

## Die Erfüllung unionsrechtlicher Informationspflichten durch Inhalte einer Webseite

Erstveröffentlichung in: Festschrift für Bernd von Hoffmann zum 70. Geburtstag, Giesecking Verlag, Bielefeld 2011, S. 823-835

---

### I. Einführung

Der für das Wettbewerbsrecht zuständige I. Zivilsenat des BGH hat am 29.4.2010 ein aufsehenerregendes Urteil zum Fernabsatzrecht gefällt<sup>1</sup>. Es ging um die Frage, ob die Informationspflichten des § 312c Abs. 2 BGB a.F. (seit 11.6.2010: § 312c Abs. 1 BGB mit Art. 246 § 2 EGBGB), die dem Unternehmer vorschreiben, dem Verbraucher bestimmte Informationen „in Textform mitzuteilen“, dadurch erfüllt werden können, dass diese Informationen auf der *Web-Seite* des Unternehmers gespeichert sind. Der BGH hat dies verneint, weil die Textform des § 126b BGB im Rahmen des § 312c Abs. 2 BGB a.F. erfordere, dass die Informationen dem Verbraucher „in einer zur dauerhaften Wiedergabe geeigneten Weise zugehen“. Dieses *Zugangserfordernis* sei zwar, wie der BGH einräumt, nicht dem Wortlaut des § 126b BGB zur Textform zu entnehmen<sup>2</sup>, wohl aber dem „gemeinschaftsrechtlichen Hintergrund“ der Informationspflicht des § 312c Abs. 2 BGB a.F., so dass es sich aus einer *richtlinienkonformen Auslegung* dieser Vorschrift ergebe<sup>3</sup>. Diese Begründung des BGH gibt Anlass, die von ihm nur in einem einzigen Absatz des Urteils gestreiften Informationspflichten des Unionsrechts im Folgenden näher zu beleuchten.

### II. Die unionsrechtlichen Informationspflichten

#### 1. Überblick

Privatrechtliche Informationspflichten sind aus dem Sekundärrecht der Europäischen Union nicht wegzudenken. Namentlich in verbraucher-schützenden Rechtsakten wie den beiden Fernabsatzrichtlinien 97/7/EG und 2002/65/EG sowie der Verbraucherkreditrichtlinie 2008/48/EG finden sich Bestimmungen, die den Unternehmer verpflichten, den Verbraucher über die darin genannten Punkte zu informieren. Man hat daher die Informationspflichten des Unternehmers neben dem Widerrufsrecht des

---

<sup>1</sup> BGH NJW 2010, 3566 = VersR 2011, 269 (Holzhocker); hierzu eingehend *Ludwig ZGS* 2011, 58; *Reiff* VersR 2011, ...; vgl. auch *Ernst LMK* 2010, 310982; weitere Kurzstellungnahmen von *Schirmbacher* BB 2010, 3114; *Wäßle* K&R 2010, 815 und *Obergfell* MMR 2011, 30.

<sup>2</sup> Rn. 17 des Urteils.

<sup>3</sup> Rn. 18 und 19 des Urteils.

Verbrauchers als das klassische Instrument des unionsrechtlichen Verbraucherschutzes bezeichnet<sup>4</sup>. Die Informationspflichten beschränken sich aber nicht auf diesen Zweck. Sie finden sich nämlich auch in der Vermittlerrichtlinie 2002/92/EG, die grundsätzlich alle Kunden des Versicherungsvermittlers schützt, auch die gewerblichen<sup>5</sup>. Entsprechendes gilt für die Richtlinie 2000/31/EG über den elektronischen Geschäftsverkehr, nach der alle Nutzer zu informieren sind, nicht nur die Verbraucher<sup>6</sup>. Das Unionsrecht muss also mit den Informationspflichten weit gespannte Ziele verfolgen, die über den Verbraucherschutz hinausgehen.

## 2. Sinn und Zweck der Informationspflichten

In der Tat spricht man vom sog. „Informationsmodell“<sup>7</sup> und meint damit vor allem den nach dem Primärrecht gebotenen und vom Sekundärrecht vollzogenen Vorrang von Informationsregeln vor inhaltlich zwingenden Vorschriften<sup>8</sup>. Zwingende Informationspflichten haben gegenüber inhaltlich zwingendem Recht mannigfache Vorteile. Anders als jenes führen sie nicht zu einer Reduktion der Gestaltungsformen und damit des Angebots an unterschiedlichen Dienstleistungen und Waren<sup>9</sup>. Die durch die Cassis de Dijon-Entscheidung von 1979<sup>10</sup> zur Warenverkehrsfreiheit begründete EuGH-Rechtsprechung verbietet inhaltlich zwingende Ge- oder Verbote des nationalen Rechts, wenn dem grundsätzlich berechtigten Schutzanliegen auch durch die Pflicht zur Information der zu schützenden Partei Rechnung getragen werden kann<sup>11</sup>. Das Primat der Informationspflichten spielt auch deshalb eine so große Rolle im Unionsrecht, weil der Binnenmarkt das Aufbrechen abgeschotteter Märkte durch Deregulierung bezweckt<sup>12</sup>. Diese Zielsetzung erfordert aber den aufgeklärten und verständigen Marktteilnehmer, der wohl informiert rationale Entscheidungen

---

<sup>4</sup> In diesem Sinn BT-Drucks. 14/2658 S. 16 und 37 zur Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG; *Fuchs* ZIP 2000, 1273 (1274).

<sup>5</sup> Ausgenommen von den Informationspflichten der Vermittlerrichtlinie sind nach deren Art. 12 Abs. 4 nur die Vermittler von Versicherungen für Großrisiken im Sinn des Art. 2 Nr. 8 und Rückversicherungsvermittler.

<sup>6</sup> Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31/EG differenziert nur insoweit zwischen Verbrauchern und anderen Personen, als diese Informationspflichten für Verbraucher zwingendes Recht sind, im Fall von anderen Personen aber vertraglich abbedungen werden können.

<sup>7</sup> *Fleischer* ZEuP 2000, 772 (780 ff.); *Bülow/Artz*, Verbraucherprivatrecht 3. Aufl. 2011 Rn. 24.

