[266] Bemerkenswerterweise wird dies unionsrechtlich begründet: Da nach der Datenschutzrichtlinie eine Einverständniserklärung abgegeben werden kann, muss sie auch praktisch möglich sein. Die Datenschutzrichtlinie verwendet den Begriff „Einwilligung" und verweist für deren Definition auf die RL 95/46/EG,[267] gemäß deren Art. 2 lit. h die „Einwilligung der betreffenden Person" jede Willenserklärung ist, die ohne Zwang, im konkreten Fall und in Kenntnis der Sachlage erfolgt und mit der die betroffene Person akzeptiert, dass personenbezogene Daten, die sie betreffen, verarbeitet werden. Der BGH greift auf diese Definition im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung der „ausdrücklichen Zustimmung" nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG zurück und verlangt, dass der Verbraucher wissen muss, für welche Produkte oder Dienstleistungen geworben werden soll. Da im konkreten Fall keine Einschränkungen über die zu bewerbenden Produkte vorgenommen worden waren, hielt der BGH die Einverständniserklärung für unwirksam.[268]

Zweifelsohne wäre es wünschenswert, wenn bei diesem Urteil nicht stehen geblieben würde, sondern die Einverständniserklärung eine von anderen Erklärungen getrennte Erklärung sein muss, welche der Verbraucher selbständig bestätigen muss. Doch kann der deutsche Gesetzgeber eine derartige Forderung nicht autonom aufgreifen, weil er sich im Rahmen des Art. 13 Abs. 3 der Datenschutzrichtlinie halten muss und eine von anderen Erklärungen getrennte Einwilligung, die dazu noch getrennt bestätigt werden muss, sich nicht mehr im Rahmen der zitierten Definition bewegen würde.

Eine Lösung muss deswegen auf der Ebene des Unionsrechts gesucht werden. Es bietet sich an, den Anhang Nr. 26 der UGP-RL zu ergänzen. Folgender Satz könnte angehängt werden: „Ein Mitgliedstaat, der sich für eine opt-in-Lösung gemäß Art. 13 Abs. 3 der Richtlinie 2002/58/EG entscheidet, kann verlangen, dass die Einwilligung nicht mit anderen Erklärungen verbunden sein darf." Daraus ergibt sich, dass der Verbraucher sie selbständig bestätigen muss, weil sie sonst nicht Vertragsbestandteil würde. Sie muss auch klar und transparent sein. Dies ergibt sich aus der Klausel-RL.

---

[264] Ausf. dazu *Tonner/A. Reich*, VuR 2009, 95, 101 f.; *Mankowski*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG, 4. Aufl. (2016), § 7 Rn. 133.

[265] Dies wird auch ausdrücklich zu § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG vertreten, *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. (2017), § 7 Rn. 145a.

[266] BGH, Urt. v. 25.10.2012 – I ZR 169/10; NJW 2013, 2683 – Einwilligung in Werbeanrufe II m. N. früherer Rechtspr.

[267] Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Warenverkehr, ABl. EG Nr. L 281/31 v. 23.11.1995.

[268] BGH, Urt. v. 25.10.2012 – I ZR 169/10, NJW 2013, 2683 – Einwilligung in Werbeanrufe II. Es handelte sich um ein von der VZ Berlin in Gang gesetztes Verfahren.

5.4.2.3. Andere Formen der elektronischen kommerziellen Kommunikation (§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG)

§ 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG betrifft die Werbung unter Verwendung einer automatischen Anrufmaschine, eines Faxgerätes oder elektronischer Post. Auch hier ist Anhang Art. 26 UGP-RL der unionsrechtliche Hintergrund, so dass es den Mitgliedstaaten bei diesen Kommunikationsmitteln ebenfalls erlaubt ist, von der in Art. 13 Abs. 3 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation vorgesehenen Option Gebrauch zu machen. Aus diesem Grunde ist sowohl die Opt-in-Lösung des § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG wie die Nichtübernahme der Voraussetzung des „hartnäckigen und unerwünschten Ansprechens“ gemäß Anhang Nr. 26 UGP-RL unionsrechtlich zulässig. Nr. 3 verlangt wie Nr. 2 eine ausdrückliche Zustimmung.

Die größte praktische Bedeutung hat die Vorschrift für E-Mail-Werbung. Der BGH hat klargestellt, dass E-Mail-Werbung praktisch wie Telefonwerbung zu behandeln ist.[269]

Ein bedeutender Schritt in den Bereich der sozialen Medien hinein ist die Facebook-Entscheidung des BGH.[270] Sie erging in einem vom vzbv in Gang gesetzten Verfahren. Der BGH beanstandet die Versendung von Einladungs-E-Mails an bisher nicht als Nutzer der Plattform registrierte Personen und stuft dies als belästigende Werbung gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG ein.

5.4.2.4. Verschleierung der Identität des Absenders (§ 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG)

§ 7 Abs. 2 Nr. 4 UWG schließlich betrifft die Werbung mit einer Nachricht, bei der die Identität des Absenders verschleiert wird. Diese Vorschrift hat keinen Hintergrund in der UGP-RL. Sie ist vielmehr eine Umsetzung von § 13 Abs. 4 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation.

5.5. Handlungsempfehlungen

Die deutsche Rechtslage zur Telefonwerbung ist zwar verbraucherfreundlicher als in vielen anderen Mitgliedstaaten, weil sie dem opt-in-Prinzip folgt, weist aber trotzdem Schutzlücken auf, weil sie nicht verhindert, dass die Einverständniserklärung in AGB versteckt werden kann. Dem kann nur auf unionsrechtlicher Ebene abgeholfen werden, weil die einschlägigen Vorschriften Umsetzung von Unionsrecht sind: Konkret empfiehlt sich eine Ergänzung von Anhang Nr. 26 der UGP-RL.

In seiner derzeitigen Ausgestaltung steht der unionsrechtliche Rahmen dem im Bereich der elektronischen „kommerziellen Kommunikation“ auf breiter Front durchgesetzten opt-in-Prinzip nicht im Wege. Die unionsrechtlichen Regelungen sind jedoch nicht nachhaltig. Dies liegt daran, dass die Optionsmöglichkeit für das opt-in-Modell nicht in der UGP-RL selbst enthalten ist, sondern auf einem komplizierten Zusammenspiel zwischen der UGP-RL und der Datenschutzrichtlinie über elektronische Kommunikation beruht. Anhang Nr. 26 UGP-RL bezieht auch die Fernabsatzrichtlinie mit ein, die in ihrem Art. 10 Abs. 2 für „Fernkommunikationstechniken, die eine individuelle Kommunikation erlauben,“ das opt-out-Modell vorschrieb – aber nur als Mindeststandard, so dass der Umsetzungsgesetzgeber im Anwendungsbereich dieser Richtlinie auch das opt-in-Prinzip vorschreiben konnte, unbeschadet etwa abweichender Regelungen in der UGP-RL. Diese Vorschrift wurde bei der Ablösung der Fernabsatzrichtlinie durch

---

[269] BGH, Urt. v. 11.3.2004 – I ZR 81/01, GRUR 2004, 517, 518 – E-Mail-Werbung.

[270] BGH, Urt. v. 14.1.2016 – I ZR 65/14, NJW 2016, 3445 – Freunde finden; in diese Richtung bereits zuvor BGH, Urt. v. 12.9.2013 – I ZR 208/12, GRUR 2013, 1259 – Empfehlungs-E-Mail.

die VRRL nicht übernommen, so dass die Option für das opt-in-Modell nun allein auf die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation gestützt werden kann. Das Datenschutzrecht ist aber in Bewegung; niemand weiß, ob die Regelung in § 13 bei einem etwaigen recast der Richtlinie überleben wird, zumal die Frage der Zulässigkeit eines unerbetenen Telefonanrufs im Kern keine datenschutzrechtliche, sondern eine lauterkeitsrechtliche ist. Datenschutzrecht spielt eine Rolle bei der Frage, wie der Anrufer an die Telefonnummern und insbesondere – beim opt-in – an die erforderliche Zustimmung des Verbrauchers gelangt, nicht aber bei dem Anruf selbst.

Es ist daher zu empfehlen, die Optionsregelung aus § 13 Abs. 3 Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation in die UGP-RL selbst zu übernehmen. Dies entspricht dem lauterkeitsrechtlichen Charakter der Vorschrift und dient vor allem der Rechtsklarheit, weil zusammenhängende Regelungen zusammenhängend im Gesetz zu finden sind. Es würden dadurch auch gewisse Unstimmigkeiten im Anwendungsbereich beseitigt. So spricht die Datenschutzrichtlinie nicht von Verbrauchern, sondern von natürlichen Personen.

6. VERTRAGSRECHTLICHE KONSEQUENZEN EINER UNLAUTEREN GESCHÄFTLICHEN HANDLUNG

Lauterkeitsrecht und Vertragsrecht sind nach dem System des deutschen Rechts streng getrennt. Lauterkeitsrecht wird als besonderes Deliktsrecht begriffen.[271] Dass es im vorvertraglichen Bereich eine sehr große Rolle spielt, kommt dabei nicht in den Blick. Infolgedessen berührt ein Verstoß gegen das Lauterkeitsrecht die Wirksamkeit eines Vertrags nicht, der auf einer unlauteren geschäftlichen Handlung beruht. Der Verbraucher ist auf die vertragsrechtlichen Behelfe nach dem BGB angewiesen, insbesondere auf eine Anfechtungsmöglichkeit. Da die Voraussetzungen für eine arglistige Täuschung nach § 123 BGB aber sehr hoch sind und eine Irreführung i.S.d. § 5 UWG meist nur zu einem nach § 119 BGB unbeachtlichen Motivirrtum führt, besteht für den Verbraucher in der Regel keine Möglichkeit, von einem Vertrag loszukommen, den er aufgrund einer irreführenden Werbung oder einer unzulässigen Telefonwerbung geschlossen hat.

De lege lata bietet die Schadensersatzvorschrift des § 9 UWG Anlass darüber nachzudenken, ob mit ihrer Hilfe der Verbraucher sich von einem Vertrag lösen kann, der unter Verstoß gegen das Lauterkeitsrecht zustande gekommen ist. Diese Vorschrift gilt aber nur zugunsten der Mitbewerber, nicht zugunsten der Verbraucher.[272] Für Verbraucher kommt aber ein Anspruch nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. einer lauterkeitsrechtlichen Norm in Betracht. Im Schadensersatzrecht ist grundsätzlich anerkannt, dass ein Schaden in der Belastung mit einem Vertrag bestehen kann und der Schadensersatz infolgedessen in der Befreiung von dem Vertrag besteht.

Der BGH äußerte sich vor kurzem zum Umfang des Schadensersatzanspruchs bei Verletzung von § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG.[273] Die Vorschrift wurde dabei als Schutznorm i.S.d. § 823 Abs. 2 BGB angesehen. Es ging dabei um eine Telefonwerbung gegenüber einem sonstigen Marktteilnehmer, die zum Abschluss eines Vertrags über die Eintragung in ein elektronisches Branchenverzeichnis führte. Der sonstige Marktteilnehmer hatte in

---

[271] Statt aller *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm , UWG, 35. Aufl. (2017), § 9 Rn. 1.2.

[272] Krit. dazu *Kessler/Micklitz*, VuR 2009, 88, 95.

[273] BGH, Urt. v. 21.4.2016 – I ZR 276/14, GRUR 2016, 831 – Lebens Kost.

einem ersten, auf einem unzulässigen Anruf beruhenden Telefongespräch seine Einwilligung zu einem weiteren Telefonanruf gegeben, in dessen Verlauf der Vertragsschluss erfolgte. Entscheidend war für den BGH nicht die Kausalität des ersten Anrufs für den Vertragsschluss, sondern der Schutzbereich des § 7 Abs. 2 Nr. 2 UWG, in den dem BGH zufolge nicht der Schutz der Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers oder sonstigen Marktteilnehmers fällt. Damit dürfte die Möglichkeit, die Lösung vom Vertrag über einen Schadensersatzanspruch wegen Verletzung einer lauterkeitsrechtlichen Norm de lege lata verbaut sein.

Es muss also nach Möglichkeiten de lege ferenda Ausschau gehalten werden.[274] Eine Lösung kann jedoch nicht im Lauterkeitsrecht erfolgen, da es sich um eine vertragsrechtliche Frage handelt. Einschlägig sind die VRRL und deren Umsetzung. Die VRRL erlaubt in ihrem Art. 8 Abs. 6 den Mitgliedstaaten eine Bestätigungslösung für telefonisch geschlossene Verträge. Davon machte der Umsetzungsgesetzgeber aber keinen Gebrauch gemacht. Der Bundesrat hatte dagegen eine Bestätigung für aufgrund einer Telefonwerbung zustande gekommene Verträge vorgeschlagen. Auf diesen Vorschlag ist zurückzukommen, ohne dass es dafür einer Änderung des unionsrechtlichen Rahmens bedarf.[275]

Darüber hinaus sollte § 9 UWG auf Ansprüche von Verbrauchern erweitert werden. Dies hätte gegenüber dem Weg über § 823 Abs. 2 BGB den Vorteil, dass nicht über den Schutzweck der jeweiligen lauterkeitsrechtlichen Norm eine Einengung des Schadensersatzanspruchs erfolgen würde.

7. FAZIT ZUM LAUTERKEITSRECHT

7.1. Verbraucherleitbild

> Die neuere Rechtsprechung des EuGH legt den Begriff des angemessen aufmerksamen Durchschnittsverbrauchers so aus, dass er dem Begriff des situationsadäquat aufmerksamen Verbrauchers in der Rechtsprechung des BGH nahekommt. Damit ist eine angemessene Differenzierung nach unterschiedlichem Verbraucherverhalten in unterschiedlichen Situationen möglich und ein Einschreiten des Unionsgesetzgebers vorerst nicht erforderlich. Vielmehr sollte die weitere Rechtsprechung des EuGH abgewartet werden.

7.2. Per-se-Verbote

> Der Schwerpunkt des lauterkeitsrechtlichen Verbraucherschutzes konzentriert sich immer mehr auf die per-se-Verbote des Anhangs der Richtlinie. In diesem Bereich ist besonderes Augenmerk auf eine Fortentwicklung zu legen. Dabei sollte der Unionsgesetzgeber vermehrt von Öffnungsklauseln Gebrauch machen. Das Lauterkeitsrecht ist ein wesentliches Feld, in dem das Unionsrecht den Mitgliedstaaten die Mitgestaltung nicht abschneiden sollte. Aktuell sollte er bei folgenden Nummern des Anhangs aktiv werden:

7.2.1. Lockvogelangebote

---

[274] Für zivilrechtliche Sanktionen für Folgeverträge de lege ferenda auch *Mankowski*,, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg.), UWG, 3. Aufl. (2016), § 7 Rn. 414 ff.

[275] Ebenso *Mankowski*, in: Fezer/Büscher/Obergfell (Hrsg.), UWG, 3. Aufl. (2016), § 7 Rn. 414b.

Bei der Lockvogel-Regelung (Nr. 5 des Anhangs) sollte eine Öffnungsklausel hinzugefügt werden, wonach die Mitgliedstaaten im Einzelnen regeln dürfen, wie der Zeitraum der Preisgegenüberstellung und die Angemessenheit der Bevorratung festzustellen sind. Dies ginge über die schon derzeit mögliche Beweislastumkehr hinaus.

7.2.2. Redaktionelle Werbung

Bei der redaktionellen Werbung (Nr. 11 des Anhangs) sollte die Möglichkeit einer Beweislastumkehr hinzugefügt werden, wonach der Betreiber des Mediums nachweisen muss, dass die Platzierung einer Ware oder eines Beitrags nicht als Verkaufsförderungsmaßnahme bezahlt wurde. Damit sollte vor allem product placement erfasst werden.

7.2.3. Telefonische Werbung

Telefonische Werbung sollte vollständig im Rahmen des Anhangs Nr. 26 geregelt werden. Es sollte ausdrücklich im Wortlaut der Vorschrift zum Ausdruck kommen, dass den Mitgliedstaaten die Wahl zwischen einer opt-in- und einer opt-out-Lösung zusteht, nicht nur durch einen Verweis auf die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation. Eine Loslösung von der Datenschutzrichtlinie erlaubt auch die erforderliche Verschärfung der Voraussetzungen für die bei der opt-in-Lösung notwendige Einverständniserklärung. Den Mitgliedstaaten sollte zugestanden werden, eine Bestätigungslösung einzuführen.

7.3. Verstoß gegen Marktverhaltensregeln

Im Unionsrecht sollte der bislang nicht vorhandene Tatbestand eines Verstoßes gegen Marktverhaltensregeln eingeführt werden. Die im deutschen Recht enthaltene Vorschrift des § 3a UWG hat sich bewährt; ihre Beibehaltung ist aus Verbraucherschutzgründen erforderlich. Zwar fällt ein größerer Teil der Fälle auch unter das Irreführungsverbot, doch tauchen vor allem bei unionsrechtlichen Kennzeichnungsvorschriften im Bereich des Lebensmittelrechts und der Energieverbrauchskennzeichnung Schutzlücken auf, bei denen nicht immer klar ist, ob Verstöße im Rahmen der Unterlassungsklagen-RL verfolgt werden können. Die Einführung der genannten Vorschrift würde daher auch einen Beitrag zur Durchsetzung von Unionsrecht leisten, vor allem von Unionsrecht, das den nachhaltigen Konsum unterstützt.

Die Vorschrift sollte aber nicht in die Liste der per-se-Verbote aufgenommen werden, da ein zu ahndender Verstoß gegen Marktverhaltensregeln mit einer Spürbarkeitsschwelle verbunden sein sollte. Dies entspricht dem geltenden § 3a UWG.

7.4. Nachhaltigkeitsstandards als wesentliche Eigenschaften

Die Liste der wesentlichen Informationen in Art. 7 der UGP-RL sollte beim Merkmal der wesentlichen Eigenschaften einer Ware um Nachhaltigkeitsstandards ergänzt werden. Dabei ist vor allem an die Angabe der voraussichtlichen Mindestlebensdauer eines Produkts zu denken.

7.5. Vertragsrechtliche Konsequenzen

Aufgrund einer Telefonwerbung geschlossene Verträge mit Verbrauchern sollten erst dann wirksam werden, wenn der Verbraucher sie bestätigt hat.

III. PREISANGABENRICHTLINIE

1. KOLLISION ZWISCHEN PANGV UND UNIONSRECHT

Zum laufenden REFIT-Programm gehört auch die Preisangaben-RL aus dem Jahre 1998.[276] Sie ist die einzige verbraucherschützende Richtlinie, die nicht auf die Binnenmarktkompetenznorm des heutigen Art. 114 AEUV gestützt ist, sondern auf die spezielle Verbraucherschutzkompetenzvorschrift des Art. 167 AEUV (seinerzeit Art. 129a EGV). Praktische Auswirkungen hat dies jedoch nicht.

Die Preisangaben-RL gehört zu den wenigen verbliebenen Mindeststandardrichtlinien. Es ist damit zu rechnen, dass es dabei nicht bleibt. Das deutsche Umsetzungsgesetz, die PAngV, geht in erheblichem Umfang über die Preisangaben-RL hinaus, was nur aufgrund von deren Minimalstandardprinzip möglich ist. Daher taucht die Frage auf, was aus den weitergehenden deutschen Vorschriften wird, die mit einer Vollharmonisierung nicht vereinbar wären. Diese Vorschriften sind schon heute am Maßstab der UGP-RL zu messen, was einige nicht unerhebliche Probleme aufwirft, nachdem die Übergangsfrist für die vollharmonisierende Wirkung dieser Richtlinie im Jahre 2013 abgelaufen ist. Um es vorab deutlich zu sagen: Die Anwendbarkeit der vollharmonisierenden UGP-RL auf die PAngV reißt beträchtliche Schutzlücken auf. Es muss daher zuerst dargestellt werden, wie es dazu bereits de lege lata kommen konnte, d.h. welche Vorgaben für das nationale Preisangabenrecht aus der Preisangaben-RL (dazu unten 3) und aus der UGP-RL folgen (dazu unten 4). Im Folgenden müssen Vorschläge entwickelt werden, ob mit der UGP-RL nicht vereinbare Vorschriften der PAngV auf die Unionsebene transportiert oder mittels Öffnungsklauseln erhalten werden sollten oder sie verzichtbar sind (unten 5).

2. INHALT DER PREISANGABEN-RL

Die Preisangaben-RL enthält vor allem die Verpflichtung zur Endpreisangabe von Händlern gegenüber Verbrauchern. Der Händler soll keineswegs zu einer Preisangabe verpflichtet werden, aber wenn er Preise angibt, muss es sich um Endpreise handeln. Sie sollen den Verbrauchern den Preisvergleich erleichtern und müssen die Mehrwertsteuer und sonstigen Steuern einschließen. Zum Endpreis gehören alle Preisbestandteile, die der Verbraucher tragen muss, um an die Leistung zu gelangen, z.B. auch die Überführungskosten für ein Kraftfahrzeug, wenn der Händler verlangt, dass der Kunde sie übernimmt.[277] Von dieser Pflicht gibt es nur eng begrenzte Ausnahmen: Die Endpreisangabe darf bei im Rahmen von Dienstleistungen gelieferten Erzeugnissen und bei Versteigerungen entfallen.

Teilweise neben der Endpreisangabe, teilweise statt ihrer verlangt die Preisangaben-RL die Angabe des Preises je Maßeinheit, in der PAngV Grundeinheit genannt. Darunter ist der Endpreis für ein Kilogramm, einen Liter, einen Meter, einen Quadratmeter, einen Kubikmeter oder für eine sonstige in dem betreffenden Mitgliedstaat gebräuchliche Maßeinheit zu verstehen. Es muss grundsätzlich sowohl der Verkaufspreis wie der Preis je Maßeinheit angegeben werden. Dies gilt nur bei in losem Zustand zum Verkauf angebotenen Erzeugnissen nicht; hier reicht die Angabe des Preises je Maßeinheit. Wird der Verkaufspreis in der Werbung angegeben, muss auch der Preis je Maßeinheit

---

[276] Richtlinie 98/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse, ABl. EG Nr. L 80/27 v. 18.3.1998.

[277] EuGH, Urt. v. 7.7.2016 – C-476/14, ECLI:EU:C:2016:527 – Citroën.

genannt werden. Die Mitgliedstaaten können Erzeugnisse von der Pflicht zur Angabe des Preises je Maßeinheit ausnehmen, wenn eine solche Angabe aufgrund der Beschaffenheit oder Zweckbestimmung der Erzeugnisse nicht sinnvoll ist oder zu Verwechslungen führen könnte. Dies kann nach ErwGr 10 der Fall sein, wenn der Preis für die Maßeinheit für den Preisvergleich des Verbrauchers nicht relevant ist oder unterschiedliche Produkte in einer Verpackung angeboten werden.

3. VERHÄLTNIS DER PANGV ZUR PREISANGABEN-RL

Die PAngV[278] geht nicht nur mehr ins Detail als die Preisangaben-RL, sie enthält auch einen weiteren Anwendungsbereich. Dies liegt daran, dass die Vorläufer der heutigen PAngV wesentlich älter sind als die Preisangaben-RL. Die Preisangaben-RL bedeutete daher keinen Fortschritt im deutschen Verbraucherschutzrecht, und nur durch die Minimalstandardklausel (Art. 10 Preisangaben-RL) konnte ein deutlicher Rückschritt vermieden werden. Während die Preisangaben-RL auf „Erzeugnisse“, also auf Waren, beschränkt ist, gilt die PAngV auch für Dienstleistungen und enthält dafür einige Spezialregelungen. So muss ein Anbieter von Leistungen ein Preisverzeichnis in seinem Geschäftslokal aushängen (§ 5 PAngV), und es gibt spezielle Preisauszeichnungspflichten für Gaststätten und Tankstellen (§§ 7 und 8 PAngV). Diese Vorschriften sind unter Verbraucherschutzgesichtspunkten nicht unwichtig. Obwohl sie außerhalb des Anwendungsbereichs der Preisangaben-RL liegen und deswegen mit einer Vollharmonisierung der Preisangaben-RL vereinbar wären (targeted harmonisation, oben I 1), wären sie unter unionsrechtlichen Aspekten trotzdem gefährdet, weil sie gegen die UGP-RL verstoßen könnten (unten 3).

Doch die PAngV enthält auch im Anwendungsbereich der Preisangaben-RL Vorschriften, die über die Richtlinie hinausgehen, denn die Richtlinie enthält keine Pflicht zur Preisangabe schlechthin, sondern verlangt lediglich für den Fall Endpreise, dass der Anbieter sich freiwillig dazu entschließt, Preise anzugeben. Dies gilt auch für § 1 PAngV. § 4 PAngV geht jedoch darüber hinaus und überlässt dem Anbieter in bestimmten Situationen nicht, ob er überhaupt Preise angeben will, sondern verpflichtet ihn dazu, und zwar unabhängig davon, ob er ein Angebot i.S.d. § 1 PAngV abgibt.[279] Damit bedeutet sie ein wesentliches Stück Verbraucherschutz, das im Unionsrecht nicht enthalten ist. Auch andere unionsrechtliche Preiskennzeichnungsvorschriften, insbesondere die UGP-RL und die VRRL, enthalten keine grundsätzliche Verpflichtung zur Preisauszeichnung, sondern verlangen lediglich die Endpreise, falls sich der Anbieter freiwillig zu einer Preisangabe entschließt.

§ 4 PAngV verlangt ausdrücklich die Preisauszeichnung sowohl von Waren im Schaufenster sowie an Regalen, falls die Ware im Geschäftslokal angeboten wird und nicht selbst ausgezeichnet ist. Damit entspricht die Vorschrift den hier aufgestellten Forderungen, wonach es nicht ausreicht, eine Informationspflicht allgemein aufzustellen, sondern dass das „wann“ und „wo“ ebenfalls geregelt werden muss, damit die Information

---

[278] Preisangabenverordnung (PAngV) in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. Oktober 2002 (BGBl. I S. 4197), zuletzt geändert durch Art. 11 des Gesetzes vom 11. März 2016 (BGBl. I S. 396. Die ursprüngliche Fassung stammt vom 15.03.1985 und hatte ihrerseits Vorläufer.

[279] *Weidert*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG, 4. Aufl. (2016), § 4 PAngV Rn. 1: Pflicht zur Preisauszeichnung in Fällen, in denen kein Angebot vorliegt.

vom Verbraucher wahrgenommen wird (oben I 3). § 4 PAngV ist aber von der Preisangaben-RL nicht gedeckt[280] Die Vorschrift verstößt daher zwar nicht gegen die gegenwärtige Preisangaben-RL wegen deren Minimalstandardprinzip, wäre aber mit einer vollharmonisierenden Richtlinie nicht vereinbar.

Ein eingeengter Anwendungsbereich der Preisangaben-RL entsteht überdies durch die Voraussetzung, dass die Erzeugnisse „angeboten" werden müssen. Dem entspricht § 1 PAngV. Der Begriff „angeboten" ist ein unionsrechtlicher Terminus und ist daher autonom auszulegen. Es ist nicht ganz klar, wie er von Begriffen wie der invitatio ad offerendum und der „Aufforderung zum Kauf" i.S.d. Art. 7 UGP-RL abzugrenzen ist. Der EuGH sieht in einer Werbung, in der sowohl die Besonderheiten des in Rede stehenden Erzeugnisses beschrieben werden als auch ein Preis angeben wird, der aus der Sicht eines normal informierten, angemessen aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbrauchers als Verkaufspreis verstanden werden kann, ein Angebot i.S.d. Preisangaben-RL an.[281]

Die deutsche Rechtsprechung versteht unter einem „Angebot" i.S.d. von § 1 PAngV zwar mehr als eine invitatio ad offerendum, aber weniger als ein Angebot nach § 145 BGB. Der BGH stellte bereits im Jahre 1980 in einer Entscheidung zur Vorgängerregelung von 1973 auf eine Erklärung eines Kaufmanns ab, die der Verkehr über § 145 BGB hinaus in einem rein tatsächlichen Sinne üblicherweise als Angebot auffasst.[282] Eine Werbung ohne Preisangabe ist nach st. Rspr. kein Angebot.[283] Zuletzt bediente sich der BGH der Formel, dass die Ankündigung so konkret sein muss, dass sie den Abschluss eines Geschäfts auch aus der Sicht eines Kunden ohne Weiteres zulässt.[284] Auch mit der Citroën-Entscheidung des EuGH sind aber nicht alle Fragen geklärt – mit Ausnahme der ohnehin unstreitigen und nun auch vom EuGH bestätigten Tatsache, dass eine Werbung ohne Preisangabe kein Angebot i.S.d. Preisangaben-RL sein kann. Es genügt hier festzustellen, dass eine systematisch zufriedenstellende Regelung auf Unionsebene nicht besteht, weil sich der Begriff des Angebots gemäß der Preisangaben-RL im Graubereich zwischen invitatio ad offerendum und Angebot nach § 145 BGB befindet. Eine Klärung ist im Rahmen des REFIT anzustreben.

4. VERHÄLTNIS ZUR UGP-RL

Gewichtiger ist das Verhältnis der PAngV zur UGP-RL. Diese enthält in Art. 7 Abs. 4 lit. c die Pflicht zur Bruttopreisangabe, bezogen auf den Fall der Aufforderung zum Kauf. Art. 3 Abs. 4 der UGP-RL sieht jedoch vor, dass Richtlinien, die besondere Aspekte unlauterer Geschäftspraktiken regeln, vorgehen. Damit ist der Vorrang der Preisangaben-RL vor der UGP-RL festgeschrieben.[285] Praktische Bedeutung hat dies vor allem für die Vorschrift über die Preisangabe für eine Maßeinheit, für die es in der UGP-RL kein Gegenstück gibt.

---

[280] *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm (Hrsg.), UWG, 35. Aufl. (2017), § 4 PAngV Rn. 4.

[281] EuGH, Urt. v. 7.7.2016 – C-476, ECLI:EU:C:2016:527 – Citroën, Tz. 30.

[282] BGH, Urt. v. 16.1.1980 – I ZR 25/78, GRUR 1980, 304 – Effektiver Jahreszins; vgl. auch *Weidert*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG, 4. Aufl. (2016), § 1 PAngV Rn. 13.

[283] Zuletzt BGH, Urt. v. 10.11.2016 – I ZR 29/15 – Hörgeräteausstellung.

[284] BGH, Urt. v. 12.9.2013 – I ZR 123/12 – DER NEUE.

[285] Dies bestätigt auch der EuGH, Urt. v. 7.7.2016 – C-476, ECLI:EU:C:2016:527 – Citroën.

Der Vorrang der Preisangaben-RL reicht jedoch nicht weiter als die Richtlinie selbst, d.h. er deckt im nationalen Umsetzungsrecht nur die Vorschriften ab, die sich als Umsetzung der Richtlinie darstellen. Wie ausgeführt, reicht die PAngV aber nicht unerheblich über die Preisangaben-RL hinaus. Die überschießenden Umsetzungsvorschriften nehmen am Vorrang der Preisangaben-RL nicht teil und sind daher am Maßstab der UGP-RL zu messen. Das Problem wurde im Jahre 2013 virulent, als die Übergangsfrist ablief, während derer die Vollharmonisierung der UGP-RL noch nicht galt.[286] Der BGH hatte sich seitdem mit der Frage bereits zweimal zu befassen.[287] Aufgrund dieser Entscheidungen steht inzwischen fest, dass die Vorschriften der PAngV, die über die Preisangaben-RL hinausgehen, am Maßstab der UGP-RL richtlinienkonform auszulegen und, falls eine richtlinienkonforme Auslegung nicht möglich ist, nicht anzuwenden sind.

Dieses Ergebnis ist unionsrechtlich zwingend. Der Teufel steckt jedoch im Detail, denn es ist die Frage, welche Vorschriften der PAngV nun gar nicht oder nur eingeschränkt angewendet werden dürfen. Verbraucherpolitisch geht es vor allem darum, ob die Erstreckung der Endpreisangabepflicht auf Dienstleistungen und die speziellen Pflichten für den Handel in § 4 PAngV erhalten bleiben können, denn in beiden Fällen ist Art. 7 Abs. 4 lit. c UGP-RL kein vollständiger Ersatz, weil die PAngV über Art. 7 Abs. 4 lit. c UGP-RL hinausgehende, für den Verbraucherschutz wichtige Detailregelungen enthält.

Der BGH überprüfte erstmals in der Entscheidung „Wir helfen im Trauerfall“ Vorschriften der PAngV am Maßstab der UGP-RL.[288] In dem Fall hatte ein Bestattungsunternehmer in einem Flyer zwar erwähnt, dass zusätzlich Überführungskosten anfielen, diese aber nicht beziffert. Der BGH verlangte, dass wenigstens die Berechnungsparameter angegeben werden müssen. Er liest dies aus § 1 Abs. 6 PAngV ab. Absatz 6, der erst im Zuge der Umsetzung der UGP-RL eingeführt wurde, habe seine unionsrechtliche Grundlage in Art. 7 Abs. 4 lit c UGP-RL und müsse entsprechend richtlinienkonform ausgelegt werden. Infolgedessen prüft er, ob eine „Aufforderung zum Kauf“ vorlag. § 1 PAngV enthält keine Regelungen über die Angabe von Berechnungsparametern, falls der Preis wie bei den Überführungskosten nicht im Voraus angegeben werden kann. Art. 7 Abs. 4 lit c verlangt aber, dass in diesem Fall die Art der Preisberechnung angeben werden muss, und diese Voraussetzung interpretiert der BGH im Wege der richtlinienkonformen Auslegung in den § 1 Abs. 6 PAngV hinein.

In dem Fall, der der Entscheidung „Hörgeräteausstellung“ zugrunde lag, waren auf einer Säule in einem Hörgerätegeschäft abgebildete Hörgeräte nicht mit Preisangaben versehen. Der BGH führte zunächst aus, dass § 1 Abs. 1 Satz 1 PAngV seine unionsrechtliche Grundlage ausschließlich in der Preisangaben-RL habe, sah die Vorschrift aber nicht als verletzt an, da die Preisangaben-RL - wie die PAngV - ein Angebot voraussetze, eine Werbung ohne Preisangabe aber kein Angebot sei. Desgleichen nahm er die Voraussetzungen von § 4 PAngV nicht an, weil diese Vorschrift sich auf § 1 PAngV beziehe und damit ebenfalls ein Angebot vorliegen müsse. Mit dieser Argumentation konnte der BGH die Frage umgehen, ob § 4 PAngV über die Preisangaben-RL hinausgehe und deswegen eine richtlinienkonforme Auslegung am Maßstab der UGP-

---

[286] Vgl. bereits damals *Köhler,* WRP 2013, 723; zurückhaltender *Omsels*, WRP 2013, 1286.

[287] BGH, Urt. v. 14.1.2016 – I ZR 61/14, GRUR 2016, 516 – Wir helfen im Trauerfall; BGH 10.11.2016 – I ZR 29/15 – Hörgeräteausstellung.

[288] BGH, Urt. v. 14.1.2016 – I ZR 61/14, GRUR 2016, 516 – Wir helfen im Trauerfall.

RL vorzunehmen sei. Der BGH hätte sich dann damit auseinandersetzen müssen, ob hier eine „Aufforderung zum Kauf“ vorlag.

Die entscheidende Frage der unionsrechtlichen Zulässigkeit des § 4 PAngVO ist damit (noch) nicht höchstrichterlich entscheiden. Die Literatur geht aber davon aus, dass § 4 PAngV nicht zu halten ist.[289]

Eine uneingeschränkte Pflicht zur Preisangabe gibt es auch nach Art. 7 Abs. 4 lit c der UGP-RL nicht, weil diese an die „Aufforderung zum Kauf“ anknüpft, und eine derartige Aufforderung setzt voraus, dass ein Preis genannt wird. Dagegen hätte § 4 PAngV einen zusätzlichen verbraucherschützenden Nutzen, wenn er losgelöst vom Erfordernis des „Angebots“ nach § 1 PAngV betrachtet werden könnte, weil nur auf diesem Wege Schaufensterauslagen und Auslagen in Geschäftsräumen auch dann in den Anwendungsbereich der Preisauszeichnungspflicht kämen, wenn weder die Voraussetzungen eines „Angebots“ nach § 1 PAngV bzw. Art. 1 Preisangaben-RL noch einer „Aufforderung zum Kauf“ nach § 7 Abs. 4 UGP-RL vorliegen. Ein solches Verständnis des § 4 PAngV liegt eigentlich nahe; der BGH ist aber in der Entscheidung „Hörgeräteausstellung“ einen anderen Weg gegangen. Die unionsrechtlichen Zweifel an § 4 PAngV und die „Hörgeräteausstellung“-Entscheidung des BGH erlauben kaum noch, de lege lata eine die Verbraucherinteressen angemessen berücksichtigende Lösung zu entwickeln, weshalb der Gesetzgeber zum Handeln aufzurufen ist. Dabei stellt sich die Frage, ob der Unionsgesetzgeber oder der mitgliedstaatliche Gesetzgeber einschreiten sollten.

5. INTEGRATION DER PREISANGABEN-RL IN DIE VRRL?

Es zeigt sich, dass das Nebeneinander von Preisangaben-RL und UGP-RL eher zu einem Durcheinander führt. Aus verbraucherpolitischer Sicht ist wichtig, dass die Preisangabenpflicht ab „Aufforderung zum Kauf“ i.S.d. Art. 7 Abs. 4 UGP-RL sowohl bei Waren wie bei Dienstleistungen gilt. Es sollte als Anknüpfungsprunkt einheitlich die “Aufforderung zum Kauf“ gewählt werden, um Irritationen zu vermeiden, ob mit dem Begriff „Angebot“ i.S.d. Preisangaben-RL etwas Anderes gemeint sein könnte. Wichtig ist ferner, dass die Spezialregelungen in den §§ 4 für den Handel und 7 und 8 für bestimmte Dienstleistungen unabhängig davon erhalten bleiben, ob eine „Aufforderung zum Kauf“ vorliegt.

Dies sollte am besten im Rahmen der VRRL erfolgen. Die VRRL enthält Informationspflichten, die mit denen des Art. 7 Abs. 4 UGP-RL identisch sind. Sie sind für stationäre Geschäfte in Art. 5 und für Außerhaustür- und Fernabsatzgeschäfte in Art. 6 der VRRL geregelt. Der Anwendungsbereich der VRRL erfasst nicht nur „Erzeugnisse“ wie die Preisangaben-RL, sondern jeden Verbrauchervertrag. Im Unterschied zur UGP-RL sind die Art. 5 und 6 VRRL mit einer Optionsklausel zugunsten der Mitgliedstaaten verbunden, die es diesen erlaubt, weitergehende Informationspflichten zu erlassen. Die Informationspflichten nach § 4 PAngV könnten also der Sache nach beibehalten werden, wenn die VRRL die alleinige unionsrechtliche Grundlage wäre.

Dies ist wegen der UGP-RL indessen nicht der Fall, und zwar selbst wenn der in Art. 3 Abs. 4 UGP-RL vorgesehene Vorrang der Preisangaben-RL insoweit auf eine geänderte VRRL übertragen würde, denn die VRRL selbst würde ja nur die mit der UGP-RL

---

[289] *Köhler,* WRP 2016, 541; etwas abgemildert *Weidert*, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG, 4. Aufl. (2016), § 4 PAngV Rn. 4, der bei § 4 Abs. 2 immerhin eine richtlinienkonforme Auslegung für möglich hält, § 4 PAngV Rn. 4.

identischen Informationspflichten enthalten, aber nicht die aufgrund einer Optionsklausel möglichen weiteren mitgliedstaatlichen Informationspflichten.

Mit einer bloßen Optionsklausel in der VRRL käme man nicht weiter. Man müsste die Essenz des § 4 PAngV schon in der VRRL selbst verankern und dann noch deren Vorrang vor der UGP-RL vorsehen. Falls sich der Unionsgesetzgeber dazu nicht verstehen könnte, könnte man die Vorschrift mit einer opt-out-Klausel für die Mitgliedstaaten verbinden.

6. HANDLUNGSEMPFEHLUNG

Art. 5 der VRRL sollte um einen Absatz 2a ergänzt werden, der lauten könnte:

Die Information über den Gesamtpreis nach Absatz 1 Buchstabe c ist auch bei in Schaufenstern oder in sonstiger Weise innerhalb oder außerhalb des Verkaufsraums ausgestellten Waren durch Preisschilder oder Beschriftung der Ware zu erteilen.

In Art. 6 VRRL ist ein entsprechender Absatz einzufügen, der sich auf Art. 6 Abs. 1 lit e 1.Halbsatz beziehen müsste.

Dem Art 3 Abs. 4 UGP-RL sollte folgender Satz 2 hinzugefügt werden:

Artikel 5 Absatz 2a der VRRL geht dieser Richtlinie vor.

7. FAZIT

> Die deutsche PAngV enthält wesentliche verbraucherschützende Vorschriften, die über die Preisangaben-RL hinausgehen, insbesondere die Anwendbarkeit auf Dienstleistungen und die Preisauszeichnungspflicht für Schaufensterauslagen. Diese Vorschriften sind am Maßstab der vollharmonisierenden UGP-RL zu messen, was zu dem Ergebnis führt, dass sie teilweise nicht anwendbar sind. Dies gilt insbesondere für die Preisauszeichnungspflicht für Schaufensterauslagen (§ 4 PAngV).
>
> Es ist deshalb eine Neuordnung der Regelungen über Preisangaben im Rahmen der VRRL anzustreben. In deren Art. 5 und 6 sollte eine Pflicht zur Preisauszeichnung für Schaufensterwerbung aufgenommen werden. Um eine Kollision mit der UGP-RL zu vermeiden, sollte diese die Vorrangigkeit der für die VRRL vorgeschlagenen Regelungen festlegen.

IV. VERBRAUCHSGÜTERKAUFRICHTLINIE

1. DIE VERBRGK-RL UND IHRE UMSETZUNG IM BGB

Die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie (im Folgenden VerbrGK-RL) trat am 7.7.1999 in Kraft und war bis zum 1.1.2002 umzusetzen.[290] Sie war die letzte der Richtlinien der ersten Generation,[291] die auf dem Minimalstandardprinzip[292] (vgl. Art. 8 Abs. 2 VerbrGK-RL) beruhten und eine verbleibende Rechtsungleichheit in Kauf nahmen, um den Mitgliedstaaten die Akzeptanz der Richtlinien[293] zu erleichtern. In Deutschland wurde sie durch die Schuldrechtsmodernisierung umgesetzt, die das Vertragsrecht des BGB grundlegend umgestaltete und seit dem 1.1.2002 gilt.[294]

Ein Blick zurück lohnt sich, um deutlich zu machen, dass es eine europäische und keine nationale Regelung war, die wesentliche Fortschritte für den Verbraucherschutz im Bereich des Kaufrechts mit sich brachte.[295] Das bis zum 31.12.2001 geltende Kaufrecht des BGB war als Modell für moderne verbraucherschutzrechtliche Regelungen nicht geeignet. Im Gegensatz zu anderen Bereichen des Verbraucherschutzes bedeutet die Umsetzung der VerbrGK-RL im Rechtsvergleich für Deutschland eher eine nachholende Entwicklung. Obwohl auch die VerbrGK-RL nicht alle verbraucherpolitischen Wünsche erfüllte,[296] brachte sie jedenfalls das Kaufrecht des BGB auf einen halbwegs zeitgemäßen Stand. Von sich aus war der deutsche Gesetzgeber dazu nicht in der Lage.

Vorschläge der vom Bundesjustizminister *Schmude* in den frühen 1980er Jahren eingesetzten Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts[297] ließ die seinerzeitige schwarz-gelbe Bundesregierung unberücksichtigt. Erst der Zwang, die VerbrGK-RL umzusetzen, führte zu dem von der traditionellen Rechtswissenschaft mit großem Unbehagen[298] betrachteten Reformschritt der seinerzeit sozialliberalen Bundesregierung, welcher inzwischen auch allgemein akzeptiert ist.

1.1. Verbesserungen durch die VerbrGK-RL

1.1.1. Gesetzlicher Anspruch auf Nacherfüllung/Unabdingbarkeit der Gewährleistungsrechte

---

[290] Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25. Mai 1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABl. EG Nr. L 171/12 v. 7.7. 1999.

[291] Zu dieser Klassifizierung *Tonner*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 3 Rn. 33.

[292] Mindeststandardprinzip bedeutet, dass es den Mitgliedstaaten offensteht, strengere verbraucherschützende Regelungen beizubehalten oder neu einzuführen, siehe dazu *Tonner*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 3 Rn. 24.

[293] Durch größere Spielräume bei der Umsetzung verringern sich die Schwierigkeiten bei der Einpassung in das nationale Recht, vgl. dazu *Tamm*, Verbraucherschutzrecht – Europäisierung und Materialisierung des deutschen Zivilrechts und die Herausbildung eines Verbraucherschutzprinzips (2011), S. 312.

[294] Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26.11.2001, BGBl. I S. 3138.

[295] Zum Entstehungszusammenhang ausführlich *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (2011), S. 572 ff.

[296] Kritisch etwa *Micklitz*, EuZW 1999, 485.

[297] Kommission zur Überarbeitung des Schuldrechts, Abschlussbericht 1992.

[298] Statt vieler *Ernst*, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform (2001), S. 559 ff.

Mit der Umsetzung der VerbrGK-RL musste Deutschland von den römisch-rechtlichen Rechtsbehelfen im Kaufrecht (Wandelung und Minderung) Abschied nehmen. Dem alten Recht fehlte vor allem ein gesetzlicher Nachbesserungs- bzw. Nachlieferungsanspruch des Käufers. Es bedurfte mühsamer und komplizierter Anstrengungen der Rechtsprechung, um dem Verbraucher auf der Basis der Klauselkontrolle einen Mindeststandard[299] zu gewährleisten, wenn ihm freiwillig ein Nachbesserungsrecht unter Abbedingung von Wandelung und Minderung eingeräumt wurde. Dazu gehörte vor allem die vom BGH ins Leben gerufene Rechtsfigur des Wiederauflebens der gesetzlichen Gewährleistung, wenn ein freiwillig eingeräumtes Nachbesserungsrecht fehlschlug.[300] Dieses Recht des Käufers wurde später in § 11 Nr. 10 AGB-G, heute in § 309 Nr. 8 lit. b BGB kodifiziert.[301]

Die Umsetzung der VerbrGK-RL brachte die zwingende Geltung der kaufrechtlichen Mängelrechte einschließlich eines vorrangigen Nacherfüllungsanspruchs mit sich, der nun gesetzlich fixiert war. Der Umweg über eine AGB-Kontrolle, bis dahin ein praktikabler (aber eben nur ein auf AGB begrenzter) Schutzansatz für Verbraucher, war danach nicht mehr erforderlich. Ab nun waren die Gewährleistungsrechte des Verbraucherkäufers gegenüber dem Unternehmer im Grundsatz unabdingbar, nicht nur in AGB, auch in Individualabreden (vgl. Art. 7 Abs. 1 VerbrGK-RL, § 475 Abs. 1 BGB).

1.1.2. Ausweitung des Sachmangelbegriffes, Garantievorgaben, Händlerregress

Auch die Ausweitung des Sachmangelbegriffes in § 434 BGB, die sogar öffentliche Äußerungen des Herstellers und des Verkäufers mit einbindet (Art. 2 Abs. 2 lit. d VerbrGK-RL), wenn es um die Bestimmung der Mangelhaftigkeit der Kaufsache geht, und die Einbeziehung der fehlerhaften Montage(anleitung) (vgl. Art. 2 Abs. 5 VerbrGK-RL), führte zu einer deutlichen Anhebung des verbraucherrechtlichen Schutzstandards in Deutschland. Derartiges gab es bis dato nicht. Das gleiche lässt sich von der Einführung der Regelung zu Mindestanforderungen an Garantien (Art. 6 Abs. 2. 3, 5 VerbrGK-RL, heute § 477 BGB) und der Vorgabe zum Händlerregress (Art. 4 VerbrGK-RL, § 478 BGB) sagen.

1.1.3. Vervierfachung der Gewährleistungsfrist

Der wohl wichtigste Fortschritt für den Verbraucher durch die VerbrGK-RL stellte jedoch die Vervierfachung der Verjährungsfrist von sechs Monaten auf zwei Jahre dar, die durch Art. 5 Abs. 1 VerbrGK-RL veranlasst wurde. Der Verkäufer haftet dem Käufer danach für Mängel der Kaufsache, wenn die Vertragswidrigkeit binnen zweier Jahre nach Lieferung des Gutes offenbar wird. Innerhalb der zweijährigen Frist kann der Käufer Gewährleistung nach Maßgabe des Art. 3 VerbrGK-RL (d.h. Nachlieferung, sekundär: Minderung, Rücktritt,) vom Verkäufer fordern. Allein die Regelung eines Rechts auf Schadensersatz blieb dem nationalen Gesetzgeber überlassen; die Richtlinie äußert sich nicht dazu. Es ist heute kaum noch vorstellbar, dass die deutsche Gewährleistungsfrist im Kaufrecht gem. § 476 BGB a.F. bis Ende 2001 nur sechs Monate betrug.

---

[299] *Tonner*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 3 Rn. 24.

[300] BGH, Urt. v. 27.9.2000 – VIII ZR 155/99, NJW 2001, 31 – Verkaufsbedingungen, Neuwagen; o auch für das Werkvertragsrecht, vgl. BGH, Urt. v. 25.9.2008 – VII ZR 32/07 = NJW 2009, 985.

[301] Anders als das altmodische Kaufrecht war die deutsche Klauselkontrolle für die Entwicklung in Europa vorbildlich; nur auf diesem Wege konnten halbwegs passable Ergebnisse für die Verbraucher in einer fortgeschrittenen Industriegesellschaft erreicht werden.

Freilich wurde ihre Kürze auch schon vor der Verabschiedung der VerbrGK-RL problematisiert.[302]

Der Gesetzgeber blieb vor der Schuldrechtsreform untätig und überließ es voll und ganz der Rechtsprechung, auf komplizierten Wegen wenigstens einen Teil der Schadensersatzansprüche durch Anwendung des allgemeinen Leistungsstörungsrechts oder des Deliktsrechts der kurzen Verjährungsfrist zu entziehen.[303] Ein Beispiel ist der sog. „Weiterfresserschaden", wenn sich ein Mangel, welcher in der Kaufsache bereits im Keim angelegt ist, auf weitere bei Gefahrübergang noch unbeschädigte Teile der Kaufsache erstreckt.[304]. Seit der Schuldrechtsreform ist diese Kunstfigur der Rechtsprechung praktisch bedeutungslos. Bemerkenswert bleibt, dass der deutsche Gesetzgeber sich nicht aus eigener Kraft von der völlig überholten Norm des § 477 BGB a.F. zu lösen vermochte, sondern dazu des Anstoßes des seinerzeitigen Gemeinschaftsgesetzgebers bedurfte.

1.2. Nur geringfügiges Gebrauchmachen von der Option der überschießenden Umsetzung

Zweck dieses Gutachtens ist es u.a., nationale Standards herauszuarbeiten, die bei einer Vollharmonisierung des Verbrauchsgüterkaufrechts „auf der Strecke bleiben" würden, weil sie in Ausnutzung des Mindeststandardprinzips der noch aktuellen VerbrGK-RL vom nationalen Gesetzgeber eigenständig etabliert wurden.[305] I.Ü. sollen auch Regelungslücken identifiziert werden.

1.2.1. Grundsatz: Keine überschießende Umsetzung

Für das deutsche Verbrauchsgüterkaufrecht ist zunächst zu konstatieren, dass es „überschießend"[306]-verbraucherfreundliche Standards in Umsetzung der VerbrGK-RL kaum gibt. Der deutsche Gesetzgeber hat von den Chancen des Minimalstandardprinzips der VerbrGK-RL (vgl. Art. 7 Abs. 2 VerbrGK-RL) bedauerlicherweise nur geringfügig Gebrauch gemacht.

Das ist wohl gerade auch darauf zurückzuführen, dass es für ihn bereits eine erhebliche Anstrengung bedeutete, das Verbraucherschutzniveau des bis 2001 geltenden Kaufrechts des BGB auf den Mindeststandard[307] der Richtlinie anzuheben. Er musste sich also auch inhaltlich – etwa mit der Einführung des Nachlieferungsanspruchs und der Ausdehnung der Gewährleistungsfrist – weit bewegen. Die darüber hinausgehende, die Richtlinienvorgaben nach oben hin sprengende Etablierung von Schutzvorschriften (sog. „überschießende Umsetzung"[308]) zugunsten des Verbrauchers wären

---

[302] Etwa *Mansel*, in: Ernst/Zimmermann (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform (2001), 333, 404, der für eine dreijährige Frist plädiert; zur grundlegenden Kritik an der früheren Verjährung siehe auch *Heinrichs*, NJW 1982, 202 ff.; *Zimmermann*, JZ 2000, 853 ff.; *Eidenmüller*, JZ 2001, 283 ff.

[303] Zum Befund vgl. *Mansel/Stürner*, NomosKommentar BGB AT, 3. Aufl. (2016), Vor § 194 Rn. 2; RegE eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, BT-Drucks. 14/6040, S. 100 ff.

[304] *Grothe*, in: MüKo, 7. Aufl. (2015), § 195 Rn. 54.

[305] Wir haben bereits anlässlich der Verabschiedung des Vorschlags der VRRL aufgezählt, welchen Reduktionismus das Vollharmonisierungsprinzip des Vorschlags auf das deutsche Verbraucherschutzrecht ausüben würde, *Tonner/Tamm*, JZ 2009, 277, 282 f.

[306] Zur überschießenden Umsetzung allg. *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (2011), S. 98; *Tröger*, ZEuP 2003, 525 ff.

[307] Zum Mindeststandardprinzip vgl. *Tonner*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 3 Rn. 55.

[308] Vgl. dazu *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (2011), S. 98; *Tröger*, ZEuP 2003, 525 ff.

damals rechtspolitisch nicht zu vermitteln gewesen. Von Verbraucherseite dennoch ins Spiel gebrachte Vorschläge für ein höheres Schutzniveau – sie betrafen bezeichnenderweise die Verjährungsfrist, die Herstellergarantie und das Wahlrecht des Verbrauchers[309] – hatten deswegen keine Chance auf Umsetzung.

Dagegen wählte der Gesetzgeber der Schuldrechtsmodernisierung eine andere Form der überschießenden Umsetzung. Da er eine Zersplitterung zwischen b 2 b-Kaufrecht und b 2 c-Kaufrecht möglichst verhindern wollte, passte er auch das b 2 b-Kaufrecht weitgehend an die Vorgaben der VerbrGK-RL an und erweiterte damit deren Anwendungsbereich im deutschen Kaufrecht beträchtlich. Dies geschah aber nicht, um das Verbraucherschutzniveau der VerbrGK-RL zu erhöhen, sondern allein um die vielbeschworene Einheit des Zivilrechts zu erhalten.[310]

1.2.2. Keine Verschlechterung durch Nichteinführung der Rügeobliegenheit

Es wirkt sich verbraucherfreundlich aus, dass der deutsche Gesetzgeber nicht von der Option nach Art. 8 Abs. 2 VerbrGK-RL Gebrauch gemacht hat, eine Rügeobliegenheit einzuführen. Infolgedessen darf eine Rügeobliegenheit in Deutschland auch nicht in AGB vorgesehen werden, denn dies wäre ein Verstoß gegen den zwingenden Charakter des deutschen Verbrauchsgüterkaufrechts gemäß § 475 Abs. 1 BGB. Eine Rügeobliegenheit kann die Vorteile einer längeren Gewährleistungsfrist konterkarieren.

Einige Mitgliedstaaten gingen jedoch einen anderen Weg:[311] Bulgarien, Kroatien, Zypern, Dänemark, Estland, Finnland, Ungarn, Italien, Litauen, Malta, die Niederlande, Polen, Portugal, Rumänien, die Slowakei, Slowenien, Spanien und Schweden führten – gestützt auf die VerbrGK-RL – eine Rügeobliegenheit (Rüge innerhalb von zwei Monaten ab Kenntnisnahme) ein.

Eine Einjahresfrist zur Mängelanzeige gibt es in Belgien; jedoch kann diese Frist vertraglich auf zwei Monate verkürzt werden. Finnland macht eine Ausnahme von der zweimonatigen Anzeigepflicht, wenn der Verkäufer grob fahrlässig oder nicht in gutem Glauben gehandelt hat.

In Ungarn muss der Verbraucher-Käufer den Verkäufer sogar innerhalb der „kürzesten unter den gegebenen Umständen möglichen Frist“ unterrichten, wobei aber auch hier die Voraussetzung als erfüllt gilt, wenn die Unterrichtung innerhalb von zwei Monaten erfolgt. Ein ähnliches Modell verfolgen die Niederlande, die von einer „angemessenen Zeitspanne“ spricht, sich dabei aber an das Zwei-Monats-Modell aus der RL anlehnt.

In Polen gibt es die gesetzliche Option, kürzere Fristen unter Berücksichtigung der Haltbarkeit von Lebensmitteln vorzusehen. In Spanien existiert eine Vermutung für die fristgemäße Anzeige; der Beweis des Gegenteils liegt beim Unternehmer. Die Slowakei spricht hingegen nur von fristgemäßer Anzeige. Eine gesetzliche Konkretisierung gibt es nicht; hier dürfte eine richtlinienkonforme Auslegung Platz greifen.

---

309 *Tonner/Crellwitz/Echtermeyer*, in: Micklitz/Pfeiffer/Tonner/Willingmann (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz, (2001), 293 ff. Die Veröffentlichung geht auf ein Gutachten für die AgV zurück.

310 Dazu *Tamm*, Verbraucherschutzrecht, (2011), S. 98 f.

311 Zum Ganzen vgl. die ECC-Net Studie über „Commercial Warranties“ (2016), S. 19; *Twigg-Flesner*,Verbraucherrechterichtlinie, in: Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers (Hrsg.), Verbraucherrechtskompendium, S. 733

Gegen die Einführung einer Rügeobliegenheit für den Verbraucherkäufer innerhalb von zwei Monaten ab Erkennen des Mangels haben sich neben Deutschland noch Österreich, die Tschechische Republik, Frankreich, Griechenland, Irland, Lettland, Luxemburg und das Vereinigte Königreich entschieden.[312]

Eine Rügeobliegenheit außerhalb des Handelsrechts ist dem deutschen Recht mit gutem Grund fremd. Allein im Pauschalreiserecht besteht sie derzeit noch (§ 651g Abs. 1 BGB), muss aber anlässlich der Umsetzung der neuen, vollharmonisierenden Pauschalreiserichtlinie, die keine Rügeobliegenheit kennt, [313] aufgehoben werden. Es ist nur konsequent, wenn der Vorschlag der Kommission zur Regelung des Online-Warenhandels keinerlei fristgebundene Rügeobliegenheit für den Verbraucher vorsieht. Im ErwGr. 25 des RL-Vorschlags wird ausdrücklich festgestellt, dass „*von der Einführung einer Mitteilungspflicht abgesehen werden soll"*. Die Tendenz geht hier in die gegenteilige Richtung, nämlich in die der Stärkung der Verbraucherrechte durch Ausdehnung der Periode für die Geltung der Beweislastumkehr, die gem. Art. 8 Nr. 3 des Vorschlags nunmehr – für den Online-Warenhandel – volle zwei Jahre nach Übergabe umfassen soll (dazu unten 2.4.).

1.3. Verbraucherfreundliche Rechtsfortbildung des EuGH zur VerbrGK-RL

Der EuGH hat zur VerbrGK-RL in den vergangenen Jahren drei Grundsatzurteile gefällt hat, die die schon früher aufgestellte These bestätigen, wonach der Richtlinie eine Art „*in dubio pro consumptore-Grundsatz*"[314] anhaftet – jedenfalls wendet sie der EuGH entsprechend an. Der Gerichtshof hat insofern viele Auslegungsspielräume geschlossen und damit auch dem deutschen Rechtsanwender verbraucherfreundliche „Guidelines" bei der Anwendung der Transformationsnormen mit auf den Weg gegeben.

Leider haben in Deutschland in der Folge Gesetzgeber und Rechtsprechung eher restriktiv auf diese Urteile reagiert und die einschlägigen verbraucherfreundlichen Vorgaben nur zaghaft und nur bezogen auf die konkret strittige Rechtsfrage umgesetzt.

Erfreulicherweise scheint der Unionsgesetzgeber einen anderen Weg zu gehen. Im Vorschlag der Online-Warenhandels-RL verankert die Kommission alle drei Urteile, so dass die Urteile des EuGH zu gesetzlichem Recht würden.

1.3.1. Der Fall „Quelle"

Das erste wichtige Urteil erging zum Fall Quelle. Dabei ging es um die Nachlieferung eines Herdes.[315] Der Verkäufer machte Ersatz für die bereits erfolgte Nutzung des ursprünglich gelieferten, nicht vertragsgemäßen Herdes geltend, was nach § 346 BGB damals möglich war. Der Bundesgerichtshof hatte jedoch Zweifel, ob die gesetzliche Anordnung von Nutzungsersatz mit der Anforderung der Richtlinie, wonach die Nachlieferung „kostenfrei" zu erfolgen habe (vgl. Art. 3 Abs. 4 VerbrGK-RL), vereinbar sei.[316]

---

[312] *Twigg-Flesner*, Verbraucherrechterichtlinie, in: Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers (Hrsg.), Verbraucherrechtskompendium, S. 733.

[313] Richtlinie 2015/2302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Pauschalreisen und verbundene Reiseleistungen, zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 90/314/EWG des Rates, ABl. Nr. L 326/1 v. 11.12.2015.

[314] *Tonner/Tamm*, in: Thévenoz/Reich (Hrsg.), Liber amicorum Bernd Stauder, (2006), S. 527, 553 ff.

[315] EuGH, Urt. v. 17.4.2006 - C-404/06, ECLI:EU:C:2008:231 – vzbv / Quelle.

[316] BGH, Urt. v. 16.8.2006 – VIII ZR 200/05, NJW 2006, 3200, VuR 2006, 441.

Der EuGH, dem die Rechtsfrage zur Entscheidung im Verfahren nach Art. 267 AEUV vorgelegt wurde, stellte fest, dass ein derartiger Nutzungsersatz mit einer kostenlosen Nachlieferung nicht vereinbar ist. Infolgedessen darf § 346 BGB auf eine Nachlieferung im Rahmen der verbrauchsgüterkaufrechtlichen Gewährleistung nicht angewendet werden.

Der deutsche Gesetzgeber setzte das Urteil, das von der Literatur[317] überwiegend begrüßt wurde, zwar im BGB um,[318] ließ dabei aber den Wortlaut des § 346 BGB unverändert. Auch der grundsätzliche Verweis in § 439 Abs. 4 BGB auf die Rücktrittsvorschriften im Falle einer Nachlieferung (und damit auf die Regelung zum Nutzungsersatz im Rücktrittsrecht gem. § 346 BGB) blieb unangetastet.

In seiner minimalistischen Herangehensweise fügte der deutsche Gesetzgeber zur Umsetzung des Quelle-Urteils des EuGH (an versteckter Stelle) in § 474 Abs. 5 BGB lediglich einen Satz 1 ein,[319] wonach (nur) im Verbrauchsgüterkauf, und auch nur bei einer Nacherfüllung i.S.d. § 437 Nr. 1 BGB der Verbraucher-Käufer dem Verkäufer keinen Nutzungsersatz zu zahlen habe.[320]

Die deutsche Regelung gewährt dem Unternehmer aber weiterhin im Fall des Rücktritts gem. § 437 Nr. 2 BGB Nutzungsersatzansprüche gegen den Verbraucher.[321] Formal war der deutsche Gesetzgeber zu dieser minimalistischen Regelung berechtigt, weil der Quelle-Fall den Rücktritt nicht erfasst und die VerbrGK-RL sich zur Frage des Nutzungsersatzes nicht äußert. Der Sache nach besteht aber kein Anlass, Nachlieferung und Rücktritt unterschiedlich zu behandeln, denn beide setzen einen Mangel der Sache voraus. Die VerbrGK-RL hätte den deutschen Gesetzgeber nicht daran gehindert, den Nutzungsersatz sowohl bei der Nachlieferung wie beim Rücktritt zu verweigern.

Erfreulicherweise wird das Problem vom Vorschlag der Online-Warenhandels-RL genau so gesehen wie hier. Art. 13 des Vorschlags nimmt keine minimalistische Umsetzung des Quelle-Urteils vor, sondern erlegt dem Verbraucher lediglich eine Pflicht zum Ausgleich des Wertverlusts auf, der den Wertverlust infolge normalen Gebrauchs übersteigt. Ein Nutzungsersatz ist nicht vorgesehen und könnte von den Mitgliedstaaten daher auch nicht eingeführt werden, wenn die Regelung so verabschiedet würde. Bei dieser Lösung sollte es bleiben.

1.3.2. Weber und Putz-Urteil

Auch in den verbundenen Fällen Weber und Putz ging es vor dem EuGH um Nachlieferungen.[322] Im Fall Weber waren mangelhafte Fliesen verlegt worden. Der Verbraucher-Käufer verlangte Ersatz für die Kosten des Ausbaus der mangelhaften und des Einbaus

---

[317] *Schwartze*, in: Tonner/Tamm (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 14A Rn. 70; *Heimermann*, ZGS 2009, 211; *Herrler/Tomasic*, ZIP 2009, 181.

[318] Der BGH hatte nach Erlass, aber vor der Umsetzung des Quelle-Urteils im BGB entschieden, dass § 439 IV aF entgegen dem zu weit geratenen Wortlaut auf Grundlage richtlinienkonformer Rechtsfortbildung einschränkend auszulegen ist, vgl. BGH, Urt. v. 26.11.2009 – VIII ZR 200/05, NJW 2009, 427; zustimmend *Westermann*, in: MüKo, 7. Aufl. (2016) § 439 Rn. 19; *Büdenbender*, in: NomosKommentar SchuldR, 3. Aufl. (2016), § 474 Rn. 27.

[319] Gesetz v. 10.12.2008, BGBl. I, S. 2399.

[320] Die Begrenzung des Anwendungsbereiches ergibt sich aus dem Verweis auf § 439 Abs. 4, wobei § 439 BGB insgesamt nur die Nacherfüllung regelt.

[321] BGH, Urt. v. 16.9.2009 – VIII ZR 243/08, NJW 2010, 148; *Büdenbender*, in: NomosKommentar SchuldR, 3. Aufl. (2016), § 474 Rn. 27; MüKo/*Lorenz*, BGB, 7. Aufl. (2016) § 474 Rn. 48.

[322] EuGH, Urt. v. 16.6.2011, C-65/09 und C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396 – Putz und Weber.

mangelfreier Fliesen. (Eine Nachbesserung wäre nicht möglich gewesen.) Nachdem der BGH zunächst an seiner bisherigen Rechtsprechung, wonach derartige Kosten im Rahmen einer Nachlieferung nicht zu ersetzen seien, auch in Verbrauchsgüterfällen festgehalten hatte, [323] entschied er sich schließlich doch für eine Vorlage gemäß Art. 267 AEUV an den EuGH.[324]

Der EuGH stellte fest – anders als der BGH als vorlegendes Gericht meinte –, dass sowohl die Aus- wie die Einbaukosten zu ersetzen seien, die sogar den Kaufpreis für die Fliesen erheblich überschritten. Dieses Ergebnis wurde nicht zuletzt mit dem Ziel der Richtlinie, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu erreichen, begründet. Nach dem EuGH kann der Verkäufer die Nachbesserung trotz der hohen Kosten auch nicht wegen „Unverhältnismäßigkeit“ verweigern, wenn die Nachlieferung die einzig mögliche Art der Nacherfüllung ist.[325] Allerdings relativiert der EuGH diese Feststellung dadurch, dass das nationale Gericht den Anspruch herabsetzen kann. Dabei sind der Wert des Vertragsguts in mangelfreiem Zustand und die Bedeutung der Vertragswidrigkeit zu berücksichtigen.[326]

Der deutsche Gesetzgeber nahm das Urteil des EuGH jedoch nicht zum Anlass, das Verbrauchsgüterkaufrecht explizit zu ändern. Restriktiv verhielt sich auch der BGH. Von der vom EuGH eingeräumten Möglichkeit, die zu erstattenden Kosten auf den Wert des mangelfreien Vertragsgegenstands zu begrenzen, machte er jedoch sofort Gebrauch.[327] Dabei spielte es im konkret zu entscheidenden Fall allerdings eine Rolle, dass die Gebrauchstauglichkeit der Fliesen nur geringfügig beeinträchtigt war.

