

Carina Boos

Verbraucher- und Datenschutz bei Online-Versanddiensten

Automatisierte Einschätzung
der Vertrauenswürdigkeit durch
ein Browser-Add-on



ITeG – Interdisciplinary Research on Information System Design

Band 1 / Vol. 1

Herausgegeben von / Edited by
ITeG Wissenschaftliches Zentrum für Informationstechnik-Gestaltung
an der Universität Kassel

Universität Kassel
ITeG Wissenschaftliches Zentrum
für Informationstechnik-Gestaltung
Pfannkuchstraße 1
D-34121 Kassel

Carina Boos

Verbraucher-und Datenschutz bei Online-Versanddiensten

Automatisierte Einschätzung
der Vertrauenswürdigkeit durch ein Browser-Add-on

Die vorliegende Arbeit wurde vom Fachbereich Wirtschaftswissenschaften der Universität Kassel als Dissertation zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechtswissenschaften (Dr. iur.) angenommen.

Erster Gutachter: Prof. Dr. Alexander Roßnagel

Zweiter Gutachter: Prof. Dr. Peter Rott

Tag der mündlichen Prüfung: 28. April 2015

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar

Zugl.: Kassel, Univ., Diss. 2015
ISBN 978-3-86219-958-7 (print)
ISBN 978-3-86219-959-4 (e-book)
URN: <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0002-39599>

© 2015, kassel university press GmbH, Kassel
www.upress.uni-kassel.de/

Printed in Germany

VORWORT DER HERAUSGEBER

Im Gegensatz zum Ladenlokal können die Vertragspartner im Online-Handel ihre Vertrauenswürdigkeit nicht gegenseitig einschätzen, obwohl sie darauf in besonderer Weise angewiesen sind. Sie können den Vertrag nicht Zug um Zug erfüllen, sondern sind auf Vorleistungen angewiesen. Der Online-Verkäufer behilft sich meist damit, dass er viele personenbezogene Daten über den Käufer erhebt. Über Kreditscoring lässt er die Vertrauenswürdigkeit des Käufers einschätzen und gestaltet die Form der Vertragsabwicklung nach dieser Einschätzung. Dagegen hat der Käufer als Verbraucher als Informationsquelle meist nur den Webauftritt und die Warenpräsentation des Verkäufers. Er kann sich zwar theoretisch über die Bedingungen des Vertrags und der Vertragsabwicklung erkundigen, indem er die Vertragsklauseln des Verkäufers, seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen und seine Datenschutzerklärung studiert. Diese Klauseln sind jedoch sehr umfangreich und in unverständlichem Juristendeutsch gedrechselt. Ein Durchschnittsverbraucher kann sie nicht verstehen. In der Praxis liest ein Verbraucher diese Texte nie und schließt einen Kaufvertrag mit unbekanntenen Bedingungen ab. Im Ergebnis besteht eine eklatante Informationsasymmetrie über die Vertrauenswürdigkeit des jeweiligen Gegenübers.

Für die Verbraucher wäre es in dieser Situation hilfreich, wenn sie auf Mittel zurückgreifen könnten, um die Vertrauenswürdigkeit von Online-Shops einzuschätzen. Auch sie würden gern Daten über die Verkäufer automatisiert auswerten, wie diese es umgekehrt gegenüber den Verbrauchern bereits in umfangreicher Weise tun. Auch für die Verbraucher sollten die Auswertungen in Sekundenschnelle zur Verfügung stehen, ohne dafür eigene Aufmerksamkeit und Anstrengung aufbringen zu müssen. Für die automatisierte Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit der Online-Shops sind allerdings Kriterien und Verfahren erforderlich, die ein praktisch verwertbares Ergebnis liefern. Wichtige Bezugssysteme für die Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit sind der Umgang mit dem Informationsbedürfnis und der geringeren Vertragsmacht der Verbraucher und mit den personenbezogenen Daten, die sie dem Verkäufer anvertrauen oder die er sich besorgt. Ein rechtswissenschaftliches Konzept, wie aus rechtlichen Anforderungen des Verbraucher- und Datenschutzrechts Kriterien und Verfahren für eine automatisierte Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit eines Online-Shops genutzt werden können, fehlt jedoch bisher.

Eine rechtswissenschaftliche Untersuchung, die die Grundlagen für eine praktisch sinnvolle und handhabbare automatisierte Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit eines Online-Shops legt, gibt es bisher nicht. Diese Lücke in der Kooperation von Informationstechnikrecht und Informationstechnik schließt die vorliegende Arbeit von Frau Boos. Sie entwirft ein Konzept, mit dem automatisiert Analysen zur Vertrauenswürdigkeit eines Online-Versanddienstes durchgeführt und dem Nutzer die Ergebnisse in einer angemessenen Weise mitgeteilt werden können. Hierfür untersucht sie, welche Möglichkeiten zur Nutzerunterstützung sich durch den Einsatz eines Browser-Add-ons bieten, das die Vertrauenswürdigkeit eines Online-Versanddienstes danach bewertet, wie mit dem Verbraucher- und Datenschutz umgeht, und entsprechende Hinweise an den Nutzer zurückgibt.

Damit erfüllt Frau Boos eine dreifache, gleichermaßen praktisch wie methodisch hochrelevante Herausforderung für eine interdisziplinär orientierte Rechtswissenschaft: Zum einen arbeitet sie in rechtsdogmatischer Hinsicht die aktuellen Anforderungen des Verbraucher- und Datenschutzrechts gegenüber Online-Versanddiensten so heraus, dass sie als Kriterien zur Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit taugen. Zum anderen identifiziert und bewertet sie in praktischer Hinsicht Merkmale in den zu analysierenden Texten der Online-Versanddienste so, dass sie als Grundlage für die automatisierte Einschätzung dienen können. Schließlich entwickelt sie in methodischer Hinsicht eine Vorgehensweise, die einem Browser-Add-on ermöglicht, automatisiert Hinweise an den Verbraucher zu geben. Auf diese soll er seine Entscheidung, dem Online-Versanddienstes zu vertrauen oder nicht zu vertrauen, stützen können.

Die Arbeit entstand in weiten Teilen in dem interdisziplinären Forschungsprojekt „Benutzerunterstützung zur Bewertung der Vertrauenswürdigkeit von Webseiten und Webshops (Internet Usage Support – InUse)“, das vom Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft unterstützt wurde. Das rechtliche Teilprojekt wurde von Februar 2012 bis März 2015 von Frau Boos im Rahmen der Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet) im Wissenschaftlichen Zentrum für Informationstechnik-Gestaltung (ITeG) der Universität Kassel bearbeitet. Während dieser Zeit konnte Frau Boos mit Informatikern und Psychologen der Technischen Universität Darmstadt sowie den Partnerunternehmen KOBIL Systems GmbH, Worms, und USD AG, Langen, kooperieren.

Für die weitere Diskussion und Praxis im Verbraucherschutz und im Datenschutz ist zu hoffen, dass die Entscheidungsträger in Wirtschaft, Verwaltung, Justiz und Politik die Erkenntnisse und Hinweise dieser Arbeit zur Kenntnis nehmen und bei ihren Entscheidungen zur Umsetzung von Daten- und Verbraucherschutz berücksichtigen.

Mit diesem Band eröffnet das Wissenschaftliche Zentrum für Informationstechnik-Gestaltung (ITeG) der Universität Kassel seine Buchreihe „Interdisciplinary Research on Information System Design“. Diese enthält Monographien und Sammelbände zur sozialnützlichen Gestaltung von Informationstechnik, die aus Forschungsarbeiten im Wissenschaftlichen Zentrum hervorgegangen sind. Das ITeG freut sich, diese mit Auszeichnung bewertete Doktorarbeit als ersten Band in seine neu gegründete Buchreihe aufzunehmen.

Für die Herausgeber

Kassel, im Mai 2015

Alexander Roßnagel

VORWORT DER AUTORIN

Die vorliegende Arbeit entstand zwischen Januar 2012 und Februar 2015 im Rahmen meiner Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin in der Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet) unter der Leitung von Prof. Dr. Alexander Roßnagel an der Universität Kassel. Die Sach- und Rechtslage entspricht dem Stand von Februar 2015. Weite Teile meiner Arbeit wurden im interdisziplinären Forschungsprojekt „Benutzerunterstützung zur Bewertung der Vertrauenswürdigkeit von Webseiten und Webshops (Internet Usage Support – InUse)“ erarbeitet, das vom Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL) gefördert wurde.

Zum Erfolg der Arbeit haben viele Menschen beigetragen. Sie alle namentlich zu nennen, ist hier nicht möglich. Einige sollen aber explizit genannt werden. Im Besonderen möchte ich meinem Doktorvater Prof. Dr. Alexander Roßnagel danken. Dank gilt ihm für die langjährige, intensive und kontinuierliche Betreuung, zu der neben regelmäßigen fachlichen Anregungen und weitgehender Freiheit bei der Arbeitsorganisation auch der permanente Glaube in meine Fähigkeiten zählte, der mich zu vielem ermutigt hat. Aber auch für das bereits im Studium in mich gesetzte Vertrauen und für die mir angebotene Möglichkeit zur Promotion in seiner Projektgruppe möchte ich ihm herzlich danken. Prof. Dr. Peter Rott danke ich für das Interesse am Thema sowie die Übernahme und das sehr zügige Erstellen des Zweitgutachtens.

Allen Kollegen bei provet danke ich für die fachliche Unterstützung und die kommunikative und freundschaftliche Zusammenarbeit in den vergangenen drei Jahren. Besonders hervorheben möchte ich meine Kollegen Maxi Nebel, Steffen Kroschwald und Magda Wicker, die die gesamte Zeit den Weg der Promotion mit mir beschritten haben und mit denen ich besonders eng zusammenarbeitete, Fachfragen diskutieren konnte und die auch als persönliche Motivatoren tätig wurden.

Dank gilt auch meinen Projektpartnern an der Technischen Universität Darmstadt und der usd AG im Forschungsprojekt InUse, die meine Arbeitsergebnisse immer wieder im Kontext der ihnen eigenen Fachdisziplin hinterfragten und mir dadurch neue Denkanstöße lieferten, die zur Verbesserung der Arbeit beitrugen. An vielen Stellen wäre meine Arbeit ohne die Zusammenarbeit mit ihnen auch schlicht nicht möglich gewesen. Die Bereicherung interdisziplinärer Zusammenarbeit wird mich stets begleiten.

Boos

Meinem privaten Umfeld danke ich für die abwechslungsreichen Arbeitspausen. Insbesondere meinem langjährigen Partner Sascha Müller danke ich für die allumfassende Unterstützung über den gesamten Zeitraum und darüber hinaus. Besonderer Dank gilt meinen Eltern, ohne deren fortwährendes Vertrauen in mich und meine Fähigkeiten ich meinen Lebensweg – einschließlich der Promotion – so nicht hätte beschreiten können.

Stuttgart, im Mai 2015

Carina Boos

INHALTSVERZEICHNIS

VORWORT DER HERAUSGEBER	V
VORWORT DER AUTORIN	IX
INHALTSVERZEICHNIS	XI
TEIL 1 EINLEITUNG	1
1 Relevanz des Online-Versandhandels	3
2 Zielsetzung der Arbeit.....	6
3 Online-Versanddienste.....	9
3.1 Verbrauchsgüterkauf	10
3.1.1 Bewegliche Sachen und Waren	11
3.1.2 Kaufvertrag	13
3.1.3 Verbraucher	14
3.1.4 Unternehmer.....	17
3.2 Fernabsatz und elektronischer Geschäftsverkehr	18
4 Methodik und Struktur der Arbeit.....	23
TEIL 2 RECHTLICHE ANFORDERUNGEN AN ONLINE- VERSANDDIENSTE	25
Kapitel 1 Risiken bei der Nutzung von Online-Versanddiensten.....	25
1 Risiken für Verbraucher.....	27
2 Risiken für Betroffene.....	34
2.1 Recht auf informationelle Selbstbestimmung	35
2.2 Risiken für die informationelle Selbstbestimmung	37
2.3 Risiken durch den Umgang mit Zahlungsdaten	43
3 Risiken der Nutzung.....	46
Kapitel 2 Verbraucherschutzrechtliche Anforderungen	46
1 Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie	47
2 Allgemeine Geschäftsbedingungen.....	51
2.1 Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle	53
2.2 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen.....	54
2.3 Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen	58
2.4 Anforderungen an Allgemeine Geschäftsbedingungen.....	60

3	Fernabsatzverträge und entgeltliche Verbraucherverträge	61
3.1	Zahlungsbeschränkungen	62
3.2	Informationspflichten im Fernabsatz.....	63
3.2.1	Pflichtangaben im Fernabsatz.....	63
3.2.2	Formale Gestaltung der Information im Fernabsatz.....	65
3.2.2.1	Vorvertragliche Information.....	66
3.2.2.2	Nachvertragliche Information	67
3.3	Widerrufsrecht	69
3.3.1	Pflichtangaben zum Widerrufsrecht.....	69
3.3.2	Ausnahmen vom Widerrufsrecht	73
3.3.3	Formale Gestaltung der Information zum Widerrufsrecht	75
3.4	Anforderungen an Fernabsatz- und entgeltliche Verbraucherverträge	76
4	Elektronischer Geschäftsverkehr	76
4.1	Allgemeine Informationspflicht im elektronischen Geschäftsverkehr	77
4.1.1	Allgemeine Pflichtangaben im elektronischen Geschäftsverkehr	77
4.1.2	Formale Gestaltung der Information im elektronischen Geschäftsverkehr	79
4.2	Technische Bereitstellungspflichten.....	80
4.3	Besondere Informationspflicht im elektronischen Geschäftsverkehr	82
4.4	Button-Lösung.....	86
4.4.1	Beschriftung der Schaltfläche	87
4.4.2	Formale Gestaltung der Schaltfläche	89
4.5	Anforderungen an den elektronischen Geschäftsverkehr.....	90
5	Preisangaben	91
5.1	Pflicht zur Preisangabe	92
5.2	Formale Gestaltung der Preisangaben	95
5.3	Anforderungen an Preisangaben	98
6	Anbieterkennzeichnung	98
6.1	Pflichtangaben der Anbieterkennzeichnung	100
6.2	Formale Gestaltung der Anbieterkennzeichnung	102

6.3	Anforderungen an die Anbieterkennzeichnung	104
7	Kommerzielle Kommunikation.....	104
7.1	Informationspflichten bei kommerzieller Kommunikation.....	105
7.2	Voraussetzungen einer zumutbaren Belästigung	108
7.3	Anforderungen an kommerzielle Kommunikation	110
8	Anforderungen aus dem Verbraucherschutzrecht	111
Kapitel 3	Datenschutzrechtliche Anforderungen	111
1	Anwendungsbereich des Datenschutzrechts.....	112
1.1	Personenbezogene Daten	113
1.2	Personenbezogene Daten bei Online-Versanddiensten	116
1.3	Anonyme und pseudonyme Daten	117
2	Anwendungsbereich einzelner datenschutzrechtlicher Normen.....	120
3	Datenschutzrechtliche Grundsätze	126
3.1	Verantwortliche Stelle.....	126
3.2	Erlaubnis für den Umgang mit Daten.....	128
3.2.1	Erlaubnisnorm	128
3.2.1.1	Umgang mit Bestandsdaten	129
3.2.1.2	Umgang mit Nutzungsdaten.....	130
3.2.1.3	Umgang mit Inhaltsdaten	132
3.2.2	Einwilligung.....	136
3.3	Zweckbindung.....	141
3.4	Erforderlichkeit.....	142
3.5	Datensparsamkeit und -vermeidung	143
3.6	Transparenzgebot.....	145
3.6.1	Unterrichtungspflicht	147
3.6.1.1	Pflichtangaben einer datenschutzrechtlichen Unterrichtung	147
3.6.1.2	Formale Gestaltung der datenschutzrechtlichen Unterrichtung	150
3.6.2	Benachrichtigungspflicht	153
3.6.3	Anzeige bei Weitervermittlung zu anderen Diensteanbietern	154
3.7	Datenschutz durch Technik.....	155

3.7.1	Technisch-organisatorische Schutzziele.....	156
3.7.2	Technisch-organisatorische Schutzmaßnahmen.....	158
3.8	Weitergabe von personenbezogenen Daten	161
3.8.1	Weitergabe im Rahmen einer Auftragsdatenverarbeitung	161
3.8.2	Weitergabe durch Übermittlung.....	164
3.9	Betroffenenrechte.....	169
3.9.1	Auskunftspflicht	169
3.9.2	Recht auf Berichtigung, Löschung, Sperrung und Widerspruch.....	171
4	Einzelne datenschutzrechtliche Probleme in der Praxis.....	172
4.1	Cookies	172
4.1.1	Technik und Funktion	173
4.1.2	Personenbezug von Cookies.....	175
4.1.3	Zulässiger Umgang mit personenbezogenen Cookie- Daten	180
4.1.4	Unterrichtungspflichten und Widerspruch.....	184
4.2	Browser-Fingerprinting	185
4.3	Social-Plug-ins.....	186
4.4	Bonitätsprüfung und Scoring.....	189
4.4.1	Zulässiger Umgang	191
4.4.2	Entscheidung aufgrund eines Score-Wertes	193
5	Anforderungen aus dem Datenschutzrecht	195
6	Ausblick auf die Datenschutz-Grundverordnung	195
Kapitel 4 Grenzen der Anwendbarkeit deutschen Rechts.....		197
1	Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte.....	199
1.1	Verbraucherschutzrecht.....	199
1.2	Datenschutzrecht	203
2	Internationales Privatrecht.....	205
2.1	Verbraucherschutzrecht.....	205
2.1.1	Außereuropäisches Ausland	206
2.1.1.1	Vertragliche Schuldverhältnisse.....	206
2.1.1.2	Außervertragliche Schuldverhältnisse	214
2.1.2	Europäisches Ausland	216

2.2	Datenschutzrecht.....	219
2.2.1	Verantwortliche Stellen mit Sitz im Europäischen Wirtschaftsraum.....	220
2.2.2	Verantwortliche Stellen mit Sitz in einem Drittstaat	224
3	Anwendbares Recht bei internationalen Sachverhalten	224
Kapitel 5	Anforderungen des Verbraucher- und Datenschutzrechts	226

**TEIL 3 AUTOMATISIERTE EINSCHÄTZUNG DER
VERTRAUENSWÜRDIGKEIT** **229**

Kapitel 1	Vertrauenswürdigkeit von Online-Versanddiensten.....	229
1	Vertrauen.....	230
2	Vertrauen bei Online-Versanddiensten	234
3	Objektive Vertrauenswürdigkeit	238
4	Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit	242
4.1	Analyse der formalen Gestaltung	242
4.2	Analyse von Inhalten.....	244
4.2.1	Empirisches Vorgehen.....	248
4.2.2	Text- und Mustererkennung	252
4.3	Analyse von Online-Prüfsiegeln	252
5	Technische Umsetzung in einem Browser-Add-on	258
5.1	Funktion eines Browser-Add-ons	258
5.2	Nicht-kooperativer Ansatz	259
5.2.1	Beispiele für kooperative Ansätze	260
5.2.1.1	Verbraucherschutz durch Mitentscheidung bei Online-Verträgen	260
5.2.1.2	Standardisierte Datenschutzerklärungen in P3P	261
5.2.2	Vorteile eines nicht-kooperativen Ansatzes.....	267
Kapitel 2	Automatisierte Analyse der formalen Gestaltung.....	268
1	Formale Gestaltung eines Links.....	269
1.1	Merkmale von Links	269
1.2	Link zur Anbieterkennzeichnung.....	270
1.3	Link zu vorvertraglichen Pflichtinformationen.....	272
1.4	Link zu den Versandkosten	273
1.5	Link zu den Zahlungsmitteln	274

1.6	Link zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen.....	275
1.7	Link zur datenschutzrechtlichen Unterrichtung.....	276
1.8	Link zur datenschutzrechtlichen Einwilligung.....	277
1.9	Umfang einer Auswertung der formalen Gestaltung von Links	278
2	Formale Gestaltung eines Textes.....	278
2.1	Merkmale formaler Textgestaltung.....	278
2.2	Anbieterkennzeichnung	279
2.3	Preisangaben	280
2.4	Vorvertragliche Pflichtinformationen.....	282
2.5	Zusatzzahlungen und Zahlungsmittel	285
2.6	Allgemeine Geschäftsbedingungen	286
2.7	Datenschutzerklärung.....	288
2.8	Datenschutzrechtliche Einwilligung.....	289
2.9	Umfang einer Auswertung der formalen Gestaltung von Texten	292
3	Formale Gestaltung des Bezahl-Buttons	292
3.1	Beschriftung eines Bezahl-Buttons.....	293
3.2	Weitergehende Nutzerunterstützung	297
3.3	Umfang einer Auswertung des Bezahl-Buttons.....	298
4	Umfang einer Auswertung der formalen Gestaltung.....	299
Kapitel 3 Automatisierte Analyse von Inhalten und Techniken beim Verbraucherschutz		299
1	Automatisierte Analyse der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	300
1.1	Transportkosten	303
1.1.1	Versandkosten	304
1.1.2	Rücksendekosten.....	306
1.2	Analyse der Vertrauenswürdigkeit	309
1.2.1	Kauf auf Probe	309
1.2.2	Freiwilliges Rücktrittsrecht	312
1.2.3	Vertragsschluss und Annahmefrist	314
1.2.4	Abtretung.....	320
1.2.5	Zurückbehaltungsrecht	323
1.2.6	Aufrechnung	324
1.2.7	Haftung.....	326

1.3	Umfang einer Auswertung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen	328
2	Automatisierte Analyse der Angabe von Pflichtinformationen	330
2.1	Universelle Pflichtinformationen	331
2.2	Partielle Pflichtinformationen	337
2.3	Umfang einer Auswertung der Pflichtinformationen	340
3	Automatisierte Analyse von Techniken beim Verbraucher- schutz	341
4	Umfang einer Auswertung der Inhalte und Techniken beim Verbraucherschutz	344
Kapitel 4	Automatisierte Analyse von Techniken und Inhalten beim Datenschutz	345
1	Automatisierte Analyse datenschutzrelevanter technischer Gestaltung	345
1.1	Datensparsamkeit und Erforderlichkeit	346
1.2	Datenweitergabe	348
1.3	Weitervermittlung	349
1.4	Datensicherheit	350
1.5	Umfang einer Auswertung der datenschutzrelevanten technischen Gestaltung	351
2	Automatisierte Analyse von Datenschutzerklärung und Einwilligungen	352
2.1	Automatisierte Analyse P3P-konformer Datenschutzerklärungen	352
2.2	Automatisierte Analyse einer deutschen Datenschutzerklärung und Einwilligung	355
2.2.1	Zuständige Kontaktpersonen	358
2.2.2	Rechte des Nutzers	360
2.2.2.1	Auskunftsrecht	361
2.2.2.2	Berichtigung, Löschung oder Sperrung	363
2.2.2.3	Widerruf und Widerspruch	364
2.2.3	Werbung	364
2.2.3.1	Cookies	364
2.2.3.2	Webanalyse	369

2.2.3.3	Retargeting-Technologien und Newsletter	375
2.2.4	Bonitätsüberprüfungen	376
2.2.5	Datensicherheit	379
2.2.6	Datenweitergabe	380
2.2.7	Einwilligung	386
2.2.8	Umfang einer Auswertung der Datenschutzerklärung	389
3	Umfang einer Auswertung der Inhalte und Technik beim Datenschutz	390
Kapitel 5	Automatisierte Analyse von Online-Prüfsiegeln	390
1	„Trusted Shops“-Online-Prüfsiegel	391
2	„S@fer Shopping“-Online-Prüfsiegel	394
3	„EHI Geprüfter Online-Shop“-Online-Prüfsiegel	396
4	„Internet Privacy Standards“-Online-Prüfsiegel	399
5	„Vom Datenschutz empfohlen“-Online-Prüfsiegel	400
6	Umfang einer Auswertung von Online-Prüfsiegeln	402
Kapitel 6	Automatisierte Auswertung der Anknüpfung an deutsches Recht	402
Kapitel 7	Möglichkeiten einer automatisierten Einschätzung	405
1	Bereiche der automatisierten Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit	406
2	Grenzen der automatisierten Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit	409
3	Umfang einer automatisierten Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit	410
3.1	Verbraucherschutzrecht	411
3.2	Datenschutzrecht	412
3.3	Umfassende automatisierte Einschätzung	414
TEIL 4	DAS BROWSER-ADD-ON	417
Kapitel 1	Rechtliche Einordnung eines Browser-Add-ons	417
1	Browser-Add-on als Software	418
2	Browser Add-on als Telemedium	420
Kapitel 2	Haftung des Add-on-Anbieters	421
1	Grundprinzipien zivilrechtlicher Haftung	422

2	Haftung bei fehlerhafter Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit	423
2.1	Haftung gegenüber dem Nutzer	424
2.1.1	Vertragliche Ansprüche	424
2.1.1.1	Bei kostenpflichtigem Vertrieb des Add-ons	425
2.1.1.2	Bei kostenfreiem Vertrieb des Add-ons.....	432
2.1.2	Gesetzliche Ansprüche.....	434
2.1.2.1	Produkthaftungsgesetz	434
2.1.2.2	Produzentenhaftung.....	437
2.2	Haftung gegenüber einem Online-Versanddienst oder seinen Mitbewerbern	441
2.2.1	Ansprüche aus dem Wettbewerbsrecht.....	442
2.2.1.1	Mitbewerber.....	443
2.2.1.2	Unzulässigkeit der geschäftlichen Handlung.....	447
2.2.2	Ansprüche aus dem allgemeinen Deliktrecht.....	453
2.2.2.1	Ansprüche auf Schadensersatz	453
2.2.2.2	Ansprüche auf Unterlassung.....	457
2.3	Bestehende Haftungsrisiken für den Add-on-Anbieter	459
3	Haftungsausschlüsse	459
	Kapitel 3 Rechtliche Einordnung und Haftungsrisiken.....	463
	TEIL 5 FAZIT	465
	LITERATURVERZEICHNIS.....	471
	ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	503

TEIL 1 EINLEITUNG

Forschungsgegenstand dieser Arbeit ist ein Browser-Add-on zur Unterstützung seines Nutzers. Die Nutzerunterstützung zielt auf die Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit des Anbieters eines Online-Shops. Um einzuschätzen, wie vertrauenswürdig ein Anbieter ist, wird der von ihm betriebene Online-Shop hinsichtlich des Verbraucher- und Datenschutzes analysiert. Der Bereich des Verbraucher- und Datenschutzes im Online-Handel (häufig auch als E-Commerce bezeichnet) wurde bereits in der Vergangenheit immer wieder untersucht und auch gesetzgeberisch umfassend reguliert. Die Besonderheit dieser Arbeit besteht in der Methode, die durch die Entwicklung einer Software zur Unterstützung des Nutzers bedingt wird. Soll ein Browser-Add-on eine Einschätzung vornehmen, können nur solche Aspekte einfließen, die durch Software automatisiert analysiert werden können. Dies macht eine detaillierte Betrachtung und Zusammenführung der rechtlichen Anforderungen mit der – vor allem technischen – Umsetzung in der Praxis notwendig.

Diese Arbeit beschreibt die rechtswissenschaftliche Untersuchung zum Verbraucher- und Datenschutz, die im Rahmen der Konzipierung des Add-ons notwendig war. Sie entstand im Rahmen des Projekts „Benutzerunterstützung zur Bewertung der Vertrauenswürdigkeit von Webseiten und Webshops (Internet Usage Support – InUse)“, das vom Bundesministerium für Landwirtschaft und Ernährung (BMEL) von 2012 bis 2015 gefördert wurde.¹ Das Projekt wurde gemeinsam mit wirtschaftlichen und wissenschaftlichen Partnern aus den Bereichen der Informatik und Arbeitswissenschaften durchgeführt.² Ziel war vor allem die Entwicklung eines Konzepts für ein Browser-Add-on, das den Nutzer beim Erkennen von und dem Umgang mit Risiken aus den Bereichen IT-Sicherheit, Verbraucher- und Datenschutz gleichermaßen unterstützt, ohne ihn durch unnötige oder zu häufige Hinweise und Unterbrechungen zu stören. Dieses Konzept entwickelten die wissenschaftlichen Projektpartner, die gemeinsam im Center for Advanced Security Research Darmstadt (CASED) organisiert sind, in steter enger in-

¹ Zu Beginn des Projekts war das Ministerium als Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Ernährung (BMELV) noch zusätzlich für den Bereich des Verbraucherschutzes zuständig.

² Technische Universität Darmstadt, insbesondere das Fachgebiet Security, Usability and Society (SecUSo) und das Institut für Arbeitswissenschaften (IAD), KOBIL Systems GmbH und usd AG.

terdisziplinärer Abstimmung. Das allgemeine technische Konzept des Add-ons und die automatisiert auslesbaren Aspekte der IT-Sicherheit beim Umgang mit Webseiten wurden von der Informatik bearbeitet. Aus rechtlicher Sicht wurden automatisiert auslesbare Aspekte zum Verbraucher- und Datenschutz einer Webseite, insbesondere von Online-Shops, bei denen Unternehmer (physische) Waren zum Verkauf an Verbraucher anbieten (Online-Versanddienste),³ zusammengetragen.

Bezüglich der möglichen Techniken, die bei der automatisierten Analyse zum Einsatz kommen, erfolgte eine besonders enge Zusammenarbeit mit den Projektpartnern aus der Informatik. Die Analyse des Verbraucher- und Datenschutzes wurde mit der Analyse der IT-Sicherheit anhand einer disziplinenübergreifenden Risikobewertung zusammengeführt. Für eine höhere Präzision und bessere Verständlichkeit der Hinweise an den Nutzer wurde einerseits auf die konkreten Risiken abgestellt, denen der Nutzer auf einer bestimmten Webseite begegnet. Andererseits ermöglichte die Zusammenarbeit mit den Arbeitswissenschaften das Einbeziehen des Nutzers selbst entsprechend seiner Risikobereitschaft und IT-Expertise.⁴ Die Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet), die unter der Leitung von Professor Roßnagel im wissenschaftlichen Zentrum für Informationstechnik-Gestaltung (ITeG) an der Universität Kassel tätig ist, war alleinverantwortlich für die rechtlichen Aspekte im Zusammenhang mit dem Projekt. Die inhaltliche Bearbeitung des Projekts übernahm die Autorin.

Bisher werden im Bereich des Online-Handels vor allem Online-Prüfsiegel zur Nutzerunterstützung verwendet. Diese bringen jedoch verschiedene Probleme mit sich. Zunächst ist ihre Aussagekraft für den Verbraucher und Nutzer aufgrund der Vielzahl an unterschiedlichen Online-Prüfsiegeln häufig kaum zu erkennen. Wichtiger ist jedoch, dass es sich um einen kooperativen Ansatz handelt, der vom Mitwirken des Anbieters abhängt. Dadurch verfügen nur einige (wenige) Online-Shops über ein Online-Prüfsiegel. Nur bei diesen wird der Verbraucher und Nutzer unterstützt. Das Add-on verzichtet auf die Mitwirkung des Anbieters und kann deshalb zu allen deutschen Online-Shops eine Einschätzung geben. Aufgrund der Vielzahl rechtlicher Vorgaben beschränkt sich die Untersuchung in dieser Arbeit auf einen

³ Detailliert zum Begriff der Online-Versanddienste s. Teil 1 3 Online-Versanddienste.

⁴ Zum Projekt InUse, insbesondere dem rechtswissenschaftlichen Teilprojekt, *Boos/Roßnagel*, MMR 2015, 215 ff. **Fehler! Textmarke nicht definiert.** und allgemein www.secuso.informatik.tu-darmstadt.de/de/research/projects/projekt-inuse.

bestimmten, in der Praxis besonders relevanten Teil der Online-Shops – die Online-Versanddienste. Der Ansatz ließe sich jedoch auch auf andere Online-Shops übertragen.

Das Add-on kann aber nicht nur auf das Mitwirken des Anbieters verzichten, sondern funktioniert auch ohne Intermediäre. Es besteht weiterhin die Möglichkeit, dass die (Browser-)Einstellungen des Nutzers berücksichtigt werden, da das Add-on speziell seinen Nutzer unterstützen soll. Diese Unterstützung hat für den Nutzer den weiteren Vorteil, dass sie ohne sein Zutun funktioniert und zunächst auch ohne seine Aufmerksamkeit zu erregen. Erst wenn Auffälligkeiten bei der automatisierten Einschätzung der Vertrauenswürdigkeiten entdeckt werden, wird der Nutzer darauf hingewiesen und kann dann selbst aktiv werden.

Technisch bedingt kann das Add-on nur den Webauftritt analysieren und dabei automatisiert prüfbare Inhalte auswerten. Es existiert keine Möglichkeit etwa das dahinterstehende Unternehmen und seine Abläufe oder den Versand und die Waren bei der Einschätzung einfließen zu lassen. Das Add-on führt außerdem einen Algorithmus aus, der bereits bei der Programmierung festlegt, wie bestimmte Analyseergebnisse zu bewerten sind. Dadurch sind keine Einzelfallentscheidungen möglich. Eine juristische Bewertung einer Webseite kommt damit nicht in Betracht. Jedoch kann auf verallgemeinernde Heuristiken zurückgegriffen werden. Maßstab der Einschätzung ist dabei nicht die Rechtskonformität einer Webseite bezüglich des Verbrauchers und Datenschutzes, sondern die Vertrauenswürdigkeit des Anbieters. Es steht also die Frage im Fokus, ob dem Anbieter des Online-Versanddienstes aufgrund der tatsächlichen Gestaltung des Webaufttritts vertraut werden sollte. Dadurch können die technisch bedingten Nachteile des Add-ons insgesamt weitgehend ausgeglichen werden.

1 Relevanz des Online-Versandhandels

Seit den Anfängen des Online-Handels wird er als zukunftssträchigste Einkaufsmöglichkeit angesehen. Damit wird auch die Einführung zahlreicher rechtlicher Vorgaben in diesem Bereich – vor allem durch den europäischen Normengeber – begründet. Tatsächlich stellt der Online-Handel bisher aus wirtschaftlicher Sicht eine Erfolgsgeschichte dar. 2012 überstieg der Online-Handel zwischen Unternehmern und Verbrauchern („B2C“) weltweit zum ersten Mal die Marke von einer Billion US-Dollar. Insbesondere der deut-

sche Markt ist stark entwickelt und lag 2012 mit 47 Milliarden US-Dollar auf Platz fünf der umsatzstärksten Staaten in diesem Bereich.⁵ Zwar ist der Umsatz im Verhältnis zum Brutto-Inlandsprodukt⁶ verschwindend gering und auch der Anteil am Einzelhandel mit 11,2 Prozent⁷ nicht besonders hoch. Dennoch steigen die Umsatzzahlen jährlich an, sodass teilweise bereits das Ende der Ladengeschäfte in Innenstädten prognostiziert wird.⁸ Eine Abweichung von dieser steigenden Tendenz ist nicht abzusehen.⁹ Experten schätzen sogar einen Anstieg auf 25 Prozent des gesamten Einzelhandels in den nächsten Jahren voraus.¹⁰

Obwohl die Umsatzzahlen im Bereich des Online-Handels zwischen Unternehmern („B2B“) deutlich höher sind, erhält der Online-Handel mit Verbrauchern größere Aufmerksamkeit.¹¹ Fast alle Online-Shops richten sich an Verbraucher.¹² Die meisten Verbraucher nutzen das Internet auch zum Einkaufen.¹³ Anders als Unternehmer sind Verbraucher regelmäßig aufgrund

⁵ Nach eMarketer, Ecommerce Sales Topped \$1 Trillion for First Time in 2012, New York 5.2.2013, www.emarketer.com/Article/Ecommerce-Sales-Topped-1-Trillion-First-Time-2012/1009649.

⁶ Das Bruttoinlandsprodukt betrug 2013 2.735,8 Milliarden Euro. Statistisches Bundesamt, Bruttoinlandsprodukt 2013 für Deutschland, Berlin 15.1.2014, www.destatis.de/DE/PresseService/Presse/Pressekonferenzen/2014/BIP2013/Pressebrochure_BIP2013.pdf.

⁷ Nach bevh (ehemals bvh), Ergebnisse der bvh-B2C-Studie 2013 liegen vor, Pressemitteilung vom 19.2.2014, Berlin, www.bevh.org/presse/pressemitteilungen/details/datum/2014/februar/artikel/ergebnisse-der-bvh-b2c-studie-2013-liegen-vor-interaktiver-handel-2013-massive-umsatzsteigerungen.

⁸ Reimann/Höwelkröger, Online-Handel bedroht zunehmend die Innenstädte, heise online vom 17.2.2014, www.heise.de/-2115864.html.

⁹ Vgl. etwa die steigende Anzahl der im Internet Bestellenden *Themen*, Wirtschaft und Statistik 8/2014, 453.

¹⁰ Kannenberg, Onlinehandel wächst rasant, heise online vom 18.2.2014, www.heise.de/-2117729. Grundsätzlich zum weiteren Anstieg des Online-Handels Germany Trade & Invest, The E-Commerce Market in Germany, Berlin 2014, www.gtai.de/GTAI/Navigation/DE/Invest/Service/publikationen,did=858410.html; eco/Arthur D. Little, Die deutsche Internetwirtschaft 2012-2016, Berlin 2013, www.eco.de/wp-content/blogs.dir/eco_adl_report2013_web1.pdf.

¹¹ BMWi, Monitoring-Report Digitale Wirtschaft 2013, Berlin 2014, www.bmw.de/DE/Mediathek/publikationen,did=625962.html, 28.

¹² Nach Groß/Klees/Duscha/Krüger/Hinrichs 2012, 80 handelt es sich um über 95 Prozent.

¹³ Nach einer Studie von Initiative D21/bvh 2012, 6 kauften 96 Prozent der befragten regelmäßigen Internetnutzer online ein, ein Drittel davon mehr als einmal im Monat, weitere 37 Prozent fünf bis zwölf Mal im Jahr. Nach Rodenkirchen/Krüger 2011, 12 ist Online-Shopping die Anwendungen im Internet mit der höchsten Nutzungsintensität. Etwa zwei Drittel der Befragten kaufen häufig oder regelmäßig online.

des strukturellen Ungleichgewichts gegenüber Unternehmern¹⁴ auf Unterstützung beim Online-Handel angewiesen. Der Online-Handel ist für Verbraucher vor allem dadurch attraktiv, dass sie im Internet jederzeit, unabhängig vom Ort einkaufen können. Damit ist es möglich sowohl Gedränge als auch beschränkte Öffnungszeiten zu vermeiden. Weitere wichtige Vorteile sind das große Angebot und eine bessere Entscheidungsbasis durch den effizienteren Zugang zu mehr Informationen, etwa durch leichte Vergleichsmöglichkeiten, insbesondere beim Preis.¹⁵

Besonders ortsungebunden ist der M-Commerce, bei dem mobile Endgeräte, wie Smartphones, beim Online-Handel eingesetzt werden. Wie der „klassische“ Online-Handel steigt auch der M-Commerce. Diese Arbeit beschränkt sich jedoch auf den „klassischen“ Online-Handel. Zum einen macht er mehr als zwei Drittel des gesamten Online-Handels aus.¹⁶ Um einen möglichst großen Einsatzbereich für das Add-on zu schaffen, wird deshalb der „klassische“ Online-Handel ausgewählt. Zum anderen ergeben sich nur geringfügige rechtliche Abweichungen, etwa aufgrund der regelmäßig deutlich geringeren Displaygröße.

Außerdem wird der Einsatzbereich des Add-ons auf den Verkauf (physischer) Waren beschränkt,¹⁷ denn der Vertrieb physischer Waren ist im Online-Handel von besonderer Bedeutung. 80 Prozent des Umsatzes physischer Waren im Versandhandel werden online getätigt.¹⁸ Die meisten Verbraucher haben bereits materielle Güter über das Internet bestellt¹⁹ und die meisten Online-Shops verkaufen physische Waren.²⁰ Es stand auch etwa jede vierte

¹⁴ Detailliert zum Begriff des Verbrauchers s. Teil 1 3.1.3 Verbraucher.

¹⁵ *Cichon* 2005, Rn. 796; *Höltgen/Zander-Huyat*, in: Kröger/Nöcker/Nöcker 2002, 101.

¹⁶ 70,8 Prozent ergab eine Studie des bevh, Aktuelle Zahlen zum Interaktiven Handel, Überblick Waren, Berlin 2014, www.bevh.org/markt-statistik/zahlen-fakten.

¹⁷ Detailliert zu der Abgrenzung dieser Online-Versanddienste s. Teil 1 3 Online-Versanddienste.

¹⁸ Nach bevh, Umsatzzahlen B2C 2013, Pressemitteilung vom 18.2.2014, Hamburg/Berlin, www.bevh.org/uploads/media/140218_PM_bvh_Jahrespressekonferenz-Umsatzzahlen_B2C_2013.pdf und bevh, Aktuelle Zahlen zum Interaktiven Handel, Überblick Waren, Klassische Bestellwege vs. Online 2013, Berlin 2014, www.bevh.org/markt-statistik/zahlen-fakten handelte es sich im Jahr 2013 um 39,1 Millionen Euro.

¹⁹ Bei *Rodenkirchen/Krüger* 2011, 12, 19 und 26 traf dies auf 95 Prozent der Befragten zu.

²⁰ Bei *Groß/Klees/Duscha/Krüger/Hinrichs* 2012, 84 traf dies auf 75 Prozent der Online-Shops zu, aber nur 1,6 Prozent bieten digitale Waren und nur 2,9 Prozent Dienstleistungen an.

Verbraucherbeschwerde 2012 im Zusammenhang mit Warenkäufen.²¹ Negative Erfahrungen können den Verbraucher jedoch von der Teilnahme am Online-Handel abschrecken. Diese können aus der mangelnden Beurteilbarkeit des Anbieters und der Waren, Erfüllungs- und Privatsphärenrisiken entstehen.²² Eine Unterstützung erscheint deshalb in diesem Bereich besonders sinnvoll.

2 Zielsetzung der Arbeit

Das juristische Konzept soll dazu führen, dass Verbraucher als Nutzer von Online-Versanddiensten durch die automatisierte Einschätzung ihrer Vertrauenswürdigkeit bei ihrer Auswahlentscheidung unterstützt werden. Dabei wird die Vertrauenswürdigkeit auf Basis von Kriterien aus dem Verbraucher- und Datenschutzrecht eingestuft. Sowohl der Verbraucher- als auch der Datenschutz sind im Bereich des Online-Handels von besonderer Bedeutung. Die Bedeutung des Verbraucherschutzes kann aus den bereits genannten Zahlen zum Online-Handel abgeleitet werden. Der Online-Handel ist bei Verbrauchern aufgrund seiner Vorteile beliebt. Die wenigsten Verbraucher haben jedoch die Kenntnisse, um sich vor den Risiken zu schützen, denen sie sich beim Online-Handel aussetzen.²³ Dies wurde bereits früh von der – vor allem europäischen – Politik erkannt, die daraufhin entsprechende rechtsetzende Maßnahmen ergriff. Dennoch kommt es immer wieder zu Problemen für Verbraucher.

Probleme im Bereich des Datenschutzes sind dem Online-Handel immanent, denn es ist nicht möglich, sich online zu bewegen, ohne eine Datenspur zu hinterlassen, die dem Nutzer über verschiedene Mittel, wie die IP-Adresse oder Cookies, zugeordnet werden können.²⁴ Hinzukommt, dass personenbezogene Daten im Internet einen besonderen Wert haben.²⁵ Sie

²¹ Zentrum für Europäischen Verbraucherschutz, Jahresbericht 2012, www.eu-verbraucher.de/fileadmin/user_upload/eu-verbraucher/pdf/Jahresberichte/re-de-final-web.pdf, 10. Nach *Rodenkirchen/Krüger* 2011, 13 haben 40,7 Prozent der Verbraucher bereits negative Erfahrungen beim Online-Einkauf gemacht.

²² Detailliert zu den Risiken s. Teil 2 Kapitel 1 Risiken bei der Nutzung von Online-Versanddiensten.

²³ Detailliert zu den Risiken s. Teil 2 Kapitel 1 Risiken bei der Nutzung von Online-Versanddiensten.

²⁴ *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka* 2001, 22; o. V., Internet-Wettbewerb zu Datenschutz und E-Commerce, MMR 2000, XXI.

²⁵ *Brunst* 2009, 32 m. w. N.

wurden in der Vergangenheit mehrfach als „Öl“ der Informationsgesellschaft bezeichnet.²⁶ Dementsprechend ist der Datenschutz „eines der zentralen Themen im Internet“.²⁷ Verbrauchern ist der Schutz ihrer Daten beim Online-Einkauf besonders wichtig.²⁸ Jedoch zeigt sich eine Diskrepanz bezüglich ihres tatsächlichen Verhaltens.²⁹ Datenschutzskandale haben in aller Regel keinen spürbaren Effekt auf dem Markt³⁰ – wenn sie überhaupt erkannt werden. Insbesondere im Internet werden Datenschutzverstöße vom Nutzer aber nur selten bemerkt.³¹ Ein weiterer Gegensatz zeigt sich darin, dass die Daten im Internet zwar einerseits flüchtig sind, etwa die Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf einer Webseite oder der Online-Shop insgesamt.³² Andererseits sind Daten, die im Internet veröffentlicht wurden, kaum zu löschen. Auch die im Benutzerkonto eines Nutzers gespeicherten Daten werden nicht immer beim Löschen des Kontos beim Anbieter auch tatsächlich vollständig beseitigt.³³

Die enge Verbindung zwischen den Bereichen des Verbraucher- und Datenschutzes wird vor allem in den letzten Jahren immer deutlicher wahrgenommen.³⁴ Der Verbraucher stellt die private Nachfrageseite im Internet dar

²⁶ Spiekermann zitiert in *Krempf/Wilkens*, Verfassungsrichter: „Soviel Datenschutz wie nötig, so wenig wie möglich“, heise online vom 18.10.2012, www.heise.de/-1731923; *Albrecht*, ZD 2013, 49. Von „Gold“ schreibt *Leible*, K&R 2012, Heft 6, I, von „Rohstoffen“ *Kurz/Rieger* 2012, 12.

²⁷ *Spindler*, GRUR 2013, 996.

²⁸ Nach Initiative D21/bvh 2012, 13 ist Verbrauchern bei Online-Prüfsiegeln die Überprüfung von Datenschutz und Datensicherheit am wichtigsten.

²⁹ Zum Privacy Paradoxon *Acquisti/Grossklags*, WEIS 2003; *Spiekermann/Grossklags/Berendt*, CEC 2001, 38 ff.; *Norberg/Horne/Horne*, JCA 2007, 100 ff. *Schmölz*, RDV 2012, 292 f. zu verschiedenen Einstellungen gegenüber Datenschutz und -sicherheit im Internet.

³⁰ *Spindler*, in: Deutscher Juristentag 2012, F 99; *Muntermann/Roßnagel*, in: *Jøsang/Knapskog/Maseng* 2009, 1 ff.

³¹ *Möller*, Legal localization of P3P as a requirement for its privacy enhancing effect, 2003, www.w3.org/2003/p3p-ws/pp/uld.html, 3.

³² So entfielen im Verlaufe der Bearbeitung drei von 48 Online-Versanddiensten, die exemplarisch untersucht wurden.

³³ *Spindler*, in: Deutscher Juristentag 2012, F 15.

³⁴ Etwa Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“, 12. Zwischenbericht, BT-Drs. 17/12540, 28 ff.; *Tiffe*, VuR 2013, 161. Entsprechend sollen Verbraucherschutzverbände nach einem Gesetzentwurf der Bundesregierung zukünftig auch gegen Datenschutzverstöße vorgehen können, Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der zivilrechtlichen Durchsetzung von verbraucherschützenden Vorschriften des Datenschutzrechts, Berlin 4.2.2015, www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Gesetze/RegE-UKlaG.pdf.

und ist damit nicht nur der (potentielle) Käufer, sondern aus Sicht des Datenschutzes gleichzeitig Nutzer und Betroffener.³⁵ Beim Besuch eines Online-Shops ist der Verbraucher in datenschutzrechtlicher Hinsicht immer Nutzer und Betroffener, wenn mit seinen personenbezogenen Daten umgegangen wird. Da im Rahmen dieser Arbeit nur der Bereich des Online-Handels zwischen Unternehmern und Verbrauchern betrachtet wird, ist im Umkehrschluss der Nutzer oder Betroffene immer auch Verbraucher.³⁶

Aufgrund der Risiken, die bei der Nutzung von Online-Shops bestehen, muss der Verbraucher als Nutzer Vertrauen in den Anbieter haben, da er sich nicht sicher sein kann, wie sich dieser verhalten wird.³⁷ Vertrauen hat im Online-Handel eine besonders große Bedeutung,³⁸ weil die Vertragspartner und Kaufsachen nicht sichtbar sind und Anonymität nicht oder kaum möglich ist. Eines der häufigsten Zitate in diesem Zusammenhang lautet: „we aren't moving toward an information economy, but a trust economy based on information and technology“.³⁹ Um beurteilen zu können, ob einem Online-Shop vertraut werden sollte, sind zunächst die Aneignung von Wissen allgemein und dann bei jedem einzelnen Online-Shop zeitaufwändige Recherchen nötig.⁴⁰ So müssten etwa Informationen über die IT-Sicherheit des Online-Shops beschafft werden, die Allgemeinen Geschäftsbedingungen gelesen und das Vorhandensein von Informationen überprüft werden. Dazu sind die meisten Verbraucher aufgrund der Alltäglichkeit des Online-Handels sowie der Vielzahl von Online-Shops jedoch weder gewillt noch in der Lage.

Deshalb ist das Ziel dieser Arbeit, ein Konzept zu entwerfen, mit dem automatisiert Analysen zur Vertrauenswürdigkeit eines Online-Versanddienstes durchgeführt und dem Nutzer die Ergebnisse in einer angemesse-

³⁵ Ein „Nutzer“ im Sinne des Telemediengesetzes ist immer auch „Betroffener“ des Bundesdatenschutzgesetzes. Detailliert dazu s. Teil 2 Kapitel 3 2 Anwendungsbereich einzelner datenschutzrechtlicher Normen.

³⁶ Ohne diese Einschränkung könnten Nutzer und Betroffene auch Unternehmer sein, da nur die Definition des Verbrauchers ein Handeln zu einem bestimmten Zweck voraussetzt.

³⁷ Zum Konzept des Vertrauens s. Teil 3 Kapitel 1 Vertrauenswürdigkeit von Online-Versanddiensten.

³⁸ Anstelle vieler *Raue*, MMR 2012, 443.

³⁹ *Keen*, ComputerWorld 1997, 80.

⁴⁰ *Rüdiger* 2008, 154.

nen Weise mitgeteilt werden können.⁴¹ Die Unsicherheiten im Online-Handel sollen durch das Auswerten und Aufbereiten von Informationen reduziert werden, die der Verbraucher nicht wahrnimmt oder sogar kaum oder nicht erlangen kann. Wie Software-Agenten⁴² soll auch das hier entwickelte Browser-Add-on den Nutzer dabei unterstützen, sich im Internet zurechtzufinden und nicht durch die Flut von Möglichkeiten überfordert zu werden. Allerdings trifft das Add-on keine Entscheidungen für den Nutzer, sondern gibt ihm nur Hinweise. Der Nutzer kann weiterhin selbst entscheiden. Um die Möglichkeiten einer automatisierten Analyse und Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit an einem fest umrissenen Untersuchungsgegenstand durchzuführen, wird ein bestimmter Teilbereich von Online-Shops untersucht. Die untersuchten Online-Versanddienste sind solche Online-Shops, bei denen Unternehmer an Verbraucher physische Waren verkaufen. Dabei werden nur wesentliche, typische Funktionen von Online-Versanddiensten und keine möglichen Zusatzfunktionen, wie etwa Foren, betrachtet.

Insgesamt wird untersucht, welche Möglichkeiten zur Nutzerunterstützung sich durch den Einsatz eines Browser-Add-ons bieten, das basierend auf dem Verbraucher- und Datenschutz eines Online-Versanddienstes seine Vertrauenswürdigkeit bewertet und entsprechende Hinweise an den Nutzer zurückgibt.

3 Online-Versanddienste

Das Vorgehen, die Vertrauenswürdigkeit von Anbietern anhand ihrer Online-Shops automatisiert durch ein Add-on einzuschätzen, ist – zumindest im juristischen Bereich – völlig neu. Unter Online-Shops wird eine Vielzahl von Angeboten im Internet verstanden. Diese sind nicht danach beschränkt, welche Art von Verträgen abgeschlossen wird, etwa Kauf-, Miet- oder Dienstleistungsverträge. Dazu können Anbieter entweder eine eigene Webseite betreiben oder sich auf die Teilnahme an einer Plattform, wie beispielsweise Amazon oder eBay, beschränken. Sie sind auch nicht auf ein be-

⁴¹ Eine ausführliche Auseinandersetzung mit der Frage der Kommunikation erfolgte im Projekt InUse, in dessen Rahmen diese Dissertation entstand, durch den Projektpartner Universität Darmstadt.

⁴² Allgemein zu Software-Agenten *Gitter 2007; Roßnagel/Gitter, K&R 2003, 64 ff.* Zu Software-Agenten und Vertrauen *Boehme-Nefler, MMR 2009, 443.*

stimmtes Mittel der Erfüllung beschränkt. Waren können etwa per Postversand geliefert oder nur zum Download bereitgestellt werden. Aus juristischer Sicht führen jedoch alle genannten Aspekte zu einer Veränderung der rechtlichen Anforderungen im Bereich des Verbraucher- und Datenschutzes.

Deshalb werden im Rahmen dieser Arbeit nur bestimmte Online-Shops betrachtet. Damit der Untersuchungsgegenstand dennoch von möglichst großer Relevanz für die Praxis ist, wurden die Online-Versanddienste ausgewählt. Für diese ist charakterisierend, dass sie die Möglichkeit bieten, einen Verbrauchsgüterkauf im Sinne des § 474 Abs. 1 BGB über das Internet abzuschließen. Wie der allgemeinere Begriff des Online-Shops bereits impliziert, handelt es sich dabei in aller Regel um Fernabsatzverträge im Sinne des § 312c BGB und gleichzeitig um Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr (§ 312i Abs. 1 Satz 1 HS 1 BGB).⁴³

3.1 Verbrauchsgüterkauf

Wenn ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache kauft, handelt es sich nach § 474 Abs. 1 Satz 1 BGB um einen Verbrauchsgüterkauf. Voraussetzung für die Annahme, dass ein Online-Versanddienst vorliegt, ist demnach, dass bewegliche Sachen von einem Unternehmer an einen Verbraucher zum Kauf angeboten werden. Hintergrund der Beschränkung auf solche Online-Shops ist, zum einen die weite Verbreitung dieser Shops, die einen Großteil der Umsätze von diesen ausmachen.⁴⁴ Zum anderen gelten für Verbrauchsgüterkäufe die Sondervorschriften des § 474 BGB und anderer Normen, die sich auf den Schutz der Verbraucher beschränken. Damit wird die Untersuchung der rechtlichen Anforderungen, auf eine einheitliche Basis gestellt. Online-Versanddienste sind deshalb geeignet, um daran exemplarisch ein juristisches Konzept zu entwickeln, das zeigt, inwieweit eine automatisierte Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit möglich ist.

⁴³ Anstelle vieler Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“, 12. Zwischenbericht, BT-Drs. 17/12540, 22. Eine ähnliche Abgrenzung nimmt Cichon 2005, Rn. 807 für den Begriff „Online-Shopping“ (Rn. 795 ff.) unter anderem im Gegensatz zum „Download-Shopping“ vor.

⁴⁴ Detailliert zur Relevanz s. Teil 11 Relevanz des Online-Versandhandels.

3.1.1 Bewegliche Sachen und Waren

Bewegliche Sachen sind ein bestimmter Teil von Sachen. Sachen sind nach dem hier maßgeblichen Begriffsverständnis des § 90 BGB körperliche Gegenstände. Dabei ist zur Bestimmung körperlicher Gegenstände auf die vorherrschende Verkehrsanschauung bei Laien abzustellen.⁴⁵ In der Literatur werden Gegenstände etwa als alle „individualisierbaren, vermögenswerten Objekte der natürlichen Welt“⁴⁶ bestimmt. Zu den körperlichen Gegenständen zählen solche, die sinnlich wahrnehmbar, im Raum abgegrenzt und beherrschbar sind.⁴⁷ Dabei sind zunächst alle Gegenstände sinnlich wahrnehmbar, die angefasst werden können. Eine feste Form ist aber keine notwendige Voraussetzung.⁴⁸ Entscheidend ist die natürliche, nicht naturwissenschaftliche Anschauung als wahrnehmbar.⁴⁹ Körperliche Gegenstände müssen zudem im Raum abgrenzbar sein, das heißt sie müssen bei natürlicher Betrachtung als Einheit erscheinen.⁵⁰ Das kann bereits durch seine eigene körperliche Begrenzung im Raum geschehen. Alternativ reicht aber auch die Abgrenzung durch einen Behälter oder eine künstliche Kennzeichnung.⁵¹ Schließlich muss der Gegenstand auch beherrschbar sein. Dafür ist die Abgrenzung im Raum wesentlich. Es kann jedoch auch bei abgrenzbaren Gegenständen an der Beherrschbarkeit fehlen, beispielsweise wegen der Größe oder der Vergänglichkeit von Staubkörnern bzw. Schneeflocken.⁵² Da nur körperliche Gegenstände Sachen sind, sind nach dieser Definition Energie, Daten, Immaterialgüterrechte sowie andere Vermögensrechte keine Sachen.

Der Begriff der beweglichen Sache wird im Bürgerlichen Gesetzbuch mehrfach verwendet.⁵³ Beweglich sind alle Sachen, die nicht Grundstück, den Grundstücken rechtlich gleichgestellt oder nach §§ 93 und 94 BGB wesentli-

⁴⁵ *Jickeli/Stieper*, in: Staudinger BGB, Buch 1 20141, Vor §§ 90-103 BGB, Rn. 8.

⁴⁶ *Fritzsche*, in: Bamberger/Roth 2014, § 90 BGB, Rn. 4; *Stresemann*, in: MüKo BGB, Band 1 2012, § 90, Rn. 1 unter Verweis auf *Jickeli/Stieper*, in: Staudinger BGB, Buch 1 2014, Vor §§ 90-103 BGB, Rn. 3 ff.

⁴⁷ Anstelle vieler *Fritzsche*, in: Bamberger/Roth 2014, § 90 BGB, Rn. 5 ff.

⁴⁸ Vgl. *Stresemann*, in: MüKo BGB, Band 1 2012, § 90 BGB, Rn. 8.

⁴⁹ *Jickeli/Stieper*, in: Staudinger BGB, Buch 1 2014, § 90 BGB, Rn. 9.

⁵⁰ *Fritzsche*, in: Bamberger/Roth 2014, § 90 BGB, Rn. 5.

⁵¹ Anstelle vieler *Fritzsche*, in: Bamberger/Roth 2012, § 90 BGB, Rn. 7.

⁵² *Jickeli/Stieper*, in: Staudinger BGB, Buch 1 2014, § 90 BGB, Rn. 3; *Fritzsche*, in: Bamberger/Roth 2014, § 90 BGB, Rn. 8.

⁵³ So in §§ 929 ff. BGB.

che Bestandteile von Grundstücken sind.⁵⁴ Damit werden bewegliche Sachen negativ definiert, indem sie von unbeweglichen Sachen abgegrenzt werden.

Im Zusammenhang mit dem Online-Handel wird häufig der Begriff der Ware verwendet. Auch das Bürgerliche Gesetzbuch enthielt bis zur Änderung durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie⁵⁵ in den Vorschriften zum Fernabsatz und elektronischen Geschäftsverkehr (§§ 312b, 312d, 312e und 312g BGB a. F.) den Verweis auf Waren.⁵⁶ In Art. 246a ff. EGBGB wird der Begriff der Ware weiterhin verwendet. Waren definiert § 241a Abs. 1 BGB⁵⁷ seit der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie⁵⁸ als bewegliche Sachen mit Ausnahme solcher, die aufgrund von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen oder anderen gerichtlichen Maßnahmen verkauft werden. Die Begriffe bewegliche Sache und Ware überschneiden sich damit in den allermeisten Fällen. Nach der Definition in Art. 2 Nr. 3 VRRL werden alle „bewegliche(n) körperliche(n) Gegenstände..., auch Wasser, Gas und Strom, wenn sie in einem begrenzten Volumen oder in einer bestimmten Menge zum Verkauf angeboten werden,“ als Waren bezeichnet. Damit liegt die europäische Definition der Ware noch näher an der deutschen Definition der beweglichen Sache. Es wurde allerdings festgestellt, dass beide Begriffe bereits auch im deutschen Recht weitgehend übereinstimmen.

Zusammenfassend wird also der Teil des Online-Handels erfasst, bei dem über Online-Shops traditioneller Handel abgeschlossen wird. Das elektronisch Bestellte wird dabei aufgrund der Beschaffenheit als bewegliche Sache

⁵⁴ So bereits RGZ 55, 281 (284); RGZ 87, 43 (51).

⁵⁵ Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20.9.2013, BGBl. Teil I 2013, 3642.

⁵⁶ Durch den Wegfall dieses Kriteriums kommt es jedoch zu keiner inhaltlichen Änderung *Brönneke/Schmidt*, VuR 2014, 3; *Föhlisch/Dyakova*, MMR 2013, 4; *Brönneke*, in: *Roßnagel* 2013, § 312b BGB, Rn. 25 f.

⁵⁷ Kritisch zur wenig nachvollziehbaren Positionierung der Definition *Buchmann*, K&R 2014, 222.

⁵⁸ Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates 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 vom 25.10.2011, ABl. EU 2011, L 304, 64 (VRRL).

physisch geliefert. Dies ist vergleichbar mit dem traditionellen Versandhandel.⁵⁹ In Abgrenzung dazu werden vor allem digitale Produkte nicht erfasst, die direkt über das Internet zum Abruf bereitgestellt werden.⁶⁰ Zur Verdeutlichung dieses Umstands wird im Kontext des Online-Handels häufig auch von „physischen Waren“ gesprochen. Ein Unterschied zwischen Waren und physischen Waren besteht jedoch in juristischer Hinsicht nicht, da Waren nur bewegliche Sachen und Sachen nur körperliche, also physische, Gegenstände sind.

3.1.2 Kaufvertrag

Da Online-Versanddienste im Rahmen dieser Arbeit nur solche Online-Shops sind, über die Verbrauchsgüterkäufe abgeschlossen werden können, muss die Möglichkeit bestehen, einen Kaufvertrag abzuschließen. Damit werden Online-Shops ausgeschlossen, die lediglich den Abschluss anderer Vertragstypen anbieten, wie etwa die Miete von Waren.

Der Kaufvertrag ist ein gegenseitiger Vertrag im Sinne des § 320 BGB, bei dem Sachen, hier nur bewegliche Sachen, gegen Geld ausgetauscht werden. Die charakteristischen Leistungspflichten des Kaufvertrags sind in § 433 BGB festgelegt. Nach § 433 Abs. 1 BGB verpflichtet sich der Verkäufer die mangelfreie Sache dem Käufer zu übergeben und ihm das Eigentum daran zu verschaffen. Die Übergabe stellt dabei in der Regel das Verschaffen des unmittelbaren Besitzes dar. Das heißt nach § 854 BGB, dass der Käufer die tatsächliche Gewalt über die Kaufsache erlangt. Bei Verbrauchsgüterkäufen muss die Ware nach § 474 Abs. 3 Satz 2 BGB spätestens 30 Tage nach Vertragsschluss übergeben werden. Der Verkäufer ist außerdem verpflichtet, dem Käufer das Eigentum an der Kaufsache zu verschaffen. Bei beweglichen Sachen erfolgt die Übertragung des Eigentums nach den §§ 929 ff. BGB. Regelmäßig ist dazu nach § 929 Satz 1 BGB eine dingliche Einigung und eine Übergabe der Sache nötig. Die dingliche Einigung umfasst den Willen beider Vertragsparteien, dass nicht nur der Besitz, sondern auch das Eigentum an der Kaufsache übergehen soll. Das Eigentum ist das umfassendste Recht zu tatsächlichen und rechtlichen Herrschaftshandlungen an

⁵⁹ Cichon 2005, Rn. 809 ff.

⁶⁰ Hoeren, in: Graf von Westphalen/Thüsing 2014, E-Commerce-Verträge, Rn. 42.

einer Sache. Der Eigentümer kann über sie verfügen und sie nutzen. Eine andere Person darf dies nur mit der Erlaubnis des Eigentümers.⁶¹

Der Leistungsort, also der Ort, an dem der Verkäufer seine Leistung erbringen muss, ist zunächst aus dem Vertrag und den Umständen, insbesondere der Natur des Vertrags, zu bestimmen (§ 269 Abs. 1 BGB). Der Erfolgsort ist der Ort, an dem der Leistungserfolg eintritt, also im Falle des § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB dort, wo die Übergabe und gegebenenfalls der Eigentumserwerb stattfinden. Bei Kaufverträgen über Waren im Internet fallen regelmäßig Leistungsort und Erfolgsort auseinander. Es handelt sich damit um eine Schickschuld.⁶² Zur Leistungshandlung zählt dann nicht nur das Bereitstellen der Leistung am Leistungsort, sondern auch die Übermittlung in Richtung auf den Erfüllungsort, nicht aber die Übermittlung selbst.⁶³ Beim Verbrauchsgüterkauf verbleibt aber, abweichend vom Grundsatz des § 476 BGB, die Gefahr des zufälligen Untergangs nach § 474 Abs. 4 BGB grundsätzlich beim Unternehmer.

Der Käufer wird gemäß § 433 Abs. 2 BGB durch den Kaufvertrag dazu verpflichtet, den Kaufpreis zu zahlen und dem Verkäufer die Kaufsache abzunehmen. Der Kaufpreis stellt den Gegenwert der Sache dar. Er ist in Geld zu entrichten, wobei dies kein Bargeld sein muss. Bei anderen Formen der Gegenleistung handelt es sich nicht um einen Kauf, sondern um einen Tausch im Sinne des § 480 BGB. Das Abnehmen der Kaufsache durch den Käufer ist die tatsächliche Besitzübernahme der Kaufsache.⁶⁴

Online-Versanddienste sind also nur solche Online-Shops, bei denen den Kunden Waren zum Verkauf angeboten werden. Nicht erfasst werden hingegen zum Beispiel Angebote über das Mieten von Waren, beispielsweise von Fahrrädern, Kameraausrüstung oder auch Handtaschen. Der Anbieter des Online-Versanddienstes ist der Verkäufer.

3.1.3 Verbraucher

Der Käufer ist bei einem Verbrauchsgüterkauf ein Verbraucher. Der Verbraucher ist in § 13 BGB in Abgrenzung zum Unternehmer nach § 14 BGB

⁶¹ Säcker, in: MüKo BGB, Band 6 2013, § 903 BGB, Rn. 5.

⁶² BGH, NJW 2003, 3341; Beckmann, in: Staudinger BGB, Buch 2 2014, § 447 BGB, Rn. 6; Westermann, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 447 BGB, Rn. 7, § 433 BGB, Rn. 48.

⁶³ Krüger, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 269 BGB, Rn. 7; Weidenkaff, in: Palandt 2015, § 447 BGB, Rn. 5.

⁶⁴ Faust, in: Bamberger/Roth 2014, § 433 BGB, Rn. 58; Weidenkaff, in: Palandt 2015, § 433 BGB, Rn. 43.

definiert. Verbraucher können nur natürliche Personen sein. Natürliche Personen sind nur dann Verbraucher, wenn sie ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließen, „die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können.“ Entscheidend ist also der private Zweck des Rechtsgeschäfts. Eine natürliche Person kann deshalb – abhängig vom Zweck ihrer konkreten Handlung – manchmal als Verbraucher und manchmal als Unternehmer eingeordnet werden.⁶⁵ Verträge mit sogenanntem gemischten oder doppeltem Zweck („dual use“),⁶⁶ bei denen der Zweck des Vertragsabschlusses sowohl privat als auch gewerblich oder durch die Selbstständigkeit begründet ist, werden nach dem Schwerpunkt des Geschäfts zugeordnet. Lässt sich kein Schwerpunkt bestimmen, ist der Sachverhalt so zu beurteilen, als hätte ein Verbraucher gehandelt.⁶⁷ Dies sieht seit Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie § 13 BGB auch explizit vor.⁶⁸

Der Verbraucher wird im deutschen und europäischen Recht an vielen Stellen gegenüber dem Unternehmer geschützt, weil der Verbraucher regelmäßig als dem Unternehmer unterlegen betrachtet wird.⁶⁹ Der Verbraucher hat zum einen häufig eine schwächere Verhandlungsposition und zum anderen auch einen geringeren Informationsstand.⁷⁰ Dabei gibt es verschiedene Schutzkonzepte, die davon ausgehen, dass der Verbraucher entweder strukturell unterlegen oder situativ schutzbedürftig ist.⁷¹

Die Gruppe der Verbraucher ist jedoch sehr heterogen. Zwischen einem verletzlichen und einem verständigen Verbraucher liegt ein großer Unterschied.⁷² Gründe dafür sind vielfältig. Der Europäische Gerichtshof hat durch seine Rechtsprechung das Leitbild vom „durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher“⁷³ geprägt.

⁶⁵ *Brönneke*, in: Roßnagel 2013, § 312b BGB, Rn. 31.

⁶⁶ *Loacker*, JZ 2013, 235; Erwägungsgrund 17 VRRL.

⁶⁷ BGH, NJW 2009, 3780 (3781).

⁶⁸ *Brönneke/Schmidt*, VuR 2014, 3.

⁶⁹ *Wilschke*, VuR 2012, 173.

⁷⁰ Anstelle vieler EuGH, Slg. 2006, I, 10437; EuGH, EuZW 2012, 302 (Rn. 27); EuGH, EuZW 2012, 786 (788). Zum strukturellen Ungleichgewicht zwischen Unternehmern und Verbrauchern *Tamm* 2011, 14 ff.

⁷¹ *Föhlisch* 2009, 54 ff.

⁷² Anstelle vieler *Micklitz*, in: Deutscher Juristentag 2012, A 38 ff.

⁷³ St. Rechtsprechung EuGH, EuZW 1998, 526 (528).

Es kommt ursprünglich aus der Rechtsprechung zum Binnenmarkt⁷⁴ und dem Wettbewerbsrecht,⁷⁵ hat jedoch rechtsgebietsübergreifende Anwendung gefunden.⁷⁶ Das deutsche Verbraucherleitbild wurde angepasst, um europarechtskonform zu sein.⁷⁷ Dadurch wird dem Verbraucher im Vergleich zum früher vom Bundesgerichtshof herangezogenen Leitbild des flüchtigen Verbrauchers ein höheres Maß an Aufmerksamkeit zugetraut, aber auch zugemutet.⁷⁸ Die Eigenschaften „flüchtig“ und „verständlich“ schließen sich beim Verbraucher aber nicht gegenseitig aus.⁷⁹ Denn der Bundesgerichtshof stellt auch darauf ab, dass der Verbraucher „der Situation (die) angemessene Aufmerksamkeit entgegenbringt“.⁸⁰ Bei der Bewertung der rechtlichen Zulässigkeit ist deshalb auf einen dem Leitbild entsprechenden Verbraucher abzustellen. Nichtsdestotrotz kann und sollte eine technische Unterstützung des Verbrauchers beim Online-Einkauf auch verletzlichere Verbraucher in den Blick nehmen, um diesen eine zusätzliche Hilfe bei der Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit zu bieten.⁸¹

Online-Shops richten sich regelmäßig an die breite Öffentlichkeit. Dabei werden (auch) Verbraucher angesprochen. Für den Anbieter ist dann in der Regel nicht erkennbar, ob es sich bei einem potentiellen Kunden um einen Verbraucher oder Unternehmer handelt. Damit liegt zumindest für den Vertragsabschluss mit Verbrauchern ein Online-Versanddienst vor. In diesen Fällen ist es aus Praktikabilitätsgründen sinnvoll, die rechtlichen Anforde-

⁷⁴ EuGH, EuZW 1998, 526.

⁷⁵ Erwägungsgrund 18 Richtlinie 2005/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über unlautere Geschäftspraktiken im binnenmarktinternen Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Verbrauchern und zur Änderung der Richtlinie 84/450/EWG des Rates, der Richtlinien 97/7/EG, 98/27/EG und 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates sowie der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.5.2005, ABl. EU 2005, L 149, 22 (Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken).

⁷⁶ Grundsätzlich kritisch aber im Bereich des Vertragsrechts zustimmen *Lederer*, NJOZ 2011, 1833.

⁷⁷ *Beater* 2011, § 14 BGB, Rn. 1105; *Rose*, K&R 2012, 727; *Lubberger*, in: *Gloy/Loschelder/Erdmann* 2010, § 40, Rn. 12 ff.

⁷⁸ *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm* 2015, § 1 UWG, Rn. 21 ff.; *Lubberger*, in: *Gloy/Loschelder/Erdmann* 2010, § 40, Rn. 2 ff.

⁷⁹ BGH, NJW 2001, 3193 (3195); BGHZ 177, 253 (Rn. 25).

⁸⁰ St. Rechtsprechung BGHZ 177, 253 (Rn. 24).

⁸¹ So forderte auch der 69. Deutsche Juristentag, München 2012, www.djt-net.de/beschluesse/beschluesse.pdf, 3 eine stärkere Ausrichtung am verletzlichen und vertrauenden Verbraucher. Zu Vertrauen und Vertrauenswürdigkeit s. Teil 3 Kapitel 1 Vertrauenswürdigkeit von Online-Versanddiensten.

rungen, die an Geschäfte mit Verbrauchern gestellt werden, immer zu erfüllen.⁸² Es gibt jedoch auch Online-Shops, die sich nur an einen speziellen Kundenkreis richten. Wenn dabei nur Verbraucher angesprochen werden, müssen selbstverständlich die rechtlichen Anforderungen an Geschäfte mit Verbrauchern eingehalten werden. Dürfen hingegen nur Unternehmer in einem Online-Shop einkaufen, sind die rechtlichen Anforderungen für den Geschäftsverkehr mit Verbrauchern nicht zu erfüllen. Allerdings muss der Anbieter geeignete Maßnahmen ergreifen, mit denen er sicherstellt, dass Verbraucher in dem Online-Shop nicht einkaufen können.⁸³

3.1.4 Unternehmer

Im Kontrast zu Verbrauchern ist ein Unternehmer nicht durch eine private Handlung, sondern durch eine Handlung zu gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeiten charakterisiert. Unternehmer kann gemäß § 14 BGB sowohl eine natürliche als auch eine juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft sein. Entscheidend ist allein der Zweck, zu dem ein Rechtsgeschäft abgeschlossen wird. Damit es sich um einen Verbrauchsgüterkauf und damit um einen Online-Versanddienst handelt, muss der Anbieter eines Online-Shops als Unternehmer tätig sein, wenn er die Waren über seinen Online-Shop an einen Verbraucher zum Verkauf anbietet.

Unternehmer werden im Vergleich zu Verbrauchern als weniger schützenswert betrachtet. Begründet wird dies damit, dass Unternehmer – das gilt insbesondere auch für Anbieter von Online-Versanddiensten – typischerweise ähnliche Geschäfte häufiger und oft auch regelmäßig durchführen und sich deshalb mit rechtlichen Fragen eingehender auseinandersetzen können. Der Verbraucher ist hingegen regelmäßig unterlegen.⁸⁴ Deshalb gilt der Unternehmer auch als „wirtschaftlich, intellektuell und strukturell“⁸⁵ dem Verbraucher überlegen. Unternehmern werden daher Pflichten auferlegt, die dem Schutz ihres potentiellen Vertragspartners dienen, wenn dieser

⁸² Brönneke, in: Roßnagel 2013, § 312b BGB, Rn. 41; bereits zum Fernabsatzgesetz Härting 2000, § 1 FAbsG, Rn. 15.

⁸³ Anstelle vieler OLG Hamm, MMR 2012, 596; zuletzt LG Leipzig, VuR 2013, 472.

⁸⁴ Anstelle vieler BVerfGE 89, 214 (232 ff.) noch vor Einführung des Verbraucherschutzrechts zu §§ 138 und 242 BGB.

⁸⁵ Wilschke, VuR 2012, 173.

Verbraucher ist. Solche Anforderungen, die den Anbieter von Online-Versanddiensten treffen, sollen nachfolgend untersucht werden.

3.2 Fernabsatz und elektronischer Geschäftsverkehr

Online-Versanddienste sind bestimmte Online-Shops. Als Online-Shops werden in aller Regel nur Webseiten bezeichnet, die die Möglichkeit bieten, Verträge im Fernabsatz und gleichzeitig im elektronischen Geschäftsverkehr abzuschließen.⁸⁶

Fernabsatzverträge liegen gemäß § 312c Abs. 1 BGB vor, wenn bei den Vertragsverhandlungen und dem -abschluss zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher ausschließlich Fernkommunikationsmittel verwendet werden. Ausgenommen davon sind Verträge, die nicht im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- oder Dienstleistungssystems abgeschlossen werden. Der Vertragsabschluss zwischen einem Unternehmer, hier dem Anbieter des Online-Versanddienstes und Verkäufer, und einem Verbraucher, hier dem Käufer, ist bereits Voraussetzung für das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs und muss deshalb nicht weiter thematisiert werden. Entscheidend für die Einordnung als Fernabsatzvertrag ist deshalb die ausschließliche Verwendung von Fernkommunikationsmitteln bei den Vertragsverhandlungen und dem -abschluss. Fernkommunikationsmittel sind nach § 312c Abs. 2 BGB Kommunikationsmittel, die zur Anbahnung oder zum Abschluss eines Vertrags ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien genutzt werden. Als nicht abschließende Beispiele werden Briefe, Kataloge, Telefonanrufe, Telekopien, E-Mails, SMS, Rundfunk und Telemedien genannt. Ein Vertrag wird unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln geschlossen, wenn insbesondere Angebot und Annahme darüber erklärt werden. Ein für den Fernabsatz organisiertes Vertriebs- oder Dienstleistungssystem liegt vor, wenn der Unternehmer durch personelle und sachliche Ausstattung innerhalb seines Betriebes die Voraussetzungen organisatorisch geschaffen hat, die notwendig sind, um regelmäßig – nicht nur gelegentlich – im Fernabsatz geschlossene Geschäfte zu bewältigen.⁸⁷ Im Fall von Online-Shops kommt als Fernkommunikationsmittel vor allem der Online-Shop, also die Webseite selbst, in Betracht. Handelt es sich dabei um ein Telemedium, das zur re-

⁸⁶ Cichon 2005, Rn. 839 ff. geht davon aus, dass dies „Online-Shopping“ charakterisiert.

⁸⁷ BT-Drs. 14/2658, 30 f.

regelmäßigen Abwicklung von Verträgen geschaffen wurde, sind die Voraussetzungen erfüllt.

Einen Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr definiert § 312i Abs. 1 Satz 1 HS 1 BGB. Danach muss sich ein Unternehmer etwa zum Zwecke des Vertragsabschlusses über die Lieferung von Waren eines oder mehrerer Telemedien bedienen. Da bereits für den Verbrauchsgüterkauf die Merkmale der Ware und des Unternehmers bejaht wurden, muss für die Zuordnung zum elektronischen Geschäftsverkehr lediglich ein Telemedium zum Zwecke des Vertragsabschlusses verwendet werden. Damit ein Online-Shop, über den Verbrauchsgüterkäufe abgeschlossen werden können, ein Online-Versanddienst ist, muss es sich um ein Telemedium handeln, dessen sich der Verkäufer regelmäßig bei der Vorbereitung und dem Vertragsabschluss bedienen will.

Telemedien sind in § 1 Abs. 1 TMG und § 2 Abs. 1 Satz 3 RStV definiert. Danach sind Telemedien alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, die weder reine Telekommunikation noch Rundfunk sind.⁸⁸ Informations- und Kommunikationsdienste sind Telekommunikationsdienste, Rundfunk und Telemediendienste.⁸⁹ Deshalb sind Telemedien vor allem negativ gegenüber Rundfunk im Sinne des § 2 RStV und Telekommunikationsdiensten im Sinne des § 3 Nr. 24 TKG oder telekommunikationsgestützten Diensten im Sinne des § 3 Nr. 25 TKG abzugrenzen.⁹⁰ Für Telekommunikation ist die reine Übertragung von Signalen entscheidend.⁹¹ Rundfunk ist einfachgesetzlich in § 2 Abs. 1 Satz 1 HS 1 RStV als linearer Informations- und Kommunikationsdienst definiert. Dafür sind unter anderem eine Verbreitung entlang eines Sendeplans und wenigstens eine gewisse Meinungsrelevanz nötig.⁹² Online-Shops im Allgemeinen und damit auch Online-Versanddienste dienen weder der Übertragung von Signalen noch der öf-

⁸⁸ Telemedien sind Tele- und Mediendienste, BT-Drs. 16/3078, 13. Zur Entwicklung des Begriffs und der Rechtsnorm ausführlich *Roßnagel*, in: *Roßnagel* 2013, § 1 TMG, Rn. 5 ff.

⁸⁹ BT-Drs. 16/3078, 13.

⁹⁰ *Roßnagel*, in: *Roßnagel* 2013, § 1 TMG, Rn. 27, kritisch dazu Rn. 25 f.

⁹¹ *Schulz*, in: *Hahn/Vesting* 2012, § 2 RStV, Rn. 62; *Martini/Zimmermann*, CR 2007, 429; *Roßnagel*, in: *Roßnagel* 2013, § 1 TMG, Rn. 30.

⁹² Detailliert *Boos* 2012, 24 f.

fentlichen Meinungsbildung. Online-Shops werden deshalb – wie die Mehrheit von Webseiten – unstrittig als Telemedien eingeordnet.⁹³

Der Anbieter eines Online-Versanddienstes ist demnach Diensteanbieter. Nach § 2 Satz 1 Nr.1 TMG sind sowohl natürliche als auch juristische Personen Diensteanbieter, wenn sie eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithalten oder den Zugang zur Nutzung vermitteln. Dabei muss es sich auch nicht um eigene Telemedien handeln. Verkäufer, die ihren Online-Shop nicht mittels eines eigenen Telemediums anbieten, sondern auf Plattformen zurückgreifen, die von anderen Diensteanbietern (Host-Providern) bereitgestellt werden, sollen als Spezialfall im Weiteren nicht betrachtet werden.⁹⁴ In aller Regel wird es sich bei den Anbietern von Online-Versanddiensten um privatrechtliche Unternehmen handeln. Aber auch öffentlich-rechtliche Stellen nehmen, wenn sie einen Online-Versanddienst betreiben, als Unternehmen am Wettbewerb teil.

Das eingesetzte Telemedium muss auch zum Abschluss von Verträgen genutzt werden. Unumstritten können auch im Internet Verträge abgeschlossen werden, wenn die zum Vertragsschluss nötigen, korrespondierenden Willenserklärungen, Angebot und Annahme (§§ 145 ff. BGB), darüber transportiert werden. Der Vertragsschluss im Internet kann auf verschiedene Arten erfolgen. Neben einer E-Mail kann ebenso ein Mausklick auf einen Button den Erklärungsgehalt enthalten.⁹⁵ Bei einem Online-Shop handelt es sich in aller Regel nicht um ein Angebot im Sinne des § 145 BGB. Vielmehr liegt regelmäßig, wie bei der Auslage von Ware im Ladenlokal, nur eine unverbindliche Einladung zur Abgabe eines Angebots durch den Kunden (*invitatio ad offerendum*) vor.⁹⁶ Der Betreiber des Online-Versanddienstes will einen potentiellen Vertragspartner lediglich über das eigene Warenangebot informieren und einen Rahmen schaffen, in dem der potentielle Vertrags-

⁹³ Bereits klarstellend BT-Drs. 16/3078, 13; ebenso deutlich *Roßnagel*, in: *Roßnagel* 2013, § 1 TMG, Rn. 3.

⁹⁴ Es ergeben sich bei dieser Konstellation neben zusätzlichen Risiken auch spezielle rechtliche Fragestellungen und weitergehende Forschungsmöglichkeiten beim automatisierten Auswerten und Einschätzen.

⁹⁵ Zum Vertragsschluss im Internet *BGHZ* 149, 129; *Stempfle*, in: *Bräutigam/Leupold* 2003, B III, Rn. 147 ff.; *Kitz*, in: *Hoeren/Sieber/Holznapel* 2014, Teil 13.1, Rn. 11.

⁹⁶ *Koehler*, MMR 1998, 290 m. w. N.; *Kitz*, in: *Hoeren/Sieber/Holznapel* 2014, Teil 13.1, Rn. 144; *Hoeren*, in: *Graf von Westphalen/Thüsing* 2014, E-Commerc-Verträge, Rn. 43; *BGH*, NJW 2005, 976 (976).

partner mit einem Vertragsabschluss rechnen kann.⁹⁷ Er möchte sich die Möglichkeit offen halten, einen Vertrag etwa wegen unzureichender Vorräte oder finanziellen Vorbehalten gegenüber einem bestimmten Kunden nicht abzuschließen.⁹⁸

Deshalb macht regelmäßig der Kunde das Angebot. Dabei kann er ein vom Diensteanbieter bereitgestelltes Bestellformular nutzen. Der Anbieter ist bei der Gestaltung frei. Er kann eine einfache Eingabemaske vorsehen, in die der Kunde einträgt, worüber er einen Vertrag schließen möchte und diese Informationen dann an den Anbieter senden. Er kann aber beispielsweise auch einen elektronischen Warenkorb bereitstellen, in den der Kunde seine Einkäufe „einlegt“ und schließlich eine Erklärung mit einem Vertragsangebot für den dort gespeicherten Inhalt als Angebot an den Diensteanbieter verschickt. Der Kunde kann sich auch eigener technischer Mittel bedienen, indem er sein Vertragsangebot in einer E-Mail formuliert und an den Diensteanbieter verschickt.⁹⁹

Gibt der Kunde das Angebot ab, muss der Diensteanbieter das Angebot annehmen, damit es zu einem Vertragsschluss kommt. Dadurch erhält jener die Möglichkeit, seinen Warenbestand und auch seinen potentiellen Vertragspartner zu überprüfen. Um die Annahme zu erklären, kann der Diensteanbieter eine E-Mail an den Kunden senden, in der er die Annahme des Angebots erklärt. Dazu kann er sich auch automatisch generierter E-Mails bedienen.¹⁰⁰ Auch solche automatisierten Erklärungen, also insbesondere E-Mails, die von einer Software erzeugt werden, sind vom menschlichen Willen des Erklärenden getragen. Nach herrschender Meinung zeigt der Erklärende beim Einrichten der automatisierten Erklärung seinen Willen, die Erklärung abzugeben.¹⁰¹ Alternativ kann die Annahme auch auf einer Webseite erklärt werden, die beispielsweise direkt nach dem Angebot des Kunden automatisch in seinem Browser geöffnet wird. Zuletzt kann der Diensteanbieter seine Annahme auch konkludent erklären, indem er dem Kunden zum Beispiel die gewünschten Waren zusendet.¹⁰²

⁹⁷ Bork, in: Staudinger BGB, Buch 1 2014, § 145 BGB, Rn. 9.

