

Die Wahrung der Textform nach § 126b BGB durch den Inhalt einer Webseite

Von Prof. Dr. Peter Reiff, Trier*

Im Zeitalter des Vertragsschlusses via Internet ist die Frage, inwieweit die Pflicht, Informationen in Textform zu erteilen, durch Inhalte einer Webseite erfüllt werden kann, nicht nur von theoretischer, sondern auch von großer praktischer Bedeutung. Doch sowohl in der höchststrichterlichen Rechtsprechung als auch in der Wissenschaft herrscht diesbezüglich rege Uneinigkeit. Im Folgenden soll der Versuch unternommen werden, diese Frage auch unionsrechtskonform zu beantworten.

I. Einführung

Der BGH hatte am 29.4.2010 über die umstrittene Frage zu entscheiden, ob die Informationspflichten des § 312c Abs. 1 BGB mit Art. 246 § 2 EGBGB¹ dadurch erfüllt werden können, dass diese Informationen auf einer Webseite des Fernabsatzunternehmers hinterlegt sind.² Der BGH hat diese Möglichkeit in Übereinstimmung mit der h.M. grundsätzlich verneint. Nach den genannten Vorschriften sind die Informationen „in Textform mitzuteilen“. Die „Textform“ des § 126b BGB erfordere insoweit, dass die Informationen dem Verbraucher „in einer zur dauerhaften Wiedergabe geeigneten Weise zugehen“. Das Zugangserfordernis, das der BGH dem unionsrechtlichen Hintergrund der Vorschriften im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung entnimmt, sei durch den Inhalt einer Webseite des Unternehmers nur gewahrt, wenn der Verbraucher die Informationen auf seinem eigenen Computer im Wege des Downloads abspeichere oder sich ausdrücke.³

Diese Entscheidung des BGH steht in einem aufsehenerregenden Kontrast zu einem kurz vorher ergangenen Urteil des EFTA-Gerichtshofs⁴ vom 27.1.2010 zu der Frage, ob eine Webseite als „dauerhafter Datenträger“ i.S.v. Art. 2 Nr. 12 RL 2002/92/EG über Versicherungsvermittlung angesehen werden kann.⁵ Darin hat der Gerichtshof entschieden, eine

Webseite könne dann als „dauerhafter Datenträger“ eingestuft werden, wenn es sich um eine „fortgeschrittene“ Webseite handle. Anders als eine „gewöhnliche“ Webseite weise eine „fortgeschrittene“ Webseite entweder einen sicheren Speicherbereich für einzelne Nutzer auf, auf welchen nur mittels Benutzernamen und Passwort zugegriffen werden könne, oder sie enthalte Elemente, die den Verbraucher mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit dazu anhielten, die Informationen in Papierform zu sichern oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger zu speichern.⁶

Das Urteil des EFTA-Gerichtshofs, auf das sich der BGH in seiner Entscheidung gestützt hat,⁷ steht zum Urteil des BGH in Widerspruch, weil es andere Wege als den des tatsächlichen Ausdrucks bzw. des tatsächlichen Speicherns auf der eigenen Festplatte (Download) aufzeigt, auf denen eine Webseite die Textform wahren kann. Das Urteil des EFTA-Gerichtshofs ist zwar zum unionsrechtlichen Begriff des „dauerhaften Datenträgers“ ergangen. Es hat aber unmittelbare Bedeutung für das Verständnis der Textform des § 126b BGB. Die Textform hat nämlich im Rahmen der Schuldrechtsreform von 2002 den Begriff des „dauerhaften Datenträgers“ wieder aus dem BGB verdrängt,⁸ nachdem dieser Begriff erst kurz vorher bei der Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie 1997/7/EG im Wege wörtlicher Übernahme aus dem Unionsrecht in Gestalt des § 361a Abs. 3 BGB a.F. Eingang in das deutsche Recht gefunden hatte.⁹

Diese Divergenz zwischen BGH und EFTA-Gerichtshof ist von großer praktischer Bedeutung. Die Auferlegung von gesetzlichen Informationspflichten verursacht bei den davon betroffenen (Fernabsatz-)Unternehmern hohe Kosten. Einer der kostengünstigsten Wege ist sicher das Bereitstellen der gebotenen Informationen auf einer Webseite. Andererseits drohen dem informationspflichtigen Unternehmer schwerwiegende Rechtsnachteile, wenn er seine Informationspflichten verletzt. So gewährt § 312d Abs. 1 S. 1 BGB dem Verbraucher bei einem Fernabsatzvertrag ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB. Die gem. § 355 Abs. 2 BGB 14-tägige Widerrufsfrist des Verbrauchers beginnt nach § 312d Abs. 2 BGB nicht zu laufen, bevor der Unternehmer die Informationspflichten des § 312c Abs. 1 mit Art. 246 § 2 EGBGB erfüllt hat. Nach § 355 Abs. 4 S. 3 BGB droht bei Fernabsatzverträgen über Finanzdienstleistungen das Schreckgespenst eines „ewigen Widerrufsrechts“.¹⁰ Zur Vermeidung dieses gewich-

einheitlich ausgelegt werden soll; so auch *Ludwig*, ZGS 2011, 58 (60); *Stadler/Bovelet*, ELR 2010, 177 (179 f.); *Thalmair*, NJW 2011, 14 (18); in diesem Sinn auch der Schlussantrag des Generalanwalts Paolo Mengozzi v. 6.3.2012 – C-49/11 = BeckRS 2012, 80515 in seinen Fn. 5 und 14.

⁶ EFTA-Gerichtshof VersR 2010, 793 (797) in Rn. 63-66.

⁷ BGH VersR 2011, 269 (270) in Rn. 18 und 20.

⁸ BT-Drs. 14/7052, S. 191 re. Sp. und S. 195.

⁹ BT-Drs. 14/3195, S. 9 (Text) und S. 33 (Begründung).

¹⁰ *Wendehorst*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 312d Rn. 50; dort auch zum ewigen Widerrufsrecht bei sonstigen Fernabsatzverträgen aus § 360 BGB.

* Der Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Handels- und Gesellschaftsrecht (Wirtschaftsrecht) und Privatversicherungsrecht an der Universität Trier.

¹ Das Urteil ist noch zu der bis zum 10.6.2010 geltenden Vorgängervorschrift § 312c Abs. 2 BGB a.F. ergangen.

² BGH VersR 2011, 269 m. Anm. *Reiff*, VersR 2011, 540.

³ BGH VersR 2011, 269 (270).

⁴ Der EFTA-Gerichtshof ist ein supranationaler Gerichtshof mit Sitz in Luxemburg, der auf der Grundlage des EWR-Abkommens errichtet wurde. Er übt die gerichtliche Kontrolle bezüglich des EWR-Abkommens für die drei EFTA-Staaten aus, die Mitglieder des EWR sind, also für Norwegen, Island und Liechtenstein.

⁵ EFTA-Gerichtshof VersR 2010, 793 m. Anm. *Reiff*. Das Urteil betrifft unmittelbar nur die Richtlinie 2002/92/EG vom 9.12.2002 über Versicherungsvermittlung. Der Gerichtshof nimmt aber auf die Erkenntnisse des Berichts einer Expertenkommission (ESME) Bezug, der seinerseits zwei weitere Richtlinien betrifft. Daher spricht alles dafür, dass der Begriff des dauerhaften Datenträgers in den verschiedenen Rechtsakten

tigen Nachteils muss der Unternehmer die genannten Informationspflichten erfüllen und dies im Streitfall auch nachweisen können. Kommt es bei einer Webseite mit der Ansicht des BGH darauf an, dass der Verbraucher die auf der Webseite verfügbaren Informationen auf seinem Rechner gespeichert oder sich ausgedruckt hat, ist dieser Nachweis für den Unternehmer praktisch nicht zu führen. Anders ist es mit den technischen Anforderungen an die Webseite, die der EFTA-Gerichtshof verlangt, damit eine Webseite als dauerhafter Datenträger eingestuft werden kann. Deren Existenz ist im Streitfall leicht zu beweisen. Während die Ansicht des BGH daher in der Praxis das Aus für in Textform zu erteilende Informationen durch Inhalte einer Webseite darstellen dürfte, ist das Urteil des EFTA-Gerichtshofs hier deutlich offener.

Besondere Aktualität erlangt diese Problematik dadurch, dass das OLG Wien dem EuGH die Frage vorgelegt hat, ob es dem Erfordernis von Art. 5 Abs. 1 der Fernabsatzrichtlinie 1997/7/EG, wonach ein Verbraucher die Bestätigung der dort genannten Informationen auf einem für ihn verfügbaren dauerhaften Datenträger erhalten muss, genügt, „wenn dem Verbraucher diese Informationen durch einen Hyperlink auf die Webseite des Unternehmers zur Verfügung gestellt werden, der sich in einem Text befindet, den der Verbraucher durch Setzung eines Häkchens als gelesen markieren muss, um ein Vertragsverhältnis eingehen zu können.“¹¹ Eine Entscheidung des EuGH hierzu dürfte in Kürze ergehen.

Die Frage, inwieweit die Pflicht, Informationen in Textform zu erteilen, durch die Inhalte einer Webseite erfüllt werden kann, ist also nach allem nicht nur theoretisch anspruchsvoll und interessant, sondern auch praktisch sehr bedeutsam und überdies äußerst aktuell. Der vorliegende Beitrag unternimmt den Versuch, diese Frage zu beantworten. Hierzu sind zunächst die unionsrechtlichen Grundlagen der Informationspflichten zu untersuchen, insbesondere welche Anforderungen an einen dauerhaften Datenträger zu stellen sind und ob eine Webseite ein dauerhafter Datenträger sein kann (unter II.). Erst im Anschluss daran ist die umstrittene Frage zu untersuchen, ob eine Webseite die Textform des § 126b BGB wahren kann (unter III.). Nach eingehender Bestandsaufnahme von Rechtsprechung und Literatur und sorgfältiger Analyse soll gezeigt werden, dass dies dann der Fall sein kann, wenn es sich um eine „fortgeschrittene“ Webseite handelt. Der Beitrag endet mit einer Zusammenfassung der Ergebnisse und einem Ausblick (unter IV.).

II. Die unionsrechtlichen Grundlagen

1. Überblick

Zahlreiche (Verbraucherschutz-)Richtlinien der EU enthalten Bestimmungen, die die Mitgliedstaaten verpflichten, Vorschriften zu erlassen, nach denen Unternehmer verpflichtet sind, Verbraucher über bestimmte Punkte zu informieren.¹²

¹¹ ABl. EU 2011 Nr. C 145, S. 6. Hierzu der Schlussantrag des Generalanwalts Paolo Mengozzi v. 6.3.2012 – C-49/11 = BeckRS 2012, 80515.