<sup>8</sup> *Grundmann* JZ 2000, 1133 (1142 f.); *Armbrüster* in Langheid/Wandt, Münch-Komm zum VVG Bd. 1 Vor §§ 6, 7 Rn. 9.

<sup>9</sup> *Grundmann* JZ 2000, 1133 (1137), mit dem zutreffenden Hinweis, der deutsche Versicherungsmarkt vor 1994 belege, dass zwingende Produktvorgaben kartellierende Wirkungen haben.

<sup>10</sup> EuGH Rs C-120/78, Slg 1979, 649.

<sup>11</sup> *Reich/Micklitz*, Europäisches Verbraucherrecht 4. Aufl. 2003 S. 86 f.; *Fleischer* ZEuP 2000, 772 (783); *Grundmann* NJW 2000, 14 (18); *Herrmann* VersR 2009, 7 (10).

<sup>12</sup> *Brömmelmeyer* VersR 2009, 584.

treffen kann<sup>13</sup>. Beispielhaft sei auf Erwägungsgrund 79 der Versicherungsrichtlinie 2009/138/EG<sup>14</sup> verwiesen<sup>15</sup>.

### 3. Exemplarische Informationspflichten und ihre Rechtsgrundlagen

#### a) Fernabsatz (Richtlinie 97/7/EG)

Informationspflichten finden sich in der Fernabsatzrichtlinie vom 20.5.1997. Art. 4 Abs. 1 enthält einen Katalog von Informationen, über die der Verbraucher rechtzeitig vor Abschluss eines Vertrages „verfügen“ muss. Nach Abs. 2 müssen die Informationen „auf jedwede der verwendeten Fernkommunikationstechnik angepasste Weise erteilt werden“. Gemäß Art. 5 Abs. 1 muss der Verbraucher nach Vertragsschluss eine Bestätigung der Informationen des Art. 4 „schriftlich oder auf einem anderen für ihn verfügbaren *dauerhaften Datenträger* erhalten“. Es folgen Informationen, die auf jeden Fall „zu *übermitteln*“ sind.

#### b) Fernabsatzfinanzdienstleistungen (Richtlinie 2002/65/EG)

Informationspflichten enthält auch die Fernabsatzrichtlinie II für Finanzdienstleistungen vom 23.9.2002. Nach Abs. 1 des Art. 3 sind dem Verbraucher die darin genannten Informationen rechtzeitig bevor er gebunden ist „zur Verfügung zu stellen“. Art. 3 Abs. 2 bestimmt, dass diese Informationen „in einer dem benutzten Fernkommunikationsmittel angepassten Weise zu erteilen“ sind. Nach Art. 5 Abs. 1 muss der Anbieter dem Verbraucher rechtzeitig bevor dieser gebunden ist alle Vertragsbedingungen und die Informationen „übermitteln“, und zwar „in Papierform oder auf einem anderen *dauerhaften Datenträger*“.

#### c) Elektronischer Geschäftsverkehr (Richtlinie 2000/31/EG)

Auch die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr vom 8.6.2000 kennt Informationspflichten. So enthält Art. 10 Informationspflichten im Zusammenhang mit dem Vertragsschluss auf elektronischem Weg. Dessen Abs. 1 enthält Informationen, die vom Diensteanbieter klar, verständlich und unzweideutig „erteilt werden“ müssen, bevor der Nutzer

---

<sup>13</sup> In diesem Sinn etwa der Reformgesetzgeber zum deutschen VVG von 2008 in seiner Begründung BT-Drucks. 16/3945 S. 47, wonach funktionierender Wettbewerb die Möglichkeit rationaler Auswahl der Nachfrager erfordert.

<sup>14</sup> Diese auch Solvabilität II (Solvency II) genannte Richtlinie tritt nach ihrem Art. 311 in ihren wesentlichen Teilen am 1.11.2012 in Kraft.

<sup>15</sup> Dieser lautet: „In einem Versicherungsbinnenmarkt steht den Verbrauchern eine größere und vielfältigere Auswahl an Verträgen zur Verfügung. Wenn ihnen diese Vielfalt und der verschärfte Wettbewerb in vollem Umfang zugute kommen sollen, müssen sie vor Vertragsabschluss und während der gesamten Vertragslaufzeit alle erforderlichen Informationen erhalten, um entscheiden zu können, welcher Vertrag ihren Bedürfnissen am besten entspricht.“

die Bestellung abgibt. Art. 10 Abs. 3 schreibt vor, die Vertragsbestimmungen und die AGB müssten dem Nutzer „so zur Verfügung gestellt werden, dass er sie speichern und reproduzieren kann“.

*d) Dienstleistungen (Richtlinie 2006/123/EG)*

Art. 22 der Dienstleistungsrichtlinie vom 12.12.2006 enthält in Abs. 1 einen umfangreichen Katalog von Informationen, die ein Dienstleistungserbringer dem Dienstleistungsempfänger „zur Verfügung stellen“ muss. Art. 22 Abs. 2 bestimmt, dass die Informationen „nach Wahl des Dienstleistungserbringers“ von diesem von sich aus mitgeteilt werden; am Ort der Leistungserbringung oder des Vertragsschlusses leicht zugänglich sind; elektronisch leicht zugänglich sind oder in allen ausführlichen Informationsunterlagen enthalten sind.

*e) Verbraucherkredite (Richtlinie 2008/48/EG)*

Die Verbraucherkreditrichtlinie vom 23.4.2008 enthält vor allem in Art. 5 Informationspflichten. Der darin enthaltene Katalog von Informationen muss dem Verbraucher vom Kreditgeber rechtzeitig bevor dieser gebunden ist „auf Papier oder einem anderen *dauerhaften Datenträger* mittels des Formulars ‚Europäische Standardinformationen für Verbraucherkredite‘ in Anhang II *mitgeteilt*“ werden.