⁹⁸ Anstelle vieler *Ellenberger*, in: Palandt 2015, § 145 BGB, Rn. 2.

⁹⁹ *Cichon* 2005, Rn. 812 f.

¹⁰⁰ Anstelle vieler *Stempfle*, in: *Bräutigam/Leupold* 2003, B III, Rn. 179; zur Bestätigungsmails. Teil 2 Kapitel 2 4.2 Technische Bereitstellungspflichten.

¹⁰¹ *Gitter* 2007, 171 ff.; *Cornelius*, MMR 2002, 353 ff.

¹⁰² *Lütcke* 2002, § 312c BGB, Rn. 43, 46; *Stempfle*, in: *Bräutigam/Leupold* 2003, B III, Rn. 166.

In den seltenen Fällen, in denen bereits die Webseite selbst, genauer der Inhalt einer Webseite, ein rechtlich bindendes Angebot darstellt,¹⁰³ geht das Angebot vom Diensteanbieter aus. Der Kunde nimmt das Angebot dann etwa durch das Absenden eines ausgefüllten Bestellformulars an.

Um einen Vertragsschluss zu ermöglichen und damit zum Fernabsatz und elektronischen Geschäftsverkehr zu zählen, muss das eingesetzte Telemedium jedenfalls einen „Rückkanal“ vorsehen, über den der potentielle Kunde seine Willenserklärung zum Vertragsabschluss elektronisch kommunizieren kann.¹⁰⁴ Nicht entscheidend ist hingegen, ob der Unternehmer auf seiner Webseite bereits ein Angebot macht, sich also rechtlich binden möchte, oder ob es sich nur um eine *invitatio ad offerendum* handelt. Es reicht auch das Bereitstellen der Möglichkeit, eine E-Mail mit dieser Erklärung an den Verkäufer zu schicken.¹⁰⁵ Ist diese vom Unternehmer allerdings nicht vorgesehen, sondern erfolgt sie einzig auf Initiative des potentiellen Käufers, handelt es sich nicht um einen Vertrag im elektronischen Geschäftsverkehr, da der Vertragsschluss nicht willentlich elektronisch angeboten wird.¹⁰⁶ Gleichzeitig handelt es sich auch nicht um einen für den Fernabsatz organisierten Vertrieb über das Telemedium. Wird ein Vertrag aber über einen Online-Shop geschlossen, der eine Bestellmöglichkeit vorsieht, handelt es sich hingegen auch um einen für den Fernabsatz organisierten Vertrieb,¹⁰⁷ da zumindest aus Sicht des objektiven Verbrauchers der Eindruck erweckt wird, dass der Unternehmer auf diese Art von Vertragsabschluss eingerichtet ist. Ob dies den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht, ist in diesem Fall irrelevant.¹⁰⁸

Deshalb sind Telemedien, die Angebote lediglich online kommunizieren, ohne dass dort die Möglichkeit zum Vertragsschluss vorgesehen ist, keine Online-Versanddienste im Rahmen dieser Arbeit. Dazu zählen beispielsweise Webseiten, bei denen zwar Waren beworben werden, aber nicht erwor-

¹⁰³ *Kitz*, in: *Hoeren/Sieber/Holznapel 2014, Teil 13.1, Rn. 147.*

¹⁰⁴ *Wendehorst*, in: *MüKo BGB, Band 2 2012, § 312g BGB, Rn. 41; Spindler/Anton*, in: *Spindler/Schuster 2011, § 312e BGB, Rn. 3.*

¹⁰⁵ *Masuch*, in: *Bamberger/Roth 2014, § 312j BGB, Rn. 16.*

¹⁰⁶ *Wendehorst*, in: *MüKo BGB, Band 2 2012, § 312g BGB, Rn. 38, 43.*

¹⁰⁷ *Brönneke*, in: *Roßnagel 2013, § 312b BGB, Rn. 47; Lorenz*, *JuS 2000, 838; Piepenbrock/Schmitz*, *K&R 2000, 379; Klewitz 2006, 282.*

¹⁰⁸ *Allgemein Wendehorst*, in: *MüKo BGB, Band 2 2012, § 312b BGB, Rn. 60 f. ; Micklitz/Schirmbacher*, in: *Spindler/Schuster 2011, § 312b BGB, Rn. 54; Lütcke 2002, § 312b BGB, Rn. 79.*

ben werden können. Bei allen üblicherweise als Online-Shops bezeichneten Telemedien, über die Verbrauchsgüterkäufe abgeschlossen werden können, handelt es sich jedoch um Online-Versanddienste.

4 Methodik und Struktur der Arbeit

Die Besonderheit dieser Arbeit besteht darin, ein rechtliches Konzept zu entwerfen, um die Vertrauenswürdigkeit von Online-Versanddiensten automatisiert zu analysieren und einzuschätzen. Diese Besonderheit spiegelt sich auch in der gewählten Methodik wider, die eine automatisierte Analyse und Einschätzung ermöglichen muss. Die rechtlichen Anforderungen aus dem Verbraucher- und Datenschutzrecht sprechen verschiedene Aspekte an, etwa Informationspflichten, Vertragsklauseln, Verbraucherrechte und Datenverarbeitungsregeln sowie die formale oder technische Gestaltung einer Webseite. Deshalb ist es nötig, für alle unterschiedlichen Aspekte automatisiert analysierbare Merkmale zu finden. Dazu ist eine rein juristische Betrachtung nicht ausreichend. Vielmehr ist Interdisziplinarität erforderlich und insbesondere informationstechnische Kenntnisse sind nötig.

Soweit technische Analysemöglichkeiten bekannt sind, die relevante Merkmale von Online-Versanddiensten automatisiert auslesen können, wurde auf solche zurückgegriffen. Wo die bekannten technischen Analysemöglichkeiten an ihre Grenzen stoßen, war eine neue Methode nötig, die an der Schnittstelle zwischen Recht und Informatik eingesetzt werden kann. Es ist keine automatisierte Analyse von Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder einfachsprachlichen Datenschutzerklärungen bekannt. Ansätze, die mittels künstlicher Intelligenz eine juristische Analyse durchzuführen versuchen, sind bisher noch nicht ausgereift. Anstelle dessen wurde auf einfachere technische Mittel, konkret die Text- und Mustererkennung, zurückgegriffen. Diese ermöglichen die Suche nach standardisierten Formulierungen. Um aussagekräftige Ergebnisse zu erzielen, werden standardisierte Formulierungen durch eine manuelle Analyse der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Datenschutzerklärungen und Einwilligungen gesammelt, die für den Verbraucher- oder Datenschutz und damit die Vertrauenswürdigkeit relevant sind. Durch die empirische Analyse können die Ergebnisse als Heuris-

tiken für die vertrauenswürdige oder nicht vertrauenswürdige Gestaltung herangezogen werden.¹⁰⁹

Als Basis für die automatisierte Analyse der Online-Versanddienste und die anschließende Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit dienen die rechtlichen Anforderungen. Zunächst werden deshalb im anschließenden Teil 2 die rechtlichen Anforderungen an Online-Versanddienste vor dem Hintergrund der Risiken ihrer Nutzung zusammengestellt. Die rechtlichen Anforderungen leiten sich sowohl aus den bestehenden verbraucher- als auch datenschutzrechtlichen Vorgaben ab.

Den Kern der Arbeit bildet das rechtliche Konzept für die automatisierte Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit in Teil 3. Für das Konzept der automatisierten Einschätzung ist zunächst in Kapitel 1 eine nähere Betrachtung des Bewertungsmaßstabs „Vertrauenswürdigkeit“ nötig, bevor die im Anschluss verwendeten Analysemethoden sowie die Funktionsweise eines Browser-Add-ons erläutert werden. Die automatisierte Analyse selbst wird in Kapitel 2 bis 5 dargestellt. Dabei wird zwischen der Analyse der formalen Gestaltung vor allem von Texten und Links sowie den Inhalten und Techniken beim Verbraucher- und beim Datenschutz unterschieden. Zuletzt werden Online-Prüfsiegel analysiert. Eine Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit, die auf verbraucher- und datenschutzrechtlichen Anforderungen basiert, sollte sich auf solche Online-Versanddienste beziehen, die diesen rechtlichen Anforderungen unterliegen. Mit dieser Beschränkung beschäftigt sich Kapitel 6. Zum Abschluss erfolgt eine Strukturierung und Gesamtbewertung der Ergebnisse in Kapitel 7.

Die Arbeit soll jedoch nicht bei der Konzeption einer automatisierten Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit eines Online-Versanddienstes enden. Deshalb wird die Untersuchung in Teil 4 auf das Browser-Add-on selbst erweitert. In Kapitel 1 wird zunächst seine Rechtsnatur erörtert. Die Nutzerunterstützung durch ein Browser-Add-on ist jedoch nur dann realistisch, wenn das Anbieten des Add-ons keine übermäßigen Haftungsrisiken birgt. Deshalb widmet sich Kapitel 2 der Analyse der Haftungsrisiken bei fehlerhaften Nutzerhinweisen, bevor in Kapitel 3 Möglichkeiten aufgezeigt werden, um die bestehenden Haftungsrisiken auszuschließen. Die Arbeit schließt in Teil 5 mit einem Fazit ab.

¹⁰⁹ Detailliert zum Konzept der Einschätzung s. Teil 3 Kapitel 1 4 Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit.

TEIL 2 RECHTLICHE ANFORDERUNGEN AN ONLINE-VERSANDDIENSTE

Die Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit basiert auf dem Verbraucher- und Datenschutz. Bevor einzelne Merkmale eines Online-Versanddienstes identifiziert werden, mit denen der verbraucher- und datenschutzrechtliche Zustand eingeschätzt werden kann, sind zunächst die rechtlichen Anforderungen an Online-Versanddienste aus dem Verbraucher- und Datenschutzrecht zusammenzutragen. Geschützt wird jeweils die natürliche Person, die mit dem Online-Versanddienst kooperiert.

Unter dem Verbraucherschutzrecht werden rechtliche Regelungen zusammengefasst, die dem Schutz des Verbrauchers dienen, also einer natürlichen Person, die aus überwiegend privaten Zwecken handelt. Der Verbraucherschutz ist ein wesentliches Schutzprinzip des bürgerlichen Rechts.¹¹⁰ Zu den Verbraucherschutzvorschriften zählen vor allem die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs, die sich explizit auf Verbraucher beziehen, etwa bestimmte Vorgaben aus den §§ 305 ff. BGB sowie §§ 312b ff. und 312j BGB. Weiterhin haben auch die Vorschriften der Preisangabenverordnung, zur Anbieterkennzeichnung und zur kommerziellen Kommunikation unter anderem verbraucherschützenden Charakter. Das Datenschutzrecht schützt die informationelle Selbstbestimmung natürlicher Personen. Aufgrund des engen Zusammenhangs mit dem Verbraucherschutz ist vor allem der Konsumentendatenschutz zu beachten.¹¹¹ Dabei sind insbesondere die Vorschriften der §§ 11 ff. TMG zu betrachten, die vor den besonderen Risiken im Internet schützen sollen. Bevor aus den genannten Vorgaben die rechtlichen Anforderungen an Online-Versanddienste im Bereich des Verbraucher- und Datenschutzes abgeleitet werden, werden zunächst die Risiken dargestellt, die bei der Nutzung von Online-Versanddiensten bestehen. Im Anschluss werden die Grenzen dieser nationalen rechtlichen Anforderungen aufgezeigt.

Kapitel 1 Risiken bei der Nutzung von Online-Versanddiensten

Der juristische Begriff des Risikos entstammt dem Umwelt- und Technikrecht.¹¹² Risiko ist die Möglichkeit eines Schadens. Es handelt sich dabei um

¹¹⁰ Detailliert *Tamm* 2011, 9 ff.

¹¹¹ *Weichert*, in: Klumpp u. a. 2008, 318.

¹¹² *Brönneke*, in: Klumpp u. a. 2008, 311.

einen nicht-rechtlichen Begriff, der den zu bewertenden Sachverhalt beschreibt. Regelmäßig wird das Risiko als Produkt aus der potentiellen Schadenshöhe und der Eintrittswahrscheinlichkeit bezeichnet.¹¹³ Häufig wird der Begriff des Risikos gegenüber der Gefahr abgegrenzt. Gefahr ist eine juristische Bewertung eines Risikos. Eine Gefahr liegt vor, wenn eine konkrete, hinreichend wahrscheinliche Schadensmöglichkeit besteht.¹¹⁴ Wird ein Risiko als Gefahr bewertet, ist diese abzuwehren.¹¹⁵

Ziel des im Rahmen dieser Arbeit untersuchten Add-ons ist eine frühzeitige Unterstützung, durch die Risiken minimiert werden sollen. Risikominimierung stellt im Bereich der Technikentwicklung ein allgemeines Prinzip dar, das Vorsorge genannt wird.¹¹⁶ Das Browser-Add-on fördert die Risikovorsorge, die „schon im Vorfeld der Entstehung von Gefahren dazu (dient), die Anzahl möglicher Gefahrenfälle zu reduzieren“.¹¹⁷ Aufbauend auf dem juristischen Konzept zur automatisierten Analyse wird der Verbraucher bei der Wahl eines Online-Versanddienstes unterstützt, indem er eine automatisierte Einschätzung bezüglich der Vertrauenswürdigkeit eines Online-Versanddienstes und Hinweise auf Auffälligkeiten erhält. Zwar werden Nutzer bereits rechtlich durch die Vorschriften des Verbraucher- und Datenschutzrechts vor einigen Risiken geschützt, da Verbraucher im Internet nur schwer einschätzen können, ob ein Anbieter seriös ist.¹¹⁸ Dennoch wurden nach einer Studie aus dem Jahr 2011 8,4 Millionen Deutsche ab 18 Jahren Opfer eines Internetbetrugs.¹¹⁹ Die Risiken im Zusammenhang mit der Nutzung von Online-Versanddiensten sind vielfältig. Die Risiken betreffen vor allem die informationelle Selbstbestimmung, also einen bestimmten Aspekt des Persönlichkeitsrechts, sowie die Entscheidungsfreiheit und das Vermögen.

¹¹³ So etwa *Einwiller* 2003, 27 f. unter Bezugnahme auf *Cunningham*, in: *Cox* 1967, 83.

¹¹⁴ *Brönneke* 1999, 320; anders das soziologische Verständnis s. *Di Fabio* 1994, 55; *Evers/Nowotny* 1987, 34.

¹¹⁵ *Roßnagel/Neuser*, UPR 2006, 125 ff.; *Roßnagel*, in: *Führ* 2015, § 5 BImSchG, Rn. 136 ff., insbesondere 165.

¹¹⁶ *Roßnagel*, in: *Führ* 2015, § 5 BImSchG, Rn. 443 ff.; *Gitter* 2007, 399; *Schulz* 2015, 390.

¹¹⁷ *Idecke/Pordesch/Roßnagel*, in: *Roßnagel/Schroeder* 1999, 133.

¹¹⁸ So auch *Heinemann* 2014, 184.

¹¹⁹ *Infas*, Millionendelikt Internetbetrug, Pressemitteilung vom 19.8.2011, www.infas.de/fileadmin/images/presse/infas_Pressemitteilung_Telekommunikationsmonitor_Internetbetrug_20110819.pdf.

1 Risiken für Verbraucher

Bei der Nutzung von Online-Versanddiensten bestehen Risiken für den Verbraucher als (potentiellen) Vertragspartner. Risiken können in verschiedenen Phasen der Nutzung und im Anschluss daran auftreten. Deshalb ist zu unterscheiden, ob sie vor, bei oder erst nach Vertragsschluss entstehen können. Zentrales Schutzgut im Bereich des Verbraucherschutzes ist die aus der Vertragsfreiheit abgeleitete Entscheidungsfreiheit und gegebenenfalls in der Folge das Vermögen des Einzelnen. Der Verbraucher soll außerdem – abgeleitet aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht – vor Belästigung und Manipulation geschützt werden.¹²⁰

Bereits die einfache Nutzung des Online-Versanddienstes birgt Risiken für die Entscheidungsfreiheit und damit mittelbar auch für das Vermögen des Verbrauchers, wenn er etwa in der Folge eine falsche Entscheidung trifft. Der Verbraucher entscheidet sich, ob er einen Kaufvertrag bei einem bestimmten Online-Versanddienst abschließt, abhängig von den Angaben, die dort vorgehalten werden. Sind diese fehlerhaft oder fehlen bestimmte Informationen ganz, besteht das Risiko, dass der Verbraucher eine Entscheidung trifft, die er bei vollständiger und richtiger Information über das Vertragsangebot eventuell nicht getroffen hätte.¹²¹ Angaben, die, wenn sie fehlen oder falsch sind, den Verbraucher zu einer uninformierten Entscheidung veranlassen können, sind solche über die Vertragsbedingungen, die Ware oder den Vertragspartner. Wird beispielsweise der Gesamtpreis einer Ware nicht klar dargestellt oder werden zusätzliche Kosten, wie die Versandkosten, nicht oder nicht richtig angegeben, entscheidet sich der potentielle Käufer gegebenenfalls gegen ein anderes Angebot, welches bei Einbezug aller anfallenden Kosten günstiger oder insgesamt attraktiver gewesen wäre. Neben dem Preis können auch beispielsweise falsche oder fehlende Warenbeschreibungen den potentiellen Käufer zu einer anderen Entscheidung verleiten.¹²² Der Verbraucher muss auch wissen, wer sein Vertragspartner ist, damit er beispielsweise auf einen Vertragsabschluss verzichten kann, wenn er bereits schlechte Erfahrungen mit diesem Vertragspartner gemacht hat.

Verträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern werden über Online-Versanddienste fast ausnahmslos unter Verwendung der Allgemeinen Ge-

¹²⁰ Weichert, *VuR* 2006, 379.

¹²¹ So auch Hölftgen/Zander-Huyat, in: Kröger/Nöcker/Nöcker 2002, 102.

¹²² Föhlisch, *DuD* 2004, 75.

schäftsbedingungen des Unternehmers geschlossen. Diese sind häufig sehr umfangreich. Das kann das Lesen erschweren. Durch kleine Schriften sowie ein unübersichtliches Schriftbild wird dies häufig noch verstärkt. Allgemeine Geschäftsbedingungen sind außerdem regelmäßig sehr komplex formuliert. Auch das schreckt Verbraucher davon ab, sie zu lesen oder überhaupt zur Kenntnis zu nehmen. Deshalb lesen die wenigsten Verbraucher sie – und falls doch, dann selten gründlich.¹²³ Damit entsteht das Risiko, dass der Käufer Vertragsbestimmungen zustimmt, die er nicht kennt und die ihn benachteiligen, da die vom Unternehmer verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen in aller Regel rechtliche Spielräume zugunsten des Unternehmers gestalten.¹²⁴ Wird der Käufer vom Verkäufer dazu veranlasst, vertragliche Vereinbarungen zu akzeptieren, obwohl er sie nicht kennt, weil der Verkäufer sie kaum lesbar gestaltet, schränkt dies die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers ein.

Ein weiteres Risiko für die Entscheidungsfreiheit entsteht, wenn das Verfahren des Vertragsschlusses für den Verbraucher nicht transparent ist. Dann kann es dazu kommen, dass sich der Verbraucher nicht sicher ist, ob der Vertrag tatsächlich abgeschlossen wurde.¹²⁵ Der Verbraucher kann von einem Vertragsschluss ausgehen, obwohl es nicht dazu kam, und deshalb vergebens auf die bestellte Ware warten. Er kann aber auch irrtümlicher Weise davon ausgehen, dass der Vertrag nicht geschlossen wurde und etwa ein weiteres Mal – auch bei einem anderen Verkäufer – bestellen. Durch Doppelbestellungen kann zusätzlich auch das Vermögen des Verbrauchers beeinträchtigt werden. Online-Versanddienste bieten außerdem die Möglichkeit, sehr schnell einen Vertragspartner zu finden und einen Vertrag abzuschließen.¹²⁶ Trifft der Verbraucher eine übereilte Entscheidung, etwa weil er durch die äußeren Umstände zu der Handlung veranlasst wird, wird ebenfalls seine Entscheidungsfreiheit eingeschränkt. Gerade bei der schnellen und einfachen Möglichkeit des Vertragsabschlusses über Online-Versanddienste, kann es leicht, beispielsweise aufgrund von Tippfehlern, dazu kommen.

¹²³ Nur 14 Prozent der befragten Verbraucher gaben nach Initiative D21/bvh 2012, 17 an, AGB immer zu lesen, 9 Prozent lesen sie nie. Von denen, die AGB lesen, lesen nur 8 Prozent AGB sehr ausführlich und weitere 27 Prozent eher ausführlich. 38 Prozent lesen sie eher oder sehr flüchtig.

¹²⁴ Föhlisch, DuD 2004, 76.

¹²⁵ Föhlisch, DuD 2004, 75 fordert deshalb ein transparentes Verfahren.

¹²⁶ Louveaux/Poulette/Salaün 1999, 100.

Aufgrund des Fernabsatzes der Waren ist ein Austausch der Leistungen Zug-um-Zug grundsätzlich nicht möglich. Stattdessen muss eine der Vertragsparteien in Vorleistung gehen. Die meisten Unternehmer versuchen, dieses Risiko dem Verbraucher aufzuerlegen, indem sie Zahlungsmodalitäten vorsehen, durch die der Verbraucher vor Erhalt der Kaufsache den Kaufpreis entrichten muss. Auch wenn dem Verbraucher regelmäßig verschiedene Zahlungsmethoden zur Auswahl stehen,¹²⁷ handelt es sich häufig nur um verschiedene Methoden der Vorleistung. Auch beim Rückversand muss regelmäßig der Verbraucher in Vorleistung gehen, indem er die Ware zurückschickt, bevor er sein Geld zurückerhalten hat. Tritt der Verbraucher in Vorleistung, verliert er die Möglichkeit, seine Ansprüche durch Verweigerung der Zahlung durchzusetzen. Dies ist ein starkes außergerichtliches Druckmittel, auf das der Verbraucher verzichtet. Das gilt umso mehr, da ein Prozess regelmäßig aus ökonomischer Sicht wegen zu geringer Streitwerte nicht sinnvoll ist.¹²⁸ So verwundert es nicht, dass Verbraucher immer wieder schlechte Erfahrungen aufgrund der Zahlung im Internet machen.¹²⁹ Das Risiko, dass der Verbraucher die Kaufsache trotz geleisteter Zahlung nicht, nur mangelbehaftet oder nicht der Vereinbarung entsprechend erhält und die Rückabwicklung scheitert, muss bei Vorleistung der Verbraucher tragen.¹³⁰

Eine klassische Zahlungsmethode, bei der der Verbraucher als Käufer in Vorleistung treten muss, ist die Zahlung per Vorkasse. In diesem Fall erhält der Verbraucher die Ware erst, wenn die Zahlung beim Unternehmer eingegangen ist.¹³¹ Die Zahlung per Vorkasse kann durch eine Überweisung, ein elektronisches Lastschriftverfahren, Kreditkartenzahlung oder unter

¹²⁷ *Rodenkirchen/Krüger* 2011, 13, 42 f.; die verbreitetsten Methoden sind nach *Groß/Klees/Duscha/Krüger/Hinrichs* 2012, 25 im Fernabsatz die Zahlung per Vorkasse, Paypal, Rechnung, Nachnahme und Kreditkarte.

¹²⁸ *Brönneke* 2009, 48.

¹²⁹ Bei *Rodenkirchen/Krüger* 2011, 12 gaben dies 9,2 Prozent der befragten Verbraucher an.

¹³⁰ *Thüsing*, in: *Staudinger*, Buch 2 2011, Vor §§ 312b-f BGB, Rn. 7; *Meder/Grabe*, BKR 2005, 475; nach Initiative D21/bvh 2012, 7 ist deshalb auch 67 Prozent der Befragten wichtig, dass sie nicht per Vorkasse zahlen müssen. Nach Initiative D21/bvh 2012, 15 gaben 14 Prozent der befragten Verbraucher an, schon einmal trotz Vorkasse keine Waren erhalten haben.

¹³¹ *Meder*, JZ 2004, 503; *Rodenkirchen/Krüger* 2011, 27.

Verwendung von PayPal erfolgen.¹³² Bei einer Überweisung hat der Verbraucher keine Möglichkeit, sich im Schadensfall an seine Bank zu wenden, um das Geld zurückbuchen zu lassen, da er selbst gegenüber seiner Bank den Auftrag erteilt hat. Das elektronische Lastschriftverfahren, auch Bank-einzug genannt, ist das Gegenstück zur Überweisung. Dabei erteilt nicht der Verbraucher den Auftrag, sein Konto zu belasten, sondern der Unternehmer erteilt den Auftrag – mit dem Einverständnis des Käufers.¹³³ Der Verbraucher hat die Möglichkeit, der Buchung zu widersprechen, sodass seine Bank eine Rückbuchung durchführt.¹³⁴ Entsprechend verhält es sich bei der Zahlung mittels Kreditkarte.¹³⁵ Der direkte Einsatz der EC-Karte ist im Internet, anders als in den meisten Ladengeschäften, nicht möglich.¹³⁶ Nutzt der Verbraucher PayPal, so ist dies grundsätzlich mit einer Banküberweisung oder der Zahlung per Kreditkarte vergleichbar.¹³⁷ Der Verbraucher kann einen Betrag auf sein PayPal-Konto aufladen oder erlaubt PayPal, den jeweiligen Betrag per Kreditkarte oder Lastschrift auszugleichen. Bei Differenzen kann PayPal aufgrund eines durch den Verbraucher eingeleiteten Beschwerdeverfahrens die Rückbuchung veranlassen. Im Rahmen des Beschwerdeverfahrens agiert PayPal als Vermittlungsinstanz.¹³⁸

Bei der Nachnahme tritt der Verbraucher nur bedingt in Vorleistung. Dabei wird die Ware gegen Kaufpreiszahlung vor Ort übergeben. Zusätzliche Kosten für den Mehraufwand des Zulieferers muss regelmäßig der Verbraucher tragen und er muss das gesamte Geld bei der Lieferung bereithalten.¹³⁹ Durch die Nachnahme kann das Risiko für das Vermögen des Verbrauchers

¹³² Neben Paypal kommen auch andere Zahlungsmittel wie beispielsweise Prepaidkarten und mobile Bezahlmöglichkeiten in Betracht. *Dennhardt*, in: *Bamberger/Roth* 2014, § 362 BGB, Rn. 38; *Redeker* 2012, Rn. 1197; *Meder/Grabe*, BKR 2005, 467; *Krügel*, in: *Heidrich/Forgó/Feldmann* 2011, C.I.20.

¹³³ *Neumann*, in: *Kilian/Heussen* 2013, Teil 11, Rn. 29; *Werner*, BKR 2002, 12. Innerhalb der EU wurde SEPA als neues Verfahren eingeführt, dazu *Weisser/Färber*, CR 2014, 379 ff.

¹³⁴ *Pfeiffer/Schögel/Wolff*, in: *Bräutigam/Leupold* 2003, A II, Rn. 160; *Werner*, BKR 2002, 15 f.; *BGH*, WM 2000, 1577.

¹³⁵ Diese ist jedoch nur möglich, wenn der Vertragspartner einen Vertrag mit der Kreditkartengesellschaft abgeschlossen hat, *Werner*, BKR 2002, 11 f.; *Meder*, JZ 2004, 503 ff.

¹³⁶ *Neumann*, in: *Kilian/Heussen* 2013, Teil 11, Rn. 41.

¹³⁷ *Meder/Grabe*, BKR 2005, 469.

¹³⁸ *Krügel*, in: *Heidrich/Forgó/Feldmann* 2011, C.I.21; *Meder/Grabe*, BKR 2005, 475 ff. auch kritisch.

¹³⁹ *Pfeiffer/Schögel/Wolff*, in: *Bräutigam/Leupold* 2003, A II, Rn. 161.

aber nur reduziert werden, denn der Verbraucher bezahlt die Lieferung, bevor er sie auf Vollständigkeit oder Mängelfreiheit prüfen kann.¹⁴⁰ Die für den Kunden günstigste Methode ist Zahlung auf Rechnung.¹⁴¹ Nur dann kann der Verbraucher die Ware auf Vollständigkeit und Mängelfreiheit prüfen, bevor er zahlt. Zahlung auf Rechnung wird allerdings nicht immer angeboten, da der Vertragspartner damit selbst in Vorleistung tritt und damit selbst das Vorleistungsrisiko trägt. Häufig wird die Möglichkeit eines Kaufs auf Rechnung auch entweder vom Betrag des Kaufs abhängig gemacht oder nur Bestandskunden ermöglicht.

Der Verbraucher kennt den Unternehmer beim Online-Handel oft nicht.¹⁴² In diesem Fall weiß er nicht und kann auch nur schwer einschätzen, ob sein Vertragspartner seriös und zuverlässig ist und über eine gute Bonität verfügt.¹⁴³ Eine schlechte Bonität kann jedoch ein Zeichen für nahende Insolvenz sein. Tritt diese ein, kann dies zur Nichtlieferung führen.¹⁴⁴ Ist der Unternehmer unzuverlässig, kann er möglicherweise die bestellten Waren nicht liefern, weil beispielsweise die Waren entgegen der Angabe im Online-Versanddienst nicht verfügbar sind. Neben der Möglichkeit, dass bestellte Waren nicht geliefert werden, können sie auch verspätet geliefert werden.¹⁴⁵ Bei unseriösen Verkäufern kann die Nichtlieferung der Ware sogar geplant sein.¹⁴⁶ Solchen Anbietern bietet das Internet eine einfache und günstige Möglichkeit für ihre Machenschaften. Anders als bei einem Ladengeschäft

¹⁴⁰ Meder, JZ 2004, 503.

¹⁴¹ Rodenkirchen/Krüger 2011, 13 f., 43; sie wird auch am häufigsten genutzt 25 f. Nach bevh, Aktuelle Zahlen zum Interaktiven Handel, Zahlweise – Kauf von Waren, www.bevh.org/markt-statistik/zahlen-fakten wurden 2013 38 Prozent der Waren auf Rechnung bestellt.

¹⁴² Anstelle vieler Einwiller 2003, 36.

¹⁴³ Thüsing, in: Staudinger, Buch 2 2011, Vor §§ 312b-f BGB, Rn. 7; allgemein auch Föhlich 2009, 10 f.; Eggs 2001, 8.

¹⁴⁴ Föhlich, DuD 2004, 75.

¹⁴⁵ Föhlich, DuD 2004, 75; Rodenkirchen/Krüger 2011, 27. Laut der Studie von Initiative D21/bevh, Vertrauen beim Online-Einkauf, Berlin 2012, www.initiated21.de/wp-content/uploads/2012/09/Vertrauen-beim-Online-Einkauf.pdf, 15 haben 25 Prozent der befragten Verbraucher bereits schlechte Erfahrungen aufgrund verzögerter Lieferungen gemacht.

¹⁴⁶ So hat beispielsweise eine einzige Gruppe von Betrügern 190 Online-Shops eingerichtet, bei denen Käufer per Vorkasse zahlten, aber die bestellten Waren nie erhielten. Dadurch wurden ca. 2.050 Verkäufe über Waren im Wert von mehr als 1,1 Millionen Euro abgeschlossen. Bleich, Urteil gegen mutmaßlichen Fakeshop-Betrüger erwartet, heise online vom 19.8.2012, www.heise.de/-1670109.

muss der Anbieter tatsächlich keine Waren vorhalten. Er muss auch keine Mitarbeiter beschäftigen und im Vergleich zu einem Ladengeschäft nur eine sehr geringe Miete für das Hosten der Webseite zahlen. Dabei kann er ortsunabhängig Kunden anlocken. Sein Geschäft kann er ohne großen zeitlichen Aufwand oder hohe Kosten eröffnen und wieder schließen.¹⁴⁷

Da der Käufer beim Online-Versandhandel die Ware nicht in Augenschein nehmen kann, bevor er den Vertrag abschließt, ist es ihm nicht möglich, die Beschaffenheit der Ware zu überprüfen.¹⁴⁸ Durch umfangreiche Informationen und eine detaillierte Präsentation können Unternehmer einen möglichst zutreffenden Eindruck von der Ware vermitteln. Ob die Ware jedoch tatsächlich die dort angegebenen Eigenschaften – insbesondere Qualität und Funktionalität – aufweist, kann der Käufer nicht überprüfen.¹⁴⁹ Die Wahrscheinlichkeit, dass sich das Risiko realisiert, unterscheidet sich dabei je nach Warenart. An geringwertige Alltagsgegenstände, wie Büroklammern, werden beispielsweise regelmäßig keine besonders hohen Erwartungen gestellt. Bei Büchern oder CDs ist die Qualität in der Regel vorhersehbar. Anders kann die Qualität bei Waren, wie Kleidung, Möbel oder Kunstgegenstände, kaum im Vorhinein bestimmt werden.¹⁵⁰

Entspricht die Ware nicht den Vorstellungen des Verbrauchers, hat er die Möglichkeit, von seinem Widerrufsrecht Gebrauch zu machen.¹⁵¹ Durch die Nutzung des Online-Versanddienstes ist eine unkomplizierte direkte Kommunikation, wie in einem Ladengeschäft, nicht möglich.¹⁵² Denn der Verbraucher hat kein Ladengeschäft als (relativ) „bestandsfesten Anlaufpunkt“.¹⁵³ Auch wenn der Verbraucher einen klaren gesetzlichen Anspruch hat, muss er diesen gegenüber einem Vertragspartner geltend machen, dem er nicht gegenüber treten kann.¹⁵⁴ Kann der Verbraucher die Identität des Anbieters nicht in Erfahrung bringen, weil diese Informationen online und in den Vertragsunterlagen fehlen oder falsch sind, wird es ihm nicht mög-

¹⁴⁷ *Brönneke*, in: Klumpp u. a. 2008, 302.

¹⁴⁸ Erwägungsgrund 14 FARL; BT-Drs. 14/2658, 15; BGH, NJW 2003, 1665 (1666).

¹⁴⁹ *Föhlisch*, DuD 2004, 75; *Thüsing*, in: Staudinger, Buch 2 2011, Vor §§ 312b-f BGB, Rn. 7.

¹⁵⁰ *Einwiller* 2003, 45 ff.

¹⁵¹ Zum Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Online-Versanddiensten s. Teil 2 Kapitel 2 3.3 Widerrufsrecht.

¹⁵² *Weichert*, in: Klumpp u. a. 2008, 301.

¹⁵³ *Kau* 2006, 3.

¹⁵⁴ 25,7 Prozent der Teilnehmer bei *Rodenkirchen/Krüger* 2011, 27 nannten dies als Hinderungsgrund für einen Online-Einkauf.

lich sein, den Widerruf zu erklären. Damit reicht bereits ein kaum erreichbares Call-Center oder ein fehlender Ansprechpartner beim Verkäufer meist aus, um den Widerruf zumindest zu verkomplizieren.¹⁵⁵ Bei einer problemlosen Rückabwicklung entstehen Kosten für den Rückversand, die eine Partei – häufig der Verbraucher – zahlen muss. Damit besteht zumindest ein Risiko für das Vermögen des Verbrauchers. Außerdem muss er die Ware zurückschicken. Akzeptiert der Unternehmer den Widerruf nicht, weil er die rechtlichen Bestimmungen nicht kennt oder nicht willens ist, diese einzuhalten,¹⁵⁶ muss der Verbraucher seinen Anspruch im Zweifel gerichtlich durchsetzen. Dies gilt insbesondere, wenn der Verbraucher bereits gezahlt hat. Dann riskiert er durch das Zurücksenden sowohl den Kaufpreis als auch die Ware zu verlieren.

Ähnliche Probleme ergeben sich, wenn der Verbraucher feststellt, dass ihm eine falsche oder defekte Ware geliefert wurde,¹⁵⁷ und er seinen gesetzlichen Gewährleistungsanspruch durchsetzen möchte. Nach §§ 476 i. V. m. 474 Abs. 1 BGB wird bei Verbrauchsgüterkäufen bei Sachmängeln, die sich innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang zeigen, vermutet, dass der Sachmangel schon bei Gefahrübergang vorlag. Funktioniert beispielsweise einen Monat nach der Lieferung eines elektronischen Handrührgeräts der Motor nicht mehr, so hat der Verbraucher gegenüber dem Unternehmer, von dem er diese Ware gekauft hat, einen Gewährleistungsanspruch. In Frage kommt gemäß § 437 BGB eine Nacherfüllung, also beispielsweise Reparatur, der Rücktritt vom Vertrag, die Minderung des Kaufpreises, Schadenersatz oder Aufwendungsersatz, wenn beispielsweise weiteres Zubehör zu dem Gerät gekauft wurde. Auch hier muss der Käufer regelmäßig die Ware an den Verkäufer zurücksenden und trägt das Risiko, dass ihm der Kaufpreis oder ein Teil des Kaufpreises nicht (ohne weiteres) erstattet wird.¹⁵⁸

¹⁵⁵ Allgemein *Einwiller* 2003, 45; *Föhlisch*, DuD 2004, 75.

¹⁵⁶ *Föhlisch*, DuD 2004, 75. 10 Prozent der befragten Verbraucher gaben nach Initiative D21/bvh 2012, 15 an, dass es Probleme bei der Retoure-Bearbeitung gab.

¹⁵⁷ Bei von Initiative D21/bevh, Vertrauen beim Online-Einkauf, Berlin 2012, www.initiatiived21.de/wp-content/uploads/2012/09/Vertrauen-beim-Online-Einkauf.pdf, 15 gaben 15 Prozent der Verbraucher an, schon einmal Probleme wegen defekten Waren erlebt zu haben, 12 Prozent wegen beschädigte Waren und 14 Prozent wegen falscher Waren.

¹⁵⁸ *Föhlisch*, DuD 2004, 75.

Neben diesen Risiken aufgrund der Vorleistung des Verbrauchers entstehen auch Risiken durch eine intransparente Gestaltung des Webangebots, etwa hinsichtlich verschiedener Informationen, des Ablaufs oder der Vertragsbedingungen. Weitere Risiken bergen die Nichtlieferung, eine verspätete Lieferung, eine fehlende oder langwierige Kommunikation, zusätzliche Kosten sowie eine fehlende Erstattung. Befragungen unter Verbrauchern zeigen, dass sich diese Risiken immer wieder verwirklichen.¹⁵⁹

2 Risiken für Betroffene

Durch die Nutzung von Online-Versanddiensten entstehen auch im Bereich des Datenschutzes Risiken. Diese Risiken für den Nutzer, der gleichzeitig Betroffener ist, entstehen jedoch nur, soweit personenbezogene Daten vorliegen.¹⁶⁰ Für das Vorliegen personenbezogener Daten muss nicht zwangsläufig ein Vertrag geschlossen werden. Personenbezogene Daten können bereits vor einem Vertragsabschluss beim Diensteanbieter vorliegen. Dieser ist dann die verantwortliche Stelle im Sinne des § 3 Abs. 7 BDSG. Zu personenbezogenen Daten zählen vor allem die IP-Adresse und Cookies, die je nach Zusatzwissen ein personenbezogenes Datum darstellen.¹⁶¹ Die Wahrscheinlichkeit, dass personenbezogene Daten vorliegen, wird mit dem Vertragsabschluss stark erhöht. Dasselbe gilt für ihre Quantität und Qualität. Denn anders als beim traditionellen Kauf in einem Ladengeschäft, wo bei Barzahlung und ohne Kameraüberwachung ein anonymer Kauf möglich ist, ist dies im Internet nicht möglich und regelmäßig nicht gewollt.¹⁶² Stattdessen werden beim Abschluss des Kaufvertrags in der Regel sehr sensitive Daten, wie Zahlungsdaten, Name und Anschrift sowie E-Mail-Adresse und Telefon-

¹⁵⁹ Beispielsweise infas, Millionendelikt Internetbetrug, Pressemitteilung vom 19.08.2011, Bonn, www.infas.de/fileadmin/images/presse/infas_Pressemitteilung_Telekommunikationsmonitor_Internetbetrug_20110819.pdf.

¹⁶⁰ Detailliert zum Begriff der personenbezogenen Daten s. Teil 2 Kapitel 3 1.1 Personenbezogene Daten.

¹⁶¹ Detailliert zu zu Cookies und IP-Adresse s. Teil 2 Kapitel 3 4.1 Cookies.

¹⁶² Ein Vorschlag zur Gestaltung eines unter Pseudonym nutzbaren Onlineshops machte das Projekt DASIT, *Enzmann/Schulze*, in: Roßnagel, 2002, 107 ff.; *Enzmann/Roßnagel*, CR 2002, 141 ff. Eine vergleichbare Idee griff die Europäische Agentur für Netzwerk- und Informationssicherheit im Gutachten Privacy and Data Protection by Design – from policy to engineering, Iraklio 2014, www.enisa.europa.eu/activities/identity-and-trust/library/deliverables/privacy-and-data-protection-by-design/at_download/fullReport, 24 auf.

nummer über das Internet übermittelt. Besonders viele Daten erhält der Diensteanbieter vor allem, wenn sich der Nutzer beim Diensteanbieter registriert. Nachfolgend kann der Nutzer vom Diensteanbieter bei jeder Anmeldung wiedererkannt werden. Alle Daten des Besuchs lassen sich dann wiederum mit den im Benutzerkonto bereits hinterlegten Daten verknüpfen. Bei der Anmeldung ist regelmäßig der Name des Nutzers anzugeben, wodurch alle mit dem Benutzerkonto verknüpften Daten einer bestimmten Person, dem Nutzer, zugeordnet werden können.

Zweck des Datenschutzes ist – anders als der Begriff vermuten lässt – nicht der Schutz der Daten selbst, sondern der Person und ihres Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.¹⁶³ Risiken für Betroffene sind deshalb immer Risiken für die informationelle Selbstbestimmung.

2.1 Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung wurde vom Bundesverfassungsgericht im Volkszählungsurteil¹⁶⁴ erstmals aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitet. Seitdem ist die informationelle Selbstbestimmung als ungeschriebenes Grundrecht anerkannt und Teil der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.¹⁶⁵

Die informationelle Selbstbestimmung gibt dem Einzelnen das Recht, grundsätzlich selbst darüber zu bestimmen, welche personenbezogenen Daten er preisgibt und wie sie verwendet werden.¹⁶⁶ Der Einzelne kann dadurch nicht nur bestimmte Zugriffe auf seine Daten verweigern, sondern er hat auch die Entscheidungsbefugnis darüber, wie mit seinen Daten umgegangen wird. Eine gesetzliche Einschränkung dieser Befugnis bedarf einer besonderen Rechtfertigung. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung soll damit einen Ausgleich zu der „immer weiter um sich greifende(n), zunehmend technisierte(n) und systematisierte(n) Verarbeitung per-

¹⁶³ *Roßnagel* 2007, 107 f. Zum missverständlichen Nennen des Persönlichkeitsrechts in § 1 Abs. 1 BDSG *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 1 BDSG, Rn. 25 ff.

¹⁶⁴ BVerfGE 65, 1 (1 ff).

¹⁶⁵ Z. B. BVerfGE 84, 192 (194); 92, 191 (197); 96, 171 (181); 100, 313 (358), 103, 21 (32, 35), 107, 299 (312), 112, 284, 113, 29 (45 ff.), 115, 166 (190 ff.), 320 (341 ff.), 117, 202 (228 f.), 118, 168 (184 ff., 196 ff.), 120, 351 (361 ff.), 125, 260 (310); anstelle vieler *Albers* 2005, 151 ff.; *Roßnagel* 2007, 108.

¹⁶⁶ BVerfGE 65, 1 (43).

sonenbezogener Daten“ gewährleisten.¹⁶⁷ Das Grundrecht soll sicherstellen, dass kein ausufernder, sondern lediglich ein restriktiven Umgang mit personenbezogenen Daten erfolgt.¹⁶⁸

Dabei hat das Grundrecht eine subjektive und objektive Schutzrichtung. Subjektiv wird die selbstbestimmte Entwicklung und Entfaltung des Einzelnen geschützt. Durch die informationelle Selbstbestimmung kann er selbst entscheiden, welche Daten er von sich preisgibt und wie er sich darstellen will. „Wer nicht mit hinreichender Sicherheit überschauen kann, welche ihn betreffende Informationen in bestimmten Bereichen seiner sozialen Umwelt bekannt sind, und wer das Wissen möglicher Kommunikationspartner nicht einigermaßen abzuschätzen vermag, kann in seiner Freiheit wesentlich gehemmt werden, aus eigener Selbstbestimmung zu planen oder zu entscheiden.“¹⁶⁹ Dieser Überlegung liegt der Gedanken der Selbstdarstellung und der Rückspiegelung zugrunde. Jeder Mensch ist in einen sozialen Kontext eingebettet, der auf Kommunikation mit anderen beruht. Dabei zeigt der Einzelne in verschiedenen sozialen Kontexten unterschiedliche Aspekte seiner Persönlichkeit. Dieses Verhalten in unterschiedlichen sozialen Rollen funktioniert jedoch nur, solange sein Gegenüber nicht bereits umfassende Kenntnisse über ihn besitzt.¹⁷⁰

Objektiv ist das Recht auf informationelle Selbstbestimmung „zugleich die Grundlage einer freien und demokratischen Kommunikationsverfassung“.¹⁷¹ Das Freiheitsrecht hat eine zentrale Bedeutung für die Handlungs- und Partizipationsfähigkeit des Einzelnen in der heutigen Welt.¹⁷² Denn, „wer unsicher ist, ob abweichende Verhaltensweisen jederzeit notiert und als Information dauerhaft gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden, wird versuchen, nicht durch solche Verhaltensweisen aufzufallen“.¹⁷³ Damit würde aber eine freie demokratische Willensbildung verhindert. Das

¹⁶⁷ *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 1 BDSG, Rn. 27.

¹⁶⁸ *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 1 BDSG, Rn. 28. Bereits in BVerfGE 65, 1 wurden dazu verschiedene Datenschutzgrundsätze, wie die Zweckbindung, die Erforderlichkeit und die Transparenz, benannt. Detailliert zu den Grundsätzen s. Teil 2 Kapitel 3 3 Datenschutzrechtliche Anforderungen.

¹⁶⁹ BVerfGE 65, 1 (43).

¹⁷⁰ *Trute*, in: *Roßnagel* 2003, Kap. 2.5, Rn. 15; *Roßnagel* 2007, 109; *Roßnagel*, in: *Roßnagel/Banzhaf/Grimm* 2003, 210.

¹⁷¹ *Roßnagel*, MMR 2003, 694; *Roßnagel* 2007, 110.

¹⁷² *Hoffmann-Rien*, AöR 1998, 522 f.

¹⁷³ BVerfGE 65, 1 (43).

Recht auf informationelle Selbstbestimmung soll also nicht vorwiegend den „Sonderling“ schützen, der sich von der Außenwelt abschotten will. Vielmehr dient es dem Schutz derer, die selbstbestimmt in der Gesellschaft agieren und kommunizieren wollen.¹⁷⁴ Risiken für die informationelle Selbstbestimmung sind in Folge dessen Risiken für die Selbstdarstellung des Einzelnen und die Demokratie als solche. Obwohl sich das Volkszählungsurteil mit staatlichen Datenumgängen beschäftigt, nahmen in der Vergangenheit insbesondere private Datensammlungen an Bedeutung zu. Dies gilt insbesondere im Bereich des Internet.¹⁷⁵

2.2 Risiken für die informationelle Selbstbestimmung

Risiken im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten bestehen nicht nur für einen bestimmten Zeitpunkt, wie vor Vertragsschluss oder nach Vertragsschluss, oder vor der Lieferung der Waren. Risiken für die informationelle Selbstbestimmung sind vielmehr dauerhaft, bis die Daten gelöscht wurden, denn der Diensteanbieter kann die gespeicherten personenbezogenen Daten jederzeit verarbeiten oder nutzen.¹⁷⁶ Nur Risiken, die bei der Übermittlung der Daten entstehen, bestehen nicht weiter.

Das größte Risiko ist der unzulässige Umgang mit den personenbezogenen Daten des Nutzers. Es entsteht zum einen dadurch, dass Daten im Internet ohne das Wissen des Nutzers abgefangen, mitgelesen und umgeleitet werden können.¹⁷⁷ Wegen dieser unzureichenden Kontrollmöglichkeit über die eigenen Daten kann es immer wieder zu einem unerlaubten und ungewollten Umgang mit personenbezogenen Daten kommen, ohne dass der Nutzer dies bemerkt. Zum anderen entsteht es durch die zeitlich und volumenmäßig nahezu unbegrenzte Speicherbarkeit, die Möglichkeiten der Verknüpfung und damit auch der Sammlung umfassender Persönlichkeitsprofile.¹⁷⁸ Personenbezogene Daten, die im Rahmen von Online-Versanddiensten erhoben werden, können, beispielsweise Informationen über persönliche Vor-

¹⁷⁴ *Roßnagel* 2007, 112.

¹⁷⁵ Bereits *Trute*, in: *Roßnagel* 2003, Kap. 2.5, Rn. 3 f.; *Roßnagel*, MMR 2003, 694

¹⁷⁶ So auch *Spindler*, in: Deutscher Juristentag 2012, F 35.

¹⁷⁷ *Höltgen/Zander-Huyat*, in: *Kröger/Nöcker/Nöcker* 2002, 104.

¹⁷⁸ *Trute*, in: *Roßnagel* 2003, Kap. 2.5, Rn. 8 zur Entstehung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung.

lieben, Krankheiten, die Finanzkraft sowie religiöse, politische oder soziale Präferenzen umfassen.¹⁷⁹

Beim klassischen Einkauf in Ladengeschäften interessiert sich der Verkäufer in der Regel nur insoweit für den Kunden, als es für den konkreten Einkauf nötig ist. Verlässt der Verbraucher das Geschäft, werden die Daten irrelevant. In der jüngeren Vergangenheit hat sich dieses Bild aufgrund von Kundenbindungssystemen, wie Payback, leicht gewandelt. Dennoch bleibt es dem Verbraucher immer selbst überlassen, ob er sich an solchen Systemen beteiligt. Im Online-Handel ist der Kunde dem Anbieter zunächst unbekannt. Deshalb besteht ein Interesse daran, den Kunden kennen zu lernen. Dieses Interesse hat sich in den Geschäftsmodellen verfestigt, denn die Daten über den (zunächst) unbekanntem Verbraucher haben – für den Anbieter, aber auch Dritte – einen ökonomischen Wert. So kann der Anbieter des Online-Versanddienstes beispielsweise effektivere Werbung schalten. Auch andere Anbieter haben daran ein Interesse. Deshalb schließen sich etwa bestimmte Unternehmen mit anderen „befreundeten Unternehmen“ zusammen und tauschen die Daten über ihre Kunden aus. Ebenso existieren auch spezialisierte Unternehmen, wie Werberinge, die ein Interesse an Daten der Kunden haben, um ihren eigenen Kunden bessere Werbemöglichkeiten zu bieten.¹⁸⁰

Werden die personenbezogenen Daten von Kunden zu Werbezwecken genutzt oder an Dritte übermittelt, handelt es sich um eine Zweckänderungen. Aufgrund der Zweckbindung ist für einen Datenumgang zu einem anderen, als dem ursprünglichen (zulässigen) Zweck eine neue Erlaubnis nötig.¹⁸¹ Die Zweckänderung ist in aller Regel unzulässig, soweit nicht jeder einzelne Kunde wirksam zugestimmt hat oder das Gesetz ausnahmsweise eine Zweckänderung zulässt.¹⁸² Damit nutzt der Anbieter seine faktische Macht über die Daten, die er häufig bereits ohne die Kenntnis der Kunden erheben kann.¹⁸³ Damit verschiebt er den Informationsstand zu seinen Gunsten. Er

¹⁷⁹ Detailliert zu den Daten bei Online-Versanddiensten s. Teil 2 Kapitel 3 1.2 Personenbezogene Daten bei Online-Versanddiensten.

¹⁸⁰ Vgl. etwa *Grimm*, in: Roßnagel/Grimm/Banzhaf 2003, 55 f.

¹⁸¹ Zum Grundsatz der Zweckbindung s. Teil 2 Kapitel 3 3.3 Zweckbindung..

¹⁸² Zur Zulässigkeit von Datenumgängen allgemein s. Teil 2 Kapitel 3 3.2.1 Erlaubnisnorm, spezielle durch Übermittlung s. Teil 2 Kapitel 3 3.8 Weitergabe von personenbezogenen Daten, zu den Anforderungen an die wirksame Einwilligung s. Teil 2 Kapitel 3 3.2.2 Einwilligung.

¹⁸³ Etwa durch Cookies s. Teil 2 Kapitel 3 4.1 Cookies.

kennt den Kunden sehr genau, wohingegen der Kunde nur erfährt, was der Anbieter auf seiner Webseite angibt. Seine Informationsmacht nutzt der Anbieter dann einseitig für seine eigenen Interessen aus. Der Anbieter versucht sich häufig, dieses Verhalten durch vorformulierte Inhalte, wie die Datenschutzerklärung oder den Einwilligungstext, vom Kunden legitimieren zu lassen. Diese muss der Kunde akzeptieren, um den Online-Versanddienst zu nutzen. Insoweit besteht eine Parallelität zur Problematik der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Da sich Online-Shops über den Verkauf ihrer Waren finanzieren und – anders als andere Online-Dienste¹⁸⁴ – nicht hauptsächlich eine kostenlose Leistung für den Kunden erbringen, sind an den Umgang mit den personenbezogenen Daten des Kunden besonders hohe Anforderungen zu knüpfen. Dennoch besteht – insbesondere im Online-Handel¹⁸⁵ – ein großes Risiko für die informationelle Selbstbestimmung durch die Bildung von Profilen.¹⁸⁶ In einem Profil zusammengefasste Daten sind alle personenbezogen, sobald auch nur ein einziges Datum den Personenbezug herstellen kann. Aus einer Vielzahl von einzeln wenig aussagekräftigen Daten können so sehr umfassende und aussagekräftige Profile entstehen.¹⁸⁷ Außerdem können auf Basis der im Profil zusammengetragenen, personenbezogenen Daten, neue Daten generiert werden, indem vorhandene Daten kombiniert werden und auf neue Eigenschaften geschlossen wird.¹⁸⁸

Durch die Verknüpfung von Daten können Verhalten und Vorlieben einer Person festgestellt und festgehalten werden. „Privates Handeln wird für andere nachvollziehbar, analysierbar und auch später noch rekonstruierbar.“¹⁸⁹ Das Erstellen von umfassenden Profilen schränkt die Spontanität, die Unbefangenheit und die Möglichkeit ein, aus Fehlern zu lernen.¹⁹⁰ Der Einzelne verliert die Möglichkeit, mit verschiedenen Rollen seine Individualität auszuleben, wenn personenbezogene Daten aus verschiedenen Zu-

¹⁸⁴ So beispielsweise soziale Netzwerke, vgl. *Spindler*, in: Deutscher Juristentag 2012, F 16.

¹⁸⁵ So auch *Roßnagel*, in: *Roßnagel/Banzhaf/Grimm* 2003, 208.

¹⁸⁶ Anstelle vieler BVerfGE 65, 1 (6); *Jandt/Laue*, K&R 2006, 316; *Spindler*, GRUR 2013, 1000 f.

¹⁸⁷ *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka* 2001, 27.

¹⁸⁸ *Scholz*, in: *Roßnagel* 2003, Kap. 9.2, Rn. 27 ff. ; *Scholz* 2003, 27; *Jandt/Laue*, K&R 2006, 317.

¹⁸⁹ *Masing*, NJW 2012, 2306.

¹⁹⁰ *Masing*, NJW 2012, 2308.

sammenhängen zusammengefügt werden. Ihm fehlt die Möglichkeit, mitzentscheiden, welches Bild von seiner Person in welchem Umfang und Kontext anderen zur Kenntnis gelangt. Besonders schwerwiegende Risiken für die informationelle Selbstbestimmung entstehen zum einen durch Langzeitprofile, die Daten über einen längeren Zeitraum sammeln, behaftet. Zum anderen bergen Querschnittsprofile große Risiken, die Informationen über den Verbraucher aus verschiedenen Lebensbereichen zusammenfassen¹⁹¹ – etwa durch Zusammenführen der Nutzungsdaten mehrerer Webangebote.¹⁹² Dies ist besonders problematisch, weil personenbezogene Daten nicht zu einem „teilweisen oder weitgehend vollständigen Persönlichkeitsprofil zusammengefügt“ werden dürfen, „ohne dass der Betroffene dessen Richtigkeit und Verwendung zureichend kontrollieren kann.“¹⁹³

Dass das Bilden von Profilen für Diensteanbieter gewinnbringend sein kann, zeigen die Verwendungsmöglichkeiten. Die Auswertung personenbezogener Daten ermöglicht es, personalisierte Werbung zu schalten. Marketing, das dem Nutzer anhand seines bisherigen Verhaltens abgestimmte Werbung zukommen lässt, wird als Online Behavioral Advertising bezeichnet. Dazu werden Daten gesammelt, zu Profilen zusammengeführt und daraufhin Nutzer zu Zielgruppen zusammengefasst. Damit soll dem Nutzer effektivere Werbung angezeigt werden, die zum Nutzungsverhalten und damit regelmäßig auch zu den Interessen des Nutzers passt.¹⁹⁴ Durch die Auswertung umfangreicher Profile ist aber nicht nur die Erhöhung der Rentabilität durch Werbung möglich, sondern auch eine gezielte Manipulation des Kunden, indem ihm spezielle Produkte gezeigt werden, um bei ihm bestimmte Kundenwünsche zu erzeugen.¹⁹⁵ Zum Online Behavioral Advertising werden auch Retargeting-Techniken verwendet. Eine verhaltensbasierte Werbung ist besonders effektiv, wenn die Daten nicht nur von einem Be-

¹⁹¹ Polenz, in: Kilian/Heussen 2013, Teil 13, Verfassungsrechtliche Grundlagen, Rn. 19.

¹⁹² So konnte eine US-amerikanische Handelskette etwa am Nutzungsverhalten eine bis dahin verheimlichte Schwangerschaft feststellen, Hill, How Target Figured Out a Teen Girl Was Pregnant Before her Father Did, Forbes vom 16.2.2012, www.forbes.com/sites/kashmirhill/2012/02/16/how-target-figured-out-a-teen-girl-was-pregnant-before-her-father-did.

¹⁹³ BVerfGE 27, 1 (6).

¹⁹⁴ Gola/Reif 2011, Rn. 439 ff.; Brunst 2009, 32 m. w. N. Zu beiden Begriffen Zeidler/Brüggemann, CR 2014, 249.

¹⁹⁵ Jandt/Laue, K&R 2006, 317; speziell zum Data Warehousing Scholz, in: Roßnagel 2003, Kap. 9.2, Rn. 36.

sich des Nutzers im Webangebot stammen, sondern durch Wiedererkennung des Nutzers mehrere Besuche zusammengeführt werden können.¹⁹⁶

Der Anbieter kann die Daten dazu nutzen, um die persönlichen Verhältnisse des Betroffenen automatisiert zu bewerten und ihn damit einer bestimmten Kategorie oder einem bestimmten Wert zuzuordnen. So wird dem Kunden regelmäßig aufgrund statistischer Annahmen ein bestimmter Kundenwert zugeschrieben. Dabei wird häufig anhand dieser errechneten Werte darüber entschieden, ob ein Vertrag mit einem Kunden geschlossen und wie dieser ausgestaltet wird.¹⁹⁷ Dies ist besonders problematisch, wenn der Wert durch eine Personenverwechslung, eine falsche Auswertung oder eine Fehlinterpretation nicht den wahren Gegebenheiten entspricht.¹⁹⁸ Das Vorgehen ist aus Sicht des Nutzers vollkommen intransparent.¹⁹⁹ Die Daten, die in die Bewertung eingehen, sind dem Nutzer regelmäßig auch nicht bekannt, sodass er sie nicht auf ihre Richtigkeit hin überprüfen kann.²⁰⁰ Eine Überprüfung wäre jedoch besonders wichtig, zum einen weil es sich um selbst generierte Daten handelt, die nicht vom Nutzer stammen. Zum anderen entscheiden solche statistischen Erkenntnisse über die Handlungsmöglichkeiten des Kunden seine Behandlung durch den Anbieter.

Ein weiteres Risiko entsteht bei der Übertragung der Daten.²⁰¹ Technische Möglichkeiten mit denen ein unberechtigter Dritter sich selbst Zugang zu Daten des Nutzers verschaffen kann, sind etwa der Einsatz eines trojanischen Pferds oder ein Man in the Middle-Angriff.²⁰² Ein Dritter kann aber auch nach der Übertragung auf den Speicher des Diensteanbieters zugreifen, auf dem die Daten hinterlegt sind. Bei schlechten oder fehlenden Datensicherheitsmaßnahmen ist insbesondere ein Online-Zugriff möglich. Auch bei guten Sicherheitsmaßnahmen ist dies regelmäßig unter besonderen Anstrengung oder Fähigkeit des Dritten möglich.

¹⁹⁶ *Alich/Voigt*, CR 2012, 344.

¹⁹⁷ *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka* 2001, 24; *Masing*, NJW 2012, 2309; detailliert zur Bewertung der Kreditwürdigkeit s. Teil 2 Kapitel 3 4.4 Bonitätsprüfung und Scoring.

¹⁹⁸ *Weichert*, in: Klumpp u. a. 2008, 323.

¹⁹⁹ *Scholz*, in: *Roßnagel* 2003, Kap. 9.2, Rn. 37 f.; auch *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka* 2001, 27.

²⁰⁰ *Jandt/Laue*, K&R 2006, 317; speziell zum Data Warehousing *Scholz*, in: *Roßnagel* 2003, Kap. 9.2, Rn. 38.

²⁰¹ *Föhlich*, DuD 2004, 75 nennt Datensicherheit als wichtiges Kriterium für Online-Shops.

²⁰² Anstelle vieler *Schulte am Hülse/Klabunde*, MMR 2010, 84; *Heinemann* 2014, 187.

Bei den bisher genannten Szenarien handelt es sich beim Dritten um einen sogenannten „Hacker“.²⁰³ Es besteht aber auch die Möglichkeit, dass der unberechtigte Dritte die Daten des Nutzers direkt vom Diensteanbieter erhält. Denn unabhängig von der Zulässigkeit, hat der Diensteanbieter immer die faktische Möglichkeit, die Daten, von denen er Kenntnis hat, auch einem Dritten zugänglich zu machen. Dann benötigt der Dritte keine besonderen Kenntnisse, um auf die Daten zuzugreifen.²⁰⁴ Neben dem Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung kann auch das Vermögen des Nutzers betroffen sein. Erhält er Zugriff auf die Zugangsdaten und wurden dieselben auch für andere Dienste genutzt, kann der Dritte sehr umfangreiche Informationen über den Nutzer zusammentragen.²⁰⁵ Auch Cookies, die von einer anderen Stelle als dem Diensteanbieter selbst gesetzt werden, führen dazu, dass ein Dritter Daten über den Nutzer erhält. So arbeiten etwa Werberinge. Besucht ein Nutzer eine Webseite, auf der der Werbering Werbung schaltet, kann entweder ein Cookie gesetzt oder die Inhalte eines vorhandenen Cookies an den Werbering übermittelt werden. Solche Daten umfassen etwa die besuchte Webseite.²⁰⁶ Damit kann der Werbering – bei ausreichender Verbreitung – sehr genau nachvollziehen, wie sich der Nutzer online verhält. Dieselbe Technik verwenden auch Webanalyse-Tools, die das Verhalten eines Nutzers auf Webseite erheben, analysieren und die Auswertung – inklusive statistischer Informationen über andere Webseiten – an den Anbieter der Webseite zurücksenden. Dadurch erfährt auch der Anbieter weitere

²⁰³ Allein 2012 wurden dem Bundeskriminalamt 16.794 Fälle des Ausspähen und Abfangens von Daten bekannt, Bundeskriminalamt, Bundeslagebild Cybercrime 2012, Wiesbaden 2013, www.bka.de/nn_231576/SharedDocs/Downloads/DE/Publikationen/JahresberichteUndLagebilder/Cybercrime/cybercrimeBundeslagebild2012,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/cybercrimeBundeslagebild2012.pdf, 4.

²⁰⁴ So geben nach Initiative D21/bvh 2012, 15 6 Prozent der Verbraucher an, dass ihre Daten an Dritte weitergegeben wurden. Dabei bemerken Verbraucher in den meisten Fällen gar nicht, wenn ihre Daten weitergegeben wurden und es deshalb auch nicht angeben.

²⁰⁵ Allgemein zum Identitätsklau durch Verkettung von Benutzerkonten *Brors*, Wirksamer Schutz vor Identitätsklau, heise online vom 3.11.2012, www.heise.de/-1742823.html. Welche Folgen der unberechtigte Zugriff Dritter auf das Benutzerkonto haben kann, zeigt der Fall des Journalisten *Honan*, How Apple and Amazon Security Flaws Led to My Epic Hacking, 8.6.2012, www.wired.com/gadgetlab/2012/08/apple-amazon-mat-honan-hacking/all. Binnen einer Stunde wurden alle E-Mails gelöscht, kompromittierende Nachrichten über Twitter verbreitet und alle Daten von internetfähigen Geräten gelöscht.

²⁰⁶ Detailliert zur Funktionsweise von Cookies s. Teil 2 Kapitel 3 4.1 Technik und Funktion.

Informationen über den einzelnen Kunden. Haben (unberechtigte) Dritte Zugriff auf die Daten, bestehen weitere Risiken, vor allem für die informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen. Ein Dritter kann, sobald er über personenbezogene Daten verfügt, in vielfältiger Weise mit diesen umgehen.²⁰⁷

Ein weiteres Risiko ist die fehlende Transparenz bezüglich des Umgangs mit den personenbezogenen Daten. Um selbst darüber entscheiden zu können, wer welche Daten über ihn wie erhebt, verarbeitet und nutzt, muss der Nutzer darüber informiert werden, ob und wie der Diensteanbieter mit seinen personenbezogenen Daten umgeht. Der Umgang mit Daten ist im Internet „für den Nutzer erheblich schlechter erkenn- und durchschaubar als in der klassischen Datenverarbeitung auf einem einzelnen Rechner“.²⁰⁸ Er kann kaum nachvollziehen, welche Daten, wie lange, zu welchem Zwecke erhoben, verarbeitet oder genutzt werden, ob diese weitergegeben oder zur Profilbildung genutzt werden. Deshalb liegt ein Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung auch dann vor, wenn der Nutzer nicht vollständig oder falsch informiert wird.

Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass die Nutzung von Online-Versanddiensten eine Vielzahl an Risiken für die informationelle Selbstbestimmung des Nutzers und Betroffenen bereithält. Dazu zählt etwa die Verschiebung der Informations-Asymmetrie zuungunsten des Nutzers. Dass der Anbieter den Nutzer durch die von ihm erhobenen Daten näher kennt und einschätzen kann, verleiht ihm eine größere Macht. Weitere Risiken entstehen beispielsweise, wenn Dritte auf diese Daten zugreifen können.

2.3 Risiken durch den Umgang mit Zahlungsdaten

Risiken im Zusammenhang mit dem Umgang mit Zahlungsdaten bilden eine Schnittmenge des Daten- und Verbraucherschutzes und werden deshalb gesondert dargestellt.²⁰⁹ Beim Abschluss des Kaufvertrags erfährt der Unternehmer regelmäßig Zahlungsdaten des Verkäufers. Damit stehen ihm

²⁰⁷ Föhlisch, DuD 2004, 75 fordert deshalb Datensicherheit.

²⁰⁸ Roßnagel, DuD 1999, 256.

²⁰⁹ Speziell zum Risiko durch Vorleistung s. Teil 2Kapitel 11 Risiken für Verbraucher.

besonders viele aussagekräftige Daten zur Verfügung.²¹⁰ Diese kann auch ein unberechtigter Dritter nutzen, wenn er Zugriff darauf hat. Neben der Tatsache, dass es sich auch dabei um personenbezogene Daten handelt, kommt ein besonderes Missbrauchsrisiko mit möglichen finanziellen Folgen hinzu. Das Risiko, dass Zahlungsdaten abgefangen oder missbräuchlich verwendet werden, wird besonders stark wahrgenommen.²¹¹

Verschiedene Zahlungsmethoden legen unterschiedliche Daten offen. So gilt die Zahlung per Kreditkarte als besonders risikobehaftet. Für die Belastung der Kreditkarte genügen bereits die bei der Zahlung anzugebenden Informationen. Eine weitere Authentisierung ist regelmäßig nicht nötig. Damit kann jeder, der Zugriff auf diese Daten hat, eine Belastung der Kreditkarte in Auftrag geben. Bei regelmäßiger Benutzung der Kreditkarte als Zahlungsmittel haben viele verschiedene Personen, insbesondere die jeweiligen Vertragspartner, aber möglicherweise auch Dritte, Zugriff auf diese Daten. Unberechtigte Belastungen müssen in der Praxis regelmäßig vom Kreditkarteninstitut übernommen werden.²¹² Dasselbe Risiko besteht beim elektronischen Lastschriftverfahren, bei dem der Verbraucher dem Vertragspartner mit seiner Einzugsermächtigung alle Daten mitteilt, die zur Belastung des Kontos nötig sind.²¹³ Der Verbraucher muss aber auch in diesem Zusammenhang die Kosten einer solchen unberechtigten Abbuchung nicht selbst tragen, wenn er seiner Bank den Missbrauch mitteilt und eine Rückbuchung veranlasst.²¹⁴ Eine anonyme Zahlung ist bei der Nutzung einer Kreditkarte, wie bei dem elektronischen Lastschriftverfahren, nicht möglich, da immer auch der Name des Karteninhabers angegeben werden muss.

Bei der Überweisung erfährt der Anbieter nur den Betrag, den Verwendungszweck und den Kontoinhaber. Da dem Vertragspartner keine spezifischen Zahlungsdaten mitgeteilt werden und zur Veranlassung einer Überweisung eine PIN eingeben muss, bestehen nur geringe Möglichkeiten zum

²¹⁰ Dies besondere Bedeutung zeigt beispielsweise auch die spezielle Informationspflicht für diese Daten nach § 42a Satz 1 Nr. 4 BDSG.

²¹¹ *Föhlisch*, DuD 2004, 76; *Thüsing*, in: Staudinger, Buch 2 2011, Vor §§ 312b-f BGB, Rn. 7.

²¹² Dies folgt aus der mangelhaften Sicherheitsprüfung BGH, ZIP 2002, 974 (977 f.) m. V. a. *Meder*, ZBB 2000, 91 ff.; *Redeker* 2012, Rn. 1200 f.

²¹³ *Pfeiffer/Schögel/Wolff*, in: *Bräutigam/Leupold* 2003, A II, Rn. 159; *Einwiller* 2003, 43 f.

²¹⁴ Ausführlich *Werner*, BKR 2002, 12 f.

Missbrauch.²¹⁵ Allerdings müssen dem Unternehmer doch spezielle Zahlungsinformationen mitgeteilt werden, wenn, etwa wegen eines Widerrufs, eine Rückabwicklung nötig wird.

Bei der Nutzung von PayPal werden dem Vertragspartner keine speziellen Zahlungsinformationen mitgeteilt. Kreditkarteninformationen oder Kontodaten werden nur bei PayPal hinterlegt. Dadurch verringert sich die Wahrscheinlichkeit, diese Informationen abzufangen.²¹⁶ Zur Zahlung per PayPal ist dann jedoch regelmäßig nur die Eingabe der E-Mail und des Passworts nötig. Werden dazu dieselben Daten wie bei der Anmeldung des Online-Versanddienstes verwendet,²¹⁷ erhält man beim Abfangen der Anmeldedaten vollen Zugriff auf die Funktionen des PayPal-Kontos. Der Verbraucher kann aber, wie bei der Nutzung der Kreditkarte oder des elektronischen Lastschriftverfahrens, diese Beträge durch seine Bank oder das Kreditunternehmen zurückfordern, wenn die bei PayPal hinterlegten Kreditkarteninformationen oder Kontodaten missbraucht werden. Das Guthaben des PayPal-Accounts ersetzt PayPal, soweit der Missbrauch vorsätzlich herbeigeführt wurde. Das Nachweisrisiko trägt PayPal.²¹⁸

Weitere Zahlungsmethoden, bei denen Online-Versanddiensten regelmäßig keine personenbezogenen Daten zusätzlich zu den Lieferinformationen mitgeteilt werden müssen, sind die Nachnahme sowie die Überweisung.²¹⁹ Zur Zahlung per Nachnahme muss nur die Lieferadresse bekannt sein. Diese ist bereits nötig, um die Ware zuzustellen. Bei der Nachnahme entstehen allerdings zusätzliche Kosten. Auch die Nutzung einer Prepaidkarte kann anonymes Zahlen bei Online-Versanddiensten ermöglichen.²²⁰ Problematisch ist, dass eine Rückabwicklung nur ausnahmsweise möglich sein wird, da

²¹⁵ Soweit ein anderer Zugang zu PINs hat, haftet der Kontoinhaber nach § 675 b BGB für die über sein Konto getätigten Überweisungen, wenn die Bank oder das Kreditkartenunternehmen nachweisen kann, dass eine Authentisierung unter Verwendung des entsprechenden Authentisierungsinstruments (z. B. PIN) erfolgte. Das Abfangen einer PIN ist im Rahmen eines Online-Versanddienstes aber kaum vorstellbar.

²¹⁶ *Krügel*, in: Heidrich/Forgó/Feldmann 2011, C.I.21.

²¹⁷ Allgemein zur Wiederverwendung von Benutzernamen und Passwörtern *Honan*, Kill the Password: Why a String of Characters Can't Protect Us Anymore, 15.11.2012, www.wired.com/gadgetlab/2012/11/ff-mat-honan-password-hacker/all/.

²¹⁸ Paypal, Paypal-Nutzungsbedingungen, 12.1, Luxemburg 17.6.2014, cms.paypal.com/de/cgi-bin/?cmd=_render-content&content_ID=ua/UserAgreement_full.

²¹⁹ *Pfeiffer/Schögel/Wolff*, in: *Bräutigam/Leupold* 2003, A II, Rn. 161.

²²⁰ *Redeker* 2012, Rn. 1197.

regelmäßig keine Möglichkeit zum Zurückbuchen eines Guthabens vorgehen ist.²²¹

3 Risiken der Nutzung

Der Kunde, der gleichzeitig auch Nutzer, Betroffener, Verbraucher und Käufer ist, setzt sich bei der Nutzung von Online-Versanddiensten verschiedenen Risiken aus. Im Bereich des Verbraucherschutzes sind dabei vor allem solche Risiken relevant, die im Zusammenhang mit dem Abschluss des Kaufvertrags stehen und die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers einschränken oder das Vermögen des Verbrauchers schmälern können. Auch durch die unberechtigte Verwendung und Nutzung von Zahlungsdaten durch den Vertragspartner oder einen Dritten besteht ein Risiko für das Vermögen des Verbrauchers. Bei der Nutzung von Online-Versanddiensten fallen zwangsläufig personenbezogene Daten an, durch die Risiken für die informationelle Selbstbestimmung vorhanden sind. Dies gilt insbesondere für eine unerlaubte Profilbildung, Zugriffe unberechtigter Dritter und andere unzulässige Datenumgänge, wie eine unzulässige Zweckänderung zu Werbezwecken. Durch die Daten, die dem Anbieter über den Nutzer zur Verfügung stehen, verstärkt der Anbieter das Machtungleichgewicht. Er kann sie zur Durchsetzung seiner Interessen, etwa der Gewinnmaximierung nutzen, da er über wesentlich umfangreichere Informationen verfügt, als dem Nutzer über den Anbieter zur Verfügung stehen.

Kapitel 2 Verbraucherschutzrechtliche Anforderungen

Auf Sachverhalte im Internet sind grundsätzlich die allgemeinen rechtlichen Bestimmungen anzuwenden, die auch beim Einkauf in einem Ladengeschäft eingehalten werden müssen.²²² Der Verbraucher soll durch das Browser-Add-on aber vor allem vor Risiken geschützt werden, die ausschließlich oder besonders bei der Nutzung von Online-Versanddiensten entstehen können. Relevant sind entsprechend Spezialregelungen für den Bereich des Online-Versandhandels und solche, die im Internet von besonderer Bedeutung sind. Nicht untersucht werden Regelungen, die sich nur auf spezielle Warenarten beziehen.

²²¹ Pfeiffer/Schögel/Wolff, in: Bräutigam/Leupold 2003, A II, Rn. 153.

²²² Ausführlich zum Vertragsschluss im Internet Kitz, in: Hoeren/Sieber/Holznapel 2014, Teil 13.1.

Typische Verbraucherschutzinstrumente sind Mittel zum Treffen und zur Handhabung einer informierten Entscheidung.²²³ Um den Verbraucher in die Lage zu versetzen, eine informierte Entscheidung zu treffen, existiert eine Vielzahl von Informationspflichten, die sowohl einen speziellen Inhalt also auch eine bestimmte formale Gestaltung fordern. Bei Vorgaben zur Gestaltung kann es sich um zeitliche, optische und sprachliche Aspekte handeln. Sprachliche Aspekte umfassen sowohl die Landessprache als auch eine verständliche Formulierung.²²⁴ Der Durchführung einer informierten Entscheidung dienen weitere Mittel wie das Widerrufsrecht, die Button-Lösung und die Notwendigkeit des Opt-in bei Zusatzleistungen.²²⁵

Bevor die verbraucherschutzrechtlichen Anforderungen an Online-Versanddienste im Einzelnen untersucht werden, wird einführend auf die Verbraucherrechterichtlinie eingegangen. Diese wurde mit Wirkung zum 13.6.2014 nach sechsmonatiger Vorlaufzeit vollständig in deutsches Recht umgesetzt und bedingte einige Änderungen der rechtlichen Anforderungen an Online-Versanddienste.

1 Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie

Auf europäischer Ebene wurde am 25.10.2011 eine neue Richtlinie im Bereich des Verbraucherschutzes verabschiedet, die Verbraucherrechterichtlinie. Sie soll nach Erwägungsgrund 2 VRRL Teile der europarechtlichen Verbraucherschutzbestimmungen, insbesondere die Fernabsatzrichtlinie²²⁶ und die Richtlinie über Haustürgeschäfte²²⁷ vereinheitlichen und aktualisieren.²²⁸ Sie war bis zum 13.12.2013 umzusetzen. Die in Art. 8 Abs. 2 VRRL beschriebene sogenannte Button-Lösung wurde bereits zum 1.8.2012 umgesetzt, alle

²²³ Grundmann, JZ 2013, 57, 61 speziell zur Verbraucherrechterichtlinie.

²²⁴ Brönneke 2009, 25.

²²⁵ Den Bereich des Verbraucherdatenschutzes (dazu bereits Weichert, VuR 2006, 378 mit vielen weiteren Belegen) behandelt aufgrund seiner großen Bedeutung bei Online-Versanddiensten in Teil 2 Kapitel 3 Datenschutzrechtliche Anforderungen separat.

²²⁶ Richtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtlinien 97/7/EG und 98/27/EG, ABl. EG 2002, L 271, 16 (FARL).

²²⁷ Richtlinie 85/577/EWG des Rates vom 20. Dezember 1985 betreffend den Verbraucherschutz im Falle von außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen, ABl. EG 1985, L 372, 31.

²²⁸ Zur Rechtsetzungsgeschichte ausführlich Tonner, VuR 2013, 443 f.

anderen Vorschriften durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie²²⁹.

Art. 4 VRRRL legt den Anspruch der Richtlinie auf Vollharmonisierung fest. Danach ist es den Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht möglich, von den Vorgaben der Verbraucherrechterichtlinie – auch zugunsten der Verbraucher – abzuweichen.²³⁰ Der Ansatz der Mindestharmonisierung aus der Richtlinie über Haustürgeschäfte und der Fernabsatzrichtlinie wird damit aufgegeben. Der Wechsel zur Vollharmonisierung wird damit begründet, dass die Mindestharmonisierung – zusätzlich zu den unterschiedlichen Vorgaben der verschiedenen Vorgängerrichtlinien – zu einer Rechtszersplitterung führte, da viele Mitgliedstaaten über die Mindestanforderungen der Richtlinie hinausgehende Vorgaben festlegten.²³¹ Die damit einhergehenden Kosten für Unternehmer und die auf die Verbraucher abschreckend wirkenden Rechtsunterschiede,²³² führten nach Erwägungsgrund 5 VRRRL dazu, dass trotz des zunehmenden Versandhandels, gerade im Internet, der grenzüberschreitende Handel nicht entsprechend gewachsen ist. Durch die Verbraucherrechterichtlinie soll der Binnenmarkt gefördert (Art. 114 AEUV) und gleichzeitig ein hohes Verbraucherschutzniveau geschaffen werden (Art. 169 Abs. 1 und 2 lit. a AEUV). Werden die Bestimmungen insgesamt in der Europäischen Union betrachtet, kann die Verbraucherrechterichtlinie dieses Ziel wohl auch erreichen, da die Bestimmungen über die früheren mindestharmonisierten Anforderungen meist hinausgehen. Für Mitgliedstaaten wie Deutschland, die bereits ein besonders hohes Verbraucherschutzniveau hatten, führt die Richtlinie aber in vielen Teilen zur Absenkung desselben.²³³

²²⁹ Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung vom 20.9.2013, BGBl. Teil I 2013, 3642.

²³⁰ Detailliert zu den Auswirkungen der Vollharmonisierung in diesem Zusammenhang *Tonner*, *VuR* 2014, 23 ff.

²³¹ Europäische Kommission, Grünbuch „Die Überprüfung des gemeinschaftlichen Besitzstands im Verbraucherschutz“, KOM(2006) 744 endgültig, 7; zur überschießenden Umsetzung auch *Micklitz/Reich*, *EuZW* 2009, 280.

²³² Erwägungsgrund 6 VRRRL; kritisch dazu *Micklitz/Reich*, *EuZW* 2009, 280 und *Föhlisch*, *MMR* 2009, 75.

²³³ So auch *Micklitz/Reich*, *EuZW* 2009, 279, 286; *Tacou*, *ZRP* 2009, 143; wohl a. A. *Schwab/Giesemann*, *EuZW* 2012, 257; *Koch*, *JZ* 2014, 758 ff.; *Föhlisch*, *MMR* 2009, 80 nennt den Richtlinienentwurf aus Unternehmenssicht begründenswert.

Aufgrund der Vollharmonisierung mussten einerseits Regelungen der Verbraucherrechterichtlinie in nationales Recht umgesetzt werden, soweit dieses nicht bereits den Vorgaben der Verbraucherrechterichtlinie entsprach. Andererseits waren Regelungen aufzuheben, die den Bestimmungen der Richtlinie entgegenstanden, wie beispielsweise das alternative Rückgaberecht in § 356 BGB a. F. Bei der Definition des Verbrauchers, Unternehmers und des Fernabsatzvertrages sind keine oder nur geringfügige Änderungen nötig geworden. Eine wesentliche Änderung enthält die Gesetzessystematik. §§ 312 ff. BGB beginnt nach der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie mit allgemeinen Vorgaben für alle Verbraucherverträge im Sinne des § 310 Abs. 3 BGB, die eine entgeltliche Leistung des Unternehmers umfassen. Erst in §§ 312b ff. BGB folgen die Vorschriften über außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge (früher Haustürgeschäfte) und Fernabsatzverträge. Die §§ 312i f. BGB enthalten die weitgehend unveränderten Vorgaben für Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr.

Die bereits in der Fernabsatzrichtlinie enthaltenen Pflichtangaben werden durch Art. 6 VRRRL erweitert und infolgedessen auch die Pflichtangaben für den Fernabsatz im deutschen Recht entsprechend angepasst. Neu hinzugekommen ist etwa die Pflicht aus Art. 6 Abs. 1 lit. t VRRRL außergerichtliche Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren und die Zugangsvoraussetzungen anzugeben.²³⁴

Weitere Änderungen waren vor allem am Widerrufsrecht nötig. Zum einen musste die bereits bestehende unstrukturierte Ansammlung von Ausnahmen vom Widerrufsrecht aufgrund von Art. 16 VRRRL verändert, vor allem erweitert, werden.²³⁵ So ist das Widerrufsrecht nach lit. e bei Waren ausgenommen, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene versiegelt und deren Versiegelungen entfernt wurden. Andere Ausnahmen sind weniger nachvollziehbar und wohl auf Lobbyarbeit zurückzuführen. Dazu zählt lit. g, wonach das Widerrufsrecht bei alkoholischen Getränken ausgeschlossen ist, die nach erst 30 Tagen geliefert werden können und auf dem Markt Schwankungen unterliegen.²³⁶ Die Ausnahme für Waren, die zur Rücksendung nicht geeignet sind, wurde entfernt, sodass nach Umsetzung

²³⁴ Ausführlicher *Hoeren/Föhlisch*, CR 2014, 242 ff.

²³⁵ So auch *Schwab/Giesemann*, EuZW 2012, 255. Eine Übersicht zu den alten und neuen Ausnahmen zeigt *Schmidt/Brönneke*, VuR 2013, 455 f.;

²³⁶ So auch *Föhlisch*, MMR 2009, 79; zur bestehenden Regelungen § 312b Abs. 3 BGB *Föhlisch* 2009, 455 f.

der Richtlinie auch hier ein Widerrufsrecht bestehen wird, der Verbraucher aber Wertersatz leisten muss, wenn die Waren nicht mehr oder nur wertgemindert verkauft werden können.²³⁷

Zum anderen wurde die Widerrufsfrist verkürzt. Die Frist beginnt nach Art. 9 Abs. 2 lit. b VRRL bei physischem Besitz der Ware – auch bei einer fehlerhaften Widerrufsbelehrung. Dann verlängert sich die Frist allerdings nach Art. 10 Abs. 1 VRRL um weitere zwölf Monate, in denen eine verspätete Belehrung gemäß Abs. 2 jedoch zum Beginn der 14-tägigen Frist führt. Diese Regelung sieht nun § 356 Abs. 1 bis 3 BGB vor. Gerade die Regelungen zur Widerrufsfrist waren in den verschiedenen Mitgliedstaaten trotz der Richtlinie sehr unterschiedlich geregelt und deshalb oft als Beispiel der Rechtszersplitterung herangezogen worden (Erwägungsgrund 40 VRRL).

