

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

11
K&R

- Editorial: Kommt nach De-Mail jetzt De-Internet?
Dr. Sebastian Meyer
- 685 Google Glass – Eine Herausforderung für das Recht
Thomas Schwenke
- 692 Aktuelle Entwicklungen des Titelschutzrechtes
Dr. Verena Hoene
- 695 Die Gebührendeckelung im neuen § 97 a UrhG: Alles wird besser
Carl Christian Müller und Sören Rößner
- 699 Das Widerrufsrecht im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und Verbraucherschutz
Christian Solmecke und Nico Czajkowski
- 704 Anspruchsberechtigung und Verbotsanträge bei belästigender Telefonwerbung · *Dr. Sascha Vander*
- 708 Zur Kultur kulinarischer Kreationen · *Dr. Michael R. Kogler*
- 712 Unterlassungsansprüche von TK-Satellitenbetreibern gegen Störungen der ihnen zugewiesenen Orbitalpositionen und Frequenzbereiche
Prof. Dr. Christian Koenig und Martin Busch
- 717 Länderreport USA · *Clemens Kochinke*
- 719 EuGH: Gerichtszuständigkeit bei Urheberrechtsverletzungen in verschiedenen EU-Staaten
- 722 EuGH: GOOD NEWS: Nationale Anzeigen-Kennzeichnungspflicht mit EU-Recht vereinbar
- 725 BGH: Mitbewerber und Verbände anspruchsberechtigt bei unzulässiger Telefonwerbung für DSL-Produkte
- 754 LG Bochum: Mouse-Over-Effekt für Grundpreisangabe in eBay-Angebotsübersicht nicht ausreichend mit Kommentar von *Dr. Simon Menke*

16. Jahrgang

November 2013

Seiten 685 – 756

Deutscher Fachverlag GmbH · Frankfurt am Main

wurfsfassung des Gesetzes vorgesehene Tatbestandsmerkmal, das die Deckelungsregelung in der Tat hätte leerlaufen lassen, folgerichtig gestrichen und, zumindest was das Merkmal der Schwere der Rechtsverletzung betrifft, als für die Gesetzesanwendung offensichtlich untaugliche „Auslegungshilfe“ in die Gesetzesbegründung geraten ist.

V. Fazit

Da, wie oben dargelegt, die außergerichtliche Gebührendeckung gerade im Hinblick auf die massenhaft ausgesprochenen Abmahnungen wegen Filesharings Eingang in das Urheberrecht gefunden hat, wäre es nicht zuletzt auch vor diesem Hintergrund absurd anzunehmen, hierauf sei die zu der bisherigen in der Praxis wirkungslosen Kostendeckelungsvorschrift des § 97 a Abs. 2 UrhG a. F. ergangene Rechtsprechung anzuwenden,²⁹ zumal die Neuregelung gerade mit Blick darauf erfolgt.³⁰ Anders als die alte Vorschrift, für deren Anwendung verschiedene Voraussetzungen kumulativ vorliegen mussten, sieht der neue § 97 a Abs. 3 UrhG ein klares Regel-Ausnahme-Verhältnis vor, wonach vom Regelfall der Gebührendeckelung nur in besonderen Ausnahmefällen, die wie aufgezeigt letztlich allenfalls bei Darlegung einer großen Anzahl von Rechtsverletzungen durch den Abgemahnten angenommen werden können, abgewichen werden kann.³¹ Befürchtungen, wie sie bereits geäußert wurden, die neue Gebührendeckelung könne weit-

gehend – nämlich in 78 (sic!) Prozent der Fälle – leerlaufen,³² sind daher nicht nachvollziehbar. Sie beruhen auf der unzutreffenden Grundannahme, dass eine Streitwertdeckung jedenfalls dann unbillig sei, wenn eine im Sinne des § 101 Abs. 1 S. 2 UrhG schwere oder im Sinne des § 97 a Abs. 2 UrhG a. F. erhebliche Rechtsverletzung vorliegt.³³ Wie vorstehend aufgezeigt, ist dies gerade nicht der Fall. Insofern kann also tatsächlich alles besser werden.

- 29 Im Übrigen gibt es zu dieser Frage auch noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung, siehe auch OLG Köln, 24. 3. 2011 – 6 W 42/11, K&R 2011, 354 ff.; die in der Pressemitteilung des BGH vom 12. 5. 2010 zu seinem Urteil vom selben Tage – I ZR 121/08, K&R 2010, 492 ff., <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&sid=64ed2ee426980b310970542bac4d5898&nr=51934&pos=1&anz=4>, in Klammern gesetzte Anmerkung „nach geltendem, im Streitfall aber noch nicht anwendbaren Recht fallen insofern maximal 100 € an“, der dann aber kein entsprechendes obiter dictum in der Entscheidung selbst folgte, lässt jedenfalls darauf schließen, dass die alte Deckelungsvorschrift auf Filesharing grundsätzlich zur Anwendung gelangen könnte – zumindest dann, wenn wie im dort zu entscheidenden Fall nur ein Musiktitel betroffen ist.
- 30 BT-Drs. 17/13057, S. 12; siehe auch die Pressemitteilung des BMJ vom 15. 3. 2012 unter anderem zum Entwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken, a. a. O.
- 31 Auch die Gesetzesbegründung stellt diesen wesentlichen Unterschied zur bisherigen Fassung des § 97 a UrhG heraus, BT-Drs. 17/13057, S. 35.
- 32 Solmecke, Abmahnungen im Urheberrecht, 14. 5. 2013, <http://www.vzbv.de/cps/rde/xbc/vzbv/abmahngebuehren-gutachten-vzbv-solmecke-2013.pdf>, S. 10.
- 33 Solmecke (Fn. 32), S. 4.