In einer nachfolgenden Entscheidung begrenzte der BGH darüber hinaus die Reichweite der Weber- und Putz-Entscheidung ausdrücklich auf Verbrauchsgüterkaufverträge.[328] Für Kaufverträge, die nicht in den Anwendungsbereich der VerbrGK-RL fallen, hielt er an seiner bisherigen Rechtsprechung fest, wonach Aus- und Einbaukosten nur im Rahmen eines Schadensersatz- oder Aufwendungsersatzanspruches bei Vorliegen des Merkmals des Verschuldens des Verkäufers zu ersetzen sind. Die bereichsspezifisch beschränkte, enge Anwendung der EuGH-Entscheidung führte i.E. zu einer weiteren Fragmentierung des Kaufrechts. Für den Verbraucher ist dies zwar nicht von Nachteil. Nachteilig ist jedoch, dass der Gesetzgeber – anders als im Fall Quelle – keine explizite Einbeziehung der Entscheidung im Gesetz vornahm. Die Grundsätze des Weber- und Putz-Falles sind nach jetzigem Rechtsstand für den Verbraucher nicht aus § 439 Abs. 2 BGB (oder aus einer anderen Regelung) herauszulesen.

In einer Revision des Verbrauchsgüterkaufrechts auf Unionsebene muss deshalb darauf gedrungen werden, dass sich die Weber- und Putz-Entscheidung im Gesetzestext wiederfindet. Es ist zu fordern, dass der europäische Gesetzgeber klarstellt, dass jedenfalls im Anwendungsbereich des Verbrauchsgüterkaufrechts der Unternehmer den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der nachgelieferten, neuen Sache auf eigene Kosten zu tragen habe.

---

[323] BGH, Urt. v. 15.7.2008 – VIII ZR 211/07, NJW 2008, 2837.

[324] BGH, Urt. v. 14.1.2009 – VIII ZR 70/08, NJW 2009, 1660.

[325] EuGH, Urt. v. 16.6.2011, C-65/09 und C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396 – Putz und Weber.

[326] EuGH, Urt. v. 16.6.2011, C-65/09 und C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396 – Putz und Weber.

[327] BGH, Urt. v. 21.12.2011 – VIII ZR 70/08, NJW 2012, 1073 = VuR 2012, 154.

[328] BGH, Urt. v. 17.10.2012 – VIII ZR 226/11, NJW 2013, 220.

Dass die Kommission dem aufgeschlossen gegenüber steht, kann aus dem Vorschlag einer Richtlinie für den Online-Warenhandel[329] herausgelesen werden. Denn dort ist in Art. 10 Abs. 2 explizit festgelegt, dass die Rücknahmepflicht des Unternehmers bei Lieferung nicht-vertragsgemäßer Ware auch die Kosten für den Ausbau der alten Sache und den Einbau der neuen umfasst – und zwar ohne Einschränkungen.

Die Begrenzungsmöglichkeit für den Kostenersatz der Höhe nach, die der EuGH noch eröffnete, hat die Kommission interessanterweise bislang außer Acht gelassen; es ist nicht ganz klar, ob dies reflektiert geschah. In der Literatur[330] wird dieser Umstand teilweise kritisiert.

In einem Exkurs ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass es, wenn es um die für die Nacherfüllung zu bestreitenden Kosten geht, in vielen Ländern der EU immer wieder Streit um die Ersatzpflicht des Verkäufers gegenüber dem Verbraucher-Käufer für die Sachverständigenkosten gibt. [331]

Das mag daher rühren, dass diese Kosten bezüglich der Feststellung des Mangels und seines Ausgangspunkts, ggf. auch seiner Existenz schon beim Gefahrübergang nur mittelbar im Rahmen der Ausübung der Gewährleistungsrechte veranlasst sind. Da das Vorliegen einer Vertragswidrigkeit und seines Umfangs schon zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs für den Käufer anspruchsbegründend ist, gehört bei Streit ein entsprechendes (unabhängiges Gutachten) dazu. Im Text der VerbrGK-RL ist hierzu nichts eindeutig geregelt; allerdings enthält der Richtlinientext, der auf Transport-, Material- und Arbeitsaufwendungen verweist, auch nur Regelbeispiele. Er ist damit offen gehalten für alle erforderlichen Nacherfüllungskosten (vgl. Art. 3 Abs. 2 VerbrGK-RL).

Aus Klarstellungsgründen – gerade weil es in diesem Punkt immer wieder Streit gibt – wird hier jedoch dafür plädiert, auch die notwendigen Sachverständigenkosten als vom Verkäufer im Mangelfall zu tragende Kosten explizit in die Neuregelung mit aufzunehmen. Dies ist nicht nur wichtig für die Ausübung der Nacherfüllung, sondern auch für den Rücktritt und die Minderung (etwa bzgl. der ggf. zu ermittelnden Minderungsquote).

In Deutschland ist die Übernahme der notwendigen Sachverständigenkosten durch den Verkäufer zwar bereits jetzt durch eine entsprechende Auslegung des § 439 Abs. 2 BGB geltende Rechtslage;[332] jedoch ergibt sich auch dies nicht explizit aus § 439 BGB als deutsches Umsetzungsgesetz zu Art. 3 VerbrGK-RL, sondern eben erst durch Auslegung.[333] Auch in Deutschland könnte dem Verbraucher mehr Gesetzestransparenz in diesem Punkt helfen, um etwaige Unsicherheiten abzubauen, da es diesbezüglich immer wieder Auseinandersetzungen zwischen Käufern und Verkäufern gibt.[334]

---

[329] COM(2015) 635 endg.

[330] Kritisch deshalb zum Vorschlag einer RL zum Online-Warenhandel *Stürner*, Stellungnahme zu den Kommissionsvorschlägen COM(2015) 634 endg. und COM(2015) 635 endg. im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, v. 4.5.2016, S. 7 ff.

[331] So auch die ECC-Net Studie über „Commercial Warranties“, 2016, S. 34.

[332] BGH, Urt. v. 30.4.2014 – VIII ZR 275/13, NJW 2014, 2351; OLG Düsseldorf, Urt. v. 16.12.2002 – 9 U 132/02, NJW-RR 2003, 454.

[333] Bedenken wegen des Verschuldenserfordernisses bei MüKo/*Westermann*, BGB, 7. Aufl. ((2015) Rn. 17; *Lorenz*, NJW 2014, 2319.

[334] BGH, Urt. v. 30.4.2014 – VIII ZR 27513, NJW 2014, 2351; BGH, Urt. v. 23.1.1991 – VIII ZR 122/90, NJW 1991, 1604.

1.3.4. Fall „Faber“

Von besonderer Bedeutung für die aktuelle Diskussion über eine Haftung des Verkäufers für die gesamte voraussichtliche Lebensdauer eines Verbrauchsguts ist die Faber-Entscheidung des EuGH.[335] Nach geltendem Recht muss die Vertragsmäßigkeit der Kaufsache nur im Zeitpunkt der Übergabe vorliegen (§ 446 BGB, vgl. dazu auch Art. 3 Abs. 1 des RL-Vorschlags zum Online-Warenhandel); zu diesem Zeitpunkt findet der sog. „Gefahrübergang“[336] statt.

Häufig wird eine Vertragswidrigkeit aber erst nach Ingebrauchnahme des Verbrauchsguts in Erscheinung treten. Dann taucht die Frage auf, ob die Vertragswidrigkeit bereits im Zeitpunkt der Übergabe gegeben war. In der Regel werden weder der Käufer noch der Verkäufer in der Lage sein, dies zu beweisen bzw. zu widerlegen.[337] Nach normalen Beweislastgrundsätzen trüge der Käufer (als Anspruchsteller) die Beweislast für das Vorliegen des Mangels schon bei Übergabe (§ 446 BGB)[338] und würde deshalb vielfach leer ausgehen, weil er dem nach einer längeren Zeit schlicht nicht nachkommen kann.

Die VerbrGK-RL enthält aus diesem Grund für die ersten sechs Monate nach der Übergabe eine Beweislastverschiebung zu Lasten des Verkäufers und zugunsten des Käufers (vgl. Art. 5 Abs. 3 VerbrGK-RL), die der deutsche Umsetzungsgesetzgeber in § 476 BGB inkorporiert hat. Danach gilt, dass der Mangel der Kaufsache schon als bei Übergabe vorhanden angesehen wird, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art des Mangels oder der Sache nicht vereinbar. Bei Eingreifen der Vermutung trifft den Verkäufer nach der Intension der Regelung die volle Darlegungs- und Beweislast für die Mangelfreiheit der Kaufsache bei Gefahrübergang.[339] Eine bloße Erschütterung der Vermutung reicht nicht aus.[340]

Zu Unrecht[341], jedoch in ständiger, gefestigter Rechtsprechung wich der BGH bisher davon ab. Er verlangte nämlich, dass der Käufer nach Übergabe nachweisen muss, dass der behauptete Mangel – Grundmangel genannt – schon bei der Übergabe vorhanden war und dass dieser ursächlich für den erst viel später augenscheinlich gewordenen größeren Schaden ist. Der Käufer solle dies nach Ansicht des BGH darlegen und beweisen.[342] Mit dieser Auslegung konterkariert der BGH nicht nur den Sinn und Zweck des Art. 5 Abs. 3 VerbrGK-RL und seiner Umsetzungsvorschrift in § 476 BGB;

---

[335] EuGH, Urt. v. 4.6.2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 – Faber. Vgl. auch die Anm. *Rott*, EuZW 2015, 560; *Ruckteschler*, ZEuP 2016, 532.

[336] *Büdenbender*, in: NomosKommentar SchuldR, 3. Aufl. (2016), § 446 Rn. 1; *Klinck*, ZGS 2008, 217; *Lorenz*, NJW 2003, 3341.

[337] Vgl. dazu die Erhebung aus der ECC-Net Studie, „Commercial Warranties“, S. 23 ff.; wonach es für Verbraucher in vielen Ländern nicht einfach ist, an Sachverständige heranzukommen

[338] *Büdenbender*, in: NomosKommentar SchuldR, 3. Aufl. (2016), § 476 Rn. 1.

[339] *Büdenbender*, in: NomosKommentar SchuldR, 3. Aufl. (2016), § 476 Rn. 12.

[340] OLG Celle, Urt. v. 4.8.2004 – 7 U 30/40 = NJW 2004, 3566.

[341] Kritisch gü. dieser BGH-Rspr. etwa *Lorenz*, NJW 2004, 3020 ff.; *Roth*, ZIP 2004, 2025 ff.; *Büdenbender*, in: NomosKommentar SchuldR, 3. Aufl. (2016), § 476 Rn. 12; den BGH ausführlich widerlegend: Bamberger/Roth/*Faust*, BGB, 3. Aufl. (2012), § 476 Rn. 9-13; MüKo/*Lorenz*, BGB, 7. Aufl. (2015), § 476 Rn. 4.

[342] BGH, Urt. v. 2.6.2004 – VIII ZR 329/03, NJW 2004, 2299, 2300. Dem BGH darin folgend: *Graf von Westphalen*, BB 2005, 1; Hk-BGB/*Saenger*, BGB, 8. Aufl. (2014), § 476 Rn. 2.

sie lässt sich auch aus dem Wortlaut der Norm nicht herleiten.[343] Der BGH betrieb insofern Rechtsfortbildung neben dem Gesetz – zu Lasten von Verbrauchern.

Es ist daher zu begrüßen, dass der EuGH in der sog. Faber-Entscheidung, die auf eine Vorlage aus den Niederlanden nach Art. 267 AEUV zurückgeht, der diesbezüglich Judikatur des BGH den Boden entzogen hat. In dem zu entscheidenden Fall geriet ein Fahrzeug in Brand. Die Ursache ließ sich nicht mehr klären, weil das Fahrzeug verschrottet wurde. Dem EuGH zufolge muss der Verbraucher nur darlegen und beweisen, dass das Verbrauchsgut innerhalb der Sechs-Monats-Frist vertragswidrig geworden ist. Den diese Verschlechterung verursachenden Grund, muss er hingegen nicht beweisen und sich somit auch nicht entlasten.[344] Der BGH hatte erst am 12.10.2016 Gelegenheit, sich nach der Faber-Entscheidung zu äußern. Es blieb ihm nichts anderes übrig, als seine verfehlte[345] Rechtsprechung zu § 476 BGB aufzugeben, was er nun auch tat.[346] Aus dem Streit um die Handhabung der Beweislastregel folgt aber, dass nicht nur die bestehende Beweislastregel einschränkungslos übernommen werden sollte, sondern dass die im Vorschlag einer Online-Warenhandels-RL vorgesehene Erweiterung zu begrüßen ist. In ErwGr. 26 Satz 2 heißt es: *„Innerhalb der ersten zwei Jahre sollte der Verbraucher, um die Vermutung der Vertragswidrigkeit geltend machen zu können, lediglich nachweisen müssen, dass die Ware nicht den Anforderungen entspricht, ohne jedoch belegen zu müssen, dass die Vertragswidrigkeit tatsächlich bereits zu dem für die Feststellung der Vertragsmäßigkeit maßgebenden Zeitpunkt bestand“.* Die Erwägungen des Faber-Urteils wurden damit in dem Richtlinien-Vorschlag zum Online-Warenhandel von der Kommission bereits jetzt ausdrücklich in Bezug genommen.

1.3.5. Zwischenfazit

Letztlich bleibt zu resümieren, dass der EuGH die Handhabung der alten (mindestharmonisierenden) VerbrGK-RL mit Augenmaß fortentwickelt hat. Aus Verbrauchersicht ist die Auslegung und Fortentwicklung der VerbrGK-RL bei ihm in guten Händen, während die deutsche Rechtsprechung sich bislang schwer damit tat, über die traditionellen Ansätze des BGB-Kaufrechts hinauszugehen und die Umsetzungsregelungen in Zweifelsfragen verbraucherfreundlich anzuwenden.

2. DER VORSCHLAG EINER ONLINE-WARENHANDELS-RL

2.1. Die Vorgeschichte

Eine Überarbeitung der VerbrGK-RL, d.h. ihre Umstellung auf Vollharmonisierung, war bereits Gegenstand der Verbraucherpolitischen Strategie von 2007-2013.[347] Die Überarbeitungsversuche dauern bzgl. des Kaufrechts damit schon einige Zeit an.

2.1.1. Der Vorschlag zur Verbraucherrechte-RL

Der Vorschlag für eine VRRL aus dem Jahre 2008[348] wollte die VerbrGK-RL mit der Klausel-RL, der Haustürwiderrufs-RL und der Fernabsatz-RL zu einem sog. „vertikalen

---

[343] MüKo/*Lorenz*, BGB, 7. Aufl. (2015), § 476 Rn. 4.

[344] EuGH, Urt. v. 4.6.2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 – Faber. Vgl. auch die Anm. *Rott*, EuZW 2015, 560.

[345] So auch MüKo/*Lorenz*, BGB, 7. Aufl. (2015), § 476 Rn. 4.

[346] BGH, Urt. v. 12.10.2016 – VIII ZR 103/15, ZIP 2016, 2272.

[347] Mitteilung der Kommission, Verbraucherpolitische Strategie der EU (2007-2013), KOM(2007) 99.

[348] Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614; krit. dazu *Tonner/Tamm*, JZ 2009, 277.

Instrument“ zusammenfassen – im Gegensatz zu den „horizontalen Instrumenten“ wie der Verbraucherkredit-RL und der Pauschalreise-RL. Bekanntlich konnte die Kommission ihren Vorschlag, die VerbrGK-RL und die Klausel-RL in die VRRL einzubeziehen, nicht durchsetzen, so dass diese beiden Richtlinien bis heute als Mindeststandardrichtlinien fortgelten. Der Grund lag darin, dass die Mitgliedstaaten den Weg einer derart weitgehenden Vollharmonisierung nicht mitgehen wollten, denn sie hätte die mitgliedstaatlichen Beiträge zur eigenständigen Fortentwicklung des Verbraucherrechts im Wesentlichen ausschaltet, obgleich der Vereinheitlichungsgewinn auf europäischer Ebene (messbar am Abbau der Transaktionskosten[349]) – entgegen den Prognosen der Kommission – nicht hoch gewesen wäre (dazu auch oben I 1).

2.1.2. Der Verordnungsvorschlag zum Gemeinsamen Europäischen Vertragsrecht

Die Kommission ließ sich jedoch davon nicht beeindrucken. In einem nächsten Anlauf zur Vollharmonisierung des Europäischen Kaufrechts legte sie sogar einen noch ambitionierteren Vorschlag zur Schaffung eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (GEKR) vor,[350] wobei das GEKR allerdings (nur) auf optionaler Basis gelten sollte. Freilich wäre auch solch ein vertraglich vereinbartes Kaufrecht nicht ohne Rückwirkung auf das Kaufrecht der Mitgliedstaaten geblieben. Es war als Vollharmonisierung über die Hintertür identifiziert worden und deshalb starker Kritik ausgesetzt gewesen.[351]

Interessant ist, dass der Vorschlag des GEKR viel umfassender ansetzte als die VerbrGK-RL, da der Vorschlag zum GEKR das allgemeine Vertragsrecht und insbesondere den Vertragsschluss mit einbezog. Die Vollharmonisierung, die dadurch eingetreten wäre, wäre insofern noch über den originären Bereich des Kaufrechts hinausgegangen. Sie sollte – so die Hoffnung der Kommission – durch den Verweis auf die „Optionalität“ mit Rücksicht auf die Bedenken der Mitgliedstaaten entschärft werden. Eine Entschärfung lag jedoch nicht wirklich vor; insofern stellte sich der Verweis auf die Optionalität auch als ein sehr vordergründiges Argument dar. In der Praxis wäre die Vereinbarung des GEKR nicht optional geblieben. Denn der Verbraucher wäre wie bei AGB in eine „take it or leave it“-Situation[352] hineingezwungen worden.

Gerade weil dies nicht zu kaschieren war, scheiterte (auch) der Versuch der Etablierung des GEKR gemäß dem Verordnungsvorschlag – trotz der aufwändigen und kostspieligen wissenschaftlichen Begleitung durch Teile der Wissenschaft und der Wirtschaftsverbände. In einem Brief forderte eine Reihe von Justizministern der Mitgliedstaaten, darunter der deutsche, die gerade gebildete Juncker-Kommission auf, den Vorschlag zurückzuziehen.[353] Die Kommission folgte diesem Ansinnen – zur maßlosen Enttäuschung der europäischen Zivilrechtswissenschaft, die sich bereits am Beginn der Ära eines einheitlichen europäischen Zivilrechts gesehen hatte.[354]

---

[349] Dass es der Kommission auch jetzt wieder darum geht, die Transaktionskosten abzubauen, ergibt sich aus ErwGr. 9 des Entwurfs zur Online-Warenhandels-RL.

[350] Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635.

[351] Bundesjustizministerin *Leutheusser-Schnarrenberger*, ZEuP 2011, 451. Der Bundestag hatte die Subsidiaritätsrüge erhoben; vgl. dazu *Tamm*, VuR 2012, 3. Dieser Beitrag geht auf eine Sachverständigen-Anhörung im Rechtsausschuss des Bundestags zurück.

[352] *Tamm*, VuR 2012,3 ff.

[353] Dieses ungewöhnliche Dokument ist abgedruckt in ZEuP 2015, 433 ff.

[354] Die Zurücknahme des GEKR bereits ahnend *R. Schulze*, ZEuP 2014, 691.

2.2. Der neue Regelungsansatz: Kaufrechtsnovellierung im Gewande der DSM-Strategie

In der Folge dieser Ereignisse kündigte die Juncker-Kommission in ihrem Arbeitsprogramm vom Dezember 2014 an, den alten Vorschlag zurückzuziehen. Statt dessen sollte – so die Kommission – ein "*modified proposal in order to fully unleash the potential of e-commerce in the Digital Single Market*" vorgelegt werden".[355] Dieser Hintergrund ist wichtig, um zu erkennen, dass die hier nun zu besprechenden neuen Vorschläge der Kommission den dritten Anlauf zur Vollharmonisierung des Kaufrechts darstellen.[356]

Etwas anders zugeschnitten wurde nur der Anwendungsbereich der vorgeschlagenen europäischen Vorgaben. Denn die Kommission konnte es sich nicht leisten, so kurz nach dem Rückzug vom GEKR-Projekt einen umfassenden Vorschlag für eine neue VerbrGK-RL im Gewand der Vollharmonisierung zu präsentieren. Stattdessen offeriert sie jetzt neue Teilausschnitte des Kaufrechts in diesem bislang nicht durchsetzbaren Gewand. Sie werden nunmehr von der Kommission neu eingegliedert – in eine Strategie für einen digitalen Binnenmarkt (sog. DSM-Strategie).[357]

2.2.1. Der Anwendungsbereich der neuen Vorschriften

Die Kommission macht den von ihr zunächst vorgeschlagenen Neuzuschnitt des Verbrauchsgüterkaufrechts bereits in den Erwägungen zu den beiden neuen (vollharmonisierenden) Richtlinienvorschlägen deutlich:

Einerseits geht es im ersten Richtlinienvorschlag (nämlich im Richtlinienvorschlag zum Online-Warenhandel) um eine Beschränkung des Anwendungsbereichs der Normen auf den Online- und Fernabsatzhandel mit Waren zwischen Verbrauchern und Unternehmern, insofern soll die VerbrGK-RL (1999/44/EG) explizit in ihrem Anwendungsbereich beschränkt werden, vgl. ErwGr. 38 des RL-Vorschlags zum Online-Warenhandel.[358] Dabei soll der von der neuen Richtlinie erfasste Bereich des Fernabsatzes von Waren zwischen Verbrauchern und Unternehmern nunmehr nach dem Konzept der Vollharmonisierung – vgl. Art. 3 der Regelung (d.h. abschließend durch die Union) geregelt werden.

Es geht aber andererseits im zweiten Richtlinienvorschlag (nämlich im Richtlinienvorschlag zur Bereitstellung digitaler Inhalte und der Regelung diesbezüglicher vertragsrechtlicher Aspekte) zugleich um eine erstmalige Erfassung des bislang vom EU-Verbrauchsgüterkaufrecht noch gar nicht geregelten Bereichs des Handels mit digitalen Inhalten.[359]

---

[355] Arbeitsprogramm der Kommission für 2015, Anhang 3, Nr. 60. KOM(2014) 910. Zum abermaligen Scheitern der Kommission, das Verbrauchgüterkaufrecht von 1999 zu reformieren, *Tamm/Tonner*, EWS 2015, 241.

[356] Zur Bedeutung der Genese für das Verständnis der neuen Vorschläge vgl. auch *Wendland*, EuZW 2016, 126; *Maultzsch*, JZ 2016, 236; *Ostendorf*, ZRP 2016, 69; *Smits*, ZEuP 2016, 313.

[357] A Digital Single Market Strategy for Europe, COM(2015) 192 endg.

[358] Vgl. dazu Art. 19 des Richtlinienvorschlags in COM(2015) 635 endg.

[359] COM(2015) 635 endg., S. 1.

Die Kommission hat jedoch ihr Ziel einer vollständigen Ablösung der VerbrGK-RL zugunsten einer vollharmonisierenden Regelung niemals aus dem Auge verloren. Sie verweist in der Begründung des Vorschlags der Online-Warenhandels-RL auf den REFIT-Prozess, dem die VerbrGK-RL unterliegt, und führt aus:

„… doch könnten die weiteren Schlussfolgerungen – sollte daraus hervorgehen, dass eine Initiative der Kommission zum klassischen Einzelhandel erforderlich ist – in die weiteren Arbeiten einfließen, die die Gesetzgeber im Zusammenhang mit dem Vorschlag zum Online-Warenhandel und anderen Formen des Fernabsatzes unternehmen.“[360]

Genau dies ist inzwischen geschehen. Die Kommission regte informell an, dass die Ko-Gesetzgeber, also Parlament und Rat – den Anwendungsbereich auf die gesamte VerbrGK-RL ausdehnen. Das Parlament ist im Begriff, dem zu folgen, während der Rat allerdings darüber noch nicht beraten hat. Man darf davon ausgehen, dass mit dem Vorschlag der Online-Warenhandels-RL von vornherein eine Ablösung der gesamten VerbrGK-RL beabsichtigt war. Die Regelungen des Vorschlags für eine Online-Warenhandels-RL müssen also unter dem Gesichtspunkt näher betrachtet werden, dass sie für sämtliche Verbrauchgüterkaufverträge, also auch im stationären Handel abgeschlossene Verträge, passen müssen. Die Kritik im Schrifttum an der weiteren Fragmentierung des Kaufrechts war etwas voreilig;[361] offenbar hat man den zitierten Passus aus der Begründung überlesen. Der Vorschlag einer Richtlinie über digitale Inhalte nimmt dagegen einen eigenen Weg.

2.2.2. Grundsätzliche Erwägungen

Wir haben bereits im Allgemeinen Teil dieses Gutachtens ausgeführt, dass wir die Zeit für eine Vollharmonisierung des Verbraucherrechts nicht für gekommen halten. Eine fehlende Vollharmonisierung ist nicht der wesentliche Hinderungsgrund für eine Vollendung des Binnenmarktes; sie ist allenfalls ein kleiner abschließender Baustein. Der Unionsgesetzgeber sollte sich fragen, ob er angesichts der verbreiteten Euroskepsis unter den Bürgern ausgerechnet in einem Rechtsgebiet, das wie das Verbrauchsgüterkaufrecht alltäglich jeden Bürger direkt betrifft, die politischen Gestaltungsbefugnisse weg von den Mitgliedstaaten auf die zentrale Ebene verlagern muss. Unsere Antwort ist ein klares Nein; zur Begründung verweisen wir auf Teil I 1 dieses Gutachtens, das bei den folgenden Ausführungen zum Vorschlag der Online-Warenhandels-RL gleichsam mitgelesen werden muss.

Auf der anderen Seite ist eine Gesetzgebungsinitiative der Kommission im Verbrauchsgüterkaufrecht aber nicht überflüssig. Der Beschleunigungsprozess der Unionsgesetzgebung ist nicht, zumindest nicht nur, auf eine Eigendynamik der Brüsseler Gesetzgebungsmaschinerie zurückzuführen, sondern die notwendige Antwort auf die Digitalisierung des (Verbraucher-)Alltags und die damit verbundene Relevanz des grenzüberschreitenden Geschäftsverkehrs. Nur mit Mitteln des Rechts lassen sich die dynamischen wirtschaftlich-technischen Prozesse zähmen und für den Bürger erträglich gestalten. Es ist keine Frage, dass dies nicht ohne Unionsrecht geschehen kann. Würde der Unionsgesetzgeber die Hände in den Schoss legen, würde er die Vertrauenskrise in die EU nur noch verschlimmern.

---

[360] COM(2015) 635, S. 3.

[361] Vgl. etwa *Föhlisch*, VuR 2016, 201; *Smits*, ZEuP 2016, 313, 323 f.

Die Aufgabe ist aber mehr als komplex. Der Gesetzgebungsprozess muss der wirtschaftlich-technischen Entwicklung zeitlich und inhaltlich Rechnung tragen. Schon daraus folgt, dass einmal erlassene Rechtsinstrumente ständig angepasst werden müssen und ein REFIT alles andere als überflüssig ist. Die wirtschaftlich-technische Dynamik macht an Grenzen nicht halt, so dass nationale Antworten nicht ausreichen und der Unionsgesetzgeber gefragt ist. Die „Beschleunigungskrise“ kann nicht mit Entschleunigung beantwortet werden, weil sonst die Entwicklung jeder demokratischen Steuerung entgleitet. Gleichzeitig muss der Unionsgesetzgeber den Mitgliedstaaten relevante Spielräume belassen, um die Betroffenen mitzunehmen. Das Unionsrecht löst mitgliedstaatliches Recht nicht etwa ab; vielmehr stoßen sich die gewachsenen Strukturen des nationalen Rechts mit dem Unionsrecht, das das nationale Recht nicht etwa nur überwölbt, sondern tief in es eindringt. Jedes einzelne vorgeschlagene Rechtsinstrument bewegt sich im Kontext dieser Rahmenbedingung, so auch die hier zu untersuchende Online-Warenhandels-RL.

Zum Stichwort „Beschleunigungskrise“ seien die seit 2008 (in kurzer Folge) fünf grundlegende Novellierungen des Fernabsatzrechts im deutschen Recht aufgezählt, weitgehend, aber nicht nur, veranlasst durch Unionsrecht:

- das Gesetz zur Bekämpfung der unlauteren Telefonwerbung und zur Verbesserung des Verbraucherschutzes bei besonderen Vertriebsformen,[362]
- das Gesetz zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht,[363]
- das Gesetz zur Anpassung der Vorschriften über den Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen und über verbundene Verträge,[364]
- das Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuches zum besseren Schutz von Verbraucherinnen und Verbrauchern vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr und zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes,[365]
- das Gesetz zur Umsetzung der VRRL und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung.[366]

Es ist so ähnlich wie bei den Informationspflichten (dazu oben I.3.): Ihre Vielfalt ist Gegenstand heftiger Kritik, aber betrachtet man sie im Einzelnen, wird man kaum eine für überflüssig halten. Das Gleiche gilt für die aufgezählten Gesetze. Aus Gründen des Verbraucherschutzes waren sie alle notwendig. Sie zeigen den Druck, der vom elektronischen Geschäftsverkehr ausgeht, und sie zeigen die Friktionen, die sich durch das – notwendige – Zusammenspiel der Unions- und der mitgliedstaatlichen Ebene ergeben.

Interessanterweise gehen die aufgeführten Gesetze nur teilweise auf Unionsrecht zurück. Einige sind Folgen verbraucherpolitischen Drucks auf den nationalen Gesetzgeber. Damit wird deutlich, wie wichtig die Spielräume für den mitgliedstaatlichen Gesetzgeber sind.

---

[362] BGBl. 2009 I, S. 2413.

[363] BGBl. 2009 I, S. 2355.

[364] BGBl. 2011 I, S. 1600.

[365] BGBl. 2012 I, S. 1084

[366] BGBl. 2013 I, S. 3642.

2.3. Übernahme von Regelungen der VerbrGK-RL

2.3.1. Anwendungsbereich

Der Vorschlag der Richtlinie zum Onlinewarenhandel und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren (nachfolgend „Online-Warenhandels-RL“) gilt nur für Kaufverträge zwischen Verkäufern und Verbrauchern, vgl. Art. 1 Abs. 1 des Vorschlags. Der Vorschlag spricht nicht von „Unternehmer“, sondern von „Verkäufer“, definiert diesen Begriff aber wie den des Unternehmers nach Art. 2 Nr. 2 VRRL. Die Definition des Verbrauchers ist mit derjenigen der VRRL identisch. In der VRRL wird die dual use-Problematik von ErwGr. 17 Satz 2 erfasst.[367] Im Vorschlag der Online-Warenhandels-RL fehlt ein entsprechender Hinweis in den Erwägungsgründen.

Der Anwendungsbereich des Richtlinienvorschlags erstreckt sich sachlich auf Waren und ist insoweit mit der VerbrGK-RL kongruent. „Waren“ sind i.S.d. Neuregelung zunächst bewegliche körperliche Gegenstände, vgl. Art. 2 lit. d) des Vorschlags. Wie bisher soll die Richtlinie auch Waren, die noch hergestellt werden müssen, erfasst werden. Dies entspricht Art. 1 Abs. 4 der VerbrGK-RL, so dass die Anpassung des Werkvertragsrechts des BGB an die VerbrGK-RL beibehalten werden muss. Der Vorschlag will alle Fernabsatzverträge erfassen, also nicht nur online abgeschlossene Verträge (Art. 1 Abs. 1).

2.3.2. Die Vertragsmäßigkeit der Ware

2.3.2.1. Begriff

Der Begriff der Vertragsgemäßheit aus der VerbrGK-RL wird beibehalten. Der Vorrang der Beschaffenheitsvereinbarung (Art. 2 Abs. 2 lit. a VerbrGK-RL) findet sich in Art. 4 Nr. 1 lit. b des Vorschlags. Wie bisher wird der Begriff der Beschreibung verwendet. Hinzugefügt wurde eine Vorschrift, wonach die Ware die Eigenschaften besitzen muss, die in einer vorvertraglichen Erklärung angegeben sind, sofern sie Vertragsbestandteil geworden sind. Mit dieser Vorschrift wird klargestellt, dass die in den zahlreichen Informationspflichten des Unionsrechts enthaltenen Angaben zu Vertragsbestandteilen werden.

Fehlt eine „Beschreibung“ der Ware, gilt wie bisher ein objektiver Begriff der Vertragsgemäßheit. In Art. 5 des Vorschlags wurde über den geltenden Art. 2 Abs. 2 lit. d der VerbrGK-RL hinaus eine Verpflichtung aufgenommen, Zubehör wie Verpackungen und Montageanleitungen zu liefern, die der Verbraucher erwarten kann.

2.3.2.2. Zeitpunkt des Gefahrübergangs

Der Gefahrübergang findet auch nach den neuen RL-Vorgaben gem. § 8 Nr. 1 lit. a) grundsätzlich im Zeitpunkt der Besitzerlangung durch den Käufer statt; es sei denn, das Gut wird auf Vorschlag des Verbrauchers von einem bestimmten Beförderer transportiert, Art. 8 Nr. 1 lit. b) des Vorschlags.

Herausgeschoben wird der Zeitpunkt des Gefahrübergangs – das ist neu – nach Art. 8 Nr. 2 allerdings dann, wenn die Ware noch durch den Verbraucher zu montieren ist. Der Grund ist, dass sich die Vertragsgemäßheit erst dann von ihm prüfen lässt. Um den Zeitpunkt des Gefahrübergangs aber auch hier nicht unbefristet herauszuschieben,

---

[367] Zur dual use-Problematik im Unionsrecht vgl. *Tonner/Fangerow*, euvr 2012, 67, 72 f.

soll dieser grundsätzlich 30 Tage nach Anlieferung eintreten. Das erscheint interessengerecht.[368]

Klärungsbedürftig ist gem. des Vorschlags zum Online-Warenhandel aber, wann es sich um „Waren handelt, die zu einer Montage oder Installation durch den Verbraucher bestimmt" sind, denn hieran knüpft der herausgeschobene Beginn des Gefahrübergangs gem. Art. 8 Nr. 2 an. Es ist zu klären, ob und welche Möbel hiervon erfasst sind, und ob etwa auch Waschmaschinen, Herde etc., die einen Anschluss benötigen, mit einbezogen sein sollen.[369] Das sollte man zumindest in den Erwägungsgrünen etwas spezifizieren.

2.3.2.3. Die Rechtsfolgen bei Vertragswidrigkeit der Ware

Die im RL-Vorschlag enthaltenen Rechtsfolgen bei Vertragswidrigkeit der Ware lehnen sich in weitem Maße an die Regelung des Art. 3 Abs. 2 und 3 der VerbrGK-RL an. So kann bereits nach geltendem Recht der Käufer vom Verkäufer bei einem Mangel der Kaufsache Nacherfüllung durch Reparatur oder Neulieferung und beim Scheitern derselben Rücktritt vom Vertrag oder Minderung verlangen.

Allerdings war schon bei der Verabschiedung der VerbrGK-RL diskutiert worden, ob dem Verbraucher nicht ein gänzlich „freies Wahlrecht" zwischen Nachbesserung, Ersatzlieferung, Minderung und Rücktritt eingeräumt werden sollte, wie es etwa der Vorschlag zum GEKR noch vorsah.[370] Der Richtlinienvorschlag für den Online-Handel belässt es hingegen bei der gewohnten Hierarchie der Gewährleistungsrechte, vgl. Art. 9, Art. 13 des Vorschlags. Dem ist zu widersprechen (ausführlich unten 2.5.1.).

Der Verkäufer kann i.Ü. wie bisher – siehe dazu Art. 3 Abs. 3 VerbrGK-RL – neben der Unmöglichkeit – lediglich einwenden, die vom Käufer gewählte Form der Nacherfüllung verursache verglichen mit der anderen Abhilfemöglichkeit „unverhältnismäßig hohe Kosten" (Art. 11 S. 1 des RL-Vorschlags). Selbst die Leitparameter[371] für die hier anzustellende Abwägung aller relevanten Umstände sollen im Wesentlichen unverändert bleiben, was sich aus Art. 11 lit. a) bis lit. c) des RL-Vorschlags ergibt.

2.3.3. Regressansprüche des Verkäufers

Auch für die Regressansprüche des Verkäufers gegenüber seinem Verkäufer, vgl. Art. 4 VerbrGK-RL (nun Art. 16 des RL-Vorschlags über den Online-Warenhandel) sind gleichgeblieben.

2.3.4. Halbzwingende Charakter der Vorschriften

---

[368] Die Wirtschaft kritisiert dieses weitere Herausschieben des Gefahrübergangs bei Selbstmontage durch den Käufer, vgl. dazu ZGD, Stellungnahme, Entwurf einer Richtlinie über bestimmte vertragliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, Berlin, März 2016, S. 3.

[369] Zu dieser Frage schon *Föhlisch*, Stellungnahme zum Vorschlag für die EU-Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes" (für TRUSTED SHOPS) v. 25.4.2016, S. 5.

[370] Art. 106 GEKR-Vorschlag. Krit. zum fehlenden Recht zur zweiten Andienung im GEKR *Lorenz*, AcP 212 (2012) 702, 752 f.

[371] Einzubeziehen in die Abwägung sind insbesondere der Wert der Waren in vertragsgemäßem Zustand, die Bedeutung der Vertragswidrigkeit sowie der Umstand, ob die alternative Abhilfe ohne erhebliche Unannehmlichkeiten für den Verbraucher geleistet werden kann.

Darüber hinaus ist im neuen Vorschlag der halbzwingende Charakter der Schutzbestimmungen (zugunsten des Verbrauchers) festgeschrieben worden, vgl. Art. 18 des RL-Vorschlags zum Online-Warenhandel, was Art. 7 VerbrGK-RL entspricht.

2.4. Neuerungen

2.4.1. Verankerung des Weber- und Putz-Urteils des EuGH

Der Vorschlag übernimmt das Weber- und Putz-Urteil des EuGH.[372] Er regelt ausdrücklich, dass Aus- und Einbau(kosten) bei einer Nachlieferung vom Verkäufer zu tragen sind, vgl. Art. 10 Nr. 2 des RL-Vorschlags.

Von einer Deckelung der Kosten, wie sie nach dem EuGH-Urteil möglich wäre, ist (überraschenderweise) nicht die Rede. Das hätte zur Folge, dass Ein- und Umbaukosten in voller Höhe zu erstatten sind, selbst wenn sie ein Vielfaches des Warenwertes betragen. In der Literatur wird die fehlende Begrenzung der Kosten in dem RL-Vorschlag durchaus kritisch gesehen.[373] Bei der Überarbeitung des Kaufrechts auf Unionsebene sollte eruiert werden, ob das Fehlen einer Kostendeckelung eine bewusste Entscheidung der Kommission ist oder sich hier eher eine Lücke im Gesetz auftut. Die Nichtregelung muss angesichts der Vollharmonisierung so verstanden werden, dass eine Kostendeckelung nicht möglich ist. Allenfalls sollte den Mitgliedstaaten eine Option eingeräumt werden, eine Kostendeckelung einzuführen.

2.4.2. Verankerung des Quelle-Urteils des EuGH

Auch das Quelle-Urteil[374] des EuGH findet sich im Richtlinienvorschlag zum Online-Warenhandel wieder; ein Nutzungsersatz ist im Zuge einer Ersatzlieferung gem. Art. 10 des RL-Vorschlags ausgeschlossen. Hervorzuheben ist, dass die Kommission in ihrem neuen Vorschlag zur Regelung des Online-Warenhandels dem Käufer auch beim Rücktritt vom Vertrag nur die Pflicht zur Zahlung von Wertersatz aus Anlass der Nichtrückgabe der Sache oder ihrer Verschlechterung auferlegt. Eine Zahlung des Käufers an den Verkäufer für gezogene Gebrauchsvorteile (= Nutzungen) ist dort nicht geregelt. Damit ist die wünschenswerte Gleichstellung der Rückgabe einer nicht vertragsgemäßen Ware bei Nachlieferung und einem Rücktritt wegen einer Vertragswidrigkeit erreicht. [375]

2.4.3. Einbau des Faber-Urteils des EuGH

Begrüßenswert ist weiter, dass sich selbst das Faber-Urteil des EuGH in der Richtlinie für den Online-Warenhandel[376] in ErwGr. 26 Satz 2 wiederfindet. Denn nunmehr ist ausdrücklich Folgendes vorgesehen: *„Innerhalb der ersten zwei Jahre sollte der Verbraucher, um die Vermutung der Vertragswidrigkeit geltend machen zu können, ledig-*

---

[372] EuGH, Urt. v. 16.6.2011, C-65/09 und C-87/09, ECLI:EU:C:2011:396 – Putz und Weber.

[373] *Stürner*, Stellungnahme zu den Kommissionsvorschlägen COM(2015) 634 endg. und COM(2015) 635 endg. im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, Stellungnahme v. 4.5.2016, S. 9.

[374] EuGH, Urt. v. 17.4.2006, C-404/06, ECLI:EU:C:2008:231 – vzbv / Quelle.

[375] Die Bedenken von *Föhlisch*, Stellungnahme zum Vorschlag für die EU-Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes“ (für TRUSTED SHOPS) v. 25.4.2016, S. 6, der Ausschluss einer Nutzungsentschädigung sei nicht eindeutig geregelt, teilen wir nicht.

[376] COM(2015) 635 endg.

lich nachweisen müssen, dass die Ware nicht den Anforderungen entspricht, ohne jedoch belegen zu müssen, dass die Vertragswidrigkeit tatsächlich bereits zu dem für die Feststellung der Vertragsmäßigkeit maßgebenden Zeitpunkt bestand".

Die Entscheidungsgründe aus dem Faber-Urteil des EuGH wurden damit in dem Richtlinien-Vorschlag zum Online-Warenhandel von der Kommission ausdrücklich in Bezug genommen. Wird das so in einer neuen VerbrGK-RL (das heißt in einem insgesamt geänderten Verbraucherkaufrecht) übernommen, wofür hier plädiert wird, ist das schon aus Kohärenz- und Transparenzgründen als positiv zu bewerten.[377]

2.4.4. Längere Frist für die Beweislastumkehr

Rechtspolitisch interessant ist an dem Vorschlag der Kommission weiter, dass die Frist für die Beweislastumkehr bezüglich des Nachweises einer Vertragswidrigkeit zum Zeitpunkt der Übergabe auf die volle Länge der (jetzigen *zweijährigen*) Gewährleistungsfrist ausgedehnt werden soll. Bislang sah die VerbrGK-RL in ihrem Art. 5 Abs. 3 lediglich eine nur sechsmonatige Frist für die Beweislastumkehr vor; im deutschen Recht ist sie dergestalt in § 476 BGB geregelt.

Die Ausdehnung dieser Frist auf volle zwei Jahre ab der Lieferung in dem neuen Richtlinienvorschlag für den Online-Warenhandel (vgl. Art. 8 Nr. 3) ist eines der Kernstücke[378] des neuen Vorhabens und führt zu einer bedeutenden Verbesserung des Verbraucherschutzes, wenn die Regelung im Sinne des Faber-Urteils[379] verstanden wird, wonach der Verbraucher keinerlei Vorhandensein eines Grundmangels bei Gefahrübergang beweisen muss, was ErwGr. 26 Satz 2 nahelegt. Diese Vorgabe ist zu begrüßen.[380] Wie zu erwarten, stößt diese Regelung aber auf heftigen Widerstand aus der Wirtschaft.[381] Dieser verfängt aber nicht. Das hat mehrere Gründe:

2.4.4.1. Erster Grund: Nachhaltigkeit

Die Erwägungsgründe betonen zum einen bereits den Zusammenhang dieser Neuregelung mit Nachhaltigkeitsaspekten, die immerhin auch zu beachten sind. Es heißt dort, dass *„die Gewährleistung einer längeren Lebensdauer von Verbrauchsgütern wichtig für die Förderung nachhaltigerer Verbrauchsmuster und eine Kreislaufwirtschaft"* sei. Die Richtlinie solle daher produktspezifische Rechtsvorschriften der Union ergänzen.[382] Damit dürften bspw. die Ökodesign-RL[383] und die auf diese gestützten Regelungen gemeint sein.[384] Dass längere Fristen für die Beweislastumkehr nicht nur dem Verbraucher, sondern auch der Umwelt dienen, weil dadurch der Verkäufer (und über

---

[377] So auch die Stellungnahme der Verbraucherschutzministerkonferenz v. 1.9.2016: „Öffentliche Konsultation zum Fitness-Check des europäischen Verbraucher- und Marketingrechts", S. 4 unter Punkt 3.

[378] *Föhlisch*, VuR 2016, 201 f.; *Wendland*, EuZW 2016, 126 f.; *Schroeter/Göter*, DB 2016, 754 f.

[379] EuGH, Urt. v. 4.6.2015, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 – Faber. Vgl. auch die Anm. *Rott*, EuZW 2015, 560.

[380] So auch die Stellungnahme der Verbraucherschutzministerkonferenz v. 1.9.2016: „Öffentliche Konsultation zum Fitness-Check des europäischen Verbraucher- und Marketingrechts", S. 3 unter Punkt 3.

[381] *Föhlisch*, Stellungnahme zum Vorschlag für die EU-Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes" (für TRUSTED SHOPS) v. 25.4.2016, S. 3.

[382] ErwGr 23.

[383] Richtlinie 2009/ 125/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 21. Oktober 2009 zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte (Neufassung), ABl. EU Nr. L 285/10 v. 31.10.2009.

[384] Zu diesem Zusammenhang *Tonner/Schlacke/ Alt*, in: Brönneke/Wechsler (Hrsg.), Obsoleszenz interdisziplinär (2015), S. 254 f.

ihn in der Regresskette der Hersteller) gehalten wird, länger für das von ihm verkaufte Produkt einzustehen, dürfte auf der Hand liegen. Die Einbindung dieses Gesichtspunktes für die Nachhaltigkeit ist zu unterstützen.

2.4.4.2. Zweiter Grund: Bessere wirtschaftlichen Abfederungsmöglichkeit durch den Verkäufer

In der deutschen Literatur finden sich zur Heraufsetzung der Frist der Beweislastumkehr aber dennoch kritische Stimmen, die das Nachhaltigkeitsmoment nicht als legitim anerkennen.[385] Richtig ist der Befund, dass es zu einer „Risikoverschiebung zu Lasten des Verkäufers“[386] kommt – gerade auch in Anbetracht des Zusammenwirkens mit dem Faber-Urteil des EuGH, weil die Beweislastumkehr nunmehr länger zugunsten des Verbrauchers ausschlägt. Die prozessuale Stellung des Verkäufers verschlechtert sich.[387]

Es ist insofern zunächst nachvollziehbar, wenn argumentiert wird, dass immer dann, wenn der Gegenstand länger in Gebrauch ist, die Wahrscheinlichkeit höher ist, dass ein Defekt auf einen Bedienungsfehler, auf unsachgemäße Verwendung oder (auf durch übermäßigen Gebrauch herbeigeführten) Verschleiß[388] zurückzuführen ist, und dass es dem Verkäufer in all diesen Fällen schwerfällt, in die Sphäre des Käufers hineinzublicken, um dies unter Beweis zu stellen und sich gegen die Annahme eines Mangels zu entlasten.[389]

Andererseits treffen den Käufer die gleichen Probleme, wenn die Beweislast bei ihm liegt.[390] Aus der ECC-Net Studie zur VerbrGK-RL geht hervor, dass es für den Verbraucher schon nicht einfach ist, einen unabhängigen Gutachter zu finden, der eine entsprechende Expertise anstellt. Selbst wenn dies aber der Fall ist, sind die Kosten, die der Verbraucher dafür im Vorfeld auslegen muss, oft so hoch, dass sie im Verhältnis zum Preis des (mangelhaften Produkts) häufig unverhältnismäßig sind.[391]

Ausschlaggebend sollte insofern sein, dass es der Verkäufer ist, der das Beweislastrisiko am besten abfedern kann, indem er das nun von ihm zu tragende höhere Risiko einpreist. Angesichts des hohen Wettbewerbsdrucks ist nicht davon auszugehen, dass sich die Waren dadurch maßgeblich verteuern,[392] gerade wenn von Unternehmerseite

---

[385] *Stürner*, Stellungnahme zu den Kommissionsvorschlägen COM(2015) 634 endg. und COM(2015) 635 endg. im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, Stellungnahme v. 4.5.2016, S. 10.

[386] Zum Befund ZDH, Stellungnahme zum Entwurf einer Richtlinie über bestimmte vertragliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, Berlin, März 2016, S. 2.

[387] Stellungnahme des DIHK zum Vorschlag für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren (COM(2015) 635) und für eine Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte (COM(2015) 634) v. 29.1.2015, S. 4.

[388] Vgl. LG Bielefeld – 22 S 239/15, MDR 2016, 646.

[389] Stellungnahme DIHK, ebenda; vgl. auch ZDH, Stellungnahme zum Entwurf einer Richtlinie über bestimmte vertragliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, Berlin, März 2016, S. 4; *Föhlisch*, Stellungnahme zum Vorschlag für die EU-Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes“ (für TRUSTED SHOPS) v. 25.4.2016, S. 5.

[390] So auch die Stellungnahme der Verbraucherschutzministerkonferenz v. 1.9.2016: „Öffentliche Konsultation zum Fitness-Check des europäischen Verbraucher- und Marketingrechts“, S. 3 unter Punkt 3.

[391] ECC-Net Studie, „Commercial Warrenties“ (2016), S. 24.

[392] Schon anhand einer Studie des vzbv zu den Preiseffekten anlässlich der Anhebung des Verbraucherschutzniveaus durch die RL 1999/44/EG (mit dem Namen „Die ökonomischen Auswirkungen einer Verbesserung des deutschen Gewährleistungsrechts, 20. Sept. 2016) zeigte sich, „*dass im Zeitraum der Einführung der Richtlinie zwischen 1999 und 2004 bei den häufig von Gewährleistungsansprüchen betroffenen Gütergruppen im europäischen Durchschnitt, eine*

immer wieder betont wird, dass es jetzt schon gelebte Praxis ist, aus Kulanzgründen über den Ablauf der sechsmonatigen Frist des § 476 BGB im Mangelfall hinwegzusehen.[393]

2.4.4.3. Dritter Grund: Abstellen auf Art der Ware/Vertragswidrigkeit

Zumutbar für den Verkäufer ist diese Risikoverschiebung auch deshalb, weil sie andererseits den Beweis des Gegenteils für ihn weiterhin offenlässt. Schon in Art. 5 Abs. 3 Halbsatz 2 VerbrGK-RL gab es für die sechsmonatige Frist der Beweislastumkehr nämlich eine Bereichsausnahme. Die Beweislastumkehr findet danach dann keine Anwendung, wenn sie mit der „Art des Gutes" oder der „Art der Vertragswidrigkeit" (= Mangels) unvereinbar ist. Diese Einschränkung wird nun von Art. 8 Nr. 3, 2. Hs des neuen Vorschlags zur Richtlinie über den Online-Handel zur Entlastung des Verkäufers unverändert übernommen. Sie bietet dem Händler letztlich die Möglichkeit, seine Haftung auf ein angemessenes Maß zurückzuführen.

Im deutschen Recht befindet sich eine derartige Beschränkung im 2. Halbsatz des § 476 BGB. Insofern gilt, dass die Vermutungsregel kraft Gesetzes ausgeschlossen ist; sie muss also nicht vom Verkäufer widerlegt werden.[394] Die damit herbeigeführte Risikoverteilung erscheint letzten Endes ausgeglichen. Das wird durch mehrere Gesichtspunkte gestützt:

Zum einen wird dadurch das Problem der ggf. kürzeren Lebensdauer[395] eines Produkts angemessen erfasst. Diese Thematik wird mit dem Terminus „Art der Sache" eingefangen. Es liegt insofern auf der Hand, dass leicht verderbliche Waren wie frische Lebensmittel oder frisches Tierfutter damit inkludiert sind.[396] Sie kann aber auch bei schon länger gebrauchten Sachen eingreifen, etwa bei Second-Hand-Ware[397] (Möbel, Waschmaschine, Kfz[398]), wenn wegen Alters und Abnutzung, die üblicherweise im Preis berücksichtigt werden, keine zweijährige mangelfreie Lebensdauer mehr gewährleistet werden kann. Insofern ist es eigentlich auch aus Verkäufersicht unproblematisch, wenn die Kommission erwägt, die bisher bestehende gewährleistungsrechtliche Unterscheidung zwischen Neu- und Gebrauchtwaren aufzuheben (vgl. Art. 2 des Richtlinienvorschlags), was die Wirtschaft allerdings anders sieht.[399]

Es ist hier noch einmal zu betonen, dass es Sache des Verkäufers wäre, darzulegen und zu beweisen, dass die Kaufsache durch den Käufer über das übliche Maß hinaus genutzt worden und somit einer Sachabnutzung zugeführt worden sei, die wegen „Fehlgebrauchs" nicht mehr unter die (neue) zweijährige Frist zur Beweislastumkehr falle.

---

deutliche Senkung der Preise zu konstatieren ist. Eine substantielle Steigerung der Preise im betreffenden Zeitraum ist folglich ausgeblieben," siehe dazu die Ausf. auf S. 46.

393 ZDH, Stellungnahme zum Entwurf einer Richtlinie über bestimmte vertragliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, Berlin, März 2016, S. 4.

394 MüKo/*Lorenz* , BGB, 7. Aufl. (2016) § 476 Rn. 15.

395 Zu der berechtigten Forderung, dass bei der Neuregelung des Kaufrechts unbedingt auf die Lebensdauer (haftungsbegrenzend für den Verkäufer) mit einzugehen ist, siehe *Stürner*, Stellungnahme zu den Kommissionsvorschlägen COM(2015) 634 endg. und COM(2015) 635 endg. im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, Stellungnahme v. 4.5.2016, S. 10.

396 Jauernig/*Berger*, BGB, 15. Aufl. (2014), § 476 Rn. 10; MüKo/*Lorenz*, BGB, 7. Aufl. (2015), § 476 Rn. 16.

397 MüKo/Lorenz, BGB, 7. Aufl. (2015) § 476 Rn. 18.

398 OLG Köln NJW-RR 2004, 268; OLG Celle NJW 2004, 3566; Erman/*Grunewald*, BGB, 14. Aufl. (2014), § 476 Rn. 7.

399 Dagegen allerdings DIHK, Stellungnahme zum Entwurf einer Richtlinie über bestimmte vertragliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, Berlin, März 2016, S. 6.

Der Verkäufer muss insofern zum einen die Plausibilität einer bestimmten Normung als Durchschnittsnutzung und die höhere Beanspruchung der Kaufsache durch den Käufer darzulegen und beweisen.

Die Problematik der Lebensdauer eines Produkts wird in vielen Ländern der EU derzeit unterschiedlich behandelt wird; sie taucht als Problem aber in allen auf. Dabei wird das Thema jedoch allein bei der Verjährung der Gewährleistungsansprüche verortet und nicht – wie hier vorgeschlagen – zweigeteilt, zum einen bei der Verjährung, die auszudehnen ist, wenn es um langlebige Verbrauchsgüter geht (s.u. 2.5.2.), zum anderen bei der Beweislastumkehr, die (selbst bei Fristanhebung) nicht greift, wenn es sich um kurzlebige Güter handelt.

Die so vorgenommene Einschränkung der Haftung des Verkäufers ermöglicht letztlich eine flexible Handhabung der Frist für die Beweislastumkehr (eingedenk des Lebenszyklus einer Ware, der sehr unterschiedlich sein kann). Diese kommt – das ist ihr Vorteil – ohne die Formulierung eines sonst notwendig werdenden Regelbeispielskataloges für unterschiedliche Kategorien von Gebrauchsgütern aus, wobei ein solcher Katalog schon im Ansatz sehr lückenhaft sein würde. Neuere Rechtsentwicklungen können so durch die Rechtsprechung eingefangen werden.

Es wird daher dafür plädiert, die bisherigen abstrakten Kriterien bei der Begrenzung der Frist für die Beweislastumkehr („Art der Sache/Vertragswidrigkeit“) beizubehalten. Diese sind flexibel genug, um neuere Rechtsentwicklungen einzufangen, aber auch genügend transparent in der Anwendung. Sie ermöglichen es damit, die Haftung des Verkäufers innerhalb der Gewährleistungsfrist bei kurzlebigen Verbrauchsgütern auf deren Lebensspanne zu begrenzen.

2.4.5. Keine „erhebliche“ Vertragswidrigkeit beim Rücktritt erforderlich

Positiv hervorzuheben ist weiter, dass der Vorschlag die Beschränkung des Rücktrittsrechts auf eine „erhebliche Vertragswidrigkeit“ beseitigt, vgl. Art. 9 und 13 des Vorschlags. (Dem korrespondiert eine Regelung zum Rücktrittsrecht in Art. 9 des Vorschlags, welches auch nicht mehr an die „Erheblichkeit“ des Mangels anknüpft.)[400] Art. 3 Abs. 6 VerbrGK-RL hatte insofern noch vorgesehen, dass eine nur geringfügige Vertragswidrigkeit den Anspruch des Verbrauchers auf Ausübung des Rücktrittsrechts aufhebt. Er wird hier auf die Geltendmachung der anderen Gewährleistungsrechte (insbesondere das Minderungsrecht) verwiesen. Im deutschen Recht befindet sich dazu eine Entsprechung in § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB.

Die Begründung der Kommission für die Beseitigung des Erheblichkeitskriteriums lautet, dass damit ein Anreiz gegeben werden soll, dass der Verkäufer frühzeitig Abhilfe schafft.[401] In der Literatur wird diese Anreizwirkung z.T. als illusorisch betrachtet und der Wegfall des Kriteriums mit dem Argument kritisiert, dass damit der Grundsatz der Vertragstreue beseitigt und der inhaltliche Gleichlauf mit dem CISG (und der VerbrGK-

[400] Krit. dazu Stellungnahme zum Entwurf einer Richtlinie über bestimmte vertragliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren, Berlin, März 2016, S. 5.

[401] ErwGr. Nr. 29 des Vorschlags einer RL zum Online Warenhandel.

RL) untergraben wird.[402] I.Ü. sei es unverhältnismäßig bei nur geringfügigen Mängeln, gleich ein Rücktrittsrecht zuzuerkennen.[403]

Die Kritik trägt jedoch nicht, da die Vertragstreue durch die Schlechtlieferung gerade vom Verkäufer in Frage gestellt wurde und auch der Gleichlauf mit dem CISG kein Selbstzweck ist, denn das CISG ist Kaufmannsrecht. Hier geht es aber um die interessengerechte (Neu-)Regelung des Kaufrechts zwischen Verbraucher und Unternehmer. Es ist für den Verbraucher, der zunächst die Nacherfüllung abwarten muss, durchaus ein gutes Druckmittel, wenn der Unternehmer bei Fristversäumung oder sonst nicht ordnungsgemäßer Abhilfe nicht nur befürchten muss, mit Minderungsansprüchen konfrontiert zu werden, sondern mit einer kompletten Vertragsrückabwicklung. Schon die Pflicht für den Verbraucher eine Nachfrist zu setzen (bzw. die zweite Andienung zumindest abzuwarten), gibt dem Unternehmer die Möglichkeit eines nochmaligen Erfüllungsversuchs.

Diese Möglichkeit sorgt an sich für die Verhältnismäßigkeit bei der Anwendung der Gewährleistungsrechte, wollte man nicht auf Grund von Nachhaltigkeitsaspekten auch auf ihn ganz verzichten und zu einer völligen Wahlfreiheit kommen (s.o.).

Für den neuen Regelungsansatz spricht weiter, dass sich in der Praxis die Anwendung der „Hürde“ für die Geltendmachung des Rücktrittsrechts durchaus schwierig gestaltete – gerade für den Verbraucher, der das Überschreiten der Erheblichkeitsschwelle beweisen muss. Die Schwierigkeit resultiert daraus, dass eine „umfassende Interessenabwägung“ erforderlich ist.[404] Der EuGH hat hierfür keine praktikablen Vorgaben gemacht.

Nach deutschem Rechtsverständnis sind bei der Abwägung (zur Feststellung der Erheblichkeit) vor allem der für die Mängelbeseitigung erforderliche Aufwand und bei einem nicht behebbaren Mangel die von ihm ausgehende funktionelle und ästhetische Beeinträchtigung,[405] aber auch die Schwere des Verschuldens des Schuldners zu berücksichtigen. Insofern gilt, dass jedenfalls bei Arglist des Verkäufers Erheblichkeit zu bejahen ist.[406]

Es liegt auf der Hand, dass schon die Auswahl, zudem auch die Gewichtung der insoweit in Rede stehenden Kriterien für den Verbraucher in einer großen Anzahl von Fällen nicht transparent[407] genug ist, um abschätzen zu können, ob sein Rücktrittsrecht

---

[402] *Stürner*, Stellungnahme zu dem Kommissionsvorschlag COM(2015) 634 und COM(2015) 635 im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, Stellungnahme v. 4.5.2016, S. 7.

[403] ZDH Stellungnahme, Entwurf einer Richtlinie über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte des Online-Warenhandels und anderer Formen des Fernabsatzes von Waren. Berlin, März 2016, S. 5.

[404] BGH, Urt. v. 6.2.2013 – VIII ZR 374/11, NJW 2013, 1365; BGH, Urt. v. 28.5.2014 – VIII ZR 94/13, NJW 2014, 3229; MüKo/*Ernst*, BGB, 7. Aufl. (2015), § 323 Rn. 248.

[405] OLG Karlsruhe, Urt. v. 13.11.2008 – 9 U 150/08, NJW-RR 2009, 741; OLG Köln, Urt. v. 27.4.2010 – I-15 U 185/09, 15 U 185/09, NJW-RR 2011, 61.

[406] BGH, Urt. v. 24.3.2006 – V ZR 173/05, NJW 2006, 1960; BGH, Urt. v. 8.12.2006 – V ZR 249/05, NJW 2007, 835; MüKo/*Ernst*, BGB, 7. Aufl. (2015) § 323 Rn. 248; a.A. *Lorenz*, NJW 2006, 1925; *Kulke*, ZGS 2006, 412; weiter differenzierend *Derleder/Sommer*, JZ 2007, 338.

[407] Beim Pkw-Kauf ist etwa erst eine mindestens 10% - Abweichung von der vereinbarten Motorleistung nötig, damit ein erheblicher Mangel vorliegt, vgl. LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 6.6.2014 – 12 O 8712/12.

wegen Erheblichkeit des Mangels besteht oder nicht. Dies erschwert die Rechtsdurchsetzung für ihn.[408]

Beispielhaft hierfür ist etwa ein Fall, bei dem der Verkäufer Rücktritt vom Kaufvertrag wegen Abgasmanipulation des Herstellers (VW) an seinem Pkw begehrt. Das diesbezüglich angerufene LG Dortmund urteilte zwar: „*Der Käufer eines Neuwagens kann erwarten, dass die auf dem Prüfstand ermittelten Werte nach dem dafür vorgesehenen Verfahren zu Stande kommen, ohne dass eine Manipulationssoftware eine Veränderung am Abgasverhalten hervorruft. Denn es ist Sinn und Zweck des Prüfstandverfahrens, die Abgaswerte bei einer durchschnittlichen Fahrweise durch Imitation bestimmter standardisierter Straßensituationen abzubilden. Daher ist ein Umschaltmechanismus, der eine solche Abbildung verhindert, ein Sachmangel …“.* Andererseits sprach das Gericht selbst in diesem Fall dem Käufer nicht das Recht zum Rücktritt vom Kaufvertrag zu. Es führte aus: „*Bei einem Mangelbeseitigungsaufwand von ca. 0,05% des Kaufpreises ist von einer Geringfügigkeit eines behebbaren Mangels und damit von einer Unerheblichkeit der Pflichtverletzung auszugehen.“*[409]

Es mag sein, dass diese Schwierigkeit im Umgang mit dem unbestimmten Tatbestandsmerkmal („Erheblichkeit“) der Hintergrund dafür ist, weshalb einige Staaten schon bei der Implementierung der VerbrGK-RL auf die Festschreibung des Merkmals gem. Art. 3 Abs. 6 VerbrGK-RL in ihrem nationalen Recht ganz verzichtet haben. Hierzu gehören etwa die Tschechische Republik, Estland, Portugal, Slowenien und das Vereinigte Königreich.[410]

Insofern ist es begrüßenswert, dass der Vorschlag der Richtlinie zum Online-Warenhandel das Kriterium der „erheblichen“ Vertragsverletzung des Verkäufers für einen Rücktritt des Verkäufers ganz streicht.

Dass der neue Regelungsvorschlag dies tut, stellt etwa einen inhaltlichen Fortschritt gegenüber dem gescheiterten Projekt des Gemeinsamen Europäischen Kaufrechtes (= GEKR)[411] dar. Der diesbezügliche Art. 133 des GEKR hatte nämlich an dem Merkmal der „Erheblichkeit“ der Vertragsverletzung für den Rücktritt noch festgehalten.

2.5. Weitergehende Vorschläge

2.5.1. Wahlrecht zwischen den Rechten bei Vertragswidrigkeit

Die Kommission hat bewusst die Entscheidung getroffen, kein freies Wahlrecht zwischen den Rechten bei einer Vertragswidrigkeit vorzuschlagen. Hervorgehoben wird dazu in ErwGr. 26 Satz 5, dass ein vorrangiges Nachbesserungsrecht Nachhaltigkeitsaspekte unterstützt.[412] Die Kommission prognostiziert insoweit: *„Wird dem Verbraucher die Möglichkeit geboten, eine Nachbesserung zu verlangen, dürfte dies (…) einen*

---

[408] Vgl. BGH, Urt. v. 4.4.2014 – V ZR 275/12, NJW 2015, 468; OLG Oldenburg, Urt. v. 10.3.2015 – 13 U 73/14, MDR 2015, 584; *Unseld*, BB 2014, 1748; LG Paderborn, Urt. v. 9.6.2016 – 3 O 23/6; OLG Schleswig-Holstein, Urt. v. 2.10.2015 – 17 U 43/15.

[409] LG Dortmund, Urt. v. 12.5.2016 – 25 O 6/16, juris; zum Abgasproblem *Harke*, VuR 2017, 83.

[410] Vgl. dazu *Twigg-Flesner*, Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, in: Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers (Hrsg.), Verbraucherrechtskompendium, S. 735.

[411] Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über ein Gemeinsames Europäisches Kaufrecht, KOM(2011) 635.

[412] COM(2015) 635 endg., vgl. dazu auch *Tonner/Schlacke/Alt*, in: Brönneke/Wechsler (Hrsg.), Obsoleszenz interdisziplinär (2015), S. 235, 262 f.

nachhaltigen Verbrauch fördern und zur Verlängerung der Lebensdauer von Produkten beitragen". Ob sich das Recht des Verbrauchers, Nachbesserung (i.S.e. Reparatur) zu verlangen, tatsächlich in dieser Hinsicht bewährt und somit zur Nachhaltigkeit beiträgt, wäre durchaus einer Erhebung wert.

