

VERZICHT DES VERBRAUCHERS AUF INFORMATIONSANSPRÜCHE WEGEN TECHNISCHER BESCHRÄNKUNGEN IM M-COMMERCE

Dr. Edgar Rose

Carl von Ossietzky Universität Oldenburg
Projekt Mobile Commerce and Law (McLaw)
edgar.rose@uni-oldenburg.de

Zusammenfassung

In der rechtlichen Lehre breiten sich Anschauungen aus, wonach gesetzliche Vorschriften des Verbraucherschutzes dispositiv oder reduziert im Anforderungsniveaugehandelt werden müssen, um im M-Commerce trotz eingeschränkter Visualisierungsmöglichkeiten des Endgerätes einen rechtskonformen Geschäftsverkehr zu ermöglichen. Der Verbraucherschutz steht jedoch unter keinem allgemeinen Vorbehalt des technisch Machbaren, sondern fordert ganz im Gegenteil, dass verbraucherfreundliche technische Entwicklungen zur Erfüllung des rechtlich Gebotenen vorangetrieben werden. Im M-Commerce ist mittlerweile unter Ausschöpfung aller technischen Möglichkeiten eine rechtskonforme Lösung ohne Reduzierung rechtlicher Anforderungen praktikierbar.

1 M-Commerce und Verbraucherschutz - der aktuelle Problemverlauf

1.1 Verbesserte Marktbedingungen

Seit Jahren wird der Durchbruch des M-Commerce prophezeit. Aber erst jetzt im Jahre 2008 hat sich der Geschäftsabschluss mit mobilem Endgerät zu einer realistischen Option im allgemeinen Massengeschäft entwickelt. M-Commerce beschränkt sich nicht mehr auf den Vertrieb von Klingeltönen und sonstigem Handy-Support. Mit der zunehmenden Internetfähigkeit der Mobilfunkgeräte hat sich vielmehr die gesamte Geschäftswelt des Internets dem M-Commerce erschlossen.¹

Im Jahre 2008 verfügen laut Forsa 62% der Internetnutzer, die etwa 2/3 der Bevölkerung ausmachen, über ein internetfähiges Handy, von denen

¹ Unter M-Commerce werden nicht nur Geschäfte gefasst, die Kunden per Handy abschließen. Die Definition erfasst auch Geschäftsabschlüsse mit anderen mobilen Endgeräten (z.B. per Notebook). Doch gilt dem Handy wegen des überwältigenden Verbreitungsgrades und der permanenten Präsenz in mobilen Situationen das vorrangige ökonomische Interesse.

immerhin 13% dieses auch als Internetzugang nutzen.² Eindrucksvoll ist die Dynamik, die hinter diesen Zahlen steht. Denn laut Emnid hat sich der Anteil der Handynutzer, die mit ihrem Mobiltelefon im Netz surfen, im Verlauf des Jahres 2007 mehr als verdreifacht. Aus mageren 4,0 wurden laut einer TNS Emnid-Umfrage im Verlauf eines Jahres 13,7 Prozent aller Mobilfunknutzer in Deutschland.³ Und es gibt keinen Anlass anzunehmen, dass diese Dynamik plötzlich abbricht.

Zwei Entwicklungen haben bewirkt, dass das technisch im Prinzip schon länger Mögliche jetzt Realität wird. Die Technik hat sich dahin entwickelt, dass ein relativ müheloses Navigieren im Internet auf vielen mobilen Endgeräten möglich geworden ist. Entscheidend für die öffentliche Wahrnehmung mag in diesem Sinne die ausgedehnte Apple-Werbekampagne für das iPhone gewesen sein. Zugleich sind die Kosten für die mobile Verbindung ins Internet dramatisch gesunken. Für 5 Giga-byte Übertragungsvolumen vom Internet auf das Handy verlangt der derzeit wohl günstigste Anbieter Mitte 2008 noch eine monatliche Gebühr von 20 Euro. Es ist wohl nicht gewagt zu prophezeien, dass schon bald mit vielen üblichen Handytarifen die Verbindungskosten ohne Weiteres abgegolten sein werden.

1.2 Technische Fortschritte - ungelöste Probleme?

Fast ebenso lange, wie der M-Commerce in der ökonomischen Literatur angekündigt worden ist, werden in der juristischen Literatur seine rechtlichen Probleme erörtert. Im Zentrum stehen zwei Probleme. Erstens können die zahlreichen vorvertraglichen Informations- bzw. Transparenzpflichten des Verbraucherschutzes auf dem kleinen Bildschirm eines Mobilfunkgerätes nicht rechtskonform erfüllt werden. Zweitens werden Allgemeine Geschäftsbedingungen, die dem Verbraucher nur auf dem Handydisplay angezeigt werden können, wegen § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB regelmäßig nicht Bestandteil des im M-Commerce abgeschlossenen Vertrages. Letzteres wäre wohl zu ertragen, da M-Commerce – jedenfalls auf der B2C-Ebene – auch ohne AGB auskommen kann. Ersteres jedoch ist rechtswidrig und kann mit Bußgeldern geahndet werden oder zu Unterlassungsansprüchen von Mitbewerbern oder Verbraucherschutzverbänden führen.

² Laut der Forsa-Studie „Mobile Web Watch“, für die 2.043 deutsche Internetnutzer eines repräsentativen Online-Panels befragt worden sind, (http://www.accenture.com/NR/rdonlyres/7D67F4FC-44CC-4AD7-99EE-C4ECE4E201AC/0/Accenture_MobileWebWatch_2008.pdf).

³ Laut einer Emnid-Studie für E-Plus, in der 1502 Mobilfunknutzer befragt worden sind, (<http://www.teltarif.de/arch/2008/kw09/s29008.html>).