RA Christian Solmecke, LL.M. und wiss. Mitarb. Nico Czajkowski, Köln*

Das Widerrufsrecht im Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und Verbraucherschutz

Eine Analyse der Kontosperrungen am Beispiel von Amazon

Es ist nicht neu, dass Versandhäuser Kundenkonten sperren um unliebsame Kunden loszuwerden. Diese Maßnahme bekommt aber aufgrund der jüngsten Benutzerkontosperrungen durch das Online-Versandhaus Amazon eine neue und vielleicht so noch nicht vorhandene Aufmerksamkeit. Durch die Kontosperrung sollen Verbraucher, die nach Ansicht des Versandhauses einen zu extensiven Gebrauch ihres Widerrufsrechts machen, von weiteren Bestellungen und den daran vermutlich anschließenden Rücksendungen abgehalten werden. Fraglich ist allerdings, welche Auswirkung dieses Vorgehen auf das Widerrufsrecht hat.

I. Problemstellung

Einige Online-Versandhäuser haben unlängst damit begonnen die Benutzerkonten von Kunden zu schließen, die ihre bestellte Ware zu häufig wieder retourniert haben. Dieses Vorgehen hat einige Fragen aufgeworfen, die einer rechtlichen Bewertung unterzogen werden sollen. Bei einer solchen Maßnahme stellt sich natürlich grundsätzlich die Frage, ob dieses Vorgehen insgesamt rechtmäßig ist.

Der Beitrag wird sich dabei auf die Auswirkungen der Kontoschließung und deren Folgen auf die einzelnen Verbraucher konzentrieren.

Um die Frage der Rechtmäßigkeit einer Benutzerkontosperrung beantworten zu können, wird nach einer kurzen Darstellung der Rechtsbeziehungen zwischen dem Online-Versandhaus und dem Verbraucher (II.) geprüft, ob durch die Kontoschließung eine Aushöhlung des Widerrufsrechts zu befürchten ist (III.).

Ebenfalls in diesem Zusammenhang wird die Frage besprochen, welche Auswirkung eine Warnung vor einer Kontoschließung hinsichtlich des Widerrufsrechts hätte (IV.).

Nachdem die Auswirkungen auf die Verbraucher bewertet wurden, wird geprüft, ob sich dieses Vorgehen rechtlich rechtfertigen lässt (V.).

Außerdem werden die Folgen der Kontoschließung für die eventuell bestehenden weiteren Rechtsverhältnisse zwischen dem Versandhaus und dem Verbraucher dargestellt

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf Seite VIII.

(VI.). Im Fazit sollen einige Lösungsansätze genannt werden (VII.).

II. Die Rechtsbeziehungen zwischen Versandhaus und Verbraucher

Der Kauf von Waren bei einem Online-Versandhaus setzt in aller Regel ein Benutzerkonto voraus. Dieses Benutzerkonto ist als eine Nutzungserlaubnis hinsichtlich des Zugriffs auf das Kauf-Portal und dessen Nutzung einzuordnen. Soweit der Kunde dieses Benutzerkonto eröffnet hat, kann er über die Plattform des Versandhauses Kaufverträge direkt mit dem Versandhaus und teilweise auch mit Drittanbietern (z. B. beim Amazon Marketplace) abschließen. Aufgrund der ausschließlichen Kommunikation via Internet, handelt es sich bei diesen Verträgen um Fernabsatzverträge i. S. v. § 312 b BGB.¹ Außer dem Umstand, dass das Benutzerkonto zum Abschluss von Fernabsatzverträgen obligatorisch ist, dient es lediglich der Identifizierung des Käufers. Weitere wechselseitige Beziehungen zwischen dem Konto und dem einzelnen Kauf bestehen nicht. Das Benutzerkonto und die Kaufverträge sind daher als jeweils eigenständige Rechtsbeziehungen zwischen dem Online-Versandhaus und dem Verbraucher zu qualifizieren.

III. Aushöhlung des Widerrufsrechts als Folge der Kontoschließung

Die Kontoschließungen erfolgen in der Regel alle ohne eine vorherige Warnung.² Zwar werden die Betroffenen schriftlich über die Schließung unterrichtet, dieses Schreiben hat jedoch bloß deklaratorische Wirkung, denn im Zeitpunkt des Zugangs kann der Empfänger nichts mehr unternehmen, um die Kontoschließung abzuwenden.³

Folge der unvorhersehbaren Kontosperrungspraxis ist, dass der Verbraucher nicht wissen kann, ob das Geschäftsverhältnis zu ihm aktuell als defizitär eingestuft wird. Es ist naheliegend, dass sich durch Bekanntwerden dieses Vorgehens auch solche Verbraucher in eine Zwangslage versetzt fühlen könnten, deren Rücksendeverhalten vom Versandhaus gar nicht beanstandet wird. Dies könnte dazu führen, dass der Verbraucher dazu veranlasst wird auf das im BGB verankerte Widerrufsrecht zu verzichten, um keine Schließung des eigenen Benutzerkontos zu riskieren. Die Unvorhersehbarkeit möglicher Konsequenzen hätte dann eine tatsächliche Aushöhlung des Widerrufsrechts zur Folge. Eine Aushöhlung würde jedoch dann nicht vorliegen, wenn das Widerrufsrecht in seinen Regelungen selbst eine Grenze hinsichtlich der Häufigkeit der Ausübung beinhaltet. Es muss also gefragt werden, ob es grundsätzlich möglich ist, das Widerrufsrecht durch eine zu häufige Rücksendung von bestellten Waren zu extensiv auszuüben. Bei der Qualifizierung einer Rücksendequote als überhöht richtet sich beispielsweise das Online-Versandhaus Amazon nach dem Merkmal der „haushaltsüblichen Anzahl von Retouren“, die bei einer Rücksendequote von ca. 50 % erreicht werden soll.⁴ Ein anderes Versandhaus hat eine Kontosperrung bei einer Rücksendequote von knapp 80 % vorgenommen.⁵ Dem Gesetz ist jedoch weder eine haushaltsübliche, noch eine zu hohe Retourenanzahl bekannt. Daraus folgt, dass das Online-Versandhaus selbst die Grenze für eine akzeptable Retourenquote festlegt und eine darüber liegende Retourenquote als nicht haushaltsüblich qualifiziert und folglich nicht akzeptiert.