*f) Versicherungsvermittler (Richtlinie 2002/92/EG)*

Die Vermittlerrichtlinie vom 9.12.2002 enthält in Art. 12 Abs. 1 - 3 umfangreiche Pflichten des Vermittlers, wobei es sich entgegen der Abschnittsüberschrift nur bei Abs. 1 Unterabs. 1 um echte Informationspflichten handelt<sup>16</sup>, die der Versicherungsvermittler dem Kunden „*mitteilen*“ muss. Nach Art. 13 Abs. 1 sind die dem Kunden des Vermittlers zustehenden Auskünfte „auf Papier oder auf einem anderen, dem Kunden zur Verfügung stehenden und zugänglichen *dauerhaften Datenträger*“ zu erteilen

*4. Analyse der Informationsvorschriften*

Die hier beispielhaft und keineswegs abschließend dargestellten Informationsvorschriften sind im Folgenden genauer zu analysieren. Für die im Fokus der vorliegenden Untersuchung stehende Frage, inwieweit die Informationspflichten durch Bereitstellen der Inhalte auf einer Web-Seite erfüllt werden können, ist von besonderem Interesse, welche Aktivität die Normen den Informationsberechtigten zumuten und welche sie umgekehrt den Informationspflichtigen abverlangen.

---

<sup>16</sup> Näher hierzu *Reiff* VersR 2004, 142 (146 ff.).

#### *a) Passive Informationsbereitstellungsregeln*

Die vorgestellten Informationsregeln lassen sich insoweit in zwei Gruppen aufteilen. Die erste Gruppe verlangt vom Informationspflichtigen nicht, dass er die Informationen aktiv zum Informationsberechtigten transportiert. Er muss dem Informationsberechtigten nur eine zumutbare Möglichkeit einräumen, vom Inhalt der Informationen Kenntnis zu nehmen. Diese Vorschriften sprechen davon, dass die Informationen „zur Verfügung zu stellen“ und zu „erteilen“ sind. Hierher gehören Art. 4 Abs. 1 der Fernabsatzrichtlinie, Art. 3 Abs. 1 der Fernabsatzrichtlinie Finanzdienstleistungen, Art. 10 Abs. 1 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr und Art. 22 Abs. 1 der Dienstleistungsrichtlinie.

Darüber, wie diese Informationen zur Verfügung zu stellen und zu erteilen sind, gehen diese Regeln auseinander. Nach den beiden Fernabsatzrichtlinien muss dies in einer dem benutzten Fernkommunikationsmittel angepassten Weise geschehen<sup>17</sup>. Die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr macht in Art. 10 Abs. 1 diesbezüglich nur die Vorgabe, dass die Informationserteilung klar, verständlich und unzweideutig sein muss. Aus dem Rahmen fällt Art. 22 Abs. 2 der Dienstleistungsrichtlinie. Danach hat der Dienstleistungserbringer eine vierfache Wahl, wie er informiert. Unter anderem kann er dies dadurch, dass die Informationen elektronisch über eine von ihm angegebene Adresse leicht zugänglich sind.

#### *b) Aktive Informationsübermittlungsregeln*

Die zweite Gruppe von Informationsregeln verlangt hingegen vom Informationspflichtigen, dass er die Informationen aktiv zum Informationsberechtigten transportiert. Er muss dafür sorgen, dass die Informationen zu ihm gelangen. Diese Vorschriften sprechen entweder davon, dass er die Informationen „übermitteln“ muss, so die beiden Fernabsatzrichtlinien, oder dass er die Informationen „mitteilen“ muss, so die Verbraucherkreditrichtlinie und die Vermittlerrichtlinie. Kennzeichnend für diese Informationsregeln ist, dass sie relativ genau vorschreiben, wie die Informationen zu übermitteln bzw. mitzuteilen sind. Prototyp hierfür ist der „dauerhafte Datenträger“, der die Informationen enthalten soll.

### **III. Die Web-Seite als passiver Informationsträger**

Im Folgenden geht es zunächst um die erste Gruppe, also die passiven Informationsbereitstellungsregeln. Zu erörtern sind zwei Fragen: Erstens ist zu klären, ob die in diesen Vorschriften normierten Pflichten überhaupt in

---

<sup>17</sup> So die Terminologie von Art. 3 Abs. 2 Richtlinie 2002/65/EG über Finanzdienstleistungen. Art. 4 Abs. 2 der ersten Fernabsatzrichtlinie spricht inhaltlich gleichbedeutend von „auf jedwede der verwendeten Fernkommunikationstechnik angepasste Weise“.

der Weise erfüllt werden können, dass der Pflichtige die jeweiligen Inhalte ins weltweite Netz (www) einstellt, zweitens ist zu untersuchen, wie dies im Einzelnen erfolgen kann.

### 1. Zulässigkeit der Informationserteilung mittels einer Web-Seite

Die erste Frage lässt sich leicht beantworten: Die genannten passiven Informationsbereitstellungsvorschriften lassen es zu, die Pflichten mittels einer Web-Seite zu erfüllen. Für die Dienstleistungsrichtlinie ergibt sich dies unmittelbar aus Art. 22 Abs. 2. Danach hat der Informationspflichtige die Wahl zwischen vier Möglichkeiten. Eine davon ist, dass die Informationen „elektronisch über eine vom Dienstleistungserbringer angegebene Adresse leicht zugänglich sind“. Dies wird regelmäßig durch Angabe der Internetadresse einer Web-Seite erfolgen<sup>18</sup>.

Für die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr kann ebenfalls nicht bezweifelt werden, dass die Informationspflichten aus Art. 10 Abs. 1 mittels einer Web-Seite erfüllt werden können. Die Vorgabe ist insoweit nur, dass die Informationen klar, verständlich und unzweideutig zu erteilen sind. Nach Art. 10 Abs. 3 müssen die - ungleich wichtigeren - *Vertragsbestimmungen* und AGB dem Nutzer so zur Verfügung gestellt werden, „dass er sie speichern und reproduzieren kann“. Dies ist bei Inhalten einer Web-Seite in aller Regel der Fall, weil deren Inhalte grundsätzlich auf der Festplatte des Informationsberechtigten konserviert werden können<sup>19</sup>. Die *Informationen* des Art. 10 Abs. 1 können daher erst recht mittels einer Web-Seite erfüllt werden.

Auch für die passiven Informationsbereitstellungsregeln der beiden Fernabsatzrichtlinien, gilt, dass die darin normierten Pflichten durch Inhalte einer Web-Seite erfüllt werden können. Dies ergibt der Umstand, dass die Informationserteilung auf eine Weise erfolgen muss, die dem verwendeten Fernkommunikationsmittel angepasst ist. Bei einem über das Internet geschlossenen Vertrag kann also die Unterrichtung des Verbrauchers via Internet erfolgen.

