



RA Prof. Dr. Felix Buchmann und RAin Anna-Lena Hoffmann, Stuttgart*

Covid-19 und Distanzgeschäfte – Sonderregeln für einen „C-Commerce“?

Verbraucherschutz in Pandemie-Zeiten

Nachdem der stationäre Handel in großen Teilen zum Erliegen gekommen ist, gewinnt der E-Commerce noch größere Bedeutung – nun auch für diejenigen Unternehmer, deren eigentliches Geschäft es gar nicht ist. Bedenken man, welche großen Probleme der Online-Handel mit wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen hat, ist dies Grund genug zu analysieren, welchen besonderen Bedingungen die neuen Distanzgeschäfte wider Willen unterliegen.

I. Einleitung

Die Folgen der Covid-19-Pandemie stellen für viele Unternehmer eine existenzielle Bedrohung dar. Wer aufgrund der aktuellen Maßnahmen gezwungen ist, sein Geschäft oder Lokal zu schließen, sucht andere Wege, um weiterhin die eigenen Waren und Leistungen anbieten und vertreiben zu können. Nicht wenige bieten Lieferdienste oder Abholung an, um die Folgen der Schließungen zumindest abzumildern. Stationäre Geschäfte bieten ihre Ware auf ihren Instagram-Kanälen an, die sonst nur zur Präsentation ihrer Angebote dienen. Lokale Plattformen wurden spontan aufgesetzt, um Kneipen und lokale Geschäfte mit Spenden zu unterstützen.¹ Gutscheine sollen helfen, Liquidität zu beschaffen. Andere nutzen das Corona-Virus gezielt zum Vertrieb ihrer Waren und nutzen dabei die Angst der Menschen aus. Die Online-Händler müssen sich schließlich darauf einstellen, dass sie ihre Lieferzeiten nicht mehr einhalten können und ihre Waren langsamer zugestellt werden, weil auch den Paketdiensten die Mitarbeiter ausgehen während das Versandvolumen steigt.

In anderen Bereichen sind besondere Regelungen zur Bewältigung der Corona-Krise bereits in Kraft getreten oder sind geplant. Im Arbeitsrecht ist in bestimmten Bereichen eine 12-Stunden-Schicht erlaubt.² Das Insolvenzrecht wurde teilweise ausgesetzt.³ Bei Dauerschuldverhältnissen gibt es in manchen Fällen für Verbraucher und Kleinstunternehmen ein Leistungsverweigerungsrecht bis zum 30. 6. 2020,⁴ auch Darlehen müssen gestundet werden.⁵ Im Mietrecht wurde ein Kündigungsverbot eingeführt.⁶ Im Datenschutzrecht werden Möglichkeiten für Tracking-Apps und „freiwillige Datenspenden“⁷ diskutiert, die rechtliche Zulässigkeit der überall geforderten Home-Office-Arbeitsplätze scheint niemanden zu interessieren.

Brauchen wir in diesen besonderen Zeiten möglicherweise auch Sonderregelungen für den „C-Commerce“? Muss der Verbraucherschutz bei Distanzgeschäften hinter den kurzfristigen Bedürfnissen der Wirtschaft zurücktreten?

II. Anwendbarkeit der besonderen Regelungen für Verbraucherverträge

Verträge zwischen Unternehmen und Verbrauchern (Verbraucherverträge im Sinne des § 310 Abs. 3 BGB) unterliegen gemäß den §§ 312 ff. BGB besonderen Bedingungen. Mit diesen Vorschriften hat der Gesetzgeber die europarechtlichen Vorgaben aus der Verbraucherrecht-Richtlinie,⁸ der Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen⁹ und der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr¹⁰ umgesetzt, die bei der Auslegung der Regelungen stets berücksichtigt werden müssen.¹¹ Allerdings ist bereits die grundlegende Vorschrift des § 312 BGB kein gesetzgeberisches Meisterwerk,¹² und insgesamt sind die Vorschriften des gesamten Untertitels 2 schwer zugänglich.

1. Vorliegen eines Verbrauchervertrags

Grundlegende Voraussetzung für die Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB ist das Vorliegen eines Verbrauchervertrags, mithin eines Vertrags zwischen einem Verbraucher im Sinne des § 13 BGB¹³ und einem Unternehmer im Sinne des § 14 BGB.

Seit der Einschränkung des öffentlichen Lebens bieten zahlreiche Mitbürger Unterstützung im alltäglichen Leben an. Insbesondere Botengänge und Einkäufe werden in der Nachbarschaft mit Flugblättern in Briefkästen und an öffentlichen Plätzen beworben. Die gut gemeinte Nachbarschaftshilfe wird dann zum Problem, wenn es sich dabei um eine gewerbliche Tätigkeit im Sinne des § 14 BGB handelt, denn dann sind daran eine Reihe von rechtlichen

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VII, VIII. Alle zitierten Internetquellen wurden zuletzt abgerufen am 7. 4. 2020.

1 Wie etwa <https://lokal-support.de> für die Region Stuttgart oder <https://kiezware.de> für die Region Berlin.

2 Covid-19-Arbeitszeitverordnung vom 7. 4. 2020: § 1 Abs. 1 Covid-19-ArbZV.

3 Covid-19-Insolvenzaussetzungsgesetz: §§ 1 ff. COVInsAG.

4 Art. 240 § 1 EGBGB.

5 Art. 240 § 3 EGBGB.

6 Art. 240 § 2 EGBGB.

7 Schmitz, ZD-Aktuell 2020, 04404; Schomberg/Stroscher, ZD-Aktuell 2020, 07074.

8 Verbraucherrecht-Richtlinie, 2011/83/EU.

9 Richtlinie über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher, 2002/65/EG.

10 Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, 2000/31/EG.

11 Wendehorst, in: MüKoBGB, 8. Aufl. 2019, BGB § 312 Rn. 1 f.

12 Wendehorst, in: MüKoBGB (Fn. 11), § 312 Rn. 8 bezeichnet sie als „missglückt“.

13 Zum neuen Verbraucherbegriff siehe auch Buchmann, K&R 2014, 221, 222.

Konsequenzen geknüpft. Entscheidendes Merkmal ist dabei die Frage der Entgeltlichkeit und nicht die der Gewinnerzielungsabsicht.¹⁴ Mag man auch darüber streiten, ob die Gewinnerzielungsabsicht Teil einer unternehmerischen Tätigkeit sein muss, so verlangt jedenfalls § 312 Abs. 1 BGB für die Anwendung der Kapitel 1 und 2 des Untertitels 2 eine entgeltliche Leistung.¹⁵ Dabei muss für die Leistung ein Entgelt *gefordert* werden. Das reine *Erwarten* einer Gegenleistung (etwa die unausgesprochene Hoffnung auf ein Trinkgeld) macht die Leistung noch nicht entgeltlich. Der Grund der Gegenleistung muss in der erbrachten Tätigkeit liegen.¹⁶ Nicht notwendig ist, dass der Leistende auch der Empfänger ist. Auch die Vereinbarung der Gegenleistung an einen Dritten (z. B. eine Spende an eine gemeinnützige Einrichtung) genügt dem Erfordernis der Entgeltlichkeit.¹⁷

Eine Gegenleistung in Geld ist nicht erforderlich – vielmehr genügt jeder Vorteil, den der Leistende sich für seine Tätigkeit versprechen lässt. Nur so lässt sich das in der Verbraucherrechtlinie immer wieder bemühte Ziel erfüllen, für ein hohes Maß an Verbraucherschutz sorgen zu wollen.¹⁸

2. Vorliegen eines außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Vertrags

Viele Unternehmen müssen geschlossen bleiben, bieten aber an, Verbrauchern Ware am Ladengeschäft auszugeben, ohne dass dieses betreten werden muss. Der Verkauf erfolgt praktisch durch die Ladentür oder aus dem Fenster. Diese Vertriebsmethode ist für Ladengeschäfte unüblich und ist nur durch die Covid-19-Maßnahmen bedingt; werden diese aufgehoben, wird der normale Geschäftsbetrieb wieder aufgenommen. Die Verbraucherrechtlinie versteht unter Geschäftsräumen „alle Arten von Räumlichkeiten (wie Geschäfte, Stände oder Lastwagen) [...], an denen der Unternehmer sein Gewerbe ständig oder gewöhnlich ausübt“.¹⁹ Die Tatsache, dass das Ladengeschäft selbst nicht mehr betreten werden kann, sondern der Vertrag „zwischen Tür und Angel“ abgeschlossen werden muss, und der Verbraucher sich in öffentlichem Raum befindet, führt dazu, dass der Vertrag „bei gleichzeitiger körperlicher Anwesenheit des Unternehmers und des Verbrauchers an einem Ort geschlossen wird, der kein Geschäftsraum des Unternehmers ist“, wie dies wörtlich in § 312 b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BGB heißt.²⁰