Ein Rücksendeverhalten, das eine Kontoschließung begründet, kann aus Sicht der Verfasser dann gegeben sein, wenn eine missbräuchliche Ausübung des Widerrufsrechts durch den Verbraucher vorliegt. Wann ein Missbrauch vorliegt, darf nicht durch das Versandhaus selbst bestimmt werden, sondern muss sich aus dem Gesetz ableiten lassen, um einen Gegenstrom zu den Regelungen des Widerrufsrechts zu verhindern.⁶

Mit der Frage, ab wann eine Rücksendequote als zu hoch gilt, hat sich das OLG Hamburg bereits im Jahre 2004 beschäftigt. Damals urteilte der 5. Zivilsenat des OLG Hamburg, dass eine Rücksendequote dann als zu hoch einzustufen ist, wenn der Kunde die von ihm bestellte Ware in erheblichem Umfang retourniert. Von einem erheblichen Umfang gingen die Hamburger Richter bei einer Rücksendequote von über 50 % in einem Zeitraum von zwei Jahren aus.⁷

Diese Ansicht ist abzulehnen. Ein Missbrauch des Widerrufsrechts lässt sich nicht aus der Anzahl der Rücksendungen herleiten. Für eine solche Betrachtung lässt das Gesetz keinen Raum: Nach § 355 Abs. 1 S. 1 BGB ist für die Ausübung des Widerrufsrechts ein Gesetz erforderlich, das dem Verbraucher den Widerruf gewährt.⁸ Bei Kaufverträgen zwischen einem Versandhändler und einem Verbraucher liegt regelmäßig ein Fernabsatzvertrag nach § 312 b BGB vor, für welchen sich das Widerrufsrecht aus § 312 d Abs. 1 S. 1 BGB ergibt. Eine gesetzliche Einschränkung zu Lasten des Verbrauchers erfährt dieses Widerrufsrecht zum einen dadurch, dass der Widerruf innerhalb von 14 Tagen ab Zugang der Ware beim Verbraucher zu erfolgen hat, sofern dieser ordentlich belehrt wurde. Zum anderen werden in § 312 d Abs. 4 BGB Auschlussstatbestände genannt, bei deren Vorliegen kein Widerrufsrecht nach den §§ 355, 312 d Abs. 1 S. 1 BGB gegeben ist. Ein Ausschluss des Widerrufsrechtes bei übermäßiger Nutzung findet sich in § 312 d Abs. 4 BGB jedoch nicht. Das gesetzlich verankerte Widerrufsrecht enthält also keinerlei Hinweis darauf, dass es hinsichtlich seiner Ausübung einer quantitativen Beschränkung unterliegt. In der häufigen Ausübung des Rücksenderechtes darf danach kein Grund liegen, um Benutzerkonten von Verbrauchern zu sperren. Selbst dann nicht, wenn die Geschäfte mit solchen Verbrauchern für das Versandhaus unrentabel sind.

Darüber hinaus muss angemerkt werden, dass die Versandhäuser in den Anschreiben an die Verbraucher, deren Konten gesperrt wurden, eine insgesamt zu hohe „Rücksendequote“ moniert haben.⁹ Von einer „Rücksendung“ ist zumindest begrifflich jede zurückgesendete Ware erfasst,

1 Ring, in: Dauner-Lieb/Langen, BGB Schuldrecht, 2. Aufl. 2012, § 312 b Rn. 52.

2 Zur Kontoschließung bei Amazon: Heise News-Meldung vom 31. 7. 2013, <http://www.heise.de/resale/meldung/Amazon-geht-mit-Kontensperre-gegen-hohe-Retourenquoten-vor-1927899.html>. Zur Kontoschließung bei Tchibo: <http://www.wbs-law.de/internetrecht/auch-tchibo-geht-mit-kontensperren-gegen-zu-viele-retouren-vor-43961/>.

3 Link zum Auszug des Schreibens von Amazon: <http://stadt-bremerhaven.de/amazon-raeumt-auf-und-sperret-kundenkonten-von-notorischen-ruuecksendern/>.

4 Zur Kontoschließung bei Amazon: <http://www.wbs-law.de/internetrecht/amazon-bezeichnet-kontensperre-als-endgultig-43773/>.

5 Zur Kontoschließung bei Tchibo: <http://www.wbs-law.de/internetrecht/auch-tchibo-geht-mit-kontensperren-gegen-zu-viele-retouren-vor-43961/>.

6 Masuch, in: Münchener Kommentar, 6. Aufl. 2012, § 355 Rn. 5. Über Sinn und Zweck des verbraucherschützenden Widerrufs.

7 OLG Hamburg, 25. 11. 2004 – 5 U 22/04, MMR 2005, 617.

8 Kaiser, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2012, § 355 Rn. 6.

9 S.o. Fn. 3 und 5.

also auch eine solche aufgrund von Gewährleistungsrechten. Für eine objektive Bestimmung einer zu extensiven Ausübung des Widerrufsrechts wäre eine Differenzierung zwischen den ausgeübten Rechten jedoch zwingend. Außerdem erscheint es bei der Rücksendequote geboten, zwischen den verschiedenen Produktarten zu unterscheiden: So ist eine erhöhte Rücksendequote bei Kleidungsstücken eher gerechtfertigt als bei Elektronikartikeln.

Da keine ausdrückliche Missbrauchssperre im Widerrufsrecht existiert, ist der Schutzzweck der Norm zu betrachten. Das Widerrufsrecht verfolgt das Ziel, den Verbraucher vor einer vertraglichen Bindung zu schützen, die er womöglich übereilt und ohne ausreichende Abwägung eingegangen ist.¹⁰ Der wesentliche Unterschied zwischen einem Verbrauchsgüterkauf vor Ort in einem Laden und jenem über einen Online-Shop ist der, dass der Verbraucher im Laden die Gelegenheit hat, die Ware zu prüfen.¹¹ Eine solche Gelegenheit bietet sich freilich nicht in ausreichender Form, wenn die Ware wie bei einem Fernabsatzvertrag zum Beispiel bloß auf dem Computerbildschirm sichtbar ist. Dem Verbraucher wird das Widerrufsrecht also gewährt, um die Nachteile aus der Natur des Fernabsatzvertrags auszugleichen.¹² Dagegen ist es aber gerade nicht das Ziel des Widerrufsrechts, dem Verbraucher die Möglichkeit zu geben, sich bestimmte Waren zu verschaffen und diese nach der beabsichtigten Nutzung innerhalb der Widerrufsfrist wieder zu retournieren. Wenn ein Verbraucher jedoch so verfährt, macht er von seinem Widerrufsrecht außerhalb des dafür vorgesehenen Schutzbereichs Gebrauch.