¹² Beispielhafte Aufzählung von sechs wichtigen Richtlinien mit jeweils mehreren Informationspflichten bei *Reiff*, in:

Für die Thematik dieses Beitrags, ob Informationspflichten durch das Bereitstellen von Inhalten einer Webseite erfüllt werden können, ist zu untersuchen, welche Aktivität die jeweilige Vorschrift dem informationspflichtigen Unternehmer abverlangt und welche sie umgekehrt dem informationsberechtigten Verbraucher zumutet. Insoweit lassen sich die unionsrechtlichen Informationspflichten in zwei Gruppen aufteilen.

2. Passive Informationsbereitstellungsregeln

Die erste Gruppe kann man unter dem Begriff „passive Informationsbereitstellungsregeln“ zusammenfassen. Sie verlangen vom informationspflichtigen Unternehmer nicht, dass er die Informationen aktiv zum informationsberechtigten Verbraucher transportiert. Der Unternehmer muss dem Verbraucher nur eine zumutbare Möglichkeit verschaffen, die Informationen zur Kenntnis zu nehmen. Diese Richtlinienbestimmungen sprechen davon, dass die Informationen „zur Verfügung zu stellen“ bzw. „zu erteilen“ sind. Beispielhaft sei dies für den Fernabsatz an Art. 4 RL 1997/7/EG gezeigt.¹³ Dessen Abs. 1 zählt einen Katalog von Informationen auf, über die der Verbraucher rechtzeitig vor Abschluss des Vertrages verfügen muss. Nach Abs. 2 müssen die Informationen „klar und verständlich auf jedwede der verwendeten Fernkommunikationstechnik angepasste Weise erteilt werden“.¹⁴

Für diese erste Gruppe, die passiven Informationsbereitstellungsregeln, kann im Ergebnis nicht zweifelhaft sein, dass der Unternehmer sie grundsätzlich erfüllen kann, indem er die jeweiligen Inhalte auf einer Webseite bereitstellt. So schreibt Art. 4 Abs. 2 RL 1997/7/EG nur vor, dass die Informationserteilung auf einem Weg erfolgen muss, der dem verwendeten Fernkommunikationsmittel angepasst ist. Bei einem über das Internet geschlossenen Vertrag kann der Unternehmer den Verbraucher also durch Inhalte einer Webseite informieren. Die Information via Webseite ist freilich auf die Vertragsschlüsse im Internet begrenzt. So darf der Unternehmer nach einer Faxanfrage des Kunden in seinem per Fax gesendeten Angebot wegen der geschuldeten Informationen nicht auf seine Homepage verweisen. Damit würde er dem Verbraucher einen Wechsel des Fernkommunikationsmittels aufzwingen, der diesem nicht zugemutet werden kann.¹⁵

Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag, 2011, S. 823 (825 f.).

¹³ Hierzu gehören außerdem etwa Art. 3 Abs. 1 RL 2002/65/EG über Fernabsatz von Finanzdienstleistungen, Art. 10 Abs. 1 RL 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr und Art. 22 Abs. 1 RL 2006/123/EG über Dienstleistungen.

¹⁴ Nach der jüngeren Richtlinie 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen müssen gem. Art. 3 Abs. 2 die Informationen „auf klare und verständliche Weise in einer dem benutzten Fernkommunikationsmittel angepassten Weise“ erteilt werden.

¹⁵ So (zu § 312c Abs. 1 BGB mit Art. 246 § 1 EGBGB) *Wendehorst* (Fn. 10), § 312c Rn. 82; *Thüsing*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2005, § 312c Rn. 22.

3. Aktive Informationsübermittlungsregeln

Die zweite Gruppe kann man als „aktive Informationsübermittlungsregeln“ bezeichnen. Sie verlangen vom informationspflichtigen Unternehmer, dass dieser die Informationen aktiv zum informationsberechtigten Verbraucher transportiert. Der Unternehmer hat dafür zu sorgen, dass die Informationen zum Verbraucher gelangen. Diese Richtlinienbestimmungen sprechen davon, dass der Unternehmer die Informationen „übermitteln“ oder „mitteilen“ muss. Sie schreiben regelmäßig weiter vor, dass die Übermittlung bzw. Mitteilung auf einem „dauerhaften Datenträger“ zu erfolgen hat.¹⁶ Beispielfähig sei dies für den Fernabsatz an Art. 5 RL 1997/7/EG gezeigt. Nach Art. 5 Abs. 1 muss der Verbraucher nach Vertragsschluss eine Bestätigung der Informationen des Art. 4 „schriftlich oder auf einem anderen für ihn verfügbaren dauerhaften Datenträger erhalten“. Es folgen Informationen, die auf jeden Fall „zu übermitteln“ sind.¹⁷

Diese zweite Gruppe, die aktiven Informationsübermittlungsregeln, verlangt also erstens, dass der Verbraucher die Informationen auf einem „dauerhaften Datenträger“ erhält, und zweitens, dass der Unternehmer die Informationen „übermittelt“ bzw. „mitteilt“. Eine Erfüllung dieser Pflichten durch die Inhalte einer Webseite setzt also erstens voraus, dass eine Webseite ein dauerhafter Datenträger ist oder zumindest sein kann (sogleich unter 4.), und zweitens, dass der Unternehmer diese auf einer Webseite verfügbaren Informationen dem Verbraucher übermittelt bzw. mitteilt (unter 5.).

4. Der dauerhafte Datenträger

a) Das Auslegungsmaterial

Fraglich ist also zunächst, was das Unionsrecht unter einem dauerhaften Datenträger versteht. Die Fernabsatzrichtlinie 1997/7/EG definiert diesen Begriff nicht. Durch die Formulierung „schriftlich oder auf einem anderen [...] dauerhaften Datenträger“ wird lediglich eine Beständigkeit verlangt, die der von Papier nahekommt. Mit der Einführung des dauerhaften Datenträgers anstelle der zwingenden Verwendung von Papier wollte der Richtliniengeber der technischen Entwicklung gegenüber offen sein, ohne das Schutzniveau der Papierform aufzugeben.¹⁸ Die jüngere Fernabsatzrichtlinie Finanzdienstleistungen enthält hingegen eine Definition des dauerhaften Datenträgers. In Art. 2 lit. f. RL 2002/65/EG ist der dauerhafte Datenträger als ein Medium definiert, „das es dem

Verbraucher gestattet, an ihn persönlich gerichtete Informationen derart zu speichern, dass er sie in der Folge für eine für die Zwecke der Informationen angemessene Dauer einsehen kann, und das die unveränderte Wiedergabe der gespeicherten Informationen ermöglicht.“¹⁹

Diese Legaldefinition hilft allerdings für die Frage, ob eine Webseite ein dauerhafter Datenträger ist oder zumindest sein kann, nicht weiter. Erwägungsgrund 20 der Fernabsatzrichtlinie Finanzdienstleistungen sowie nahezu wortlautidentisch Art. 2 Nr. 12 Abs. 2 RL 2002/92/EG über Versicherungsvermittlung gehen auf diese Frage indes explizit ein. Danach gehören zu den dauerhaften Datenträgern „insbesondere Disketten, CD-ROMs, DVDs und die Festplatten von Computern, auf denen elektronische Post gespeichert wird, jedoch nicht eine Internet-Webseite, es sei denn, diese Seite entspricht den in Abs. 1 enthaltenen Kriterien.“ Auch diese Erläuterung ist allerdings nicht wirklich hilfreich, besagt sie doch nur, dass eine Webseite kein dauerhafter Datenträger ist, es sei denn, sie erfüllt die Kriterien des dauerhaften Datenträgers. Immerhin steht damit fest, dass nach Einschätzung des Richtliniengebers eine Webseite ein dauerhafter Datenträger sein kann. Pauschalaussagen, nach denen Webseiten nie bzw. immer dauerhafte Datenträger seien, sind also nicht möglich. Bei der Antwort auf die Frage, wann eine Webseite ein dauerhafter Datenträger sein kann, wird der Rechtsanwender freilich weitgehend im Stich gelassen.

b) Die Auslegung durch den EFTA-Gerichtshof

Höchst hilfreich und zielführend ist in diesem Zusammenhang die bereits erwähnte Entscheidung des EFTA-Gerichtshofs.²⁰ Darin werden drei Kriterien benannt, die ein dauerhafter Datenträger aufweisen muss. Erstens muss es ein dauerhafter Datenträger ermöglichen, dass der Verbraucher persönlich an ihn gerichtete Informationen speichern kann.²¹ Dieses Erfordernis wird von modernen Webseiten fast immer erfüllt, weil deren Inhalte regelmäßig lokal gespeichert werden können.²² Zweitens muss ein dauerhafter Datenträger den Verbraucher in die Lage versetzen, die Informationen so lange zu speichern, wie es für ihn zur Interessenwahrung gegenüber dem Unternehmer sachdienlich ist.²³ Auch dieses Erfordernis wird von modernen Webseiten meistens erfüllt, weil die vom Verbraucher gespeicherten Informationen diesem grundsätzlich beliebig lange zur Verfügung stehen. Drittens muss ein dauerhafter Datenträger die unveränderte Wiedergabe der gespeicherten Informationen ermöglichen. Er muss die Daten also so speichern, dass sie vom Unternehmer nicht einseitig

¹⁶ So etwa Art. 5 Abs. 1 RL 1997/7/EG über Fernabsatz; Art. 5 Abs. 1 RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen; Art. 13 Abs. 1 RL 2002/92/EG über Versicherungsvermittlung; Art. 6 Abs. 1 RL 2008/48/EG über Verbraucherkreditverträge.

¹⁷ Bei der jüngeren Richtlinie 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen bestimmt Art. 5 Abs. 1, dass der Unternehmer rechtzeitig bevor der Verbraucher gebunden ist, diesem alle Vertragsbedingungen sowie in Art. 3 und 4 genannten Informationen „in Papierform oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger, der dem Verbraucher zur Verfügung steht und zu dem er Zugang hat“, übermittelt.

¹⁸ Reiff (Fn. 12), S. 823 (829) m.w.N.

¹⁹ Nahezu wortgleiche Definitionen finden sich in Richtlinie 2002/92/EG über Versicherungsvermittlung in Art. 2 Nr. 12 sowie in Richtlinie 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher in Art. 2 Nr. 10.

²⁰ Siehe oben bei Fn. 5.

²¹ EFTA-Gerichtshof VersR 2010, 793 (795) in Rn. 34.

²² Noack/Kremer, in: NomosKommentar zum BGB, 2. Aufl. 2012, § 126b Rn. 16; Zenker, JZ 2007, 816 (819).

