

Rechtssache C-438/19

Vorabentscheidungsersuchen

Eingangsdatum:

11. Juni 2019

Vorlegendes Gericht:

Oberlandesgericht Düsseldorf (Deutschland)

Datum der Vorlageentscheidung:

4. Juni 2019

Kläger, Berufungskläger und Berufungsbeklagter:

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände
– Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.

Beklagte, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagte:

Frontline Digital GmbH

[OMISSIS]

Verkündet am 04.06.2019

[OMISSIS]

[OMISSIS]

OBERLANDESGERICHT DÜSSELDORF

BESCHLUSS

In dem Rechtsstreit

des Bundesverbandes der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände –
Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.,

Kläger, Berufungskläger und Berufungsbeklagter,

[OMISSIS] gegen

die Frontline Digital GmbH,

Beklagte, Berufungsklägerin und Berufungsbeklagte,

[OMISSIS] hat der 20. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 30. April 2019 [OMISSIS] **[Or. 2]**

b e s c h l o s s e n:

I.

Das Verfahren wird ausgesetzt.

II.

Das Oberlandesgericht Düsseldorf legt dem Gerichtshof der Europäischen Union folgende Fragen betreffend die Auslegung der Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2011 über die Rechte der Verbraucher, zur Abänderung der Richtlinie 93/13/EWG des Rates und der Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates (Amtsblatt 2011 L 304, S. 64) (nachfolgend: Richtlinie) zur Vorabentscheidung vor:

1. Werden dem Verbraucher bei Fernabsatzverträgen digitale Inhalte im Sinne des Art. 16 Buchstabe m der Richtlinie geliefert, wenn er mit einem Unternehmer einen Vertrag über die Teilnahme an einer internetbasierten „Kennenlernplattform“ schließt?
2. Falls die Frage zu 1. zu bejahen ist:

Führt der Beginn der Lieferung digitaler Inhalte durch den Unternehmer an den Verbraucher auch dann zum Wegfall des Widerrufsrechts des Verbrauchers nach Art. 16 Buchstabe m der Richtlinie, wenn entgegen Art. 8 Abs. 7 der Richtlinie der Unternehmer zuvor eine Bestätigung des Vertragsschlusses mit den dort genannten Angaben nicht an den Verbraucher übersandt hat?

Falls das Widerrufsrecht des Verbrauchers in diesem Falle fortbesteht:

Ist der Verbraucher darüber nach Art. 6 Abs. 1 Buchstabe k) der Richtlinie zuvor zu informieren? **[Or. 3]**

G r ü n d e:

- 1 Der Kläger ist der Dachverband aller 16 Verbraucherzentralen und 25 weiterer Verbraucher- und sozialorientierter Organisationen in Deutschland. Er ist in die Liste qualifizierter Einrichtungen nach § 4 des Unterlassungsklagegesetzes eingetragen. Er ist vom Bundesamt für Justiz (Deutschland) als durch den Bundeskartellanwalt der Republik Österreich nach Maßgabe der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. Oktober 2004

über die Zusammenarbeit zwischen den für die Durchsetzung der Verbraucherschutzgesetze zuständigen nationalen Behörden (Amtsblatt 2004 L 364, S. 1) ersuchte Behörde beauftragt worden, bestimmte innergemeinschaftliche Verstöße gegen Gesetze zum Schutz der Verbraucherinteressen abzustellen.

- 2 Die Beklagte ist die in Deutschland ansässige Betreiberin der „Kennenlernplattform“ www.parwise.at. Dabei handelt es sich um eine Online-Partnervermittlung, die sich an Verbraucher mit gewöhnlichem Aufenthalt in der Republik Österreich richtet. Sie beschreibt den Gegenstand ihrer Tätigkeit wie folgt:

Der Anbieter stellt kostenlose und kostenpflichtige digitale Inhalte bereit. Diese können vor allem in Form von nutzergenerierten Inhalten, wie zum Beispiel Nutzerprofilen, Fotos und Nachrichten, von den Kunden betrachtet und genutzt werden. Eine Kontaktvermittlung wird nicht geschuldet.