Schließlich wurden auch die Bestimmungen zur Ausübung des Widerrufsrechts verändert. Der Verbraucher kann die Ware nicht mehr nur zurückschicken, denn § 355 Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB fordert eine entsprechende Erklärung vom Verbraucher, wie es auch Art. 11 Abs. 1 Satz 1 VRRL fordert. Dazu kann der Verbraucher neben dem Muster-Widerrufsformular auch ein entsprechend gestaltetes Rücksendeformular des Unternehmers oder eine selbstformulierte Erklärung abgeben. Nach § 356 Abs. 1 BGB kann der Unternehmer anbieten, entweder das Muster-Widerrufsformular im Anlage 2 zu Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 EGBGB oder eine entsprechende, eindeutige Erklärung auf der Webseite auszufüllen und zu übermitteln. Dann muss der Verbraucher aber unverzüglich eine Eingangsbestätigung auf einem dauerhaften Datenträger erhalten. Dies entspricht Art. 11 Abs. 3 VRRL.²³⁸

Auch bezüglich der Kosten ergeben sich Änderungen durch die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie. Der Verbraucher muss nun grundsätzlich – und nicht nur ausnahmsweise – die Kosten der Rücksendung tragen (Art. 14 Abs. 1 UAbs. 2 VRRL, § 357 Abs. 6 BGB). Bisher konnten dem Verbraucher die Kosten der Rücksendung nur ausnahmsweise entsprechend § 357 Abs. 2 Satz 3 BGB a. F. auferlegt werden. Im Gegensatz dazu ist Art. 19 VRRL und seine Umsetzung in § 312a Abs. 4 BGB verbraucherschutzrechtlich sehr zu begrüßen.²³⁹ Danach darf der Unternehmer keine Entgelte für die Nutzung

²³⁷ Kritisch *Föhlisch*, MMR 2009, 79.

²³⁸ Kritisch *Föhlisch*, MMR 2009, 78.

²³⁹ So auch *Schwab/Giesemann*, EuZW 2012, 256.

von Zahlungsmitteln verlangen, die höher sind als die, die dem Unternehmer selbst entstehen. Generell dürfen Zahlungen zusätzlich zur Hauptleistung nach § 312a Abs. 3 BGB, der Art. 22 VRRL umsetzt, nur noch gefordert werden, wenn der Verbraucher diesen ausdrücklich zustimmt. Damit sind vorausgewählte Optionen, die vom Verbraucher aktiv wieder abgewählt werden müssen, nicht zulässig und binden den Verbraucher nicht. Auch für die telefonische Kontaktaufnahme durch den Verbraucher darf der Unternehmer maximal den Grundtarif verlangen (Art. 21 VRRL, § 312a Abs. 5 BGB).

Eine Regelung bezüglich der zu verwendenden Sprache, in der die Pflichten zu erfüllen sind, fehlt, obwohl diese gerade bei grenzüberschreitenden Verträgen mit Verbrauchern in Europa faktisch sehr wichtig ist.²⁴⁰ Ein Verbraucher wird kaum einen Vertrag in einer Sprache schließen, die er nicht versteht, oder sich auch nur näher mit dem Inhalt eines Angebots befassen. Damit sind Sprachbarrieren gerade innerhalb des Binnenmarktes, in dem eine Vielzahl verschiedener Sprachen verwendet wird, ein ganz wesentliches Hindernis für den grenzüberschreitenden Handel. Für die Regelung der zu verwendenden Sprache lässt die Europäische Union laut Erwägungsgrund 15 VRRL jedoch den Mitgliedstaaten Spielraum für eigene Regelungen.

Insgesamt brachte die Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie umfassende Änderungen für die Gestaltung und den Betrieb eines Online-Versanddienstes. Diese erstrecken sich vor allem auf Informationspflichten und das Widerrufsrecht im Fernabsatz, aber auch auf Fragen der Kostentragung. Die Änderungen sind im Folgenden berücksichtigt worden.

2 Allgemeine Geschäftsbedingungen

Typischerweise verwenden Anbieter von Online-Versanddiensten Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) beim Abschluss von Verträgen über ihren Dienst. Damit wird vermieden, dass im Massenvertrieb für jedes Vertragsverhältnis Vertragsklauseln immer wieder neu formuliert werden müssen. Verträge können so schnell und standardisiert abgeschlossen werden. Es müssen keine aufwendigen Einzelvereinbarungen ausgehandelt werden. Allgemeine Geschäftsbedingungen werden zwar nicht nur bei Online-

²⁴⁰ So auch *Micklitz/Reich*, EuZW 2009, 282 f.

Versanddiensten eingesetzt, sondern auch in Ladengeschäften. Jedoch sind sie im Online-Handel wichtiger, da der Vertragsabschluss noch standardisierter, ohne persönlichen Kontakt, verläuft.

Diese Vorformulierung erleichtert nicht nur den Vertragsabschluss, sondern ermöglicht es dem Verwender auch, die eigenen Interessen durchzusetzen.²⁴¹ Das Verbraucherschutzrecht geht davon aus, dass zwischen dem Unternehmer und dem Verbraucher ein Machtgefälle besteht, das es dem Unternehmer erleichtert, seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen durchzusetzen. Die §§ 305 ff. BGB dienen dem Ausgleich dieses Gefälles und sollen verhindern, dass der Verbraucher über Gebühr benachteiligt wird, indem dispositives Recht abbedungen wird.²⁴²

Allgemeine Geschäftsbedingungen, die nicht wirksam einbezogen wurden oder unwirksam sind, sind für das Vertragsverhältnis nicht relevant. Sie beeinträchtigen auch den Bestand des übrigen Vertrags nach § 306 Abs. 1 BGB grundsätzlich nicht.²⁴³ An ihre Stelle treten gemäß Abs. 2 die gesetzlichen Bestimmungen. Dispositives Recht ersetzt damit die vertraglichen Klauseln. Es kommt nicht zu einer geltungserhaltenden Reduktion der Vereinbarung.²⁴⁴ Eine Klausel, die eine geltungserhaltende Reduktion anstelle des dispositiven Rechts vorsieht („salvatorische Klausel“), wird wegen eines Verstoßes gegen § 305c Abs. 1 sowie § 307 BGB nicht einbezogen und ist unwirksam.²⁴⁵ Der Vertrag ist nur ausnahmsweise insgesamt nach § 306 Abs. 3 BGB unwirksam, wenn das Festhalten am – durch die gesetzlichen Bestimmungen ergänzten – Vertrag eine unzumutbare Härte für eine Vertragspartei darstellt.²⁴⁶

²⁴¹ Anstelle vieler *Pfeiffer*, in: Wolf/Lindacher/Pfeifer 2013, Einl, Rn. 3 f.

²⁴² BGHZ 130, 50 (57); BGHZ 126, 326 (332); BGHZ 183, 220 (Rn. 13).

²⁴³ § 139 BGB, der bei Teilnichtigkeit eines Vertrages den gesamten Vertrag als nichtig ansieht, ist als allgemeinere Rechtsnorm im Zusammenhang mit AGB nicht anzuwenden.

²⁴⁴ St. Rechtsprechung, vgl. BGHZ 84, 109 (115 f.).

²⁴⁵ *Grüneberg*, in: Palandt 2015, § 306 BGB, Rn. 6; *Schlosser*, in: Staudinger BGB, Buch 2 2014, § 306 BGB, Rn. 18.

²⁴⁶ *Schlosser*, in: Staudinger BGB, Buch 2 2014, § 306 BGB, Rn. 31; *Grüneberg*, in: Palandt 2015, § 306 BGB, Rn. 7.

2.1 Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle

Nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Allgemeine Geschäftsbedingungen Vertragsbedingungen, die für eine Vielzahl von Verträgen vorformuliert wurden und die eine Vertragspartei der anderen bei Abschluss eines Vertrags stellt. Vorformulierte Vertragsbedingungen sind Klauseln, die vor Vertragsabschluss vorliegen, den Vertragsinhalt gestalten und mehrfach verwendet werden sollen.²⁴⁷ Klauseln, die konkret für einen einzelnen Vertrag entworfen wurden, sind keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Art des Rechtsgeschäfts, das sie näher bestimmen sollen, ist grundsätzlich nicht relevant. Für Kaufverträge gelten keine Sonderbestimmungen. Eine Vielzahl von Verträgen liegt bereits bei einer geplanten dreifachen Verwendung vor.²⁴⁸ Zu einer tatsächlichen Mehrfachverwendung muss es indes nicht gekommen sein.²⁴⁹ Allerdings genügt bei Verbraucherverträgen, also Verträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, genügt nach § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB bereits die einmalige Verwendung für die Anwendbarkeit der §§ 305c Abs. 2 und 306 bis 309 BGB, wenn der Verbraucher auf den Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte. Verwender ist der Anbieter des Online-Versanddienstes, der die Vertragsbedingungen stellt, also ein konkretes Angebot zu ihrer Einbeziehung macht.²⁵⁰ Bei Verbraucherverträgen genügt es gemäß § 310 Abs. 1 Nr. 1 BGB bereits, wenn ein anderer als der Verbraucher die Vertragsbedingungen stellt.

Einzel ausgehandelte Vereinbarungen haben nach § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Es muss die tatsächliche Möglichkeit bestanden haben, andere Vereinbarungen auszuhandeln und das muss der anderen Vertragspartei auch erkennbar gewesen sein.²⁵¹ Dies ist bei Online-Versanddiensten überaus ungewöhnlich. Eine Klausel steht auch noch nicht zur Verhandlung, wenn der Vertragspartner lediglich zwischen verschiedenen Alternativen wählen oder einige unbedeutende Lücken ausfüllen kann.²⁵² Für jede Klausel ist eine gesonderte Prüfung nötig. Nur die Vertragsbedingungen, die tatsächlich zur Verhandlung standen,

²⁴⁷ Anstelle vieler *Basedow*, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 305 BGB, Rn. 13.

²⁴⁸ St. Rechtsprechung, BGH, NJW 1998, 2286 (2287).

²⁴⁹ BGH, NJW 1997, 135 (135).

²⁵⁰ Allgemein BGHZ 130, 50 (57).

²⁵¹ *Grüneberg*, in: Palandt 2015, § 305 BGB, Rn. 20 f.

²⁵² BGH, NJW 1998, 1066 (1067); BGH, NJW 1998, 2815 (2816).

sind keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Die Beweislast trägt der Verwender.²⁵³ Allgemeine Geschäftsbedingungen liegen nach § 305 Abs. 1 Satz 2 BGB unabhängig davon vor, ob sie in einen anderen Vertragsteil integriert sind, welchen Umfang, Schriftart oder Form sie haben. So sind auch einzelne, vorformulierte Klauseln Allgemeine Geschäftsbedingungen.

Der Anwendungsbereich der AGB-Kontrolle ist zum Schutz des Verbrauchers erkennbar weit angelegt, denn er kann in aller Regel nicht „auf Augenhöhe“ mit dem Unternehmer verhandeln.²⁵⁴ Seine Entscheidung ist somit nicht von der Privatautonomie getragen, der rechtlichen Selbstbestimmung des Einzelnen, sondern vom Unternehmer vorgegeben. Dieser wird Pflichten und Risiken häufig zu seinem Vorteil dem Verbraucher auferlegen.²⁵⁵ Bei Online-Versanddiensten entspricht die Mehrheit der Vertragsbestimmungen den Anforderungen an Allgemeine Geschäftsbedingungen. Zusätzlich postuliert § 306a BGB ein Umgehungsverbot, sodass die AGB-Kontrolle der §§ 305 ff. BGB auch auf solche Fälle ausgeweitet wird, bei denen zwar nach der Definition keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorliegen, diese Gestaltung aber nur gewählt wurde, um genau dies zu vermeiden.

2.2 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen

Um Bestandteil des Vertrags zu werden, müssen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen wirksam einbezogen werden. An die Einbeziehung stellen §§ 305 Abs. 2 und 3 sowie 305a bis c BGB besondere Anforderungen. Im Online-Handel muss der Verwender zunächst nach § 305 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 BGB die andere Vertragspartei ausdrücklich auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinweisen. Die Möglichkeit zum Aushang der Allgemeinen Geschäftsbedingungen am Ort des Vertragsschlusses (Alt. 2) bietet sich im Internet nicht. Der ausdrückliche Hinweis erfolgt im Internet regelmäßig schriftlich. Häufig wird auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen verlinkt. Ein gut sichtbarer Link genügt,²⁵⁶ wenn dieser auf die einzubezie-

²⁵³ *Basedow*, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 305 BGB, Rn. 44 f.

²⁵⁴ Für Verträge zwischen Unternehmer reduziert § 310 Abs. 1 BGB die anwendbaren Normen. Im Rahmen der in dieser Arbeit untersuchten Verbrauchsgüterkäufen bleibt diese Vorschrift jedoch außer Acht.

²⁵⁵ *Grüneberg*, in: Palandt 2015, Überblick vor § 305 BGB, Rn. 6.; *Basedow*, in: MüKo BGB, Band 2 2012, Vor §§ 305 ff. BGB, Rn. 3 ff.

²⁵⁶ Anstelle vieler *Dilger* 2002, 44; *Ernst*, NJW-CoR 1997, 165.

henden Allgemeinen Geschäftsbedingungen verweist und nicht etwa auf eine Übersichtsseite, auf der sich Links zu verschiedenen Bedingungen finden.²⁵⁷ Eine andere Gestaltungsform sind sogenannte „Click-Wrap“-Verträge. Dabei werden die Allgemeinen Geschäftsbedingungen dem potentiellen Vertragspartner im Fenster, in dem der Vertragsabschluss erfolgen soll, angezeigt und können durch einen Klick angenommen werden.²⁵⁸

Der Anbieter des Online-Versanddienstes muss bereits bei Vertragsschluss auf seine Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufmerksam machen. Ein Hinweis nach Vertragsschluss ist nicht ausreichend. Ob die andere Vertragspartei von der Möglichkeit der Kenntnisnahme tatsächlich Gebrauch macht, ist hingegen unerheblich.²⁵⁹ Wird in Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf weitere vorformulierte Vertragsklauseln verwiesen, müssen auch jene Vertragsklauseln die Voraussetzungen einhalten, um einbezogen zu werden.²⁶⁰

Nach § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB muss der Verwender dem zukünftigen Vertragspartner auch ermöglichen, den Inhalt der Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur Kenntnis zu nehmen. Dies muss auch zumutbar sein, selbst wenn aufgrund erkennbarer körperlicher Behinderungen besondere Maßnahmen dazu nötig sind. Demnach müssen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zunächst von einem durchschnittlichen Kunden mühelos zu lesen sein.²⁶¹ Ob eine körperliche Behinderung der anderen Vertragspartei für den Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen im Internet erkennbar ist, wird regelmäßig äußerst fraglich sein.²⁶² Allerdings reicht etwa bei Sehbehinderten als angemessene Berücksichtigung bereits die Möglichkeit, sich die Allgemeinen Geschäftsbedingungen ohne Zeitdruck oder andere Zwänge vorlesen zu lassen,²⁶³ sodass im Internet abrufbare Allgemeine Geschäftsbedingungen bereits entsprechend gestaltet sind.

Für eine zumutbare Kenntnisnahme sind die Lesbarkeit und Verständlichkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen entscheidend. Die Lesbarkeit

²⁵⁷ Schmidt, NJW 2011, 1634 und 1638.

²⁵⁸ Vgl. LG Essen, MMR 2004, 49; Glossner, in: Leupold/Glossner 2013, Teil 2, Rn. 138.

²⁵⁹ Glossner, in: Leupold/Glossner 2013, Teil 2, Rn. 137.

²⁶⁰ BGHZ 111, 388 (391 f.); BGHZ, NJW 2005, 1183 (1184 f.)

²⁶¹ BGH, NJW 1983, 2772 (2773); BT-Drs. 7/3919, 18.

²⁶² Vgl. etwa Klewitz 2006, 114 f.

²⁶³ Fritz, NZM 2002, 713 f.; zustimmend Basedow, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 305 BGB, Rn. 72.

ergibt sich neben der Sprache auch aus dem Schriftbild, dem Umfang und der Gliederung. Allgemeine Geschäftsbedingungen, die sich an einen deutschen Verbraucher richten, müssen auf Deutsch formuliert sein.²⁶⁴ Bei der Schriftgröße ist zunächst zu beachten, dass diese nicht mit Schriftgrößen auf Papier verglichen werden müssen,²⁶⁵ denn der Verbraucher kann die Schriftgröße etwa durch Zoomen optimieren. Allerdings ist es dennoch nicht zulässig, „Liliputanerschrift“²⁶⁶ zu verwenden, denn der Verbraucher soll auch in der Lage sein, die Unterlagen ohne Umformatierung auszudrucken. Als Orientierung kann deshalb dennoch die unzulässig kleine Schriftgröße von einem Millimeter aus der bisherigen Rechtsprechung herangezogen werden.²⁶⁷ In der Literatur wird ein Richtwert von minimal fünf Zeilen pro Zentimeter bei kurzen Texten vorgeschlagen.²⁶⁸ Unzulässig ist auch eine unübliche Leserichtung, etwa die senkrechte Anordnung der Buchstaben untereinander.²⁶⁹ Die Schriftfarbe muss auf den Hintergrund abgestimmt sein. Betrachtet werden muss die Gesamtheit aus verschiedenen Faktoren inklusive der Schriftgröße und den gewählten Farben. Auch die logische und optische Gliederung trägt zur zumutbaren oder unzumutbaren Kenntnisnahme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei.²⁷⁰

Der Umfang darf dem Zweck entsprechend nicht unangemessen lang sein.²⁷¹ In der Literatur wurde als Umfangsgrenze etwa verallgemeinernd als Richtwert genannt, dass bei einem Vertrag bis zu 10.000 DM (etwa 5.000 €) zwei Seiten (bei etwa 120 Zeilen pro Seite) nicht überschritten werden sollen.²⁷² Alternativ ist auch eine Begrenzung anhand der Zeilen, Wörter oder Zeichen vorstellbar. Natürlich kann eine solche Verallgemeinerung im Einzelfall unpassend sein. Als erste Orientierung ist sie jedoch nützlich.

²⁶⁴ BGH, K&R 2014, 545.

²⁶⁵ Detailliert dazu etwa *Thamm/Deutzer*, BB 1989, 1134 f.

²⁶⁶ Ursprünglich *Trappe*, IPPrax 1985, 8.

²⁶⁷ Übersicht bei *Thamm/Deutzer*, BB 1989, 1134; OLG Hamm, NJW-RR 1988, 944; OLG Zweibrücken, NJW-RR 1988, 858; OLG Hamburg, BB 1987, 1703 (1704); BGH, BB 1978, 1085 (1086).

²⁶⁸ *Thamm/Deutzer*, BB 1989, 1135.

²⁶⁹ BGH, NJW-RR 1987, 112 (114); BGH, NJW-RR 1987, 112 (114); OLG Düsseldorf, BB 1983, 84; *Pfeiffer*, in: Wolf/Lindacher/Pfeiffer 2013, § 305 BGB, Rn. 69.

²⁷⁰ *Thamm/Deutzer*, BB 1989, 1135.

²⁷¹ *Grüneberg*, in: Palandt 2015, § 305 BGB, Rn. 37; allgemein kritisch zu Umfangsbeschränkungen *Basedow*, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 305 BGB, Rn. 69; *Schmidt*, NJW 2011, 1635.

²⁷² *Thamm/Deutzer*, BB 1989, 1135 f.

Zusätzlich müssen die Klauseln auch allgemein verständlich sein, um zumutbar zur Kenntnis genommen zu werden.²⁷³ Allgemeine Geschäftsbedingungen müssen in der Sprache der Vertragsverhandlung formuliert sein. Soweit keine Vertragsverhandlungen stattfinden, muss es ausreichen, wenn der Verwender sie in der Sprache bereithält, in der die Webseite inklusive des Bestellvorgangs formuliert ist.²⁷⁴ Das Verstehen des Angebots und die Bestellung in der entsprechenden Sprache sind ausreichend, um ein Verständnis der Allgemeinen Geschäftsbedingungen anzunehmen. Eine andere Handhabung wäre für den Verwender kaum umsetzbar, da dieser die Sprachkenntnisse seiner potentiellen Vertragspartner nicht kennt.²⁷⁵

Um Allgemeine Geschäftsbedingungen einzubeziehen, muss der Vertragspartner mit ihrer Geltung einverstanden sein. Ist der Vertragspartner vor Vertragsabschluss auf sie hingewiesen worden und konnte sie zur Kenntnis nehmen, ist regelmäßig durch die Vertragsannahme auch das Einverständnis anzunehmen.²⁷⁶

Besondere inhaltliche Anforderungen an die Einbeziehung ergeben sich aus §§ 305b f. BGB. § 305b BGB normiert den Vorrang der Individualabrede. Wie in § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB wird damit das funktionelle Rangverhältnis von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu individuellen Vereinbarungen festgelegt. Der Begriff der Individualabrede ist jedoch weitergehend als der der ausgehandelten Vereinbarungen. Soweit die Allgemeinen Geschäftsbedingungen und eine Individualabrede unvereinbar sind, hat Letztere Vorrang und die Vertragsklausel wird nicht Vertragsbestandteil. Auch Klauseln, die so ungewöhnlich sind, dass mit ihnen nicht zu rechnen war, werden nach § 305c Abs. 1 BGB nicht wirksam einbezogen. Bei der Einschätzung, ob eine Klausel überraschend ist, ist auf die Diskrepanz zwischen den berechtigten Vorstellungen des Kunden und dem tatsächlichen Inhalt der AGB-Klausel abzustellen. Dabei sind auch die Umstände des Vertragsabschlusses heranzuziehen.²⁷⁷

²⁷³ *Basedow*, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 305 BGB, Rn. 73 ff.

²⁷⁴ Anstelle vieler BGHZ 87, 112 (115).

²⁷⁵ *Basedow*, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 305 BGB, Rn. 70.

²⁷⁶ *Grüneberg*, in: Palandt 2015, § 305 BGB, Rn. 41; *Basedow*, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 305 BGB, Rn. 87.

²⁷⁷ *Basedow*, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 305c BGB, Rn. 5 ff.; *Grüneberg*, in: Palandt 2015, § 305b BGB, Rn. 4.

Bei der Auslegung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, etwa bezüglich ihrer Ungewöhnlichkeit, muss § 305c Abs. 2 BGB beachtet werden. Danach sind Vertragsbestimmungen zu Lasten des Verwenders auszulegen. Hintergrund ist, dass es dem Verwender möglich ist, den Vertrag nach seinen Vorstellungen zu gestalten. Deshalb muss er auch die Konsequenzen tragen, wenn seine Formulierungen nicht klar und verständlich sind.²⁷⁸ Eine Auslegung zu Lasten des Verwenders führt zu dem für den Vertragspartner günstigsten Ergebnis. Dazu kann auch eine kundenfeindliche Auslegung dienen, da so die Wahrscheinlichkeit der Unwirksamkeit steigt.²⁷⁹

2.3 Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen

Soweit Allgemeine Geschäftsbedingungen wirksam einbezogen wurden, ist ihr Inhalt an den §§ 307 ff. BGB zu messen. Klauseln, die der sogenannten Inhaltskontrolle nicht genügen, sind unwirksam. Grundsätzlich ist eine Klausel insgesamt nichtig, wenn ein Teil unwirksam ist. Anders verhält es sich, wenn der unbeanstandete Teil allein eine sinnvolle Regelung enthält.²⁸⁰ Außerdem bestimmt § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB, die Inhaltskontrolle nicht auf deklaratorische Klauseln anzuwenden. Diese geben lediglich die bestehende Rechtslage wieder. Auch Abreden über den Gegenstand des Vertrags und den Leistungsinhalt sind von der Inhaltskontrolle ausgenommen, wenn sie die Leistung lediglich beschreiben.²⁸¹ Nicht ausgenommen sind Klauseln, die die Hauptleistung „einschränken, ausgestalten oder modifizieren“.²⁸² Die §§ 305a ff. BGB sind jedenfalls weiterhin anwendbar.

Die speziellsten Normen der Inhaltskontrolle sind die Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit in § 309 BGB,²⁸³ die die Generalklauseln des § 307 BGB konkretisieren.²⁸⁴ Da sie keine unbestimmten Rechtsbegriffe enthalten, hat der Rechtsanwender keine Möglichkeit zur Einzelfallbetrachtung. Typische ungewollte Klauseln sind etwa das Verbot kurzfristiger Preiserhöhungen (Nr. 1), von Vertragsstrafen (Nr. 6) oder von Haftungsbeschrän-

²⁷⁸ Schlosser, in: Staudinger BGB, Buch 2 2014, § 305c BGB, Rn. 101.

²⁷⁹ Basedow, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 305c BGB, Rn. 34 f.

²⁸⁰ Grüneberg, in: Palandt 2015, § 306 BGB, Rn. 6 f.

²⁸¹ Wurmnest, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 307 BGB, Rn. 12.

²⁸² St. Rechtsprechung BGHZ 185, 359 (Rn. 26).

²⁸³ Coester, in: Staudinger BGB, Buch 2 2014, Vor §§ 307–309 BGB, Rn. 23.

²⁸⁴ Wurmnest, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 307 BGB, Rn. 2.

kungen (Nr. 7 und 8). Insbesondere die Vereinbarung von Haftungsausschlüssen ist in der Praxis weit verbreitet. Dabei muss ein Haftungsausschluss, um wirksam vereinbart zu werden, genau die Bereiche ausnehmen, die einem gesetzlichen Verbot unterliegen. So darf die Haftung für Schäden aus der Verletzung von Leben, Körper und Gesundheit nicht ausgenommen werden, wenn sie auf einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Pflichtverletzung des Verwenders oder eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen beruht (Nr. 7 lit. a). Ebenso kann die Haftung für sonstige Schäden bei Vorsatz oder grober Fahrlässigkeit des Verwenders, eines gesetzlichen Vertreters oder Erfüllungsgehilfen des Verwenders nicht ausgeschlossen werden (lit. b).²⁸⁵ Vorsatz ist dabei das Wissen und Wollen der Pflichtverletzung.²⁸⁶ Fahrlässig ist nach § 276 Abs. 2 BGB, „wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht lässt“. Die grobe Fahrlässigkeit ist eine besonders schwerwiegende Form der Fahrlässigkeit, durch die „die im Verkehr erforderliche Sorgfalt in besonders schwerem, ungewöhnlichem Maße verletzt wird“.²⁸⁷

Anders als § 309 BGB enthält § 308 BGB Klauselverbote mit Wertungsmöglichkeit und ist entsprechend nachrangig zu prüfen.²⁸⁸ Der Rechtsanwender kann durch die verwendeten unbestimmten Rechtsbegriffe eine wertende Entscheidung treffen. Auch diese Tatbestände konkretisieren die Generalklauseln des § 307 BGB.²⁸⁹ § 308 Nr. 1 BGB verbietet etwa unangemessene Annahme- und Lieferfristen, Nr. 3 einen Rücktrittsvorbehalt ohne bestimmten Grund und Nr. 6 die Zugangsfiktion für besonders bedeutenden Erklärungen des Verwenders. Die Anforderungen an die Konkretisierung der Lieferfrist nach Nr. 1 sind zum Teil sehr streng, da die Dauer bis zum Erhalt der Ware für den Verbraucher ein wesentliches Entscheidungskriterium im elektronischen Geschäftsverkehr darstellt.²⁹⁰

²⁸⁵ Der Haftungsausschluss für vorsätzliche Pflichtverletzungen ist nicht speziell in § 308 BGB, sondern allgemein gemäß § 276 Abs. 3 BGB verboten.

²⁸⁶ BGH, NJW 1965, 962 (963). Detailliert *Grundmann*, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 276 BGB, Rn. 154 ff.

²⁸⁷ *Caspers*, in: Staudinger BGB, Buch 2 2014, § 276 BGB, Rn. 93.

²⁸⁸ *Coester*, in: Staudinger BGB, Buch 2 2014, Vor §§ 307–309 BGB, Rn. 23.

²⁸⁹ *Grüneberg*, in: Palandt 2015, § 308 BGB, Rn. 1.

²⁹⁰ Die Angabe „voraussichtliche Versanddauer: 1-3 Werktage“ wurde beispielsweise als unzulässig eingestuft, OLG Bremen, K&R 2013, 60; ebenso die Klausel „Angegebene Lieferfristen stellen nur einen Richtwert dar und gelten daher nur als annähernd vereinbart (Zirka-Fristen)“, OLG Hamm, CR 2012, 805 (806).

Die Unwirksamkeit einer Klausel kann sich auch direkt aus einer Generalklausel des § 307 BGB ergeben. Dabei normiert Abs. 1 Satz 1 das allgemeine Verbot unangemessener Benachteiligung entgegen Treu und Glauben. Allgemein sind Klauseln unangemessen, wenn der vertragsgestaltende Verwender missbräuchlich eigene Rechte auf Kosten der anderen Vertragspartei durchsetzt, ohne dessen Interessen zu beachten oder einen entsprechenden Ausgleich zu gewähren.²⁹¹ Die Erwägungen bei Verbraucherverträgen müssen nach § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB alle Begleitumstände des Vertragschlusses beachten. Insbesondere sind nach § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB Klauseln unangemessen, die gegen das Transparenzgebot verstoßen. Deshalb muss der Verwender auf eine verständliche Formulierung und Darstellung der Rechte und Pflichten achten. Diese Pflicht gilt allerdings nur im Bereich des Möglichen.²⁹² Die konkreten Anforderungen sind etwa von der Komplexität des Vertragsgegenstandes abhängig.

Die spezielleren Vorgaben des Abs. 2 konkretisieren Abs. 1.²⁹³ Nach Abs. 2 Nr. 1 benachteiligen Klauseln, die mit gesetzlichen Grundgedanken unvereinbar sind, den Vertragspartner unangemessen. Die Vermutung ist widerleglich. Nach Nr. 2 sind auch Vereinbarungen, die in wesentliche Rechte und Pflichten der Natur des Vertrages eingreifen und das Erreichen des Vertragszwecks gefährden, unangemessen benachteiligend. Wesentliche Rechte und Pflichten sind vor allem solche, die bei gegenseitigen („synalagmatischen“) Verträgen im Gegenseitigkeitsverhältnis stehen.²⁹⁴

2.4 Anforderungen an Allgemeine Geschäftsbedingungen

Die §§ 305 ff. BGB normieren strenge Anforderungen an den Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Dies gilt insbesondere für Verbraucherverträge, wie sie auch über Online-Versanddienste geschlossen werden. Die Anforderungen an die Einbeziehung bestimmen zum einen die formale und zum anderen die inhaltliche Gestaltung. Weitere inhaltliche Anforderungen ergeben sich aus den §§ 307 ff. BGB. Dabei existieren allgemeinere Vorgaben, wie das Verbot unangemessener Benachteiligung, und

²⁹¹ BGHZ 143, 103 (103); BGHZ, NJW 2005, 1774.

²⁹² *Grüneberg*, in: Palandt 2015, § 307 BGB, Rn. 21 f.

²⁹³ *Schlösser*, in: Staudinger BGB, Buch 2 2014, Vor §§ 305 ff. BGB, Rn. 19 und *Coester*, in: Staudinger BGB, Buch 2 2014, Vor §§ 307–309 BGB, Rn. 23.

²⁹⁴ *Wurmnest*, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 307 BGB, Rn. 7.

speziellere, wie die in § 309 BGB konkret genannten, unwirksamen Klauseln.

3 Fernabsatzverträge und entgeltliche Verbraucherverträge

Das Fernabsatzrecht basiert auf europäischem Recht²⁹⁵ und soll den Verbraucher vor den spezifischen Gefahren durch die „Unsichtbarkeit des Vertragspartners und des Produkts“²⁹⁶ schützen. Werden die Vorschriften des Fernabsatzrechts durch abweichende Vereinbarungen zu Lasten des Verbrauchers abbedungen, sind diese Klauseln nach § 312k Abs. 1 Satz 1 BGB unwirksam. Das gilt nach Satz 2 auch für andere Gestaltungsweisen, die die Umgehung der fernabsatzrechtlichen Vorgaben zum Ziel haben. Ein Abweichen zugunsten des Verbrauchers, etwa in Form einer Verlängerung der Widerrufsfrist, ist hingegen möglich. Der Unternehmer trägt außerdem gemäß Abs. 2 die Beweislast, dass er seinen fernabsatzrechtlichen Pflichten nachgekommen ist.

Seit Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie sieht das Bürgerliche Gesetzbuch zusätzlich für alle entgeltlichen Verbraucherverträge im Sinne des § 310 Abs. 3 BGB weitere Pflichten vor. Wird ein Vertrag zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer geschlossen, bei dem der Unternehmer eine entgeltliche Leistung erbringt, so sind – soweit keine Ausnahme aus § 312 Abs. 2 bis 6 BGB vorliegt – unabhängig von der Absatzart die Pflichten des § 312a BGB zu erfüllen. Online-Versanddienste dienen dem Abschluss von Kaufverträgen zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, bei dem der Unternehmer Verkäufer und der Verbraucher Käufer ist. Damit handelt es sich um eine entgeltliche Leistung des Unternehmers. Ausnahmen sind nicht einschlägig, sodass die Vorschriften anwendbar sind. Da die Vorschriften aber im Online-Handel wie auch für Ladengeschäfte verpflichtend sind, ist grundsätzlich kein besonderes Risiko für den Verbraucher bei der Nutzung von Online-Versanddiensten anzunehmen, sodass nur die Anforderungen aufgegriffen werden, die im Online-Versandhandel von besonderer Bedeutung sind.

²⁹⁵ Vgl. BT-Drs. 14/2658, 1; zuletzt geändert durch die Verbraucherrechterichtlinie.

²⁹⁶ Martinek, NJW 1998, 207.

3.1 Zahlungsbeschränkungen

Für Online-Versanddienste sind die Beschränkungen von Zahlungspflichten in § 312a BGB besonders relevant. Nach Abs. 3 Satz 1 ist der Verbraucher nur dann zur Zahlung eines Entgelts zusätzlich zur Hauptleistung verpflichtet, wenn diese ausdrücklich vereinbart wurde. Für den Spezialfall des elektronischen Geschäftsverkehrs, um den es sich bei Online-Versanddiensten handelt, darf nach Satz 2 keine Voreinstellung zur Vereinbarung der Zusatzkosten führen. Der Verbraucher muss selbst aktiv einer Vereinbarung zustimmen („Opt-in“). Damit soll verhindert werden, dass dem Verbraucher weitere Kosten „untergeschoben“ werden, denn der Verbraucher ist beim Abschluss eines Vertrags regelmäßig auf die von ihm begehrte Hauptleistung fokussiert.

Für die Zusatzkosten bei Verwendung von Zahlungsmitteln legt Abs. 4 spezielle Bedingungen fest. Der Unternehmer muss wenigstens eine gängige und zumutbare Zahlungsmöglichkeit unentgeltlich vorhalten (Nr. 1). Dies entspricht der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.²⁹⁷ Zudem darf das zusätzliche Entgelt für ein bestimmtes Zahlungsmittel nach Nr. 2 nicht die Kosten überschreiten, die der Unternehmer durch die Nutzung des Zahlungsmittels selbst tragen muss. Damit wird die Möglichkeit des Unternehmers, eigene Preisaufläge für die Verwendung von Zahlungsmitteln zu verlangen, für entgeltliche Verbraucherverträge verboten. Der Begriff Zahlungsmittel ist weit zu verstehen.²⁹⁸

Abs. 5 sieht vor, dass die Kosten der Telekommunikation bei Fragen und Erklärungen bezüglich des Vertrags, nicht höher sein dürfen als die der Nutzung des Telekommunikationsdienstes. Die Telefonnummer muss also zum Grundtarif erreichbar sein.²⁹⁹ Hält sich der Unternehmer nicht an diese Anforderungen und wird die Vereinbarung über zusätzliche Kosten damit unwirksam, bleibt der Vertrag im Übrigen jedoch nach Abs. 6 bestehen.

²⁹⁷ BGHZ 185, 359 (Rn. 38 ff.).

²⁹⁸ Schomburg, VuR 2014, 21.

²⁹⁹ Ausführlich zur Bestimmung des Grundtarifs *Hoeren/Föhlisch*, CR 2014, 242; Schomburg, VuR 2014, 22.

3.2 Informationspflichten im Fernabsatz

Die Anforderungen an die fernabsatzrechtlichen Informationspflichten haben sich in den letzten Jahren mehrfach geändert.³⁰⁰ Obwohl immer noch Urteile zu den Vorschriften der BGB-InfoV ergehen,³⁰¹ ist für eine automatisierte Prüfung der Webseiten allein die aktuelle Rechtslage interessant, da es den Verbraucher nur vor dem Abschluss eines Vertrages unterstützen kann und soll. Die in § 312a Abs. 2 Satz 1 BGB i. V. m. Art. 246 EGBGB normierten Informationspflichten für entgeltliche Verbraucherverträge, gelten im Fernabsatz gemäß § 312a Abs. 2 Satz 3 BGB nicht. Stattdessen sehen die § 312d Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 246a EGBGB und § 312 f BGB spezielle fernabsatzrechtliche Informationspflichten zum Schutz der Verbraucher vor. Die in Art. 246a EGBGB genannten Informationen sind dem Verbraucher nach § 312d Abs. 1 Satz 1 und § 312f Abs. 2 BGB vor- oder nachvertraglich mitzuteilen.

3.2.1 Pflichtangaben im Fernabsatz

Der Anbieter eines Online-Versanddienstes muss dem Verbraucher umfassende Informationen zur Verfügung stellen. Die Pflichtangaben wurden durch die Umsetzung des Art. 6 VRRG gegenüber den früheren vorvertraglichen Informationspflichten in § 312c BGB a. F. abgeändert. Online-Versanddienste sind nach § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB verpflichtet, die Angaben aus Art. 246a EGBGB vorzuhalten. Da Online-Versanddienste weder zum Ziel haben, Verträge über Reparatur- und Instandhaltungsarbeiten abzuschließen, noch bei ihren Darstellungsmöglichkeiten begrenzt sind, da lediglich der Zugang über einen Computer, nicht etwa über ein Smartphone, untersucht wird, sind die Pflichtangaben aus § 1 vorzuhalten. Nach § 312d Abs. 1 Satz 2 BGB werden die Pflichtangaben Vertragsbestandteil, wenn die Parteien nicht ausdrücklich etwas anderes vereinbart haben.

Nach Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB sind zunächst die wesentlichen Eigenschaften des Produkts anzugeben. Dies muss bei Online-Versanddiensten in einem für Webseiten angemessenen Umfang erfolgen. Wesentlich sind die Merkmale, bei denen ein Unternehmer erwarten muss, dass ein Verbraucher

³⁰⁰ Auch der Standort der Normen änderte sich mehrfach: Erst BGB-InfoV, dann Art. 246 §§ 1 und 2 EGBGB a. F., jetzt Art. 246a und b EGBGB.

³⁰¹ Z. B. BGH, MMR 2012, 807.

Kenntnis über sie benötigt, um seine Kaufentscheidung zu treffen.³⁰² Nr. 2 fordert die Angabe der Identität des Anbieters, also des vollständigen Namens,³⁰³ etwa auch des Handelsnamens. Des Weiteren sind auch Kontaktmöglichkeiten, wie die Anschrift der Niederlassung, die Telefon- und gegebenenfalls Faxnummer und die E-Mail-Adresse, vorzuhalten. Die Telefonnummer muss dabei nach dem für alle entgeltlichen Verbraucherverträge gültigen § 312a Abs. 5 BGB zum Grundtarif erreichbar sein. Handelt der Unternehmer im Auftrag eines anderen, ist auch dessen Anschrift und Identität anzugeben. Außerdem verpflichtet Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB den Unternehmer, seine Geschäftsanschrift anzugeben und, falls er im Auftrag eines anderen Unternehmers handelt, dessen Adresse vorzuhalten, „an die sich der Verbraucher mit jeder Beschwerde wenden kann“. Dies gilt nur für den Fall, dass es sich dabei um eine andere als die nach Nr. 2 handelt.

Nach Nr. 4 HS 1 Alt. 1 muss der Unternehmer auch den Gesamtpreis einschließlich aller Steuern und Abgaben angeben. Dies umfasst den Gesamtpreis im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 1 PAngV.³⁰⁴ Gemäß Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 4 HS 1 Alt. 2 EGBGB kann die Berechnungsgrundlage dargestellt werden, wenn Alt. 1 aufgrund der Beschaffenheit der Waren vernünftigerweise nicht möglich ist. Zusätzlich anfallende Fracht-, Liefer- und Versandkosten sind gemäß HS 2 ebenso anzugeben wie alle sonstigen Kosten, oder, falls dies vernünftigerweise nicht möglich ist, dass solche zusätzlichen Kosten anfallen können. Wird der Verbraucher nicht entsprechend informiert, muss er die Kosten gemäß § 312e BGB nicht tragen.

Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 5 EGBGB konkretisiert für unbefristete oder Abonnement-Verträge den Gesamtpreis, der die pro Abrechnungszeitraum anfallenden Gesamtkosten umfassen muss, bei Festbeträgen auch die monatlichen Gesamtkosten – außer sie können vernünftigerweise nicht im Voraus berechnet werden. Dann genügt die Angabe der Art der Preisberechnung. Der Begriff der Gesamtkosten ist jedoch nicht gesetzlich definiert, sodass eine Auslegung des Begriffs nötig ist. Aus dem Schutzzweck der Norm, den Verbraucher zu informieren, ergibt sich eine weite Auslegung des Begriffs.

³⁰² Buchmann, K&R 2014, 457; Grüneberg, in: Palandt 2015, Art. 246a § 1 EGBGB, Rn. 3 m. V. a. Art. 246 EGBGB, Rn. 5.

³⁰³ Grüneberg, in: Palandt 2015, Art. 246a § 1 EGBGB, Rn. 3 m. V. a. Art. 246 EGBGB, Rn. 6.

³⁰⁴ BGH, NJW 2006, 211 (212); Wendehorst, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 312c BGB, Rn. 35; zum Gesamtpreis s. Teil 2 Kapitel 2 5 Preisangaben.

Eine genaue Bestimmung – auch in Abgrenzung zu dem des Gesamtpreises – muss sich noch herausbilden. Soweit spezifische zusätzliche Kosten für die Benutzung des zum Vertragsabschluss genutzten Fernkommunikationsmittels anfallen, die über die Kosten der einfachen Nutzung hinausgehen, sind auch diese nach Nr. 6 anzugeben.

Nr. 7 enthält und konkretisiert die Anforderungen an eine Information über die „Einzelheiten hinsichtlich der Zahlung und der Lieferung oder Erfüllung“. Online-Versanddienste müssen die Zahlungs-, Liefer- und Leistungsbedingungen, den spätesten Liefertermin und – soweit existent – das Verfahren zum Umgang mit Beschwerden angeben. Ein konkretes Datum muss nicht genannt werden.³⁰⁵ Nach Nr. 16 ist der Verbraucher auch zu informieren, wenn und wie er ein außergerichtliches Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren nutzen kann, dem der Unternehmer unterworfen ist.

Außerdem ist der Verbraucher nach Nr. 8 über das Bestehen eines gesetzlichen Mängelhaftungsrechts zu informieren und gemäß Nr. 9 gegebenenfalls über das Bestehen und die Bedingungen von Kundendienst(-leistungen) und Garantien. Hat sich der Unternehmer einschlägigen Verhaltenskodizes unterworfen, ist der Verbraucher nach Nr. 10 auch darüber und über den Zugang zu diesen zu informieren. Gemäß Nr. 11 sind außerdem – soweit einschlägig – die Laufzeit eines Vertrages oder die Kündigungsbedingungen bei unbefristeten oder sich automatisch verlängernden Verträgen anzugeben, außerdem eine etwaige Mindestdauer, Kautions- oder andere finanzielle Sicherheit sowie deren Bedingungen. Insgesamt muss der Anbieter eines Online-Versanddienstes den Verbrauchern als potentiellen Kunden eine Vielzahl an Pflichtangaben zur Verfügung stellen.

3.2.2 Formale Gestaltung der Information im Fernabsatz

Die Informationspflicht im Fernabsatzrecht verpflichtet den Anbieter des Online-Versanddienstes zu Zweierlei. Zuerst muss er dem Verbraucher vor dem Vertragsschluss die Informationen auf dem Online-Versanddienst zur Verfügung stellen. Dann muss er dem Verbraucher nach erfolgtem Vertragsschluss die Informationen auch übermitteln. Zur vor- und nachvertraglichen Information bestehen genaue gesetzliche Vorgaben bezüglich der formalen Gestaltung.

³⁰⁵ Schirnbacher/Schmidt, CR 2014, 109.

3.2.2.1 Vorvertragliche Information

Die vorvertragliche Information soll dem Verbraucher ermöglichen, eine informierte und von seiner Privatautonomie getragene Entscheidung bezüglich des Abschlusses eines Kaufvertrags zu treffen. Die in Art. 246a § 1 EGBGB genannten Pflichtangaben sind dem Verbraucher gemäß § 4 Abs. 1 bereits vor Abgabe seiner Vertragserklärung mitzuteilen. Es handelt sich damit um vorvertragliche Informationspflichten. Der Begriff des Zurverfügungstellens macht es nicht nötig, die Informationen zwangsweise anzuzeigen. Es reicht, wenn der Verbraucher sie leicht auffinden kann.³⁰⁶ Es ist dem Unternehmer aber durchaus erlaubt, die wichtigsten Informationen auch zwangsweise anzuzeigen. Die Informationen können etwa durch einen Link auf einer Webseite zum Abruf bereitgehalten werden, solange dieser selbst leicht erkennbar, eindeutig beschriftet und gut sichtbar positioniert ist.³⁰⁷ Ein Medienwechsel ist regelmäßig nicht zulässig.³⁰⁸ Das Tatbestandsmerkmal der rechtzeitigen Information ist weggefallen. Die Information muss lediglich im Online-Versanddienst spätestens bis zur Bestellung verfügbar gemacht werden.³⁰⁹

Die Informationen sind klar und verständlich zu gestalten. Dazu ist das „Transparenzgebot“³¹⁰ zu beachten. Dabei sind Aufbau, Umfang und die Form der Präsentation, etwa die Übersichtlichkeit und eine ausreichende Schriftgröße, für die Beurteilung der Klarheit und Verständlichkeit heranzuziehen.³¹¹ Die Angaben sind außerdem in Deutsch bereitzuhalten, wenn Deutsch Verhandlungssprache und deutsches Recht anwendbar ist,³¹² wovon bei Online-Versanddiensten ausgegangen wird.³¹³ Eine allgemeine

³⁰⁶ BGH, NJW 2006, 211 (Rn. 16).

³⁰⁷ Micklitz/Schirmbacher, in: Spindler/Schuster 2011, § 312c BGB, Rn. 56.

³⁰⁸ Micklitz/Schirmbacher, in: Spindler/Schuster 2011, § 312c BGB, Rn. 40; wohl auch Lütcke 2002, § 312c BGB, Rn. 65.

³⁰⁹ Buchmann, K&R 2014, 453 f.

³¹⁰ Grüneberg, in: Palandt 2015, Art. 246a § 4 EGBGB, Rn. 2 m. V. a. Art. 246 EGBGB, Rn. 4.

³¹¹ Micklitz/Schirmbacher, in: Spindler/Schuster 2011, § 312c BGB, Rn. 31 m.w.N.; Brönneke 2009, 33.

³¹² Brönneke 2009, 31; Grüneberg, in: Palandt 2015, Art. 246a § 4 EGBGB, Rn. 2 m. V. a. Art. 246 EGBGB, Rn. 4; BT-Drs. 14/2658, 38. Detailliert zur Anwendbarkeit s. Teil 2 Kapitel 4 Grenzen der Anwendbarkeit deutschen Rechts.

³¹³ Zur Anwendbarkeit deutschen Rechts s. Teil 2 Kapitel 4 Grenzen der Anwendbarkeit deutschen Rechts.

Pflicht, nach der in Deutschland ansässige Anbieter, eine deutschsprachige Webseite bereitstellen müssen, besteht nicht.³¹⁴ Es ist auf eine dem angesprochenen Verkehrskreis entsprechend verständliche Wortwahl und Formulierung zu achten.³¹⁵

Nach Abs. 3 Satz 1 müssen die Informationen in einer dem eingesetzten Fernkommunikationsmittel angemessenen Weise zur Verfügung gestellt werden. Beim klassischen Online-Versandhandel (anders als etwa beim Mobile Commerce) sind die Anforderungen an die mediengerechte Gestaltung nicht sehr hoch. Es sind nur bestimmte Formen verboten, so etwa Pop-up-Fenster, weil viele Verbraucher Pop-up-Blocker benutzen und dann die Pflichtangaben nicht einsehen könnten.³¹⁶

3.2.2.2 Nachvertragliche Information

Zusätzlich zum Bereithalten der Informationen im Online-Versanddienst sind die in Art. 246a § 1 EGBGB genannten Angaben dem Verbraucher dauerhaft zur Verfügung zu stellen. Aus § 312f Abs. 2 BGB ergibt sich für den Anbieter eines Online-Versanddienstes, dass er dem Verbraucher eine Vertragsbestätigung auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung stellen muss. Sie muss den gesamten Vertragsinhalt und damit auch die Pflichtangaben aus Art. 246a § 1 EGBGB umfassen. Dies muss gemäß § 312f Abs. 2 Satz 1 BGB „innerhalb einer angemessenen Frist nach Vertragsschluss, spätestens jedoch bei der Lieferung der Ware“ geschehen. Es handelt sich somit um nachvertragliche Informationspflichten, die bereits vor der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie in abgeänderter Art und Umfang in Art. 246 § 2 Abs. 1 Satz 1 EGBGB a. F. bestanden.

Allerdings gibt der neue § 312f Abs. 2 Satz 1 BGB keine bestimmte Form vor. Ein „dauerhafter Datenträger“ wurde in Art. 2 Nr. 10 VRRL sowie in der Umsetzung in § 126b Satz 2 BGB definiert. Er muss es dem Empfänger ermöglichen, eine auf dem Datenträger befindliche, an ihn persönlich gerichtete Erklärung so aufzubewahren oder zu speichern, dass sie ihm während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich ist (Nr. 1). Die Erklärung muss außerdem unverändert wiedergegeben werden (Nr. 2). Neben

³¹⁴ Brönneke/Zander-Hayat, in: Roßnagel 2013, § 312c BGB, Rn. 48.

³¹⁵ Brönneke 2009, 33.

³¹⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, K&R 2006, 409 (409 ff.); zustimmend Micklitz/Schirmbacher, in: Spindler/Schuster 2011, § 312c BGB, Rn. 47.

einem Ausdruck auf Papier bietet sich auch ein digitales Speichermedium an, soweit dieses selbst sowie das Dateiformat weit verbreitet und mit verschiedenen Systemen kompatibel sind,³¹⁷ denn Art. 246a § 4 Abs. 3 Satz 2 EGBGB fordert neben der Angabe der Person des erklärenden Unternehmens auch die Lesbarkeit. Erwägungsgrund 23 VRRRL nennt beispielhaft USB-Sticks, CD-ROMs, DVDs, Speicherkarten oder die Festplatten von Computern. Anstelle der Übergabe eines physischen Speichermediums können die Informationen auch per E-Mail versandt werden.³¹⁸ Nicht ausreichend ist jedoch weiterhin der Versand eines Links per E-Mail³¹⁹ oder die Aufforderung auf der Webseite, die Belehrung herunterzuladen und zu speichern.³²⁰

Eine Ausnahme von der nachvertraglichen Informationspflicht gilt gemäß § 312f Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 BGB, wenn der Unternehmer diese bereits vor Vertragsschluss erfüllt hat, indem er die vorvertragliche Information nach § 312d Abs. 1 BGB entsprechend Art. 246a § 4 Abs. 3 Satz 2 EGBGB mitgeteilt hat. Dazu muss er dem Verbraucher die Informationen auf einem dauerhaften Datenträger zur Verfügung gestellt haben. Im Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs ist dies nur möglich, wenn der Unternehmer bereits vor Vertragsschluss den potentiellen Käufer kennt, beispielsweise seine E-Mail-Adresse oder Post-Anschrift hat. Das könnte aufgrund eines früheren Kaufs der Fall sein. Dies ist jedoch umstritten.³²¹ Insbesondere müsste der Unternehmer bereits Kenntnis davon haben, welche Waren der Verbraucher möglicherweise kaufen möchte, um ihm die entsprechenden Informationen wie wesentliche Merkmale der Waren, Vertragslaufzeiten oder den Gesamtpreis nennen zu können. Dies ist in der Praxis wohl die Ausnahme. Im Regelfall muss der Anbieter des Online-Versanddienstes den Verbraucher also sowohl vor- als auch nachvertraglich informieren.

³¹⁷ Ausführlich *Wendehorst*, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 312c BGB, Rn. 110.

³¹⁸ Erwägungsgrund 23 VRRRL; zur alten Rechtslage BT-Drs. 14/2658, 40; auch *Bülow/Artz*, NJW 2000, 2055.

³¹⁹ EuGH, CR 2012, 793.

³²⁰ BGH, NJW 2014, 2857 (Rn. 19 ff.) zur Widerrufsbelehrung, die aktuell denselben formalen Gestaltungsanforderungen unterliegt, s. Teil 2 Kapitel 2 3.3.3 Formale Gestaltung der Information zum Widerrufsrecht.

³²¹ *Buchmann*, K&R 2014, 454.

3.3 Widerrufsrecht

Neben den Informationspflichten, die der Unternehmer erfüllen muss, ist dem Verbraucher bei einem Fernabsatzvertrag gemäß § 312g Abs. 1 Alt. 2 BGB grundsätzlich auch ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB einzuräumen. Die Möglichkeit, unter bestimmten Bedingungen anstelle des Widerrufsrechts ein Rückgaberecht im Sinne des § 356 BGB a. F. einzuräumen, besteht nicht mehr. Die §§ 355 und 357 BGB regeln allgemein das Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen. § 356 BGB sieht Besonderheiten unter anderem für Fernabsatzverträge vor. Widerruft ein Verbraucher einen Vertrag fristgemäß, so sind der Unternehmer und er selbst gemäß § 355 Abs. 1 Satz 1 BGB an die auf den Abschluss des Vertrags gerichtete Willenserklärung nicht mehr gebunden. Die empfangenen Leistungen sind nach Abs. 3 Satz 1 zurück zu gewähren. Der Verweis auf die §§ 346 ff. BGB entfiel, sodass die §§ 355 ff. den Widerruf nun abschließend regeln.³²²

3.3.1 Pflichtangaben zum Widerrufsrecht

Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 EGBGB bestimmt die Inhalte, die eine Widerrufsbelehrung enthalten muss. Für Online-Versanddienste sind Nr. 1 und 2 entscheidend. Nach Nr. 1 ist der Verbraucher über die Bedingungen, die Fristen und das Verfahren der Ausübung des Widerrufsrechts sowie das Muster-Widerrufsformular zu informieren. Der Verbraucher ist außerdem gemäß Nr. 2 über die Kosten des Rückversands aufzuklären, wenn er diese tragen muss. Dabei ist er auch darüber aufzuklären, wenn die Ware aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht über den normalen Postweg zurückgeschickt werden kann. Dann kann auch eine Schätzung der Rückversandkosten anhand der Versandkosten genügen.³²³ Der Unternehmer kann diese Informationspflicht nach Satz 2 erfüllen, indem er dem Verbraucher das Muster der Widerrufsbelehrung aus dem dazugehörigen Anhang in Textform übermittelt.

Zur korrekten Belehrung über die Widerrufsfrist, ist diese zunächst durch den Unternehmer zu bestimmen. Die Widerrufsfrist wird in § 355 Abs. 2 BGB grundsätzlich auf 14 Tage ab Vertragsschluss festgelegt. Bei Online-

³²² Ausführlich *Leier*, VuR 2013, 457 ff.

³²³ Gestaltungshinweis 5 lit. b 3. Spiegelstrich der Muster-Widerrufsbelehrung in Anlage 1 EGBGB. Dazu *Hoeren/Föhlich*, CR 2014, 247.

Versanddiensten beginnt die Widerrufsfrist jedoch erst, wenn die Voraussetzungen des § 356 Abs. 2 Nr. 1 BGB vorliegen. In der Regel beginnt die Frist nach lit. a mit Übergabe der Ware an den Verbraucher oder einen von diesem benannten Dritten, der nicht der Versanddienstleister sein darf. Dabei muss das Paket tatsächlich im Organisationsbereich des Verbrauchers eingehen. Der Verbraucher muss in den physischen Besitz gelangen.³²⁴ Eine Zustellung beim Nachbarn ist etwa nicht ausreichend, solange der Nachbar nicht vom Verbraucher als möglicher Empfänger benannt wurde.³²⁵ Fraglich ist, ob das Vorgehen der Deutschen Post, sich einen „Wunschnachbarn“ benennen zu lassen, an den die Lieferung erfolgen soll,³²⁶ ausreicht. Diese Erklärung erfolgt zumindest nicht gegenüber dem Unternehmer selbst. Der Verbraucher sieht den Nachbarn sicherlich auch nicht als seinen „Organisationsbereich“, sodass im Hinblick auf den verbraucherschützenden Charakter der Norm ein Ausreichen dieser Benennung abgelehnt werden muss. Für Waren einer Bestellung, die getrennt geliefert werden, gelten die § 356 Abs. 2 Nr. 1 lit. b, c und d BGB. Danach ist der Erhalt der letzten Ware entscheidend (lit. b und c), soweit die Lieferung nicht regelmäßig stattfindet. In diesem Fall beginnt die Frist bei Erhalt der ersten Ware (lit. d).

Damit die Widerrufsfrist zu laufen beginnt muss der Verbraucher bei Fernabsatzverträgen zusätzlich gemäß Abs. 3 Satz 1 korrekt unterrichtet worden sein. Die korrekte Bestimmung der Widerrufsfrist ist davon abhängig, ob die Belehrung über die Widerrufsfrist korrekt war. Wird in der Belehrung etwa eine falsche Frist angegeben, ist die Belehrung fehlerhaft und die Frist beginnt nicht zu laufen. Das Widerrufsrecht erlischt jedoch nach Satz 2 spätestens zwölf Monate und 14 Tage nach dem Beginn der Widerrufsfrist. Das entspricht einem Zeitraum von zwölf Monaten zusätzlich zu dem grundsätzlichen Zeitraum von 14 Tagen. Anders als nach früherer Rechtslage (§ 355 Abs. 4 Satz 2 BGB a. F.) gibt es kein unendliches Widerrufsrecht mehr,

³²⁴ Generaldirektion Recht der Europäischen Kommission, Leitfaden zur Richtlinie 2011/83/EU, Brüssel Juni 2014, ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_en.pdf, 39.

³²⁵ *Buchmann*, K&R 2014, 226; *Schirmbacher/Schmidt*, CR 2014, 115. Noch zur alten Rechtslage *Föhlisch* 2009, 187; *Schlömer/Dittrich*, K&R 2013, 160; AG Winsen, K&R 2012, 685.

³²⁶ DHL, Paket an einen Nachbar ihrer Wahl liefern lassen, Pakete empfangen für Privatkunden 2013, www.dhl.de/de/paket/pakete-empfangen/wunschnachbar.html.

da das Widerrufsrecht auch dann erlischt, wenn die Widerrufsfrist zuvor nicht zu laufen begonnen hat.

Die Widerrufsbelehrung muss des Weiteren die Bedingungen des Widerrufsrechts enthalten. Dazu zählt der Hinweis, dass eine ausdrückliche Erklärung, aber keine Begründung nötig ist. Es ist auch weiterhin über die Folgen des Widerrufs zu informieren.³²⁷ Als Folge des Widerrufs durch den Verbraucher sind die beiderseitig empfangenen Leistungen gemäß § 357 Abs. 1 BGB spätestens nach 14 Tagen zurück zu gewähren. In Abs. 2 wurde die bereits seit Längerem bestehende Rechtsprechung³²⁸ festgehalten, dass dazu auch die Lieferkosten in Höhe des Standardversands zu erstatten ist. Die Kosten für den Rückversand trägt nach Abs. 6 Satz 1 grundsätzlich der Verbraucher und nicht mehr wie zuvor (Abs. 2 Satz 2 a. F.) regelmäßig der Unternehmer. Voraussetzung ist, dass er darüber ausreichend informiert wurde. Eine entsprechende vertragliche Vereinbarung ist nicht mehr nötig. Der Unternehmer kann sich nach § 357 Abs. 6 Satz 2 BGB jedoch bereiterklären, auch diese Kosten zu tragen.

Widerruft der Verbraucher den Vertrag, muss der Unternehmer die Zahlung des Verbrauchers zurückgewähren. Dazu muss er grundsätzlich nach Abs. 3 dasselbe Zahlungsmittel verwenden, wenn nichts anderes vereinbart wurde. Dem Verbraucher dürfen durch die Vereinbarung keine zusätzlichen Kosten entstehen. Bei Online-Versanddiensten kann der Unternehmer die Rückzahlung nach Abs. 4 bis zum Erhalt der Ware oder bis zum Nachweis über den Versand verzögern – außer der Unternehmer hat angeboten, die Ware abzuholen. Das Risiko des Rückversands trägt der Unternehmer nach § 355 Abs. 3 Satz 4 BGB. Der Erstattung aufgrund eines Versandbelegs begegnen allerdings Bedenken, da der Unternehmer weder die Möglichkeit hat, den Zustand der Ware einzuschätzen,³²⁹ noch überprüfen kann, welche Waren zurückgesendet werden, wenn die Lieferung aus mehreren Waren bestand.

Der Verbraucher muss in Folge des Widerrufs nach § 357 Abs. 7 BGB Wertersatz leisten, soweit die Ware an Wert verloren hat, die über das hinausgeht, was notwendig war, um die Ware auf ihre Beschaffenheit, Eigenschaf-

³²⁷ *Schirmbacher/Schmidt*, CR 2014, 116; *Tamm*, VuR 2014, 13; *Schmidt/Brönneke*, VuR 2013, 451 f.; vgl. Muster-Widerrufsbelehrung in Anhang zu Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 2 EGBGB.

³²⁸ BGH, NJW 2010, 2651; EuGH, Slg. I 2010, 3068.

³²⁹ *Buchmann*, K&R 2014, 293.

ten oder Funktionsweise hin zu prüfen (Nr. 1) und er zuvor ausreichend darauf hingewiesen wurde (Nr. 2). Der Maßstab einer zulässigen Prüfung war nach § 312e Abs. 1 Nr. 1 BGB a. F. eine Prüfung wie in einem Ladengeschäft. Dieser Maßstab wird auch durch den nahezu identischen Wortlaut des Erwägungsgrunds 47 VRRG gestützt. Entscheidend für einen Anspruch ist einzig der objektive Zustand der Ware. Nur ein Wertverlust, nicht aber ein gezogener Nutzen oder eine verbleibende Bereicherung lösen den Wertersatzanspruch aus.³³⁰ Um den Verbraucher ausreichend auf den möglicherweise entstehenden Wertersatz hinzuweisen, müssen die zuvor erläuterten Voraussetzungen des Art. 246a § 1 Abs. 2 Nr. 1 EGBGB eingehalten werden.

Im Rahmen der Widerrufsbelehrung muss der Verbraucher auch über das Verfahren der Ausübung informiert werden. Um das Widerrufsrecht auszuüben, ist eine Erklärung gegenüber dem Unternehmer (§ 355 Abs. 1 Satz 2 BGB), aber keine Begründung nötig (Satz 4). Es ist auch nicht nötig, dass der Begriff „Widerruf“ oder „widerrufen“ verwendet wird.³³¹ Allerdings muss der Wille des Verbrauchers, sich aufgrund des Widerrufsrechts vom Vertrag zu lösen, erkennbar sein (Satz 3). Der Widerruf kann nicht mehr dadurch ausgeübt werden, dass die Ware ohne Erklärung zurückgeschickt wird.³³² Auch die bisherige Möglichkeit der Rücksendung durch die Verweigerung der Annahme bei Lieferung genügt diesen Anforderungen nicht.³³³ Andererseits ist nach Satz 2 auch keine Erklärung in Textform mehr nötig. Auch eine formlose Erklärung reicht demnach aus. Zur Einhaltung der Frist ist die rechtzeitige Absendung des Widerrufs ausreichend (Satz 5).

Der Unternehmer kann dem Verbraucher nach § 356 Abs. 1 Satz 1 BGB ermöglichen, dass das Muster-Widerrufsformular auf der Webseite des Unternehmers ausgefüllt und übermittelt wird. Der Zugang des Widerrufs ist dem Verbraucher vom Unternehmer unverzüglich auf einem dauerhaften Datenträger zu bestätigen (Satz 2). Der Nutzer kann das gesetzliche Muster-Widerrufsformular aus dem Anhang zu Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 und § 2 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB auch dann nutzen, um den Widerruf zu erklären, wenn es vom Unternehmer nicht zur Verfügung gestellt wurde, etwa wenn

³³⁰ Buchmann, K&R 2014, 295 f.; Leier, VuR 2013, 459.

³³¹ BGHZ 97, 351 (358); BGH, NJW-RR 1986, 594 (596); BGH, NJW 1993, 128 (129).

³³² Buchmann, K&R 2013, 536.

³³³ Ausführlich Föhlich 2009, 278 f.; Brönneke, MMR 2004, 130.

er sich bezüglich der Formulierung des Widerrufs unsicher ist. Er kann es beispielsweise ausgefüllt per E-Mail an den Unternehmer schicken.³³⁴

Besteht kein Widerrufsrecht, tritt diese Information nach Art. 246a § 1 Abs. 3 Nr. 1 EGBGB an die Stelle der Angaben aus Abs. 2 Satz 1 Nr. 1. Zusätzlich zu den Angaben des Abs. 2 muss der Diensteanbieter nach Abs. 3 Nr. 2 angeben, wenn und unter welchen Umständen es frühzeitig erlöschen kann. Dies trifft auf die im Anschluss erläuterten Waren nach § 312g Abs. 2 Nr. 3, 4 und 6 BGB zu. Die Information über das Nichtbestehen des Widerrufs ist besonders wichtig, da der Verbraucher sich bereits an die Möglichkeit des Widerrufs von Fernabsatzverträgen gewöhnt hat.

3.3.2 Ausnahmen vom Widerrufsrecht

Das gesetzliche Widerrufsrecht wird in § 312g Abs. 2 BGB für bestimmte Waren ausgeschlossen. Solche „Ausnahmen von gemeinschaftsrechtlichen Verbraucherschutzvorschriften (sind) eng auszulegen.“³³⁵ Für Online-Versanddienste sind die folgenden Ausnahmen relevant. Einige der früheren Ausnahmen vom Widerrufsrecht wurden nach der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie in § 312 Abs. 2 BGB verschoben, sodass sie nun nicht zu den entgeltlichen Verbraucherverträgen zählen. Für den Bereich der Online-Versanddienste ist jedoch keine dieser Ausnahmen von besonderer Relevanz.

Gemäß § 312g Abs. 2 Nr. 1 BGB besteht kein Widerrufsrecht bei Waren, die nicht vorgefertigt sind und für die eine individuelle Auswahl oder Bestimmung durch den Verbraucher maßgeblich ist, oder solche Waren, die eindeutig auf persönliche Bedürfnisse zugeschnitten sind. Diese Fälle liegen nur vor, wenn die Waren anderweitig nicht oder nur mit erheblichen Preisnachlässen abgesetzt werden könnten.³³⁶ Trotz der Umformulierung von Var. 1 kann diese Konkretisierung auch weiterhin angewandt werden, da sie den Sinn der Ausnahmegvorschrift wiedergibt.³³⁷ Nr. 2 entspricht den § 312d Abs. 4 Nr. 1 Var. 4 und 5 BGB a. F. Demnach sind Waren vom gesetzlichen Widerrufsrecht ausgenommen, die schnell verderblich sind oder bei denen das Verfalldatum überschritten würde. Schnell verderbliche Waren

³³⁴ Schirmbacher/Schmidt, CR 2014, 117 zweifelt an der Praxisrelevanz.

³³⁵ EuGH, EuZW 2002, 84.

³³⁶ Grüneberg, in: Palandt 2015, § 312g BGB, Rn. 4.

³³⁷ Buchmann, K&R 2014, 372.

sind etwa Lebensmittel und Schnittblumen, bei denen „nach ihrem Transport und ihrer Verweildauer beim Verbraucher ein verhältnismäßig erheblicher Teil ihrer Gesamtlebensdauer abgelaufen wäre“.³³⁸ Als Anhaltspunkt wurde ein Verderb binnen sechs Wochen genannt.³³⁹

In § 312g Abs. 2 Nr. 3 BGB wurde zur Umsetzung des Art. 16 lit. e VRRL eine Ausnahme für Waren eingeführt, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht zur Rücksendung geeignet sind. Ein Widerrufsrecht für sie erlischt, wenn eine bestehende Versiegelung vom Verbraucher entfernt wurde. Eine einfache Klarsichtfolie oder ein Klebestreifen reichen jedoch regelmäßig nicht aus. Vielmehr muss das Siegel entweder nach der Verkehrsauffassung als solches erkennbar oder durch deutlichen Hinweis entsprechend gekennzeichnet sein.³⁴⁰ Diese Ausnahme ist begrüßenswert, weil sie dem Interesse der Allgemeinheit entspricht und dem Verbraucher, der die Ware erhält, die Möglichkeit lässt, die Ware zurückzugeben, solange er ein etwaiges Siegel nicht bricht.

An die Stelle der Ausnahme für Waren, die aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht für die Rücksendung geeignet sind (§ 312d Abs. 4 Nr. 1 Var. 3 BGB a. F.), tritt § 312g Abs. 2 Nr. 4 BGB. Danach erlischt das Widerrufsrecht bei Waren, wenn sie aufgrund ihrer Beschaffenheit untrennbar mit anderen Gütern vermischt wurden. Diese wurden zuvor unter § 312d Abs. 4 Nr. 1 Var. 3 BGB a. F. gezählt.

Ebenfalls neu aufgenommen wurde aufgrund des Art. 16 lit. g VRRL die Ausnahme für alkoholische Getränke, die erst 30 Tage nach Bestellung geliefert werden können und auf dem Markt Preisschwankungen unterliegen, wenn der Preis bereits bei Bestellung vereinbart wurde und nicht vom Unternehmer nachträglich beeinflusst werden kann. Diese Ausnahme vor allem für Wein und bestimmte Spirituosen ist kaum nachvollziehbar. Auch Erwägungsgrund 49 VRRL erklärt sie nicht.³⁴¹ Möchte man dem Unternehmer nicht einseitig das Risiko von Preisschwankungen auferlegen, müsste diese Ausnahme für alle Waren gelten, die erst nach längerer Zeitspanne geliefert werden können und Preisschwankungen unterliegen. Dieses Prinzip

³³⁸ *Wendehorst*, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 312d BGB, Rn. 30; zustimmend OLG Celle, MMR 2013, 240, das deshalb lebende Bäumen nicht als verderbliche Ware ansieht.

³³⁹ *Lütcke* 2002, § 312d BGB, Rn. 77; *Thüsing*, in: Staudinger BGB, Buch 2 2014, § 312d BGB, Rn. 55.

³⁴⁰ OLG Hamm, MMR 2010, 684; *Rücker/Thalhofer*, in: Weise/Krauß 2013, Webshop-AGB, Rn. 17.

³⁴¹ *Föhlich*, MMR 2009, 79 sieht darin erfolgreiche Lobbyarbeit.

wird beispielsweise in § 312g Abs. 2 Nr. 8 BGB (Art. 16 lit. b VRRG, § 312 Abs. 4 Nr. 6 HS 1 BGB a. F.) verfolgt, der eine Ausnahme unabhängig von einer bestimmten Ware oder Dienstleistung bei Preisschwankungen auf dem Finanzmarkt vorsieht.

Wurde die Verpackung von auf Datenträgern gelieferten Audio-, Videoaufzeichnungen oder Software versiegelt,³⁴² erlischt das Widerrufsrecht gemäß § 312g Abs. 2 Nr. 6 BGB nach der Entsiegelung. Bei Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierten ist gemäß Nr. 7 kein gesetzliches Widerrufsrecht vorgesehen, soweit sie nicht im Rahmen eines Abonnements geliefert werden. Die frühere Ausnahme für telefonische bestellte Zeitungen, Zeitschriften und Illustrierte aus § 312d Abs. 4 Nr. 3 BGB a. F. besteht nicht mehr. Ein Widerrufsrecht besteht nach § 312g Abs. 2 Nr. 13 BGB außerdem nicht, wenn der Vertrag notariell beurkundet wurde.

3.3.3 Formale Gestaltung der Information zum Widerrufsrecht

Für die Angaben aus Art. 246a § 1 BGB gelten ebenfalls die formalen Anforderungen der § 312d Abs. 1 Satz 1 und § 312f Abs. 2 BGB.³⁴³ Wird die Muster-Widerrufsbelehrung genutzt, muss diese in Textform an den Verbraucher übermittelt werden. Nur bei entsprechender Umsetzung genießt die Muster-Widerrufsbelehrung die Gesetzlichkeitsfiktion des Art. 246a § 1 Abs. 2 EGBGB.³⁴⁴ Die Textform wird in § 126b Satz 1 BGB definiert. Der Normtext wurde wesentlich durch die Umsetzung der Verbraucherrechtlinie geändert. Textform liegt dann vor, wenn auf einem dauerhaften Datenträger eine lesbare Erklärung vorliegt, in der der Erklärende genannt wird. Entscheidend ist unter anderem, dass ein dauerhafter Datenträger vorliegt, wie es bereits § 312f Abs. 2 BGB fordert. Anstelle des Erfordernisses der Urkunde oder anderer zur dauerhaften Wiedergabe in Schriftzeichen geeigneter Weisen ist das Tatbestandsmerkmal der Lesbarkeit aufgenommen worden. Der Erklärende muss nur noch genannt werden. Es ist nicht mehr nötig, dass das Ende durch eine Nachbildung einer Unterschrift oder anders markiert wird. Zusätzlich muss das Muster-Widerrufsformular im

³⁴² *Grüneberg*, in: Palandt 2015, § 312g BGB, Rn. 9.

³⁴³ Detailliert zu den formalen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2 3.2.2 Formale Gestaltung der Information im Fernabsatz.

³⁴⁴ Zu den Schwierigkeiten bei der korrekten Auswahl der Gestaltungshinweise *Buchmann*, K&R 2014, 297; *Schirnbacher/Schmidt*, CR 2014, 116.

Anschluss an die Muster-Widerrufsbelehrung folgen, da sie nach dem Wortlaut der Muster-Widerrufserklärung „beigefügt“ ist.³⁴⁵

3.4 Anforderungen an Fernabsatz- und entgeltliche Verbraucherverträge

Im Bereich des Fernabsatzrechts bestehen sehr viele und detaillierte Regelungen für Online-Versanddienste zum Umgang mit Verbrauchern, mit denen ein Vertrag geschlossen werden soll. Diese dienen vor allem dem Schutz der Verbraucher vor uninformierten Entscheidungen aufgrund der Tatsache, dass sie weder den Vertragspartner noch den Vertragsgegenstand vor Vertragsabschluss persönlich in Augenschein nehmen können. Neben Informationspflichten zählt dazu das Widerrufsrecht, über das der Verbraucher ebenfalls zu informieren ist. Zusätzlich bestehen Beschränkungen bei Kosten für alle entgeltlichen Verbraucherverträge.

4 Elektronischer Geschäftsverkehr

§§ 312i und j BGB enthalten Vorgaben für den elektronischen Geschäftsverkehr, zu dem auch Online-Versanddienste zählen. Die beiden Normen sind mit § 312g BGB a. F. weitgehend identisch. § 312i BGB sieht sowohl technische Bereitstellungs- als auch Informationspflichten vor³⁴⁶ und setzt Art. 10 und 11 ECRL um. Dies muss bei der Auslegung beachtet werden. Ziele der speziellen Bereitstellungs- und Informationspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr sind die Rechtssicherheit für Unternehmer und der Schutz der Kunden bei dieser speziellen Vertriebsform.³⁴⁷ Weitere rechtliche Anforderungen enthält § 312j BGB. Er gilt nur im Verhältnis zu Verbrauchern. Online-Versanddienste forcieren den Vertragsschluss mit Verbrauchern, sodass die Vorgaben vom Anbieter eines Online-Versanddienstes umzusetzen sind. § 312j BGB stellt ebenfalls vor allem Anforderungen an die Gestaltung des Online-Versanddienstes und die Übermittlung von Informationen und setzt Vorgaben der Verbraucherrechterichtlinie um.

³⁴⁵ So auch *Buchmann*, K&R 2014, 298.

³⁴⁶ *Wendehorst*, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 312g BGB, Rn. 2.

³⁴⁷ BT-Drs. 14/6040, 169 noch zu § 312e BGB a. F., später § 312g BGB a. F., jetzt § 312i BGB; Erwägungsgrund 2 ECRL.

4.1 Allgemeine Informationspflicht im elektronischen Geschäftsverkehr

§ 312i Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB bestimmt Pflichtangaben, die jedem Kunden im elektronischen Geschäftsverkehr mitgeteilt werden müssen. Informationspflichten, die sich aus anderen Vorschriften ergeben, bleiben nach Abs. 3 unberührt. Die Pflichtangaben des Art. 246c EGBGB, auf die § 312i Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 verweist, stimmen mit denen aus Art. 246 § 3 EGBGB a. F. überein, auf die § 312g Abs. 1 Nr. 2 BGB a. F. verwies. Jedoch ist die Einhaltung der allgemeinen Informationspflichten nicht mehr Voraussetzung für den Beginn der Widerrufsfrist.

4.1.1 Allgemeine Pflichtangaben im elektronischen Geschäftsverkehr

Der Unternehmer muss seinen Kunden nach Art. 246c Nr. 1 EGBGB über die einzelnen technischen Schritte unterrichten, die zum Vertragsschluss führen. Dabei ist nicht die technische Funktionsweise zu erklären, sondern vor allem, welche konkreten Schritte zum Abschluss des Vertrags führen. Insbesondere muss klar werden, welche Handlung zum Vertragsabschluss führt und ab welchem Zeitpunkt eine rechtliche Bindung besteht.³⁴⁸ Damit soll es dem Kunden möglich sein, zu erkennen, wann etwa eine Korrektur noch vorgenommen werden kann. Der Unternehmer muss auch bestimmen, ob es sich bei seiner Webseite um ein ihn rechtlich bindendes Angebot oder lediglich um eine *invitatio ad offerendum* handelt. Meistens wird es sich bei der Webseite um eine *invitatio ad offerendum* handeln, also lediglich eine Aufforderung, ein Angebot bezüglich des Kaufpreises an den Unternehmer abzugeben. Es kann aber auch ein echtes Angebot im Sinne des § 145 BGB vorliegen. Deshalb muss der Unternehmer dies klarstellen.³⁴⁹ Bei der Darstellung der Schritte, die zum Vertragsabschluss führen, sollten keine zu detaillierten Angaben gemacht werden, die den Verbraucher vom Wesentlichen ablenken. Die Schritte sollten aber auch nicht zu abstrakt dargestellt werden. Für den Kunden muss klar verständlich sein, was er tun muss, um

³⁴⁸ *Weidenkaff*, in: Palandt 2015, Art. 246c EGBGB, Rn. 2; *Wendehorst*, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 312g BGB, Rn. 78.

³⁴⁹ *Thüsing*, in: Staudinger, EGBGB 2013, Art. 241 EGBGB, Rn. 4 (Stand 2003). Zur Bedeutung eines Online-Versanddienstes für den Vertragsabschluss s. Teil 13.2 Fernabsatz und elektronischer Geschäftsverkehr

einen Vertrag abzuschließen und zu welchem Zeitpunkt oder durch welche Handlung er eine rechtsbindende Willenserklärung abgibt.³⁵⁰

Des Weiteren fordert Art. 246c Nr. 2 EGBGB, dass der Kunde darüber informiert wird, ob der Vertragstext auch nach dem Vertragsschluss vom Unternehmer gespeichert wird und eine Zugangsmöglichkeit für den Kunden besteht. Regelmäßig wird der Unternehmer den Vertragstext auch nach Vertragsschluss noch für den Kunden zugänglich anbieten. Die Information ist aber vor allem nötig, wenn dies ausnahmsweise nicht geschieht. Dann muss der Kunde selbst aktiv werden und die Vertragsbedingungen bei Vertragsabschluss abspeichern, damit er später noch darauf zugreifen kann. Dazu ist der Kunde in jedem Fall in der Lage, da der Unternehmer ihm die Vertragsbedingungen nach § 312i Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 BGB in speicher- und wiedergabefähiger Form bei Vertragsschluss zur Verfügung stellen muss.

Der Unternehmer muss dem Kunden nach Art. 246c Nr. 3 EGBGB außerdem mitteilen, wie er Eingabefehler vor der Abgabe seiner Vertragserklärung erkennen und korrigieren kann. Die Pflicht, solche Korrekturmöglichkeiten für den Kunden vorzuhalten, ergibt sich aus § 312i Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BGB. Die Erklärung muss so gestaltet sein, dass ein durchschnittlicher Kunde erkennt, wann, wo und wie eine Korrektur erfolgen kann. Dabei muss einem durchschnittlichen Kunden jedoch nicht erklärt werden, wie er etwa die „Entfernen“- oder Backspace-Taste betätigt.³⁵¹ Es dürfen aber keine überhöhten Computerkenntnisse vorausgesetzt werden.

Nach Art. 246c Nr. 4 EGBGB muss der Kunde auch über alle Sprachen informiert werden, in denen der Vertrag abgeschlossen werden kann. Soweit ein Vertragsabschluss in mehreren Sprachen möglich ist, müssen alle Pflichtinformationen ebenfalls in diesen Sprachen vorgesehen werden.³⁵² Es besteht aber keine Pflicht, mehrere Sprachen anzubieten. Zuletzt ist der Unternehmer auch nach Nr. 5 verpflichtet, alle für ihn geltenden Verhaltenskodizes zu nennen und eine Möglichkeit zu schaffen, damit der Kunde die Regelwerke elektronisch einsehen kann. Verhaltenskodizes sind allgemeine Verhaltensregelwerke, denen sich der Unternehmer freiwillig – unabhängig vom Vertragsabschluss mit einem einzelnen Kunden – unterwirft.³⁵³ Da sich

³⁵⁰ Wendehorst, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 312g BGB, Rn. 79.

³⁵¹ Wendehorst, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 312g BGB, Rn. 84.

³⁵² Weidenkaff, in: Palandt 2015, Art. 246c EGBGB, Rn. 5.

³⁵³ Vgl. *Thüsing*, in: Staudinger, EGBGB 2013, Art. 241 EGBGB, Rn. 8 (Stand 2003).

Unternehmer aber gerade freiwillig solchen Verhaltenskodizes unterwerfen, um damit zu werben,³⁵⁴ werden sie einen solchen Hinweis regelmäßig so wieso freiwillig anbringen.

4.1.2 Formale Gestaltung der Information im elektronischen Geschäftsverkehr

Alle Informationen sind dem Kunden gemäß § 312i Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB rechtzeitig vor Abgabe seiner Bestellung mitzuteilen. Der Begriff der Bestellung ist nicht juristisch definiert. Gemeint ist hier die auf den Vertragsabschluss gerichtete Willenserklärung des Kunden, also entweder Angebot oder Annahme. Die geforderten Angaben müssen deshalb zunächst rechtzeitig zugänglich sein. Für die Rechtzeitigkeit muss der Kunde jedenfalls nach Kenntnisnahme noch genügend Zeit haben, aufgrund der Informationen seine Kaufentscheidung zu treffen. Es ist es ausreichend, wenn die Pflichtangaben im Bestellvorgang angezeigt werden und dem Kunden beliebige Zeit zugestanden wird, um sie wahrzunehmen und daraufhin zu entscheiden. Der Kunde muss allerdings auch das Gefühl haben, dass er noch keinen Vertrag abgeschlossen hat. Sonst kann er keine freie Entscheidung mehr treffen.³⁵⁵

Zum Mitteilen genügt das Vorhalten der Informationen. Der Unternehmer muss nicht dafür sorgen, dass der Kunde sie auch zur Kenntnis nimmt. Er muss sie ihm ebenso wenig zukommen lassen. Dies ist im vorvertraglichen Bereich auch kaum möglich. Vielmehr ist ein Link ausreichend, der den Kunden zu den Pflichtinformationen führt, wenn der Link deutlich gekennzeichnet ist. Die Informationen und gegebenenfalls ein Link zu diesen müssen dem Kunden klar und verständlich mitgeteilt werden. Die Begriffe sind so zu verstehen, wie auch im AGB- oder im Fernabsatzrecht.³⁵⁶ Maßstab ist auch hier der Durchschnittsverbraucher, der den Online-Versanddienst nutzt. Für ihn müssen die Informationen leicht auffindbar, gut erkennbar und deutlich sein, damit er auf Basis der Informationen eine informierte Entscheidung treffen kann.³⁵⁷

³⁵⁴ BT-Drs. 14/6040, 171.

³⁵⁵ Wendehorst, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 312g BGB, Rn. 70.

³⁵⁶ Detailliert zu „klar und verständlich“ im AGB- und Fernabsatzrecht s. Teil 2 Kapitel 2 2.2 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen und Teil 2 Kapitel 2 3.2.2 Formale Gestaltung der Information im Fernabsatz.

³⁵⁷ Wendehorst, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 312g BGB, Rn. 72.

4.2 Technische Bereitstellungspflichten

Neben den in § 312i Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB genannten Informationspflichten treffen den Unternehmer auch technische Bereitstellungspflichten. Nach Nr. 1 muss er eine technische Fehlererkennungs- und -korrekturmöglichkeit für den Kunden vorhalten. Diese muss angemessen, wirksam und dem Kunden zugänglich sein sowie die Korrektur von Eingabefehlern noch vor Abgabe der Bestellung ermöglichen. Hierdurch soll der Kunde vor einer ungewollten Bestellung geschützt werden, die durch eine fehlerhafte Eingabe, also etwa durch Vertippen oder falsches Anklicken, entstanden sein kann.³⁵⁸ In jedem Fall ist die Möglichkeit, Korrekturen nach der Bestätigung über den Eingang der Bestellung vorzunehmen, zu spät.³⁵⁹ Um einen Eingabefehler zu erkennen, muss in Fällen, bei denen die Bestellung über mehrere Seiten verläuft, zumindest eine Gesamtübersicht angezeigt werden.³⁶⁰ Technische Mittel sind angemessen, wenn die Bereitstellung keinen übermäßigen Aufwand erfordert und die Bedienung nicht übermäßig kompliziert ist. Um wirksam zu sein, muss das Mittel tatsächlich eine Änderung der Bestellung ermöglichen. Außerdem muss das Mittel dem Kunden auch zugänglich sein – also leicht erkennbar und ohne besondere technische Kenntnisse bedienbar.³⁶¹

Nicht eindeutig als Informations- oder technische Gestaltungspflicht einzuordnen ist die Pflicht aus Nr. 3, nach der der Unternehmer den Zugang der Bestellung unverzüglich elektronisch bestätigen muss. Zum einen ist hier die Gestaltungspflicht normiert, eine solche Bestätigung vorzusehen. Zum anderen wird damit die Information des Kunden über den Eingang der Bestellung bezweckt. Die Bestätigungsnachricht, die häufig als Bestellbestätigung bezeichnet wird, geht regelmäßig als E-Mail beim Kunden ein. Es ist aber auch denkbar, dass eine elektronische Bestätigung auf einer automatisch aufgerufenen Webseite erfolgt.³⁶² Die Benachrichtigung soll dem Kunden nur den Eingang seiner Willenserklärung beim Unternehmer bestätigen und ihn damit vor der Unsicherheit, ob die Übermittlung erfolgreich war (und damit vor einer möglichen doppelten Bestellung), schützen. Die Nach-

³⁵⁸ *Thüsing*, in: Staudinger BGB, Buch 2 2014, § 312g BGB, Rn. 41; *Wendehorst*, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 312g BGB, Rn. 62.