²³ EFTA-Gerichtshof VersR 2010, 793 (795) in Rn. 40 und 46.

geändert werden können.²⁴ Insoweit differenziert das Urteil zwischen „gewöhnlichen“ und „fortgeschrittenen“ Webseiten. Eine gewöhnliche Webseite ist danach nur ein Portal für die Bereitstellung von Inhalten, die der Betreiber beliebig ändern kann. Gewöhnliche Webseiten sind folglich keine dauerhaften Datenträger.²⁵

Anders bei den fortgeschrittenen Webseiten. Insoweit unterscheidet der EFTA-Gerichtshof zwischen zwei Unterkategorien. Bei der ersten Unterkategorie sind die Webseiten nicht selbst dauerhafte Datenträger, sondern zwingen zur Speicherung auf einem dauerhaften Datenträger. In der Literatur sind sie als „Bereitstellungs-Webseiten“ bezeichnet worden.²⁶ Diese Webseiten dienen als Portal für die Bereitstellung von Informationen, die auf einem dauerhaften Datenträger gespeichert werden können. Der mögliche Download von solchen Webseiten genügt nach dem Urteil des EFTA-Gerichtshofs dann und nur dann den Anforderungen an die Bereitstellung von Informationen auf einem dauerhaften Datenträger, wenn die Webseite Elemente enthält, „die den Verbraucher mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit dazu anhalten, die Informationen in Papierform zu sichern oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger zu speichern“.²⁷ Erforderlich ist also mit anderen Worten ein Zwangsdownload.²⁸

Bei der zweiten Unterkategorie fortgeschrittener Webseiten ist die Webseite demgegenüber selbst dauerhafter Datenträger. In der Literatur werden solche Webseiten als „Datenträger-Webseiten“ bezeichnet.²⁹ Diese Webseiten enthalten einen sicheren Speicherbereich für den einzelnen Verbraucher, auf welchen nur dieser mittels Benutzernamen und Passwort zugreifen kann. Der Unternehmer hat keine Möglichkeit, die einmal dort eingestellten Informationen zu ändern.³⁰

c) Analyse

Aus all dem folgt: Schließt man sich der Auslegung des Begriffs dauerhafter Datenträger durch den EFTA-Gerichtshof an, so erfüllen bestimmte Webseiten („fortgeschrittene Webseiten“) die Kriterien, die an einen dauerhaften Datenträger zu stellen sind, sei es unmittelbar („Datenträger-Webseiten“ mit sicherem Speicherbereich), sei es mittelbar („Bereitstellungs-Webseiten“ mit Zwangsdownload). Die Anerkennung der Datenträger-Webseiten ist weitgehend unproblematisch.³¹

²⁴ EFTA-Gerichtshof VersR 2010, 793 (796 f.) in Rn. 47 und 61.

²⁵ EFTA-Gerichtshof VersR 2010, 793 (797) in Rn. 63.

²⁶ Pohlmann, in: Looschelders/Pohlmann, Kommentar zum VVG, 2. Aufl. 2011, § 7 Rn. 29.

²⁷ EFTA-Gerichtshof VersR 2010, 793 (797) in Rn. 65.

²⁸ Reiff (Fn. 12), S. 823 (831).

²⁹ Pohlmann (Fn. 26), § 7 Rn. 27.

³⁰ EFTA-Gerichtshof VersR 2010, 793 (797) in Rn. 64 und 66.

³¹ Reiff (Fn. 12), S. 823 (831). Dass der Unternehmer durch Abschaltung der gesamten Webseite dafür sorgen kann, dass die Daten insgesamt nicht mehr zugänglich sind, stellt nur ein tatsächliches Problem dar, Reiff, VersR 2010, 797 (798 f.), ist aber kein rechtliches Hindernis für die Anerkennung dieser

Ob dem Verbraucher eine E-Mail in seinem privaten elektronischen Postfach hinterlegt wird oder ob die Informationen in einem nur ihm zugänglichen, sicheren und vom Unternehmer nicht veränderbaren Speicherbereich auf dem Server des Unternehmers oder eines Dritten liegen, macht für den Verbraucher keinerlei Unterschied. Da die E-Mail unproblematisch als dauerhafter Datenträger ausreicht,³² ist dies auch für Datenträger-Webseiten mit sicherem Speicherbereich zu bejahen.

Demgegenüber wird die Anerkennung von Bereitstellungs-Webseiten mit Zwangsdownload im Schrifttum zum Teil kritisch gesehen. Hier werde eine bloße Funktion der Webseite zu ihrer Eigenschaft als dauerhafter Datenträger aufgewertet.³³ Der Wortlaut der Richtlinien verlange, dass die Webseite selbst dauerhafter Datenträger sei. Bereitstellungs-Webseiten seien hingegen nur mittelbar dauerhafte Datenträger. Das Konzept des EFTA-Gerichtshofs sei daher insoweit dogmatisch unstimmtig und zu verwerfen.³⁴

Dem ist indes nicht zu folgen. Die Richtlinienbestimmungen sind als Schutznormen zugunsten der Verbraucher teleologisch auszulegen. Es macht aus der insoweit maßgeblichen Sicht des Verbrauchers keinen Unterschied, ob er die Informationen des Fernabsatzunternehmers nach Art. 5 RL 1997/7/EG (spätestens) bei Lieferung per E-Mail erhält oder ob er (technisch) gezwungen wird, dieselben Informationen schon vor Abschluss des Fernabsatzvertrages, also vor dem entscheidenden Mausklick herunterzuladen bzw. sich auszudrucken. Denn ab diesem Zeitpunkt und damit früher als nach Art. 5 RL 1997/7/EG kann er diese Informationen jederzeit zur Kenntnis nehmen.

d) Ergebnis

Zusammenfassend ist festzuhalten: Die Auslegung des Begriffs dauerhafter Datenträger durch den EFTA-Gerichtshof trifft zu. Webseiten sind danach jedenfalls dann dauerhafte Datenträger, wenn sie Datenträger-Webseiten mit sicherem Bereich sind oder Bereitstellungs-Webseiten mit Zwangsdownload.

5. Das Übermitteln oder Mitteilen der Informationen

a) Wortlaut und Auslegung

Der (Fernabsatz-)Unternehmer, den eine aktive Informationsübermittlungspflicht trifft, muss nach den Richtlinienbestimmungen die vorgeschriebenen Informationen nicht nur auf ei-

Webseiten als dauerhafter Datenträger, so zutreffend Pohlmann (Fn. 26), § 7 Rn. 27; Ludwig, ZGS 2011, 58 (61).

³² In diesem Sinn Ludwig, ZGS 2011, 58 (61); Wieser, ÖJZ 2010, 797 (800 und 806), der die unionsrechtliche Legaldefinition insoweit zutreffend kritisiert, als sie zu der offensichtlich für geeignet gehaltenen E-Mail nicht passt; vgl. auch den Schlussantrag des Generalanwalts Paolo Mengozzi v. 6.3. 2012 –C-49/11 = BeckRS 2012, 80515 in Rn. 32 und 45; Erwägungsgrund 23 RL 2011/83/EU über die Rechte der Verbraucher führt E-Mails explizit als dauerhafte Datenträger auf.

³³ Stadler/Bovelet, ELR 2010, 177 (180).

³⁴ Pohlmann (Fn. 26), § 7 Rn. 32.

nem dauerhaften Datenträger erteilen, sondern sie darüber hinaus auch „übermitteln“ bzw. „mitteilen“.³⁵ Nach dem Wortlaut dieser Vorschriften hat der informationspflichtige Unternehmer diese Informationen also aktiv zum informationsberechtigten Verbraucher zu transportieren, so dass sie in dessen Machtbereich gelangen.

Fraglich ist, was dies für einen Unternehmer bedeutet, der seine Informationspflichten mittels einer „fortgeschrittenen Webseite“ als dauerhafter Datenträger erfüllen will. Der EFTA-Gerichtshof hat sich in seinem Urteil zu den Voraussetzungen des Übermittels bzw. Mitteilens nicht geäußert, wohl weil er durch die eingeschränkte Vorlagefrage darin gehindert war.³⁶ Das OLG Wien hat aber dem EuGH die Frage vorgelegt, ob es dem Erfordernis von Art. 5 Abs. 1 der Fernabsatzrichtlinie 1997/7/EG, wonach ein Verbraucher die Bestätigung der dort genannten Informationen auf einem für ihn verfügbaren dauerhaften Datenträger erhalten muss, genügt, wenn dem Verbraucher diese Informationen durch einen Hyperlink auf die Webseite des Unternehmers zur Verfügung gestellt werden, der sich in einem Text befindet, den der Verbraucher durch Setzen eines Häkchens als gelesen markieren muss, um ein Vertragsverhältnis eingehen zu können.³⁷

Generalanwalt Paolo Mengozzi hat in seinem Schlussantrag zu dem Vorabentscheidungsersuchen des OLG Wien eingehend zu den Erfordernissen des Übermittels Stellung genommen. Die Übermittlung setzt danach zweierlei voraus. Erstens müsse der Kunde die Informationen „erhalten“. Die Übermittlung der Informationen an den Verbraucher müsse von selbst erfolgen, also ohne dass dieser zu deren Erhalt in irgendeiner Weise tätig werden müsse. Die ratio legis dieser automatischen Erlangung des Besitzes an den Informationen liege darin, dass anderenfalls das Schutzniveau für den Verbraucher geringer wäre, weil viele Verbraucher sonst nicht in der Lage wären, sich die Informationen zu beschaffen.³⁸ Zweitens müsse der Verbraucher über die Informationen „die Kontrolle erlangen“. Anderenfalls wäre das Schutzniveau für die Verbraucher erheblich niedriger, weil der Kunde sich der Informationen zur Geltendmachung seiner Rechte nur bedienen könne, wenn diese Informationen für ihn über einen angemessenen Zeitraum hinweg verfügbar blieben.³⁹ Im Folgenden soll, auch unter Heranziehung dieser Auslegungskriterien, untersucht werden, ob das Übermitteln bzw. Mitteilen

mittels einer fortgeschrittenen Webseite erfolgen kann. Hierzu ist zwischen den beiden Untertypen fortgeschrittener Webseiten zu differenzieren.

b) Datenträger-Webseiten mit sicherem Bereich

Bei Datenträger-Webseiten mit sicherem Bereich, die selbst dauerhafte Datenträger sind, ist das Mitteilen bzw. das Übermitteln weitgehend unproblematisch zu bejahen.⁴⁰ Informationen, die von einem Unternehmer in den geschützten Bereich einer von ihm selbst oder einem Dritten unterhaltenen Webseite eingestellt werden, sind in den Machtbereich des Verbrauchers gelangt, weil nur der Verbraucher Zugriff auf diesen Bereich hat und der Unternehmer die Informationen inhaltlich nicht mehr ändern kann. Der Unternehmer hat sich in diesem Fall der Informationen entäußert und diese dadurch – ebenso wie bei einem auf einer Webseite zugänglichen E-Mail-Account⁴¹ – zum Verbraucher transportiert.