Auf der Suche nach einer rechtlichen Auflösung des Problems stößt man auf § 312 e Abs. 1 BGB. Danach könnte die Möglichkeit bestehen, einen derartigen Missbrauch über die Wertersatzpflicht auszugleichen. Eine geplante Nutzung der Ware und deren ebenso von vornherein geplante Retournierung gehen nämlich über das hinaus, was zur zweckdienlichen Ausübung des Widerrufsrechts erforderlich ist und eröffnen dadurch den Anwendungsbereich des § 312 e BGB.¹³ Nicht zweckdienlich für das Widerrufsrecht und somit durchaus missbräuchlich wäre es etwa, wenn die bestellten Kleider nur einmalig auf einer Party getragen werden, bevor sie zurückgesandt werden oder der Verbraucher zum Finale der Fußball Weltmeisterschaft ein Großbild-TV Gerät bestellt und dieses wie geplant nach dem Finalspiel wieder retourniert, ohne je eine endgültige Kaufabsicht gehabt zu haben.¹⁴ Dem Grunde nach könnte ein Missbrauch über die Wertersatzpflicht nach § 312 e BGB ausgeglichen werden, sodass der Missbrauch an sich keiner weiteren Rechtsfolgen bedürfte.

Problematisch bei der Wertersatzpflicht ist allerdings oft die Beweislage. Die Beweislast für eine übermäßige Nutzung der Ware liegt beim Versandhaus.¹⁵ Dadurch soll eine Entwertung des Widerrufsrechts durch eine für den Verbraucher kaum mögliche Beweiserbringung ausgeschlossen werden.¹⁶ Doch auch für das Versandhaus wird es nicht bei allen Gütern gleich einfach sein, eine zu weit gehende Nutzung nachzuweisen. Bei dem Beispiel des TV-Gerätes zur Fußball WM mag dies sogar nahezu unmöglich sein. Zwar ist dem Versandhaus eine Beweiserleichterung in Form eines Prima-Facie-Beweis eingeräumt, bei dem von einer übermäßigen Nutzung ausgegangen werden kann, wenn die Sache erhebliche Gebrauchsspuren aufweist oder die Gesamtsituation auf eine übermäßige Nutzung der Sache schließen lässt.¹⁷ Jedoch ist eine zu statische Anwendung dieses Prima-Facie-Beweis

es ebenso nicht zulässig, weil dies zur Folge hätte, dass Saisonartikel, wie etwa der Fernseher zur WM oder der Christbaumschmuck in der Weihnachtszeit, faktisch vom Widerrufsrecht ausgeschlossen wären.¹⁸ In solchen Fällen muss das Versandhaus also trotz der Beweiserleichterung einen Nachweis für die über die zulässige Prüfung hinausgehende Nutzung darlegen.

Die Wertersatzpflicht nach § 312 e BGB ist somit nicht dazu geeignet jede Form des Missbrauchs des Widerrufsrechtes zu erfassen und adäquat auszugleichen. Somit geben die Regelungen des Widerrufsrechts beim Fernabsatzvertrag den Raum für eine gesetzlich nicht ausgeglichene missbräuchliche Anwendung, die zu Lasten des Versandhandels wirkt.¹⁹ Sollte dem Versandhaus nun ein solches Verhalten bei einem Kunden auffallen, darf es nicht verpflichtet werden, zum Schutze des Rechtsinstituts des Widerrufsrechts weitere Verträge abzuschließen.

Hinsichtlich des gesetzlichen Widerrufsrechts besteht also durch die Kontoschließung, welche einzig aufgrund einer erhöhten Rücksendequote vorgenommen wird, eine Aushöhlungsgefahr. Anders liegt der Fall, wenn ein echter Missbrauch des Widerrufsrechtes durch den Verkäufer festgestellt worden ist.

IV. Erforderlichkeit einer vorherigen Warnung

Wie bereits festgestellt, besteht die große Gefahr der Aushöhlung des Widerrufsrechts darin, dass die Kontoschließungen durch die Versandhäuser in der Regel unvermittelt erfolgen. Im Gegensatz zu der unvermittelten Kontoschließung würde eine konkrete Warnung dem Verbraucher aufzeigen, dass er sein Verhalten ändern müsste, sofern er an weiteren Geschäftsbeziehungen mit dem Versandhaus interessiert ist.²⁰ Andere Kunden müssten keine unvermittelte Kontoschließung fürchten, was die Gefahr der Unterwanderung des Widerrufsrechtes deutlich verringern würde. Danach kommt eine Aushöhlung des Widerrufsrechts durch die Kontoschließung wohl am ehesten dann in Frage, wenn der Verbraucher ohne Vorwarnung jederzeit mit einer Kontoschließung rechnen muss.

Die Folge ist, dass eine Warnung nicht die Gefahr der Aushöhlung des Widerrufsrechts verstärkt, sondern sogar geeignet ist, dieser entgegenzuwirken. Hinsichtlich einer Warnung sollte das Versandhaus allerdings bestimmte Regeln einhalten. So wäre es sinnvoll, bei einer Kontolöschung den Verbraucher nicht bloß zu warnen, sondern diese Warnung auch mit greifbaren Daten zu begründen, um dem Verbraucher nachvollziehbar sein Fehlverhalten aufzuzeigen. Aus rechtlicher Sicht stünden einer konkreten schriftlichen Warnung an den Verbraucher hinsichtlich der Kontoschließung jedenfalls keine Bedenken ent-

10 *Grüneberg*, in: Palandt, BGB, 72. Aufl. 2013, § 355 Rn. 3.