Der Unterschied zu einem Straßenkiosk besteht allerdings nur darin, dass der Straßenkiosk seine Waren gewollt ständig über die Theke verkauft, der Händler mit Ladengeschäft hingegen nur notgedrungen. Sinn und Zweck der besonderen Regelungen für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossener Verträge ist es, Verbraucher vor einem Überraschungsmoment oder vor besonderem psychischen Druck zu schützen.²¹ Eine solche Drucksituation entsteht hier nicht. Im Gegenteil, dadurch dass Verkäufer und Käufer – jedenfalls durch einen virtuellen Tresen – getrennt sind, besteht noch viel eher die Möglichkeit für den Verbraucher, sich der Kaufsituation zu entziehen.

Der notgedrungene Straßenverkauf führt folglich im Rahmen einer teleologischen Auslegung von § 312 b Abs. 1 S. 1 BGB nicht dazu, dass es sich um außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge handelt.

3. Vorliegen eines Fernabsatzvertrags

Fernabsatzverträge nach § 312 c Abs. 1 BGB setzen voraus, dass sowohl für die Vertragsverhandlungen als auch

für den Vertragsschluss ausschließlich Fernkommunikationsmittel im Sinne des § 312 c Abs. 2 BGB verwendet wurden;²² zusätzlich – und dies ist in der Zeit von Covid-19 besonders relevant – muss der Vertragsschluss im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems erfolgen. Die Verbraucherrechtlinie schweigt zu den Vorgaben, sie stellt lediglich klar, dass eine einfache Website mit Informationen über das Unternehmen nicht für ein entsprechendes System genügen soll.²³ Erforderlich ist, dass eine gewisse Regelmäßigkeit besteht und nicht nur „zufällig und gelegentlich“ Fernkommunikationsmittel eingesetzt werden.²⁴ Dafür muss der Unternehmer in personeller und sachlicher Hinsicht seinen Betrieb so organisiert haben, dass er regelmäßig Geschäfte bewältigen kann, die im Wege des Fernabsatzes geschlossen wurden,²⁵ wobei er dafür keinen großen Aufwand betreiben muss.²⁶ Ausnahmen im täglichen Rechtsverkehr sollen von den Fernabsatzverträgen nicht umfasst sein.²⁷ Entscheidend abzustellen ist dabei stets auf die objektive, tatsächliche Lage, nicht auf den Willen des Unternehmers oder seine Werbung.²⁸ Wer allerdings explizit mit der Lieferung seiner Waren wirbt, unterfällt § 312 c Abs. 1 BGB.²⁹

Covid-19 hat viele Unternehmer, deren Ladenlokale geschlossen bleiben müssen, erfinderisch gemacht. Sie bieten explizit die Möglichkeit der Bestellung per Telefon, Fax, E-Mail oder über Social-Media-Kanäle und die Lieferung ihrer Waren zum Verbraucher an. Nach der Rechtsprechung des BGH unterfallen sie damit dem Recht der Fernabsatzverträge. Auch wenn die Ausrichtung – jedenfalls aus aktueller Sicht – zunächst nur vorübergehender Natur sein soll, so sind Sinn und Zweck des Fernabsatzrechts erfüllt. Allein die Tatsache, dass der Unternehmer diese Form des Angebots nur für eine bestimmte Zeit vorhalten möchte und sein Angebot ggf. nur widerwillig auf einen für ihn bis dahin möglicherweise unbekanntem Vertriebsweg umgestellt hat, ändert nichts am strukturellen Informationsdefizit des Verbrauchers, das durch die zahlreichen vorvertraglichen Pflichtinformationen und insbesondere auch das Widerrufsrecht ausgeglichen werden soll. Eine Bereichsausnahme für zeitlich nicht näher eingrenzbar, vermutlich aber vorübergehende Fernabsatz-Angebote kennt das Gesetz nicht. Sie wäre angesichts des Ziels der Verbraucherrechtlinie, ein hohes Verbraucherschutzniveau zu erhalten, auch nicht angezeigt.

Nicht anders zu behandeln ist die Situation, dass der Verbraucher die Ware im Geschäft des Unternehmens nach

14 Micklitz, in: MüKoBGB (Fn. 11), § 14 Rn. 24 f. m. w. N.

15 Ob diese Einschränkung europarechtskonform ist, ist problematisch, siehe dazu Hilbig-Lugani, ZJS 2013, 441, 444; diese Frage dürfte im Rahmen des „New Deal for Consumers“ im Sinne der deutschen Regelung verbindlich geregelt worden sein, vgl. Art. 4 Ziff. 2 der Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union, 2019/2161/EU.

16 Koch, in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 312 Rn. 6.

17 Vgl. die Begründung im RegE, BT-Drs. 17/12637, S. 45; BGH, 7. 1. 2003 – X ARZ 362/02.

18 Grüneberg, in: Palandt, BGB, 79. Aufl. 2020, § 312 Rn. 3.

19 Verbraucherrechtlinie, 2011/83/EU, Erwägungsgrund 22.

20 In wörtlicher Übereinstimmung mit Art. 2 Nr. 8 VRRL.

21 Verbraucherrechtlinie, 2011/83/EU, Erwägungsgrund 21.

22 Zur Kritik Buchmann, K&R 2014, 369, 370 f.

23 Verbraucherrechtlinie, 2011/83/EU, Erwägungsgrund 20.

24 So die Begründung im Rahmen der Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie im Jahr 2000, RegE, BT-Drs., 14/2658, S. 30.

25 RegE, BT-Drs. 14/2658, S. 30.

26 BGH, 2. 2. 2017 – IX ZR 245/14; BT-Drs. 17/12637, S. 50.

27 RegE, BT-Drs. 14/2658, S. 30.

28 Wendehorst, in: MüKoBGB (Fn. 11), § 312 c Rn. 25.

29 BGH, 2. 2. 2017 – IX ZR 245/14; BT-Drs. 14/2658, S. 31.

einer entsprechenden vorherigen Bestellung mit einem Fernkommunikationsmittel abholt. § 312 c Abs. 1 BGB stellt formal auf die Vertragsverhandlungen und den Vertragsschluss ab, nicht auf die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtung. Etwas anderes gilt, wenn ein Termin oder eine Ware lediglich reserviert wird,³⁰ denn die Reservierung ist einem Vertragsschluss vorgelagert – dieser findet erst vor Ort statt – und führt nicht zu einer verbindlichen Abnahmepflicht des Verbrauchers. In der aktuellen Situation wären Beispiele für diese Reservierung auch Vorbestellungen bei Cafés und Restaurants über Social-Media-Kanäle wie Instagram oder Facebook.

Unternehmer, die ihre Waren für die Zeit der Schließung ihres Ladengeschäfts oder Lokals verbindlich zum Erwerb mittels Fernkommunikationsmitteln anbieten, unterliegen grundsätzlich den §§ 312 ff. BGB, sofern keine der Bereichsausnahmen in § 312 Abs. 2 BGB greift. Hierunter fallen also auch alle Händler, die ihre Waren bisher ausschließlich stationär angeboten haben (Kleidung, Schmuck, Einrichtungsgegenstände etc.) und nun dazu übergegangen sind, ihre Waren über Social-Media-Kanäle zu präsentieren und innerhalb der Direktnachrichten der Social-Media-Apps einen Vertrag abzuschließen.