Die beiden vom Generalanwalt herausgearbeiteten Kriterien für das „Übermitteln“ bzw. das „Mitteilen“, also das „Erhalten“ und das „Kontrolle Erlangen“, sind unzweifelhaft erfüllt. Der Verbraucher hat die Informationen erhalten, weil er bei dieser Vorgehensweise des Unternehmers keinerlei Aktivität entfalten muss, sondern automatisch den Besitz an den Informationen erlangt. Er hat auch die Kontrolle über die Informationen erlangt, weil er über sie verfügt und sich ihrer jederzeit bedienen kann.

c) Bereitstellungs-Webseiten mit Zwangsdownload

Bei Bereitstellungs-Webseiten mit Zwangsdownload, die selbst nicht unmittelbar dauerhafte Datenträger sind, sondern nur mittelbar, indem sie den informationsberechtigten Verbraucher zwingen, die Informationen auf einem dauerhaften Datenträger zu sichern, bereitet das Mitteilen bzw. das Übermitteln dagegen ernsthafte Probleme. Der Wortlaut der einschlägigen Richtlinienvorschriften wird hier nicht erfüllt, weil gar keine Mitteilung oder Übermittlung vorliegt. Der Unternehmer transportiert die Informationen nicht selbst zum Verbraucher, sondern zwingt diesen mittels technischer Vorrichtungen, sich die Informationen selbst zu verschaffen. Hierzu ist der Verbraucher indes nicht verpflichtet.⁴²

Dieses maßgeblich auf den Wortlaut der Vorschriften gestützte Ergebnis bereitet indes Unbehagen. Es spricht schon auf den ersten Blick gegen den Geist des Urteils des EFTA-Gerichtshofs. Auch wenn dieses Urteil wegen der Beschränkung durch die Vorlagefrage nicht explizit zu den Erfordernissen des Übermittels bzw. des Mitteilens Stellung nahm, so bliebe man doch gleichsam auf halbem Wege stehen, wenn man Bereitstellungs-Webseiten mit Zwangsdownload zwar als dauerhafte Datenträger anerkennt, ihnen aber die Möglichkeit des Übermittels bzw. des Mitteilens abspricht.

Zieht man für die Frage, ob ein „Übermitteln“ bzw. ein „Mitteilen“ vorliegt, die beiden vom Generalanwalt benann-

³⁵ So etwa Art. 5 Abs. 1 RL 1997/7/EG über Fernabsatz; Art. 5 Abs. 1 RL 2002/65/EG über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen; Art. 12 und 13 RL 2002/92/EG über Versicherungsvermittlung; Art. 6 Abs. 1 RL 2008/48/EG über Verbraucherkreditverträge.

³⁶ Die Vorlagefrage hatte nur zum Gegenstand, unter welchen Voraussetzungen eine Webseite als „dauerhafter Datenträger“ i.S.d. Art. 2 Nr. 12 RL 2002/92/EG über Versicherungsvermittlung angesehen werden kann.

³⁷ ABl. EU 2011 Nr. C 145, S. 6.

³⁸ Schlussantrag des Generalanwalts Paolo Mengozzi v. 6.3. 2012 – C-49/11 = BeckRS 2012, 80515 in Rn. 24 f.

³⁹ Schlussantrag des Generalanwalts Paolo Mengozzi v. 6.3. 2012 – C-49/11 = BeckRS 2012, 80515 in Rn. 26.

⁴⁰ Reiff (Fn. 12), S. 823 (832); Pohlmann (Fn. 26), § 7 Rn. 28.

⁴¹ Zu diesem Vergleichsmaßstab Ludwig, ZGS 2011, 58 (61); Stadler/Bovelet, ELR 2010, 177 (180).

⁴² In diesem Sinn Pohlmann (Fn. 26), § 7 Rn. 33.

ten Kriterien „Kontrolle erlangen“ und „Erhalten“ heran, so ist jedenfalls ersteres erfüllt. Nach dem Download, zu dem der Verbraucher durch technische Vorrichtungen gezwungen wird, hat er die Kontrolle über die vom Unternehmer geschuldeten Informationen. Sie sind in seinem Machtbereich und dort für ihn auf unabsehbare Zeit frei verfügbar. Zwar hat der Generalanwalt Paolo Mengozzi in seinem Schlussantrag im konkreten Fall des OLG Wien eine Erlangung der Kontrolle verneint, weil selbst bei einer (freiwilligen) Speicherung der Informationen durch den Verbraucher der dauerhafte Datenträger von ihm und nicht vom Unternehmer „erstellt“ würde, wie es die Richtlinien vorschreiben.⁴³ Dies widerspricht indes nicht der hier vertretenen Ansicht zu Bereitstellungs-Webseiten mit Zwangsdownload. Denn im Fall des OLG Wien ging es um eine gewöhnliche Webseite, bei der der Verbraucher die Informationen zwar ausdrucken oder speichern kann, aber eben nicht muss. Bei einer fortgeschrittenen Bereitstellungs-Webseite mit Zwangsdownload liegen die Dinge insoweit sicher anders. Der Zwang zum Download sichert die Herrschaft des Unternehmers, so dass der (unmittelbare) dauerhafte Datenträger mit den geschuldeten Informationen rechtlich von ihm, nicht vom Verbraucher erstellt wird. Für diese Einschätzung spricht auch, dass der Generalanwalt die Überlegungen des EFTA-Gerichtshofs für „weitgehend übertragbar“ hält.⁴⁴

Das zweite Kriterium, das „Erhalten“, scheint hingegen nicht erfüllt. Es findet kein automatischer Besitzerwerb an den Informationen durch den Verbraucher statt. Er muss vielmehr selbst tätig werden und den Download oder den Ausdruck in Gang setzen. Im konkreten Fall des OLG Wien hat der Generalanwalt ein „Erhalten“ verneint.⁴⁵ Gleichwohl spricht dies bei näherem Hinsehen nicht gegen, sondern für das „Erhalten“ der geschuldeten Informationen, wenn anders als im Fall des OLG Wien nicht eine gewöhnliche Webseite, sondern eine fortgeschrittene Bereitstellungs-Webseite mit Zwangsdownload zu beurteilen ist. Die Ablehnung des „Erhaltens“ beruht nämlich auf zwei Gründen, die beide bei einem Zwangsdownload nicht vorliegen. Zum einen wird auf einen möglichen Missbrauch verwiesen. Zwar sei das bloße Anklicken eines Links und das Speichern der Informationen „ein ganz und gar banaler Vorgang“, den jeder bewältigen könne. Es sei aber nicht jedem Verbraucher beim Vertragsschluss klar, dass sein „freiwilliges Tätigwerden“ in Form des Anklickens des Links und des Speicherns der Informationen eine von ihm tunlichst zu erfüllende Obliegenheit sei, wenn er später in der Lage sein wolle, seine Rechte sachgerecht wahrzunehmen. Dieses Argument entfällt bei einem Zwangsdownload, weil jeder Verbraucher durch technische Vorrichtungen zu diesem ganz banalen Vorgang des Speicherns bzw. Druckens gezwungen wird. Ein Missbrauch ist daher, anders als bei gewöhnlichen Webseiten, nicht möglich. Hieran zeigt

sich auch der Zweck des Kriteriums des „Erhaltens“ im Sinn eines automatischen Erwerbs der Informationen. Es soll sicherstellen, dass der Verbraucher die für ihn ggf. wichtigen Informationen wirklich erhält und ihren Erwerb nicht aus Laxheit oder Unkenntnis unterlässt.⁴⁶ Diesem Anliegen tragen aber Bereitstellungs-Webseiten mit Zwangsdownload Rechnung.

Das zweite Argument ist, dass es dem Unternehmer keine Schwierigkeiten bereite, dem Verbraucher die Informationen so zu erteilen, dass dieser keine besondere Tätigkeit entfalten müsse. Da der Unternehmer im konkreten Fall des OLG Wien dem Verbraucher ohnehin nach Vertragsschluss eine E-Mail schicke, könne er dieser E-Mail auch die nach Art. 5 RL 1997/7/EG über Fernabsatz vorgeschriebenen Informationen beifügen. Hierbei ist aber zu bedenken, dass dies zwar für die genannten Informationen gilt, die „rechtzeitig während der Erfüllung des Vertrags, [...] spätestens zum Zeitpunkt der Lieferung“ zu übermitteln sind. Hingegen müssen die Informationen etwa nach Art. 5 RL 2002/65/EG über Fernabsatz von Finanzdienstleistungen „rechtzeitig bevor der Verbraucher durch einen Fernabsatzvertrag oder durch ein Angebot gebunden ist“ übermittelt werden. Hier reicht eine E-Mail nach Vertragsschluss nicht aus. Zudem ist aus der maßgeblichen Sicht des Verbrauchers, um dessen Schutz es bei den Informationspflichten geht, der Unterschied zwischen einem Zwangsdownload dieser Informationen vor Vertragsschluss und einer E-Mail mit den Informationen vor Vertragsschluss minimal und rechtfertigt keine unterschiedliche Bewertung. Ein „Erhalten“ liegt somit vor. Nach den vom Generalanwalt entwickelten Kriterien ist also das Übermitteln der Informationen im Fall einer Bereitstellungs-Webseite mit Zwangsdownload zu bejahen.

Fraglich ist, ob die Anerkennung des Mitteilens bzw. des Übermittels im Fall einer Bereitstellungs-Webseite mit Zwangsdownload durch den scheinbar entgegenstehenden Wortlaut gehindert wird. Dies ist indes nicht der Fall, wie sich aus den Gründen ergibt, die den Richtliniengeber veranlassen haben, die in den alten Richtlinien vorgeschriebene Papierform⁴⁷ durch den Begriff des dauerhaften Datenträgers zu ersetzen. Um der rasanten technischen Entwicklung nicht im Wege zu stehen, verwendete man einen technikoffenen Begriff,⁴⁸ ohne das von der Papierform gewährte Schutzniveau abzusenken.⁴⁹ Die Erfüllung der Informationspflichten sollte also nicht auf einen bestimmten Stand der Technik fixiert werden, sondern flexibel auf die Fortentwicklung der Technik reagieren können. Der Unternehmer soll durch die Informationen nur so stark belastet werden, wie dies zum Schutz

⁴³ Schlussantrag des Generalanwalts Paolo Mengozzi v. 6.3. 2012 – C-49/11 = BeckRS 2012, 80515 Rn. 43.

⁴⁴ Schlussantrag des Generalanwalts Paolo Mengozzi v. 6.3. 2012 – C-49/11 = BeckRS 2012, 80515 Rn. 40.

⁴⁵ Schlussantrag des Generalanwalts Paolo Mengozzi v. 6.3. 2012 – C-49/11, BeckRS 2012, 80515 Rn. 31-34.

⁴⁶ In diesem Sinne (zur Belehrung über das Widerrufsrecht) auch OLG Jena BeckRS 2007, 10379 unter II. 2. b) a.E.

⁴⁷ Nachweise bei Heiss, in: Schnyder/Heiss/Rudisch, Internationales Verbraucherschutzrecht, 1995, S. 87 (100 f.).