Vor der kostenlosen Anmeldung auf der Webseite werden verschiedene Persönlichkeitsmerkmale des Verbrauchers abgefragt, um ihm passende Partnervorschläge unterbreiten zu können. Die kostenpflichtige „Premium-Mitgliedschaft“ beinhaltet den unbegrenzten Empfang von Nachrichten, das Ansehen aller Fotos und unbegrenztes Kontaktrecht. Vor Abschluss des kostenpflichtigen Vertrages erhält der Verbraucher unter anderem folgende Information:

Ich wünsche ausdrücklich, dass der Anbieter sofort nach dem Kauf ohne Verzögerung mit der Bereitstellung der digitalen Inhalte vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt. Mir ist bekannt, dass ich durch diese Zustimmung mit Bereitstellung der digitalen Inhalte mein Widerrufsrecht verliere.

- 3 Diese Information neben anderen, hier nicht interessierenden Klauseln – beanstandet der Kläger. Er meint, die Beklagte informiere den Verbraucher nicht ordnungsgemäß über sein – in der österreichischen Rechtsordnung als Rücktrittsrecht bezeichnetes – Widerrufsrecht (zukünftig nur: Widerrufsrecht). Der Vertrag [Or. 4] betreffe nicht die Lieferung digitaler Inhalte, sondern sei als gewöhnlicher Dienstvertrag einzustufen. Demgegenüber ist die Beklagte der Auffassung, es handele sich um die Lieferung digitaler Inhalte, danach sei die Information vor dem Hintergrund von Art. 6 Abs. 1 Buchstabe k), Art. 16 Buchstabe m) der Richtlinie nicht zu beanstanden.

- 4 Das Landgericht hat die Beklagte insoweit antragsgemäß verurteilt,

im Rahmen geschäftlicher Handlungen gegenüber Verbrauchern, die ihren gewöhnlichen Aufenthaltsort in der Republik Österreich haben,

die Verbraucher vor Abgabe von deren Vertragserklärung, die zum Abschluss einer kostenpflichtigen Mitgliedschaft auf einer Kennenlernplattform führt, wie folgt über das Erlöschen des Widerrufsrechts zu informieren:

„Ich wünsche ausdrücklich, dass der Anbieter sofort nach dem Kauf ohne Verzögerung mit der Bereitstellung der digitalen Inhalte vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt. Mir ist bekannt, dass ich durch diese Zustimmung mit Bereitstellung der digitalen Inhalte mein Widerrufsrecht verliere.“

wenn dies geschieht wie folgt.

Wählen Sie ihr gewünschtes Zahlungsmittel

Ihr Zahlungsmittel SEPA-Bankeinzug

SEPA-Bankeinzug

Ihre Zahlungsdaten

Vorname Tragen Sie hier den Vornamen des Kontoinhabers ein.

Nachname

IBAN

BIC

Alle Preisangaben inkl. der gesetzlichen MwSt. Details zu Ihrem Widerrufsrecht finden Sie in unseren AGB. Ich wünsche ausdrücklich, dass der Anbieter sofort nach dem Kauf ohne Verzögerung mit der Bereitstellung der digitalen Inhalte vor Ablauf der Widerrufsfrist beginnt. Mir ist bekannt, dass ich durch diese Zustimmung mit Bereitstellung der digitalen Inhalte mein Widerrufsrecht verliere. Für die von Ihnen gewählte Zahlungsart fallen keine zusätzlichen Gebühren an.

Kaufen

[Or. 5] Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, eine solche Erklärung des Verbrauchers könne nur nach Abschluss des Vertrages nicht aber vor oder gleichzeitig mit seiner Vertragserklärung abgegeben werden. Dagegen richtet sich die Berufung der Beklagten.

- 5 Die Republik Österreich hat die Richtlinie unter anderem im Bundesgesetz über Fernabsatz- und außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (Fern- und Auswärtsgeschäfte Gesetz – FAGG) umgesetzt. Unter anderem heißt es darin:

§ 3

In diesem Bundesgesetz bezeichnet der Ausdruck

....

6. „digitale Inhalte“ Daten, die in digitaler Form hergestellt oder bereitgestellt werden;

§ 4 Abs. 1

Bevor der Verbraucher durch einen Vertrag oder seine Vertragserklärung gebunden ist, muss ihn der Unternehmer in klarer und verständlicher Weise über folgendes informieren:

8. bei Bestehen eines Rücktrittsrechts die Bedingungen, die Fristen und die Vorgangsweise für die Ausübung dieses Rechts, ...