In der Praxis dürfte entgegen der Behauptung der Kommission vielmehr der Verbraucher statt der Reparatur die „Nachlieferung" der Ware wünschen, weil die zur Reparatur einzusetzende Zeit oft nicht absehbar ist[413] und auch die Sachkunde des Verkäufers für die Reparatur in Zweifel gezogen werden könnte. I.Ü. dürfte eine reparierte Sache einen höheren merkantilen Minderwert aufweisen als eine nachgelieferte neue Sache. Insofern ist die Reparatur für den Käufer häufig nicht besonders attraktiv.[414] Der Effekt für die Nachhaltigkeit dürfte insofern gering sein, wenn nicht gar verpuffen.[415]

Ungeachtet der Begründung knüpft der Vorschlag der Kommission allerdings an den Besitzstand in den meisten Mitgliedstaaten an. Ein freies Wahlrecht zwischen den verschiedenen Gewährleistungsansprüchen erkennen in der EU nur einige Mitgliedstaaten ihren Verbrauchern im Verbrauchsgüterkauf zu. Soweit ersichtlich besteht derzeit nur in Griechenland, Portugal und Slowenien eine völlige Wahlfreiheit; in den anderen Mitgliedstaaten wird sie mehr oder weniger eingeschränkt.[416]

Die Kommission ging hier wohl davon aus, dass es kaum Forderungen bzgl. eines freien Wahlrechts geben dürfte. Das stimmt aber nicht. Auch wenn sich bspw. der deutsche Käufer an eine Hierarchie von Gewährleistungsrechten gewöhnt hat (vgl. § 437 BGB), ist dies – das zeigt der Befund – nicht in allen Mitgliedstaaten so. Deshalb ist auch die Diskussion um ein freies Wahlrecht zwischen den kaufrechtlichen Rechtsbehelfen bei der anstehenden Überarbeitung des Kaufrechts erneut aufs Tableau zu setzen, wenngleich im Gesamtgefüge der Regelung immer ein fairer Ausgleich zwischen den Verkäufer- und Käuferinteressen anzustreben ist.

Eindeutig für eine Ausdehnung des Wahlrechts – jedenfalls für bestimmte Güter – spricht etwa folgende Überlegung: Wenn Verbraucher die Möglichkeit hätten, sogleich Minderung oder Rücktritt zu fordern, hätte der Verkäufer einen starken Anreiz, von Anfang an, mangelfrei zu liefern und eine mangelfreie Lieferung nicht erst in der zweiten Andienung zu unterbreiten, auf die er es ansonsten sanktionslos ankommen lassen könnte. Ein freies Wahlrecht unter den Rechtsbehelfen würde somit nicht nur die Verbraucherinteressen fördern, es würde auch insgesamt zu mehr Vertragstreue führen. I.Ü. würde es die Umwelt entlasten, weil es dann zu weniger Retouren käme.

Wollte man den Effekt, d.h. die Motivation des Käufers, Nachbesserung statt Nachlieferung zu fordern, tatsächlich erhöhen (was laut Aussage der Kommission auch ein Ziel der Überarbeitung des kaufrechtlichen Besitzstandes ist), müsste man dem Verkäufer

---

[413] Siehe hierzu die ECC-Net Studie, „Commercial Warranties" (2016), S. 30.

[414] So auch der Befund von *Stürner*, Stellungnahme zu den Kommissionsvorschlägen COM(2015) 634 endg. und COM(2015) 635 endg. im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, Stellungnahme v. 4.5.2016, S. 8: „Reparatur oft unökonomisch".

[415] Dazu umfassend *Gawel/Schlacke/Tonner/Alt/Bretschneider*, Stärkung eines nachhaltigen Konsums im Bereich der Produktnutzung durch Anpassung im Zivil- und öffentlichen Recht, UBA Texte 72/2015, S. 210 ff., die eine Bevorzugung der Nachbesserung ablehnen; ebenso *Grunewald*, FS Adams (2013) 173 ff.

[416] Sie dazu ECC-Net Studie, „Commercial Warranties" (2016), S. 30.

zumindest für die Reparaturzeit die unbedingte, nicht an das Verschulden des Verkäufers geknüpfte Zahlung einer Nutzungsaufwandsentschädigung auferlegen, die es dem Käufer ermöglicht, in der Zwischenzeit eine Ersatzsache zu mieten.

Das würde übermäßig lange Reparaturzeiten des Verkäufers sanktionieren. Erkenntnisse darüber, ob es in den mitgliedstaatlichen Gewährleistungsregelungen eine derartige Vorgabe gibt, bestehen derzeit nicht, obgleich immer wieder betont wird, dass die Länge der Reparaturzeit für den Käufer häufig unzumutbar bzw. unüberschaubar ist.[417]

Es verwundert daher nicht, dass in Deutschland die Forderung aufkommt zu prüfen, ob es das „Gebot zur Vermeidung erheblicher Unannehmlichkeiten für den Käufer" gem. Art. 3 Abs. 3 VerbrGK-RL nicht erfordert, dass bei übermäßig langen Reparaturzeiten zwingend ein Ausgleich eingreift. Es wird insofern vorgeschlagen, eine solche Ausgleichsregelung für den Fall zu schaffen, dass sich eine Abhilfemaßnahme (auch ohne Verschulden des Verkäufers) erheblich verzögert. Ein solcher Ausgleich könnte in Form der Schaffung einer Regelung zum Nutzungsersatz bestehen, die der Verkäufer dem Käufer zu zahlen hat.[418] Diese Forderung ist vor dem Hintergrund des Anliegens des Art. 3 Abs. 3 VerbrGK-RL schlüssig. Sie wird daher hier unterstützt.

2.5.2. Öffnungsklausel für längere Verjährungsfrist

Wenn der Unionsgesetzgeber sich schon nicht zur Beibehaltung des Mindeststandardprinzips entschließen kann, so sollte er wenigstens Optionsklauseln in die Richtlinie einfügen. Von dieser Möglichkeit macht der Unionsgesetzgeber leider kaum Gebrauch. Dies gilt insbesondere für die Gewährleistungsfrist. Diese soll zwar unverändert zwei Jahre betragen, doch bedeutet die Umstellung von der Minimal- auf die Vollharmonisierung, dass die Mitgliedstaaten längere Gewährleistungsfristen nicht beibehalten oder neu einführen dürfen. Für Mitgliedstaaten mit einer längeren Verjährungsfrist würde dies einen erheblichen Einschnitt in ihr Verbraucherschutzniveau bedeuten.

Der Kommissionsvorschlag zum Online-Warenhandel behält zwar die Formulierung des Art. 5 Abs.1 VerbrGK-RL bei, wonach die *„Frist nicht vor Ablauf von zwei Jahren nach dem für die Feststellung der Vertragsgemäßheit maßgebenden Zeitpunkt enden darf"* (Art. 14 S. 2 des RL-Vorschlags zum Online-Warenhandel). Diese Formulierung darf aber nicht als Öffnungsklausel verstanden werden, obwohl ihr Wortlaut dies nahelegt, denn man könnte den Umkehrschluss ziehen, dass den Mitgliedstaaten nur eine kürzere, nicht aber eine längere Frist verboten ist. Dies ist aber nicht gemeint. Nach ErwGr. 32 ist die Harmonisierung der Verjährungsfristen ein wesentliches Ziel des Vorschlags. Dies kann aber nur erreicht werden, wenn in allen Mitgliedstaaten die gleiche Frist gilt. Auch aus den Erläuterungen des Vorschlags geht hervor, dass die Kommission keine Optionsklausel für eine längere Verjährungsfrist vorschlagen wollte.[419]

---

[417] Vgl. die ECC-Net Studie, „Commercial Warranties" (2016), S. 30.

[418] So auch die Stellungnahme der Verbraucherschutzministerkonferenz v. 1.9.2016 zur „öffentlichen Konsultation der EU-Kommission zum Fitness-Check des europäischen Verbraucher- und Marketingrechts", S. 6.

[419] COM(2015) 635 S. 18.

Dabei sollte es nicht bleiben. Die Verjährungsfrist ist zumindest für langlebige Produkte zu kurz. Viele technische Güter haben eine Lebensdauer, die zwei Jahre deutlich übersteigt. Deswegen wird sowohl im Schrifttum[420] wie in der Politik[421] gefordert, die Verjährungsfrist anzuheben, weil der Verbraucher sonst keine Ansprüche hat, wenn ein langlebiges Produkt nach Ablauf der Verjährungsfrist, aber vor dem Ende seiner zu erwartenden Lebensdauer funktionsunfähig wird. Nach geltendem Recht kann ein Verkäufer die Langlebigkeit eines Produkts versprechen, ohne dafür nach zwei Jahren noch haften zu müssen.

Die Kommission selbst greift in ihrem Vorschlag diesen Gedanken auf. ErwGr. 23 lautet:

„*Die Gewährleistung einer längeren Lebensdauer von Verbrauchsgütern ist wichtig für die Förderung nachhaltiger Verbrauchsmuster und einer reislaufwirtschaft. Zur Stärkung des Vertrauens in den Binnenmarkt ist es zudem von zentraler Bedeutung, dass Produkte, die nicht den Anforderungen genügen, aus dem Unionsmarkt ausgeschlossen werden, was durch eine bessere Marktüberwachung und das Setzen der richtigen Anreize für die Wirtschafsteilnehmer erreicht werden kann. Vor diesem Hintergrund sind produktspezifische Rechtsvorschriften der Union das am besten geeignete Instrument, um für bestimmte Arten oder Gruppen von Produkten unter Zugrundelegung bestimmet Kriterien Anforderungen an Lebensdauer und andere Produkteigenschaften einzuführen. Die Ziele dieser Richtlinie sollten daher die mit den sektorspezifischen Rechtsvorschriften der Union verfolgten Ziele ergänzen. Soweit eine etwaige vorvertragliche Erklärung, die Bestandteil des Kaufvertrags ist, spezifische Angeben zur Lebensdauer enthält, sollte sich der Verbraucher darauf als Bestandteil der Anforderungen an die Vertragsmäßigkeit berufen können.*

Diesen Erwägungen kann man nur zustimmen. Es ist aber mehr als inkonsequent, wenn gleichzeitig nicht nur die bisherige Verjährungsfrist beibehalten, sondern sie sogar noch auf Vollharmonisierung umgestellt wird, so dass Mitgliedstaaten Regelungen, die eine Gewährleistung für die Lebensdauer enthalten, abschaffen müssen.

Eine längere Verjährungsfrist bedeutet nicht, dass der Verkäufer für Produkte mit einer kürzeren Lebensdauer während der gesamten Verjährungsfrist haften muss. Es wird immer wieder das Beispiel des Blumenstraußes genannt, der selbstverständlich nach einer Woche verwelken darf, wie lang auch immer die gesetzliche Verjährungsfrist ist.[422]

Eine Verlängerung der Gewährleistungsfrist allein löst das Problem einer angemessenen Haftung für die Lebensdauer langlebiger Produkte nicht. Es bleibt stets der Bezug auf den Zeitpunkt der Übergabe, zu dem allein das Produkt vertragsgemäß sein muss.[423] Daran kann und sollte man auch nichts ändern, weil man sonst das gesamte Kaufrecht gewissermaßen auf den Kopf stellen würde. Dieses Problem wird durch eine

---

[420] *Gildeggen*, VuR 2016, 83, 89, schlägt vor, die Verjährungsfrist erst mit Entdeckung des Mangels beginnen zu lassen, verbunden mit einer Deckelung auf zehn Jahre, was dem allgemeinen Verjährungsrecht (§§ 195, 199 BGB) entspricht. Skeptisch gegenüber einer ausschließlichen Problemlösung durch Verlängerung der Verjährungsfrist *Tonner/Gawel/Schlacke/Alt/Bretschneider*, VuR 2017, 3, 6 f.

[421] Stellungnahme der Verbraucherschutzministerkonferenz v. 1.9.2016, Öffentliche Konsultation zum Fitness-Check des europäischen Verbraucher- und Marketingrechts, S. 5 unter Punkt 3.

[422] Vgl. etwa *Grunewald*, FS Adams (2013) S. 173 ff.

[423] Diesen Aspekt übersieht *Gildeggen*, VuR 2016, 83, 88f f. der allein auf eine längere Gewährleistungsfrist abstellt.

Beweislastumkehr zwar entschärft, aber nicht vollkommen beseitigt. Vor allem aber trägt die Dauer der Gewährlelstungsfrist nichts dazu bei, wie die Lebensdauer eines Produkts festzulegen ist. Die Verlängerung der Verjährungsfrist muss daher in weitere Regelungen eingebettet sein, Wir gehen darauf weiter unten ein (2.5.3.2.6.).[424] Sie ist aber notwendig, weil sonst jede Haftung des Verkäufers unabhängig von der Lebensdauer des Produkts zwei Jahre nach der Übergabe enden würde.

Bereits heute verfügen sieben Mitgliedstaaten der EU und des EWR über längere Gewährleistungsfristen, wobei sie vom Minimalstandardprinzip der geltenden VerbrGK-RL Gebrauch machen.[425] Das common law sieht traditionell längere Gewährleistungsfristen vor; in Irland und in England und Wales beträgt sie sieben Jahre. In den nordischen Staaten und in den Niederlanden finden sich moderne Regelungen, die auf das Lebensdauer-Problem reagieren. In den Niederlanden und in Finnland bestehen die Rechte bei einer Vertragswidrigkeit während der gesamten Lebensdauer des Produkts; allerdings müssen sie innerhalb bestimmter Fristen, nachdem sie in Erscheinung getreten sind, geltend gemacht werden. In den Niederlanden handelt es sich dabei um eine Rügefrist. In Finnland müssen Rechte innerhalb von drei Jahren geltend gemacht werden, nachdem der Käufer die Vertragswidrigkeit bemerkt hat oder hätte bemerken müssen, spätestens jedoch zehn Jahre nach Übergabe. Das Problem in diesen Ländern besteht darin, wie die Lebensdauer eines Produkts zu bestimmen ist. In den Niederlanden wird eine informelle Liste verwendet,[426] was aber keine befriedigende Regelung ist.[427]

Schweden hat schlicht und einfach die Verjährungsfrist auf drei Jahre verlängert, während Norwegen und Island ein Kombinationsmodell eingeführt haben. Danach bleibt es zwar grundsätzlich bei der zweijährigen Verjährungsfrist, die aber für Produkte mit einer längeren Lebensdauer auf deren Lebensdauer, maximal fünf Jahre, ausgedehnt wird. Auch hier besteht natürlich das Problem, wie die Lebensdauer bestimmt werden kann. Dazu gibt es ein interessantes norwegisches Urteil. Dies bestimmt die Lebensdauer nach den angemessenen Erwartungen des Verbrauchers, die sich vor allem aus den Informationen des Herstellers ergeben.[428]

Auch in Deutschland werden Überlegungen zur Verlängerung der Gewährleistungsfrist nicht nur in der Literatur[429] angestellt. So schlägt die Verbraucherschutzministerkonferenz eine Verlängerung vor.[430] Rechtspolitischen Zündstoff liefert dafür der VW-Abgasskandal.[431]

---

[424] Ausführlich dazu How an EU Lifespan model cpuld be implemented across the European Union, Study for the European Parliament, PE 583.121 (2017) (Autoren: Tonner/Malcolm).

[425] Ausführlicher hierzu How an EU Lifespan Guarantee model could be implemented across the European Union, Study for the European Parliament, PE 583.121 (2017) (Autoren: Tonner/Malcolm) S. 19 ff.

[426] www.uneto-vni.nl/flyer-gebruiksduurverwachting (letzter Zugang 21.3.2017).

[427] *Drion*, NJB 2015, 355.

[428] Oberster Gerichtshof (Norges Domstoler), HR-2007-1592-A v. 21.09.2007, Norsk Redstidene 2007, 1274.

[429] In der Literatur *Brönneke*, in: Brönneke/Wechsler (Hrsg.), Obsoleszenz interdiszipilnär (2016) S. 185, 191; *Gildeggen*, ebd. S. 269, 275 ff.

[430] Stellungnahme der Verbraucherschutzministerkonferenz v. 1.9.2016, Öffentliche Konsultation zum Fitness-Check des europäischen Verbraucher- und Marketingrechts, S. 5 unter Punkt 3.

[431] Dazu neuerdings *Harke*, VuR 2017, 83.

Vor diesem Hintergrund schlagen wir vor, dem schwedischen Modell folgend die Gewährlelstungsfrist generell auf drei Jahre zu verlängern. Die Beweislastumkehr sollte entsprechend dem Vorschlag der Online Warenhandels-RL zwei Jahre betragen. Darüber hinaus sollte gemäß dem norwegisch-isländischen Modell für Produkte mit einer längeren Lebensdauer die Gewährleistungsfrist für die Lebensdauer, maximal fünf Jahre ab Übergabe, betragen.

Wir schlagen vor, diese Regelung lediglich als Option für die mitgliedstaatlichen Gesetzgeber in eine neue VerbrGK-RL aufzunehmen. Die Diskussion über eine Haftung für eine längere Lebensdauer findet nicht in allen Mitgliedstaaten statt; es ist nicht auszuschließen, dass eine für alle Mitgliedstaaten zwingende Regelung daher im weiteren Gesetzgebungsverfahren blockiert werden könnte. Eine Option würde dagegen den genannten Mitgliedstaaten erlauben, ihre Regelungen beizubehalten und denen, die darüber diskutieren, sie einzuführen. Sie wäre für die Mitgliedstaaten, die eine längere Gewährleistungsfrist derzeit nicht einführen wollen, leichter hinnehmbar.[432]

2.5.3. Gewerbliche Garantie

Wir schlagen vor, neben den Rechten gegen den Verkäufer auch Rechte gegen den Hersteller technischer Produkte einzuführen, um zu einer angemessenen Haftung für langlebige Produkte zu gelangen. Hersteller sind die Verursacher fehlender Vertragsgemäßheit von Waren; der Verbraucher sollte daher alternativ gegen den Verkäufer oder gegen den Hersteller vorgehen können. Ausgangspunkt sollte die Vorschrift über gewerbliche Garantien sein, die jetzt in Art. 15 des Vorschlags der Online-Warenhandels-RL enthalten ist. Diese Vorschrift passt die „gewerbliche Garantie“ an die Begriffsbestimmung nach Art. 2 Nr. 14 VRRL an, der die alte Regelung über Garantien in Art. 6 VerbrGK-RL teilweise gegenstandslos machte. Der deutsche Gesetzgeber passte bei der Umsetzung der VRRL den § 443 BGB folgerichtig an Art. 2 Nr. 14 VRRL an. Im Gegensatz zu der Vorgängerregelung enthalten Art. 2 Nr. 14 VRRL und Art. 15 des Vorschlags einer Online Warenhandels-RL auch Rechtsfolgen bei einer gewerblichen Garantie. Es bleibt aber dabei, dass eine gewerbliche Garantie freiwillig ist. Sie muss nicht notwendigerweise vom Hersteller stammen, sondern kann genauso gut vom Verkäufer oder einem Dritten abgegeben werden.

2.5.3.1. Neue Regelungen im RL-Vorschlag

An VerbrGK-RL (Art. 6) lehnt sich im neuen Richtlinienvorschlag die Vorgabe der Verbindlichkeit der Erklärung an, die die Werbeaussagen des Herstellers mit einbezieht. Art. 15 Nr. 1 lit. a) erweitert die Bindungswirkung in Übereinstimmung mit der Begriffsdefinition des Art. 2 Nr. 14 VRRL auf sonstige vorvertragliche Informationen. Auch die Bestimmung, wonach der Garantiegeber klar darauf hinweisen muss, dass das Garantieversprechen die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche gegenüber dem Verkäufer nicht beeinträchtigt, steht bereits in der VerbrGK-RL und wurde vom Richtlinienvorschlag für den Online-Warenhandel in Art. 15 Nr. 2 lit. a). übernommen.

Aktuell hinzugekommen ist aber die Verpflichtung des Verkäufers, die Garantieerklärung dem Verbraucher auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen, Art. 15 Nr. 2. Auch die Vorgabe darüber, dass der Hersteller detaillierte Informationen zur Geltungsdauer, Übertragbarkeit, räumlichen Geltungsbereich, etwaige Gebühren,

---

[432] Die hier unterbreiteten Handlungsempfehlungen entsprechen den Vorschlägen in der Studie für das Europäische Parlament, How an EU lifespan guarantee model could be implemented across the European Union, PE 583.121 (2017) (Autoren: Tonner/Malcolm), S. 26 f.

verpflichtende Angaben zu Name und Anschrift des Garantiegebers (und dessen Stellvertreters) leisten muss, sind neu, vgl. Art. 15 Nr. 2 lit. b).

2.5.3.2. Weitergehender Vorschlag: Herstellergarantie zur Lebensdauer

Der Hersteller eines Produkts sollte verpflichtet sein, den Verbraucher über die zu erwartende Mindestlebensdauer seines Produkts zu informieren oder deutlich auf dem Produkt kenntlich machen, dass er eine Garantie für eine bestimmte Mindestlebensdauer nicht übernimmt. Gibt er eine bestimmte Mindestlebensdauer an, so muss er eine Garantie für die Haltbarkeit des Produkts für den in seiner Information mitgeteilten Zeitraum übernehmen. Eine minimale Lebensdauer sollte vom Gesetz nicht verlangt werden.

2.5.3.2.1. Anwendungsbereich

Für den Begriff des Herstellers kann auf die Produkthaftungsrichtlinie Bezug genommen werden, so dass bei nicht in der EU ansässigen Herstellern die Importeurshaftung nach Art. 3 Abs. 2 Produkthaftungs-RL (§ 4 Abs. 2 ProdHaftG) eingreift.

Vorerst sollte die vorgeschlagene Regelung nur auf Hersteller technischer Produkte anwendbar sein. Zur Definition kann man sich auf die Begriffsbestimmung für energieverbrauchsrelevante Produkte nach Art. 2 Nr. 1 Ökodesign-RL[433] (§ 2 Nr. 1 EnVKG) beziehen. Zwar kommen auch Produkte wie Möbel oder Textilien für eine längere Lebendauer in Betracht, jedoch ist hier die Abgrenzung schwieriger, so dass wegen der vergleichsweise eindeutigen Abgrenzung zunächst Erfahrungen mit technischen Gebrauchsgütern gesammelt werden sollten.

2.5.3.2.2. Keine verpflichtende Mindestlebensdauer

Eine verpflichtende Mindestlebensdauer kann in einer allgemeinen, d.h. für alle technischen Produkte geltenden Norm nicht vorgesehen werden. Dazu sind die technischen Produkte zu verschieden. Erforderlich sind produktgruppenspezifische Regelungen, die aber außerhalb des Verbrauchervertragsrechts erfolgen müssen, etwa als Verordnungen im Rahmen der Ökodesign-RL. Sofern diese Regelungen nicht existieren, muss es aber Auffangregelungen geben. Der hier unterbreitete Vorschlag versteht sich als eine derartige Auffangregelung.

Mangels einer speziellen Regelung sollte der Hersteller die Mindestlebensdauer selbst festlegen können. Der Hersteller sollte die Lebensdauer nicht nur in Zeit, sondern alternativ auch in Nutzungsintensität ausdrücken können. Sollte er sich zu einer Angabe einer Null-Lebensdauer entscheiden, wird die hier vorgeschlagene Regelung zu einer bloßen Informationspflicht. Wir setzen aber darauf, dass der Hersteller den negativen Effekt einer derartigen Angabe vermeiden will und deshalb eine Mindestlebensdauer angibt, auch wenn sich die Pflicht dazu nicht aus spezielleren Vorschriften ergibt.

2.5.3.2.3. Ort und Zeitpunkt der Information

Wichtig ist, dass der Hersteller die Information nicht „verstecken“ kann, sondern zum richtigen Zeitpunkt und am richtigen Ort informiert. Dazu kann man sich an die UGP-RL anlehnen, die in der Vorschrift über irreführende Unterlassungen für wesentliche Informationen den Zeitpunkt der Aufforderung zum Kauf vorsieht (Art. 7 Abs. 4 UGP-RL, §

---

[433] Richtlinie 2009/125/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Oktober 2009 zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung energieverbrauchsrelevanter Produkte, ABl. EU Nr. L 285/10 v. 31.10.2009.

5a Abs. 3 UWG). Die Lebensdauer ist ein wesentliches Merkmal des Produkts i.S.d. Art. 7 Abs. 4 lit. a UGP-RL. Wir schlagen daher vor, die Lebensdauer als Beispiel für ein wesentliches Merkmal in Art. 7 Abs. 4 UGP-RL aufzunehmen (vgl. bereits oben II.4.4). Eine gleiche Ergänzung sollte bezüglich der vorvertraglichen Informationspflichten nach der VRRL erfolgen.[434] Hier müsste die Informationspflicht über wesentliche Merkmale nach Art. 5 Abs. 1 Nr. 1 und 6 Abs. 1 lit. a) VRRL um die Lebensdauer ergänzt werden. Somit hätten sowohl der Hersteller gemäß der hier vorgeschlagenen Regelung als auch der Verkäufer gemäß der vorgeschlagenen Ergänzung der VRRL eine Pflicht zur Angabe der Mindestlebensdauer, und es könnte überdies eine Verletzung dieser Pflicht lauterkeitsrechtlich sanktioniert werden.

2.5.3.2.4. Hinweispflicht auf gesetzliche Rechte gegen Verkäufer

Es ist ein altes Problem von Herstellergarantien, dass der Verbraucher nicht zwischen einer Herstellergarantie und der Händler-Gewährleistung unterscheidet und meint, wenn in der Werbung oder der Aufmachung des Produkts eine Herstellergarantie in den Vordergrund gerückt wird, dass sich sein Rechte auf die Rechte aus der Herstellergarantie beschränken.[435] Daher ist große Aufmerksamkeit darauf zu legen, dass der Hersteller den Verbraucher deutlich darauf hinzuweisen hat, dass seine Rechte gegenüber dem Verkäufer durch die Garantie nicht beeinträchtigt werden. Da der Hersteller die Möglichkeit hat, eine unter der gesetzlichen Gewährleistungsfrist liegende Garantieerklärung abzugeben, kann die Herstellergarantie kontraproduktiv wirken, wenn der Hinweis auf die Gewährleistungsfrist nicht in aller Deutlichkeit erfolgt.

Das Problem ist bereits von der VerbrGK-RL gesehen worden. Sie enthält in Art. 6 Abs. 2 eine Hinweispflicht des Garantiegebers auf die gesetzlichen Rechte gegenüber dem Verkäufer. Diese Vorschrift ist aber sehr allgemein gehalten und reicht nicht aus.

Dies zeigt sehr deutlich der Apple-Fall, bei dem europäische Verbraucherorganisationen in einer konzertierten Aktion gegen die Garantiebedingungen von Apple Store vorgingen, die hinter dem durch die VerbrGK-RL festgelegten Standard für die Verkäufer-Gewährleistung zurückblieben.[436] Zwar hat in dem vom vzbv betriebenen Verfahren das Kammergericht ein Urteil des LG Berlin bestätigt, wonach die Garantiebedingungen von Apple unwirksam seien, weil sie nicht den Gewährleistungsvorschriften für Verbrauchsgüterkaufverträge entsprächen, aber keineswegs ausgesprochen, dass Garantiebedingungen in keinem Fall hinter den gesetzlichen Gewährleistungsrechten zurückbleiben dürfen.[437] Die Apple-Garantie war als Verkäufergarantie ausgestaltet; entscheidend für das LG Berlin war, dass aus der Sicht des Kunden die Garantiebedingungen an die Stelle der gesetzlichen Rechte treten sollten. Damit hat das Gericht nichts Anderes getan als festgestellt, dass der Verbraucher entgegen Art. 6 Abs. 2 VerbrGK-RL (§ 477 BGB) nicht darüber aufgeklärt wurde, dass die Garantie seine gesetzlichen Rechte nicht berührt. Da Apple im konkreten Fall auch Verkäufer war, konnte das Gericht feststellen, dass Apple die gesetzlichen Gewährleistungsrechte gegen sich gelten lassen musste und dass die davon abweichenden Garantiebedingungen unwirksam waren. Das KG verlangt eine „sehr eindeutige und klare Unterscheidung“, die nur durch die

---

[434] So schon *Tonner/Gawel/Schlacke/Alt/Bretschneider*, VuR 2017, 3, 10 ff.

[435] *Tonner*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 20 Rn. 24 f.

[436] Zu der Aktion *Djurovic*, ERCL 2013, 253; *Namysłowska*, VuR 2015, 403.

[437] LG Berlin – 15 O 601/12; KG, Beschl. v. 11.9. 2015, U 15/15.

Klarstellung erreicht werden kann, dass „*die aus § 437 BGB sich ergebenden Rechte/Ansprüche – Nacherfüllung, Minderung/Rücktritt, Schadensersatz – uneingeschränkt bestehen bleiben, so dass die sich aus der Garantie ergebenden Rechte zusätzlich gelten*."[438]

Der Fall lässt einige entscheidende Fragen offen. Apple hatte eindeutig die Pflicht, auf die gesetzliche Gewährleistung hinzuweisen, verletzt. Wichtig ist aber, welche Anforderungen an die Transparenz und Klarheit dieses Hinweises zu stellen sind. Sich dazu zu äußern, bestand für das Gericht kein Anlass. Genauso wenig musste es sich dazu äußern, welche Folgen die Unwirksamkeit von Garantiebedingungen eines Herstellers hat. Ein Rückgriff auf kaufrechtliche Vorschriften ist in diesem Fall nicht möglich, da der Garantievertrag zwischen Hersteller und Verbraucher kein Kaufvertrag ist.

Eine Weiterentwicklung von Art. 6 VerbrGK-RL hätte auf diese Fragen eine Antwort geben müssen. Art. 15 des Vorschlags einer Online Warenhandels-RL geht aber über Art. 6 VerbrGK-RL nicht hinaus. Für das weitere Gesetzgebungsverfahren ist es erforderlich, näher zu bestimmen, was unter einem „klaren Hinweis" zu verstehen ist. Der Verbraucher muss in die Lage versetzt werden zu entscheiden, ob er aus der Garantie oder aus Gewährleistungsrecht vorgehen will. Vor allem muss darauf hingewirkt werden, dass der Hersteller die Länge der gesetzlichen Gewährleistungsfrist angibt. Es muss verlangt werden, dass der Hinweis in Zusammenhang mit der garantierten Mindestlebensdauer und in gleicher Schriftgröße erfolgt. Die Hinweise könnten etwa lauten:

- „Wir garantieren keine bestimmte Lebensdauer unseres Produkts. Ihnen stehen aber für die Dauer von zwei Jahren Gewährleistungsrechte gegen den Verkäufer zu." Oder

- „Wir garantieren eine Lebensdauer von zwei Jahre. Ihnen stehen außerdem für zwei Jahre Gewährleistungsrechte gegen den Verkäufer zu."

Auf alle Fälle sollte gesetzlich geregelt werden, dass der Hinweis auf die Rechte gegen den Verkäufer die Gewährleistungsfrist umfassen und in Zusammenhang mit der Angabe über die Mindestlebensdauer in gleicher Schriftgröße erfolgen muss.

2.5.3.2.5. Rechte des Verbrauchers

Die derzeit aus der freiwilligen Regelung gem. Art. 2 Nr. 14 VRRL (§ 443 BGB) folgenden Rechte (Erstattung des Kaufpreises, Austausch der Sache, Nachbesserung) sollten verpflichtend sein. Darüber hinaus sollte der Hersteller wie ein Verkäufer haften, falls er es unterlässt, den Kunden über die Mindestlebensdauer zu informieren. Auf diese Weise wird erreicht, dass der Verbraucher nur dann keine Rechte gegen den Hersteller hat, wenn dieser aktiv auf die „garantierte Mindestlebensdauer Null" hinweist und eine Verletzung der Informationspflicht nicht nur zu Unterlassungsansprüchen der nach UWG und UKlaG klagebefugten Verbände, sondern auch zu Individualansprüchen der Verbraucher führt.

2.5.3.2.6. Einbettung in weitere Regelungen

Es sei nochmals darauf hingewiesen, dass die vorgeschlagene Regelung einer Herstellergarantie Bestandteil eines umfassenderen Ansatzes sein muss. An anderer Stelle haben wir darauf dazu die Ökodesign-RL angeführt, die zwar derzeit auf Energiespar-

[438] So KG in dem dem genannten Beschluss vorhergehenden Hinweisbeschluss v. 3.8.2015.

maßnahmen ausgerichtet ist, aber auf andere Nachhaltigkeitsaspekte, eben die Lebensdauer, erweitert werden kann und sollte.[439] Die Ökodesign-RL ist eine Rahmenrichtlinie, in deren Rahmen durch einzelne Verordnungen produktgruppenspezifisch Regelungen auch über die Lebensdauer ergehen können. Sie ist vor anderen Ansatzpunkten, etwa dem ProdSG, vorzugswürdig.[440]

2.5.4. Ersatzteile?

Man könnte daran anschließend weiter erwägen, ob der Hersteller (und/oder Verkäufer) nicht auch über die Verfügbarkeit von Ersatzteilen bei sich (d.h. über das das „Ob" und „Wie lange" der Vorhaltung) den Verbraucher zu informieren habe. Das wäre aus Gründen der Nachhaltigkeit, zur Erhöhung der Reparaturfreudigkeit des Verbrauchers, evtl. sachdienlich.[441] So weist etwa auch die ECC-Studie über „Commercial Warrenties" darauf hin, dass es in einigen Mitgliedstaaten schon Informationspflichten des Verkäufers bzgl. des Vorrats an Ersatzteilen gibt, so etwa in Frankreich, in Italien, in Griechenland, in Slowenien, in Malta, in Portugal, in Zypern, in Irland. In Rumänien wird der Hersteller mit dieser Informationspflicht belastet.[442]

Gegen die Einführung einer derartigen Informationspflicht auch über den etwaigen Vorrat von Ersatzteilen spricht allerdings der Umstand, dass die Reparatur für den Käufer nach Auslaufen der Gewährleistung (und der Herstellergarantie) gerade bei hochtechnologischen Geräten oft teurer als der Neukauf ist, da nicht nur Material-, sondern auch Arbeits- und Transportkosten aufzubringen sind.[443] Es ist daher fraglich, ob eine Reparatur in diesem Stadium für den Verbraucher ökonomisch ist, auch weil eventuell. schon Neuerungen mit mehr Funktionen auf dem Markt sind.

Schwerer aber wiegt der Umstand, dass eine solche Verpflichtung – wenn sie denn versäumt wird – nicht sinnvoll sanktioniert werden könnte. Denn weder der Hersteller noch der Verkäufer können auf das tatsächliche Vorhalten von Ersatzteilen für eine unbestimmte Käuferzahl (und daher in unbestimmter Menge) in Anspruch genommen werden, da eine solche Vorhaltepflicht unerfüllbar ist. Die Lagerkapazitäten wäre oft nicht vorhanden, um das (suggerierte) „Reparaturversprechen einzulösen"; Produkte würden so ggf. tatsächlich unnötig verteuert. Überbevorratungen, die nicht genutzt würden, schaden auch wieder der Umwelt. Deshalb kommt hier allenfalls ein freiwilliger Herstellerhinweis in Betracht, der i.Ü. auch unverbindlich ist und so verstanden werden muss, dass die Reparatur nur in Frage kommt, „solange der Vorrat reicht".

---

[439] How an EU Lifespan Guarantee Model could be implemented across the European Union, Study for the European Parliament, PE 583.121,(2017) (Autoren: Tonner/ Malcolm).

[440] Anders noch *Schlacke/Tonner/Gawel/Alt/Bretschneider*, Stärkung eines nachhaltigen Konsums im Bereich Produktnutzung durch Anpassungen im Zivil- und öffentlichen Recht, Umweltbundesamt, Texte 72/2015, S. 134 ff., mit Rücksicht darauf, dass es in der für das UBA erstellten Studie nur um Vorschläge für den deutschen Gesetzgeber ging.

[441] Für eine Informationspflicht über die Reparaturfähigkeit *Schlacke/Tonner/Gawel/Alt/Bretschneider*, Stärkung eines nachhaltigen Konsums (vorige Fn.) S. 187 ff.

[442] ECC-Net Studie „Commercial Warranties" (2016), S. 33 f.

[443] *Stürner*, Stellungnahme zu dem Kommissionsvorschlag COM(2015) 634 und COM(2015) 635 im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, Stellungnahme v. 4.5.2016, S. 8.

Darüber hinaus ist nur die gesetzlich bereits festgeschriebene Entsorgungspflicht des Händlers[444] für technische Geräte geeignet, die Reparaturfreudigkeit zu erhöhen und Obsoleszenzproblemen zu begegnen.

2.5.5. Öffnungsklausel für Hemmungsregelungen

Bei der Durchsetzung von Nachbesserungsansprüchen taucht das Problem auf, dass eine Nachbesserung nach längerer Zeit und u.U. mehreren Versuchen scheitert, dann aber die Verjährungsfrist abgelaufen ist, so dass der Verbraucher nicht mehr auf Rücktritt oder Minderung zurückgreifen kann. Ob die Verjährungsfrist während eines Nachbesserungsversuchs gehemmt ist, bestimmt sich nach nationalem Recht. Dabei sollte es auch sein Bewenden haben, so dass die Frage hier nicht weiter zu vertiefen ist. Wegen der nicht unerheblichen Bedeutung der Frage für den Verbrauchsgüterkauf sollte der Unionsgesetzgeber jedoch klarstellen, dass das mitgliedstaatliche Recht über die Hemmung und die Berechnung der Verjährung unberührt bleibt. Eine entsprechende Regelung könnte in Art. 14 des Vorschlags einer Online Warenhandels-RL oder in den Erwägungsgründen aufgenommen werden.

Das gleiche Problem taucht auf, wenn der Verbraucher letztlich erfolglos aus einer Herstellergarantie vorzugehen versucht und nach deren Scheitern seine gesetzlichen Rechte gegen den Verkäufer durchsetzen will. Auch hier taucht die Notwenigkeit einer Hemmung der Verjährung der gesetzlichen Rechte auf, und es ist zweckmäßig, in der Regelung über die gewerbliche Garantie der Online Warenhandels-RL (Art. 15) eine entsprechende Regelung einzufügen oder einen Hinweis in den Erwägungsgründen aufzunehmen. Auf das Problem ist bei der Umsetzung einer neuen VerbrGK-RL ins nationale Recht nach deren Verabschiedung zurückzukommen.

3. DER RICHTLINIENVORSCHLAG ÜBER DIGITALE INHALTE

Zu besprechen ist zum Schluss – wenngleich etwas kürzer – noch der Richtlinienvorschlag der Kommission über „bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte“.[445] Zu erläutern ist auch dieser Richtlinienvorschlag deshalb, weil die Kommission schon im Vorschlag zum Gemeinsamen Europäischen Kaufrecht[446] die (modifizierte) Erstreckung der Kaufrechtsvorschriften auf digitale Daten erprobte und im Zusammenhang mit dem Richtlinienvorschlag über den Online-Warenhandel diesen Ansatz erneut aufgriff. Auch hier benutzte die Kommission den Hintergrund der DSM-Strategie.[447]

Anders als bei dem Richtlinienvorschlag über den Online-Warenhandel betritt die Kommission bei der umfassenden vertragsrechtlichen Regelung von digitalen Inhalten aber weitgehend Neuland.[448] Es fehlt derzeit an Referenzregeln für die zivilrechtliche Behandlung der entgeltlichen Bereitstellung digitaler Daten durch einen Anbieter, weshalb

---

[444] Vgl. dazu das Gesetz über das Inverkehrbringen, die Rücknahme und die umweltverträgliche Entsorgung von Elektro- und Elektronikgeräten v. 20.10.2015, das auf die Richtlinie 2012/19/EU über Elektro- und Elektronik-Altgeräte (WEEE-Richtlinie) zurückgeht.

[445] Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte, KOM(2015) 634 endg.

[446] KOM(2011) 635 endg.; vgl. dazu *Tamm/Tonner*, EWS 2015, 241 ff.; *Weller*, NJW 2012, 2312.

[447] A Digital Single Market Strategy for Europe, COM(2015) 192 endg.

[448] So schon der Befund von *Stürner*, Stellungnahme zu den Kommissionsvorschlägen COM(2015) 634 endg. und COM(2015) 635 endg. im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, Stellungnahme v. 4.5.2016, S. 3.

es grundsätzlich auch unterstützenswert ist, dass sich die EU dieses neuen Regelungsfeldes annimmt.

Unter der Prämisse, dass grundsätzlich ein auf dem Minimalstandardprinzip basierender Vorschlag vorzugswürdig wäre, soll der von der Kommission vorgelegte Vorschlag zur Behandlung von digitalen Inhalten detailliert besprochen werden.

Dass es der Kommission wichtig ist, auch dem Handel mit digitalen Inhalten einen zivilrechtlichen Rahmen zu geben, machte sie nicht nur im Vorschlag zum GEKR deutlich. Dieses Ansinnen scheint schon in der VRRL durch. Denn in Art. 2 Nr. 11 befindet sich eine erste Definition für digitale Inhalte. Danach sind digitale Inhalte „Daten, die in digitaler Form her- und bereitgestellt werden*".* Nach Art. 5 Abs. 1 lit. g und 6 Abs. 1 lit. r bestehen Informationspflichten über ihre Funktionsweise.

3.1. Anwendungsbereich

Wie die VRRL betrifft der neue RL-Vorschlag zur vertragsrechtlichen Aspekten von digitalen Inhalten hinsichtlich seines Anwendungsbereiches Verträge, bei denen Verbrauchern durch einen Anbieter (= Unternehmer) digitale Inhalte gegen Entgelt zur Verfügung gestellt werden, vgl. Art. 3 des RL-Vorschlags.

Der persönliche Anwendungsbereich des RL-Vorschlags zielt m.a.W. nur auf Verbraucher-Unternehmer-Geschäfte ab. Der Unternehmer heißt bei dem RL-Vorschlag zu digitalen Daten „Anbieter". Die Definition für den Unternehmer in Art. 2 Nr. 3 des RL-Vorschlags stimmt mit derjenigen des Verkäufers in dem RL-Vorschlag zum Online-Warenhandel in Art. 2 lit. c überein. Der Vorschlag übernimmt den Verbraucherbegriff der VRRL, wiederholt jedoch nicht dessen ErwGr 17, der sich zur dual use-Problematik äußert und auf die überwiegende Verwendung zu privaten Zwecken abstellt. Da die dual use-Problematik gerade bei digitalen Inhalten eine erhebliche Rolle spielen kann, wäre es wünschenswert, wenn eine Entsprechung zu ErwGr 17 der VRRL in die Erwägungsgründe des Vorschlags aufgenommen würde.

Sachlich betrifft der Richtlinienvorschlag die entgeltliche Bereitstellung digitaler Inhalte. Auffällig ist, dass der Vorschlag eine Begriffsbestimmung für „Digitale Inhalte" verwendet, die von der Kommission als sehr weit bezeichnet wird, um für zu erwartende Entwicklungen in der IT-Technologie offen zu sein.[449] Sein Art. 2 Nr. 1 lautet (daher): *„Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck*

1. „digitale Inhalte"

a) Daten, die in digitaler Form hergestellt und bereitgestellt werden, darunter Video- und Audioinhalte, Anwendungen, digitale Spiele, sonstige Software,

b) Dienstleistungen, die die Erstellung, Verarbeitung oder Speicherung von Daten in digitaler Form ermöglichen, wenn diese Dateien vom Verbraucher bereitgestellt werden, und

c) Dienstleistungen, die die gemeinsame Nutzung der von anderen Nutzern dieser Dienstleistungen in digitaler Form bereitgestellten Daten und sonstige Interaktionen mit diesen Daten ermöglichen; …"

In den Erwägungsgründen heißt es ergänzend, dass darunter alle Arten von digitalen Inhalten zu verstehen seien, einschließlich heruntergeladener oder im Internet gestre-

[449] Zu früheren Versuchen „digitale Güter" zu definieren vgl. *Druschel/Lehmann*, CR 2016, 244.

amter Filme, Cloud-Speicherung, sozialer Medien oder Dateien für die visuelle Modellierung im Rahmen des 3D-Drucks.[450] Mit dieser umfassenden Definition geht der Vorschlag erheblich über die knappe Definition in der VRRL hinaus, was nachvollziehbar ist.

Für den Umsetzungsgesetzgeber bringen die unterschiedlichen Ausformungen der Definitionen zu digitalen Inhalten in den beiden EU-Rechtsakten (VRRL und RL zu digitalen Inhalten) allerdings Umsetzungsprobleme mit sich. Erwägenswert wäre insofern eine überschießende Nachjustierung der VRRL im nationalen Recht (etwa beim Begriff der digitalen Inhalte gem. § 312 f Abs. 3 BGB). Der Vollharmonisierungsansatz der VRRL (vgl. Erwägungsgrund Nr. 13) würde dem nicht entgegenstehen.[451]

3.2. Die datenschutzrechtliche Problematik

Der Richtlinienvorschlag betrifft auch Austauschgeschäfte, bei denen die Gegenleistung nicht in der Zahlung einer Geldsumme besteht, sondern in der Hingabe von (eigenen) Daten. Die sich dahinter verbergende datenschutzrechtliche Problematik ist groß.[452] Es soll jedoch anderen Rechtsakten überlassen bleiben, sie zu lösen, was Art. 3 Nr. 8 des RL-Vorschlags klarstellt. Hier kann der datenschutzrechtlichen Problematik nicht näher nachgegangen werden. Dazu wäre ein vertiefendes Gutachten erforderlich.

Wichtig ist es jedoch bei der Einführung eines Vertragsrechts für digitale Daten auf europäischer Ebene festzulegen, dass die zivilrechtlichen Regelungen zur Bereitstellung/-Übermittlung (und Bezahlung) mit Daten nicht die datenschutzrechtlichen Schutzmechanismen untergraben dürfen. Dazu gehört auch das Erfordernis der ausdrücklichen Einwilligung, das unangetastet bleiben muss, jedenfalls sofern es um Datenübermittlungen geht, die der Vertragspartner nicht von sich aus beanspruchen kann.

Keinerlei Regelung im Vertragswerk zu den digitalen Inhalten findet sich über die datenschutzrechtlich jederzeit mögliche Rücknahme der Einwilligung. Auf Unionsebene wäre in einem Vertragswerk zu digitalen Inhalten abzuwägen, welche Auswirkungen diese Rücknahme auf den Fortbestand des Vertrages hat. Das insofern evtl. veranlasste vertragliche Widerrufsrecht darf jedenfalls nicht hinter dem datenschutzrechtlichen Widerrufs- und Löschungsrecht (Art. 17 und 21 Datenschutz-GVO) zurückbleiben.

Wenn man der o.g. Forderung entsprechend erreicht, dass das Datenschutzrecht auch bei einwilligungsbedürftiger Datenerhebung/-übermittlung unmittelbar gilt und nicht vom Vertragsrecht überlagert wird, braucht man vermutlich kein besonders ausgestaltetes Widerrufsrecht in Bezug auf entgeltgleich überlassene persönliche Daten.

Sollte die Kommission aber auf einen Vorrang des Vertragsrechts hinarbeiten (wofür derzeit alles spricht) und was vermutlich zu Einschränkungen des datenschutzrechtlichen Widerspruchsrechts führen würde, müsste der Verlust bzw. die Einschränkung im Bereich des Widerspruchsrechts zumindest in Form eines eigenständig ausgestalteten, feinabgestimmten vertragsrechtlichen Widerrufsrechts ausgeglichen werden.

---

[450] ErwGr. 11, 16.

[451] Eine ähnliche Frage stellte sich bei der vollharmonisierenden Verbraucherkreditrichtlinie von 2008, vgl. dazu EuGH, Urt. v. 12.7.2012, C-602/10, ECLI:EU:C:2012:443 – SC Volksbank România.

[452] *Stürner*, Stellungnahme zu den Kommissionsvorschlägen COM(2015) 634 endg. und COM(2015) 635 endg. im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, Stellungnahme v. 4.5.2016, S. 11.

Insofern wäre auch darauf zu achten, dass der datenschutzrechtlich jederzeit mögliche Widerruf der Einwilligung nicht dadurch untergraben wird, dass den Verbraucher bspw. Ersatzansprüche wegen Vertragsverletzung etc. treffen.

Im Anwendungsbereich des neuen Regelungsvorschlags gibt es aber noch ein weiteres Problem. Es sollen die vom Verbraucher bereit gestellten Daten nur dann in den Anwendungsbereich der Regelung fallen (weil entgeltgleich sein), wenn eine „aktive" Bereitstellung erfolgt, vgl. Art. 3 Nr. 1 des RL-Vorschlags. Diese Einschränkung ist nicht sachgemäß. Denn in sehr vielen Fällen stellt der Verbraucher einem Unternehmer persönliche Daten von hoher Geldwertrelevanz nicht bewusst (= aktiv) zur Verfügung. Er tut dies eher unbemerkt, z.B. indem er dem Unternehmer die Möglichkeit gibt, sie über Tracking-Methoden (z.B. per IP-Tracking, Cookies, Browser-Fingerprinting) anzugreifen.

„So werden gerade die vielfach angebotenen kostenlosen Apps und Spiele nicht allein durch die Vermarktung aktiv mitgeteilter Daten, wie z.B. der E-Mail-Adresse, finanziert, sondern gerade durch die per Cookies etc. erhobenen Daten, „verborgen" gesammelt. Diese Daten über das Surfverhalten, Ort- und Zeitangaben etc. werden über die Netze verknüpft und mit anderen Daten in Beziehung gesetzt, mithilfe von Algorithmen ausgewertet und ermöglichen so relativ treffsichere Prognosen der Bedürfnisse und des Verhaltens von Verbrauchern und Verbraucherinnen. Genutzt werden sie dann z.B. für personalisierte Werbung und/oder Angebote und sind von Unternehmen von hohem Wert. Nicht ohne Grund heißt es, dass (auch die so gewonnenen) Daten die neue digitale Währung seien."[453]

Insofern schlagen nicht nur die VZ Nordrhein-Westphalen,[454] sondern auch die BRAK[455] und andere Experten[456] die Streichung des Wortes „aktiv" vor. Die sonst entstehende Regelungslücke wäre zu groß. Das wird hier unterstützt.

Es besteht aber noch eine weitere Inkonsistenz bei der Umgrenzung des Anwendungsbereiches der Richtlinie. Keine im Sinne der Regelung relevante Gegenleistung soll es nämlich darstellen, wenn die Übermittlung von Verbraucherdaten an den Anbieter nur dem Zweck dient, rechtliche Bestimmungen zu erfüllen und der Anbieter sie auch tatsächlich nur dazu verwendet (Art. 3 Nr. 4 des RL-Vorschlags).

Nicht geregelt ist, ob der Anwendungsbereich der RL bei einer zweckwidrigen Verwendung der Daten durch den Unternehmer eröffnet ist. Es könnte wohl aufgrund eines Umkehrschlusses geschlussfolgert werden, dass ein zweckwidriger kommerzieller Einsatz der Daten zu einer (Wieder-)Eröffnung des Anwendungsbereichs der Richtlinie

---

[453] VZ Nordrhein-Westphalen. Stellungnahme zum Vorschlag einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung von digitalen Inhalten (COM(2015) 634 final), Düsseldorf, 28.1.2016, S. 2.

[454] VZ Nordrhein-Westphalen. Stellungnahme zum Vorschlag einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung von digitalen Inhalten (COM(2015) 634 final), Düsseldorf, 28.1.2016, S. 2.

[455] BRAK, Stellungnahme Nr. 13/20016, Juni 2016, S. 6.

[456] Vgl. etwa *Stürner*, Stellungnahme zu den Kommissionsvorschlägen COM(2015) 634 endg. und COM(2015) 635 endg. im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, Stellungnahme v. 4.5.2016, S. 11.

führt.[457] Ob das der Fall ist, ist aber offen. Der EU-Gesetzgeber sollte dieses Problem auf jeden Fall im Auge haben und einer Regelung zuführen.

3.3. Das vorzeitige Erlöschen des Widerrufsrechts

Der Vorschlag einer Richtlinie zur Bereitstellung digitaler Inhalte enthält natürlich besondere Regelungen für das Widerrufsrecht und die Widerrufsfolgen. Die Modifizierungsnotwendigkeit rührt daher, dass digitale Inhalte nicht gegenständlich, aber über das Internet und über andere Datenträger leicht zu vertreiben und auch zu kopieren sind. So ist es zu verstehen, dass es in Art. 14 des RL-Vorschlags bspw. eine spezielle Vorschrift über die Rückabwicklung des widerrufenen Vertrags gibt, wenn Leistungen bereits während der Widerrufsfrist erbracht wurden.

Wegen der besonderen „Konsistenz“ digitaler Inhalte ist schon die Bereichsausnahme zum Widerruf beim Fernabsatz von Ton- und Videoaufnahmen bzw. Computersoftware anders justiert als üblich, wenn die Versiegelung der Verpackung entfernt wurde (vgl. als deutschen Umsetzungsregelung der Fernabsatz-RL/VRRL den § 312g Abs. 2 Nr. 6 BGB).[458]

Für sonstige digitale Inhalte, die nicht auf einem „Transportmedium“ gespeichert sind, gilt vor dem Hintergrund der VRRL, dass das Widerrufsrecht gem. § 356 Abs. 5 BGB vorzeitig erlischt, wenn der Unternehmer mit der Ausführung des Vertrags bereits begonnen hat, nachdem der Verbraucher der Ausführung vor Ablauf der Widerrufsfrist ausdrücklich zugestimmt und er seine Kenntnis bestätigt hat, dass er mit dem Beginn der Ausführung sein Widerrufsrecht verliert.[459] Denn hier wäre eine Rückabwicklung faktisch nicht durchführbar.

Diese Regelung der VRRL hatte erstmals die Spezifik von unkörperlich, auf keinem Speichermedium enthaltenen digitalen Inhalten klar geregelt und führte bei Umsetzung der VRRL zu einem Gewinn an Rechtssicherheit. Denn davor war es umstritten, ob dem Verbraucher bei unkörperlicher Lieferung digitaler Inhalte, überhaupt ein Widerrufsrecht zustand, weil diese Daten als Dienstleistung einzuordnen waren,[460] oder ob ein Widerrufsrecht ausgeschlossen war, weil es sich bei ihnen um Waren handelte, die nicht zur Rücksendung geeignet sind.[461]

Der Richtlinienvorschlag zu „bestimmten vertragsrechtlichen Aspekten der Bereitstellung digitaler Inhalte“ übernimmt in Art. 16 lit m) diese letztgenannte Regelung der VRRL zum vorzeitigen Erlöschen des Widerrufsrechts, was interessengerecht ist.

3.4. Vertragsgemäßheit digitaler Inhalte

Anders als die VRRL enthält der Vorschlag der Kommission allerdings in vielen Punkten eine Vertiefung zu den sonstigen vertragsrechtlichen Aspekten. Mit dem Vorschlag sollen erstmals umfassend die Anforderungen an Verträge über die Bereitstellung digitaler Inhalte gesetzgeberisch fixiert werden. Hierzu gehören insbesondere die Anforderungen an die Vertragsgemäßheit digitaler Inhalte (Art. 6 des Richtlinienvorschlags)

---

[457] *Stürner*, Stellungnahme zu den Kommissionsvorschlägen COM(2015) 634 endg. und COM(2015) 635 endg. im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, Stellungnahme v. 4.5.2016, S. 11.

[458] BR-Drucks. 817/12, 91; AG Berlin Mitte MDR 2012, 1455; AG Kehlheim DAR 2013, 388.

[459] *Föhlisch*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 12 Rn. 67.

[460] Zum Befund *Föhlisch*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 12 Rn. Rn. 67.

[461] *Bittner*, in: Bittner/Clausnitzer/Föhlisch (Hrsg.), Das neue Verbrauchervertragsrecht (2014), Rn. 233.

und ihre Bereitstellung (Art. 5 des Richtlinienvorschlags) sowie an die Abhilfen bei nicht erfolgter Lieferung oder nicht vertragsgemäßer Bereitstellung von digitalen Inhalten (Art. 11 und 12 des RL-Vorschlags) sowie über die Haftung des Anbieters (Art. 10).

Besondere Regelungsvorgaben sind überdies für die Beendigung des Vertrages durch Rücktritt vorgesehen (Art. 13 des Richtlinienvorschlags). Einschränkungen der Handlungsmöglichkeiten des Anbieters sind bzgl. der nachträglichen Änderung digitaler Inhalte zugunsten des Verbrauchers gemacht worden (Art. 15 des RL-Vorschlags).

Zu den hier zu besprechenden vertragsrechtlichen Aspekten im weiteren Sinne gehört es auch, dass in dem RL-Vorschlag selbst nicht festgelegt wird, in welchen Vertragstyp die Regelungen über die Bereitstellung von digitalen Inhalten einzupassen sind. Der Richtlinienvorschlag ist insofern „vertragsoffen" gestaltet.[462] Die Bereitstellung von digitalen Inhalten kann somit im Gewande eines modifizierten Kaufrechts, Mietrechts, Dienstvertragsrechts-, Werkvertragsrechts oder ähnlichem erfolgen.[463] Dies eröffnet den Mitgliedstaaten notwendige Spielräume.

3.4.1. Subjektiv/objektiver Begriff der Vertragsgemäßheit

Die vertragliche Verpflichtung des Anbieters wird nach dem RL-Vorschlag nur erfüllt, wenn die bereitgestellten digitalen Inhalte „vertragsgemäß" sind.

Ähnlich wie Art. 4 Nr. 4 des Vorschlags zum Online-Warenhandel unterscheidet auch Art. 6 des RL-Vorschlags zur Bereitstellung digitaler Inhalte zwischen einem subjektiven und einem objektiven Begriff der Vertragsgemäßheit. Aus ihrer Kombination lassen sich Rückschlüsse auf die Vertragsgemäßheit des Vertragsgegenstandes ziehen, wobei zunächst die vertraglichen Vereinbarungen den Ausschlag geben sollen (= subjektiver Begriff der Vertragsgemäßheit). Gleichbedeutend werden diejenigen Anforderungen in Bezug genommen, die sich aus „vorvertraglichen Informationspflichten" ableiten (Art. 6 Nr. 1 lit. a) des RL-Vorschlags).

Inkonsistent ist die Regelung zum objektiven Begriff der Vertragsgemäßheit des RL-Vorschlags aber jedenfalls insoweit, als in Art. 6 Nr. 2 lit. a) danach unterschieden wird, ob die Inhalte gegen Zahlung eines Preises oder gegen eine andere Leistung als Geld (etwa die Hingabe persönlicher Daten) bereitgestellt werden. Eine Differenzierung zwischen der Zahlung mit Geld und der Zahlung mit Daten ist nicht schon beim Begriff der Vertragsgemäßheit, sondern allenfalls im Bereich der daran anknüpfenden Rechte des Verbrauchers (etwa bei der Rückabwicklung der Leistungen nach Rücktritt/Kündigung) angebracht.[464]

Es ist insofern nicht klar, warum die Richtlinienvorgabe hier einen kategorialen Unterschied dergestalt zwischen beiden Fallgruppen ziehen will, dass bei einer Gegenleistung in Geld höhere Anforderungen bestehen als sonst. Das widerspricht in jedem Fall der dem Vorschlag sonst zu Grunde liegenden Gleichgewichtigkeit von monetärer und

---

[462] *Stürner*, Stellungnahme zu den Kommissionsvorschlägen COM(2015) 634 endg. und COM(2015) 635 endg. im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, Stellungnahme v. 4.5.2016, S. 13: „vertragsoffene Regelung".

[463] *Stürner*, Stellungnahme zu den Kommissionsvorschlägen COM(2015) 634 endg. und COM(2015) 635 endg. im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, Stellungnahme v. 4.5.2016, S. 13.

[464] Vgl. dazu auch *Wendland*, EuZW 2016, 126.

nicht monetärer Gegenleistung (in Form von geldwerten Daten).[465] Dass personenbezogene Daten einen Geldwert haben, der einer Geldzahlung gleichzusetzen ist, ist allgemein anerkannt,[466] wird aber in diesem Punkt des Regelungsvorschlags inkonsequenter Weise in Abrede gestellt.

Der Vorschlag zu den digitalen Inhalten ist insofern zu überarbeiten, als die Zurverfügungstellung von persönlichen Daten in gleichem Umfang ein Synallagma begründen muss wie die Zahlung durch Geld. Das gilt jedenfalls, wenn datenschutzrechtlich eine Einwilligung erforderlich ist.[467] Die VZ Nordrhein-Westphalen,[468] aber auch die BRAK[469] [470] raten daher dazu, Art. 6 Nr. 2 lit. a) des RL-Entwurfs zu streichen, was hier unterstützt wird.

3.4.2. Schutzlücke: veraltetes Betriebssystem/Updates, die zu Funktionsbeeinträchtigungen führen

In der Vorschrift über die Vertragsmäßigkeit werden ansonsten genaue Kriterien zur Vertragsgemäßheit der digitalen Inhalte festgelegt. In Bezug genommen werden hier etwa die Quantität, die Qualität, die Dauer und Version, der Funktionsumfang, die Interoperabilität und sonstige Leistungsmerkmale wie Zugänglichkeit, Kontinuität und Sicherheit (Art. 6 Nr. 1 lit. a) des RL-Vorschlags). Gem. Art. 6 Nr. 1 lit. d) des RL-Vorschlags sind digitale Inhalte vertragsgemäß, wenn sie, soweit dies relevant ist, den Anforderungen des Vertrages entsprechend aktualisiert werden. Dies gilt nach Art. 6 Nr. 3 der Regelung für die gesamte Laufzeit des Vertrages. Hier tut sich jedoch eine Schutzlücke auf:

In der Beratungspraxis der Verbraucherzentralen berichten nämlich Verbraucher immer wieder von Problemen mit Endgeräten, für deren Betriebssystem keine Updates mehr bereitgestellt werden oder das Endgerät bereits beim Kauf nur mit einem veralteten Betriebssystem ausgestattet ist, welches z.B. kein sicheres Mobile Banking oder Mobile Payment ermöglicht. Dies zwingt Verbraucher letztlich dazu, ein neues Endgerät anzuschaffen.[471] Die Schutzlücke kann nur dann geschlossen werden, wenn der Begriff der digitalen Inhalte in Art. 2 Nr. 1 des RL-Vorschlags weiter gefasst wird.

Derzeit ist er zu eng. Denn Art. 2 Nr. 1 i.V.m. ErwGr. 11 des RL-Vorschlags ist zu entnehmen, dass das Betriebssystem eines Endgerätes gerade keinen digitalen Inhalt i.S.d. Richtlinie darstellen soll. Dort (in ErwGr. 11) steht ausdrücklich: „*diese Richtlinie sollte jedoch nicht für digitale Inhalte gelten, die derart in der Ware integriert sind, dass*

---

[465] Vgl. dazu etwa Art. 3 Nr. 1 des RL-Vorschlags.

[466] *Pousttchi/Koelwel*, E-Commerce-Magazin Nr. 2/2014, S. 9, 10.

[467] So auch 71. DJT, Essen 2016, Beschlüsse A. I. 5b: Von einem Entgelt ist nur auszugehen, wenn die Datennutzung aufgrund des Datenschutzrechts nur mit Einwilligung des Betroffenen zulässig ist (angenommen: 23:7:2).

[468] VZ Nordrhein-Westphalen, Stellungnahme zum Vorschlag einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung von digitalen Inhalten (COM(2015) 634 final), Düsseldorf, 28.1.2016, S. 2.

[469] BRAK, Stellungnahme Nr. 13/2016, Juni 2016, S. 6.

[470] Ebenso *Stürner*, Stellungnahme zu den Kommissionsvorschlägen COM(2015) 634 endg. und COM(2015) 635 endg. im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, Stellungnahme v. 4.5.2016, S. 15.

[471] VZ Nordrhein-Westphalen, Stellungnahme zum Vorschlag einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung von digitalen Inhalten (COM(2015) 634 final), Düsseldorf, 28.1.2016, S. 5.

sie fester Bestandteil der Ware sind und ihre Funktionen den Hauptfunktionen der Ware untergeordnet sind".

Für die Neufassung des zu eng geratenen Begriffs der digitalen Inhalte spricht, dass das Betriebssystem ein ganz wesentliches Element für die Nutzung digitaler Inhalte durch den Verbraucher ist. *„Insbesondere, wenn Anbieter verpflichtet sein sollen, stets die neueste Version z.B. einer App zur Verfügung zu stellen, der Verbraucher aber nicht mit den erforderlichen Updates des Betriebssystems versorgt wird, führt dies im Ergebnis dazu, dass der Verbraucher die digitalen (updatebaren) Inhalte nicht nutzen kann."*[472]

Fazit: Betriebssysteme sollten ausdrücklich in den Anwendungsbereich der Richtlinie mit aufgenommen und von ihr nicht ausgeschlossen werden.[473]

Eine weitere Schutzlücke ergibt sich nach derzeitigem Stand der Richtlinie dann, wenn Updates, die zur Verfügung zu stellen sind, die ursprüngliche. Software überschreiben und das Ergebnis fehlerhaft ist und zu Gebrauchsbeeinträchtigungen führt.

Der RL-Geber sollte (daher) bei der vertragsrechtlichen Regelung zur Bereitstellung digitaler Inhalte eine Regelung dazu vorsehen, wie sich Aktualisierungen, die zur Verfügung zu stellen sind, auf die Gewährleistungsrechte des Käufers auswirken, wenn erst durch die Updates die Nutzungsmöglichkeit des Geräts verschlechtert wird.[474]

3.4.3. Integration der digitalen Inhalte

Eine zusätzliche Vorschrift (Art. 7 des RL-Vorschlags) regelt, dass eine Vertragswidrigkeit auch dann vorliegt, wenn digitale Inhalte unsachgemäß in die digitale Umgebung des Verbrauchers integriert werden, sofern die Integration durch den Anbieter erfolgte oder seine Anleitung unsachgemäß war. Insoweit besteht eine Wertungsparallele zu Montagefehlern des Anbieters im Kaufrecht, was sachdienlich erscheint.

3.4.4. Beweislast

Die Beweislast für die Vertragsgemäßheit der digitalen Inhalte trägt nach Art. 9 Nr. 1 des RL-Vorschlags der Anbieter. Anderes gilt nur für den Fall von Inkompatibilität zwischen digitalen Inhalten und der digitalen Umgebung des Verbrauchers, sofern der Anbieter den Verbraucher von diesen Anforderungen vor Vertragsschluss in Kenntnis gesetzt hat (Art. 9 Nr. 2 des RL-Vorschlags). Der RL-Entwurf berücksichtigt somit den Umstand, dass die meisten Verbraucher bei der Nutzung digitaler Inhalte kein Fachwissen haben, auf das sie bei ihrer Kaufentscheidung zurückgreifen können. Anwendungs- und Anwendbarkeitshinweise müssen somit gegeben werden.

---

[472] VZ Nordrhein-Westphalen, Stellungnahme zum Vorschlag einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung von digitalen Inhalten (COM(2015) 634 final), Düsseldorf, 28.1.2016, S. 9.

[473] Auch in der Stellungnahme der Verbraucherschutzministerkonferenz v. 1.9.2016 zur „Öffentlichen Konsultation der EU-Kommission zum Fitness-Check des Europäischen Verbraucher- und Marketingrechts" (S. 6) wird das Problem aufgegriffen, dass notwendige Aktualisierungen häufig technisch nicht kompatibel sind und sie der Verbraucher entgegen seiner Erwartungen dann nicht nutzen kann. Das sollte der EU-Gesetzgeber – so die Stellungnahme – durch gesetzliche Regelungen besser reflektieren.

[474] So auch Stellungnahme der Verbraucherschutzministerkonferenz v. 1.9.2016 zur „Öffentlichen Konsultation der EU-Kommission zum Fitness-Check des europäischen Verbraucher- und Marketingrechts", S. 6.