III. Bereichsausnahmen des § 312 Abs. 2 BGB

§ 312 Abs. 2 BGB sieht für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge und für Fernabsatzverträge einheitliche Ausnahmen vom Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB vor. Anwendbar für alle Verbraucherverträge bleiben einzelne Bestimmungen in Kapitel 1 und 2. Die Ausnahmen sind nicht immer nachvollziehbar.³¹ Bei den Bereichsausnahmen in § 312 Abs. 2 BGB ist für den Fernabsatz mit Waren lediglich § 312 Abs. 2 Nr. 8 BGB (Lieferung von Lebensmitteln etc.) von Bedeutung.³² Erfasst werden dabei nach § 312 k Abs. 1 S. 2 BGB n. F. stets auch solche Geschäfte, die der Umgehung dieser Regelungen dienen sollen.

1. Lebensmittel und Gegenstände des täglichen Bedarfs

a) Ausnahmereich

In Zeiten von Covid-19 ist die Lieferung von Lebensmitteln, Getränken oder sonstigen Haushaltsgegenständen des täglichen Bedarfs im Sinne des § 312 Abs. 2 Nr. 8 BGB von besonderer Bedeutung, denn sie stellen die Grundversorgung dar. Deren Lieferung ist vom Anwendungsbereich der §§ 312 ff. BGB weitestgehend ausgenommen, wenn sie im Rahmen häufiger und regelmäßiger Fahrten geliefert werden.

Die Begriffe „Lebensmittel“ und „Getränke“ lassen zunächst wenig Spielraum zur Auslegung. Lebensmittel sind auch fertig zubereitete Speisen, wie sie üblicherweise von Lieferdiensten gebracht werden.

Schwierigkeiten bereitet hingegen der Begriff der „sonstigen Haushaltsgegenstände des täglichen Bedarfs“, der völlig unbestimmt ist. Das gesamte Sortiment eines Supermarktes wäre wohl zu weitgehend,³³ denn in großen Supermärkten kann man mittlerweile nahezu alles kaufen. Der Gegenstand des privilegierten Geschäfts muss daher mit der typischen Art und Weise der Auslieferung, nämlich der Lieferung im Rahmen häufiger und regelmäßiger Fahrten, besonders verbunden sein. Bietet daher ein Gastwirt aus einem Servicegedanken heraus neben seinen Speisen auch die Lieferung von DVDs mit Kinofilmen an und liefert

diese dem Verbraucher zusammen mit einer von ihm angeordneten Speise nach Hause, so ist die Lieferung der DVD von den Vorschriften der §§ 312 ff. BGB nicht ausgenommen; dies gilt grundsätzlich für alle langlebigen Konsumgüter.³⁴ Dafür besteht auch rechtspolitisch kein Anlass, auch nicht in der Sondersituation einer Pandemie. Etwas anderes gilt, wenn es sich um solche Gegenstände des täglichen Bedarfs handelt, die ein Verbraucher typischerweise häufig erwirbt, wie z. B. Toilettenpapier und Seife.³⁵ Diese Waren werden in der Regel schnell verbraucht und sind dem Verbraucher in ihrer Anwendung, Art und Güte im Wesentlichen bekannt.³⁶ Die Investitionsentscheidung bedarf daher wegen ihrer geringen Reichweite keiner Widerrufsmöglichkeit.

Unklar ist, wann eine Lieferung „häufig“ oder „regelmäßig“ erfolgt. Entgegen der Ansicht des Rechtsausschusses³⁷ (noch zur Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie) ist dabei nicht entscheidend, ob einem bestimmten Verbraucher häufig oder regelmäßig etwas geliefert wird (z. B. einmal in der Woche Lebensmittel).³⁸ Maßgeblich ist lediglich, dass der Unternehmer nach der Ausgestaltung seines Angebots solche Auslieferungen häufig oder regelmäßig an Verbraucher vornehmen würde.³⁹ Keinen Unterschied macht es daher für die Anwendbarkeit der Vorschriften von Kapitel 1 und 2, ob der Unternehmer einem bestimmten Verbraucher zum ersten Mal oder nur einmalig etwas liefert, nicht häufig und nur unregelmäßig oder schließlich täglich. Insbesondere ein Widerrufsrecht besteht in keinem dieser Fälle. Darüber zu belehren wäre praktisch auch gar nicht möglich, da dem Unternehmer diese verbraucherbezogenen Tatsachen beim Bestellvorgang möglicherweise gar nicht bekannt sind.⁴⁰

Nach Sinn und Zweck der Norm sind von den häufigen oder regelmäßigen Fahrten nicht die Lieferung mit einem beauftragten dritten Logistikunternehmen, wie z. B. der Post,⁴¹ umfasst. Mit einer anderen Auslegung wäre der Verbraucherschutz für das gesamte Fernabsatzrecht für sämtliche Haushaltsgegenstände des täglichen Bedarfs faktisch ausgehebelt, wie der BGH zutreffend geurteilt hat.⁴² Fraglich bleibt dann allerdings, ob der Unternehmer, z. B. ein Gastronom, die Ware selbst liefern muss. Der Wortlaut verlangt, dass die Ware „von einem Unternehmer“ geliefert wird. Wäre es der Wille des Normgebers gewesen, dass der Verkäufer und die Transportperson identisch sind, wäre hier der bestimmte Artikel („von dem Unternehmer“) verwendet worden.⁴³ Folglich kann sich der Verkäufer selbständiger dritter Unternehmer bedienen, um die im Wege eines Fernabsatzgeschäfts bestell-

30 Verbraucherrechterichtlinie, 2011/83/EU, Erwägungsgrund 20. Dies ist freilich sehr problematisch, vgl. Buchmann, K&R 2014, 562; Schirmbacher, in: Spindler/Schuster, 4. Aufl. 2019, BGB, § 312 c Rn. 8 ff.

31 Zu den redaktionellen und inhaltlichen Problemen vgl. Wendehorst, NJW 2014, 577, 580.

32 Zu den anderen Tatbeständen vgl. Brönneke/Schmidt, VuR 2014, 3.

33 So aber Grüneberg, in: Palandt (Fn. 18), § 312 Rn. 16.

34 Buchmann, K&R 2014, 369, 370; Schirmbacher, in: Spindler/Schuster (Fn. 30), § 312 Rn. 51.

35 Wendehorst, in: MüKoBGB (Fn. 11), § 312 Rn. 69.

36 Wendehorst, in: MüKoBGB (Fn. 11), § 312 Rn. 69.

37 BT-Drs. 14/3195, S. 30.

38 So aber Grüneberg, in: Palandt (Fn. 18), § 312 Rn. 16.; Schirmbacher, in: Spindler/Schuster (Fn. 30), § 312 Rn. 53.

39 Wendehorst, in: MüKoBGB (Fn. 11), § 312 Rn. 70.

40 Buchmann, K&R 2014, 369, 370.

41 BGH, 9. 6. 2011 – I ZR 17/10, K&R 2012, 51 ff. = GRUR 2012, 188 – Computer-Bild; Wendehorst, in: MüKoBGB (Fn. 11), § 312 Rn. 71.

42 BGH, 9. 6. 2011 – I ZR 17/10, K&R 2012, 51 ff. = GRUR 2012, 188 – Computer-Bild mit zahlreichen weiteren Nachweisen.

43 Vgl. zur historischen Herleitung im Vergleich zur Fernabsatzrichtlinie Buchmann, K&R 2014, 369, 370.

te Ware zum Verbraucher zu liefern. Der Gastronom muss also nicht zwingend einen eigenen Fuhrpark vorhalten, sondern kann auf ein Transportunternehmen zurückgreifen. Dies darf nach richtiger Ansicht des BGH allerdings kein großes Logistikunternehmen sein. Entscheidendes Abgrenzungskriterium bei der Einschaltung Dritter ist die Frage der Organisation der Fahrten. Fährt der Dritte z. B. die Routen nach den individuellen Vorgaben des Gastromen, ist er Teil von dessen Organisation und die Bereichsausnahme greift ein. Übergibt der Gastronom die zu liefernde Speise an die Transportperson und überlässt, abgesehen von dem Bestimmungsort, alles Weitere der Transportperson, handelt es sich um ein typisches Distanzgeschäft und die Bereichsausnahme greift nicht ein. In der Praxis dürfen Gastronomen und stationäre Händler folglich z. B. Taxis einsetzen, um ihre Waren zu den Verbrauchern zu fahren.

b) Folgen der Ausnahme

Greift die Ausnahmeregelung des § 312 Abs. 2 Nr. 8 BGB, erwarten den Unternehmer weitreichende Erleichterungen. Er ist insbesondere von den überbordenden vor- und nachvertraglichen Informationspflichten entbunden und muss einem Verbraucher kein Widerrufsrecht einräumen. Anwendbar bleiben lediglich § 312 a Abs. 1, 3, 4 und 6 BGB.