...

11. gegebenenfalls über das Nichtbestehen eines Rücktrittsrechts nach § 18 oder über die Umstände, unter denen der Verbraucher sein Rücktrittsrecht verliert,

§ 7 Abs. 3

Der Unternehmer hat dem Verbraucher innerhalb einer angemessenen Frist nach dem Vertragsabschluss, spätestens jedoch ... vor dem Beginn der Dienstleistungserbringung, eine Bestätigung des geschlossenen Vertrags ... zur Verfügung zu stellen, ... Gegebenenfalls muss die Vertragsbestätigung auch eine Bestätigung der Zustimmung und Kenntnisnahme des Verbrauchers nach § 18 Abs. 1 Z 11 enthalten.

§ 18 Abs. 1

Der Verbraucher hat kein Rücktrittsrecht bei Fernabsatz- oder außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen über [Or. 6]

11. die Lieferung von nicht auf einem körperlichen Datenträger gespeicherten digitalen Inhalten, wenn der Unternehmer – mit ausdrücklicher Zustimmung bei vorzeitigem Beginn mit der Vertragserfüllung, und nach Zurverfügungstellung einer.... Bestätigung nach ... § 7 Abs. 3 – noch vor Ablauf der Rücktrittsfrist... mit der Lieferung begonnen hat.

Zur ersten Frage:

- 6 Vorab ist klarzustellen, dass Gegenstand des Klageantrages, wie sich aus der Antragsfassung und der Erörterung im Termin vor dem Senat ergibt, allein die angeblich unzutreffende Information des Verbrauchers über sein Widerrufsrecht ist. Danach ist unerheblich, dass der Verbraucher, wie sich aus dem eingeblendeten Screenshot ergibt, durch Drücken des sich unmittelbar unter dem Text befindlichen „Kaufen“-Buttons gleichzeitig seine Zustimmung zur sofortigen

Beginn der Ausführung und dem damit verbundenen Verlust des Widerrufsrechts erklärt. Der Senat hat daher nicht zu entscheiden, ob – was zwischen den Parteien streitig ist – eine solche Zustimmung nur nach und nicht gleichzeitig mit der Vertragserklärung abgegeben werden kann (was das Landgericht angenommen hat) und ob die Zustimmung „ausdrücklich“ ist (was zweifelhaft ist, weil die Zustimmungserklärung von der Beklagten voreingestellt ist und vom Verbraucher nicht abgewählt werden kann).

- 7 Der Ausgang des Rechtsstreits hängt zunächst davon ab, ob Gegenstand des Vertrages über die „Kennenlernplattform“ (allein) die Lieferung digitaler Inhalte ist oder nicht. Bejahendenfalls ist die Information an den Einzelheiten des Art. 8 Abs. 1 Buchstaben k) der Richtlinie zu messen (dazu Frage 2). Wenn die Frage 1 zu verneinen ist, ist die Klage bereits deswegen begründet, weil die Beklagte dann zu Unrecht über das Erlöschen des Widerrufsrechts bereits mit Beginn der Ausführung der Lieferung informiert, während es nach dem dann – bei einer Qualifizierung als Dienstleistung – anwendbaren Art. 16 Buchstaben a) der Richtlinie erst mit der vollständigen Erbringung der Dienstleistungen erlöschen könnte.
- 8 Die Rechtsprechung geht davon aus, dass eine Lieferung digitaler Inhalte nicht nur bei einmaligen Lieferungshandlungen des Unternehmers, sondern auch bei einem längerfristig angelegten Dauerschuldverhältnis in Betracht kommt ((vgl. OLG München, ECLI:DE:OLGMUEN:2016:0630.6U732.16.0A [OMISSIS] zu einem Vertrag über einen internetvermittelten Zugang zu einem Fernsehprogramm). Dies wird unter anderem mit Art. 14 Abs. 4 Buchstabe b) der Richtlinie [Or. 7] begründet, der den Ausschluss einer Wertersatzpflicht des Verbrauchers auch bei einer nur teilweisen Bereitstellung der geschuldeten digitalen Inhalte vorsehe.
- 9 Auch wenn man diese Auffassung zugrunde legt, neigt der Senat dazu, die Anwendbarkeit dieser Vorschrift für den vorliegenden Fall zu verneinen. Der Gegenstand des Vertrages beschränkt sich nicht auf die „Lieferung“ digitaler Inhalte an den Verbraucher. Die Beklagte hatte vielmehr zusätzlich die Möglichkeit der Kontaktaufnahme mit anderen Mitgliedern während der Vertragslaufzeit aufrechtzuerhalten. Zudem musste die Beklagte die Eingabe von Daten des Mitglieds ermöglichen und diese – im Rahmen des Geschäftskonzepts – auch anderen Mitgliedern zugänglich machen, damit Dritte mit dem Kunden Kontakt aufnehmen konnten. Der Verbraucher ist damit nicht bloßer Empfänger digitaler Inhalte, der mit seinen Wünschen deren Lieferung bloß auslöst, sondern auch selbst Lieferant von Daten, die anderen Kunden zur Verfügung gestellt werden. Das Geschäftskonzept der Beklagten besteht gerade darin, dass möglichst viele Verbraucher ihre Daten eingeben und diese anderen Verbrauchern zur Kenntnis bringen und darüber Kontakt aufnehmen. Die geschuldete Leistung der Beklagten geht damit wesensmäßig über die bloße Lieferung digitaler Inhalte an den nachfragenden Verbraucher hinaus. Zwecks Gewährleistung eines hohen Verbraucherschutzniveaus (Art. 1 der Richtlinie) werden im Allgemeinen Ausnahmen eng ausgelegt. Zur Ausnahmegesetzgebung des Art. 16 Buchstabe c) der