³⁵⁹ *Lütcke* 2002, § 312e BGB, Rn. 30.

³⁶⁰ *Wendehorst*, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 312g BGB, Rn. 67.

³⁶¹ *Thüsing*, in: Staudinger BGB, Buch 2 2014, § 312g BGB, Rn. 42.

³⁶² *Wendehorst*, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 312g BGB, Rn. 96.

richt ist deshalb grundsätzlich keine Willenserklärung des Unternehmers. Es wird auch keine Aussage über die Verfügbarkeit der Waren gemacht. Vielmehr kommt der Unternehmer damit seiner gesetzlichen Pflicht nach.³⁶³ Allerdings kann die Nachricht auch so gestaltet werden, dass sie gleichzeitig auch eine Annahme darstellt. Dafür ist die konkrete Formulierung entscheidend.³⁶⁴

Die Bestätigung muss unverzüglich erfolgen. Der Eingang der Bestellung muss also gemäß § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB ohne schuldhaftes Zögern bestätigt werden. Für den Zugangszeitpunkt der Bestellung ist nach § 312i Abs. 1 Satz 2 BGB entscheidend, wann der Unternehmer sie unter gewöhnlichen Umständen abrufen kann. Dasselbe gilt für den Zeitpunkt, ab dem die Bestätigungsmail als empfangen gilt. In der Literatur besteht weitgehend Einigkeit, dass diese Vorschrift unnötig ist, da für den Zeitpunkt des Zugangs sowieso entscheidend ist, wann mit der Kenntnisnahme zu rechnen war und nicht wann die Kenntnisnahme tatsächlich erfolgte.³⁶⁵ Bei der Bestellung ist wohl der Eingang auf dem Server ausreichend. Eine Bestätigung während der Geschäftsöffnungszeiten wird den Besonderheiten des elektronischen Geschäftsverkehrs kaum gerecht, da sich dieser gerade dadurch auszeichnet, dass er unabhängig von Öffnungszeiten ist. Außerdem muss der Verkäufer nur den Eingang der Bestellung bestätigen und keine eigene Willenserklärung abgeben. Deshalb kann diese Pflicht etwa durch das Einrichten einer Auto-Reply-Funktion erfüllt werden, die den Eingang einer E-Mail mit einer automatisiert generierten Antwort erwidert.³⁶⁶

Zuletzt stellt auch Nr. 4 Anforderungen an die technische Gestaltung der Information des Kunden. Der Unternehmer muss die Vertragsbedingungen bei Vertragsschluss für den Kunden so vorhalten, dass er sie abrufen und in wiedergabefähiger Form speichern kann. Die Möglichkeit zum Abruf ist

³⁶³ Hassemer, MMR 2001, 636 f.; Bodenstedt, MMR 2004, 719 ff.; Spindler/Anton, in: Spindler/Schuster 2011, § 312e BGB, Rn. 14.

³⁶⁴ Wendehorst, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 312g BGB, Rn. 95 ff.; eine Übersicht über verschiedene Formulierungen und ihre gerichtliche Wertung enthält Heckmann 2014, Kap. 4.1, Rn. 83.

³⁶⁵ Wendehorst, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 312 g BGB, Rn. 94; Spindler/Anton, in: Spindler/Schuster 2011, § 312e BGB, Rn. 18.

³⁶⁶ Thüsing, in: Staudinger BGB, Buch 2 2014, § 312g BGB, Rn. 53; Wendehorst, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 312g BGB, Rn. 94, 99; Hoeren, in: Graf von Westphalen/Thüsing 2014, E-Commerce-Verträge, Rn. 44a; zur Funktion des Auto-Reply Heckmann 2014, Kap. 4.1, Rn. 24.

ausreichend, solange die Vertragsbestimmungen auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen umfassen. Der Unternehmer kann die Vertragsbestimmungen dem Kunden auch zuschicken und ihm so die Möglichkeit zum Speichern geben.³⁶⁷ Der Kunde muss sich jedoch über die Bedingungen des Vertragsschlusses unmittelbar vor diesem informieren können. Deshalb ist die Pflicht nur erfüllt, wenn der Zugang zu einer den Anforderungen der Norm entsprechenden Version der Vertragsbestimmungen bereits bei Vertragsabschluss und nicht erst danach gewährt wird. Entsprechend dem Charakter des elektronischen Geschäftsverkehrs sind die Vertragsbestimmungen in elektronischer Form vorzuhalten. Die Möglichkeit, dass der Kunde sie etwa mit einem Faxgerät abrufen kann, ist nicht ausreichend.³⁶⁸ Vielmehr soll er die Möglichkeit haben, alle Informationen ohne Medienbruch zu erhalten, um daraufhin vergleichsweise schnell eine informierte Entscheidung treffen zu können. Um die Wiedergabefähigkeit sicherzustellen, muss der Unternehmer auf ein allgemein verfügbares, weit verbreitetes Dokumentenformat zurückgreifen.

4.3 Besondere Informationspflicht im elektronischen Geschäftsverkehr

Neben technischen Bereitstellungs- und allgemeinen Informationspflichten gegenüber allen Kunden existieren im elektronischen Geschäftsverkehr besondere Informationspflichten bei Verträgen mit Verbrauchern. Diese Pflichten aus § 312j BGB, die Art. 8 VRRl umsetzen, muss der Anbieter eines Online-Versanddienstes erfüllen. § 312j Abs. 1 und 2 BGB nennen besondere Informationen für Verbraucher, die der Anbieter eines Online-Versanddienstes vorhalten muss. Abs. 1 verpflichtet den Anbieter eines Online-Versanddienstes in HS 1, die allgemeinen Informationspflichten aus § 312i Abs. 1 BGB spätestens bei Beginn des Bestellvorgangs klar und deutlich anzugeben. Damit wird der bereits zuvor festgestellte Zeitpunkt der Information bestätigt. Die Informationen müssen dem Verbraucher bereits zur Verfügung stehen, bevor er mit dem Bestellvorgang, also dem Einlegen in den Warenkorb, beginnt.³⁶⁹

³⁶⁷ Dies empfiehlt *Wendehorst*, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 312g BGB, Rn. 107 f.

³⁶⁸ *Thüsing*, in: Staudinger BGB, Buch 2 2011, § 3 BGB-InfoV, Rn. 58; *Wendehorst*, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 312g BGB, Rn. 105.

³⁶⁹ BGH, MMR 2008, 39 (42); auch *Schirmbacher/Schmidt*, CR 2014, 110; *Buchmann*, K&R 2014, 454.

Zusätzlich zu den allgemeinen Informationspflichten muss der Anbieter des Online-Versanddienstes den Verbraucher nach § 312j Abs. 1 HS 2 BGB auch darüber informieren, ob Lieferbeschränkungen bestehen und welche Zahlungsmittel vom Unternehmer akzeptiert werden. Zum einen soll der Verbraucher erfahren, ob er die Ware vielleicht wegen irgendwelcher³⁷⁰ Lieferbeschränkungen nicht erhalten kann. Zum anderen soll er die Möglichkeit erhalten, sich frühzeitig über die Zahlungsmittel zu informieren und diese Information in die Entscheidungsfindung mit einfließen zu lassen. Zwar hängen die dem einzelnen Verbraucher bei einem konkreten Kauf angebotenen Zahlungsmittel von verschiedenen Faktoren ab, die zu Beginn der Nutzung noch nicht bekannt sind. Viele Anbieter variieren die Zahlungsmittel für einzelne Kunden und Einkäufe, etwa nachdem sie eine Bonitätsprüfung durchgeführt haben.³⁷¹ Dennoch können dem Verbraucher bereits die potentiell verfügbaren Zahlungsmittel bei der Entscheidung behilflich sein, wenn beispielsweise das von ihm favorisierte Zahlungsmittel gar nicht angeboten wird.³⁷² Dazu kann etwa ein klar und deutlich gestalteter Link mit der Beschriftung „Zahlungsinformationen“ dienen,³⁷³ der von jeder Unterseite, insbesondere aber jeder Produktseite, die Informationen verfügbar macht.

Abs. 2 bis 4 entsprechen dem am 1. August 2012 eingeführten § 312g Abs. 2 bis 4 BGB a. F. Mit ihnen sollen Verbraucher im Internet vor Diensten geschützt werden, die ihre Kostenpflicht verbergen, die Informationen darüber verstecken oder die Kostenfreiheit vortäuschen.³⁷⁴ Dazu zählen vor allem sogenannte Kostenfallen. Häufig geben Verbraucher ihre persönlichen Daten an, um Inhalte abzurufen, die aus ihrer Sicht kostenlos angeboten werden. Erst bei genauer Betrachtung der Webseite wird ersichtlich, dass der Verbraucher sich damit zu einer Zahlung gegenüber dem Unternehmer verpflichtet haben soll. Dies bemerkt der Verbraucher oft erst, wenn er im Nachhinein eine Rechnung erhält.³⁷⁵ Obwohl Verbraucher bereits nach früherer Rechtslage regelmäßig nicht zur Zahlung des Kaufpreises ver-

³⁷⁰ Buchmann, K&R 2014, 459.

³⁷¹ BT-Drs. 17/ 12637, 58.

³⁷² Diese Position wurde bereits vor Einführung der Pflicht in *Boos*, VuR 2014, 51 vertreten.

³⁷³ *Bierekoven/Crone*, MMR 2013, 689.

³⁷⁴ BT-Drs. 17/7745, 1 und 17/8805, 1.

³⁷⁵ Vgl. etwa *Meyer-van Raay/Deitermann*, VuR 2009, 335 f.

pflichtet waren,³⁷⁶ gaben viele Verbraucher den Rechnungen, Mahnungen und der Androhung eines Prozesses nach,³⁷⁷ weil sie sich über die Rechtslage im Unklaren sind oder wegen der meist geringen Summen die (finanzielle, zeitliche oder psychologische) Belastung einer Auseinandersetzung und mögliche Gerichtsverhandlungen vermeiden wollen.³⁷⁸ Außerdem besteht häufig auch eine „generelle Scheu“ vor der Justiz.³⁷⁹ Durch die Neuregelung soll der Verbraucher nun leicht und eindeutig erkennen können, ob er zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet ist. Die Pflicht gilt unabhängig von der (Un-)Seriosität des Unternehmers oder der Art des Vertrags.

Nach § 312j Abs. 2 BGB muss der Unternehmer dem Verbraucher die Angaben des Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 1, 4, 5, 11 und 12 EGBGB klar und verständlich sowie in hervorgehobener Weise unmittelbar vor Abgabe der Bestellung zur Verfügung stellen. Diese Informationen umfassen bei Online-Versanddiensten die wesentlichen Merkmale der Ware, den Gesamtpreis, gegebenenfalls die Laufzeit oder Kündigungsbedingungen und die Mindestlaufzeit.³⁸⁰ Die Information des Verbrauchers muss unmittelbar vor Abgabe seiner Bestellung geschehen. Wie die Unmittelbarkeit zu erreichen ist, ist noch nicht abschließend geklärt.³⁸¹ Betroffen sind sowohl die zeitliche als auch räumliche Ebene. Um die Voraussetzung umzusetzen, sind teilweise dieselben Maßnahmen nötig, die auch der Umsetzung des Erfordernisses dienen, die Informationen klar und verständlich in hervorgehobener Weise zur Verfügung zu stellen. Dabei sind die Begriffe „klar und verständlich“ auszulegen, wie bereits dargestellt wurde.³⁸²

Die in § 312j Abs. 2 BGB genannten Informationen müssen unmittelbar vor Abschluss des Bestellprozesses angezeigt werden, also im letztmöglichen

³⁷⁶ Das Betreiben von Kostenfallen kann sogar eine Betrugsstraftat darstellen, BGH, NJW 2014, 2595.

³⁷⁷ BT-Drs. 17/7745, 1; *Borges*, BB 2011, I beziffert die Opfer einer solchen Täuschung auf fünf Mio. Detailliert zur bisherigen Rechtslage *Kredig/Uffmann*, ZRP 2011, 36 ff.; *Blasek*, GRUR 2010, 396 ff.

³⁷⁸ BT-Drs. 17/7745, 6.

³⁷⁹ So auch *Tamm* 2011, 815.

³⁸⁰ Detailliert zu den Informationen s. Teil 2 Kapitel 2 4.1.1 Allgemeine Pflichtangaben im elektronischen Geschäftsverkehr.

³⁸¹ *Neuber*, Whitepaper des BVDW zur Einführung der so genannten „Button-Lösung“, Düsseldorf 2012, www.bvdw.org/mybvdw/media/download/bvdw-whitepaper-button-loesung.pdf?file=2333, 9 f.; ähnlich *Roth*, VuR 2012, 479 f.

³⁸² Zu „klar und verständlich“ s. Teil 2 Kapitel 2 3.2.2 Formale Gestaltung der Information im Fernabsatz.

Zeitpunkt vor Abgabe der Willenserklärung des Verbrauchers. Dazu ist es nötig, dass diese in direkter räumlicher Nähe zur Schaltfläche stehen, mit dem ein Kaufvertrag abgeschlossen werden kann.³⁸³ Aufgrund der zeitlichen und räumlichen Anforderungen an die Information³⁸⁴ ist es nicht ausreichend, wenn die Informationen – oder auch nur ein Teil dieser – unterhalb der Schaltfläche stehen. Dasselbe gilt, wenn sie außerhalb des typischen Betrachtungsbereichs, etwa am Rand der Webseite, zu finden sind.³⁸⁵ Um die Angaben unmittelbar vor Abgabe der Willenserklärung zur Verfügung zu stellen, dürfen zwischen den Informationen und der Schaltfläche auch keine ablenkenden oder trennenden Gestaltungselemente stehen. Deshalb ist eine statische Implementierung der Schaltfläche, mit der der Verbraucher seine Willenserklärung abgibt, – etwa am unteren rechten Bildschirmrand – nicht ausreichend, weil dabei abhängig vom konkret betrachteten Ausschnitt der Webseite die Schaltfläche oberhalb der Pflichtinformationen stehen kann. Der Verbraucher kann diese dann erst durch weiteres Herunterscrollen zur Kenntnis nehmen.³⁸⁶ Der Verbraucher muss aber unter der Schaltfläche, der eine (Vertrags-)Abschlussfunktion zukommt, keine relevanten Informationen mehr erwarten.³⁸⁷

Nicht schädlich ist allerdings, wenn nicht alle Informationen auf einen Blick erfasst werden können und es deshalb nötig ist, innerhalb der Informationen zu scrollen.³⁸⁸ Dies lässt sich in Anbetracht der stark variierenden Bildschirmgrößen kaum durch den Anbieter kontrollieren und gerade bei umfangreichen Einkäufen, bei denen zu jeder Ware die Pflichtinformationen angegeben werden müssen, kaum vermeiden.³⁸⁹ Insgesamt müssen zumin-

³⁸³ BT-Drs. 17/7745, 10; zustimmend *Bierekoven*, ITRB 2012, 187; *Buchmann*, K&R 2014, 454. Zum Erkennen der Schaltfläche Buttons s. Teil 3 Kapitel 2 3 Formale Gestaltung des Bezahl-Buttons.

³⁸⁴ Die Generaldirektion Recht der Europäischen Kommission stellt in ihrem Leitfaden zur Richtlinie 2011/83/EU, Brüssel Juni 2014, ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_en.pdf, 32 klar, dass sowohl eine zeitliche als auch optische Komponente enthalten ist.

³⁸⁵ *Raue*, MMR 2012, 441; *Leier*, CR 2012, 382.

³⁸⁶ *Neuber*, Whitepaper des BVDW zur Einführung der so genannten „Button-Lösung“, Düsseldorf 2012, www.bvdw.org/mybvdw/media/download/bvdw-whitepaper-button-loesung.pdf?file=2333, 10 f.

³⁸⁷ *Raue*, MMR 2012, 441; *Bergt*, NJW 2012, 3542.

³⁸⁸ BT-Drs. 17/8805, 6; anders noch BT-Drs. 17/7745, 11.

³⁸⁹ *Leier*, CR 2012, 382; a. A. noch zum Referentenentwurf, www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Referentenentwurf_Buttonloesung.pdf, 11.

dest die zuletzt genannten Informationen bei üblicher Bildschirmauflösung noch über der Schaltfläche zu sehen sein.³⁹⁰ Ein einfacher Link zu den Informationen ist in jedem Fall nicht ausreichend, um die Informationen unmittelbar anzuzeigen – unabhängig vom konkreten Ziel des Links.³⁹¹

Um die Informationen in hervorgehobener Weise darzustellen, müssen sie optisch hervorgehoben präsentiert werden, damit sie nicht im Gesamtlayout der Internetseite untergehen oder darin versteckt werden. Eine entsprechende Schriftgröße, -art und -farbe ist dafür entscheidend. Die hervorgehobene Darstellung darf im Wesentlichen nur die Pflichtinformationen betreffen, um ein Verstecken der Informationen zwischen anderen hervorgehobenen Inhalten zu vermeiden.³⁹² Zum Teil wurde sogar explizit gefordert, dass die optische Abhebung von den übrigen Seiteninhalten „in unübersehbarer Weise“ erfolgen muss.³⁹³ Dazu trägt auch bei, wenn die Informationen von sonstigen Angaben deutlich abgesetzt werden.

4.4 Button-Lösung

Die wohl wichtigste Vorschrift zum Schutz der Verbraucher vor Kostenfallen ist § 312j Abs. 3 BGB, die sogenannte Button-Lösung. Danach müssen Anbieter von Online-Versanddiensten dafür sorgen, dass ein Verbraucher beim Bestellvorgang ausdrücklich bestätigt, dass er sich zu einer Zahlung verpflichtet.³⁹⁴ Wenn der Verbraucher zum Bestellen eine Schaltfläche betätigen muss, wie es bei Online-Versanddiensten üblich ist, muss diese nach Satz 2 gut lesbar mit der Aufschrift „zahlungspflichtig bestellen“ oder einem

³⁹⁰ Zutreffend *Raue*, MMR 2012, 441; a. A. noch zum Referentenentwurf, www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Referentenentwurf_Buttonloesung.pdf, 11; BT-Drs. 17/7745, 11; richtiggestellt BT-Drs. 17/8805, 6.

³⁹¹ BT-Drs. 17/7745, 10 f.

³⁹² Noch zum Merkmal des „hervorgehobenen und deutlich gestalteten Hinweises“ Referentenentwurf, www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Referentenentwurf_Buttonloesung.pdf, 11. Noch zum Merkmal „klar und verständlich“ BT-Drs. 17/7745, 11.

³⁹³ BT-Drs. 17/7745, 11 noch zum Merkmal „klar und verständlich“, da der Passus „in hervorgehobener Weise“ erst durch Empfehlung des Bundesrats (wieder) aufgenommen wurde, BT-Drs. 17/8805, 7.

³⁹⁴ Die folgenden Ausführungen wurden bereits unter dem Titel „Rechtliche und technische Nutzerunterstützung bei der Button-Lösung, Ein Lösungsvorschlag zur Erkennbarkeit von Kostenfallen als dem immer noch ungelösten Kernproblem“ zusammen mit *Steffen Bartsch* und *Melanie Volkamer* in CR 2014, 119 veröffentlicht. Die rechtlichen Ausführungen gehen allein auf die Autorin zurück.

ähnlich leicht verständlichen und eindeutigen Hinweis versehen werden. Nur bei Einhaltung dieser Vorgaben soll nach Abs. 4 ein Vertrag zustande kommen, der eine Zahlungspflicht des Verbrauchers begründet („Bezahl-Button“).³⁹⁵ Die rechtliche Einordnung von Abs. 4 ist noch nicht geklärt.³⁹⁶

Abs. 3 Satz 1 ist technikneutral als Auffangtatbestand formuliert. In der Praxis spielt vor allem Satz 2 eine entscheidende Rolle. Als Schaltfläche ist dabei nicht nur ein sogenannter Button zu verstehen, wie die Bezeichnung „Button-Lösung“ vermuten ließe. Vielmehr ist nach der Gesetzesbegründung „jedes grafische Bedienelement, das es dem Anwender erlaubt, eine Aktion in Gang zu setzen oder dem System eine Rückmeldung zu geben“,³⁹⁷ eine Schaltfläche. Dazu zählen auch Bedienelemente mit einer ähnlichen Funktion, wie ein Button, etwa ein Hyperlink oder eine Checkbox. Es besteht keine Pflicht, eine Schaltfläche für den Vertragsabschluss vorzusehen. Dennoch erfasst der sehr weite Begriff der Schaltfläche sämtliche Optionen, durch die derzeit ein Vertrag innerhalb eines Online-Shops geschlossen werden kann.³⁹⁸

4.4.1 Beschriftung der Schaltfläche

Die Schaltfläche zur Erklärung der rechtsverbindlichen Willenserklärung des Verbrauchers muss nach § 312j Abs. 3 Satz 2 BGB mit „zahlungspflichtig bestellen“ oder „mit einer entsprechend eindeutigen Formulierung beschriftet“ sein. Entscheidend ist, dass für den Verbraucher allein durch die Betrachtung der Schaltfläche erkennbar wird, dass er sich mit dem Anklicken derselben zu einer Zahlung verpflichtet.³⁹⁹ Damit soll es dem Verbraucher

³⁹⁵ Die rechtskonform gestaltete Schaltfläche wird im Folgenden auch als „Bezahl-Button“ bezeichnet. Eine Schaltfläche, die den rechtlichen Anforderungen nicht ganz entspricht und den Verbraucher dadurch täuschen soll, wird als „vermeintlicher Bezahl-Button“ bezeichnet.

³⁹⁶ Vgl. *Kirschbaum*, MMR 2012, 8 ff.; *Kredig/Uffmann*, ZRP 2011, 39.

³⁹⁷ BT-Drs. 17/7745, 12 zu § 312g Abs. 3 Satz 2 BGB a. F. auch im Folgenden.

³⁹⁸ So bereits in *Boos/Bartsch/Volkamer*, CR 2014, 120 f.

³⁹⁹ Zwar wurde etwa von *Schwartzmann*, Stellungnahme vor dem Rechtsausschuss des Deutschen Bundestages, Berlin 6.2.2012, www.bundestag.de/bundestag/ausschuesse/17/a06/anhoerungen/archiv/17_Kostenfallen/04_Stellungnahmen/Stellungnahme_Schwartzmann.pdf, 6 kritisiert, dass die Zahlungspflicht erst nach Vertragsschluss besteht – also regelmäßig erst nach Annahme des Vertrags durch den Unternehmer im Nachhinein. Es ist jedoch zweckmäßig, den Verbraucher dann auf die (vermeintliche) Zahlungspflicht hinzuweisen, bevor er seine Willenserklärung abgibt, da er danach keinen Einfluss auf den Vertragsschluss nehmen kann.

ermöglicht werden, bedeutende Klicks von unbedeutenden zu unterscheiden. Denn rein technisch oder vom Verhalten her lässt sich dieser Unterschied nicht erkennen.⁴⁰⁰

Weitere rechtskonforme Möglichkeiten zur Beschriftung der Schaltfläche sind nach der Gesetzesbegründung „kostenpflichtig bestellen“ und „zahlungspflichtigen Vertrag schließen“. Abhängig davon, wie und welcher Vertragstyp abgeschlossen wird, ist auch die Beschriftungen „kaufen“ zulässig.⁴⁰¹ Aufgrund der Definition der Online-Versanddienste sind die Beschriftungen bei „Gebot abgeben“ oder „Gebot bestätigen“ nicht zulässig, da diese nur bei Online-Auktionen genutzt werden sollen, die aber nicht unter die hier verwendete Bezeichnung der Online-Versanddienste fallen. Es wird jedoch deutlich, dass bestimmte Arten von Webseiten und Verträgen eine spezielle Beschriftung rechtfertigen können.⁴⁰² Aus der Literatur stammen außerdem die als zulässig eingeordneten Vorschläge „Vertrag schließen (kostenpflichtig)“ und „jetzt kaufen“.⁴⁰³ Nicht ausreichend eindeutig sind nach der Gesetzesbegründung die Beschriftungen „Anmeldung“, „weiter“, „bestellen“, „bestätigen“, „Bestellung abgeben“ oder „Bestellung abschließen“.⁴⁰⁴ Das Gesetz gibt allerdings die Formulierung der Beschriftung gerade nicht als verpflichtend vor. Der Unternehmer kann auch andere Formulierungen nutzen.⁴⁰⁵

Ziel der Norm ist der Schutz der Verbraucher durch klare, auch für juristische Laien leicht verständliche Bestimmungen, die keine komplexe Auslegung benötigen.⁴⁰⁶ Werden andere als die zuvor genannten Beschriftungen verwendet, müssen diese kritisch geprüft werden, um sicherzustellen, dass der Verbraucher eindeutig auf die möglicherweise entstehende Zahlungspflicht hingewiesen wird.⁴⁰⁷ Aufgrund eines zum Teil beschränkten Anzei-

⁴⁰⁰ So auch *Ihde*, CR 2000, 420 im Zusammenhang mit der datenschutzrechtlichen Einwilligung.

⁴⁰¹ BT-Drs. 17/7745, 12.

⁴⁰² So bereits in *Boos/Bartsch/Volkamer*, CR 2014, 121.

⁴⁰³ *Raue*, MMR 2012, 438.

⁴⁰⁴ BT-Drs. 17/7745, 12; Generaldirektion Recht der Europäischen Kommission, Leitfaden zur Richtlinie 2011/83/EU, Brüssel, ec.europa.eu/justice/consumer-marketing/files/crd_guidance_en.pdf, 32.

⁴⁰⁵ Kritisch dazu *Alexander*, NJW 2012, 1988; *Zander* 2014, 466 f.

⁴⁰⁶ Vgl. BT-Drs. 17/7745, 6; *Tamm*, VuR 2012, 220; *Roth*, VuR 2012, 479; kritisch *Ernst*, VuR 2012, 206.

⁴⁰⁷ Kritisch zum Begriff des Mietens bereits in *Boos/Bartsch/Volkamer*, CR 2014, 121.

geraums, etwa auf kleinen Laptopbildschirmen, kann es beispielsweise zulässig sein, kurze Beschriftungen, wie ein „€“-Symbol zu verwenden.⁴⁰⁸ Bei entsprechender sonstiger Gestaltung der Schaltfläche kann das ausreichen, um auf die mögliche Zahlungspflicht aufmerksam zu machen.⁴⁰⁹ Im Umkehrschluss aus der Norm darf lediglich die Schaltfläche, die final die rechtsverbindliche Willenserklärung des Verbrauchers übermittelt, mit den genannten Begriffen beschriftet werden,⁴¹⁰ um dem Verbraucher unzweifelhaft deutlich zu machen, ab wann er an seine Willenserklärung gebunden ist.

Neben der unmissverständlichen Formulierung darf die Schaltfläche außerdem mit keinen ablenkenden oder irreführenden Zusätzen versehen werden.⁴¹¹ Dies umfasst die Beschriftung des Buttons die sich auf die zuvor genannten, eindeutigen Bezeichnungen beschränken muss.

4.4.2 Formale Gestaltung der Schaltfläche

Auf der Schaltfläche dürfen außer der korrekten Beschriftung auch keine ablenkenden oder irreführenden Gestaltungselemente abgebildet sein und der Schriftzug muss nach § 312j Abs. 3 Satz 2 BGB gut lesbar sein.

Die formale Gestaltung wird in der Literatur vor allem im Zusammenhang mit den Informationspflichten aus Abs. 2 diskutiert oder es wird nicht zwischen den Absätzen unterschieden.⁴¹² Explizit wird darauf hingewiesen, dass Voraussetzung für die gute Lesbarkeit der Schaltflächenbeschriftung ist, dass sie „bei üblicher Bildschirmauflösung gut erkennbar“⁴¹³ ist. Die Schrift darf also nicht zu klein oder kontrastarm⁴¹⁴ sein. Vergleichbar mit

⁴⁰⁸ Alexander, NJW 2012, 1988 f. tendiert wohl zur Zulässigkeit.

⁴⁰⁹ Detailliert zu den Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2 4.4.2 Formale Gestaltung der Schaltfläche.

⁴¹⁰ So bereits in *Boos/Bartsch/Volkamer*, CR 2014, 121; wohl auch *Trusted Shops, Die Button-Lösung*, Köln, [www.trustedshops.de/shop-info/wp-content/uploads/2012/03/120320_Whitepaper-Button-L %C3%.pdf](http://www.trustedshops.de/shop-info/wp-content/uploads/2012/03/120320_Whitepaper-Button-L%C3%.pdf), 9; *Müller*, K&R 2012, 792 zu „sukzessive(n) Multibutton“.

⁴¹¹ BT-Drs. 17/7745, 12.

⁴¹² BT-Drs. 17/7745, 10 f.; *Raue*, MMR 2012, 441. Zum Teil wird (indirekt) auf die Ausführungen zu Abs. 2 verwiesen. *Kredig/Uffmann*, ZRP 2011, 39 verweisen etwa auf BT-Drs. 17/7745, 11; *Roth*, VuR 2012, 481 trennt nicht zwischen den gestalterischen Anforderungen der verschiedenen Absätze.

⁴¹³ *Leier*, CR 2012, 383.

⁴¹⁴ *Grüneberg*, in: Palandt 2015, § 312j BGB, Rn. 6.

dem Tatbestandsmerkmal der guten Lesbarkeit ist das der zumutbaren Kenntnisnahme von Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach § 305 Abs. 2 Nr. 2 BGB, der leichten Erkennbarkeit der Anbieterkennzeichnung nach § 5 Abs. 1 HS 1 TMG und der Preisklarheit des § 1 Abs. 6 PAngV. Ähnlich ist auch die Vorgabe zu den Pflichtinformationen nach § 312d Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 246a § 4 Abs. 1 EGBGB sowie nach § 312i Abs. 1 Nr. 2 BGB i. V. m. Art. 246c § 3 EGBGB, die „klar und verständlich“ anzugeben sind. Erstere müssen zudem auch gemäß Art. 246a § 4 Abs. 3 EGBGB „in einer den benutzten Fernkommunikationsmitteln angepassten Weise“ angegeben werden.⁴¹⁵ Diese Vorschriften behandeln jeweils die formale Gestaltung von bestimmten Informationen, die der Diensteanbieter seinen Kunden in seinem Online-Versanddienst mitteilen muss. Für die formale Gestaltung sind vor allem die Schriftgröße, -art und -farbe sowie Hintergrundfarbe und damit der Kontrast entscheidend.⁴¹⁶

4.5 Anforderungen an den elektronischen Geschäftsverkehr

Die Vorschriften zum elektronischen Geschäftsverkehr stellen eine Vielzahl an Anforderungen an den Betreiber eines Online-Versanddienstes. Sie bestehen zum einen aus Informationspflichten – allgemeinen und besonderen – sowie technischen Gestaltungsanforderungen – des Online-Versanddienstes allgemein und einer Bezahl-Schaltfläche im Besonderen. Hintergrund ist, dass im Bereich des elektronischen Geschäftsverkehrs immer die Möglichkeit eines übereilten und informierten Vertragsabschlusses sowie eine mögliche Unsicherheit über die rechtliche Verbindlichkeit einer Handlung bestehen.

⁴¹⁵ Die mühelose Lesbarkeit ist dabei häufig ein Aspekt, wie BT-Drs. 7/3919, 18 belegt. Detailliert im Einzelnen s. Teil 2 Kapitel 2 2.2 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen; Teil 2 Kapitel 2 3.2.2 Formale Gestaltung der Information im Fernabsatz; Teil 2 Kapitel 2 4.1.2 Formale Gestaltung der Information im elektronischen Geschäftsverkehr; Teil 2 Kapitel 2 5.2 Formale Gestaltung der Preisangaben; Teil 2 Kapitel 2 6.2 Formale Gestaltung der Anbieterkennzeichnung.

⁴¹⁶ So bereits in *Boos/Bartsch/Volkamer*, CR 2014, 122 m. V. a. die allgemeinen Vorgaben; *Micklitz/Schirnbacher*, in: Spindler/Schuster 2011, § 312c BGB, Rn. 31 m.w.N; *Brönneke*, in: Roßnagel 2013, § 5 TMG, Rn. 82; *Thamm/Detzer*, BB 1989, 1133; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 1 PAngV, Rn. 49; *Thüsing*, in: Staudinger BGB, Buch 2 2014, § 312g BGB, Rn. 68.

5 Preisangaben

Auch die Preisangabenverordnung enthält Pflichtangaben, die Anbieter von Online-Versanddiensten bereithalten müssen. Die aufgrund des § 1 PAngG vom Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie erlassene Verordnung normiert ein formelles Preisrecht. Geregelt wird dementsprechend die Angabe von Preisen, aber nicht ihr Zustandekommen. Ziel ist die Information des Verbrauchers über den Preis, sodass er eine informierte Entscheidung treffen kann. Er soll auch die Möglichkeit erhalten, die Preise verschiedener Produkte und Anbieter ohne großen Aufwand zu vergleichen. So wird die Position des Verbrauchers gegenüber dem Handel und Gewerbe gestärkt,⁴¹⁷ indem er Waren sehr einfach bezüglich des wirtschaftlichen Kriteriums des Preises objektiv vergleichen kann.

Zur Beurteilung, ob bei der Angabe eines Preises die Bestimmungen der Preisangabenverordnung erfüllt wurden, bildet die Auffassung des angesprochenen Verkehrskreises den Maßstab. Bei Telemedien wird grundsätzlich auch der Verbraucher angesprochen, wenn dies nicht explizit, klar und eindeutig ausgeschlossen wird.⁴¹⁸ Der angesprochene Verkehrskreis besteht deshalb aus durchschnittlich verständigen und informierten, situationsadäquat aufmerksamen Durchschnittsverbrauchern, die mit den Besonderheiten des Internets vertraut sind. Ein solcher Verbraucher weiß etwa, dass er durch das Anklicken von Links häufig zusätzliche Informationen aufrufen kann.⁴¹⁹ Er erwartet aber keinen kostenpflichtigen Dienst, wenn vergleichbare Dienste regelmäßig kostenlos sind – auch wenn er aufgefordert wird, personenbezogene Daten anzugeben. Dies ist im Internet häufig bereits für die Nutzung eines Dienstes nötig.⁴²⁰ Auch das Preisangabenrecht dient, wie die meisten zuvor beschriebenen Normen, der Umsetzung einer europäischen Richtlinie, der Preisangaben-Richtlinie,⁴²¹ die bei der Auslegung der Normen gegebenenfalls heranzuziehen ist. Im Folgenden werden aus-

⁴¹⁷ St. Rechtsprechung BGHZ 155, 301 (305).

⁴¹⁸ BGH, GRUR 2011, 82 (Rn. 23 f.); OLG Karlsruhe, GRUR-RR 2009, 147 (147).

⁴¹⁹ BGH, NJW 2008, 1384 (Rn. 30); *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza 2014, § 1 PAngV, Rn. 48; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 1 PAngV, Rn. 35.

⁴²⁰ *Buchmann/Majer/Hertfelder/Vögelein*, NJW 2009, 3190; OLG Frankfurt am Main, MMR 2009, 341 (341).

⁴²¹ Richtlinie 98/6/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise der ihnen angebotenen Erzeugnisse vom 16.2.1998, ABl. EG L 80, 27.

schließlich die Bestimmungen der Preisangabenverordnung untersucht. Spezialrecht, wie die Lebensmittel-Kennzeichnungsverordnung oder das Heilmittelwerbegesetz, wird nicht behandelt.

5.1 Pflicht zur Preisangabe

Zur Preisangabe nach den Bestimmungen der Verordnung ist nach § 1 Satz 1 PAngV verpflichtet, „wer Letztverbrauchern gewerbs- oder geschäftsmäßig oder regelmäßig in sonstiger Weise Waren oder Leistungen anbietet oder als Anbieter von Waren oder Leistungen gegenüber Letztverbrauchern unter Angabe von Preisen wirbt“. Online-Versanddienste werden von Unternehmern zum Zweck des Verkaufs von Waren an Verbraucher betrieben und bieten deshalb gewerbs- oder geschäftsmäßig Waren gegenüber Verbrauchern an. Der Warenbegriff des § 1 Abs. 1 Satz 1 PAngV ist weiter als der im Rahmen dieser Arbeit definierte.⁴²² Da er aber Letzteren vollständig umfasst,⁴²³ erfüllen alle Online-Versanddienste das Kriterium. Verbraucher im Sinne des § 13 BGB sind auch Letztverbraucher. Würden sie zum Zwecke des geschäftlichen oder gewerblichen Weiterverkaufs einkaufen, könnten sie nicht mehr unter den Verbraucherbegriff subsumiert werden.⁴²⁴ Damit sind die Vorgaben des § 1 Satz 1 PAngV von allen Anbietern von Online-Versanddiensten zu erfüllen.

Wie in § 1 Abs. 1 Satz 1 PAngV deutlich wird, sind bei Angeboten von Waren (Alt. 1) und bei der Werbung mit Preisen (Alt. 2) Gesamtpreise⁴²⁵ zu nennen. Der Begriff des Angebots ist weit zu verstehen. Auch eine *invitatio ad offerendum* kann ein Angebot im Sinne der Preisangabenverordnung sein. Entscheidend ist allein, dass die vom Unternehmer im Online-Versanddienst gemachte Aussage auf die Vertragsanbahnung zielt.⁴²⁶ Dabei zählt die rein tatsächliche Auffassung des angesprochenen Verkehrskreises, für den der Abschluss des Vertrages ohne weiteres möglich erscheinen muss.⁴²⁷

⁴²² Detailliert zum Warenbegriff s. Teil 13.1.1 Bewegliche Sachen und Waren.

⁴²³ Vgl. Köhler, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 1 PAngV, Rn. 4.

⁴²⁴ Allgemein zum Begriff des Letztverbrauchers Köhler, in: Köhler/Bornkamm 2015, Vor PAngV, Rn. 19.

⁴²⁵ Bis zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie wurden diese als „Endpreise“ bezeichnet. Eine inhaltliche Änderung gab es nicht, BT-Drs. 17/12637, 80.

⁴²⁶ BGH, NJW 1980, 1388 (1388); Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza 2014, § 1 PAngV, Rn. 15; Köhler, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 1 PAngV, Rn. 5.

⁴²⁷ BGHZ 155, 301 (304).

Der anzugebende Gesamtpreis wird in § 1 Abs. 1 Satz 1 PAngV als Preis inklusive der Umsatzsteuer und sonstiger Preisbestandteile definiert. Damit ist regelmäßig der die Mehrwertsteuer enthaltende Bruttopreis gemeint.⁴²⁸ Preisbestandteile sind alle üblicherweise vom Verkäufer einzukalkulierenden Beträge.⁴²⁹ Versandkosten zählen nicht dazu und dürfen nicht eingerechnet werden, da sie regelmäßig nicht auf die gekaufte Ware, sondern auf die gesamte Bestellung bezogen werden. Dem angesprochenen Verkehrskreis ist außerdem bekannt, dass beim Fernabsatz zusätzliche Versandkosten anfallen.⁴³⁰ Durch die Gesamtpreisangabe kann der Verbraucher erkennen, welchen Preis er tatsächlich zahlen muss, ohne diesen selbst zu berechnen. Er erhält so außerdem die Möglichkeit, Preise zu vergleichen.⁴³¹ Besteht ein Angebot aus mehreren Teilen, ist nur ein Gesamtpreis zu bilden, wenn es sich nach der Verkehrsanschauung um eine sogenannte selbstständige Verkaufseinheit handelt, weil etwa nur ein gemeinsamer Kauf aller Teile möglich ist.⁴³² Sind bestimmte Preisbestandteile noch nicht bestimmbar, reicht es aus, wenn klar und deutlich darauf hingewiesen wird.⁴³³

Neben dem Gesamtpreis muss nach § 1 Abs. 1 Satz 2 PAngV auch die Verkaufs- oder Leistungseinheit und die Gütebezeichnung angegeben werden. Bei Online-Versanddiensten sind also die Verkaufseinheit und die Gütebezeichnung der jeweiligen Ware anzugeben. Soweit es gesetzliche Regelungen über die Einheit der Ware gibt, sind diese auch hier maßgeblich. Ansonsten bestimmt die Verkehrsauffassung über die anzugebende Einheit. Möglich sind die Angabe des Gewichts, der Länge oder Größe, der Fläche, des Volumens oder der Stückzahl jeweils in den entsprechenden und angemessenen Einheiten des metrischen Systems, also beispielsweise Millimeter, Zentimeter oder Meter.⁴³⁴

⁴²⁸ *Glossner*, in: Leupold/Glossner 2013, Teil 2, Rn. 429.

⁴²⁹ *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza 2014, § 1 PAngV, Rn. 32; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 1 PAngV, Rn. 17.

⁴³⁰ Allgemein BGH, NJW 2008, 1384, Rn. 29; *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza 2014, § 1 PAngV, Rn. 33.

⁴³¹ Allgemein *Blasek*, GRUR-RR 2009, 243; genauer *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza 2014, Einf PAngV, Rn. 14.

⁴³² *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza 2014, § 1 PAngV, Rn. 36; BGH, NJW-RR 1994, 301 (301); vgl. auch *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 1 PAngV, Rn. 11 f.

⁴³³ Beim Verkauf eines Handys mit Pflicht zum Abschluss eines Netzkartenvertrags muss etwa auf die Kosten hingewiesen werden, nach denen sich das monatliche Entgelt berechnet; BGH, NJW 1999, 211 (212).

⁴³⁴ *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza 2014, § 1 PAngV, Rn. 40 f.

Zusätzlich muss im Fernabsatz nach § 1 Abs. 2 PAngV auch angegeben werden, dass die Umsatzsteuer und andere Preisbestandteile enthalten sind und ob Liefer- oder Versandkosten anfallen sowie gegebenenfalls die Höhe dieser Kosten. Der Hinweis auf die inkludierte Umsatzsteuer und sonstige Preisbestandteile darf allerdings nicht werbemäßig eingesetzt werden, da sonst gegen das Verbot irreführender Werbung wegen Werbung mit Selbstverständlichkeiten nach § 3 Abs. 3 i. V. m. Nr. 10 des Anhangs des UWG verstoßen wird. Der Unternehmer kann außerdem nach § 1 Abs. 3 PAngV angeben, wenn er bereit ist, über den Preis zu verhandeln – soweit eine Verhandlung über den Preis gesetzlich zulässig ist. Ebenso ist es nach Abs. 5 erlaubt, einen Änderungsvorbehalt vorzusehen, wenn die Lieferfrist mehr als vier Monate beträgt und diese so angegeben wurde (Nr. 1) oder die Lieferung im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses (Nr. 2) erfolgt.

Des Weiteren sind in unmittelbarer Nähe zu den Gesamtpreisen auch die Grundpreise anzugeben, wenn Waren in Fertigpackungen, offenen Packungen oder als Verkaufseinheiten ohne Umhüllung verkauft werden (§ 2 Abs. 1 PAngV). Der Grundpreis könnte entsprechend § 2 Abs. 1 HS 2 PAngV als der Gesamtpreis je Mengeneinheit bezeichnet werden. Wird der Grundpreis erst angezeigt, wenn die Maus auf den Gesamtpreis zeigt („Mouse-over-Effekt“), ist dies nicht ausreichend.⁴³⁵ Bei „loser Ware“, die also nicht verpackt ist und erst auf Veranlassung abgemessen wird, etwa bei Meterware, muss der Grundpreis anstelle des Gesamtpreises angegeben werden.⁴³⁶ Mögliche Einheiten für die Angabe des Grundpreises bestimmen Abs. 3 und 4. Zweck der Grundpreisangabe ist ebenfalls die Möglichkeit des Preisvergleichs für den Verbraucher. Durch die Angabe des Grundpreises soll ihm auch bei unterschiedlicher oder fehlender Abpackung der Ware ein Vergleich zu anderen Angeboten, insbesondere anderen Packungsgrößen, möglich sein.⁴³⁷ Dies ist umso wichtiger, da seit April 2009 Verpackungsgrößen nicht mehr vorgegeben werden.⁴³⁸

⁴³⁵ OLG Bochum, K&R 2013, 754.

⁴³⁶ *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza 2014, § 1 PAngV, Rn. 35.

⁴³⁷ BR-Drs. 180/00, 19 f.; auch Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über den Schutz der Verbraucher bei der Angabe der Preise von Verbrauchern angebotenen Erzeugnissen (95/C 260/05), KOM(95) 276 endgültig, 5, Erwägungsgrund 8.

⁴³⁸ *Sekareva*, Neue Verpackungsgrößen: Aus für das Ein-Kilo-Pack, FAZ vom 13.4.2009, www.faz.net/-/1792127.html.

5.2 Formale Gestaltung der Preisangaben

Die Preisangaben sind in bestimmter Art und Weise anzubringen. Ziel ist zum einen, dass die Entgeltspflicht erkennbar ist. Für die Erkennbarkeit der Entgeltspflicht sorgt im elektronischen Geschäftsverkehr auch die Button-Lösung des § 312j Abs. 3 BGB. Zum anderen wird dem Verbraucher ermöglicht, die Angaben einzusehen, die ihn bei seiner Kaufentscheidung unterstützen sollen. § 1 Abs. 6 PAngV bestimmt allgemeine und § 2 Abs. 1 sowie § 4 Abs. 4 Alt. 3 PAngV spezielle formale Anforderungen an die Gestaltung der Gesamt- bzw. Grundpreise.

Nach § 1 Abs. 6 PAngV müssen die Angaben der allgemeinen Verkehrsauffassung sowie der Preiswahrheit und -klarheit entsprechen. Außerdem müssen sie dem Angebot oder der Werbung eindeutig zugeordnet werden und leicht erkennbar, deutlich lesbar oder sonst gut wahrnehmbar sein. Die Verkehrsauffassung richtet sich nach dem Verständnis des angesprochenen Verkehrskreises.⁴³⁹ Preiswahrheit und -klarheit regeln den Inhalt sowie die Art und Weise der Anbringung. Preiswahrheit fordert die inhaltliche Richtigkeit der Angabe. Der Verbraucher muss die Ware tatsächlich zu dem angegebenen Preis kaufen können.⁴⁴⁰ Die Preise sind grundsätzlich in Euro anzugeben. Ausnahmen sind nur zulässig, wenn die Zahlung explizit in einer anderen Währung erfolgen soll. Dann kann der Euro-Preis allerdings als Zusatzinformation mit angegeben werden.⁴⁴¹ Preisklarheit fordert hingegen eine eindeutige äußere Gestaltung und Wortwahl. Die Angaben müssen durch optische Hervorhebung bereits vor der Angabe personenbezogener Daten ins Auge fallen.⁴⁴²

Um den Preis eindeutig bestimmen zu können, dürfen keine widersprüchlichen Angaben gemacht werden. So darf kein Angebot mit mehreren unterschiedlichen Preisen gekennzeichnet sein.⁴⁴³ Um leicht erkennbar zu sein, müssen die Preisangaben ohne Schwierigkeiten auffindbar⁴⁴⁴ und feststellbar sein.⁴⁴⁵ Deutlich lesbar sind die Angaben im Internet, wenn sie dieselbe

⁴³⁹ BGH, NJW 1997, 1782 (1783); *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza 2014, § 1 PAngV, Rn. 47.

⁴⁴⁰ *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza 2014, § 1 PAngV, Rn. 49.

⁴⁴¹ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 1 PAngV, Rn. 39; BGH, NJW 2003, 1893 (1893).

⁴⁴² *Buchmann/Majer/Hertfelder/Vögelein*, NJW 2009, 3190.

⁴⁴³ *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 1 PAngV, Rn. 41 hält es aber nur für einen Verstoß gegen das UWG.

⁴⁴⁴ OLG Hamm, GRUR 1990, 629 (630).

⁴⁴⁵ *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza 2014, § 1 PAngV, Rn. 53.

Schriftgröße wie der übrige Text hat. Daneben sind Schriftfarbe und -art entscheidend sowie der Hintergrund, insbesondere Farbe oder Mustering.⁴⁴⁶ Um auch sonst gut wahrgenommen werden zu können, dürfen die Angaben beispielsweise nicht zwischen einer Vielzahl auffälliger Informationen versteckt werden.⁴⁴⁷

§ 1 Abs. 6 PAngV verlangt außerdem die eindeutige Zuordnung der Angaben zum Angebot. Speziell für die Gesamtpreisangaben bestimmt § 4 Abs. 4 Alt. 3 PAngV bei Waren, die auf Bildschirmen angeboten werden, dass die Preise unmittelbar bei den Abbildungen oder Beschreibungen der Waren anzugeben sind.⁴⁴⁸ Zu Bildschirmen zählen sowohl Fernseh- wie auch Computerbildschirme, aber auch andere Displays elektronischer Geräte. Beim Besuch von Online-Versanddiensten werden die Waren auf einem Bildschirm angezeigt, sodass die Bestimmungen einzuhalten sind.

Für eine eindeutige Zuordnung nach § 1 Abs. 6 PAngV genügt es im Internet, wenn ein Link zu den entsprechenden Informationen führt. Dieser Link muss jedoch eindeutig und gut erkennbar sein sowie auf die Informationen hinweisen, die durch das Anklicken des Links abgerufen werden können.⁴⁴⁹ So können die Angaben nach Abs. 2 erst auf einer weiteren Seite vorgehalten werden, da dem Verbraucher bekannt ist, „dass im Versandhandel neben dem Gesamtpreis üblicherweise Liefer- und Versandkosten anfallen“ und „die Umsatzsteuer enthalten“ ist.⁴⁵⁰ Eine eindeutige Zuordnung liegt jedoch nicht vor, wenn die Angaben in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder nur in einem Text zu finden sind, die mit einem Sternchentext einer Textstelle zugeordnet werden, die nicht optisch hervorgehoben ist und keinen Bezug zu Kosten erkennen lässt.⁴⁵¹ Es ist aber möglich, durch einen dem Angebot mithilfe eines Sternchens zugeordneten Text irrtumsausschließend aufzuklären, wenn der Begriff, dem das Sternchen im Angebot

⁴⁴⁶ Köhler, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 1 PAngV, Rn. 49.

⁴⁴⁷ LG Hanau, MMR 2008, 488 (489).

⁴⁴⁸ Zu Versandkosten bei Angeboten im Internet BR-Drs. 238/97, 8. Eine analoge Anwendung der Vorschrift auf die Verpflichtung zur Grundpreisangabe nach § 2 PAngV kommt nach BGH, NJW 2009, 3095 (Rn. 17) nicht in Betracht.

⁴⁴⁹ BGH, NJW 2008, 1384, (Rn. 15).

⁴⁵⁰ BGH, NJW 2008, 1595 (Rn. 23); BGH, NJW 2008, 1384 (Rn. 31 und 34); BGH, NJW 2006, 211 (Rn. 15).

⁴⁵¹ OLG Frankfurt am Main, MMR 2009, 341 (342); Köhler, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 1 PAngV, Rn. 25.

oder der Werbung zugeordnet ist, am Blickfang teilnimmt und im Zusammenhang mit den anzugebenden Preisinformationen steht.⁴⁵²

Bezüglich der Angaben des § 1 Abs. 2 PAngV urteilte der Bundesgerichtshof auch, dass zunächst ein Hinweis auf die anfallenden Versandkosten ausreichend, weil Versandkosten regelmäßig nicht bereits zu Beginn einer Bestellung feststehen. Dazu kann der Ausdruck „zzgl. Versandkosten“ verwendet werden, wenn dieser durch einen Link mit einer Seite verknüpft ist, auf der eine ausführliche Erklärung über die Berechnung der Versandkosten zu finden ist. Die konkrete Höhe der Versandkosten muss aber vor Abgabe der käuferseitigen Willenserklärung angegeben werden.⁴⁵³ Damit deckt sich auch ein früheres Urteil des Gerichts, wonach die Informationen alsbald sowie leicht erkennbar und gut wahrnehmbar auf einer nachgeordneten Seite bekannt gegeben werden müssen.⁴⁵⁴

Grundpreisangaben müssen sich zusätzlich gemäß § 2 Abs. 1 PAngV „in unmittelbarer Nähe“ des Gesamtpreises befinden. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs müssen dazu Grund- und Gesamtpreis auf einen Blick wahrnehmbar sein.⁴⁵⁵ Damit sind die Anforderungen höher als bei der eindeutigen Zuordnung im Sinne des § 1 Abs. 6 S. 1 PAngV und als bei der unmittelbaren Erreichbarkeit im Sinne des § 5 TMG.⁴⁵⁶ Die genaue räumliche Bestimmung ist bisher allerdings nicht höchstrichterlich geklärt. Eine Meinung in der Literatur geht davon aus, dass die beiden Preisangaben nicht durch andere Information getrennt werden dürfen.⁴⁵⁷ Die Rechtsprechung forderte in einem Fall zur Erfüllung der Gestaltungsvorgaben, dass beide Preise bereits auf der Übersichtseite erscheinen. Dazu schlug es aufgrund der technischen Beschränkung durch die benutzte Plattform vor, den Grundpreis im Angebotstitel anzugeben.⁴⁵⁸ Stimmen in der Literatur gehen aber davon aus, dass der Verpflichtung genüge getan ist, wenn der Angebotstitel mit dem darin genannten Grundpreis hervorgehoben und dem Ge-

⁴⁵² BGHZ 139, 368 (376); OLG Koblenz, MMR 2009, 475 (475).

⁴⁵³ BGH, GRUR 2010, 248, Rn. 27.

⁴⁵⁴ BGH, NJW 2008, 1384, Rn. 32.

⁴⁵⁵ BGH, NJW 2009, 3095, Rn. 13.

⁴⁵⁶ Allgemein zur Abgrenzung des Begriffs *Buchmann*, K&R 2012, 92; auch BGH, NJW 2009, 3095, Rn. 15. Detailliert zu „eindeutig zuzuordnen“ s. Teil 2 Kapitel 2 5.2 Formale Gestaltung der Preisangaben und zu „unmittelbar erreichbar“ s. Teil 2 Kapitel 2 6.2 Formale Gestaltung der Anbieterkennzeichnung.

⁴⁵⁷ *Weidert/Völker*, in: *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig* 2013, § 2 PAngV, Rn. 8.

⁴⁵⁸ LG Hamburg, K&R 2012, 66; OLG Hamburg, MMR 2013, 173 (174).

samtpreis unmittelbar zugeordnet ist.⁴⁵⁹ Nach einer anderen Meinung genügt die unmittelbare Nähe zum Angebot nicht. Die Nähe muss zum Gesamtpreis bestehen. Dabei sei der Begriff besonders streng auszulegen, da es sich sprachlich um eine Steigerung gegenüber der unmittelbaren Erreichbarkeit und der Zuordnung handele. Der Verbraucher erwarte den Grundpreis deshalb nicht bei der Angebotsüberschrift, sondern in der Nähe des Gesamtpreises.⁴⁶⁰ Dieser Meinung ist aufgrund des Wortlauts der Norm zuzustimmen.

Der Grundpreis darf optisch gleichermaßen dargestellt werden wie der Gesamtpreis. Die Darstellung kann sich aber auch unterscheiden. Dies gilt allerdings nur, soweit der Gesamtpreis gegenüber dem Grundpreis nicht in den Hintergrund tritt, da es sonst zu einer Täuschung des Verbrauchers über den tatsächlich zu zahlenden Preis kommen könnte.⁴⁶¹

5.3 Anforderungen an Preisangaben

Die Preisangabenverordnung enthält nicht nur Vorgaben an die Angabe und formale Gestaltung von Preisen im engen Sinne, sondern auch zu weiteren Informationen wie den Versandkosten und der Umsatzsteuer. Online-Versanddienste, die per Definition Angebote an Verbraucher machen, müssen für alle diese Angaben die rechtlichen Anforderungen beachten. Besonders wichtig ist die Angabe der Versandkosten, da bei Online-Versanddiensten immer Kaufverträge über physische Waren geschlossen werden, die dem Verbraucher zugesandt werden müssen.

6 Anbieterkennzeichnung

Bei Online-Versanddiensten kennen sich die Vertragspartner in aller Regel nicht persönlich. Um dennoch zu wissen, wem man im Internet begegnet, müssen die Anbieter von Online-Versanddiensten, als Diensteanbieter ihrer Telemedien, regelmäßig Informationen über sich selbst und ihren Dienst bereitstellen. Damit soll der Verbraucher in die Lage versetzt werden, sich ein Bild von seinem Gegenüber zu machen, auch wenn er diesem nicht von Angesicht zu Angesicht begegnet. Damit wird dem Anbieter jedoch die grund-

⁴⁵⁹ Riegger, GRUR-Prax 2012, 18.

⁴⁶⁰ Buchmann, K&R 2012, 92 f.

⁴⁶¹ Weidert/Völker, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig 2013, § 2 PAngV, Rn. 8.

sätzlich gewollte Möglichkeit verwehrt, sich anonym im Internet zu bewegen.⁴⁶² Je mehr ein Verhalten außerhalb des persönlichen Bereichs stattfindet, desto größer wird das berechnete Interesse Dritter an einer Identifizierung,⁴⁶³ das die Pflicht zu Personenangaben in bestimmten Fällen rechtfertigt. Einem Dritten, beispielsweise einem zukünftigen Kunden des Online-Versanddienstes, wird es erleichtert, den Anbieter auszumachen. Je nach Relevanz der Webseite für Dritte müssen Diensteanbieter unterschiedlich umfangreiche Angaben machen. Der abgestufte Umfang der Anbieterkennzeichnungen dient dem Ausgleich zwischen dem Interesse des Anbieters, von unnötigen Pflichten verschont zu bleiben und dem Interesse des Nutzers, auf benötigte Informationen einfach zugreifen zu können. Durch die Angaben wird eine gewisse Transparenz geschaffen und zugleich die Rechtsverfolgung ermöglicht.⁴⁶⁴ In Anlehnung an das presserechtliche Impressum wird die Anbieterkennzeichnung regelmäßig als „Impressum“ bezeichnet.

Das deutsche Recht sieht verschiedene Anbieterkennzeichnungen für rein private oder familiäre Dienste, andere als rein private oder familiäre Dienste, geschäftsmäßige Angebote und journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote vor. Der Begriff der geschäftsmäßigen Telemedien ist nicht legaldefiniert. Online-Versanddienste dienen jedoch unzweifelhaft einem geschäftlichen Zweck. Dementsprechend sind vor allem die recht umfangreichen Informationspflichten für geschäftsmäßige Telemediendienste gemäß § 5 TMG zu erfüllen. Bei der Auslegung der Norm ist ihre europarechtliche Herkunft aus Art. 2 lit. a ECRL zu beachten.

Zusätzlich zu den Pflichten nach § 5 TMG sind für alle anderen als rein private oder familiäre Dienste auch die Vorgaben nach § 55 Abs. 1 RStV einzuhalten. Bei geschäftsmäßigen Angeboten ist immer auch ein anderer als rein privater oder familiärer Zweck anzunehmen. Beide Vorschriften beinhalten sowohl Inhalte, über die auf Online-Versanddiensten informiert werden muss, als auch Vorgaben zur Form und zum Zeitpunkt dieser Information. Die Anforderungen aus beiden Normen überschneiden sich weitgehend.

⁴⁶² Dienste zu rein privaten oder familiären Zwecken können beispielsweise im Umkehrschluss zu § 55 Abs. 1 RStV anonym betrieben werden, BT-Drs. 14/6098, 17.

⁴⁶³ Anstelle vieler allgemein *Spindler*, in: Deutscher Juristentag 2012, F 25.

⁴⁶⁴ *Held*, in: Hahn/Vesting 2012, § 55 RStV, Rn. 1; *Micklitz*, in: Spindler/Schuster 2011, § 5 TMG, Rn. 2.

Die Angaben aus § 55 Abs. 1 RStV sind mit einer Ausnahme bereits in § 5 TMG enthalten.

6.1 Pflichtangaben der Anbieterkennzeichnung

Anbieter von Online-Versanddiensten müssen Angaben zu ihrer Person, zu Kommunikationsmöglichkeiten und ihrer geschäftlichen Tätigkeit und Qualifikation machen. Zunächst sind Angaben über den Anbieter selbst nötig. Nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 TMG sowie § 55 Abs. 1 RStV müssen der Name des Diensteanbieters und eine ladungsfähige Anschrift im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO i. V. m. § 130 Nr. 1 ZPO angegeben werden. Ein Postfach genügt nicht, da eine effektive Rechtsverfolgung ermöglicht werden soll.⁴⁶⁵ Bei einer juristischen Person und nach § 2 Satz 2 TMG auch bei einer Personengesellschaft mit (Teil-)Rechtsfähigkeit ist zudem die Rechtsform anzugeben. Die Angabe der entsprechenden Abkürzung reicht bereits aus.⁴⁶⁶ Diese ist regelmäßig schon in der Firma enthalten.

Des Weiteren ist ein Vertretungsberechtigter zu nennen. Dabei muss es sich um eine natürliche Person handeln. Die Angabe eines Einzelvertretungsberechtigten ist ausreichend. Bei Gesamtvertretungsberechtigten müssen vor allem aus prozessrechtlichen Gründen für die Vertretung ausreichend viele Personen genannt werden.⁴⁶⁷ Alle Namen sind mindestens mit einem ausgeschriebenen Vorname anzugeben; auch um § 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO zu genügen.⁴⁶⁸ Nach § 55 Abs. 1 RStV ist außerdem bei juristischen Personen auch die Anschrift des Vertretungsberechtigten anzugeben. Soweit Angaben über das Kapital der Gesellschaft gemacht werden, müssen gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 1 TMG Stamm- und Grundkapital sowie ausstehende Einlagen vollständig angegeben werden.

Damit der Nutzer die Möglichkeit hat, den Diensteanbieter zu kontaktieren, muss Letzterer Angaben zu Kommunikationsmöglichkeiten machen. Nach Nr. 2 sind Angaben zur schnellen elektronischen und unmittelbaren Kommunikation zu machen. Dabei sind immer eine E-Mail-Adresse und eine

⁴⁶⁵ Zu § 5 TMG BT-Drs. 14/6098, 21; *Held*, in: Hahn/Vesting 2012, § 55 RStV, Rn. 31.

⁴⁶⁶ So auch LG Essen, VuR 2013, 61.

⁴⁶⁷ *Heckmann* 2014, Kap. 4.2, Rn. 247; *Föhlisch*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel 2014, Teil 13.4, Rn. 122.

⁴⁶⁸ *Föhlisch*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel 2014, Teil 13.4, Rn. 120.

weitere Kontaktmöglichkeit anzugeben.⁴⁶⁹ Nach einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs ist die Angabe einer Telefonnummer nicht zwingend erforderlich, solange eine unmittelbare und effiziente Kommunikation möglich ist. Dies kann auch durch die Beantwortung einer Anfrage über ein Kontaktformular in 30 bis 60 Minuten geschehen. Eine Ausnahme läge vor, wenn der Nutzer nach erstmaliger Kontaktaufnahme vom Internet getrennt sei.⁴⁷⁰ Zum Teil wird deshalb weiterhin eine Telefonnummer gefordert, weil die Effizienz des Kommunikationsmittels von der Situation des Nutzers abhängig und damit für den Anbieter nicht vorhersehbar sei.⁴⁷¹ Andererseits wird diese Besonderheit lediglich als eine Bereichsausnahme für Nutzer mit nur anfänglicher Netzanbindung verstanden.⁴⁷² Eine Pflicht zur Angabe einer Telefonnummer lässt sich daraus nicht ableiten. Eine kostenpflichtige Telefonnummer ist nicht ausreichend.

Schließlich muss der Diensteanbieter gegebenenfalls auch Angaben zu seiner geschäftlichen Tätigkeit und Qualifikation machen. Nr. 3 fordert die Angabe des Namen und der Adresse der zuständigen Aufsichtsbehörde, soweit das Angebot im Rahmen einer Tätigkeit erbracht wird, die der behördlichen Zulassung bedarf. Die Pflicht gilt unabhängig von der Erteilung einer Zulassung.⁴⁷³ Bei Online-Versanddiensten, die keine besonders regulierten Waren anbieten, existiert keine Aufsichtsbehörde. Soweit der Anbieter in das Handels-, Vereins-, Partnerschafts- oder Genossenschaftsregister eingetragen ist, muss dieses mitsamt der Registernummer angegeben werden. Dabei stellen die in Nr. 4 genannten Register nach dem Willen des Gesetzgebers eine abschließende Liste dar.⁴⁷⁴ Jedoch sind die Begriffe wohl weit auszulegen – insbesondere wegen Art. 5 ECRL, der keine Liste vorsieht. So ist auch das ausländische „Handelsregister“ anzugeben, soweit keine inländische Eintragung erfolgt ist.⁴⁷⁵

⁴⁶⁹ Es ist nicht möglich, die E-Mail-Adresse durch andere Formen der elektronischen Kontaktmöglichkeit zu ersetzen. So auch KG, CR 2013, 599.

⁴⁷⁰ EuGH, MMR 2009, 25.

⁴⁷¹ *Föhlisch*, in: Hoeren/ Sieber 2010, Teil 13.4, Rn. 125.

⁴⁷² Für das Ausreichen einer zusätzlichen Anfragemaske *Micklitz/Schirmbacher*, in: Spindler/Schuster 2011, § 5 TMG, Rn. 42 f.; *Heckmann* 2014, Kap. 4.2, Rn. 32 hält ein Kontaktformular dennoch nicht für ausreichend, Rn. 35.

⁴⁷³ *Heckmann* 2014, Kap. 4.2, Rn. 265.

⁴⁷⁴ BT-Drs. 14/6098, 21.

⁴⁷⁵ LG Frankfurt am Main, GRUR-RR 2003, 347 (347 f.); *Föhlisch*, in: Hoeren/Sieber/ Holznel 2014, Teil 13.4, Rn. 126.

Für reglementierte Berufe, insbesondere Freiberufler und andere Berufe, für die ein beruflicher Befähigungsnachweis nötig ist, sieht § 5 Abs. 1 Nr. 5 TMG vor, dass eine zwangsweise Mitgliedschaft in einer berufsständischen Organisation zu nennen ist.⁴⁷⁶ Außerdem sind die gesetzliche Berufsbezeichnung und der Staat anzugeben, in dem der Befähigungsnachweis verliehen worden ist, sowie der Titel der berufsrechtlichen Regelungen und die Stelle der Veröffentlichung im Amtsblatt oder etwa eine Verlinkung auf den Volltext.⁴⁷⁷ Auch diese Angaben sind bei Online-Versanddiensten, die keine besonderen Waren anbieten, nicht zu machen, da es zum Verkauf von Kleidung, Büchern oder etwa Elektronikartikeln keiner formellen Befähigung bedarf.

Soweit eine Umsatzsteueridentifikationsnummer oder Wirtschafts-Identifikationsnummer vorhanden ist, muss auch diese nach Nr. 6 angegeben werden. Die Angabe zeigt, dass § 5 TMG neben Verbraucherschutz auch andere Ziele verfolgt werden. Die Verbraucherschutzrelevanz der Angabe ist gering. Sie dient vor allem dem Fiskus.⁴⁷⁸ Zuletzt sind nach Nr. 7 gegebenenfalls Angaben über die Abwicklung oder Liquidation von bestimmten Gesellschaftsformen zu machen.

6.2 Formale Gestaltung der Anbieterkennzeichnung

Für die Frage der praktischen Umsetzung, konkret der Anbringung der Informationen im Online-Versanddienst, ist das Transparenzgebot zu beachten, das sowohl in § 55 Abs. 1 RStV als auch in § 5 Abs. 1 TMG verankert wurde. Danach sind Informationen „leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar“ zu halten. Die einzelnen Kriterien sind dabei nicht trennscharf voneinander abzugrenzen, sondern ergänzen einander.

Für eine leichte Erkennbarkeit fordert der Gesetzgeber, dass die Angaben „an gut wahrnehmbarer Stelle stehen und ohne langes Suchen und jederzeit auffindbar“⁴⁷⁹ sind. Eine tatsächliche Wahrnehmung ist nicht gefordert. Ein Link, der auf die Informationen führt, kann ausreichen.⁴⁸⁰ Dieser muss jedoch eindeutig bezeichnet werden. Üblich sind die Begriffe „Kontakt“ und

⁴⁷⁶ BT-Drs. 14/6098, 21.

⁴⁷⁷ BT-Drs. 14/6098, 21; *Föhlisch*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel 2014, Teil 13.4, Rn. 128.

⁴⁷⁸ *Micklitz/Schirnbacher*, in: Spindler/Schuster 2011, § 5 TMG, Rn. 65.

⁴⁷⁹ BT-Drs. 14/6098, 21.

⁴⁸⁰ Anstelle vieler BGH, NJW 2006, 3633; *Ott*, WRP 2003, 946 f.

„Impressum“. Andere Begriffe sind denkbar, solange der durchschnittliche Nutzer unmissverständlich auf die Anbieterkennzeichnung hingewiesen wird.⁴⁸¹ So ist die „mich“-Seite bei eBay ausreichend, weil keine andere Rubrik vorhanden ist und die Nutzer damit rechnen, dort die entsprechenden Informationen zu finden.⁴⁸² Dies gilt nicht bei der Bezeichnung „Info“⁴⁸³ und auch nicht bei Angaben in Allgemeinen Geschäftsbedingungen⁴⁸⁴ oder wenn die Informationen über mehrere Seiten verteilt sind. Die Schrift muss in Form, Größe und Farbe gut lesbar und darf nicht schlechter erkennbar sein als die übrige Navigation der Seite.⁴⁸⁵ Die Angaben sind auch dann leicht erkennbar, wenn zunächst zum Link gescrollt werden muss. Das Scrollen ist eine medientypische Eigenheit des Internets und aufgrund der Tatsache unvermeidbar, dass etwa HTML-Seiten abhängig von der Bildschirmauflösung auch unterschiedlich dargestellt werden.⁴⁸⁶ E-Mail-Adressen dürfen wohl verändert dargestellt werden (etwa ein „(at)“ oder „<ät>“ anstelle des „@“-Zeichens), solange keine andere einfache technische Maßnahme zum Schutz vor automatisiertem Auslesen und damit verbundenen Spam-Nachrichten besteht. Dem Nutzer ist das Ablesen der E-Mail-Adresse trotzdem ohne Probleme möglich.⁴⁸⁷ Die Darstellung der Angaben als Grafik ist unzulässig, da sie für Sehbehinderte unleserlich sind, weil nur die Ausgabe des HTML-Textes in Blindenschrift möglich ist, nicht aber die von Grafiken.⁴⁸⁸

Zur unmittelbaren Erreichbarkeit ist ein Zugriff „ohne wesentliche Zwischenschritte“⁴⁸⁹ nötig. Dazu zählt zunächst die kostenlose Bereitstellung.⁴⁹⁰ Entscheidend ist aber auch die Erreichbarkeit von allen Unterseiten des Angebots. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung muss die Anbieterkenn-

⁴⁸¹ BGH, NJW 2006, 3633 (3635); *Micklitz/Schirmbacher*, in: Spindler/Schuster 2011, § 5 TMG, Rn. 20 f.; *Held*, in: Hahn/Vesting 2012, § 55 RStV, Rn. 35.

⁴⁸² LG Hamburg, MMR 2007, 130 (131); KG, GRUR-RR 2007, 326 (327).

⁴⁸³ OLG Düsseldorf, CR 2014, 264.

⁴⁸⁴ *Micklitz/Schirmbacher*, in: Spindler/Schuster 2011, § 5 TMG, Rn. 17; LG Berlin, MMR 2003, 202 (203).

⁴⁸⁵ *Micklitz/Schirmbacher*, in: Spindler/Schuster 2011, § 5 TMG, Rn. 16.

⁴⁸⁶ *Brunst*, MMR 2004, 13; *Ott*, MMR 2007, 358; a. A. OLG Hamburg, MMR 2003, 105 (105).

⁴⁸⁷ *Heckmann* 2014, Kap. 4.2, Rn. 251.

⁴⁸⁸ Str. Gegen den Gebrauch *Ott*, MMR 2007, 358; für den Gebrauch *Brunst*, MMR 2004, 10.

⁴⁸⁹ BT-Drs. 14/6098, 21.

⁴⁹⁰ *Micklitz/Schirmbacher*, in: Spindler/Schuster 2011, § 5 TMG, Rn. 25 m. w. N.

zeichnung von jeder Unterseite aus über maximal zwei Mausklicks erreichbar sein.⁴⁹¹ Bei der Darstellung muss auf die Verwendung üblicher Software geachtet werden. Es dürfen keine Add-ons nötig sein, wohl auch nicht, wenn diese kostenlos angeboten werden und weit verbreitet sind.⁴⁹² Der Nutzer muss die Informationen direkt und ohne Aufwand erhalten können.

Die Informationen müssen schließlich auch ständig verfügbar sein – also immer wenn das Telemedium selbst verfügbar ist. Das heißt ganzjährig rund um die Uhr. Es liegt allerdings kein Verstoß vor, wenn die Unterseite oder das Dokument mit den Pflichtangaben – soweit technisch nötig – während einer Aktualisierung offline ist. Andernfalls wäre keine Aktualisierung möglich, was zu veralteten Angaben und einem Verstoß gegen die Anbieterkennzeichnungspflicht führen würde.⁴⁹³

6.3 Anforderungen an die Anbieterkennzeichnung

Der Anbieter eines Online-Versanddienstes muss wie jeder andere Diensteanbieter, der Telemedien geschäftsmäßig und in der Regel gegen Entgelt anbietet, eine Reihe an Informationen über sich, seine geschäftliche Tätigkeit, seine Qualifikationen und Kommunikationsmöglichkeiten bereithalten. Entscheidend ist dabei auch die für den Nutzer transparente Anbringung auf dem Online-Versanddienst. Die Informationen müssen unter anderem von jeder Unterseite aus durch zwei Klicks erreicht werden können.

7 Kommerzielle Kommunikation

Nach § 6 TMG müssen Diensteanbieter bei kommerzieller Kommunikation verschiedene Informationen veröffentlichen. Auch Anbieter von Online-Versanddiensten sind als Diensteanbieter von dieser Pflicht erfasst, wenn sie kommerzielle Kommunikation nutzen. Die Definition der kommerziellen Kommunikation in § 2 Nr. 5 TMG entspricht fast wörtlich Art. 2 lit. f ECRL. So ist im Rahmen des Anwendungsbereichs der Richtlinie ein europäisches Begriffsverständnis bei der Auslegung heranzuziehen. Nach § 2 Nr. 5 HS 1 TMG ist kommerzielle Kommunikation „jede Form der Kommunikation, die der unmittelbaren oder mittelbaren Förderung des Absatzes von Waren,

⁴⁹¹ BGH, NJW 2006, 3633 (3635).

⁴⁹² *Woitke*, NJW 2003, 873; *Brunst*, MMR 2004, 10; a. A. *Ott*, MMR 2007, 358.

⁴⁹³ OLG Düsseldorf, MMR 2009, 266 (266).

Dienstleistungen oder des Erscheinungsbilds eines Unternehmens, einer sonstigen Organisation oder einer natürlichen Person dient, die eine Tätigkeit im Handel, Gewerbe oder Handwerk oder einen freien Beruf ausübt“. Der Begriff umfasst damit alle Arten von Werbung, geht aber auch darüber hinaus.⁴⁹⁴ So sind zusätzlich sowohl das Erscheinungsbild etwa eines Unternehmens als auch der Absatz von Waren und Dienstleistungen erfasst. Entscheidend ist also der Zusammenhang mit einer wirtschaftlichen Aktivität.⁴⁹⁵ Nicht unter den Begriff der kommerziellen Kommunikation fallen nach HS 2 lit. a etwa Domain-Namen oder E-Mail-Adressen, die den unmittelbaren Zugang zur Tätigkeit des Diensteanbieters ermöglichen, da der Nutzer in diesem Fall gar keine objektiven Daten erwartet.⁴⁹⁶ Zur kommerziellen Kommunikation zählen nach lit. b auch keine Maßnahmen, die in Bezug auf Waren und Dienstleistungen oder das Erscheinungsbild stehen, aber unabhängig und ohne finanzielle Gegenleistung gemacht werden.

§ 6 Abs. 1 TMG setzt Art. 6 ECRL um, § 6 Abs. 2 TMG den Art. 7 ECRL.⁴⁹⁷ Ziel der dort festgelegten zusätzlichen Informationspflichten ist es, für den Adressaten Transparenz zu schaffen. Damit soll der fehlende Kontakt ausgeglichen werden und Vertrauen in den tatsächlichen Bestand des Angebots gefördert werden. Die Informationen müssen deshalb an gut wahrnehmbarer Stelle stehen, für einen durchschnittlichen Nutzer ohne langes Suchen und jederzeit auffindbar sein.⁴⁹⁸

7.1 Informationspflichten bei kommerzieller Kommunikation

§ 6 Abs. 1 TMG verpflichtet Diensteanbieter bei kommerzieller Kommunikation bestimmte Informationen vorzuhalten. Voraussetzung für die Pflichten ist, dass die kommerzielle Kommunikation ein Telemedium oder Bestandteil dessen ist. Als Bestandteil zählen auch E-Mails.⁴⁹⁹ Nach § 6 Abs. 1 Nr. 1

⁴⁹⁴ *Roßnagel/Jandt*, MMR 2011, 88; *Kitz*, ZUM 2007, 372; *Micklitz/Schirmbacher*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 6 TMG, Rn. 17 und 46 f.

⁴⁹⁵ *Holznel/Ricke*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 2 TMG, Rn. 10; *Föhlisch*, in: *Hoeren/Sieber/Holznel* 2014, Teil 13.4, Rn. 54.

⁴⁹⁶ *Schirmbacher*, K&R 2009, 435 f.; *Micklitz/Schirmbacher*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 6 TMG, Rn. 26 m. w. N.; *Kitz*, ZUM 2007, 372.

⁴⁹⁷ Ausführlich *Schmitt*, in: *Roßnagel* 2013, § 6 TMG, Rn. 8 f.

⁴⁹⁸ BT-Drs. 14/6098, 21.

⁴⁹⁹ *Micklitz/Schirmbacher*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 6 TMG, Rn. 18. Detailliert zur Einordnung von Online-Versanddiensten als Telemedien s. Teil 1 3.2 Fernabsatz und elektronischer Geschäftsverkehr.

TMG muss kommerzielle Kommunikation als solche klar erkennbar sein. Die hiermit begründete Kennzeichnungspflicht gilt zwar nicht für eigene Webseiten, da diese vom Begriff der kommerziellen Kommunikation ausgenommen sind. Das bedeutet allerdings keine generelle Freistellung, etwa für werbende Inhalte auf einer Webseite.⁵⁰⁰ Außerdem muss derjenige, der die kommerzielle Kommunikation veranlasst hat, also regelmäßig der Werbetreibende, nach Nr. 2 klar identifizierbar sein.⁵⁰¹ Auch hier fordert die Klarheit, dass die Informationen ohne Aufwand für einen durchschnittlichen Nutzer erkennbar sind. Zur Identifizierung kann bereits der Name, die Firma oder das Unternehmenslogo ausreichen, wenn der Werbetreibende dadurch für den durchschnittlichen Nutzer klar erkennbar ist und keine weiteren Nachforschungen nötig sind.⁵⁰² Ein Link auf die entsprechenden Informationen ist ausreichend.⁵⁰³

Möchte der Anbieter von Online-Versanddiensten kommerzielle Kommunikation durch elektronische Post verbreiten, muss er zusätzlich⁵⁰⁴ die Bestimmungen des Abs. 2 Satz 1 einhalten. Elektronische Post ist nicht legaldefiniert. In der Literatur wird darunter „ein personenbezogenes Kommunikationssystem für den Versand von elektronischen Mitteilungen über globale Netze in Form von Briefen, Memos und anderen Texten“ verstanden. Der Austausch erfolgt direkt zwischen Absender und Empfänger.⁵⁰⁵ E-Mails sind das häufigste Beispiel für elektronische Post.⁵⁰⁶ Umgangssprachlich wird unerwünschte kommerzielle Kommunikation durch elektronische Post als Spam bezeichnet.⁵⁰⁷ Es ist es verboten, dass die Kopf- und Betreffzeile den Absender oder kommerziellen Charakter verschleiern oder verheimlichen. Dabei geht es lediglich um die Frage des „Wie“, nicht des „Ob“.⁵⁰⁸

⁵⁰⁰ *Micklitz/Schirnbacher*, in: Spindler/Schuster 2011, § 6 TMG, Rn. 28.

⁵⁰¹ A. A. *Schmitt*, in: Roßnagel 2013, § 6 TMG, Rn. 19.

⁵⁰² *Schmitt*, in: Roßnagel 2013, § 6 TMG, Rn. 19 ff.; *Micklitz/Schirnbacher*, in: Spindler/Schuster 2011, § 6 TMG, Rn. 48a mit Hinweis auf Regierungsbegründung.

⁵⁰³ *Micklitz/Schirnbacher*, in: Spindler/Schuster 2011, § 6 TMG, Rn. 49; *Heckmann* 2014, Kap. 4.2, Rn. 654.

⁵⁰⁴ *Micklitz/Schirnbacher*, in: Spindler/Schuster 2011, § 6 TMG, Rn. 45.

⁵⁰⁵ *Roßnagel/Jandt*, MMR 2011, 90.

⁵⁰⁶ *Kitz*, DB 2007, 387 zählt nur E-Mails unter den Begriff der kommerziellen Kommunikation.

⁵⁰⁷ Detailliert zur Problematik *Kitz*, DB 2007, 386 f.

⁵⁰⁸ *Schmitt*, in: Roßnagel 2013, § 6 TMG, Rn. 2; *Schmittmann/Lorenz*, K&R 2007, 610; *Hoeren*, NJW 2007, 804; *Micklitz/Schirnbacher*, in: Spindler/Schuster 2011, § 6 TMG, Rn. 12.

Letztere Frage beantwortet das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, das gemäß Abs. 3 anwendbar bleibt. § 7 UWG regelt die Frage der Zulässigkeit einer kommerziellen Kontaktaufnahme, wobei Abs. 2 Nr. 3 und Abs. 3 speziell die Kommunikation per elektronischer Post regeln. § 6 TMG dient also nicht der Zulässigkeit der Kontaktaufnahme mit dem Nutzer.

Abs. 2 soll dem Verbraucher ermöglichen, selbst zu entscheiden, ob er Zeit in das Lesen der E-Mail investieren möchte. Diese Entscheidung trifft er maßgeblich bei der Betrachtung der Kopfzeile inklusive der Betreffzeile. Deshalb muss er die nötigen Informationen genau dort – bereits vor dem Öffnen der E-Mail – erkennen können.⁵⁰⁹ Außerdem soll der Einsatz von Spam-Filtern unterstützt werden, die die Kopfzeile bewerten und aufgrund dessen E-Mails unter Spam-Verdacht stellen oder nicht.⁵¹⁰ Um die Effizienz von Spam-Filtern jedoch maßgeblich zu erhöhen, wäre eine Pflicht nötig, wonach elektronischer Post eine zentrale Markierung hinzuzufügen wäre, durch die Spam automatisiert herausgefiltert werden könnte.⁵¹¹ Eine solche Pflicht existiert aber nicht.

Das Gesetz bezieht das Verbot des Verheimlichens und Verschleierns nach Satz 1 auf die Kopf- und Betreffzeile der elektronischen Post. Dabei ist die Betreffzeile wohl als ein Teil der Kopfzeile anzusehen.⁵¹² Darin darf weder der Absender noch der kommerzielle Charakter der Kommunikation verheimlicht oder verschleiert werden. Mit Absender ist nicht die Person gemeint, die tatsächlich die elektronische Kommunikation versendet, sondern derjenige, der sie veranlasst hat, also der Werbetreibende.⁵¹³

Verschleiern und Verheimlichen liegt nach Satz 2 vor, wenn die Gestaltung absichtlich so gewählt wurde, dass vor Einsichtnahme in den Inhalt der Kommunikation keine oder nur irreführende Informationen über die Identität

⁵⁰⁹ BT-Drs. 16/3078, 14 f.; *Kitz*, DB 2007, 387; *Roßnagel/Jandt*, MMR 2011, 91; *Schmittmann/Lorenz*, K&R 2007, 613.

⁵¹⁰ BT-Drs. 16/3078, 15; *Hoeren*, NJW 2007, 804 fordert dazu die verpflichtende Verwendung einer zentralen Markierung, die durch einen softwaregestützten Spamfilter ausgelesen werden kann.

⁵¹¹ *Hoeren*, NJW 2007, 804; auch *Schirnbacher*, VuR 2007, 58. Eine ähnliche Forderung wurde im Zusammenhang mit der Button-Lösung erhoben *Boos/Bartsch/Volkamer*, CR 2014, 125.

⁵¹² *Schmittmann/Lorenz*, K&R 2007, 613 f.; *Micklitz/Schirnbacher*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 6 TMG, Rn. 102 f.; *Schirnbacher*, VuR 2007, 58.

⁵¹³ *Schirnbacher*, VuR 2007, 58; *Kitz*, ZUM 2007, 373; *Micklitz/Schirnbacher*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 6 TMG, Rn. 106; a. A. *Schmitt*, in: *Roßnagel* 2013, § 6 TMG, Rn. 39.

tät des Absenders oder den kommerziellen Charakter der Nachricht gegeben wurde. Es werden also Informationen vom Werbetreibenden unterdrückt.⁵¹⁴ Der Absender wird verschleiert, wenn nicht die eigene, sondern eine andere Bezeichnung benutzt wird.⁵¹⁵ Verheimlicht wird er, wenn keine Angaben gemacht werden. Der kommerzielle Charakter einer Nachricht wird verschleiert oder verheimlicht, indem beispielsweise irreführende Angaben gemacht werden, wie „Mahnung“ oder „besonders dringend“.⁵¹⁶ Es reicht aber aus, wenn der kommerzielle Charakter durch bereits durch die Angabe des Adressaten in der Kopfzeile erkennbar wird.⁵¹⁷

Voraussetzung für einen Verstoß gegen § 6 Abs. 2 TMG ist die Absicht des Diensteanbieters. Damit sollen etwa kleine Unternehmen, die sich ihrer Pflicht nicht bewusst sind, nicht aufgrund von § 16 Abs. 1 und 3 TMG mit einem Bußgeld belegt werden können.⁵¹⁸ Diese Entscheidung des Gesetzgebers wurde allerdings häufig kritisiert, da der Nachweis der Absicht sehr schwierig ist.⁵¹⁹ Ein solches subjektives Tatbestandsmerkmal kann leicht bestritten werden, weil die Willensbildung im Innern des Menschen erfolgt.