2. Verträge über soziale Dienstleistungen

a) Ausnahmereich

Nur eingeschränkt anwendbar sind die §§ 312 ff. BGB auf soziale Dienstleistungen. Nach Erwägungsgrund 29 der Verbraucherrechtlinie sind dies „Dienstleistungen für besonders benachteiligte oder einkommensschwache Personen sowie Dienstleistungen für Personen und Familien, die bei routinemäßigen Handlungen und alltäglichen Verrichtungen auf Hilfe angewiesen sind, und zum anderen Dienstleistungen für alle Menschen, die in einer besonderen Phase ihres Lebens Hilfe, Unterstützung, Schutz oder Zuspruch benötigen“.⁴⁴ In Pandemie-Zeiten sind insbesondere Ältere darauf angewiesen, dass für sie z. B. eingekauft wird, weil das Verlassen der eigenen Wohnung ein zu hohes gesundheitliches Risiko darstellen würde. Es spielt dabei keine Rolle, ob die Hilfsbedürftigkeit nur von kurzer, vorübergehender Dauer ist.⁴⁵

Für die Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB ist allerdings erforderlich, dass solche Dienstleistungen wie Einkaufen, Fahrten zum Arzt etc. gegen ein Entgelt erbracht werden.⁴⁶

b) Folgen der Ausnahme

Greift die Ausnahme, muss der Anbieter abgesehen von einer Widerrufsbelehrung die allgemeinen Pflichtinformationen nach § 312 a BGB i. V. m. Art. 246 EGBGB und § 312 d Abs. 1 i. V. m. Art. 246 a EGBGB nicht vorhalten und es darf ein Entgelt für seine Kundenhotline verlangt werden, da § 312 a Abs. 5 BGB nicht gilt. Die Vorteile sind mithin überschaubar.

IV. Besondere Ausnahmen vom Widerrufsrecht wegen Covid-19

Sind die Regelungen der §§ 312 ff. BGB anwendbar, muss ein Unternehmer einem Verbraucher grundsätzlich ein Widerrufsrecht anbieten, § 312 g Abs. 1 BGB. Von dieser Pflicht sind in § 312 g Abs. 2 BGB verschiedene Ausnah-

men normiert worden. Besteht das Widerrufsrecht wegen einer der Tatbestände des § 312 g Abs. 2 BGB nicht oder erlischt es nachträglich durch eine Handlung des Verbrauchers, so hat der Unternehmer den Verbraucher wegen Art. 246 a § 1 Abs. 3 BGB auch über diese Tatsache vor- und nachvertraglich zu informieren.

Im Rahmen der Sonderlage der Covid-19-Pandemie kommen einige der Ausnahmeregelungen zum Widerrufsrecht in Betracht.

1. Ware nach Kundenspezifikationen

Solange die Ladengeschäfte geschlossen haben, können Verbraucher sich Waren nicht ansehen, es besteht mithin eine gewisse Wahrscheinlichkeit, dass auch individuell herzustellende Waren vermehrt im Wege eines Fernabsatzgeschäfts erworben werden.

Ein Widerrufsrecht besteht nicht, sofern Waren nicht vorgefertigt sind und für deren Herstellung eine individuelle Auswahl oder Bestimmung durch den Verbraucher maßgeblich ist oder die eindeutig auf die persönlichen Bedürfnisse des Verbrauchers zugeschnitten sind, § 312 g Abs. 2 Nr. 1 BGB. Geschützt werden soll hier der Unternehmer, der solche Waren, die er nicht vorhält, sondern für einen Verbraucher individuell anfertigt, nach erfolgtem Widerruf in der Regel nur noch – wenn überhaupt – mit erheblichen Abschlägen verkaufen kann. Es geht folglich um die Zumutbarkeit für den Unternehmer.⁴⁷

Eine individuelle Auswahl oder Bestimmung durch den Verbraucher muss allerdings nicht zwingend zu einem Ausschluss des Widerrufsrechts führen. Wird die gewünschte Sache aus vorgefertigten Standardbauteilen zusammengesetzt, „die mit verhältnismäßig geringem Aufwand ohne Beeinträchtigung ihrer Substanz oder Funktionsfähigkeit wieder getrennt werden“⁴⁸ können, ist dies für den Unternehmer zumutbar. Der BGH hat Rückbaukosten von weniger als 5 % des Warenwerts für zumutbar erachtet.⁴⁹ Dies gilt unabhängig von der Frage, ob der Unternehmer die Standardbauteile vorrätig hat oder diese bestellen oder herstellen lassen muss. Der Unternehmer soll nicht davor geschützt werden, dass er ein Standardbauteil oder Standardware auf Lager hat, die sich schlecht verkaufen lässt.⁵⁰ Die Grenze ist allerdings dort zu ziehen, wo es sich nicht mehr um Standardbauteile handelt und der Unternehmer daher unzumutbare Nachteile erleidet. Außergewöhnliche Wünsche eines Kunden sind kein Standard und daher vom Widerrufsrecht ausgeschlossen. Dies muss auch dann gelten, wenn sich die Ware wieder in ihre Einzelkomponenten zerlegen lässt, es sich bei einer Einzelkomponente aber nicht um ein Standardbauteil handelt.⁵¹

Wenn sich die individuell angefertigte Ware nicht mehr in einzeln verwertbare Teile zerlegen lässt, ist das Widerrufsrecht grundsätzlich ausgeschlossen, wenn nicht die so

44 Verbraucherrechtlinie, 2011/83/EU, Erwägungsgrund 29.

45 Brönneke/Schmidt, VuR 2014, 3, 7; Grüneberg, in: Palandt (Fn. 18), § 312 Rn. 22.

46 Siehe dazu oben unter II. 1.

47 BT-Drs. 17/12637, S. 56; vgl. auch Buchmann, K&R 2014, 369, 371 f.; Hoeren/Föhlisch, CR 2014, 242, 244 f.; Schirnbacher/Schmidt, CR 2014, 107, 112.

48 BGH, 19. 3. 2003 – VIII ZR 295/01 – built-to-order.

49 BGH, 19. 3. 2003 – VIII ZR 295/01 – built-to-order; so auch AG Hoyerswerda, 22. 11. 2007 – 1 C 356/07; LG Hannover, 20. 3. 2009 – 13 S 36/08; AG Schönebeck, 26. 9. 2007 – 4 C 328/07.

50 BGH, 19. 3. 2003 – VIII ZR 295/01 – built-to-order.

51 A. A. BGH, 19. 3. 2003 – VIII ZR 295/01 – built-to-order.

zusammengebaute Ware vom Unternehmer mit hoher Wahrscheinlichkeit wieder verkauft werden kann.⁵²

2. Schnell verderbliche Ware

Sofern nicht bereits von der Bereichsausnahme des § 312 Abs. 2 Nr. 8 BGB erfasst, bietet § 312 g Abs. 2 Nr. 2 BGB zumindest eine Ausnahme vom Widerrufsrecht. Ziel der Regelung ist der Schutz des Unternehmers, der im Falle eines fristgerechten Widerrufs Ware zurückerhalten würde, die aufgrund ihrer natürlichen Beschaffenheit zwingend einem Verfall unterlegen ist.⁵³ Die falsche Behandlung einer Ware mit der Folge, dass sie verdirbt, führt hingegen nicht zum Ausschluss des Widerrufsrechts, sondern ggf. nur zu einem Wertersatzanspruch des Unternehmers. Typischer Anwendungsfall für Nr. 2 ist die Lieferung frischer Lebensmittel oder von Schnittblumen, nicht aber von lebenden Bäumen.⁵⁴ Nicht darunter fallen Konserven, Getränke etc., da diese in der Regel ein langes Mindesthaltbarkeitsdatum haben.

3. Versiegelte Hygieneprodukte

Hygieneprodukte erfreuen sich seit Covid-19 eines reißenden Absatzes. Die Preise explodieren, viele stationäre Händler haben nach Hamsterkäufen keine Ware mehr auf Lager. Konsequenterweise versuchen immer mehr Verbraucher, solche Waren im Internet zu bestellen.