Im Hinblick auf die Verteilung der vertraglichen Verantwortungsbereiche zwischen Unternehmer und Verbraucher ist diese Regelungsvorgabe dennoch nicht verbraucherfreundlich genug ausgestaltet. Der Grund ist, dass nach dem derzeitigen Gesetzeswortlaut des RL-Vorschlags noch nicht sichergestellt ist, dass der Verbraucher den Hinweis des Anbieters (zur Inkompatibilität) in Hinblick auf die Art und Weise seiner Darbietung auch tatsächlich zur Kenntnis nimmt bzw. zumindest nehmen konnte. Die Formulierung bei Art. 9 des RL-Vorschlags bzgl. der Beweislastverteilung zwischen Unternehmer und Verbraucher muss daher lauten: „und durch entsprechende Vorsichtsmaßnahmen (explizite Hinweise, Hervorhebungen etc.) sichergestellt ist, dass der Verbraucher vor Vertragsschluss diese Anforderungen zur Kenntnis nimmt."[475]

3.4.5. Pflicht zur Zusammenarbeit - Konkretisierungsbedürftigkeit

Bemerkenswert und diskutabel ist sodann die in Art. 9 Nr. 3 des RL-Vorschlags fixierte Pflicht des Verbrauchers zur Zusammenarbeit mit dem Anbieter zum Zweck der Feststellung der digitalen Umgebung des Verbrauchers. Die Festschreibung dieser (besser:) „Obliegenheit" des Verbrauchers ist grundsätzlich nachvollziehbar, da der Unternehmer sich nur mit dem Einwand der inkompatiblen digitalen Umgebung des Verbrauchers entlasten kann, wenn es Anwendungsprobleme gibt – er aber nicht von sich aus in dessen Sphäre hineinblicken kann.

Allerdings erscheint die Reichweite dieser Obliegenheit zur Zusammenarbeit noch unklar[476] und sollte konkretisiert werden. Dies ist auch deshalb zu fordern, weil der Verbraucher nach Art. 9 Nr. 3 S. 2 des RL-Vorschlags die Beweislast für die fehlende Vertragsgemäßheit der digitalen Inhalte trägt, wenn er seiner Obliegenheit zur Zusammenarbeit nicht nachkommt.[477]

3.5. Rechte des Verbrauchers

3.5.1. Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes

Das Pendant zu Nachbesserung und Ersatzlieferung nach dem Vorschlag einer Online-Warenhandels-RL ist bei digitalen Inhalten die „Herstellung des vertragsgemäßen Zustandes", vgl. (Art. 12 des RL-Vorschlags). Ansonsten ähneln die Abhilfen aber dem Verbrauchsgüterkaufrecht.

3.5.2. Spezifische Regelung des Vertragsbeendigungsrechts

Allerdings ist das Recht auf Vertragsbeendigung spezifisch ausgestaltet (siehe dazu Art. 13). Der Anbieter muss dem Verbraucher ermöglichen, die von diesem bereit gestellten Inhalte wiederzuerlangen, und der Verbraucher muss die Nutzung der ihm bereitgestellten Inhalte unterlassen, insbesondere indem er sie löscht oder auf andere Weise unlesbar macht. Der Anbieter kann das Nutzerkonto des Verbrauchers sperren.

---

[475] VZ Nordrhein-Westphalen, Stellungnahme zum Vorschlag einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung von digitalen Inhalten (COM(2015) 634 final), Düsseldorf, 28.1.2016, S. 7 („zur Kenntnis genommen hat").

[476] *Maultzsch*, JZ 2016, 236 ff.; *Stürner*, Stellungnahme zu den Kommissionsvorschlägen COM(2015) 634 endg. und COM(2015) 635 endg. im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, Stellungnahme v. 4.5.2016, S 15.

[477] VZ Nordrhein-Westphalen, Stellungnahme zum Vorschlag einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung von digitalen Inhalten (COM(2015) 634 final), Düsseldorf, 28.1.2016, S. 7.

Art. 13 Nr. 2 lit. b) des RL-Vorschlags sollte insofern um eine Informationspflicht gegenüber dem Verbraucher ergänzt werden, welche Maßnahmen der Anbieter zur Unterlassung der zukünftigen Nutzung der Daten ergriffen hat. Sollte der Unternehmer vom Verbraucher als „Datenrückgabeäquivalent“ eine Löschung der digitalen Inhalte fordern können, sollte Art. 13 Nr. 2 lit. d) des RL-Vorschlags um die Forderung ergänzt werden, dass dem Verbraucher (soweit erforderlich) technische Hilfsmittel zur Verfügung zu stellen sind, um die digitalen Inhalte zu löschen oder auf andere Weise in der Nutzbarkeit aufzuheben.[478]

3.5.3. Änderung der digitalen Inhalte und Beendigung langfristiger Verträge

Weiterhin enthält der Vorschlag Vorschriften über die Änderung der digitalen Inhalte (Art. 15) und ein Recht auf Beendigung langfristiger Verträge nach 12 Monaten (Art. 16). Die Regelung zur Änderung digitaler Inhalte in Art. 15 des RL-Vorschlags erklärt sich daraus, dass der Anbieter insbesondere bei einer dauerhaften Bereitstellung von digitalen Inhalten Möglichkeiten haben muss, den Vertrag nachträglich anzupassen. Die Interessen des Verbrauchers wurden hier mit denen des Unternehmers abgewogen. Herausgekommen ist eine Einengung der Änderungsmöglichkeit für den Unternehmer dergestalt, dass diese nur bei vorheriger Vereinbarung möglich ist. Der Verbraucher ist über sie bei Durchführung nochmals auf einem dauerhaften Datenträger zu informieren. Ihm steht außerdem ein Recht zur außerordentlichen Abstandnahme vom Vertrag innerhalb von 30 Tagen zu, was zu begrüßen ist.

Problematisch ist aber eine Detailregelung: Beendet der Verbraucher den Vertrag berechtigterweise gem. Art. 15 Nr. 1 des RL-Vorschlags wegen einer Änderung der digitalen Inhalte durch den Anbieter, so stehen ihm nur die Rechte nach Art. 15 Nr. 2 des RL-Entwurfs zu. Die hier beschriebenen Rechte des Verbrauchers bleiben aber deutlich hinter den Rechten des Verbrauchers nach Beendigung des Vertrages zurück, die ihm gem. Art. 13 Nr. 2 zuerkannt sind. So hat der Verbraucher bei der Beendigung des Vertrages nach Art. 15 Nr. 1 nicht die Möglichkeit, seine selbst generierten Inhalte und Daten, die er bei der Nutzung der digitalen Inhalte dem Anbieter zur Verfügung gestellt hat, wiederzuerlangen. Die unterschiedliche Behandlung des Verbrauchers bei jeweils berechtigter Beendigung des Vertrages erscheint nicht sachgemäß.

Der Verbraucher sollte bei einer Beendigung des Vertrages gem. Art. 15 Nr. 1 des RL-Vorschlags die gleichen Rechte haben, die ihm bei der Beendigung des Vertrages gem. Art. 13 Nr. 2 des RL-Entwurfs zustehen.[479] Darauf ist bei der Überarbeitung des europäischen Kaufrechts hinzuarbeiten.

3.5.4. Verschuldensunabhängiger Schadensersatz

Besonders hervorzuheben ist das verschuldensunabhängige Recht auf Schadensersatz des Verbrauchers gegenüber dem Anbieter, der den Verbraucher so stellen muss, als wenn ordnungsgemäß erfüllt worden wäre (Art. 14). In diesem Punkt weicht der RL-Vorschlag von allen anderen Regelungen und Vorschlägen zur Revision des Kaufrechts deutlich ab, weil es ein Recht auf Schadensersatz im Verbrauchsgüterkaufrecht nicht gibt und dieses vielmehr den Mitgliedstaaten überlassen bleibt. Das Recht auf

---

[478] VZ Nordrhein-Westphalen, Stellungnahme zum Vorschlag einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung von digitalen Inhalten (COM(2015) 634 final), Düsseldorf, 28.1.2016, S. 7.

[479] VZ Nordrhein-Westphalen, Stellungnahme zum Vorschlag einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung von digitalen Inhalten (COM(2015) 634 final), Düsseldorf, 28.1.2016, S. 9.

Schadensersatz steht dem Verbraucher dann zu, wenn der Unternehmer nicht oder schlecht leistet. Die Haftung soll sich auf jede wirtschaftliche Schädigung der digitalen Umgebung des Verbrauchers erstrecken und im Grundsatz eine Wiederherstellung des Status quo ante beinhalten. Weiteres bzgl. der Ausübung dieses Rechts sollten die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten regeln; der Richtlinienvorschlag enthält damit zum Procedere eine Öffnungsklausel. Klärungsbedürftig ist bzgl. dieses Punktes noch, ob weitergehende Ansprüche, die sich auf Schäden außerhalb der digitalen Umgebung des Verbrauchers beziehen, ebenfalls nach nationalem Recht möglich sind, und ob diese an das Verschulden des Anbieters geknüpft werden können oder nicht.[480]

Eine Klärung der Reichweite der Schadensersatzpflicht nach Art. 14 des RL-Vorschlags seitens des Anbieters digitaler Inhalte ist deshalb nötig, weil es nicht ausreicht, die Haftung nur auf die digitale Umgebung zu beziehen. Schäden an anderen Rechtsgütern (Mangelfolgeschäden) oder Nutzungsausfallschäden sind vom jetzigen Wortlaut („digitale Umgebung“) wohl noch nicht erfasst und sollten in der endgültigen Regelung einbezogen werden. Ferner ist auch denkbar, dass Schadsoftware enthalten ist, die das Endgerät beeinträchtigen und Passwörter ausspähen könnte, was dann zu weiteren Schäden führen würde. Von einer Haftung des Anbieters auch für diese Schäden darf der Verbraucher nicht abgeschnitten werden.[481] Ein diesbezüglicher Schadensersatz sollte die europäische Regelung (so auch die BRAK[482]) explizit vorsehen.

4. HANDLUNGSEMPFEHLUNGEN

Nachfolgend sollen die Vorschläge zur Neuregelung des Verbraucherkaufrechts noch einmal in Form von Handlungsempfehlungen zusammengefasst werden.

4.1. Allgemeine Leitlinien

4.1.1. Mindest- statt Vollharmonisierung

Die Revision des Verbrauchsgüterkaufrechts sollte auf europäischer Ebene unter Beibehaltung des Grundsatzes der Mindestharmonisierung stattfinden. Ein Bedürfnis für eine vollharmonisierende Regelung besteht nicht.

Die von der Kommission vorgelegten Vorschläge zur Richtlinie für den Online-Warenhandel (COM(2015), 635 final) und zur Bereitstellung von digitalen Inhalten (COM(2015, 634 final) sollten auf Minimalstandardharmonisierung umgestellt werden. Zumindest sollten sie durch Verwendung von Optionsklauseln den Mitgliedstaaten einen Gestaltungsspielraum belassen.

4.1.2. Keine Fragmentierung des Kaufrechts

Es ist zu begrüßen, dass die Kommission das Ergebnis des REFIT der VerbrGK-RL und den Vorschlag einer Online-Warenhandels-RL zusammenführen will und dadurch die VerbrGK-RL insgesamt durch eine Nachfolgerin ersetzen will, so dass eine weitere Fragmentierung des Kaufrechts entgegen dem Titel des Richtlinienvorschlags nicht stattfindet.

---

[480] So zu Recht auch *Stürner*, Stellungnahme zu den Kommissionsvorschlägen COM(2015) 634 endg. und COM(2015) 635 endg. im Rahmen der öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages, Stellungnahme v. 4.5.2016, S

[481] VZ Nordrhein-Westphalen, Stellungnahme zum Vorschlag einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung von digitalen Inhalten (COM(2015) 634 final), Düsseldorf, 28.1.2016, S. 7.

[482] BRAK, Stellungnahme Nr. 13/2016, Juni 2016, S. 9.

Der Vorschlag einer Online Warenhandels-RL enthält eine Reihe von Verbesserungen des Verbraucherschutzes „mittlerer Reichweite“ (unten 4.2.), genügt jedoch (noch) nicht den Anforderungen an ein modernes und zeitgemäßes Verbrauchsgüterkaufrecht (unten 4.3.). Die hier begrüßten Vorschläge der Richtlinie werden unter „Handlungsempfehlungen“ mit aufgeführt, weil noch keineswegs entschieden ist, dass sie auch Bestandteil der endgültigen Richtlinie sein werden.

4.2. Verbesserungen im Vorschlag einer Online Warenhandels-RL

4.2.1. Integration der EuGH-Urteile

Es ist zu begrüßen, dass die drei grundlegenden Urteile des EuGH zum Verbrauchsgüterkaufrecht nach dem Vorschlag der Kommission in den Text bzw. die Erwägungsgründe der neuen Richtlinie integriert werden sollen.

Im RL-Vorschlag der Kommission ist die Freistellung des Käufers von der Zahlung zum Nutzungsersatz bei der Nacherfüllung entsprechend dem Quelle-Urteil des EuGH enthalten. Der Vorschlag geht über das Quelle-Urteil hinaus, weil er den Ausschluss von Nutzungsersatz auch für den Fall eines Rücktritts wegen einer Vertragswidrigkeit vorsieht, jedoch nur implizit. (Art. 13 Abs. 3 Nr. 3 lit. b). Da die Vorschrift lediglich einen Wertersatz vorsieht, wenn die Waren nicht oder nur beschädigt oder übermäßig gebraucht zurückgegeben werden können, ist daraus zu schließen, dass ein Nutzungsersatz nicht geschuldet ist. Dies sollte jedoch ausdrücklich klargestellt werden.

Es ist zu begrüßen, dass der Vorschlag einer Online Warenhandels-RL auch das Weber und Putz-Urteil des EuGH in den Richtlinientext integriert. Der Unionsgesetzgeber würde damit zu Recht klarstellen, dass der Unternehmer die Kosten für den Ausbau der mangelhaften und den Einbau der nachgelieferten Waren zu tragen hat. Er sollte entsprechend dem Vorschlag keine Begrenzung des Kostenersatzes vorsehen und allenfalls den Mitgliedstaaten diesbezüglich eine Option einräumen, wobei die Begrenzung nicht unterhalb des Wertes der Ware liegen sollte.

Schließlich ist zu begrüßen, dass der Vorschlag einer Online Warenhandels-RL das Faber-Urteil des EuGH in ErwGr. 26 Satz 2 aufgenommen hat und damit klargestellt ist, dass die Grundsätze dieses Urteils auch für eine Nachfolgeregelung der VerbrGK-RL gelten. Dabei sollte es im weiteren Gesetzgebungsverfahren auf alle Fälle bleiben.

4.2.2. Heraufsetzung der Frist für die Beweislastumkehr (auf zwei Jahre)

Bedeutsam wäre weiter die Verlängerung der Frist für die Beweislastumkehr. Sie könnte von sechs Monate auf zwei Jahre erhöht werden.

In Art. 8 Nr. 3 des RL-Vorschlags zum Online-Warenhandel schlägt die Kommission eine derartige Fristverlängerung ausdrücklich vor. Diese Regelung ist eines der Kernstücke des neuen Vorschlags zum Online-Warenhandel.

4.2.3. Kein Erfordernis der „erheblichen" Vertragsverletzung für den Rücktritt

Es ist zu begrüßen, dass der Vorschlag der Kommission einer Online-Warenhandels-RL im Gegensatz zum geltenden Recht für den Rücktritt nicht mehr eine „erhebliche“ Vertragsverletzung verlangt. Damit bestehen zu Recht gleiche Voraussetzungen für Minderung und Rücktritt.

4.2.4. Keine Rügeobliegenheit für den Verbraucher

Im RL-Vorschlag zum Online-Warenhandel ist von der Kommission – in Abweichung zur VerbrGK-RL – keine Rügeobliegenheit mehr vorgesehen worden. Dabei sollte es bleiben.

4.3. Weitergehende Vorschläge zum Verbrauchsgüterkauf

4.3.1. Abschaffung der Hierarchie der Rechte bei einer Vertragswidrigkeit

Es ist zu bedauern, dass der Vorschlag einer Online Warenhandels-RL es bei der Hierarchie der Rechte des Verbrauchers gemäß der geltenden VerbrGK-RL belässt. Stattdessen ist ein freies Wahlrecht des Verbrauchers in jedem Fall einer nicht vertragsgemäßen Lieferung vorzusehen.

Der Verbraucher sollte nicht gezwungen sein, bei einer nicht vertragsgemäßen Lieferung sich zunächst auf Nachbesserung oder Nachlieferung einlassen zu müssen, sondern frei entscheiden können, ob er nicht stattdessen auf Minderung oder Rücktritt ausweicht, nachdem der Verkäufer seine vertraglichen Pflichten nicht erfüllt hat. Das „Recht zur zweiten Andienung“, das der Verkäufer nach geltendem Recht sanktionslos in Anspruch nehmen kann, vermindert den Anreiz, von Anfang an vertragsgemäß zu liefern. Dagegen ist das legitime Vertrauen des Verbrauchers auf eine vertragsgemäße Erfüllung zu schützen.

4.3.2. Weitere Detailregelungen zu den Rechtsfolgen

Es sollte ferner im Zusammenhang mit den von Verkäufern bei der Nacherfüllung zu tragenden Kosten möglichst klargestellt werden, dass auch etwaige Sachverständigenkosten zur Feststellung der Art und des Umfangs des Mangels vom Verkäufer zu ersetzen. Im Vorschlag der RL zum Online-Warenhandel ist dieser Aspekt nicht berücksichtigt worden.

I. Ü. wäre es wünschenswert, wenn das Gebot der Vermeidung erheblicher Unannehmlichkeiten für den Käufer (Art. 3 Abs. 3 VerbrGK-RL) dazu genutzt werden würde, eine Regelung zu schaffen, wonach der Verkäufer dem Käufer Nutzungsersatz zu zahlen hat, wenn die Nacherfüllung unangemessen lange dauert. Gebrauchsvorteile, die der Verbraucher in dieser Zeit nicht ziehen kann, wären zu ersetzen. Im Vorschlag einer Online-Warenhandels-RL ist dieser Aspekt nicht berücksichtigt.

4.3.3. Öffnungsklausel für längere Gewährleistungsfrist

Der Vorschlag einer Online-Warenhandels-RL verlängert zwar die Frist für die Beweislastumkehr für das Vorliegen einer Vertragswidrigkeit zum Zeitpunkt der Übergabe auf zwei Jahre, belässt es im Übrigen aber bei der geltenden Regelung. Angesichts der Absicht, eine vollharmonisierende Regelung einzuführen, würde dies den Mitgliedstaaten die Möglichkeit nehmen, längere Verjährungsfristen beizubehalten oder einzuführen.

Dies wird der auch von der Kommission anerkannten Aufgabe, eine angemessene Haftung für langlebige Produkte einzuführen, nicht gerecht. Es wird deshalb vorgeschlagen, den Mitgliedstaaten die Option einzuräumen, die Verjährungsfrist generell auf drei Jahre anzuheben und darüber hinaus für Produkte mit einer längeren Lebensdauer eine der Lebensdauer entsprechende Verjährungsfrist einzuführen, maximal jedoch fünf Jahre.

4.3.4. Herstellergarantie zur Lebensdauer

Auch der Hersteller sollte für die Funktionsfähigkeit seiner Produkte für deren Lebensdauer verantwortlich sein. Es wird daher vorgeschlagen, dass der Hersteller durch eine

Angabe auf dem Produkt darüber informiert, ob und wie lange er für die Funktionsfähigkeit des Produkts einsteht. Er muss an gleicher Stelle darauf hinweisen, dass der Verbraucher unabhängig von Rechten gegen den Hersteller Rechte gegen den Verkäufer hat, die zwei Jahre lang geltend gemacht werden können.

Tritt der Garantiefall ein, sollte der Verbraucher entsprechend der geltenden Regelung Rechte auf Erstattung des Kaufpreises, Austausch der Sache, oder Nachbessrung haben. Verletzt der Hersteller seine Informationspflicht oder weist er nicht auf die Rechte gegen den Verkäufer hin, sollte er dem Verbraucher wie ein Verkäufer haften.

Die vorgeschlagene Regelung sollte auf technische Gebrauchsgüter beschränkt sein.

Die Ökodesign-RL sollte auf Regelungen zur Lebensdauer technischer Produkte erweitert werden, so dass in ihrem Rahmen produktgruppenspezifische Verordnungen ergehen können, die die Lebensdauer verbindlich regeln.

4.3.5. Öffnungsklausel für Hemmungsregelungen und zur Berechnung der Verjährungsfrist

Da bei einer übermäßig langen Nachbesserung die Verjährungsfrist abgelaufen sein kann, bevor der Verbraucher auf Rücktritt oder Minderung zurückgreifen kann, ist es notwendig, Hemmungsvorschriften einzuführen. Diese sollten den mitgliedstaatlichen Gesetzgebern vorbehalten sein; die Richtlinie sollte dies klarstellen.

4.4. Handlungsempfehlungen zum Vorschlag einer RL über digitale Inhalte

Es ist grundsätzlich als positiv zu bewerten, dass der Unionsgesetzgeber die Bereitstellung digitaler Inhalte vertragsrechtlich regulieren möchte.

Allerdings dürfen etwaige neue zivilrechtliche Regelungen zur Bereitstellung digitaler Daten Vorgaben des öffentlichen Rechts zum Datenschutz, die dem Schutz des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung dienen, nicht untergraben. Die datenschutzrechtlich jederzeit mögliche Rücknahme der Einwilligung des Verbrauchers bzgl. der Zurverfügungstellung eigener (personenbezogener) Daten, darf beispielsweise nicht durch davon losgelöste vertragsrechtliche Pflichten konterkariert werden.

Sofern der Verbraucher dafür mit personenbezogenen Daten „bezahlt“, sollte ihnen auch in einer etwaigen Rückabwicklung eines unwirksamen Vertrages ein Geldwert beigemessen werden, der vom Unternehmer zu erstatten ist.

Grundsätzlich sollte die „Bezahlung“ mit personenbezogenen Daten durch den Verbraucher auch bei der Beurteilung der Vertragsgemäßheit der Ware als geldwerte Leistung anerkannt werden; Verengungen beim Begriff der Vertragsgemäßheit der vom Unternehmer bereitzustellenden Daten sind hier nicht angebracht. Dies gilt jedenfalls, wenn die Daten vom Unternehmer nur nach Einwilligung vom Verbraucher herausverlangt werden können.

Der Begriff der digitalen Inhalte sollte ferner auf Betriebssysteme erweitert werden. Da auch sie veralten und neue Anbieterupdates dann vielfach nicht genutzt werden können, entstünde sonst eine Schutzlücke.

Geregelt werden sollte auch das Problem, dass sich erst aus den Updates, die zur Verfügung gestellt werden, eine Funktionsbeeinträchtigung ergibt. Hier gilt es ihre Auswirkungen auf die Gewährleistungsrechte des Käufers auszuloten.

Klärungsbedürftig ist Inhalt und Umfang der Pflicht zur Zusammenarbeit zum Zwecke der Feststellung der digitalen Umgebung des Verbrauchers.

Der Verbraucher sollte ferner bei einer Beendigung des Vertrages gem. Art. 15 Nr. 1 des RL-Vorschlags für digitale Inhalte die gleichen Rechte haben, die ihm bei der Beendigung des Vertrages gem. Art. 13 Nr. 2 des RL-Entwurfs zustehen.

Erweiterungsbedürftig ist die Schadensersatzpflicht, die beispielsweise auf Mangelfolgeschäden auszudehnen ist.

FAZIT

Es wäre zu begrüßen, wenn der Unionsgesetzgeber die Ergebnisse des REFIT der VerbrGK-RL durch die Kommission und die bereits vorgeschlagene Online-Warenhandels-RL im weiteren Gesetzgebungsverfahren zusammenführt und dadurch die VerbrGK-RL durch eine auf ihren gesamten Anwendungsbereich bezogene Neuregelung ersetzt wird.

Es wäre wünschenswert, wenn das Minimalstandardprinzip beibehalten wird. Zumindest sollte eine neue VerbrGK-RL Optionsmöglichkeiten für die Mitgliedstaaten enthalten.

Es ist zu begrüßen, dass der Vorschlag der Online Warenhandels-RL die verbraucherfreundliche Rechtsprechung des EuGH zur geltenden VerbrGK-RL (Urteile Quelle, Weber und Putz, Faber) in den Text des Vorschlags aufnimmt.

Zu begrüßen ist ferner, dass der Vorschlag ein Rücktrittsrecht nicht mehr davon abhängig macht, dass die Vertragswidrigkeit erheblich ist.

Es ist zu begrüßen, dass der Vorschlag entgegen der geltenden VerbrGK-RL keine Rügeobliegenheit zulässt.

Es ist zu begrüßen, dass der Vorschlag die Dauer für die Beweislastumkehr für das Vorliegen einer Vertragswidrigkeit im Zeitpunkt der Übergabe auf zwei Jahre ausdehnt.

Dagegen reichen die vorgeschlagenen Vorschriften für eine angemessene Regelung des Einstehens für ein langlebiges Produkt nicht aus. Vielmehr sollte den Mitgliedstaaten eine Option offenstehen, die Verjährungsfrist generell auf drei Jahre anzuheben und sie für Produkte mit einer längeren Lebensdauer auf deren Lebensdauer, maximal auf fünf Jahre, zu verlängern.

Es ist zu kritisieren, dass der Vorschlag die geltende Hierarchie der Rechte des Verbrauchers bei einer Vertragswidrigkeit beibehält. Diese Hierarchie sollte abgeschafft werden und dem Verbraucher ein uneingeschränktes Wahlrecht zwischen seinen Rechten zustehen.

Darüber hinaus sollte der Hersteller im Rahmen einer gewerblichen Garantie verpflichtet sein anzugeben, ob und wie lange er für die Funktionsfähigkeit seines Produkts einsteht. Er sollte gleichzeitig angeben, dass der Verbraucher Rechte gegen den Verkäufer hat und dabei die Verjährungsfrist angeben. Wird das Produkt vor Ende seiner Lebensdauer funktionsunfähig, sollte dem Verbraucher ein Recht auf Erstattung des Kaufpreises, Austausch des Produkts oder Nachbesserung zustehen. Wenn der Hersteller seine Informationspflicht verletzt, sollte er wie ein Verkäufer haften.

In den Erwägungsgründen sollte auf ergänzende Regelungen hingewiesen werden, die die Mitgliedstaaten vornehmen können. So sollte darauf hingewiesen werden, dass die Mitgliedstaaten eine Entschädigung bei einer unangemessenen Dauer der Nachlieferung oder Nachbesserung oder Kosten für ein Sachverständigengutachten zur Feststellung einer Vertragswidrigkeit einführen können. Ebenso sollte darauf hingewiesen werden, dass die Mitgliedstaaten ergänzende Regelungen zur Hemmung oder sonstigen Berechnung der Verjährungsfrist treffen können.

Bei der Regelung der vertraglichen Rechte und Pflichten von digitalen Daten sollte dafür gesorgt werden, dass der Anwendungsbereich auch Betriebssysteme erfasst und dass Schadensersatzansprüche des Verbraucher-Käufers auf Mangelfolgeschäden erstreckt werden.

Es sollte keine Einschränkung der Gewährleistung bei der Bereitstellung digitaler Daten zugelassen werden, wenn der Verbraucher-Käufer mit der Hingabe seiner personenbezogenen Daten „bezahlt".

Es sollte verhindert werden, dass die zivilrechtlichen Regelungen zur Bereitstellung digitaler Daten, den Datenschutz für den Verbraucher untergraben. Insofern muss beispielsweise die datenschutzrechtlich jederzeit mögliche Rücknahme der Einwilligung in die Zurverfügungstellung der eigenen (personenbezogenen) Daten auf die Justierung der Rechte und Pflichten im Vertragsverhältnis durchschlagen.

V. KLAUSELRICHTLINIE

1. DIE ENTWICKLUNG VOR DER KLAUSEL-RL

In Deutschland erreichte das Recht der Kontrolle missbräuchlicher Vertragsklauseln schon vor dem Einsetzen der Europäisierung einen vergleichsweise hohen Standard. Es wurde generell vom Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gesprochen, weil man von Klauseln ausging, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert wurden. Dieser Standard konnte nach Inkrafttreten der Richtlinie über missbräuchliche Vertragsklauseln[483] (im Folgenden Klausel-RL) beibehalten werden, weil die Richtlinie zwar nicht ausschließlich, aber doch in großen Teilen dem deutschen Modell und überdies dem Minimalstandardprinzip (vgl. Art. 8) folgte. Seitdem jedoch auf der Unionsebene über Vollharmonisierung diskutiert wird, stellt sich die Frage, ob und in welchem Umfang verbraucherfreundliche Regelungen des deutschen AGB-Rechts bei einer Vollharmonisierung geopfert werden müssen und ob es überhaupt möglich ist, das AGB-Recht der Mitgliedstaaten unionsrechtlich zu vereinheitlichen. Es lohnt daher ein Rückblick auf die Entstehung des deutschen AGB-Rechts, um zu verstehen, welche Teile des geltenden AGB-Rechts im Vergleich zur Klausel-RL überschießendes Recht sind und bei einer Vollharmonisierung gewissermaßen gerettet werden müssen.

1.1. Entwicklung des AGB-Rechts als Richterrecht aus der Generalklausel

Das AGB-Recht in Deutschland kam zunächst als Richterrecht auf. Das Vertragsrecht des BGB folgt in seiner ursprünglichen Konzeption dem wirtschaftsliberalen Modell der uneingeschränkten Vertragsfreiheit.[484] Dahinter stand die Idee von der „Richtigkeitsgewähr des Vertrages“.[485] Diese Vorstellung entsprach aber schon zur Zeit des Inkrafttretens des BGB nicht der sozialen Wirklichkeit.[486] Die Massenproduktion und der Massenkonsum von standardisierten Waren und Dienstleistungen führten zur Aufstellung und gleichförmigen Anwendung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen (= AGB) in Verträgen. Diese verdrängten als „selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft“[487] in sehr weitgehender Form das dispositive Vertragsrecht.[488]

Dadurch wird der Vertragsinhalt nicht mehr von den Parteien gemeinsam und (ergänzend) durch das Gesetz festgelegt. Er wird vielmehr im Wesentlichen vom AGB-Verwender bestimmt. Dieser verfolgt mit AGB typischerweise das Anliegen, seine Geschäftsabläufe zu rationalisieren. Er schließt mit ihnen ggf. auch Lücken und bildet das Recht fort, wo es Lücken aufweist. Der wichtigste Zweck der AGB besteht in der Risikoabwälzung (auf den Kunden).[489] So sind praktisch alle AGB von dem Bestreben des Verwenders geprägt, seine Rechte zu stärken und die der Kunden zu schmälern. Trotz

---

[483] Richtlinie 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Vertragsklauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG Nr. L 95/29 v. 21.4.1993.

[484] *Wieacker*, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsgesetzbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft (1953), S. 10; *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1, 15 ff.; *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (2011), S. 46.

[485] *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130 ff.

[486] Krit. deshalb auch *v. Gierke*, Der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht (1889), S. 2; *Menger*, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 5. Aufl. (1927), S. 12 ff.

[487] *Großmann-Doerth*, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht (1933).

[488] Vgl. MüKo/*Basedow*, BGB, 7. Aufl. (2015), Vor § 305 Rn. 4 ff.

[489] *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (2011), S. 531; MüKo/*Basedow*, BGB, 7. Aufl. (2016) vor § 305 Rn. 3.

dieser unausgewogenen Risikoverteilung hat der Verwender typischerweise kaum Schwierigkeiten, seine AGB zum Vertragsinhalt zu machen. Denn der Kunde akzeptiert die AGB zumeist, ohne sie zur Kenntnis zu nehmen. Er hat oft nicht die Zeit, manchmal aber auch nicht das intellektuelle Vermögen, sie zu verstehen. Schlussendlich fehlt ihm auch die Verhandlungsmacht, für ihn ungünstige AGB „wegzuverhandeln".[490] Von Anfang an zeigte sich überdies, dass allein der Wettbewerb nicht in der Lage war/ist, für angemessene AGB zu sorgen („Marktversagen").[491]

Der BGB-Gesetzgeber nahm die durch AGB in Frage gestellte Richtigkeitsgewähr des Vertrages aber zunächst nicht zum Anlass, durch eine offene Klauselkontrolle nach gesetzlich vorgegebenen Maßstäben gegenzusteuern. Es blieb damit zunächst Aufgabe der Rechtsprechung, korrigierend einzugreifen.[492] Sie tat dies mit den Mitteln, die ihr zur Verfügung standen und instrumentalisierte vor allem die Generalklauseln des BGB (§ 138 BGB und § 242 BGB), um so strukturelle Ungleichgewichte im Vertragsverhältnis auszugleichen.[493]

Schon die Rechtsprechung des Reichsgerichts betrieb eine Begrenzung von AGB-Klauseln durch eine restriktive Auslegung derselben.[494] Sie konzentrierte sich dabei auf Haftungsklauseln, vor allem auf solche, die im Beförderungsbereich verwendet wurden. Als Grundlage wurde § 138 BGB herangezogen. Haftungsbeschränkungen, die die Rechtsprechung als zu weitgehend empfand, wurden danach zunächst als sittenwidrig i.S.d. § 138 BGB eingestuft, bevor die Judikatur die Berufung auf bestimmte AGB-Klauseln auch ohne Vorliegen regelrechter Sittenwidrigkeit als möglichen Verstoß gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB)[495] einordnete. Hiermit war ein Anfang gesetzt, der das Thema auf die Tagesordnung brachte und zu einer später als bahnbrechend bezeichnete Monografie von *Raiser* führte.[496]

Den Durchbruch zu einer offenen, auf § 242 BGB gestützten Inhaltskontrolle von AGB brachte erst die grundlegende Entscheidung des BGH vom 29.10.1956, die die kaufrechtliche Gewährleistung betraf.[497] Der BGH hatte sich in seiner Entscheidung mit dem Scheitern einer qua AGB vereinbarten Nachbesserung zu befassen. Er statuierte für diesen Fall das Wiederaufleben der gesetzlichen Gewährleistung, auch wenn dies in der Klausel gar nicht vorgesehen war und die Klausel die gesetzlichen Gewährleistungsrechte, zu denen damals die Nachbesserung nicht gehörte, ausschloss. Er verwies insofern auf die schwache privatautonome Legitimationsbasis von AGB. Damit nahm er erstmals eine bedeutsame Einschränkung der Dispositivität vertragsrechtlicher Vorschriften vor.

---

[490] Zur typisierbaren Asymmetrie gerade im Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis, siehe *Hönn*, Kompensation gestörter Vertragsparität (1982); *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle und Privatrecht (1992); *Kemper*, Verbraucherschutzinstrumente (1994); *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (2011), S. 531.

[491] *Kuntz*, AcP 209 (2009), 242, 259.

[492] *Barnet*, Die formelle Vertragsethik des BGB im Spannungsverhältnis zum Sonderprivatrecht und zur judikativen Kompensation der Vertragsdisparität (1999).

[493] Zum Befund: *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), AGB-Recht, 12. Aufl. (2016), Vor § 307 Rn. 17.

[494] RGZ 62, 264, 266; RGZ 99, 107, 109; RGZ 102, 396, 397; RGZ 103, 82, 83; RGZ 115, 218, 219.

[495] RGZ 168, 329.

[496] *Raiser*, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1935).

[497] BGH, Urt. v. 29.10.1956 – II ZR 79/55, BGHZ 22, 90, 97.

In der Folgezeit schwankte die Rechtsprechung anfangs noch zwischen einer eingeschränkten Auslegung harter Klauseln, einer „Ausübungskontrolle“, die eine Berufung auf belastende AGB im Einzelfall ausschloss, und einer regelrechten Inhaltskontrolle mit der Rechtsfolge der (generellen) Unwirksamkeit der gegen § 242 BGB verstoßenden Klauseln.[498] Letztere Sichtweise setzte sich dann in den 1970-iger Jahren endgültig durch.[499]

1.2. Die Verabschiedung des AGB-Gesetzes im Jahr 1977

Als in den 1970er Jahren der Gedanke des Verbraucherschutzes und des Verbraucherschutzrechts aufkam, fand der Gesetzgeber bereits ein entwickeltes richterliches AGB-Recht vor.[500] Die AGB-Kontrolle war ein wesentliches Anliegen, Verbraucherschutzrecht im deutschen Zivilrecht zu verankern, das 1976 auch verwirklicht wurde. Das am 1.1.1977 in Kraft getretene AGBG[501] ging aber über eine Kodifikation des zuvor mit der Rechtsprechung Erreichten erheblich hinaus, die allerdings von der Rechtswissenschaft sehr kritisch begleitet wurde:

Zum einen gab es einen geradezu ideologischen Grabenkrieg über den Anwendungsbereich der AGB-Vorschriften.[502] Der Gesetzgeber wollte den Weg eines Verbraucherschutzgesetzes einschlagen[503], sah sich darin aber durch scharfe und polemische Kritik aus der Rechtswissenschaft gehindert, die „Sonderprivatrechte“ als unbedingt zu verhindernde Aufgabe der Einheit des Vertragsrechts brandmarkte.[504] In Wahrheit wollte man die mit dem AGBG zum Durchbruch gelangenden Materialisierungstendenzen im Vertragsrecht bremsen. Das Gesetzgebungsverfahren endete mit einem Kompromiss: Die Generalklausel, ursprünglich § 9 AGBG, heute § 307 BGB, ist auf alle Vertragsklauseln anzuwenden; die Klauselverbotskataloge gelten dagegen nur für Klauseln in Verbraucher-Unternehmer-Verträgen (vgl. heute § 310 Abs. 1 BGB).

Die Rechtsprechung konnte sich mit dieser Trennung von allgemeinem Vertragsrecht und Verbrauchervertragsrecht nicht anfreunden. Sie betrieb die Klauselkontrolle unabhängig davon, ob ein Verbraucher Vertragspartei war. Nach Inkrafttreten des AGBG entdeckte sie in den Klauselverbotskatalogen häufig allgemeine Grundsätze, die sie über die Generalklausel auch in anderen als Verbraucherverträgen zur Anwendung brachte.[505] Dies musste zu einem Problem werden, als die europäische Gesetzgebung als reine Verbraucher(schutz)gesetzgebung auf den Plan trat (s.u. 2.1.).

1.3. Klauselkontrolle über Generalklausel und Verbotskataloge

Von erheblicher Bedeutung waren naturgemäß die Generalklausel (§ 9 AGBG, heute § 307 BGB) und die beiden Klauselverbotskataloge (§§ 10, 11 AGBG, heute §§ 308, 309 BGB). Sie bedeuteten mehr als nur eine Kodifizierung des durch die Rechtsprechung

---

[498] Zum Befund siehe *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), AGB-Recht, 12. Aufl. (2016), Vor § 307 Rn. 15.

[499] Vgl. dazu etwa BGH, Urt. v. 27.11.1974 – VIII ZR 9/73, BGHZ 63, 256 mit einer prägnanten Zusammenfassung der bis dato in der Rechtsprechung gewählten Kontrollansätze.

[500] Vgl. etwa die zeitgenössische Darstellung von *Schmidt-Salzer*, Allgemeine Geschäftsbedingungen (1971).

[501] Gesetz zur Kontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, v. 7. 12.1976, BGBl. I S. 3317.

[502] Vgl. die Diskussionen auf dem 50. Deutschen Juristentag, Verh. zum 50. DJT, Sitzungsbericht H, 1974. Aus der Rückschau *Drexl*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers (1998), S. 23 ff.

[503] Zur Entstehungsgeschichte *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (2011), S. 536 ff.

[504] *Dauner-Lieb*, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher? (1983).

[505] *Kollmann*, in: Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), BGB SchuldR, Bd. 2/1, 3. Aufl. (2016), Vor §§ 305 ff. Rn. 10; BGH, Urt. v. 4.10.1984 – III ZR 119/83, NJW 1985, 617, 618.

bereits erreichten Besitzstandes. § 9 AGBG löste nicht nur § 242 BGB als Generalklausel ab, sondern öffnete auch den Weg von der verdeckten zur offenen Inhaltskontrolle. Die Klauselverbotskataloge (§§ 10, 11 AGBG) orientierten sich zwar an der bereits ergangenen Rechtsprechung, rundeten diese aber gewissermaßen nach oben ab. Die (deutsche) Kombination von Generalklausel und Klauselverbotskatalogen ist das Modell, dem später auch die europäische Gesetzgebung folgte. Sie ist der wichtigste Beitrag des deutschen Rechts für den heutigen Standard des Verbrauchervertragsrechts auf Unionsebene.

1.4. Verbandsklagemöglichkeit und Notwendigkeit der Ausdehnung auf die Einbeziehungskontrolle von AGB

Wichtiger aber noch ist, dass man mit dem AGBG Durchsetzungsinstrumente einführte. Aus heutiger Sicht ist der damalige Streit zwischen Behördenlösung und Verbandsklagelösung nicht uninteressant.[506] Der Bundesregierung schwebte nämlich ursprünglich eine Behördenlösung vor, wobei man an das Bundeskartellamt dachte. Im parlamentarischen Verfahren konnte sie sich damit jedoch nicht durchsetzen. Statt der Behördenlösung wurde die heutige Verbandsklagebefugnis (ursprünglich §§ 13 ff. AGBG, heute § 1 UKlaG), eingeführt. Heute wird wieder darüber diskutiert, dem Bundeskartellamt Aufgaben im Bereich des Verbraucherschutzes zuzuweisen.[507] Es ist angebracht, darauf hinzuweisen, dass man vor 40 Jahren von diesem Weg mit gutem Grund Abstand nahm.

Dass die Verbandsklagebefugnis in Deutschland zu einem Erfolgsmodell[508] geworden ist, das den Verbraucherschutz im AGB-Bereich in hohem Maße forciert hat, belegt allein schon die Zahl der mehr als 3.500 ganz überwiegend von Verbraucherverbänden in Gang gesetzten Gerichtsverfahren, die allein bis zur Schließung des nach § 20 AGBG geführten Verbandsklagen-Registers zum 31.12.2001 registriert waren. Die Verbände, namentlich der vzbv, gehen bzgl. der Klauselkontrolle gerade gegen solche unangemessenen Klauseln vor, die nach Inhalt und Verbreitung besonders ins Gewicht fallen.[509] Sie scheuen sich dabei auch nicht, „heiße Eisen“[510] anzupacken.

---

[506] Zur Abwägung zwischen den beiden Modellen aus zeitgenössischer Sicht *Kötz*, Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutz des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?, Gutachten A zum 50. Deutschen Juristentag, 1974, S. 83 ff.

[507] Zu den heutigen Aufgaben des BKartA im Bereich des Verbraucherschutzes *Mundt/Stempel*, in: Kenning/Oehler/Reisch/Grugel (Hrsg.), Verbraucherwissenschaften (2017) S. 573 ff.

[508] *Halfmeier*, 50 Jahre Verbraucherverbandsklage – Möglichkeiten und Grenzen kollektiver Rechtsschutzinstrumente: Bilanz und Handlungsbedarf (2015); *Bultmann*, 30 Jahre Praxis der AGB-Verbandsklage (Gutachten), 2008.

[509] *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), AGB-Recht. Kommentar, 12. Aufl. (2016), Einl. BGB Rn. 84.

[510] Vgl. etwa BGH, Urt. v. 20.1.1983 – VII ZR 105/81 – Beförderungsbedingungen der Lufthansa; BGH, Urt. v. 19.9.1985 – III ZR 213/83 – Schufa-Klausel; BGH, Urt. v. 19.9.1985 – III ZR 214/83 – Trennungsklausel; BGH, Urt. v. 12.3.1987 – VII ZR 37/86 – Allgemeine Reisebedingungen; BGH, Urt. v. 14.7.1887 – X ZR 38/86 – Kfz-Reparaturbedingungen; BGH, Urt. v. 17.1.1989 – XI ZR 54/88, NJW 1989, 582; BGH, Urt. v. 6.5.1997 – XI ZR 208/96 – Wertstellungsklauseln; BGH, Urt. v. 15.7.1997 – XI ZR 269/96, NJW 1997, 2752; BGH, Urt. v. 15.7.1997 – XI ZR 279/96, NJW 1997, 2753; BGH, Urt. v. 21.10.1997 – XI ZR 5/97 – Entgeltklauseln in AGB von Banken; BGH, Urt. v. 8.7.1998 – VIII ZR 1/98, BGHZ 139, 190 – Versandhandelsbedingungen; BGH, Urt. v. 16.3.1999 – XI ZR 76/98, BGHZ 141, 124 – Einverständnis mit Telefonwerbung; BGH, Urt. v. 27.9.2000 – VIII ZR 155/99 – Neuwagen-Verkaufsbedingungen; BGH, Urt. v. 9.5.2001 – IV ZR 121/00 – Kapitallebensversicherungsbedingungen; BGH, Urt. v. 12.6.2001 – XI ZR 274/00, – Gültigkeitsbefristungen von Telefonkarten; BGH, Urt. v. 30.9.2003 – X ZR 244/02 – Flugpauschalreisebedingungen; BGH, Urt. v. 17.2.2004 – XI ZR 140/03 – Zinsänderungsklausel in Sparkassen AGB; BGH, Urt. v. 8.3.2005 – XI ZR 154/04 – Entgeltklauseln in bankinternen Anweisungen; BGH, Urt. v. 5.10.2005 – VIII ZR 16/05 – Einkaufsbedingungen eines Baumarktbetreibers; BGH, Urt. v. 16.7.2008 – VIII ZR 348/06 – Formularmäßige Einwilligung in Nutzung von Kundendaten für Werbezwecke; BGH, Urt. v. 21.4.2009 – XI ZR 78/08 – Entgelt- und Zinsanpassungsklausel in Sparkassen

Wenn man die Bedeutung der kollektiven Interessendurchsetzung über Verbände ermessen will, ist außerdem zu berücksichtigen, dass sich die Verbandsaktivitäten gegen unangemessene AGB nur zum Teil in Gerichtsverfahren niederschlagen; der überwiegende Teil der Beanstandungen erledigt sich vorprozessual - durch Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung.[511] Pilotverfahren gehen aber regelmäßig zu den Gerichten. Wenn die klagebefugten Verbände Grundsatzurteile erreicht haben, müssen sie darauf achten, dass sie auch breitenwirksam eingehalten werden, also nicht nur von dem konkret beklagten Unternehmen. Auch in diesem Bereich müssen häufig Gerichte eingeschaltet werden, etwa wenn Unternehmen Ersatzklauseln entwickeln. Bei strafbewehrten Unterlassungserklärungen verbleibt es, wenn ein Unternehmen gewissermaßen versehentlich die Rechtslage nicht beachtet oder darauf vertraut, dass eine nicht rechtmäßige Praxis von den klagebefugten Verbänden nicht entdeckt wird.

Angesichts der umfassenden Verbandsaktivitäten lässt sich mit Recht behaupten, dass der deutsche Gesetzgeber seiner Pflicht zur Effektivierung des Verbraucherschutzes durch Einführung eines Verbandsverfahrens (als kollektiv-rechtliches Kontrollinstrument) gem. Art. 7 Klausel-RL nachgekommen ist. Die Perspektiven für die Durchsetzung des AGB-Rechts sind nach 40 Jahren des In-Kraft-Tretens des AGBG in Deutschland nicht schlecht, auch wenn eine weitere Intensivierung der Verbandsklagen zu wünschen ist, die jedoch u.a. eine finanzielle Stärkung der Verbraucherverbände durch vermehrte öffentliche Förderung erfordern würde.[512] Auch und gerade die Verbandsklage nach dem AGBG diente als wichtiges Modell bei der Entwicklung europäischer Rechtsdurchsetzungsverfahren. Auf die damit zusammenhängenden Rechtsfragen ist hier jedoch nicht einzugehen; sie werden im Teil VI behandelt.

2. DIE EUROPÄISIERUNG DES RECHTS ZUR KONTROLLE MISSBRÄUCHLICHER KLAUSELN

Erst 17 Jahre nach dem AGBG wurde die Klausel-RL verabschiedet. Sie folgte zwar der Grundstruktur des deutschen AGB-Rechts, namentlich der Kombination von Generalklausel und Klauselverbotskatalogen und der Verbandsklagebefugnis als wesentlichem Durchsetzungsinstrument, enthielt aber auch erhebliche Abweichungen. Seit dem Inkrafttreten der Klausel-RL gewann die Entwicklung auf der europäischen Ebene eine Eigendynamik, die sich in einer umfassenden Rechtsprechung des EuGH nieder-

---

AGB; BGH, Urt. v. 9.7.2009 – Xa ZR 19/08 – Beförderungsbedingungen eines Luftverkehrsunternehmens mit Sitz in Lettland; BGH, Urt. v. 15.7.2009 – VIII ZR 56/08 – Preisanpassungsklausel eines Gasversorgers; BGH, Urt. v. 24.3.2010 – VIII ZR 178/08 – Spannungs- und Preisanpassungsklausel in einem Erdgassondervertrag; BGH, Urt. v. 20.5.2010 – Xa ZR 68/09 – AGB eines Luftverkehrsunternehmens; BGH, Urt. v. 7.12.2010 – XI ZR 3/10 – Abschlussgebühr in Bausparverträgen; BGH, Urt. v. 17.2.2011 – III ZR 35/10 – AGB eines Mobilfunkanbieters; BGH, Urt. v. 7.6.2011 – XI ZR 388/10 – Kontoführungsgebühr bei Privatkrediten; BGH, Urt. v. 22.5.2012 – XI ZR290/11 – Entgelt für Benachrichtigung des Kunden in AGB-Sparkassen; BGH, Urt. v. 18.7.2012 – VIII ZR 337/11 – Stromversorgungsvertrag mit Endverbrauchern; BGH, Urt. v. 25.7.2012 – IV ZR 201/10 – Abschlusskostenverrechnung in Lebensversicherung; BGH, Urt. v. 13.11.2012 – XI ZR 500/11 – Gebühr für Führung des Pfändungsschutzkontos in AGB-Sparkassen; BGH, Urt. v. 4.7.2013 – VII ZR 249/12 – Haftungsbegrenzung in Textilreinigungsbedingungen; BGH, Urt. v. 8.10.2013 – XI ZR 401/12 – Erbnachweisklausel in AGB-Sparkassen; BGH, Urt. v. 17.12.2013 – XI ZR 66/13 – Entgelt für Nacherstellen von Kontoauszügen; BGH, Urt. v. 14.1.2014 – XI ZR 355/12 – Behaltensklausel für Vertriebsprovision; BGH, Urt. v. 13.5.2014 – XI ZR 405/12 – Bearbeitungsentgelt in Verbraucherdarlehensverträgen; BGH, Urt. v. 9.10.2014 – III ZR 32/14 – Mobilfunk-AGB.

511 *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), AGB-Recht. Kommentar, 12. Aufl. (2016), Einl. BGB Rn. 84.

512 *Ulmer/Habersack*, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), AGB-Recht. Kommentar, 12. Aufl. (2016), Einl. BGB Rn. 84

schlägt. Sie ist zu analysieren, um festzustellen, wo Verbraucherschutz von der Europäisierung profitiert und wo die Europäisierung durch die deutsche Entwicklung entstandene Schutzpositionen bedroht.

2.1. Inhalt der Klausel-RL

Im Unterschied zur verabschiedeten Richtlinie enthielt der Vorschlag zur Klausel-RL aus dem Jahr 1990 noch eine sog. „schwarze Liste", d.h. eine Liste von per se verbotenen Klauseln. In der endgültigen Fassung wurde die Liste allerdings auf eine „als Hinweis dienende und nicht erschöpfende Liste" (Art. 3 Abs. 3 Klausel-RL) heruntergeschraubt.[513] Es wurde gegenüber dem Vorschlag klargestellt, dass das Verhältnis von Preis und Qualität nicht Gegenstand der Kontrolle ist. Das Gleiche gilt für Klauseln, die lediglich zwingendes staatliches Recht wiedergeben. Die Grundstruktur der verabschiedeten Richtlinie ist aber bereits in den Vorschlägen enthalten, so dass die Richtlinie wesentlich von der Kommission und nicht vom Rat gestaltet ist.[514]

2.1.1. Persönlicher Anwendungsbereich

Die Klausel-RL ist eine Verbraucherschutzrichtlinie, d.h. sie kommt nur in Verträgen zwischen Verbrauchern und Unternehmen zur Anwendung. Sie enthält die auch in neueren Richtlinien üblichen Definitionen für Verbraucher und Unternehmer. Ein Verbraucher ist eine natürliche Person, die zu einem privaten Zweck handelt, während ein Gewerbetreibender im Rahmen seiner gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt (Art. 2 lit. b) und c)).

Der EuGH entschied, dass als Verbraucher nur eine natürliche Person in Betracht kommt und der Begriff nicht auf Personenvereinigungen erweitert werden kann, auch wenn sie nicht gewerblich handeln.[515] Unklar ist dagegen, wie abzugrenzen ist, wenn der Verbraucher sowohl zu privaten wie zu gewerblichen Zwecken handelt (sog. dual use-Problematik, s.o.).[516] Eine Klarstellung im Rahmen der Klausel-RL fehlt.

Zwar hat der EuGH zur Klausel-RL entschieden, dass ein Rechtsanwalt auch dann als Verbraucher anzusehen ist, wenn er außerhalb seiner beruflichen Tätigkeit handelt, auch wenn dies seiner beruflichen Tätigkeit dient,[517] doch dies war gerade kein dual use-Fall. Zur Brüssel I-VO entschied der EuGH, dass von einem Verbraucher nur dann gesprochen werden kann, wenn er einen allenfalls geringen gewerblichen Nebenzweck verfolgt.[518] Nach den Erwägungsgründen der VRRL reicht es dagegen aus, wenn der private Zweck überwiegt.[519] Dieser Widerspruch kann nur durch ein klärendes Wort des EuGH oder eine Neuregelung aufgelöst werden.

2.1.2. Sachlicher Anwendungsbereich

---

[513] *Kieninger*, RabelsZ 2009, 793, 797.

[514] Genauer zu den Unterschieden zwischen den Vorschlägen und der endgültigen Richtlinie *Micklitz*, in: Reich (Hrsg.), European Consumer Law, 2. Aufl. (2014), Rn. 3.2 ff.

[515] EuGH, Urt. v. 22.11. 2001, C-541/99, ECLI:EU:C:2001:625 – Cape und Idealverein.

[516] Ausführlich *Micklitz/Purnhagen*, in: MüKo/BGB, 7. Aufl. (2015), § 13 Rn. 51 ff.

[517] EuGH, Urt. v. 3.9.2015, C-110/14, ECLI:EU:C:2015:538 – Costea (Hypothekenbestellung für das Herrn Costea gehörende Grundstück, auf dem sich das Gebäude mit der Kanzlei befindet).

[518] EuGH, Urt. v. 20.1.2005, C-461/01, ECLI:EU:C:2005:32 – Gruber.

[519] Dazu *Tonner/Fangerow*, euvr 2012, 67, 71.

Die Klausel-RL ist auf Vertragsklauseln anzuwenden, die nicht im Einzelnen ausgehandelt wurden (Art. 3 Abs. 1). Es reicht bereits eine einmalige Verwendung.[520] Die Klausel-RL eröffnet damit in Unternehmer-Verbraucher-Beziehungen ein weites Feld der Inhaltskontrolle von Vertragsklauseln.

Nach Art. 3 Abs. 2 der Klausel-RL ist unter einer nicht im Einzelnen ausgehandelten Klausel zu verstehen, dass die Klausel im Voraus abgefasst wurde und der Verbraucher deshalb keinen Einfluss auf ihren Inhalt nehmen konnte. Die beiden Voraussetzungen sind kumulativ zu sehen; der fehlende Einfluss muss kausal auf die Abfassung im Voraus zurückzuführen sein.[521] Es reicht nicht, wenn der Unternehmer mit dem Verbraucher die Klauseln lediglich bespricht; vielmehr muss die Möglichkeit bestehen, dass im Voraus abgefasste Klauseln geändert werden. Eine „take it or leave it"-Situation wird auf jeden Fall von der Richtlinie erfasst.[522]

Art. 3 Abs. 2 Satz 3 der Klausel-RL enthält ferner eine widerlegliche Vermutung, wonach eine Standardvertragsklausel nicht im Einzelnen ausgehandelt wurde, der Gewerbetreibende aber das Gegenteil beweisen kann. Zu betonen ist hier, dass die Richtlinie alle Arten von Verträgen erfasst, auch Mietverträge[523] und Verträge über juristische Dienstleistungen.[524] Sie gilt dagegen nicht für Klauseln, die auf bindenden Vorschriften der Mitgliedstaaten beruhen (Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie).

2.1.3. Kernstück: Generalklausel

Kernstück der Klausel-RL ist die Generalklausel in Art. 3. Zum einen verwendete der seinerzeitige Gemeinschaftsgesetzgeber zum ersten Mal eine Generalklausel. Er folgte damit dem Modell des deutschen AGB-Gesetzes; § 9 AGBG stand damals „Pate". Eine Vertragsklausel ist nach Art. 3 Abs. 1 der Klausel-RL missbräuchlich, wenn sie entgegen den Geboten von Treu und Glauben zum Nachteil des Verbrauchers ein erhebliches und ungerechtfertigtes Missverhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten der Parteien verursacht.

Aus ErwGr. 15 der Klausel-RL geht weiter hervor, dass die Kriterien für die Generalklausel (Treu und Glauben, ungerechtfertigtes Missverhältnis) selbst abstrakt durch die Richtlinie festgelegt und insofern auch bindend sind. Der nachfolgende Katalog des Art. 4 Abs. 1 enthält dagegen konkret-individuelle Kontrollkriterien, die die Umstände des Falles mit in Bezug nehmen und damit dem mitgliedstaatlichen Gericht einen Beurteilungsspielraum eröffnen.[525] Die Beurteilung der Klausel muss danach in Betracht ziehen: Die Art der Güter oder Dienstleistungen, die Gegenstand des Vertrages sind, die den Vertragsschluss begleitenden Umstände und andere Klauseln desselben Vertrags oder eines anderen Vertrags, von dem die Klausel abhängt.

Eine weitere offizielle Hilfestellung für die Bestimmung der Missbräuchlichkeit gibt ErwGr. 16: *„Bei der Beurteilung von Treu und Glauben ist besonders zu berücksichtigen, welches Kräfteverhältnis zwischen den Verhandlungspositionen der Parteien bestand, ob auf den Verbraucher in irgendeiner Weise eingewirkt wurde, seine Zustimmung zu*

---

[520] Die Richtlinie darf daher nicht als „AGB-Richtlinie" bezeichnet werden.

[521] *Pfeiffer*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht, 6. Aufl. (2013), Art. 3 RL Rn. 20.

[522] *Pfeiffer*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht, 6. Aufl. (2013), Art. 3 RL Rn.16.

[523] EuGH, Urt. v. 30.5.2013, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341 – Asbeek.

[524] EuGH, Urt. v. 15.1.2015, C-537/13, ECLI:EU:C:2015:14 – Šiba.

[525] *Pfeiffer*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht, 6. Aufl. (2013), Art. 4 RL Rn. 3 f.

der Klausel zu geben, und ob die Güter oder Dienstleistungen auf eine Sonderbestellung des Verbrauchers hin verkauft bzw. erbracht wurden."

Das Problem bei Generalklauseln, die auf Treu und Glauben abstellen, ist freilich, dass der inhaltliche Aussagegehalt der bindenden Regelung – auch nach diesen ersten Konkretisierungen – schwer zu greifen ist. Für eine konkrete AGB-Klausel leitet sich daraus kein klarer Beurteilungsmaßstab ab. Dieser ergibt sich erst dann, wenn das dispositive Vertragsrecht (des Mitgliedstaates) als Ausfluss des Gedankens von Treu und Glauben zu verstehen ist. Der EuGH hat diesen Umstand zum Anlass genommen, die Klauselkontrolle auf der Grundlage der Generalklausel weiter zu konkretisieren. Danach hat das nationale Gericht auch zu prüfen, ob eine hinreichend schwerwiegende Beeinträchtigung der rechtlichen Stellung des Verbrauchers im Vergleich zu den ohne diese Klausel anwendbaren nationalen Vorschiften besteht.[526] Insofern reflektiert auch der EuGH sehr deutlich, dass die AGB-Kontrolle ohne die Leitbildfunktion[527] des jeweiligen nationalen Rechts (§ 9 Abs. 2 AGBG, heute § 307 Abs. 2 BGB) nicht auskommt, obwohl sie im Wortlaut der Klausel-RL nicht vorkommt.

Die Klausel kann aber trotzdem missbräuchlich sein, wenn sie dem Transparenzgebot nicht genügt (Art. 5). Hierzu führt der EuGH aus, dass das Transparenzgebot mehr umfasst als formelle und grammatikalische Verständlichkeit. Die Klausel darf den Leistungsumfang nicht widersprüchlich beschreiben; der Verbraucher muss in der Lage sein, die sich für ihn ergebenden wirtschaftlichen Folgen auf der Grundlage genauer und nachvollziehbarer Kriterien einzuschätzen. [528] Auch hier wird die Entscheidung über einen Verstoß dem vorlegenden Gericht überlassen.

Die Generalklausel wird durch das Transparenzgebot nach Art. 5 Satz 1 der Klausel-RL teilweise konkretisiert. Danach müssen Klauseln klar und verständlich abgefasst sein. Dazu gehört nach ErwGr. 20, dass der Verbraucher tatsächlich die Möglichkeit hat, von allen Vertragsklauseln Kenntnis zu nehmen.

Das Transparenzgebot gilt nach Art. 5 Klausel-RL für alle schriftlich niedergelegten Klauseln. Als Beispiel sei die Rechtsprechung des EuGH zu einseitigen Leistungsänderungsvorbehalten, insbesondere Preisänderungsklauseln, angeführt, auf die unten (2.2.) eingegangen wird.

2.1.4. Umsetzung der Klausel-RL in das deutsche Recht

Der deutsche Gesetzgeber tat sich mit der Umsetzung der Klausel-RL schwer. Sie fiel in eine Phase einer minimalistischen Umsetzungspolitik der Regierung Kohl. Man kam allerdings nicht umhin, den persönlichen und sachlichen Anwendungsbereich des deutschen AGB-Rechts anzupassen. Dadurch entstand die überaus schwer verständliche Regelung des § 24a AGBG, heute § 310 Abs. 3 BGB. Die Rechtsprechung bemühte sich weiterhin, möglichst keine Unterschiede bei der Klauselkontrolle von b 2 b –Verträgen und b 2 c-Verträgen aufkommen zu lassen (s.o. 1.2.).

Wesentliche Aspekte des bisher geltenden Rechts, namentlich die Klauselverbotskataloge (zunächst §§ 10, 11 AGBG, nach der Schuldrechtsreform[529] §§ 308, 309 BGB)

---

[526] EuGH, Urt. v. 14.3.2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 – Aziz, Rn. 68; bestätigt von EuGH, Urt. v. 16.1.2014, C-226/12, ECLI:EU:C:2014:10 – Constructora Principado, Rn. 21.

[527] BGH, Urt. v. 17.2.1964 – II ZR 98/62, BGHZ 41, 154; BGH, Urt. v. 4.6.1970 – VII ZR 187/68, BGHZ 54, 110; BGH, Urt. v. 21.12.1983 – VIII ZR 195/82, BGHZ 89, 211; MüKo/*Wurmnest*, BGB, 7. Aufl. (2016) § 307 Rn. 65.

[528] EuGH, Urt. v. 1.4.2004, C 237/02, ECLI:EU:C:2004:209 – Freiburger Kommunalbauten.

[529] Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26. November 2001, BGBl. I S. 3138.

konnten nur beibehalten werden, weil die Liste im Anhang der Richtlinie nicht als abschließend konzipiert ist, sondern sich als Konkretisierung der Generalklausel versteht (Art. 3 Abs. 3 Klausel-RL). Dies führt aber nur dann zu einem gewissen Spielraum für die Mitgliedstaaten, wenn deren Inhalt nicht durch strikte inhaltliche Vorgaben des EuGH ausgefüllt wird. Eine Gefahr der Absenkung des mitgliedstaatlichen Verbraucherschutzniveaus bestünde dann, wenn abschließende Klauselkataloge in der Richtlinie hinter dem Standard mitgliedstaatlicher Kataloge zurückblieben oder wenn inhaltliche Konkretisierungen der Generalklausel durch den EuGH den Standard einer mitgliedstaatlichen Rechtsprechung nicht erreichten.

2.2. Rechtsprechung des EuGH zur Generalklausel[530]

Wegen des indikativen Charakters des Klauselkatalogs aus der Klausel-RL und der Möglichkeit der Mitgliedstaaten, ihre eigenen „schwarzen“ und „grauen“ Listen zu verbotenen Klauseln beizubehalten bzw. auszubauen, erlangte die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für die mitgliedstaatlichen Klauselkataloge keine Bedeutung. Es handelte sich hierbei eben nicht um harmonisiertes Unionsrecht, so dass der EuGH nicht zuständig ist.

Anders sieht dies mit der Generalklausel (Art. 3) der Klausel-RL aus. Die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu der Frage, welche Kontrolldichte dem EuGH bei der Generalklausel zusteht, hat eine Entwicklung durchlaufen, die an den Entscheidungen Océano,[531] Freiburger Kommunalbauten[532] und Aziz[533] festgemacht werden kann.

In der Entscheidung *Océano* erweckte der EuGH zunächst den Anschein, dass er „durchentscheiden“ würde. Es ging um eine Gerichtsstandklausel, die am Anhang Nr. 1 q) zu messen war. Der EuGH entschied, dass die Gerichte von Amts wegen die Missbräuchlichkeit einer Klausel zu prüfen haben und dass eine Gerichtsstandsvereinbarung gegen den Anhang Nr. 1 q) verstößt und deswegen missbräuchlich i.S.d. Art. 3 der Klausel-RL ist. Der EuGH ließ damit dem vorlegenden Gericht keinen Spielraum für dessen abschließende Entscheidung.

Die nachfolgende Entscheidung *Freiburger Kommunalbauten* zeigte aber, dass der EuGH das „Durchentscheiden“ keineswegs als generelle Regelung etablieren wollte. Es ging um eine Klausel, die den Kaufpreis für einen Pkw-Stellplatz unabhängig vom Baufortschritt zur Gänze fällig stellte. Der EuGH zog sich darauf zurück, dass er nur die allgemeinen Kriterien der Art. 3 und 4 auszulegen habe, sich zur Anwendung dieser Kriterien auf eine bestimmte Klausel aber nicht äußern könne. Es sei Sache des nationalen Gerichts, anhand der Umstände des konkreten Falles festzustellen, ob eine Klausel diese Kriterien erfülle. Wäre es bei dieser Entscheidung geblieben, wäre die Fallgruppenbildung weitgehend in der Hand der mitgliedstaatlichen Gerichte geblieben.

In seiner jüngeren Rechtsprechung entschied sich der EuGH für einen anderen Weg und verdichtete die Auslegung der allgemeinen Kriterien zu Hinweisen, die den Spielraum des vorlegenden Gerichts bei der Anwendung auf die konkrete Klausel im Vergleich zu *Freiburger Kommunalbauten* deutlich einengen. Außerdem aktivierte er den

---

[530] Ausführlich hierzu jetzt *Stempel*, Treu und Glauben im Unionsprivatrecht (2016), zusammenfassend *ders*., ZEuP 2017, 102 ff.

[531] EuGH, Urt. v. 27.6.2000, C-240/98, ECLI:EU:C:2000:346 – Océano.

[532] EuGH, Urt. v. 1.4.2004, C-237/02, ECLI:EU:C:2004:209 – Freiburger Kommunalbauten.

[533] EuGH, Urt. v. 14.3.2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 – Aziz.

Effektivitätsgrundsatz. Mit dieser Rechtsprechung begann er schon in *Invitel*.[534] Dieses Urteil betraf nachträgliche Preisänderungen, wobei der EuGH darauf insistierte, dass der Verbraucher diese Änderungen vorhersehen kann und ihm ggf. ein Recht zum Rücktritt zusteht. Der EuGH verwies dabei auf Anhang 1 lit. l. Grundlegend für diese Rechtsprechung ist die Entscheidung in der Sache *Aziz*. In dem aus Spanien stammenden Fall ging es um ein Zwangsvollstreckungsverfahren, in dem der Verbraucher nicht damit gehört wurde, dass eine Klausel in dem zugrundeliegenden Darlehensvertrag unwirksam sei. Der EuGH bestätigte in *Aziz* seine Rechtsprechung, dass der Effektivitätsgrundsatz verbietet, dass Verfahrensrecht die Ausübung von Rechten nach Unionsrecht praktisch unmöglich macht.[535] Das Urteil geht aber über die Betonung des Effektivitätsgrundsatzes hinaus und äußert sich auch inhaltlich zur Missbräuchlichkeit. Das ist entscheidend.