7.2 Voraussetzungen einer zumutbaren Belästigung

Bevor jedoch die Ausgestaltung der kommerziellen Kommunikation relevant wird, ist zunächst danach zu fragen, ob kommerzielle Kommunikation überhaupt zulässig ist. Die Antwort enthält das Lauterkeitsrecht in § 7 UWG. Anders als § 6 Abs. 2 TMG werden keine positiven Informationspflichten normiert, sondern ein Irreführungsverbot.

Das Lauterkeitsrecht zählt nicht zum klassischen Verbraucherschutzrecht. Denn anders als etwa im Vertragsrecht, das den Verbrauchern subjektive Rechte gewährt, werden Verbraucher durch das Lauterkeitsrecht nur generalpräventiv geschützt.⁵²⁰ Im Fokus des Gesetzes gegen den unlauteren

⁵¹⁴ Micklitz/Schirmbacher, in: Spindler/Schuster 2011, § 6 TMG, Rn. 110.

⁵¹⁵ Schmitt, in: Roßnagel 2013, § 6 TMG, Rn. 37.

⁵¹⁶ BT-Drs. 16/3078, 15.

⁵¹⁷ Kitz, DB 2007, 288; Schmitt, in: Roßnagel 2013, § 6 TMG, Rn. 39 ff.; a. A. Schmittmann/Lorenz, K&R 2007, 614.

⁵¹⁸ BT-Drs. 16/3078, 15.

⁵¹⁹ Hoeren, NJW 2007, 804; Schirmbacher, VuR 2007, 59; a. A. Kitz, DB 2007, 388; Schmitt, in: Roßnagel 2013, § 6 TMG, Rn. 44.

⁵²⁰ Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza 2014, § 1 UWG, Rn. 11 und 19; Köhler, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 1 UWG, Rn. 17.

Wettbewerb steht nicht der Einzelne, sondern geschützt werden die Verbraucher insgesamt als eine bestimmte, schützenswerte Gruppe von Marktteilnehmern. Dabei stehen vor allem ihre wirtschaftlichen Interessen im Vordergrund, insbesondere der Schutz der geschäftlichen Entscheidungsfreiheit⁵²¹ und der Schutz der sonstigen Rechte und Rechtsgüter der Verbraucher.⁵²² Außer den Verbrauchern schützt das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb nach § 1 Satz 1 UWG auch Mitbewerber und sonstige Marktteilnehmer.

Die Marktteilnehmer, zu denen auch die Verbraucher zählen, sollen nach § 7 Abs. 1 Satz 1 UWG vor unzumutbaren Belästigungen geschützt werden. Für die Unzulässigkeit von Werbung ist entscheidend, dass sie der Adressat ohne oder gegen seinen Willen zur Kenntnis nehmen muss. Nach Satz 2 ist davon vor allem Werbung erfasst, soweit der angesprochene Marktteilnehmer diese erkennbar nicht wünscht. Erkennbar ist dies etwa durch einen Eintrag in die sogenannten Robinson-Listen, die von verschiedenen Instituten geführt werden und in die sich Verbraucher kostenlos eintragen lassen können.⁵²³ Außerdem nennt Abs. 2 Tatbestände, bei denen immer eine unzumutbare Belästigung anzunehmen ist. Für Online-Versanddienste sind dabei besonders Nr. 3 und 4 relevant, durch die die Nutzung elektronischer Post zu Werbezwecken geregelt ist. Diese ist immer verboten, wenn sie nicht nach diesen oder Abs. 3 zulässig ist. Nach Abs. 2 Nr. 3 ist eine vorherige Einwilligung des Adressaten nötig. Eine konkludente oder sogar nur angenommene Einwilligung reicht nicht aus.⁵²⁴ Abs. 3 erlaubt eine Ausnahme davon, wenn der Werbende die Adresse im Zusammenhang mit einem Verkauf erhalten hat (Nr. 1), also eine Kundenbeziehung bereits und noch⁵²⁵ besteht, wenn er sie nur für Direktwerbung für eigene ähnliche Waren nutzt (Nr. 2), der (ehemalige) Vertragspartner nicht widersprochen hat (Nr. 3) und er bei der Erhebung und jeder Verwendung klar und deutlich auf sein Widerspruchsrecht hingewiesen wurde (Nr. 4). Dabei muss die Übermittlung des Widerspruchs zu Basistarifen möglich und dies muss dem Werbe-

⁵²¹ BT-Drs. 15/1487, 13.

⁵²² Vgl. detailliert Köhler, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 1 UWG, Rn. 16 ff.

⁵²³ Ohly, in: Ohly/Sosnitza 2014, § 7 UWG, Rn. 33.

⁵²⁴ Köhler, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 7 UWG, Rn. 185.

⁵²⁵ Zwei Jahre sind zu lang, LG Berlin, CR 2004, 941; zustimmend Köhler, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 7 UWG, Rn. 204b.

empfänger auch bekannt gemacht worden sein.⁵²⁶ Die Nutzung der Daten muss zusätzlich auch aus datenschutzrechtlicher Sicht zulässig sein.⁵²⁷

Beim Versand sogenannter elektronischer Newsletter, also von Rundschreiben, die – zumindest auch – Werbung beinhalten, an Dritte ist es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erforderlich, dass sich der Absender vergewissert, dass es nicht zu einer unerwünschten Zusendung aufgrund des Schreibversehens eines Dritten kommt.⁵²⁸ Bereits der einmalige Versand einer Werbe-E-Mail ist unzulässig.⁵²⁹ Unerheblich muss es in diesem Zusammenhang aber sein, ob die Zusendung auf ein Versehen oder das willentliche Handeln eines Dritten zurückzuführen ist. Um elektronische Newsletter verschicken zu dürfen, bedarf es deshalb regelmäßig eines Opt-in-Verfahrens.⁵³⁰ Um nicht nur ausreichend sicherzustellen, dass tatsächlich der Inhaber der E-Mail-Adresse eingewilligt hat, sondern auch mögliche Schwierigkeiten beim Beweis für den Absender zu vermeiden, wird regelmäßig ein Double-Opt-in-Verfahren verwendet.⁵³¹ Dazu muss der Empfänger beispielsweise sein Einverständnis zunächst durch die Eingabe seiner E-Mail-Adresse in der Eingabemaske einer Webseite geben und diese zusätzlich bestätigen, indem er einen Link in einer an die genannte Adresse versandten E-Mail anklickt.⁵³²

7.3 Anforderungen an kommerzielle Kommunikation

Möchte der Anbieter des Online-Versanddienstes seinen Kunden etwa Werbung per E-Mail zukommen lassen, wie dies im Online-Versandhandel durchaus üblich ist, so muss er verschiedene Anforderungen erfüllen. Zu-

⁵²⁶ BT-Drs. 15/1487, 21.

⁵²⁷ Ausführlich *Eckhardt/Rheingas*, ZD 2013, 318 ff. Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen an den Umgang mit Daten s. Teil 2 Kapitel 3 Datenschutzrechtliche Anforderungen.

⁵²⁸ BGH, GRUR 2004, 517 (519) noch zur alten Rechtslage.

⁵²⁹ Detailliert BGH, NJW 2009, 2958.

⁵³⁰ Anstelle vieler BGHZ 177, 253 (Rn. 27 und 29.)

⁵³¹ Kritisch dazu das zu Recht umstrittene Urteil des OLG München, K&R 2013, 57. A. A. *Kramer*, DSB 2012, 269; *Eckhardt*, ZD 2013, 90; *Menke/Witte*, K&R 2013, 57 ff.; *Schirmbacher*, CR 2013, 44.

⁵³² Zur Telefonwerbung BGH, MMR 2011, 662 (Rn. 37 ff.); zu Newslettern beispielsweise LG München, K&R 2009, 824 (824); LG Essen, GRUR-RR 2009, 353 (354); LG Berlin, K&R 2007, 430 (431); a. A. OLG München, K&R 2013, 57; kritisch zum Urteil des OLG München *Schirmbacher*, CR 2013, 44 ff.; *Hühner*, GRUR-Prax 2012, 589; *Menke/Witte*, K&R 2013, 25 ff.; *Kramer*, DSB 2012, 269 ff.

nächst muss er zum Versand berechtigt sein, also unter anderem eine Einwilligung des Empfängers oder eine bestehende Geschäftsbeziehung vorweisen können. Außerdem muss die kommerzielle Kommunikation so gestaltet sein, dass sie den Empfänger klar darüber informiert, worum es sich dabei handelt, wer der Absender ist und was er gegen einen erneuten Versand tun kann.

8 Anforderungen aus dem Verbraucherschutzrecht

Das deutsche Verbraucherschutzrecht stellt viele, auch sehr unterschiedliche, rechtliche Anforderungen, die der Anbieter eines Online-Versanddienstes beachten muss. Dazu zählen sowohl Anforderungen an die Gestaltung des Online-Versanddienstes selbst, als auch solche zur Organisation des Ablaufs im Unternehmen. Die Vorgaben stammen vor allem aus dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Es sind jedoch auch weitere Vorschriften wie die Preisangabenverordnung, das Telemediengesetz und Teile des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb zu beachten. Die rechtlichen Anforderungen beziehen sich insbesondere auf Inhalte, die dem Verbraucher gegeben werden müssen, Klauseln, die der Anbieter dem Verbraucher gegenüber nicht verwenden darf, die formale Gestaltung dieser Inhalte und technische Möglichkeiten, die der Online-Versanddienst vorhalten muss. Ziel der Vorschriften ist regelmäßig, den Verbraucher zu schützen, indem er in die Lage versetzt wird, eine informierte Entscheidung zu treffen ohne dafür übermäßig viele Ressourcen, etwa durch zusätzliche Informationsrecherche, einzusetzen.

Kapitel 3 Datenschutzrechtliche Anforderungen

Neben den verbraucherschutzrechtlichen Anforderungen an Anbieter von Online-Versanddiensten sind vor allem auch datenschutzrechtliche Anforderungen für die Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit relevant. Im Datenschutzrecht unterscheiden sich die rechtlichen Anforderungen zum Teil danach, wer mit personenbezogenen Daten umgeht.⁵³³ Die nachfolgende Untersuchung beschränkt sich auf den nicht-öffentlichen Bereich, da Online-Versanddienste vor allem von nicht-öffentlichen Stellen, etwa Handelsun-

⁵³³ Eine Unterscheidung zwischen öffentlichen und nicht-öffentlichen Stellen sieht etwa das Bundesdatenschutzgesetz nach § 2 BDSG vor, das Telemediengesetz nach § 1 Abs. 2 TMG hingegen nicht.

ternehmen, betrieben werden. Wird ein Online-Versanddienst ausnahmsweise von einem öffentlichen Unternehmen betrieben, gelten für dieses auch die Anforderungen des nicht-öffentlichen Bereichs, da es sich im Wettbewerb mit nicht-öffentlichen Stellen bewegt (§ 12 Abs. 1 BDSG). Für den nicht-öffentlichen Bereich ist regelmäßig Bundesrecht anwendbar, sodass das ansonsten speziellere und damit vorrangige Landesrecht außer Acht gelassen werden kann.

Wie im Verbraucherschutzrecht dienen auch im Bereich des Datenschutzes einige Normen der Umsetzung europäischen Rechts, insbesondere der Datenschutzrichtlinie,⁵³⁴ sodass diese bei der Auslegung der entsprechenden Normen heranzuziehen ist. Einen grundlegenden Wechsel könnte die auf EU-Ebene geplante Datenschutz-Grundverordnung⁵³⁵ bringen, die durch ihren vollharmonisierenden Charakter ein einheitliches Datenschutzrecht für die gesamte Europäische Union bringen soll. Die Pläne sind bisher allerdings noch nicht ausreichend gereift, sodass auf sie nur im Rahmen eines Ausblicks eingegangen wird. Des Weiteren ist bei der Auslegung des Datenschutzrechts zu beachten, dass es Ausfluss der informationellen Selbstbestimmung und deshalb besonders im Lichte dieses Grundrechts auszulegen ist.⁵³⁶

1 Anwendungsbereich des Datenschutzrechts

Das Datenschutzrecht gilt nach § 1 Abs. 2 Nr. 3 letzter HS BDSG nicht soweit der Datenumgang ausschließlich zu persönlichen oder familiären Tätigkeiten erfolgt. Bei Online-Versanddiensten liegt ein Umgang mit den Daten zu geschäftlichen Zwecken vor, sodass diese Ausnahme nicht greift. Das Datenschutzrecht schützt nur personenbezogene Daten.⁵³⁷ Bei Online-

⁵³⁴ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr vom 24.10.1995, ABl. EG L 281, 31 (DSRL).

⁵³⁵ Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (DS-GVO), KOM (2012)11 und Entschließung des Europäischen Parlaments vom 14.3.2014.

⁵³⁶ Detailliert zum Grundrecht s. Teil 2 Kapitel 1 2.1 Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

⁵³⁷ Vgl. etwa § 12 Abs. 1 und 2 TMG; § 4 Abs. 1 BDSG.

Versanddiensten kommt eine Vielzahl an personenbezogenen Daten in Betracht. Von personenbezogenen Daten sind vor allem pseudonyme und anonyme Daten zu unterscheiden.

1.1 Personenbezogene Daten

Personenbezogene Daten sind nach § 3 Abs. 1 BDSG „Einzelangaben über persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbar natürlichen Person“. Einzelangaben sind Angaben über eine Person. Daten dürfen nicht nur einer Gruppe zugeordnet, sondern müssen einem bestimmten Gruppenmitglied zugeschrieben werden können.⁵³⁸ Die Tatbestandsmerkmale „persönliche und sachliche Einzelangaben“ wirken nicht einschränkend. Personenbezogene Daten können alle Daten über eine Person oder über die auf sie beziehbaren Sachverhalte sein. Eine Unterscheidung oder Zuordnung zu persönlichen und sachlichen Einzelangaben ist nicht nötig.⁵³⁹ Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass es aufgrund der automatischen Datenverarbeitung – wie bereits das Bundesverfassungsgericht 1983 im Volkszählungsurteil feststellte – „kein belangloses Datum mehr“ gibt.⁵⁴⁰ Einzelangaben können also etwa körperliche Merkmale, ein geistiger Zustand oder Standpunkt, Werturteile sowie Beziehungen zu anderen oder zur Umwelt, außerdem auch Angaben zur Identifizierung und zum Verhalten sein.⁵⁴¹ Ein spezieller, hoher Schutz muss den besonderen Arten personenbezogener Daten im Sinne des § 3 Abs. 9 BDSG zukommen. Zu dieser Gruppe zählen Angaben über die rassische und ethnische Herkunft, politische, religiöse oder philosophische Weltanschauung, Gewerkschaftszugehörigkeit, Gesundheit und das Sexualleben.

Geschützt werden die Einzelangaben natürlicher Personen. Dazu zählt jeder Mensch unabhängig von seiner Nationalität oder seinem Wohnort. Nicht geschützt werden die Daten juristischer Personen oder von Personengemeinschaften, wie Personengesellschaften. Eine Ausnahme gilt nur, soweit die Daten einer Einzelperson zuzuordnen sind, etwa bei einer Ein-Mann-

⁵³⁸ *Dammann*, in: *Simitis* 2014, § 3 BDSG, Rn. 14; *Gola/Schomerus* 2010, § 3 BDSG, Rn. 3.

⁵³⁹ *Gola/Schomerus* 2010, § 3 BDSG, Rn. 5; *Dammann*, in: *Simitis* 2014, § 3 BDSG, Rn. 7.

⁵⁴⁰ BVerfGE 65, 1 (45).

⁵⁴¹ *Dammann*, in: *Simitis* 2014, § 3 BDSG, Rn. 10 ff.

GmbH.⁵⁴² Hintergrund ist, dass das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nur natürliche Personen schützt. Auch Art. 19 Abs. 3 GG, der den Anwendungsbereich der Grundrechte auf juristische Personen ausweitet, soweit sie dem Wesen nach auf sie anwendbar sind, ändert daran nichts. Die Existenz- und Funktionsbedingungen einer juristischen Person unterscheiden sich zu sehr von denen natürlicher Personen, um desselben Schutzes zu bedürfen. Beispiel hierfür sind etwa die Publizitätspflichten juristischer Personen.⁵⁴³ Der unterschiedliche Schutzbedarf für natürliche und juristische Personen lässt sich auch mit dem Rollenverhalten der Menschen erklären, das zur Begründung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung herangezogen wird. Abhängig von der aktuellen Situation und den sie umgebenden Mitmenschen, zeigen Individuen verschiedene Aspekte ihrer Identität.⁵⁴⁴ Sie geben ihre personenbezogenen Daten selektiv und kontextbezogen heraus.⁵⁴⁵ So ist es möglich, in verschiedenen Lebenssituationen nach außen bewusst und zielgerichtet unterschiedlich aufzutreten. Bei einem Vorstellungsgespräch möchte man beispielsweise andere Informationen über sich herausgeben als bei einem gemütlichen Abend mit Freunden. Juristische Personen benötigen keine unterschiedlichen Rollen, um sich selbst zu entfalten.

Schließlich muss die natürliche Person, auf die sich eine Einzelangabe bezieht, auch bestimmt oder bestimmbar sein. Dabei ist es irrelevant, ob die Person bestimmt oder nur bestimmbar ist. Beide Male ist das Datenschutzrecht bei Vorliegen der anderen Tatbestandsmerkmale voll anwendbar.⁵⁴⁶ Die Person, auf die sich die Einzelangaben beziehen, ist gemäß § 3 Abs. 1 BDSG der Betroffene. Im telemedienrechtlichen Datenschutz wird der Nutzer geschützt. § 11 Abs. 2 TMG definiert den Nutzer allein für den datenschutzrechtlichen Abschnitt des Telemediengesetzes als natürliche Personen, die Telemedien nutzen. Verbraucher sind immer natürliche Personen, sodass der potentielle Kunde eines Online-Versanddienstes immer auch Nutzer desselben ist. Der Nutzer ist immer auch Betroffener beim Umgang

⁵⁴² *Gola/Schomerus* 2010, § 3 BDSG, Rn. 11a; nur bedingt zustimmend *Dammann*, in: *Simitis* 2014, § 3 BDSG, Rn. 44. Allgemein *Trute*, in: *Roßnagel* 2003, Kap. 2.5, Rn. 30.

⁵⁴³ *Dammann*, in: *Simitis* 2014, § 3 BDSG, Rn. 18 f.

⁵⁴⁴ Ausführlich *Müller*, DVR 1975, 107; *Roßnagel*, in: *Roßnagel* 2003, Kap. 1, Rn. 4; *Roßnagel* 2007, 109.

⁵⁴⁵ *Jandt/Laue*, K&R 2006, 317.

⁵⁴⁶ *Dammann*, in: *Simitis* 2014, § 3 BDSG, Rn. 20.

mit seinen Daten.⁵⁴⁷ Bei Angaben zu einer bestimmten Person, steht der Bezug zu einer Person bereits fest. Dies geschieht regelmäßig durch die vorliegenden Daten selbst, kann sich aber auch durch die Anwesenheit der Person ergeben.⁵⁴⁸ Dies scheidet allerdings bei Online-Versanddiensten aus.

Bestimmbar ist eine Person, wenn sie nicht durch die Angaben selbst oder ihre Anwesenheit, aber durch zusätzliche Informationen eindeutig identifiziert werden kann. Zum Bestimmen der Person kann Zusatzwissen herangezogen werden, das der verantwortlichen Stelle bekannt ist oder mit nicht unverhältnismäßigem Aufwand beschafft werden kann.⁵⁴⁹ Entscheidend ist damit, ob derjenige, der über die Daten verfügt, auf ein entsprechendes Zusatzwissen zugreifen kann. Daraus ergibt sich die Relativität des Personenbezugs.⁵⁵⁰ Er ist also abhängig vom Wissen und den normalerweise oder ohne unverhältnismäßigen Aufwand zur Verfügung stehenden Hilfsmitteln der verantwortlichen Stelle.⁵⁵¹ So können Daten für eine Stelle personenbezogen sein und für eine andere Stelle nicht. Dies ist auch bei der Übermittlung von Daten zu beachten.⁵⁵² Deshalb muss die weitergebende Stelle den Datenschutz auch dann beachten, wenn für sie selbst kein personenbezogenes Datum vorliegt.⁵⁵³ Bei Zusatzwissen aus allgemein zugänglichen Quellen sind die Personen für jeden bestimmbar, auch wenn eine Stelle die Informationen noch nicht beschafft hat. Von besonderer Bedeutung ist hier die Zunahme der Daten, die durch das Internet allgemein zugänglich zur Verfügung stehen und die eine Bestimmung eines Betroffenen erheblich erleichtern.

Alternativ kann sich der Personenbezug auch durch die Kombination der vorliegenden Einzelangaben zu einer Person ergeben. Deshalb ist bei einer getrennten Speicherung von Daten, die zusammen eine Identifizierung ermöglichen, der Personenbezug herstellbar, wenn die verantwortliche Stelle

⁵⁴⁷ Auch andere als der Nutzer können Betroffene sein, wenn mit ihren Datenumgegangen wird.

⁵⁴⁸ *Roßnagel/Scholz*, MMR 2000, 722 f.; *Dammann*, in: *Simitis* 2014, § 3 BDSG, Rn. 22.

⁵⁴⁹ *Dammann*, in: *Simitis* 2014, § 3 BDSG, Rn. 26 ff.

⁵⁵⁰ *Tinnefeld*, in: *Roßnagel* 2003, Kap. 4.1 Rn. 20 ff.; *Dammann*, in: *Simitis* 2014, § 3 BDSG, Rn. 32 ff.; *Gola/Schomerus* 2010, § 3 BDSG, Rn. 10; *Roßnagel/Scholz*, MMR 2000, 722 f.; a. A. *Pahlen-Brandt*, CR 2008, 34; *Weichert*, in: *Däubler u. a.* 2014, § 3 BDSG, Rn. 13; *Breyer*, ZD 2014, 400 ff.; vermittelnd *Buchmer*, in: *Taeger/Gabel* 2013, § 3 TMG, Rn. 13.

⁵⁵¹ *Gola/Schomerus* 2010, § 3 BDSG, Rn. 10.

⁵⁵² *Dammann*, in: *Simitis* 2014, § 3 BDSG, Rn. 27 und 33.

⁵⁵³ *Gola/Schomerus* 2010, § 3 BDSG, Rn. 44a.

auf alle Daten zugreifen kann. Einzelangaben können sich auch auf mehrere Personen zugleich beziehen,⁵⁵⁴ wie am Beispiel einer E-Mail deutlich wird, die mindestens dem Absender und Empfänger zugeordnet werden kann. Der Personenbezug besteht dann zu allen – Absender wie Empfänger – gleichermaßen.

1.2 Personenbezogene Daten bei Online-Versanddiensten

Die Bedeutung personenbezogener Daten im Internet darf nicht unterschätzt werden. Aussagen wie „Daten sind das neue Öl“⁵⁵⁵ oder „Daten sind die Währung des Internet, das Gold unserer Tage“⁵⁵⁶ verdeutlichen dies. Gerade im Online-Handel ist es nahezu ausgeschlossen, dass keine personenbezogenen Daten anfallen. Dies gilt insbesondere bei Online-Versanddiensten, denn Online-Versanddienste benötigen umfangreiche Daten, um einen Verkauf abwickeln – insbesondere Waren verschicken – zu können. Zu den Daten, die zur Identifizierung und zur Kommunikation mit dem Verbraucher sowie zur Lieferung der Ware regelmäßig erhoben werden, zählen der Name, gegebenenfalls ein genutztes Pseudonym, die E-Mail-Adresse, die Telefonnummer und die Lieferadresse. Je nach Gestaltung des Online-Versanddienstes werden zusätzliche Identifikationsdaten abgefragt. In Betracht kommt eine Kundennummer, das Geburtsdatum oder das Passwort zu einem Benutzerkonto. Manchmal kann der Kunde etwa auch eine Teilnehmernummer zu einem Bonusprogramm angeben. Abhängig vom Zahlungsmittel sind gesonderte Daten nötig. Bei einem elektronischen Lastschriftverfahren sind der Name des Kontoinhabers, die Kontonummer, die Bankleitzahl und gegebenenfalls zur Kontrolle der Name der Bank vom Kunden anzugeben. Bei einer Kreditkartenzahlung ist das Kreditkartenunternehmen, die Kreditkartennummer, das Ablaufdatum der Karte und die Prüfnummer zu nennen.

Auch Daten, die sich auf die bestellten Waren beziehen, sind personenbezogene Daten des Kunden. Dazu zählen etwa die bestellte (Konfektions-)Größe, Farben und Materialien, die unter Umständen auf Vorlieben oder

⁵⁵⁴ *Dammann*, in: *Simitis* 2014, § 3 BDSG, Rn. 41 ff.

⁵⁵⁵ Titel eines Aufsatz des Berichterstatters im zuständigen Innenausschuss des Europäischen Parlaments *Albrecht*, ZD 2013, 49. Von „Rohstoffen“ sprechen *Kurz/Rieger* 2012, 12.

⁵⁵⁶ *Leible*, K&R 2012, Heft 6, I.

auch auf den Gesundheitszustand, zum Beispiel bei Allergien, schließen lassen. Ebenso kann das Geschlecht erkennbar werden. Im Einzelfall kann auch die direkte Angabe durch den Nutzer nötig sein, wenn beispielsweise abhängig vom Geschlecht sortierte Warenpakete bestellt werden können.

Weitere Daten können durch Cookies erhoben werden. Diese beziehen sich vor allem auch auf das Verhalten des Nutzers beim Besuch des Online-Versanddienstes, etwa die Uhrzeit des Besuchs oder die betrachteten Waren. Ebenso werden dem Diensteanbieter personenbezogene Daten durch den direkten Kontakt mit dem Kunden, also beispielsweise durch Supportanfragen per Mail bekannt. Im Rahmen einer Bestellung können auch Daten Dritter übermittelt werden, wenn beispielsweise Teile einer Bestellung oder eine gesamte Bestellung für einen Dritten getätigt werden. Erkennbar sind Daten Dritter für den Diensteanbieter, wenn die Adresse eines Dritten als Lieferadresse genannt wird. Damit verfügt der Anbieter eines Online-Versanddienstes über umfangreiche Daten über den Nutzer – spätestens bei Abschluss einer Bestellung.

1.3 Anonyme und pseudonyme Daten

Um den Personenbezug von Daten auszuschließen, reicht es, wenn das Risiko des Personenbezugs „so gering ist, dass das Risiko praktisch vernachlässigt werden kann“.⁵⁵⁷ Es muss also nicht absolut unmöglich sein, ihn herzustellen. Deshalb ist eine Abgrenzung gegenüber pseudonymen und anonymen Daten nötig.

Bei anonymen Daten handelt es sich um „mindestens eine Einzelangabe über eine Person, ohne dass die Person allerdings bekannt ist“.⁵⁵⁸ Eine Legaldefinition existiert allerdings nicht. Die Anonymität kann entweder bereits bei der Erhebung der Daten bestehen, indem kein Identifizierungsmerkmal erhoben wird und die Daten auch in der Zusammenschau nicht zur Bestimmbarkeit der Person führen, oder indem die Daten nachträglich anonymisiert werden. Der Vorgang des Anonymisierens muss dabei § 3 Abs. 6 BDSG entsprechen.⁵⁵⁹ Danach sind die Einzelangaben so zu verändern, dass der Personenbezug der Einzelangaben nicht mehr oder nur mit

⁵⁵⁷ *Dammann*, in: *Simitis* 2014, § 3 BDSG, Rn. 23; *Rofßnagel/Scholz*, MMR 2000, 7.

⁵⁵⁸ *Rofßnagel/Scholz*, MMR 2000, 723.

⁵⁵⁹ *Gola/Schomerus* 2010, § 3 BDSG, Rn. 43.

unverhältnismäßigem Aufwand an Kosten, Zeit und Arbeitskraft herstellbar ist. Nötig ist diese Einschränkung, da eine absolute Anonymisierung häufig nicht möglich ist.⁵⁶⁰ Deshalb soll auch ein unverhältnismäßig großer Aufwand ausreichen. Eine getrennte Speicherung der Daten bei der verarbeitenden Stelle reicht allerdings nicht.⁵⁶¹ Vielmehr muss nach der Lebenserfahrung und dem Stand der Wissenschaft eine Wiederherstellung des Personenbezugs nicht zu erwarten sein.⁵⁶² Gelingt die Anonymisierung der Daten im Sinne des § 3 Abs. 6 BDSG, werden personenbezogene Daten anonym, also zu Angaben ohne Personenbezug. Die weitere Verarbeitung und Nutzung ist dann grundsätzlich nicht mehr datenschutzrechtlich relevant.⁵⁶³

Auch pseudonyme Daten können als solche erhoben werden oder erst nachträglich durch das Pseudonymisieren personenbezogener Daten nach § 3 Abs. 6a BDSG entstehen. Dazu werden Identifikationsmerkmale durch ein Kennzeichen ersetzt, um zu verhindern, dass die Identität des Betroffenen unmittelbar bekannt wird.⁵⁶⁴ Entscheidender Unterschied zu den anonymen Daten ist, dass eine Zuordnungsregel besteht, die eine Aufdeckung der Identität jederzeit zumindest theoretisch ermöglicht. Damit kann der Zielkonflikt der Anonymität des Betroffenen und der Identifizierung durch einen Dritten, etwa einen Vertragspartner, aufgelöst werden. So wird im Regelfall Anonymität gewährleistet, im Ausnahmefall ist jedoch eine Identifizierung möglich. Dadurch kann zunächst anonymes Handeln ermöglicht werden und es besteht dennoch die Möglichkeit, den Betroffenen für dieses zur Verantwortung zu ziehen.⁵⁶⁵

Es muss zwischen verschiedenen Pseudonymen unterschieden werden. Bei selbstgenerierten Pseudonymen, die ohne weitere Identifizierungsmerkmale verwendet werden, verfügt nur der Betroffene über die Möglichkeit der Aufdeckung. Werden Pseudonyme aber durch die verarbeitende Stelle vergeben, die ein eigenes Interesse am Umgang mit den Daten hat, besteht Anonymität nur noch gegenüber Dritten, da die verarbeitende Stelle die

⁵⁶⁰ *Roßnagel/Scholz*, MMR 2000, 723; zustimmend *Gola/Schomerus* 2010, § 3 BDSG, Rn. 44.

⁵⁶¹ *Gola/Schomerus* 2010, § 3 BDSG, Rn. 44; *Dammann*, in: *Simitis* 2014, § 3 BDSG, Rn. 200.

⁵⁶² *Roßnagel/Scholz*, MMR 2000, 723 mit Hinweis auf Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.

⁵⁶³ *Gola/Schomerus* 2010, § 3 BDSG, Rn. 43; detailliert *Roßnagel/Scholz*, MMR 2000, 725 ff.

⁵⁶⁴ *Gola/Schomerus* 2010, § 3 BDSG, Rn. 45; *Scholz*, in: *Simitis* 2014, § 3 BDSG, Rn. 214.

⁵⁶⁵ *Scholz*, in: *Simitis* 2014, § 3 BDSG, Rn. 216a; *Roßnagel/Scholz*, MMR 2000, 724; allgemein *Roßnagel*, DuD 1999, 255. Zu Pseudonymen bei Online-Versanddiensten ausführlich *Scholz*, in: *Roßnagel* 2002, 55 ff.; *Enzmann/Schulze*, in: *Roßnagel* 2002, 129 ff.

Zuordnungsregel selbst kennt. Hierbei verdeutlicht sich auch die Relativität des Personenbezugs. Zuletzt kann das Pseudonym auch durch eine vertrauenswürdige dritte Instanz ausgegeben werden.⁵⁶⁶ Je nach Konstellation sind pseudonyme Daten personenbezogen oder nicht. Die Beurteilung ist deshalb nicht pauschal möglich, sondern muss im Einzelfall erfolgen. Pseudonyme Daten sind für die verarbeitende Stelle „faktisch anonyme“ Daten und das Datenschutzrecht ist grundsätzlich nicht anwendbar,⁵⁶⁷ wenn ihr die Zuordnungsregel nicht vorliegt und nur mit unverhältnismäßigem Aufwand darauf zugegriffen werden kann. Auch hier muss die Aufdeckung, wenn die Zuordnungsregel nicht bekannt ist, nach der Lebenserfahrung und dem Stand der Wissenschaft ausscheiden.⁵⁶⁸

Probleme ergeben sich jedoch bei einer nachträglichen Aufdeckung. Sobald der Personenbezug hergestellt wird, ist jegliche Datenverwendung ohne spezifische Erlaubnis rechtswidrig. Besonders schwer wiegt dieser Fall, da durch die nachträgliche Aufdeckung alle in einem Datensatz gespeicherten Angaben auf einmal personenbezogen werden und die Datenschutzmaßnahmen nicht mehr nachgeholt werden können.⁵⁶⁹ Die Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung wird durch verschiedene Faktoren begünstigt. Veränderte technische Möglichkeiten können eine Zuordnung der anonymen Daten ermöglichen. Außerdem kann sich der Aufwand verringern, der nötig ist, um den Personenbezug herzustellen. Oder das Verhältnis des Aufdeckungsaufwands und des Werts der Daten ändert sich durch ein größeres Interesse an einer Identifizierung. Ebenso kann eine längere Zeitspanne zur Aufdeckung zur Verfügung stehen.

Bei pseudonymen Daten bestehen zusätzliche Risikofaktoren. So kann Zusatzwissen insbesondere durch die Verkettung von Aktivitäten gewonnen werden. Dies ist häufig der Fall, wenn der Betroffene anstelle von Transaktionspseudonymen, die nur für eine einzige Transaktion genutzt werden, Rollenpseudonyme verwendet, unter denen viele verschiedene Tätigkeiten durchgeführt werden. Außerdem kann die Zuordnungsregel aufgedeckt

⁵⁶⁶ *Gola/Schomerus* 2010, § 3 BDSG, Rn. 44a; *Scholz*, in: *Simitis* 2014, § 3 BDSG, Rn. 220a ff.; *Roßnagel/Scholz*, MMR 2000, 725.

⁵⁶⁷ *Scholz*, in: *Simitis* 2014, § 3 BDSG, Rn. 217a m. w. N.; *Roßnagel/Scholz*, MMR 2000, 725 ff.

⁵⁶⁸ *Roßnagel/Scholz*, MMR 2000, 724.

⁵⁶⁹ *Roßnagel/Scholz*, MMR 2000, 723 und 729 f. auch mit Vorschlägen zum verantwortungsvollen Umgang mit anonymen und pseudonymen Daten.

werden, etwa auch aufgrund einer gewollten, weil bedarfsgerechten Aufdeckung.⁵⁷⁰ Deshalb ist für den Schutz der pseudonymen Daten auch der Schutz der Zuordnungsregel entscheidend.⁵⁷¹ Ein von der verantwortlichen Stelle nicht beeinflussbarer Faktor ist der Betroffene. Auch dieser kann das Pseudonym selbst aufdecken.⁵⁷² Es bestehen also vielfältige Möglichkeiten, wie der Personenbezug nachträglich wiederhergestellt werden kann. Deshalb sieht das Gesetz für pseudonyme Daten an bestimmten Stellen, wie § 13 Abs. 6 TMG, Vorsorgemaßnahmen vor.

2 Anwendungsbereich einzelner datenschutzrechtlicher Normen

Soweit personenbezogene Daten verarbeitet werden, sind datenschutzrechtliche Regelungen zu beachten. Allgemeine Vorschriften normiert das Bundesdatenschutzgesetz. Dieses ist jedoch gemäß § 1 Abs. 3 Satz 1 BDSG subsidiär gegenüber anderen bereichsspezifischen datenschutzrechtlichen Normen. Im Zusammenhang mit Online-Versanddiensten sind datenschutzrechtlich grundsätzlich das Telekommunikationsgesetz, das Telemediengesetz und das Bundesdatenschutzgesetz relevant. Zur Abgrenzung der Anwendungsbereiche wird auf das sogenannte „Schichtenmodell“ zurückgegriffen. Danach ist bezogen auf den Datentransport das Telekommunikationsgesetz und bezogen auf die Inhalte der Kommunikation, wie sie auch im Offline-Bereich möglich sind, das Bundesdatenschutzgesetz anwendbar. Für alle anderen Sachverhalte, die die Online-Interaktion zwischen dem Nutzer und dem Anbieter selbst betreffen, ist das Telemediengesetz anzuwenden.⁵⁷³ Der Kommunikationsvorgang an sich wird regelmäßig von einem Dritten angeboten und soll deshalb nicht betrachtet werden. Damit scheidet der Bereich des telekommunikationsrechtlichen Datenschutzes aus.

Zusätzlich zu der Unterscheidung des Schichtenmodells bezüglich Transport, Inhalt und Sonstigem muss innerhalb des Telemediengesetzes, das für

⁵⁷⁰ *Roßnagel/Scholz*, MMR 2000, 725 und 729; *Hansen*, in: *Roßnagel* 2003, Kap. 3.3, Rn. 54 ff.; detailliert auch *Köhntopp*, in: *Roßnagel* 2001, 59 f.

⁵⁷¹ *Scholz*, in: *Simitis* 2014, § 3 BDSG, Rn. 217b.

⁵⁷² *Roßnagel/Scholz*, MMR 2000, 723, 727 ff.; *Bizer/Hornung*, in: *Roßnagel* 2013, § 12 TMG, Rn. 43.

⁵⁷³ Ausführlich zum sogenannten Schichten-Modell *Schaar* 2002, Rn. 247 ff.

sonstige Datenumgänge anzuwenden ist, zwischen verschiedenen Datenarten unterschieden werden.⁵⁷⁴

Die Datenschutzvorschriften des Telemediengesetzes sind im vierten Abschnitt zusammengefasst. Die §§ 11 ff. TMG umfassen nach § 12 Abs. 1 TMG Regelungen für alle Daten der Nutzer im Zusammenhang mit der Bereitstellung von Telemedien, also dem Angebot und der Nutzung. Die datenschutzrechtlichen Pflichten treffen den Diensteanbieter im Sinne des § 2 Satz 1 Nr. 1 TMG, also den Anbieter des Online-Versanddienstes. Das Telemediengesetz enthält Vorschriften, die Bestands- und Nutzungsdaten benennen und Regelungen für den Umgang mit ihnen enthalten. Soweit Daten von der Definition dieser beiden Datenkategorien nicht erfasst sind, handelt es sich um Inhaltsdaten.

Bestandsdaten sind personenbezogene Daten, die zur Begründung, inhaltlichen Ausgestaltung oder Änderung eines Nutzungsvertrags über Telemedien zwischen dem Diensteanbieter und einem Nutzer erhoben und verwendet werden. Dabei vermischt § 14 Abs. 1 TMG die Definition mit den Voraussetzungen für die Zulässigkeit des Datenumgangs. Bestandsdaten sind zunächst alle Daten, die abstrakt geeignet sind, um den Bestand eines Nutzungsvertrags über Telemedien zu fördern. Entscheidend ist der Zweck des konkreten Vertragsverhältnisses.⁵⁷⁵ Sie dienen, wie ihr Name bereits ausdrückt, dem Bestand des Vertragsverhältnisses. Dementsprechend können sie auch nur vorliegen, wenn ein Nutzungsvertrag geschlossen wurde, der für die Erbringung der Telemediendienste nötig ist. Dies ist bei unentgeltlichen Diensten regelmäßig zu verneinen.⁵⁷⁶ Auf die Erforderlichkeit der Daten für den genannten Zweck kommt es nur für die Zulässigkeit an, nicht aber bereits bei der Frage der Zuordnung als Bestandsdatum. Informationen können durchaus Bestandsdaten sein – gleichwohl kann ihre Erhebung und Verwendung im Einzelfall mangels Erforderlichkeit unzulässig sein.⁵⁷⁷ Zu

⁵⁷⁴ Zu der Unterscheidung wurde bereits unter dem Titel „Datenschutz bei Cloud Computing zwischen TKG, TMG und BDSG, Datenkategorien bei der Nutzung von Cloud-Diensten“ zusammen mit *Steffen Kroschwald* und *Magda Wicker* in ZD 2013, 205 ff. veröffentlicht. Dabei erfolgte ein Vergleich der Rechtslage beim Cloud Computing mit der bei Online-Versanddiensten.

⁵⁷⁵ BT-Drs. 13/7385, 24 noch zur Vorgängernorm § 5 TDDSG. Die Begründung ist nach BT-Drs. 16/3078, 15 f. immer noch heranzuziehen.

⁵⁷⁶ *Zscherpe*, in: *Taeger/Gabel* 2013, § 14 TMG, Rn. 10 und 32; zum Fehlen einer Erlaubnis im vorvertraglichen Verhältnis *Dix*, in: *Roßnagel* 2013, § 14 TMG, Rn. 29.

⁵⁷⁷ *Dix*, in: *Roßnagel* 2013, § 14 TMG, Rn. 21.

den Bestandsdaten zählen die für die Begründung des Anschlusses erforderlichen Daten, also die Personalien des Nutzers, Kontakt-, Zugangsdaten⁵⁷⁸ oder die vereinbarte Leistung.⁵⁷⁹

Die Daten, die im Rahmen der Erbringung eines Telemediums – und damit auch eines Online-Versanddienstes – anfallen, sind regelmäßig sogenannte Nutzungsdaten. Nutzungsdaten sind in § 15 Abs. 1 Satz 1 TMG definiert. Es sind solche personenbezogenen Daten, die die Inanspruchnahme von Telemedien und deren Abrechnung ermöglichen. Für die Einordnung als Nutzungsdaten genügt es, wenn die Daten während der Nutzung technisch bedingt entstehen, also anfallen.⁵⁸⁰ Auf ihre Erforderlichkeit kommt es, wie schon bei Bestandsdaten, für die Einordnung nicht an.⁵⁸¹ § 15 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 bis 3 TMG nennt einen Katalog von Beispieldaten,⁵⁸² die bei der Interaktion zwischen Nutzer und Anbieter während und durch die Nutzung des Dienstes anfallen.⁵⁸³ Dazu zählen Identifikationsdaten, Beginn, Ende und Umfang der Nutzung sowie, Informationen über die genutzten Telemedien. Die Liste ist jedoch nicht abschließend, sondern vom konkreten Dienst abhängig. Typische Beispiele für Nutzungsdaten sind Angaben, wann sich wer in welches Benutzerkonto ein- und ausgeloggt hat oder mit welcher IP-Adresse⁵⁸⁴ wann im Internet eine bestimmte Webseite besucht wurde. Die Aussagekraft von Nutzungsdaten ist aufgrund ihrer „besondere[n] Nähe zum Kommunikationsinhalt“ besonders groß.⁵⁸⁵ Deshalb werden Nutzungsdaten auch vom Fernmeldegeheimnis geschützt.⁵⁸⁶

Eine besondere Form der Nutzungsdaten sind die Abrechnungsdaten. Diese werden in § 15 Abs. 4 Satz 1 TMG definiert. Danach handelt es sich um Daten, die die Abrechnung der Telemediennutzung ermöglichen. Zulässig ist der Umgang mit ihnen nur, soweit er für die Abrechnung erforderlich ist.

⁵⁷⁸ Zu den sogenannten Account-Daten gehören auch IP-Adresse, User-ID, PIN, Browser, Geburtstag, Zahlungsart, Kreditkartennummer, vgl. *Dix*, in: Roßnagel 2013, § 14 TMG, Rn. 22.

⁵⁷⁹ *Spindler/Nink*, in: Spindler/Schuster 2011, § 14 Rn. 3; *Zscherpe*, in: Taeger/Gabel 2013, § 14 TMG, Rn. 16; *Dix*, in: Roßnagel 2013, § 14 TMG, Rn. 22.

⁵⁸⁰ BT-Drs. 13/7385, 24; *Heckmann* 2014, Kap. 9, Rn. 352.

⁵⁸¹ Anstelle vieler *Zscherpe*, in: Taeger/Gabel 2013, § 15 TMG, Rn. 9 und 13.

⁵⁸² BT-Drs. 14/6098, 29.

⁵⁸³ BT-Drs. 13/7385, 24; *Roßnagel*, in: Roßnagel 2003, Kap. 7.9, Rn. 55.

⁵⁸⁴ Soweit eine Zuordnung möglich ist und deshalb ein Personenbezug anzunehmen ist.

⁵⁸⁵ *Dix/Schaar*, in: Roßnagel 2013, § 15 TMG, Rn. 1, 47.

⁵⁸⁶ Detailliert *Dix/Schaar*, in: Roßnagel 2013, § 15 TMG, Rn. 92 ff. und 134.

Die Nutzung eines Online-Versanddienstes ist in aller Regel jedoch nicht kostenpflichtig. Wenn keine Abrechnung erfolgt, weil das Telemedium kostenlos angeboten wird, fallen keine Abrechnungsdaten an. Eine Pflicht zur Zahlung entsteht erst durch Abschluss eines Kaufvertrags. Für Daten zur Abrechnung von Leistungen, die mittels Telemedien abgewickelt wurden, ist das Telemediengesetz nicht anzuwenden. Es handelt sich um Inhaltsdaten, für die die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes gelten.

Wie die Daten zur Abrechnung des Kaufvertrags, sind alle weiteren personenbezogene Daten, die im Zusammenhang mit Telemedien anfallen, nicht mehr den genannten Datenkategorien zuzuordnen, sodass die speziellen Datenschutzvorschriften keine Anwendung finden. Deshalb sind Bestands- und Nutzungsdaten von Inhaltsdaten abzugrenzen. Letztere werden benötigt, um einen Vertrag, der auf Basis eines Telemediums geschlossen wurde und der sich nicht auf seine Nutzung bezieht, zu erfüllen.⁵⁸⁷ Im Fall von Online-Versanddiensten also solche Daten, die zur Erfüllung des Kaufvertrags nötig sind. Diese Daten sind nach den allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorgaben, mithin nach dem Bundesdatenschutzgesetz, zu behandeln.⁵⁸⁸ Diese Daten sind nicht zur Bereitstellung des Telemediums nötig. Sie werden lediglich durch dieses erhoben⁵⁸⁹ und betreffen einzig „den Inhalt der Interaktion zwischen Nutzer und Anbieter“.⁵⁹⁰ Durch diese Unterscheidung soll vermieden werden, dass das Medium des Vertragsabschlusses über das Datenschutzniveau entscheidet.⁵⁹¹

⁵⁸⁷ Scholz 2003, 156 f.; Zscherpe, in: Taeger/Gabel 2013, § 14 TMG, Rn. 19 ff.

⁵⁸⁸ Roßnagel, in: Roßnagel 2003, Kap. 7.9, Rn. 37; Enzmann/Roßnagel, CR 2001, 142; Spindler/Nink, in: Spindler/Schuster 2011, § 15 TMG, Rn. 3; Schöttle, BRAK-Mitt 2004, 255; Jandt/Laue, K&R 2006, 320; Scholz 2003, 158; Gola/Müthlein, RDV 1997, 196; Dix, in: Roßnagel 2013, § 14 TMG, Rn. 17; Bizer/Hornung, in: Roßnagel 2013, § 12 TMG, Rn. 101; Heckmann 2014, Kap. 9, Rn. 321 f.; Bäuml, DuD 1999, 259; 18. Tätigkeitsbericht des Bundesbeauftragten für Datenschutz, BT-Drs. 14/5555, 65; Schaar 2002, Rn. 462 ff.; Zscherpe, in: Taeger/Gabel 2013, § 14 TMG, Rn. 19 und § 15 TMG, Rn. 27; a. A. Imhof, CR 2000, 113 ff.; Schmitz, in: Spindler/Schmitz/Geis 2004, § 6 TDDSG, Rn. 18 ff.; Schmitz, in: Hoeren/Sieber/Holznel 2014, Teil 16.2, Rn. 210.

⁵⁸⁹ Spindler/Nink, in: Spindler/Schuster 2011, § 12 TMG, Rn. 4 m. w. N.; Moos, in: Taeger/Gabel 2013, § 12 TMG, Rn. 16; Bizer/Hornung, in: Roßnagel 2013, § 12 TMG, Rn. 101 ff.

⁵⁹⁰ Zscherpe, in: Taeger/Gabel 2013, § 14 TMG, Rn. 20.

⁵⁹¹ Gabel, ZUM 2002, 608; Zscherpe, in: Taeger/Gabel 2013, § 14 TMG, Rn. 24; Scholz 2003, 158 ff.

Eine klare Trennlinie zwischen Inhaltsdaten sowie Bestands- und Nutzungsdaten besteht nicht. Zudem sind die Definitionen nicht überschneidungsfrei. Manche Daten sind beispielsweise gleichzeitig Bestands- und Nutzungsdaten, so beispielsweise Daten, die beim Login in ein Kundenkonto benutzt werden.⁵⁹²

Die Terminologie des Bundesdatenschutzgesetzes unterscheidet sich bezogen auf die Bezeichnung der verschiedenen Arten von Datenumgängen von der des Telemediengesetzes. § 3 BDSG differenziert zwischen der Erhebung (Abs. 3), Verarbeitung (Abs. 4) und Nutzung (Abs. 5) von Daten. Die Erhebung von Daten ist die Beschaffung von Daten über den Betroffenen. Das Speichern, Verändern, Übermitteln, Sperren und Löschen sind Ausprägungen der Datenverarbeitung. Der Nutzung von Daten kommt eine Auffangfunktion zu. Sie umfasst alle übrigen Formen der Verwendung von personenbezogenen Daten. Das Telemediengesetz hingegen nennt als Möglichkeiten des Datenumgangs ihr „Erheben“ und „Verwenden“. Der Begriff des „Verwendens“ ist nicht legaldefiniert. Allerdings wird er in § 3 Abs. 5 BDSG ebenfalls genannt. Demnach ist der Begriff weit auszulegen und umfasst sowohl das Nutzen als auch das Verarbeiten im Sinne des Bundesdatenschutzgesetzes. Die Formulierungen „Erheben, Verarbeitung und Nutzen von Daten“ im Bundesdatenschutzgesetz und „Erheben und Verwenden von Daten“ im Telemediengesetz sind synonym zur allgemeinen Formulierung „Umgang mit Daten“ oder „Datenumgang“ zu betrachten.

Auch die geschützte Person unterscheidet sich bei den beiden Gesetzen. Das Bundesdatenschutzgesetz schützt den Betroffenen (§ 3 Abs. 1), das Telemediengesetz den Nutzer der im Bereich des Datenschutzes in § 11 Abs. 2 TMG abweichend von § 2 S. 1 Nr. 3 TMG definiert wird. Danach sind durch die §§ 11 ff. nur Nutzer geschützt, die natürliche Personen sind. Bei Online-Versanddiensten sind die Nutzer immer auch Betroffene. Der Begriff des Betroffenen umfasst aber auch andere Personen, die durch Angaben bestimmt werden können. Sie müssen – anders als ein Nutzer – nicht selbst im Internet aktiv sein. Ein Beispiel für einen solchen Betroffenen ist eine Person, der von einem anderen (dem Nutzer) über einen Online-Versanddienst ein Geschenk zugeschickt wird. Der Diensteanbieter erhält damit personenbezogene Daten eines Dritten, der – obwohl er nicht Nutzer ist – ein Betroffe-

⁵⁹² Jandt/Laue, K&R 2006, 320; Schmitz, in: Spindler/Schmitz/Geis 2004, § 2 TDDSG, Rn. 33.

ner ist. Das Add-on soll den Nutzer auf Risiken im Zusammenhang mit Online-Versanddiensten aufmerksam machen. Dabei stehen der Nutzer und seine Rechtsgüter im Zentrum der Betrachtung. Aus diesem Grund bezeichnen in dieser Arbeit die Begriffe Betroffener und Nutzer faktisch dieselbe Person und werden so auch im Folgenden verwendet.

So hat der Anbieter eines Online-Versanddienstes aufgrund der kontaktlosen Fernkommunikation ein gesteigertes Interesse daran, etwas über seine Kunden zu erfahren. Er benötigt jedoch Informationen über den Kunden, um seine Vertrauenswürdigkeit allgemein oder konkret seine Bonität einzuschätzen, den Kunden einen besseren Service anzubieten und um besser werben zu können. Dazu kann er einerseits auf die Nutzungsdaten zurückgreifen. Beispielsweise kann er durch die Nutzung eines Analysetools oder durch den Einsatz von Cookies erfahren, wie sich der Nutzer auf der (und anderen) Webseite(n) verhält. Solche Informationen kann ein Händler im Ladengeschäft nicht erhalten. Zusätzlich kann der Anbieter auch auf Bestands- und Inhaltsdaten zugreifen. Diese sind bei Online-Versanddiensten immer personenbezogen, da der Kunde die Ware zugeschickt bekommt und regelmäßig auch aufgrund der Bezahlung identifiziert werden kann. Bereits bei der Anmeldung gibt der Kunde häufig personenbezogene Daten, wie die E-Mail-Adresse oder Zahlungsdaten und Adresse, an. Bestellt er dann bei einem Online-Versanddienst, kommt eine Vielzahl von Daten hinzu. Diese umfassen beispielsweise die Art der Ware, Material, Farbe, Preis und den Gesamtumfang der Bestellung. Daraus können etwa Rückschlüsse über Lieblings- oder Hautfarbe, Hobbies, die Größe und das Gewicht, das Gehalt oder Vermögen gezogen werden.

Zwar erhält auch der Verkäufer im Ladengeschäft die Inhaltsdaten, allerdings kann er sie nicht ohne Zusatzwissen einer bestimmten Person zuordnen. Insbesondere kann er sie nicht standardmäßig über mehrere Einkäufe hinweg zu einem Profil zusammenführen. Die Inhaltsdaten sind damit für den Händler nicht bezogen auf den einzelnen Kunden nutzbar. Beim Online-Versandhandel können die Bestands- und Inhaltsdaten zu einem sehr aussagekräftigen Profil zusammengeführt werden. Dabei ist jeder Kunde als solcher namentlich bekannt. Diese Profile können nicht nur vom Anbieter verarbeitet, sondern beispielsweise auch an Dritte weitergegeben werden.

Deshalb sind in dieser Arbeit nicht ausschließlich die Vorschriften des Telemediengesetzes zu betrachten, die den besonderen Risiken im Internet

Rechnung tragen.⁵⁹³ Dazu zählen etwa Möglichkeiten zur unbemerkten Datenerhebung und zur automatischen Verknüpfung von Daten. Die Vorschriften des Telemediengesetzes werden nach § 12 Abs. 3 TMG subsidiär vom Bundesdatenschutzgesetz ergänzt.⁵⁹⁴ So ist beispielsweise auf die Definitionen einschlägiger Begriffe in § 3 BDSG⁵⁹⁵ oder die allgemeinen Vorschriften zur Einwilligung in § 4a BDSG zurückzugreifen. Zusätzlich sind auch die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes relevant, soweit sie wesentliche Bedeutung auf den Umgang mit Inhaltsdaten haben. Dazu zählt etwa § 28 BDSG, der für den Umgang mit den Inhaltsdaten entscheidend ist, beispielsweise ihre Verarbeitung zu Profilen (§ 28 Abs. 1 Nr. 2 BDSG) oder zur Werbung (Abs. 3) und die Weitergabe an Dritte (Abs. 2) nur unter bestimmten Voraussetzungen erlaubt.

3 Datenschutzrechtliche Grundsätze

Die datenschutzrechtlichen Vorgaben des Telemediengesetzes und des Bundesdatenschutzgesetzes lassen sich einzelnen Grundsätzen des Datenschutzes zuordnen. Anhand der Grundsätze werden die Anforderungen zusammengetragen, die eine datenschutzkonforme oder sogar -freundliche Gestaltung eines Online-Versanddienstes ausmachen. Die Grundsätze des Datenschutzes basieren vor allem auf dem Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts, das die informationelle Selbstbestimmung als Grundrecht etablierte.

3.1 Verantwortliche Stelle

Verpflichteter aus dem Datenschutzrecht ist die verantwortliche Stelle. Dies ist gemäß § 3 Abs. 7 BDSG jede Person oder Stelle, die eigene Daten erhebt, verarbeitet oder nutzt, wobei dies entweder durch sie selbst oder in ihrem Auftrag geschehen kann. Verantwortlich ist damit nicht unbedingt die Stelle, die die Daten tatsächlich vorliegen hat. Entscheidend ist vielmehr, dass der Datenumgang in ihrem Sinne erfolgt. Nach dieser Definition gibt es immer eine verantwortliche Stelle. Ein Schwerpunkt der bereits seit Längerem geforderten Reformdiskussion bildet die Neuverteilung der Verant-

⁵⁹³ BT-Drs. 13/7385, 21.

⁵⁹⁴ Umgekehrt sieht auch § 1 Abs. 3 BDSG die eigene Subsidiarität bei spezielleren Vorschriften vor.

⁵⁹⁵ *Dix*, in: *Simitis* 2014, § 1 BDSG, Rn. 170; vgl. *Gola/Schomerus* 2010, § 1 BDSG, Rn. 24.

wortlichkeit. Oft müsste nach der tatsächlichen Lage mehr als eine Stelle verantwortlich sein, um einen effektiven Datenschutz zu gewährleisten.⁵⁹⁶ Verantwortliche Stelle für die im Rahmen des Online-Versanddienstes erhobenen Daten ist (zumindest zunächst) der Anbieter des Online-Versanddienstes, der gleichzeitig Diensteanbieter, Unternehmer und Verkäufer ist. Beschäftigte der verantwortlichen Stelle sind ebenso ein Teil von ihr, wie der Datenschutzbeauftragte.⁵⁹⁷ Teil der verantwortlichen Stelle ist auch, wer für sie Daten im Auftrag verarbeitet. Dieser wird – ähnlich wie Mitarbeiter – der verantwortlichen Stelle zugerechnet.⁵⁹⁸

Verarbeitet die verantwortliche Stelle automatisiert personenbezogene Daten, wie es bei Online-Versanddiensten der Regelfall ist, muss sie nach § 4f Abs. 1 Satz 4 BDSG einen Datenschutzbeauftragten bestellen, soweit regelmäßig ständig wenigstens neun Mitarbeiter damit beschäftigt sind. Eine Ausnahme gilt nach Satz 6, wenn eine Vorabkontrolle der Datenverarbeitung nötig oder die Daten geschäftsmäßig übermittelt oder zur Markt- und Meinungsforschung automatisiert verarbeitet werden. Dann besteht die Pflicht unabhängig von der Mitarbeiteranzahl. Bei Online-Versanddiensten ist ein Datenschutzbeauftragter ab neun Mitarbeitern zu bestellen.

Aufgabe des Datenschutzbeauftragten ist es, den internen Umgang mit personenbezogenen Daten zu kontrollieren. Der Datenschutzbeauftragte ist bis spätestens einen Monat nach Aufnahme der Tätigkeit durch die verantwortliche Stelle (§ 4f Abs. 1 Satz 2 BDSG) schriftlich zu bestellen (Satz 1). Er muss nach § 4f Abs. 2 Satz 1 BDSG über eine ausreichende Fachkunde verfügen und zuverlässig sein. Die Fachkunde bestimmt sich nach Satz 2 je nach Umfang und Schutzbedarf der personenbezogenen Daten. Der Datenschutzbeauftragte muss nach Abs. 5 Satz 2 jederzeit für Betroffene ansprechbar sein. Außerdem obliegen ihm die Pflichten aus § 4g BDSG. Nach Abs. 1 muss er vor allem auf die Einhaltung der Gesetze hinwirken, insbesondere Datenverarbeitungsprogramme überwachen und das zuständige Personal schulen. Er erhält dazu gemäß § 4f Abs. 3 eine Stabsposition und ist weisungsfrei. Des Weiteren wird seine Position durch ein Benachteiligungsverbot, Kündigungsschutz, die Möglichkeit zu Fort- und Weiterbildung sowie de-

⁵⁹⁶ Vgl. etwa *Jandt/Roßnagel*, ZD 2012, 160 ff.; allgemein *Dammann*, in: *Simitis* 2014, § 3 BDSG, Rn. 2.

⁵⁹⁷ *Wedde*, in: *Roßnagel* 2003, Kap. 4.3, Rn. 13.

⁵⁹⁸ Detailliert zur Auftragsdatenverarbeitung s. Teil 2 Kapitel 3 3.8.1 Weitergabe im Rahmen einer Auftragsdatenverarbeitung.

ren Kostenübernahme gestützt. Außerdem sind ihm gemäß Abs. 5 Satz 1 ausreichende Mittel zur Verfügung zu stellen.

3.2 Erlaubnis für den Umgang mit Daten

Der Umgang mit personenbezogenen Daten ist nach § 4 Abs. 1 BDSG und § 12 Abs. 1 TMG nur soweit zulässig, wie eine Einwilligung des Betroffenen oder eine gesetzliche Erlaubnisnorm vorliegt.⁵⁹⁹ § 12 Abs. 2 TMG fordert sogar, dass sich die Erlaubnisnorm explizit auf Telemedien bezieht. Eine solche Norm außerhalb des Telemediengesetzes existiert derzeit nicht,⁶⁰⁰ sodass die dort genannten Erlaubnisnormen abschließend sind. Auch an die Einwilligung werden detaillierte Anforderungen gestellt.

3.2.1 Erlaubnisnorm

Der Gesetzgeber hat in bestimmten Konstellationen Ausnahmen vom grundsätzlichen Verbot des Umgangs mit personenbezogenen Daten vorgesehen. Durch solche Erlaubnisnormen kann die verantwortliche Stelle – bei Online-Versanddienste also der Anbieter, mit personenbezogenen Daten umgehen, ohne dass ihr eine Einwilligung jedes Betroffenen vorliegt. Hat der Anbieter bereits eine Einwilligung, kann er jedoch nicht zusätzlich auf die gesetzlichen Erlaubnistatbestände zurückgreifen und damit die Einwilligung erweitern, etwa eine andere Verarbeitung der Daten rechtfertigen, wenn die Einwilligung eine Beschränkung vorsieht.⁶⁰¹

Erlaubnisnormen für die beim Online-Versandhandel im Vergleich zum Verkauf im Ladengeschäft zusätzlich anfallenden personenbezogenen Daten sind die §§ 14 und 15 TMG. Für die Inhaltsdaten, also insbesondere die Daten des Kaufvertrages, die nicht anders als beim Kauf in einem Ladengeschäft behandelt werden dürfen, ist vor allem § 28 BDSG relevant.

⁵⁹⁹ Kritik an diesem fälschlicherweise als „Verbotsprinzip“ bezeichneten Grundsatz *Karg*, DuD 2013, 75 ff. Zur Bezeichnung als „Verbotsprinzip“ bereits *Boos*, VuR 2015, 94.

⁶⁰⁰ *Spindler/Nink*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 12 TMG, Rn. 7; *Moos*, in: *Taeger/Gabel* 2013, § 12 TMG, Rn. 19.

⁶⁰¹ Zu nicht erteilten Einwilligungen *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 28 BDSG, Rn. 20.

3.2.1.1 Umgang mit Bestandsdaten

Nur § 14 TMG erlaubt gesetzlich den Umgang mit Bestandsdaten. Neben der Legaldefinition der Bestandsdaten ist in Abs. 1 auch das Kriterium für die Zulässigkeit genannt. Entscheidend ist danach die Erforderlichkeit für die Begründung, inhaltliche Ausgestaltung oder Änderung eines Vertragsverhältnisses. Zulässig ist der Umgang mit Bestandsdaten nur, soweit er erforderlich und nicht nur abstrakt geeignet ist, um den Bestand des konkreten Vertragsverhältnisses zu fördern. Dabei ist ein strenger Maßstab anzulegen. Die Daten müssen für das Vertragsverhältnis unerlässlich sein.⁶⁰² Daraus ergibt sich auch eine Lösch- oder Sperrpflicht bei Wegfall der Erforderlichkeit, da der weitere Datenumgang unzulässig würde.⁶⁰³ Die Daten unterliegen damit auch einer strengen Zweckbindung. Sie dürfen nur erhoben und verwendet werden, soweit dies für Vertragsverhältnis erforderlich ist.

Eine Zweckänderung lässt § 14 Abs. 2 TMG nur für den Fall zu, dass die Daten nötig sind, um Auskunft zu erteilen. Dabei wird lediglich die Übermittlung an Strafverfolgungsbehörden, Geheimdienste und Personen erlaubt, deren Recht am geistigen Eigentum verletzt wurde. Die Aufzählung ist abschließend.⁶⁰⁴ Die Norm stellt jedoch in diesem Fall keine Ermächtigungsgrundlage für den Abruf dar, sondern ermöglicht dem Diensteanbieter nur, eine nach einer anderen Vorschrift berechtigte Anfrage zu erteilen. Es ergibt sich auch keine zusätzliche Erlaubnis oder Pflicht zum Speichern vorhandener Daten.⁶⁰⁵

Insgesamt handelt es sich um eine restriktive Norm. Übermittlungen werden in deutlich weniger Fällen zugelassen als etwa durch § 28 BDSG.⁶⁰⁶ Anbieter von Online-Versanddiensten sind dadurch beim Umgang mit Bestandsdaten zugunsten ihrer Nutzer stark beschränkt. Soll die Datenerhe-

⁶⁰² BT-Drs. 13/7385, 24; *Roßnagel*, in: *Roßnagel* 2003, Kap. 7.9, Rn. 69; *Dix*, in: *Roßnagel* 2013, § 14 TMG, Rn. 28; *Spindler/Nink*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 14 TMG, Rn. 4; a. A. *Zscherpe*, in: *Taeger/Gabel* 2013, § 14 TMG, Rn. 30.

⁶⁰³ *Zscherpe*, in: *Taeger/Gabel* 2013, § 14 TMG, Rn. 38; *Dix*, in: *Roßnagel* 2013, § 14 TMG, Rn. 41 f.

⁶⁰⁴ *Spindler/Nink*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 14 TMG, Rn. 6 f.

⁶⁰⁵ BT-Drs. 16/3078, 16; *Roßnagel*, NVwZ 2007, 748; *Spindler/Nink*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 14 TMG, Rn. 6; *Zscherpe*, in: *Taeger/Gabel* 2013, § 14 TMG, Rn. 42; *Dix*, in: *Roßnagel* 2013, § 14 TMG, Rn. 6; *Zscherpe*, in: *Taeger/Gabel* 2013, § 14 TMG, Rn. 52 nennt mögliche Ermächtigungsvorschriften.

⁶⁰⁶ *Dix*, in: *Roßnagel* 2013, § 14 TMG, Rn. 27 und 44.

bung und -verwendung für weitere als die in § 14 TMG genannten Zwecke erfolgen, muss eine Einwilligung des Betroffenen eingeholt werden.

3.2.1.2 Umgang mit Nutzungsdaten

Der Umgang mit Nutzungsdaten ist ebenfalls gesetzlich nur zulässig, soweit er erforderlich ist. Auch hier ist der Begriff der Erforderlichkeit eng auszu-legen.⁶⁰⁷ Der Datenumgang muss also die Inanspruchnahme von Telemedien oder ihre Abrechnung nicht nur fördern, sondern ermöglichen. Dabei sind auch die Möglichkeiten des Systemdatenschutzes und vor allem der Grundsatz der Datenvermeidung und -sparsamkeit etwa durch alternative Technikgestaltung zu bedenken.⁶⁰⁸ So sind beispielsweise personenbezogene Daten zur Nutzeridentifizierung bei allgemein zugänglichen, kostenfreien Informationsangeboten nicht erforderlich. Sind die Nutzungsdaten nicht mehr für diesen Zweck erforderlich, sind sie nach § 13 Abs. 4 Nr. 2 TMG zu löschen oder zu sperren, da ihre weitere Verwendung nicht mehr zulässig ist. Ebenfalls unzulässig ist nach Nr. 4 das Zusammenführen von Nutzungsdaten verschiedener Telemedien. Diese Vorschrift ist als allgemeines Trennungsgebot zu verstehen.

Erlaubt ist der Umgang mit Nutzungsdaten jedoch zum Zweck der Werbung, Marktforschung und bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien. Nach § 15 Abs. 3 Satz 1 TMG dürfen sie zu diesem Zweck zu pseudonymen Profilen zusammengeführt werden. Der Begriff des Profils ist nicht legaldefiniert. Die wohl herrschende Meinung nennt als Kriterien zur Bestimmung eines Profils die „zielgerichtete Verknüpfung von Daten, die einer Person zuzuordnen sind,... indem sie logisch zueinander in Beziehung gesetzt werden“.⁶⁰⁹ Außerdem müssen die Daten qualitativ dazu geeignet sein, zumindest ein Teilabbild der Persönlichkeit abzubilden. Das Erstellen eines Profils ist von einer zielgerichteten Auswahl und Kombination der Daten geprägt.⁶¹⁰ Durch Profile können aus wenig aussagekräftigen Einzeldaten

⁶⁰⁷ *Spindler/Nink*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 15 TMG, Rn. 5.

⁶⁰⁸ *Dix/Schaar*, in: *Roßnagel* 2013, § 15 TMG, Rn. 47. Detailliert zum Systemdatenschutz s. Teil 2 Kapitel 3 3.7 Datenschutz durch Technik; detailliert zum Grundsatz der Datenvermeidung und -sparsamkeit s. Teil 2 Kapitel 3 3.5 Datensparsamkeit und -vermeidung.

⁶⁰⁹ *Jandt/Laue*, K&R 2006, 318.

⁶¹⁰ *Scholz* 2003, 95 f.; *Jandt/Laue*, K&R 2006, 318 f.; a. A. *Zscherpe*, in: *Taeger/Gabel* 2013, § 15 TMG, Rn. 61.

besonders interessante und aussagekräftige Informationen mit hohem wirtschaftlichem Wert werden.⁶¹¹ Dies ist vor allem deshalb möglich, weil das Gesetz nicht zwischen verschiedenen Arten von Profilen unterscheidet. So dürfen nicht nur Momentprofile, sondern auch Langzeitprofile erstellt werden, wobei jedoch ausschließlich Nutzungsdaten genutzt werden können. Andere Daten dürfen im Profil nicht aufgenommen werden.

Insbesondere bei Online-Versanddiensten werden häufig Profile angelegt, um das Verhalten des Nutzers auf der Webseite nachzuverfolgen.⁶¹² Dem Diensteanbieter ist nach Satz 3 aber verboten, das Profil mit Daten, die den Nutzer identifizieren können, zusammenzuführen. Dem Nutzer ist zudem die Möglichkeit des Widerspruchs, also eine Opt-out-Möglichkeit, einzuräumen. Widerspricht der Nutzer, ist der künftige Umgang mit den Daten unzulässig.⁶¹³ Der Widerspruch gilt ex nunc. Die Daten – also das gesamte Profil – ist zu löschen. Auf die Möglichkeit des Widerspruchs muss der Diensteanbieter nach Satz 2 hinweisen.

Die anonymisierten Nutzungsdaten darf der Diensteanbieter nach Abs. 5 Satz 3 zu Marktforschungszwecken auch an andere Diensteanbieter übermitteln. Satz 4 erlaubt außerdem durch entsprechende Anwendung des § 14 Abs. 2 TMG, den Strafverfolgungsbehörden, Geheimdiensten und Personen, deren Recht am geistigen Eigentum verletzt wurde, Auskunft zu erteilen. § 15 Abs. 8 TMG sieht zudem vor, dass der Diensteanbieter Nutzungsdaten verwenden darf, um Missbrauch durch die Nutzer aufzuklären. Dazu zählt vor allem die Leistungerschleichung. Die Diensteanbieter sollen damit die Möglichkeit erhalten, sich gegen schädigendes Verhalten der Nutzer zu wehren,⁶¹⁴ also wenn diese die Nutzung der Telemedien nicht wie vereinbart bezahlen. Eine Leistungerschleichung kommt bei Online-Versanddiensten jedoch nicht in Betracht, da ihre Nutzung in aller Regel kostenlos ist.

⁶¹¹ *Rofßnagel/Pfitzmann/Garstka* 2001, 27.

⁶¹² Detailliert zu den Risiken s. Teil 2 Kapitel 1 2.2 Risiken für die informationelle Selbstbestimmung.

⁶¹³ *Zscherpe*, in: *Taeger/Gabel* 2013, § 15 TMG, Rn. 59.

⁶¹⁴ BT-Drs. 14/6098, 30.

3.2.1.3 Umgang mit Inhaltsdaten

Neben den Bestands- und Nutzungsdaten, die den datenschutzrechtlichen Vorschriften des Telemediengesetzes und nur subsidiär dem Bundesdatenschutzgesetz unterliegen, sind auch Inhaltsdaten beim Online-Versandhandel von besonderer Bedeutung, da sie alle Daten umfassen, die im direkten Zusammenhang mit dem Kaufvertrag und seiner Abwicklung stehen. Dabei handelt es sich zunächst um die Vertragsdaten selbst. Aus diesen können vielfältige weitere Daten, etwa über die Interessen und die Verhältnisse des Nutzers, abgeleitet werden. Mit diesen Daten kann in unterschiedlicher Weise und zu unterschiedlichen Zwecken umgegangen werden. Als gesetzliche Erlaubnisnorm kommt § 28 BDSG in Betracht. Diese regelt, unter welchen Voraussetzungen Daten zur Erfüllung eigener Geschäftszwecke, also lediglich als „Mittel zum Zweck“,⁶¹⁵ ohne Einwilligung des Betroffenen erhoben, gespeichert, verändert oder übermittelt werden dürfen. Dadurch kann die verantwortliche Stelle ihren Geschäftszweck erfüllen. Welche Geschäfte das konkret sind, hängt von der verantwortlichen Stelle ab.⁶¹⁶

§ 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 3 BDSG nennen verschiedene Erlaubnistatbestände für den Umgang mit Daten, die grundsätzlich unabhängig voneinander sind.⁶¹⁷ Nr. 1 erlaubt den Umgang mit Daten im Rahmen der Zweckbestimmung des rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses. Besteht ein rechtsgeschäftliches oder -ähnliches Schuldverhältnis, kann sich dadurch aus den jeweiligen Schutz- und Vertraulichkeitspflichten eine ausschließliche Zulässigkeit aus dem Zweck des Schuldverhältnisses ergeben, die einen Rückgriff auf Nr. 2 und 3 ausschließt.⁶¹⁸ Ein Schuldverhältnis ist eine Rechtsbeziehung zwischen mindestens zwei Parteien, bei der die eine Partei zu einer Leistung verpflichtet ist, die die andere Partei von ihr fordern kann. Rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse geben keine Leistungsansprüche. Ein Beispiel ist das vorvertragliche Schuldverhältnis, bei dem nach § 311 Abs. 2 BGB noch kein Vertrag geschlossen wurde, aber bereits gegenseitige Pflichten bestehen. Der

⁶¹⁵ *Gola/Schomerus* 2012, § 28 BDSG, Rn. 4; ähnlich *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 28 BDSG, Rn. 22; *Wedde* in: *Däubler et al* 2014, § 28 BDSG, Rn. 10.

⁶¹⁶ *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 28 BDSG, Rn. 23.

⁶¹⁷ *Hoeren* in: *Roßnagel* 2003, Kap. 4.6 Rn. 15.

⁶¹⁸ *Gola/Schomerus* 2012, § 28 BDSG, Rn. 9 ff.; *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 28 BDSG, Rn. 54; *Spindler/Nink*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 28 BDSG, Rn. 3.

Datenumgang ist nur zulässig, soweit es zur Begründung, Durchführung oder Beendigung des Schuldverhältnisses erforderlich ist. Die Erforderlichkeit ist nach dem konkret vorliegenden Schuldverhältnis zu bestimmen.⁶¹⁹

Nach § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BDSG ist der Umgang mit Daten auch zur Wahrung der berechtigten Interessen der verantwortlichen Stelle zulässig, soweit es keinen Grund zur Annahme gibt, dass die schutzwürdigen Interessen des Betroffenen überwiegen. Demnach ist eine Interessenabwägung zwischen den berechtigten Interesse der verantwortlichen Stelle und den schutzwürdigen Interessen des Betroffenen nötig. Berechtigte Interessen sind solche, die durch die Sachlage vernünftiger Weise gerechtfertigt werde, also nur tatsächlich bestehende Interessen. Diese können sowohl wirtschaftlicher als auch ideeller Natur sein.⁶²⁰ Der Datenumgang muss aber auch erforderlich sein, um das berechtigte Interesse zu wahren. Schutzwürdiges Interesse des Betroffenen ist nach § 1 Abs. 1 BDSG in erster Linie sein Persönlichkeitsrecht. Dazu zählt auch sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung. Andere berechtigte Interessen sind aber auch zu beachten, soweit der verantwortlichen Stelle, die die Abwägung vornimmt, diese im konkreten Fall erkennbar sind.⁶²¹

Für allgemein zugängliche Daten normiert § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BDSG einen gesetzlichen Erlaubnistatbestand. Dieser umfasst auch Daten, die die verantwortliche Stelle selbst veröffentlichen dürfte. Allgemein zugänglich sind Daten, wenn sie „sich sowohl ihrer Zielsetzung als auch ihrer Publikationsform nach dazu eignen, einem individuell nicht bestimmbar Personenkreis Informationen zu vermitteln“.⁶²² Dazu zählen etwa Daten aus dem Internet.⁶²³ Ihre Verarbeitung ist nur dann nicht zulässig, wenn die schutzwürdigen Interessen der Betroffenen offensichtlich gegenüber den berechtigten Interessen der verantwortlichen Stelle überwiegen. Dazu muss ein aufmerksamer Beobachter dies ohne weiteres erkennen können.⁶²⁴

⁶¹⁹ *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 28 BDSG, Rn. 69; *Gola/Schomerus* 2012, § 28 BDSG, Rn. 16; detailliert zum Grundsatz der Zweckbindung s. Teil 2 Kapitel 3 3.3 Zweckbindung.

⁶²⁰ *Gola/Schomerus* 2012, § 28 BDSG, Rn. 24.

⁶²¹ *Gola/Schomerus* 2012, § 28 BDSG, Rn. 28.

⁶²² *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 28 BDSG, Rn. 151; ähnlich *BVerfGE* 27, 73, 82 zu Art. 5 GG.

⁶²³ *Gola/Schomerus* 2012, § 28 BDSG, Rn. 33a.

⁶²⁴ *Gola/Schomerus* 2012, § 28 BDSG, Rn. 31; ähnlich *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 28 BDSG, Rn. 163.

Bei der Erhebung all dieser Daten ist nach Satz 2 der Zweck festzulegen. Dabei ist eine schriftliche Dokumentation des Zwecks nötig.⁶²⁵ Der Umgang mit den Daten darf fortan nur zu diesem Zweck erfolgen. Andernfalls ist eine neue Erlaubnis nötig. Eine Zweckänderung ermöglicht etwa Abs. 2 für die Übermittlung und Nutzung der Daten entsprechend Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 oder wenn sie für die Wahrung der berechtigten Interessen eines Dritten, zur Strafverfolgung oder Gefahrenabwehr erforderlich ist und nicht anzunehmen ist, dass ein schutzwürdiges Interesse des Betroffenen dem entgegensteht.

Spezialregelungen Für den Adresshandel und den Datenumgang für Werbezwecke enthält Abs. 3. Dabei ist nicht von einem geschäftsmäßigen Adresshandel auszugehen, da dieser nach § 29 zu beurteilen wäre.⁶²⁶ Die Verwendung, also Verarbeitung und Nutzung, der Daten ist nach § 28 Abs. 3 Satz 1 BDSG nur zulässig, wenn der Betroffene schriftlich eingewilligt hat oder die besonderen Vorschriften zur Einwilligung nach Abs. 3a beachtet wurden. Danach ist eine elektronische Erklärung möglich, wenn der Betroffene eine schriftliche Bestätigung erhält oder die Einwilligung protokolliert wird und der Betroffene ihren Inhalt jederzeit abrufen und die Einwilligung für die Zukunft widerrufen kann. Der Betroffene darf gemäß Abs. 3b Satz 1 nicht zur Abgabe der Einwilligung gezwungen werden, indem der Vertragsabschluss davon abhängig gemacht wird, wenn ein anderer Zugang zu gleichwertigen vertraglichen Leistungen ohne die Einwilligung nicht oder nicht in zumutbarer Weise möglich ist. Eine solche Einwilligung ist unwirksam, wie Satz 2 klarstellt.

Ohne Einwilligung ist die Verwendung nach Abs. 3 Satz 2 nur zulässig, wenn die Daten listenmäßig oder mit bestimmten anderen Daten zu einer Gruppe zusammengefasst sind. Als Zweck kommt für Online-Versanddienste nur die Werbung für eigene Angebote nach Nr. 1 in Betracht. Die Daten müssen im Rahmen des Rechtsgeschäfts (Abs. 1 Satz 1 Nr. 1) oder aus allgemein zugänglichen Verzeichnissen stammen. Dann dürfen zu ihnen gemäß Satz 3 auch weitere Daten hinzugespeichert werden. Wurden die Daten zusammengefasst, dürfen sie nach Satz 4 auch zur Werbung verwendet werden, wenn die Übermittlung entsprechend § 34 Abs. 1a

⁶²⁵ Gola/Schomerus 2012, § 28 BDSG, Rn. 35.

⁶²⁶ Gola/Schomerus 2012, § 28 BDSG, Rn. 47; a. A. Simitis, in: Simitis 2014, § 28 BDSG, Rn. 211 f.

Satz 1 BDSG von der übermittelnden Stelle und dem Empfänger gespeichert wird und die ursprüngliche Stelle aus der Werbung eindeutig hervorgeht. Listenmäßig oder anders zusammengefasste Daten dürfen nach § 28 Abs. 3 Satz 5 BDSG auch ohne diese Voraussetzungen für Werbung für fremde Angebote genutzt werden, wenn die verantwortliche Stelle für den Betroffenen erkennbar ist. Sollen die Daten zu Werbezwecken ohne Einwilligung des Nutzers verwendet werden, dürfen aber nach Satz 6 nie schutzwürdige Interessen des Betroffenen entgegenstehen. Werden Daten zu Werbezwecken nach diesem Absatz übermittelt, ist ihre Verwendung gemäß Satz 6 an diesen Zweck gebunden.

Der Betroffene kann nach Abs. 4 Satz 1 der Datenverwendung zur Werbung, Markt- oder Meinungsforschung widersprechen. Dazu genügt nach Satz 4 eine leichtere oder maximal dieselbe Form, wie bei der Einwilligung, wenn eine solche vorlag. Auf diese Möglichkeit ist er nach Satz 2 ebenso wie auf die verantwortliche Stelle hinzuweisen. Wurden die Daten an einen Dritten übermittelt, ist dieser nach Abs. 5 darüber zu informieren, dass die Verarbeitung der Daten an den Zweck gebunden sind, zu dem sie übermittelt wurden.

Abs. 6 bis 9 sind gesetzliche Erlaubnistatbestände zum Umgang mit besonderen Arten personenbezogener Daten im Sinne des § 3 Nr. 9 BDSG. Dieser ist stark beschränkt. § 28 Abs. 6 BDSG fordert etwa das Vorliegen einer Einwilligung oder den Schutz lebenswichtiger Interessen, wenn die Einwilligung nicht eingeholt werden kann (Nr. 1), die Verarbeitung offenkundig öffentlich gemachter Daten (Nr. 2) oder sie für rechtliche Ansprüche erforderlich ist und kein entgegenstehendes schutzwürdiges Interesse des Betroffenen besteht (Nr. 3).

In der Praxis der Online-Versanddienste ist vor allem die Verwendung der Daten zu Werbezwecken, insbesondere die Profilbildung und ihre Weitergabe wesentlich. Das Bundesdatenschutzgesetz sieht für Inhaltsdaten eine Vielzahl an Erlaubnisnormen vor, die eine solche Datenverwendung ohne die Einwilligung des Nutzers möglich machen.

3.2.2 Einwilligung

Möchte der Diensteanbieter mit zusätzlichen personenbezogenen Daten umgehen oder Erhebungs- und Verwendungsschritte⁶²⁷ durchführen, die über das gesetzlich Erlaubte hinausgehen, etwa weil er sie zu einem anderen Zweck oder auf nicht erforderliche Weise verwenden will, benötigt er dazu eine Einwilligung des Nutzers. Bei der Einwilligung übt der Nutzer sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus,⁶²⁸ da er damit selbst über die Preisgabe seiner Daten verfügt, indem er seine Daten einer bestimmten Person zu einem bestimmten Zweck zur Verfügung stellt.

Häufig umfassen Einwilligungen auch durch eine gesetzliche Erlaubnisnorm abgedeckte personenbezogenen Daten und deren Umgang. In solchen Fällen wird der Anschein der Freiwilligkeit erweckt, obwohl dies regelmäßig nicht zutrifft. Denn die verantwortliche Stelle kann mit den Daten auch dann entsprechend umgehen, wenn sie keine Einwilligung des Nutzers hat, indem sie auf die gesetzliche Erlaubnisnorm abstellt.⁶²⁹ Ein solches Vorgehen ist aus Datenschutzsicht nicht zulässig.

Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung nennen § 13 Abs. 2 TMG und § 4a BDSG. Da sich die Spezialnorm des Telemediengesetzes nur auf die Form bezieht und keine weiteren Kriterien betrachtet, ist § 4a BDSG bei Bestands- und Nutzungsdaten subsidiär anzuwenden.⁶³⁰ Für Inhaltsdaten gilt nur § 4a BDSG. Danach muss eine Einwilligung informiert, bewusst und gewollt, eindeutig und bestimmt sowie freiwillig und formgültig erteilt werden. Diese Voraussetzungen sind kumulativ zu erfüllen.⁶³¹

Für eine informierte Einwilligung müssen dem Betroffenen alle wichtigen Informationen zur Verfügung stehen, um eine informierte Entscheidung treffen zu können.⁶³² Eine eindeutige und bestimmte Einwilligung ermöglicht es dem Betroffenen, sich ein Bild von den Folgen der Erhebung, Verar-

⁶²⁷ Im Folgenden soll die Terminologie des Telemediengesetzes verwendet werden, da diese Vorschriften im Fokus der Untersuchung stehen, weil sie speziell für Online-Situationen geschaffen wurden.

⁶²⁸ *Bizer/Hornung*, in: Roßnagel 2013, § 12 TMG, Rn. 66.