Anders als bei den Nrn. 1 und 2 handelt es sich bei § 312 g Abs. 1 Nr. 3 BGB nicht um eine per se bestehende Ausnahme vom Widerrufsrecht aufgrund einer besonderen Produkteigenschaft, sondern um einen (nachträglichen) Erlöschenstatbestand. Das Widerrufsrecht besteht so lange, bis der Verbraucher die Versiegelung der Ware entfernt.⁵⁵ Entscheidende Bedeutung kommt der Frage zu, wann ein Produkt aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht zurückgegeben werden kann.⁵⁶ Dabei ist nicht die physische Möglichkeit der Rückgabe entscheidend, sondern die Frage, ob diese Ware nach der Rückgabe noch einmal an einen Dritten verkauft werden kann; der Wortlaut ist insoweit missverständlich.⁵⁷ Gesundheitsschutz und Hygiene hat der europäische Normgeber dabei alternativ miteinander verbunden, es handelt sich mithin um zwei unterschiedliche Tatbestände, die auch unterschiedlichen Anforderungen unterliegen sollen.⁵⁸

a) Gesundheitsschutz

Gesundheitsschutz ist objektiv zu verstehen. Wenn Bakterien, Viren und sonstige Krankheitserreger auch nur theoretisch übertragen werden können, oder das Öffnen der Ware diese so verändert oder verändern kann, dass sie für einen Dritten nach der Rückgabe und dem Neuverkauf zu einem Gesundheitsrisiko wird, ist der Tatbestand des Gesundheitsschutzes erfüllt. Das Interesse der Allgemeinheit an der Verhinderung der Übertragung von Krankheiten überragt das Interesse des Einzelnen an der Rückgabe einer Ware, deren Siegel er gebrochen hat. Umfasst sind folglich z. B. Cremes, Kosmetika, Salben und Arzneimittel.⁵⁹ Ihnen allen ist gemein, dass nach der erstmaligen Öffnung Verunreinigungen auftreten können, die bei einem nachfolgenden Käufer möglicherweise zu einem Gesundheitsrisiko werden. Zudem entspricht es dem richtig verstandenen Verbraucherschutz, in solchen Fällen ein Widerrufsrecht nicht zuzugestehen, weil vom Verbraucher aufgrund der Unmöglichkeit, diese Ware weiter zu veräußern, 100 % Wertersatz verlangt werden könnte. Der Verbrau-

cher würde so schlechter stehen als wenn er die Ware behält,⁶⁰ sofern der Bruch des Siegels nicht notwendig war, um die Beschaffenheit, Eigenschaften und Funktionsweise der Ware zu prüfen, § 357 Abs. 7 BGB.

b) Hygiene

Nicht vom Gesundheitsschutz erfasst sind solche Waren, die durch Reinigung wieder in einen Zustand versetzt werden können, der hygienisch einwandfrei ist und keine gesundheitlichen Gefahren birgt. Solche Produkte können allerdings aus Gründen der Hygiene von der Möglichkeit des Widerrufs ausgenommen werden. Der Hygienebegriff unterliegt dabei subjektiven und gesellschaftlichen Kriterien⁶¹ und ist sehr viel unbestimmter als der Begriff des Gesundheitsschutzes. Abgestellt werden muss bei der Beurteilung auf einen durchschnittlichen Verbraucher, verbunden mit der Frage, ob er die entsiegelt zurückgeschickte Ware – auch wenn sie hygienisch einwandfrei ist – kaufen würde. Keine Hygieneartikel sind nach Ansicht des EuGH beispielsweise Matratzen, da sie wieder gereinigt werden können und damit keine Risiken für den zweiten Käufer bestehen.⁶² Mit dieser Argumentation wären allerdings auch Sexspielzeug und Intimschmuck vom Widerrufsrecht nicht ausgeschlossen.⁶³ Die Rechtsprechung des EuGH ist insoweit mehr als unglücklich.

c) Entsiegelung

Nicht näher definiert ist im Gesetz der Begriff der Versiegelung. Sie soll im Gesundheits- und Hygienebereich primär davor bewahren, dass die Ware zu einem gesundheitlichen Risiko wird. Daher ist ein besonderer Hinweis, dass das Öffnen der Ware den Bruch eines Siegels bedeutet und zum Verlust des Widerrufsrechts führt, im Rahmen von § 312 g Abs. 2 Nr. 3 BGB nicht erforderlich.⁶⁴ Versiegelt ein Unternehmer allerdings die Ware und weist darauf hin, dass der Bruch des Siegels zum Verlust des Widerrufsrechts führt, obwohl es sich nicht um eine Ware nach § 312 g Abs. 2 Nr. 3 BGB handelt, begeht er einen Lauterkeitsverstoß. Unternehmer trifft daher eine erhöhte Sorgfaltsobliegenheit.

d) Einordnung von „Covid-19“-Artikeln

Seit Ausbrechen der Pandemie erfreuen sich alle Arten von Seifen, Desinfektionsmittel, Reinigungsmittel, Toilettenpapier, Atemmasken und Teigwaren einer massiven Nach-

52 Str., wie hier: AG Siegburg, 25.9.2014 – 115 C 10/14; LG Düsseldorf, 12.2.2014 – 23 S 111/13; a. A. LG Arnsberg, 30.9.2015 – I-3 S 120/15; AG Dortmund, 28.4.2015 – 425 C 1013/15.

53 OLG Celle, 4.12.2012 – 2 U 154/12, K&R 2013, 353 ff.

54 *Grüneberg*, in: Palandt (Fn. 18), § 312 g Rn. 5; OLG Celle, 4.12.2012 – 2 U 154/12, K&R 2013, 353 ff.

55 Zur streitigen Frage, wo der Verbraucher darüber informiert werden muss, vgl. *Buchmann*, K&R 2014, 221, 222 ff.

56 *Schmidt/Brönneke*, VuR 2013, 448, 449.; *Wendehorst*, in: MüKoBGB (Fn. 11), § 312 g Rn. 24.

57 So auch *Schirmbacher/Schmidt*, CR 2014, 107, 112.

58 Vgl. dazu auch (ohne diese Aufteilung): *Hoeren/Föhlisch*, CR 2014, 242, 245 f.; *Schirmbacher/Schmidt*, CR 2014, 107, 112 f.

59 LG Halle, 8.1.2013 – 8 O 105/12; der EuGH hat zuletzt allerdings bei der Frage, ob Matratzen Hygieneartikel sind, keine Unterscheidung zwischen den Tatbeständen vorgenommen, vgl. EuGH, 27.3.2019 – C-681/17, K&R 2019, 323 ff.

60 So auch *Föhlisch/Dyakova*, MMR 2013, 71, 72.

61 So auch *Hoeren/Föhlisch*, CR 2014, 242, 246.

62 EuGH, 27.3.2019 – C-681/17, K&R 2019, 323 ff.; so auch das LG Düsseldorf, 14.9.2016 – 12 O 357/15 für WC-Sitze.

63 *Buchmann*, K&R 2019, 622, 625.

64 Im Gegensatz etwa zu § 312 g Abs. 2 Nr. 6 BGB bei Ton- und Videoaufnahmen oder Computersoftware. So auch *Hoeren/Föhlisch*, CR 2014, 242, 245; *Schirmbacher/Schmidt*, CR 2014, 107, 113.

frage. Mittel zur Reinigung sind regelmäßig keine Hygieneprodukte. Dies führt zu der für Unternehmer misslichen Situation, dass das Öffnen und Ausprobieren – sofern im Rahmen von § 357 Abs. 7 BGB erforderlich – nicht zu einem Verlust des Widerrufsrechts und auch nicht zu Ersatzansprüchen führt. Medizinische Gesichtsschutzmasken unterfallen dem Gesundheitsschutz, wenn sie sich in einer sterilen Verpackung befinden. Der Bruch des Siegels führt mithin zum Verlust des Widerrufsrechts, ein Wiederherstellen der sterilen Umgebung ist nach dem Öffnen mit vertretbarem Aufwand nicht mehr möglich, auch nicht durch eine Reinigung. Die (häufig von Hand genähten) Gesichtsmasken aus Stoff hingegen können jederzeit mit einer einfachen Wäsche gereinigt werden, so dass gesundheitliche Risiken beim Weiterverkauf nicht gegeben sind. Für sie besteht daher das Widerrufsrecht, auch wenn sie vom Hersteller mit einem Siegel versehen wurden. Schwieriger stellt sich die Situation für einzeln verpackte Einweg-Gesichtsmasken oder Einweg-Handschuhe z. B. in Blisterverpackungen dar, die typischerweise nur einmal verwendet und danach weggeworfen werden. Eine Reinigung ist in der Regel nicht möglich, das Auspacken führt zwangsläufig dazu, dass sie nicht mehr wiederverkauft werden können. Dies hat allerdings keine hygienischen Gründe, die Tatsache ist vielmehr in der Beschaffenheit der Waren begründet. Mangels Ausnahmetatbestand besteht mithin ein Widerrufsrecht, wenn das Öffnen der Ware zur Prüfung notwendig war – ohne Anspruch des Unternehmers auf Wertersatz, § 357 Abs. 7 BGB.