### 2. Art und Weise der Informationserteilung mittels einer Web-Seite

Die Art und Weise der Informationserteilung ist bei der Dienstleistungsrichtlinie unproblematisch. Der Dienstleistungserbringer hat die Wahl zwischen vier Wegen. Wählt er die Web-Seite, so muss er dem Leistungsempfänger nur die Adresse der Web-Seite mitteilen und dafür Sorge tragen, dass die Informationen auf ihr „leicht zugänglich“ sind. Sie dürfen

---

<sup>18</sup> So - zur deutschen Umsetzungsvorschrift des § 2 Abs. 2 Dienstleistungs- Informationspflichten-Verordnung vom 12.3.2010 - *Glückert* GewArch 2010, 195 (196); *Köhler* in Köhler/Bornkamm, UWG 29. Aufl. 2011 § 2 DL-InfoV Rn. 23; *Ruppert* DStR 2010, 892 (895).

<sup>19</sup> *Zenker* JZ 2007, 816 (819).

also dort nicht versteckt sein. Nennt der Dienstleister die Adresse seiner Homepage, so sollten die nach Art. 22 Abs. 1 geschuldeten Informationen dort leicht aufzufinden sein. Keinerlei Vorgaben macht die Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr. Im Umkehrschluss zu Art. 10 Abs. 3 müssen die Informationen nach Art. 10 Abs. 1 nicht einmal speicher- und reproduzierbar sein.

Restriktiver sind die beiden Fernabsatzrichtlinien. Die darin enthaltenen Informationsbereitstellungsregeln schreiben nicht nur eine klare und verständliche Erteilung der Informationen vor. Die Informationen müssen danach vor allem auf eine dem verwendeten Kommunikationsmittel angepasste Weise erteilt werden. Dies bedeutet, dass der Unternehmer die geschuldeten Informationen dem Kunden nur dann mittels einer Web-Seite erteilen kann, wenn sich die bisherige Kommunikation zwischen beiden Parteien über das Internet vollzogen hat<sup>20</sup>. Keinesfalls kann der Unternehmer nach einer Faxanfrage des Kunden in seinem Antwortfax, das zugleich ein Vertragsangebot enthält, bezüglich der geschuldeten Informationen auf eine Web-Seite verweisen. Ein dem Verbraucher aufgenötigter Wechsel des Fernkommunikationsmittels ist für diesen nicht zumutbar<sup>21</sup>.

Ist danach die Web-Seite ein zulässiges Mittel, so dürfen die Informationen dort nicht versteckt werden. Sie müssen allerdings nicht auf der Startseite platziert werden. Auch eine sog. Zwangsführung ist nicht notwendig. Die Informationen müssen also im Laufe eines Bestellvorgangs nicht zwingend aufgerufen werden. Es reicht vielmehr aus, wenn sie auf einer anderen Web-Seite des Unternehmers bereitgehalten werden, die über einen Link erreicht werden kann<sup>22</sup>. Die Seite mit den Informationen ist indes deutlich zu verlinken. Es genügt nicht, nur die Adresse dieser Web-Seite auf der Ausgangsseite anzugeben<sup>23</sup>.

#### IV. Die Web-Seite als aktiver Informationsübermittler

Nach den passiven Informationsbereitstellungsregeln ist nunmehr die zweite Gruppe zu untersuchen, also die der aktiven Informationsübermittlungsregeln. Diese Regelungen verlangen zweierlei: Die Informationen müssen „auf einem dauerhaften Datenträger“ verkörpert sein und sie müssen dem Informationsberechtigten „übermittelt“ bzw. „mitgeteilt“ werden.

---

<sup>20</sup> Hoenike/Hülsdunk MMR 2002, 415 (417); Schmidt-Räntsch in Bamberger/Roth, Beck'scher Online Kommentar (Stand: 1.2.2007) § 312c Rn. 20.

<sup>21</sup> Wendehorst in MünchKomm zum BGB Bd. 2, 5. Aufl. 2007 § 312c Rn. 82; Thüsing in Staudinger, BGB (2005) § 312c Rn. 22.

<sup>22</sup> BGH NJW 2006, 3633 (3635 f.) in Rn. 30 ff.

<sup>23</sup> Ebenso Wendehorst und Thüsing aaO (Fn. 21).

## 1. Die Web-Seite als dauerhafter Datenträger

Fraglich ist also zunächst, ob eine Web-Seite ein dauerhafter Datenträger ist. Die Antwort hierauf setzt Klarheit über diesen von vielen Richtlinien verwendeten Begriff voraus.

### a) Der Wortlaut der Vorschriften

Die allgemeine Fernabsatzrichtlinie von 1997 definiert den Begriff „dauerhafter Datenträger“ noch nicht. Fest steht nur, dass eine Beständigkeit der Informationen erforderlich ist, die der Papierform nahekommt. Dies ergibt sich aus der Formulierung „schriftlich oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger“<sup>24</sup>. Welches Ziel die allgemeine Fernabsatzrichtlinie mit dem dauerhaften Datenträger verfolgt, ist freilich eindeutig. Der Richtliniengeber hat - auf Drängen der Kommission<sup>25</sup> - die früher vorherrschende Bindung an die Papierform<sup>26</sup> aufgegeben, um der technischen Entwicklung gegenüber offen zu sein, ohne das von der Papierform gewährte Schutzniveau aufzugeben<sup>27</sup>.