⁶²⁹ *Scholz/Sokol*, in: Simitis 2014, § 4 BDSG, Rn. 6; *Holznel/Sonntag*, in: Roßnagel 2003, Kap. 4.8, Rn. 17 f.; *Spindler*, in: Deutscher Juristentag 2012, F 48. Zur Problematik bereits *Boos*, *VuR* 2015, 94.

⁶³⁰ *Jandt/Schaar/Schulz*, in: Roßnagel 2013, § 13 TMG, Rn. 66.

⁶³¹ *Moos*, in: *Taeger/Gabel* 2013, § 13 TMG, Rn. 17.

⁶³² *Bizer/Hornung*, in: Roßnagel 2013, § 12 TMG, Rn. 71.

beitung und Nutzung seiner Daten zu machen, weil er die Grenzen der von ihm erlaubten Datenverarbeitung, also die Daten, die Arten des Umgangs und die Zwecke, bestimmen kann. § 4a Abs. 1 Satz 2 BDSG fordert deshalb, dass der Betroffene über den Zweck und gegebenenfalls über die Folgen einer Verweigerung informiert wird. Bei Bestands- und Nutzungsdaten trägt auch § 13 Abs. 3 TMG zu einer informierten Entscheidung des Nutzers über die Einwilligung bei, indem er den Diensteanbieter verpflichtet, den Nutzer vor der Einwilligung auf sein Widerrufsrecht hinzuweisen. Dieser kann seine einmal erteilte Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen. Um von diesem Recht Gebrauch zu machen, muss er davon Kenntnis haben.

Eine bewusste und gewollte Einwilligung ist nötig, weil mit der Erklärung eine rechtsgeschäftliche Handlung erfolgt, wozu ein Handlungswille, der Geschäftswille und die Kundgabe dieser Erklärung nötig sind.⁶³³ Eine mutmaßliche Einwilligung⁶³⁴ ist ebenso wenig ausreichend wie eine pauschale Einwilligung⁶³⁵. Auch ein einfacher Mausklick genügt nicht,⁶³⁶ da der Nutzer nicht ohne weiteres zwischen bedeutungsvollen und unbedeutenden Klicks unterscheiden kann. Außerdem besteht eine hohe Wahrscheinlichkeit für Eingabefehler. Stattdessen ist eine bestätigende Wiederholung nötig, also etwa das Setzen eines Häkchens und der anschließende Klick auf einen Button.⁶³⁷ Nach dem Payback-Urteil des Bundesgerichtshofs besteht auch die datenschutzunfreundlichere Möglichkeit zum Opt-out. Für den Nutzer ergibt sich bei deutlicher Formulierung und optischer Hervorhebung keine „ins Gewicht fallende Hemmschwelle“.⁶³⁸ Allerdings ist umstritten, ob diese Entscheidung auch auf die elektronische Einwilligung bei Bestands- und Nutzungsdaten anwendbar ist.⁶³⁹ Die Gestaltung der Einwilligung als Opt-out-Lösung ist aus datenschutzrechtlicher Sicht jedenfalls als benachteiligend anzusehen, da der Nutzer selbst aktiv werden muss, wenn mit seinen

⁶³³ *Jandt/Schaar/Schulz*, in: Roßnagel 2013, § 13 TMG, Rn. 72.

⁶³⁴ Anstelle vieler *Holznel/Sonntag*, in: Roßnagel 2003, Kap. 4.8, Rn. 36.

⁶³⁵ *Holznel/Sonntag*, in: Roßnagel 2003, Kap. 4.8 Rn. 49 ff.

⁶³⁶ Zumindest sehr kritisch *Gabel*, ZUM 2002, 612.

⁶³⁷ OLG Brandenburg, MMR 2006, 405 (406); *Moos*, in: Taeger/Gabel 2013, § 13 TMG, Rn. 21; *Zscherpe*, MMR 2004, 726; *Heckmann* 2014, Kap. 9, Rn. 228; *Scholz* 2003, 284 f.

⁶³⁸ BGHZ 177, 253 (Rn. 22).

⁶³⁹ Dafür *Spindler/Nink*, in: Spindler/Schuster 2011, § 12 TMG, Rn. 6; a. A. *Moos*, in: Taeger/Gabel 2013, § 13 TMG, Rn. 21; *Gola/Reif* 2011, Rn. 303.

Daten nicht über das gesetzlich zulässige Maß hinaus umgegangen werden soll.

Die Einwilligung muss auch freiwillig sein, weil sie dem Willen des Betroffenen nur dann zugerechnet werden kann. Eine Einwilligung wird nur dann freiwillig erteilt werden, wenn kein äußerer Druck besteht.⁶⁴⁰ Deshalb ist in § 28 Abs. 3b BDSG ein Kopplungsverbot für den Vertragsschluss mit der Einwilligung in das Verwenden der Daten zu Werbezwecken normiert, das auch für das Telemediengesetz gilt.⁶⁴¹ Danach darf der Vertragsabschluss nicht von der datenschutzrechtlichen Einwilligung abhängig gemacht werden, soweit sonst kein Zugang zu einem vergleichbaren Angebot besteht. Damit soll verhindert werden, dass ein Anbieter seine Monopolstellung ausnutzt, um eine Einwilligung zu erwirken. Jedoch werden an die Monopolstellung sehr hohe Anforderungen gesetzt. So wurde beispielsweise verneint, dass eBay bei einem Marktanteil von 76 Prozent eine Monopolstellung für Internetauktionen hatte. Der Nutzer habe dennoch eine ausreichende Möglichkeit, gleichwertige Dienste anderer Anbieter ohne unzumutbare Nachteile in Anspruch zu nehmen.⁶⁴²

Formgültig ist eine Einwilligung nur, wenn sie den Formvorschriften genügt. Diesbezüglich unterscheiden sich die Anforderungen bei Inhaltsdaten einerseits und Bestands- und Nutzungsdaten andererseits. Gemäß § 4a Abs. 1 Satz 3 BDSG muss die Einwilligung in den Umgang mit Inhaltsdaten in Schriftform erfolgen. Für die Schriftform ist gemäß § 126 Abs. 1 BGB eine eigenhändige Unterzeichnung nötig. Alternativ genügt nach Abs. 3 mangels anderslautenden Inhalts der jeweiligen Vorschrift auch die elektronische Form im Sinne des § 126a BGB. Damit genügt es auch, wenn der Einwilligung der Namen hinzugefügt und das Dokument zusätzlich qualifiziert elektronisch signiert wurde. Ausnahmen sind nur bei besonderen Umständen möglich. Die Tatsache, dass Online-Versanddienste nur digital verfü-

⁶⁴⁰ Zscherpe, MMR 2004, 726 f.; Roßnagel, in: Roßnagel 2003, Kap. 7.9, Rn. 62; Holznapel/Sonntag, in: Roßnagel 2003, Kap. 4.8, Rn. 54; Simitis, in: Simitis 2014, § 4a BDSG, Rn. 62ff.

⁶⁴¹ Explizit BT-Drs. 16/12011, 17 und 33; Bizer/Hornung, in: Roßnagel 2013, § 12 TMG, Rn. 10.

⁶⁴² OLG Brandenburg, MMR 2006, 405 (407).

bar sind, genügt jedoch nicht.⁶⁴³ Zweck der besonderen Formvorschrift des § 4a Abs. 1 Satz 3 BDSG ist die Warn- und Beweisfunktion.⁶⁴⁴

Vor der Schriftform ermöglicht auch § 13 Abs. 2 TMG eine Ausnahme bei der Einwilligung in den Umgang mit Bestands- und Nutzungsdaten. Danach genügt bereits eine elektronische Erklärung der Einwilligung. Damit wird ein unerwünschter Medienbruch vermieden.⁶⁴⁵ Eine bestimmte Form, etwa die elektronische Form nach § 126a BGB, ist nicht nötig.⁶⁴⁶ Es müssen jedoch bestimmte Anforderungen erfüllt sein, damit eine elektronisch erklärte Einwilligung wirksam ist. Die Einwilligung muss gemäß § 13 Abs. 2 Nr. 1 TMG bewusst und eindeutig mit elektronischen Mitteln erklärt sowie nach Nr. 2 protokolliert werden. Damit soll Transparenz und Nachweisbarkeit gewährleistet werden.⁶⁴⁷ Dabei ist zu beachten, dass auch die Protokollaten personenbezogen sind und diese deshalb ebenfalls dem Datenschutzrecht unterfallen.⁶⁴⁸ Den Inhalt der Einwilligung muss der Nutzer gemäß Nr. 3 jederzeit abrufen können. Dafür ist regelmäßig ein Versionsmanagement nötig. Dem Nutzer ist genau der Einwilligungstext anzuzeigen, der ihm zur Einwilligung vorgelegt wurde. Da Einwilligungstexte in aller Regel im Laufe der Zeit angepasst werden, muss der Anbieter wissen und dem Nutzer entsprechend anzeigen, in welche Version des Textes der jeweilige Nutzer eingewilligt hat.⁶⁴⁹ Zuletzt ist nach Nr. 4 ein Hinweis darauf nötig, dass der Nutzer die Erklärung jederzeit für die Zukunft widerrufen kann. Diese Regelung ist zwingend und kann nicht vertraglich abbedungen werden. Mit den technikoffenen⁶⁵⁰ Anforderungen gewährt der Gesetzgeber dem Diensteanbieter Umsetzungsspielräume. Dafür trägt dieser das Risiko einer fehlerhaften Umsetzung.⁶⁵¹ Die einzelnen Vorgaben sollen den fehlen-

⁶⁴³ *Schaar*, MMR 2001, 644, 647; *Rogosch*, Einwilligung im Datenschutzrecht 2013, 165 ff. So bereits vertreten in *Boos*, VuR 2015, 96.

⁶⁴⁴ *Roßnagel*, in: *Roßnagel* 2003, Kap. 7.9.Rn. 64; *Bizer/Hornung*, in: *Roßnagel* 2013, § 12 TMG Rn. 77 f.

⁶⁴⁵ BT-Drs. 13/7385, 1 und 22 f.

⁶⁴⁶ *Spindler/Nink*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 13 TMG, Rn. 6; *Zscherpe*, MMR 2004, 726.

⁶⁴⁷ *Jandt* 2008, 118.

⁶⁴⁸ *Jandt/Schaar/Schulz*, in: *Roßnagel* 2013, § 13 TMG, Rn. 78.

⁶⁴⁹ Entsprechend der Einwilligung muss der Anbieter auch mit den Daten umgehen. Im Zweifel müssen also die Daten von Personen, die bei unterschiedlich umfangreichen Einwilligungstexten eingewilligt haben, verschieden behandelt werden.

⁶⁵⁰ BT-Drs. 14/6089, 29.

⁶⁵¹ *Jandt/Schaar/Schulz*, in: *Roßnagel* 2013, § 13 TMG, Rn. 71.

den Beweis- und Warnzweck der Schriftform ersetzen⁶⁵² und den Gefahren von Telemedien als flüchtige Medien gerecht werden.

Eine weitere formale Anforderung ergibt sich aus § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG. Danach ist die Einwilligung hervorzuheben, wenn sie im Zusammenhang mit anderen Erklärungen, etwa dem Akzeptieren von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, erteilt wird. Generell können Schriftgröße, -art und sonstige Formatierung wie Fettdruck zum Hervorheben genutzt werden.⁶⁵³ In der Happy-Digits-Entscheidung sah der Bundesgerichtshof die Umrandung des Absatzes „Einwilligung“ in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zusammen mit dem Hinweis auf die Möglichkeit zur Streichung der Klausel, wenn die Einwilligung nicht erteilt werden soll, als ausreichend an.⁶⁵⁴ Allerdings ist umstritten, ob sie auch auf Bestands- und Nutzungsdaten übertragbar ist,⁶⁵⁵ wobei dies aus datenschutzrechtlicher Sicht zu unterstützen ist. Zusätzlich können auch einzelne Erlaubnisnormen besondere Anforderungen an die Einwilligung stellen, so etwa § 28 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 3a BDSG.

Viele Nutzer erklären ihre Einwilligung jedoch, ohne den Inhalt der Einwilligung verstanden oder auch nur zur Kenntnis genommen zu haben.⁶⁵⁶ Diese Problematik entspricht der bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen. So findet das AGB-Recht regelmäßig vor Gericht Anwendung, wenn um die Frage der wirksamen Einwilligung, insbesondere für Werbemails und Gewinnspiele, gestritten wird.⁶⁵⁷ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind die §§ 305 ff. BGB auch auf eine vom Verwender vorformulierte einseitige Erklärung des anderen Teils anzuwenden, die im Zusammenhang mit dem Vertragsverhältnis steht.⁶⁵⁸ Neben den spezifischen Vor-

⁶⁵² BT-Drs. 13/7385, 23.

⁶⁵³ BGHZ 177, 24 (Rn. 20); BGH, NJW 2010, 864 (Rn. 25).

⁶⁵⁴ BGH, NJW 2010, 864 ff.

⁶⁵⁵ BGH, NJW 2010, 864.

⁶⁵⁶ *Spindler*, in: Deutscher Juristentag 2012, F 99; *Hoeren*, ZD 2011, 145.

⁶⁵⁷ BGH, NJW 2013, 2684; *Voigt*, K&R 2013, 371; *Jaschinski*, in: Heidrich/Forgó/Feldmann 2012, Kap. IV, Rn. 124.

⁶⁵⁸ St. Rechtsprechung BGHZ 177, 253 (Rn. 18); BGH, NJW 2000, 2677 (2677); BGHZ 98, 24 (28).

gaben zur Einwilligung unterliegen vorformulierte Einwilligungen also auch der AGB-Kontrolle.⁶⁵⁹

Bei einer mangelnden Hervorhebung der Einwilligung aus anderen Erklärungen fehlt es deshalb an der wirksamen Einbeziehung nach § 305 Abs. 2 Nr. 1 BGB. Außerdem liegt wegen § 4a Abs. 1 Satz 2 BDSG auch ein Verstoß gegen das gesetzliche Leitbild nach § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB vor, sodass die Klausel auch unwirksam ist. Bei ungenauen Inhalten wird nach § 305c Abs. 2 BGB die kundenfeindlichste Auslegung herangezogen, um festzustellen, ob es sich um eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 307 Abs. 1 BGB handelt.⁶⁶⁰ Von besonderer Bedeutung ist im Zusammenhang mit der Einwilligung § 308 Nr. 5 BGB, der eine Einwilligungsfiktion in aller Regel verbietet. Soll beispielsweise die Nutzung des Online-Versanddienstes bereits eine datenschutzrechtliche Einwilligung erklären, ist dies auch nach § 305 Nr. 5 BGB nicht zulässig.

Anbieter von Online-Versanddiensten müssen demnach diverse Anforderungen an die formale, aber auch inhaltliche Gestaltung einer Einwilligung einhalten. Andernfalls wird keine Einwilligung erteilt. Ohne Einwilligung ist der Umgang mit Daten dann nur im Rahmen des gesetzlich Zulässigen erlaubt.

3.3 Zweckbindung

Die Erlaubnis – durch Rechtsvorschrift oder Einwilligung – muss sich immer auf einen konkreten Zweck beziehen. Denn nur dann kann der Betroffene einschätzen, welche Tragweite der Umgang mit seinen personenbezogenen Daten in diesem Zusammenhang hat. Deshalb muss die Angabe des Zwecks auch so bestimmt sein, dass für den Betroffenen klar zu erkennen ist, wofür seine personenbezogenen Daten erhoben und verwendet werden.⁶⁶¹ Nur wenn der Zweck bekannt ist, können mögliche Folgen erkannt und damit eine informierte Entscheidung getroffen werden.⁶⁶²

⁶⁵⁹ Vgl. BGHZ 95, 362 (363 f.); BGH, NJW 2000, 2677; BGHZ 177, 253; *Spindler/Nink*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 12 TMG, Rn. 6a; *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 4 BDSG, Rn. 84; *Rogosch* 2013, 112 ff.; detailliert zur AGB-Kontrolle s. Teil 2 Kapitel 2 2 Allgemeine Geschäftsbedingungen.

⁶⁶⁰ *Spindler/Nink*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 12 TMG, Rn. 6a m. w. N.

⁶⁶¹ *Helfrich*, in: *Hoeren/Sieber/Holznapel* 2014, Teil 16.1, Rn. 88 ff.

⁶⁶² BVerfGE 65, 1 (45).

Der Umgang mit personenbezogenen Daten ist nur für diesen zu Beginn zu bestimmenden Zweck erlaubt. Um zulässiger Weise mit den personenbezogenen Daten eines Nutzers umgehen zu dürfen, muss der Anbieter des Online-Versanddienstes also nicht nur eine Erlaubnis haben. Er darf mit diesen auch ausschließlich zu dem jeweiligen Zweck umgehen. Um Daten zu einem anderen Zweck zu erheben oder zu verwenden, ist eine Zweckänderung nötig. Diese wird jedoch nur ausnahmsweise zugelassen. Liegen weder eine Erlaubnisnorm für eine Zweckänderung noch eine Einwilligung in die Zweckänderung vor, ist sie unzulässig.⁶⁶³ Dabei gilt auch in diesem Zusammenhang, dass sich Erlaubnisnormen für Bestands- und Nutzungsdaten explizit auf Telemedien beziehen müssen. Außerdem ist ein Rückgriff auf gesetzlich erlaubte Zweckänderungen nicht erlaubt, wenn die Daten nur aufgrund einer Einwilligung mit anderem Zweck erhoben und verarbeitet wurden.⁶⁶⁴

Durch die Zweckbindung der Daten ergibt sich auch, dass der Umgang mit ihnen – so auch das Speichern – nicht mehr zulässig ist, wenn der Zweck nicht mehr vorliegt oder die Daten zur Erfüllung nicht mehr erforderlich sind. Solche Daten sind zu löschen. Personenbezogene Daten dürfen nach § 35 Abs. 2 Satz 1 BDSG grundsätzlich jederzeit gelöscht werden. Damit liegt für den Verarbeitungsschritt des Löschens eine Erlaubnisnorm vor. Nutzungsdaten sind beispielweise nach § 15 Abs. 4 TMG grundsätzlich unmittelbar zum Ende der jeweiligen Nutzung zu löschen.

Als rechtliche Anforderung an den Anbieter eines Online-Versanddienstes ergibt sich, dass mit personenbezogenen Daten nur im Rahmen des zu Beginn festgelegten Zwecks umgegangen werden darf. Bei Zweckänderungen ist zu prüfen, ob eine Erlaubnis für diesen neuen Zweck besteht.

3.4 Erforderlichkeit

Bereits im Volkszählungsurteil erklärte das Bundesverfassungsgericht, dass sich Datenumgänge „auf das zum Erreichen des angegebenen Ziels erforderliche Minimum beschränken müssen“.⁶⁶⁵ Jede Verarbeitung personenbezogener Daten ist nur zulässig, soweit sie erforderlich ist, um den zulässigen

⁶⁶³ *Bizer/Hornung*, in: Roßnagel 2013, § 12 TMG, Rn. 92.

⁶⁶⁴ *Bizer/Hornung*, in: Roßnagel 2013, § 12 TMG, Rn. 95.

⁶⁶⁵ BVerfGE 65, 1 (46).

Zweck zu erreichen. Es dürfen nur die Daten verarbeitet werden, die für das Erreichen des Zwecks unabdingbar sind.⁶⁶⁶ Das gilt auch für Anbieter von Online-Versanddiensten. Die Datenverarbeitung ist auf die Phasen und die Zeiträume zu beschränken, die für das Erreichen des Zwecks notwendig sind. Sind die Daten nicht mehr erforderlich, sind sie zu löschen.⁶⁶⁷

Das Erforderlichkeitsprinzip stellt einen der wesentlichen Grundsätze des Datenschutzrechts dar, weil es – wie das Zweckbindungsgebot – bei jedem einzelnen Datenumgang über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit entscheiden kann. Anbieter von Online-Versanddiensten dürfen mit personenbezogenen Daten demnach nur umgehen, wenn dieser Umgang im engeren Sinne erforderlich ist.

3.5 Datensparsamkeit und -vermeidung

§ 3a Satz 1 BDSG fordert über das Erforderlichkeitsprinzip hinaus, Datenverarbeitungssysteme und -prozesse so auszuwählen und zu gestalten, dass personenbezogene Daten vermieden oder begrenzt werden. § 3a Satz 2 BDSG ergänzt diesen Grundsatz, indem er insbesondere die Möglichkeit anonymen und pseudonymen Handelns als eine Gestaltungsform datensparsamer Systeme fordert. § 13 Abs. 6 TMG konkretisiert diese allgemeine Forderung unter bestimmten Bedingungen als Pflicht für den Bereich der Telemedien,⁶⁶⁸ zu denen alle Online-Versanddienste per Definition zählen.

Der Grundsatz der Datensparsamkeit fordert, so wenige Daten wie möglich zu erheben und zu verwenden und sie nur so kurz wie nötig zu speichern. Datenvermeidung ist die idealisierte Form der Datensparsamkeit. Dabei werden gar keine personenbezogenen Daten erhoben.⁶⁶⁹ Das Gebot der Datensparsamkeit und -vermeidung dient der Optimierung technischer Systeme.⁶⁷⁰ Ziel ist der vorsorgliche Datenschutz, da gerade im Internet einmal preisgegebene Daten kaum wieder gelöscht werden können.⁶⁷¹

⁶⁶⁶ BVerfGE 65, 1 (46).

⁶⁶⁷ BVerfGE 65, 1 (46); *Roßnagel/Jandt/Müller/Gutscher/Heesen* 2006, 43 ff.

⁶⁶⁸ *Roßnagel*, in: *Roßnagel/Banzhaf/Grimm* 2003, 196 f.

⁶⁶⁹ *Hansen*, in: *Roßnagel* 2003, Kap. 3.3, Rn. 48; ähnlich *Federrath/Pfützmann*, in: *Roßnagel* 2003, Kap. 2.2, Rn. 9 f.

⁶⁷⁰ *Roßnagel*, in: *Eifert/Hoffmann-Riem* 2011, 45 ff. mit Beispielen.

⁶⁷¹ *Roßnagel*, in: *Eifert/Hoffmann-Riem* 2011, 44. Die Datenschutz-Grundverordnung der EU fordert dies aber; dazu kritisch *Spies*, *ZD-Aktuell* 2011, 121.

Damit ist das Gebot vom Erforderlichkeitsprinzip abzugrenzen. Letzteres soll Grundrechtseingriffe abwehren und bestimmt dazu die Zulässigkeit eines konkreten Prozesses, seinen Umfang und die Dauer. Das Erforderlichkeitsprinzip ist dabei auf den Zweck bezogen und erlaubt nur die dazu erforderlichen Schritte des Umgangs mit personenbezogenen Daten. Den Zweck bestimmt der Diensteanbieter allerdings nach seinen Interessen. Hier setzt das Gebot der Datenvermeidung und -sparsamkeit an. Es verlangt, den Zweck so zu wählen, dass die hierfür benötigten personenbezogenen Daten so wenig umfangreich wie möglich sind. Das Gebot der Datensparsamkeit und -vermeidung schützt vorsorglich vor einem Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung.⁶⁷²

Um technische Systeme nach dem Gebot der Datenvermeidung und -sparsamkeit zu optimieren, muss zunächst überprüft werden, ob das System in einer Form umgesetzt werden kann, durch die die Erhebung von personenbezogenen Daten vollständig vermieden wird. Da das Gebot der Datenvermeidung und -sparsamkeit das Recht auf informationelle Selbstbestimmung schützen soll, ist es ausreichend, wenn Daten zwar erhoben werden, diese aber nicht personenbezogen sind. Schließlich ist die Dauer der Speicherung möglichst zu begrenzen.⁶⁷³ Datenverarbeitungssysteme, die diesem Grundsatz folgen, führen zu einer Effektivierung des Datenschutzes.

Bei Telemedien ist der Diensteanbieter nach § 13 Abs. 6 TMG verpflichtet, dem Nutzer unter bestimmten Bedingungen eine anonyme oder pseudonyme Nutzung zu ermöglichen. Damit soll bereits die Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten verhindert werden.⁶⁷⁴ Pseudonyme und anonyme Nutzungsmöglichkeiten sind für den Nutzer zudem Mittel des Selbst Datenschutzes. Er kann selbst bestimmen, ob Daten seiner Person zugeordnet werden können und macht somit von seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung Gebrauch.⁶⁷⁵

Das Gebot, anonyme und pseudonyme Nutzung zu ermöglichen, ist durch das technische Mögliche und Zumutbare eingeschränkt. Technisch möglich ist die Umsetzung pseudonymer und anonymer Nutzung fast immer. Aller-

⁶⁷² Roßnagel, in: Eifert/Hoffmann-Riem 2011, 44 f.

⁶⁷³ Roßnagel, in: Eifert/Hoffmann-Riem 2011, 46.

⁶⁷⁴ Spindler/Nink, in: Spindler/Schuster 2011, § 12 TMG, Rn. 10; Jandt/Schaar/Schulz, in: Roßnagel 2013, § 13 TMG, Rn. 7 und 21.

⁶⁷⁵ Spindler/Nink, in: Spindler/Schuster 2011, § 12 TMG, Rn. 10.

dings ist der dazu nötige Aufwand nicht immer zumutbar. Deshalb ist eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im Einzelfall geboten, in der die Interessen des Nutzers gegen die Interessen des Diensteanbieters abgewogen werden.⁶⁷⁶ Die Pflicht trifft jeden Anbieter, auch wenn vergleichbare Angebote bereits die Möglichkeit anonymer oder pseudonymer Nutzung vorsehen.⁶⁷⁷ Online-Versanddienste können nur theoretisch anonym betrieben werden, denn dadurch wird eine nachträgliche Zuordnung der Person unmöglich, die im Rahmen des Kaufvertrages jedoch zur Identifikation des Vertragspartners nötig sein kann. Eine anonyme Gestaltung ist zurzeit außerdem nur mit einem hohen Aufwand möglich.⁶⁷⁸ Von Online-Versanddiensten ist deshalb eine anonyme Nutzungsmöglichkeit nicht zu fordern.

Bietet der Dienst eine – vielleicht nur zeitweise – Pseudonymität an, wie es die Verkaufsplattform eBay tut, indem sie den Namen der Vertragspartner erst nach Vertragsschluss anzeigt, ist der Nutzer nach § 13 Abs. 6 Satz 2 TMG über diese Möglichkeit zu informieren. Erst dann kann er eine informierte Entscheidung darüber treffen, wie er das Angebot nutzen will. Um diesem Zweck gerecht zu werden, muss die Information an einer geeigneten Stelle erfolgen, etwa in der Nähe der Eingabemöglichkeit für personenbezogene Daten. Jedenfalls muss der Nutzer zeitlich vor der Erhebung personenbezogener Daten informiert werden. Datenschutzrechtlich besonders empfehlenswert sind also Online-Versanddienste mit (zunächst) pseudonymer Nutzungsmöglichkeit, die den Nutzer über diese Option auch informieren.

3.6 Transparenzgebot

Das Transparenzgebot soll den Betroffenen darüber informieren, dass und wie seine Daten verarbeitet werden. Es ergibt sich aus dem Volkszählungsurteil, in dem das Bundesverfassungsgericht fordert, dass Bürger überblicken können müssen, „wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß“.⁶⁷⁹ Erst durch das Wissen darüber erhält der Einzelne die Möglichkeit, selbstbestimmte Entscheidungen zu treffen und Maßnahmen des Selbst-

⁶⁷⁶ Jandt/Schaar/Schulz, in: Roßnagel 2013, § 13 TMG, Rn. 129 f.; Heckmann 2014, Kap. 9, Rn. 282 ff.

⁶⁷⁷ Jandt/Schaar/Schulz, in: Roßnagel 2013, § 13 TMG, Rn. 122.

⁶⁷⁸ Enzmann/Roßnagel, CR 2002, 141 ff.; Enzmann/Schulze, in: Roßnagel 2002, 107 ff.

⁶⁷⁹ BVerfGE 65, 1 (43).

schutzes zu ergreifen. Ohne die Kenntnis ist es ihm auch nicht möglich, den Umgang mit seinen Daten zu kontrollieren.⁶⁸⁰ Dies gilt insbesondere im digitalen Bereich, wie bei Online-Versanddiensten, da der Nutzer häufig nicht einmal weiß oder ihm zumindest nicht bewusst ist, welche Daten über ihn überhaupt erhoben und wie diese verwendet werden. Denn der Nutzer kann besonders im Internet erheblich schlechter erkennen und durchschauen, welche Daten wie verarbeitet werden, als bei der Datenverarbeitung auf einzelnen Computern.

Wesentlich für die Transparenz ist zunächst der Grundsatz der Direkterhebung beim Betroffenen nach § 4 Abs. 2 Satz 1 BDSG. Das ist ein einfaches, aber effizientes Mittel, um dafür zu sorgen, dass der Nutzer davon erfährt, mit welchen Daten umgegangen wird. Des Weiteren tragen Unterrichts- und Benachrichtigungspflichten der verantwortlichen Stelle zur Transparenz von Datenumgängen bei. Solche Pflichten für den Anbieter eines Online-Versanddienstes ergeben sich aus § 13 Abs. 1 TMG i. V. m. § 15 Abs. 3 TMG, § 4 Abs. 3 sowie § 33 BDSG. Auch die Information über pseudonyme oder anonyme Nutzungsmöglichkeiten, die § 13 Abs. 6 TMG fordert,⁶⁸¹ sowie der Hinweis auf die Möglichkeit zum Widerruf der Einwilligung zählen dazu.⁶⁸² Neben diesen allgemeinen Informationspflichten bestehen auch besondere. Wird etwa festgestellt, dass gespeicherte Daten unrechtmäßig übermittelt oder Dritten anderweitig zugänglich gemacht wurden, verpflichten § 42a BDSG und § 15a TMG bei besonders schwerwiegenden Eingriffen in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zur Information der Betroffenen.⁶⁸³ Auch die Pflicht des § 13 Abs. 5 TMG, die Weitervermittlung an einen anderen Diensteanbieter anzuzeigen, ist Auswirkung des Transparenzgebots. Der Nutzer kann aber auch vom Anbieter des Online-Versanddienstes selbst aktiv Transparenz einfordern, indem er etwa von seinem Auskunftsrecht aus § 34 BDSG oder § 13 Abs. 7 TMG Gebrauch

⁶⁸⁰ *Trute*, in: Roßnagel 2003, Kap. 2.5, Rn. 33; *Roßnagel*, in: Roßnagel 2003, Kap. 7.9 Rn. 88.

⁶⁸¹ Vgl. *Roßnagel*, in: Roßnagel/Banzhaf/Grimm 2003, 186; detailliert Teil 2 Kapitel 3 3.5 Datensparsamkeit und -vermeidung.

⁶⁸² Detailliert zur Information über das Widerrufsrecht der Einwilligung s. Teil 2 Kapitel 3 3.2.2 Einwilligung.

⁶⁸³ S. hierzu näher *Hornung*, NJW 2010, 1841 ff.

macht und damit selbst für höhere Transparenz sorgt.⁶⁸⁴ Schließlich fördert auch das Zweckbindungsgebot den Transparenzgrundsatz.⁶⁸⁵

3.6.1 Unterrichtungspflicht

Für Bestands- und Nutzungsdaten einerseits und Inhaltsdaten andererseits gelten unterschiedliche Unterrichtungspflichten. In beiden Fällen steht die Transparenz für den Nutzer im Mittelpunkt. Durch die Unterrichtung erhält der Nutzer die Möglichkeit, sich einen Überblick über den Umgang mit seinen Daten zu verschaffen. Ziel ist auch, die Voraussetzung für die Ausübung der informationellen Selbstbestimmung zu schaffen. Erst durch die Kenntnis der Datenerhebung und -verwendung kann der Betroffene diese überprüfen oder Maßnahmen des Selbst Datenschutzes ergreifen.⁶⁸⁶ Bei Bestands- und Nutzungsdaten bei Online-Versanddiensten ist § 13 Abs. 1 TMG anwendbar. Über den Umgang mit Inhaltsdaten muss nach § 4 Abs. 3 BDSG informiert werden

3.6.1.1 Pflichtangaben einer datenschutzrechtlichen Unterrichtung

Die Unterrichtungspflichten erfüllen Diensteanbieter regelmäßig in sogenannten Datenschutzerklärungen. Datenschutzerklärungen kommen ursprünglich aus den USA und sind dort freiwillig.⁶⁸⁷ Eine Datenschutzerklärung, die dem deutschen Recht entspricht, muss allerdings bestimmte Informationen beinhalten. Der Begriff wird jedoch nicht einheitlich und nicht ausschließlich für die reine datenschutzrechtliche Unterrichtung verwendet. Insoweit ist Vorsicht geboten.⁶⁸⁸

Für Inhaltsdaten gilt die Unterrichtungspflicht nach § 4 Abs. 3 BDSG. Der Betroffene muss zum einen über die Identität der verantwortlichen Stelle informiert werden (Satz 1 Nr. 1). Die Information über die verantwortliche

⁶⁸⁴ Heckmann 2014, Kap. 9, Rn. 299; detailliert zum Auskunftsrecht s. Teil 2 Kapitel 3 3.9.1 Auskunftsspflicht.

⁶⁸⁵ Trute, in: Roßnagel, Kap. 2.5 Rn. 36; detailliert zur Zweckbindung s. Teil 2 Kapitel 3 3.3 Zweckbindung.

⁶⁸⁶ Spindler/Nink, in: Spindler/Schuster 2011, § 13 TMG, Rn. 3 f.

⁶⁸⁷ Dix, in: Simitis 2014, § 33 BDSG, Rn. 42.

⁶⁸⁸ So auch Stiemerling/Lachenmann, ZD 2014, 133 f. Kritisch ist der Begriff der Datenschutzerklärung besonders dann zu sehen, wenn darin gleichsam eine datenschutzrechtliche Einwilligung gegeben werden soll. So auch Benninghoff, VuR 2013, 362.

Stelle beinhaltet neben dem vollständigen Namen und gegebenenfalls der Firma auch die Anschrift. Zusätzlich sollten Telefon-, Faxnummer sowie eine E-Mail-Adresse angegeben werden, wenn nur so eine einfache Kontaktaufnahme möglich wird.⁶⁸⁹ Zum anderen ist der Zweck der Erhebung, Verarbeitung und Nutzung anzugeben (Nr. 2). Dieser ist Voraussetzung für die Zweckbindung der Daten. Eine Erhebung, Verarbeitung und Nutzung zu anderen als den genannten Zwecken ist grundsätzlich unzulässig.⁶⁹⁰ Soweit der Betroffene mit der Weitergabe der Daten an eine Stelle nicht rechnen muss, ist er des Weiteren über die Art des Empfängers zu informieren (Nr. 3). Der Begriff des Empfängers ist dabei weiter als der des Dritten. So werden auch Auftragnehmer vom Begriff des Empfängers umfasst.⁶⁹¹ Gemäß Satz 2 ist er außerdem auf die Freiwilligkeit der Angabe hinzuweisen oder auf die ihn zur Auskunft verpflichtende gesetzliche Vorschrift. Schließlich muss er, soweit erforderlich, auch über diese Vorschrift oder die Folgen einer Verweigerung gemäß Satz 3 aufgeklärt werden. Eine Aufklärung muss auch erfolgen, wenn der Betroffene die verantwortliche Stelle dazu auffordert.

Für Bestands- und Nutzungsdaten normiert § 13 Abs. 1 TMG eine umfangreiche Unterrichtungspflicht. Auf die allgemeine Informationspflicht in § 4 Abs. 3 BDSG kann nicht zurückgegriffen werden, da die telemedienrechtliche Regelung spezieller und abschließend ist.⁶⁹² Ein Rückgriff ist auch nicht nötig, da etwa die dort in Satz 1 Nr. 2 geforderte Angabe der „Zweckbestimmungen der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung“ für die Bestands- und Nutzungsdaten bereits nach § 13 Abs. 1 Satz 1 TMG nötig ist. Dasselbe gilt für die „Identität der verantwortlichen Stelle“ nach § 4 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 BDSG. Alle Telemedien müssen den Namen und die Anschrift des Diensteanbieters bei geschäftsmäßig erbrachten Telemedien nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 TMG und § 55 Abs. 1 Nr. 1 RStV angeben.⁶⁹³ Dennoch ist es zumindest

⁶⁸⁹ Scholz/Sokol, in: Simitis 2014, § 4 BDSG, Rn. 41.

⁶⁹⁰ Scholz/Sokol, in: Simitis 2014, § 4 BDSG, Rn. 42.

⁶⁹¹ Gola/Schomerus 2012, § 4 BDSG, Rn. 33 ff.; Scholz/Sokol, in: Simitis 2014, § 4 BDSG, Rn. 43.

⁶⁹² Moos, in: Taeger/Gabel 2013, § 13 TMG, Rn. 3; Scholz 2003, 313 und 319; s. Teil 2 Kapitel 3 2 Anwendungsbereich einzelner datenschutzrechtlicher Normen.

⁶⁹³ Telemedien, die ausschließlich persönlichen oder familiären Zwecken dienen, unterliegen keiner Pflicht zur Identifikation des Anbieters, aber ebenso wenig den Vorschriften des Datenschutzrechts, s. Teil 2 Kapitel 3 1 Anwendungsbereich des Datenschutzrechts.

als datenschutzrechtlich förderlich zu bewerten, wenn die verantwortliche Stelle im Rahmen der Unterrichtung genannt wird und der Nutzer nicht gezwungen ist, eine separate Anbieterkennzeichnung ausfindig zu machen.⁶⁹⁴

Der Inhalt der Unterrichtung ist deshalb nach § 13 Abs. 1 TMG zu bestimmen. Danach sind die Art, der Umfang und der Zweck der Erhebung und Verwendung anzugeben. Auch automatisierte Verfahren, die die Erhebung von Daten nur vorbereiten, müssen angegeben werden. Insoweit ist eine Prognose nötig, ob ein Personenbezug noch entstehen könnte.⁶⁹⁵ Die Norm ist nicht als Erlaubnisnorm für die Nutzung solcher Verfahren zu verstehen, sondern vielmehr als Bedingung.⁶⁹⁶ Zusätzlich sieht § 15 Abs. 3 TMG in Satz 2 vor, dass der Nutzer dabei auch zu unterrichten ist, dass er ein Widerspruchsrecht hat, wenn der Diensteanbieter entsprechend Satz 1 pseudonyme Nutzungsprofile zu Werbe-, Marktforschungszwecken oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien erstellt.

Sprachlich ist nicht eindeutig, worauf sich die Aufzählungsteile Art und Umfang beziehen. Man könnte von einem grammatikalischen Bezug auf Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten oder lediglich personenbezogener Daten schließen. Weder die Gesetzesbegründung zur Vorgängernorm § 3 Abs. 5 Satz 1 TDDSG⁶⁹⁷ noch zu § 4 Abs. 1 Satz 1 TDDSG⁶⁹⁸ geben aufgrund ihres Wortlauts Aufschluss über die Interpretation. Es werden auch keine Beispiele genannt. Andere Datenschutznormen differenzieren sprachlich genauer. § 11 Abs. 2 Nr. 2 BDSG unterscheidet zwischen „Umfang, Art und Zweck der vorgesehenen Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Daten“ und der „Art der Daten“, sodass bei der Interpretation des Gesetzestextes insoweit keine Unklarheit besteht. Dies ließe vermuten, dass der Gesetzgeber sich in § 13 Abs. 1 TMG nicht auf die Art der Daten, sondern die Art des Datenumgangs beziehen möchte. Sonst hätte er sprachlich wie in § 11 Abs. 2 Nr. 2 BDSG differenzieren müssen. Jedoch ist § 11 Abs. 2 Nr. 2 BDSG in dieser Fassung erst 2009 aufgenommen worden, also nach Einführung des Telemediengesetzes in 2007 und lange nach der ersten Fassung der Norm in § 3 Abs. 5 Satz 1 TDDSG. Auch der Zweck der Norm, den Nutzer möglichst gut aufzuklären, lässt eher die Unterrichtung über die

⁶⁹⁴ So auch *Wintermeier*, ZD 2013, 22.

⁶⁹⁵ *Jandt/Schaar/Schulz*, in: Roßnagel 2013, § 13 TMG, Rn. 57 f.

⁶⁹⁶ *Heckmann* 2014, Kap. 9, Rn. 213.

⁶⁹⁷ BT-Drs. 13/7385, 22.

⁶⁹⁸ BT-Drs. 14/6098, 28 zur Anpassung der Norm in 2001.

Art der personenbezogenen Daten vermuten, als die Art des Umgangs. Die Literatur diskutiert diese Pflichtangabe entweder nicht⁶⁹⁹ oder bezieht Art und Umfang ausschließlich auf die personenbezogenen Daten und diskutiert eine andere Möglichkeit auch nicht.⁷⁰⁰ Damit ist insgesamt davon auszugehen, dass es sich hierbei lediglich um eine sprachliche Ungenauigkeit des Gesetzgebers handelt und die Art der personenbezogenen Daten angegeben werden müssen. Es ist die Qualität der Daten, also konkret die Kategorien von Daten, zu nennen. Beim Umfang muss die Quantität, also etwa der Zeitpunkt der Datenerhebung und die Dauer der Datenverwendung, angegeben werden.⁷⁰¹ Der anzugebende Zweck muss dem der Erlaubnisnorm oder Einwilligung entsprechen und die aktuelle Lage, also die tatsächliche Situation, darstellen.⁷⁰² Über den Ort der Verarbeitung ist nur zu unterrichten, wenn er außerhalb des Anwendungsbereichs der Datenschutzrichtlinie liegt.

3.6.1.2 Formale Gestaltung der datenschutzrechtlichen Unterrichtung

Sowohl nach § 13 Abs. 1 TMG als auch gemäß § 4 Abs. 3 BDSG muss der Diensteanbieter den Nutzer im Online-Versanddienst unterrichten. Auf die Unterrichtung bei Inhaltsdaten könnte er nach Satz 1 HS 2 nur verzichten, wenn der Nutzer diese bereits kennt. Der Diensteanbieter muss allerdings sicher sein, dass die Informationen bereits bekannt sind. Er darf dies nicht nur vermuten.⁷⁰³ Bei Online-Versanddiensten sind die Informationen in jedem Fall vorzuhalten, weil der Vertragsabschluss und damit auch das Erheben der Inhaltsdaten online erfolgt. Dort müssen dementsprechend auch die Informationen vorhanden sein. Auf die Unterrichtung kann ebenfalls nicht verzichtet werden, weil sie bereits dann nötig ist, wenn ein Personenbezug erst später hinzukommen kann. Das kann der Diensteanbieter nicht aus-

⁶⁹⁹ *Spindler/Nink*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 13 TMG, Rn. 2 ff.; *Schmitz*, in: *Hoeren/Sieber/Holzsnagel* 2014, Teil 16.2, Rn. 116; *Müller-Broich* 2012, § 13 TMG, Rn. 1 ff.

⁷⁰⁰ *Jandt/Schaar/Schulz*, in: *Roßnagel* 2013, § 13 TMG, Rn. 34 f.; *Roßnagel*, in: *Roßnagel/Banzhaf/Grimm* 2003, 183. *Moos*, in: *Taegeer/Gabel* 2013, § 13 TMG, Rn. 5 fordert beide Angaben, leitet sie aber nicht her.

⁷⁰¹ *Heckmann* 2014, Kap. 9, Rn. 204; *Jandt/Schaar/Schulz*, in: *Roßnagel* 2013, § 13 TMG, Rn. 34 f.

⁷⁰² *Jandt/Schaar/Schulz*, in: *Roßnagel* 2013, § 13 TMG, Rn. 3.

⁷⁰³ *Sokol*, in: *Simitis* 2014, § 4 BDSG, Rn. 40.

schließen, da er nicht weiß, ob der Nutzer später etwas kauft und damit seine Person bekannt wird.

Bezüglich des Zeitpunktes unterscheiden sich die Vorgaben. Die Informationen des § 13 Abs. 1 TMG müssen dem Nutzer bereits zu Beginn des Nutzungsvorgangs zur Verfügung stehen. Gemeint ist damit die Nutzung des Telemedienangebots, nicht die Nutzung der Daten im Sinne des § 3 Abs. 5 BDSG.⁷⁰⁴ Die rechtzeitige Information ist somit, anders als nach § 4a Abs. 1 Satz 2 BDSG nicht vom Zeitpunkt einer Einwilligung abhängig.⁷⁰⁵ Da es sich um eine präventive Regelung handelt, muss die Information deshalb zu einem frühestmöglichen Zeitpunkt erfolgen.⁷⁰⁶ Die automatisierte Erhebung beginnt häufig bereits mit der Nutzung eines Dienstes. Der Nutzer kann jedoch oft erst bei der Nutzung des Webangebots unterrichtet werden.⁷⁰⁷ Um ihn zumindest möglichst früh zu informieren, sollte von jeder Unterseite ein Link zu den Informationen führen, der aussagekräftig beschriftet und leicht auffindbar ist.⁷⁰⁸ Denn oft rufen Nutzer nicht die Startseite, sondern direkt eine Unterseite auf. Ob die Anbringung auf jeder Unterseite nötig ist, ist umstritten. Da die Nutzung jedoch nicht zwangsläufig auf der Startseite einer Webseite beginnt, muss von einer solchen Pflicht ausgegangen werden.⁷⁰⁹ Auch Pop-Ups können den Nutzer – sogar bereits vor der Nutzung der Webseite – unterrichten.⁷¹⁰ Allerdings verwenden viele Nutzer Pop-Up-Blocker, sodass sie nicht unterrichtet würden. Damit müsste ihnen der Zugang zum Webangebot verwehrt werden,⁷¹¹ denn fehlt die Unterrichtung oder ist sie fehlerhaft, ist der Umgang mit den Daten rechtswidrig.⁷¹²

Die Unterrichtung gemäß § 4 Abs. 3 BDSG ist vom Erheben der Daten beim Nutzer abhängig. Aufgrund des Zwecks der Unterrichtung – den Nutzer bereits frühzeitig über die Erhebung zu informieren – sind ihm die Daten so

⁷⁰⁴ *Jandt/Schaar/Schulz*, in: Roßnagel 2013, § 13 TMG, Rn. 29.

⁷⁰⁵ *Scholz* 2003, 313; *Spindler/Nink*, in: Spindler/Schuster 2011, § 13 TMG, Rn. 3.

⁷⁰⁶ *Jandt/Schaar/Schulz*, in: Roßnagel 2013, § 13 TMG, Rn. 25 und 29.

⁷⁰⁷ *Moos*, in: Taeger/Gabel 2013, § 13 TMG, Rn. 10; *Jandt/Schaar/Schulz*, in: Roßnagel 2013, § 13 TMG, Rn. 29 f. halten das nicht für ausreichend.

⁷⁰⁸ *Wintermeier*, ZD 2013, 23; *Gola/Reif* 2011, Rn. 166.

⁷⁰⁹ *Jandt/Schaar/Schulz*, in: Roßnagel 2013, § 13 TMG, Rn. 65; a. A. *Moos*, in: Taeger/Gabel 2013, § 13 TMG, Rn. 9.

⁷¹⁰ Art. 29-Datenschutzgruppe, WP 37, 47.

⁷¹¹ *Spindler/Nink*, in: Spindler/Schuster 2011, § 13 TMG, Rn. 5.

⁷¹² *Scholz* 2003, 61; *Roßnagel*, in: Roßnagel 2003, Kap. 7.9 Rn. 89.

zu geben, dass sie in den Prozess der Entscheidungsfindung für oder gegen die Preisgabe seiner Daten einfließen können.⁷¹³

Weder § 13 Abs. 1 TMG noch § 4 Abs. 3 BDSG geben eine bestimmte Form der Unterrichtung vor. Sie muss aber allgemein verständlich, klar und zuverlässig wahrnehmbar sein.⁷¹⁴ Um allgemein verständlich zu sein, muss sie in Deutsch und für den durchschnittlichen Nutzer einfach verständlich sein.⁷¹⁵ Die konkrete Umsetzung liegt im Ermessen des Anbieters.⁷¹⁶ Nicht ausreichend ist die Bezeichnung als „FAQ“ (Frequently Asked Questions).⁷¹⁷ Neben dem Begriff der „Datenschutzerklärung“ wird in der Praxis häufig die Bezeichnung „Datenschutzhinweise“ oder „Privacy Policy“ verwendet.⁷¹⁸ Um klar verständlich zu sein, muss die Unterrichtung mehr enthalten als eine Erklärung, mit den Daten „im Einklang mit dem Gesetz“ umzugehen. Dies ist ohnehin selbstverständlich. Auch die Wiederholung des Gesetzestextes reicht nicht. Stattdessen müssen die Verwendungszwecke und -schritte konkret genannt werden.⁷¹⁹ Der Nutzer muss eine konkrete Vorstellung davon erhalten, was mit seinen Daten geschieht.⁷²⁰ Außerdem müssen die Angaben wahr und vollständig sein.⁷²¹

Der Anbieter des Online-Versanddienstes muss zudem gemäß § 13 Abs. 1 Satz 3 TMG dafür sorgen, dass der Nutzer die Angaben jederzeit abrufen kann. Dazu müssen sie ständig bereitgehalten und für den Nutzer verfügbar sein. Dieser muss sie auch ohne großen Suchaufwand einsehen können.⁷²² Dazu bietet sich ebenfalls ein Link an, der auf die entsprechenden Informationen führt.⁷²³ Außerdem ist die Unterrichtung vom Diensteanbieter zu

⁷¹³ *Gola/Schomerus* 2012, § 4 BDSG, Rn. 29.

⁷¹⁴ *Scholz* 2003, 325.

⁷¹⁵ *Roßnagel*, in: *Roßnagel* 2003, Kap. 7.9, Rn. 92.

⁷¹⁶ *Moos*, in: *Taeger/Gabel* 2013, § 13 TMG, Rn. 8.

⁷¹⁷ *Jandt/Schaar/Schulz*, in: *Roßnagel* 2013, § 13 TMG, Rn. 46.

⁷¹⁸ *Moos*, in: *Taeger/Gabel* 2013, § 13 TMG, Rn. 9; *Heckmann* 2014, Kap. 9, Rn. 211; ähnlich *Jandt/Schaar/Schulz*, in: *Roßnagel* 2013, § 13 TMG, Rn. 46.

⁷¹⁹ *Spindler/Nink*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 13 TMG, Rn. 5; *Lewinski*, *DuD* 2002, 397.

⁷²⁰ *Jandt/Schaar/Schulz*, in: *Roßnagel* 2013, § 13 TMG, Rn. 37.

⁷²¹ *Lewinski*, *DuD* 2002, 397; *Jandt/Schaar/Schulz*, in: *Roßnagel* 2013, § 13 TMG, Rn. 43.

⁷²² *Roßnagel*, in: *Roßnagel* 2003, Kap. 7.9, Rn. 98.

⁷²³ *Moos*, in: *Taeger/Gabel* 2013, § 13 TMG, Rn. 15.

protokollieren, sodass sich der Nutzer „jederzeit über den Inhalt der Unterrichtung informieren kann“.⁷²⁴

Den Anbieter eines Online-Versanddienstes treffen bei der Unterrichtung demnach diverse Anforderungen an die formale Gestaltung sowie an die von ihm bereitzustellenden Inhalte. Dazu zählt etwa auch, dass er beim Umgang mit Daten verschiedener Nutzer danach differenziert, wenn diese unterschiedliche Einwilligungen erteilt haben, weil beispielsweise der vorgegebene Text der Einwilligung zu einem bestimmten Zeitpunkt (oder auch zu verschiedenen Zeitpunkten) geändert wurde.

3.6.2 Benachrichtigungspflicht

Auch die Pflicht des Anbieters von Online-Versanddiensten zur Benachrichtigung nach § 33 BDSG dient vor allem der Transparenz der Datenverarbeitung.⁷²⁵ Gemäß Abs. 1 muss der Betroffene bei der ersten Speicherung für eigene Zwecke benachrichtigt werden, wenn er bis dahin keine Kenntnis davon hat. Der Anbieter muss der Benachrichtigungspflicht also nur nachkommen, wenn er den Betroffenen und Nutzer zuvor nicht bereits über den Umgang mit seinen Daten unterrichtet hat.⁷²⁶ Neben der Kenntnis vom Datenumgang ist auch das Wissen des Nutzers über die näheren Umstände nötig, um die Benachrichtigungspflicht auszuschließen.⁷²⁷ In aller Regel wird der Nutzer bereits in Erfüllung der Unterrichtungspflicht informiert. Auch bei einer informierten Einwilligung wird der Nutzer bereits vorab informiert. Abs. 2 Satz 1 sieht zudem in vielen Fällen Ausnahmen von der Benachrichtigungspflicht vor. Deshalb ist grundsätzlich keine Benachrichtigung nötig. Etwas anderes gilt, wenn sich die Informationen der Benachrichtigung ändern.⁷²⁸ Ist dem Anbieter die Anschrift des Nutzers nicht bekannt, ist diese von ihr auch nicht zu ermitteln, um ihn zu benachrichtigen. Dies würde entgegen den Zielen des Datenschutzrechts ein „Mehr“ an Daten zur Folge haben.⁷²⁹

⁷²⁴ Gesetzesbegründung zum TDDSG BT-Drs. 13/7385, 22, keine Ergänzungen bei Überführung der Norm ins TMG BT-Drs. 16/3078, 16.

⁷²⁵ *Gola/Schomerus* 2010, § 33 BDSG, Rn. 1; *Dix*, in: *Simitis* 2014, § 33 BDSG, Rn. 1.

⁷²⁶ Detailliert zur Unterrichtungspflicht s. Teil 2 Kapitel 3 3.6.2 Benachrichtigungspflicht.

⁷²⁷ *Gola/Schomerus* 2010, § 33 BDSG, Rn. 6.

⁷²⁸ *Gola/Schomerus* 2010, § 33 BDSG, Rn. 16 f.

⁷²⁹ Vgl. *Gola/Schomerus* 2010, § 33 BDSG, Rn. 25; *Dix*, in: *Simitis* 2014, § 33 BDSG, Rn. 20.

Inhalt der Benachrichtigung muss nach Abs. 1 Satz 1 die Speicherung, die Art der Daten, die Zweckbestimmung, die Verarbeitung oder Nutzung und die Identität der verantwortlichen Stelle sein. Die verantwortliche Stelle muss nicht nur mit Namen, sondern vielmehr mit voller Anschrift benannt werden, an die sich der Betroffene wenden kann. Ein Postfach reicht nicht.⁷³⁰ Die Kategorien der Empfänger sind nach Satz 3 nur anzugeben, soweit sie nicht zu erwarten sind. Die Benachrichtigungspflicht spielt jedoch im Bereich der Online-Versanddienste im Vergleich zur Unterrichtung und Einwilligung kaum eine Rolle.

3.6.3 Anzeige bei Weitervermittlung zu anderen Diensteanbietern

Soweit der Diensteanbieter einen Kunden zu einem neuen Angebot weitervermittelt, das von einem anderen Diensteanbieter betrieben wird, ist dies dem Kunden nach § 13 Abs. 5 TMG anzuzeigen. Hintergrund dieser Regelung ist ebenfalls die Transparenz für den Nutzer.⁷³¹ Entscheidend ist für die Verpflichtung vor allem, dass die Weitervermittlung durch den Diensteanbieter initiiert wurde.

Um den Anbieterwechsel anzuzeigen, kann etwa automatisiert ein neuer Tab oder ein neues Fenster im Browser geöffnet werden.⁷³² Zusätzlich dient auch ein vorübergehender, erklärender Hinweis der Aufklärung des Nutzers. Der Wechsel der URL in der Adresszeile ist nicht ausreichend, da dieser einem durchschnittlichen Nutzer regelmäßig nicht auffällt.⁷³³ Möchte der Anbieter eines Online-Versanddienstes also auf ein fremdes Angebot weitervermitteln, etwa aufgrund einer Zusammenarbeit mit einem anderen Anbieter, muss er dies deutlich kenntlich machen – möglichst durch das Öffnen eines neuen Tabs oder Fensters. Dadurch wird der reguläre Nutzungsablauf zumindest kurz unterbrochen und die Aufmerksamkeit des Nutzers auf das neue Webangebot gelenkt.

⁷³⁰ *Dix*, in: *Simitis* 2014, § 33 BDSG, Rn. 18; *Gola/Schomerus* 2010, § 33 BDSG, Rn. 23.

⁷³¹ *Jandt/Schaar/Schulz*, in: *Roßnagel* 2013, § 13 TMG, Rn. 6.

⁷³² *Jandt/Schaar/Schulz*, in: *Roßnagel* 2013, § 13 TMG, Rn. 117 ff.; *Heckmann* 2014, Kap. 9, Rn. 277.

⁷³³ A. A. *Moos*, in: *Taeger/Gabel* 2013, § 13 TMG, Rn. 47.

3.7 Datenschutz durch Technik

Je enger die Verbindung von personenbezogenen Daten und von ihrem Umgang mit der Informationstechnik ist, desto wichtiger sind Anforderungen an die Technik. Denn soweit Systeme so ausgestaltet sind, dass nur rechtlich zulässige Datenumgänge möglich sind, hängt der Datenschutz nicht länger von der Kenntnis und Beachtung des Rechts durch den Einzelnen ab. „Gegen Verhaltensregeln kann verstoßen werden, gegen technische Begrenzungen eines Techniksystems nicht.“⁷³⁴ Gefahren der Datenverarbeitung können damit teilweise bereits präventiv ausgeschlossen oder zumindest vermindert werden.⁷³⁵ Aus diesem Grund fordern viele Stimmen in der Literatur mehr Datenschutz durch Technik.⁷³⁶ Da Technik immer im Kontext ihres konkreten Einsatzes steht, zählen zum Datenschutz durch Technik regelmäßig auch flankierende organisatorische Vorgaben.

Online-Versanddienste sind eng mit der Technik im Internet verwoben. Die Anbieter bedienen sich eines Telemediums vor, bei und zum Teil auch nach Abschluss eines Kaufvertrages. Die Nutzung des Internet ist Voraussetzung für die Nutzung des Dienstes durch potentielle Kunden. Auch der Umgang mit den Daten beim Anbieter wird in aller Regel durch Informationstechnik erfolgen. Dies ist effizient und vermeidet einen Medienwechsel.

Formen des Datenschutzes durch Technik sind zum einen der Selbstdatenschutz, durch den der Nutzer in die Lage versetzt wird, seine Daten selbst zu schützen. Zum anderen erfasst der Datenschutz durch Technik den Bereich des Systemdatenschutzes, bei dem technische Systeme so gestaltet werden, dass sie möglichst datenschutzfreundlich arbeiten.⁷³⁷ Beim Selbstdatenschutz werden dem Betroffenen eigene Instrumente in die Hand gegeben, um seine informationelle Selbstbestimmung ausüben zu können.⁷³⁸ Dazu werden vor allem die eigenen technischen Mittel des Betroffenen genutzt. Anders als rein rechtlicher Datenschutz, der nur innerhalb seines Anwendungsbereichs gültig ist, wirkt technischer Datenschutz auch außer-

⁷³⁴ *Roßnagel*, DuD 1999, 255; ähnlich *Gabel*, ZUM 2002, 608 f.; *Trute*, in: *Roßnagel* 2003, Kap. 2.5, Rn. 49 ff.; *Gola/Schomerus* 2010, § 3 BDSG, Rn. 4; zustimmend *Spindler/Nink*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 12 TMG, Rn. 9.

⁷³⁵ *Gola/Schomerus* 2010, § 3a BDSG, Rn. 1.

⁷³⁶ Anstelle vieler *Gola/Schomerus* 2010, § 3a BDSG, Rn. 1 ff.

⁷³⁷ *Trute*, in: *Roßnagel* 2003, Kap. 2.5, Rn. 49 ff.

⁷³⁸ *Roßnagel*, NZV 2006, 286; detailliert zum Selbstschutz *Roßnagel*, in: *Roßnagel* 2003, Kap. 3.4

halb der nationalen Grenzen.⁷³⁹ Allerdings ergeben sich aus den Möglichkeiten des Nutzers, seine Daten selbst zu schützen, keine datenschutzrechtlichen Anforderungen an den Anbieter eines Online-Versanddienstes. Maßnahmen des Selbstdatenschutzes werden deshalb nicht weiter untersucht.

Stattdessen sind technisch-organisatorische Schutzziele und Maßnahmen zu untersuchen, die der Gesetzgeber dem Diensteanbieter auferlegt. Diese Maßnahmen zählen zum Systemdatenschutz.⁷⁴⁰ Durch die entsprechende Gestaltung der Datenverarbeitungssysteme soll erreicht werden, dass so wenig personenbezogene Daten wie möglich erhoben, verarbeitet und genutzt werden. Es sollen damit aber auch die informationelle Gewaltenteilung, die Transparenz und Kontrolleignung unterstützt werden. Bei Daten, die dem telemedienrechtlichen Datenschutz unterfallen, treffen den Diensteanbieter die Pflichten des § 13 Abs. 4 TMG. Als spezielle Norm geht diese grundsätzlich den allgemeinen Bestimmungen des § 9 BDSG vor. § 9 BDSG bestimmt jedoch konkrete technisch-organisatorische Schutzmaßnahmen, wohingegen § 13 Abs. 4 TMG Schutzziele nennt. Die Spezialnorm des Telemediengesetzes ist also nur vorrangig, wenn konkurrierende Ziele und Maßnahmen gefordert würden. Für Inhaltsdaten gelten nur die technisch-organisatorischen Maßnahmen nach § 9 BDSG.

3.7.1 Technisch-organisatorische Schutzziele

§ 13 Abs. 4 TMG nennt Schutzziele, die erreicht werden müssen.⁷⁴¹ Welche konkreten Vorkehrungen dazu ergriffen werden können oder müssen, wird nicht genannt. Die Entscheidung, wie die Schutzziele erreicht werden, obliegt dem Diensteanbieter. Damit bleibt ihm einerseits ein unternehmerischer Gestaltungsspielraum. Er kann andererseits jedoch für die unzureichende Zielerreichung zur Verantwortung gezogen werden. Die Vorkehrungen, bei denen ein Spielraum bezüglich des Umfangs besteht, sind in Abhängigkeit vom Schutzbedarf festzulegen. Die besonderen Arten personenbezogener Daten im Sinne des § 3 Abs. 9 BDSG sind beispielsweise extrem schutzbedürftig und entsprechend gut zu schützen.

⁷³⁹ Roßnagel, DuD 1999, 255 f.

⁷⁴⁰ Allgemein zum Systemdatenschutz Dix, in: Roßnagel 2003, Kap. 3.5; im Zusammenhang mit § 13 TMG Jandt/Schaar/Schulz, in: Roßnagel 2013, § 13 TMG, Rn. 5, 21; Spindler/Nink, in: Spindler/Schuster 2011, § 12 TMG, Rn. 8; Moos, in: Taeger/Gabel 2013, § 13 TMG, Rn. 36.

⁷⁴¹ Spindler/Nink, in: Spindler/Schuster 2011, § 12 TMG, Rn. 8.

Die Anforderungen an den Anbieter des Online-Versanddienstes, die sich aus § 13 Abs. 4 TMG ergeben haben einen sehr unterschiedlichen Detailgrad und Umfang der Umsetzung. Einen Spielraum bei der Zielerreichung existiert bei § 13 Abs. 4 Nr. 3 TMG. Danach muss der Diensteanbieter, also der Anbieter des Online-Versanddienstes dafür sorgen, dass der Nutzer das Telemedium so in Anspruch nehmen kann, dass er gegen den Zugriff Dritter geschützt ist. Die einfachste Form der Überprüfung, ob die Nutzung tatsächlich vom Nutzer vorgenommen wird, ist die Authentifizierung. Zusätzlich sind auch die internen Datenverarbeitungsvorgänge und die Übermittlung der Daten zu schützen.⁷⁴² Zum Schutz der Daten bei der Übermittlung vom Computer des Nutzers zum Server des Online-Versanddienstes bietet sich etwa eine Verschlüsselung an.⁷⁴³

Kein Spielraum beim Umfang der Zielerreichung lässt § 13 Abs. 4 Nr. 1 TMG. Anbieter von Online-Versanddiensten werden dadurch verpflichtet, dem Nutzer zu ermöglichen, die Nutzung des Telemediums jederzeit zu beenden. Dabei reicht die Möglichkeit, die Internetverbindung zu unterbrechen, nicht aus.⁷⁴⁴ Hauptsächlich soll damit der Fall verboten werden, dass sich das Telemedium immer wieder automatisch öffnet. In aller Regel erfüllen Webseiten dieses Erfordernis.⁷⁴⁵ Nach Nr. 4 muss der Diensteanbieter außerdem die Daten aus verschiedenen Angeboten trennen. Dies kann durch getrennte Systeme ebenso wie durch Software realisiert werden.⁷⁴⁶ Die Regelung dient der Sicherung des Zweckbindungsgebots.⁷⁴⁷ Eine Zusammenführung dieser Daten darf nach Nr. 5 nur möglich sein, soweit es für Abrechnungszwecke nötig ist. Pseudonyme Nutzungsprofilen nach § 15 Abs. 3 TMG dürfen nicht mit Angaben zusammengeführt werden können, welche die Identifikation ermöglichen.

Spätestens bei Nutzungsende müssen nach § 13 Abs. 4 Nr. 2 TMG außerdem personenbezogenen Daten gelöscht oder gesperrt werden, die sich auf den Ablauf des Zugriffs und die sonstige Nutzung beziehen. Eine Sperrung

⁷⁴² *Schaar* 2002, Rn. 624 ff. Konkrete Maßnahmenvorschläge werden in den nachfolgenden Abschnitten beispielhaft genannt.

⁷⁴³ *Polenz*, in: Kilian/Heussen 2013, Teil 13, Systemdatenschutz, Rn. 2. Ausführlicher in einer Voraufgabe *Weichert*, in: Kilian/Heussen 2008, Teil 13, Systemdatenschutz, Rn. 8.

⁷⁴⁴ *Jandt/Schaar/Schulz*, in: Roßnagel 2013, § 13 TMG, Rn. 99.

⁷⁴⁵ *Moos*, in: Taeger/Gabel 2013, § 13 TMG, Rn. 37; *Heckmann* 2014, Kap. 9, Rn. 255 f.

⁷⁴⁶ *Moos*, in: Taeger/Gabel 2013, § 13 TMG, Rn. 41; *Jandt/Schaar/Schulz*, in: Roßnagel 2013, § 13 TMG, Rn. 114; *Heckmann* 2014, Kap. 9, Rn. 267.

⁷⁴⁷ *Zeuschwitz*, in: Roßnagel 2003, Kap. 3.1, Rn. 20 ff.

im Sinne des § 3 Abs. 4 Satz 2 Nr. 4 BDSG ist nur dann zulässig, wenn für den Diensteanbieter eine weitergehende Aufbewahrungspflicht besteht. In allen anderen Fällen ist das Löschen der Daten vorgeschrieben, also gemäß § 3 Abs. 4 Satz 2 Nr. 5 BDSG das Unkenntlichmachen der Daten.⁷⁴⁸ Die Regelung normiert eine maximale Speicherfrist. Dennoch besteht aber weiterhin das Erfordernis, Daten bereits dann zu löschen oder zu sperren, wenn sie nicht mehr für die Erfüllung des Zwecks erforderlich sind.⁷⁴⁹

3.7.2 Technisch-organisatorische Schutzmaßnahmen

Auf einem gleichbleibenden Niveau bestimmt die Anlage zu § 9 Satz 1 BDSG technisch-organisatorische Schutzmaßnahmen in Form von Kontrollarten, bei deren Umsetzung der Diensteanbieter selbst wählen muss, welche Maßnahmen er ergreift. Der Begriff der Maßnahmen entspricht dem der Vorkehrungen in § 13 Abs. 4 TMG.⁷⁵⁰ Maßnahmen müssen nach § 9 Satz 1 BDSG nur ergriffen werden, wenn sie dafür erforderlich sind. Dafür muss gem. Satz 2 „ihr Aufwand in einem angemessenen Verhältnis zu dem angestrebten Schutzzweck“ stehen, also verhältnismäßig sein.

Im Zusammenhang mit § 9 BDSG wird regelmäßig auch von Anforderungen an die Datensicherheit gesprochen.⁷⁵¹ Datenschutz und Datensicherheit stehen in einem engen Zusammenhang. Beide Konzepte schützen Daten vor fremden Personen oder Ereignissen. Dabei steht allerdings im Fokus des Datenschutzes der Schutz personenbezogener Daten gegen den Datenverarbeiter und vor der Verletzung von Persönlichkeitsrechten. Datensicherheit dient dem Schutz jeglicher Daten auch gegenüber Dritten, insbesondere vor Ereignissen wie Verlust, Zerstörung oder Missbrauch.⁷⁵²

Für Anbieter von Online-Versanddiensten ergibt sich aus Nr. 1 der Anlage zu § 9 Satz 1 BDSG die Pflicht, eine Zutrittskontrolle vorzusehen. Damit soll Unbefugten der physikalische Kontakt mit der Datenverarbeitungsanlage oder Teilen davon verwehrt werden, indem der räumliche Zutritt auf dazu befugte Personen beschränkt wird. So wird die Wahrscheinlichkeit einer

⁷⁴⁸ Detailliert zum Löschen und Sperren s. Teil 2 Kapitel 3 3.9.2 Recht auf Berichtigung, Löschung, Sperrung und Widerspruch.

⁷⁴⁹ Heckmann 2014, Kap. 9, Rn. 254.

⁷⁵⁰ Jandt/Schaar/Schulz, in: Roßnagel 2013, § 13 TMG, Rn. 90.

⁷⁵¹ Schneider, ZD 2011, 7 ff.; Ernestus, in: Simitis 2014, § 9 BDSG, Rn. 1.

⁷⁵² Gola/Reif 2011, Rn. 887.

unberechtigten Kenntnisnahme- und Einflussmöglichkeit stark reduziert.⁷⁵³ Je nach Sensitivität der Daten können Zutrittskontrollen in Form von Passwörtern, Chipkarten, Berechtigungsausweisen, Pfortnern, biometrischen Verfahren oder Personenschleusen eingesetzt werden. Als bauliche Maßnahmen können auch gesicherte Fenster, Alarmanlagen und Gebäudeüberwachung nötig sein.⁷⁵⁴ Die ebenfalls verpflichtend vorzusehende Zugangskontrolle nach Nr. 2 soll verhindern, dass Unbefugte die Anlagen benutzen können. Neben einem physischen Zugang kommt auch das Eindringen in das System selbst in Betracht.⁷⁵⁵ Zur Abgrenzung des berechtigten Personenkreises von der Menge der Unberechtigten, sollte ein Berechtigungskonzept festgelegt werden. Zur Überprüfung der Berechtigung sind ebenfalls Passwörter, Chipkarten oder biometrische Verfahren denkbar, die direkt an das System gekoppelt sind. Ebenso können elektronische Signaturen und die Protokollierung der Zugangsversuche den Zugang kontrollieren.⁷⁵⁶

Im Rahmen der Zugriffskontrolle nach Nr. 3 der Anlage zu § 9 Satz 1 BDSG muss der Anbieter von Online-Versanddiensten sicherstellen, dass jede einzelne Person der Zugriff nur so weit gewährt wird, wie die Berechtigung reicht. Neben dem Ausschluss generell unberechtigter Personen können so auch nur einzelne Handlungen oder Zeiträume freigegeben oder der Zugriff auf bestimmte Datenarten beschränkt werden.⁷⁵⁷ Dazu ist etwa eine automatische Prüfung der Zugriffsberechtigung nötig, die auf ein entsprechend genaues Berechtigungskonzept zugreifen kann, in dem die einzelnen Rechte der berechtigten Personen aufgeführt sind.⁷⁵⁸ Bei der Eingabekontrolle gemäß Nr. 5 soll außerdem nachvollzogen werden, wer welche Daten wann eingegeben, verändert oder gelöscht hat. Auch hierzu eignen sich Protokolle.⁷⁵⁹

⁷⁵³ *Wedde*, in: Däubler u. a. 2014, § 9 BDSG, Rn. 36 ff.; *Gola/Schomerus* 2010, § 9 BDSG, Rn. 22; *Federrath/Pfitzmann*, in: Roßnagel 2003, Kap. 2.2, Rn. 22 ff.

⁷⁵⁴ *Wedde*, in: Däubler u. a. 2014, § 9 BDSG, Rn. 38 f.; *Ernestus*, in: Simitis 2014, § 9 BDSG, Rn. 83.

⁷⁵⁵ *Gola/Schomerus* 2010, § 9 BDSG, Rn. 23.

⁷⁵⁶ *Wedde*, in: Däubler u. a. 2014, § 9 BDSG, Rn. 48 f.; *Gola/Schomerus* 2010, § 9 BDSG, Rn. 23; *Ernestus*, in: Simitis 2014, § 9 BDSG, Rn. 97 f.; *Federrath/Pfitzmann*, in: Roßnagel 2003, Kap. 2.2, Rn. 30 ff. zur Verschlüsselung in Rn. 46 ff.

⁷⁵⁷ *Wedde*, in: Däubler u. a. 2014, § 9 BDSG, Rn. 51 und 54; *Ernestus*, in: Simitis 2014, § 9 BDSG, Rn. 100 f.

⁷⁵⁸ *Ernestus*, in: Simitis 2014, § 9 BDSG, Rn. 104 und 108; *Gola/Schomerus* 2010, § 9 BDSG, Rn. 24.

⁷⁵⁹ *Gola/Schomerus* 2010, § 9 BDSG, Rn. 26.

Durch eine Weitergabekontrolle nach Nr. 4 ist zu verhindern, dass unberechtigte Kopien angefertigt werden. Diese könnten beispielsweise auf mitgebrachten Speichermedien der Beschäftigten abgelegt werden.⁷⁶⁰ Zur Weitergabekontrolle gehört auch, den Zugriff auf die Daten während der Übermittlung zu verhindern. Dazu können etwa digitale Signaturen, Verschlüsselungen und VPN-Systeme genutzt werden. Ebenso kann die Protokollierung der Übermittlungsvorgänge helfen.⁷⁶¹ Maßnahmen der Auftragskontrolle gemäß Nr. 6 entsprechen denen der Auftragsdatenverarbeitung.⁷⁶²

Ein gänzlich anderes Ziel wird durch die Verpflichtung des Anbieters verfolgt, die Daten nach Nr. 7 verfügbar zu halten. Damit soll der Möglichkeit des Datenverlusts etwa durch Systemausfall vorgebeugt werden. Als Schutzmaßnahmen kommen die Auslagerung von Sicherungskopien, Notstromaggregate oder ein Katastrophenplan in Betracht.⁷⁶³ Schließlich verpflichtet Nr. 8 den Anbieter auch zu einem allgemeinen Trennungsgebot. Daten, die unterschiedlichen Zweckbindungen unterliegen, müssen danach unabhängig voneinander verarbeitet werden können. Für den Fall der Nutzungsdaten normiert § 13 Abs. 4 Nr. 2 TMG ein spezielleres Trennungsgebot.

Zur Sicherstellung aller technisch-organisatorischen Vorgaben kommt die Einrichtung eines Datenschutzmanagementsystems in Betracht, das „sämtliche Abläufe und Regelungen, die von einem Unternehmen zur Sicherstellung des Datenschutzes getroffen werden“,⁷⁶⁴ strukturiert und festhält. Ziel sollte eine „datenschutzkonforme Gesamtorganisation des Unternehmens sein“.⁷⁶⁵ Damit könnte der Anbieter eines Online-Versanddienstes die Schutzmaßnahmen koordiniert umsetzen.

⁷⁶⁰ Gola/Schomerus 2010, § 9 BDSG, Rn. 25; Wedde, in: Däubler u. a. 2014, § 9 BDSG, Rn. 69 f.

⁷⁶¹ Wedde, in: Däubler u. a. 2014, § 9 BDSG, Rn. 67 f., 73 und 75; Gola/Schomerus 2010, § 9 BDSG, Rn. 25; Ernestus, in: Simitis 2014, § 9 BDSG, Rn. 126 f.

⁷⁶² Detailliert zur Auftragsdatenverarbeitung s. Teil 2 Kapitel 3 3.8.1 Weitergabe im Rahmen einer Auftragsdatenverarbeitung.

⁷⁶³ Gola/Schomerus 2010, § 9 BDSG, Rn. 28.

⁷⁶⁴ Jandt/Schaar/Schulz, in: Roßnagel 2013, § 13 TMG, Rn. 97.

⁷⁶⁵ Roßnagel/Pfitzmann/Garstka 2001, 130 ff.

3.8 Weitergabe von personenbezogenen Daten

Erhebt oder verwendet der Anbieter eines Online-Versanddienstes seine Daten nicht selbst, sondern lässt dies durch andere erledigen, kann es sich – je nach konkretem Umgang – entweder um eine Auftragsdatenverarbeitung oder eine Übermittlung handeln. In beiden Fällen besteht ein zusätzliches Risiko für die personenbezogenen Daten, da diese faktisch in einen fremden Einwirkungs- und Verfügungsbereich gelangen. Die gesetzliche Bewertung ist jedoch unterschiedlich. Der Anbieter kann auch Teil eines Konzerns sein, in dem die Daten aus verschiedenen Gründen weitergegeben werden können. Dann stellt sich ebenfalls die Frage der Einordnung als Auftragsdatenverarbeitung oder Übermittlung. Des Weiteren könnte das Geschäftsmodell des Anbieters auch vorsehen, die Daten seiner Kunden gewinnbringend an Dritte zu verkaufen, um ihnen etwa die Nutzung zu Werbezwecken zu ermöglichen. Auch in diesem Fall stellt sich die Frage nach den datenschutzrechtlichen Bestimmungen bei der Weitergabe der Daten.

3.8.1 Weitergabe im Rahmen einer Auftragsdatenverarbeitung

Will sich der Anbieter eines Online-Versanddienstes lediglich der Ressourcen eines anderen bedienen, um mit den personenbezogenen Daten der Nutzer umzugehen, muss er die Vorgaben zur Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 BDSG beachten. Dieser gilt in Ermangelung speziellerer Bestimmungen auch im Anwendungsbereich des Telemediengesetzes.⁷⁶⁶ Eine Auftragsdatenverarbeitung liegt nur vor, wenn der andere eine bloße Hilfsfunktion einnimmt.⁷⁶⁷ Ein Auftragnehmer ist lediglich der „verlängerte Arm“⁷⁶⁸ des Auftraggebers. Für die Beurteilung, ob eine Auftragsdatenverarbeitung stattfindet, ist das rechtliche Grundverhältnis zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer irrelevant.⁷⁶⁹ Entscheidend ist, dass die Daten nur nach Weisung des Auftraggebers erhoben, verarbeitet oder genutzt werden (§ 11 Abs. 3 Satz 1 BDSG). Der Auftragnehmer darf weder einen eigenen Ent-

⁷⁶⁶ Vgl. Jandt/Schaar/Schulz, in: Roßnagel 2013, § 13 TMG, Rn. 19.

⁷⁶⁷ Spindler/Nink, in: Spindler/Schuster, § 11 BDSG, Rn. 10; Petri, in: Simitis 2014, § 11 BDSG, Rn. 22; Roßnagel, in: Roßnagel/Banzhaf/Grimm 2003, 220.

⁷⁶⁸ Bereits Mithlein/Heck 1995, 85; Petri, in: Simitis 2014, § 11 BDSG, Rn. 20 m. w. N.; Gola/Schomerus 2010, § 11 BDSG, Rn. 3 f.

⁷⁶⁹ Gola/Schomerus 2010, § 11 BDSG, Rn. 6; Petri, in: Simitis 2014, § 11 BDSG, Rn. 22; Spindler/Nink, in: Spindler/Schuster 2011, § 11 BDSG, Rn. 6.

scheidungsspielraum zur Verarbeitung der Daten noch ein wirtschaftliches Eigeninteresse an den Daten haben.⁷⁷⁰ Wenn der andere in einem Drittland ansässig ist, ist das Vorliegen einer Auftragsverarbeitung ausgeschlossen.

Die Verantwortung für die Daten verbleibt gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 BDSG beim Auftraggeber. Der Auftragnehmer ist auch nicht Dritter im Sinne des § 3 Abs. 8 Satz 2 und 3 BDSG. Vielmehr werden Auftraggeber und -nehmer als rechtliche Einheit betrachtet. Deshalb sind nach § 11 Abs. 1 Satz 2 BDSG die Betroffenenrechte auch gegenüber dem Auftraggeber geltend zu machen. Wird dennoch versucht, diese gegenüber dem Auftragnehmer geltend zu machen, muss dieser die Informationen an den Auftraggeber weiterleiten⁷⁷¹ oder diesem zumindest bekannt geben.⁷⁷² Da es sich bei der Auftragsdatenverarbeitung per Definition nicht um eine Übermittlung im Sinne des § 3 Abs. 4 Nr. 3 BDSG handelt, ist sie aus datenschutzrechtlicher Sicht grundsätzlich zulässig. Anderes kann sich jedoch etwa aufgrund von Geheimnispflichten ergeben.⁷⁷³

Der Anbieter eines Online-Versanddienstes ist durch § 11 Abs. 2 Satz 1 BDSG verpflichtet, den Auftragnehmer sorgfältig auszuwählen. Als Kriterium für die Auswahl sind die technischen und organisatorischen Maßnahmen des potentiellen Auftragnehmers heranzuziehen.⁷⁷⁴ Eine zulässige Auftragsdatenverarbeitung setzt außerdem gemäß Satz 2 einen schriftlichen Auftrag voraus. § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis 10 BDSG bestimmt detailliert, welche Mindestinhalte im Vertrag festgelegt werden müssen.⁷⁷⁵

Neben dem Gegenstand, der zumindest die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten des Auftraggebers umfassen muss,⁷⁷⁶

⁷⁷⁰ *Spindler/Nink*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 11 BDSG, Rn. 9; *Petri*, in: *Simitis* 2014, § 11 BDSG, Rn. 23; weniger kritisch *Gola/Schomerus* 2010, § 11 BDSG, Rn. 7a.

⁷⁷¹ *Polenz*, in: *Kilian/Heussen* 2013, Teil 13, Rechtsquellen und Grundbegriffe, Rn. 54.

⁷⁷² *Spindler/Nink*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 11 BDSG, Rn. 5 und *Gola/Schomerus* 2010, § 11 BDSG, Rn. 5 mit Bezug auf Hinweise des Innenministeriums Baden-Württembergs zum BDSG für die private Wirtschaft Nr. 16, Staatsanzeiger Baden-Württemberg 1982 Nr. 1/2, 5. Die verantwortliche Stelle muss dem Betroffenen sowieso nach § 4 Abs. 3 Nr. 1 BDSG bekannt gegeben werden.

⁷⁷³ *Petri*, in: *Simitis* 2014, § 11 BDSG, Rn. 43 ff.; *Kroschwald/Wicker*, CR 2012, 758 ff.

⁷⁷⁴ *Gola/Schomerus* 2010, § 11 BDSG, Rn. 17.

⁷⁷⁵ Diese genaue Aufzählung soll Problemen bei der Rechtsanwendung entgegenwirken *Vander*, K&R 2010, 293.

⁷⁷⁶ *Spindler/Nink*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 11 BDSG, Rn. 7; *Gola/Schomerus* 2010, § 11 BDSG, Rn. 7.

sind die Dauer (Nr. 1) und hinreichend konkret der Umfang, Art und Zweck sowie die Art der Daten und der Kreis der Betroffenen anzugeben (Nr. 2). Es genügt die Angabe von Kategorien. Außerdem sind nach Nr. 3 die technischen und organisatorischen Maßnahmen, die zum Schutz der Daten ergriffen werden, zu nennen. Dazu zählen nach § 9 BDSG und seiner Anlage Zutritts-, Zugangs-, Zugriffs-, Weitergabe-, Eingabe-, Auftrags- und Verfügbarkeitskontrollen. Die reine Übernahme des Regelungstextes ist jedoch unzureichend. Vielmehr müssen Maßnahme oder zumindest Sicherheitsziele spezifisch festgelegt werden.⁷⁷⁷ Von der Einhaltung der technischen und organisatorischen Maßnahmen muss sich der Anbieter eines Online-Versanddienste als Auftraggeber nach § 11 Abs. 2 Satz 4 BDSG vor Beginn der Auftragsdatenverarbeitung und dann regelmäßig überzeugen und dies gemäß Satz 2 auch protokollieren. Dabei ist nicht zwangsläufig seine persönliche Anwesenheit gefordert. Abhängig von der Sensitivität der Daten kommen stattdessen auch Auskunft- und Vorlagepflichten sowie Testate von Sachverständigen in Frage.⁷⁷⁸

Festzuhalten sind des Weiteren nach § 11 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 BDSG Regeln zur Berichtigung, Löschung und Sperrung der Daten sowie die Pflichten des Auftraggebers, insbesondere die von ihm durchzuführenden Kontrollen (Nr. 5). Ferner ist festzulegen, ob der Auftragnehmer berechtigt ist, einen Unterauftrag zu vergeben (Nr. 6) und in welcher Form ein solcher ausgestaltet werden muss.⁷⁷⁹ Regelmäßig sollten dabei die Pflichten des Auftragnehmers auf den Unterauftragsnehmer ausgeweitet werden.⁷⁸⁰ Der Auftraggeber bleibt aber auch im Verhältnis zum Unterauftragsnehmer für die Daten verantwortlich. Aufgrund dieser Verantwortlichkeit sind auch durch den Auftraggeber Kontrollen durchzuführen, ob die Daten nur nach seinen Weisungen erhoben, verarbeitet und genutzt werden. In diesem Zusammenhang sind auch die Duldungs- und Mitwirkungspflichten des Auftragnehmers zu fixieren (Nr. 7), die sich – anders als die Kontrollpflichten des Auftraggebers – nicht aus dem Gesetz ergeben.⁷⁸¹ Außerdem ist festzuhalten,

⁷⁷⁷ Gola/Schomerus 2010, § 11 BDSG, Rn. 18b; Polenz, in: Kilian/Heussen 2013, Teil 13, Rechtsquellen und Grundbegriffe, Rn. 55.9.

⁷⁷⁸ Spindler/Nink, in: Spindler/Schuster, § 11 BDSG, Rn. 19; Petri, in: Simitis 2014, § 11 BDSG, Rn. 59; Gola/Schomerus 2010, § 11 BDSG, Rn. 21; BT-Drs. 16/13657, 18.

⁷⁷⁹ Petri, in: Simitis 2014, § 11 BDSG, Rn. 76; Gola/Schomerus 2010, § 11 BDSG, Rn. 18e.

⁷⁸⁰ Polenz, in: Kilian/Heussen 2013, Teil 13, Rechtsquellen und Grundbegriffe, Rn. 50.7; Gola/Schomerus 2010, § 11 BDSG, Rn. 18e.