Es geht – z.B. beim Verkauf von Waren im M-Commerce – um vier Bereiche, zu denen dem Verbraucher vor Vertragsschluss und daher über das mobile Endgerät Informationen zur Verfügung zu stellen sind. Es handelt sich um:

- die Anbieterkennzeichnung gemäß § 5 TDG (Impressumspflicht),
- die Datenschutzerklärung gemäß § 13 Abs. 1 TDG,
- die Unterrichtung bei Fernabsatzverträgen gemäß § 312c BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 BGB-InfoV (insbesondere die Widerrufs- oder Rückgabebelehrung),
- die Pflichten im elektronischen Geschäftsverkehr gemäß § 312e BGB i.V.m. § 3 BGB-InfoV.

Insgesamt fordern diese Bestimmungen von einem Versandhandel im Internet, dass ein Informationsumfang von ca. 6000-10000 Zeichen dem Verbraucher vor Vertragsschluss zur Verfügung gestellt wird. Die größten Teile des Informationsvolumens stellen die Widerrufsbelehrung mit ca. 2000-3000 Zeichen und die Datenschutzerklärung mit 3000-5000 Zeichen dar. Gelesen werden können diese Informationen auf einem Handydisplay mit 1,5 Zoll Bildschirmdiagonale, das im jeweiligen Bildschirmausschnitt etwa 150 Zeichen eines Fließtextes anzeigen kann, nur sehr mühsam. Insbesondere im Hinblick auf die Widerrufsbelehrung wird daher vielfach in Zweifel gezogen, dass die eingeschränkte Darstellbarkeit auf dem Handy im Einklang mit den gesetzlichen Anforderungen in § 312c Abs. 1 BGB steht, wonach die Informationen „klar und verständlich“ zur Verfügung zu stellen sind.⁴ Denn durch die Umstände, dass nur Bruchstücke von Sätzen – ohne zu scrollen – auf dem kleinen Bildschirm abgelesen werden können und dass ein vielfaches Scrollen erforderlich ist, um den gesamten Text zu überblicken, wird die Klarheit und Verständlichkeit der Informationen entscheidend beeinträchtigt.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass die Handydisplays in den letzten Jahren im Durchschnitt deutlich gewachsen sind und die Bildschirmauflösung erheblich zugenommen hat. Betrug die Bildschirmdiagonale noch vor wenigen Jahren üblicherweise etwa 1,5 Zoll, sind bei aktuell angebotenen Geräten Displays mit 2 Zoll und mehr üblich. Smartphones mit besonders großem Display kommen auf 3 Zoll. Spätestens damit ist aber die Grenze für ein Gerät erreicht, das weiterhin als leicht zu transportierendes Telefon dienen soll. Eine weitere Steigerung der Bildschirmgrößen

⁴ Pauly, M-Commerce und Verbraucherschutz, 2005, S. 93 f.; Kessel/Kuhlmann/Passauer/Schriek, K&R 2005, S. 519 (521); Rössel, ITRB 2006, S. 237; Schriek, Geschäftsmodelle im M-Commerce, 2006, S. 142 ff.

massenhaft mitgeführter Mobilfunkgeräte sollte daher nicht erwartet werden. Auch die in aktuellen Geräten teilweise vorhandene hohe Bildschirmauflösung von 240x320 Pixel hilft nur begrenzt weiter, da die anzuzeigenden Buchstaben nicht beliebig verkleinert werden können, ohne die Lesbarkeit zu gefährden. Allerdings lassen sich die Buchstaben bei höherer Auflösung klarer und in besser lesbaren Schrifttypen darstellen.

Auf einem klassischen Handy aktueller Ausführung mit einem 2 Zoll-Display können, wenn eine gerade noch mühelos lesbare Schriftgröße von 6 Punkt nicht unterschritten werden soll, maximal 250 Zeichen pro Bildschirmseite dargestellt werden. Bei einem für das Internet optimierten Smartphone mit einem 3 Zoll-Display sind es maximal 450 Zeichen. Hier etwa dürfte die Grenze dessen liegen, was auf einem Mobiltelefon, das diesen Namen noch verdient, in zumutbarer Schriftgröße darzustellen ist.

Demnach ist eine Widerrufsbelehrung mittleren Umfangs von 2500 Zeichen auf einem 2 Zoll-Display auf 10-12 Displayseiten darstellbar. Eine Datenschutzerklärung mittleren Umfangs benötigt 16-20 Seiten. Bei einem 3 Zoll-Display, das allerdings nicht allgemein verbreitet ist und vielleicht auch nie sein wird, weil vielen Nutzern ein solches Gerät zu groß ist, um es ständig bei sich zu führen, sind es nur 5-7 Seiten für die Widerrufserklärung und 9-11 Seiten für die Datenschutzerklärung.

Fragt sich also, ob mit diesem technischen Entwicklungsstand der Bereich der zumutbaren bzw. der klaren und verständlichen Textwiedergabe schon erreicht sein könnte, so dass eine rechtskonforme Erfüllung der Informationspflichten möglich erscheint. Hier zeigt sich nun ein gravierendes Defizit der bisherigen wissenschaftlichen Erörterung. Mangels einschlägiger Rechtsprechung und angesichts eher pauschaler Betrachtungen in der Literatur sind keinerlei Maßstäbe vorhanden, die klären, bei welcher Bildschirmgröße bzw. bei welcher darauf ohne Scrollen darstellbaren Textmenge von einer klaren und verständlichen Präsentation eines längeren Textes gesprochen werden kann. Der einzige Anhaltspunkt aus der Rechtsprechung stammt von einer Reihe instanzgerichtlicher Urteile zur Darstellung von AGB auf BTX-Bildschirmen. Die Zurverfügungstellung der AGB auf 7 Bildschirmseiten galt dem OLG Köln im Jahre 1997 noch als zumutbar;⁵ AGB auf 14 Bildschirmseiten dagegen waren für verschiedene Landgerichte unzumutbar.⁶ Man müsste diese Rechtsprechung zu einer veralteten Technik hier nicht erwähnen, wenn sie nicht von beachtlicher Plausibilität wäre. Muss man sich durch einen

⁵ OLG Köln vom 21.11.1997 – 19 U 128/97 – NJW-RR 1998, 1277.