Die Fernabsatzrichtlinie Finanzdienstleistungen von 2002 enthält anders als die allgemeine Fernabsatzrichtlinie eine *Definition* des Begriffs dauerhafter Datenträger. Nach Art. 2 lit. f dieser Richtlinie ist ein dauerhafter Datenträger „jedes Medium, das es dem Verbraucher gestattet, an ihn persönlich gerichtete Informationen derart zu speichern, dass er sie in der Folge für eine für die Zwecke der Informationen angemessene Dauer einsehen kann, und das die unveränderte Wiedergabe der gespeicherten Informationen ermöglicht“. Eine inhaltsgleiche und nahezu wortgleiche Definition enthalten Art. 2 Nr. 12 S. 1 der Vermittlerrichtlinie und Art. 3 lit. m der Verbraucherkreditrichtlinie. Diese Definition ist freilich kaum geeignet, in der hier untersuchten Frage Klarheit zu schaffen. Ob die Web-Seite unter diese Definition fällt, lässt sich mit ihrer Hilfe kaum entscheiden. Erwägungsgrund 20 der Fernabsatzrichtlinie Finanzdienstleistungen geht auf diese Frage allerdings ausdrücklich ein. Danach gehören zu den dauerhaften Datenträgern „insbesondere Disketten, CD-ROMs, DVDs und die Festplatte des Computers des Verbrauchers, auf der die elektronische Post gespeichert wird, jedoch nicht Internet-Websites, es sei denn, sie erfüllen die in der Definition des Begriffs ‚dauerhaftes Medium‘ enthaltenen Kriterien“. Der Wortlaut dieses Erwägungsgrundes wird in Art. 2 Nr. 12 S. 2 Vermittlerrichtlinie sogar zum verbindlichen Normtext, avanciert also von

---

<sup>24</sup> In diesem Sinn auch Erwägungsgrund 13 der Richtlinie 97/7/EG, wonach elektronisch verbreitete Informationen häufig nicht beständig seien, soweit sie nicht auf einem dauerhaften Datenträger empfangen werden.

<sup>25</sup> Pützhoven, *Europäischer Verbraucherschutz im Fernabsatz* 2001 S. 63.

<sup>26</sup> Nachweise auf diese älteren Richtlinien bei Heiss in Schnyder/Heiss/Rudisch, *Internationales Verbraucherschutzrecht* 1995 S. 87 (100 f.).

<sup>27</sup> Nordhausen in Reich/Nordhausen, *Verbraucher und Recht im elektronischen Geschäftsverkehr* 2000 S. 40 in Rn. 60.

der Auslegungshilfe zum Auslegungsgegenstand. Eine Web-Seite ist demnach grundsätzlich kein dauerhafter Datenträger, es sei denn, sie erfüllt die von einem dauerhaften Datenträger zu verlangenden Kriterien. Wirklich hilfreich ist auch das nicht.

*b) Das Urteil des EFTA-Gerichtshofs vom 27.1.2010*

Der EFTA-Gerichtshof hat sich in seiner Entscheidung vom 27.1.2010<sup>28</sup> erfolgreich bemüht, Licht in das Dunkel des nebulösen Begriffs vom dauerhaften Datenträger zu bringen. Er hatte die Frage zu klären, welche Anforderungen an die Web-Seite eines Versicherungsvermittlers als dauerhafter Datenträger zu stellen sind. Der Gerichtshof entnimmt Art. 2 Nr. 12 Vermittlerrichtlinie die Kriterien, die erfüllt sein müssen, damit ein dauerhafter Datenträger vorliegt. Erstens muss das Medium es dem Verbraucher ermöglichen, persönlich an ihn gerichtete Informationen zu speichern<sup>29</sup>. Persönlich an den Verbraucher gerichtet sind die Informationen, die der Vermittler dem Kunden nach Art. 12 Abs. 1 mitzuteilen hat<sup>30</sup>. Bezogen auf eine Web-Seite ist insoweit nur zu verlangen, dass der Verbraucher die in Art. 12 genannten Informationen speichern kann<sup>31</sup>, was bei modernen Web-Seiten in aller Regel der Fall ist<sup>32</sup>.

Zweitens muss das Medium es dem Verbraucher ermöglichen, die Informationen so zu speichern, dass er sie während eines für den Informationszweck angemessenen Zeitraums abrufen kann, mithin so lange, wie sie für ihn zur Wahrung seiner Interessen gegenüber Vermittler und Versicherer sachdienlich sind<sup>33</sup>. Auch dieses Kriterium bereitet bei einer Web-Seite kein Problem, weil das, was der Verbraucher gespeichert hat, ihm auch grundsätzlich beliebig lange zur Verfügung steht.

Drittens muss das Medium die unveränderte Wiedergabe der gespeicherten Daten ermöglichen; die bereitgestellten Informationen müssen daher so gespeichert werden, dass sie nicht einseitig vom Vermittler geändert werden können<sup>34</sup>. Dieses Kriterium bildet den eigentlichen Schwerpunkt der Entscheidung des Gerichtshofs. Er folgt hier zum Teil den Ausführungen der EFTA-Überwachungsbehörde und der Europäischen Kommission<sup>35</sup>, die sich ihrerseits einem Bericht der Expertengruppe „Europäische

---

<sup>28</sup> EFTA-Gerichtshof VersR 2010, 793 (Inconsult) mit Anm. Reiff.

<sup>29</sup> So Rn. 34 des Urteils.

<sup>30</sup> So Rn. 37 des Urteils.

<sup>31</sup> So Rn. 39 des Urteils.

<sup>32</sup> *Zenker* JZ 2007, 816 (819); *Noack/Kremer* in *Anwaltkommentar BGB* Bd. 1, § 126b Rn. 16.

<sup>33</sup> So Rn. 40 und 46 des Urteils.

<sup>34</sup> So Rn. 47 und 61 des Urteils.

<sup>35</sup> Siehe hierzu Rn. 56 ff. und Rn. 60 ff. des Urteils sowie den vom Berichterstatter des Gerichtshofs *Örlygsson* verfassten Sitzungsbericht in der Rechtssache E-4/09 in Rn. 90 ff. und 103 ff., abrufbar über das Internet unter [www.eftacourt.int](http://www.eftacourt.int).

Wertpapiermärkte<sup>36</sup> anschließen. Der Gerichtshof unterscheidet insoweit zwischen „gewöhnlichen“ und „fortgeschrittenen“ Web-Seiten. Eine gewöhnliche Web-Seite sei ein Portal für die Bereitstellung von Inhalten, die vom Betreiber beliebig geändert werden könnten, und damit kein „dauerhafter Datenträger“<sup>37</sup>.