V. Gutscheine und Spenden

1. Gutscheine

Besonders gut gemeint sind derzeit Gutscheine. Sie sind wirtschaftlich ein Darlehen. Fällt der Gutscheingebener in Insolvenz, ist die Forderung zur Masse anzumelden. Zahlreiche Unternehmer bieten seit der Schließung ihrer Lokale und Ladengeschäfte wegen Covid-19-Gutscheine für den Erwerb ihrer Waren und Leistungen an. Sie bitten ihre Stammkunden damit wirtschaftlich um einen Kredit, um die Überbrückung der Zeiten mit kleinen oder sogar gar keinen Einnahmen aus ihrem Geschäft zu überbrücken, verbunden mit dem Versprechen, nach der Wiedereröffnung gegen Vorlage des Gutscheins zu leisten.

Werden Gutscheine im Wege eines Distanzgeschäfts angeboten, unterliegen sie den §§ 312 ff. BGB. Es handelt sich inhaltlich um einen Warenkauf, gleich in welcher Form der Gutschein zur Verfügung gestellt wird. Insbesondere müssen die zahlreichen Pflichtinformationen vorgehalten werden, und es besteht ein Widerrufsrecht.⁶⁵ Wird über das Widerrufsrecht nicht belehrt, beträgt die Widerrufsfrist gemäß § 356 Abs. 3 S. 2 BGB ein Jahr und 14 Tage ab Erhalt des Gutscheins. Nachlässigkeiten bei der Beachtung der verbraucherrechtlichen Vorgaben können daher ggf. erhebliche, in der Bilanz nicht berücksichtigte Risiken mit sich bringen.

2. Spenden

Einen besonderen Aufruf machen nicht nur einzelne Gastronomen, sondern mittlerweile auch Plattformen im Internet. Damit die lokalen Geschäfte die Krise überstehen, wird um Spenden und „Trinkgelder“ gebeten, die dann über die verschiedenen Zahlungsdiensteanbieter direkt an das begünstigte Unternehmen überwiesen werden sollen. Eine Gegenleistung erhält der Spender dafür nicht. Soweit

ersichtlich, ist die Frage, ob im Wege eines Distanzgeschäfts gewährte Spenden von den §§ 312 ff. BGB erfasst und damit einem Widerrufsrecht unterliegen, oder nur § 530 BGB Anwendung finden soll, in der Literatur und Praxis noch nicht behandelt worden.

Die Schenkung ist ein gegenseitiger Vertrag, der durch zwei sich deckende Willenserklärungen zustande kommt, die in Bezug aufeinander abgegeben wurden, wobei bei einer Spende im Internet der Spendende auf den Zugang der Annahmeerklärung gemäß § 151 S. 1 BGB regelmäßig verzichten wird. Der Vertrag kommt mit Abschluss des Zahlvorgangs durch den Verbraucher zustande. Für die Anwendbarkeit der §§ 312 ff. BGB wäre zunächst eine entgeltliche Leistung des Unternehmers notwendig. Die Besonderheit der Spende liegt allerdings darin, dass der Verbraucher keine Leistung für seine „Gegen“-Leistung erhält, weil damit keine vereinbarte Leistung im Synallagma steht. Fraglich ist daher, ob allein deswegen für ihn kein Widerrufsrecht bestehen soll. Die Gefährdungslage ist für den Verbraucher nämlich noch größer als bei einem „normalen“ Kaufvertrag, in dem sich zwei Leistungen gegenüberstehen: Er wird durch eine ihm vom Unternehmer zur Verfügung gestellte Information oder durch eine andere Motivation zu einer Vermögensverfügung veranlasst, ohne im Gegenzug etwas Geldwertes dafür zu erhalten.

Der BGH hat das Widerrufsrecht als Reuerecht interpretiert und nicht als Prüfrecht.⁶⁶ Es soll folglich zumindest auch vor übereilten Handlungen schützen. Führt man diesen Gedanken konsequent zu Ende, muss das Widerrufsrecht auch bei einer (einseitigen) Leistung des Verbrauchers ohne Anspruch auf eine Gegenleistung bestehen, wenn der Vertrag nur mittels Fernkommunikationsmitteln verhandelt und geschlossen wurde. Es mag dahinstehen, ob der Verbraucher seine Entscheidung in irgendeiner Form dahingehend überprüfen kann, ob er das von ihm durch die Zuwendung verfolgte Ziel erreicht hat. In jedem Fall mag ihn seine möglicherweise übereilte Handlung reuen. Ihm steht daher nach den Grundsätzen der §§ 312, 312 g Abs. 1 BGB ein Widerrufsrecht zu.

Zudem treffen denjenigen, der sich aktiv um solche Spenden bemüht, alle vor- und nachvertraglichen Informationspflichten aus § 312 d Abs. 1 i. V. m. Art. 246 a § 1 Abs. 1 S. 1 EGBGB. Dafür ist nach der ständigen Rechtsprechung ausreichend, dass ein Unternehmer sich auf der Plattform eines Dritten präsentiert, ein Aufruf zur Spende auf seiner eigenen Website ist dafür nicht erforderlich.⁶⁷ Plattformen, die folglich zu Spenden für viele unterschiedliche Unternehmer aufrufen, müssen jedem Unternehmer die Möglichkeit bieten, ein eigenes Impressum, die notwendigen Kundeninformationen einschließlich Widerrufsbelehrung und natürlich auch eine eigene Datenschutzerklärung vorzuhalten.⁶⁸ Neben den wettbewerbsrechtlichen Konsequenzen und drohenden Bußgeldern bleibt auch die Sorge vor Rückforderungen durch Widerruf, wenn diese bei wohl eher geringen Beträgen auch nicht so existenziell ist.

Sollte ein Plattformbetreiber erwägen, die Spenden oder Gutscheine im eigenen Namen einzuwerben und dann das vereinnahmte Geld – gleich ob mit oder ohne Provision – an das begünstigte Unternehmen auszukehren, muss er die

⁶⁵ Ausführlich dazu *Föhlich/Löwer*, K&R 2015, 298 ff.

⁶⁶ BGH, 16. 3. 2016 – VIII ZR 146/15, K&R 2016, 417 ff.

⁶⁷ BGH, 18. 1. 2017 – VIII ZR 17/16.

⁶⁸ Sie sind daher nicht anders zu beurteilen, wie z. B. die Plattformen eBay und Amazon.

strengen Vorgaben des Zahlungsdienstenaufsichtsgesetzes beachten.

3. Lex Corona für lokale Unternehmer?

Alle Beteiligten dieser lokalen Hilfsaktionen werden es gut meinen und mit dem Willen agieren, anderen in Not zu helfen. De lege ferenda könnte man erwägen, Kleinbeträge – ähnlich wie dies für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen bis zu einem Betrag von 40 Euro in § 312 Abs. 2 Nr. 12 BGB geregelt ist – von den besonderen verbraucherschützenden Vorschriften der §§ 312 ff. BGB zu befreien. Andererseits darf der Verbraucherschutz nicht ganz in den Hintergrund treten. Wer in kurzer Abfolge mit wenigen Klicks seinen fünf Lieblingskneipen je 40 Euro spendet, wird dies am nächsten Tag möglicherweise durchaus bereuen, weil der Gesamtbetrag für ihn erheblich ist. Gleiches gilt für den, der Höchstbeträge durch rasch aufeinanderfolgende Spenden seines Lieblingslokals umgeht.