⁶ Z.B. LG Aachen vom 24.1.1991 – 6 S 192/90 – NJW 1991, 2159; LG Freiburg vom 7.4.1992 – 9 S 139/90 – NJW-RR 1992, 1018.

längeren Text hindurchklicken oder -scrollen, so tritt früher oder später ein gewisses Nachlassen der Konzentration auf. Die Aufnahmebereitschaft erlahmt und der rote Faden geht verloren. Wann genau dies geschieht, hängt stark von der individuellen Motivation und den äußeren Umständen ab. Doch kann gerade in mobilen Situationen, die besonders durch ablenkende Faktoren gekennzeichnet sind, die Erfassung des Gesamtzusammenhangs durch den Leser schon nach wenigen Seiten beeinträchtigt sein. Es ist daher plausibel, bei wesentlich mehr als 7 Seiten auf dem Handybildschirm von einer Unzumutbarkeit der Darstellung bzw. analog einer mangelnden Klarheit und Verständlichkeit auszugehen.

Die Schlussfolgerungen, die aus diesen Erwägungen gezogen werden können, sind durchaus spektakulär. Mit moderner Handytechnik stößt man in einen Bereich vor, in dem man von der technischen Fähigkeit, die gesetzlichen Informationspflichten des Online-Handels auch im M-Commerce erfüllen zu können, nicht mehr sehr weit entfernt ist. Eine Widerrufsbelehrung üblicher Länge lässt sich ab einer Bildschirmgröße von etwa 2,5 Zoll bereits rechtskonform darstellen. Würde man die gesetzlich geforderten Informationstexte im Umfang etwa halbieren, wäre eine rechtlich einwandfreie Darstellung bereits auf den meisten Handys denkbar.

2 Rechtliche Lösungsstrategien in der Diskussion

2.1 Der Verzicht auf Informationsansprüche

Die Rechtsprechung hat sich bisher mit der Frage, ob bzw. wie dem Verbraucher auf einem Handydisplay umfangreiche Informationen rechtskonform zur Verfügung gestellt werden können, nicht beschäftigt. Dagegen finden sich in der rechtswissenschaftlichen Literatur vielfältige Beiträge.⁷ Dabei sind die beiden erwähnten Diskussionsstränge (Möglichkeit der Kenntnisnahme von AGB, Erfüllung gesetzlicher Informationspflichten) parallel verfolgt worden. Für beide Bereiche wird das rechtliche Problem von allen Seiten einheitlich darin gesehen, dass sich die umfangreichen Texte auf dem kleinen Bildschirm des Mobilfunkgerätes nicht rechtskonform, d.h. „zumutbar“ (§ 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB) bzw. „klar und verständlich“ (§ 312c Abs. 1 BGB) oder „leicht erkennbar“ (§ 5 Abs. 1 TMG) darstellen lassen. Der Lösungsvorschlag, wonach der Verbraucher wirksam auf die Zurverfügungstellung der Informationen in der gesetzlich geforderten Form verzichten könne, hat allerdings ausschließlich im AGB-

⁷ Siehe nur die Dissertationen von *Pauly*, M-Commerce und Verbraucherschutz, 2005; *Schriek*, Geschäftsmodelle im M-Commerce, 2006, und *Ranke*, M-Commerce und seine rechtsadäquate Gestaltung, 2004.

rechtlichen Teil der Debatte Anklang gefunden (2.1.1). Im Bereich der Verbraucherschutzrechtlichen Pflichtinformationen spielt dieser Lösungsansatz keine größere Rolle (2.1.2).

2.1.1 Der Verzicht auf die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme

Debattenbeiträge zur Möglichkeit des Verzichts gibt es aus zwei Richtungen. Einerseits befasst sich die Kommentarliteratur zu §§ 305 ff. BGB mit der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen AGB Bestandteil eines Vertrages auch ohne die Möglichkeit der zumutbaren Kenntnisnahme bei Vertragsschluss gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB werden können, weil der Verbraucher auf eine solche Möglichkeit verzichtet. Andererseits wird dieselbe Frage in der Spezialliteratur zum Thema „Verbraucherschutz im M-Commerce“ erörtert.

Die Kommentarliteratur kommt ganz einhellig zu dem Ergebnis, dass der entsprechende Verzicht unter bestimmten Umständen mit den gewünschten Rechtswirkungen möglich sei. Ausgangspunkt der Debatte ist der mündliche Vertragsabschluss am Telefon. Hier sei das Vorlesen der AGB als der einzigen Möglichkeit, die Obliegenheit aus § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB rechtzeitig zu erfüllen, unpraktikabel.⁸ Daher könne der Kunde darauf verzichten, ohne die Einbeziehung der AGB zu gefährden. Denn die Partner müssten in der Lage sein, fernmündlich einen Vertrag unter sofortiger Einbeziehung von AGB abzuschließen. Nur dies würde ihren Interessen am endgültigen Vertragsabschluss und schneller Leistung gerecht.⁹

Meinungsverschiedenheiten finden sich in der Kommentarliteratur lediglich zu dem Aspekt, ob der Verzicht ausdrücklich erfolgen muss oder auch konkludent möglich ist. Im Münchener Kommentar beispielsweise beruft sich *Basedow*¹⁰ vor allem auf die herrschende Meinung, die § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB kurzerhand zu einer dispositiven Vorschrift erklärt habe. Danach könne der Kunde konkludent und im Wege der Individualvereinbarung auf die Verschaffung einer Möglichkeit zur Kenntnisnahme der AGB verzichten, wenn der Verwender am Telefon auf seine AGB hingewiesen und der Kunde sodann gleichwohl geschwiegen und keinen Wunsch nach Übermittlung geäußert habe. Bemerkenswert ist der zustimmende Kommentar *Basedows*, der an die Stelle einer rechtlichen Begründung tritt. Er nennt die von ihm skizzierte herrschende Meinung kühn, hält sie aber gleichwohl für vernünftig; denn bei „eklatanten Fehl-

⁸ Palandt/*Heinrichs*, § 305 Rn. 37; MünchKommBGB/*Basedow*, § 305 Rn. 63.