Bei den fortgeschrittenen Web-Seiten sei dies anders. Hier gebe es zwei Unterkategorien. Die erste diene als Portal für die Bereitstellung von Informationen auf einem anderen Medium, das seinerseits als dauerhafter Datenträger betrachtet werden könne. Es reiche freilich nicht aus, wenn der Informationsberechtigte nur die Möglichkeit habe, die Informationen dauerhaft bei sich zu speichern. Diese Web-Seiten erfüllen nach dem Gerichtshof vielmehr nur dann die Anforderungen an eine Bereitstellung von Informationen auf einem dauerhaften Datenträger, wenn sie „Elemente enthalten, die den Verbraucher *mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit* dazu anhalten, die Informationen in Papierform zu sichern oder auf einem anderen dauerhaften Datenträger zu speichern“<sup>38</sup>. Erforderlich ist also ein „Zwangsdowload“<sup>39</sup>.

Die zweite Unterkategorie fortgeschrittener Web-Seiten sei demgegenüber selbst dauerhafter Datenträger. Diese Web-Seiten enthielten einen sicheren Speicherplatz für den einzelnen Informationsberechtigten, auf den (nur) dieser mittels Benutzername und Passwort zugreifen könne. Der Informationspflichtige habe keine Möglichkeit, die einmal eingestellten Informationen zu ändern.

### c) Analyse

Die Entscheidung des EFTA-Gerichtshofs ist zu begrüßen. Sie stellt klar, dass Web-Seiten als dauerhafte Datenträger angesehen werden können, und zwar entweder selbst oder als Medium, über welches Informationen auf einem dauerhaften Datenträger gespeichert werden müssen. Ersteres ist grundsätzlich unproblematisch. Insoweit kann es nur um die Frage gehen, welche technischen und rechtlichen Anforderungen an die fortgeschrittenen Web-Seiten der zweiten Unterkategorie zu stellen sind<sup>40</sup>.

Letzteres, also die Anerkennung der ersten Unterkategorie fortgeschrittener Web-Seiten, ist im Schrifttum als „ungewöhnlich“ bezeichnet worden.

---

<sup>36</sup> Der Bericht der Expertengruppe „Europäische Wertpapiermärkte“ (European Securities Markets Expert Group/ESME) vom 11.7.2007 ist (nur) in englischer Sprache im Internet abrufbar unter [http://ec.europa.eu/internal\\_market/securities/docs/esme/durable\\_medium\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/securities/docs/esme/durable_medium_en.pdf).

<sup>37</sup> So Rn. 63 des Urteils.

<sup>38</sup> So Rn. 65 des Urteils. Die Formulierung der englischen Fassung lautet: „almost certainly“.

<sup>39</sup> Zum Zwangsdowload *Zenker* JZ 2007, 816 (820) betreffend die Textform des § 126b BGB.

<sup>40</sup> Hierzu *Schirmbacher* CR 2010, 265 (266); *Ludwig* ZGS 2011, 58 (61).

Hier werde die bloße Funktion der Web-Seite zur Eigenschaft als dauerhafter Datenträger aufgewertet<sup>41</sup>. Dem ist aber zu entgegenen, dass dies allenfalls dann bedenklich wäre, wenn schon die *Möglichkeit* des Speicherns der Information ausreichen würde, wofür ausweislich des Sitzungsberichts des Berichterstatters sowohl die Europäische Kommission als auch die Expertenkommission plädierten<sup>42</sup>. Der Gerichtshof verlangt aber in seinem Urteil nicht nur die bloße Möglichkeit der Speicherung, sondern den *Zwangsdowload*, also Vorkehrungen, die mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit zur Speicherung durch den Kunden führen.

Das Urteil des EFTA-Gerichtshofs bezog sich unmittelbar nur auf Art. 2 Nr. 12, Art. 12 und 13 der Vermittlerrichtlinie. Das Urteil hat aber generelle Geltung für alle Richtlinien, nach denen Informationspflichten mittels dauerhaftem Datenträger zu erfüllen sind<sup>43</sup>, also auch für die hier näher untersuchten beiden Fernabsatzrichtlinien und die Verbraucherkreditrichtlinie.

## 2. Die „Übermittlung“ bzw. das „Mitteilen“ der Informationen auf einer Web-Seite

Folgt man wie hier vorgeschlagen dem EFTA-Gerichtshof darin, dass Web-Seiten dauerhafte Datenträger sein können, so hat damit der Informationspflichtige noch nicht viel gewonnen. Denn die Informationen müssen nach den hier untersuchten aktiven Informationsübermittlungsregeln „übermittelt“ bzw. „mitgeteilt“ werden. Der Wortlaut der Vorschriften verlangt also vom Informationspflichtigen, dass er die Informationen aktiv zum Informationsberechtigten transportiert. Der EFTA-Gerichtshof hat sich zu den Voraussetzungen des Übermittelns bzw. Mitteilens nicht geäußert, wohl weil er durch die eingeschränkte Vorlagefrage daran gehindert war<sup>44</sup>.

### a) Web-Seiten, die selbst dauerhafte Datenträger sind

Bei fortgeschrittenen Web-Seiten der zweiten Unterkategorie, die selbst dauerhafte Datenträger sind, ist die Mitteilung bzw. die Übermittlung unproblematisch. Transport zum Informationsberechtigten heißt, dass die

---

<sup>41</sup> *Stadler/Bovelet* European Law Reporter (ELR) 2010, 177 (180).

<sup>42</sup> So der Sitzungsbericht aaO (Fn. 35) in Rn. 108 und 111, wonach gewöhnliche Web-Seiten, die nicht als dauerhafte Datenträger angesehen werden können, (nur) solche sind, deren Seiten vom Benutzer nicht gespeichert oder ausgedruckt werden können.

<sup>43</sup> So Rn. 56 des Urteils; ebenso *Reiff* VersR 2010, 797 f.; *Ludwig* ZGS 2011, 58 (60); *Schirnbacher* CR 2010, 265; *Stadler/Bovelet* ELR 2010, 177 (179 f.). Der EuGH bezieht sich regelmäßig auf die Rechtsprechung des EFTA-Gerichtshofs; *Thalmair* NJW 2011, 14 (15).

<sup>44</sup> Die Vorlagefrage hatte nur zum Gegenstand, unter welchen Voraussetzungen eine Internetseite als „dauerhafter Datenträger“ iSv Art. 2 Nr. 12 Vermittlerrichtlinie angesehen werden kann.