Allerdings darf nicht übersehen werden, dass jeder, der etwas nach einem entsprechenden Aufruf über ein Fernkommunikationsmittel z. B. durch eine Online-Überweisung spendet, in der Regel nur helfen will. Ein Gesetz, das nur in Notsituationen greift, wird folglich mit permanenten Abgrenzungsschwierigkeiten und Fragen nach der Gerechtigkeit von Fall zu Fall kämpfen müssen. Viel eher scheint es angezeigt, diese Fälle nach den allgemeinen Regelungen zu behandeln und keine Sonderregelungen für Covid-19-Betroffene zu etablieren. Die Fallgestaltungen würden kein Ende nehmen und den Verbraucherschutz in diesem Bereich auf Dauer aushebeln. Im Übrigen entspricht dies der Linie der Rechtsprechung des BGH, der das Widerrufsrecht als Reuerecht begreift.

VI. Warenverfügbarkeit und Lieferzeiten

Covid-19 und die damit verbundenen Maßnahmen haben zu einem starken Anstieg von Bestellungen geführt. Der Internet-Riese Amazon z. B. weist darauf hin, dass daher der Fokus der Bearbeitung zunächst „auf Lebensmittel, Gesundheits- und Körperpflegeprodukte und Artikel, die für die Arbeit von zu Hause benötigt werden“ gelegt werde und es daher zu Verzögerungen bei der Bearbeitung von anderen Bestellungen kommen könne.⁶⁹

Unternehmer müssen darauf achten, dass sie ihre Lieferzeiten richtig angeben. Covid-19 ist keine Entschuldigung für eine verzögerte Lieferung, die für den Unternehmer vorhersehbar war. Gerade in Pandemie-Zeiten legen Verbraucher besonderen Wert auf eine rasche Lieferung. Wer bewusst kurze Lieferzeiten angibt, die er tatsächlich nicht einhalten kann, verschafft sich dadurch unlauter einen Wettbewerbsvorteil.⁷⁰

Gleiches gilt für die Warenverfügbarkeit. Sind bestimmte Waren aufgrund der großen Nachfrage tatsächlich nicht mehr verfügbar, dürfen sie auch nicht mehr zum Kauf angeboten werden. Auch die gerne geübte Praxis, dem Verbraucher dann eine andere Ersatzware anzubieten, hilft darüber nicht hinweg. Wer Ware anbietet, die er tatsächlich nicht hat, begeht trotz der Ausnahmesituation um Covid-19 einen Lauterkeitsverstoß.

VII. Werbung mit Covid-19

Es ist bedauerlich, war aber leider zu erwarten: Manch ein Unternehmer versucht, aus den Ängsten der Menschen Profit zu schlagen und nutzt Covid-19 in unlauterer

Weise für seine Werbung. Immer wieder tauchen Angebote für Schutzmasken, Hauben und Handdesinfektionsmittel auf, denen Wirkungen wie Verhinderung der Ansteckung oder gar die Heilung von Covid-19 zugesprochen wird, die tatsächlich nicht bestehen. Dies führte sogar dazu, dass die Kommission Plattformen, soziale Medien, Betreiber von Suchmaschinen und die großen Online-Marktplätze aufrief, gegen solche betrügerischen Angebote vorzugehen; zudem gibt es eine gemeinsame Pressemitteilung der Verbraucherbehörden der Mitgliedsstaaten und der Kommission über Betrugsmaschinen und unlautere Praktiken.⁷¹

Auch Covid-19 rechtfertigt nicht die unlautere Werbung mit Heilversprechen oder dem Schutz vor Ansteckungen, wenn derartige Wirkungen nicht nachgewiesen sind. Da derzeit die Wissenschaft weder über die Verbreitung des Virus noch über die Heilung einer Covid-19-Erkrankung gesicherte Erkenntnisse besitzt, ist derzeit grundlegend davon auszugehen, dass in den meisten Fällen die Werbung mit Wirkungen gegen Covid-19 unlauter ist. Eine Ausnahme mag für Desinfektionsmittel gelten, soweit dieses die Viren insgesamt abtötet, weil der Virenstamm identisch mit anderen, bekannten Viren ist. Die Beweislast für die Richtigkeit der Werbeaussage trifft dabei nach den allgemeinen Regelungen den Werbetreibenden.

VIII. Datenschutzrechtliche Aspekte

Seit Anwendbarkeit der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)⁷² genießt der Datenschutz auch im E-Commerce erhöhte Aufmerksamkeit. Ein E-Commerce-Shop bietet viele Vorzüge für Marketingstrategien, bspw. das Auswerten von Kaufverhalten, gezielte Ansprache von Kunden sowie eine schnelle Kontaktaufnahme mit Kunden über Formulare und Chat-Tools. Gleichzeitig sehen sich Online-Händler Risiken von Bußgeldern (Art. 83 DSGVO), materiellen wie immateriellen Schadensersatzansprüchen (Art. 82 DSGVO) und wettbewerbsrechtlichen Abmahnungen ausgesetzt, die wie ein Damoklesschwert über ihnen schweben. Eine kurzfristige Umsetzung der Vorgaben der DSGVO, die eine Fülle an Informationspflichten und Dokumentationspflichten fordert, ist kaum vorstellbar. Wer vorübergehend, beispielsweise angesichts der Pandemie, auf den Onlinehandel umstellt, ist vor den umfassenden Dokumentationspflichten nicht gefeit, da die DSGVO für diese Situationen keine Ausnahme enthält. Der sachliche Anwendungsbereich ist nach Art. 2 Abs. 1 DSGVO eröffnet, wenn personenbezogene Daten ganz oder teilweise automatisiert verarbeitet werden – hiervon ist im E-Commerce auszugehen. Die Ausnahmen in Art. 2 Abs. 2 DSGVO sind nicht einschlägig. Jede Datenverarbeitung muss im Anwendungsbereich der DSGVO aber beispielsweise auf ihre Erforderlichkeit, Speicherfristen, einschlägige Rechtsgrundlagen, etwaige Übermittlungen an Dienstleister innerhalb des europäischen Wirtschaftsraums sowie in Drittstaaten untersucht werden.⁷³ Ferner müssen Auftragsverarbeitungsverträge (Art. 28 DSGVO) geprüft und abgeschlossen werden, Mitarbeiter zur Ver-

69 Abruf der Website <https://www.amazon.de> unter „Amazon und Covid-19“.

70 LG Hamburg, 12. 5. 2009 – 312 O 74/09.

71 Europäische Kommission, Common Position of CPC Authorities, https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/consumers/enforcement-consumer-protection/scams-related-covid-19_en#Letter.

72 VO (EU) 2016/679.

73 Vgl. nur Art. 5, 12 - 22, 28 und 44 ff. DSGVO.

traulichkeit verpflichtet sein,⁷⁴ Prozesse für die Einhaltung von Betroffenenrechten (Kap. 3 DSGVO) angepasst werden. Dokumentiert werden muss bei einem Umstieg auf Social-Media-Kanäle auch, dass Bestellungen über Kommunikationskanäle wie Facebook oder Instagram aufgenommen und abgearbeitet werden.⁷⁵ Hierbei werden unweigerlich Informationen mit Facebook geteilt, was sich wiederum auf die Informationspflichten, ggf. auch auf die Verantwortlichkeit bei der Datenverarbeitung, auswirkt.