⁹ Erman/*Roloff*, § 305 Rn. 36; ähnlich *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, § 305 Rn. 149.

¹⁰ MünchKommBGB/*Basedow*, § 305 Rn. 63.

leistungen des Gesetzgebers“ müssten auch „unorthodoxe Remeduren“ erlaubt sein.

Aus verschiedenen Gründen wird *Basedow* hier so ausführlich wiedergegeben. Erstens ist er es, der zwei Absätze weiter die Verzichtslösung für fernmündliche Vertragsschlüsse auf den M-Commerce überträgt.¹¹ Zweitens wird an den Ausführungen *Basedows* besonders deutlich, dass er nach den Regeln der juristischen Kunst die Verzichtslösung für sehr gewagt hält und sie aus rein rechtspolitischen Praktikabilitätserwägungen doch favorisiert. Noch gewagter dürfte es dann sein, diese Lösung mit wenigen Worten auch auf den M-Commerce zu übertragen. Drittens erhält die herrschende Meinung, auf die sich *Basedow* beruft, allenfalls durch seine Zustimmung tatsächlich herrschenden Charakter. Denn dass allein schon durch Schweigen des Kunden der Verzicht erklärt werden kann, wird außer von ihm nur noch von *Ulmer* vertreten.¹² In den anderen von *Basedow* genannten Quellen (*Staudinger/Schlosser*, *Palandt/Heinrichs*) wird ein konkludenter Verzicht gar nicht direkt angesprochen. Im *Palandt*¹³ etwa heißt es nur, dass der Kunde durch Individualvereinbarung (nicht durch formularmäßige Erklärung) auf die Einhaltung von § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB verzichten könne. Zur Begründung wird u.a. ausgeführt, dass es widersinnig wäre, die Obliegenheit zur Kenntnisverschaffung auch gegenüber einem Kunden zu bejahen, der erklärtermaßen keine Kenntnis nehmen will. Hier wird also eher – entgegen *Basedow* – von einer expliziten Verzichtserklärung ausgegangen. Die herrschende Meinung erstreckt sich also keineswegs auf einen konkludenten Verzicht – insoweit besteht vielmehr Streit¹⁴ – und sie schließt den Verzicht durch formularmäßige Erklärung aus.¹⁵ Verlangt wird eine Aushandlung des Verzichts per Individualerklärung des Kunden.

Der letzte Punkt ist insbesondere bedeutsam, wenn die für den fernmündlichen Vertragsschluss entwickelte Verzichtslösung auf den M-Commerce übertragen werden soll. Fernmündlich ist eine explizite individuelle Verzichtserklärung vielleicht vorstellbar. Der Verwender weist am Telefon auf seine AGB hin. Der Kunde hat daraufhin die tatsächliche

¹¹ MünchKommBGB/*Basedow*, § 305 Rn. 65; ähnlich auch *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, § 305 Rn. 149a.

¹² *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, § 305 Rn. 149.

¹³ *Palandt/Heinrichs*, § 305 Rn. 37.

¹⁴ Für Ausdrücklichkeit des Verzichts auch *Jauernig/Stadler*, § 305 Rn. 14; *Ranke*, MMR 2002, S. 509 (511); *Rössel*, ITRB 2006, S. 235 (236); *Schriek*, Geschäftsmodelle im M-Commerce, 2006, S. 281 f.

¹⁵ Neben *Palandt/Heinrichs*, § 305 BGB Rn. 37 so u.a. auch *Staudinger/Schlosser*, § 305 BGB Rn. 138, *Ulmer*, in: *Ulmer/Brandner/Hensen*, AGB-Recht, § 305 Rn. 149 (insbesondere Fn. 397).

Entscheidungsfreiheit, nach einzelnen Klauseln zu fragen, die ihn besonders interessieren (z.B. nach der Zahlungsweise oder dem Zahlungsziel), und ansonsten auf die Mitteilung zu verzichten oder auch insgesamt von der zumutbaren Kenntnisnahmemöglichkeit abzusehen. In einem automatisierten M-Commerce-Shop stellt sich das ganz anders dar. Wie kann hier eine explizite Individualerklärung aussehen? Ein konkludent zum Ausdruck gebrachter Verzicht durch das ungerührte Fortsetzen des Bestellvorgangs nach einem Hinweis auf bestehende AGB, die zugeschickt werden können, ist vielleicht noch als Individualerklärung interpretierbar. Aber wie soll der Kunde in einem automatisierten Shop, der zwangsläufig mit vorformulierten Erklärungsvarianten arbeitet, in ausdrücklicher Weise seinen individuellen Willen zur Geltung bringen?

In ihren Dissertationen zum M-Commerce befassen sich *Pauly*¹⁶ und *Schriek*¹⁷ u.a. mit diesen Problemen recht eingehend. Beide halten einen ausgehandelten, expliziten Verzicht des Kunden grundsätzlich auch im elektronischen Geschäftsverkehr unter Verwendung der vorformulierten Texte eines automatischen Online-Shops für möglich. Gestützt auf grundlegende Überlegungen von *Borges*¹⁸ könne ein Verzicht unter diesen Bedingungen jedoch nur als ausgehandelt gelten, wenn der Kunde bei seiner Entscheidung für die Verzichtsoption die Wahl zwischen mehreren unterschiedlichen, interessengerechten und gleichwertigen Alternativen habe.¹⁹ Während *Pauly* solche Alternativen beim M-Commerce mit dem Handy nicht erkennen kann,²⁰ kommt *Schriek* zur gegenteiligen Ansicht.²¹ Danach sei eine Verzichtserklärung im M-Commerce hinsichtlich der Obliegenheit des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB wirksam, wenn sie angesichts mehrerer Alternativen (Abruf der AGB im stationären Internet, Abruf kostenlos über eine Hotline, Durchlesen auf dem Handy) erfolge. Diese Alternativen erfüllten zwar eingestandenermaßen nicht die Anforderungen des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB. Doch *Schriek* will sie trotzdem gelten lassen, wobei letztlich politische Mutmaßungen über den Willen des Gesetzgebers den Ausschlag geben, dessen Linie es nicht sei, die Geschäftsmodelle des M-Commerce zu blockieren.