Richtlinie hat der Bundesgerichtshof (ECLI:DE:BGH:2018:300818UVIIZR243.17.0, [OMISSIS]) in einem Fall, der die Lieferung und den Einbau eines Treppenlifts in ein Wohnhaus betraf, entschieden, dass dann, wenn die Lieferung der Ware nicht den Schwerpunkt des Vertrages bilde, die Ausnahmegvorschrift nicht eingreife. Die Frage einer Anwendbarkeit des Art. 16 Buchstabe m der Richtlinie ist noch nicht geklärt und hat nicht nur Auswirkungen im Rahmen der Richtlinie, sondern auch der Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen (Amtsblatt 2019 L 136, S. 1).

Zur zweiten Frage

- 10 Sollte der Vertrag die Lieferung digitaler Inhalte betreffen, ist zu überprüfen, ob die Information der Beklagten den dafür geltenden Regelungen entspricht. Dazu stellen sich folgende Teilfragen: [**Or. 8**]
- Erlischt das Widerrufsrecht des Verbrauchers in den in Art. 16 Buchstabe k der Richtlinie genannten Umständen in jedem Falle oder müssen weitere Voraussetzungen dafür vorliegen (dazu a))?
 - Wenn weitere Voraussetzungen vorliegen müssen, muss die vom Unternehmer dem Verbraucher zu erteilende Information diese Voraussetzungen enthalten (dazu b))?
- a)
- 11 Ungeklärt ist, ob das Widerrufsrecht nach Art. 16 Buchstabe k der Richtlinie – eine ordnungsgemäße Zustimmung des Verbrauchers unterstellt – bereits mit dem Beginn der Ausführung der Lieferung durch den Unternehmer erlischt oder ob dies an weitere Voraussetzungen geknüpft ist. Dazu verhält sich die erste Teilfrage. Nach Art. 8 Abs. 7 S. 1 der Richtlinie hat der Unternehmer dem Verbraucher spätestens bei Lieferung der Ware beziehungsweise vor Beginn der Ausführung der Dienstleistungen eine Bestätigung zu übersenden. Nach S. 2 Buchstabe b der Richtlinie umfasst die Bestätigung auch „die vorherige ausdrückliche Zustimmung und Kenntnisnahme des Verbrauchers gemäß Art. 16 Buchstabe m“. Es ist umstritten, ob der Verbraucher sein Widerrufsrecht auch dann verliert, wenn eine solche Bestätigung vor dem Beginn der Lieferung digitaler Inhalte durch den Unternehmer nicht erfolgt. Der österreichische Gesetzgeber hat dies verneint, wenn er diesen Verlust ausdrücklich davon abhängig macht, dass die Lieferung „nach Zurverfügungstellung der Bestätigung nach ... § 7 Abs. 3“ beginnt; [OMISSIS]. Demgegenüber ist der deutsche Gesetzgeber davon ausgegangen, dass es sich bei Art. 8 Abs. 7 der Richtlinie um eine bloße Verpflichtung zur Dokumentation handelt, während es auch ohne vorherige Übersendung dieser Bestätigung zum Erlöschen des Widerrufsrechts kommen kann (Bundestagsdrucksache 17/12637, S. 55/56, S. 64; [OMISSIS]);