In *Aziz* wird die mit *Invitel* begonnene Rechtsprechung besonders deutlich, Hinweise zu geben. Zwar werden auch hier zunächst die bisherigen Grundsätze seit *Freiburger Kommunalbauten* wiederholt. Es heißt dann aber doch recht eindeutig, dass die in der fraglichen Klausel dem Gewerbetreibenden eingeräumte Möglichkeit, das gesamte Darlehen fällig zu stellen, dahingehend zu überprüfen ist, ob der Verbraucher eine wesentliche Verpflichtung nicht erfüllt hat, ob der Verstoß im Hinblick auf Laufzeit und Höhe des Darlehens hinreichend schwerwiegend ist und ob das nationale Recht dem Verbraucher ermöglicht, die Wirkung der Fälligstellung zu beseitigen.[536]

Zwar nimmt der EuGH damit formal dem vorlegenden Gericht die Entscheidung nicht ab. Die Hinweise sind aber doch so konkret, dass kaum vorstellbar ist, dass das vorlegende Gericht die Klausel noch für zulässig halten kann. Es handelt sich hier um materielle Inhaltskontrolle einer Klausel, die weiterreicht als die bloße Durchsetzung des Effektivitätsgrundsatzes.

Neben *Aziz* ist die Entscheidung *RWE Vertrieb*, die im Rahmen eines von der VZ Nordrhein-Westfalen betriebenen Verfahrens erging, von großer Bedeutung.[537] Es ging dabei um eine Preisanpassungsklausel für Sonderkundenverträge auf dem Gasmarkt, die nicht in den nur für die Grundversorgung geltenden Anwendungsbereich der GasGVV fallen.[538] Der Anbieter übernahm die in der GasGVV enthaltenen Regelungen über Preiserhöhungen als AGB in die Sonderkundenverträge. Der EuGH erklärte jedoch, dass diese Klausel in vollem Umfang in den Anwendungsbereich der Klausel-RL fällt, da die GasGVV ausdrücklich nicht auf Sonderkundenverträge anwendbar ist und somit in diesem Bereich nicht als mitgliedstaatliche Rechtvorschrift in Betracht komme, die nach Art. 1 Abs. 2 der Klausel-RL nicht in den Anwendungsbereich der Klauselkontrolle

---

[534] EuGH, Urt. v. 26.4.2012, C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242 – Invitel.

[535] So schon EuGH, Urt. v. 26.10.2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675 – Mostaza Claro und Urt. v. 6.10.2009 C-40/09, ECLI:EU:C:2009:615 – Asturcom, zuletzt bestätigt von EuGH, Urt. v. 18.2.2016, C-49/14, ECLI:EU:C:2016:98 – Finanmadrid.

[536] EuGH, Urt. v. 14.3.2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 – Aziz Rn. 73. Diese Kriterien wurden kurz darauf bestätigt, EuGH, Urt. v. 14.11.2013, C-537/12, ECLI:EU:C:2013:759 – Banco Popular Espagñol.

[537] EuGH, Urt. v. 21.3.2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180 – RWE Vertrieb.

[538] Verordnung über Allgemeine Bedingungen für die Grundversorgung von Haushaltskunden und die Ersatzverordnung mit Gas aus dem Niederdrucknetz (Gasgrundversorgungsverordnung – GasGVV), BGBl. I 2006, S. 2391; zum energierechtlichen Hintergrund *Tonner*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 15A Rn. 74 ff.

fällt. Der EuGH entnimmt sowohl der Klausel-RL wie der Gas-RL[539]) die Anwendbarkeit des Transparenzgebots. Diesem sei nicht allein dadurch Rechnung getragen, dass dem Kunden die Preiserhöhung mit angemessener Frist angekündigt wird. Vielmehr müsse der Kunde etwaige Preiserhöhungen vorher anhand klarer und verständlicher Kriterien absehen können. Zwar schreibt der EuGH dem BGH als vorlegendem Gericht ausdrücklich nicht vor, wie diese Kriterien zu konkretisieren sind, führt aber an anderer Stelle in dem Urteil auf, dass der Mangel der beanstandeten Klausel darin besteht, dass sie nicht den Anlass, die Voraussetzungen und den Umfang möglicher Preisanpassungen nennt.[540] Der BGH übernahm in seiner abschließenden Entscheidung diese Kriterien,[541] und ihm folgte der Verordnungsgeber, der die GasGVV an diese Rechtsprechung anpasste, um eine Ungleichbehandlung in der Grundversorgung und bei Sonderkundenverträgen zu verhindern.

Der BGH hätte die drei Kriterien – formal - nicht übernehmen müssen; es war vielmehr seine autonome Entscheidung. Er hätte die „Verständlichkeit und Klarheit“ – theoretisch - auch anders konkretisieren können, was ihm angesichts der Vorgaben des Urteils aber sicher schwergefallen wäre. Faktisch erhöhte der EuGH wie in *Aziz* die Konkretisierung seiner Hinweise gegenüber *Freiburger Kommunalbauten* deutlich.

Der EuGH gab damit *Freiburger Kommunalbauten* aber nicht vollständig auf. Es besteht immer noch ein wenn auch engerer Spielraum des vorlegenden Gerichts. Dieses muss den Sinn der beanstandeten Klausel im Kontext des nationalen Rechts ermitteln. Der Grad der Abweichung vom nationalen Recht ist nach wie vor entscheidend dafür, ob die Anwendung der vom EuGH vorgegebenen Kriterien zur Missbräuchlichkeit der angegriffenen Klausel führt. Es findet ein Zusammenspiel zwischen EuGH und nationalem Gericht statt. Die Klausel gerät in den Zangengriff der beiden Gerichte, wobei die Wirkung des oberen Hebelarms durch die neuere Rechtsprechung verstärkt wurde.

Mindestens genauso stark fällt ins Gewicht, dass der EuGH aus dem Effektivitätsprinzip weitreichende Schlussfolgerungen zieht. Das Effektivitätsprinzip spielte bei der Anwendung der Klausel-RL zwar schon immer eine Rolle, jedoch häufen sich in den letzten Jahren die einschlägigen Fälle. In *Mostaza Claro*[542] sprach der EuGH aus, dass ein nationales Gericht die Missbräuchlichkeit einer Klausel von Amts wegen zu prüfen hat. Dies wurde in *Pénzügyi Lízing* noch verstärkt:[543] Das Gericht muss die tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen ermitteln, ob eine nicht im Einzelnen ausgehandelte Klausel vorliegt. Die Feststellung der Missbräuchlichkeit darf nicht dadurch abgeschnitten werden, dass sich das Verfahren im Stadium eines Mahn[544]- oder Vollstreckungsverfahrens[545] befindet. Auch *Aziz* ist Ausdruck des Effektivitätsgrundsatzes. Der EuGH lehnt das spanische Hypothekenvollstreckungsverfahren ab, in dem die Missbräuchlichkeit einer Klausel nicht geprüft werden kann. Der EuGH entschied zwar nicht, ob die beanstandete Klausel tatsächlich missbräuchlich war, gab aber doch sehr genaue Kriterien

---

[539] Richtlinie 2009/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 2009 über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasbinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 2003/55/EG, ABl. EU Nr. L 211/94 v. 14.8.2009.

[540] EuGH, Urt. v. 21.3.2013, C-92/11, ECLI:EU:C:2013:180 – RWE Vertrieb, Tz. 40.

[541] BGH, Urt. v. 21.7.2013 – VIII ZR 162/09, BGHZ 198, 11.

[542] EuGH, Urt. v. 26.10.2006, C-168/05, ECLI:EU:C:2006:675 – Mostaza Claro.

[543] EuGH, Urt. v. 9.11.2010, C-137/08, ECLI:EU:C:2010:659 – Pénzügyi Lízing.

[544] EuGH, Urt. v. 14.6.2012, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349 – Banco Español.

[545] EuGH, Urt. v. 6.10.2009, C-40/09, ECLI:EU:C:2009:615 – Asturcom.

dafür an. Geschützt wird hier ein Verbraucher, der sich gegen die Folgen einer Fälligstellung des Restkredits wegen Zahlungsverzugs mit einigen Raten erst im letzten Moment wehrte, nämlich als er seines Hauses verwiesen werden sollte.

Auch in nachfolgenden Urteilen lässt sich diese Argumentationsweise beobachten. So soll das vorlegende Gericht prüfen, ob die Vereinbarung der alleinigen Zuständigkeit eines Schiedsgerichts dem Verbraucher die Möglichkeit nimmt, Rechtsbehelfe bei Gericht einzulegen, wobei die vorherige Information über diese Folge die Missbräuchlichkeit nicht beseitigen kann. Auch hier ist Gegenstand des Verfahrens nicht die Prüfung einer Klausel.[546] In einem *Aziz* vergleichbaren Fall (kein Rechtsmittel im Zwangsvollsteckungsverfahren aus einer Hypothek) entschied der EuGH, dass die Rechtswegegarantie nach Art. 47 GRCh und der Effektivitätsgrundsatz die Möglichkeit gerichtlichen Schutzes verlangen.[547] Schließlich zog der EuGH das Effektivitätsprinzip auch für die Rechtsfolgen heran (dazu unten 2.6.).[548]

Man sollte *Aziz* und *RWE Vertrieb* nicht als Bruch mit *Freiburger Kommunalbauten* einschätzen, wohl aber als eine erhebliche Weiterentwicklung. Die Formel, wonach der EuGH lediglich Hinweise zu geben hat, das nationale Gericht aber im Einzelfall die Verständlichkeit und Klarheit einer Klausel zu überprüfen hat, findet sich nach wie vor. Sie sind auch keine Floskeln, um etwa eine Rechtsprechungsänderung gegenüber Freiburger Kommunalbauten zu überdecken. Allerdings muss *RWE Vertrieb* so verstanden werden, dass die Konkretisierungen der Klarheit und Verständlichkeit keine tragenden Entscheidungsgründe sind.

Nicht zu unterschätzen sind die Urteile, die das Effektivitätsprinzip konkretisieren. Die Entscheidungen, die sich mit den Folgen der spanischen Immobilienkrise befassen, fallen fast ausschließlich in diese Kategorie. In keiner dieser Entscheidungen wird dem vorlegenden Gericht das Ergebnis einer Klauselkontrolle vorgegeben, wohl aber finden sich konkrete Kriterien für die Entscheidung. Dies wird stets dem vorlegenden Gericht überlassen. Dagegen müssen zahlreiche nationale Vorschriften prozessualen Charakters in ihrer Anwendung reduziert werden. In diesem Bereich hat die Rechtsprechung durchaus konkrete Auswirkungen auf mitgliedstaatliches Recht, das nicht Ausfluss von Unionsrecht ist. Der EuGH sorgt dafür, dass die Klauselkontrolle nicht durch nationale Vorschriften blockiert wird – die konkreten Ergebnisse überlässt er den mitgliedstaatlichen Gerichten. Dies kann und darf sich erst dann ändern, wenn das Unionsprivatrecht in viel stärkerem Maße als bisher vereinheitlicht wird. Doch dafür ist die Zeit nicht gekommen.

Falls dagegen eingewendet wird, dadurch werde eine unionsweite einheitliche Klauselkontrolle verhindert und der Rechtsangleichungsprozess verzögert,[549] ist dem zu entgegnen, dass es nicht dem Konzept der Klausel-RL entspricht, über den Hebel des Maßstabs der Missbräuchlichkeit i.S.d. Art. 3 Abs. 1 der Klausel-RL (d.h. „durch die Hintertür“[550]) die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten breitflächig zu harmonisieren.[551]

---

[546] EuGH, Urt. v. 3.4.2014, C-342/13, ECLI:EU:C:2014:1857 – Sebestyén.

[547] EuGH, Urt. v. 17.7.2014, C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099 – Sánchez Morcillo und Abril García.

[548] EuGH, Urt. v. 21.2.2016, C-154/15, C-307/15 und C-308/12, ECLI:EU:C:2016:980 – Gutiérrez Naranjo u.a.

[549] Diese Tendenz findet sich etwa bei *Stempel*, ZEuP 2017, 102.

[550] *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), AGB-Recht, 12. Aufl. (2016), § 307 Rn. 401a „Trojanisches Pferd“.

[551] *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), AGB-Recht. Kommentar, 12. Aufl. (2016), § 307 Rn. 401.

Es darf jedoch nicht übersehen werden, dass die neuere Rechtsprechung des EuGH nachhaltig zur Durchsetzung des Verbraucherschutzgedankens im Rahmen der Klausel-RL beiträgt. Nicht zu Unrecht ist die *RWE Vertrieb-Entscheidung* von Verbraucherseite als großer Erfolg gefeiert worden, und *Aziz* trägt wesentlich dazu bei, dass die Folgen der spanischen Immobilienkrise nicht allein auf den Rücken der spanischen Verbraucher ausgetragen werden können.[552]

Wie schon im Verbrauchgüterkaufrecht gezeigt werden konnte, ist eine Einengung des EuGH nicht im Interesse des Verbraucherschutzes, weil dieser das verbraucherschützende Ziel einer Richtlinie als maßgebliche Richtschnur für die Auslegung heranzieht.[553] Auch die neuere Rechtsprechung des EuGH lässt wie aufgezeigt der mitgliedstaatlichen Rechtsprechung noch Spielraum, auch wenn er nicht mehr so umfassend ausfällt wie in *Freiburger Kommunalbauten*.

2.3. Die indikative Liste

Art. 3 Abs. 3 Klausel-RL verweist auf einen Anhang zur Richtlinie, der 17 Klauseln enthält, die für missbräuchlich erklärt werden können. Die Kommission hatte eine schwarze Liste vorgeschlagen, d.h. Klauseln, die stets missbräuchlich wären.[554] Jedoch sind die Klauseln in der verabschiedeten Fassung nur Beispiele im Sinne von Empfehlungen, so ErwGr. 17. Nach Art. 3 Abs. 3 dienen die Klauseln als Hinweis[555] für denkbar unzulässige Klauseln; die Liste ist nicht erschöpfend. Der EuGH spricht deswegen von einer lediglich „indikativen Liste".[556] Nicht aufgenommene Klauseln können im konkreten Fall missbräuchlich sein; aufgenommene Klauseln müssen im Einzelfall aber nicht immer missbräuchlich sein, die Listung ist allenfalls eine empfehlende Vorgabe für den nationalen Umsetzungsgesetzgeber.[557] Denn es ist dem innerstaatlichen Gesetzgeber nach der RL ausdrücklich freigestellt, die benannten Klauseln aufzustocken, aber auch in ihrem Geltungsanspruch zurückzuführen („restriktiv zu verwenden"). Insofern ist die indikative Liste „unverbindlich".[558]

Nach der Rechtsprechung des EuGH ist das Vorliegen eines Tatbestandes aus der indikativen Liste lediglich ein Indiz dafür, dass die Voraussetzungen der Generalklausel vorliegen. Anzuwenden ist also im Ergebnis stets die Generalklausel. Die indikative Liste spielte vor allem bei Gerichtsstandsklauseln eine Rolle (Anhang 1.q).[559]

Weil der Klauselanhang (dh die indikative Liste) nur unverbindliche Empfehlungen enthält, erweitert er auch nicht die Rechte der von der Richtlinie Begünstigten; es bleibt bei deren Rechten aus den Art. 3-5.[560] Deshalb hat der EuGH auch nicht verlangt, dass der

---

[552] Vgl. zu diesem Aspekt der Entscheidung *Derleder*, KJ 2015, 304 ff.

[553] Vgl. *Tonner*/*Tamm*, in: FS Stauder (2006), S. 527, 553 ff.

[554] Geänderter Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie des Rates über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, KOM(92) 66 endg. v. 4.3.1992.

[555] EuGH, Urt. v. 1.4.2004, C-237/02, ECLI:EU:C:2004:209 – Freiburger Kommunalbauten; EuGH, Urt. v. 14.3.2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 – Aziz.

[556] EuGH, Urt. v. 7.5.2002, C-478/99, ECLI:EU:C:2002:281 – Kommission / Schweden.

[557] EuGH, Urt. v. 7.2.2002, C-478/99, ECLI:EU:C:2002:281 – Kommission / Schweden Rn. 20; bestätigt etwa von EuGH, Urt. v. 1.4.2002, C-237/02, ECLI:EU:C:2004:209 – Freiburger Kommunalbauten Rn. 20.

[558] *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), AGB-Recht. Kommentar, 12. Aufl. (2016), § 307 Rn. 399.

[559] EuGH, Urt. v. 27.6.2000, C-240/98, ECLI:EU:C:2000:346 – Océano, Urt. v. 9.11.2010, C-137/08, E-CLI:EU:C:2010:659 – Pénzügyi Lízing.

[560] EuGH, Urt. v. 7.5.2002, C-478/99, ECLI:EU:C:2002:281 – Kommission / Schweden Rn. 22.

Anhang in das förmliche Umsetzungsgesetz aufgenommen wird. Zwar müssen die Begünstigten mit Sicherheit von der Liste Kenntnis nehmen können; dafür reicht es aus, wenn die Liste in den Gesetzesmaterialien in leicht erreichbarer Form auffindbar ist.[561]

Die indikative Liste der Klausel-RL hat damit einen anderen Charakter als der Klauselverbotskatalog des § 309 BGB, der eine sog. „schwarze Liste" enthält. Die Klauseln, die hier im deutschen Recht gelistet sind, sind gem. der Überschrift der Norm „Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit". Der deutsche Gesetzgeber hat die hierin genannten Klauseln in verbindlicher Form für „unwirksam" erklärt, sollten sie verwendet werden.

Die indikative Liste der Klausel-RL ist aber auch nicht mit der „grauen Liste" des § 308 BGB zu vergleichen. Denn die in dieser Vorschrift aufgeführten Klauseln sind ebenfalls vom deutschen Gesetzgeber für stets unwirksam erklärt worden, wenn die Voraussetzungen der einzelnen Klauselbeschreibungen erfüllt sind. „Grau" ist die Liste nur deshalb, weil sie durch Wertungen ausfüllungsbedürftige Tatbestandselemente enthält. So spricht beispielsweise § 308 Nr. 1 BGB von einer „unangemessen langen Zeit", auf die es ankommt. Was das genau bedeutet, muss die Rechtsprechung festlegen. Ist diese Zeitspanne aber überschritten, ist die AGB stets unwirksam; die Unwirksamkeit ist damit auch hier durch den Gesetzgeber verbindlich festgelegt worden. Anders als bei der Klausel-RL erfolgt sowohl bei § 308 wie § 309 BGB keine zusätzliche Wertung anhand der Kriterien der Generalklausel; die deutschen Klauselverbotskataloge sind abschließend und nicht nur indikativ.

2.4. Keine Überprüfung des Hauptgegenstands des Vertrages

Art. 4 Abs. 2 schließt den Hauptgegenstand des Vertrags und die Angemessenheit des Preis-Leistungs-Verhältnisses von der Missbräuchlichkeitsprüfung generell aus. Es ist damit Aufgabe des Wettbewerbs, das richtige Preis-Leistungsverhältnis aufzudecken.[562] Dazu hat sich der EuGH mehrfach geäußert.[563] Unter den Begriff „Hauptgegenstand" fallen danach die Klauseln, die die Hauptleistungen des Vertrags festlegen und ihn als solche charakterisieren. Sie sind von Klauseln mit akzessorischem Charakter abzugrenzen, die das Wesen des Vertrags nicht selbst definieren.

2.5. Rechtsfolgen

Eine in einem Vertrag zwischen einem Gewerbetreibenden und einem Verbraucher enthaltene missbräuchliche Klausel ist nach Art. 6 Klausel-RL unwirksam; sie erzeugt also keine Bindungswirkung. Es ist Sache der Mitgliedstaaten zu regeln, wer diese Unverbindlichkeit feststellt. Dies können letztverbindlich nur Gerichte sein.[564] Zwar kann zunächst eine Behörde die Missbräuchlichkeit feststellen, doch müssen gegen deren Entscheidung Rechtsmittel möglich sein. Art. 6 sieht weiterhin vor, dass der Vertrag ohne die missbräuchliche Klausel verbindlich bleibt, sofern ein Fortbestehen des Vertrags ohne die missbräuchliche Klausel möglich ist.

---

[561] EuGH, Urt. v. 7.5.2002, C-478/99, ECLI:EU:C:2002:281 – Kommission / Schweden Rn. 22.

[562] *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), AGB-Recht. Kommentar, 12. Aufl. (2016), § 307 Rn. 21.

[563] EuGH, Urt. v. 30.4.2014, C-26/13, ECLI:EU:C:2014:282 – Kásler und Káslerné Rábai; Urt. v. 23. 4 2015, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:127 – Matei; Urt. v. 30.4.2015, C-96/14, ECLI:EU:C:2015:262 – Van Hove mit Anm. *Schwintowski*, VuR 2016, 29.

[564] *Pfeiffer*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer (Hrsg.), AGB-Recht, 6. Aufl. (2013), Art. 6 RL Rn. 1.

Der EuGH übernimmt das in vielen Rechtsordnungen bekannte Verbot der geltungserhaltenden Reduktion einer Klausel, d.h. ihre Reduzierung auf den gerade noch zulässigen Inhalt, auch für das Unionsrecht.[565] Die Richtlinie sieht den Ersatz einer missbräuchlichen und daher unverbindlichen Klausel in einem bestehenden Vertrag nicht vor. Die Ersetzung der missbräuchlichen Klausel durch eine gerade noch zulässige Klausel würde den Verbraucher demgegenüber schlechter stellen, was mit dem zwingenden Mindeststandard der Richtlinie nicht vereinbar wäre.

In einem neueren Urteil, das einmal mehr eine Folge der spanischen Immobilienkrise ist, verlangt der EuGH, dass die Feststellung der Missbräuchlichkeit einer Klausel zur Folge haben muss, dass die Wiederherstellung der Tatsachen- und Rechtslage, in der sich der Verbraucher ohne die missbräuchliche Klausel befände, ermöglicht werden muss, und zwar insbesondere durch Begründung eines Anspruchs auf Rückgewähr der Vorteile, die der Gewerbetreibende aufgrund der missbräuchlichen Klauseln zu Lasten des Verbrauchers rechtsgrundlos erhalten hat.[566]

2.6. Rechtsdurchsetzung

Art. 7 Abs. 1 der Klausel-RL verlangt, dass die Mitgliedstaaten angemessene und wirksame („effektive“) Mittel zur Verfügung zu stellen haben, damit die Verwendung von missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen unterlassen wird. Hierfür kann der nationale Gesetzgeber gem. Art. 7 Abs. 2 der Klausel-RL unter anderem ein Verbandsklageverfahren einführen. In Deutschland wurde ein derartiges Verfahren wie ausgeführt schon vor Inkrafttreten der Klausel-RL eingeführt; es war zunächst im AGBG geregelt und wurde mit der Schuldrechtsreform in das neu geschaffene Unterlassungsklagengesetz (UKlaG) überführt.

Die Verbandsklage allein stellt, wenn sie wie im deutschen Recht nicht um ein behördliches Überprüfungsverfahren ergänzt wird, allerdings nur dann ein angemessenes und wirksames Mittel im Sinne der Richtlinie dar, wenn die Entscheidung in Bezug auf die Unwirksamkeit einer Klausel auch Drittwirkung hat, d.h. auch dem Verbraucher, der ein Individualverfahren durchführt, im Nachfolgeprozess zu Gute kommt. Die damit verbundenen Probleme werden im Teil VI des Gutachtens erörtert.

Der seinerzeitige Gemeinschaftsgesetzgeber hat sich aber nicht ausschließlich am (deutschen) Modell der Verbandsklagebefugnis, bei der letztlich ein Gericht zu entscheiden hat, orientiert, sondern auch berücksichtigt, dass in vielen Mitgliedstaaten Behörden über die Missbräuchlichkeit von Vertragsklauseln entscheiden. Es reicht daher, wenn einem Verband, der „ein berechtigtes Interesse am Schutz der Verbraucher“ hat, das Recht zusteht, die zuständigen Verwaltungsbehörden anzurufen. Dagegen genügt es nicht, wenn eine Behörde allein von Amts wegen die Missbräuchlichkeit von Vertragsklauseln prüft. So musste sich die britische Consumers‘ Association ihre aus Art. 7 Abs. 2 folgende Befugnis erst erkämpfen.[567]

Betrachtet man die europäische Ebene, kann man allerdings nicht undifferenziert davon ausgehen, dass das Verbandsmodell dem Behördenmodell überlegen ist. Das Verbandsmodell setzt eine gewisse „Kampfstärke“ der Verbände voraus. Da Verbraucher-

---

[565] EuGH, Urt. v. 14.6.2012, C-618/10, ECLI:EU:2012:349 – Banco Español de Crédito.

[566] EuGH, Urt. v. 21.12.2016, C-154/15, C-307/15 und C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980 – Gutiérrez Naranjo u.a.

[567] Ein bereits eingeleitetes Verfahren vor dem EuGH, C-82/96, wurde nicht bis zur Entscheidung durchgeführt, weil der britische Gesetzgeber doch noch einlenkte.

organisationen in der Regel nicht einzelne Verbraucher als Mitglieder haben, Verbraucherinteressen vielmehr fremdorganisiert sind, sind sie auf eine staatliche Alimentation angewiesen. Ohne die Bereitschaft des Staates, die Verbände für ihre Aufgaben angemessen finanziell auszustatten, kann das Verbandsmodell nicht funktionieren. Das Verbandsmodell hat gegenüber dem Behördenmodell den Vorteil, dass Verbände für Verbraucher Partei ergreifen können; die notwendige Interessenabwägung findet im Rahmen von Gerichtsentscheidungen statt. Behörden neigen dagegen dazu, Interessenabwägungen bereits selbst vorzunehmen. Es gibt aber auch viele Belege für erfolgreiche Behördenmodelle, etwa das frühere britische Office of Fair Trading (heute: Competition and Markets Authority) und die Konsumentenschutzbehörden in den nordischen Mitgliedstaaten. Die neuen Mitgliedstaaten haben vielfach die Aufgaben einer Verbraucherschutzbehörde mit denen eines Kartellamts zusammengelegt. Es wäre voreilig, einer bestimmten Organisationsform den Vorzug einzuräumen; vielmehr hängt dies eng mit nationalen Traditionen und Entwicklungen zusammen. Da Behördenentscheidungen stets mit Rechtsmitteln angegriffen werden können, wird auf diese Weise auch nicht die letztverbindliche Entscheidung durch Gerichte und namentlich durch den EuGH unterbunden.

3. ÜBERSCHIESSENDE RL-UMSETZUNG

3.1. Überschießende Umsetzung in Deutschland

Die Umsetzung der RL in das deutsche Recht erfolgte mit mehr als eineinhalbjähriger Verspätung im Jahre 1996 durch ein Änderungsgesetz gemäß den Vorgaben der Richtlinie.[568] Mit der Schuldrechtsmodernisierung[569] wurden die zunächst vor dem Hintergrund der Klausel-RL angepassten Vorschriften des AGBG mit geringfügigen, hauptsächlich redaktionellen Änderungen in die neu geschaffenen §§ 305-310 BGB überführt; die Regelungen zur Verbandsklage wurden in das UKlaG eingestellt. Das AGBG wurde aufgehoben. Um den Anforderungen des EuGH[570] zu genügen, wurde bei der Verankerung der AGB-Kontrollvorschriften im BGB erstmals in § 307 BGB klargestellt, dass auch intransparente Klauseln unwirksam sind.

Das Nebeneinander von Vorschriften, die nur für Verbraucherverträge gelten, und solchen, die auch auf im Unternehmer-Unternehmer-Verhältnis Anwendung finden, wurde in § 24a AGBG (heute § 310 Abs. 1 BGB) geregelt. So gelten die Klauselkataloge nur im Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis; die Generalklausel kann hingegen auch in b 2 b – Konstellationen herangezogen werden. Europarechtlich ist die Beibehaltung der AGB-Kontrolle auch im b 2 b – Verkehr nicht problematisch. Sie wäre auch bei einer Vollharmonisierung möglich.

Die Teilung des personellen Anwendungsbereichs schlägt aber auch auf den sachlichen Anwendungsbereich durch, der bei b 2 c – Verträgen europarechtlich notwendig geöffnet werden musste. So greift die AGB-Kontrolle im Unternehmer-Verbraucher-Verhältnis bereits bei einer einzelnen Klausel ein, die „gestellt“ ist (heute § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB), nicht erst bei für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen, was § 305 Abs. 1 BGB für sonstige Verträge vorschreibt.[571] Der Verbraucher

---

[568] Gesetz zur Änderung des AGB-Gesetzes und der Insolvenzordnung v. 19.7.1996, BGBl I, S. 1036; zur Umsetzung vgl. auch *Coester*, in: FS Heinrichs (1998), S. 99 ff.

[569] Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts v. 26. November 2001, BGBl. I S. 3138.

[570] EuGH, Urt. v. 10.5.2001, C-144/99, ECLI:EU:C:2001:257 – Kommission / Niederlande.

[571] Zum „Stellen“ *Tamm*, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 11 Rn. 29 ff.

ist auch hierdurch privilegiert. Das deutsche AGB-Recht geht zwar in wesentlichen Aspekten über die Klausel-RL hinaus, namentlich

- die Regelung zur Einbeziehungskontrolle von AGB (vgl. §§ 305, 305a BGB), die für AGB gesteigerte Anforderungen vorsieht, die über die bei normalen Vertragsschlüssen hinausgeht,
- die Regelung zum Vorrang der Individualabrede (Art. 305b BGB)
- die Regelung zu überraschenden Klauseln (gem. Art. 305c I BGB)
- die sehr umfangreichen Klauselverbotskataloge (der § 309 und § 308 BGB), die eine graue und eine schwarze Liste mit verbotenen Klauseln enthalten,
- aber auch die explizite Festlegung der Leitbildfunktion des dispositiven Rechts (§ 307 I Nr. 2 BGB) bei der Anwendung der Generalklausel,

doch sind die Abweichungen nicht allein durch das Mindeststandardprinzip (Art. 8 Klausel-RL) gerechtfertigt und wären bei einer Vollharmonisierung nicht pauschal gefährdet. Dazu im Einzelnen:

Es ist nicht verwunderlich, dass es in der Klausel-RL keine speziellen Vorschriften über die Einbeziehung gibt, denn auf Unionsebene existiert kein einheitlicher Vertragsschlussbegriff. Ein entsprechender Versuch ist mit dem GEKR gescheitert. Zwar erlangen auch nach der Klausel-RL Klauseln nur dann Geltung, wenn sie wirksam in den Vertrag einbezogen werden, doch wie dies geschieht, ist Sache des autonomen nationalen Rechts. Der deutsche Gesetzgeber entschied sich mit dem AGBG dazu, eine Einbeziehungsregel zu schaffen, die §§ 145 ff. BGB überlagert. Nach dem heutigen § 305 Abs. 2 BGB muss ein ausdrücklicher oder jedenfalls deutlich sichtbarer Hinweis erfolgen, die andere Vertragspartei muss die Möglichkeit der Kenntnisnahme haben und mit der Geltung der AGB einverstanden sein, wobei eine konkludente Kenntnisnahme genügt. Die Vorschrift verlangt nicht, dass die andere Vertragspartei die AGB tatsächlich zur Kenntnis genommen hat. Deswegen ist es beispielsweise zulässig, sie bei einem online getätigten Geschäft hinter einen Link zu legen, der nicht notwendigerweise angeklickt werden muss.

Die Regelung kommt nur bedingt als Modell für eine europäische Lösung in Betracht. Zwar mag sie für die Langfassung von AGB angemessen sein, doch ist zu diskutieren, ob nicht ein verständlich formulierter Auszug aus den AGB mit den wesentlichen Vertragsbedingungen den Verbrauchern auf andere Weise zur Kenntnis gebracht werden sollte. Hier tauchen ähnliche Fragen wie bei der Informationsübermittlung auf (dazu oben I 3). Sollte eine neue Klausel-RL die Frage der Einbeziehung der Klauseln wie bisher nicht regeln, kann es trotz Vollharmonisierung bei § 305 Abs. 2 BGB bleiben, denn die Einbeziehung wäre dann nicht Gegenstand der Richtlinie.

Der Vorrang der Individualvereinbarung gemäß § 305b BGB ist so selbstverständlich, dass er ohne Weiteres zur Übernahme in eine Regelung auf Unionsebene empfohlen werden kann. Zwar dürfte sich in den meisten Rechtsordnungen ein Vorrang der Individualabrede durch Vertragsauslegung ergeben, ohne dass es dazu einer ausdrücklichen Regelung bedarf, doch würde eine Regelung im Rahmen einer neuen Klausel-RL der Klarstellung dienen.

Dagegen ist die Vorschrift über die Nichteinbeziehung überraschender Klauseln nach § 305c Abs. 1 BGB heute überholt. Sie kodifiziert eine Rechtsprechung aus der Zeit vor

Inkrafttreten des AGBGB, die eine verdeckte Inhaltskontrolle betrieb. Heute ist ihre Bedeutung vollständig im Transparenzgebot nach der Generalklausel der Klausel-RL aufgegangen.

Die grauen und schwarzen Listen nach §§ 308 und 309 BGB sind wesentlich länger als alle für Rechtsakte auf Unionsebene vorgeschlagenen Listen. Jedes einzelne der Klauselverbote ist für den in Deutschland erreichten Standard unverzichtbar. Abschließende Listen in einer neuen Klausel-RL, die nicht mit den §§ 308 und 309 identisch sind, würden einen relevanten Abbau von Verbraucherschutz in Deutschland bedeuten. Selbstverständlich kann man von den anderen Mitgliedstaaten nicht erwarten, dass sie die deutschen Listen „mit Haut und Haar" akzeptieren. Es muss daher ein Weg gefunden werden, wie die §§ 308 und 309 BGB so wie bisher neben einer europäischen Regelung bestehen bleiben können. Die §§ 308 und 309 BGB nehmen in vielfältiger Weise auf das durch Unionsrecht nicht vereinheitlichte Vertragsrecht nach BGB Bezug und sind auch und gerade wegen dieser Verflechtung nicht als Modell für eine europäische Lösung geeignet. Sie können bei einer Neuregelung auf Unionsebene nur beibehalten werden, wenn es beim indikativen Charakter der Liste bleibt.

Die Generalklausel des § 307 BGB wurde anlässlich der Schuldrechtsmodernisierung von 2001 um das Transparenzgebot erweitert, nachdem sich der Umsetzungsgesetzgeber von 1996 darauf mit der Erwägung verzichtet hatte, es würde von der Rechtsprechung ohnehin beachtet. Als autonomes Element enthält sie das Kriterium der Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB). Ist eine Klausel mit diesen Grundgedanken nicht vereinbar, ist sie unwirksam. Damit wird die Dispositivität des gesetzlichen Vertragsrechts nicht unerheblich eingeschränkt, und zwar nicht nur für Verbraucherverträge. Die Vorschrift ist ein zentrales Element deutschen AGB-Rechts.

Eine Übernahme in das europäische Recht ist gleichwohl nur bedingt empfehlenswert, weil bei unvereinheitlichtem Vertragsrecht nur auf die Grundgedanken der jeweils anwendbaren Regelungen verwiesen werden kann. Da diese Regelungen aber kein Bestandteil des Unionsrechts sind, hat der EuGH sie auch nicht zu kontrollieren. Der EuGH wird diesen Anforderungen schon heute gerecht und gewährt den Gerichten der Mitgliedstaaten de facto das Recht, die Grundgedanken der gesetzlichen Regelung als Kontrollmaßstab heranzuziehen. Das ergibt sich aus den Urteilen seit *Freiburger Kommunalbauten* und hat sich auch durch die jüngere Rechtsprechung mit ihrer stärkeren Konkretisierung der Transparenz nicht geändert (s.o. 2.2.). Dabei sollte es bleiben. Zur Klarstellung sollte man auf diese Rechtsprechung in den Erwägungsgründen Bezug nehmen. Dann wäre § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB auch bei einer Vollharmonisierung „gerettet".

Zusammenfassend ist festzustellen, dass das überschießende deutsche Recht, das unbedingt erhalten bleiben sollte, in den längeren Klauselverbotskatalogen und in dem Kontrollkriterium der Grundgedanken der gesetzlichen Regelung besteht. Da die Klauselverbotskataloge auf Unionsebene nicht vereinheitlicht werden können, dürfen Klauselverbotskataloge in der Richtlinie keine abschließenden Regelungen darstellen.

3.2. Überschießende Umsetzung in anderen Mitgliedstaaten

Die Flexibilität bei der Inhaltskontrolle von AGB über das durch die Klausel-RL gewährte Minimalstandardprinzip ist ein bedeutender Aspekt für die Effektivität der AGB-

Kontrolle – und zwar in allen Mitgliedstaaten der EU. *Ebers*[572] hat im Rahmen der von der Kommission beauftragten Studie zur Umsetzung des Verbraucheracquis in den Mitgliedstaaten explizit dargelegt, dass alle EU-Staaten rege von der Mindeststandardklausel der Klausel-RL (Art. 8) Gebrauch gemacht haben. Die im Folgenden dargestellten Regelungen wären bei einer Abschaffung des Minimalstandprinzips jedoch nur teilweise gefährdet.

Dieser Aspekt ist nicht uninteressant, denn er legt zum einen dar, dass es Mitgliedstaaten gibt, die an der ein oder anderen Stelle bei der Transformation der Klausel-RL in ihr nationales Recht in anderer Weise als Deutschland über die Mindeststandardgrenze hinausgegangen sind. Interessant ist die Analyse dieser „Abweichungen" gerade, weil sie bei der Überarbeitung der derzeit noch aktuellen Klausel-RL mit einfließen könnten, um so den EU-Standard insgesamt auf einem angehobenen Verbraucherschutzlevel festzuschreiben. Es gibt damit eine Vielzahl vorlaufender Referenzmodelle aus den Mitgliedstaaten.

Gleichzeitig sind es vermutlich auch diese „Ausbrüche nach oben", die bei einer Vollharmonisierung des Regelungsbereichs als erstes seitens der Kommission zur Disposition stehen würden, was angesichts des Rückschritts, den dies für die jeweiligen nationalen Schutzstandards bedeutet, zu verhindern gilt.

3.2.1. Strengere Einbeziehungsregelung

Die Frage, unter welchen Voraussetzungen Klauseln in den Vertrag einbezogen werden, wird demgegenüber von der Richtlinie (abgesehen von ErwGr. 20, demzufolge der Verbraucher die Gelegenheit haben muss, von allen Vertragsklauseln Kenntnis zu nehmen) ausgeblendet. Eine Reihe von Mitgliedstaaten sehen demgegenüber zusätzlich eine echte Einbeziehungskontrolle vor, die gegenüber dem Verbraucher einen noch weiteren Schutz bewirkt, als sie durch die Klausel-RL erzwungen wird. So gibt es Staaten, die auch regeln, dass der Unternehmer ausdrücklich auf seine Klauseln bei Vertragsschluss hinzuweisen habe (so etwa Deutschland und Griechenland). Andere sehen daneben vor, dass der Unternehmer dem Verbraucher die Klauseln übergeben muss.[573] Derartige Regelungen sind auch bei einer Vollharmonisierung zulässig, wenn auch die neue Richtlinie keine Vorschriften über die Einbeziehung enthält.

3.2.2. Längere schwarze Listen

Viele Mitgliedstaaten haben den Anhang Nr. 1 der Klausel-RL (vgl. Art. 3 Abs. 3) als schwarze Liste umgesetzt und heben sie damit vom Status der bloß indikativen Liste ab. Schon dadurch wird ein höheres Schutzniveau für den Verbraucher erreicht als es die Klausel-RL vorgibt. Darüber hinaus enthalten die schwarzen Listen einiger Staaten (bspw. Belgien, Estland, Malta, Portugal und Spanien) mehr Klauselverbote als in der Klausel-RL vorgesehen.[574] Auch dies kann als überschießende Umsetzung gewertet werden; eine längere (schwarze) Liste gibt es damit nicht nur in Deutschland.

3.2.3. Keine Bereichsausnahmen

---

[572] *Ebers*, Klausel-Richtlinie 93/13, in: Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers (Hrsg.), Verbraucherrechtskompendium (2008), S. 364 ff.

[573] *Ebers*, Klausel-Richtlinie 93/13, in: Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers (Hrsg.), Verbraucherrechtskompendium, S. 366.

[574] *Ebers*, Klausel-Richtlinie 93/13, in: Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers (Hrsg.), Verbraucherrechtskompendium, S. 364 ff.

Während im Anhang Nr. 2 der Klausel-Richtlinie (vgl. dazu Art. 3 Abs. 3) gewisse Ausnahmen für Klauseln vorgesehen sind, die von Finanzdienstleistern verwendet werden, haben viele Mitgliedstaaten diese Ausnahmen nicht übernommen, so dass auch insoweit ein höheres Verbraucherschutzniveau erreicht wird.[575]

3.2.4. Umstände nach Vertragsschluss

In einigen Mitgliedstaaten sind bei der Frage, ob eine Klausel missbräuchlich ist, zudem nicht nur entsprechend Art. 4 Abs. 1 der RL) die Umstände bei Vertragsschluss, sondern auch noch die Umstände nach Vertragsschluss (i.S.e. Ausübungskontrolle) in Betracht zu ziehen,[576] was ebenfalls verbraucherfreundlich ist.

3.2.5. Kontrolle von Hauptgegenstand und Preis

In einigen Mitgliedstaaten bezieht sich die Inhaltskontrolle von AGB (anders als in Deutschland und anders als von der Klausel-RL gem. Art. 4 Abs. 2 intendiert) auch auf den Hauptgegenstand des Vertrags und das Preis-Leistungs-Verhältnis.[577] Derartige Regelungen müssten bei einer Vollharmonisierung aufgegeben werden.

3.2.6. Lückenschließung durch Eingriff in das Vertragsgefüge

Ist eine Klausel missbräuchlich, ist nach der Klausel-RL grundsätzlich. nur die betreffende Bedingung unwirksam, während der Vertrag als Ganzes aufrechterhalten bleibt. In Deutschland greift zur Lückenschließung (§ 306 BGB) die ergänzende Vertragsauslegung;[578] dies gilt in Deutschland nur in einem Verbandsprozess nach UKlaG nicht.[579] In einigen Mitgliedstaaten können demgegenüber die vertraglichen Rechte und Pflichten generell angepasst werden; in manchen Mitgliedstaaten können darüber hinaus Verwaltungsbehörden anordnen, dass Vertragsklauseln in den Vertrag aufgenommen werden, um ein erhebliches Missverhältnis zwischen den Rechten und Pflichten zu verhindern.[580] Auch das stellen Abweichungen zur Klausel-RL dar, die den Verbraucher zusätzlich schützen sollen.

3.2.7. AGB-Register

Schließlich sehen einige Mitgliedstaaten (insbesondere Polen, Portugal und Spanien) ein AGB-Register vor, das darauf abzielt, den Verbraucherschutz zu verbessern, indem AGB und Urteile zu missbräuchlichen Klauseln hierin veröffentlicht werden. Gleichzeitig entfaltet das Register gewisse Bindungswirkung für Notare, Rechtspfleger und Richter.[581] Von der Klausel-RL auch ist das nicht intendiert. In Deutschland nahm man von

---

[575] *Ebers*, Klausel-Richtlinie 93/13, in: Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers (Hrsg.), Verbraucherrechtskompendium, S. 368.

[576] *Ebers*, Klausel-Richtlinie 93/13, in: Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers (Hrsg.), Verbraucherrechtskompendium, S. 368.

[577] *Ebers*, Klausel-Richtlinie 93/13, in: Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers (Hrsg.), Verbraucherrechtskompendium, S. 368.

[578] BGH, Urt. v. 27.9.2000 – VIII ZR 155/99, NJW 2001, 292, 293; *Kollmann*, in: Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), BGB. SchuldR Bd. 2/1, § 306 Rn. 28.

[579] BGH, Urt. v. 13.12.2006 – VIII 25/06, NJW 2007, 1054, 1057; *Kollmann*, in: Dauner-Lieb/Langen (Hrsg.), BGB. SchuldR Bd. 2/1, § 306 Rn. 28.

[580] *Ebers*, Klausel-Richtlinie 93/13, in: Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers (Hrsg.), Verbraucherrechtskompendium, S. 364 ff.

[581] *Ebers*, Klausel-Richtlinie 93/13, in: Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers (Hrsg.), Verbraucherrechtskompendium, S. 364 ff.

einem derartigen Register allerdings wieder Abstand, nachdem es mit dem AGBG ursprünglich eingeführt worden war.

3.2.8. Einbeziehung von einzeln ausgehandelten Klauseln

In einigen Mitgliedstaaten, etwa in Belgien und der Tschechischen Republik, werden ferner auch einzeln ausgehandelte Vertragsklauseln in die Klauselkontrolle mit einbezogen,[582] was die RL derzeit nicht erfordert. Dies könnte bei einer Vollharmonisierung beibehalten werden, da es sich um eine über den Anwendungsbereich der Richtlinie hinausgehende Regelung handelt.

4. ANLÄUFE ZUR VOLLHARMONISIERUNG DER KLAUSEL-RL

4.1. Der Vorschlag zur VRRL

Auch um den mitgliedstaatlichen Divergenzen im Klauselrecht abzuhelfen, legte die Kommission im Oktober 2008 einen „*Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher*“[583] vor. Der Vorschlag war Bestandteil der Verbraucherpolitischen Strategie 2007-2013, die die Vollharmonisierung im Verbraucherrecht forcieren wollte.[584]

Die Kommission wollte in der VRRL vier „vertikal“ geltende Richtlinien, darunter die Klausel-RL, in einer Richtlinie zusammenfassen.[585] Bekanntlich konnte sie diese Absicht im Gesetzgebungsverfahren nicht durchsetzen, so dass die verabschiedete VRRL[586] nur die Haustürwiderrufs- und die Fernabsatzrichtlinie in sich aufnahm. Neben dem Verbrauchsgüterkaufrecht wurde auch das Recht der missbräuchlichen Vertragsklauseln im weiteren Gesetzgebungsverfahren aus dem Vorschlag der VRRL herausgenommen, so dass es bei der Klausel-RL als Mindeststandardrichtlinie in der Gestalt, die sie seit 1993 hat, vorerst blieb.

Es ist nicht uninteressant, einen Blick darauf zu werfen, was die Kommission an der Richtlinie von 1993 ändern wollte.[587] Sie griff auf ihren Vorschlag der ursprünglichen Richtlinie zurück und wollte eine schwarze und eine graue Liste an Stelle der „indikativen“ Liste einführen.[588] Dabei teilte sie aber lediglich die indikative Liste in eine schwarze und eine graue Liste auf, ohne neue Fallgestaltungen, die sich aus der Entwicklung seit 1993 hätten ergeben können, aufzunehmen. Die schwarze Liste fiel zudem mit nur fünf Klauseln sehr kurz aus.[589]

---

[582] *Ebers*, Klausel-Richtlinie 93/13, in: Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers (Hrsg.), Verbraucherrechtskompendium, S. 380, 382.

[583] Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher v. 8.10.2008, KOM(2008) 614 endg.

[584] Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, Verbraucherpolitische Strategie der EU (2007-2013), KOM(2007) 99 endg. v. 13.3.2008.

[585] Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614 endg. v. 8.10.2008.

[586] Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates v. 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. EU Nr. L 304/64 v. 22.11.2011.

[587] KOM(2008) 614; vgl. dazu bereits *Tonner/Tamm,* JZ 2009, 277, 281.

[588] *Jansen*, Klauselkontrolle, in: Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Wagner/Zimmermann (Hrsg.), Revision des Verbraucher-acquis (2012), S. 21.

[589] Dazu oben unter 2.1.

Der Ansatz des VRRL-Vorschlags war im Hinblick auf die Klauselverbote keine klassische Vollharmonisierung. Die Klauselverbote waren nur als offene Beispielsliste für die Generalklausel konzipiert (vgl. Art. 32 des Vorschlags). Damit kam der seinerzeitige Vorschlag trotz seiner offiziellen Bezeichnung als vollharmonisierend hinsichtlich der Klauselverbote einer Minimalstandardharmonisierung nahe. Sollten dagegen die Klauselverbote des Vorschlags der VRRL in einer neuen KlauselRL wieder aufgenommen werden und dabei die Liste als abschließend konzipiert werden, wäre dies ein erheblicher, nicht hinnehmbarer Eingriff in den Bestand des deutschen Verbraucherschutzniveaus, da in diesem Fall große Teile der §§ 308 und 309 BGB auf der Strecke bleiben würden.

4.2. Der Vorschlag zum GEKR

Der bekanntlich ebenfalls gescheiterte Vorschlag eines Gemeinsamen Europäischen Kaufrechts (= GEKR)[590] war dagegen etwas verbraucherfreundlicher ausgestaltet. Mit ihm unternahm die Kommission den zweiten Anlauf zur Vollharmonisierung großer Teile des Verbraucherrechts, u.a. des Klauselrechts. Um es für die Mitgliedstaaten annehmbarer zu machen, sollte das GEKR unter den Vertragsparteien allerdings (nur) auf optionaler Basis gelten. Freilich wäre auch ein derartig vertraglich vereinbartes Recht nicht ohne Rückwirkung auf das Vertragsrecht der Mitgliedstaaten geblieben. Es war deshalb starker Kritik ausgesetzt.[591] Wie bereits oben zum Verbrauchsgüterkaufrecht näher ausgeführt (Teil V 2.1.2.), zog die Juncker-Kommission den Vorschlag zurück.

Bemerkenswert war an dem Vorschlag zum GEKR jedoch, dass er sich stärker am deutschen Modell bei der Klauselkontrolle ausrichtete als die Klausel-RL. Er wollte nämlich eine umfassende schwarze und graue Liste einführen. Die schwarze Liste sollte 11 Klauseln erfassen, die graue sogar 23. Damit wäre in etwa der Standard von § 309 BGB erreicht worden – die Vorschrift erfasst 13 Klauseln – und der von § 308 BGB mit seinen acht Klauseln sogar überboten worden. Das Schwergewicht der Klauselkontrolle wäre insofern von der Generalklausel auf die Listen verschoben worden.

Da das GEKR nur optional hätte gelten sollen, wären daneben abweichende Regelungen der Mitgliedstaaten zulässig geblieben. Allerdings wäre vom GEKR ein starker Anpassungsdruck auf das mitgliedstaatliche Recht ausgegangen, da die Mitgliedstaaten sich sonst einer Fragmentierung ihres Vertragsrechts gegenübergesehen hätten. Faktisch wäre es also wenig wahrscheinlich gewesen, dass sich abweichende mitgliedstaatliche Regelungen auf Dauer hätten halten können.

4.3. Das REFIT-Programm der Kommission

Den dritten Anlauf zur Vollharmonisierung der Klausel-RL stellt wohl das gegenwärtige *REFIT-Programm* der Kommission dar. Im Gegensatz zum Verbrauchsgüterkaufrecht[592] liegen zwar noch keine Vorschläge vor, aus denen abzulesen wäre, in welche Richtung die Überlegungen der Kommission gehen. Es ist aber dennoch davon auszugehen, dass die Kommission an ihrem Vorschlag der VRRL anknüpfen wird.

---

[590] KOM(2011) 635.

[591] Bundesjustizministerin *Leutheusser-Schnarrenberger*, ZEuP 2011, 451. Der Bundestag hatte die Subsidiaritätsrüge erhoben; vgl. dazu *Tamm*, VuR 2012, 3. Dieser Beitrag geht auf eine Sachverständigen-Anhörung im Rechtsausschuss des Bundestags zurück.

[592] Vgl. dazu die beiden RL-Entwürfe zum Online-Kaufrecht und zur Bereitstellung digitaler Inhalte COM(2015) 634 final und COM(2015) 635 final, oben IV 2 bzw. 3.

Unsere grundsätzlichen Zweifel am Vollharmonisierungskonzept gelten auch hier und müssen nicht wiederholt werden (oben I 1). Hinzu kommen jedoch noch zwei Gesichtspunkte speziell für die Klauselkontrolle: Abschließende Klauselverbotskataloge können die notwendige Weiterentwicklung erschweren; es ist daher darauf zu achten, dass auch im Falle einer Vollharmonisierung die Generalklausel ihre jetzige Funktion behält (5.1.). Und: Ein wesentliches Kriterium bei der Anwendung der Generalklausel ist das nicht vereinheitlichte Vertragsrecht der Mitgliedstaaten (5.2.).

5. GRENZEN EINHEITLICHER KLAUSELKONTROLLE

Ein spezielles Problem, das einer Vollharmonisierung der Klausel-RL entgegenstünde und in anderen Richtlinien nicht besteht, ist die Tatsache, dass sich eine Klauselkontrolle auf das nicht vereinheitlichte Vertragsrecht der Mitgliedstaaten bezieht. Zu Recht geht der EuGH jedoch davon aus, dass die mit den Wertentscheidungen über das nationale Recht verbundenen Kompetenzen bei den mitgliedstaatlichen Gerichten verbleiben müssen. [593] Ob eine bestimmte Vertragsklausel wirksam ist, muss der nationale Richter aufgrund des nationalen Rechts bestimmen. Allerdings gibt es auch Wertentscheidungen auf der Ebene der Klausel-RL, für die der EuGH zuständig ist. Mitgliedstaatliche Entscheidungen und die Urteile des EuGH greifen ineinander. Eine Vereinheitlichung der Klauselkontrolle betrifft nicht nur einen isoliert regelbaren Einzelaspekt des Vertragsrechts, sondern vielmehr das Vertragsrecht in seiner Gesamtheit. Dieses aber ist nicht vereinheitlicht. Man kann dies deutlich an den zahlreichen spanischen Immobilienkreditfällen sehen: Es geht nicht nur um die Anwendung der Klausel-RL, sondern die Rückwirkungen auf spanisches Immobilienkreditrecht sind unübersehbar. Mit der gebotenen Zurückhaltung entscheidet der EuGH aber nicht zum materiellen spanischen Immobilienkreditrecht, auch wenn er aus der Generalklausel der Klausel-RL recht konkrete Kontrollkriterien ableitet, und konzentriert sich daneben in Umsetzung des Effektivitätsgebots auf Aussagen zu prozessualen Normen, die die Klauselkontrolle nicht behindern dürfen.

Nach zutreffender Ansicht beruht die Vorstellung der Kommission, die Klauselkontrolle sei ein einzelnes Rechtsgebiet, auf einem Missverständnis,[594] weil die Klauselkontrolle notwendigerweise mit der breitflächigen Anwendung mit Vertragsrecht verknüpft ist, das in der Regelungskompetenz der Mitgliedstaaten liegt. Daran würde sich auch durch eine Vollharmonisierung der Klausel-RL nichts ändern, weil inhaltlich identische Ergebnisse für alle Mitgliedstaaten ein vereinheitlichtes Vertragsrecht voraussetzen würden.

Um in einem Bild zu sprechen, das das Problem vielleicht greifbarer beschreibt, könnte man sagen: Das Fundament des Hauses, auf dem die Kommission mit den AGB draufsatteln will, ist von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat zu stark abweichend. Die Etagen, die Räume sind zu unterschiedlich angelegt und miteinander verknüpft, als dass gleiche Ergebnisse beim Hausbau erreicht werden können, wenn nur das „Dach“ einheitlich von der Union vorgegeben wird. Vielleicht wird es sogar irgendwo „hineinregnen“ oder – noch schlimmer – das gesamte Gebäude (das hier bildlich für die AGB-Kontrolle steht) wird zusammenstürzen, d.h. ineffektiv, weil es zwischen den einheitlich vorgegebenen Konstruktionselementen für das „Dach“ und den divergierend gewachsenen übrigen Bauteilen zu starke Spannungen gibt.

---

[593] Dabei bleibt der EuGH auch in Aziz, Urt. v. 14.3.2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 – Aziz.

[594] *Jansen*, Klauselkontrolle, in: Eidenmüller/Faust/Grigoleit/Jansen/Zimmermann (Hrsg.), Revision des Verbraucher-aquis (2011), S. 19; *Kieninger*, RabelsZ 2009, 793, 796.

5.1. Klauselverbotskatalog

Dem kann auch nicht durch umfassende Klauselverbotskataloge abgeholfen werden, denn auch diese beruhen wiederum auf dem nationalen Recht, so dass sie für jeden Mitgliedstaat zugeschnitten werden müssen und damit gerade nicht Bestandteil einer Regelung auf Unionsebene sein können, jedenfalls nicht in dem umfassenden Sinne wie §§ 308 und 309 BGB.

Überdies darf man nicht vergessen, dass selbst in Deutschland mit seinen sehr umfangreichen Klauselverbotskatalogen die Bedeutung der Generalklausel im Vordergrund steht. So zeigt etwa die Praxis der AGB-Kontrolle in Deutschland, dass die meisten Entscheidungen ausschließlich auf der Basis der Generalklausel (§ 307 BGB) ergehen.[595] Eine Recherche zur deutschen Gerichtspraxis mithilfe der Datenbank „juris“ ergab, dass im Zeitraum vom 1.1.2002, dem Inkrafttreten der neu gefassten §§ 305 ff. BGB bis zum 15.10.2016 nur etwa 3.000 Entscheidungen allein auf der Grundlage der Klauselkataloge der § 308 BGB (811 Entscheidungen) und § 309 BGB (2.208 Entscheidungen) ergingen. Demgegenüber steht im genannten Zeitraum ein Konvolut von 11.680 Entscheidungen, die allein auf § 307 BGB basieren. Die Entscheidungen, die in Deutschland auf der Generalklausel beruhen, machen demnach etwa das Vierfache dessen aus, was auf Grundlage der Klauselverbotskataloge entschieden wird. Das stellt die Bedeutung der Generalklausel auch bei sehr weitgehend ausgeformten grauen und schwarzen Listen heraus.

Als Ergebnis ist festzustellen, dass die Klauselverbotskataloge nach §§ 308 und 309 BGB nicht als Modell für eine Lösung auf Unionsebene geeignet sind – nicht, weil Klauselkataloge sich auf nationaler Ebene nicht bewährt haben, sondern weil man sie wegen des notwenigen Bezugs auf nicht vereinheitlichtes Vertragsrechts auf Unionsebene gar nicht sinnvoll formulieren kann. Auf eine längere Liste wird man sich kaum verständigen können. Selbst wenn dies gelänge, bliebe es trotz Vollharmonisierung bei einer „Teilvereinheitlichtung.“[596] Es ist daher sinnvoll, bei der indikativen Liste zu bleiben.

5.2. Generalklausel

Daraus folgt, dass das Augenmerk auf die Generalklausel zu richten ist. Eine Generalklausel bedeutet notwendigerweise, dass Klauselverbotskataloge nicht abschließend sein können, denn es ist auch stets eine Klauselkontrolle außerhalb des Anwendungsbereichs der Verbotskataloge möglich. Die Generalklausel bedeutet de facto eine Öffnungsklausel für die Mitgliedstaaten – wenn man sie im Sinne der Rechtsprechung des EuGH versteht. Die Kriterien der Generalklausel dürfen bei einer Revision der Klausel-RL nicht durch inhaltliche Kriterien ersetzt werden, sondern es muss bei den allgemeinen Kriterien wie vor allem dem Transparenzgebot bleiben. Sonst würde sich ein Vertragsrecht auf Unionsebene für AGB-Verträge entwickeln, das in Widerspruch zu dem nicht vereinheitlichten Vertragsrecht der Mitgliedstaaten stünde. Der EuGH hat den Weg gewiesen, wie dieser Widerspruch aufzulösen ist, ohne die Zielsetzung der Richtlinie, den Verbraucherschutz, aus den Augen zu verlieren, und dabei sollte es bleiben.

Dank einer Untersuchung von *Kieninger* stehen Vergleiche zur Verfügung, wie das gleiche sachliche Problem in verschiedenen Mitgliedstaaten dank nicht vereinheitlichtem

---

[595] Zum Befund vgl. auch *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), AGB-Recht, 12. Aufl. (2016), Vor § 307 Rn. 1; MüKo/*Wurmnest*, BGB, 7. Aufl. (2016) vor § 307 Rn. 2.

[596] *Stempel*, ZEuP 2017, 102.

Vertragsrecht unterschiedlich gelöst wurde.[597] So weist *Kieninger* auf die Vorleistungspflicht im Kaufrecht hin. In Deutschland wurde eine Anzahlung von 30 % für den Kauf eines Heizungsbausatzes als mit dem Zug-um-Zug-Prinzip nach § 320 BGB nicht für vereinbar erklärt,[598] während ein französisches Gericht eine Vorschrift aus dem Code de la Consommation anwendete, wonach Anzahlungen nach drei Monaten zu verzinsen sind, woraus geschlossen wurde, dass Anzahlungen im Prinzip in unbeschränkter Höhe zulässig sind.[599] Bemerkenswerterweise handelte es sich in beiden Fällen um Verbrauchsgüterkaufverträge, so dass einheitliche Regelungen eigentlich vorliegen sollten. Die Dichte der Regelungen der VerbrGK-RL reicht aber nicht aus, um auf alle Fragen eine Antwort geben zu können, so dass auf nicht vereinheitlichtes mitgliedstaatliches Vertragsrecht zurückgegriffen werden muss, wobei es sich in einem Fall um eine allgemeine Regelung aus dem Vertragsrecht des BGB handelt, im andern Fall um eine verbraucherrechtliche Spezialvorschrift.

Ein zweiter Fall betrifft Gebühren wegen der Nichtausführung von Überweisungen bei einem nicht gedeckten Bankkonto. Der BGH erklärte eine entsprechende Klausel für unwirksam, weil er entsprechende Wertungen aus dem Auftragsrecht (§ 670 BGB) entnahm.[600] Die französische Cour de Cassation[601] und der österreichische OGH[602] entscheiden jedoch anders: In Österreich hat die dem § 670 BGB entsprechende Vorschrift des Art. 1041 ABGB den Zusatz „selbst bei fehlgeschlagenem Erfolge“. Weitere von *Kieninger* angeführte Beispiel betreffen einen Kontokorrentvorbehalt (in Deutschland unzulässig,[603] in England zulässig[604]) und die vorzeitige Kündigung eines langfristigen Kfz-Mietvertrags (Restmiete in Frankreich geschuldet,[605] in Deutschland nicht[606]).

Selbstverständlich wirkt sich das nicht vereinheitlichte Vertragsrecht auch auf die Verbandsklagetätigkeit des vzbv und anderer Verbände aus. Nachdem der EuGH klargestellt hatte, dass das nationale Gericht seine nationalen Vorschriften zur Bewertung einer Missbräuchlichkeit heranzuziehen hat (oben 2.2.), müssen viele Verfahren abschließend auf der nationalen Ebene entschieden werden. Wie schon das Beispiel zum Verbrauchsgüterkauf zeigt, gilt dies selbst im Anwendungsbereich einer vollharmonisierenden Richtlinie, wenn die konkrete Frage nicht in der Richtlinie geregelt ist. So konnte der BGH trotz der vollharmonisierenden Verbraucherkredit-RL abschließend zu den Bearbeitungsgebühren bei Verbraucherdarlehen entscheiden, weil die Bearbeitungsgebühren dem Leitbild des deutschen Darlehensrechts widersprächen, das nur Zinsen als

---

[597] *Kieninger*, RabelsZ 2009, 792, 801 ff.

[598] OLG Dresden, Urt. v. 6.7.2005 – 8 U 1984/04.

[599] Cour d’appel Grenoble, Urt. v. 23.11.1999, http://www.clauses-abusives.fr/juris/cag991123.htm

[600] BGH, Urt. v. 21.10.1997 – XI 5/97, BGHZ 137, 43.

[601] Cass., 1er chambre civ., Urt. v. 25.11.2003, http//www.clauses-abusives.fr/juris/ccass031125.htm.

[602] OGH, Urt. v. 19.11.2002 – 4 Ob 179/02f, SZ 2002/153, 379, 414.

[603] OLG Frankfurt a.M., NJW 1981, 130; OLG Koblenz, NJW-RR 1989, 1459; offen gelassen von BGH, Urt. v. 27.9.2000 – VIII ZR 155/99, BGHZ 145, 203.

[604] Armour and another v Thyssen Edelstahlwerke, (1990) 3 All ER 481 (H.L.).

[605] Cour d‘appel Versailles, Urt. v. 9.6.2000, htp://www.clauses-abusives.fr/juris/cav000609.pdf.

[606] BGH, Urt. v. 28.10.1981 – VIII ZR 302/80, NJW 1982, 870.

Entgelt kenne.[607] Dieses Leitbild findet sich nicht – so muss man ergänzen – in der Verbraucherkredit-RL.

Nationale Gerichte wenden auch das Transparenzgebot nach der Klausel-RL autonom an. So hielt das KG Berlin im WhatsApp-Verfahren die Verwendung englischsprachiger AGB für intransparent.[608] Wäre dieser Fall bis zum BGH gelangt. hätte sich allerdings doch die Frage gestellt. ob dieser nicht als letztentscheidendes Gericht hätte vorlegen müssen.

Zusammenfassend ist zu betonen, dass die autonome Entscheidung der berichteten Fälle durch nationale Gerichte von der derzeitigen Rechtsprechung des EuGH zur Generalklausel der Klausel-RL abhängt. Sollte sich der EuGH entscheiden, selbst inhaltliche Maßstäbe im Rahmen der Generalklausel zu entwickeln – womit allerdings nicht zu rechnen ist[609] – oder sollte der Unionsgesetzgeber durch abschließende Klauselverbotskataloge den Anwendungsbereich der Generalklausel einschränken, wäre es damit vorbei.

Als Kontrast sei noch einmal auf den Apple-Fall eingegangen, den wir bereits im Rahmen des Verbrauchsgüterkaufrechts erörtert haben (oben IV 2.5.3.2.4.). Hier wurden tatsächlich unionsweit einheitliche AGB verwendet, und die rechtliche Frage, um die es ging, nämlich die Abgrenzung zwischen einer Garantie und der kaufrechtlichen Rechte bei einer Vertragswidrigkeit, ist in der VerbrGK-RL geregelt. Trotz einer konzertierten Aktion von BEUC, bei der elf nationale Verbraucherorganisationen involviert waren, konnte keine Entscheidung des EuGH erreicht werden.[610] Bekannt geworden sind leider nur die Ergebnisse aus Deutschland und Italien. In Deutschland wurde ein Verbandsklageverfahren betrieben, das vor dem LG Berlin[611] und dem KG Berlin[612] erfolgreich war. Die beiden Gerichte wandten dabei ausschließlich § 307 Abs. 1 und 2 BGB an, ohne auf den unionsrechtlichen Hintergrund der Vorschrift einzugehen. Da gegen das Urteil des Kammergerichts kein Rechtsmittel eingelegt wurde, konnte es nicht zu einer Entscheidung des EuGH kommen. Der BGH hätte vorlegen können und müssen nicht wegen der Klausel-RL, sondern wegen der VerbrGK-RL. In Italien dagegen befasste sich die Wettbewerbsbehörde (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato) mit dem Fall, den Apple in einer Berufungsentscheidung des Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio verlor.[613] Apple beließ es bei dieser Entscheidung und zahlte auch noch ein Bußgeld in Höhe von 200.000 EUR, um eine Entscheidung des EuGH zu vermeiden.

Man darf aus dem Spielraum, den die nationalen Gerichte nach derzeitiger Rechtslage bei nicht vereinheitlichtem Vertragsrecht haben, keineswegs schließen, dass die Rechtsprechung des EuGH in diesem Bereich keine Bedeutung hat. Die spanische Immobilienkrise und die Vorlagefreudigkeit der spanischen Gerichte führten zu einer Vielzahl

---

[607] BGH, Urt. v. 13.5.2014 – XI ZR 405/12, NJW 2014, 2420.

[608] KG, Urt. v. 8.4.2016 – 5 U 156/16.