11 *Thüsing*, in: Staudinger (Fn. 8), § 312 e Rn. 16; *Ring*, in: Dauner-Lieb/Langen (Fn. 1), § 312 d Rn. 4.

12 Erwägungsgrund 14 der FAREL: http://ec.europa.eu/consumers/policy/developments/dist_sell/dist01_de.pdf.

13 EuGH (1. Kammer), 3. 9. 2009 – C-489/07, NJW 2009, 3015.

14 *Föhlich*, in: Hoeren/Sieber, Multimedia-Recht, 34. Erg.-Lfg. 2013, Teil 13.4 Verbraucherschutz im Internet, Rn. 292.

15 BT-Drucks 17/5097, 15.

16 *Wendehorst*, in: MüKo, (Fn. 6), § 312 e Rn. 10.

17 *Thüsing*, in: Staudinger (Fn. 8), § 312 e Rn. 25.

18 *Wendehorst*, in: MüKo (Fn. 6), § 312 e Rn. 10.

19 *Föhlich*, NJW 2011, 30, 32. Hier stellt *Föhlich* ebenso fest, dass das Widerrufsrecht trotz der Wertersatzpflicht vielfach dazu führen kann, dass ein Versandhaus eine entwertete Ware zurückhält die keine oder nur noch eingeschränkte Verkehrsfähigkeit besitzt.

20 Zu dem Ergebnis kommt auch: OLG Hamburg, 25. 11. 2004 – 5 U 22/04, MMR 2005, 617 f.

gegen.²¹ Der Erhalt einer Warnung wäre darüber hinaus als milderes Mittel gegenüber einer direkten Kontoschließung anzusehen und somit insgesamt als verhältnismäßig zu bewerten.²²

V. Rechtfertigungsgründe für eine Kontensperrung

1. Nutzungsbedingungen

Ein Online-Versandhaus erteilt hinsichtlich des Benutzerkontos eine Nutzungserlaubnis für den Zugriff und die nicht-kommerzielle Nutzung der Plattform. Diese Nutzungserlaubnis erlischt in der Regel, wenn der Verbraucher gegen die Nutzungsbedingungen verstößt. Am Beispiel der Kontoschließungen durch Amazon konstatiert sich, dass die Online-Versandhäuser eine über dem Haushaltsdurchschnitt liegende Retourquote als Verstoß gegen die Nutzungsbedingungen sehen und darauf die Maßnahme der Kontoschließung stützen.²³ Wie bereits festgestellt, darf sich allein aus einer solch überdurchschnittlich hohen Rücksendequote jedoch keine für den Verbraucher negative Rechtsfolge ergeben. Da das Gesetz keine Limitierung hinsichtlich der Rücksendungen im Rahmen des Widerrufsrechts kennt, würde eine solche Klausel in den Geschäftsbedingungen der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB wohl nicht standhalten.

2. Privatautonomie

Eine Grundlage für die Löschung des Benutzerkontos und die damit einhergehende Abschlussverweigerung hinsichtlich weiterer Fernabsatzverträge kann sich also nur aus der verfassungsrechtlich garantierten Privatautonomie ergeben.²⁴ Die Vertragsfreiheit gewährt es jedem Rechtssubjekt frei zu entscheiden, ob und wenn ja mit wem es eine vertragliche Bindung eingetht und ob eine bereits bestehende Bindung aufrechterhalten werden soll.²⁵ Aus dem bloßen Umstand, dass bereits zuvor Vertragsverhältnisse zwischen zwei Parteien bestanden haben, lässt sich keine Verpflichtung für zukünftige Vertragsschlüsse herleiten.²⁶

Die negative Vertragsabschlussfreiheit von der die Online-Versandhäuser bei der Verweigerung weiterer Verträge nach der Kontoschließung Gebrauch machen, kann jedoch unter gewissen Umständen Einschränkungen erfahren. Die Privatautonomie, die als Oberbegriff zur Vertragsfreiheit verstanden werden muss,²⁷ bezieht sich im Grundsatz auf die Gleichheit der kontrahierenden Rechtssubjekte.²⁸ Diese Rechtssubjekte sollen ihre natürlicherweise widerstreben Interessen autonom zum Ausgleich bringen.²⁹ Wenn jedoch das Grundelement der Parität nicht gegeben ist, wird es kaum zu einem angemessenen Ausgleich kommen können, da eine der beiden Parteien mächtiger ist als die andere. Liegt ein solcher Fall vor, kann eine einseitige Verpflichtung der stärkeren Partei hergestellt werden, sofern dies der in der verfassungsrechtlichen Ordnung enthaltenen Gemeinwohlorientierung dient.³⁰

a) Kontrahierungszwang

Zur Überwindung der negativen Vertragsabschlussfreiheit des Online-Versandhauses käme dann etwa ein Kontrahierungszwang in Frage, der die Vertragsfreiheit des Versandhauses einseitig aussetzen und einen Vertragsschluss mit dem Verbraucher erzwingen würde, sofern dies im Interesse der Allgemeinheit läge.³¹ Eine Anwendung des Kon-

trahierungszwangs würde jedoch voraussetzen, dass das Versandhaus in der Kontrahierungsverweigerung eine diskriminierende Motivation hat oder aber die eigene Monopolstellung schlicht ausnutzt.³² Auf diese beiden Fälle finden sich in den Kontoschließungen und den daraus weiter folgenden Vertragsabschlussverweigerungen durch die Versandhäuser jedoch regelmäßig keine Hinweise. Vielmehr werden künftige Vertragsschlüsse aus rein ökonomischen aber auch nachvollziehbaren Gründen des konkreten Einzelfalls verweigert.³³

Die Haltung eines Online-Versandhauses, in Zukunft keine weiteren Verträgen mehr mit einem Verbraucher abschließen zu wollen, läuft also weder Pflichten aus einem Schuldverhältnis noch sonstigen gesetzlichen Verpflichtungen entgegen und ist ausreichend von der Privatautonomie gedeckt. Sofern das Online-Versandhaus für sich befunden hat, dass die Geschäfte mit einem Verbraucher wegen einer zu hohen Rücksendequote nicht rentabel sind, kann es also von zukünftigen Vertragsschlüssen absehen.