⁷⁸¹ Gola/Schomerus 2010, § 11 BDSG, Rn. 21.

welche Verstöße gegen den Datenschutz oder die im Vertrag festgehaltenen Pflichten dem Auftraggeber zu melden sind (Nr. 8) und welchen Umfang die Weisungsbefugnisse des Auftraggebers umfassen sollen (Nr. 9). Für das Ende der Auftragsdatenverarbeitung sind außerdem nach Nr. 10 die Rückgabe der Datenträger und eine Löschpflicht für gespeicherte Daten vorzusehen.

3.8.2 Weitergabe durch Übermittlung

Im Gegensatz zur Auftragsdatenverarbeitung liegt eine Funktionsübertragung dann vor, wenn der Datenumgang nicht als Hilfsaufgabe, sondern auch die damit verbundene Funktion selbst übertragen wird.⁷⁸² Dabei steht demjenigen, dem die Daten übermittelt werden, ein Spielraum für eigene Entscheidungen zu. Er handelt damit eigenverantwortlich⁷⁸³ und ist – anders als der Auftragnehmer – Dritter im Sinne des § 3 Abs. 8 Satz 2 BDSG. Lässt der Anbieter eines Online-Versanddienstes beispielsweise das geschuldete Entgelt durch einen Dienstleister einziehen, hat dieser daran ein Eigeninteresse und verfolgt einen eigenen Geschäftszweck. Es handelt sich somit um eine Funktionsübertragung.⁷⁸⁴ Ein anderer Grund für eine Übermittlung der Daten könnte im Geschäftsmodell des Online-Versanddienstes liegen. Stellt die Weitergabe der Daten eine Übermittlung im Sinne des § 3 Abs. 4 Satz 2 Nr. 3 BDSG dar, ist dafür – anders als bei der Auftragsdatenverarbeitung – eine Erlaubnis nötig.

Ein Übermitteln liegt vor, wenn personenbezogene Daten durch die verantwortliche Stelle bekanntgegeben werden, also der Informationswert der Daten verbreitet wird. Die Daten werden übermittelt, indem die Daten an einen Dritten weitergegeben oder zur Einsicht oder zum Abruf bereitgehalten werden. Die Art der Übermittlung ist ebenso unerheblich wie der Zweck und ein möglicher Nutzen für den Dritten.⁷⁸⁵ Aufgrund des fehlenden Einflusses der verantwortlichen Stelle, ist der Dritte selbst für den Schutz der Daten verantwortlich. Deshalb knüpft das Bundesdatenschutzgesetz an die

⁷⁸² *Gola/Schomerus* 2010, § 11 BDSG, Rn. 9; *Petri*, in: *Simitis* 2014, § 11 BDSG, Rn. 22; detailliert *Müthlein/Heck* 1995, 35 ff.

⁷⁸³ *Petri*, in: *Simitis* 2014, § 11 BDSG, Rn. 22.

⁷⁸⁴ *Roßnagel*, in: *Roßnagel/Banzahf/Grimm* 2003, 221 allgemein zum Einzug von Entgelten durch Dritte.

⁷⁸⁵ *Dammann*, in: *Simitis* 2014, § 3 BDSG, Rn. 143 und 146.

Zulässigkeit einer Übermittlung an einen Dritten bestimmte Voraussetzungen. Will der Anbieter eines Online-Versanddienstes einem Dritten die Daten übermitteln, muss er diese Vorgaben einhalten. Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Übermittlung unterscheiden sich jedoch je nach Stelle, an die die Daten übermittelt werden sollen.

Innerhalb Deutschlands gelten für die Übermittlung von personenbezogenen Daten die allgemeinen Vorschriften – für Inhaltsdaten also vor allem § 28 BDSG und für Bestands- und Nutzungsdaten §§ 14 f. TMG. Allerdings sieht nur § 15 Abs. 5 Satz 3 TMG eine Übermittlung vor. Diese Erlaubnisnorm erstreckt sich jedoch nur auf anonymisierte Nutzungsdaten, die Übermittlung an andere Diensteanbieter und den Zweck der Marktforschung. Eine Übermittlung von Nutzungsdaten in anderen Fällen, insbesondere bei personenbezogenen Daten, ist deshalb unzulässig, soweit keine Einwilligung vorliegt.

Als gesetzliche Erlaubnisnormen für die Übermittlung von Inhaltsdaten kommen verschiedene Teile des § 28 BDSG in Betracht. Ob sie im Einzelnen einschlägig sind, hängt jedoch vom konkreten Sachverhalt ab – insbesondere dem Zweck, zu dem die Daten übertragen werden sollen. Abs. 2 erlaubt die Übermittlung der Daten in Satz 1, unter den Voraussetzungen des Abs. 1 Nr. 2 oder 3. Nach Nr. 2 ist Voraussetzung für den Datenumgang, dass dieser erforderlich ist, um die berechtigten Interessen der verantwortlichen Stelle zu wahren. Zusätzlich darf kein Grund zu der Annahme bestehen, die schutzwürdigen Interessen des Betroffenen überwögen die berechtigten Interessen der verantwortlichen Stelle. Damit muss der Anbieter eine Interessenabwägung durchführen. Der Begriff der berechtigten Interessen ist restriktiv auszulegen.⁷⁸⁶ Jedoch zählen alle vom Rechtsempfinden als billig betrachteten Interessen dazu. Diese können ideeller und wirtschaftlicher Natur sein.⁷⁸⁷ So etwa das Interesse der verantwortlichen Stelle als Unternehmer Geld zu verdienen. Als schutzwürdiges Interesse des Betroffenen ist vor allem die informationelle Selbstbestimmung zu nennen,⁷⁸⁸ die den Nutzer davor schützen soll, dass andere Personen über ihn „informiert“ sind, ohne dass er dazu beigetragen hat oder davon weiß, sodass diese dadurch einen „informativen Vorsprung“ haben, den sie zu ihrem Vorteil nutzen

⁷⁸⁶ *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 28 BDSG, Rn. 98; *Taeger*, in: *Taeger/Gabel* 2013, § 28 BDSG, Rn. 55.

⁷⁸⁷ *Gola/Schomerus* 2012, § 28 BDSG, Rn. 24.

⁷⁸⁸ *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 28 BDSG, Rn. 98; *Gola/Schomerus* 2012, § 28 BDSG, Rn. 26.

können.⁷⁸⁹ Die Anforderungen, die an eine entsprechende Interessenabwägung zu stellen sind, sind hoch, da es nach dem Willen des Gesetzgebers bereits ausreicht, wenn ein Grund zur Annahme besteht, dass die schutzwürdigen Interessen des Betroffenen überwiegen.⁷⁹⁰ Ein solches Interesse ist regelmäßig an zunehmen. Erfolgt keine Interessensabwägung, ist die Übermittlung nicht zulässig. Fälle, in denen die berechtigten Interessen eines Dritten die schutzwürdigen Interessen des Betroffenen überwiegen, bilden bei Online-Versanddiensten die Ausnahme, sodass § 28 Abs. 2 Nr. 2 BDSG regelmäßig keine Erlaubnis für die Übermittlung von Daten darstellt.

Nr. 3 betrifft Daten, die entweder bereits allgemein zugänglich sind oder von der verantwortlichen Stelle veröffentlicht werden dürften. Dabei ist eine Abwägung der berechtigten Interessen der verantwortlichen Stelle mit den schutzwürdigen Interessen des Betroffenen nötig. Die Übermittlung ist jedoch nur dann nicht zulässig, wenn die Interessen des Betroffenen offensichtlich überwiegen. Die Daten des Nutzers eines Online-Versanddienstes werden in der Regel nicht öffentlich zugänglich sein oder veröffentlicht werden dürfen, sodass die Erlaubnisnorm des § 28 Abs. 2 Nr. 1 i. V. m. Abs. 1 Nr. 3 BDSG zu vernachlässigen ist.

Für die Übermittlung der Inhaltsdaten durch den Anbieter an andere private Stellen kommt auch Abs. 2 Nr. 2 lit. a in Betracht, wenn Daten zur Wahrung berechtigter Interessen Dritter übermittelt werden müssen. Berechtigte Interessen des Dritten sind aber nicht jegliche Interessen – anerkannt ist etwa eine Forderungsabtretung, nicht jedoch lediglich eine Kooperation zwischen zwei Stellen.⁷⁹¹ Es darf auch kein Grund zur Annahme bestehen, dass schutzwürdige Interessen des Betroffenen einer Übermittlung entgegenstehen. Damit wird eine Interessenabwägung nötig, die die verantwortliche Stelle gewissenhaft vornehmen muss.

Für den Fall, dass der Anbieter die Daten der Nutzer zu Werbezwecken an andere übermittelt, etwa an „befreundete Unternehmen“, normiert Abs. 3 besondere Anforderungen. Soweit der Anbieter keine schriftliche Einwilligung des Nutzers erhalten hat, muss er nach Satz 1 die besonderen Anforderungen des Abs. 3a an andere Einwilligungen erfüllen. Liegt dem Anbie-

⁷⁸⁹ Detailliert zum Grundrecht s. Teil 2 Kapitel 1 2.1 Recht auf informationelle Selbstbestimmung.

⁷⁹⁰ *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 28 BDSG, Rn. 131.

⁷⁹¹ *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 28 BDSG, Rn. 176 ff.

ter keine Einwilligung vor, kann Abs. 3 Satz 2 eine gesetzliche Erlaubnis darstellen. Allerdings umfasst sie zum einen nur listenmäßig oder sonst zusammengefasste Daten, die nur bestimmte Informationen enthalten dürfen, etwa Namen, Anschrift und Geburtsjahr. Zum anderen erstreckt sich die Erlaubnis nur auf Werbung für eigene Werbezwecke (Nr. 1), Werbung, die für den Betroffenen von beruflichem Interesse ist (Nr. 2), oder für bestimmte Spenden (Nr. 3). Nach Satz 4 ist die Übermittlung von Daten nach Satz 2 zum Zweck der Werbung gemäß § 34 Abs. 1a Satz 1 zu speichern. Wie Abs. 2 Nr. 2 sieht auch Abs. 3 in Satz 6 die Beachtung der Interessen des Betroffenen vor. Danach dürfen die schutzwürdigen Interessen des Betroffenen dem Datenumgang nicht entgegenstehen.

Will der Anbieter von Online-Versanddiensten mit den Daten innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums⁷⁹² umgehen, gelten nach § 4b Abs. 1 BDSG die für Übermittlungen in Deutschland anwendbaren Normen.⁷⁹³ Bei der Übermittlung von Daten in ein Drittland oder sonstige ausländische, über- und zwischenstaatliche Stellen regelt § 4b Abs. 2 Satz 1 BDSG die entsprechende Anwendbarkeit des Abs. 1. Allerdings ist von der Übermittlung abzusehen, wenn ihr schutzwürdige Interessen des Betroffenen entgegenstehen. Dies liegt etwa beim Fehlen eines angemessenen Schutzniveaus vor (Satz 2). Dabei ist die Angemessenheit nach Abs. 3 zu beurteilen, der zwar keine Definition nennt, aber Kriterien zur Beurteilung aufstellt.⁷⁹⁴ Danach sind alle Umstände zu beachten, wie etwa die Art der Daten, die Zweckbestimmung, die Dauer der Verarbeitung und die bestehenden Sicherheitsmaßen bei der empfangenden Stelle. Eine Einzelprüfung kann entfallen, soweit die Kommission gemäß Art. 25 Abs. 4 bis 6 i. V. m. Art. 31 Abs. 2 DSRL ein angemessenes Datenschutzniveau festgestellt hat.⁷⁹⁵

§ 4c BDSG bestimmt, wann die Übermittlung bei Tätigkeiten im Anwendungsbereich des EU-Rechts trotz fehlendem angemessenem Schutzniveau zulässig ist. Dabei handelt es sich um wichtige, alltägliche Vorgänge.⁷⁹⁶ Für Online-Versanddienste kommt insbesondere die Übermittlung aufgrund einer Einwilligung (Abs. 1 Satz 1 Nr. 1) oder gegebenenfalls zur Vertragserfüllung

⁷⁹² Zum Europäischen Wirtschaftsraum zählen auch alle Mitgliedsstaaten der EU.

⁷⁹³ *Gola/Schomerus* 2010, § 4b BDSG, Rn. 3; *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 4b BDSG, Rn. 6.

⁷⁹⁴ *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 4b BDSG, Rn. 48, detaillierte Anforderungen in Rn. 53 ff.

⁷⁹⁵ *Gola/Schomerus* 2010, § 4b BDSG, Rn. 14 mit Liste der Länder; a. A. *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 4b BDSG, Rn. 66.

⁷⁹⁶ *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 4c BDSG, Rn. 1.

lung (Nr. 2) in Betracht. Wenig wahrscheinlich ist eine Übermittlung im Rahmen wichtiger öffentlicher Interessen (Nr. 3), der gerichtlichen Durchsetzung von Rechtsansprüchen (Nr. 4), lebenswichtiger Interessen des Betroffenen (Nr. 5) oder bei Daten aus öffentlichen Registern (Nr. 6).

Nach Abs. 2 kann eine Übermittlung auch dann zulässig sein, wenn eine Genehmigung durch die zuständige Aufsichtsbehörde nach § 38 BDSG vorliegt. Dazu sind entsprechende Garantien für ein angemessenes Datenschutzniveau, etwa Vertragsklauseln⁷⁹⁷ oder ein Code of Conduct,⁷⁹⁸ nötig. Auch wenn die nach Art. 26 Abs. 4 DSRL von der Kommission festgelegten Standardvertragsklauseln vereinbart werden, ist eine Übermittlung zulässig.⁷⁹⁹ Für die Übermittlung in die USA liegt ein ausreichendes Datenschutzniveau vor, wenn sich die empfangende Stelle dem Safe-Harbor-Abkommen unterworfen hat.⁸⁰⁰ Das Safe-Harbor-Abkommen wurde von den USA entwickelt, um den Anforderungen der europäischen Datenschutzrichtlinie gerecht zu werden.⁸⁰¹ Allerdings handelt es sich dabei lediglich um eine Art „Selbstzertifizierung“ der US-amerikanischen Stellen. Unter Datenschützern ist das Abkommen deshalb seit langem kritisiert. Entsprechend beschloss der Düsseldorfer Kreis bereits im Sommer 2010, dass es für die Übermittlung in die USA nicht genügt, wenn die Stelle eine Safe-Harbour-Zertifizierung behauptet.⁸⁰² Diese Kritik verschärfte sich im Kontext der sogenannten NSA-Ausspäh-Affäre, die von Edward Snowden im Sommer 2013 aufgedeckt wurde.⁸⁰³

⁷⁹⁷ *Gola/Schomerus* 2010, § 4c BDSG, Rn. 10 f.; *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 4c BDSG, Rn. 47 ff.

⁷⁹⁸ *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 4c BDSG, Rn. 59 ff.; *Gola/Schomerus* 2010, § 4c BDSG, Rn. 15 f.

⁷⁹⁹ *Gola/Schomerus* 2010, § 4c BDSG, Rn. 12 ff.; *Polenz*, in: *Kilian/Heussen* 2013, Teil 13, Rechtsquellen und Grundbegriffe, Rn. 55.2; *Spindler*, in: *Spindler/Schuster*, § 4c BDSG, Rn. 20.

⁸⁰⁰ Eine Liste aller Unternehmen, die sich dem Safe-Harbor-Abkommen unterworfen haben, findet sich auf www.safeharbor.export.gov/list.aspx.

⁸⁰¹ Dazu etwa *Enzmann*, *DuD* 2000, 536 f.

⁸⁰² *Düsseldorfer Kreis*, Beschluss, Prüfung der Selbst-Zertifizierung des Datenimporteurs nach dem Safe Harbor-Abkommen durch das Daten exportierende Unternehmen, Hannover 28./29.4.2010, überarbeitete Fassung vom 23.8.2010, www.lidi.nrw.de/main_menu_Service/submenu_Entschliessungsarchiv/Inhalt/Beschluesse_Duesseldorfer_Kreis/Inhalt/2010/Pruefung_der_Selbst-Zertifizierung_des_Datenimporteurs/Beschluss_28_29_04_10neu.pdf.

⁸⁰³ Dazu etwa *Greenwald* 2014 und *Rosenbach/Stark* 2014. Eine Übersicht der Ereignisse bis November 2014 enthält *Projekt Datenschutz*, Affäre Snowden, München 2013/2014, www.projekt-datenschutz.de/snowden. Zur Kritik anstelle vieler *Roßnagel/Jandt/Richter*, *DuD* 2014, 545 ff.

Die Aufzählung des § 4c BDSG ist abschließend.⁸⁰⁴ Weitere Ausnahmen bestehen nicht. Die empfangende Stelle muss nach § 4b Abs. 6 sowie § 4c Abs. 1 Satz 2 BDSG auf den Zweck der Datenübermittlung hingewiesen werden. Dabei sollte ebenfalls die Beschränkung der zulässigen Datenverwendung auf den genannten Zweck mitgeteilt werden.⁸⁰⁵ Will ein Anbieter eines Online-Versanddienstes, dass ein anderer für ihn mit personenbezogenen Daten umgeht, muss er die jeweiligen Anforderungen an die Zulässigkeit erfüllen.

3.9 Betroffenenrechte

Um sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung effektiv ausüben zu können, wurden dem Betroffenen vom Gesetzgeber verschiedene Rechte zugesprochen. Der Anbieter von Online-Versanddiensten hat als Diensteanbieter und verantwortliche Stelle dafür zu sorgen, dass der Nutzer des Dienstes diese Rechte ausüben kann. Neben den allgemeinen Betroffenenrechten des Bundesdatenschutzgesetzes sind einige spezielle Betroffenenrechte nach dem Telemediengesetz zu gewähren. Der Nutzer hat ein Recht auf Auskunft über seine Daten, das sich aus § 34 BDSG gegebenenfalls i. V. m. § 13 Abs. 7 TMG ergibt. Außerdem kann er sich auf seine Korrekturrechte berufen, die Berichtigung, Löschung, Sperrung und den Widerspruch nach § 35 BGB.⁸⁰⁶ Die Rechte des Nutzers und Betroffenen fordern ihre Umsetzung durch den Anbieter des Online-Versanddienstes als verantwortliche Stelle.

3.9.1 Auskunftspflicht

Das Auskunftsrecht ist ein besonders wichtiges Betroffenenrecht. Es ist Voraussetzung dafür, weitere (Betroffenen-)Rechte geltend zu machen. Dies ist häufig erst möglich, wenn die vorliegenden Daten bekannt sind.⁸⁰⁷ So wird auch von einem „fundamentalen Datenschutzrecht“ gesprochen.⁸⁰⁸ Es ist gemäß § 6 Abs. 1 Alt. 1 BDSG nicht abdingbar.

⁸⁰⁴ *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 4c BDSG, Rn. 7.

⁸⁰⁵ *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 4b BDSG, Rn. 94.

⁸⁰⁶ *Gola/Schomerus* 2010, § 35 BDSG, Rn. 1.

⁸⁰⁷ Anstelle vieler *Jandt/Schaar/Schulz*, in: *Roßnagel* 2013, § 13 TMG, Rn. 8.

⁸⁰⁸ *Heckmann* 2014, Kap. 9, Rn. 299.

Der Anbieter eines Online-Versanddienstes ist durch § 34 BDSG und § 13 Abs. 7 TMG verpflichtet, dem Nutzer Auskunft über seine beim Anbieter gespeicherten personenbezogenen Daten zu erteilen. Dazu muss der Nutzer vom Anbieter Auskunft verlangen. Die Form ist dabei gesetzlich nicht vorgegeben, sodass der Anbieter jegliches Auskunftsverlangen akzeptieren und beauskunften muss. Allerdings sollte ein Auskunftsverlangen nach § 34 Abs. 1 Satz 2 BDSG vom Betroffenen präzisiert werden. Da es sich dabei aber nicht um eine Pflicht handelt, muss in Ermangelung einer Präzision eine umfangreiche Auskunft erteilt werden.⁸⁰⁹

Die Auskunft muss – für Bestands-, Nutzungs- und Inhaltsdaten – nach den Regeln des § 34 BDSG erteilt werden. Dabei sind nach Abs. 1 vor allem die Daten selbst, ihre Herkunft, Empfänger oder Kategorien von Empfängern sowie der festgelegte Zweck zu nennen. Neben den Daten, die zur Person selbst gespeichert sind, müssen gemäß § 13 Abs. 7 Satz 1 TMG auch solche Daten angegeben werden, die im Zusammenhang mit einem Pseudonym gespeichert wurden. Problematisch ist hier vor allem die Tatsache, dass der Nutzer damit sein Pseudonym aufdecken kann. Um dies zu vermeiden, sollte die Auskunft auch unter Pseudonym ermöglicht werden.⁸¹⁰ Andernfalls ist der Nutzer zumindest vor der Erteilung der Auskunft darauf hinzuweisen, welche Folgen die Zusammenführung des Pseudonyms mit der Identität des Nutzers für ihn haben kann.⁸¹¹

Die Auskunft ist nach § 34 Abs. 6 BDSG regelmäßig in Textform zu erteilen.⁸¹² § 13 Abs. 7 Satz 2 TMG lässt im Anwendungsbereich des Telemediengesetzes auch eine elektronische Auskunft auf Verlangen des Nutzers zu. Die elektronische Auskunft kann etwa in Form einer E-Mail erfolgen oder durch den Zugriff auf einen geschützten Bereich, in dem die Daten eingesehen werden können.⁸¹³ Die Auskunft ist unverzüglich zu erteilen, das heißt ohne schuldhaftes Zögern.⁸¹⁴ Sie ist grundsätzlich auch unentgeltlich zu gewähren, wie § 34 Abs. 9 Satz 1 BDSG bestimmt. Eine Ausnahme besteht,

⁸⁰⁹ *Gola/Schomerus* 2010, § 34 BDSG, Rn. 5.

⁸¹⁰ *Dix*, in: *Simitis* 2014, § 34 BDSG, Rn. 45.

⁸¹¹ *Spindler/Nink*, in: *Spindler/Schuster* 2011, § 12 TMG, Rn. 16 und § 15 TMG, Rn. 7a; *Heckmann* 2014, Kap. 9, Rn. 309.

⁸¹² Zur Textform s. Teil 2 Kapitel 2 3.3.3 Formale Gestaltung der Information zum Widerrufsrecht.

⁸¹³ *Moos*, in: *Taeger/Gabel* 2013, § 13 TMG, Rn. 59.

⁸¹⁴ *Gola/Schomerus* 2010, § 34 BDSG, Rn. 16; *Moos*, in: *Taeger/Gabel* 2013, § 13 TMG, Rn. 60.

wenn die Auskunft wirtschaftlich verwertet werden kann. Das ist regelmäßig bei Auskunfteien, wie der Schufa, der Fall, nicht aber bei Online-Versanddiensten.⁸¹⁵ Anbieter von Online-Versanddiensten sind demnach verpflichtet, den Betroffenen auf Anfrage hin grundsätzlich kostenlos Auskunft über die bei ihm gespeicherten Daten zu geben.

3.9.2 Recht auf Berichtigung, Löschung, Sperrung und Widerspruch

Ebenfalls nicht abdingbar ist gemäß § 6 Abs. 1 Alt. 2 BDSG das Recht auf Berichtigung, Löschung und Sperrung von Daten sowie zum Widerspruch nach § 35 BDSG. Durch die sogenannten Korrekturrechte kann der Betroffene auf die über ihn gespeicherten Daten oder zumindest den Umgang mit ihnen einwirken. Der Anbieter von Online-Versanddiensten muss als verantwortliche Stelle dafür Sorge tragen, dass der Nutzer als Betroffener von seinen Rechten Gebrauch machen kann.

Unrichtige Daten sind nach Abs. 1 Satz 1 zu berichtigen. Wie bedeutend die Unrichtigkeit ist, ist irrelevant.⁸¹⁶ Geschätzte Daten sind zu kennzeichnen, um damit die Fragwürdigkeit ihrer Richtigkeit anzuzeigen.⁸¹⁷ Unzulässige gespeicherte Daten müssen gemäß Satz 2 Nr. 1 gelöscht werden. Die besonderen Arten personenbezogener Daten sowie Daten über strafbare Handlungen oder Ordnungswidrigkeiten müssen nach Nr. 2 ebenfalls gelöscht werden, wenn ihre Richtigkeit nicht bewiesen werden kann. Bei Daten, die zum eigenen Geschäftszweck gespeichert werden, muss die Löschung erfolgen, sobald die Erforderlichkeit für den Zweck entfällt (Nr. 3) und bei Daten, die geschäftsmäßig zur Übermittlung gespeichert werden, nach den entsprechenden Prüfungen nach Nr. 4 nach drei oder vier Kalenderjahren. Die Löschung muss der Anforderung des § 3 Abs. 4 Satz 2 Nr. 5 BDSG entsprechen. Sie muss dauerhaft sein. Ein Verschieben in den Papierkorb eines Computers etwa ist nicht ausreichend.⁸¹⁸

In den Fällen, in denen die Löschung nicht zulässig ist, muss der Anbieter von Online-Versanddiensten als verantwortliche Stelle die Daten nach § 35 Abs. 3 BDSG sperren. Bei zu eigenen Geschäftszwecken gespeicherten Da-

⁸¹⁵ Europarechtlich wäre auch eine kostenpflichtige Auskunft möglich, wenn die Kosten nur denen der Mitteilung entsprächen, EuGH, ZD 2014, 248 (248 f.).

⁸¹⁶ Dix, in: Simitis 2014, § 35 BDSG, Rn. 7; Gola/Schomerus 2010, § 35 BDSG, Rn. 4.

⁸¹⁷ Gola/Schomerus 2010, § 35 BDSG, Rn. 6a.

⁸¹⁸ Spindler/Nink, in: Spindler/Schuster 2011, § 12 TMG, Rn. 8a.

ten können gesetzliche, satzungsmäßige oder vertragliche Aufbewahrungsfristen der Löschung entgegenstehen (Nr. 1) sowie die Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen der Betroffenen (Nr. 2). Eine Sperrung anstelle der Löschung ist auch dann erlaubt, wenn die Daten nur mit unverhältnismäßigem Aufwand zu löschen wären (Nr. 3). Dies gilt nach Abs. 4 auch dann, wenn die Richtigkeit und Unrichtigkeit nicht beweisbar ist. Zur Sperrung der Daten muss die Verarbeitung und Nutzung der Daten eingeschränkt werden, indem etwa ein Sperrvermerk gesetzt wird oder die Daten in eine Sperrdatei aufgenommen werden.⁸¹⁹ Die Sperrung der Daten darf nach Abs. 4a nicht übermittelt werden. Abs. 8 sieht außerdem Ausnahmen für das Verbot der Übermittlung und Nutzung von gesperrten Daten vor. Widerspricht der Betroffene einem Datenumgang und überwiegen seine schutzwürdigen Interessen in diesem konkreten Fall, ist nach Abs. 5 vom weiteren Umgang mit den Daten abzusehen, soweit nicht eine Rechtsvorschrift dazu verpflichtet.

Von allen Maßnahmen im Rahmen des § 35 BDSG sind nach Abs. 7 die Stellen zu benachrichtigen, denen die Daten übermittelt wurden, soweit es keinen unverhältnismäßigen Aufwand darstellt und keine schutzwürdigen Interessen des Betroffenen verletzt. Der Anbieter eines Online-Versanddienstes muss also nicht nur die Betroffenenrechte bei sich selbst durchsetzen, sondern gegebenenfalls auch Dritte benachrichtigen, an die er die Daten weitergegeben hat.

4 Einzelne datenschutzrechtliche Probleme in der Praxis

Das gesamte Datenschutzrecht ist von den beschriebenen Grundsätzen geprägt. In der Praxis bestehen jedoch vor allem bei konkreten Einzelfragen oft umfangreiche Auslegungsprobleme. Eine problembezogene Betrachtung fokussiert bei Online-Versanddiensten insbesondere Probleme, die entweder technisch durch das Internet begründet sind oder von Techniken herühren, die typischerweise bei Online-Versanddiensten eingesetzt werden.

4.1 Cookies

Eine weit verbreitete Technik, mit der Daten über Nutzer von Online-Versanddiensten erhoben werden, sind Cookies. Damit sollen Nutzer wie-

⁸¹⁹ Moos, in: Taeger/Gabel 2013, § 13 TMG, Rn. 39 ff.

dererkannt werden. Die Zwecke, aus denen das Wiedererkennen nötig wird, sind unterschiedlich. Manche Cookies ermöglichen etwa das Speichern von Einstellungen auf einer Webseite, beispielsweise der Sprache, andere das Einlegen in den Warenkorb und wieder andere das Beobachten des Nutzerverhaltens.

4.1.1 Technik und Funktion

Ein Cookie ist eine „Dateneinheit, die vorübergehend auf der Festplatte eines Nutzerrechners gespeichert wird, um ihn zu identifizieren und wiederzuerkennen“.⁸²⁰ Konkret wird beim Aufruf einer Webseite vom Webserver neben den Informationen der Webseite eine weitere Dateneinheit übermittelt und auf dem Computer des Nutzers gespeichert. In dieser werden bestimmte Daten über das Verhalten der Nutzung und die verwendete Technik hinterlegt. Bei jedem erneuten Aufruf der Webseite werden die im Cookie auf dem Computer des Nutzers hinterlegten Daten an den Webserver übermittelt. Dadurch kann dieser unter anderem erkennen, dass die Webseite bereits zuvor von demselben Browser abgerufen wurde.⁸²¹ Cookies sind sowohl nutzer- als auch browserspezifisch.⁸²²

Ein Cookie ist eine Textdatei,⁸²³ die maximal 4000 Zeichen umfassen kann.⁸²⁴ Welche Informationen in einem Cookie konkret hinterlegt werden, ist sehr unterschiedlich.⁸²⁵ Typischerweise umfasst ein Cookie den Namen der Domain, den Pfad der Domain, also den Webserver an den die Inhalte des Cookies übermittelt werden, die Information, ob bei der Übermittlung eine sichere SSL-Verschlüsselung verwendet wird, das Verfallsdatum des Cookies und bestimmte Name-Wert-Paare⁸²⁶ sowie eine eindeutige Kennung. Die eindeutige Kennung ermöglicht das Wiedererkennen des Cookies und damit des Browsers des Nutzers und somit regelmäßig auch den Nutzer

⁸²⁰ *Cichon* 2005, XXXIV; ähnlich bereits *Wichert*, DuD 1998, 273.

⁸²¹ *Schaar* 2002, Rn. 178 ff.; zur technischen Funktionsweise *Wichert*, DuD 1998, 273; *Grimm*, in: Roßnagel/Banzhaf/Grimm 2003, 76.

⁸²² *Jandt/Schaar/Schulz*, in: Roßnagel 2013, § 13 TMG, Rn. 52.

⁸²³ *Zeidler/Brüggemann*, CR 2014, 250.

⁸²⁴ *Schaar* 2002, Rn. 179.

⁸²⁵ *Arning/Haag*, in: Heidrich/Forgó/Feldmann 2012, Kap. II, Rn. 75.

⁸²⁶ *Grimm*, in: Roßnagel/Banzhaf/Grimm 2003, 78; *Wichert*, DuD 1998, 273.

selbst. Dabei wird in der Regel eine zufällige Zahlenfolge verwendet.⁸²⁷ Die Name-Wert-Paare ordnen Schlüsselbegriffen bestimmte Werte zu. Diese können vom Diensteanbieter frei gewählt werden. Häufig handelt es sich um das Datum, die E-Mail-Adresse, den Benutzernamen, das Passwort, die IP-Adresse, die aufgerufenen Unterseiten, oder bestimmte Layout-Einstellungen.⁸²⁸ Welche Daten gespeichert werden (können) ist auch von den Eingaben des Nutzers auf der Webseite abhängig, denn es können nur solche Informationen hinterlegt werden, die während der Kommunikation mit dem Webserver anfallen.⁸²⁹

Eine besondere Form von Cookies sind beispielsweise Flash-Cookies. Flash-Cookies können gesetzt werden, wenn eine Flash-Anwendung auf einer Webseite geladen wird. Flash-Cookies sind besonders schwierig aufzuspüren, da sie vom Flash-Player verwaltet werden.⁸³⁰ Deshalb können sie – anders als einfache Cookies – browserübergreifend Informationen sammeln.⁸³¹ Sogenannte Super-Cookies sind schwer aufzuspüren und zu löschen. Solche Cookies verwenden verschiedene Speichertechniken und -orte. Zudem können sie selbstständig wiederhergestellt werden, wenn nur Teile gelöscht wurden.⁸³²

Cookies dienen grundsätzlich der Funktionsfähigkeit von Webseiten. Sie sind beispielsweise regelmäßig erforderlich, um einen funktionierenden Online-Versanddienst zu betreiben, da sie das Einlegen von Waren in den Warenkorb ermöglichen. Legt ein Nutzer eine Ware in den Warenkorb und ruft dann eine andere Unterseite des Online-Versanddienstes auf, erhält der Webserver die Information, dass und welche Ware bereits in den Warenkorb gelegt wurde.⁸³³

Neben dem positiven Effekt, die Funktionsfähigkeit einer Webseite zu ermöglichen, zu erweitern oder ein komfortableres Surfen zu ermöglichen,

⁸²⁷ *Munz*, in: Graf von Westphalen/Thüsing 2014, Datenschutzklauseln, Rn. 74; *Arning/Haag*, in: Heidrich/Forgó/Feldmann 2012, Kap. II, Rn. 75.

⁸²⁸ *Wichert*, DuD 1998, 274; *lhde*, CR 2000, 416 f.

⁸²⁹ *Schaar* 2002, Rn. 182.

⁸³⁰ *Schulz*, in: Roßnagel 2013, § 11 TMG, Rn. 28; *Stiemerling/Lachenmann*, ZD 2014, 136. Flash-Cookies werden deshalb auch nicht durch entsprechende Einstellungen im Browser blockiert.

⁸³¹ *Voigt*, in: Taeger 2013, 160; *Alich/Voigt*, CR 2012, 345; *Zeidler/Brüggemann*, CR 2014, 250.

⁸³² *Alich/Voigt*, CR 2012, 345; *Bager*, Das Zombie-Cookie, heise security vom 23.9.2010, www.heise.de/-1094770.html.

⁸³³ *Wichert*, DuD 1998, 274; *Scholz* 2003, 249, 57 f. zeigt auch weitere Möglichkeiten auf.

können auch personenbezogene Daten erhoben und Nutzerprofile angelegt werden.⁸³⁴ Der Einsatz von Cookies wird dabei „programmgesteuert initiiert und (funktioniert) für den Nutzer verborgen als Hintergrundmechanismus“.⁸³⁵ Aufgrund der Informationen über die Mediennutzung und das Konsumverhalten des Nutzers⁸³⁶ besteht die Möglichkeit des Online Behavioral Advertising. Das heißt, dass jedem Nutzer eine auf seine Person individuell zugeschnittene Werbung angezeigt werden kann. Damit erhöhen sich die Zielgenauigkeit von Werbeeinblendungen und ihr Preis. Cookies stellen die „am weitesten verbreitete Technik zur zeitraumübergreifenden Nutzeridentifikation“⁸³⁷ dar.

Cookies können nur bei einer direkten Kommunikation zwischen Browser und Webserver gesetzt werden. Bei Online-Versanddiensten sind regelmäßig neben den Inhalten des Online-Versanddienstes auch Drittinhalte integriert. Diese können beispielsweise Werbebanner oder Add-ons sein. Bei Aufruf der Webseite wird dann eine direkte Verbindung zu deren Webservern hergestellt, sodass auch sie Cookies setzen können. Drittanbieter sind insbesondere Werbenetze oder soziale Netzwerke. Sie sind regelmäßig nicht nur auf einer oder wenigen, sondern einer Vielzahl von Webseiten vertreten. Dadurch erhalten sie beim Aufruf jeder einzelnen Webseite die Möglichkeit, Cookies zu setzen oder bestehende Cookies auszulesen. So können sie anbieterübergreifende Informationen sammeln und diese zu einem Profil zusammenführen. Dies erhöht die Aussagekraft von Verhaltens-, Interesses- oder Konsumprofilen erheblich.⁸³⁸

4.1.2 Personenbezug von Cookies

Cookies ermöglichen es, Informationen etwa zum Surfverhalten, die IP-Adresse oder auch die E-Mail-Adresse zu sammeln. Nach geltendem Datenschutzrecht sind Inhalte von Cookies nur dann relevant, wenn es sich um

⁸³⁴ Jandt/Schaar/Schulz, in: Roßnagel 2013, § 13 TMG, Rn. 53 f.; Schleipfer, RDV 2011, 171 nennt die Wiedererkennung zur Profilbildung als eine von drei wesentlichen Zwecken von Cookies.

⁸³⁵ Jandt/Schaar/Schulz, in: Roßnagel 2013, § 13 TMG, Rn. 48; ähnlich Ihde, CR 2000, 413.

⁸³⁶ Schulz, in: Roßnagel 2013, § 11 TMG, Rn. 28.

⁸³⁷ Gola/Reif 2011, Rn. 449. Ähnlich Zeidler/Brüggemann, CR 2014, 250.

⁸³⁸ Scholz 2003, 59 und Alich/Voigt, CR 2012, 344 zu Werbenetzen; Voigt, in: Taeger 2013, 158 auch zu Social-Plug-ins.

personenbezogene Daten handelt.⁸³⁹ Cookies sind aber nicht per se personenbezogen,⁸⁴⁰ sondern dienen zunächst nur dem Wiedererkennen eines Nutzers, der nicht bekannt sein muss. Durch ihre „verknüpfende Eigenschaft“⁸⁴¹ ist es jedoch möglich, dass ein Personenbezug entsteht. Sobald wenigstens ein Datum personenbezogen ist, sind alle mit ihm verknüpften Daten auch personenbezogen. So können auch zunächst anonyme Cookies im Verlauf personenbezogen werden.⁸⁴² Dies ist sogar der Regelfall, da dem Diensteanbieter bei Speicherung eines Cookies auf dem Computer des Nutzers regelmäßig noch nicht bekannt ist, wer der Nutzer ist. Der Gesetzgeber erkannte eine solche Gefahr für die informationelle Selbstbestimmung insbesondere durch Cookies⁸⁴³ und führte deshalb § 13 Abs. 1 Satz 2 TMG ein, der dem Diensteanbieter eine frühzeitige Unterrichtungspflicht auferlegt.

Zur Beurteilung, ob es sich bei den Daten, die durch einen Cookie erhoben werden, um personenbezogene Daten handelt, sind zwei verschiedene Möglichkeiten zu betrachten. Zum einen können einzelne oder die gesammelten Daten des Cookies personenbezogen sein. Dann ist es möglich, auch alle anderen – für sich nicht personenbezogenen Daten – dem Nutzer zuzuordnen. Zum anderen kann der Diensteanbieter über weitere Informationen verfügen, bei denen es sich um personenbezogene Daten handelt und die einen Bezug zu einem Cookie – oder einer bestimmten Informationen im Cookie – herstellen.⁸⁴⁴ Deshalb ist zunächst zu untersuchen, welche, typischerweise in Cookies gespeicherten Daten einen Personenbezug ermöglichen.

Eindeutig lässt sich diese Frage beantworten, wenn sich ein Nutzer mit seinem Klarnamen bei dem Online-Versanddienst anmeldet und dieses Datum im Cookie gespeichert wird.⁸⁴⁵ Auch wenn eine E-Mail-Adresse erfasst wird,

⁸³⁹ Dies gilt, obwohl zu Recht angeführt werden kann, „dass der Eingriff in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung nicht erst dann stattfindet, wenn Daten einer bestimmten, namentlich bekannten, Person zugeordnet werden, sondern bereits dann, wenn eine systematische individualisierte Registrierung stattfindet bzw. eingeleitet wird.“ *Schaar* 2002, Rn. 714.

⁸⁴⁰ *Schmitz*, in: Hoeren/Sieber/Holznel 2014, Teil 16.2, Rn. 87.

⁸⁴¹ *Dammann*, in: Simitis 2014, § 3 BDSG, Rn. 65.

⁸⁴² *Moos*, in: Taeger/Gabel 2013, § 13 TMG, Rn. 12.

⁸⁴³ BT-Drs. 13/7385, 22.

⁸⁴⁴ *Heckmann* 2014, Kap. 9, Rn. 155.

⁸⁴⁵ Allgemein zur Zuordnung von Anmelde Daten und natürlicher Person *Scholz* 2003, 246; *Ihde*, CR 2000, 414.

handelt es sich häufig um ein personenbezogenes Datum, da diese regelmäßig aus dem Klarnamen bestehen.⁸⁴⁶ Dasselbe gilt, wenn die Daten zwar nicht selbst gespeichert, aber in der Linkadresse wiedergegeben werden und diese gespeichert wird.⁸⁴⁷ Auch Formulareingaben⁸⁴⁸ wie die vollständige Anschrift oder eine Kommunikation über ein Kontaktformular können einen Personenbezug herstellen. Gerade bei der Bestellung von Waren, die dem Kunden nach Hause gesendet werden sollen, werden solche Daten vom Anbieter des Online-Versanddienstes erhoben.⁸⁴⁹ Spätestens wenn der Nutzer bereits bei einem Online-Versanddienst bestellt hat, wird der Diensteanbieter Zugriff auf den Klarnamen haben. Das Risiko, das Daten durch die Eingaben des Nutzers selbst personenbezogen werden, trägt der Diensteanbieter.⁸⁵⁰

Umstritten ist die Frage, ob es sich bei der IP-Adresse um ein personenbezogenes Datum handelt. Die IP-Adresse ist notwendig für die Funktion des Internet.⁸⁵¹ Die IP-Adresse dient der eindeutigen Identifikation eines Anschlusses. Jede IP-Adresse ist in einem bestimmten Zeitpunkt immer nur einem Anschluss zugeordnet.⁸⁵² Soll eine Webseite aufgerufen werden, übermittelt der Browser die IP-Adresse an den Webserver, sodass dieser die anzuzeigenden Informationen zurück an die genannte IP-Adresse senden kann.⁸⁵³

Bei der Beurteilung des Personenbezugs wird zwischen statischen und dynamischen IP-Adressen unterschieden. Eine statische IP-Adresse ist einem bestimmten Anschluss (über einen längeren Zeitraum) zugeordnet. Wird die IP-Adresse hingegen immer wieder neu vergeben, wenn sich ein Anschluss mit dem Internet verbindet, handelt es sich um eine sogenannte dynamische oder temporäre IP-Adresse. Diese stammt aus dem Pool an IP-Adressen, die dem Internet-Zugangsanbieter zur Verfügung stehen.⁸⁵⁴ In der Praxis wird Verbrauchern ihre IP-Adresse grundsätzlich durch den In-

⁸⁴⁶ *Rofsnagel*, in: *Rofsnagel/Banzhaf/Grimm* 2003, 158.

⁸⁴⁷ Zur Häufigkeit *Mayer/Mitchell*, SP 2012, 416

⁸⁴⁸ *Gerlach*, CR 2013, 483. *Schleipfer*, RDV 2010, 170 f.

⁸⁴⁹ Ebenso bezogen auf den konkreten Anwendungsfall eines Online-Trackers *Nink/Laue*, CR 2014, 271.

⁸⁵⁰ *Bizer*, DuD 2003, 644; *Wichert*, DuD 1998, 275.

⁸⁵¹ *Scholz* 2003, 33 f.

⁸⁵² *Scholz* 2003, 240.

⁸⁵³ *Meyerdierks*, MMR 2009, 9.

⁸⁵⁴ *Scholz* 2003, 34 f.

ternet-Zugangsanbieter zugewiesen. Dabei werden derzeit vor allem dynamische IP-Adressen verwendet, die meist maximal für 24 Stunden erhalten bleiben.⁸⁵⁵ Durch die langsame Ausbreitung der IPv6 ist dies zukünftig jedoch nicht mehr technisch nötig, da kein Mangel an IP-Adressen mehr besteht. Ob dies tatsächlich zu einer breiteren Nutzung statischer IP-Adressen führt, ist noch unklar.⁸⁵⁶

Die IP-Adresse stellt erst dann ein personenbezogenes Datum dar, wenn der Diensteanbieter die Möglichkeit hat, sie mit einer natürlichen Person in Verbindung zu bringen.⁸⁵⁷ Die entscheidende Frage ist demnach die Bestimmbarkeit der natürlichen Person. Bei statischen IP-Adressen ist es dem Diensteanbieter einfacher möglich, einen Personenbezug herzustellen. Dies gilt insbesondere dann, wenn es sich um eine statische IP-Adresse handelt, die in der öffentlich zugänglichen Who-is-Datenbank als solche eingetragen ist. Bei solchen IP-Adressen lässt sich ohne weiteres ein Bezug zum Anschlussinhaber herstellen. Allerdings handelt es sich dabei wohl nur im Ausnahmefall um natürliche Personen. Regelmäßig sind dort Unternehmen oder Institutionen eingetragen.⁸⁵⁸ Viele statische IP-Adressen – insbesondere von Verbrauchern – können nicht durch eine öffentlich zugängliche Datenbank mit dem Anschlussinhaber zusammengeführt werden. Diese werden von Internet-Zugangsanbieter dauerhaft an seine Kunden vergeben. Nur dieser hat Zugriff auf eine entsprechende interne Datenbank.⁸⁵⁹ Dennoch ist eine Zuordnung auch für einen anderen Diensteanbieter, insbesondere für Werbenetze, Anbieter von Analysetools und sozialen Netzwerken, leichter möglich als bei einer dynamischen IP-Adresse, da die Möglichkeit besteht, Daten über einen längeren Zeitraum zu sammeln und zu verketten, sodass umfangreiches Zusatzwissen entstehen kann.⁸⁶⁰ Auch hier entsteht ein Personenbezug unter Umständen erst im Zeitverlauf. Der Personenbezug einer statischen IP-Adresse wird deshalb grundsätzlich bejaht.⁸⁶¹

⁸⁵⁵ *Alich/Voigt*, CR 2012, 344.

⁸⁵⁶ *Dammann*, in: Simitis 2014, § 3 BDSG, Rn. 63; *Freund/Schnabel*, MMR 2011, 495 ff.; *Gerlach*, CR 2013, 482.

⁸⁵⁷ *Sachs*, CR 2010, 548.

⁸⁵⁸ *Gerlach*, CR 2013, 480 f.

⁸⁵⁹ *Gerlach*, CR 2013, 480 f.

⁸⁶⁰ *Freund/Schnabel*, MMR 2011, 496 f.

⁸⁶¹ *Tinnefeld*, in: Roßnagel 2003, Kap. 4.1, Rn. 2; *Helfrich*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel 2014, Teil 16.1, Rn. 34; *Schulz*, in: Roßnagel 2013, § 11 TMG, Rn. 24; *Scholz* 2003, 241; *Thde*, CR 2000, 417.

Wie bei statischen IP-Adressen, die vom Internet-Zugangsanbieter vergeben werden, besteht auch bei dynamischen IP-Adressen kein öffentlich zugängliches Verzeichnis.⁸⁶² Allein der Internet-Zugangsanbieter kann auf ein Zuordnungsverzeichnis zugreifen, sodass die IP-Adresse für diesen ein personenbezogenes Datum darstellt.⁸⁶³ Andere Anbieter haben keinen Zugriff auf diese Daten. Insbesondere darf der Internet-Zugangsanbieter diese auch nur kurz speichern und ausschließlich auf eine richterliche Anordnung hin herausgeben.⁸⁶⁴ Einem einfachen Anbieter eines Online-Versanddienstes stehen diese Daten deshalb nicht zur Verfügung.⁸⁶⁵

Insbesondere die Frage des Personenbezugs von dynamischen IP-Adressen ist in Literatur⁸⁶⁶ und Rechtsprechung⁸⁶⁷ umstritten. Höchstrichterliche Rechtsprechung existiert in dieser Frage nicht. Die Artikel 29-Datenschutzgruppe geht regelmäßig von einem Personenbezug aus.⁸⁶⁸ Es erscheint zudem kaum möglich, einen Personenbezug generell auszuschließen.⁸⁶⁹ In der Praxis ist die Frage, ob eine im Cookie hinterlegte IP-Adresse ein personenbezogenes Datum ist, zumindest für einen Diensteanbieter regelmäßig unwichtig. Er kann technisch zumindest bei der Erhebung nicht (einwandfrei) feststellen, um welche Art der IP-Adresse es sich handelt. Wenn die Möglichkeit besteht, dass manche IP-Adressen personenbezogene Daten sind, muss der Diensteanbieter alle vorsorglich als personenbezogene Daten behandeln.⁸⁷⁰

⁸⁶² Scholz 2003, 240; Meyerdierts, MMR 2013, 706.

⁸⁶³ Anstelle vieler Schmitz, in: Hoeren/Sieber/Holznapel 2014, Teil 16.2, Rn. 80, 82; Meyerdierts, MMR 2009, 9.

⁸⁶⁴ Die Daten sind zusätzlich auch nach BDSG, BGB und StGB geschützt, Meyerdierts, MMR 2009, 11.

⁸⁶⁵ Allgemein Moos, in: Taeger/Gabel 2013, § 12 TMG, Rn. 11. Entscheidend ist hier die Frage, ob auf einen objektiven oder relativen Personenbezug abgestellt wird, dazu s. Teil 2 Kapitel 3 1.1 Personenbezogene Daten. Detailliert in diesem Zusammenhang etwa Meyerdierts, MMR 2009, 9 f. und Gerlach, CR 2013, 479

⁸⁶⁶ Zum Streitstand Meyerdierts, MMR 2009, 9 f.; aktuell Meyerdierts, MMR 2013, 705 f.

⁸⁶⁷ Dafür AG Berlin Mitte, K&R 2007, 600 f. Dagegen AG München, ZUM-RD 2009, 413 f.; LG Berlin, CR 2013, 471 ff.

⁸⁶⁸ Artikel 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 4/2007 zum Begriff „personenbezogene Daten“, WP 136 vom 20.6.2007, ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2007/wp136_de.pdf, 19 f.

⁸⁶⁹ Knopp, DuD 2010, 785.

⁸⁷⁰ Heidrich, CR 2009, 171; Gabriel/Cornels, MMR-Aktuell 2008, XVI; Scholz 2003, 243; Schulz, in: Roßnagel 2013, § 11 TMG, Rn. 26 ; Schmitz, in: Hoeren/Sieber/Holznapel 2014, Teil 16.2, Rn. 84.

Außerdem besteht auch in diesem Fall die Möglichkeit, dass der Anbieter Zusatzwissen hat, durch das er einen Personenbezug herstellen kann. Das gilt insbesondere bei Cookies, da dort regelmäßig nicht nur die IP-Adresse sondern weitere Informationen erfasst werden, die zu einer Verkettung der Daten führen kann. Cookies sorgen außerdem dafür, dass eine dauerhafte Zuordnung zu einem Browser möglich ist. Dadurch ist es irrelevant, dass die dynamische IP-Adresse allein nur selten zu einer Verkettung ausreichender Informationen führt.

Es besteht insgesamt eine sehr hohe Wahrscheinlichkeit, dass Cookies entweder selbst personenbezogene Daten erheben oder die erhobenen Daten durch Zusatzwissen personenbezogen werden. Je länger ein Cookie Daten erhebt, desto wahrscheinlicher ist eine mögliche Zuordnung. Dies gilt insbesondere bei Online-Versanddiensten, die darauf ausgelegt sind, dass ein Kunde bei einer Bestellung seinen Namen und die Anschrift angibt.

4.1.3 Zulässiger Umgang mit personenbezogenen Cookie-Daten

Beim Setzen von Cookies handelt es sich um eine „gezielte Vorbereitungshandlung zur Datenerhebung“.⁸⁷¹ Außerdem werden die Daten beim Nutzer gespeichert und vom Diensteanbieter zumindest genutzt.⁸⁷² Die Tatsache, dass der Speicherort der Computer des Nutzers ist, hat darauf keinen Einfluss, auch wenn es datenschutzrechtlich als positiv zu bewerten ist, dass die Daten dezentral gespeichert werden. Bei den in Cookies abgelegten Daten handelt es sich um Nutzungsdaten im Sinne des § 15 TMG.⁸⁷³

Als gesetzliche Erlaubnisnorm kommt für den Umgang mit ihnen deshalb zunächst Abs. 1 Satz 1 in Betracht. Danach ist der Umgang erlaubt, soweit er erforderlich ist, um die Inanspruchnahme des Dienstes technisch zu ermöglichen oder abzurechnen. Online-Versanddienste erheben regelmäßig keine Entgelte für die Nutzung.⁸⁷⁴ Es ist außerdem nicht ausreichend, wenn Co-

⁸⁷¹ *Ihde*, CR 2000, 415.

⁸⁷² *Bizer*, DuD 1998, 279.

⁸⁷³ *Banzhaf*, in: Roßnagel/Banzhaf/Grimm 2003, 273; *Jandt/Schaar/Schulz*, in: Roßnagel 2013, § 13 TMG, Rn. 30; *Roßnagel*, in: Roßnagel 2003, Kap. 7.9, Rn. 74; *Munz*, in: Graf von Westphalen/Thüsing 2014, Datenschutzklauseln, Rn. 77. Zum Begriff der Nutzungsdaten s. Teil 2 Kapitel 3 2 Anwendungsbereich einzelner datenschutzrechtlicher Normen.

⁸⁷⁴ Soweit es doch geschieht, liegt dies außerhalb des hier untersuchten Bereichs der Kernfähigkeit von Online-Versanddiensten.

kies den Besuch des Online-Versanddienstes nur komfortabler machen oder die Informationen lediglich zur Auswertung durch den Anbieter dienen, etwa zur Erstellung von Interessenprofilen oder dem Aufzeichnen von Webseitenaufrufen.⁸⁷⁵ Die Daten sind zu löschen, wenn sie nicht mehr erforderlich sind. Sie sind spätestens bei Beendigung des Nutzungsvorgangs zu löschen. Technisch kann dies durch das Einstellen eines entsprechenden Verfallsdatums umgesetzt werden.⁸⁷⁶ Damit sind bei Online-Versanddiensten gesetzlich lediglich Cookies mit personenbezogenen Daten zulässig, die eine kurze Verfallszeit haben⁸⁷⁷ – konkret, wenn es sich um Session-Cookies handelt,⁸⁷⁸ die nur bis zum Ende einer Sitzung gespeichert bleiben. Zulässig ist das Setzen dieser Cookies allerdings auch nur, soweit es für den Dienst erforderlich ist, etwa der Warenkorb nur so zusammengetragen werden kann oder Grundeinstellungen auf Wunsch des Nutzers gespeichert werden sollen.

Nach Abs. 3 darf der Diensteanbieter außerdem zu Zwecken der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien pseudonyme Nutzungsprofile erstellen. Soweit ein Personenbezug jedoch besteht, handelt es sich nicht mehr um ein pseudonymes Nutzungsprofil. Enthält ein Cookie keine personenbezogenen Daten, ist es gesetzlich zulässig, Nutzungsprofile etwa zum Zwecke des Online Behavioral Advertising zu verwenden.⁸⁷⁹ Personenbezogene Profile sind nur bei Einwilligung des Nutzers zulässig.⁸⁸⁰

In diesem Zusammenhang wird vor allem diskutiert, wie die Einwilligung des Nutzers eingeholt werden muss. Insbesondere wird anhand der Frage, ob eine entsprechende Einstellung des Browsers als Einwilligung ausreicht, diskutiert, ob die Einwilligung per Opt-in eingeholt werden muss oder ob eine Opt-out-Möglichkeit ausreicht. Letzteres wird in der deutschen Literatur regelmäßig abgelehnt.⁸⁸¹ Als wesentlicher Grund wird genannt, dass Cookies aktuell standardmäßig von den Browsern akzeptiert werden. Des-

⁸⁷⁵ *Roßnagel*, in: *Roßnagel/Banzhaf/Grimm* 2003, 171; *Scholz* 2003, 248 f.

⁸⁷⁶ *Dix/Schaar*, in: *Roßnagel* 2013, § 15 TMG, Rn. 57.

⁸⁷⁷ *Schaar* 2002, Rn. 536.

⁸⁷⁸ *Scholz* 2003, 249; allgemeiner *Ihde*, CR 2000, 418.

⁸⁷⁹ *Zeidler/Brüggemann*, CR 2014, 251, 253 ff.

⁸⁸⁰ *Arning/Haag*, in: *Heidrich/Forgó/Feldmann* 2012, Kap. II, Rn. 88.

⁸⁸¹ *Meyer*, WRP 2002, 1030 f.; *Arning/Haag*, in: *Heidrich/Forgó/Feldmann* 2012, Kap. II, Rn. 85; *Geuer*, ITRB 2012, 207; a. A. *Schleipfer*, RDV 2011, 174.

halb könne auch nicht festgestellt werden, ob ein Nutzer sich bewusst für das Akzeptieren von Cookies entschieden hat, da sich dies nicht anhand der Einstellung erkennen lässt.⁸⁸² Außerdem sei datenschutzrechtlich keine „Blankoeinwilligung“⁸⁸³ möglich. Die Einstellungsmöglichkeiten des Browsers ermöglichen jedoch nur sehr rudimentäre Unterscheidungen zwischen verschiedenen Cookie-Arten und Datenempfängern.⁸⁸⁴ Zudem ist eine informierte Entscheidung nur möglich, wenn der Nutzer zuvor über den konkreten Datenumgang im Einzelfall informiert wird.

Nach der Cookie-Richtlinie⁸⁸⁵ muss bei der Verwendung von Cookies eine Einwilligung vom Nutzer eingeholt werden. Der durch die Cookie-Richtlinie geänderte Art. 5 Abs. 3 Satz 1 E-Privacy-Richtlinie⁸⁸⁶ fordert, dass diese Einwilligung „auf der Grundlage von klaren und umfassenden Informationen“ gegeben wurde. Vor der Änderung waren lediglich die Information und die Möglichkeit des Widerrufs, also einer Opt-Out-Möglichkeit nötig. Es sind Ausnahmen vorgesehen, wenn lediglich eine Nachricht über ein elektronisches Kommunikationsnetz übertragen wird oder „soweit dies unbedingt erforderlich ist, um einen vom Teilnehmer oder Nutzer ausdrücklich gewünschten Dienst der Informationsgesellschaft zur Verfügung zu stellen“. Nur die zweite Alternative kommt bei klassischer Gestaltung eines Online-Versanddienstes in Betracht. Hier ist beispielsweise an einen Session-Cookie zu denken, der zur Nutzung des Warenkorbs nötig ist. Diese Regelung scheint klar eine Einwilligung im Sinne eines Opt-ins zu fordern. Erwägungsgrund 66 der E-Privacy-Richtlinie relativiert dies jedoch. Dort heißt es, dass die Einwilligung „wenn es technisch durchführbar und wirksam ist, ... im Einklang mit den entsprechenden Bestimmungen der Richtli-

⁸⁸² *Ihde*, CR 2000, 419.

⁸⁸³ *Geuer*, ITRB 2012, 207.

⁸⁸⁴ *Geuer*, ITRB 2012, 208 macht verschieden Vorschläge für eine zukünftige klare gesetzliche Lösung.

⁸⁸⁵ Richtlinie 2009/136/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie 2002/22/EG über den Universaldienst und Nutzerrechte bei elektronischen Kommunikationsnetzen und -diensten, der Richtlinie 2002/58/EG über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation und der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 über die Zusammenarbeit im Verbraucherschutz vom 25.11.2009, ABl. EU 2009 L 337, 11.

⁸⁸⁶ Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation vom 12.7.2002, ABl. EG L 201, 37 (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation); geändert durch die Cookie-Richtlinie.

nie 95/46/EG über die Handhabung der entsprechenden Einstellungen eines Browsers oder einer anderen Anwendung ausgedrückt werden“ kann. Ein Erwägungsgrund hat zwar – anders als die Artikel der Richtlinie – keine direkte Bindungswirkung. Allerdings kommt ihnen dennoch große Bedeutung zu, denn „der verfügende Teil eines Unionsrechtsakts (ist) untrennbar mit seiner Begründung verbunden und erforderlichenfalls unter Berücksichtigung der Gründe auszulegen, die zu seinem Erlass geführt haben“.⁸⁸⁷ Innerhalb der Europäischen Union fordern einige Staaten deshalb von den Diensteanbietern eine vorherige manuelle Einwilligung, andere eine pauschale Einwilligung durch die Browser-Einstellungen, die aufgrund der Standardeinstellung der Browser eine Opt-Out-Lösung darstellt.⁸⁸⁸

In Deutschland gab es keine Umsetzung, wobei die geltende Gesetzeslage in der Literatur jedoch nicht als den Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 Satz 1 E-Privacy-Richtlinie entsprechend angesehen wird.⁸⁸⁹ Dies gilt vor allem im Hinblick darauf, dass in der Richtlinie der Personenbezug keine Voraussetzung für die Notwendigkeit der Einwilligung ist.⁸⁹⁰ Die Europäische Kommission hat hingegen eine korrekte Umsetzung der Richtlinie bestätigt.⁸⁹¹

Festzuhalten ist, dass das Setzen von Cookies nach geltendem deutschem Recht zulässig ist, wenn es sich um anonyme und pseudonyme Nutzungsprofile etwa zu Werbezwecken handelt. Nutzungsdaten müssen spätestens bei Beendigung der Nutzung gelöscht werden. In anderen Fällen ist eine Einwilligung einzuholen, wozu derzeit nicht die Browser-Einstellungen ausreichen.

⁸⁸⁷ EuGH, Slg. 2004, I-4087 (Rn. 9); EuGH, NJW 2011, 986 (Rn. 50); EuGH, Slg. 1997, I-2549 (Rn. 21).

⁸⁸⁸ Z. B. *Schürmann*, in: Taeger 2013, 803 ff.

⁸⁸⁹ *Schürmann*, in: Taeger 2013, 809.

⁸⁹⁰ *Alich/Voigt*, CR 2012, 345; Europäische Kommission, Working Document: Implementation of the revised Framework, Article 5(3) of the ePrivacy Directive, COCOM10-34, Brüssel 20.10.2010, [itek.di.dk/SiteCollectionDocuments/Zire/Sikkerhedsnhedsbrev/COCOM10-34%20Guidance%20Art%205\(3\)%20eprivacy%20Dir.pdf](http://itek.di.dk/SiteCollectionDocuments/Zire/Sikkerhedsnhedsbrev/COCOM10-34%20Guidance%20Art%205(3)%20eprivacy%20Dir.pdf), 3; Artikel 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2010 zur Werbung auf Basis von Behavioural Targeting, WP 171, Brüssel 22.6.2010, ec.europa.eu/justice/policies/privacy/docs/wpdocs/2010/wp171_de.pdf; 10, detailliert *Schleipfer*, RDV 2011, 173 f.

⁸⁹¹ BVDW, EU-Kommission bestätigt: E-Privacy-Richtlinie in Deutschland durch Telemediengesetz umgesetzt, Düsseldorf 11.2.2014, www.bvdw.org/medien/eu-kommission-bestaetigt-e-privacy-richtlinie-in-deutschland-durch-telemediengesetz-umgesetzt?media=5474.

4.1.4 Unterrichtungspflichten und Widerspruch

Nach § 13 Abs. 1 Satz 2 TMG ist der Nutzer bereits beim Setzen des Cookies⁸⁹² und nicht erst bei Auftreten des Personenbezugs zu unterrichten, wenn ein späterer Personenbezug möglich ist. Die Unterrichtungspflicht richtet sich, wie bei sonstigem Umgang mit Daten bei Telemedien, nach § 13 Abs. 1 Satz 1 und 3 TMG.⁸⁹³ Dabei ist es unerheblich, ob eine Identifizierung des Nutzers geplant oder auch nur gewollt ist. Entscheidend ist einzig die Möglichkeit eines späteren Personenbezugs der erhobenen Daten. Ob ein Personenbezug vorliegt, kann somit erst später festgestellt werden.⁸⁹⁴ Ziel der Norm ist es, für den Nutzer Transparenz zu schaffen, bevor die Gefährdungslage entsteht.

Der Nutzer ist auch über das gesetzlich erlaubte Anlegen pseudonymer Nutzungsprofile zu unterrichten. Dabei ist er auf sein Widerspruchsrecht hinzuweisen. Die Möglichkeit, einen solchen Widerspruch anonym zu ermöglichen, ist die Verwendung von Opt-out-Cookies. Solche Cookies übermitteln dem Webserver die Information, dass der Nutzer der Erhebung und Verwendung der Daten bereits widersprochen hat.⁸⁹⁵ Problematisch ist dabei, dass Opt-out-Cookies zusammen mit anderen Cookies im Browser gelöscht werden. Wenn der Nutzer also sein Recht auf informationelle Selbstbestimmung ausübt, indem er alle in seinem Browser hinterlegten Cookies löscht, löscht er ohne besondere Vorkehrungen automatisch auch die Opt-out-Cookies, die ihn vor der Datenerhebung schützen sollen. Eine alternative technische Umsetzung des nicht personenbezogenen Widerspruchs ist die „Do Not Track“-Lösung (DNT). Dabei wird die Information über den Widerspruch an einer anderen Stelle im Browser hinterlegt.⁸⁹⁶

⁸⁹² Diese Regelung zielt insbesondere auf Cookies. Vgl. etwa *Roßnagel*, in: *Roßnagel* 2003, Kap. 7.9 Rn. 91.

⁸⁹³ Deatilliert zur Unterrichtung s. Teil 2 Kapitel 3 3.6.1 Unterrichtungspflicht.

⁸⁹⁴ BT-Drs. 13/7385, 22 noch zu § 3 Abs. 5 Satz 2 TDDSG.

⁸⁹⁵ *Schaar* 2002, Rn. 605 und 718.

⁸⁹⁶ *Alich/Voigt*, CR 2012, 348; zu DNT auch *Schürmann*, in: *Taeger* 2013, 802.

4.2 Browser-Fingerprinting

Eine vergleichsweise neue Tracking-Möglichkeit ist das sogenannte Browser-Fingerprinting.⁸⁹⁷ Beim Aufrufen einer Webseite werden standardmäßig Informationen an den Webserver übermittelt, um die Inhalte der Webseite möglichst optimal im Browser darstellen zu können.⁸⁹⁸ Zu den übermittelten Informationen gehören etwa das Betriebssystem und die Bildschirmauflösung des Geräts, die Zeitzone, installierte Add-ons, Schriftarten oder Sprachen, Art und Version des Browsers sowie Datenschutzeinstellungen.⁸⁹⁹ Auch wenn eine einzelne Einstellung bei sehr vielen Nutzern aufzufinden ist, ergibt sich aus der Vielzahl an verfügbaren Informationen eine sehr präzise (Wieder-)Erkennungsmöglichkeit. Häufig reicht bereits die Kenntnis von vier Merkmalen dazu – die Add-ons, Schriftarten, unterstützte MIME-Typen und die User-Agent-Zeichenfolge. Je stärker sich ein System anpassen lässt, desto eindeutiger der Fingerprint.⁹⁰⁰ Besonders ungünstig ist die Tatsache, dass insbesondere sicherheits- oder datenschutzaffine Nutzer durch spezielle Einstellungen leicht wiedererkennbar sind – im Gegensatz zu Nutzern, die die Standardeinstellungen des Browsers nicht verändern.⁹⁰¹

Datenschutzrechtlich stellt sich die Frage des Personenbezugs der übermittelten Informationen. Diese beziehen sich zunächst einmal lediglich auf das Gerät des Nutzers, sodass nur dieses identifiziert werden kann. Jedoch besteht auch hier die Möglichkeit, dass Zusatzwissen hinzukommt, welches einen Personenbezug herstellt. Gerade die übliche Kombination mit Cookies und das gleichzeitige Zusenden der IP-Adresse des Geräts können dazu herangezogen werden.⁹⁰² Fingerprints ermöglichen eine langfristige Verfolgung des Nutzers, etwa auch wenn dieser die auf seinem Browser gespeicherten Cookies löscht. Deshalb ist auch hier regelmäßig – abhängig von

⁸⁹⁷ Aus technischer Sicht *Mayer/Mitchell*, SP 2012, 421 mit Überblick über technische Literatur.

⁸⁹⁸ *Alich/Voigt*, CR 2012, 345.

⁸⁹⁹ *Voigt*, in: Taeger 2013, 161; *Alich/Voigt*, CR 2012, 345; *Stiemerling/Lachenmann*, ZD 2014, 135.

⁹⁰⁰ Unter iOS-Browsern konnten nur 25 Prozent eindeutig zugeordnet werden. *Bager*, Fingerprinting: Viele Browser sind ohne Cookies identifizierbar, heise security vom 21.10.2013, www.heise.de/-1982976 m. V. a. *Tillmann*, Browser Fingerprinting: Tracking ohne Spuren zu hinterlassen, Berlin 20.10.2013, bfp.henning-tillmann.de/downloads/Henning%20Tillmann%20-%20Browser%20Fingerprinting.pdf.

⁹⁰¹ *Voigt*, in: Taeger 2013, 162 f.; *Alich/Voigt*, CR 2012, 345 f. mit einem Beispiel.

⁹⁰² *Voigt*, in: Taeger 2013, 163.

sonstigen Informationen – von der Möglichkeit eines späteren Personenbezugs auszugehen.⁹⁰³ Ein Personenbezug entsteht auch sofort, wenn der Kunde etwas bestellt. Nicht nur die Daten der Bestellung, sondern auch des Browser-Fingerprints sind dann personenbezogen. Sind die Daten personenbezogen, so ist der Umgang mit ihnen nicht zulässig, da sie nicht erforderlich sind und keine anderen rechtlichen Erlaubnisnormen in Betracht kommen.

4.3 Social-Plug-ins

Ein seit einigen Jahren anhaltender Trend ist die Einbettung von Social-Plug-ins auf Webseiten. Auch Online-Versanddienste nutzen diese Möglichkeit häufig. Betätigt ein Nutzer das Plug-in, kann er seinen Freunden und Bekannten im entsprechenden sozialen Netzwerk mitteilen, dass ihm etwa ein Produkt oder der gesamte Online-Versanddienst gefällt. Für den Anbieter des Online-Versanddienstes bedeutet dies kostenlose Werbung.⁹⁰⁴ Für den Nutzer erscheint das Plug-in als Service durch den er nicht die URL der Webseite oder Unterseite kopieren und in einen Post im sozialen Netzwerk seiner Wahl einstellen muss.

Social-Plug-ins verbinden eine Webseite mit einem sozialen Netzwerk. Die datenschutzrelevante Besonderheit ist, dass bereits das Vorhandensein des Plug-ins grundsätzlich ausreicht, damit an das soziale Netzwerk Daten übertragen werden. Ein Anklicken ist nicht nötig. Dadurch ergeben sich verschiedene Szenarien für den Aufruf eines Online-Versanddienstes mit einem oder mehreren Social-Plug-ins. Ist der Nutzer beim Aufrufen im sozialen Netzwerk eingeloggt – beispielsweise in einem gleichzeitig geöffneten Tab des Browsers –, werden seine Daten direkt an das soziale Netzwerk übermittelt und können dort ohne weiteres seinem Profil zugeordnet werden. Ist der Nutzer hingegen gerade nicht eingeloggt, war es aber zuvor und hat von diesem Besuch noch einen Cookie auf dem Computer gespeichert, ist es dem sozialen Netzwerk wiederum möglich, den Personenbezug zum Profil des Nutzers herzustellen. Ist der Nutzer nicht bei dem jeweiligen sozialen Netzwerk angemeldet (und ist und war deshalb auch noch nicht eingeloggt), können die übermittelten Daten zwar keinem Profil zugeordnet, aber dennoch gesammelt und beispielsweise anhand des Cookies oder der

⁹⁰³ Alich/Voigt, CR 2012, 346; Voigt, in: Taeger 2013, 165.

⁹⁰⁴ Schleipfer, DuD 2014, 319.

IP-Adresse zu einem Profil zusammengeführt werden.⁹⁰⁵ Wird in Betracht gezogen, dass sehr viele Webseiten etwa das Facebook- Plug-in implementiert haben, können so auch über Nicht-Nutzer umfassende Informationen gesammelt werden. Die Profile von Nutzern werden durch umfangreiche Informationen über das Surfverhalten und damit etwa Kaufinteressen und die zukünftige Lebensplanung⁹⁰⁶ ergänzt. Auch wenn die personenbezogenen Daten durch Cookies direkt vom Nutzer an den Drittanbieter gesendet werden, ist der Anbieter des Online-Versanddienstes dafür verantwortlich, da er es dem Drittanbieter ermöglicht hat, Cookies beim Nutzer zu setzen.⁹⁰⁷

Die rechtliche Bewertung solcher Social-Plug-ins ist bereits deshalb schwierig, weil nicht klar ist, welche Daten genau übertragen werden. Es ist davon auszugehen, dass es sich um unterschiedliche Kategorien handelt. Die Information, dass eine bestimmte Webseite aufgerufen wurde, stellt zunächst ein Nutzungsdatum dar. Wird aber das Plug-in aktiv genutzt, um den Inhalt im sozialen Netzwerk zu teilen, so handelt es sich bei der Information, dass eine bestimmte Webseite beispielsweise bei Facebook „geliked“ wird, um ein Inhaltsdatum.⁹⁰⁸

Nutzungsdaten dürfen nach § 15 Abs. 1 TMG erhoben und verwendet werden, wenn sie erforderlich sind, um die Inanspruchnahme von Telemedien oder ihre Abrechnung zu ermöglichen. Dazu ist aber die Übermittlung der Nutzungsdaten eines Online-Versanddienstes an ein soziales Netzwerk niemals nötig und unterliegt deshalb auch nicht der gesetzlichen Erlaubnis des Abs. 1. Auch die Übermittlung von Inhaltsdaten ist nicht gesetzlich zulässig, da sie nicht zur Erfüllung des Vertragsverhältnisses zwischen dem Anbieter und Nutzer des Online-Versanddienstes nötig ist. Die Übermittlungen stellen auch keine Auftragsdatenverarbeitungen dar. Dann dürfte das soziale Netzwerk dazu kein Eigeninteresse am Umgang mit den Daten

⁹⁰⁵ Allgemein zur Datenübertragung *Ernst*, NJOZ 2010, 1917.

⁹⁰⁶ Zu Möglichkeiten der Profilbildung s. Teil 2 Kapitel 1 2.2 Risiken für die informationelle Selbstbestimmung. Speziell zu sozialen Netzwerken etwa *Golbeck*, The curly fry conundrum: Why social media “likes” say more than you might think, TEDx MidAtlantic, Washington DC Oktober 2013, www.ted.com/talks/jennifer_golbeck_the_curly_fry_conundrum_why_social_media_likes_say_more_than_you_might_think.

⁹⁰⁷ Zur gemeinsamen Verantwortlichkeit des Anbieters einer Webseite und des Drittanbieters *Polenz*, VuR 2012, 212 und Artikel 29-Datenschutzgruppe, Stellungnahme 2/2010 zur Werbung auf Basis von Behavioural Targeting, WP 171, 13 f.

⁹⁰⁸ *Ernst*, NJOZ 2010, 1918.

haben. Ein solches besteht jedoch regelmäßig, wie etwa die Datenverwendungsrichtlinien von Facebook belegen.⁹⁰⁹ Der Anbieter des sozialen Netzwerks dürfte die Daten weiterhin nur weisungsgebunden nutzen. Dies müsste der Anbieter des Online-Versanddienstes außerdem kontrollieren (können). Doch auch diese Möglichkeit wird in aller Regel nicht bestehen.⁹¹⁰

In Ermangelung gesetzlicher Erlaubnistatbestände wären die Übermittlung und weitere Datenumgänge durch den Anbieter des sozialen Netzwerks nur aufgrund einer Einwilligung des Nutzers zulässig. Eine Einwilligung gegenüber dem Anbieter des Online-Versanddienstes ist kaum möglich, solange nicht genau bekannt gegeben wird, welche Daten zu welchen Zwecken übermittelt werden. Deshalb will etwa Facebook eine Einwilligung direkt auf seiner eigenen Webseite einholen. Soweit die Übermittlung von personenbezogenen Daten eines bei dem sozialen Netzwerk nicht registrierten Nutzers erfolgt, ist eine solche Einwilligung über die Webseite des sozialen Netzwerks ausgeschlossen. Aber auch soweit registrierte Nutzer betroffen sind, ist eine Einwilligung kaum gültig, weil sie regelmäßig zu wenig konkret ist.⁹¹¹ So heißt es in den Datenverwendungsrichtlinien von Facebook lediglich: „Wir erhalten Daten immer dann, wenn du (...) eine Webseite besuchst, auf der eine Facebook-Funktion (wie zum Beispiel ein soziales Plug-in) vorhanden ist, manchmal auch über Cookies.“⁹¹² Über den Umgang mit den Daten wird darin keine Aussage getroffen. Für die datenschutzrechtliche Bewertung als unzulässigen Datenumgang ist unerheblich, dass das Kammergericht einen abmahnungsfähigen Wettbewerbsverstoß durch die Implementierung des Social-Plug-ins von Facebook verneinte. Grund für diese Entscheidung war einzig die fälschliche Einordnung, dass §13 TMG keine Marktverhaltensvorschrift i. S. d. § 4 Nr. 11 UWG darstelle.⁹¹³

Es besteht jedoch auch die Möglichkeit, dass Anbieter von Online-Versanddiensten eine datenschutzfreundliche Variante implementieren. Bei der so-

⁹⁰⁹ Facebook, Datenverwendungsrichtlinien, Informationen, die wir erhalten, und ihre Verwendung, www.facebook.com/about/privacy/your-info.

⁹¹⁰ *Ernst*, NJOZ 2010, 1918.

⁹¹¹ *Ernst*, NJOZ 2010, 1918 f.

⁹¹² Facebook, Datenverwendungsrichtlinien, Informationen, die wir erhalten, und ihre Verwendung, www.facebook.com/about/privacy/your-info.

⁹¹³ KG, Beschluss vom 29.4.2011, AZ. 5 W 88/11; zuvor bereits LG Berlin, MMR 2011, 387. Zur Frage der Einordnung von datenschutzrechtlichen Normen als Marktverhaltensregeln s. auch *Boos*, VuR 2015, i.E.

genannten „2-Klick-Lösung“⁹¹⁴ wird ein automatischer Aufbau mit dem Webangebot von Facebook verhindert. Die Verwendung der 2-Klick-Lösung führt dazu, dass kein Datenschutzproblem besteht, da der Diensteanbieter nicht – vom Nutzer unerkant – die Datenübermittlung an Dritte ermöglicht. Der Nutzer muss sich selbst aktiv dafür entscheiden, die Funktion des Social-Plug-ins nutzen zu wollen und akzeptiert dann auch die Risiken. Somit sind nur noch Mitglieder des sozialen Netzwerks betroffen, da nur solche die Funktion des Plug-ins tatsächlich nutzen können. Daten anderer Nutzer, die sich nicht damit einverstanden erklärt haben, wie Facebook mit ihren Daten umgeht, sind nicht betroffen. Der Anbieter eines Online-Versanddienstes sollte aus Gründen des Datenschutzes auf die einfache Implementierung von Social-Plug-ins verzichten.

4.4 Bonitätsprüfung und Scoring

Online-Versanddienste bieten regelmäßig verschiedene Zahlungsmethoden an – oft auch solche, bei denen der Anbieter in Vorleistung tritt.⁹¹⁵ Möchte der Anbieter eine solche Möglichkeit nur zahlungsfähigen Kunden anbieten, hat er ein Interesse daran, zu erfahren, ob sein potentieller Vertragspartner kreditwürdig ist oder nicht, um das Risiko finanzieller Ausfälle zu verringern. Da es bei Online-Versanddiensten regelmäßig keinen persönlichen, örtlichen oder institutionellen Kontakt gibt,⁹¹⁶ kann der Anbieter die Kreditwürdigkeit seines potentiellen und oft noch unbekanntes Kunden nicht ohne weiteres einschätzen. Um dennoch die Kreditwürdigkeit einzuschätzen, wird auf Daten zurückgegriffen, die Auskunft über die Bonität des Kunden geben. Solche Daten sind personenbezogen im Sinne des § 3 Abs. 1 BDSG, da sie sich auf die persönlichen Verhältnisse des Kunden beziehen. Damit stellt sich die Frage nach der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit des Umgangs mit diesen Bonitätsdaten. Vorgaben zur Bonitätsprüfung dienen neben dem Datenschutz – und damit dem Schutz des Rechts auf informati-

⁹¹⁴ So auch die Hersteller *Bleich*, Code für 2-Klick-Empfehlungsbutton von Heise ist erhältlich, heise online vom 6.9.2011, www.heise.de/-1337833. Eine neue Version findet sich unter [www.heise.de/extras/social shareprivacy](http://www.heise.de/extras/social%20shareprivacy); dazu *Zota*, Für mehr Datenschutz: Neue Version der 2-Klick-Empfehlungsbuttons, heise online vom 31.1.2014, www.heise.de/-2101045. Neu ist die Lösung von Shariff o. V., Shariff: Social-Media-Buttons mit Datenschutz, c't vom 27.11.2014, www.heise.de/-2467514.

⁹¹⁵ Detailliert zum Vorleistungsrisiko der Zahlungsmethoden s. Teil 2 Kapitel 1 1 Risiken für Verbraucher.

⁹¹⁶ *Weichert*, DuD 2006, 400.

onelle Selbstbestimmung – auch dem Verbraucherschutz. Denn das Ergebnis der Bonitätsprüfung entscheidet darüber, ob ein Verbraucher einen bestimmten Vertrag zu bestimmten Konditionen abschließen kann.⁹¹⁷

Aus Bonitätsdaten können sogenannte Score-Werte errechnet werden.⁹¹⁸ Score-Werte sind nach § 28b HS 1 BDSG „Wahrscheinlichkeitswert für ein bestimmtes zukünftiges Verhalten des Betroffenen“. Sie werden durch „mathematisch-statistische Verfahren zur Berechnung der Wahrscheinlichkeit, mit der eine bestimmte Person ein bestimmtes Verhalten zeigen wird“ bestimmt.⁹¹⁹ Konkret werden die Daten des potentiellen Kunden, die als relevant angesehen werden, mit positiven oder negativen Punkten bewertet, diese dann entsprechend ihrer Bedeutung gewichtet, woraus sich ein einzelner Score-Wert ergibt.⁹²⁰ Score-Werte in diesem Zusammenhang zielen auf die Kreditwürdigkeit einer Person.⁹²¹ Es existieren auch andere Score-Werte, beispielsweise Werbe-Score-Werte, die Auskunft über die wahrscheinliche Reaktion einer bestimmten Person auf Werbung geben sollen.⁹²² Bekanntestes Beispiel für Score-Werte, die sich auf die Bonität von Personen beziehen, sind die Werte der Schufa. Scoring ist ein grundsätzlich funktionierendes System mit (potentieller) Aussagekraft über die Kreditwürdigkeit einer Person.⁹²³

Welche Daten zur Berechnung der Bonität konkret herangezogen werden, kann nicht allgemein beantwortet werden, da sehr unterschiedliche Daten einfließen können. Auch die Anzahl der einfließenden Daten variiert stark. Bei manchen Verfahren wird nur ein Datum genutzt, bei anderen sind es 40 Daten. Bei der Schufa fließen beispielsweise fast alle gespeicherten Daten ein.⁹²⁴ Grundsätzlich gilt, dass sowohl die Anzahl als auch die Aussagekraft der einzelnen Daten die Aussagekraft der Vorhersage beeinflussen können.

⁹¹⁷ S. etwa auch *Hoeren*, VuR 2009, 368.

⁹¹⁸ Detailliert *Iraschko-Luscher/Kiekenbeck*, DuD 2012, 904 f.; *Weichert*, DuD 2005, 581.

⁹¹⁹ BT-Drs. 16/10529, 1; ausführlich zum Begriff „Scoring“ *Ehmann*, in: *Simitis* 2014, § 28b BDSG, Rn. 20 ff.

⁹²⁰ *Gola/Schomerus* 2012, § 28b BDSG, Rn. 1; *Ehmann*, in: *Simitis* 2014, § 28b BDSG, Rn. 39.

⁹²¹ So auch BT-Drs. 16/10529, 1.

⁹²² *Weichert*, DuD 2006, 400; *Gola/Reif* 2011, Rn. 639 f. Weitere Beispiele in *Kamp/Weichert* 2006, 12 ff.

⁹²³ Ausführlich dazu *Ehmann*, in: *Simitis* 2014, § 28b BDSG, Rn. 13 ff.

⁹²⁴ *Kamp/Weichert* 2006, 50.

Es ist eine allgemeine Unterteilung der Daten möglich, die zur Vorhersage der Kreditwürdigkeit genutzt werden können. Dabei sind drei Kategorien zu unterscheiden; soziodemografische Daten, Angaben zu den allgemeinen finanziellen Verhältnissen und Vertragsdaten.⁹²⁵ Zu den für die Kreditwürdigkeit potentiell relevanten soziodemografischen Daten zählen neben dem Bildungsstand sowie der Art und Dauer der Beschäftigung etwa auch die Adresse, die Häufigkeit der Umzüge und der Gesundheitszustand. Relevante Angaben zu den allgemeinen finanziellen Verhältnissen können das Vermögen, das Monatseinkommen, die Höhe der Verbindlichkeiten, diverse regelmäßige Ausgaben oder die Art und Zahl der Kredite sein. Relevante Vertragsdaten sind in diesem Zusammenhang etwa die Zahl und Höhe der Kredite,⁹²⁶ wobei es im Bereich von Online-Versanddiensten – etwa im Vergleich zu Bankgeschäften – regelmäßig um eher geringe Beträge geht. Insbesondere beim Scoring werden aber dennoch dieselben Daten zur Berechnung des Score-Wertes herangezogen.

4.4.1 Zulässiger Umgang

Bonitätsdaten sind regelmäßig nach dem Bundesdatenschutzgesetz zu beurteilen, da es sich nicht um Daten handelt, die zur Bereitstellung des Telemediums nötig sind. Nur ausnahmsweise – bei direkter Übermittlung der Bonitätsdaten durch den Nutzer selbst – handelt es sich um Bestandsdaten nach § 14 TMG.⁹²⁷ Dennoch werden Bonitätsdaten besonders bei Online-Versanddiensten genutzt. Dem Verbraucher wird beim Abschluss von Kaufverträgen in Ladengeschäften regelmäßig kein Kredit gewährt. Online wird jedoch etwa die Möglichkeit des Kaufs auf Rechnung häufig nachgefragt und angeboten. Außerdem besteht keine sonstige Verbindung zum potentiellen Kunden. Es handelt sich um „anonyme Distanzgeschäfte“.⁹²⁸ Das Ergebnis einer Bonitätsprüfung hat zudem oft bereits Auswirkungen auf das Angebot im Online-Versanddienst. Je nach Ergebnis werden dem Nutzer unterschiedliche Zahlungsmöglichkeiten angezeigt – oder aber ausgeblendet.