[609] Selbst in Aziz nimmt der EuGH trotz der Konkretisierung der Generalklausel nicht inhaltlich zu den beanstandeten Klauseln Stellung, Urt. v. 14.3.2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 – Aziz.

[610] Vgl. *Namysłowska*, VuR 2015, 403.

[611] LG Berlin, Urt. v. 28.22.2014 – 15 O 601/12.

[612] KG, Urt. v. 11.9.2015 – 23 U 15/15.

[613] Sentenza TAR Reg. 1512, 1514 und 1515.; vgl. die Darstellung bei *Djurovic*, ERCL 2013, 253.

von Entscheidungen des EuGH, die die Generalklausel der Klausel-RL um ein bedeutendes Stück weiter entwickelt haben. Höhepunkte waren die Fälle Aziz[614] und Gutiérrez Naranjo[615], die bereits oben berichtet wurden (2.2. bzw. 2.6.). Der EuGH benutzt in diesen Entscheidungen vor allem das Effektivitätsgebot, um dem Anliegen der Klausel-RL Gewicht zu geben.[616] AGB geraten dadurch auch im nicht harmonisierten Vertragsrecht in einen Zangengriff: „Von unten" wenden die nationalen Gerichte weiterhin ihre nationalen Vorschriften autonom an, „von oben" aber wird die Durchsetzbarkeit der Unwirksamkeit von nach nationalen Maßstäben missbräuchlichen Klauseln angemahnt; nationale Vorschriften, die dem im Wege stehen, dürfen nicht angewendet werden. Darüber hinaus werden die Kriterien der Generalklausel konkretisiert. Der EuGH tariert damit mit großer Sorgfalt das Spannungsverhältnis von nicht vereinheitlichtem und bereits durch die Union geregeltem Vertragsrecht aus. Das gerade ergangene Urteil Gutiérrez Naranjo ist ein weiterer Meilenstein in dieser Entwicklung.

Trotz der Konkretisierungen bleibt es bei einem Spielraum der mitgliedstaatlichen Gerichte. Diese müssen, wie schon oben ausgeführt, die strittigen Klauseln in ihrem nationalen Kontext sozusagen aufbereiten und den Grad der Abweichungen vom nicht harmonisierten Vertragsrecht feststellen.

6. ANFORDERUNGEN AN EINE NEUE KLAUSEL-RL

6.1. Gefahr der Versteinerung des Verbraucherschutzniveaus durch Vollharmonisierung

Vollharmonisierungen bringen potentiell die Gefahr einer Absenkung des Verbraucherschutzniveaus mit sich. Die Einführung des Vollharmonisierungskonzepts war deswegen Gegenstand lebhafter Kritik.[617] Im Bereich der Klausel-RL würde dies besonders für abschließende Klauselverbotskataloge gelten. Auch wenn man davon ausgeht, dass sich die Kommission bei einer Revision der Klausel-RL an ihrem insoweit gescheiterten Vorschlag der VRRL orientieren wird, der einen abschließenden Charakter der Klauselverbote gerade nicht vorsah, muss doch mit aller Deutlichkeit darauf hingewiesen werden, dass bei einem anderen, abschließenden Konzept die deutschen Klauselverbotskataloge durch die Vollharmonisierung bedroht wären. Wenn dies der Fall wäre, käme zu es einer „Versteinerung" im Verbraucherrecht, hier im Klauselrecht.

Gegen diese Gefahr der Versteinerung kann auch nicht eingewandt werden, dass es auch auf europäischer Ebene immer möglich ist, Vorschriften durch eine Neuregelung weiter zu entwickeln und dass speziell für das Klauselrecht auch vorgesehen war, dass die Kommission beraten durch ein spezielles Komitee die Liste der als missbräuchlich

---

[614] EuGH, Urt. v. 14.3.2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 – Aziz.

[615] EuGH, Urt. v. 21.12.2016, C-154/15, C-307/15 und C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980 – Gutiérrez Naranjo.

[616] Zum Effektivitätsgebot als Prinzip des europäischen Zivilrechts *Reich*, General principles of EU civil law (2014) S. 89 ff.

[617] *Berger*, ZEuP 2009, 451; *Graf*, in: Jud/Wendehorst (Hrsg.), Neuordnung des Verbraucherrechts in Europa (2009), S. 141 ff.; *Kieniger*, RabelsZ 2009, 793, 795; *Rott/Terryn*, ZEuP 2009, 456; *Stürner*, Jura 2016, 884; *Micklitz*, in: Howells/Schulze (Hrsg.), Modernising and Harmonising EU Contract Law (2009), S. 47, 57 ff.; *Howells/Schulze*, in: Howells/Schulze (Hrsg.), Modernising and Harmonising EU Contract Law (2009), S. 3, 8; *Zypries*, ZEuP 2009, 225; *Micklitz/Reich*, EuZW 2009, 279 ff.; *Wilhemsson*, ZEuP 2008, 225, 229; *Tamm*, Verbraucherschutzrecht (2011), S. 304 ff.; *Tonner/Tamm*, JZ 2009, 277 ff.; *Riehm/Schreindorfer*, GPR 2008, 244 ff.

anzusehenden Klauseln nach Aufforderung eines oder mehrerer Mitgliedstaaten sukzessive verlängern können sollte.[618]

Der erste Fall, die normale gesetzgeberische Überarbeitung der Listen des AGB-Rechts auf EU-Ebene ist viel zu behäbig, um schnell auf Problemlagen, die evtl. nur in einem oder einzelnen Mitgliedstaaten auftreten, reagieren zu können.[619] Der zweite Fall – die Kommissionsentscheidung – die losgelöst vom sonstigen gesetzgeberischen Verfahren ist, birgt auch ihre Probleme. Sie lässt nicht erkennen, auf welcher Grundlage die Kommission ihre Entscheidung trifft. Außerdem ist durch das Abschneiden des sonstigen Verfahrens zur Gesetzgebung die Mitsprache der Mitgliedstaaten nicht ausreichend gesichert.[620] Beide Wege sind damit nicht gangbar; entweder sind sie unpraktikabel, weil zu langwierig, oder undemokratisch.

In welcher Weise der deutsche Gesetzgeber die Klauselkataloge flexibilisiert anwendet, zeigt sich etwa daran, dass § 308 BGB (die graue Liste) nur einen Regelbeispielskatalog aufstellt. Problemfälle, die dort nicht gelistet sind, aber Wertungsparallelen zu den hier gelisteten Fällen aufweisen, können über die Inhaltskontrolle nach der Generalklausel des § 307 BGB erfasst werden.

Keinen Regelbeispielskatalog enthält zwar § 309 BGB (die schwarze Liste). Was hierüber aber nicht an unwirksamen Klauseln abgefangen werden kann, kann ebenfalls über die Auffangfunktion der Generalklausel aus dem Verkehr gezogen werden. Damit wird im Prinzip ein lückenloser Schutz vor unangemessenen AGB sichergestellt.[621] Dies gilt auch für das System der gegenwärtigen Klausel-RL und würde durch eine Vollharmonisierung nicht beseitigt. Das bisherige Verhältnis von Klauselverboten und Generalklausel muss also beibehalten werden.

6.2. Die Rolle nicht vereinheitlichten Vertragsrechts bei der Anwendung der Generalklausel

6.2.1. Ausfüllungbedürftigkeit der Generalklausel

In Bezug auf die deutsche Generalklausel (§ 307 BGB) wird häufig gesagt, dass sie wie alle Generalklauseln so unbestimmt gefasst ist, dass sie für sich genommen weder der gerichtlichen Praxis noch dem geschäftlichen Verkehr eine brauchbare Entscheidungshilfe bietet. Einen Maßstab für die Überprüfung der Missbräuchlichkeit oder Unangemessenheit gibt erst das dispositive Vertragsrecht.[622] Dieser „Link“ zum Vertragsrecht des Mitgliedstaates müsste gar nicht explizit geregelt sein, damit er Geltung beansprucht. Er ergibt sich nämlich ungeschrieben daraus, dass als Anhalt für einen gerechten Interessenausgleich ohnehin nur das (mitgliedstaatliche) Gesetzesrecht (und die Hauptpflichten des Vertrages) in Betracht kommen können.[623]

---

[618] Das Verfahren ist geregelt in Art. 5a des Beschlusses des Rates v. 28.6.1999, Beschluss 1999/468/EG, ABl. EG Nr. L 184/23.

[619] *Stuyck/Terryn/Van Dyk*, CMLRev. 43 (2006), 144f.; *Rott/Terryn*, ZEuP 2009, 456, 463.

[620] *Micklitz*, in: Liber Amicorum Guido Alpa, (2007), S. 699, 710; *Rott/Terryn*, ZEuP 2009, 457, 485.

[621] *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), AGB-Recht. Kommentar, 12. Aufl. (2016), § 307 Rn. 2.

[622] *Kieninger*, RabelsZ 2009, 793, 799.

[623] *Kieninger*, RabelsZ 2009, 783, 799.

Diese Wertung wird auch durch die derzeitige EuGH-Rechtsprechung getragen, wenn der EuGH sagt, „*dass das nationale Gericht zu prüfen hat, ob eine hinreichend schwerwiegende Beeinträchtigung der rechtlichen Stellung des Verbrauchers im Vergleich zu den ohne diese Klausel anwendbaren nationalen Vorschiften besteht*“.[624] Der Bezugspunkt zum nationalen Gesetzesrecht wird dadurch deutlich gezogen, selbst wenn die derzeitig noch gültige Klausel-RL ihn nicht so offen bei der Generalklausel in Art. 3 herstellt. Er ergibt sich aus der Natur der Sache.

6.2.2. Die Notwendigkeit eines feststehenden zivilrechtlichen Referenzsystems zur Ausfüllung der Wertungen der Generalklausel

Die Feststellung eines Missverhältnisses der vertraglichen Rechte und Pflichten (vgl. Art. 3 Abs. 1 der Klausel-RL), die den Kern der Missbräuchlichkeitsprüfung bildet, setzt m.a.W. notwendigerweise Vorstellungen darüber voraus, was das rechte Verhältnis der vertraglichen Rechte und Pflichten sein soll. Aus Gründen der Rechtssicherheit und der demokratischen Einbindung der Regelungsunterworfenen in die Entscheidungsfindung („über das rechte Verhältnis“) kann diese Feststellung nicht von Fall zu Fall (freischwebend) durch das angerufene Gericht erfolgen. Sie muss sich an gesetzliche Vorgaben anlehnen, in denen der Gesetzgeber seine Vorstellungen über den gerechten Interessenausgleich festlegt. Es bedarf damit eines feststehenden, genügend ausdifferenzierten zivilrechtlichen Referenzsystems zur Ausfüllung der Wertungen der Generalklausel. Dieses Referenzsystem gibt es bislang nur auf nationaler Ebene; es existiert noch nicht auf Unionsebene.[625] Dieser Umstand würde durch eine Vollharmonisierung der Klausel-RL allein nicht beseitigt.

In der Generalklausel des Vorschlags zur vollharmonisierenden VRRL (Art. 32) findet sich kein Bezug auf das dispositive Vertragsrecht des jeweiligen Mitgliedstaates.

Der Vorschlag eines GEKR enthält zwar eine Generalklausel, und zwar im Art. 83. Aber auch hier wird nicht das mitgliedstaatliche Recht in Bezug genommen. Vielmehr soll als Konkretisierung der Pflicht zur Einhaltung des Gebotes von Treu und Glauben und zur Unterbindung eines Missverhältnisses der vertraglichen Rechte und Pflichten nur das Transparenzprinzip (das abschließend im Vorschlag zum GEKR geregelt wird, und zwar in Art. 82), das Wesen des Vertragsgegenstandes, Umstände des Vertragsschlusses, die übrigen Bestimmungen des Vertrages und die Bestimmungen sonstiger Verträge, von denen der Vertrag abhängt, gelten, vgl. Art. 83 des Vorschlags zum GEKR.

Die EuGH-Rechtsprechung zum mitgliedstaatlichen Recht als notwendigem Referenzpunkt findet sich hierin auch nicht wieder. Wird die AGB-Kontrolle über die Generalklausel so abgehoben praktiziert, wird sie ineffektiv: Offen bleibt nämlich, wie das Wesen des Vertragsgegenstandes zu bewerten ist, wenn keine mitgliedstaatlichen, in einer langen Entwicklung gewachsenen und damit sehr ausgefeilten Bezugssysteme zur Verfügung stehen, bei denen man Anleihe nehmen kann. Das Problem liegt hier darin begründet, dass das europäische Vertragsrecht bislang viel zu lückenhaft geregelt ist,[626] um allein (ohne Bezug auf das mitgliedstaatliche Vertragsrecht) eine ausreichende Entscheidungsgrundlage zu gewährleisten. Allein ein Blick in das BGB zeigt, dass die Europäisierung des Vertragsrechts immer noch nur punktuell erfolgt ist und

---

[624] EuGH, Urt. v. 14.3.2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 – Aziz, Rn. 68.

[625] *Fuchs*, in: Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), AGB-Recht. Kommentar, 12. Aufl. (2016), § 307 Rn. 402; *Rott/Terryn*, ZEuP 2009, 456, 457.

[626] *Kieninger*, RabelsZ 2009, 792, 800; *Rott/Terryn*, ZEuP 2009, 466, 463

vor allem sich auf das Verbrauchervertragsrecht beschränkt. So fehlen derzeit EU-weit einheitliche Bestimmungen in so zentralen Bereichen des Zivilrechts wie dem Kaufrecht außerhalb des Verbrauchsgüterkaufrechts, dem Mietrecht, dem Dienstleistungs- und Werkvertragsrecht, dem Auftragsrecht, dem Maklerrecht, dem Recht der Geschäftsbesorgung, dem Recht der Kreditsicherheiten, dem Wohn- und Betreuungsvertragsrecht und etwa im Leasing, Factoring und Franchisingrecht.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die EuGH-Rechtsprechung zum Bezug auf die autonomen mitgliedstaatlichen Vorschriften abgesichert werden muss, etwa indem die Rechtsprechung billigend in den Erwägungsgründen genannt wird.

6.3. Hervorhebung wesentlicher AGB

Ein großes Problem ist die Verständlichkeit von AGB. Üblicherweise werden sie nicht gelesen. Der Verbraucher klickt an oder unterschreibt, dass er sie zur Kenntnis genommen hat. In Wahrheit hat er nur zur Kenntnis genommen, dass es irgendwelche AGB gibt, die er aber gerade nicht zur Kenntnis genommen hat. Dies entspricht einem rationellen Desinteresse des Verbrauchers, denn der Aufwand für eine Kenntnisnahme der AGB stünde außer Verhältnis zu der Kaufentscheidung, für die Preis und Leistung im Vordergrund stehen.

Daraus darf aber nicht gefolgert werden, dass das Problem auf sich beruhen kann. Es stellt sich eine ähnliche Frage wie bei den Informationen, auf die schon oben eingegangen wurde (Teil I 3 des Gutachtens). Dort schlugen wir vor, zwischen wesentlichen Informationen und weiteren Informationen zu unterscheiden. Die wesentlichen Informationen müssen so dargeboten werden, dass der Verbraucher sie im Zuge eines Bestellvorgangs zur Kenntnis nehmen muss, während die weiteren Informationen nur auffindbar sein müssen. Ähnlich könnte man mit AGB verfahren. Der Verwender sollte verpflichtet werden, die wesentlichen Geschäftsbedingungen in transparenter, verständlicher Sprache und kurz darzustellen (sog. Onepager) und darauf hinzuweisen, dass die vollständige Fassung der AGB, die Vertragsbestandteil werden soll, über einen Link aufzurufen ist. Die Idee des Onepager wurde für Webseiten entwickelt. Gemeint ist also eine Bildschirmseite, keineswegs eine herkömmliche Papierseite im DINA 4-Format.

Darüber hinaus ist im Zuge des REFIT der Gedanke aufgekommen, die Verständlichkeit von AGB dadurch zu erhöhen, dass der Inhalt von AGB in Bild- bzw. Symbolform, also etwa als Piktogramme, wiedergegeben wird. Davon ist jedoch abzuraten. Der Gedanke ist offenbar als Zugeständnis an die Anbieterseite gedacht, die sich das Problem der Übersetzung in zahlreiche Sprachen bei der Verwendung von Piktogrammen erspart. Ob das gelingen kann, ist schon bei Montageanleitungen zweifelhaft. Erst recht gilt dies für juristische Aussagen. die der Genauigkeit wegen der Verbalisierung bedürfen. Auf keinen Fall können Piktogramme vollständige AGB ersetzen, die ein komplexes Regelwerk darstellen, so dass der Hinweis auf die AGB neben den Piktogrammen erforderlich bleibt. Vorzugswürdig sind jedoch die aus Worten bestehenden Onepager.

6.4. Einbeziehungsregelung

Deutschland und auch andere Mitgliedstaaten haben gute Erfahrungen mit der Regelung einer Einbeziehung gemacht. Diese sollte in der Revision der Klausel-RL aufgenommen werden. Dabei sollten gegenüber dem allgemeinen Vertragsschluss gesteigerte Einbeziehungsvoraussetzungen formuliert werden, damit der Unternehmer dem Verbraucher die AGB nicht einfach „unterschieben“ kann. Neben dem ausdrücklichen

Hinweis des Unternehmers auf die Geltung seiner AGB und der zumutbaren Möglichkeit der Kenntnisnahme für den Verbraucher (in Deutschland geregelt in § 305 Abs. 2 BGB) sollten die AGB dem Verbraucher grundsätzlich, d.h. immer wo dies zumutbar ist, auch übergeben – so die überschießende Regelung in einigen Mitgliedstaaten – oder in speicherbarer Form zur Verfügung gestellt werden, um im Streitfall Beweisschwierigkeiten vorzubeugen. Eine Europäisierung der Einbeziehung ist wegen der zunehmenden Bedeutung grenzüberschreitender Geschäfte sinnvoll. I.Ü. sollte in der Einbeziehungskontrolle auch der Vorrang der Individualabrede (ggf. in Anlehnung an die deutsche Regelung in § 305b BGB) zum Ausdruck kommen.

Anders als im Individualprozess (des Verbrauchers gegen den AGB-Verwender) kann der Verband aber im Verbandsprozess nur eine inhaltliche Kontrolle der Klausel und nicht auch eine Einbeziehungskontrolle bewirken. Im Gegensatz zum Individualprozess ist die bloße Existenz der Klausel – unabhängig davon, ob sie wirksam vereinbart wird –, der Störfaktor, der von Verband angegriffen werden kann, nicht mehr. Insofern besteht hier eine Schutzlücke im Verbandsprozess. Gerade weil bei der Einbeziehung von AGB immer wieder verbraucherunfreundliche, rechtswidrige Praktiken von Unternehmen auftreten, wäre es sinnvoll, dass der kollektivrechtliche Schutz auch hierauf erstreckt wird.

6.5. Beibehaltung des indikativen Charakters der Liste

In Anbetracht des Umstandes, dass es in den Mitgliedstaaten sehr unterschiedlich lange und auch inhaltlich unterschiedlich bestückte Klauselverbotskataloge gibt, sollte bei der Festlegung einer Liste von als missbräuchlich anzusehenden Klauseln der EU-Verbotskatalog weiterhin nur als indikative Liste (i.S. einer Empfehlung) Geltung beanspruchen. Die Fortführung einer indikativen Liste – bei der es der Union auch freistehen sollte, sie zu verlängern - eröffnet den Mitgliedstaaten ein großes Maß an Flexibilität. Es ermöglicht ihnen, ihre bisherigen Listen und die insoweit ergangene Rechtsprechung beizubehalten, sie aber auch zu verlängern, sofern neue Problemlagen (ggf. nur in einem Mitgliedstaat) auftreten. Umständliche und ggf. erfolglos bleibende Abstimmungen zur Veränderung der Liste mit der Unionsebene sind dann nicht nötig. Auch Abgrenzungsprobleme zur Generalklausel, die ansonsten entstehen können, tauchen dann nicht auf.

Dass die Liste im Anhang zur revidierten RL nur indikativen Charakter hat, sollte entweder im Anhang selbst oder aber in einem Erwägungsgrund der RL klargestellt werden. Auch im bisherigen Regelungstext der Richtlinie fehlt dazu ein Hinweis. Erst die Entscheidung des EuGH in der Sache Kommission gegen Schweden brachte insofern Klarheit.[627]

6.6. Beibehaltung der Generalklausel

Die bisherige Generalklausel (Art. 3 Klausel-RL) sollte beibehalten werden. Sie ermöglicht es den Mitgliedstaaten, ihr mitgliedstaatliches Recht als Referenzsystem in Ausgestaltung der unbestimmten Rechtsbegriffe der Generalklausel (Treu und Glauben, Missverhältnis von Rechten und Pflichten) breitflächig in Bezug zu nehmen. Dies ist deshalb wichtig, weil das EU-Sekundärrecht ein solches Referenzsystem noch nicht in ausreichendem Maß zur Verfügung stellt; denn es gibt nur in wenigen Bereichen (vollkommen) vereinheitlichtes Vertragsrecht. Wie die o.g. Beispiele zum Verbrauchsgüter-

[627] EuGH, Urt. v. 7.5.2002, C- 478/99, ECLI:EU:C:2002:281 – Kommission / Schweden.

kaufrecht und zum Verbraucherkreditrecht zeigen (oben 5.2.), sind selbst diese Bereiche nicht so vollständig geregelt, dass nicht noch Anwendungsbereiche für autonomes nationales Recht bleiben. Wenn bei der AGB-Kontrolle keine großflächigen Schutzlücken entstehen sollen, ist man weiterhin auf das mitgliedstaatliche Vertragsrecht als Referenzsystem angewiesen.

Der EuGH sollte die Bedeutung der Wertungen, die die Richter an den nationalen Gerichten aus den mitgliedstaatlichen Vertragssystemen in Anwendung der Generalklausel herbeiführen, auch nicht unterlaufen und sich grundsätzlich weiterhin an die Kriterien der Entscheidung Freiburger Kommunalbauten[628] halten, die wie aufgezeigt in späteren Entscheidungen zwar erheblich konkretisiert, aber nicht aufgegeben wurden. Er sollte nur insofern Prüfungsbefugnisse ausüben, als es darum geht festzustellen, ob nationale Gerichte bei ihrer Einzelfallentscheidung die Bedeutung der abstrakten Kriterien des Art. 3 Abs. 1 der Klausel-RL in ihrer Tragweite grundsätzlich verkannt haben. Diese klarstellende Selbstbegrenzung i.S.e. schlichten Evidenzkontrolle ist nötig, um den unterschiedlichen mitgliedstaatlichen Referenzsystemen bei der Inbezugnahme des dispositiven Gesetzesrechts und der Ausbalancierung der Hauptleistungspflichten in Anwendung der Generalklausel den nötigen Raum zu geben und einer kompetenzrechtlich fragwürdigen Vollharmonisierung über die Hintertür (durch den EuGH) vorzubeugen.

Darüber hinaus sollte der Unionsgesetzgeber zum Ausdruck bringen, dass er die Grundsätze des EuGH zum Effektivitätsprinzip, wie sie in den Entscheidungen Aziz[629] und Gutiérrez Naranjo[630] zum Ausdruck kommt, billigt. Dies könnte ebenfalls in den Erwägungsgründen geschehen.

6.7. Beibehaltung der Möglichkeit, die Hauptpflichten zu überprüfen

Einige Mitgliedstaaten der EU haben den Anwendungsbereich der Klausel-RL derart überschießend umgesetzt, dass sie es ihren Gerichten auch erlauben, die Hauptleistungspflichten oder gar den vertraglich ausbedungenen Preis mit in die AGB-Prüfung aufzunehmen. Jedenfalls in den Mitgliedstaaten, in denen es solche Regelungen zur Erweiterung des sachlichen Anwendungsbereiches gibt, sollte die Revision der Klausel-RL keine Rückführung dieses Standards erfordern.

6.8. Keine zwingende Festlegung von Bereichsausnahmen

Damit einzelne Mitgliedstaaten ihre verbraucherrechtlichen Schutzstandards nicht senken müssen, ist es weiter notwendig, dass etwaige Bereichsausnahmen, die die Klausel-RL vorsieht (jetzt stehen sie im Anhang Nr. 2 der Klausel-RL und sind vornehmlich auf Finanzdienstleistungen zugeschnitten), nicht umzusetzen haben. Es sollte den Mitgliedstaaten auch weiterhin erlaubt sein, hierüber hinwegzugehen.

6.9. Transparenz nicht nur bei schriftlichen Klauseln

Auch die Formulierung des Transparenzgebotes (Art. 5 Abs. 1 der Klausel-RL) ist überarbeitungsbedürftig. Das Transparenzgebot bezieht sich nur auf schriftlich niedergelegte Klauseln. Für diese Einschränkung gibt es keinen Anlass, zumal die Formulierung „schriftlich“ nicht eindeutig umfasst, was im deutschen Recht mit „Textform“ gemeint ist.

---

[628] EuGH, Urt. v. 1.4.2004, C-237/02, ECLI:EU:C:2004:209 – Freiburger Kommunalbauten.

[629] EuGH, Urt. v. 14.3.2013, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164 – Aziz.

[630] EuGH, Urt. v. 21.12.2016, C-154/15, C-307/15 und C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980 – Gutiérrez Naranjo u.a.

Die RL regelt auch nicht explizit die Frage, ob der Unternehmer bei Verträgen, die üblicherweise schriftlich abgefasst werden, die Pflicht hat, dem Verbraucher die Vertragsbedingungen auszuhändigen oder beispielsweise auf einem dauerhaften Datenträger zugänglich zu machen. Einige Mitgliedstaaten regeln dies als besondere Anforderung schon bei der Einbeziehungskontrolle. Die EU sollte entweder dort oder zumindest im Rahmen des Transparenzgebotes dazu eine Vorgabe vorsehen.

Weiterhin sollte das Transparenzerfordernis dahingehend konkretisiert werden, dass die AGB in der Wohnsitzsprache des Verbrauchers abzufassen sind. Das Kriterium einer „dem Verbraucher verständlichen Sprache“ ist zu ungenau, da es das Verständnis zulässt, dass Englisch immer eine zulässige Sprache ist, was aber bei komplexen juristischen Texten wie AGB nicht akzeptabel ist. Das vom vzbv erstrittene WhatsApp-Urteil des Kammergerichts ist auf Unionsebene verallgemeinerungsfähig.[631]

Diese Handhabung des Transparenzgebots ist interessengerecht, da es dem Verbraucher nur bei Verwendung von AGB in der Sprache seines Wohnsitzstaates möglich ist, diese zu verstehen. Dem Unternehmer, der Cross-Border-Geschäfte betreibt, ist es andererseits zumutbar, AGB in der Wohnsitzsprache des Verbrauchers abzufassen, wenn er seine geschäftlichen Tätigkeiten auf den betreffenden Mitgliedstaat ausrichtet.

Insoweit ist auch in den Blick zu nehmen, dass der Unternehmer im Streitfall aufgrund der Brüssel-Ia -VO ohnehin im Heimatstaat des Verbrauchers verklagt werden könnte und sich hier gem. der Brüssel Ia-VO auch in der Heimatsprache des Verbrauchers (!) einem Gerichtsprozess stellen müsste. Wenn ihm dies zugemutet wird, erscheint es ihm auch zumutbar, dass er AGB in der Wohnsitzsprache des Verbrauchers aufsetzt. Deshalb sollte in der Revision der Klausel-RL auf Unionsebene dieses Kriteriums (Abfassung der AGB in der Wohnsitzsprache des Verbrauchers, wenn der Unternehmer seine Tätigkeit auf diesen Staat ausrichtet) als eine Mindestvoraussetzung für die Transparenz aufgenommen werden.

7. HANDLUNGSEMPFEHLUNGEN

Ein Kern der Handlungsempfehlungen besteht darin zu fordern, dass bestimmte Strukturen der geltenden Klausel-RL nicht geändert werden, insbesondere solche, die sich durch die Rechtsprechung des EuGH herauskristallisiert haben. Dies betrifft insbesondere die Handhabung der Generalklausel, wonach der EuGH nur Hinweise gibt, die konkret Entscheidung über einzelne Klauseln jedoch den mitgliedstaatlichen Gerichten überlassen bleibt, die ihr nationales Recht heranzuziehen haben. Diese Praxis sollte in den Erwägungsgründen abgesichert werden.

Das Gleiche gilt für den Charakter der Klauselverbotsliste als indikativer Liste. Ihr Verhältnis zur Generalklausel sollte auf keinen Fall verändert werden. In den Erwägungsgründen sollte unterstrichen werden, dass es dadurch den Mitgliedstaaten möglich ist, über die Klauselverbotsliste hinaus die Generalklausel auf andere Klauseln anzuwenden.

Das Transparenzgebot sollte nicht nur für schriftlich niedergelegte Klauseln gelten, um klarzustellen, dass es auch für online gestellte Klauseln gilt. Es sollte ferner geregelt werden, dass nur Klauseln in der Sprache des Wohnsitzstaates des Verbrauchers „verständlich und klar“ sind, sofern der Anbieter seine Werbung auf den Wohnsitzstaat des Verbrauchers ausgerichtet hat.

---

[631] KG Berlin, Urt. v. 8.4.2016, 5 U 156/14.

Darüber hinaus sollte eine Regelung über die Einbeziehung von Klauseln eingeführt werden, die sich an der deutschen Regelung (§ 305 Abs. 2 BGB) orientieren könnte. Die AGB sollten dem Verbraucher übergeben oder auf einem dauerhaften Datenträger zugänglich gemacht werden.

Falls der Unionsgesetzgeber sich – entgegen der hiesigen Handlungsempfehlung - zu einer Vollharmonisierung entschließt, sollten zumindest Optionen aufgenommen werden, die es den Mitgliedstaaten erlauben, auch eine Überprüfung der Hauptpflichten vorzusehen, und Bereichsausnahmen bei den Klauselverboten, wie sie derzeit in Nr. 2 des Anhangs vorgesehen sind, nicht zu übernehmen. Es sei jedoch nochmals betont, dass es ein zentrales Anliegen aus deutscher Sicht im REFIT-Prozess ist, dass die Klauselverbote der §§ 308 und 309 BGB ungeschmälert bestehen bleiben können.

Schließlich sollte der Klauselverwender verpflichtet werden, dem Verbraucher eine klare und verständliche Zusammenfassung der Klauseln zur Verfügung zu stellen.

FAZIT

Die Untersuchung der Klausel-RL zeigt, dass sich die Richtlinie bewährt hat und wesentliche Teile weitgehend erhalten bleiben sollten. Dies gilt insbesondere für die Generalklausel und für den Charakter der Klauselverbotsliste als indikativer Liste.

Die Generalklausel hat sich vor allem in der Form bewährt, die sie durch die Auslegung des EuGH erhalten hat. Der EuGH betont, dass er nur die abstrakten Kriterien der Klausel auslegt und den vorlegenden Gerichten Hinweise gibt, ihnen aber die Entscheidung über die auf nationalem Recht beruhenden bzw. dieses modifizierende einzelnen Klauseln überlässt. Diese Rechtsprechung gibt den nationalen Gerichten einen angemessenen Spielraum, den zu erhalten wir befürworten. Der Unionsgesetzgeber sollte daher in den Erwägungsgründen verankern, dass er diese Rechtsprechung billigt.

Das Gleiche gilt für die Rechtsprechung des EuGH, mit der er das Effektivitätsgebot im Rahmen der Klausel-RL begründet. Auch hinter diese Rechtsprechung sollte nicht zurückgegangen werden; sie sollte vielmehr ebenfalls in den Erwägungsgründen verankert werden.

Dagegen sollte durch eine Änderung des Richtlinientextes das Erfordernis der schriftlichen Niederlegung von Klauseln für die Transparenzkontrolle gestrichen werden, um sicherzustellen, dass sich die Transparenzkontrolle auch auf online gestellte Klauseln bezieht.

Eine Änderung oder Ergänzung des Anhangs zur Richtlinie, der den Klauselverbotskatalog enthält, ist nicht erforderlich, solange sichergestellt ist, dass es sich dabei um eine indikative Liste handelt. Diese Qualifizierung geht derzeit (nur) auf die Rechtsprechung des EuGH zurück. Sie findet sich nicht im Richtlinientext und sollte in die Erwägungsgründe aufgenommen werden. Das Beharren auf der „indikativen Liste“ bedeutet eine strikte Ablehnung einer vollharmonisierenden neuen Richtlinie, die nicht hinnehmbare Auswirkungen auf den durch die §§ 308 und 309 BGB gewährleisteten Schutzstandard des deutschen Klauselkontrollrechts hätte.

Beibehalten werden sollten auch die Optionen für die Mitgliedstaaten, wonach die Hauptleistungspflichten einer Klauselkontrolle unterstellt werden können, und dass die Mitgliedstaaten die Bereichsausnahmen für einzelne Klauselverbote nicht umsetzen müssen. Beides bedarf entgegen der derzeitigen Rechtslage einer ausdrücklichen Regelung, wenn das Minimalstandardprinzip aufgegeben werden sollte.

Eine neue Richtlinie sollte ergänzt werden um eine Regelung zur Einbeziehungskontrolle. Wegen der zunehmenden Bedeutung grenzüberschreitender Geschäfte ist

es wichtig, dass eine Regelung auf Unionsebene erfolgt; die Frage kann nicht mehr den Mitgliedstaaten überlassen bleiben. Mit der Einführung einer derartigen Regelung müsste eine entsprechende Erstreckung der Verbandsklagebefugnis einhergehen.

Schließlich sollte der Klauselverwender verpflichtet werden, dem Verbraucher eine transparente und verständliche Zusammenfassung der von ihm verwendeten Klauseln zur Verfügung zu stellen, die ihm vor Vertragsschluss zu übergeben oder auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung zu stellen ist. AGB sind insoweit wie Informationspflichten zu behandeln.

VI. UNTERLASSUNGSKLAGENRICHTLINIE

1. ZUR BEDEUTUNG DER UNTERLASSUNGSKLAGENRICHTLINIE IM REFIT-PROZESS

Die Richtlinie 2009/22/EG über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen gehört seit vielen Jahren zu den wichtigsten Instrumenten der Durchsetzung des europäischen Verbraucherrechts. Ihre Wurzeln sind wesentlich älter als es die Datierung der aktuell geltenden Richtlinie vermuten ließe. Bereits frühere Richtlinien enthielten Vorgaben an die Mitgliedstaaten, wonach Verbandsklagen oder vergleichbare Instrumente der privaten Rechtsdurchsetzung einzuführen waren oder mindestens als Option vorgesehen waren: Dies betraf zunächst 1984 die irreführende Werbung und im Jahre 1993 die Bekämpfung missbräuchlicher Klauseln.[632] Später wurden dann diese und andere Regeln in der Richtlinie 98/27/EG zusammengefasst und kodifiziert; die heute geltende Richtlinie 2009/22/EG stellt im Wesentlichen eine Neufassung und Konsolidierung der bereits seit 1998 geltenden Regeln dar. Diese Gesetzgebungsgeschichte zeigt schon, dass sich das Verbandsklagerecht in der Europäischen Union als wichtiges und bewährtes Instrument der Rechtsdurchsetzung etabliert hat.

Auch in Deutschland ist die Verbandsklage eine Erfolgsgeschichte. Sie ist wesentlich älter als die genannten europäischen Vorschriften und wurde als Verbandsklage für Wirtschaftsverbände bereits 1896 eingeführt, als Verbandsklage der Verbraucherverbände dann im Lauterkeitsrecht des Jahres 1965 und im AGB-Recht des Jahres 1977. Man muss davon ausgehen, dass die europäische Rechtsentwicklung hier ganz wesentlich von den in Deutschland gemachten positiven Erfahrungen beeinflusst war. Für Deutschland lässt sich jedenfalls durch mehrere umfangreiche Studien belegen, dass die Geschichte der Verbandsklage eindeutig als Erfolgsgeschichte im Hinblick auf ihre rechtsdurchsetzende Funktion zu bewerten ist.[633]

Aus diesem Grund kommt der Unterlassungsklagenrichtlinie und der mit ihr adressierten Frage nach den Formen der Rechtsdurchsetzung auch im REFIT-Prozess eine ganz erhebliche Bedeutung zu. Gerade die Diskussionen auf dem von der EU-Kommission veranstalteten Consumer Summit 2016 zeigen, dass an vielen Stellen das materielle EU-Verbraucherrecht als im Grunde zufriedenstellend betrachtet wird, auch wenn natürlich einzelne Verbesserungen immer sinnvoll sein können. Dagegen wird die Frage nach der angemessenen Durchsetzung des materiellen Verbraucherrechts als weiterhin ungelöstes Problem angesehen.[634] Daher sind Fragen der Effektivität und faktischen Durchsetzung ein wesentlicher Bestandteil des gesamten REFIT-Prozesses.

---

[632] Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 84/450/EWG des Rates zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über irreführende Werbung, ABl. EG Nr. L 250/17 v. 19.9.1984; Art. 7 Abs. 2 der Richtlinie 93/13/EWG des rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG Nr. L 95/29 v. 21.4.1993.

[633] Zur Entwicklung und zur Erfolgsgeschichte der Verbandsklage in der Bundesrepublik Deutschland siehe insbesondere die umfangreichen Gutachten von *Micklitz/Stadler*, Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft (Gutachten im Auftrag des früheren MVEL, 2004); *Meller-Hannich/Höland*, Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente für Verbraucher im nationalen Recht und rechtliche Bewertung ausgewählter Ansätze zu ihrer Fortentwicklung (Gutachten im Auftrag der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung, 2011); *Halfmeier,* 50 Jahre Verbraucherverbandsklage – Möglichkeiten und Grenzen kollektiver Rechtsschutzinstrumente: Bilanz und Handlungsbedarf (Gutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbands e.V., 2015).

[634] Vgl. zu dieser Wahrnehmung einer unzureichenden Durchsetzung des Verbraucherrechts etwa den Entwurf einer Neufassung der CPC-Verordnung v. 25.5.2016, COM(216) 283 final, S. 5: Im Verbraucherrecht gebe es eine hohe Nichterfüllungsquote mit Millionenschäden für die Verbraucher.

Auf die Unterlassungsklagenrichtlinie bezogen lassen sich aus dieser Bedeutung der Rechtsdurchsetzung für den REFIT-Prozess zwei wesentliche Herausforderungen ableiten: Erstens ist die rechtsdurchsetzende Funktion der Verbandsklage auch in diesem Prozess zu bewahren und zu festigen. Zweitens sind aber auch mögliche Lücken und Probleme zu identifizieren, die dazu führen, dass die Durchsetzung des Verbraucherrechts weiterhin als unzureichend wahrgenommen wird. Diese beiden allgemeinen Aspekte werden sich als quer laufende Leitfragen durch die im Folgenden vorzunehmende Analyse einzelner besonderer Problemfelder hindurchziehen.

2. KOHÄRENZ

Mit dem Begriff der Kohärenz wird im REFIT-Prozess das Problem angesprochen, dass die vielfältigen Regelungen des Unionsrechts möglicherweise nicht ausreichend aufeinander abgestimmt sind oder sich sogar widersprechen könnten. Betrachtet man hier die Regelungen der Union im Bereich der Rechtsdurchsetzung, so treten vier Probleme in den Vordergrund: Zunächst (a) ist es fraglich, ob die katalogartige, enumerative Liste der durchzusetzenden Richtlinien, die man heute im Anhang I der Unterlassungsklagenrichtlinie 2009/22/EG findet, überhaupt zweckmäßig ist. Weiterhin ist (b) das Verhältnis der Unterlassungsklagenrichtlinie zur Empfehlung Nr. 2013/396/EU zu klären, d.h. zu anderen Formen des kollektiven Rechtsschutzes. Damit hängt eng zusammen (c) die Frage nach dem Verhältnis zur individuellen Rechtsdurchsetzung sowie schließlich (d) das Verhältnis zwischen privatrechtlicher und behördlicher Rechtsdurchsetzung. In allen diesen Bereichen ist das Unionsrecht sicherlich nicht „inkohärent“ im Sinne von widersprüchlich, aber es besteht trotzdem der Bedarf nach konzeptioneller Abstimmung und einer gewissen übergreifenden Strategie der Rechtsdurchsetzung.

2.1. Kataloglösung oder offener Anwendungsbereich

Bisher enthält Anhang I der Unterlassungsklagenrichtlinie einen Katalog von Rechtsvorschriften. Nur die Einhaltung dieser speziellen Bestimmungen kann von den in Art. 3 der Unterlassungsklagenrichtlinie genannten „qualifizierten Einrichtungen“ gerügt werden. Dies ist insoweit unbedenklich, als die Mitgliedstaaten ja weitergehende Vorschriften erlassen können; die Unterlassungsklagenrichtlinie hat nur mindestharmonisierenden Charakter (Art. 7 der Richtlinie). So hat etwa der deutsche Gesetzgeber mit § 2 UKlaG eine Vorschrift geschaffen, die zwar auch eine Liste von durchzusetzenden Vorschriften enthält, darüber hinaus aber auch einen allgemeinen Begriff der „Verbraucherschutzgesetze“ kennt, der von den Gerichten situationsadäquat und in einer fallrechtlichen Entwicklung ausgelegt werden kann.

Die Beschränkung des Unionsgesetzgebers auf eine enumerative Aufzählung würde zur konkreten Gefahr für das Niveau der Rechtsdurchsetzung, wenn die Unterlassungsklagenrichtlinie auf ein System der Vollharmonisierung umgestellt würde. Dann wäre nämlich zu fragen, ob und inwieweit Vorschriften des nationalen Rechts, die den Anwendungsbereich der Verbandsklage mit allgemeinen, interpretationsbedürftigen und interpretationsfähigen Begriffen beschreiben, überhaupt noch zulässig wären. Schon deswegen sollte in Zukunft die Unterlassungsklagenrichtlinie in ihrem Anwendungsbereich verallgemeinert werden.

Dafür sprechen aber auch weitere sachliche Gründe. Insbesondere muss man die Existenzberechtigung der Verbandsklage auf ein kompensatorisches Bedürfnis bei faktisch

unzureichender Rechtsdurchsetzung zurückführen. Dies ist in der Forschung zum kollektiven Rechtsschutz seit langem anerkannt.[635] Verkürzt gesagt stellt man fest, dass weder für die betroffenen Individuen noch für die staatlichen Behörden ausreichend Anreize und Mittel vorhanden sind, Rechtsverstöße flächendeckend abzustellen. Insbesondere sind aus Sicht des einzelnen Betroffenen die Kosten – insbesondere auch die Opportunitätskosten – der Rechtsdurchsetzung höher als der zu erwartende Nutzen; daher wird ein rationaler Akteur die Rechtsverfolgung schlicht unterlassen. Dieses individuell rationale Verhalten führt aber zu gesellschaftlich nachteiligen Konsequenzen: Aus Sicht der Unternehmen werden Rechtsverstöße nun unter Umständen rentabel, so dass kein Anreiz mehr zur Einhaltung des Rechts besteht. Dies ist nicht nur sozial unerwünscht, sondern kann auch volkswirtschaftlich nachteilige Konsequenzen haben.[636]

Diese Situation der mangelnden Rechtsdurchsetzung aufgrund rationaler Untätigkeit der individuell betroffenen Verbraucher kann es aber in vielen Rechtsgebieten geben; daher ist eine Beschränkung auf einen abschließenden Katalog von Vorschriften nicht sinnvoll. In Deutschland hat sich etwa gezeigt, dass Verbraucher auch durch rechtswidrige Kartelle geschädigt werden; daher hat der Gesetzgeber auch dort den Verbraucherverbänden eine Klagebefugnis eingeräumt (§ 33 Abs. 2 und § 34a GWB). Dass diese Befugnis in der Praxis nicht wahrgenommen wird, ändert nichts daran, dass der Gesetzgeber hier den Bedarf für eine Verbandsklage jedenfalls gesehen hat.

Auch in der Realität des Datenschutzrechts sind die Interessen der Verbraucher immer wieder massiv beeinträchtigt; gerade hier wirken auch die oben beschriebenen Mechanismen der rationalen Untätigkeit. Da sich das Datenschutzrecht nicht ohne weiteres unter den Begriff der „Verbraucherschutzgesetze“ in § 2 UKlaG subsumieren ließ und dies zumindest in der Rechtsprechung umstritten war, hat der deutsche Gesetzgeber nunmehr das Datenschutzrecht explizit in den Katalog der mit der Verbandsklage durchzusetzenden Rechtsvorschriften aufgenommen (§ 2 Abs. 2 Nr. 11 UKlaG). Gerade beim Datenschutz – ein für die Verbraucher aktuell besonders sensibler Bereich – wäre es nicht im Sinne der Kohärenz des Unionsrechts, wenn dieser Bereich vom Anwendungsbereich der in Richtlinie 2009/22/EG geregelten grenzüberschreitenden Verbandsklage ausgenommen bliebe. Immerhin erkennt der EU-Gesetzgeber im Datenschutzrecht ja selbst das Bedürfnis nach einer Verbandsklage an; dies zeigt Art. 80 Abs. 2 der ab 2018 geltenden EU-Datenschutzgrundverordnung.[637] Nur überlässt diese Regelung es den Mitgliedstaaten, ob sie die Verbandsklage im Datenschutz zulassen. Dies ist angesichts der Bedeutung des Datenschutzrechts und insbesondere angesichts der typischerweise transnational agierenden Unternehmen in diesem Bereich nicht sachgerecht.

Zweifellos könnte man dieses Problem dadurch lösen, dass man in den Katalog des Anhangs I zur Unterlassungsklagenrichtlinie nun auch das Datenschutzrecht oder sonstige für Verbraucher noch relevanten Rechtsgebiete – man denke etwa an die immer wieder umstrittenen Entschädigungszahlungen für Fluggäste – aufnimmt. Nur müsste dann dieser Katalog abhängig von sozialen, rechtlichen und ökonomischen

[635] Vgl. nur *Halfmeier,* Popularklagen im Privatrecht (2006), 223 ff. m.w.N.; jüngst auch *Fries,* Verbraucherrechtsdurchsetzung (2016), 49 ff.

[636] Dazu etwa *Fries,* (vorige Fn.), 53 ff.

[637] Verordnung (EU) 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. EG Nr. L 119/1.

Entwicklungen immer wieder angepasst werden; dies trägt aber weder zur Übersichtlichkeit noch zur Kohärenz des Unionsrechts bei. Statt dessen wäre es vernünftig, wenn man eine offene Umschreibung des Anwendungsbereichs der Verbandsklage wählte, die es der Rechtsprechung ermöglicht, auf entsprechende Entwicklungen angemessen zu reagieren.[638]

In Deutschland besteht eine solche Flexibilität etwa mit dem bereits erwähnten Begriff der „Verbraucherschutzgesetze" des § 2 UKlaG, aber auch in Form des § 3a UWG.[639] Letztere Vorschrift umschreibt eine bestimmte Gruppe von Normen – oft als „Marktverhaltensregeln" bezeichnet – deren Einhaltung für die Marktwirtschaft von allgemeiner Bedeutung ist und die deswegen auch mit Hilfe der Verbandsklage durchgesetzt werden sollen. Auch diese Norm hat also die Funktion einer verbraucher- und lauterkeitsrechtlichen Generalklausel zum Anwendungsbereich der Verbandsklage. Mit ihrer Hilfe können die Gerichte im Einzelfall den angemessenen Anwendungsbereich der Verbandsklage bestimmen.

Ein jüngstes Beispiel für diese Funktion des heutigen § 3a UWG und seinem Vorläufer in § 4 Nr. 11 UWG a.F. als Steuerungsnorm der Verbandsklagebefugnis ist die Energiesparlampen-Entscheidung des Bundesgerichtshofs, in der dieser entschied, dass zum Verbraucherschutz auch der Gesundheitsschutz gehört und dass daher ein Verbraucherverband auch gegen solche Energiesparlampen vorgehen darf, deren Gehalt an Quecksilber in rechtswidriger Weise überhöht ist.[640] Gerade in jenem Fall ging es ebenfalls um die Durchsetzung des Unionsrechts, hier in Form unionsrechtlich festgelegter Grenzwerte, die dem Gesundheitsschutz der Verbraucher dienen. Warum aber der Schutz der Gesundheit der Verbraucher weniger wichtig sein soll als der Schutz ihrer ökonomischen Interessen, wäre vollkommen unverständlich. Das Verbraucherrecht der Zukunft wird sich – so darf man jedenfalls hoffen – ohnehin von einer bloßen Förderung des Konsums um des Konsums willen wegbewegen, und zwar hin in Richtung der Gewährleistung eines nachhaltigen und mit Anforderungen des Umweltschutzes verträglichen Konsums.[641]

Insgesamt ist es daher sachwidrig und nicht im Interesse einer kohärenten Durchsetzung des Unionsrechts, wenn man den Anwendungsbereich der Unterlassungsklagenrichtlinie weiterhin auf eine enumerative Liste von Vorschriften festlegen wollte. Vielmehr sollte eine allgemeine Umschreibung des Anwendungsbereichs der Verbandsklage gefunden werden, die ausreichend Raum für eine fallrechtliche Entwicklung im Hinblick auf konkrete soziale und ökonomische Bedürfnisse lässt. Ein solch offener Ansatz wurde mit Recht auch in der Empfehlung der Kommission zum kollektiven Rechtsschutz gewählt. In der Empfehlung wird nämlich allgemein dargelegt, dass kollektive

---

[638] Vgl. etwa den Vorschlag zur Beschreibung des angemessenen Anwendungsbereichs einer Popularklage bei *Halfmeier,* Popularklagen im Privatrecht (2006), S. 395.

[639] Ausführlich zu § 3a UWG oben II 3.

[640] BGH, Urt. v. 21.9.2016 – I ZR 234/15. Die schriftl. Begründung liegt noch nicht vor, zur Begründung vgl. jedoch schon die Vorinstanz: OLG Celle, Urt. v. 8.10.2015, GRUR-RR 2016, 245, 247.

[641] Dazu etwa *Tonner,* in: Festgabe Czybulka (2012) S. 317; *Halfmeier,* AcP 216 (2016) 717, 749 ff.

Rechtsschutzverfahren bei allen „Massenschadensereignissen“ zweckmäßig sein können, bei denen „durch Unionsrecht garantierte Rechte“ verletzt werden.[642] Welche Bereiche dies konkret sind, wird von der Kommission zwar beispielhaft, aber nicht abschließend wie folgt erläutert:

- Die Bereiche, in denen eine ergänzende private Verfolgung von durch Unionsrecht garantierten Rechten im Wege des kollektiven Rechtsschutzes sinnvoll ist, sind unter anderem Verbraucherschutz, Wettbewerb, Umweltschutz, Schutz personenbezogener Daten, Finanzdienstleistungen und Anlegerschutz. Die Grundsätze dieser Empfehlung sollten allgemein in diesen, aber auch in anderen Bereichen, in denen kollektive Unterlassungsklagen oder Schadensersatzklagen bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten von Interesse sein können, einheitlich angewandt werden.[643]

Eine solche offene Formulierung ist mit Blick auf die oben angestellten Überlegungen wesentlich sinnvoller als die bisherige enumerative Liste.

2.2. Verhältnis zur Empfehlung der Kommission Nr. 2013/396/EU

Das vorstehende Zitat aus den Erwägungsgründen der Kommissionsempfehlung Nr. 2013/396/EU zum kollektiven Rechtsschutz zeigt bereits, dass sich der Anwendungsbereich dieser Empfehlung deutlich mit jenem der Unterlassungsklagenrichtlinie überschneidet. Dies ist kein Zufall, sondern liegt in der gemeinsamen Wurzel der verschiedenen Formen des kollektiven Rechtsschutzes begründet: Diese liegt in der bereits dargestellten mangelhaften individuellen Rechtsdurchsetzung, aus der sich unerwünschte soziale und ökonomische Konsequenzen ergeben.

Der Unterschied zwischen dem in der Unterlassungsklagenrichtlinie gewähltem Ansatz und der Empfehlung Nr. 2013/396/EU liegt jedoch in verschiedenen Lösungsansätzen: Die Unterlassungsklagenrichtlinie schafft – ebenso wie schon vor ihr das deutsche Verbandsklagerecht – zusätzliche Interventionsbefugnisse für speziell beschriebene Einrichtungen; durch diese neben dem Individualrechtsschutz bestehenden Zusatzbefugnisse sollen die betreffenden Vorschriften des objektiven Rechts besser durchgesetzt werden. Die Verbandsklage, wie sie auch in der Unterlassungsklagerichtlinie ausgestaltet ist, hat also einen objektiv-rechtlichen Kontrollcharakter.[644] Insofern ist es auch konsequent, dass die Unterlassungsklagenrichtlinie diese objektiv-rechtliche Kontrolle sowohl für privatrechtlich organisierte Verbände ermöglicht wie auch – nach Wahl der Mitgliedstaaten – für „öffentliche Stellen“ im Sinne staatlicher Institutionen (Art. 3 a der Richtlinie). Ob die Gewerbepolizei oder ein eingetragener Verein für die Einhaltung des objektiven Rechts sorgen, ist insoweit irrelevant, beide sind in dem Sinne „altruistisch“[645] tätig, dass sie jedenfalls keine eigenen Vermögensinteressen oder sonstige individuelle Ansprüche geltend machen.

Im Gegensatz dazu ist die Empfehlung Nr. 2013/396/EU nicht auf derartiges „altruistisches“ Handeln beschränkt. Sie nennt und regelt dieses zwar auch, nämlich in Form

---

[642] Nr. 1 der Empfehlung der Kommission v. 11. Juni 2013 über Gemeinsame Grundsätze für kollektive Unterlassungs- und Schadensersatzverfahren in den Mitgliedstaaten bei Verletzung von durch Unionsrecht garantierten Rechten (2013/396/EU), ABl. 2013 L 201, 60.

[643] Ebd., ErwGr. 7.

[644] Vgl. zu dieser Unterscheidung *Halfmeier,* Popularklagen im Privatrecht (2006), S. 5 ff.

[645] Der Begriff der altruistischen Verbandsklage stammt aus dem Umweltrecht, vgl. *Schlacke,* Überindividueller Rechtsschutz (2008), S. 225 ff.

von „Vertretungsklagen“ auf Unterlassung, die von „Vertreterorganisationen“ erhoben werden können (Nr. 3 a und Nr. 4 der Empfehlung) – aber eben nicht ausschließlich. Hinzu kommt in der Empfehlung auch die kollektive, aber eigennützige Anspruchsbündelung, etwa in Form einer „Klägergruppe“, die gemeinsam ihre eigenen individuellen Ansprüche geltend macht („kollektives Schadensersatzverfahren“). Eine solche „Gruppenklage“ ist aber gerade nicht altruistischer Natur, sondern hat subjektiv-rechtlichen Charakter. Anders als die Verbandsklage schafft sie auch keine zusätzlichen Interventionsbefugnisse, sondern sie setzt an den ohnehin bestehenden Einzelansprüchen an und verhilft diesen nur zu einer gebündelten und damit effizienteren Durchsetzung.

Beide Varianten des kollektiven Rechtsschutzes haben ihren funktionalen Wert und sind auch im Rechtsvergleich anzutreffen: So sind etwa die US-amerikanische, kanadische und australische class action ebenso wie die skandinavischen Gruppenklagen als subjektiv-rechtliche Addition von Einzelansprüchen einzuordnen. Dagegen sind die in Frankreich und Deutschland bisher vorherrschenden Verbandsklagen ebenso wie die Klagen der qualifizierten Einrichtungen im Sinne der Unterlassungsklagenrichtlinie als objektiv-rechtliche Interventionsbefugnisse einzuordnen; dies erkennt man auch daran, dass bei diesen Instrumenten gerade nicht die Interessen einzelner Menschen geschützt werden sollen, sondern ein fiktives „Kollektivinteresse der Verbraucher“ (Art. 1 Abs. 1 der Unterlassungsklagenrichtlinie). Ein solches existiert natürlich nicht, sondern es handelt sich nur um eine Redewendung, mit der gemeint ist, dass das objektive Recht, auf das sich eine demokratisch verfasste Gesellschaft geeinigt hat, eben auch durchgesetzt werden soll.[646]

Allerdings sind diese beiden unterschiedlichen Ansätze im kollektiven Rechtsschutz nicht exklusiv voneinander abzugrenzen. Es sind auch Mischformen denkbar, wenn etwa den "klagebefugten Einrichtungen" besondere Rechte verliehen werden, die dann auch den einzelnen Betroffenen in ihrer Rechtsdurchsetzung helfen (dazu sogleich). Wichtig ist jedoch, dass man sich bei der Erarbeitung eines möglichst kohärenten Systems der Unterschiede dieser Ansätze bewusst ist und ihre jeweiligen Vorteile und Grenzen in den Blick nimmt. So ist die Verbandsklage auf Unterlassung zwar bei der in die Zukunft gerichteten Durchsetzung des objektiven Rechts häufig erfolgreich, aber sie führt nicht zur Kompensation der unter Umständen bereits geschädigten Verbraucherinnen und Verbraucher. Aus diesem Grund kann sie auch nur eine begrenzte verhaltenssteuernde Wirkung erzielen, da die mit ihr verbundenen Risiken für den rechtswidrig handelnden Unternehmer wesentlich geringer ausfallen, als wenn dieser die flächendeckende Kompensation der verursachten Schäden zu befürchten hätte.

Daher ist es sinnvoll, im Hinblick auf ein kohärentes System der kollektiven Rechtsdurchsetzung auch die Empfehlung Nr. 2013/396/EU in den Fortgang des REFIT-Prozesses einzubeziehen. Als Empfehlung ist diese allerdings gemäß Art. 288 Abs. 5 AEUV für die Mitgliedstaaten nicht verbindlich. Immerhin hat die Kommission mit der Empfehlung aber einen Diskussionsprozess zum kollektiven Rechtsschutz explizit angestoßen. Gemäß Nr. 41 der Empfehlung wird die Kommission im Jahr 2017 über die Umsetzung (oder Nicht-Umsetzung) der Empfehlung beraten und ggf. über weitere Maßnahmen beraten, zu denen auch der Vorschlag einer Richtlinie zum kollektiven Rechtsschutz gehören könnte. In diesen Diskussions- und gegebenenfalls Rechtsset-

[646] Zur Verwendung der Begriffe „Interesse“ s. *Halfmeier,* Popularklagen im Privatrecht (2006), S. 202 ff.

zungsprozess sollte auch die Überarbeitung der Unterlassungsklagenrichtlinie einbezogen werden. Die zahlreichen mitgliedstaatlichen Regelungen zum kollektiven Rechtsschutz bieten dazu reichhaltiges Anschauungsmaterial.[647] Dieses sollte im Hinblick auf die Effizienz und Angemessenheit der jeweils gewählten Instrumente gründlich ausgewertet werden, um so möglicherweise zu Grundlinien einer europäischen *best practice* im kollektiven Rechtsschutz zu kommen.

In diesem Zusammenhang ist allerdings auch darauf hinzuweisen, dass die Empfehlung Nr. 2013/396/EU in der Fachöffentlichkeit mit Recht kritisch betrachtet wurde.[648] Sie ist in ihren Details teilweise unausgegoren, teilweise aber auch schlicht falsch: In der Literatur wird insbesondere die Fixierung der Empfehlung auf das "opt-in"-Prinzip kritisiert,[649] wonach eine Klägergruppe immer nur "auf der Grundlage der ausdrücklichen Zustimmung" der jeweils individuell betroffenen Personen gebildet werden soll (Nr. 21 der Empfehlung). Ein Vorgehen nach dem "opt-out"-Prinzip – wonach also die Gruppe abstrakt umschrieben wird und jedes Gruppenmitglied automatisch einbezogen ist, wenn es nicht den Austritt aus der Gruppe erklärt – wird in Nr. 21 der Empfehlung als Ausnahme behandelt, die einer besonderen Rechtfertigung durch "Gründe der ordnungsgemäßen Rechtspflege" bedürfe. Damit werden opt-out-Verfahren in eine problematisches Licht getaucht, das der Realität in den Mitgliedstaaten nicht entspricht: Es existieren bereits rechtstaatlich abgesicherte opt-out-Verfahren in zahlreichen Mitgliedstaaten – etwa in Großbritannien,[650] Belgien,[651] den Niederlanden[652] und Dänemark,[653] so dass man hier nicht von einem Ausnahmecharakter sprechen kann. Im Gegenteil: Die praktische Erfahrung etwa in Dänemark zeigt, dass bei kleinen Einzelschäden – in denen auch ein opt-in-Verfahren typischerweise nicht geeignet ist, die rationale Untätigkeit der Betroffenen zu beseitigen – schon die gesetzliche Möglichkeit der Eröffnung eines opt-out-Verfahrens eine gewisse verhaltenssteuernde Wirkung haben kann.[654]

Als weiterer Mangel der Empfehlung ist ihre restriktive Haltung hinsichtlich der Prozessfinanzierung anzusehen. Gerade bei der Addition zahlreicher Einzelansprüche kann ein Verfahren aufwendig, kostenintensiv und risikoreich sein, so dass angemessene Finanzierungsinstrumente gefunden werden müssen. Die Empfehlung will aber etwa anwaltliche Erfolgshonorare, die ein solches Finanzierungsmodell für die Kläger darstellen könnten, zumindest im Grundsatz möglichst restriktiv handhaben. Dabei scheint sie zu implizieren, dass Erfolgshonorare einen Anreiz für "unnötige" Streitverfahren schaffen (Nr. 29 und 30 der Empfehlung). Diese Annahme ist unverständlich, da ja Erfolgshonorare in ihrer Wirkung gerade dazu führen, dass Anwälte nur noch aussichtsreiche – und daher auch nicht "unnötige" – Verfahren führen werden. Im Gegenteil dazu besteht ein

---

[647] Vgl. die rechtsvergleichende Durchsicht einiger dieser Verfahrensregelungen bei *Halfmeier,* 50 Jahre Verbraucherverbandsklage – Möglichkeiten und Grenzen kollektiver Rechtsschutzinstrumente: Bilanz und Handlungsbedarf (Gutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbands e.V., 2015), S. 8 ff.

[648] Vgl. etwa *Stadler,* GPR 2013, 281 ff.

[649] Insbesondere in der Stellungnahme des „European Law Institute“: Statement of the European Law Institute on Collective Redress and Competition Damages Claims (2014), 42 f.

[650] Dazu *Eckel,* WuW 2015, 4 ff.

[651] Dazu *Voet,* EBOR 16 (2015), 121 ff.

[652] Dazu *Stadler,* ZfPW 2015, 61, 70 ff.; *Mom,* Kollektiver Rechtsschutz in den Niederlanden (2011), S. 311 ff.

[653] Dazu *Werlauff,* EBLR 2013, 173, 179 ff.

[654] So die wiederholten Aussagen des früheren dänischen „Forbrugerombudsmand“ und heutigen Generalanwalts beim EuGH *Saugmandsgaard Øe,* der das opt-out-Verfahren als Druckmittel bezeichnete, welches in Verhandlungen mit Unternehmen über die Korrektur ihres Verhaltens erfolgreich eingesetzt werden könne.

Anreiz zur Führung "unnötiger" Verfahren für einen Anwalt gerade bei solchen Vergütungssystemen, die eine Vergütung unabhängig vom Ausgang des Verfahrens gewähren, d.h. etwa bei der nur auf den Streitwert oder nur auf die Arbeitszeit bezogenen Vergütung des Anwalts.

Diese im Detail sichtbar werdenden Probleme in der Empfehlung 2013/396/EU sollen an dieser Stelle nicht umfassend erörtert werden; dies muss der künftigen Diskussion um eine mögliche unionsrechtliche Regelung des kollektiven Rechtsschutzes vorbehalten bleiben. Im Kontext des REFIT-Prozesses ist nur entscheidend, dass die Unterlassungsklagenrichtlinie einerseits und die Empfehlung zum kollektiven Rechtsschutz andererseits nicht isoliert voneinander betrachtet werden dürfen, sondern dass aus beiden Ansätzen heraus gemeinsam mit den Erfahrungen aus den Mitgliedstaaten ein kohärentes unionsrechtliches Instrument zum kollektiven Rechtsschutz erarbeitet werden könnte und sollte.

2.3. Verhältnis zur individuellen Rechtsdurchsetzung: Verjährungshemmung

Das im REFIT-Prozess verfolgte Ziel der Kohärenz bezieht sich aber nicht nur auf die Gestaltung verschiedener Instrumente des kollektiven Rechtsschutzes, sondern sollte auch das Verhältnis dieser Instrumente zur individuellen Rechtsverfolgung klären. Dies gilt gerade für die Verbandsklagen, mit denen den klagebefugten Einrichtungen zusätzliche Interventionsbefugnisse verliehen werden. Sie sollen das tradierte System individueller Rechtsdurchsetzung im Zivilprozess ja nicht ersetzen, sondern nur seine faktischen Defizite ein Stück weit kompensieren. Es ist daher zu überprüfen, ob die Verbandsklagen auch zur faktischen Stärkung und besseren Durchsetzung individueller Rechtspositionen genutzt werden können. Dabei werden in der rechtspolitischen Diskussion insbesondere zwei Fragenkomplexe erörtert, nämlich erstens die mögliche Hemmung der Verjährung von Individualansprüchen durch eine Verbandsklage und zweitens eine Rechtskraftwirkung von im Verbandsklageverfahren ergangenen Urteilen zu Gunsten individueller Verbraucherinnen und Verbraucher. Zunächst soll hier auf die Verjährungsproblematik und ihre praktische Bedeutung eingegangen werden.

2.3.1. Praktische Bedeutung der Verjährung

Das deutsche Recht kennt bisher keine Verjährungshemmung für individuelle Ansprüche durch die Erhebung einer Verbandsklage. Dies führt in der Praxis zu gravierenden Nachteilen für die Verbraucherinnen und Verbraucher: Dazu muss man sich zunächst vor Augen führen, dass die Verjährung im deutsches Recht ein sehr scharfes Schwert für den Anspruchsgegner darstellt, mit dem er in vielen Fällen der Sache nach begründete Ansprüche wegen des schlichten Zeitablaufs abwehren kann. Dies hat im Wesentlichen zwei Gründe, nämlich erstens die vergleichsweise kurzen Verjährungsfristen im deutschen Zivilrecht – je nach Sachlage gelten hier Fristen von einem Jahr (so noch § 37b Abs. 4 WpHG a.F.), zwei Jahren (z.B. in § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB), oder ersatzweise die regelmäßige Verjährungsfrist von drei Jahren (§ 195 BGB).

Selbst die dreijährige Frist kann allerdings faktisch eher kurz sein, wenn etwa ein Verbandsklageverfahren durch mehrere Instanzen läuft. Erst nach einigen Jahren liegt dann eine höchstrichterliche Entscheidung vor, aus der die betroffenen Verbraucherinnen und Verbraucher erkennen können, dass und in welchem Umfang sie möglicherweise rechtswidrig behandelt wurden. Dies wird durch zwei Beispiele aus der Praxis illustriert: Im Fokus von Verbandsklageverfahren der Verbraucherzentralen stand immer wieder die Frage nach der rechtlich korrekten Berechnung von Rückkaufswerten bei

Lebensversicherungen. Dies ist für zahlreiche Verbraucher relevant, weil Lebensversicherungen häufig gekündigt werden und dann regelmäßig die Frage nach der Höhe des Rückkaufswerts entsteht. In einem der dazu entschiedenen Fälle datiert die Abmahnung des Verbandsklägers vom September 2007, das Versicherungsunternehmen weigerte sich jedoch, eine Unterlassungserklärung zu unterzeichnen. Es kam somit zum Prozess vor Gericht, der zunächst 2009 vom Landgericht,[655] dann 2010 in der Berufungsinstanz vom Oberlandesgericht[656] und schließlich 2012 vom Bundesgerichtshof entschieden wurde, wobei der Bundesgerichtshof die Unwirksamkeit zahlreicher in Bezug auf den Rückkaufswert relevanter Vertragsklauseln feststellte.[657]

In einem solchen Fall liegen also allein fünf Jahre zwischen dem ersten Tätigwerden des Verbraucherverbands und der höchstrichterlichen Entscheidung. Will der einzelne Versicherungsnehmer nun seine Rechte geltend machen, so sind diese möglicherweise schon verjährt. Allenfalls kann der Verbraucher hier versuchen, aufgrund des in § 199 Abs. 1 Nr. 2 BGB geregelten "subjektiven" Beginns der Verjährungsfrist zu argumentieren, dass er angesichts der noch nicht etablierte Rechtsprechung nicht vom Bestehen seines Anspruchs ausgehen konnte. Zu dieser Frage sind aber die Kriterien in der Rechtsprechung recht unklar, so dass sich weitere signifikante Prozessrisiken ergeben, die von einer Klage eher abschrecken werden.