Informationen in dessen Machtbereich gelangen müssen. Dies ist bei einer Web-Seite, sei sie nun vom Informationspflichtigen oder einem Dritten unterhalten, dann der Fall, wenn die Informationen in einen geschützten Bereich eingestellt werden, auf den nur der Informationsberechtigte Zugriff hat. Der Informationspflichtige hat sich der Informationen entäußert und kann sie nicht mehr verändern. Er hat sie - nicht anders als bei einem auf einer Web-Seite zugänglichen E-Mail-Account<sup>45</sup> - zum Informationsberechtigten transportiert. Sie sind damit in der Begrifflichkeit des deutschen Rechts dem Informationsberechtigten zugegangen, weil sie sich in seinem Machtbereich befinden und er von ihrem Inhalt auf zumutbare Weise Kenntnis nehmen kann.

*b) Web-Seiten, die zur Speicherung auf dauerhaften Datenträgern zwingen*

Deutlich schwieriger liegen die Dinge bei fortgeschrittenen Web-Seiten der ersten Unterkategorie, die selbst keine dauerhaften Datenträger sind, sondern den Informationsberechtigten zwingen, die Informationen auf einem dauerhaften Datenträger zu sichern. Streng genommen liegt hier keine Übermittlung oder Mitteilung vor, weil der Informationspflichtige die Informationen nicht selbst aktiv zum Informationsberechtigten transportiert, sondern diesen mittels technischer Vorschriften dazu zwingt, sich die auf der Web-Seite nur zur Verfügung gestellten Informationen selbst zu verschaffen. Der Informationspflichtige leitet die Informationen also nicht selbst zum Berechtigten. Er bringt sie nicht in Richtung Empfänger auf den Weg. Er erzwingt vielmehr nur ein Selbstverschaffen der Informationen durch den Berechtigten. Informationen, die auf Web-Seiten mit integriertem Zwangsdownload hinterlegt sind, werden demnach nicht im engeren Sinn „übermittelt“ oder „mitgeteilt“. Der Wortlaut der hier untersuchten Informationsregeln ist also nicht erfüllt.

Gleichwohl sollte es einem Informationspflichtigen gestattet sein, seine Pflicht durch Bereitstellung der Informationen auf einer Web-Seite mit Zwangsdownload zu erfüllen. Hierfür sprechen die Gründe, die den Richtliniengeber zur Verwendung des Begriffs dauerhafter Datenträger veranlassen haben. Wie gesehen wurde die früher übliche Papierform durch den dauerhaften Datenträger ergänzt, um der technischen Entwicklung nicht im Wege zu stehen<sup>46</sup>. Es handelt sich bei dem dauerhaften Datenträger also um einen technikoffenen Begriff<sup>47</sup>, was in Anbetracht des atemberau-

---

<sup>45</sup> Zu diesem Vergleichsmaßstab *Ludwig ZGS* 2011, 58 (61); *Stadler/Bovelet ELR* 2010, 177 (180).

<sup>46</sup> Siehe hierzu oben bei Fn. 26.

<sup>47</sup> So *BT-Drucks.* 14/2658 S. 40, wo im Zusammenhang mit dem dauerhaften Datenträger von einer „technikoffenen Umschreibung“ die Rede ist.

benden Tempos der Weiterentwicklung im Bereich der Informationstechnik auch so sein muss. Bei Auslegung solcher Begriffe kommt es weniger auf den Wortlaut der Definition als auf den mit der Vorschrift verfolgten Zweck an<sup>48</sup>. Dieser besteht darin, die Papierform, die dem technischen Fortschritt im Wege steht, durch eine offene Umschreibung moderner Informationsträger zu ergänzen, jedoch zugleich das Schutzniveau der Papierform beizubehalten. Der Informationspflichtige soll durch die von ihm einzuhaltenden Formalien nicht stärker belastet werden, als dies zum Schutz des Informationsberechtigten unbedingt erforderlich ist<sup>49</sup>. Es mag sein, dass dieser Schutz durch das Bereithalten der Informationen auf gewöhnlichen Web-Seiten, die nicht sicherstellen, dass der Berechtigte die Informationen in seinem Machtbereich speichert, nicht ausreichend gewahrt ist, so dass es hier nicht nur nach dem Wortlaut, sondern auch nach Sinn und Zweck der Norm an einer Mitteilung bzw. Übermittlung fehlt<sup>50</sup>. Anders ist dies auf Web-Seiten mit Zwangsdownload. Hier ist der Schutz der Informationsberechtigten genauso gewährleistet wie bei einem Brief, in Papierform oder einer E-Mail<sup>51</sup>. Die Expertengruppe hat dies so ausgedrückt: Es besteht kein Unterschied zwischen einem Brief, den der Empfänger nicht öffnet, und dem Verschaffen klarer, einfacher und verfügbarer Mittel, um Informationen in dauerhafter Form herunterzuladen, wenn der Berechtigte sich entscheidet, sie nicht herunterzuladen<sup>52</sup>.

Das Urteil des EFTA-Gerichtshofs vom 27.1.2010 spricht ebenfalls dafür, die Bereitstellung von Informationen auf einer fortgeschrittenen Web-Seite mit integriertem Zwangsdownload schon als Übermittlung bzw. Mitteilung anzusehen. Auch wenn das Urteil wegen der Beschränkung durch die Vorlagefrage hierzu nicht explizit Stellung nimmt, so darf man doch nicht auf halbem Wege stehen bleiben, sondern muss ihn gleichsam zu Ende gehen. Es hieße, die Weiche unter dem fahrenden Zug herumzureißen, wenn man diese Web-Seiten mit dem Urteil des EFTA-Gerichtshofs zwar als dauerhaften Datenträger im Sinn der genannten Richtlinienbestimmungen ansehen wollte, die Erfüllung der Informationspflichten mittels dieser Web-Seiten aber mit dem Hinweis verneinte, sie führten nicht zur Übermittlung der geschuldeten Informationen.

---

<sup>48</sup> *Stadler/Bovelet* ELR 2010, 177 (180).

<sup>49</sup> Ebenso BT-Drucks. 14/2658 S. 40 zu § 2 Abs. 4 FernAbsG.