¹⁶ *Pauly*, M-Commerce und Verbraucherschutz, 2005, S. 141-144.

¹⁷ *Schriek*, Geschäftsmodelle im M-Commerce, 2006, S. 278-284.

¹⁸ *Borges*, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr, 2003, S. 292-298.

¹⁹ *Pauly*, M-Commerce und Verbraucherschutz, 2005, S. 143, ähnlich *Schriek*, Geschäftsmodelle im M-Commerce, 2006, S. 282 f.

²⁰ *Pauly*, M-Commerce und Verbraucherschutz, 2005, S. 143 ff.

²¹ *Schriek*, Geschäftsmodelle im M-Commerce, 2006, S. 282 ff.

2.1.2 Der Verzicht auf die vorvertragliche Verfügbarkeit gesetzlicher Pflichtinformationen

Dagegen vertritt niemand, dass die vorvertraglichen Informationsansprüche des § 312c BGB verzichtbar seien; und zwar auch nicht im M-Commerce. Das liegt an einer klar entgegenstehenden Rechtslage sowohl auf nationaler als auch auf europarechtlicher Ebene.²² Die §§ 312-312e BGB hat der Gesetzgeber ausdrücklich in § 312f BGB für unabdingbar erklärt. Er folgt damit mehreren europäischen Richtlinien, insbesondere Art. 12 Abs. 1 der Fernabsatzrichtlinie (FARL). Die Bestimmung schließt ein, dass der Verbraucher auf die Ansprüche aus den §§ 312-312e BGB nicht verzichten kann.²³

2.2 „Verzicht“ auf Informationsansprüche durch Wahl der Technik

Auch wenn ein Verzicht des Verbrauchers auf die klare und verständliche Präsentation der Pflichtinformationen im Fernabsatzrecht mit § 312f BGB explizit ausgeschlossen ist, bemühen sich verschiedene Stimmen in der rechtswissenschaftlichen Literatur, andere Einfallstore zu finden, die es den Beteiligten erlauben sollen, die geforderte Form der Pflichtinformationen zu missachten und dennoch rechtskonform zu handeln. De facto laufen die Vorschläge auf einen Quasi-Verzicht des Verbrauchers hinaus, der zwar nicht per Erklärung, aber durch seine Wahl eines bestimmten Fernkommunikationsmittels auf eine klare und verständliche Darstellung der Pflichtinformationen gleichsam verzichtet.

Ohne Umschweife postuliert *Schulte-Nölke* einen allgemeinen Technikvorbehalt für die Informationspflichten im Verbraucherschutz: eine vorvertragliche summarische Information reiche aus, wenn ein Fernkommunikationsmittel nur eine eingeschränkte Möglichkeit zur Information gewähre.²⁴ Andere Autoren versuchen, ähnlich Vorbehalte immerhin aus dem Gesetzestext zu gewinnen. Dafür bietet sich die Formulierung in § 312c Abs. 1 S. 1 BGB an, wonach die Pflichtinformationen nicht nur „klar und verständlich“, sondern „in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise“ zur Verfügung zu stellen sind. Unter Berufung auf diese Formulierung vertritt *Thüsing* insbesondere für

²² *Schriek*, Geschäftsmodelle im M-Commerce, 2006, S. 191 f.

²³ So auch die amtliche Begründung in BT-Drs. 14/2658, S. 45. Verzichten kann der Verbraucher jedenfalls nicht auf die gesetzlich angeordnete Zurverfügungstellung der Informationen; er kann jedoch u.U. darauf verzichten, die Informationen tatsächlich abzurufen (ähnlich MünchKommBGB/Wendehorst, § 312f BGB Rn. 9).

²⁴ Handkommentar-BGB/*Schulte-Nölke*, § 312c BGB Rn. 3.

den M-Commerce, dass die Informationspflichten auf das im Rahmen des betroffenen Mediums durchführbare Ausmaß zu beschränken seien.²⁵

Damit aktualisieren die Probleme des M-Commerce eine ältere Debatte um die Auslegung der erwähnten Anforderung „in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise“. Einige Autoren²⁶ sehen darin eine Einschränkung der geforderten Klarheit und Verständlichkeit sowie sogar des Umfangs der zur Verfügung zu stellenden Pflichtinformationen, sobald das Fernkommunikationsmittel für die Übermittlung weniger geeignet sei. *Schmidt-Räntsch* betont in diesem Zusammenhang, dass der Unternehmer nicht gezwungen werden könne, dasjenige Fernkommunikationsmittel auszuwählen, das dem Verbraucher die idealen Informationsmöglichkeiten biete.²⁷ Andere Autoren sehen in der genannten Formulierung dagegen eine Spezifizierung, jedoch keine Relativierung der Anforderung „klar und verständlich“. Nach *Hoenicke* und *Hülsdunk* gehe es darum, dass die Zugänglichkeit der Pflichtangaben durch ein Medium zu erfolgen habe, das der jeweils eingesetzten Technik entspreche und im Rahmen dessen üblich sei.²⁸

Geklärt ist diese Kontroverse bisher nicht. Doch ähnlich, wie sich in der Vergangenheit die Verzichtslösung im Hinblick auf die Kenntnisnahme der AGB gemäß § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB in der Fachwelt ohne solide Rechtsgründe – aus Praktikabilitätsgründen – durchgesetzt hat, gewinnt auch im Hinblick auf die vorvertraglichen Pflichtinformationen nach § 312b Abs. 1 BGB die den Verbraucherschutz relativierende Lösung zunehmend Zustimmung. In der aktuellen Kommentarliteratur äußert auch *Saenger*,²⁹ dass er die Formulierung „in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise“ für bestimmte Fernkommunikationstechniken als Einschränkung sowohl des Umfangs der Pflichtinformationen als auch der Art ihrer Bereitstellung verstehe. Um jedoch die Belange des Verbraucherschutzes nicht zu sehr in Frage zu stellen, verlangt *Saenger*, dass nach der Wertigkeit der Informationen vorzugehen sei, wenn aus technischen Gründen nicht alle vom Gesetz verlangten Informationen bereitstellbar wären. Anzugeben seien immer die objektiv wichtigsten Informationen.