b) Spannungsfeld zwischen Privatautonomie und Verbraucherschutzinteressen

Jedoch ergibt sich hier ein Spannungsfeld zwischen der Privatautonomie des Versandhauses einerseits und der oben festgestellten Gefahr der Aushöhlung des Widerrufsrechtes andererseits. Die Privatautonomie darf trotz ihres verfassungsrechtlichen Schutzes nicht dazu genutzt werden, den Vertragspartner zu benachteiligen.³⁴ Eine solche Benachteiligung würde vorliegen, wenn der Verbraucher von seinem durch das Gesetz eingeräumten Widerrufsrecht Abstand nehmen müsste, um weitere Verträge mit dem Versandhaus abschließen zu dürfen. Dieser Umstand würde zu einer gestörten Vertragsparität führen und damit im Widerspruch zur Privatautonomie stehen. Erst wenn die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers gewährleistet ist, liegt eine Parität der Vertragsparteien vor, welche für die Ausübung der Privatautonomie Voraussetzung ist.³⁵

Die Kontoschließung aufgrund einer – nach Ansicht des Verkäufers – zu hohen Rücksendequote kann demnach nicht mit der Privatautonomie begründet werden.

21 OLG Hamburg, 25. 11. 2004 – 5 U 22/04, MMR 2005, 617 f.; Micklitz/Schirmbacher, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl. 2011, § 312 d Rn. 8; Ring, in: Dauner-Lieb/Langen (Fn. 1), § 356 Rn. 53; Föhlich, in: Hoeren/Sieber (Fn. 14), Rn. 293.

22 OLG Hamburg, 25. 11. 2004 – 5 U 22/04, MMR 2005, 617, 618.

23 Amazon AGB, Verkaufsbedingungen Nr. 2: <http://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html?nodeId=505048>.

24 Di Fabio, in: Maunz/Düring, GG, 68. Erg.-Lfg. 2013, Art. 2 Rn. 101.

25 Di Fabio, in: Maunz/Düring (Fn. 24), Art. 2 Rn. 101.

26 Ring, in: Dauner-Lieb/Langen (Fn. 1), § 356 Rn. 23; so auch zutreffend für den Kauf auf Probe: OLG Hamburg, 25. 11. 2004 – 5 U 22/04, MMR 2005, 617, 619.

27 Olzen, in: Staudinger, Die Grundprinzipien des Schuldrechts, Neubearbeitung 2009, Einleitung zum Schuldrecht Rn. 52.

28 Olzen, in: Staudinger (Fn. 27), Rn. 50.

29 Di Fabio, in: Maunz/Düring (Fn. 24), Art. 2 Rn. 101.

30 Di Fabio, in: Maunz/Düring (Fn. 24), Art. 2 Rn. 104.

31 Olzen, in: Staudinger (Fn. 27), Rn. 55; Krebs, in: Dauner-Lieb/Langen (Fn. 1), § 311 Rn. 16.

32 Olzen, in: Staudinger (Fn. 27), Rn. 55, 56; Krebs, in: Dauner-Lieb/Langen (Fn. 1), § 311 Rn. 16.

33 Durch die Rücksendung entstehen großen Unternehmen laut einer Studie der Universität Regensburg Kosten i.H.v. durchschnittlich 20 Euro: http://www.ibi.de/files/Retourenmanagement-im-Online-Handel_-_Das-Bestehendaraus-machen.pdf.

34 Di Fabio, in: Maunz/Düring (Fn. 24), Rn. 107.

35 Maier, VuR 2008, 401, 409.

VI. Folgen der Kontoschließung für andere Dienste

Die weiteren Auswirkungen sind sehr gut am Beispiel der Benutzerkontoschließungen durch Amazon zu veranschaulichen. Das Online-Versandhaus Amazon bietet eine Vielzahl unterschiedlicher Dienste an, die alle ein Benutzerkonto bei dem Unternehmen voraussetzen. Der Verbraucher hat somit längst nicht mehr nur die Möglichkeit, Waren über das Benutzerkonto zu erwerben. So ist etwa für die Nutzung des Kindle-Shops, des Lovefilm-Services oder der Amazon Cloud ein aktives Benutzerkonto obligatorisch. Alle diese Dienste sind nach einer Kontoschließung nicht mehr für den Kunden zugänglich.³⁶

Der Kindle eBook-Reader ist ein Gerät, mit dem der Nutzer Bücher in digitaler Form vom Kindle-Shop kostenpflichtig abrufen, auf einem internen Speicher sichern und natürlich auch lesen kann. Für den Nutzer eines Kindle eBook-Readers bedeutet eine Kontoschließung, dass seine erworbene Hardware ihren Zweck weitestgehend verliert. Der Erwerb von digitalen Büchern ist ihm ohne ein aktives Amazon-Konto unmöglich.³⁷ Diesbezüglich stellt sich sogar die Frage, ob sich ein Nutzungsverbot des Kindle-Shops als Sachmangel nach § 434 BGB darstellt, da das Gerät nicht mehr uneingeschränkt genutzt werden kann. Auf das Gerät heruntergeladene Bücher können zwar weiterhin genutzt werden. Sollte der Nutzer seine bereits erworbenen Bücher jedoch nur extern in seiner Kindle-Bibliothek auf dem Amazon-Server gespeichert haben, wie es als Service von Amazon angeboten wird, hat er keinen Zugriff mehr auf diese Bücher.³⁸ Nach den Nutzungsbedingungen von Amazon hinsichtlich der Kindle-Inhalte erwirbt der Nutzer nur eine Nutzungslizenz an den Inhalten.³⁹ In der Zugangsverweigerung zu den Kindle-Inhalten in der Bibliothek des Nutzers liegt somit keine Eigentumsbeeinträchtigung. Die Entziehung der Nutzungslizenz ist nach den Nutzungsbedingungen für den Kindle-Shop allerdings nur möglich, wenn gegen eine Bedingung aus dieser Nutzungsvereinbarung verstoßen wird. Ein solcher Verstoß ist aufgrund einer vermeintlich überhöhten Rücksendequote jedoch nicht gegeben.