⁴⁸ In diesem Sinn BT-Drs. 14/2658, S. 40 re. Sp., wo im Zusammenhang mit dem dauerhaften Datenträger von einer „technikoffenen Umschreibung“ die Rede ist.

⁴⁹ Nordhausen, in: Reich/Nordhausen, Verbraucher und Recht im elektronischen Geschäftsverkehr, 2000, S. 40 Rn. 60.

des Verbrauchers unbedingt erforderlich ist.⁵⁰ Die Auslegung der Informationspflichten muss diesem gesetzgeberischen Zweck Rechnung tragen und darf nicht zu eng am Wortlaut kleben.⁵¹ Der Schutz des Verbrauchers ist bei einer Bereitstellungs-Webseite mit Zwangsdownload ebenso gewährleistet wie bei einem Brief in Papierform oder einer E-Mail. Freiwillige Aktivitäten, die er aus Laxheit oder Unkenntnis unterlassen könnte, muss er in diesem Fall nämlich nicht entfalten. Die Informationen sind bei Vertragsschluss in seinem Machtbereich. Sie sind ihm daher im Sinn der Richtlinienbestimmungen „übermittelt“ bzw. „mitgeteilt“.

6. Ergebnis

Die Untersuchung der unionsrechtlichen Grundlagen hat gezeigt, dass die unionsrechtlichen Informationspflichten des Unternehmers gegenüber dem Verbraucher, auch soweit es sich um aktive Informationsübermittlungsregelungen handelt, mit Hilfe einer Webseite erfüllt werden können. Erforderlich ist, dass es sich um eine „fortgeschrittene“ Webseite handelt, und zwar entweder um eine Datenträger-Webseite mit sicherem Bereich oder eine Bereitstellungs-Webseite mit Zwangsdownload. In beiden Fällen ist die Information auf einem „dauerhaften Datenträger“ gespeichert und dem Verbraucher „übermittelt“ bzw. „mitgeteilt“.

III. Die Webseite als Textform

1. Arbeitshypothese aufgrund unionsrechtlicher Ergebnisse

Im Folgenden geht es um die Frage, ob nach deutschem Recht ein Unternehmer seine Pflicht, einem Verbraucher bestimmte Informationen in Textform gem. § 126b BGB zu erteilen, durch den Inhalt einer Webseite erfüllen kann. Die Analyse des Unionsrechts lässt folgendes Ergebnis erwarten: Der Unternehmer kann seine Informationspflichten dann mit Hilfe einer Webseite erfüllen, wenn es sich um eine „fortgeschrittene“ Webseite handelt, also entweder der Unternehmer die Informationen in einen sicheren Bereich einstellt, auf welchen nur der Verbraucher mittels Benutzernamen und Passwort zugreifen kann, oder die Webseite den Verbraucher mittels technischer Vorrichtungen dazu zwingt, vor Vertragsschluss die Informationen auf einem (unmittelbaren) dauerhaften Datenträger zu speichern oder sich auszudrucken.

Diese Arbeitshypothese ergibt sich aus folgender Überlegung: Für Informationen, die wie die nach § 312c Abs. 1 BGB mit Art. 246 § 2 EGBGB „in Textform mitzuteilen“ sind, kann nichts anderes gelten als für Informationen, die auf einem dauerhaften Datenträger zu übermitteln bzw. mitzuteilen sind. Denn als die Textform des § 126b BGB den Begriff des dauerhaften Datenträgers aus dem BGB verdrängte, wurde hierzu in der Gesetzesbegründung ausgeführt, die Textform entspreche im Zusammenspiel mit der Zugangsvorschrift des § 130 BGB im Ergebnis inhaltlich voll dem bisherigen dauerhaften Datenträger.⁵² Hieraus ergibt sich zugleich, dass

es bei der Frage, ob eine Webseite die Textform wahrt, allein um solche Vorschriften geht, die aktive Informationsübermittlungsregeln des Unionsrechts umsetzen, weil nur die darin genannten Informationen auf einem dauerhaften Datenträger zu übermitteln sind.⁵³ Hingegen bleiben die Vorschriften, die passive Informationsbereitstellungsregeln umsetzen, außer Betracht, weil die darin genannten Informationen lediglich zur Verfügung zu stellen bzw. zu erteilen sind.⁵⁴ Für sie gilt, dass sie grundsätzlich durch gewöhnliche Webseiten erfüllt werden können. Beispielhaft seien hierfür § 312c Abs. 1 BGB mit Art. 246 § 1 EGBGB genannt, die Art. 4 RL 1997/7/EG über Fernabsatz und Art. 3 RL 2002/65/EG über Fernabsatz von Finanzdienstleistungen umsetzen.⁵⁵

2. Bestandsaufnahme

Die Bestandsaufnahme zum deutschen Recht kontrastiert in auffälliger Weise mit dem von der Arbeitshypothese formulierten Ergebnis. Denn obwohl die Frage „Wahrung der Textform mittels einer Webseite?“ im deutschen Recht seit Jahren lebhaft diskutiert wird und sich schon bald drei Meinungen herauskristallisiert hatten, entspricht keine davon den aufgrund der unionsrechtlichen Untersuchung zu erwartenden Kriterien. Eine solche – vierte – Ansicht wurde erst im Anschluss an das Urteil des EFTA-Gerichtshofs explizit formuliert.

a) Webseite wahrt nie die Textform

Nach der nur vereinzelt vertretenen engsten Ansicht erfüllt eine Webseite nie die Anforderungen an die Textform, auch dann nicht, wenn der informationsberechtigte Verbraucher die auf der Webseite des Unternehmers verfügbaren Informationen dauerhaft bei sich speichert oder in Papierform ausdruckt.⁵⁶ Bei einer Webseite fehle es an der Perpetuierung, sie sei zur dauerhaften Wiedergabe nicht geeignet. Beim bloßen Betrachten seien die Informationen nur temporär und damit gerade anders als bei E-Mails nicht dauerhaft im Machtbereich des Verbrauchers gespeichert, sondern weiterhin dem Zugriff des Unternehmers ausgesetzt.⁵⁷ Auch wenn es im Nachhinein zu einer solchen Perpetuierung beim Verbraucher komme, etwa weil der Verbraucher die Informationen auf seinem Rechner speichere oder sich ausdrücke, ändere sich hieran nichts. Stelle man darauf ab, so führe dies zu Rechtsunsicherheit, weil etwa die Länge der Widerrufsfrist dann

⁵³ Siehe oben bei Fn. 16.

⁵⁴ Siehe oben bei Fn. 13.

⁵⁵ Statt vieler *Wendehorst* (Fn. 10), § 312c Rn. 82 f.; (zur Vorgängervorschrift des § 312c Abs. 1 BGB a.F.) *Thüsing* (Fn. 15), § 312c Rn. 22; *Bonke/Gellmann*, NJW 2006, 3169; *KG* NJW 2006, 3215 (3216).

⁵⁶ *Junker*, in: *juris* Praxiskommentar zum BGB, Onlineversion, Stand: 1.10.2010, § 126b Rn. 16 ff.; *Zenker*, JZ 2007, 816 (820), der aber bei einem Zwangsdownload anders entscheiden will und damit eine Nähe zur erst später formulierten vierten Ansicht (bei Fn. 70) aufweist; *OLG Naumburg* NJW-RR 2008, 776 (777 f.) unter III. 1. b).

⁵⁷ *Junker* (Fn. 56), § 126b Rn. 18.

⁵⁰ Ebenso BT-Drs. 14/2658, S. 40 zu § 2 Abs. 4 FernAbsG.

⁵¹ *Stadler/Bovelet*, ELR 2010, 177 (180); *Wieser*, ÖJZ 2010, 797 (803).

⁵² BT-Drs. 14/7052, S. 195 re. Sp.

davon abhänge, wie sich der Verbraucher tatsächlich verhalte bzw. wie er technisch ausgestattet sei.⁵⁸ Nicht der Verbraucher müsse die Erfüllung der Textform leisten, sondern der informationspflichtige Unternehmer.⁵⁹ Die Richtigkeit dieser Auffassung ergebe sich mittelbar auch aus den Regelungen in § 27 Abs. 1 S. 1 StromNEV und § 27 Abs. 1 S. 1 GasNEV.⁶⁰ Danach müssen die Betreiber von Elektrizitäts- und Gasversorgungsnetzen die für ihr Netz geltenden Netzentgelte auf ihren Internetseiten veröffentlichen und auf Anfrage jedermann unverzüglich in Textform mitteilen. Hieraus sei zu folgern, dass die Webseiteninhalte nicht die Textform erfüllen, weil sonst eine gesonderte Mitteilung in Textform nicht erforderlich sei.⁶¹

b) Webseite wahrt immer die Textform

Nach der in Teilen des Schrifttums und vereinzelt auch in der Rechtsprechung vertretenen weitesten Ansicht wahren Informationen, die auf einer Webseite verfügbar sind und gespeichert bzw. ausgedruckt werden können, immer die Textform des § 126b BGB, auch dann, wenn der Verbraucher von der Speicher- bzw. Ausdruckmöglichkeit keinen Gebrauch macht.⁶² Auf das tatsächliche Speicher- bzw. Ausdrucksverhalten des Verbrauchers dürfe es entgegen der h.M. nicht ankommen. Stelle man hierauf ab, so führe dies zu Rechtsunsicherheit, weil die Einhaltung der Textform nicht allein durch den Unternehmer sichergestellt werden könne, sondern in das Belieben des Verbrauchers gestellt sei.⁶³ Der Umstand, dass der Unternehmer die auf der Webseite verfügbaren Inhalte nach Vertragsschluss verändern könne und sie dann dem Verbraucher nicht mehr in der ursprünglichen, für ihn maßgeblichen Fassung zur Verfügung stehen, wenn er sie nicht vorher ausgedruckt oder abgespeichert habe, sei nicht problematisch. Diese Konstellation regle sich über die Beweislast. Der Unternehmer müsse die ordnungsgemäße Information des Verbrauchers beweisen, also auch, dass diesem die Informationen in einer bestimmten Gestalt im maßgeblichen

Zeitpunkt zur Verfügung standen. Dies könne er ggf. nicht, so dass den Bedenken der h.M. Rechnung getragen sei.⁶⁴

c) Webseite wahrt Textform nur bei Speichern bzw. Ausdrucken durch den Verbraucher

Überwiegend wird in Literatur⁶⁵ und Rechtsprechung⁶⁶ eine dritte Ansicht vertreten. Danach reicht es entgegen der weitestgehenden Ansicht für die Wahrung der Textform nicht aus, wenn der Unternehmer die Informationen für den Verbraucher auf einer Webseite ins Internet stellt, so dass der Verbraucher sie auf seinem Rechner speichern oder sich ausdrucken kann. Entgegen der engsten Ansicht wird die Wahrung der Textform aber dann bejaht, wenn der Verbraucher die Informationen tatsächlich auf seinem Rechner gespeichert oder sich ausgedruckt hat. Dies wird vor allem damit begründet, dass die Informationen nicht nur vom Unternehmer in einer zur dauerhaften Wiedergabe geeigneten Weise abgegeben werden müssen, sondern dass sie dem Verbraucher auch in dieser Weise zugehen müssen.⁶⁷ Dieses Zugangserfordernis entwickelt der BGH im Wege der richtlinienkonformen Auslegung.⁶⁸ Andere entnehmen das Zugangserfordernis hingegen der Pflicht des Unternehmers, die Informationen in Textform „mitzuteilen“.⁶⁹ Zugang sei nicht zu bejahen, solange nur die bloße Möglichkeit des Speicherns oder Ausdrucks

⁵⁸ *Noack/Kremer* (Fn. 22), § 126b Rn. 17; *Einsele* (Fn. 62), § 126b Rn. 9.