²⁵ Staudinger/*Thüsing*, § 312c BGB Rn. 31.

²⁶ Z.B. *Fuchs*, ZIP 2000, S. 1273 (1277); *Schmidt-Räntsch*, VuR 2000, S. 427 (429).

²⁷ *Schmidt-Räntsch*, VuR 2000, S. 427 (429).

²⁸ *Hoenicke/Hülsdunk*, MMR 2002, S. 415 (417); ähnlich *Härting*, CR 2000, S. 691 (693), und jetzt auch *Micklitz/Schirmbacher*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2008, § 312c Rn. 26.

²⁹ *Erman/Saenger*, § 312c BGB Rn. 34.

3 Kritische Anmerkungen zum Stand der Diskussion

Bilanzieren könnte man die ersten beiden Abschnitte dieses Beitrags mit der Feststellung, dass sich die Probleme, M-Commerce rechtskonform zu betreiben, deutlich entschärft präsentieren. Während die Techniker auf der einen Seite die Darstellungsmöglichkeiten auf den mobilen Endgeräten erheblich verbessert haben, konnte die herrschende Rechtsmeinung auf der anderen Seite die rechtlichen Darstellungsanforderungen deutlich absenken. Ersteres nützt dem Verbraucherschutz. Letzteres schadet ihm und ist juristisch höchst fragwürdig.

3.1 Zur Abdingbarkeit des § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB

Verbraucherschutzbestimmungen sind von ihrem Grundgedanken her asymmetrisches Recht. Sie begünstigen einseitig eine Vertragsseite, die der Gesetzgeber als schutzbedürftig identifiziert hat. Damit ist es prinzipiell nicht zu vereinbaren, dass die Vertragsparteien frei über die Einhaltung dieser Bestimmungen disponieren. Zwar hat der Gesetzgeber für § 305 Abs. 2 BGB nicht ausdrücklich angeordnet, dass die Vorschrift unabdingbar sei. Auch beruht § 305 Abs. 2 BGB nicht auf europäischem Recht, aus dem sich die Unabdingbarkeit ergeben könnte. Doch wenn der Wortlaut des Gesetzes direkt nichts hergibt, kann sich die Frage der Dispositivität einer Norm dennoch durch Auslegung ergeben.³⁰ Gemäß § 310 Abs. 1 Satz 1 BGB lässt der Gesetzgeber § 305 Abs. 2 BGB gezielt nur zugunsten von Verbrauchern gelten. Unternehmer dagegen, die mit AGB konfrontiert werden, sind vom Anwendungsbereich ausgenommen. Der Gesetzgeber hat also eine Gruppe als besonders schutzbedürftig abgegrenzt und zu ihren Gunsten die Obliegenheit u.a. der Zurverfügungstellung der AGB zur zumutbaren Kenntnisnahme bei Vertragsschluss statuiert. Über ein solches gezieltes Schutzrecht können die Beteiligten grundsätzlich nicht disponieren. Es ist nicht verzichtbar, nicht verhandelbar, kann nicht abgekauft werden. Die Autoren, die einen Verzicht des Verbrauchers auf § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB in bestimmten Fällen wegen mangelnder Praktikabilität befürworten, wissen das selbstverständlich auch und halten den Vorschlag vor allem deswegen für „kühn“.³¹

Ausnahmsweise mag es im Einzelfall starke Gründe geben, den Verzicht des Verbrauchers auf ein bestimmtes Recht zu respektieren. Dabei ist das tragende Motiv der Selbstbestimmungsanspruch des Verzichtenden, dem ein Schutzrecht nicht als unüberwindliches Hindernis entgegentreten soll, legitime Interessen ausüben. Wäre also die Vertriebsform des M-

³⁰ Kittner, Schuldrecht, Rn. 480, mit Beispielen.

³¹ MünchKommBGB/Basedow, § 305 Rn. 63.

Commerce unter Einhaltung der gesetzlichen Schutzvorgaben undurchführbar, so könnte überlegt werden, ob im Interesse des Verbrauchers, der an dieser Vertriebsform teilnehmen möchte, ein als wirksam anerkannter Verzicht mit dem Verbraucherschutzgedanken in Einklang gebracht werden kann. Dabei müsste vor allem klar sein, dass der Verbraucherschutz nur so weit zurückgedrängt wird, wie die Bedingungen des M-Commerce diesem tatsächlich entgegenstehen. Außerdem kann dem Selbstbestimmungsgedanken nur ein bewusster und ausdrücklicher Verzicht Rechnung tragen. Die Vorstellung von einem konkludent verzichtenden Verbraucher, der keine Ahnung hat, weder dass er verzichtet noch worauf er verzichtet, ist abwegig. Damit aber ist jener ausdrückliche und ausgehandelte Verzicht gefordert, den *Pauly*³² zu Recht im automatisierten M-Commerce-Shop für unrealistisch hält und den *Schriek*³³ nur mit dem Verweis auf politische Opportunität zu rechtfertigen vermag.