Die rechtlich eigenständige Lovefilm GmbH ist ein Unternehmen von Amazon. Lovefilm bietet unter anderem einen Abonnementdienst an, bei dem der Verbraucher mehrere DVDs, die er zuvor online ausgewählt hat, zu einem monatlichen Festpreis für einen beliebigen Zeitraum ausleihen kann. Der mit der Lovefilm GmbH abgeschlossene Vertrag ist aufgrund seiner Miet- und Dienstvertragskomponenten als gemischt-typischer Vertrag in Gestalt eines Dauerschuldverhältnisses zu qualifizieren.⁴⁰ Zur Beendigung eines solchen Dauerschuldverhältnisses ist eine Kündigung erforderlich.⁴¹ Wie aus den Geschäftsbedingungen der Lovefilm GmbH ersichtlich ist, behält man sich eine fristlose Kündigung nur für solche Fälle vor, in denen der Verbraucher gegen eine Pflicht aus dem konkreten Dauerschuldverhältnis verstößt.⁴² Eine vermeintlich überhöhte Rücksendequote ist aber gerade kein solcher Verstoß. Eine außerordentliche Kündigung nach § 314 Abs. 1 S. 1 BGB würde eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung des Schuldverhältnisses bis zum Ablauf der Kündigungsfrist voraussetzen.⁴³ Die über dem Haushaltsdurchschnitt liegende Rücksendequote aus einem vom Dienstvertrag völlig unabhängigen Fernabsatzvertrag, noch dazu mit einem anderen Vertragspartner, wird als wichtiger Grund jedoch nicht ausreichen, da sich daraus keine Unzumutbarkeit für die Lovefilm GmbH zur Fortsetzung des Schuldverhältnisses

mit dem konkreten Verbraucher ergibt. Eine unvermittelte Kontosperrung hätte somit eine ungerechtfertigte Leistungsverweigerung zur Folge. Somit ergibt sich ein Anspruch des Nutzers auf eine zumindest vorübergehende Wiedereröffnung des Benutzerkontos, aus dem Dauerschuldverhältnis.

Der Amazon Cloud Drive ist ein Dienst von Amazon, welcher es dem Nutzer erlaubt verschiedene Dateien auf einem Amazon-Server zu speichern und auf diese jederzeit und über diverse Endgeräte zugreifen zu können. Bis zu einem Speichervolumen von 5 GB ist die Nutzung für jeden Amazon-Nutzer kostenfrei. Bei einer Erweiterung des Speicherplatzes entstehen jährlich anfallende Kosten, die je nach Speichervolumen zwischen 8,- und 400,- Euro betragen. Entscheidet sich der Nutzer für diese Erweiterung, schließt er einen gemischt-typischen Vertrag mit dem Unternehmen ab.⁴⁴ Der gemischt-typische Vertrag enthält hinsichtlich der Speicherkapazität in der Cloud ein mietvertragliches Element und bezüglich der Pflege der Software und des Nutzer-Supports ein dienstvertragliches Element.⁴⁵ Amazon ist aufgrund dieses Vertrages zur Leistungserbringung bis zur Wirksamkeit der Kündigung verpflichtet, sodass auch hier ein Anspruch auf eine vorübergehende Wiedereröffnung besteht.

Die Auswirkungen der Kontosperrung verdeutlichen, dass diese Maßnahme über das Ziel hinauschießt.

VII. Fazit

Dass Versandhäuser selbst eine gesetzlich nicht anerkannte quantitative rein interne Grenze für die Ausübung des Widerrufsrechts festlegen, ist nicht mit dem geltenden Recht vereinbar. Durch das Hervorrufen einer Zwangslage bei dem Verbraucher entsteht die Gefahr der Aushöhlung des Widerrufsrechts. Auch über die Privatautonomie lässt sich diese Maßnahme nicht ausreichend rechtfertigen. Die Maßnahme erscheint jedoch dann in einem anderen Licht, wenn ein Missbrauch des Widerrufsrechts tatsächlich festgestellt wird. Eine solche Feststellung bedarf allerdings weiterer Kriterien. So muss dem Versandhaus über eine längere Periode auffallen, dass der Verbraucher wiederholt Waren retourniert, die eine sinnvolle vorübergehende Nutzung zulassen ohne dabei einen für das Versandhaus erkennbaren Abnutzungsgrad zu erlangen, der zu einer Wertersatzpflicht für den Verbraucher führen würde. Nur das Überschreiten der haushaltsüblichen Menge hinsichtlich der Rücksendungen kann mit Blick auf das Gesetz nicht genügen. Vielmehr ist es sogar denkbar, dass Kundenkonten wegen einem Missbrauch gesperrt werden, obwohl

36 http://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html/ref=hp_left_cn?ie=UTF8&nodeId=599886.

37 Aus den Amazon-AGB ergibt sich, dass bei der Kontoschließung keine weitere Nutzung der Inhalte und Abonnements für den Kindle möglich ist: http://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html/ref=hp_left_cn?ie=UTF8&nodeId=599886. Darüber berichtet auch *Sievers, FAZ* v. 1.8.2013, <http://www.faz.net/aktuell/finanzen/meine-finanzen/geld-ausgeben/nachrichten/amazon-sperrt-kunden-konten-angst-um-die-retouren-12315430.html>.

38 Heise News v. 23.10.2012, <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Amazon-Kindle-Blockade-einer-Nutzerin-beendet-1734686.html>.

39 http://www.amazon.de/gp/help/customer/display.html/ref=hp_left_sib?ie=UTF8&nodeId=201044980.