⁵⁹ *Wendehorst* (Fn. 10), § 312c Rn. 106 und 113; *Ahrens*, in: Prütting/Wegen/Weinreich, Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2011, § 126b Rn. 4; *Hertel*, in: Staudinger, Kommentar zum BGB, 2012, § 126b Rn. 34; *Hoeren*, in: Graf von Westphalen, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 30. Ergänzungslieferung 2012, E-Commerce-Verträge Rn. 104; *Schmidt-Räntsch*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 23, Stand: 1.11.2011, Art. 246 § 2 EGBGB Rn. 4 f., der aber im Anschluss an den EFTA-Gerichtshof für Datenträger-Webseiten mit sicherem Bereich eine Ausnahme formuliert und sich damit insoweit der erst später formulierten vierten Ansicht (bei Fn. 70) annähert; *Ellenberger*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, § 126b Rn. 3; *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 71. Aufl. 2012, Art. 246 § 2 EGBGB Rn. 6; *Ring*, in: NomosKommentar zum BGB, 2. Aufl. 2012, Art. 246 § 2 EGBGB Rn. 46 f.

⁶⁰ BGH VersR 2011, 269 (270) in Rn. 19; vor dieser Entscheidung des BGH bereits OLG Köln GRUR-RR 2008, 88 (89 f.); OLG Stuttgart MMR 2008, 616 (617); OLG Hamburg NJW-RR 2007, 839 (840); KG NJW 2006, 3215 (3216); KG MMR 2007, 185 (186); OLG München MMR 2008, 677 (678); OLG Jena BeckRS 2007, 10379 unter II. 2.

⁶¹ BGH VersR 2011, 269 (270) in Rn. 19; ähnlich *Wendehorst* (Fn. 10), § 312c Rn. 106.

⁶² BGH VersR 2011, 269 (270) Rn. 18 und 19; *Ludwig*, ZGS 2011, 58 (60); ähnlich *Wendehorst* (Fn. 10), § 312c Rn. 106.

⁶³ In diesem Sinn OLG Stuttgart MMR 2008, 616 (617); LG Heilbronn MMR 2007, 536; *Woitkewitsch/Pfitzer*, MDR 2007, 61 (62); *Bonke/Gellmann*, NJW 2006, 3169; *Ring* (Fn. 65), Art. 246 § 2 EGBGB Rn. 44; *Schmidt-Räntsch* (Fn. 65), Art. 246 § 2 EGBGB Rn. 5.

⁵⁸ OLG Naumburg NJW-RR 2008, 776 (777); *Zenker*, JZ 2007, 816 (820).

⁵⁹ *Junker* (Fn. 56), § 126b Rn. 19.

⁶⁰ Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Elektrizitätsversorgungsnetzen (Stromnetzentgeltverordnung) und Verordnung über die Entgelte für den Zugang zu Gasversorgungsnetzen (Gasnetzentgeltverordnung).

⁶¹ *Junker* (Fn. 56), § 126b Rn. 17.

⁶² *Wendtland*, in: Beck'scher Online-Kommentar zum BGB, Ed. 23, Stand: 1.2.2012, § 126b Rn. 5; *Noack/Kremer* (Fn. 22), § 126b Rn. 16 f.; *Einsele*, in: Münchener Kommentar zum BGB, 6. Aufl. 2012, § 126b Rn. 9; *Arnold*, in: Erman, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2011, § 126b Rn. 3; *Marly*, in: Soergel, Kommentar zum BGB, 13. Aufl. 2012, § 126b Rn. 4; LG Flensburg MMR 2006, 686 (687); LG Heilbronn MMR 2007, 536, wonach aber das bloße Aufrufen der Webseite durch den Verbraucher noch keine „Mitteilung“ sei; Sympathien für diese Ansicht auch bei BGH NJW 2009, 3227 (3228) in Rn. 13.

⁶³ *Wendtland* (Fn. 62), § 126b Rn. 5; LG Flensburg MMR 2006, 686 (687).

ckens bestehe, sondern setze den tatsächlichen Ausdruck bzw. das tatsächliche Speichern voraus.

d) Nur fortgeschrittene Webseiten wahren Textform

Eine vierte Ansicht wurde für das deutsche Recht erst im Anschluss an die Entscheidung des EFTA-Gerichtshofs vom 27.1.2010 entwickelt. Sie knüpft an die darin vorgenommene Unterscheidung zwischen gewöhnlichen und fortgeschrittenen Webseiten an und geht davon aus, dass eine gewöhnliche Webseite nie die Textform wahrt, entgegen der h.M. selbst dann nicht, wenn der Verbraucher die Informationen auf seinem Rechner gespeichert oder sie sich ausgedruckt hat. Die Anforderungen der Textform werden danach nur von „fortgeschrittenen“ Webseiten erfüllt, namentlich also von Datenträger-Webseiten mit sicherem Speicherbereich und Bereitstellungs-Webseiten mit Zwangsdownload.⁷⁰

3. Kritische Analyse

a) Webseite wahrt nie die Textform

Die engste Ansicht, nach der eine Webseite nie die Textform wahren kann,⁷¹ hat weit weniger Anhänger, als ihre Vertreter behaupten. *Junker* beruft sich für diese Ansicht auf nicht weniger als elf OLG-Urteile, von denen freilich zehn der h.M. zuzurechnen sind, weil sie die Erfüllung der Textform durch eine Webseite dann bejahen, wenn der Verbraucher die Informationen auf seinem Rechner speichert oder sie ausdrückt.⁷²

Auch inhaltlich kann die engste Ansicht nicht überzeugen. Sie beansprucht nämlich nicht nur Geltung für die Erfüllung von Informationspflichten, sondern ganz allgemein für die Textform des § 126b BGB. Sie sperrt den für den Unternehmer kostengünstigsten Weg und steht damit in einem bedenklichen Kontrast zu Art. 9 Abs. 1 S. 2 und 10 Abs. 3 RL 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr, wonach dem Nutzer die Vertragsbestimmungen und AGB (nur) so zur Verfügung gestellt werden müssen, dass er sie speichern und reproduzieren kann und die Mitgliedstaaten sicherstellen müssen, „dass ihre für den Vertragsabschluss geltenden Rechtsvorschriften weder Hindernisse für die Verwen-

dung elektronischer Verträge bilden noch dazu führen, dass diese Verträge aufgrund des Umstandes, dass sie auf elektronischem Wege zustande gekommen sind, keine rechtliche Wirksamkeit oder Gültigkeit haben“.⁷³

Vor allem widerspricht diese Ansicht für Informationspflichten den Ergebnissen der Untersuchung des Unionsrechts. Die Textform gem. § 126b BGB ist insoweit der Transformationsbegriff des deutschen Rechts für den unionsrechtlichen Begriff des dauerhaften Datenträgers. Für den dauerhaften Datenträger steht nach der Legaldefinition des Art. 2 Nr. 12 Abs. 2 RL 2002/92/EG über Versicherungsvermittlung fest, dass er unter bestimmten Voraussetzungen auch in Gestalt einer Webseite vorliegen kann.⁷⁴ Die Auffassung, eine Webseite könne nie die Textform wahren, ist daher mit dem Unionsrecht nicht vereinbar und folglich abzulehnen.

Die erste Ansicht meint weiter, die Webseite alleine erfülle noch nicht die Perpetuierungsfunktion. Dem ist zwar zuzustimmen.⁷⁵ Dieses Argument richtet sich aber bei Licht besehen nur gegen die weiteste Ansicht, nach der eine Webseite stets die Textform wahrt, nicht hingegen gegen die h.M. und die Ansicht, wonach die Textform durch fortgeschrittene Webseiten gewahrt wird. Denn nach h.M. wird die Perpetuierung dadurch gewährleistet, dass der Verbraucher die Informationen auf seinem Rechner abspeichert oder sie sich ausdrückt. Bei einer fortgeschrittenen Webseite erfolgt die Perpetuierung durch den zwangsweise erfolgenden Download bzw. die Hinterlegung im sicheren, nur für den Verbraucher zugänglichen Speicherbereich der Webseite.

Die engste Ansicht führt außerdem an, der Download bzw. das Ausdrucken durch den Verbraucher dürfte keine Rolle spielen, weil die Informationspflicht den Unternehmer treffe, nicht den Verbraucher. Dieses Argument trifft zu.⁷⁶ Es richtet sich aber nur gegen die h.M., die gerade auf das tatsächliche Verhalten des Verbrauchers abstellt, nicht hingegen gegen die weiteste Ansicht, die eine Webseite immer ausreichen lässt, und auch nicht gegen die vierte Ansicht, wonach nur eine fortgeschrittene Webseite die Textform wahrt. Denn die beiden letztgenannten Ansichten stellen gerade nicht auf das tatsächliche Verhalten des Verbrauchers ab.

Die engste Ansicht stützt sich schließlich noch auf § 27 Abs. 1 S. 1 GasNEV und ElektrizitätsNEV. Auch dieses Argument kann nicht überzeugen. Die genannten untergesetzlichen Vorschriften können zwingende Vorgaben des Unionsrechts, wonach Webseiten unter bestimmten Umständen den Begriff des dauerhaften Datenträgers erfüllen, nicht außer Kraft setzen. Zudem haben diese Bestimmungen eine ganz andere Zielsetzung. Es geht ihnen nicht um vertragsbezogene Informationen im Vorfeld eines Vertragsschlusses. Vielmehr sollen diese Vorschriften für Preistransparenz bezüglich der Netzentgelte gegenüber Jedermann sorgen. Daher sind diese Entgelte auf den Internetseiten der Netzbetreiber zu veröffentlichen. Auf Anfrage, die den Betreiber per Brief, Fax, E-Mail, Telefonanruf oder auf sonstigem Weg erreichen kann,

⁷⁰ *Reiff*, *VersR* 2010, 797 (798) (Anm. zu EFTA-Gerichtshof-Urteil); *Reiff* (Fn. 12), S. 823 (835); ihm folgend *Thalmair*, *NJW* 2011, 14 (18); *Ludwig*, *ZGS* 2011, 58 (60); *Dörner*, in: *Schulze u.a.*, *Handkommentar zum BGB*, 7. Aufl. 2012, § 126b Rn. 4; ähnlich *Spindler/Anton*, in: *Spindler/Schuster*, *Recht der elektronischen Medien*, 2. Aufl. 2011, § 126b BGB Rn. 6, wonach fortgeschrittene Webseiten stets die Textform wahren, aber – in Übereinstimmung mit der h.M. – auch gewöhnliche Webseiten bei tatsächlichem Download oder Ausdruck durch den Verbraucher. Anklänge an diese Ansicht auch bei *Schmidt-Räntsch* (Fn. 65), Art. 246 § 2 EGBGB Rn. 4 f., nach dem Datenträger-Webseiten mit sicherem Bereich stets die Textform wahren, daneben aber auch gewöhnliche Webseiten bei tatsächlichem Speichern bzw. Ausdrucken.