Der zentrale Fehler, der sich in der hohen Bereitschaft vieler Juristen zeigt, eine Verbraucherschutzregelung wie § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB technischen bzw. wirtschaftlichen Praktikabilitätsabwägungen unterzuordnen, liegt letztlich darin, dass die Bemühungen der Unternehmer, dem Verbraucherschutz gerecht zu werden, damit untergraben werden. Mit einigem Aufwand ließe sich M-Commerce sehr wohl unter Beachtung der genannten Vorschrift betreiben. Er ist keineswegs undurchführbar, wenn die AGB nur ausreichend knapp, auf die wichtigsten Belange gekürzt formuliert und besonders übersichtlich aufbereitet worden sind. Auch ein Verfahren zum automatisierten Abgleich der gestellten AGB mit den jeweiligen Präferenzen des Verbrauchers käme in Betracht.³⁴

3.2 Zur Auslegung von § 312c Abs. 1 BGB: „in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise“

Wegen der ausdrücklich in § 312f BGB angeordneten Unabdingbarkeit, die zudem auf europäischem Recht fußt, bevorzugt die rechtliche Lehre im Bereich der Informationspflichten eine andere Variante, das Schutzniveau zugunsten einer praktikablen Durchführung des M-Commerce abzusenken. Entscheidend wird auf eine großzügige Interpretation der Formulierung „in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel entsprechenden Weise“ gesetzt, die in § 312c Abs. 1 S. 1 BGB neben der Anforderung „klar und verständlich“ steht. Es kommt einem allgemeinen Technikvorbehalt für die einschlägigen Vorgaben des Verbraucherschutzes

³² *Pauly*, M-Commerce und Verbraucherschutz, 2005, S. 143 ff.

³³ *Schriek*, Geschäftsmodelle im M-Commerce, 2006, S. 282 ff.

³⁴ Eingehend *Krüger/Rose*, Kleingedrucktes im Handy-Display, in: Taeger/Wiebe (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Informationstechnologierecht, Tagungsband Herbstakademie 2007, 2007, S. 233-245.

gleich, wenn darunter eine Reduzierung der Informationslast je nach technischen Möglichkeiten verstanden wird. Eine Interpretation unter Berücksichtigung des europäischen Rechts kommt jedoch zu einem anderen Ergebnis.

Die Auslegung, dass das geforderte Informationsniveau je nach technischen Möglichkeiten abzusenken sei, kann sich vor allem auf Bemerkungen in den deutschen Gesetzgebungsmaterialien stützen. Besonders deutlich war hier der Rechtsausschuss des deutschen Bundestages, in dessen Bericht es heißt: „Wegen der Unterschiedlichkeit der Medien lässt die Richtlinie zu, dass die Informationen, die bei dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel vor Vertragsabschluss nicht zugeleitet werden können, auch nicht vor Vertragsschluss zugeleitet werden müssen.“³⁵

Es ist jedoch zweifelhaft, ob der Rechtsausschuss Recht hat. Denn in der maßgeblichen europäischen Richtlinie FAREL steht davon nichts. Die zugrunde liegende Formulierung in Art. 4 Abs. 2 FAREL (RL 97/7/EG) heißt schlicht: „Die Informationen nach Absatz 1, deren kommerzieller Zweck unzweideutig erkennbar sein muss, müssen klar und verständlich auf jedwede der verwendeten Fernkommunikationstechnik angepasste Weise erteilt werden.“ Aus dieser Bestimmung zu entnehmen, dass der zuzuleitende Informationsgehalt je nach Technik reduziert werden kann, ist nach dem Wortlaut schon schwer möglich. Im elften Erwägungsgrund der Richtlinie heißt es außerdem: „Die Verwendung dieser Techniken darf nicht zu einer Verringerung der dem Verbraucher vermittelten Informationen führen. Es sind daher die Informationen festzulegen, die dem Verbraucher unabhängig von der verwendeten Kommunikationstechnik zwingend übermittelt werden müssen.“ Damit sollte endgültig klar sein, dass der europäische Gesetzgeber keinesfalls an eine Reduzierung des Informationsumfangs gedacht hat. Im übrigen ist die Formulierung in Art. 4 Abs. 2 FAREL am plausibelsten als Optimierungsgebot zu verstehen. Der Unternehmer soll die Informationen nicht nur klar und verständlich, sondern auch optimiert auf die Möglichkeiten und Üblichkeiten des jeweiligen Fernkommunikationsmittels präsentieren. Daraus ergeben sich im Umkehrschluss in der Tat auch Unterschiede in den Anforderungen an die Klarheit und Verständlichkeit der Informationen. Denn ihre optimale Präsentation auf einem 19 Zoll-Bildschirm oder in einem Versandhauskatalog ist sicherlich klarer und verständlicher als die optimale Darstellung auf dem 2 Zoll-Display eines Handys. Insofern sind die Anforderungen an manche Techniken höher als an andere. Das heißt jedoch nicht, dass beim Handydisplay die Anforderung „klar und verständlich“ außer Kraft gesetzt ist. Eine Technik, die Klarheit und Verständlichkeit der Informationen

³⁵ BT-Drs. 14/3195, S. 31.

nicht ermöglicht, ist in der Konsequenz für den Fernabsatz ungeeignet. Folglich gilt es, Geräte mit besonders kleinem Display vom M-Commerce auszuschließen. Zum Glück ist dies technisch kein Problem.

Auch im Bereich der vorvertraglichen Informationspflichten neigt ein erheblicher Teil der juristischen Lehre dazu, vorschnell und ohne solide Rechtsgründe zentrale Verbraucherschutzvorschriften unter den Vorbehalt des technisch Machbaren zu stellen. Stattdessen kommt es aber auch hier darauf an, das Recht zunächst als Herausforderung für die technische Entwicklung zu akzeptieren. Falls sich wirklich unüberwindliche Grenzen zeigen, ist vor allem der Gesetzgeber gefordert, für Korrekturen zu sorgen.

3.2.1 Lösung

Für die Lösung der Problematik ausschlaggebend ist letztlich, dass die Argumente mangelnder Praktikabilität für den M-Commerce nicht mehr zutreffen. Auf aktuellen Handys ab einer Bildschirmgröße von 2 Zoll sind auch Sätze mittlerer Länge vollständig darstellbar, ohne dass ein Scrollen oder Weiterklicken erforderlich ist. Damit ist ein Mindestmaß an Lesefreundlichkeit gewährleistet. Ab einer Bildschirmgröße von 2,5 Zoll sind übliche Widerrufsbekanntgebungen, kürzere Datenschutzerklärungen und stark gekürzte AGB auf wenigen Bildschirmseiten (5-7) in zumutbarer Schriftgröße darstellbar. Eine weitere Optimierung der Textinhalte, Formulierungen und der Textgestaltungen für den M-Commerce sind machbar. Eine wichtige technische Möglichkeit ist dadurch gegeben, dass der Anbieter erkennen kann, mit welcher Art Bildschirm vom Kunden der Kontakt hergestellt wird. Er kann also zu kleine Bildschirme, die eine rechtskonforme Informationsübermittlung nicht zulassen, vom Handel ausschließen. Will der Handel weiterhin umfangreiche AGB verwenden, müsste darüber hinaus ein automatisierter Abgleich seiner AGB mit vorinstallierten Kundenpräferenzeneingeführt werden.