Dieselbe Problematik zeigt eine andere Konstellation aus der Praxis der Verbraucherzentralen: Lange war umstritten, ob formularmäßige Klauseln über Bearbeitungsentgelte (häufig 1% der Darlehenssumme) in Verbraucherkreditverträgen wirksam sind oder nicht. Im Mai 2014 entschied der Bundesgerichtshof über die Unwirksamkeit solcher Klauseln.[658] Daraufhin klagten zahlreiche einzelne Verbraucher auf Rückzahlung der überzahlten Beträge, und die betroffenen Banken erhoben die Einrede der Verjährung. Erneut war festzustellen, wann die subjektiv zu beurteilende Verjährungsfrist begonnen hatte, d.h. ab welchem Zeitpunkt den Betroffenen das Bestehen ihres Anspruchs bekannt war und eine Klage daher zumutbar gewesen wäre. Der Bundesgerichtshof setzte diesen Zeitpunkt der Erkennbarkeit des Anspruchs auf das Jahr 2011 an, da in diesem Jahr immerhin einige Oberlandesgerichte eine entsprechende verbraucherfreundliche und von der früheren Rechtsprechung abweichende Rechtsansicht vertreten hatten. Somit hätten schon 2011 auf diese Rechtsprechung gestützte Klagen hinreichend Aussicht auf Erfolg gehabt.[659] Diese BGH-Entscheidung wurde Ende Oktober 2014 verkündet, zugleich errechnete sich daraus und aus der dreijährigen Regelverjährung eine Frist bis zum 31. Dezember 2014, in der überhaupt nur noch Klage erhoben werden konnte. Die Verbraucher, die durch die BGH-Entscheidung nun mit gewisser Sicherheit ihre Ansprüche prüfen und berechnen konnten, hatten somit nur noch zwei Monate Zeit, um ihre Unterlagen zusammenzustellen, sich rechtlich beraten zu lassen, die Finanzierung eines Prozesses zu klären und dann auch noch tatsächlich die Klage bei Gericht einzureichen. Es liegt auf der Hand, dass nur ein Bruchteil der Betroffenen unter diesem Zeitdruck Klage erhob. Im Ergebnis verjährten daher zahlreiche Ansprüche, so dass die jeweiligen Banken einen Großteil der rechtswidrig vereinnahmten Gebühren behalten konnten.

---

[655] LG Hamburg, Urt. v. 20.11.2009 - 324 O 1116/07.

[656] OLG Hamburg, Urt. v. 27.7.2010 - 9 U 236/09.

[657] BGH, Urt. v. 25.7.2012 – IV ZR 201/10, BGHZ 194, 208.

[658] BGH, Urt. v. 13.5.2014 – XI ZR 170/13, NJW 2014, 2420.

[659] BGH, Urt. v. 28.10.2014 – XI ZR 348/13, NJW 2014, 3713.

2.3.2. Verjährungshemmung schon durch Erhebung der Verbandsklage

Gerade dieses Praxisbeispiel zeigt das zweite Problem, das die Verjährung im deutschen Recht zu einer besonders scharfen Waffe in der Hand der Unternehmen macht: Nach deutschem Recht wird die Verjährung erst durch die Erhebung einer regulären Klage vor Gericht gehemmt – oder durch eines der entsprechenden Surrogate in § 204 Abs. 1 Nr. 2 ff. BGB, etwa durch den gerichtlichen Mahnbescheid. Aufgrund der bekannten Prozessrisiken und dem mit einer förmlichen Klageerhebung verbundenen Aufwand – insbesondere Rechtsberatung, Vertretung, Finanzierung – ist dies aber eine sehr hohe Hürde, die von Verbrauchern typischerweise nur selten übersprungen wird. Dadurch wird die Verjährung im deutschen Recht zu einem schwer zu überwindenden Hindernis. In anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union mag dieses Problem weniger gravierend sein: Blickt man etwa in die Niederlande, so kann dort die Verjährung bereits durch Übersendung eines normalen Briefs gehemmt werden, was für Verbraucher eine deutlich niedrigere Hürde darstellt.

Geht man aber davon aus, dass das allgemeine Verjährungsrecht in Deutschland zunächst unverändert bleibt, so muss man darüber nachdenken, wie man Verbandsklage und individuelle Klage im Hinblick auf die Verjährung verzahnen kann. Dazu gibt es in anderen Mitgliedstaaten bereits Vorbilder: In den Niederlanden unterbricht die Verbandsklage die Verjährung entsprechender Individualansprüche,[660] und auch die französische action en groupe enthält eine vergleichbare Vorschrift.[661] In beiden Rechtsordnungen wird die Verjährung der betroffenen Individualansprüche unmittelbar mit und durch die Erhebung der Verbandsklage gehemmt, ohne dass es auf eine Aktivität der einzelnen Anspruchsinhaber ankäme.

Auch das Unionsrecht selbst kennt eine zumindest strukturell vergleichbare Verjährungshemmung im Kartellrecht, wo die Einleitung der Untersuchungen durch die Wettbewerbsbehörde die Verjährung der individuellen Schadensersatzforderungen hemmt, ohne dass der einzelne Geschädigte etwas dazu tun müsste.[662] Dieselbe Regelung gilt bereits heute im deutschen Kartellrecht (§ 33 Abs. 5 GWB).

Zwar ist ein klageberechtigter Verband als privater Akteur keine Wettbewerbsbehörde, aber funktional gibt es eindeutige Parallelen: Auch im Kartellrecht sollen die Anspruchsinhaber eine zentrale Klärung des Sachverhalts in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht abwarten können, bevor sie selber über die Klageerhebung entscheiden. Dies ist nicht nur im Interesse der Betroffenen, sondern dient auch der Verfahrenseffizienz: Würden zahlreiche potentielle Anspruchsinhaber frühzeitig Klage erheben, um die Verjährung ihrer Ansprüche zu vermeiden, so müssten die Tat- und Rechtsfragen nicht nur im behördlichen Verfahren, sondern auch noch parallel in zahlreichen Zivilprozessen geklärt werden, was eine Verschwendung von Ressourcen darstellte. Die Kommissionsempfehlung Nr. 2013/396/EU verallgemeinert diesen Grundsatz der Verjährungshemmung über das Kartellrecht hinaus auf sämtliche behördliche Verfahren, in denen es um die Verletzung von Unionsrecht geht (Nr. 34 der Empfehlung).

---

[660] Hoge Raad, Urt. v. 28.3.2014, NJB 2014/737, ECLI:NL:HR:2014:766.

[661] Art. L 623-27 Code de la Consommation in der neuen Fassung seit 1.7.2016.

[662] Art. 10 Abs. 4 der Richtlinie 2014/104/EU, vergleichbar in Deutschland ist heute schon § 33 Abs. 5 GWB. Die Bundesregierung hat am 28.9.2016 den Regierungsentwurf zur 9. GWB-Novelle beschlossen, mit dem u.a. die Richtlinie 2014/104/EU umgesetzt werden soll. Auch in diesem Entwurf findet sich in § 33h Abs. 6 GWB-E eine Regelung zur Verjährungshemmung durch Verfahrenseinleitung der Wettbewerbsbehörden.

Bei den von der Verbraucherverbandsklage abgedeckten Bereichen gibt es typischerweise jedoch keine dem Kartellrecht vergleichbaren behördlichen Verfahren. Der Sache nach tritt aber hier die Klageerhebung durch den Verbraucherverband an die Stelle der behördlichen Ermittlung, und es ist auch in dieser Konstellation sinnvoll, zahlreiche Parallelverfahren zu vermeiden und es den potentiellen Anspruchsinhabern zu ermöglichen, zunächst eine Klärung im Verbandsverfahren abzuwarten, ohne die Verjährung ihrer Ansprüche zu riskieren.

Insgesamt ist daher eine Verzahnung von Verbandsklage und individuellen Ansprüchen im Hinblick auf die Verjährung zwecks besserer Rechtsdurchsetzung notwendig. Dabei könnte man sich im Grundsatz an den Regelungen in den Niederlanden und in Frankreich orientieren, nach denen die Erhebung der Verbandsklage zugleich zur Hemmung der Verjährung konnexer Individualansprüche führt, ohne dass etwa eine Registrierung dieser Ansprüche oder eine sonstige Aktivität der einzelnen Anspruchsteller nötig wäre. Ein solcher Ansatz sollte auch europaweitgewählt werden, da nur eine Verjährungshemmung ohne Zutun der individuellen Anspruchsinhaber – wie sie ja auch in den oben dargestellten kartellrechtlichen Fällen stattfindet – geeignet ist, das Phänomen der rationalen Untätigkeit zu überwinden.

Als mögliche Orientierung dazu wurden bereits die Regelungen in den Niederlanden, in Frankreich und im deutschen und europäischen Kartellrecht genannt. Der niederländische *Hoge Raad* begründet etwa die auf einzelne Schadensersatzansprüche bezogene verjährungshemmende Wirkung einer auf Unterlassung oder Feststellung gerichteten Verbandsklage gerade damit, dass die Verbandsklage zu einer umfassenden und nach Möglichkeit einvernehmlichen Beilegung der Streitigkeit beitragen soll. Diese Wirkung würde aber verfehlt, wenn die einzelnen Schadensersatzansprüche während der Anhängigkeit der Verbandsklage verjährten.[663] Ganz ähnlich formuliert dies auch die Gesetzesbegründung zum deutschen § 33 Abs. 5 GWB: Die Verjährungshemmung bei einer behördlichen Verfahrenseinleitung soll die spätere Durchsetzbarkeit der einzelnen Schadensersatzforderungen absichern.[664] Die Begründung zum Entwurf der heute geltenden Kartellschadensersatzrichtlinie 2014/104/EU fügt noch einen weiteren wichtigen Aspekt hinzu, nämlich den der Rechtssicherheit: Durch die Verjährungshemmung soll gerade eine vorherige Klärung im Hinblick auf die allen Schadensersatzansprüchen gemeinsamen Merkmale (z.B. Vorliegen eines Kartellrechtsverstoßes) ermöglicht werden, um dann auf dieser Grundlage die Durchsetzung der Einzelansprüche zu ermöglichen.[665] Dieser bereits im europäischen Recht vorhandene Gedanke sollte auch auf eine europäische Neuregelung der Verbandsklage übertragen werden.

Aus Sicht des Beklagten ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Verjährung ja zu Rechtsfrieden nach Ablauf einer bestimmten Zeit führen soll, und dass er sich daher darauf einstellen muss, welche Ansprüche noch gegen ihn erhoben werden und welche nicht mehr. Die Funktion der üblichen Hemmungstatbestände (insbesondere Klageerhebung) besteht unter diesem Aspekt gerade darin, den Anspruchsgegner darüber zu informieren, welche Ansprüche aus welchen Sachverhalten gegen ihn noch geltend gemacht werden sollen, und zwar typischerweise durch Angabe einer Anspruchshöhe und eines Sachverhalts, aufgrund dessen der Anspruch erhoben wird. Diese Funktion

---

[663] Hoge Raad, Urt. v. 28.3.2014, NJB 2014/737, ECLI:NL:HR:2014:766.

[664] BT-Drucks. 15/3640, 55.

[665] Vorschlag der Europäischen Kommission v. 11.6.2013 für eine Richtlinie über bestimmte Vorschriften für Schadensersatzklagen nach einzelstaatlichem Recht wegen Zuwiderhandlungen gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen der Mitgliedstaaten und der Europäischen Union, COM(2013) 404 final, 19.

wird aber auch im geltenden Kartellschadensersatzrecht erfüllt, indem die Behörde einen bestimmten Kartellverstoß angibt, dem sie nachgeht. Dadurch ist das betroffene Unternehmen darüber informiert, dass dieser angebliche Verstoß näher untersucht wird und dass sich daraus auch noch zivilrechtliche Schadensersatzansprüche ergeben könnten, dass also in Bezug auf diesen Verstoß noch kein Rechtsfrieden eintreten kann.

Diesem Interesse müsste auch eine Regelung der Verjährungshemmung durch die Verbandsklage Rechnung tragen, indem sie etwa dem Verbandskläger auferlegt, in seiner Klage den sachlichen Umfang der gerügten Rechtsverstöße ausreichend genau zu umschreiben. In diesem Sinne regelt etwa das französische Recht, dass alle Schadensersatzansprüche von der Verjährungshemmung profitieren, die als „résultant des manquements constatés par le jugement“[666] bezeichnet werden können, d.h. die auf dem im Klagantrag gerügten Rechtsverstoß beruhen. Eine ähnliche sachverhaltsbezogene Verbindung zu den individuellen Ansprüchen wird in Art. 10 Abs. 4 der Richtlinie 2014/104/EU hergestellt, wenn es dort heißt, dass die Verjährungshemmung solche Ansprüche umfasst, die sich auf die jeweils untersuchte Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht „beziehen“.

In der Praxis könnte man etwa mit einem Feststellungsantrag arbeiten, der den Unterlassungsantrag ersetzt oder ergänzt. Ginge es z.B. um angeblich unwirksame AGB-Klauseln, so könnte die genaue Vertragsversion genannt werden sowie ein Zeitraum ihrer Verwendung. Aus diesen Angaben kann das beklagte Unternehmen unschwer erkennen, welche Kundenbeziehungen von der verjährungshemmenden Wirkung betroffen sind und auf welche möglichen Forderungen man sich aus diesem Sachverhalt einzustellen hat.

Allerdings wird es dem Verbandskläger, der ja selbst nicht geschädigt ist, sondern die Verbandsklagebefugnis nur als objektiv-rechtliche Kontrollkompetenz hat, in der Regel nicht möglich sein, entsprechende Ansprüche auch zu beziffern. Dies ist aber auch in den genannten mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen nicht zwingend, ebenso wenig im Hinblick auf Art. 10 Abs. 4 der Richtlinie 2014/104/EU oder bei § 33 Abs. 5 GWB. Die Nennung einer konkreten Anspruchshöhe ist aber auch im allgemeinen deutschen Privatrecht nicht zwingend zur Verjährungshemmung notwendig: Auch die Klage auf Feststellung des Anspruchs reicht gemäß § 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB zur Verjährungshemmung aus, so dass auch eine unbezifferte Feststellungsklage die Verjährung hemmt.[667] Auch sie zeigt ja dem Beklagten mit ausreichender Deutlichkeit, dass hier noch kein Rechtsfrieden eingetreten ist. Daher ist eine Verjährungshemmung durch einen in der Verbandsklage entweder implizit oder explizit enthaltenen Feststellungsantrag auch mit allgemeinen Grundsätzen des Verjährungsrechts vereinbar.

2.4. Rechtskraftwirkung der Verbandsklage im Individualverfahren

Das europäische Kartellschadensersatzrecht kann hier aber auch noch in einem anderen Aspekt als Vorbild herangezogen werden – was auch wieder im Interesse der Kohärenz verschiedener Rechtsbereiche wäre: Die Richtlinie 2014/104/EU regelt nicht nur die Verjährungshemmung bei Verfahrenseinleitung durch die Kartellbehörde, sondern erklärt die Entscheidung der europäischen und nationalen Wettbewerbsbehörden im

[666] Art. L 623-27 Code de la consommation (n.F. 2016).

[667] So noch zur alten Begrifflichkeit der „Unterbrechung“ der Verjährung, aber der Sache nach gleich: BAG, Urt. v. 20.11.2003, NJW 2004, 2858, 2850; BGH, Urt. v. 25.2.1988 – VII ZR 348/86, BGHZ 103, 298.

Hinblick auf eine festgestellte Zuwiderhandlung gegen das Wettbewerbsrecht auch für privatrechtliche Schadensersatzforderungen vor den Gerichten dieses Staates als für spätere Prozesse weitgehend bindend.[668] Dies entspricht ebenfalls der oben bereits angesprochenen Effizienzlogik: Wenn man einen Anreiz schafft, Einzelklagen zurückzuhalten, bis eine Klärung durch die Behörde erfolgt ist, dann ist es nur folgerichtig, dieser behördlichen Klärung auch eine Bindungswirkung im Hinblick auf die individuellen privatrechtlichen Rechtsverhältnisse zu verleihen. Die Bindungswirkung sorgt dafür, dass in derartigen nachgelagerten privatrechtlichen Schadensersatzverfahren wegen Kartellverstößen ("follow-on"-Klagen) die grundlegenden Fragen, die bereits von der Behörde entschieden wurden – insbesondere das Vorliegen eines Kartellverhaltens in tatsächlicher Hinsicht sowie seine rechtliche Bewertung als verbotenes Verhalten – nicht noch einmal neu aufgerollt werden müssen, sondern dass sich das Gericht bei der Entscheidung über individuelle Ersatzansprüche auf solche Fragen konzentrieren kann, die individuell zu beantworten sind, etwa die Entstehung und Höhe eines Schadens. Dieses Prinzip der follow-on-Klage wird auch in der Empfehlung Nr. 2013/396/EU zum kollektiven Rechtsschutz übernommen (dort Nr. 33), und zwar über das Kartellrecht hinaus erweitert auf sämtliche behördliche Verfahren, in denen es um die Feststellung einer Verletzung von Unionsrecht geht.

Es ist daher im Interesse eines kohärenten Systems des kollektiven Rechtsschutzes zu überprüfen, ob die Struktur des follow-on-Verfahrens und die damit zusammenhängenden Effizienzvorteile auch für Verbandsklagen übernommen werden können. Der Europäische Gerichtshof hat sich hier bereits im Grundsatz zustimmend geäußert: Hinsichtlich der Feststellung, dass bestimmte AGB-Klauseln unwirksam sind, hielt der Gerichtshof eine im mitgliedstaatlichen Recht angeordnete Bindungswirkung im Hinblick auf nachfolgende Individualverfahren jedenfalls für zulässig, wenn nicht sogar für geboten.[669]

In Deutschland enthält § 11 UKlaG einen Ansatz, der dem follow-on-Verfahren in gewisser Weise vergleichbar ist. Er ermöglicht es betroffenen Verbrauchern, sich im Hinblick auf AGB-Klauseln auf ein im Verbandsklageverfahren gegen dieses beklagte Unternehmen ergangene Urteil zu berufen, sofern dieses Urteil die Unwirksamkeit der betreffenden AGB-Klausel feststellt.[670] Allerdings hat diese Vorschrift in der Praxis in Deutschland keine Wirkung entfaltet, sie ist mehr oder weniger bedeutungslos geblieben.[671] Über die Gründe kann man nur spekulieren. Allerdings hängt die fehlende Praxisrelevanz des § 11 UKlaG wohl auch damit zusammen, dass die Vorschrift einen durch den Verbraucher angestrengten Individualprozess voraussetzt, dass diese Prozesse aber wegen des bekannten Problems der rationalen Prozessabneigung eben nur in bescheidenem Ausmaß vorkommen. Schon deswegen sollten Überlegungen, wie man den rechtlichen „Ertrag“ eines Verbandsklageverfahrens für die individuell Betroffenen nutzbar macht, nicht bei bloßen Überlegungen zur Rechtskrafterstreckung stehen bleiben, sondern in den oben bereits dargestellten weiteren Kontext der sinnvollen Organisationen kollektiver Rechtsbehelfe eingebettet werden.

---

[668] Vgl. Art. 9 der Richtlinie 2014/104/EU sowie in Deutschland bereits heute § 33 Abs. 4 GWB.

[669] EuGH, Urt. v. 26.4.2012, C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242 – Invitel, dazu etwa *Micklitz/Reich,* EWS 2012, 257.

[670] Zur insoweit mit dem Unterlassungstenor verbundenen Feststellungswirkung schon *Basedow,* AcP 182 (1982) 335, 346.

[671] Ulmer/Brandner/Hensen/*Witt,* AGB-Recht, 12. Aufl. (2016) § 11 UKlaG Rn. 14: „Bis heute ist nicht bekannt geworden, dass § 11 jemals Bedeutung erlangt hat.“

Blickt man aber zu analytischen Zwecken einmal isoliert auf die Frage nach der Rechtskrafterstreckung, so lassen sich anhand der jüngeren EuGH-Rechtsprechung zwei Fragenkomplexe unterscheiden, nämlich erstens die Berücksichtigung dieser Wirkung von Amts wegen oder nur auf Einrede einer Partei und zweitens die Frage nach der inhaltlichen und persönlichen Reichweite dieser Wirkung im Hinblick auf die Grundsätze eines fairen Verfahrens.

Hinsichtlich der Einführung der Rechtskrafterstreckung in das Verfahren sieht das deutsche Recht in § 11 UKlaG noch eine Berücksichtigung nur auf Einrede vor; dies erscheint jedoch weder sinnvoll noch europarechtlich zulässig. Der Europäische Gerichtshof hat sich hier deutlich für eine amtswegige Berücksichtigung entsprechender Wirkungen ausgesprochen.[672] Nur damit kann auch die angestrebte Effizienzwirkung erreicht werden. Eine amtswegige Berücksichtigung ist auch systematisch stimmiger, da auch im allgemeinen Zivilverfahrensrecht die materielle Rechtskraft eines früheren Urteils grundsätzlich von Amts wegen zu berücksichtigen ist.[673] Allerdings stellt sich bei einer amtswegigen Berücksichtigung derartiger Wirkungen auch die Frage, ob man dem Gericht und auch den Parteien nicht ein Instrument an die Hand geben sollte, mit dem die Existenz entsprechender Urteile überprüft werden kann, d.h. ein öffentlich zugängliches Entscheidungsregister. Dies ist zwar nicht logisch zwingend, denn auch die sonstigen materiellen Rechtskraftwirkungen werden ohne Rückgriff auf ein solches Register von Amts wegen berücksichtigt. Jedoch verfügt im normalen Zweiparteien-Prozess meistens diejenige Partei, die aus der Rechtskraftwirkung für sich Vorteile herleiten möchte, ohnehin über das Urteil und wird dieses daher auch regelmäßig dem Gericht zur Kenntnis bringen.

Bei der über die ursprünglichen Prozessparteien hinausweisenden Rechtskrafterstreckung, wie sie in der Konstellation des § 11 UKlaG angelegt ist, hat jedoch die begünstigte Partei nicht ohne weiteres Zugang zu der jeweiligen Entscheidung, so dass hier eine Hilfe durch ein öffentlich einsehbares Register sinnvoll wäre. Dieses war im früheren AGB-Gesetz auch einmal vorgesehen (Register beim Bundeskartellamt gemäß § 20 AGBG a.F.), wurde aber praktisch kaum relevant. Angesichts der heutigen Möglichkeiten der elektronischen Datenverarbeitung und der Omnipräsenz des Internets sind heute für ein solches Entscheidungsregister jedoch wesentlich verbesserte Voraussetzungen gegeben. Ein Entscheidungsregister hätte darüber hinaus weitere Vorteile, die später unter dem Gesichtspunkt der Effektivität der Rechtsdurchsetzung erneut aufgegriffen werden. Für die Zwecke der Rechtskrafterstreckung ist jedenfalls wichtig, dass derartige Register uneingeschränkt öffentlich zugänglich sind, damit schon ein potentieller Kläger sich anhand des Registers informieren kann, ob sein Verfahren durch eine Rechtskrafterstreckung beeinflusst würde. Außerdem müssen sie nicht nur die inhaltliche Entscheidung enthalten, sondern auch die Prozessparteien exakt nennen, damit auch klar wird, auf welche Unternehmen sich die Rechtskrafterstreckung genau bezieht.

2.4.1. Rechtskrafterstreckung und *fair trial* - Prinzip

Letzteres ist gerade im Hinblick auf die inhaltliche und persönliche Reichweite der Rechtskrafterstreckung bedeutsam. Inhaltlich ist zu fragen, ob die Rechtskrafterstreckung für Verbraucherinnen und Verbraucher ausschließlich positiv wirken soll – so der

---

[672] EuGH, Urt. v. 26.4.2012, C-472/10, ECLI:EU:C:2012:242 – Invitel bei Rn. 42 ff.

[673] S. nur BGH, Urt. v. 16.6.1993 – VIII ZR 222/92, NJW 1993, 2942; *Zöller*/Vollkommer, ZPO, 31. Aufl. (2016), Rn. 20 vor § 322.

Ansatz in § 11 UKlaG – oder ob auch für die Verbraucher nachteilige Entscheidungen über das Verbandsklageverfahren hinaus Rechtskraftwirkung haben sollen. Letzteres beträfe etwa die Abweisung einer Verbandsklage als unbegründet, weil das Gericht zu der Auffassung gelangt, dass das Verhalten des beklagten Unternehmers rechtskonform war. Allerdings kann man nach allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätzen, wie sie nicht nur im deutschen Verfassungsrecht (Art. 103 Abs. 1 GG) sondern auch auf europäischer Ebene (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK, Art. 47 EuGRCh) gelten, niemandem ein Recht in einem Prozess absprechen, an dem er oder sie gar nicht beteiligt war. Schon deswegen verbietet sich eine Berücksichtigung von Entscheidungswirkungen im Verbandsklageverfahren zu Lasten einzelner Verbraucher.

Allerdings muss man zugleich sehen, dass eine möglichst umfassende Berücksichtigung einer einmal – ggf. sogar höchstrichterlich – getroffenen Entscheidung im Sinne der Kohärenz und Effizienz des Rechtssystems durchaus sinnvoll ist, und zwar unabhängig davon, ob diese Entscheidung nun zu Gunsten oder zu Lasten einzelner Verbraucher ausgeht. Nur müsste man, wenn man eine solche umfassende Entscheidungswirkung für alle Betroffenen herbeiführen möchte, auch allen Betroffenen die Möglichkeit geben, an dem Entscheidungsverfahren entweder zu partizipieren, also etwa durch Beitritt zu dem Verfahren (opt-in) oder durch den Verzicht auf einen in opt-out-Systemen möglichen Austritt. Bei letztere Variante müssen die Verfahrensgrundrechte dann durch eine angemessene Benachrichtigung gewahrt werden, wie dies etwa bei der US-amerikanischen class action geschieht, die ja auch für alle Gruppenmitglieder wirkt, und zwar unabhängig davon, ob die Entscheidung für oder gegen die Gruppe ausfällt.[674]

Solange aber derartige Beteiligungsmöglichkeiten der individuell Betroffenen nicht etabliert sind und der Verbandsklageprozess als klassischer Zweiparteienprozess (Verband gegen Unternehmer) geführt wird, kann es jedoch keine Rechtskrafterstreckung *zu Lasten* der an diesem Prozess nicht beteiligten Verbraucher geben.

Dasselbe gilt aber auch auf der Unternehmerseite: Angesichts der oben genannten rechtsstaatlichen Grundsätze kann sich die Rechtskraftwirkung einer im Verbandsklageverfahren ergangenen Entscheidung immer nur gegen denjenigen Unternehmer richten, der an dem Verfahren auch beteiligt war. So halten es auch § 11 UklaG und § 33 Abs. 4 GWB: Zwar begünstigen die Rechtskraftwirkungen entsprechender Entscheidungen nach diesen Vorschriften eine offene Anzahl potentieller Kläger, aber der betroffene Unternehmer konnte in dem Ausgangsverfahren – Verbandsklage oder behördliches Verfahren – bereits seine Tatsachen und Rechtsansichten vortragen, so dass ihm bereits rechtliches Gehör gewährt wurde. Es ist dann verfassungsrechtlich zulässig, diesen Unternehmer mit den Entscheidungswirkungen zu belasten, soweit sie sich in den Grenzen dessen halten, was Gegenstand des ersten Verfahrens war.

Dagegen ist es in einem Rechtsstaat nicht möglich, die Ergebnisse eines Verbandsklageverfahrens auch zu Lasten anderer Unternehmer wirken zu lassen, die an dem Verfahren gar nicht beteiligt waren. Dieser Grundsatz eines fairen Verfahrens prägt auch den Schlussantrag des Generalanwalts in einem derzeit noch laufenden Verfahren vor dem Europäischen Gerichtshof zur erga omnes-Wirkung von Urteilen im Verbandsklageverfahren: Liest man die Unterlassungsklagenrichtlinie 2009/22/EG zusammen mit

---

[674] Ausführlich zu opt-out-Systemen und den darauf bezogenen rechtspolitischen Handlungsspielräumen siehe *Halfmeier/Wimalasena,* JZ 2012, 649 ff.

dem in Art. 47 EuGRCh enthaltenen Grundsatz des fairen Verfahrens, so sei nach Ansicht des Generalanwalts die Erstreckung der Wirkung einer Entscheidung in einem Verbandsklageverfahren auf solche Unternehmer, die am Verfahren nicht beteiligt waren, ausgeschlossen.[675] Eine erga omnes-Wirkung von Verbandsklageurteilen ist daher – folgt man dieser Auffassung des Generalanwalts – schon europarechtlich gar nicht zulässig.

Hier ist allerdings zu beachten, dass die Ausführungen des Generalanwalts sich auf die in Zivilverfahren geltenden Verfahrensgrundsätze beziehen. Es geht darum, dass die Ergebnisse eines Zivilverfahrens nicht zu Lasten eines Dritten wirken können, der an diesem Verfahren gar nicht beteiligt war. Dies ist nicht zu verwechseln mit der Möglichkeit allgemeinverbindlicher Gesetzgebung: Selbstverständlich kann ein Verbot bestimmter AGB-Klauseln im Wege der allgemeinen Gesetzgebung[676] oder ggf. auch in öffentlich-rechtlich erlaubten Exekutivverfahren mit allgemeiner Gültigkeit durchgesetzt werden. Für solche Verfahren öffentlich-rechtlicher Rechtsetzung gelten ja keine individuellen Beteiligungsrechte, sondern diese gehen in dem demokratischen Akt der Wahl der gesetzgebenden Körperschaften auf. Es ist daher dem Gesetzgeber und ggf. auch der Exekutive unbenommen, entsprechende generell-abstrakte Regelungen zu treffen, nur können diese sich nicht unmittelbar aus einem Zivilverfahren ergeben, an dem der Betroffene nicht beteiligt ist.

Abschließend ist noch darauf hinzuweisen, dass der Europäische Gerichtshof zwar gewisse Rechtskraftwirkungen aus einem entschiedenen Verbandsklageverfahren für Individualverfahren akzeptiert, dass aber die einzelnen Verbraucher nicht gezwungen werden können, ihre Einzelklagen solange zurückzustellen, bis über eine der Sache nach vergleichbare Verbandsklage entschieden wird.[677] Der Gerichtshof zeigt damit, dass die Verbandsklage den individuellen Rechtsschutz unterstützen, nicht aber ersetzen soll.

2.4.2. Skizze einer möglichen europarechtlichen Regelung

Wie könnte eine solche unterstützende Verzahnung zwischen Verbandsklage einerseits und der Durchsetzung individueller Ansprüche andererseits nun aussehen? Die Europäische Kommission hat hier schon 2012 erwogen, dass Verbraucher im Anschluss an einen erfolgreichen Verbandsklageprozess unmittelbar von diesem Verfahrensergebnis profitieren sollten.[678] Damit ist die „Follow-on“-Idee angesprochen, die im Kartellschadensersatz bereits praktisch erprobt ist. Auch das französische Recht der action en groupe lässt sich als Follow-on-Verfahren begreifen: Zunächst erwirkt der klagebefugte Verband ein feststellendes Urteil, welches sich gegen einen bestimmten Beklagten richtet und in Bezug auf einen spezifischen Lebenssachverhalt dessen Rechtsverstoß feststellt. Im Anschluss daran ist es für die betroffenen Verbraucher möglich, sich diesem Verfahren anzuschließen und damit von dessen Urteilswirkungen zu profitieren.

Nach diesem Grundmuster könnte auch eine europarechtliche Regelung ausgestaltet sein: Der klagebefugte Verband könnte neben dem Unterlassungsantrag bei Gericht

---

[675] Schlussanträge des GA Saugmandsgaard Øe v. 2.6.2016, Rs. C-119/15 („Partner“), Rn. 74 und 90.

[676] Ebd., Rn. 54.

[677] EuGH, Urt. v. 14.4.2016, C-381/14 und C-385/14, ECLI:EU:C:2016:15 – Caixabank.

[678] Report from the Commission to the European Parliament and the Council concerning the application of Directive 2009/22/EC, COM(2012) 635 final, 15.

auch einen Feststellungsantrag in Bezug auf einen bestimmten Lebenssachverhalt stellen. Dieser Feststellungsantrag hätte nicht nur die oben beschriebene verjährungshemmende Wirkung, sondern würde – soweit das Gericht ihm im Urteilstenor folgt – auch Rechtskraftwirkung zu Gunsten der betroffenen Verbraucher und ihrer Individualansprüche entfalten.

Im Unterschied zu den in der Praxis erprobten kartellrechtlichen Follow-on-Klagen kann man sich im Hinblick auf Verbraucherschäden allerdings fragen, ob die reguläre Zivilklage das richtige Verfahren für die im zweiten Schritt folgende Durchsetzung der Individualansprüche ist. Gerade das Beispiel des Kartellrechts zeigt ja, dass es auch im Follow-on-Verfahren gerade nicht die Verbraucher sind, die Zivilklagen erheben, sondern eher die durch Kartelle geschädigten Produzenten und Händler. Selbst wenn also der Rechtsverstoß bereits rechtskräftig festgestellt ist und diese Feststellung auch – im Kartellrecht ja bereits geltendes Recht – zu Gunsten der einzelnen Geschädigten wirkt, so gibt es dennoch erhebliche Hürden vor einer Klageerhebung, soweit es sich um kleinere Beträge und mit dem Zugang zu Gericht wenig vertrauten Verbrauchern handelt.

Daher wäre die Rechtskrafterstreckung im Hinblick auf spätere Individualprozesse nur eine Möglichkeit, wie man ein verbraucherschützendes Follow-on-Verfahren ausgestalten könnte. Eine weitere Möglichkeit wäre – entsprechend dem französischen Modell und wohl auch entsprechend der aktuell in den Niederlanden geführten rechtspolitischen Diskussion – der freiwillige Beitritt des betroffenen Verbrauchers zu einem Abwicklungs- oder Vergleichsverfahren. Ein solches Abwicklungsverfahren würde unter der Federführung des Verbandsklägers gemeinsam mit dem Beklagten durchgeführt und würde eine außergerichtliche und einvernehmliche Klärung der verbliebenen individuellen Fragen (z.B. zur Schadenshöhe im Einzelfall) beinhalten, jedoch auf der Grundlage der vom Gericht bereits getroffenen generellen Feststellungen. Das Gericht behielte die Aufsicht über ein solches Verfahren und müsste etwaige Vergleiche auf ihre Fairness und Angemessenheit hin überprüfen – insoweit vergleichbar mit § 18 KapMuG.

Die Etablierung eines solchen besonderen Abwicklungsverfahrens, das auf einer rechtskräftig entschiedenen Verbandsklage aufbaut, wäre ein sinnvoller und die Gerichte entlastender Schritt, der auf der Überlegung beruht, dass gerade in Massenverfahren eine exakte individuelle Klärung jedes einzelnen Individualanspruchs eher nicht effizient erscheint und von den Betroffenen oft auch gar nicht verlangt wird. Letzteres zeigt sich ja schon in der niedrigen Bereitschaft zur Klageerhebung in derartigen Fällen. Bei einem weniger aufwendigen und risikoärmeren Beitritt zu einem Abwicklungsverfahren sehen jedoch die Anreizstrukturen für den Verbraucher anders aus, so dass sich eine höhere Teilnahmebereitschaft und damit auch eine stärkere Kompensations- und Präventionswirkung ergeben könnte.

2.5. Verhältnis zur behördlichen Rechtsdurchsetzung

Die obigen Erwägungen zur Unterscheidung zwischen zivilrechtlich festgestellter Unwirksamkeit von AGB-Klauseln und behördlichen Maßnahmen zeigen schon, dass die Durchsetzung des Verbraucherrechts sowohl auf zivilrechtlichem Wege – wie bei den deutschen Verbandsklagebefugnissen – als auch durch die öffentlich-rechtlich organisierte Exekutive geschehen kann. Hier gibt es in den Mitgliedstaaten unterschiedliche Traditionen und zahlreiche Mischformen. In Deutschland hat die privatrechtlich strukturierte Rechtsdurchsetzung eine lange und erfolgreiche Tradition. Trotzdem sind natürlich auch hierzulande Mischformen anzutreffen. Insbesondere sind zahlreiche der fak-

tisch bedeutsamen klagebefugten Einrichtungen überwiegend staatlich finanziert, namentlich die Verbraucherzentralen. In manchen Rechtsbereichen sind zusätzlich auch noch öffentlich-rechtlich organisierte Regulierungsagenturen installiert, die faktisch und auch ihrer Programmatik nach ebenfalls das Verbraucherschutzrecht durchsetzen, so etwa die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht oder die Datenschutzbeauftragten. Diese unmittelbar staatlichen Behörden agieren in Deutschland parallel zu den privatrechtlich verfassten klagebefugten Einrichtungen.

Die Unterscheidung und sinnvolle Abgrenzung von private enforcement und public enforcement ist seit langem Gegenstand der internationalen wissenschaftlichen Diskussion.[679] Dabei ist keineswegs geklärt, welche Mittel in welchem Kontext optimal sind. Vielmehr haben beide „Spuren" der Rechtsdurchsetzung ihre Vor- und Nachteile. Insbesondere wird bei Behörden auf das Risiko ihrer „Gefangennahme" durch mächtige Interessengruppen hingewiesen.[680] Private Kläger sind davon weniger betroffen, haben jedoch ihre eigene Agenda und ihre privaten Interessen, die nicht immer mit dem gesamtgesellschaftlichen Interesse an möglichst effizienter Rechtsdurchsetzung parallel laufen.[681] Empirische Untersuchungen zur tatsächlichen Wirkung von private und public enforcement sind bisher nur spärlich vorhanden und stoßen auch auf erhebliche methodische Probleme.

Da somit die Wirkungszusammenhänge in diesem Kontext noch unzureichend unerforscht sind, wäre es für die Europäische Kommission auch sinnlos, einen bestimmten mix aus private und public enforcement den Mitgliedstaaten vorzuschreiben oder gar die eine oder andere Herangehensweise als die primär richtige auszuzeichnen. Stattdessen müssen hier die nationalen Unterschiede als zweckmäßiges Experimentierfeld erlaubt bleiben, solange ein Goldstandard bei der Behandlung des Problems faktisch mangelhafter Rechtsdurchsetzung noch nicht gefunden ist.

Mit Blick auf vorliegenden Entwurf für eine Novelle der CPC-Verordnung[682] ergeben sich daraus die folgenden Beobachtungen: Da keineswegs ausgemacht ist, welcher policy mix aus privater und öffentlicher Rechtsdurchsetzung optimal ist, muss den Mitgliedstaaten auch im Hinblick auf die in dem Verordnungsvorschlag ausgeweiteten „Mindestbefugnisse der zuständigen Behörden" die Möglichkeit gegeben werden, diese – soweit inhaltlich sinnvoll und rechtlich zulässig – auf privatrechtlich organisierte Stellen zu übertragen. Art. 13 des Entwurfs scheint dies auch vorzusehen.

Eine solche Erweiterung der Befugnisse der „benannten Stellen" könnte sogar zu einer Verstärkung der rechtsdurchsetzenden Wirkung führen, wenn man etwa die Befugnis zur Anordnung von Kompensationsmaßnahmen (Art. 8 Abs. 2 lit. n und o des Verordnungsentwurfs) im privatrechtlichen Sinne als Beseitigungsanspruch versteht – dazu sogleich.

Mit Blick auf grenzüberschreitende Streitigkeiten (dazu ebenfalls unten) sollte gewährleistet bleiben, dass das in der CPC-Verordnung vorgesehene Koordinationsverfahren nur eine Möglichkeit neben der privatrechtlich zu erhebenden Verbandsklage bleibt,

---

[679] Vgl. zuletzt nur den Sammelband von Micklitz/Wechsler (Hrsg.), The Transformation of Enforcement (2016).

[680] Zur *regulatory capture* z.B. *Stewart/Sunstein,* Harv. L. Rev. 95 (1982) 1193.

[681] Dies wird vor allem bei profitorientierten Klägern unter Umständen für problematisch gehalten, s. dazu schon *Schäfer*, in: Basedow/Hopt/Kötz/Baetge (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess (1999), S. 67, 73 ff.

[682] Vorschlag für eine Verordnung über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden v. 25.5.2016, COM(2016) 283 final.

diese aber nicht ausschließt und sie auch nicht mit zusätzlichem Koordinationsaufwand belastet.

3. EFFEKTIVITÄT

Im Hinblick auf die Effektivität der Durchsetzung des Verbraucherrechts wird immer wieder beklagt, dass in diesem Bereich noch gravierende Durchsetzungsdefizite bestehen.[683] Zugleich kann man in der Theorie davon ausgehen, dass der verstärkte Einsatz kollektiver Rechtsschutzinstrumente geeignet ist, das wahrscheinlich bestehende Durchsetzungsdefizit zu mindern: Erstens bewirkt etwa eine Verbandsklage in einem konkreten Fall zumindest für die Zukunft rechtskonformes Verhalten auf der Unternehmerseite. Zweitens sind entsprechende Urteile aber auch geeignet, auch für andere, nicht unmittelbar am Verfahren beteiligte Unternehmen eine Anreizwirkung im Hinblick auf die Einhaltung der Rechtsnormen zu erzeugen: Ähnlich wie im Strafrecht kann man hier von negativer und positiver Generalprävention sprechen. Mit negativer Generalprävention meint man eine „abschreckende“ Wirkung in dem Sinne, dass sich der Erwartungswert rechtswidrigen Verhaltens mindert: Wenn sich die zu erwartenden Kosten eines Rechtsverstoßes – insbesondere zu erwartende Sanktionen, Schadensersatz, Bußgelder, Anwaltskosten, Reputationsverlust usw. – erhöhen und/oder die Wahrscheinlichkeit der Entdeckung und Sanktionierung des Verstoßes steigt, so kann dies – je nachdem, wie hoch der durch den Rechtsverstoß zu erzielende Gewinn ist – dazu führen, dass der Erwartungswert des Rechtsverstoßes negativ wird. Ein im Sinne der Maximierung seines Eigennutzens rational handelnder wirtschaftlicher Akteur wird dann diesen Rechtsverstoß nicht mehr als sinnvolle Handlungsalternative einordnen.[684]

Neben dieser „Abschreckungswirkung“ wird in der Literatur auch noch die Existenz einer „positiven“ Seite der Generalprävention angenommen. Diese soll – so wird jedenfalls im Hinblick auf strafrechtliche Sanktionen überlegt[685] – durch die Publizität von Sanktionsmaßnahmen die Geltung der Rechtsnormen auch für im Ansatz normtreue Personen bestätigen. Indem das Rechtssystem das rechtswidrige Verhalten öffentlich sichtbar sanktioniert, werden die normtreuen Teile der Bevölkerung in ihrer Überzeugung bestätigt, dass sie sozusagen auf der richtigen Seite des Rechts stehen. Ihr Selbstbild – etwa als rechtschaffende Bürger oder speziell im Kontext unternehmerischen Handelns als „ehrbare Kaufleute“ – wird gestärkt, indem man die Normbrecher entsprechend stigmatisiert.

Allerdings handelt es sich bei diesen theoretischen Zusammenhängen nur um Modellannahmen, die in der Wirklichkeit zu überprüfen wären. Eine solche empirische Untersuchung ist allerdings sehr schwierig und aufwendig, da sie die psychisch vermittelten Wirkungszusammenhänge von Verhalten und rechtlicher Sanktionierung betrifft, die nicht leicht aufklärbar sind und von anderen möglichen Determinanten unterschieden werden müssen, die zu konformen oder devianten Verhaltensweisen führen.[686] Hier besteht noch erheblicher Forschungsbedarf, der von der Europäischen Kommission unterstützt werden könnte, wenn sie an der Wirkungsweise und Effektivität verschiedener Rechtsdurchsetzungsmechanismen interessiert ist.

---

[683] EU-Kommission, Vorschlag zur Novellierung der CPC-Verordnung (vorige Fn.), S. 5.

[684] Zu diesem Modell s. etwa *Halfmeier,* VuR-Sonderheft zur Einführung des VSBG (2016), 17, 18.

[685] Etwa bei *Roxin,* Strafrecht AT Bd. I, 2. Aufl. (1994), S. 49 m.w.N.

[686] Zur Forschungslage in der Kriminologie z.B. *Entorf/Spengler,* MschrKrim 88 (2005), 313.

Im Folgenden soll jedoch mangels ausreichend gesicherter empirischer Erkenntnisse von dem oben beschriebenen theoretischen Modell der positiven und negativen Generalprävention ausgegangen werden, um Möglichkeiten der effektiveren Verhaltenssteuerung durch Verbandsklagen zu erörtern.

3.1. Öffentliches Register

Alle Modelle der Generalprävention beruhen auf Kommunikation und Transparenz im Hinblick auf die vom Rechtssystem ausgesprochenen Entscheidungen und Sanktionen. Die Transparente und offene gesellschaftliche Kommunikationsprozesse über diese Entscheidungen haben dabei zahlreiche, enorm wichtige Funktionen im Hinblick auf die Verhaltenssteuerung: Wenn man eine abschreckende Wirkung annimmt, so setzt diese natürlich voraus, dass die potentiellen Täter überhaupt von der zu erwartenden Sanktionierung Kenntnis nehmen können. Hinzu kommt, dass die öffentliche Stigmatisierung von Normabweichung auch den abschreckenden Effekt verstärken kann, da damit verbundene Reputationsverluste die Kosten des Rechtsbruchs erhöhen können, jedenfalls soweit es dem potentiellen Täter auf eine entsprechende Reputation überhaupt ankommt.

Auch für den positiven Aspekt der Generalprävention ist Transparenz und Kommunikation entscheidend, da die Bestärkung der Normkonformität ein zumindest auch kommunikativ gesteuerter Vorgang ist. Außerdem hat die öffentliche Kommunikation über die Norminhalte auch eine wichtige normkonkretisierende und damit Erwartungssicherheit schaffende Funktion. Die öffentliche Normkonkretisierung ist gerade in komplexen Rechtsbereichen wie etwa dem Lauterkeitsrecht, dem Datenschutzrecht und dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von wesentlicher Bedeutung. Zwar findet sie typischerweise nicht unmittelbar über die Kommunikation mit den Betroffenen statt, sondern regelmäßig über Fachkreise wie Wissenschaft, Branchenverbände, Rechtsanwälte, und Rechtsabteilungen. Diese fachbezogenen „Multiplikatoren“ wirken aber als entscheidender Transmissionsriemen für die Steuerung des Verhaltens der unternehmerischen Akteure.

Diese auf Transparenz, Publizität und offene Kommunikation gestützten Wirkungen rechtlicher Entscheidungen gehen jedoch verloren, soweit man die Behandlung individueller verbraucherrechtlicher Streitigkeiten zu einem erheblichen Teil in intransparente und nur noch lose am Recht orientierte informelle Streitbeilegungsverfahren verlagert, wie es von der Europäischen Kommission mit der ADR-Richtlinie 2013/11/EU anscheinend bezweckt wird. Gerade die im Kontext dieser Richtlinie derzeit zu beobachtende Ausbreitung derartiger informeller und intransparenter Streitbeilegungsmodelle verleiht jedoch dem kollektiven Rechtsschutz eine neue, stärkere Bedeutung. Wenn aus den individuellen Streitigkeiten keine für das Rechtssystem erheblichen und für die Verhaltenssteuerung nutzbare Impulse mehr hervorgehen, so müssen diese Impulse in besonderem Maße durch Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes erzeugt werden.[687]

Daraus ergibt sich also, dass die Öffentlichkeit und Transparenz der Verfahren des kollektiven Rechtsschutzes und der in diesen Verfahren gewonnen Ergebnisse von enormer Bedeutung sind. Sinnvoll wäre daher ein öffentliches Register derartiger Verfahren, welches sowohl auf Ebene der Mitgliedstaaten wie auch auf EU-Ebene als Teil oder Pilotprojekt einer europäischen Justizdatenbank aufgebaut werden könnte.[688] Dazu wären

---

[687] In diesem Sinne bereits *Eidenmüller/Engel,* ZIP 2013, 1704, 1709.

[688] Für eine solche Datenbank auch *Fries,* Verbraucherrechtsdurchsetzung (2016), S. 151 m.w.N.

die heutigen Möglichkeiten der elektronischen Datenverarbeitung zu nutzen, um das Register jedem Bürger und jedem Unternehmen unkompliziert über das Internet zugänglich machen zu können.

Dieses Register könnte verschiedene wichtige Funktionen übernehmen. Neben den hier angesprochenen allgemeinen Funktionen der Publizität und Normkonkretisierung kommen auch spezifisch-rechtstechnische Funktionen in Betracht, etwa im Hinblick auf die oben bereits erörterte Erstreckung der Rechtskraftwirkung. Auch sie setzt sinnvollerweise ein öffentlich einsehbares Register voraus, mit dessen Hilfe man entsprechende Wirkungen ermitteln kann.

Wichtig ist dabei, dass das Register nicht anonymisiert geführt wird, sondern die exakten Namen der jeweils beteiligten Kläger und Beklagten enthält. Dies ist sowohl für die Erstreckung von Rechtskraftwirkungen von Bedeutung, da diese sich ja – wie oben dargestellt – jeweils gegen ein spezifisches Unternehmen richten, und nicht ohne weiteres gegenüber jedermann gelten. Außerdem kann die Nennung von Namen unter Umständen eine durchaus erwünschte name and shame-Wirkung haben, die zur Erhöhung der Kosten rechtswidrigen Verhaltens beitragen könnte.

Derartige Reputationsmechanismen sind allerdings abhängig von den Gepflogenheiten in der Branche und von den Einstellungen der Konsumenten. Man darf sich dabei von amtlich geführten öffentlichen Registern auch keine allzu großen Wirkungen versprechen. Ein amtliches Register wird notwendigerweise einen erheblichen Grad an Formalisierung und rechtstechnischem Gehalt aufweisen; daher wird es eher über den bereits dargestellten Transmissionsriemen der Fachöffentlichkeit wirken. Auch die gelegentlich diskutierte[689] „Pflichtveröffentlichung“ von Entscheidungen im Verbandsklageverfahren wird kommunikativ keine großen Wirkungen haben, wenn es sich um eine Veröffentlichung in amtlichen Publikationsmedien, wie in Deutschland etwa dem Bundesanzeiger, handelt. Trotzdem spricht natürlich nichts gegen derartige Veröffentlichungen, zumal gemäß Art. 6 Abs. 1 Satz 2 EMRK sowieso sämtliche Urteile öffentlich verkündet werden müssen.

Die allgemeine Öffentlichkeit wird allerdings eher über Veröffentlichungen der Verbandskläger selber und deren Verarbeitung in den Massenmedien erreicht. Schon heute berichten ja die Verbandskläger in mehr oder weniger detaillierter Weise öffentlich über ihre Tätigkeit und über ihre Erfolge bei der Rechtsdurchsetzung. In welcher Weise die klagebefugten Einrichtungen dies tun, sollte ihnen überlassen werden, zumal ja die entsprechenden Ressourcen sehr unterschiedlich verteilt sind und der Verband auch selber über den Einsatz seiner Ressourcen entscheiden können sollte. Es ist daher auch nicht sinnvoll, diesen Einrichtungen umfangreiche Dokumentationspflichten aufzuerlegen, wie es etwa der deutsche Gesetzgeber in § 4 Abs. 2a Satz 1 UKlaG getan hat. Derartige Dokumentationspflichten würden sich durch Einrichtungen eines entsprechend durchsuchbaren öffentlichen Registers ohnehin erledigen, da man aus diesem Register unschwer erkennen könnte, welcher Verband welche Klagen mit welchem Erfolg erhoben hat.

Umgekehrt ist vielmehr entscheidend, dass den klagebefugten Einrichtungen jedenfalls nicht verboten werden kann, über ihre Tätigkeit auch unter Namensnennung zu berichten. Dies ist in denjenigen Mitgliedstaaten der Europäischen Union, die traditionell der

[689] Etwa auf dem EU Consumer Summit 2016 am 17.10.2016.

Äußerungsfreiheit einen hohen Stellenwert einräumen (etwa in Großbritannnien), ohnehin unproblematisch. In anderen Mitgliedstaaten, deren Rechtsordnungen eher von der Rücksichtnahme auf Diskretions- und Persönlichkeitsschutzbedürfnisse geprägt sind, mag die Zulässigkeit einer öffentlichen Äußerung über bestimmte Abmahn-, Klage- oder öffentlich-rechtliche Regulierungsverfahren nicht in jedem Fall ganz eindeutig sein. Daher wäre es zumindest sinnvoll und unschädlich, die Zulässigkeit entsprechender wahrheitsgemäßer Öffentlichkeitsarbeit europarechtlich klarzustellen. Dadurch würden etwaige in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen verbleibende Unklarheiten beseitigt.

3.2. Einstweiliger Rechtsschutz

Zu einer effektiven Rechtsdurchsetzung gehört auch eine gewisse Geschwindigkeit bei der Rechtsfindung. Dies gilt insbesondere für die in der Richtlinie 2009/22/EG geregelten Verbandsklagen auf Unterlassung, weil sie ja für die Zukunft rechtskonformes Verhalten herbeiführen sollen. Jede Verzögerung im Verfahren führt daher – die Begründetheit der Klage oder des Antrags unterstellt – zu einer Fortsetzung des rechtswidrigen Verhaltens auf dem Markt. Es ist daher nur folgerichtig, dass Art. 2 Abs. 1 a) der Richtlinie den Mitgliedstaaten schon jetzt vorschreibt, Unterlassungsklagen „mit aller gebotenen Eile und gegebenenfalls im Rahmen eines Dringlichkeitsverfahrens“ zu behandeln. In Deutschland hat der Gesetzgeber die Einschränkung durch das Wort „gegebenenfalls“ gleich weggelassen und für alle lauterkeitsrechtlichen und verbraucherschützenden Unterlassungsklagen das Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes eröffnet; die Darlegung eines besonderen Verfügungsgrunds ist nach dem Gesetzeswortlaut nicht erforderlich (§ 12 Abs. 2 UWG, auf den auch § 5 UKlaG verweist). Allerdings interpretiert die Rechtsprechung diese Vorschrift als widerlegliche Vermutung der Dringlichkeit, so dass unter Umständen die Dringlichkeit auch entfallen kann.[690] In der Gerichtspraxis relevant ist hier vor allem ein „zu langes“ Zuwarten des Klägers, der damit erkennen lasse, dass es ihm selbst „nicht eilig“ sei.[691] Diese Rechtsprechung führt in der Praxis zu erstaunlich kurzen Fristen, die oft nur einen Monat ab Kenntnisnahme des Rechtsverstoßes betragen sollen.[692]

Derartig kurze Fristen zur Einreichung eines Antrags im Verfahren des einstweiligen Rechtsschutzes sind jedenfalls für den Bereich der Verbandsklage unangemessen. Der Verbandskläger handelt ja nicht im eigenen Interesse, sondern seine Befugnis dient nur der Durchsetzung des objektiven Rechts – oder, wenn man die bildhafte Begrifflichkeit der Richtlinie übernehmen möchte, den sogenannten „Kollektivinteressen der Verbraucher“. An diesem Interesse der Rechtsdurchsetzung ändert sich aber durch bloßen Zeitablauf nichts. Wenn ein Unternehmen rechtswidrige Geschäftspraktiken kontinuierlich verwendet, so besteht ein ganz erhebliches Interesse daran, dass diese Praktiken schnell abgestellt werden, und zwar ganz unabhängig davon, ob der klagebefugte Verband vor einem Monat oder vor einem Jahr davon erfahren hat. Gerade die unterschiedlichen Ressourcen der Verbände und damit verbundene notwendige Schwerpunktsetzungen lassen eine sofortige Rechtsverfolgung sämtlicher bekanntgewordener Verstöße typischerweise gar nicht zu. Das ändert aber nichts an der in Art. 2 Abs. 1 a)

---

[690] BGH, Urt. v. 1.7.1999 – I ZB 7/99, GRUR 2000, 151, 152.

[691] Ebd.

[692] Nachweise zur regional z.T. unterschiedlichen Handhabung bei *Köhler.* in: Köhler/Bornkamm, UWG, 35. Aufl. (2017), § 12 UWG Rn. 3.15b.

der Richtlinie 2009/22/EG genannten Dringlichkeit der Rechtsverfolgung. Dieser Zusammenhang ist in der Literatur zwar seit langem bekannt,[693] wird aber in der Rechtsprechung noch geleugnet.[694] Allenfalls räumen die Gerichte den Verbänden aufgrund ihrer internen Entscheidungsprozesse unter Umständen etwas mehr Zeit bis zur Antragstellung ein.[695]

Um diese praxisferne und z. T. schwer berechenbare Rechtsprechung zu beenden wäre eine europarechtliche Klarstellung hilfreich. Sie könnte etwa dahingehend ausfallen, dass für eine gemäß der Richtlinie 2009/29/EG erhobene Verbandsklage auf Unterlassung immer das im nationalen Verfahrensrecht vorhandene Dringlichkeitsverfahren eröffnet ist, und nicht nur „gegebenenfalls". Natürlich kann es durch mangelnde Ressourcen, schlechte Organisation oder schlichte Langsamkeit in den Arbeitsprozessen zu Verzögerungen auf der Seite des Verbandsklägers kommen, nur ist kein Grund ersichtlich, warum dadurch das Interesse an der zügigen Rechtsdurchsetzung vermindert sein sollte oder warum deshalb dem Antragsgegner mehr Zeit gegeben werden sollte, seine möglicherweise rechtswidrigen Geschäftspraktiken fortzusetzen.

3.3. Klageziele der Verbandsklage

Jedenfalls nach ihrem Wortlaut in der deutschen Fassung bezieht sich die Richtlinie 2009/22/EG nur auf „Unterlassungsklagen". Dagegen sind die im Recht der Mitgliedstaaten enthaltenen Befugnisse, die den klagebefugten Einrichtungen verliehen werden, teilweise weitergehend. In Deutschland bestehen insbesondere auch Befugnisse zur Gewinnabschöpfung (§ 10 UWG, § 34a GWB) und zur Erhebung von Klagen auf Beseitigung eines rechtswidrigen Zustands (§ 8 Abs. 1 Satz 1 UWG, § 2 Abs. 1 Satz 1 UKlaG); auch eine Musterfeststellungsklage für Verbraucherverbände ist seit einem Jahr in der rechtspolitischen Diskussion. Im Zuge des REFIT-Prozesses erscheint es daher sinnvoll, derartige im Recht der Mitgliedstaaten enthaltene oder geplante zusätzliche Befugnisse daraufhin zu untersuchen, ob sich aus ihnen Vorbilder für eine europäische Regelung ergeben könne. Zugleich sollte aber angesichts des teilweise noch experimentellen Charakters der Befugnisse im kollektiven Rechtsschutz eine künftig europäische Neuregelung weiterhin nur mindestharmonisierend bleiben, um den Mitgliedstaaten die Erprobung entsprechender Instrumente nicht zu verwehren. Mindestens ist eine explizite Öffnungsklausel entsprechend dem geltenden Art. 7 der Richtlinie 2009/22/EG vorzusehen.

Im Hinblick auf die Klageziele der Verbandsklage, die über die Unterlassung hinausgehen, kann man vor allem drei Ansätze unterscheiden, nämlich erstens die oben bereits erörterte rechtliche Verbindung zwischen Verbandsklage und Durchsetzung von Individualansprüchen, zweitens die Erweiterung der Verbandsklage auf Beseitigungsbefugnisse zur Korrektur rechtswidrig herbeigeführter Zustände (dazu sogleich unter a), und drittens die Abschöpfung von Unrechtsgewinnen (dazu b).

3.3.1. Injunction im weiteren Sinne: Beseitigungsklagen

---

[693] Vgl. nur *Witt,* in: Ulmer/Brandner/Hensen (Hrsg.), AGB-Recht, 12. Aufl. (2016) § 5 UKlaG Rn. 12 m.w.N.; für eine Gleichstellung der Verbandskläger mit individuellen Anspruchsinhabern bei „grundloser" Verzögerung durch den Verband jedoch *Micklitz,* in: MüKo-ZPO, 4. Aufl. (2013) § 5 UKlaG Rn. 32 m.w.N.

[694] OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 29.6.1988, GRUR 1988, 849.

[695] Ebd.

Bei der Korrektur rechtswidrig herbeigeführter Zustände geht es um einen Aspekt der Verbandsklage, der im Ansatz schon seit langem angelegt war, aber in jüngerer Zeit durch entsprechende Initiativen der klagebefugten Verbände verstärkt wieder in den Fokus der Diskussion rückt. Konkret handelt es sich um den Beseitigungsanspruch aus § 8 Abs. 1 Satz 1 UWG, der nunmehr auch in § 2 Abs. 1 Satz 1 UKlaG explizit gesetzlich geregelt ist.[696] Dieser Anspruch wurde von einzelnen deutschen Gerichten in der Weise interpretiert, dass er auch die Verpflichtung des betreffenden Unternehmens umfasst, die von einer Rechtsverletzung betroffenen Kunden über diese Verletzung zu informieren,[697] oder gar den Rechtsverstoß durch Rückzahlung rechtswidrig vereinnahmter Beträge zu „beseitigen".[698] Allerdings gibt es auch ablehnende Rechtsprechung zu einem solchen Verständnis des Beseitigungsanspruchs,[699] und auch die Literatur ist geteilter Meinung.[700] Die Rechtsentwicklung scheint hier noch nicht abgeschlossen und es besteht zumindest die theoretische Möglichkeit, dass der Beseitigungsanspruch sich zu einer effektiven Ergänzung der Unterlassungsklage durch Verbände entwickelt.[701]

Auf europarechtlicher Ebene ist in der Richtlinie 2009/22/EG der Beseitigungsanspruch explizit nicht erwähnt. Allerdings könnte man zumindest die englische Fassung der Richtlinie etwas weiter verstehen, da sie von „injunctions for the protection of consumers' interests" redet und der Begriff der injunction im englischen Recht mehr als die bloße Unterlassung umfasst: Mit einer injunction kann im englischen Recht eben nicht nur die Beendigung des rechtswidrigen Verhaltens (prohibitory injunction) gefordert werden, sondern auch die Korrektur der durch das rechtswidrige Verhalten verursachten Folgen (mandatory injunction).[702] Insoweit bestehen gewisse strukturelle Parallelen zum deutschen § 1004 BGB. Trotzdem zeigt Art. 2 Abs. 1 a) der Richtlinie („Anordnung der Einstellung oder des Verbots", in der englischen Fassung „cessation or prohibition"), dass der europäische Gesetzgeber hier ganz deutlich die negatorische Variante der injunction im Fokus hatte. Dies schließt aber nicht aus, dass eine zukünftige europarechtliche Regelung auch hier eine Erweiterung im Sinne eines weiteren Verständnisses von injunction einschließlich etwaiger Folgenbeseitigungsansprüche vornehmen könnte.

Für eine solche Erweiterung der europarechtlichen Regelung auch auf Folgenbeseitigungsansprüche sprechen allgemein-privatrechtliche Grundstrukturen, wie sie für die kodifizierten Privatrechtsordnungen etwa in § 1004 BGB auftauchen, im Common Law dagegen im Konzept der injunction. Wird ein rechtswidriges Verhalten festgestellt, so entspricht es wohl den Grundlagen dieser Privatrechtsordnungen, dass dieses rechtswidrige Verhalten nicht nur für die Zukunft abgestellt wird, sondern auch die Folgen dieser Beeinträchtigung von ihrem Verursacher wieder zu beseitigen sind. Der deutsche Bundesgerichtshof sah darin schon 1958 gar einen „allgemeinen Gerechtigkeitsgedanken".[703] Aufbauend auf einem solchen gemeinsamen Bestand an privatrechtlichen

---

[696] Zur Einführung des Beseitigungsanspruchs in § 2 UKlaG s. *Halfmeier,* NJW 2016, 1126, 1128.

[697] OLG Bamberg, Urt. v. 12.10.2004, Az. 3 U 151/04; KG, Urt. v. 27.3.2013, Az. 5 U 112/11.

[698] LG Leipzig, VuR 2016, 109, 110.

[699] OLG Stuttgart Urt. v. 7.8.2015, ZIP 2016, 927 (ablehnend zum Beseitigungsanspruch, jedoch noch bei Anwendung des § 2 UKlaG a.F.).

[700] Für ein umfassenderes Verständnis des Beseitigungsanspruchs etwa *Micklitz/Reich,* EuZW 2013, 457, 460; *Rott,* VuR 2016, 112, 113. Die Gegenansicht (zumindest für den Bereich der unwirksamen AGB) vertritt etwa *Bunte,* ZIP 2016, 956, 960.

[701] Rechtspolitisch dazu *Stadler,* in: FS Schilken (2015); S. 481.

[702] Vgl. nur *Davies/Virgo,* Equity & Trusts, 2nd ed. (2016), S. 978 ff.

[703] BGH, Urt. v. 25.4.1958 – 1 ZR 97/57, NJW 1958, 1043.

Grundstrukturen in den Mitgliedstaaten wäre es daher durchaus sinnvoll, auch die europarechtlichen Mindestanforderungen im Bereich der Verbandsklage auf Unterlassungs- und Beseitigungsbefugnisse zu erweitern.

3.3.2. Gewinnabschöpfung

Mit der im deutschen Recht in § 10 UWG und § 34a GWB enthaltenen Gewinn- bzw. Vorteilsabschöpfung wollte der deutsche Gesetzgeber das Phänomen der Streuschäden angehen, d.h. Schäden die zwar bei vielen Verbrauchern eintreten, aber typischerweise nicht im Wege der individuellen Rechtsdurchsetzung geltend gemacht werden. Bei Streuschäden können also die durch rechtswidriges Marktverhalten erzielten Gewinne häufig einbehalten werden, wenn sie nicht ausnahmsweise auf anderem Wege „abgeschöpft“ werden, sei es etwa durch Schadensersatzansprüche der Konkurrenten oder durch eine kartellbehördliche Anordnung gemäß § 34 GWB. Letztere Vorschrift ist zwar geltendes Recht, wird aber in der Praxis von der Kartellbehörde nicht genutzt.[704]

Allerdings haben sich weder der lauterkeitsrechtliche noch der kartellrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch bisher als taugliche Mittel erwiesen. Es ist nicht bekannt, dass von § 34a GWB überhaupt einmal Gebrauch gemacht wurde.[705] Zu § 10 UWG gibt es immerhin einzelne von den Verbänden angestrengte Verfahren, die in wenigen Einzelfällen auch erfolgreich waren.[706] Insgesamt sind beide Vorschriften aber eher als gescheitertes Experiment einzustufen. Über die Gründe darüber wird in der Literatur noch debattiert: Sicherlich bildet das Vorsatzerfordernis im Tatbestand der Norm ein gewisses Hindernis. Hinzu kommt aber die Rechtsfolge der Abführung der Unrechtsgewinne an den Bundeshaushalt. Sie führt zu einer Anreizstruktur, bei der es für die klagebefugten Verbände nichts zu gewinnen, aber viel zu verlieren gibt. In der Literatur werden daher verschiedene Alternativen zu den geltenden Vorschriften diskutiert, etwa die Bildung eines Sonderfonds aus den abgeschöpften Gewinnen, aus dem der Verbraucherschutz gefördert werden soll,[707] oder aber doch die Überlassung zumindest eines Teils der abgeschöpften Unrechtsgewinne an den siegreichen Kläger, um einen Anreiz zum Gebrauch der Vorschrift zu schaffen und zur Prozessfinanzierung beizutragen.[708] Diese Vorschläge sollen an dieser Stelle jedoch nicht erneut ausdiskutiert werden.[709]

Im Hinblick auf den REFIT-Prozess ist zunächst festzustellen, dass die im deutschen Recht enthalten Gewinnabschöpfungsbefugnisse der §§ 10 UWG, 34a GWB in ihrer bestehenden Form nicht zweckmäßig sind und daher auch kein Modell für eine europarechtliche Harmonisierung darstellen können. Zugleich zeigt aber die Debatte um mögliche Verbesserungen der Gewinnabschöpfung, dass die Grundidee der Gewinnabschöpfung weiterhin aktuell ist: Soweit nämlich – aus welchen Gründen auch immer – der Ersatz individueller Schäden faktisch nicht stattfindet, verbleiben Unrechtsgewinne bei einem rechtswidrig handelnden Unternehmen. Dies ist im Hinblick auf die damit verbundenen Anreizwirkungen ein sehr unbefriedigender Zustand. Daher spricht für eine

---

[704] *Emmerich,* in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. (2014), § 34 GWB Rn. 4.