1. Datenschutzrechtliche Informationspflichten im E-Commerce

Die Datenverarbeitung im stationären Handel, die hauptsächlich auf Zahlungsabwicklungen beschränkt werden kann, wächst bei einem Wechsel zum E-Commerce rasant an.⁷⁶ Dies liegt auch daran, dass der Begriff der personenbezogenen Daten weit ausgelegt wird.⁷⁷ Der EuGH hat entschieden, dass auch dynamische IP-Adressen personenbezogene Daten sein können,⁷⁸ so dass bereits eine Verarbeitung der IP-Adressen von Homepagebesuchern eine für die DSGVO relevante Datenverarbeitung ist. Trotz der Vielfalt an möglichen personenbezogenen Daten und Datenverarbeitungen müssen die Datenschutzzinformationen des Art. 13 DSGVO gem. Art. 12 DSGVO insbesondere präzise, transparent und verständlich übermittelt werden.⁷⁹ Bei einer Bestellung im E-Commerce werden mindestens E-Mail-Adressen, Vor- und Nachnamen, Anschriften, elektronische Zahlungsarten, teilweise Telefonnummern und Geburtsdaten erfasst. Wer eine Facebook-Fanpage betreibt, führt seine Kunden zu Facebook, was eine datenschutzrechtliche gemeinsame Verantwortlichkeit i. S. d. Art. 26 DSGVO bedeutet.⁸⁰ Über die Shop-Seite können individualisierte Profile erstellt, Präferenzen gespeichert, Bestellhistorien ausgewertet und mit anderen Inhalten verknüpft werden. Auch über Cookies, die im Browser des Website-Besuchers abgelegt werden, muss informiert werden,⁸¹ nahezu unüberschaubar wird die Rechtslage derzeit in Deutschland, wenn es sich dabei um einwilligungsbedürftige Cookies oder Tracking-Tools handelt, die nicht „unbedingt erforderlich“ sind, um dem Nutzer einen ausdrücklich gewünschten Dienst der Informationsgesellschaft zur Verfügung zu stellen.⁸² Die Einhaltung der Informations- und Dokumentationspflichten ist dabei nicht nur deswegen so wichtig, weil Bußgelder seitens der Datenschutzaufsichtsbehörden oder Schadensersatzansprüche von Betroffenen drohen, sondern auch angesichts der Durchsetzung von potentiellen Ansprüchen durch Wettbewerber.

2. Wettbewerbsrechtliche Risiken

Die Vielzahl an Analyse- und Tracking-Möglichkeiten, die manch stationärer Händler bei der notgedrungenen Umstellung auf den E-Commerce erhält und möglicherweise für sich entdeckt, birgt nicht nur etliche datenschutzrechtliche Risiken. Die Einhaltung von DSGVO-Informationspflichten kann von Wettbewerbern durch einen Blick auf die Datenschutzzinformationen der Webshop-Seite schnell überprüft werden. Bislang blieb eine befürchtete Abmahnwelle aus, was wohl daran liegt, dass einerseits umstritten ist, ob Verstöße gegen die DSGVO nach dem UWG überhaupt abmahnbar sind,⁸³ andererseits nur wenige mit Steinen werfen, wenn sie selbst im Glashaus sitzen. Zwischenzeitlich haben aber drei Oberlandesgerichte entschieden, dass zumindest einzelne Informationspflichten der DSGVO marktverhaltensregelnden Charakter haben.⁸⁴ Ob die Art. 77 - 83 DSGVO ein abschließendes System

bilden, neben welchem Ansprüche aus dem UWG nicht bestehen können, wird letztlich wohl durch den EuGH entschieden werden müssen.

IX. Fazit

Covid-19 wird Veränderungen bei Verbrauchern und Unternehmern mit sich bringen. Die Bedeutung von Distanzgeschäften wird durch solche Pandemien weiter wachsen. Auch Unternehmer im noch klassischen Offline-Bereich werden andere Geschäftsmodelle künftig zumindest auch mit anbieten. Eine Pandemie dieser Art kann es in der Zukunft jederzeit wieder geben; darauf müssen Unternehmer vorbereitet sein und bleiben.

Gleichwohl ist ein Sonderrecht für den „C-Commerce“ nicht angezeigt. Ganz im Gegenteil, die verbraucher-schützenden Regelungen sind in solchen Zeiten von besonderer Bedeutung, weil Verbraucher aufgrund der Umstände besonders leichtfertig emotionale Entscheidungen treffen können, die sie unter normalen Bedingungen nicht getroffen hätten. Dies gilt insbesondere auch für Spendenaufrufe und Gutscheine. Was gut gemeint ist und betroffenen Unternehmern möglicherweise zunächst helfen mag, schwierige Zeiten zu überleben, kann sich sogar als existenzbedrohender Bumerang entpuppen, wenn die verbraucher-schützenden Regelungen missachtet wurden.

Covid-19 ist eine Belastungsprobe – für unsere Gesellschaft und für das geltende Recht. In verschiedenen Bereichen wurde der Schutz des Einzelnen verringert, nicht aber bei Distanzgeschäften. Wenn man die rigorose Linie der Europäischen Union bei Distanzgeschäften weiter aufrecht erhalten möchte, die nicht nur Unternehmern, sondern auch der Umwelt schwer zu schaffen macht, ist in Zeiten, die Distanzgeschäfte beflügeln statt sie zu bedrohen, ein Zurückdrehen des Verbraucherschutzes nicht angezeigt. Verbraucherschutz hat dort bislang (nur) den Einzelnen im Blick.

74 Vgl. Art. 28 Abs. 3 lit. b, Art. 32 Abs. 1 lit. b, Abs. 4, Art. 24 Abs. 1 DSGVO; *Petri*, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, Datenschutzrecht, 2019, Rn. 66 - 67; *Bertermann*, in: Ehmann/Selmayr, DSGVO, 2. Aufl. 2018, Art. 28 Rn. 24; *Scheja/Quae/Conrad/Hausen*, in: Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz, 3. Aufl. 2019, Kap. 2 Rn. 29.

75 Unternehmen, die ein Verzeichnis der Verarbeitungstätigkeiten gem. Art. 30 DSGVO führen, müssen diese Verarbeitung aufnehmen.

76 Einen Überblick bieten *Ehmann*, in: Forgó/Helfrich/Schneider (Fn. 74), Teil IX. E-Commerce; *Conrad/Hertneck*, in: Auer-Reinsdorff/Conrad, Handbuch IT- und Datenschutzrecht, 3. Aufl. 2019, § 20 Webshop-Outsourcing m. w. N.

77 *Klabunde*, in: Ehmann/Selmayr (Fn. 74), Art. 4 Rn. 7.

78 EuGH, 19. 10. 2016 – C-582/14 – Breyer; BGH, 16. 5. 2017 – VI ZR 135/13.

79 *Paal/Hennemann*, in: Paal/Pauly, 2. Aufl. 2018, DSGVO Art. 12 Rn. 19 - 37; *Heckmann/Paschke*, in: Ehmann/Selmayr (Fn. 74), Art. 12 Rn. 8 - 22.

80 EuGH, 5. 6. 2018 – C-210/16, K&R 2018, 475 ff. – Facebook Fanpages, noch zur Datenschutz-RL 95/46/EG; von einer Abweichung unter der DSGVO ist jedoch nicht auszugehen; vgl. *Härting/Gössling*, NJW 2018, 2523, 2525.

81 Art. 5 Abs. 3 der RL 2002/58/EG, zwar nicht ausdrücklich in Deutschland umgesetzt, so aber wohl auch § 13 Abs. 1 TMG – sofern noch anwendbar –, anderenfalls Art. 13 DSGVO, sofern es sich um eine Verarbeitung personenbezogener Daten handelt.

82 Vgl. Art. 5 Abs. 3 RL 2002/58/EG; EuGH, 1. 10. 2019 – C-673/17, K&R 2019, 705 ff. – Planet-49; der BGH wird in Sachen I ZR 7/16 voraussichtlich am 28. 5. 2020 entscheiden; vertiefend zur unübersichtlichen Rechtslage: *Brandt*, DSRITB 2018, 1 ff.; *Galetzka*, DSRITB 2018, 45 ff.; *Taege/Schweda*, ZD 2020, 124, 128; *Venzke-Caprarese*, DuD 2018, 156 ff.

83 Hierzu *Köhler*, ZD 2018, 337 f.; *Lurtz*, ZD-Aktuell 2018, 06292; *Baumgartner/Sitte*: ZD 2018, 555 ff.; *Spittka*, GRUR-Prax 2019, 4 ff.

84 Die Abmahnbarkeit von Verstößen gegen Informationspflichten bejahend: OLG Hamburg, 25. 10. 2018 – 3 U 66/17, K&R 2019, 52 ff.; OLG Naumburg, 7. 11. 2019 – 9 U 6/19, K&R 2020, 71 ff.; OLG Stuttgart, 27. 2. 2020 – 2 U 257/19; so auch *Schreiber*, GRUR-Prax 2018, 371, 373.