Aber auch wenn bereits nach geltendem Recht M-Commerce weithin rechtskonform möglich ist, kann der Gesetzgeber zu einer verbraucherfreundlichen Lösung Wesentliches beitragen. Die hohe Informationslast, die der Fernabsatz schon vorvertraglich gemäß § 312c BGB i.V.m. § 1 Abs. 1 BGB-InfoV zu bewältigen hat, ließe sich auch ohne Änderung des europäischen Rechts erheblich reduzieren. Das betrifft vor allem die Widerrufsbekanntgebung,³⁶ die vorvertraglich in ihrer jetzigen Länge im M-Commerce auch aus Sicht des Verbraucherschutzes³⁷ keinen Sinn macht.

³⁶ Hierzu: *Pauly*, MMR 2005, S. 811-816.

³⁷ Zur kontraproduktiven Informationsüberflutung eingehend *Seiler*, Verbraucherschutz auf elektronischen Märkten, 2006, S. 366 f.

Denkbar ist dabei auch, eine gesetzliche Ausnahme nur für genau den Bereich des Handels zu machen, der über kleine mobile Endgeräte angebahnt wird.

Literatur

- Basedow, Jürgen*: Kommentar zu § 305 BGB, in: Franz-Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 5. Aufl., München 2007.
- Borges, Georg*: Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr, München 2003.
- Fuchs, Andrea*: Das Fernabsatzgesetz im neuen System des Verbraucherschutzrechts, ZIP 2000, S. 1273-1287.
- Härting, Niko*: Verbraucherwerbung nach dem Fernabsatzgesetz, CR 2000, S. 691-696.
- Heinrichs, Helmut*: Kommentar zu § 305 BGB, in: Palandt – Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 67. Aufl., München 2008.
- Hoenicke, Mark/Hülsdunk, Lutz*: Die Gestaltung von Fernabsatzangeboten im elektronischen Geschäftsverkehr nach neuem Recht, MMR 2002, S. 415-420.
- Kessel, Christian/Kuhlmann, Kai/Passauer, Verena/Schriek, Michael*: Informationspflichten und AGB-Einbeziehung auf mobilen Endgeräten, K&R 2004, S. 519-527.
- Kittner, Michael*: Schuldrecht. Rechtliche Grundlagen – Wirtschaftliche Zusammenhänge, 2. Aufl., München 2002.
- Krüger, Nils/Rose, Edgar*: Kleingedrucktes im Handy-Display – Standardisierte AGB als Grundlage einer automatisierten Vertragseinbeziehung, in: Jürgen Taeger/Andreas Wiebe (Hrsg.): Aktuelle Entwicklungen im Informationstechnologierecht – DSRI-Tagungsband Herbstakademie 2007, Edeweicht 2007, S. 233-245.
- Pauly, Daniel A.*: M-Commerce und Verbraucherschutz, Oldenburg 2005.
- Pauly, Daniel A.*: Die Vorverlagerung der Widerrufsbelehrung im Fernabsatzrecht: Praktische Konsequenzen für den M-Commerce. MMR 2005, S. 811-816.
- Ranke, Johannes*: M-Commerce – Einbeziehung von AGB und Erfüllung von Informationspflichten, MMR 2002, S. 509-515.
- Ranke, Johannes*: M-Commerce und seine rechtsadäquate Gestaltung, Baden-Baden 2004.
- Rössel, Markus*: Transparenzgebote im M-Commerce – AGB-Einbeziehung und Informationspflichten, ITRB 2006, S. 235-239.

- Roloff, Stefanie*: Kommentar zu § 305 BGB, in: Harm Peter Westermann (Hrsg.): Erman – Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 12. Aufl., Köln 2008.
- Saenger, Ingo*: Kommentar zu § 312 c BGB, in: Harm Peter Westermann (Hrsg.): Erman – Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 12. Aufl., Köln 2008.
- Schlosser, Peter*: Kommentar zu § 305 BGB, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, §§ 305-310, UKlaG, Berlin 2006.
- Schmidt-Ränsch, Jürgen*: Zum Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, VuR 2000, S. 427-435.
- Schriek, Michael*: Geschäftsmodelle im M-Commerce, Berlin 2006.
- Schulte-Nölke, Hans*: Kommentar zu § 312 c BGB, in: Reiner Schulze/Heinrich Dörner/Ina Ebert (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 5. Aufl., Baden-Baden 2007.
- Seiler, Wolfgang*: Verbraucherschutz auf elektronischen Märkten, Tübingen 2006.
- Micklitz, Hans-W./Schirmbacher, Martin*: Kommentar zu § 312 c BGB, in: Gerald Spindler/Fabian Schuster (Hrsg.): Recht der elektronischen Medien, Kommentar, München 2008.
- Stadler, Astrid*: Kommentar zu § 305 BGB, in: Othmar Jauernig (Hrsg.): Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 12. Aufl., München 2007.
- Thüsing, Gregor*: Kommentar zu § 312 c BGB, in: J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, §§ 311, 311 a, 312, 312 a-f, Berlin 2005.
- Ulmer, Peter/Brandner, Erich/Hensen, Horst-Dietrich*: AGB-Recht, Kommentar zu den §§ 305-310 BGB, 10. Aufl., Köln 2006.
- Wendehorst, Christiane*: Kommentar zu § 312 f BGB, in: Franz-Jürgen Säcker/Roland Rixecker (Hrsg.): Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 5. Aufl., München 2007.