<sup>50</sup> So jedenfalls BT-Drucks. 14/2658 S. 40, wonach Web-Seiten nur ausreichen, wenn der Verbraucher die Informationen tatsächlich bei sich abspeichert oder ausdrückt.

<sup>51</sup> Es ist jedenfalls nicht zugänglich, auf die beim Informationsberechtigten anfallenden ganz geringen Kosten für Papier, Drucker und Datenübermittlung abzustellen, weil diese jedenfalls heute eine vernachlässigenswerte Größe darstellen; anders noch *Mankowski* CR 2001, 30.

<sup>52</sup> So der (englischsprachige) Bericht der ESME (Fn. 36) in seinem letzten Absatz.

## V. Schluss

Die Untersuchung hat ergeben, dass das Unionsrecht und namentlich seine Informationspflichten der rasanten Entwicklung der Informationstechnik deutlich offener gegenüberstehen, als dies verbreitet vermutet wird. Sie hat weiter gezeigt, dass unionsrechtliche Informationsregeln, die die Informationserteilung auf einem dauerhaften Datenträger vorschreiben, durch das Bereitstellen dieser Informationen auf einer Web-Seite erfüllt werden können. Voraussetzung ist, dass diese Web-Seite den Informationsberechtigten entweder durch technische Vorkehrungen zum Download zwingt oder sie geschützte Bereiche enthält, auf die nur der Informationsberechtigte mittels Benutzername und Passwort zugreifen kann.

Der BGH hat sich in seiner eingangs berichteten Entscheidung vom 29.4.2010<sup>53</sup> zu der Frage geäußert, inwieweit die Vorschriften, die den Fernabsatzunternehmer verpflichten, dem Verbraucher bestimmte Informationen „in Textform mitzuteilen“, mittels einer Web-Seite erfüllt werden können. Der Begriff der Textform fand zum 1.8.2001 Eingang in das BGB und ersetzte dann im Zuge der Schuldrechtsreform 2002 den Begriff des „dauerhaften Datenträgers“<sup>54</sup>, der erst kurz vorher bei der Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie 97/7/EG wörtlich aus dem Unionsrecht übernommen worden war und in Gestalt des § 361a Abs. 3 BGB a.F. Eingang in das deutsche Recht gefunden hatte<sup>55</sup>. Die Ausführungen des EFTA-Gerichtshofs zum unionsrechtlichen Begriff des „dauerhaften Datenträgers“ haben also unmittelbare Bedeutung für das Verständnis des deutschen Rechtsbegriffs „Textform“, zumindest soweit dieser Begriff zur Umsetzung von auf „dauerhaftem Datenträger“ zu erfüllenden Informationspflichten aus unionsrechtlichen Richtlinien verwendet wird.

Hieraus folgt: Der BGH hat sich zu Unrecht auf den „gemeinschaftsrechtlichen Hintergrund“ des § 312c Abs. 2 BGB a.F. (seit 11.6.2010: § 312c Abs. 1 BGB mit Art. 246 § 2 EGBGB) berufen. Die von ihm vorgenommene „richtlinienkonforme Auslegung“ der Vorschrift entbehrt jeder Grundlage. Dem BGH ist vorzuwerfen, das Urteil des EFTA-Gerichtshofs vom 27.1.2010<sup>56</sup> zwar gesehen und referiert<sup>57</sup>, aber nicht umgesetzt zu haben<sup>58</sup>. Der BGH schließt sich nämlich in seinem Urteil der schon bisher in

---

<sup>53</sup> BGH NJW 2010, 3566 = VersR 2011, 269 (Holzhocker); zum Urteil siehe auch die Nachweise in Fn. 1.

<sup>54</sup> BT-Drucks. 14/7052 S. 191 und 195.

<sup>55</sup> Hierzu BT-Drucks. 14/3195 S. 33.

<sup>56</sup> EFTA-Gerichtshof VersR 2010, 793 (Inconsult).

<sup>57</sup> BGH NJW 2010, 3566 = VersR 2011, 269 (Holzhocker) in Rn. 18 und 20 dieses Urteils.

<sup>58</sup> In diesem Sinn Ludwig ZGS 2011, 58 (59 f.); Reiff VersR 2011, ...

Deutschland h.M.<sup>59</sup> an, wonach Informationen auf einer Web-Seite die Textform nur wahr, wenn der Informationsberechtigte diese Informationen auch wirklich auf seinen Computer herunterlädt oder sich ausdrückt und sie ihm dadurch dauerhaft zur Verfügung stehen. Dieser Auffassung entzieht das Urteil des EFTA-Gerichtshofs konsequent zu Ende gedacht den Boden<sup>60</sup>. Soll die Pflicht, Informationen einem anderen in Textform mitzuteilen, durch Inhalte einer Web-Seite erfüllt werden, so kommt es entgegen dieser Ansicht nicht darauf an, ob der Informationsberechtigte, häufig der Verbraucher, die Informationen tatsächlich auf seinem Rechner gespeichert oder sie sich ausgedrückt hat. Diese Aktivität des Informationsberechtigten ist weder erforderlich noch ausreichend. Von Interesse ist vielmehr, was vom Informationspflichtigen, häufig dem Unternehmer, verlangt wird, der die Informationspflicht mit Hilfe einer Web-Seite erfüllen will. Insoweit ist entscheidend, ob die Web-Seite technische Vorkehrungen enthält, die den Informationsberechtigten zum Speichern oder Ausdrucken der Informationen zwingen. Ist dies der Fall, so ist die Informationspflicht selbst dann erfüllt, wenn es ohne den Willen des Informationspflichtigen im seltenen Einzelfall aus welchem Grund auch immer nicht zur Speicherung oder zum Ausdruck durch den Informationsberechtigten gekommen ist.

---

<sup>59</sup> *Ellenberger* in Palandt, BGB 70. Aufl. 2011 § 126b Rn. 3; BGH NJW 2010, 3566 = VersR 2011, 269 (Holzhocker) in Rn. 19; dort weitere Nachweise auf die h.M. in Rechtsprechung und Literatur.

<sup>60</sup> *Reiff* VersR 2010, 797 (798); ihm folgend *Thalmair* NJW 2011, 14 (18) und *Ludwig* ZGS 2011, 58 (60).