das Fehlen einer solchen Bestätigung führe lediglich zu Beweisschwierigkeiten des Unternehmers.

- 12 Der Wortlaut des Art. 16 Buchstabe m der Richtlinie enthält eine solches Erfordernis nicht. Fraglich ist allein, ob dies aus dem Gesamtzusammenhang mit Art. [Or. 9] 8 Abs. 7 der Richtlinie zu folgern ist. Der nationale Gesetzgeber hat insoweit keinen Regelungsspielraum, Art. 4 der Richtlinie. Hingewiesen wird auch darauf, dass andernfalls für Art. 14 Abs. 4 Buchstabe b Ziffer iii kein Anwendungsbereich mehr verbliebe (dies sieht die Bundestagsdrucksache 17/12637 S. 64 genauso, zieht jedoch daraus den Schluss, eine Umsetzung der Vorschrift in das nationale Recht sei überflüssig).

- b)

- 13 Geht man davon aus, dass das Widerrufsrecht des Verbrauchers nur dann erlischt, wenn der Unternehmer vor Beginn der Lieferung digitaler Inhalte auch die Bestätigung nach Art. 8 Abs. 7 der Richtlinie übersandt hat, stellt sich die zweite Teilfrage, ob der Unternehmer über diese Voraussetzung auch informieren muss (was hier nicht geschehen ist). Nach Art. 6 Abs. 1 Buchstabe k der Richtlinie muss der Unternehmer in den Fällen, in denen gemäß Artikel 16 kein Widerrufsrecht des Verbrauchers besteht, den Verbraucher auch über die Umstände informieren, unter denen der Verbraucher sein Widerrufsrecht verliert.

- 14 Der Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 Buchstabe k ist nicht ganz eindeutig. Einerseits kann er so verstanden werden, dass der Verbraucher nur über die in Art. 16 genannten Umstände informiert werden muss; dazu gehört dann das sich aus Art. 8 Abs. 7 der Richtlinie ergebende Erfordernis einer vorherigen Übersendung der Vertragsbestätigung nicht. Andererseits kann er auch so verstanden werden, dass er in den Fällen des Art. 16, in denen ein Erlöschen des Widerrufsrechts in Betracht kommt, über die zum Erlöschen führenden Umstände zu informieren ist, und zwar vollständig, also auch über das Erfordernis einer vorherigen Übersendung einer Vertragsbestätigung.

- 15 Das Ziel der Schaffung eines hohen Verbraucherschutzniveaus (Art. 1 der Richtlinie) spricht für eine umfassende Informationspflicht. Durch eine unzureichende Information kann der Verbraucher von der Ausübung seines Widerrufsrechts in den Fällen abgehalten werden, in denen ihm ein solches doch noch zusteht.

- 16 Dagegen könnte allenfalls eingewandt werden, eine Verpflichtung zur Belehrung auch über das Erfordernis einer vorherigen Übersendung der Vertragsbestätigung nach Art. 8 Abs. 7 der Richtlinie überfordere den Unternehmer, weil sich [Or. 10] dieses Erfordernis erst aus einer Auslegung eines Textes anhand des Gesamtzusammenhanges ergebe, die zudem streitig ist. In der deutschen Rechtsprechung zur Widerrufsbelehrung wird zum Teil angenommen, dass der Unternehmer bei der Formulierung der Belehrung an dem Gesetzeswortlaut orientieren könne, und zwar auch dann, wenn dieser unklar oder in

Zusammenschau mit anderen Vorschriften ungenau sei (zum Beispiel Bundesgerichtshof ECLI:DE:BGH:2017:16057UXIZR586.15.0, Rn. 23 [OMISSIS]).

[Unterschriften]

[OMISSIS]