[705] Ebd., § 34a GWB Rn. 3.

[706] Nachweise bei *Ohly/*Sosnitza, UWG, 7. Aufl. (2016), § 10 Rn. 3; auch dort wird aber die geringe praktische Bedeutung der Vorschrift betont.

[707] Für ein Sondervermögen insbesondere *Fezer,* Zweckgebundene Verwendung von Unrechtserlösen und Kartellbußen zur Finanzierung der Verbraucherarbeit (2012); zustimmend *Stadler,* ZfPW 2015, 61, 81.

[708] *Poelzig,* in: Großkommentar UWG, 2. Aufl. (2015), § 10 Rn. 42 m.w.N.

[709] Siehe dazu ausführlich *Halfmeier,* 50 Jahre Verbraucherverbandsklage – Möglichkeiten und Grenzen kollektiver Rechtsschutzinstrumente: Bilanz und Handlungsbedarf (Gutachten für den vzbv, 2015), S. 68 ff.

Gewinnabschöpfung, dass sie zwar gegenüber der Kompensation der tatsächlich Betroffenen nur die zweitbeste Wahl ist, dass aber, wenn Kompensation nicht funktioniert, mindestens dafür gesorgt werden sollte, dass Unrechtsgewinne nicht beim Täter verbleiben.

In dieser Funktion kann die Gewinnabschöpfung daher auch auf europarechtlicher Ebene noch eine Zukunft haben. Allerdings wäre dann aus den Fehlern der deutschen Regelung zu lernen, d.h. es ist insbesondere das Vorsatzerfordernis abzuschaffen und zumindest auch grob fahrlässiges Handeln einzubeziehen, da auch dies noch nicht zu einer unerwünschten Beschränkung des unternehmerischen Verhaltens führen würde.[710]. Außerdem ist ein ausreichender Anreiz für die klagebefugten Institutionen zu schaffen, die Gewinnabschöpfung auch wirklich wahrzunehmen. Ein solcher Anreiz könnte in der Bildung eines zweckgebundenen Sondervermögens liegen, das mit den abgeschöpften Gewinnen befüllt wird. Alternativ oder in Kombination mit der Bildung eines Sondervermögens ist aber auch ein gewisser „Einbehalt“ in Form einer Quote denkbar, die dem erfolgreichen Verbandskläger zufließt.

3.4. Kosten der Verbandsklage

Bei den Kosten der Verbandsklage muss man aus Sicht der deutschen Praxis das vorgerichtliche Abmahnverfahren und die Prozessführung unterscheiden. Zunächst ist das vorgerichtlichen Abmahnverfahren in Deutschland gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 UWG und § 5 UKlaG auch für Verbandsklagen vorgeschrieben; diese Vorschriften sind wegen des Art. 5 der Richtlinie 2009/22/EG europarechtlich zulässig. Im Falle einer berechtigten Abmahnung kann der Verband nach deutschem Recht (§ 12 Abs. 1 Satz 2 UWG) auch den Ersatz der „erforderlichen Aufwendungen“ verlangen. Allerdings ist umstritten, was dies ist und vor allem welche Beträge sich daraus ergeben. Bei Abmahnungen durch Unternehmen – also im Bereich des UWG vor allem durch Konkurrenten des Abgemahnten – erkennt die Rechtsprechung regelmäßig die Erforderlichkeit an, einen Anwalt einzuschalten, so dass dann auch dessen Kosten zu den „erforderlichen Aufwendungen“ der Abmahnung gehören.[711] Dabei komme es auch nicht darauf an, ob das Unternehmen eine eigene Rechtsabteilung hat – diese müsse es nicht für Abmahnungen einsetzen, sondern sei insoweit in seiner internen Organisation frei.[712] Klagebefugte Verbände werden jedoch ganz anders beurteilt: Diese müssten sich ebenso gut mit Personal ausstatten, dass sie selbst zur Durchführung von Abmahnungen in der Lage sind.[713] In der Praxis werden daher den Verbänden nicht etwaige Anwaltskosten, sondern nur Pauschalbeträge in Höhe von etwa 200,- oder 230,- € ersetzt.[714]

Darin liegt eine mehrfache Benachteiligung für die klagebefugten Verbände: Erstens wird ihnen – anders als Unternehmen – zugemutet, das vorhandene Personal auch für Abmahnungstätigkeit zu verwenden, obwohl dies im Gesetz gar nicht vorgesehen ist. Hinsichtlich der Anforderungen an den Verband verlangt § 4 Abs. 2 Satz 1 UKlaG, dass die „Aufklärung und Beratung“ der Verbraucher durch die bisherige Tätigkeit des Verbands sichergestellt sein müsse – nicht aber, dass ein bestimmter Stamm an Abmahnmitarbeitern vorgehalten wird. Faktisch zwingt die Rechtsprechung die klagebefugten

---

[710] Vgl. nur *Stadler,* ZfPW 2015, 61, 81.

[711] Etwa in BGH, Urt. v. 8.5.2008 – I ZR 83/06, NJW 2008, 2651, 2652.

[712] Ebd.

[713] *Bornkamm*, in:Köhler/Bornkamm, UWG, 34. Aufl. (2016) § 12 Rn. 1.97 m.w.N.

[714] Ebd., § 12 Rn. 1.98. Vgl. auch *Woitkewitsch,* VuR 2007, 252, 257.

Verbände damit zu einer Organisation, in der ein signifikanter Teil der Verbandsmittel für die Abmahntätigkeit reserviert wird.

Dies wäre für die Verbände noch zu verschmerzen, wenn die Abmahnpauschale dann auch die Kosten dieser Mitarbeiter abdecken würde. Es bedürfte einer fachgerechten betriebswirtschaftlichen Berechnung im Sinne von Controlling, welche Personal-, Sach- und Overhead-Kosten für eine Abmahnung in einem solchen Verband tatsächlich anfallen. Diese kann hier mangels Datengrundlage nicht geleistet werden.[715] Es darf jedoch stark bezweifelt werden, ob der übliche Betrag von 200,- oder 230,- € hier ausreichend ist. Zumindest sollte die Abmahntätigkeit für die klagebefugten Verbände kein Verlustgeschäft sein. Eine europarechtliche Regelung könnte hier entweder festhalten, dass die realen betriebswirtschaftlichen Kosten zu ersetzen sind oder sinnvollerweise gleich die Erstattung angemessener Anwaltskosten statuieren. Letzteres würde die Organisation der Verbände erleichtern, indem bestimmte Tätigkeiten an den Anwalt ausgelagert werden können, und es würde auch detailbezogene Diskussionen hinsichtlich der genauen Berechnung der In-house-Arbeitskosten ersparen.

Hinsichtlich der Kosten für ein Gerichtsverfahren nach erfolgloser Abmahnung sieht das deutsche Recht eine Streitwertminderung zur teilweisen Entlastung des Verbandsklägers von den Prozessrisiken vor (§ 12 Abs. 4 UWG). Dabei handelt es sich um eine einseitige Streitwertbegünstigung für die wirtschaftlich schwächere Partei, d.h. die Minderung des Streitwerts wirkt sich faktisch für den Verbandskläger vor allem dann aus, wenn er den Prozess verliert und deswegen zur Tragung der gegnerischen Kosten verurteilt wird.[716] Der Zweck dieser Vorschrift besteht darin, z.B. dem Rechtsanwalt des Verbandsklägers im Falle seines Obsiegens die Gebühr nach dem vollen Streitwert zu gewähren; der verurteilte Beklagte soll also nicht schon deswegen von seinem Kostenrisiko entlastet werden, weil auf der Klägerseite ein wirtschaftlich schwacher Verband steht.[717] Dies ist im Ansatz eine sinnvolle Überlegung, weil es nicht einzusehen ist, warum Rechtsanwälte von Verbraucherverbänden stets schlechter bezahlt werden sollten als Rechtsanwälte auf Unternehmerseite. Allerdings scheint die Handhabung der Vorschrift in der Praxis noch Schwierigkeiten zu bereiten. Das deutsche Recht hat hier einen zwar sachgerecht erscheinenden, aber nicht unkomplizierten Weg eingeschlagen.

Ein scheinbar einfacherer und auch in der Diskussion auf dem Consumer Summit 2016 gelegentlich angesprochener Weg wäre eine weitgehende Befreiung der Verbandskläger zumindest von den Gerichtskosten. Dies mag im Vergleich zu komplexen Streitwertermäßigungsregeln verlockend erscheinen, kann aber im Ergebnis nicht überzeugen: Soweit die Mitgliedstaaten – wie in Deutschland – von Klägern im Zivilprozess die Einzahlung von erheblichen Gerichtskosten verlangen, so ist damit nicht nur die Finanzierung der Gerichte bezweckt, sondern es wird im Zusammenhang mit dem in Europa weit verbreiteten loser pays-Prinzip auch ein erwünschter Steuerungseffekt erzielt: Es soll gerade ein Prozessrisiko vorhanden sein, um die Erhebung aussichtsloser und damit auch gesellschaftlich unerwünschter Klagen nach Möglichkeit zu vermeiden. Die Kombination aus Kostenbelastung und loser pays-Prinzip zwingt zu sorgfältiger Prozessrisikoanalyse, und zwar übrigens auch auf der Beklagtenseite. Desto höher die

---

[715] Dazu ist allerdings auch der Vortrag der Verbandskläger nicht immer überzeugend, vgl. etwa die Berechnung bei LG Darmstadt, Urt. v. 19.4.2013 - 15 O 203/12, BeckRS 2013, 12463.

[716] Zur Funktion der Vorschrift s. *Köhler/Feddersen,* in: Köhler/Bornkamm (Hrsg.), UWG, 35. Aufl. (2017), § 12 Rn. 5.29 ff.

[717] Vgl. zur Neuregelung *Köhler,* NJW 2013, 3473, 3475.

Prozessrisiken auch für den Beklagten sind, desto eher wird er im Prozess oder bereits im Vorfeld eines Prozesses eine kooperative Haltung einnehmen.

Hinzu kommt, dass die rechtspolitische Diskussion über Verbandsklagen, Sammelklagen und andere Formen des kollektiven Rechtsschutzes immer auch eine Diskussion über den angeblichen „Missbrauch“ dieser Befugnisse ist. Es sind vornehmlich die Industrieverbände, die bei jeder rechtspolitisch diskutierten Änderung immer wieder die angebliche Missbrauchsanfälligkeit der Verbandsklage betonen – zuletzt etwa vor der Einführung der Datenschutzverbandsklage im deutschen Recht.[718] Würde man nun die Erhebung von Verbandsklagen ganz oder teilweise kostenlos machen, so leistete man dieser Diskussion nur Vorschub. Stattdessen sind die bestehenden Kostenrisiken die beste Vorkehrung gegen angebliche „Missbräuche“ der Verbandsklagebefugnis. Statt die Kostenrisiken zu verringern, sollte man eher die Ausstattung der Verbände oder die Finanzierungsmöglichkeiten für derartige Verfahren verbessern. Im Einzelfall mögen auch Streitwertminderungsoptionen wie im deutschen Recht helfen. Eine gänzliche Kostenfreiheit ist aber nicht zielführend.

3.5. Zugang zu Rechtsmitteln

Die oben dargestellte Streitwertminderung des § 12 Abs. 4 UWG betrifft allerdings nur den Gebührenstreitwert, nicht dagegen den Wert der Beschwer im Sinne des Revisionsrechts. Daher ist auch der in § 26 Nr. 8 EGZPO als Voraussetzung für die Beschwerde gegen die Nichtzulassung der Revision genannte Betrag von 20.000,- € nicht auf den gemäß § 12 Abs. 4 UWG reduzierten Streitwert zu beziehen, sondern auf den vom Gericht unabhängig davon zu bestimmenden allgemeinen Wert der Beschwer.[719] Trotzdem werden auch diese allgemeinen Werte von den Gerichten gelegentlich recht niedrig angesetzt: In der Rechtsprechung zur AGB-Kontrollklage wird etwa für eine Klausel ein Streitwert von bis zu 3.000,- € angenommen,[720] für wirtschaftlich sehr bedeutsame Klauseln immerhin bis zu 25.000,- €.[721] Solange aber die in § 26 Nr. 8 genannte Wertgrenze von 20.000,- € noch bestehen bleibt, führen diese Wertfestsetzungen dazu, dass eine Nichtzulassungsbeschwerde bei einer Verbandsklage gegen AGB-Klauseln nur in seltenen Fällen überhaupt zulässig ist. Dies erscheint nicht sachgerecht, da gerade AGB-Sachen sehr häufig von gesellschaftlich hoher Bedeutung sein können, so dass ein Revisionszulassungsgrund gemäß § 543 Abs. 2 ZPO in der Regel mindestens diskutabel sein wird.

Die Wertgrenze des § 26 Nr. 8 EGZPO ist außerdem in europarechtlicher Hinsicht problematisch, da sie faktisch die Befassung des Europäischen Gerichtshofs mit Auslegungsfragen zum europäischen Verbraucherrecht aushöhlt. Dies ergibt sich aus folgenden Zusammenhängen in der Gerichtspraxis: Die Oberlandesgerichte agieren im Hinblick auf Verbandsklagen in Deutschland typischerweise als Berufungsgerichte, weil § 6 Abs. 1 UKlaG und § 13 Abs. 1 UWG die erstinstanzliche Zuständigkeit unabhängig vom Streitwert bei den Landgerichten ansiedeln. Das Oberlandesgericht ist somit die

---

[718] Wie üblich ohne jegliche empirische Grundlage, s. Stellungnahme des Bundesverbands der Deutschen Industrie e. v. (BDI) v. 15.8.2014 zum Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz für ein Gesetz zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts, S. 1 und 7, abrufbar unter www.bdi.eu.

[719] Vgl. nur *Retzer,* in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig (Hrsg.), UWG, 3. Aufl. (2013), § 12 Rn. 918.

[720] BGH, Urt. v. 13.11.2012 – XI ZR 500/11, NJW 2013, 995, 1001.

[721] BGH, Beschl. v. 10.12.2013 – XI ZR 405/12, BKR 2014, 330, 331.

zweite Instanz, über der sich wiederum – zumindest theoretisch – noch der Bundesgerichtshof befindet. Daher geht das Oberlandesgericht in einem Berufungsverfahren zunächst einmal davon aus, dass es nicht das letztinstanzliche Gericht ist und somit bei Fragen der Auslegung europäischen Verbraucherrechts auch nicht zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof verpflichtet ist. Das Oberlandesgericht hält die Vorlage an den EuGH vielmehr gemäß Art. 267 Abs. 2 AEUV für fakultativ und macht von ihr in der Praxis auch kaum Gebrauch.

Dies ist auch insoweit unproblematisch und mit dem EU-Recht vereinbar, als tatsächlich noch ein Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts besteht. Lässt das Oberlandesgericht die Revision nämlich gemäß § 543 ZPO zu, so ist die Revision das Rechtsmittel im Sinne von Art. 267 Abs. 3 AEUV, welches die Anrufung des EuGH für das Oberlandesgericht bloß fakultativ macht. Wird die Revision nicht zugelassen, so mag man immerhin noch die Nichtzulassungsbeschwerde des § 544 ZPO als derartiges Rechtsmittel ansehen.[722]

Liegt nun aber der Wert der Beschwer unterhalb der in § 26 Nr. 8 EGZPO genannten Grenze (derzeit 20.000,- €), so gibt es nicht einmal die Nichtzulassungsbeschwerde und somit gar kein ordentliches innerstaatliches Rechtsmittel. Mithin ist das Oberlandesgericht in diesen Fällen gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV *verpflichtet*, den Europäischen Gerichtshof anzurufen, wenn es Zweifel an der Auslegung europarechtlicher Normen gibt. Diese Verpflichtung wird aber während des Verfahrens regelmäßig nicht beachtet, da das Gericht zunächst davon ausgeht, eben nicht "letztinstanzliches" Gericht zu sein und in der Praxis erst bei der Abfassung des Urteils über die Zulassung der Revision entscheidet. Ist aber das Urteil bereits zur Verkündung vorbereitet, so wird man kaum einen Richter finden, der in einer solchen Lage noch den Europäischen Gerichtshof im Vorabentscheidungsverfahren einschaltet und damit das schon geschriebene Urteil möglicherweise zur Makulatur macht.

Dieser faktische Zusammenhang führt z.B. dazu, dass Verbandsklagen gegen angeblich unwirksame AGB-Klauseln kaum noch vor den Bundesgerichtshof gelangen und trotz ihres möglichen Bezugs zur Richtlinie 93/13/EWG die damit verbundenen europarechtlichen Fragen auch nicht mehr den Europäischen Gerichtshof errreichen. Dies liegt daran, dass der Bundesgerichtshof – wie oben dargestellt – den Streitwert in AGB-Kontrollverfahren typischerweise (und ohne Rücksicht auf ihre wirtschaftliche Bedeutung) bei nur ca. 2.500,- € ansetzt und daher nach § 26 Nr. 8 EGZPO keine Nichtzulassungsbeschwerde möglich ist.[723] Ähnliche Fälle gibt es in Deutschland z.B. auch zu Fragen der europarechtlich festgelegten Preisangabenpflicht bei Sitzplatzreservierungen[724] und zum Verbot zu hoher Zahlungsmittelentgelte bei Flugbuchungen.[725] Auch in diesen Fällen wurde aufgrund des unter 20.000,- € festgesetzten Wertes die Revision zum Bundesgerichtshof verhindert, zugleich aber die europarechtlichen Auslegungsfragen nicht dem Europäischen Gerichtshof vorgelegt.

Im Ergebnis führt also § 26 Nr. 8 EGZPO in Verbindung mit der von den Oberlandesgerichten typischerweise verkannten Vorlagepflicht dazu, dass Art. 267 AEUV bei verbraucherschützenden Verbandsklagen in Deutschland faktisch ausgehebelt wird. Es

---

[722] Calliess/Ruffert/*Wegener,* EUV/AEUV, 5. Aufl. (2016), Art. 267 AEUV Rn. 27 m.w.N.

[723] Vgl. etwa BGH, Beschl. v. 28.10.2015 – III ZR 36/15, NJOZ 2016, 260.

[724] KG, Urt. v. 7.10.2015 - 5 U 45/14, GRUR-RR 2016, 77.

[725] OLG Dresden, Urt. v. 26.4.2016, zit. nach Mitteilung d. vzbv e.V. v. 6.7.2016.

entsteht somit für jeden deutschen OLG-Bezirk tendenziell ein lokales Verbraucherrecht, ungeachtet der gemeinsamen europarechtlichen Grundlagen. Genau diese Situation einer lokal unterschiedlichen Handhabung des Europarechts soll aber mit Art. 267 AEUV (und seinen Vorläufern etwa in Art. 177 EWGV) verhindert werden.

Diese Problematik könnte für das deutsche Recht schnell durch die Abschaffung der Wertgrenze in § 26 Nr. 8 EGZPO gelöst werden. Dies scheint aber rechtspolitisch nicht auf der Tagesordnung zu stehen; ganz im Gegenteil werden derzeit sogar noch höhere Wertgrenzen diskutiert.[726]

Aus europarechtlicher Sicht ist dies eine besorgniserregende Entwicklung, das das gesamte europäische Verbraucherrecht vom Grundsatz der effektiven Rechtsdurchsetzung geprägt ist und z.B. in Art. 24 Abs. 1 der VRRL 2011/83/EU verlangt, dass die von den Mitgliedstaaten vorgesehenen Sanktionsmöglichkeiten gegen Verbraucherrechtsverstöße "wirksam, angemessen und abschreckend" sein müssen. Wenn nun aber die Bundesrepublik Deutschland nicht einmal in der Lage ist, auf ihrem eigenen Territorium eine einheitliche Rechtsprechung zur Auslegung des europäischen Verbraucherrechts herbeizuführen und dabei auch die Vorlagepflicht des Art. 267 AEUV strukturell umgangen wird, dann erscheint hier eine europarechtliche Korrektur sinnvoll.

Diese könnte darin bestehen, dass man zumindest für die in der Richtlinie 2009/22/EG geregelten Verbandsklagen europarechtlich festschreibt, dass sie entweder stets einer Überprüfung durch das oberste nationale Zivilgericht zugänglich sei müssen, oder dass mindestens eine Vermutung dahingehend besteht, dass die Zugangsvoraussetzungen für das jeweilige Rechtsmittel zu obersten Zivilgericht gegeben sind. Dies ist auch der Sache nach gerechtfertigt, da die Verbandsklagebefugnisse ja gerade im Interesse einer möglichst effektiven Rechtsdurchsetzung geschaffen wurden. Diese Verfahren greifen typischerweise keine besonders gelagerten Einzelfälle auf, sondern befassen sich mit weit verbreiteten Praktiken, so dass die Befassung der mitgliedstaatlichen Obergerichte – die ja für eine einheitliche Auslegung des Rechts Sorge tragen sollen – durchaus funktionsadäquat ist.

4. GRENZÜBERSCHREITENDE VERBANDSKLAGEN

Hinsichtlich grenzüberschreitender Verbandsklagen – also solchen, in denen der klagende Verband und der beklagte Unternehmer ihren jeweiligen Sitz nicht in demselben Staat haben – ist zunächst festzustellen, dass diese durchaus stattfinden und auch für die Verbraucherinnen und Verbraucher verwertbare Ergebnisse erzielen.[727] Es stellen sich hier keine unüberwindbaren Probleme der Zuständigkeit oder des anwendbaren Rechts

Im Zuständigkeitsrecht wurde bei der Neufassung der Brüssel-I-Verordnung in Form der heutigen Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 zwar darauf verzichtet, besondere Regeln für Sammelklagen oder andere Kollektivverfahren aufzunehmen, obwohl dies während der Entstehung der neuen Verordnung zeitweise durchaus ein Thema war.[728] Die-

[726] Für eine "maßvolle Erhöhung" und dauerhafte Integration in die ZPO etwa *Winter,* NJW 2016, 922, 925.

[727] Vgl. nur BGH, Urt. v. 14.1.2016 – I ZR 65/14, GRUR 2016, 946 (vzbv / Facebook); KG, Urt. v. 8.4.2016 – 5 U 156/14, MMR 2016, 601 (vzbv / WhatsApp); EuGH, Urt. v. 28.7.2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 – VKI / Amazon.

[728] Vgl. noch den Entwurf der Kommission v. 14.12.2010, COM(2010) 748 endg., S. 7 f.

ses Versäumnis mag für grenzüberschreitende Sammelklagen ein Problem darstellen.[729] Mangels einschlägiger Verfahren ist dies aber bisher ein rein theoretisches Problem. In der Praxis des kollektiven Rechtsschutzes dominiert bisher die Verbandsklage auf Unterlassung, die der EuGH schon unter der Geltung des früheren Brüsseler Übereinkommens als deliktsrechtliche Klage qualifizierte.[730] An dieser bewährten Einordnung hält der Gerichtshof bis heute fest.[731] Insoweit besteht kein Regelungsbedarf.

Was das anwendbare Recht angeht, so ist die Sachlage etwas komplizierter, aber auch nicht unlösbar. Im Grundsatz konsequent führt zunächst die deliktsrechtliche Qualifikation der Verbandsklage, die der Europäische Gerichtshof vornimmt, zur Anwendung der Rom II-Verordnung.[732] Soweit jedoch die Wirksamkeit von AGB-Klauseln Gegenstand des Verbandsklageverfahrens ist, muss für die Frage nach der Wirksamkeit dieser Klauseln in einer gesonderten Betrachtung das Vertragsstatut ermittelt werden, nach dem sich diese Wirksamkeit beurteilt. Für diese gesonderte Betrachtung kommt, weil es sich um eine Frage des Vertragsrechts handelt, die Rom I-Verordnung zur Anwendung.[733] Der sachliche Grund für diese gesonderte Anknüpfung des Vertragsstatuts liegt darin, dass es kein Bedürfnis dafür gibt, die Verwendung einer AGB-Klausel zu untersagen, wenn und soweit diese im Vertragsverhältnis zwischen dem Unternehmer und seinen Kunden wirksam ist. Dies entspricht auch der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.[734]

Somit sind die bei transnationalen Privatrechtsfällen auftretenden Fragen auch dann im Grundsatz lösbar, wenn sie eine auf Unterlassung gerichtete Verbandsklage betreffen. Diese Verfahren sind daher durchaus als effektiv zu bezeichnen. Es fällt positiv auf, dass der im europäischen Zuständigkeits- und Kollisionsrecht durch die zahlreichen Brüssel- und Rom-Verordnungen inzwischen erreichte Harmonisierungsgrad so hoch ist, dass auch komplexe Fragen wie jene der grenzüberschreitenden AGB-Kontrolle mit dem vorhandenen Instrumentarium durchaus bewältigt werden können. Aufgrund der universellen Anwendbarkeit der Rom-Verordnungen werden auch die Fälle mit Unternehmen aus Drittstaaten von diesem Harmonisierungseffekt erfasst.

Ist also das Internationale Privat- und Verfahrensrecht in diesem Bereich wohlgeordnet und erfolgreich erprobt, so gilt dies keineswegs für die Zusammenarbeit der öffentlich-rechtlich strukturierten Verbraucherschutzbehörden im Rahmen der CPC-Verordnung (EG) Nr. 2006/2004. Problematisch ist hier insbesondere die Feststellung eines „innergemeinschaftlichen Verstoßes“ im Sinne von Art. 3 b) der CPC-Verordnung, wenn die jeweiligen mitgliedstaatlichen Umsetzungsbestimmungen zu den im Anhang der Verordnung aufgeführten Richtlinien nicht identisch sind.[735] Auch der Vorschlag zur Neufassung der CPC-Verordnung scheint dieses Problem nicht zu lösen, sondern will eher noch weitere, komplizierte Verfahren der Kooperation bei der Rechtsdurchsetzung einführen.[736]

---

[729] Dazu etwa *Lein,* in: Fairgrieve/Lein (Hrsg.), Extraterritoriality and Collective Redress (2012), 129 ff.; *Hess,* IPRax 2010, 116 ff.

[730] EuGH, Urt. v. 1.10.2002, C-167/00, ECLI:EU:C:2002:555 – VKI / Henkel.

[731] EuGH, Urt. v. 28.7.2016, C-191/15, ECLI:EU:C:2016:612 – VKI / Amazon.

[732] Ebd., Rn. 39.

[733] Ebd., Rn. 52 ff.; zustimmend *Rott,* EuZW 2016, 733, 734 m.w.N. aus dem Schrifttum.

[734] BGH, Urt. v. 9.7.2009 – Xa ZR 19/08, NJW 2009, 3371, 3373.

[735] Vgl. den auf dem Consumer Summit 2016 am 17.10. 2016 vorgetragenen schwedisch-französischen Fall.

[736] Entwurf der Kommission v. 25.5.2016, COM(2016) 283 final.

Letztlich ist ein behördliches Handeln in der Tradition des Verwaltungsrechts stets als territorial begrenzte Anwendung des eigenen Rechts verstanden worden. Ein Verwaltungs-Kollisionsrecht, das etwa vergleichbar zu privatrechtlichen Kollisionsnormen wäre, gibt es aus guten Gründen nicht: Aufgabe der Verwaltung ist die Durchsetzung des eigenen Eingriffsrechts auf dem Territorium des jeweiligen Souveräns. Im Gegensatz dazu war das Internationale Privatrecht immer schon mit der Vielfältigkeit der nationalen Rechtsordnungen befasst und hat über mehrere Jahrhunderte Instrumente entwickelt, mit denen diese Vielfalt aus der jeweils nationalen Perspektive verarbeitet wird. Es ist daher kein Zufall, dass die privatrechtlich ausgeformten Verbandsklagen auch in grenzüberschreitenden Fällen vergleichsweise effektiv ablaufen, während die Kooperation von Verwaltungsbehörden hier größere Schwierigkeiten hat. Dieser Befund bestätigt aber nur, dass die privatrechtliche Verbandsklage sich auch mit Blick auf grenzüberschreitende Fälle bewährt hat.

FAZIT

Insgesamt lässt sich festhalten, dass sich die Unterlassungsklagenrichtlinie in der Praxis bewährt hat. Sie ist ein erfolgreiches und effizientes Mittel der Durchsetzung des Verbraucherrechts, auch in grenzüberschreitenden Fällen. Allerdings entstammt dieser Befund vor allem dem deutschen Rechtssystem, in welchem die verbraucherschützende Verbandsklage (auch schon vor ihrer europarechtlichen Regelung) eine lange und erfolgreiche Geschichte hat. In anderen Mitgliedstaaten mag die Verbandsklage weniger erfolgreich sein, was teilweise einer eher auf behördliches Handeln fokussierten Tradition der Rechtsdurchsetzung entspricht, z.T. aber auch zu erheblichen Schutzlücken führen mag.

Mit Blick auf diese – teilweise auch für Deutschland konstatierten – heute noch bestehenden Schutzlücken sind daher im Rahmen des REFIT-Prozesses die folgenden zehn Reformen der Unterlassungsklagenrichtlinie anzuraten:

(1) Der Anwendungsbereich der Unterlassungsklagenrichtlinie ist mit einer offenen Formulierung anstelle einer katalogartigen Liste zu beschreiben, um für zukünftige Entwicklungen offen zu bleiben.

(2) Die Reform der Unterlassungsklagenrichtlinie 2009/22/EG ist mit der Umsetzung der Kommissionsempfehlung 2013/396/EU zu verbinden, um ein kohärentes System des kollektiven Rechtsschutzes in der Europäischen Union zu entwickeln.

(3) Die in der Unterlassungsklagenrichtlinie geregelten Verbandsklagen müssen verjährungshemmende Wirkung in Bezug auf die sachlich mit ihnen verbundenen Ansprüche einzelner Verbraucher haben. Dabei sollte die Verjährungshemmung ohne Zutun der individuellen Anspruchsinhaber eintreten, ebenso wie es bereits in den Niederlanden, in Frankreich und im europäischen Kartellrecht geregelt ist (Art. 10 Abs. 4 der Richtlinie 2014/104/EU).

(4) Ebenfalls nach Vorbild der kartellrechtlichen Follow-on-Klagen ist eine Rechtskraftwirkung eines im Verbandsklageverfahren ergangenen Urteils zu Gunsten der betroffenen Verbraucher einzuführen, soweit der bereits im Verbandsklageverfahren beklagte Unternehmer betroffen ist. Dazu ist der mögliche Klagantrag bei der Verbandsklage um einen Feststellungsantrag zu erweitern. Diese Feststellungen wirken dann auch auf die demselben Sachverhalt entstammenden Ansprüche einzelner Verbraucher. Den Verbrauchern sollte die Möglichkeit eröffnet werden, ihre Ansprüche im Rahmen eines gerichtlich beaufsichtigten Vergleichs- oder Abwicklungsverfahren geltend zu machen, damit nicht jeder einzelne Verbraucher eine Individualklage erheben muss.

(5) Die in der Unterlassungsklagenrichtlinie geregelten Verbandsklagen und entsprechende gerichtliche Entscheidungen sind unter Namensnennung der Beteiligten in ein europaweit geführtes öffentliches Register einzutragen, um Transparenz zu schaffen, doppelte Verfahren zu vermeiden und um Klarheit über die bereits genannten Wirkungen der Verjährungshemmung und der Rechtskrafterstreckung zu schaffen. Das Register kann von jedermann im Internet eingesehen werden.

(6) Außerdem ist europarechtlich klarzustellen, dass die klagebefugten Einrichtungen ohne Beschränkungen und unter Namensnennung über ihre Arbeit einschließlich geführter Gerichtsverfahren und deren Ausgang öffentlich berichten dürfen.

(7) Weil eine Verbandsklage zur Untersagung rechtswidriger Geschäftspraktiken stets dringlich ist, sollte klargestellt werden, dass für derartige Verfahren immer das im mitgliedstaatlichen Recht vorgesehene Dringlichkeitsverfahren eröffnet ist (und nicht wie bisher nur "gegebenenfalls").

(8) Bei einer Reform der Unterlassungsklagenrichtlinie sollte als mögliches Klageziel der Verbandsklage neben der in die Zukunft gerichteten Unterlassung auch die Beseitigung rechtswidrig herbeigeführter Zustände aufgenommen werden, etwa im Sinne des Beseitigungsanspruchs aus § 8 UWG und § 2 UKlaG.

(9) Für Fälle, in denen eine individuelle oder kollektive Kompensation von Schäden nicht möglich oder ökonomisch ineffizient ist, sollte das Europarecht den klagebefugten Einrichtungen die Befugnis zur Abschöpfung rechtswidrig erzielter Gewinne einräumen. Bei der Ausgestaltung dieser Befugnis sind die in Deutschland bei §§ 10 UWG, 34a GWB gemachten Fehler zu vermeiden, d.h. insbesondere ist die Gewinnabschöpfung auch auf fahrlässiges Handeln zu beziehen. Um die nötigen Anreizwirkungen zu erzielen, sollte der abgeschöpfte Gewinn zumindest teilweise dem erfolgreichen Verbandskläger oder einem dem Verbraucherschutz gewidmeten Sondervermögen zukommen.

(10) Das Europarecht muss durch geeignete Maßnahmen sicherstellen, dass die in den Verbandsklageverfahren aufgeworfenen europarechtlichen Fragen für die gesamte Union einheitlich durch den Europäischen Gerichtshof beantwortet werden können. Dies wird faktisch in Deutschland durch die Wertgrenze im Revisionszulassungsrecht stark erschwert. Die Unterlassungsklagenrichtlinie sollte daher vorsehen, dass bei einer Verbandsklage die Voraussetzungen des Zugangs zu den mitgliedstaatlichen Obergerichten zumindest vermutet werden.

LITERATURVERZEICHNIS

Auktor, Christian/Mönch, Harald, Nacherfüllung – nur noch auf Kulanz?, NJW 2005, 1687

Baetke, Dietmar/Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Kötz, Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess (1999)

Bala, Christian/Schuldzinski, Wolfgang (Hrsg.), Prosuming und Sharing – neuer sozialer Konsum (2016)

Barnet, *Thomas*, Die formelle Vertragsethik des BGB im Spannungsverhältnis zum Sonderprivatrecht und zur judikativen Kompensation der Vertragsdisparität (1999)

Basedow, Jürgen, Kollektiver Rechtsschutz und individuelle Rechte, AcP 182 (1982), 335

Bauer, Christina/Friesen, Siegfried, ÜberPop – rechtlich top oder eher ein Flop?, DAR 2015, 61

Beater, Axel, Generalklauseln und Fallgruppen, JZ 2000, 973

Berger, Maria, Zu europäischen Entwicklungen im Internationalen Privatrecht und im Verbraucherschutz, ZEuP 2009, 451

Berteloot, Pascale, Recht auf Sprachen in Europa - Die Sprachen des Europäischen Rechts und die Rechte der Unionsbürger, in: Schulze, Reiner/Anjani, Giamaria (Hrsg.), Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts (2003), 357.

Bittner, Silke/Clausnitzer, Jochen/Föhlisch, Carsten, Das neue Verbrauchervertragsrecht (2014)

Bourgoignie, Thierry/Trubek, David M., Consumer Law, Common Markets and Federalism in Europe and the United States (1987)

Brecke, Katja Helen, Der Begriff des Fluggastes im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 261/2004, ZLW 2012, 358

Brönneke, Tobias, E-Commerce, in: Tamm, Marina/Tonner, Klaus, Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 10

Brors, Christiane, Zu den Konkurrenzen im neuen Kaufgewährleistungsrecht, WM 2002, 1780

Brüggemeier, Gert, Das neue Kaufrecht des Bürgerlichen Gesetzbuches, WM 2002, 1376

Buck-Heeb, Petra, Anlagevermittlung und Anlageberatung, in: Tamm, Marina/Tonner, Klaus, Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 16C

Bultmann, Friedrich, 30 Jahre Praxis der AGB-Verbandsklage, Gutachten 2008

Busch, Christoph/Schulte-Nölke, Hans/Wiewiorowska-Domagalska, Aneta/Zoll, Fryderyk, The rise of the platform economy, EuCML 2016, 3

Calliess, Christian/Ruffert, Matthias/Wegener, Bernhard W., EUV/AEUV, 5. Aufl. (2016)

Callies, Gralf-Peter, Kollisionsrecht, Richtlinienrecht, Einheitsrecht, ZEuP 2006, 742

Coester, Michael, AGB-rechtliche Inhaltskontrolle im Lichte des europäischen Gemeinschaftsrechts, in: Festschrift für Helmut Heinrichs (1998), 99 ff.

Dauner-Lieb, Barbara, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher? (1983)

Davies, Paul S./Virgo, Graham, Equity & Trusts, 2nd ed. (2016)

Derleder, Peter, Das Europarecht und die Informationsgesellschaft, in: Festschrift für Norbert Reich, 1997, 111 ff.

Ders., Anmerkung zum Urteil des BGH vom 30.4.2014, Az. VIII ZR 275/13 – Zum Anspruch auf Erstattung von Sachverständigenkosten gemäß § 439 Abs. 2 BGB, EWiR 2014, 417

Ders., Die Zwangsräumung eine Marokkaners in Spanien, der Europäische Gerichtshof und die Folgen, KJ 2015, 304

Derleder, Peter/Sommer, Jörg, Die Nacherfüllung nach arglistiger Täuschung, JZ 2007, 338

Djurovic, Mateja, The Apple Case: The Commencement of Pan-European Battle Against Unfair Commercial Practices, ERCL 2013, 253

Domurath, Irina, Verbraucher und Sachmängelgewährleistung in der Plattformökonomie, SVRV Working Paper Nr. 5 (2016)

Drexl, Josef, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers (1998)

Drion, *Coen E.*, Een levensduurlijst voor producten, NJB 2015, 295

Druschel, Johannes/Lehmann, Michael, Ein digitaler Binnenmarkt für digitale Güter, CR 2016, 244

Ebers, Martin, Klausel-Richtlinie 93/13, in: Schulte-Nölke, Hans/Ebers, Martin/Twigg-Flesner, Christian (Hrsg.), Verbraucherrechtskompendium, Rechtsvergleichende Studie (2008), 364

Eckel, Philipp, Kollektiver Rechtsschutz gegen kartellrechtliche Streuschäden: Das Vereinigte Königreich als Vorbild?, WuW 2015, 4

Eidenmüller, Horst, Zur Effizienz der Verjährungsregeln im geplanten Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, JZ 2001, 283

Eidenmüller, Martin/Engel, Martin, Schlichtungszwang in Verbraucherstreitigkeiten, ZIP 2013, 1704

Entorf, Horst/Spengler, Hannes, Die generalpräventive Wirkung erwarteter Strafe, MschrKrim 88 (2005), 313

Ernst, Wolfgang, Modernisierung des Schuldrechts, in: Ernst, Wolfgang/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform (2001), 559

Fairgrieve, Duncan/Lein, Eva, Extraterritoriality and Collective Redress (2012)

Falke, Josef, Werbung mit Umweltschutz – Ist der Umweltengel abgestürzt?, VuR 1989, 94

Fastrich, *Lorenz*, Richterliche Inhaltskontrolle und Privatrecht (1992)

Fezer, Karl-Heinz, Zweckgebundene Verwendung von Unrechtserlösen und Kartellbußen zur Finanzierung der Verbraucherarbeit (2012)

Fezer, Karl-Heinz/Büscher, Wolfgang/Obergfell, Eva Inés (Hrsg.), UWG, 3. Aufl. (2016)

Föhlisch, Carsten, Brauchen wir ein harmonisiertes Gewährleistungsrecht für den Onlinewarenhandel?, VuR 2016, 201

Föhlisch, Carsten, Widerrufsrechte, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 12

Fries, Martin, Verbraucherrechtsdurchsetzung (2016)

Fritzsche, Jörg, R&W-Online Datenbank, WRP 2016, 1

Gawel, Erik/Schlacke, Sabine/Tonner, Klaus, Stärkung eines nachhaltigen Konsums im Bereich der Produkthaftung durch Anpassung im Zivil- und öffentlichen Recht, UBA Texte 72/2015, Umweltbundesamt (2015)

Gessner, Volkmar, Europas holprige Rechtswege – Die rechtskulturellen Schranken der Rechtsverfolgung im Binnenmarkt, in: Festschrift für Norbert Reich (1997), 163

Gierke, Otto v., Der Entwurf des bürgerlichen Gesetzbuchs und das deutsche Recht (1889)

Gildeggen, Rainer, Abschied von der kurzen Verjährungsfrist des § 438 Abs. 1 Nr. 3 BGB, VuR 2016, 83

Graf, Allgemeine Geschäftsbedingungen, in: Jud, Brigitta/Wendehorst, Christiane (Hrsg.), Neuordnung des Verbraucherrechts in Europa (2009), 141

Grigoleit, Hans Christoph, Weiterfresserschäden und Mangelfolgeschäden nach der Schuldrechtsreform: Der mangelhafte Traktor, ZGS 2002, 78

Großmann-Doerth, Hans, Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht (1933)

Grunewald, Barbara, „Umweltverträglicher Konsum durch rechtliche Steuerung?“ Neuregelungen im Kauf-, Miet- und Gesellschaftsrecht als Mittel zur Sicherung von Nachhaltigkeit?, in: Festschrift Adams (2013), 173

Halfmeier, Axel, Popularklagen im Privatrecht (2006)

Ders., 50 Jahre Verbraucherverbandsklage – Möglichkeiten und Grenzen kollektiver Rechtsschutzinstrumente: Bilanz und Handlungsbedarf. Gutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbands e.V. (2015)

Ders., Das VSBG verstärkt die Anreize zum Rechtsbruch, VuR-Sonderheft zur Einführung des VSBG (2016), 17

Ders., Die neue Datenschutzverbandsklage, NJW 2016, 1126

Ders., Nachhaltiges Privatrecht, AcP 216 (2016), S. 717

Halfmeier, Axel/Wimalasena, Philip, Rechtsstaatliche Anforderungen an Opt-out-Sammelverfahren, JZ 2012, 649

Harke, Jan Dirk, Herstellerhaftung im Abgasskandal, VuR 2017, 83

Harte-Bavendamm, Henning/Henning-Bodewig, Frauke, UWG, 4. Aufl. (2016)

Heimermann, Ines, Nutzungsersatz des Käufers bei der Lieferung einer mangelhaften Sache – Die Pflicht zur richtlinienkonformen Rechtsfortbildung contra legem, ZGS 2009, 211

Heinrichs, Helmut, Reform des Verjährungsrechts, NJW 1982, 202

Heinrichs, Helmut/Löwe, Walter/Ulmer, Peter (Hrsg.), Zehn Jahre AGB-Gesetz (1987)

Herdegen, Matthias, Europarecht, 18. Aufl. (2016)

Herrler, Sebastian/Tomasic, Lovro, Zum Wegfall der Nutzungsersatzpflicht beim Verbrauchsgüterkauf, ZIP 2009, 181

Hönn, Günther, Kompensation gestörter Vertragsparität (1982)

Howells, Geraint/Schulze, Reiner, Overview of the Proposed Consumer Rights Directive, in: Howells, Geraint/Schulze, Reiner (Hrsg.), Modernising and Harmonising EU Contract Law (2009), 3

Howells, Geraint/Weatherill, Stephen, Consumer Protection Law, 2. ed. (2005)

Howells, Geraint/Wilhelmsson, Thomas, EC Consumer Law (1997)

Dies., The Commission Proposal on a Directive of Consumer Rights, CMLRev. 2009, 471

Immenga, Ulrich/Mestmäcker, Ernst-Joachim, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. (2014)

Ingold, Albert, Die „Sharing Economy" der kurzzeitigen Unterkunftsvermietung als Herausforderung für das Gewerbe-, Bau- und Ordnungsrecht, DÖV 2016, 595

Jansen, Nils, Revision des Acquis communautiare?, ZEuP 2012, 741

Ders., Klauselkontrolle, in: Eidenmüller, Horst/Faust, Florian/Grigoleit, Hans Christoph/Jansen, Nils/Wagner, Gerhard, Zimmermann/Reinhard, Revision des Verbraucher-acquis, (2012), 1

Jarass, Hans D., Das Sprachproblem in der Rechtswissenschaft des Europarechts, in: Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts (2003), 371

Jud, Brigitta/Wendehorst, Christiane (Hrsg.), Neuordnung des Verbraucherrechts in Europa (2009)

Kemper, *Rainer*, Verbraucherschutzinstrumente (1994)

Keßler, Jürgen/Micklitz, Hans-W., Das neue UWG – auf halben Weg nach Europa?, VuR 2009, 88

Kieninger, Eva-Maria, Die Vollharmonisierung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – eine Utopie?, RabelsZ 73 (2009), 793

Kind, Sandra, Die Grenzen des Verbraucherschutzes durch Information – aufgezeigt am Teilzeitwohnrechtegesetz (1998)

Klinck, *Fabian*, Die Haftung des Verkäufers für eine Beschädigung der Sache nach Gefahrübergang, ZGS 2008, 217

Köhler, Helmut, „Haircut" bei der Preisangabenverordnung am 12.06.2013, WRP 2013, 723

Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim, UWG, 35. Aufl. (2017)

Kötz, Hein, Welche gesetzgeberischen Maßnahmen empfehlen sich zum Schutz des Endverbrauchers gegenüber Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen?, Gutachten A zum 50. Deutschen Juristentag (1974)

Kramme, Malte, Das Verbraucherleitbild des EuGH als Ausgangspunkt der juristischen Entwicklung, in: Schmidt-Kessel, Martin/Germelmann, Claas Christian (Hrsg.), Verbraucherleitbilder – Zwecke, Wirkweisen und Maßstäbe (2016), S. 84

Kuhn, Tomas, Überschießende Umsetzung bei mindest- und vollharmonisierenden Richtlinien: Einheitliche oder gespaltene Anwendung?, EuR 2015, 216

Kulke, Ulrich, Rücktrittsrecht bei geringfügigem Mangel wegen Arglist des Verkäufers?, ZGS 2006, 412

Kuntz, Thilo, Angemessenheit weiter formularmäßiger Zweckerklärungen bei Globalbürgschaften, Grundschulden und anderen Sicherungsrechten, in: AcP 209 (2009), 242

Laimer, Simon, Nutzungs- und Aufwendungsersatz nach Vertragsaufhebung wegen nachträglicher Erfüllungsstörungen: Die Regelungen des DCFR in rechtsvergleichender Perspektive, ZEuP 2012, 47

Leutheusser-Schnarrenberger, *Sabine*, Europäisches Zivilecht, ZEuP 2011, 451

Lindacher, Walter: Anm. zur Entscheidung des EuGH vom 26.4.2012, EWiR 2012, 677

Looschelders, Dirk, Ersatz von Sachverständigenkosten zur Feststellung der Ursache von Mangelerscheinungen, JA 2014, 707

Lorenz, *Stephan*, Leistungsgefahr, Gegenleistungsgefahr und Erfüllungsort beim Verbrauchsgüterkauf – BGH, NJW 2003, 3341, JuS 2004, 105

Ders., Sachmangel und Beweislastumkehr im Verbrauchsgüterkauf – Zur Reichweite der Vermutungsregelung in § 476 BGB, NJW 2004, 3020

Ders., Arglist und Sachmangel – Zum Begriff der Pflichtverletzung in § 323 V 2 BGB, NJW 2006, 1925

Ders., Das Kaufrecht und die damit verbundenen Dienstverträge im Common European Sales Law, AcP 212 (2012), 702

Lurger, Brigitta, Vertragliche Solidarität (1998)

Macdonald, Elizabeth, Scope and Fairness of the Unfair Terms in Consumer Contracts Regulations, ModLR 65 (2002), 763

Mak, Vanessa, Private Law Perspectives on Platform Services, EuCML 2016, 19

Mansel, Heinz-Peter, Die Neuregelung des Verjährungsrechts, in: Ernst, Wolfgang/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform (2001), 333

Martinek, Michael, Das neue Teilzeit-Wohnrechtegesetz – mißratener Verbraucherschutz bei Time-Sharing-Verträgen, NJW 1997, 1393, 1396

Maultzsch, Felix, Der Entwurf für eine EU-Richtlinie über den Online-Warenhandel und andere Formen des Fernabsatzes von Waren, JZ 2016, 236

Meier, Patrick, Passagierrechte, in: Tamm, Marina/Tonner, Klaus, Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 18B

Meller-Hannich, Caroline, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht (2005)

Dies., Zu einigen rechtlichen Aspekten der „Share Economy“, WM 2014, 2337

Meller-Hannich, Caroline/Höland, Armin, Evaluierung der Effektivität kollektiver Rechtsschutzinstrumente für Verbraucher im nationalen Recht und rechtliche Bewertung ausgewählter Ansätze zu ihrer Fortentwicklung. Gutachten im Auftrag der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung (2011)

Menger, Anton, Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen, 5. Aufl. (1927)

Micklitz, Hans W., Die Verbrauchsgüter-Richtlinie, EuZW 1999, 485

Ders., Review of academic approaches to the European Contract Law Codification Project, in: Liber Amicorum Guido Alpa, 2007, 699

Ders., The Targeted Full Harmonisation Approach: Looking Behind the Curtain, in: Howells, Geraint/Schulze, Reiner (Hrsg.), Modernising and Harmonising EU Contract Law (2009), 47

Ders., Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts? Gutachten A zum 69. Deutschen Juristentag (2012)

Micklitz, Hans W./Oehler, Andreas/Piorkowsky, Michael-Burkhard/Reisch, Lucia/Strünck, Christoph, Der vertrauende, der verletzliche oder der verantwortungsvolle Verbraucher? Ein Plädoyer für eine differenzierte Strategie in der Verbraucherpolitik. Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats Verbraucher- und Ernährungspolitik beim BMELV (2010)

Micklitz, Hans W./Reich, Norbert, Der Kommissionsvorschlag vom 8.10.2008 für eine Richtlinie über „Rechte der Verbraucher“, oder: „der Beginn des Endes einer Ära …“, EuZW 2009, 279

Dies., „Und es bewegt sich doch“? – Neues zum Unionsrecht der missbräuchlichen Klauseln in Verbraucherverträgen, EuZW 2012, 126

Dies., AGB-Recht und UWG – (endlich) ein Ende des Kästchendenkens nach EuGH Perenicová und Invitel, EWS 2012, 257

Micklitz, Hans W./Rott, Peter, Verbraucherrecht, in: Dauses, Manfred (Hrsg.), Handbuch des EU-Wirtschaftsrecht, Stand Februar 2014, Abschnitt H. V.

Micklitz, Hans W./Stadler, Astrid, Das Verbandsklagerecht in der Informations- und Dienstleistungsgesellschaft. Gutachten im Auftrag des BMVEL (2004)

Micklitz, Hans W./Wechsler, Andrea (Hrsg.), The Transformation of Enforcement (2016)

Mom, Andreas, Kollektiver Rechtsschutz in den Niederlanden (2011)

Moréteau, *Oliver,* Can English become the Common Legal Language in Europe?, in: Gemeinsame Prinzipien des Europäischen Privatrechts (2003), 405

Mundt, Andreas/Stempel, Christian, Das Bundeskartellamt, in: Kenning, Peter/Oehler, Andreas/Reisch, Lucia/Grugel, Christian (Hrsg.), Verbraucherwissenschaften (2017), 573

Namysłowska, Monika, Der Biss in den (sauren) Apfel oder die europäische Durchsetzung von Verbraucherrechten auf dem Prüfstand, VuR 2015, 403

Niebling, Jürgen, Gewährleistung und Produkthaftung bei fehlender CE-Kennzeichnung, DB 1996, 80.

Ohly, Ansgar, Das neue UWG im Überblick, GRUR 2016, 3

Ohly, Ansgar/ Soznitza, Olaf, UWG, 7. Aufl. (2016)

Omsels, Hermann-Josef, Die Auswirkungen einer Verletzung richtlinienwidriger Marktverhaltensregelungen auf § 4 Nr. 11 UWG, WRP 2013, 1286

Ostendorf, Patrick, Geplanter neuer Rechtsrahmen für Online-Warenhandel und Bereitstellung digitaler Inhalte im Europäischen Binnenmarkt, ZRP 2016, 69.

Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 75. Aufl. (2016)

Pfeiffer, *Thomas,* Die Integration von Nebengesetzen in das BGB, in: Ernst, Wolfgang/Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform (2001), 502

Pousttchi, Kay/Koelwel, Dunja, M-Payment, M-Commerce & Verbraucherschutz, E-Commerce-Magazin Nr. 2/2014, 9

Purnhagen, Kai, Mehr Realität im Verbraucherleitbild in der Rechtsprechung des EuGH, VuR 2016, 401

Raiser, Ludwig, Das Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (1935)

Reich, *Anke*, Die wettbewerbsrechtliche Beurteilung der Haustürwerbung in Deutschland, (2010)

Dies., Das UWG nach der UWG-Novelle 2015 – Wesentliche Änderungen und Folgen für den Rechtsanwender im Überblick, VuR 2016, 257

Reich, Nobert, Förderung und Schutz diffuser Interessen durch die Europäischen Gemeinschaften (1987)

Ders., Competition Between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law?, CMLRev 1992, 861

Ders., Europäisches Verbraucherschutzrecht, 2. Aufl. (1993)

Ders., More clarity after “Claro”?, ERCL 2007, 41

Ders., Wie “vollständig” ist die “vollständige Harmonisierung” im Verbraucherrecht?, EuZW 2008, Heft 22 S. V

Ders., Von der Minimal- zur Voll- zur “Halbharmonisierung”, ZEuP 2010, 7

Ders., General Principles of EU Civil Law (2014)

Reich, Norbert/Micklitz, Hans W., Crónica de una muerta anunciada - Commission Proposal on a Directive of Consumer Rights, CML Rev. 2009, 471

Reich, Norbert/Micklitz, Hans-W./Rott, Peter/Tonner, Klaus, European Consumer Law, 2. Aufl. (2014)

Reinking, Kurt, Die Geltendmachung von Sachmängelrechten und Ihre Auswirkung auf die Verjährung, ZGS 2002, 140

Riehm, Thomas/Schreindorfer, Benedikt, Das Harmonisierungsrecht der neuen Verbraucherkreditrichtlinie, GPR 2008, 244

Roth, Herbert, Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf, ZIP 2004, 2025

Rott, Peter, Anmerkung zum Urteil des EuGH vom 04.06.2015 (C-497/13), EuZW 2015, 560

Ders., Das Basiskonto nach dem Entwurf des Zahlungskontengesetzes, VuR 2015, 163

Ders., Gutachten zur Erschließung und Bewertung offener Fragen und Herausforderungen der deutschen Verbraucherrechtspolitik im 21. Jahrhundert, erstattet für den Sachverständigenrat für Verbraucherfragen des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (2016)

Rott, Peter/Terryn, Evelyn, The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules, ZEuP 2009, 456

Roxin, Claus, Strafrecht AT Bd. I, 2. Aufl. (1994)

Ruckteschler, Alexander, Haltbarkeitsgarantie durch die Hintertür, ZEuP 2016, 532

Schaffert, Wolfgang, Ist die Regelung der Telefonwerbung im deutschen Lauterkeitsrecht unionsrechtskonform?, in: Festschrift Köhler (2014), 585

Schäfer, Hans-Bernd, in: Basedow, Jürgen/Hopt, Klaus J./Kötz, Hein/Baetge, Dietmar (Hrsg.), Die Bündelung gleichgerichteter Interessen im Prozess (1999), 67

Schäfer, Stephan, Die beginnende Vermischung mit der politischen Formel beim Täuschungsschutz bei Lebensmitteln, in Schmidt-Kessel, Martin/Germelmann, Claas Christian (Hrsg.), Verbraucherleitbilder – Zwecke, Wirkweisen und Maßstäbe (2016), 102

Scherer, Inge, Die besonders schutzbedürftigen Verbraucher nach der UWG-Novelle 2015, WRP 2016, 1441

Schlacke, Sabine, Überindividueller Rechtsschutz (2008)

Schlacke, Sabine/Tonner, Klaus/Gawel, Erik/Alt, Marina/Bretschneider, Wolfgang, Stärkung eines nachhaltigen Konsums im Bereich Produktnutzung durch Anpassungen im Zivil- und im öffentlichen Recht, UBA-Texte 72/2015

Schlacke, Sabine/Tonner, Klaus/Gawel, Erik, Nachhaltiger Konsum – integrierte Beiträge von Zivilrecht, öffentlichem Recht und Rechtsökonomie zur Steuerung nachhaltiger Produktnutzung, JZ 2016, 1030.

Schmidt-Kessel, Martin /Germelmann, Claas Christian (Hrsg.), Verbraucherleitbilder – Zwecke, Wirkweisen und Maßstäbe (2016)

Schmidt-Rimpler, Walter, Grundfragen der Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130

Schmidt-Salzer, Joachim, Allgemeine Geschäftsbedingungen (1971)

Schröder, Meinhard, Bau- und ordnungsrechtliche Fragen der kurzzeitigen Wohnraumvermietung über Internetportale im Rahmen der Sharing Economy, GewA 2015, 392

Schroeter, Ulrich G./von Göter, Jonas, Der Richtlinienvorschlag der EU-Kommission zum Vertragsrecht des Online-Warenhandels, DB 2016, 754

Schulte-Nölke, Hans/Busch, Christoph, Der Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken KOM (2003) 356 endg., ZEuP 2004, 99

Schulze, Reiner, Europäisches Privatrecht im Gegenwind, ZEuP 2014, 691

Schulze, Reiner/Ebers, Martin, Streitfragen im neuen Schuldrecht, JuS 2004, 462

Schwartze, Andreas, Allgemeine kaufrechtliche Vorgaben nach §§ 433 ff BGB, in: Tonner/Tamm (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 14A

Schwintowski, Hans-Peter, Angehörigenschmerzensgeld – Zeit zum Umdenken!, VuR 2016, 29.

Siems, Mathias, Die neue Verbraucherkreditrichtlinie und ihre Folgen, EuZW 2008, 454

Smits, Jan M., New European Proposal for Distance Sales and Digital Contents Contracts: Fit for Purpose?, ZEuP 2016, 313

Solmecke, Christian/Lengersdorf, Bonny, Rechtliche Probleme bei Sharing Economy – Herausforderungen an die Gesetzgebung auf dem Weg in eine geteilte Welt, MMR 2015, 493

Stadler, Astrid, Der Abschied von einem kohärenten europäischen Ansatz?, GPR 2013, 281

Dies., Die Umsetzung der Kommissionsempfehlung zum kollektiven Rechtsschutz*,* ZfPW 2015, 61

Dies., Beseitigungsklagen durch Verbände im AGB-Recht, in: Festschrift Schilken (2015), 481

Stempel, Christian, Treu und Glauben im Unionsprivatrecht (2016)

ders., Der lange Weg zur Teilvereinheitlichung der AGB-Kontrolle in Europa, ZEuP 2017, 102

Stewart, Richard B./Sunstein, Cass R., Public Programs and Private Rights, Harv. L. Rev. 95 (1981) 1193.

Stoffels, Marcus, AGB-Recht, 3. Aufl. (2015)

Streinz, Rudolf, EUV/AEUV, 2. Aufl. (2012)

Struyck, Jules/Terryn, Evelyn/Van Dyk, Tom, Confidence through fairness? The new Directive on unfair business-to-consumer commercial practices in the internal market, CMLRev. 43 (2006), 144

Stürner, Michael, Zur Fortentwicklung des EU-Vertragsrechts: Der Richtlinienvorschlag zum Online-Warenhandel, Jura 2016, 884

Tamm, Marina, Binnenmarkt contra Rechtsvielfalt? – Ein Plädoyer für das Mindeststandardprinzip wider die Brüsseler Pläne zur Vollharmonisierung, KJ 2007, 391

Dies., Verbraucherschutzrecht. Europäisierung und Materialisierung des deutschen Zivilrechts und die Herausbildung eines Verbraucherschutzprinzips (2011)

Dies., Das gemeinsame Europäische Kaufrecht als optionales Instrument, VuR 2012, 3

Dies., Rechtsevolution – dargestellt am Beispiel des Verbraucherrechts, KJ 2013, 52

Dies., Informationspflichten nach dem Umsetzungsgesetz zur Verbraucherrechterichtlinie, VuR 2014, 9

Tamm, Marina/Tonner, Klaus, Vom Scheitern des Gemeinsamen Kaufrechts zum Kaufrecht im Rahmen des digitalen Binnenmarktes, EWS 2015, 241

Dies. (Hrsg.), Verbraucherrecht. Rechtliches Umfeld, Vertragstypen, Rechtsdurchsetzung. Beratungshandbuch, 2. Aufl. (2016)

Tettinger, Peter W., Wer frißt wen? Weiterfresser vs. Nacherfüllung, JZ 2006, 641

Tonner, Klaus, Verbraucherschutz im UWG und die UWG-Reform von 1986, NJW 1987, 1917

Ders., Nachhaltiger Konsum, Verbraucherpolitik und Recht, in: Festgabe Czybulka (2012), 307

Tonner, Klaus/Crellwitz, Kristin/Echtermeyer, Sandra, Kauf- und Werkvertragsrecht, in: Micklitz, Hans-W./Pfeiffer, Thomas/Tonner, Klaus/Willingmann, Armin (Hrsg.), Schuldrechtsreform und Verbraucherschutz (2001), 293

Tonner, Klaus/Fangerow, Kathleen, Directive 2011/83/EU on consumer rights: a new approach to European Consumer Law?, euvr 2012, 67

Tonner, Klaus/Schlacke, Sabine/Alt, Marina, Stärkung des nachhaltigen Konsums, in: Brönnecke, Tobias/Wechsler, Andrea (Hrsg.), Obsoleszenz interdisziplinär (2015), S. 235

Tonner, Klaus/Tamm, Marina, Zur Auslegung des europäischen Verbrauchervertragsrechts – insbesondere zur Auslegungsregel in dubio pro consumatore, in: Thévenoz/Reich (Hrsg.), Liber amicorum Bernd Stauder (2006), 527

Dies., Der Vorschlag einer Richtlinie über Rechte der Verbraucher und seine Auswirkungen auf das nationale Verbraucherrecht, JZ 2009, 277

Tonner, Klaus/Reich, Anke, Verbraucherschutz im Lauterkeitsrecht, in: Tamm, Marina/Tonner, Klaus, Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 6

Dies., Die Entwicklung der wettbewerbsrechtlichen Beurteilung der Telefonwerbung, VuR 2009, 95

Tröger, Tobias, Zum Systemdenken im europäischen Schuldvertragsrecht – Probleme der Rechtsangleichung durch Richtlinien am Beispiel der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, ZEuP 2003, 525

Twigg-Flesner, Christian, Verbrauchsgüterkaufrichtlinie (99/44), in: Schulte-Nölke, Hans/Ebers, Martin/Twigg-Flesner, Christian (Hrsg.), Verbraucherrechtskompendium, Rechtsvergleichende Studie (2008)

Ulmer, Peter/Brandner, Erich/Hensen, Horst-Diether (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar, 12. Aufl. (2016)

Unseld, Florian, BB-Kommentar: Fehlende Grenzwerte gehen zu Lasten der Einzelfallgerechtigkeit, BB 2014, 1748

Veit, Julian, Crowdlending – Anforderungen an die rechtskonforme Umsetzung der darlehensweisen Schwarmfinanzierung, BKR 2016, 184

Voet, Stefaan, Consumer Collective Redress in Belgium: Class Actions for the Rescue?, EBOR 16 (2015), 121

Vogenauer, Stefan/Weatherill, Stephen, The European Community´s competence for a comprehensive harmonising of contract law – an empirical analysis, ELRev 2005, 821

Vries, Anne de, Travel intermediaries and responsibility for compliance with EU travel law: a scattered legal picture, EuCML 2016, 119

Wagner, Gerhard, Die Verjährung gewährleistungsrechtlicher Rechtsbehelfe nach neuem Schuldrecht, ZIP 2002, 789

Weiler, Frank, Informationspflichten, in: Tamm, Marina/Tonner, Klaus, Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 13

Weller, Matthias, Die Verantwortlichkeit des Händlers für Herstellerfehler*,* NJW 2012, 2312

Wendehorst, Christiane, Platform Intermediary Services and Duties under the E-Commerce Directive and the Consumer Rights Directive, EuCML 2016, 30

Wendland, Matthias, Das neue europäische Vertragsrecht für den Online-Handel, EuZW 2016, 126

Wendt, Stefan, Peer-to-Peer Lending – Chancen und Risiken für Verbraucherinnen und Verbraucher, Gutachten für den Sachverständigenrat für Verbraucherfragen beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (2016)

Werlauff, Erik, Class action and class settlement in a European perspective, EBLR 2013, 173, 179

Westphalen, Friedrich Graf v., Kettengarantie und kein Ende?, ZGS 2002, 19

Ders., Drei Jahre Schuldrechtsreform – Versuch einer (vorläufigen) Bilanz, BB 2005, 1

Ders., Hinreichende Sanktionen gegen unwirksame Klauseln in Verbraucherverträgen?, ZIP 2012, 2469

Ders., Verbraucherschutz nach zwei Jahrzehnten Klauselrichtlinie, NJW 2013, 961

Wieacker, Franz, Das Sozialmodell der klassischen Privatrechtsbücher und die Entwicklung der modernen Gesellschaft (1953)

Wiese, Volker, Verbraucherschutz bei unbestellten Warenlieferungen und Gewinnmitteilungen, in: Tamm/Tonner (Hrsg.), Verbraucherrecht, 2. Aufl. (2016), § 7

Wilhelmsson, Thomas, The Average European Consumer: a Legal Fiction?, in: Wilhemsson/Paunio/Pohjalainen (Hrsg.), Private Law and the Many Cultures of Europe (2007), S. 243

Wilhelmsson, Thomas, Full Harmonisation of Consumer Contract Law?, ZEuP 2008, 225

Wimmer, Mari/Weiß, Norbert, Taxi-Apps zwischen Vermittlertätigkeit und Personenbeförderung, MMR 2015, 80

Woitkewitsch, Christopher, Verbraucherschutz im AGB-Recht. Aktuelle Rechtsprechung zum Verbandsklageverfahren, VuR 2007, 252

Wolf, Manfred/Lindacher, Walter F./Pfeifer, Thomas, AGB-Recht, 6. Aufl. (2013)

Zimmermann, Reinhard, - ut sit finis litium -, JZ 2000, 853

Ders., Römisches Recht und europäische Rechtskultur, JZ 2007, 1

Ders., Grundregeln eines Europäischen Verjährungsrechts und die deutsche Reformdebatte, ZEuP 2001, 217

Zimmermann, Reinhard/Leenen, Detlef/Mansel, Heinz-Peter/Ernst, Wolfgang, Finis Litium? Zum Verjährungsrecht nach dem Regierungsentwurf eines Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes, JZ 2001, 217

Zöller, Richard/Vollkommer, Max, ZPO, 31. Aufl. (2016)

Zöllner, Wolfgang, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht, AcP 196 (1996), 1

Zypries, Brigitte, Der Vorschlag einer Richtlinie über Verbraucherrechte, ZEuP 2009, 225