⁷¹ Siehe die Nachweise oben Fn. 56.

⁷² Demgemäß sind diese Entscheidungen im vorliegenden Beitrag der h.M. zugeordnet; vgl. oben Fn. 66.

⁷³ Ähnlich wie hier *Einsele* (Fn. 62), § 126b Rn. 9.

⁷⁴ Vgl. hierzu oben nach Fn. 19.

⁷⁵ Näher hierzu nach Fn. 78.

⁷⁶ Näher hierzu bei Fn. 88.

hat der Netzbetreiber dem Anfragenden die Netzentgelte „in Textform mitzuteilen“, also etwa per Brief, Fax oder E-Mail. Die Anfragenden werden regelmäßig Personen sein, die die Höhe der Netzentgelte erfahren wollen, aber von der Internetveröffentlichung keine Kenntnis haben oder mangels Anschluss an das WWW darauf nicht zugreifen können. Ihnen sind daher die Netzentgelte auf andere Weise zur Kenntnis zu bringen. Ein Argument dagegen, dass eine (fortgeschrittene) Webseite die Textform wahren kann, ergibt sich hieraus nicht.

b) Webseite wahrt immer die Textform

Die weitestgehende Ansicht, nach der eine Webseite immer die Textform nach § 126b BGB wahrt,⁷⁷ kann inhaltlich ebenfalls nicht überzeugen. Sie widerspricht genauso wie die engste Ansicht den Ergebnissen der Untersuchung des Unionsrechts. Die Informationen, die nach den Richtlinienbestimmungen auf einem dauerhaften Datenträger zu erteilen sind, müssen nach den deutschen Umsetzungsvorschriften in Textform erteilt werden. Für den Begriff des dauerhaften Datenträgers steht nach der Legaldefinition des Art. 2 Nr. 12 Abs. 2 RL 2002/92/EG über Versicherungsvermittlung fest, dass er nur unter bestimmten Voraussetzungen auch in Gestalt einer Webseite vorliegen kann.⁷⁸ Die Auffassung, wonach die Webseite immer die Textform wahrt, ist also mit dem Unionsrecht nicht zu vereinbaren und damit abzulehnen.

Die Richtlinienvorschriften sollen sicherstellen, dass der Verbraucher tatsächlich in Besitz der für ihn maßgeblichen Informationen gelangt. Diesem Schutzauftrag wird die weitestgehende Ansicht nicht gerecht. Sie vermag die tatsächliche Besitzerlangung nicht zu gewährleisten, weil nach ihr die bloße Möglichkeit des Speicherns bzw. Ausdrucks durch den Verbraucher ausreicht. Nach den Richtlinienbestimmungen muss der Unternehmer dem Verbraucher die Informationen auf einem dauerhaften Datenträger übermitteln bzw. mitteilen. Er muss sie also perpetuieren und transportieren. Beides ist nicht sichergestellt, wenn man sich dieser Ansicht anschließt. Denn danach kann der Unternehmer die für den Verbraucher im maßgeblichen Zeitpunkt auf der Webseite verfügbaren Informationen zu einem späteren Zeitpunkt ändern; hat der Verbraucher sie nicht vorher gespeichert oder ausgedruckt, so kann er nicht mehr in ihren Besitz gelangen. Die Informationen sind nicht perpetuiert. Sie sind auch nicht zum Verbraucher transportiert worden, sondern standen diesem nur eine gewisse Zeit zum Speichern zur Verfügung. Legt man die deutschen Umsetzungsvorschriften, beispielsweise § 312c Abs. 1 BGB mit Art. 246 § 2 EGBGB, nach denen bestimmte Informationen „in Textform mitzuteilen“ sind, im Sinne der weitestgehenden Ansicht aus, so wären die Richtlinienbestimmungen nicht ordnungsgemäß umgesetzt. Denn das deutsche Recht könnte dann nicht dafür sorgen, dass die vorgeschriebenen Informationen regelmäßig tatsächlich in den Besitz des Verbrauchers gelangen. Dies wäre nur bei einer Minderheit der Verbraucher der Fall. Man kann und darf nämlich nicht davon ausgehen, dass die Mehrheit der

Verbraucher von der Möglichkeit, die Informationen zu speichern bzw. sich auszudrucken, wirklich Gebrauch macht.⁷⁹

Der Hinweis darauf, der Unternehmer müsse beweisen, dass der Verbraucher die Informationen erhalten habe,⁸⁰ vermag hier nicht zu helfen. Lässt man die bloße Speicherbarkeit im maßgeblichen Zeitpunkt ausreichen, so kann der Unternehmer auch nach späterer Änderung des Inhalts der Informationen bei genauer Dokumentation und Archivierung seiner Webseiteninhalte sehr wohl nachweisen, welche Informationen gerade zum maßgeblichen Zeitpunkt auf der Webseite verfügbar waren und gespeichert werden konnten.

c) Webseite wahrt Textform nur bei Speichern bzw. Ausdrucken durch den Verbraucher

Die h.M., wonach eine Webseite die Textform grundsätzlich nicht wahrt, sondern nur dann, wenn der Verbraucher die für ihn bestimmten Informationen tatsächlich auf seinem Rechner speichert bzw. sich ausdrückt,⁸¹ steht anders als die engste und die weitestgehende Ansicht nicht in evidentem Widerspruch zu den unionsrechtlichen Vorgaben. Diese besagen, dass Webseiten nicht immer als dauerhafte Datenträger anzusehen sind, aber unter bestimmten Umständen eben doch. Diesem Postulat scheint die h.M. Rechnung zu tragen. Schaut man indes genauer hin, so erkennt man, dass dies nicht der Fall ist. Nach der Legaldefinition in Art. 2 Nr. 12 Abs. 2 RL 2002/92/EG über Versicherungsvermittlung ist eine Webseite grundsätzlich kein dauerhafter Datenträger, es sei denn, sie „entspricht den in Abs. 1 enthaltenen Kriterien“. Es geht also um technische Anforderungen an die vom Unternehmer zur Erfüllung seiner Informationspflichten verwendete Webseite, nicht um ein Verhalten des Verbrauchers. Die h.M., die auf das tatsächliche Speichern bzw. Ausdrucken des Verbrauchers abstellt, ist daher nicht unionsrechtskonform.

Gegen die h.M. sprechen auch ihre Konsequenzen. Nach ihr hat der Unternehmer seine Informationspflichten gegenüber dem Verbraucher mittels einer Webseite nur dann erfüllt, wenn der Verbraucher die Informationen tatsächlich auf seinem Rechner speichert. Folglich muss der beweiselastete Unternehmer im Bestreitensfall das tatsächliche Verhalten des Verbrauchers nachweisen. Dies wird ihm in aller Regel nicht möglich sein.⁸² Letztlich verhindert daher die h.M. entgegen dem Geist der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr,⁸³ dass der Unternehmer seine Informationspflichten auf dem kostengünstigsten Weg erfüllen kann. Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass dem Unternehmer von den

⁷⁷ Siehe die Nachweise oben Fn. 62.

⁷⁸ Siehe hierzu oben nach Fn. 19.

⁷⁹ In diesem Sinn OLG München MMR 2008, 677 (679); *Spindler/Anton* (Fn. 70), § 126b Rn. 6.

⁸⁰ Siehe die Nachweise oben Fn. 64.

⁸¹ Siehe Nachweise oben Fn. 65 und 66.

⁸² Vgl. LG Flensburg MMR 2006, 686 (687), wonach die Speicherung vom zufälligen Verhalten des Verbrauchers abhängt und praktisch nicht nachweisbar ist; *Janal*, MDR 2006, 368 (371).

⁸³ Siehe hierzu oben nach Fn. 72.

Vertretern der h.M. geraten wird, zur Sicherheit die Informationen dem Verbraucher per E-Mail zuzusenden.⁸⁴

Die h.M. führt zu dem merkwürdigen Ergebnis, dass der Verbraucher, der die auf der Webseite des Unternehmers verfügbaren Informationen sorgfältig auf seinem Rechner speichert, bestraft wird, indem die Widerrufsfrist zu laufen anfängt, während der sorglose Verbraucher, der die Informationen weder speichert noch ausdrückt, mit einem ewigen Widerrufsrecht belohnt wird.⁸⁵

Die h.M. wird ferner dem gesetzgeberischen Zweck der Informationspflichten des Unternehmers nicht gerecht. Bezeichnenderweise und zu Recht wird sowohl von Vertretern der engsten⁸⁶ als auch der weitesten Ansicht⁸⁷ gerügt, das Abstellen der h.M. auf das tatsächliche Speicherverhalten des Verbrauchers sei sachfremd. In der Tat führt die h.M. zu dem Ergebnis, dass die Pflicht des Unternehmers erfüllt ist, wenn der Verbraucher tätig wird, indem er die Informationen speichert bzw. ausdrückt. Die Last der Informationsverschaffung trägt also im Ergebnis nicht der Unternehmer. Sie wird vielmehr auf den Verbraucher abgewälzt.⁸⁸ Dies widerspricht den gesetzlichen Vorgaben. So bestimmt beispielsweise § 312c Abs. 1 BGB mit Art. 246 § 2 EGBGB, dass der Fernabsatzunternehmer dem Verbraucher bestimmte Informationen „in Textform mitzuteilen“ hat. Hierdurch werden Art. 5 Abs. 1 RL 1997/7/EG über Fernabsatz und Art. 5 Abs. 1 RL 2002/65/EG über Fernabsatz von Finanzdienstleistungen umgesetzt, nach denen diese Informationen auf einem „dauerhaften Datenträger“ zu „übermitteln“ sind. Richtlinienbestimmung und Umsetzungsgesetz verlangen also nicht nur ein Ergebnis, sie schreiben vielmehr auch ein Tätigwerden des Unternehmers vor. Bei Informationen auf einer gewöhnlichen Webseite des Unternehmers, die gespeichert bzw. ausgedruckt werden können und vom Verbraucher (freiwillig) gespeichert bzw. ausgedruckt werden, entfaltet der Unternehmer keine Aktivität. Daher hat in diesem Fall der Unternehmer entgegen der h.M. seine Informationspflicht nicht erfüllt. Zwar sind die Informationen dann im Machtbereich des Verbrauchers, so dass er jederzeit auf sie zugreifen kann. Der Verbraucher steht mit anderen Worten so, als seien ihm die Informationen zugegangen. Dieses Ergebnis beruht aber nicht auf einem Tätigwerden des Unternehmers. Ein „Zugang“ im Rechtssinn kann daher nicht bejaht werden. Anders als es die Richtlinie vorschreibt, ist der dauerhafte Datenträger, also die gedruckte oder gespeicherte Version der Informationen von der Webseite, nicht vom Unternehmer „erstellt“, sondern vom Verbraucher.⁸⁹

⁸⁴ Beispielhaft *Ring* (Fn. 65), Art. 246 § 2 EGBGB Rn. 47 in Fn. 60; *Bonke/Gellmann*, NJW 2006, 3169 (3170).