40 Krebs, in: Dauner-Lieb/Langen (Fn. 1), § 311 Rn. 31.

41 Franzen, in: Dauner-Lieb/Langen (Fn. 1), § 611 Rn. 3.

42 AGB der Lovefilm GmbH, Absatz X, Punkt 10.4: http://www.lovefilm.de/info/terms_and_conditions.html.

43 Stadler, in: Jaurnig, Bürgerliches Gesetzbuch, 14. Aufl. 2011, § 314 Rn. 5.

44 Nägele/Jacobs, ZUM 2010, 281, 284.

45 Nägele/Jacobs, ZUM 2010, 281, 284.

diese eine niedrige Retourquote aufweisen. Schlussendlich schießt die Maßnahme von Amazon auch mit Blick auf die weiteren Dienste, die jeweils ein Benutzerkonto erfordern, wohl deutlich über ihr Ziel hinaus.

Im Falle von Amazon und anderen Versandhäusern die weitere Dienste unter Verwendung eines Benutzerkontos anbieten, wäre es angemessen, wenn bei Vorliegen eines Missbrauchs das Konto partiell gesperrt würde, sodass der Verbraucher die anderen Dienste weiter nutzen könnte. Um die ökonomischen Folgen der aufgrund des Geschäftsmodells solcher Versandhäuser bestehenden Rücksendun-

gen zumindest einzugrenzen, könnte das Versandhaus die Kosten der Rücksendung auf den Verbraucher übertragen. Dies ist zwar momentan nach § 357 Abs. 2 S. 3 BGB nur bei Waren bis zu einem Wert von 40 Euro möglich. Diese Regelung wird aber durch die Änderung des Widerrufsrechts im kommenden Jahr ohnehin durch eine gesetzliche Verpflichtung zur Tragung der Rücksendekosten durch den Verbraucher ersetzt werden.⁴⁶

46 Föhlich/Dyakova, MMR 2013, 71, 75.

RA Dr. Sascha Vander, LL.M., Köln*

Anspruchsberechtigung und Verbotsanträge bei belästigender Telefonwerbung

Zugleich Kommentar zu BGH, Urteil vom 20. 3. 2013 – I ZR 209/11, K&R 2013, 725 ff. (in diesem Heft)

In der Entscheidung Telefonwerbung für DSL-Produkte hatte sich der BGH einmal mehr mit Fragen zum Thema Telefonwerbung zu befassen. Dem Senat hat sich die Gelegenheit geboten, einige Grundsatzfragen von wesentlicher praktischer Bedeutung zu klären, wobei vorweggenommen werden kann, dass der BGH in Fortführung seiner jüngeren Rechtsprechung den Rechtsschutz gegen unlautere Telefonwerbung erneut gestärkt hat. Neben klarstellenden Ausführungen zum Klagegrund sowie zu beweisrechtlichen Fragen bei belästigender Telefonwerbung standen im Wesentlichen Aspekte der Anspruchsberechtigung (dazu nachfolgend unter I) sowie der Reichweite von Unterlassungsansprüchen (dazu nachfolgend unter II) im Zentrum der Entscheidung.

I. Anspruchsberechtigung

Ein wesentlicher Gesichtspunkt der Entscheidung betrifft Fragen der Anspruchsberechtigung im Falle unzulässiger werblicher Anrufe gegenüber Verbrauchern. Im Nachgang zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-Richtlinie)¹ wurde kontrovers diskutiert, ob Mitbewerber und Verbände eigene Ansprüche im Falle belästigender Werbung gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 sowie Abs. 3 UWG geltend machen können.

1. Individualschutz

Namentlich von Köhler wird vor dem Hintergrund des den nationalen Verbotsnormen zugrunde liegenden europäischen Rechtsrahmens die einschränkende Ansicht vertreten, dass die Normen gemäß § 7 Abs. 2 Nr. 2 bis 4 sowie Abs. 3 UWG konkreten Individualinteressen dienen und eine Anspruchsgeltendmachung ausschließlich den individuell Betroffenen vorbehalten bleibe.² Köhler stützt seine Ansicht im Wesentlichen auf eine Gesamtschau von

Art. 13 Abs. 6 S. 1 und Art. 15 a Abs. 1 und 2 der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation (Datenschutzrichtlinie)³ in der durch RL 2009/136/EG⁴ geänderten Fassung. Hieraus ergebe sich – im Sinne einer abschließenden Regelung⁵ – lediglich die Anweisung an die Mitgliedstaaten, sicherzustellen, dass die konkret betroffenen natürlichen und juristischen Personen gegen belästigende Direktwerbung gerichtlich vorgehen können, und dass darüber hinaus nationale Behörden die Einstellung eines Verstoßes anordnen und ggf. auch strafrechtliche Sanktionen verhängen können.⁶ Dagegen sei keine Rede davon, dass auch Mitbewerber und Verbände gegen Verstöße vorgehen können müssen.⁷

Der Ausschluss einer solchen Anspruchsberechtigung ergebe sich im Umkehrschluss auch aus der Unterlassungsklagenrichtlinie 2009/22/EG,⁸ da die Datenschutzrichtlinie – gerade anders als die UGP-Richtlinie – in der Liste der Richtlinien zum Schutz der Kollektivinteressen der Verbraucher in Anhang I der Unterlassungsklagenrichtlinie gerade nicht aufgeführt sei.⁹

Im Ergebnis müsse es den Betroffenen überlassen bleiben, ob sie von ihrer Klagebefugnis Gebrauch machen oder

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

1 RL 2005/29/EG vom 11. 5. 2005 über unlautere Geschäftspraktiken, ABl. EU v. 11. 6. 2005, L 149/22.

2 Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 31. Aufl. 2013, § 8 UWG, Rn. 3.5; ders., GRUR 2012, 1073, 1079 ff.; ders., WRP 2012, 1329, 1332.

3 RL 2002/58/EG vom 31. 7. 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation, ABl. EG v. 31. 7. 2002, L 201/37.

4 RL 2009/136/EG vom 25. 9. 2009, ABl. EU v. 18. 12. 2009, L 337/11.

5 Köhler, WRP 2012, 1329, 1332.

6 Köhler, GRUR 2012, 1073, 1080.

7 Köhler, GRUR 2012, 1073, 1080.

8 RL 2009/22/EG vom 23. 4. 2009 über Unterlassungsklagen zum Schutz der Verbraucherinteressen, ABl. EU v. 1. 5. 2009, L 110/30.

9 Köhler, GRUR 2012, 1073, 1080.