⁸⁵ *Zenker*, JZ 2007, 816 (820); OLG Naumburg NJW-RR 2008, 776 (778).

⁸⁶ *Junker* (Fn. 56), § 126b Rn. 19; *Zenker*, JZ 2007, 816 (820).

⁸⁷ *Wendtland* (Fn. 62), § 126b Rn. 5.

⁸⁸ *Ludwig*, ZGS 2011, 58 (60); *Berger*, ZGS 2007, 414 (416); *Pohlmann* (Fn. 26), § 7 Rn. 33.

⁸⁹ Schlussantrag des Generalanwalts Paolo Mengozzi v. 6.3. 2012 – C-49/11 = BeckRS 2012, 80515 Rn. 43.

d) Nur fortgeschrittene Webseiten wahren Textform

Die vierte Ansicht⁹⁰ wurde im Anschluss an das Urteil des EFTA-Gerichtshofs formuliert. Sie erfüllt daher die von dieser Entscheidung maßgeblich ausgedeuteten unionsrechtlichen Prämissen. In Übereinstimmung mit der Definition des dauerhaften Datenträgers in Art. 2 Nr. 12 RL 2002/92/EG über Versicherungsvermittlung steht sie auf dem Standpunkt, dass „gewöhnliche“ Webseiten grundsätzlich nicht die Textform wahren. Daran ändert sich nichts, wenn der Verbraucher – aus Sicht des informationspflichtigen Unternehmers zufällig – die Informationen auf seinem Rechner speichert oder sie ausdrückt. Diese Informationen wurden nämlich nicht vom Unternehmer in Textform mitgeteilt, sondern vom Verbraucher selbst erstellt. Gewahrt wird die Textform nach dieser Ansicht wie vom Unionsrecht vorgegeben nur von fortgeschrittenen Webseiten, also wenn es sich um Datenträger-Webseiten mit sicherem Speicherbereich oder Bereitstellungs-Webseiten mit Zwangsdownload handelt.

Übereinstimmung mit den unionsrechtlichen Vorgaben besteht nicht nur bezüglich des „dauerhaften Datenträgers“ bzw. der „Textform“, sondern auch bezüglich des „Übermittels“ und „Mitteilens“ bzw. des „Zugangs“ der Informationen, die dem Verbraucher „mitzuteilen“ sind. Dass Datenträger-Webseiten mit sicherem Speicherbereich das Zugangserfordernis erfüllen, ist nahezu evident. Die vom Unternehmer in diesem Speicherbereich hinterlegten Informationen sind im Machtbereich des Verbrauchers, weil nur er mittels Benutzername und Passwort darauf zugreifen kann. Der Unternehmer hat sich der Informationen entäußert. Die Dinge liegen exakt so wie bei einem auf einer Webseite zugänglichen E-Mail-Account.⁹¹

Schwieriger ist das Erfordernis des Zugangs bei Bereitstellungs-Webseiten mit Zwangsdownload zu begründen. Das Ergebnis des Zwangsdownloads ist zwar unproblematisch dasselbe wie bei einem Zugang, etwa dem Zugang einer E-Mail des Unternehmers, der die Informationen angeheftet sind. Dieses Ergebnis beruht aber scheinbar auf einem Tätigwerden des Verbrauchers, was nicht ausreichen kann, weil die Informationen vom Unternehmer zu übermitteln sind.⁹² Der Schein trügt indes. Bei einem Zwangsdownload ist nämlich das Tätigwerden des Verbrauchers vom Unternehmer erzwungen. Ohne Speichern der Informationen kommt es erst gar nicht zur Abgabe der Vertragserklärung des Verbrauchers und damit nicht zum Vertragsschluss. Rechtlich gesehen ist das Verhalten des Verbrauchers daher dem Unternehmer zuzurechnen.⁹³ Nach allem spricht daher für die vierte Ansicht, dass nur sie den Vorgaben des Unionsrechts nicht widerspricht.

Abgesehen hiervon sprechen für die vierte Ansicht drei Punkte. Sie eröffnet erstens dem Unternehmer den für ihn kostengünstigsten Weg, seine Informationspflichten gegenüber dem Verbraucher zu erfüllen. Dies unterscheidet sie von

⁹⁰ Siehe die Nachweise oben Fn. 70.

⁹¹ Hierzu oben bei Fn. 41.

⁹² Siehe hierzu die Argumentation zum (freiwilligen) Download bei der h.M. oben bei Fn. 88.

⁹³ Siehe hierzu oben nach Fn. 46.

der engsten Ansicht, wonach Webseiten nie die Textform wahren. Dies unterscheidet sie aber auch von der h.M., selbst wenn man dieser darin folgt, dass bei einem tatsächlich erfolgten Download durch den Verbraucher die Textform dieser Informationen auf einer Webseite gewahrt sei. Denn die Erfüllung der Informationspflichten des Unternehmers hänge dann vom Verhalten des Verbrauchers ab und könnte vom Unternehmer im Streitfall nicht bewiesen werden, so dass dem Unternehmer dieser Weg auf der Grundlage der h.M. im Ergebnis gerade nicht offen steht.

Zweitens gelangen danach (nahezu) alle Verbraucher tatsächlich in den Besitz der Informationen und können sich ihrer bei Bedarf bedienen. Dies unterscheidet sie von der weitestgehenden Auffassung, wonach gewöhnliche Webseiten stets die Textform wahren, mit der Folge, dass nach dieser Ansicht nur eine Minderheit der Verbraucher wirklich im Besitz der Informationen ist, obwohl der Unternehmer nach ihr rechtlich die Informationspflicht erfüllt hat.

Schließlich hängt drittens nach dieser Auffassung die Erfüllung der Informationspflicht ausschließlich von Anforderungen ab, die vom Unternehmer und seiner Webseite zu erfüllen sind und die er im Streitfall auch beweisen kann. Dies unterscheidet sie von der h.M., nach der die Erfüllung der Informationspflicht von einem nicht erzwingbaren Verhalten des Verbrauchers abhängt, das noch dazu im Bestreitensfall nicht bewiesen werden kann.

IV. Zusammenfassung und Ausblick

Die Ergebnisse der Untersuchung lassen sich in fünf Punkten zusammenfassen:

1. Ein Unternehmer, der nach Unionsrecht Informationen auf einem dauerhaften Datenträger übermitteln muss, kann diese Pflicht grundsätzlich nicht mittels einer Webseite erfüllen.

2. Anders ist dies im Anschluss an das Urteil des EFTA-Gerichtshofs⁹⁴ bei „fortgeschrittenen“ Webseiten. Sie können als dauerhafte Datenträger angesehen werden. Dies gilt erstens für Datenträger-Webseiten mit sicherem Bereich. Der Unternehmer kann also seine Informationspflicht dadurch erfüllen, dass er die vorgeschriebenen Informationen in einem sicheren Speicherbereich der Webseite hinterlegt, auf den nur der jeweilige Verbraucher mittels Benutzername und Passwort zugreifen kann. Dies gilt zweitens für Bereitstellungs-Webseiten mit Zwangsdownload. Der Unternehmer kann also seine Informationspflichten auch dadurch erfüllen, dass seine Webseite Elemente enthält, die den Verbraucher mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit dazu anhalten, die Informationen in Papierform zu sichern oder auf seinem Rechner zu speichern.

3. Bei Verwendung fortgeschrittener Webseiten sind die Informationen nicht nur auf einem „dauerhaften Datenträger“ perpetuiert, sondern sie sind dem Verbraucher auch „übermittelt“ worden. Dies ist für Datenträger-Webseiten mit sicherem Bereich evident. Dies gilt aber auch für Bereitstellungs-Webseiten mit Zwangsdownload. Zwar ist in diesem Fall die Letztursache für die Perpetuierung der Informationen das

Speichern durch den Verbraucher und damit keine Aktivität des Unternehmers. Der Verbraucher wird aber von der Webseite des Unternehmers technisch gezwungen, die ihm vom Unternehmer geschuldeten Informationen zu speichern. Hierin liegt rechtlich ein „Übermitteln“ der Informationen durch den Unternehmer.

4. Im deutschen Recht wird seit langem die Frage „Wahrung der Textform des § 126b BGB mittels einer Webseite?“ diskutiert. Hierzu haben sich schon früh drei Meinungen gebildet. Keine dieser Ansichten entspricht indes den Vorgaben des Unionsrechts. Abzulehnen sind daher sowohl die engste Ansicht, nach der eine Webseite für die Wahrung der Textform nie ausreicht, als auch die weiteste, wonach Webseiten immer die Textform einhalten. Abzulehnen ist aber darüber hinaus die ganz h.M., die erst kürzlich vom BGH⁹⁵ ausführlich bekräftigt wurde, nach der Webseiten dann ausreichen, wenn der Verbraucher die Informationen tatsächlich auf seinem Rechner gespeichert hat.

5. Zu folgen ist der Ansicht, nach der eine Webseite (nur) dann die Textform wahrt und die Informationen (nur) dann in dieser Form mitgeteilt wurden, wenn es sich um eine fortgeschrittene Webseite handelt, also um eine Datenträger-Webseite mit sicherem Bereich oder um eine Bereitstellungs-Webseite mit Zwangsdownload.

Es bleibt abzuwarten, ob der EuGH die in Kürze zu erwartende Entscheidung in der Rechtssache Content Services Ltd gegen Bundesarbeitskammer⁹⁶ dazu nutzen wird, grundsätzlich zu der Frage Stellung zu nehmen, unter welchen Voraussetzungen es das Unionsrecht zulässt, die Pflicht, Informationen auf einem dauerhaften Datenträger zu übermitteln, mittels einer Webseite zu erfüllen.

⁹⁴ Siehe oben Fn. 5.

⁹⁵ Siehe oben Fn. 2.

⁹⁶ Siehe oben Fn. 11.