⁹²⁵ *Kamp/Weichert* 2006, 50 f.

⁹²⁶ *Paul/Stein*, *ZfgK* 2005, 916; *Kamp/Weichert* 2006, 54 ff.

⁹²⁷ Der Umgang ist nur zulässig, wenn der Nutzer eingewilligt hat, *Munz*, in: Graf von Westphalen/Thüsing 2014, Datenschutzklauseln, Rn. 56 f.

⁹²⁸ *Weichert*, *DuD* 2006, 400 mit Bezug auf die sich ändernde Form der Kreditgeschäfte. Auch *Rosnagel*, *NJW* 2009, 2717 sieht den Zusammenhang zwischen der Verbreitung von E-Commerce und Scoring.

Werden Daten verarbeitet, um eine Aussage über die wahrscheinliche Kreditwürdigkeit eines potentiellen Kunden zu machen, müssen dabei die besonderen und detaillierten Vorgaben der §§ 28a, b und 29 BDSG beachtet werden. Wenn ein Score-Wert für eine Entscheidung herangezogen wird, ergibt sich im Umkehrschluss aus § 29 Nr. 2 BDSG deutlich, dass nicht anstelle des § 28b BDSG allein auf § 28 BDSG abgestellt werden kann.⁹²⁹ Die datenschutzrechtlichen Anforderungen an den Anbieter eines Online-Versanddienstes ergeben sich aus §§ 28a und b BDSG, denn § 29 BDSG gilt nur für Auskunfteien – also solche Unternehmen, die „unabhängig vom Vorliegen einer konkreten Anfrage geschäftsmäßig bonitätsrelevante Daten über Unternehmen oder Privatpersonen sammeln, um sie bei Bedarf seinen Geschäftspartnern für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit der Betroffenen gegen Entgelt zugänglich zu machen.“⁹³⁰ Dazu zählen Online-Versanddienste nicht.

§ 28a BDSG regelt die Übermittlung von Daten an Auskunfteien. Für Online-Versanddienste gilt Abs. 1, der die Übermittlung von Negativdaten regelt, also Daten, die die Kreditwürdigkeit des Betroffenen senken.⁹³¹ Die Übermittlung ist nur zulässig, „soweit die geschuldete Leistung trotz Fälligkeit nicht erbracht worden ist“. Anstelle der Interessenabwägung nennen Nr. 1 bis 5 Anforderungen, die die Verletzung schutzwürdiger Interessen des Betroffenen ausschließen sollen.⁹³² Eine Nichtleistung trotz Fälligkeit entspricht jedoch nicht dem hier betrachteten Fall, dass dem potentiellen Kunden bereits vor Vertragsabschluss eine Zahlungsart verwehrt wird, da in diesen Fällen noch kein Anspruch auf Zahlung besteht.

Den Umgang mit personenbezogenen Daten zur Bewertung der Kreditwürdigkeit von potentiellen Kunden regelt § 28b BDSG. Dieser bezieht sich konkret auf das Scoring und gilt also nur soweit ein Wahrscheinlichkeitswert für ein bestimmtes zukünftiges Verhalten des Betroffenen erhoben oder verwendet wird. Die Norm ist anwendbar, wenn der Score-Wert über die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses mit dem Betroffenen (mit-)entscheiden soll. Es ist also eine rechtliche Auswirkung für den Betroffenen nötig. In diesem Fall muss der Score-Wert mit Daten berechnet werden, die wissenschaftlich nachweisbar für das Ver-

⁹²⁹ *Elmann*, in: *Simitis* 2014, § 28b BDSG, Rn. 1.

⁹³⁰ BT-Drs. 16/10 529, 9.

⁹³¹ *Roßnagel*, NJW 2009, 2718.

⁹³² *Hoeren*, VuR 2009, 364 f.

halten erheblich sind. Dabei muss ein wissenschaftlich anerkanntes mathematisch-statistisches Verfahren genutzt werden (Nr. 1). Eine konkrete Methode wird jedoch nicht vorgegeben.⁹³³ Es ergibt sich jedoch eine Dokumentationspflicht, um den Nachweis erbringen zu können.⁹³⁴ Die Berechnung darf außerdem nicht einzig auf Anschriftendaten basieren (Nr. 3). Damit ist vor allem die Adresse gemeint. Die Vorschrift bezweckt eine Beschränkung der Georeferenzierung.⁹³⁵ Der Betroffene soll nicht einzig aufgrund seiner Anschrift, etwa in einem „schlechten“ Stadtviertel, benachteiligt werden. Der Betroffene ist außerdem immer zu unterrichten, wenn seine Anschriftendaten beim Scoring genutzt werden. Diese Unterrichtung kann auch in Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgen.⁹³⁶ Sie ist nach Nr. 4 zu dokumentieren.

Zusätzlich muss die Stelle, die ihre Entscheidung auf einen Score-Wert stützen will, diesen nach Nr. 2 in zulässiger Weise erhalten haben. Bei externem Scoring – also der Durchführung der Berechnung durch eine Auskunftsei – müssen die Voraussetzungen für eine Übermittlung nach § 29 BDSG vorliegen. Bei internem Scoring setzt die Berechnung eine zulässige Nutzung der Daten voraus.⁹³⁷ Die Prüfung der Kreditwürdigkeit kann unter Umständen in die Zweckbestimmung des Vertrags fallen.⁹³⁸ Ein berechtigtes Interesse ist in diesem Zusammenhang beispielsweise ein mögliches „finanzielles Ausfallrisiko“.⁹³⁹

4.4.2 Entscheidung aufgrund eines Score-Wertes

Zwar ist eine Voraussetzung für die Anwendbarkeit des § 28b BDSG eine Entscheidung über die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses. Dies bedeutet jedoch nicht, dass diese Entscheidung einzig auf dem Score-Wert basieren muss. § 6a BDSG verbietet sogar eine automatisierte Einzelentscheidung, also eine Entscheidung, die ausschließ-

⁹³³ *Ehmann*, in: *Simitis* 2014, § 28b BDSG, Rn. 28 ff.

⁹³⁴ Anstelle vieler *Gola/Schomerus* 2012, § 28b BDSG, Rn. 11.

⁹³⁵ *Hoeren*, VuR 2009, 367; kritisch zur Formulierung *Ehmann*, in: *Simitis* 2014, § 28b BDSG, Rn. 63 ff.

⁹³⁶ BT-Drs. 16/10529, 16.

⁹³⁷ Zu internem und externem Scoring *Gola/Schomerus* 2012, § 28b BDSG, Rn. 4, 13; *Ehmann*, in: *Simitis* 2014, § 28b BDSG, Rn. 57 ff.

⁹³⁸ Ausführlich dazu *Roßnagel*, in: *Roßnagel/Banzhaf/Grimm* 2003, 178 f.

⁹³⁹ *Gola/Reif* 2011, Rn. 511 ff.

lich auf einem errechneten Wert basiert. Die Vorschrift gilt, im Umkehrschluss aus Abs. 2 Nr. 1 allerdings nur, wenn die Entscheidung zuungunsten des Betroffenen ergeht. Auch wenn dem potentiellen Kunden kein Vertragsschluss verwehrt wird, sondern nur eine bestimmte Bezahloption, kann dies jedoch zumindest eine erhebliche Beeinträchtigung für ihn darstellen, die unter Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 fällt.

Eine automatisierte Entscheidung liegt danach auch dann vor, wenn zwar eine formale Nachbearbeitung durch einen Mitarbeiter erfolgt, jedoch „keine inhaltliche Bewertung und darauf gestützte Entscheidung durch eine natürliche Person stattgefunden hat.“ Vielmehr ist eine Prüfung durch eine Person mit ausreichenden Kenntnissen und Befugnissen nötig. Die Regelung kann auch nicht durch eine Einwilligung umgangen werden.⁹⁴⁰ Der Anbieter eines Online-Versanddienstes muss deshalb sicherstellen, dass eine manuelle Nachbearbeitung stattfindet oder eine erhebliche Beeinträchtigung des Kunden vermieden wird, indem etwa eine ausreichende Auswahl anderer Zahlungsoptionen angeboten wird. Er kann alternativ dafür sorgen, dass die Interessen des Betroffenen durch geeignete Maßnahmen gewahrt werden. Zudem muss dem Betroffenen mitgeteilt werden, dass es sich um eine automatisierte Einzelentscheidung handelt und dass ihm auf Verlangen die wesentlichen Gründe der Entscheidung mitgeteilt werden. Nur so kann die Ausnahme nach Abs. 2 Nr. 2 zu erfüllt werden.

Bei der Bewertung von Persönlichkeitseigenschaften, wie der Kreditwürdigkeit, durch einen automatisiert berechneten und annahmebasierten Score-Werte ist die Transparenz des Vorgehens besonders wichtig.⁹⁴¹ Nur durch das Ausüben seines Auskunftsrechts hat der Betroffene die Möglichkeit, falsche Angaben korrigieren zu lassen, denn die verwendeten Einzelangaben lassen sich aus dem Endergebnis, dem Score-Wert, nicht ohne weiteres ablesen. Der Anbieter eines Online-Versanddienstes muss, soweit er Score-Werte verwendet, gegenüber dem Betroffenen auf sein Verlangen hin Auskunft nach § 34 Abs. 2 BDSG gewähren. Er kann den Betroffenen auch an die Auskunftstelle verweisen, von der er den Score-Wert erhalten hat.⁹⁴² Nach § 6a Abs. 3 BDSG muss die Auskunft auch den logischen Aufbau der automatisierten Verarbeitung der ihn betreffenden Daten beinhalten.

⁹⁴⁰ *Munz*, in: Graf von Westphalen/Thüsing 2014, Datenschutzklauseln, Rn. 11 f.

⁹⁴¹ *Weichert*, DuD 2006, 403; *Rofsnagel*, NJW 2009, 2716.

⁹⁴² Außerdem besteht gegenüber dem Anbieter des Score-Werts ein Auskunftsrecht nach Abs. 4.

Zusammenfassend hat der Anbieter eines Online-Versanddienstes also die Möglichkeit, sich einen Eindruck von der Bonität des potentiellen Kunden zu machen, indem er auf einen Score-Wert zurückgreift. Dabei sind jedoch einige datenschutzrechtliche Vorgaben zu beachten, die die informationelle Selbstbestimmung und den Verbraucher als solchen schützen sollen.

5 Anforderungen aus dem Datenschutzrecht

Für Anbieter von Online-Versanddiensten ist es nicht immer einfach, zu erkennen, welche Anforderungen sich aus dem Datenschutzrecht ergeben. Einerseits ist das Datenschutzrecht von grundlegenden Prinzipien bestimmt, andererseits aber auch von teilweise sehr kleinteiligen Detailregelungen. In der Praxis bestehen regelmäßig selbst bei einzelnen Sachverhalten mehrere Rechtsprobleme gleichzeitig. Dies beginnt bei der Frage, welche Daten personenbezogen sind und damit überhaupt zur Anwendung des Datenschutzrechts führen. Dabei muss bei Online-Versanddiensten spätestens bei der Notwendigkeit des Versands physischer Waren von einer Möglichkeit ausgegangen werden, die Daten einer natürlichen Person zuzuordnen. Weitere Fragen sind die Anwendbarkeit welches Datenschutzregimes, die Einordnung in die Datenkategorien, die Frage der Substitution einzelner Normen und nicht zuletzt die Frage der Zulässigkeit im Einzelnen, für die sowohl gesetzliche Erlaubnistatbestände als auch eine Einwilligung des Nutzers ausschlaggebend sein können.

6 Ausblick auf die Datenschutz-Grundverordnung

Eine umfangreiche Änderung des Datenschutzrechts könnte die Neuordnung des Datenschutzrechts durch die Europäische Union bringen. Nachdem ein erster inoffizieller Entwurf der Kommission im November 2010 an die Öffentlichkeit gelangt war,⁹⁴³ wurde am 25.1.2012 ein erster Entwurf für die Neuordnung des Datenschutzrechts auf europäischer Ebene vorgestellt.⁹⁴⁴ Dieser umfasst einerseits einen Vorschlag für eine Datenschutz-

⁹⁴³ Proposal for a regulation of the European Parliament and the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and the free movement of such data (General Data Protection Regulation), Brüssel 29.11.2011, www.statewatch.org/news/2011/dec/eu-com-draft-dp-reg-inter-service-consultation.pdf.

⁹⁴⁴ KOM(2012) 11 endgültig.

Grundverordnung sowie andererseits einen Vorschlag für eine Richtlinie zum Datenschutz bei der justiziellen und polizeilichen Zusammenarbeit.⁹⁴⁵ Der Reformentwurf wurde von den unterschiedlichsten Stellen aus der Politik, Wissenschaft, Wirtschaft und Gesellschaft kritisch kommentiert.⁹⁴⁶ Seitdem wurden im zuständigen Ausschuss des Europäischen Parlaments zahlreiche Änderungsvorschläge diskutiert, bis im März 2014 in erster Lesung eine legislative Entschließung erfolgte.⁹⁴⁷ Sobald auch eine Einigung des Rats der Europäischen Union vorliegt, kann das europäische Rechtsetzungsverfahren in den Trilog nach Art. 294 AEUV eintreten. Die Einigung des Rats auf eine gemeinsame Position ist jedoch nicht in kurzer Zeit zu erwarten, auch wenn im Juni 2014 eine Einigung über verschiedene Aspekte der geplanten Datenschutz-Grundverordnung erzielt wurde.⁹⁴⁸

Für den Bereich der Online-Versanddienste ist ausschließlich die für den privatwirtschaftlichen Bereich geltende Datenschutz-Grundverordnung relevant. Die Einführung einer solchen Verordnung im Sinne des Art. 288 UAbs. 2 Satz 1 AEUV hätte weitreichende Folgen. Die Verordnung würde unmittelbar in den Mitgliedsstaaten gelten. Damit bestände für den deutschen Gesetzgeber keine Möglichkeit, Umsetzungsspielräume zu nutzen, um die Vorgaben an das nationale Recht anzupassen. Abweichende nationale Vorschriften wären vielmehr nicht anwendbar, da dem europäischen Recht Anwendungsvorrang vor deutschem Recht gebührt.⁹⁴⁹ Damit wäre

⁹⁴⁵ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Aufdeckung, Untersuchung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr, KOM (2012) 10 endgültig, ABl. EU C 201 vom 5.4.2012

⁹⁴⁶ Statt vieler Stellungnahme des Ausschusses der Regionen, ABl. EU C 391, 128; BT-Drs. 17/11325, 2; BR-Drs. 52/12; Der Europäische Datenschutzbeauftragte, ABl. EU C 192, 7; *Hornung*, ZD 2012, 100; *Schwartmann*, RDV 2012, 55 f.; *Härtling*, BB 2012, 459 ff.; *Lang*, K&R 2012, 145 ff.; *Masing*, SZ vom 9.1.2012, 9 f.; *Rofsnagel/Richter/Nebel*, ZD 2013, 103 ff.

⁹⁴⁷ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12.3.2014 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (allgemeine Datenschutzverordnung), COM(2012)0011, Brüssel 12.12.2014, www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2014-0212+0+doc+xml+V0//de&language=de. Hierzu *Rofsnagel/Kroschwald*, ZD 2014, 495.

⁹⁴⁸ Rat der Europäischen Union, Pressemitteilung PR CO 31 vom 5. und 6.6.2014, www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/jha/143119.pdf.

⁹⁴⁹ Anstelle vieler *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert* 2011, Art. 1 EUV und AEUV, Rn. 16 ff.

das bisherige deutsche Datenschutzrecht in den allermeisten Fällen nicht mehr anwendbar. Anstelle einer ausdifferenzierten Gesetzgebung würde eine einzige Verordnung treten, die aus lediglich etwa 90 Artikeln bestünde und weitreichende Spielräume zur Ausgestaltung durch die Europäische Kommission vorsähe. Insbesondere bei den Erlaubnistatbeständen würde dies zu vielen Unklarheiten führen, die Unternehmen zunächst zu ihren Gunsten ausnutzen könnten, bevor eine entsprechende Rechtsprechung etabliert wird. Für diese wäre dann der Europäische Gerichtshof als höchstes und nahezu einziges europäisches Gericht zuständig.

Der Rechtsetzungsprozess wird voraussichtlich noch längere Zeit in Anspruch nehmen und vermutlich einige politische Kompromissbildungen nötig machen. Dies lassen bereits die unterschiedlichen Entwürfe der Europäischen Kommission und des Europäischen Parlaments erkennen. Deshalb werden die Änderungen der rechtlichen Anforderungen nicht einzeln aufgegriffen. Vereinzelt Besserungen für den Datenschutz könnte etwa die Einführung einer Pflicht zum Datenschutz durch Voreinstellung (data protection by default) bringen, den beide bisher vorliegenden Entwürfe vorsehen. Auch eine strenge Benachrichtigungspflicht bei Brüchen der Datensicherheit wäre zu begrüßen.

Eine weitere wesentliche inhaltliche Änderung ergäbe sich durch die Erweiterung des Anwendungsbereichs. Neben der einheitlichen rechtlichen Gestaltung des Datenschutzes in der gesamten Europäischen Union, sehen die bisher vorliegenden Vorschläge der Datenschutz-Grundverordnung auch eine Ausweitung des räumlichen Anwendungsbereichs auf Anbieter mit Sitz in Drittländern vor, soweit ihre Angebote auf den europäischen Markt ausgerichtet sind (Art. 2 Abs. 2 DSGVO). Insgesamt wäre bei Einführung der Datenschutz-Grundverordnung eine Überarbeitung der dargestellten Anforderungen im Hinblick auf die neue Rechtslage nötig.

Kapitel 4 Grenzen der Anwendbarkeit deutschen Rechts

Die zuvor erarbeiteten rechtlichen Anforderungen an Anbieter von Online-Versanddiensten basieren auf deutschem Recht. Dieses findet jedoch seine Grenzen im nationalen Raum. Insbesondere im Internet ergeben sich jedoch häufiger internationale Sachverhalte,⁹⁵⁰ obwohl Verbraucher auch online am

⁹⁵⁰ So etwa auch *Mankowski*, MMR-Beil. 2000, 22; *Jotzo*, MMR 2009, 232.

liebsten bei deutschen Unternehmen einkaufen.⁹⁵¹ Deshalb ist ein Add-on vielversprechend, das automatisiert die Vertrauenswürdigkeit von Online-Versanddiensten auf Basis des deutschen Verbraucher- und Datenschutzrechts einschätzt. Dennoch ergeben sich durch die Möglichkeit, Inhalte weltweit ins Internet einzustellen und abzurufen, internationale Sachverhalte. Der Europäische Gerichtshof spricht beim Internet auch von einer „Kommunikation(, die) ihrem Wesen nach eine globale Reichweite hat“.⁹⁵²

Bei Sachverhalten mit grenzüberschreitenden Bezügen sind zwei, streng voneinander zu trennende Fragen zu beantworten, die bei rein inländischen Sachverhalten nicht aufkommen. Zunächst ist mithilfe des jeweiligen Internationalen Prozessrechts das zuständige Gericht zu bestimmen. Dieses bestimmt dann unter Zuhilfenahme seines Internationalen Privatrechts, welche nationale Rechtsordnung auf den Sachverhalt anzuwenden ist. Gerichte in unterschiedlichen Ländern wenden unterschiedliche Internationale Privatrechte an. Die Zuständigkeitsfrage wird auch als „Vorfrage des Kollisionsrechts“⁹⁵³ bezeichnet. Derselbe Sachverhalt kann also, je nachdem, vor welchem Gericht er verhandelt wird, nach unterschiedlichem materiellem Recht entschieden werden. Innerhalb der Europäischen Union sind die Vorschriften zur internationalen Zuständigkeit für Zivil- und Handelssachen vor allem in der Brüssel I-Verordnung⁹⁵⁴ festgelegt (Art. 1 Abs. 1 Satz 1 Brüssel I-VO). Am 10.1.2015 trat die neue Brüssel I-Verordnung, die die gleichnamige Verordnung vom 22.12.2000 ersetzt, mit einigen inhaltlichen Änderungen und weitgehend neuer Nummerierung in Kraft.⁹⁵⁵ Die Rom I-⁹⁵⁶ und Rom II-Verordnung⁹⁵⁷ bestimmen das anwendbare Recht bei ver-

⁹⁵¹ Nach Deutsche Card Services, E-Retail-Report 2010, Köln 2011, www.presseportal.de/pm/43096/2027068/einkauf-im-internet-so-ticken-die-deutschen-im-online-warenhandel-mit-bild werden 97,71 Prozent der Online-Käufe bei einheimischen Online-Shops getätigt.

⁹⁵² EuGH, EuZW 2011, 98 (Rn. 68).

⁹⁵³ *Härting* 2014, Rn. 2270.

⁹⁵⁴ Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 12.12.2012, ABl. EU 2012 L 351, 1 (Brüssel I-VO; EuGVVO).

⁹⁵⁵ Zu den Änderungen gegenüber der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22.12.2000, *Alio*, NJW 2014, 2395.

⁹⁵⁶ Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 17.6.2008, ABl. EU L 177, 6 (Rom I-VO).

traglichen bzw. nichtvertraglichen Schuldverhältnissen. Zusätzlich unterscheiden sich die Vorschriften für Verbraucher- und Datenschutzfragen zum Teil sehr stark, sodass eine unterschiedliche Betrachtung der beiden Teilbereiche nötig ist.

1 Internationale Zuständigkeit deutscher Gerichte

Um festzustellen, welches Internationale Privatrecht herangezogen wird, um das anwendbare Recht zu bestimmen, muss zunächst festgestellt werden, welches Gericht international zuständig ist. Ist ein deutsches Gericht zuständig, bestimmt es nach deutschem Kollisionsrecht das anwendbare Recht. Abhängig davon, wo der Diensteanbieter sitzt, finden die Brüssel I-Verordnung, das Europäische Gerichts- und Vollstreckungsübereinkommen⁹⁵⁸ oder das Lugano-Übereinkommen⁹⁵⁹ Anwendung.

Wird ein ausländisches Gericht angerufen, bestimmt es seine Zuständigkeit aufgrund des von ihm anzuwendenden Internationalen Zuständigkeitsrechts. Damit kann nicht ausgeschlossen werden, dass es zu einem anderen Ergebnis kommt als bei Anwendung des deutschen Internationalen Zuständigkeitsrechts. Ein weltweites Internationales Zuständigkeitsrecht existiert nicht.

1.1 Verbraucherschutzrecht

Die Vereinheitlichung der internationalen Zuständigkeiten bei grenzüberschreitenden Sachverhalten im Zivilrecht innerhalb der Europäischen Union brachte die Brüssel I-Verordnung.⁹⁶⁰

⁹⁵⁷ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 11.7.2007, Abl. EU L 199, 40 (Rom II-VO).

⁹⁵⁸ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (EuGVÜ).

⁹⁵⁹ Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, abgeschlossen in Lugano am 30.10.2007 (LugÜ), ersetzt das Luganer Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen, abgeschlossen in Lugano am 16.9.1988 (LGVÜ).

⁹⁶⁰ Für Dänemark gilt die Verordnung erst seit dem 1.7.2007 aufgrund des Abkommens zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Königreich Dänemark über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. EG Nr. L 299/62, ABl. EG Nr. L 94/70).

Nach Art. 4 Abs. 3 Brüssel I-VO sind grundsätzlich die Gerichte am Wohnsitz des Beklagten zuständig. Durch Art. 63 Abs. 1 Brüssel I-VO gilt dies nicht nur bei natürlichen Personen, sondern auch bei juristischen, die ihren Wohnsitz am satzungsmäßigen Sitz, der Hauptverwaltung oder -niederlassung haben. Abweichend von diesem Grundsatz können ausschließliche oder besondere Gerichtsstände bestehen. Ausschließliche Gerichtsstände werden in Art. 22 Brüssel I-VO normiert, kommen aber bei Verbraucherschutzfragen im Zusammenhang mit Online-Versanddiensten nicht in Betracht. Zu den besonderen Gerichtsständen der Art. 7 ff. Brüssel I-VO zählt der Verbrauchergerichtsstand.

Die Zuständigkeit bei Verbrauchersachen wird in Abschnitt 4 bestimmt. Alle Ansprüche, die im Zusammenhang mit dem Vertrag stehen, der über den Online-Versanddienst abgeschlossen wurde, fallen darunter. Denn es muss sich um einen Vertrag mit einem Verbraucher oder Ansprüchen aus diesem handeln (Art. 17 Abs. 1 Brüssel I-VO). Für die Anwendbarkeit der Vorschriften zu den Verbrauchersachen muss der andere Vertragspartner außerdem nach lit. c sein Geschäft auf den Mitgliedsstaat des Verbrauchers ausgerichtet haben und der Vertrag in diese Tätigkeit fallen.⁹⁶¹ Explizit erfasst werden sollte nach der Begründung der Europäischen Kommission, wenn ein Vertrag über eine aktive und im Wohnsitzland des Verbrauchers zugängliche Webseite geschlossen wurde.⁹⁶²

Der Europäische Gerichtshof hat eine Liste von Anhaltspunkten genannt, die herangezogen werden können, um die Ausrichtung bei Webseiten zu bejahen.⁹⁶³ Die Liste ist nicht erschöpfend. Vielmehr sind alle Ausdrucksformen heranzuziehen, die den Willen des Unternehmers zeigen, Verbraucher in einem Mitgliedsstaat als Kunden zu gewinnen.⁹⁶⁴ Als Anhaltspunkte nennt der Europäische Gerichtshof den internationalen Charakter der Tätigkeit oder die Angabe von Anfahrsbeschreibungen von anderen Staaten zu dem Ort, an dem der Unternehmer niedergelassen ist. Außerdem kann die Verwendung einer anderen Sprache oder Währung als der in dem Mitglied-

⁹⁶¹ Detailliert zur Definition der Online-Versanddienste s. Teil 1 3 Online-Versanddienste.

⁹⁶² KOM(1999) 348, 17 zum ursprünglichen Vorschlag zur Verordnung.

⁹⁶³ EuGH, EuZW 2011, 98. Auch EuGH, MMR 2014, 29 enthält Hinweise zur Auslegung, ist jedoch bei Vertragsschlüssen, die – wie hier untersucht – über die Webseite selbst erfolgen, nicht relevant. Beide Urteile beziehen sich auf die in diesen Teilen gleichlautende Brüssel I-VO vom 22.12.2000.

⁹⁶⁴ EuGH, EuZW 2011, 98 (Rn. 83 und 93).

staat der Niederlassung des Unternehmers üblicherweise verwendeten Sprache oder Währung mit der Möglichkeit der Buchung und Buchungsbestätigung in dieser anderen Sprache als Anhaltspunkt herangezogen werden. Auch das Tätigen von Ausgaben für einen Internetreferenzierungsdienst⁹⁶⁵, um in anderen Mitgliedstaaten wohnhaften Verbrauchern den Zugang zur Webseite des Gewerbetreibenden oder seines Vermittlers zu erleichtern sowie die Verwendung einer anderen Top-Level-Domain als derjenigen des Mitgliedstaats der Niederlassung des Unternehmers können einen Anhaltspunkt für die Ausrichtung der Webseite darstellen. Dasselbe gilt für die Angabe von Telefonnummern mit internationaler Vorwahl und die Erwähnung einer internationalen Kundschaft, die sich aus in verschiedenen Mitgliedstaaten wohnhaften Kunden zusammensetzt.⁹⁶⁶ Dabei müssen diese Anhaltspunkte möglicherweise kombiniert vorliegen.⁹⁶⁷ Kein Anhaltspunkt ist nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs die Angabe einer elektronischen oder geografischen Adresse, da dies vor allem der Erfüllung unionsrechtlicher Informationspflichten dient.⁹⁶⁸ Dabei ist insbesondere an §§ 5 und 6 TMG, § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. Art. 246a § 1 EGBGB und § 312i Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB i. V. m. Art. 246c EGBGB zu denken.

Nach den gesetzlichen Bestimmungen des Art. 18 Abs. 1 Brüssel I-VO kann der Verbraucher Klage sowohl in seinem eigenen Land erheben, als auch dort, wo der Vertragspartner seinen Wohnsitz hat. Er hat also ein Wahlrecht. Der Vertragspartner hingegen kann den Verbraucher nach Abs. 2 nur in dem Hoheitsgebiet verklagen, in dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat. Eine Ausnahme gilt nach Abs. 3 nur für eine Widerklage. Klagt der Verbraucher also nicht außerhalb seines Heimatlandes, muss er auch keinen Prozess außerhalb des eigenen Landes führen. Der Verbraucher soll damit als unterlegene Partei geschützt werden.

Grundsätzlich ist es auch möglich, eine Gerichtsstandvereinbarung abzuschließen, um damit abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen festzulegen, wo die Vertragsparteien klagen dürfen. Wird eine solche Klausel allerdings mit Verbrauchern vereinbart, ist sie nur in Ausnahmefällen wirk-

⁹⁶⁵ Z. B. Google AdWords oder Yahoo! Search Marketing. Dort wird gegen Zahlung den Suchmaschinenergebnissen Werbung hinzugefügt.

⁹⁶⁶ EuGH, EuZW 2011, 98 (Rn. 93); detailliert zu verschiedenen Anhaltspunkten Rn. 81 ff.; kritisch zu internationaler Vorwahl *Clausnitzer*, EuZW 2011, 104.

⁹⁶⁷ EuGH, EuZW 2011, 98 (Rn. 83).

⁹⁶⁸ EuGH, EuZW 2011, 98 (Rn. 91).

sam. Art. 19 Brüssel I-VO regelt abschließend, wann mit einem Verbraucher ausnahmsweise eine Vereinbarung getroffen werden kann. Die Ausnahmen sind stark beschränkt. Eine Vereinbarung ist nur zulässig, wenn sie entweder erst getroffen wird, nachdem die Streitigkeit entstanden ist (Nr. 1), der Verbraucher dadurch zusätzliche Gerichte anrufen darf (Nr. 2) oder unter bestimmten Bedingungen, wenn die Vertragsparteien zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses in demselben Mitgliedsstaat ihren Wohnsitz hatten, soweit die Möglichkeit eingeräumt wird, dortige Gerichte anzurufen (Nr. 3).

Sitzt der Diensteanbieter in einem Land, das Teil des Europäischen Wirtschaftsraums, aber nicht der Europäischen Union ist, gilt nicht die Brüssel I-Verordnung. Bei grenzüberschreitendem Bezug zu der Schweiz, Island, Norwegen und Liechtenstein gilt das Lugano-Übereinkommen. Das Europäische Gerichts- und Vollstreckungsübereinkommen ist weitgehend identisch mit den Bestimmungen der Brüssel I-Verordnung vom 22.12.2000. Das Lugano-Übereinkommen entspricht wörtlich – auch bezogen auf die Nummerierung – dem Europäischen Gerichts- und Vollstreckungsübereinkommen. Durch Neuerungen wurden alle drei Rechtstexte immer mehr angeglichen. Für den hier untersuchten Bereich des Verbraucherschutzes bei Online-Versanddiensten ergeben sich deshalb keine Abweichungen von der Darstellung zur Brüssel I-Verordnung.

Sitzt der Anbieter des Online-Versanddienstes außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums,⁹⁶⁹ gilt nach Art. 4 Abs. 2 EuGVÜ/LugÜ das autonome Internationale Prozessrecht. Danach gilt, soweit der Anbieter Beklagter ist, grundsätzlich das Verfahrensrecht des Heimatstaates des Anbieters (§ 12 ZPO) oder der besondere Gerichtsstand des Erfüllungsortes (§ 29 ZPO), da im autonomen deutschen Zuständigkeitsrecht kein allgemeiner Verbrauchengerichtsstand existiert.⁹⁷⁰ Beim allgemeinen Gerichtsstand wäre das Sitzland des Anbieters zuständig, also ein ausländisches Gericht außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums, beim besonderen Gerichtsstand des Erfüllungsortes ist das zuständige Gericht abhängig vom konkreten Klagegrund.⁹⁷¹ Art. 6 Abs. 1 Brüssel I-VO sieht vor, dass bei Beklagten ohne Sitz in

⁹⁶⁹ Zum Europäischen Wirtschaftsraum zählen unter anderem alle Mitgliedsstaaten der EU.

⁹⁷⁰ *Pichler*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel 2014, Teil 25, Rn. 65; *Jandt*, DuD 2008, 668 zu dem in diesem Bereich zu einem identischen Ergebnis führenden Datenschutzrecht. § 29c ZPO gilt nur für außerhalb von Geschäftsräumen geschlossene Verträge.

⁹⁷¹ Eine Übersicht bietet *Heinrich*, in: Musielak 2014, § 29 ZPO, Rn. 28.

einem Mitgliedsstaat grundsätzlich das autonome nationale Zuständigkeitsrecht gilt. Allerdings ist für Art. 18 Abs. 1 Brüssel I-VO, der die Verbrauchersachen betrifft, ein Vorbehalt vorgesehen. Danach kann der Verbraucher auch in diesem Fall vor dem Gericht des Ortes, an dem der Verbraucher seinen Wohnsitz hat, klagen.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass in der überwiegenden Anzahl von Konstellationen im Bereich des Verbraucherschutzes das anwendbare Recht von deutschen Gerichten unter Heranziehen ihres Internationalen Privatrechts bestimmt wird. Dies gilt insbesondere innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums.

1.2 Datenschutzrecht

Bei der Bestimmung des zuständigen Gerichts für datenschutzrechtliche Klagen ist ebenfalls nach dem Sitz des Anbieters zu unterscheiden. Sitzt der Anbieter innerhalb der Europäischen Union, findet die Brüssel I-Verordnung Anwendung. Insoweit gelten die zuvor beschriebenen Grundsätze für Klagen allgemein auch im Datenschutzrecht. Die ausschließlichen Gerichtsstände des Art. 22 Brüssel I-VO sind ebenfalls nicht einschlägig. Einen besonderen Gerichtsstand für datenschutzrechtliche Klagen sieht die Brüssel I-Verordnung nicht vor. In Frage kommt jedoch ein besonderer Gerichtsstand des Erfüllungsortes nach Art. 5 oder für Verbrauchersachen nach Art. 16 Brüssel I-VO.

Verfahrensgegenstand sind bei Art. 5 und 16 Brüssel I-VO ein Vertrag oder Ansprüche aus einem Vertrag. Datenschutzrechtliche Klagen stützen sich jedoch auf Ansprüche aus Datenschutzgesetzen und sind somit nicht vertraglich. Allerdings wird bei Verbrauchersachen in Literatur und Rechtsprechung eine Annexzuständigkeit für deliktische und sonstige außervertragliche Ansprüche „kraft Sachzusammenhangs“⁹⁷² angenommen. Damit soll ein umfassender Verbraucherschutz gewährleistet werden. Müssten bei Online-Versanddiensten beispielsweise kaufrechtliche und datenschutzrechtliche Ansprüche an unterschiedlichen Gerichten eingeklagt werden, würde dies für den Verbraucher ein erhebliches Erschwernis bei der Rechtsdurchsetzung bedeuten. Als schwächere Partei soll er aber vor einem solchen zusätz-

⁹⁷² Geimer, in: Geimer/Schütze 2013, Art. 15 EuGVVO, Rn. 26; auch Jandt 2008, 329 f.; EuGH, Slg. 2002 I 6367 (Rn. 56 ff.).

lichen Aufwand geschützt werden. Außerdem wird eine unerwünschte Aufspaltung der Rechtskraft verhindert. Es widerspräche auch dem Grundsatz der Prozessökonomie, wenn sich zwei Gerichte mit unterschiedlichen Fragen desselben Sachverhalts auseinandersetzen müssten.

Anders ist die Zuständigkeit jedoch zu beurteilen, wenn ausschließlich Betroffenenrechte durchgesetzt werden sollen. Dann muss der Anspruch zumindest eine vertragliche Nebenpflicht darstellen.⁹⁷³ Der Verbraucherschutz muss also eine übergeordnete Bedeutung haben, damit Art. 16 Brüssel I-VO anwendbar ist. Dies wird angenommen, wenn bei einem Löschungsanspruch zu beurteilen ist, ob ein Datenumgang zulässig ist und dies gemäß § 28 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BDSG vom Vertragsverhältnis abhängt.⁹⁷⁴ Grundsätzlich verfolgt das Datenschutzrecht jedoch ein anderes Ziel als das Verbraucherschutzrecht. Verbraucherschutz soll vor allem das Vermögen des Verbrauchers schützen und einen Ausgleich des Verhandlungsungleichgewichts zwischen Unternehmern und Verbrauchern erreichen. Datenschutzrecht hingegen soll die informationelle Selbstbestimmung des Betroffenen schützen.⁹⁷⁵

Es ist also nötig, jede einzelne Norm auf ihren verbraucherschützenden Charakter hin zu untersuchen. Diese Frage stellt sich auch im Zusammenhang mit § 2 Abs. 1 UKlaG. Dort wurde ein ausreichender verbraucher-schützender Charakter bei §§ 1-11 und 28 Abs. 4 BDSG abgelehnt.⁹⁷⁶ Bei Ansprüchen, die sich auf datenschutzrechtliche Bestimmungen aus dem Telemediengesetz beziehen, wird vertreten, dass sie regelmäßig dem Verbraucherschutz dienen.⁹⁷⁷

Soweit der Anbieter des Online-Versanddienstes seinen Sitz in einem sonstigen Land des Europäischen Wirtschaftsraums hat, gilt das im Kontext des Verbraucherschutzrechts zum Europäischen Gerichts- und Vollstreckungsübereinkommen und Luganer Gerichts- und Vollstreckungsübereinkommen beim Verbraucherschutz Dargestellte. Es ergibt sich also kein Unterschied zur Zuständigkeit nach der Brüssel I-VO.

⁹⁷³ *Jandt*, DuD 2008, 666.

⁹⁷⁴ *Jandt*, DuD 2008, 666.

⁹⁷⁵ *Jandt* 2008, 328. Dazu bereits s. Teil 2 Kapitel 1 2 Risiken für Betroffene.

⁹⁷⁶ OLG Frankfurt, MMR 2005, 696; OLG Hamburg, AfP 2004, 554; OLG Düsseldorf, DuD 2004, 631. Zur Übertragbarkeit der Entscheidungen *Jandt* 2008, 328 f.

⁹⁷⁷ *Jandt* 2008, 329.

Sitzt der Diensteanbieter in einem Drittland, gilt das autonome Internationale Prozessrecht – in Deutschland also das örtliche Zuständigkeitsrecht der Zivilprozessordnung. Dieses kennt keinen besonderen Gerichtsstand für den Datenschutz. Es gelten also der Grundsatz der Klage am Wohnsitz des Beklagten und damit die Anwendbarkeit des Verfahrensrechts des Heimatstaates des Anbieters als Beklagtem.⁹⁷⁸ Zusammenfassend besteht im Datenschutzrecht häufiger als beim Verbraucherschutzrecht das Risiko, dass ein fremdländisches Gericht zuständig ist und somit auch ein fremdes Internationales Privatrecht über das anwendbare Recht entscheidet.

2 Internationales Privatrecht

Wird Klage vor einem deutschen Gericht erhoben, entscheidet dieses bei Zuständigkeit nach deutschem Internationalem Privatrecht, welches Recht auf den Sachverhalt anzuwenden ist. Innerhalb der Europäischen Union wurde in vielen Bereichen ein einheitliches Internationales Privatrecht geschaffen. Dazu zählen vor allem die Regelungen der Rom I- und Rom II-Verordnung. Geht man von der Zuständigkeit deutscher Gerichte aus, ist zu untersuchen, welches Recht nach dem deutschen – und damit auch europäischen – Internationalen Privatrecht bei internationalen Sachverhalten im Bereich des Verbraucherschutzes und des Datenschutzes anzuwenden ist.

2.1 Verbraucherschutzrecht

Das deutsche Recht sieht bei Sachverhalten mit Auslandsbezug ebenso wie bei rein nationalen Sachverhalten besondere Schutzvorschriften für Verbraucher vor. Bei innereuropäischen Bezügen ist ein geringerer Schutz nötig, da in allen Mitgliedstaaten die materiellen europäischen Verbraucherschutzvorgaben zur Anwendung kommen. Bestehen Bezügen zum außereuropäischen Ausland, ist der Verbraucher hingegen nicht durch das europäische Verbraucherrecht geschützt. Deshalb sieht das Internationale Privatrecht hier einen größeren Schutz vor.⁹⁷⁹ Bei innereuropäischen Streitigkeiten gelten deshalb Beschränkungen im Bereich des Verbraucherschutzes.

⁹⁷⁸ *Jandt*, DuD 2008, 668.

⁹⁷⁹ Vgl. Erwägungsgrund 23 und 24 Rom I-VO.

2.1.1 Außereuropäisches Ausland

Ein Großteil des ursprünglichen deutschen Internationalen Privatrechts, das im Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch normiert war, wurde aufgrund der Einführung der Rom I- und Rom II-Verordnung aufgehoben. Verordnungen sind nach Art. 288 Abs. 2 AEUV in allen Teilen verbindlich und haben unmittelbare Wirkung, sodass zusätzliche nationale Kollisionsnormen für den harmonisierten Bereich ohnehin nicht mehr zu Anwendung kämen. Denn abweichendes nationales Recht wird aufgrund des Anwendungsvorrangs des EU-Rechts verdrängt.⁹⁸⁰ Auch die Verweisung auf die Rom I- und Rom II-Verordnung in Art. 3 EGBGB sind deshalb nicht konstituierend, sondern geben nur den bestehenden Anwendungsvorrang der EU-Verordnungen wieder. Die Rom I-Verordnung bestimmt das anzuwendende Recht bei vertraglichen Schuldverhältnissen, wohingegen die Rom II-Verordnung regelt, welches Recht bei außervertraglichen Schuldverhältnissen anzuwenden ist. Für Sachverhalte mit Bezug zum außereuropäischen Ausland gelten folgende Kollisionsnormen.

2.1.1.1 Vertragliche Schuldverhältnisse

Die Regelungen der Rom I-Verordnung gelten nach Art. 28 Rom I-VO für Verträge, die ab dem 17.12.2009 geschlossen wurden. Für Verträge, die vor diesem Zeitpunkt abgeschlossen wurden, gilt weiterhin das bis dahin geltende Recht der Art. 27 ff. EGBGB. Das Add-on kann den Verbraucher nur bei der Auswahl zukünftiger Vertragsabschlüsse unterstützen. Die Art. 27 ff. EGBGB sind deshalb nicht relevant.

2.1.1.1.1 Anzuwendendes Recht bei Rechtswahl

Bei vertraglichen Schuldverhältnissen ist es den Vertragsparteien nach Art. 3 Abs. 1 Satz 1 Rom I-VO grundsätzlich möglich, das anzuwendende Recht selbstständig zu wählen. Das Prinzip der freien Rechtswahl ist gemäß Erwägungsgrund 11 Rom I-Verordnung einer der Ecksteine der Verordnung. Die Rechtswahl kann entweder ausdrücklich im Vertrag erfolgen (Satz 2 Alt. 1) oder konkludent, wenn sich das anzuwendende Recht eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrags ergibt (Alt. 2). Um zu beurteilen, ob

⁹⁸⁰ Anstelle vieler *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert 2011, Art. 1 EUV und AEUV, Rn. 16 ff.

eine Rechtswahl konkludent getroffen wurde, können insbesondere der Gerichtsstand, eine Schiedsklausel, die Vertragssprache, der Erfüllungsort oder die Bezugnahme auf ein bestimmtes Recht im Vertrag herangezogen werden.⁹⁸¹ Eine stillschweigende Rechtswahl kann sich aus den Umständen des Falles (Alt. 3) ergeben. Gefordert wird einen erkennbarer Parteiwille. Der Richter darf den Parteien keinen bestimmten Willen unterstellen, der bei Vertragsschluss nicht vorlag. Insoweit ist eine gewisse Zurückhaltung zu üben.⁹⁸² Die Rechtswahl kann sich gemäß Satz 3 auf den ganzen Vertrag oder nur auf einen Teil beziehen. Diensteanbieter und Nutzer können demnach grundsätzlich frei entscheiden, welches Recht auf den Vertrag angewendet werden soll.

Eine besonders praxisrelevante Frage ist, ob die Vereinbarung einer Rechtswahl mit Verbrauchern in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zulässig ist.⁹⁸³ Dazu muss bestimmt werden, welches Recht über die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit der vereinbarten Klausel entscheidet. Grundsätzlich ist die Zulässigkeit und Wirksamkeit einer Rechtswahlklausel gemäß Art. 3 Abs. 5 Rom I-VO i. V. m. Art. 10 Abs. 1 Rom I-VO nach dem Recht zu beurteilen, das anzuwenden wäre, wenn die Vereinbarung wirksam wäre. Der Verbraucher kann sich aber bei der Frage des Zustandekommens des Vertrags nach Abs. 2 auf die eigene Rechtsordnung berufen, wenn sich aus den Umständen ergibt, dass es nicht gerechtfertigt wäre, die Wirkung ihres Verhaltens nach dem fremden Recht zu bestimmen.⁹⁸⁴

Bei der Frage des Zustandekommens eines Vertrags sind bei Allgemeinen Geschäftsbedingungen vor allem die Klauseln zur Einbeziehung (§§ 305-305c BGB) zu prüfen. Die Normen der Inhaltskontrolle (§§ 307 ff. BGB) können hingegen nicht herangezogen werden, weil sie die Frage der Wirksam-

⁹⁸¹ Ringe, in: Ludwig 2013, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 19; Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger 2012, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 29 ff. Erwägungsgrund 12 Rom I-VO nennt die ausschließliche Gerichtsstandvereinbarung als Kriterium.

⁹⁸² Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger 2012, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 27.

⁹⁸³ Grundsätzlich ist es möglich, Rechtswahlklauseln in AGB zu vereinbaren. Magnus, in: Staudinger, EGBGB/IPR 2011, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 176.

⁹⁸⁴ Stempfle, in: Bräutigam/Leupold 2003, B III, Rn. 374 bezeichnet die entsprechende Regelung des ehemaligen Art. 31 Abs. 2 EGBGB als „Vetorecht“; Graf von Westphalen/Thüsing, in: Graf von Westphalen/Thüsing 2014, Rechtswahlklauseln, Rn. 6.

keit der Vereinbarung und nicht des Zustandekommens behandeln.⁹⁸⁵ Damit kann ein Verbraucher, der sich auf Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO bezieht, die nach deutschem Recht unwirksame Einbeziehung der Rechtswahlklausel geltend machen, wenn sie überraschend im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB ist. Er kann jedoch nicht geltend machen, dass sie nach deutschem Recht benachteiligend im Sinne des § 307 BGB ist.⁹⁸⁶ Dazu müsste nach Art. 10 Abs. 1 Rom I-VO deutsches Recht anwendbar sein. Es ist das Recht anzuwenden, welches in der Rechtswahlklausel bestimmt wurde. Wurde deutsches Recht von den Parteien gewählt, muss sich der Verbraucher allerdings nicht auf die Ausnahme des Art. 10 Abs. 2 Rom I-VO stützen, da bereits nach Abs. 1 deutsches Recht anzuwenden ist.

Beruft sich der Verbraucher darauf, dass die Rechtswahlklausel überraschend ist, muss dies zunächst geprüft werden. Zur Beurteilung, ob die Klausel überraschend ist, muss unter anderem darauf abgestellt werden, ob für den Vertragspartner ein Auslandsbezug ersichtlich ist.⁹⁸⁷ Ergibt sich für den Verbraucher nach den Gesamtumständen, dass der Vertrag bei unbefangener Betrachtungsweise nach deutschen Maßstäben abzuwickeln ist, ist eine abweichende Rechtswahlklausel überraschend im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB. Dabei darf sich dem Verbraucher durch die Umstände des Vertragsabschlusses kein Anzeichen für einen grenzüberschreitenden Vertrag gezeigt haben. Liegt eine überraschende Rechtswahlklausel vor, muss eine Interessenabwägung stattfinden, um zu bestimmen, ob sie dem Verbraucher unzumutbar ist. Sie ist unzumutbar, wenn der Partei kein Vorwurf gemacht werden kann, dass sie annahm, sie sei keine Vereinbarung mit diesem Inhalt eingegangen, weil ihr Verhalten sie nach ihrem eigenen Recht nicht rechtlich bindet.⁹⁸⁸ In bestimmten Einzelfällen kann also eine mit einem deutschen Verbraucher in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbarte Rechtswahl

⁹⁸⁵ *Spellenberg*, in: MüKo BGB, Band 10 2010, Art. 10 Rom I-VO, Rn. 166 f. m. w. N.; *Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger* 2012, Art. 10 Rom I-VO, Rn. 8, 35; detailliert zu den §§ 305 ff. BGB s. Teil 2 Kapitel 2 2 Allgemeine Geschäftsbedingungen.

⁹⁸⁶ Vgl. OLG Düsseldorf, NJW-RR 1994, 1132 (1132 f.); *Limbach*, in: Ludwig 2013, Art. 10 Rom I-VO, Rn. 7; *Stempfle*, in: *Bräutigam/Leupold* 2003, B III, Rn. 374.

⁹⁸⁷ BGHZ 123, 380 (383); OLG Düsseldorf, NJW-RR 1994, 1132 (1132 f.); *Magnus*, in: *Staudinger*, EGBGB/IPR 2011, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 176; *Grüneberg*, in: *Palandt* 2015, § 305c BGB, Rn. 5.

⁹⁸⁸ LG Aachen, NJW 1991, 2221 (2221); *Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger* 2012, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 16.

unwirksam sein, sodass das Recht anzuwenden ist, welches durch Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO bestimmt wurde.⁹⁸⁹

Wird eine Rechtswahl wirksam vereinbart, beschränken weiterhin Art. 3 Abs. 3 und 4 sowie Art. 6 Abs. 2 Satz 2 Rom I-VO ihre Wirkung. Ist ein Sachverhalt nur mit einem Staat verbunden, sind nach Art. 3 Abs. 3 Rom I-VO die nach diesem Recht zwingenden Bestimmungen auch bei anderslautender Rechtswahl anzuwenden. Dasselbe gilt nach Abs. 4 für die zwingenden Bestimmungen des Unionsrechts, wenn außer der Rechtswahl alle Elemente des Sachverhalts in Mitgliedsstaaten belegen sind.⁹⁹⁰ Die Rechtswahl ist danach also gültig, findet aber nur auf das dispositive Vertragsrecht Anwendung.⁹⁹¹ Der Standort des Servers, über den ein Vertrag im Internet geschlossen wird, gilt dabei nicht als relevantes Element des Sachverhalts. Steht der entsprechende Server in einem anderen Staat als dem, auf den sich alle anderen Elemente des Sachverhalts beziehen, ändert dies nichts an der Anwendbarkeit der Abs. 3 und 4.⁹⁹² Danach kann beispielsweise durch die Vereinbarung US-amerikanischen Rechts bei einem Vertrag zwischen Deutschen in Deutschland ohne sonstigen Auslandsbezug, nicht die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB abbedungen werden.

Bei Verbraucherverträgen darf die Rechtswahl nach Art. 6 Abs. 2 Satz 2 Rom I-VO – unabhängig davon, wo die Elemente des Sachverhalts belegen sind – nicht dazu führen, dass dem Verbraucher der Schutz der Bestimmungen des Rechts entzogen werden, dem der Vertrag ohne Rechtswahl unterläge.⁹⁹³ Dem Verbraucher wird so ein von der Rechtswahl unabhängiger Mindestschutz gewährt.⁹⁹⁴ Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 6 Abs. 2 Satz 2 Rom I-VO ist, dass der Unternehmer entweder seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in demselben Staat ausübt, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hat, oder diese Tätigkeit auf diesen und gegebenenfalls weitere Staaten ausrichtet.⁹⁹⁵

⁹⁸⁹ S. Teil 2 Kapitel 4 2.1.1.1.2 Nach gesetzlichen Vorgaben anzuwendendes Recht.

⁹⁹⁰ *Martiny*, in: MüKo BGB, Band 10 2010, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 87.

⁹⁹¹ *Staudinger/Steinrötter*, JA 2011, 244.

⁹⁹² *Borges* 2003, 884 bezeichnet dies als unstrittig.

⁹⁹³ Dazu detailliert im nachfolgenden Abschnitt Teil 2 Kapitel 4 2.1.1.1.2 Nach gesetzlichen Vorgaben anzuwendendes Recht.

⁹⁹⁴ *Thorn*, in: Palandt 2015, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 8; *Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger* 2012, Art. 6 Rom I-VO, Rn 72.

⁹⁹⁵ Detailliert dazu bereits s. Teil 2 Kapitel 4 2.1.1.1.2 Nach gesetzlichen Vorgaben anzuwendendes Recht.

Zu den zwingenden Vorschriften gehören wenigstens alle unabdingbaren Bestimmungen, die zumindest auch eine Verbraucherschützende Funktion innehaben; beispielsweise die Vorschriften des AGB-Rechts nach §§ 305 ff. BGB, die Vorschriften zum Fernabsatz und zum elektronischen Geschäftsverkehr nach §§ 312b ff. BGB.⁹⁹⁶ In der Literatur werden darunter aber auch andere unabdingbare Normen gefasst.⁹⁹⁷ Um festzustellen, ob dem Verbraucher sein sonst zwingend zu gewährendes Recht oder ein anderer Vorteil vorenthalten wird, muss für den konkreten Streitgegenstand⁹⁹⁸ ein Günstigkeitsvergleich zwischen dem Recht des Staates, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hat, und dem gewählten Recht stattfinden. Dabei ist das Ergebnis beider Prüfungen zu vergleichen.⁹⁹⁹ Wird also ein Vertrag mit einem deutschen Verbraucher über eine Webseite geschlossen, die (auch) an deutsche Verbraucher gerichtet ist, darf ihm durch die Rechtswahl nicht der Schutz vorenthalten werden, der ihm das Recht bieten würde, welches ohne Rechtswahl anwendbar wäre. Nach Art. 6 Abs.1 Rom I-VO wäre das deutsche Recht. So wäre beispielsweise weiterhin die deutsche Regelung zum Widerrufsrecht anwendbar.

Nach Art. 23 und 25 Rom I-VO bleiben andere Kollisionsnormen aus Unionsrecht oder Staatsverträgen von der Verordnung unberührt. Art. 46b EGBGB setzt spezielle unionsrechtliche Kollisionsnormen für Verbraucherverträge um. Dennoch ist Art. 6 Rom I-VO vorrangig zu prüfen.¹⁰⁰⁰ Art. 46b EGBGB stellt lediglich ein Korrektiv dar, welches eingreift, wenn Art. 6 Rom I-VO zur Anwendbarkeit eines für den Verbraucher nachteiligen Rechts eines Nicht-Mitgliedstaats führt. Art. 46b EGBGB gilt auch, wenn die Rom I-Verordnung nicht anzuwenden ist. Danach ist gemäß Abs. 1, wenn ein enger Zusammenhang des Vertrags mit einem Staat besteht, trotz an-

⁹⁹⁶ Vgl. *Thorn*, in: Palandt 2015, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 9; *Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger* 2012, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 74; LG Hamburg, K&R 2009, 735 (738) noch zu Art. 29 EGBGB über §§ 307 BGB.

⁹⁹⁷ *Pfeiffer/Weller/Nordmeier*, in: Spindler/Schuster 2011, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 22; *Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger* 2012, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 74 m. w. N.

⁹⁹⁸ *Thorn*, in: Palandt 2015, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 8; *Pfeiffer/Weller/Nordmeier*, in: Spindler/Schuster 2011, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 22; a. A. *Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger* 2012, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 73.

⁹⁹⁹ *Ferrari/Kieninger/Mankowski/Otte/Saenger/Schulze/Staudinger* 2012, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 73; *Limbach*, in: Ludwig 2013, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 55.

¹⁰⁰⁰ *Staudinger/Steinrötter*, JA 2011, 246; *Thorn*, in: Palandt 2015, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 2; BT-Drs. 14/2658, 50.

derslautender Rechtswahl das Recht des Staates des Europäischen Wirtschaftsraums anzuwenden, das der Umsetzung der Verbraucherschutzrichtlinien dient. Abs. 2 konkretisiert den Begriff des engen Zusammenhangs. Dieser besteht, wenn die berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in dem Staat ausgeübt wird, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (Nr. 1), oder wenn sie darauf ausgerichtet ist (Nr. 2) und der Vertrag in den Bereich dieser Tätigkeit fällt. Zu den Verbraucherschutzrichtlinien nach Abs. 1 zählen nur die in Abs. 4 genannten. Dabei ist insbesondere die AGB-Richtlinie¹⁰⁰¹ (Nr. 1) und die Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie¹⁰⁰² (Nr. 2) zu nennen.

Die Form des Vertragsschlusses entscheidet sich nach dem anzuwendenden Recht. Befinden sich beide Vertragsparteien beim Vertragsschluss in einem Staat, ist die Form nach Art. 11 Abs. 1 Rom I-VO auch erfüllt, wenn die Bestimmungen des Staates eingehalten werden, in dem sich die Vertragsparteien befinden. Sind die Vertragsparteien bei Vertragsschluss in verschiedenen Staaten, ist der Vertrag nach Abs. 2 auch formgültig, wenn das Recht des Staates erfüllt wurde, in dem sich die Vertragsparteien oder deren Vertreter bei Vertragsschluss befanden oder ihr gewöhnlicher Aufenthalt ist. Bei Verbraucherverträgen ist für die Formgültigkeit nach Art. 11 Abs. 4 Rom I-VO nur das Recht des Staates entscheidend, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Verbraucherverträge sind Verträge, die zwischen Verbrauchern und Unternehmern geschlossen werden, unabhängig davon, wer die vertragscharakteristische Leistung erbringt. Zwar sind die Begriffe des Unternehmers und Verbrauchers autonom im Sinne der Verordnung auszulegen,¹⁰⁰³ dabei kann jedoch auf das Begriffsverständnis der §§ 13 und 14 BGB zurückgegriffen werden.¹⁰⁰⁴ Bei einem Vertrag mit einem beliebigen Unternehmer und einem Verbraucher mit ständigem Wohnsitz in Deutschland müssen also deutsche Formvorschriften eingehalten werden.

Bei Fragen der Rechts-, Geschäfts- und Handlungsunfähigkeit kann sich eine natürliche Person bei einem Vertrag zwischen Personen in demselben

¹⁰⁰¹ Richtlinie 93/13/EWG des Rates über mißbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen vom 15.4.1993, ABl. EG 1993 L 95, 29 (AGB-RL).

¹⁰⁰² Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter vom 25.5.1999, ABl. EG L 171, 12.

¹⁰⁰³ EuGH, Slg. 1982, 13 (24).

¹⁰⁰⁴ Pfeiffer/Weller/Nordmeier, in: Spindler/Schuster 2011, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 7 f.

Staat gemäß Art. 13 Rom I-VO nur auf das Recht eines anderen Staates berufen, wenn diese der anderen Vertragspartei bei Vertragsschluss bekannt oder infolge von Fahrlässigkeit nicht bekannt war.

Art. 9 Rom I-VO sieht unabhängig vom Sachverhalt eine Ausnahme für besonders wichtige zwingende Normen des nationalen Rechts vor. Erfasst werden sogenannte Eingriffsnorm, „deren Einhaltung von einem Staat als so entscheidend für die Wahrung seines öffentlichen Interesses, insbesondere seiner politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Organisation, angesehen wird, dass sie ungeachtet des nach Maßgabe dieser Verordnung auf den Vertrag anzuwendenden Rechts auf alle Sachverhalte anzuwenden ist“. Unabhängig von der getroffenen Rechtswahl oder dem ansonsten anzuwendenden Recht ist das zuständige Gericht berechtigt, die Eingriffsnormen des eigenen Rechts durchzusetzen. Da es sich hierbei um eine Generalklausel handelt, muss sie im Einzelnen ausgelegt werden.

2.1.1.1.2 Nach gesetzlichen Vorgaben anzuwendendes Recht

Enthält der Vertrag keine ausdrückliche oder konkludente Rechtswahl, wird das anzuwendende Recht bei Verbraucherverträgen nach Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO bestimmt. Übt der Unternehmer seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit in demselben Staat aus, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat (lit. a), oder ist die Tätigkeit des Unternehmers auf diesen und gegebenenfalls auch weitere Staat ausgerichtet (lit. b), ist das Recht des Staates anwendbar, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hat. Weitere Voraussetzung ist, dass der Vertrag auch in den Bereich der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit des Unternehmers fällt. Sind die Bedingungen erfüllt, ist bei Verträgen mit deutschen Verbrauchern nicht nur das zwingende deutsche Verbraucherrecht anwendbar, sondern insgesamt deutsches Recht.¹⁰⁰⁵ Wird die Tätigkeit des Unternehmers weder im Staat ausgeübt, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hat, noch ist sie auf diesen ausgerichtet, finden die allgemeinen Bestimmungen des Art. 4 Rom I-VO Anwendung.

Für eine Ausübung der wirtschaftlichen Tätigkeit im Mitgliedstaat wäre eine aktive Teilnahme am Wirtschaftsverkehr nötig, also wenigstens die Präsenz des Unternehmers oder seiner Mitarbeiter. Unterhält der Unternehmer

¹⁰⁰⁵ *Martiny*, in: MüKo BGB, Band 10 2010, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 40.

eine Niederlassung in einem Staat, übt er seine Tätigkeit dort in jedem Fall aus.¹⁰⁰⁶ Dies trifft im Internet aber regelmäßig nicht zu. Wird im Internet ein grenzüberschreitender Verbrauchervertrag geschlossen, kommt es häufig darauf an, ob der Unternehmer seine berufliche oder gewerbliche Tätigkeit, also insbesondere seine Webseite, (auch) auf den Staat des Verbrauchers ausgerichtet hat. Dazu muss für einen deutschen Verbraucher erkennbar sein, dass sich die Webseite auch an ihn richten soll. Bereits die Ausrichtung von Werbung auf den Staat, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort hat, ist ausreichend.¹⁰⁰⁷ Nach Erwägungsgrund 24 Rom I-VO ist der Begriff im Einklang mit der Art. 15 Abs. 1 Brüssel I-Verordnung auszulegen. Danach ist die Möglichkeit des Zugangs zu einer Webseite allein nicht ausreichend, um die Ausrichtung auf einen bestimmten Staat zu bejahen.¹⁰⁰⁸ Vielmehr muss der Wille zum Ausdruck gebracht werden, Geschäftsbeziehungen zu Verbrauchern (auch) im Mitgliedstaat des Verbrauchers herzustellen.¹⁰⁰⁹ Ist die Möglichkeit eines grenzüberschreitenden Vertragsabschlusses vorgesehen und wurde tatsächlich ein Vertrag im Ausland abgeschlossen, wird eine Ausrichtung auf den entsprechenden Staat bejaht.¹⁰¹⁰ Für den Vertragsschluss, die Form und die Rechts-, Geschäfts- und Handlungsunfähigkeit sind auch hier die Sonderanknüpfungen der Art. 11 und 13 Rom I-VO heranzuziehen.¹⁰¹¹

Art. 6 Abs. 4 Rom I-VO nimmt bestimmte Arten von Verbraucherverträgen vom Anwendungsbereich aus. Ist Art. 6 Abs. 1 Rom I-VO nicht einschlägig, weil der Unternehmer seine berufliche Tätigkeit nicht in dem Land ausübt, wird das anzuwendende Recht nach Art. 4 Rom I-VO bestimmt. Allgemeiner Anknüpfungspunkt ist laut Abs. 2 die charakteristische Leistung. Danach ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem die Partei, die die charakteristische Leistung zu erbringen hat, ihren gewöhnlichen Aufenthalt hat. Für verschiedene Arten von Verträgen bestehen nach Art. 4 Abs. 1

¹⁰⁰⁶ *Magnus*, in: Staudinger, EGBGB/IPR 2011, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 107; *Pfeiffer/Weller/Nordmeier*, in: Spindler/Schuster 2011, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 12.

¹⁰⁰⁷ *Martiny*, in: MüKo BGB, Band 10 2010, Art. 3 Rom I-VO, Rn. 32; *Magnus*, in: Staudinger, EGBGB/IPR 2011, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 113; *Pfeiffer/Weller/Nordmeier*, in: Spindler/Schuster 2011, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 14.

¹⁰⁰⁸ S. auch EuGH, EuZW 2011, 98 (Rn. 69).

¹⁰⁰⁹ EuGH, EuZW 2011, 98 (Rn. 75 und 80).

¹⁰¹⁰ *Martiny*, in: MüKo BGB, Band 10 2010, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 33; *Magnus*, in: Staudinger, EGBGB/IPR 2011, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 116.

¹⁰¹¹ *Härtig* 2014, Rn. 2310 f.

Rom I-VO besondere Anknüpfungsregeln. Gemäß lit. a bestimmt bei Kaufverträgen über bewegliche Sachen der gewöhnliche Aufenthalt des Verkäufers das anzuwendende Recht. Für Fälle, in denen offensichtlich eine engere Verbindung zu einem anderen, als dem nach Abs. 1 oder 2 bestimmten Staat besteht, ist gemäß Abs. 3 dieses Recht anzuwenden. Dies wird allerdings nur in Ausnahmefällen zutreffen. Soweit nach Abs. 1 und 2 gar keine Rechtsordnung bestimmt werden kann, ist gemäß Abs. 4 das Recht anzuwenden, zu dessen Staat der Vertrag die engste Verbindung aufweist. Allerdings fallen Verträge, die über Online-Versanddienste abgeschlossen werden, nicht unter die Ausnahmen des Art. 6 Abs. 4 Rom I-VO.

2.1.1.2 Außervertragliche Schuldverhältnisse

Neben den vertraglichen Schuldverhältnissen können im Zusammenhang mit Webseiten auch außervertragliche Schuldverhältnisse entstehen, wenn beim Abruf der Seite beispielsweise ein Schadprogramm, wie ein Virus, auf das Gerät des Verbrauchers heruntergeladen wird und dort Schäden verursacht, ohne dass die Parteien einen Vertrag geschlossen haben. Auch Schäden bei vorvertraglichen Schuldverhältnissen fallen unter die Rom II-Verordnung.

Die allgemeine Kollisionsnorm in Art. 4 Abs. 1 Rom II-VO bestimmt zunächst das „*lex loci damni*“, also das Recht des Staates, in dem Schaden eintritt, als anzuwendendes Recht.¹⁰¹² Bei Rechtsverletzungen auf Webseiten kommt es auf die bestimmungsgemäße Abrufbarkeit der Webseite in Deutschland an. Entscheidend ist also, ob die Webseite dazu bestimmt ist, den inländischen Verbraucher anzusprechen. Anzuwendendes Recht ist dann das Recht des Staates, in dem sich der Verbraucher befindet. Nicht relevant ist hingegen der Standort des Servers, auf dem die Webseite hinterlegt ist, da dieser willkürlich vom Diensteanbieter selbst festgelegt werden kann.¹⁰¹³ Außerdem ist der Server-Standort für den Geschädigten nicht präsent, da es sich lediglich um eine technische Notwendigkeit handelt. Der Standort des Servers hat keine Auswirkungen auf die Möglichkeit des Aufrufs der Webseite, sodass ihn der Geschädigte regelmäßig gar nicht wahrnehmen wird. Entsteht also beispielsweise durch die Installation eines Virus auf dem Computer eines Nutzers ein Schaden, ist das Recht des Ortes

¹⁰¹² Erwägungsgrund 18 Rom II-VO.

¹⁰¹³ *Mehring*, CR 1998, 619.

anzuwenden, an dem der Computer steht. Bei deutschen Nutzern wird das in aller Regel deutsches Recht sein.

Haben jedoch Schädiger und Geschädigter zum Zeitpunkt des Schadenseintritts den gewöhnlichen Aufenthaltsort in demselben Staat, ist nach Abs. 2 dieses Recht anzuwenden. Ein anderes Recht ist anzuwenden, wenn sich aus der Gesamtheit der Umstände ergibt, dass eine offensichtlich engere Verbindung mit einem anderen Staat besteht. Dann ist dessen Recht anzuwenden. Ein bereits bestehendes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien, also beispielsweise ein Vertrag, der mit der betreffenden unerlaubten Handlung in enger Verbindung steht, kann nach Abs. 3 zu einer offensichtlich engeren Verbindung mit einem anderen Staat führen.

Für außervertragliche Schuldverhältnisse, die bei Vertragsverhandlungen entstehen, konkretisiert Art. 12 Rom II-VO die allgemeine Anknüpfungsregel.¹⁰¹⁴ Erfasst werden damit zumindest auch Schuldverhältnisse aus „culpa in contrahendo“ nach § 311 Abs. 2 BGB, also solche die bei Vertragsverhandlungen entstehen. Diese werden im deutschen Recht den vertragsähnlichen Schuldverhältnissen zugerechnet. Eine solche Interpretation entspricht aber aufgrund der eindeutigen Zuordnung zur Rom II-Verordnung, die ausschließlich außervertragliche Schuldverhältnisse regelt, nicht dem europäischen Verständnis.¹⁰¹⁵ Dadurch wird deutlich, dass die Begriffe der Verordnungen autonom ausgelegt werden müssen, um unionsweit einheitliches Recht zu schaffen.

Nach Abs. 1 ist auf außervertragliche Schuldverhältnisse, die bei Vertragsverhandlungen entstehen, das Recht anzuwenden, das auf den Vertrag anzuwenden wäre, wenn er geschlossen worden wäre. Damit findet implizit eine Verweisung auf die Rom I-Verordnung statt, die bestimmt, welches Recht auf Verträge anzuwenden ist.¹⁰¹⁶ Sollte es nicht möglich sein, das Recht des Vertrags zu bestimmen, sieht Abs. 2 verschiedene Möglichkeiten vor. Nach lit. a ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Schaden eingetreten ist. Dieser muss nicht mit dem Staat übereinstimmen, in dem das schadensbegründende Ereignis oder die indirekten Schadensfolgen eingetreten sind. Haben die Parteien zum Zeitpunkt des Eintritts des schadensbegründenden Ereignisses ihren gewöhnlichen Aufenthalt in demselben

¹⁰¹⁴ Vgl. Erwägungsgrund 21 Rom II-VO.

¹⁰¹⁵ *Thorn*, in: Palandt 2015, Art. 12 Rom I-VO, Rn. 1.

¹⁰¹⁶ S. Teil 2 Kapitel 4 2.1.1.1 Vertragliche Schuldverhältnisse.

Staat, ist gemäß lit. b dessen Recht auf das außervertragliche Schuldverhältnis anzuwenden. Besteht jedoch eine offensichtlich engere Verbindung des Schuldverhältnisses mit einem anderen Staat und ergibt sich diese aus der Gesamtheit der Umstände, ist das Recht dieses anderen Staates nach lit. c anzuwenden.

Speziell für ein außervertragliches Schuldverhältnis aus unlauterem Wettbewerbsverhalten, etwa wegen eines Verstoßes gegen § 7 UWG, normiert Art. 6 Rom II-VO besondere Anknüpfungsregeln. Von den Bestimmungen kann jedoch gemäß Abs. 4 durch eine Vereinbarung nach Art. 14 Rom II-VO abgewichen werden. Gibt es keine entsprechende Vereinbarung ist nach Art. 16 Abs. 1 Rom II-VO grundsätzlich „das Recht des Staates anzuwenden, in dessen Gebiet die Wettbewerbsbeziehungen oder die kollektiven Interessen der Verbraucher beeinträchtigt worden sind oder wahrscheinlich beeinträchtigt werden“. Es handelt sich dabei um das sogenannte Marktortprinzip.¹⁰¹⁷ Richtet sich also eine Webseite mit unlauteren Inhalten an den deutschen Markt, so ist auf diese Ansprüche deutsches Recht anwendbar. Richtet sich die Webseite an verschiedene Märkte, kann sich der Kläger auf das jeweilige Recht berufen, wenn dort der Wettbewerb beeinträchtigt wurde. Soweit nur die Interessen eines bestimmten Wettbewerbers beeinträchtigt sind, ist nach Abs. 2 die allgemeine Kollisionsnorm des Art. 4 heranzuziehen.¹⁰¹⁸

2.1.2 Europäisches Ausland

Bei Verbraucherschutzrelevanten Sachverhalten mit Bezügen zum europäischen Binnenmarkt sind nach dem geltenden Kollisionsrecht grundsätzlich dieselben Normen anwendbar wie bei außereuropäischen Bezügen. Es gelten also die allgemeinen Regeln des Internationalen Privatrechts. Eine Besonderheit für Diensteanbieter sieht allerdings § 3 TMG vor, der Art. 3 E-CRL umsetzt. Das darin normierte Herkunftslandprinzip besagt, dass ein Diensteanbieter grundsätzlich nur die rechtlichen Anforderungen des Staates, in dem er niedergelassen ist, einhalten muss, wenn er in der Europäischen Union aktiv ist.

¹⁰¹⁷ Anstelle vieler *Ohly*, in *Ohly/Sosnitzer* 2014, B. Rn. 15 und *Pfeiffer/Weller/Nordmeier*, in: *Spindler/Schuster* 2011, Art. 6 Rom II-VO, Rn. 5.

¹⁰¹⁸ Vgl. *Pfeiffer/Weller/Nordmeier*, in: *Spindler/Schuster* 2011, Art. 12 Rom II-VO, Rn. 14 ff.; *Thorn*, in: *Palandt* 2012, Art. 6 Rom I-VO, Rn. 20 f.

Die rechtliche Einordnung dieser Norm war lange Zeit umstritten.¹⁰¹⁹ Zumindest nach dem Willen des Richtliniengebers sollte es sich dabei nicht um eine Kollisionsnorm handeln.¹⁰²⁰ Spätestens seit dem im Mai 2012 ergangenen Urteil des Bundesgerichtshofs, das nach einer entsprechenden Vorlage an den Europäischen Gerichtshof gefällt wurde, muss diese Frage als geklärt angesehen werden. Danach handelt es sich beim Herkunftslandprinzip nicht um eine „Kollisionsnorm, sondern ein sachenrechtliches Beschränkungsverbot“.¹⁰²¹ Es ist also das nach nationalem Internationalen Privatrecht bestimmte Recht anzuwenden und mit dem Recht des Staates zu vergleichen, in dem der Telemedienanbieter niedergelassen ist. Demnach ist ein Günstigkeitsvergleich durchzuführen.¹⁰²²

Das Herkunftslandprinzip besagt nach § 3 Abs. 1 TMG, dass für die gemäß § 2a TMG in Deutschland niedergelassenen Diensteanbieter und ihre Telemedien die Anforderungen des deutschen Rechts gelten, auch wenn die Telemedien in einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union geschäftsmäßig angeboten oder erbracht werden. Nach § 2a Abs. 1 Satz 1 TMG ist die Niederlassung des Diensteanbieters in dem Staat, in dem er die Geschäftstätigkeit tatsächlich ausübt. Dabei ist nach Satz 2 auf den Ort abzustellen, der den Mittelpunkt der Tätigkeiten des Diensteanbieters im Hinblick auf ein bestimmtes Telemedium darstellt. Es handelt sich also nicht um einen allgemeinen Niederlassungsbegriff für einen Diensteanbieter, sondern für ein einzelnes Telemedium. Nach Erwägungsgrund 19 Satz 1 ECRL muss außerdem die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum primärrechtlichen Niederlassungsbegriff aus Art. 49 ff. AEUV zur Auslegung herangezogen werden. Für Telemedien mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union gilt nach Abs. 2 der freie Dienstleistungsverkehr,

¹⁰¹⁹ Zur Diskussion *Martiny*, in: MüKo BGB, Band 10 2010, Rom I-VO, Anhang III zu Art. 9, § 3 TMG, Rn. 23 ff.; *Ohly*, GRUR Int 2001, 899 ff.; *Hoffmann*, in: Staudinger, EGBGB/IPR 2011, Art. 40 EGBGB, Rn. 299 (Stand 2001); *Hoeren*, MMR 1999, 195; *Borges* 2003, 885 ff.; *Mankowski*, MMR-Beil. 2000, 23; *Spindler*, ZUM 1999, 785 ff.; *Glöckner*, WRP 2005, 801.

¹⁰²⁰ Nach Erwägungsgrund 23 und Art. 1 Abs. 4 ECRL sollten keine Regeln des Internationalen Privatrechts noch des Internationalen Zuständigkeitsrechts mit der E-Commerce-Richtlinie geschaffen werden.

¹⁰²¹ BGH, NJW 2012, 2197 (Rn. 23 ff.); auch *Spindler*, CR 2012, 177; *Brand*, NJW 2012, 130. Urteil zur Vorlagefrage des BGH EuGH, MMR 2012, 45 (Rn. 61).

¹⁰²² *Pfeiffer/Weller/Nordmeier*, in: *Spindler/Schuster* 2011, Vor Rom II und Art. 40-42 EGBGB, Rn. 11; *Fezer/Koos*, IPRax 2000, 351; *Ohly*, GRUR Int 2001, 902; *Sack*, WRP 2002, 273 ff.

wenn sie diese in Deutschland anbieten oder erbringen. Ihnen dürfen deshalb umgekehrt keine Bestimmungen zusätzlich zu denen ihres eigenen Mitgliedstaats auferlegt werden. Aufgrund von § 3 Abs. 1 und 2 TMG müssen Diensteanbieter mit Sitz in einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union unabhängig davon, wo sie ihren Telemediendienst anbieten oder erbringen, nur eine einzige Rechtsordnung beachten – das Recht des Landes ihrer Niederlassung.

Es ist also zunächst das anzuwendende Recht nach dem deutschen Kollisionsrecht zu bestimmen. Die danach bestimmten Sachnormen sind aber nicht anwendbar, soweit sie dadurch den freien Dienstleistungsverkehr über die Anforderungen des Niederlassungsstaates hinausgehend einschränken.¹⁰²³ Wird ein in Frankreich niedergelassener Diensteanbieter beispielsweise in Deutschland tätig, so ist zu vergleichen, ob ihm durch das anzuwendende Recht Pflichten auferlegt werden, die nach französischem Recht nicht bestehen. So soll das Herkunftslandprinzip das einwandfreie Funktionieren des Binnenmarktes fördern, indem es den freien Verkehr der Telemedien sicherstellt, die typischerweise grenzüberschreitend tätig sind.¹⁰²⁴

Im Einzelfall müssen ausländische Diensteanbieter aber aufgrund des § 3 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. Abs. 5 TMG ausnahmsweise bestimmte Regelungen des innerstaatlichen Rechts befolgen.¹⁰²⁵ Dazu können nach Nr. 3 beispielsweise Bestimmungen gehören, die dem Schutz der Interessen von Verbrauchern vor Beeinträchtigungen oder ernsthaften und schwerwiegenden Gefahren dienen, wenn sie die an sie geknüpften Maßnahmen in einem angemessenen Verhältnis zu diesem Ziel stehen.

Das Herkunftslandprinzip lässt außerdem nach Abs. 3 bestimmte Bereiche unberührt. Dazu zählen unter anderem die freie Rechtswahl (Nr. 1) und

¹⁰²³ BT-Drs. 14/6098, 18; *Pfeiffer/Weller/Nordmeier*, in: Spindler/Schuster 2011, § 3 TMG, Rn. 7. Eine solche Umsetzung des Art. 3 ECRL ist nach dem Urteil des EuGH, MMR 2012, 45 (Rn. 62) zulässig.

¹⁰²⁴ Vgl. Ziel der E-Commerce-Richtlinie in Art. 1 ECRL. Kritisch dazu *Pfeiffer/Weller/Nordmeier*, in: Spindler/Schuster 2011, § 3 TMG, Rn. 1; *Mankowski*, GRUR Int 1999, 913 ff.; a. A. wohl Kommission der Europäischen Gemeinschaften, Bericht der Kommission an das europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss, Erster Bericht über die Anwendung der Richtlinie 2000/31/EG (über den elektronischen Geschäftsverkehr), KOM(2003) 702 endgültig, Brüssel 8.5.2003, eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=com:2003:0702:fin:de:pdf, 22.

¹⁰²⁵ Vgl. *Ohly*, GRUR Int 2001, 902; *Bodewig*, GRUR Int 2000, 480; *Pfeiffer/Weller/Nordmeier*, in: Spindler/Schuster 2011, § 3 TMG, Rn. 17.

Vorschriften für vertragliche Schuldverhältnisse in Bezug auf Verbraucherverträge (Nr. 2). Hat der Diensteanbieter mit einer anderen Vertragspartei eine Rechtswahlklausel vereinbart, so ist diese und nicht das Herkunftslandprinzip heranzuziehen. In Bezug auf die Rechtswahlklausel ist die Rom I-Verordnung anzuwenden.¹⁰²⁶ Für außervertragliche Schuldverhältnisse, wozu auch Verstöße gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb gehören, ist das Herkunftslandprinzip aber relevant.

2.2 Datenschutzrecht

Die Frage des anzuwendenden Rechts stellt sich auch bei datenschutzrechtlichen Vorschriften. Es bestimmt sich dabei ebenfalls nach dem Internationalen Privatrecht. Das Telemediengesetz enthält keine datenschutzspezifischen speziellen Kollisionsnormen. Die Datenschutzregeln des Telemediengesetzes – wie schon ihre Vorgänger im Teledienstedatenschutzgesetz – fallen in den Anwendungsbereich der Datenschutzrichtlinie, sodass auch für sie Art. 4 DSRL relevant ist, der in § 1 Abs. 5 BDSG umgesetzt wurde.¹⁰²⁷ Die spezielle datenschutzrechtliche Kollisionsnorm ist damit sowohl bei Verstößen gegen Vorschriften des Telemediengesetzes als auch bei solchen gegen das Bundesdatenschutzgesetz zur Bestimmung des anzuwendenden Rechts heranzuziehen. Die speziellen Kollisionsnormen sind gegenüber der Rom I- und Rom II-Verordnung vorrangig.¹⁰²⁸ Das Herkunftslandprinzip des § 3 TMG ist nach Abs. 3 Nr. 4 nicht auf Fragen des Datenschutzrechts anzuwenden, sodass kein Günstigkeitsvergleich der Sachnormen nötig ist.

Grundsätzlich gilt im Datenschutzrecht das Territorialitätsprinzip.¹⁰²⁹ Danach ist deutsches Recht auf alle datenschutzrechtlich relevanten Tätigkeiten im Inland anwendbar. Werden also Daten im Inland erhoben oder verwendet, gilt deutsches Recht. So ist auch der Verweis des § 1 Abs. 5 Satz 5 BDSG auf § 38 Abs. 1 Satz 1 BDSG rein deklaratorisch, da die Aufsicht über die Datenverarbeitung von den kollisionsrechtlichen Spezialregelungen bezüglich der Pflichten beim Umgang mit personenbezogenen Daten nicht er-

¹⁰²⁶ *Martiny*, in: MüKo BGB, Band 10 2010, Rom I-VO, Anhang III zu Art. 9, § 3 TMG, Rn. 41.

¹⁰²⁷ *Jotzo*, MMR 2009, 234; im Ergebnis gleich *Jandt*, DuD 2008, 668, stellt aber auf das Fehlen von Normen zur Anwendbarkeit in internationalen Zusammenhängen ab.

¹⁰²⁸ Vgl. *Jandt* 2008, 347; *Jotzo*, MMR 2009, 233; *Dammann*, in: *Simitis* 2014, § 1 BDSG, Rn. 197.

¹⁰²⁹ BT-Drs. 14/4329, 32.

fasst wird.¹⁰³⁰ Deutsche Aufsichtsbehörden müssen deshalb, wie § 38 Abs. 1 Satz 1 HS 2 BDSG klarstellt, gegebenenfalls ausländisches Recht anwenden.

2.2.1 Verantwortliche Stellen mit Sitz im Europäischen Wirtschaftsraum

§ 1 Abs. 5 BDSG unterscheidet in den Sätzen 1 und 2 zwischen verantwortlichen Stellen innerhalb und außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums.¹⁰³¹ Für verantwortliche Stellen, die in einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union oder einem Vertragsstaat des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum belegen sind, gilt nach § 1 Abs. 5 Satz 1 HS 1 BDSG das deutsche Datenschutzrecht nicht – auch wenn sie personenbezogene Daten im Inland erheben, verarbeiten oder nutzen. Damit gilt für den Datenschutz im Europäischen Wirtschaftsraum grundsätzlich das Sitzlandprinzip, wonach der Sitz der verantwortlichen Stelle über das anwendbare Recht entscheidet. Durch diese Regelung muss ein im Europäischen Wirtschaftsraum tätiger Diensteanbieter nur das Datenschutzrecht des Staates einhalten, in dem er seinen Sitz hat.¹⁰³² Hintergrund für die Privilegierung ist die Umsetzung des Art. 4 DSRL sowie der Gedanke, dass durch die Umsetzung der Datenschutzrichtlinie und ihre Übernahme in den Ländern des Europäischen Wirtschaftsraums ein einheitliches Mindestniveau für den Schutz der Daten geschaffen wurde.¹⁰³³

Der Ort des Datenumgangs, der gerade im Internet nicht einfach zu bestimmen ist, ist für die Bestimmung des Sitzlandes nicht relevant.¹⁰³⁴ Er ist aber nötig, da § 1 Abs. 5 Satz 1 HS 2 BDSG eine Ausnahme vom Sitzlandprinzip vorsieht, wenn die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung von Daten in einer Niederlassung im Inland stattfindet. Für diesen Datenumgang sind die Bestimmungen des deutschen Datenschutzrechts zu beachten. Das Niederlassungsprinzip durchbricht somit das Sitzlandprinzip, wenn die datenschutzrechtlich relevante Aktivität im Inland erfolgt.¹⁰³⁵

¹⁰³⁰ *Dammann*, in: *Simitis* 2014, § 1 BDSG, Rn. 239.

¹⁰³¹ Zum Europäischen Wirtschaftsraum zählen auch alle Mitgliedsstaaten der EU.

¹⁰³² *Gola/Schomerus* 2012, § 1 BDSG, Rn. 27 mit Bezug auf Art. 4 DSRL; *Scheja/Haag*, in: *Leupold/Glossner* 2013, Teil 5, Rn. 66; *Duhr/Naujok/Schaar*, MMR 2001, XVI.

¹⁰³³ BT-Drs. 14/5793, 60; *Jandt* 2008, 348; *Duhr/Naujok/Schaar*, MMR 2001, XVI.

¹⁰³⁴ *Scheja/Haag*, in: *Leupold/Glossner* 2013, Teil 5, Rn. 66.

¹⁰³⁵ *Scheja/Haag*, in: *Leupold/Glossner* 2013, Teil 5, Rn. 67.

Eine Niederlassung setzt nach Erwägungsgrund 19 DSRL eine „effektive und tatsächliche Ausübung einer Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung voraus“, wobei die Rechtsform einer solchen Niederlassung irrelevant ist. Nicht ausreichend ist es, wenn nur technische Systeme im Inland personenbezogene Daten verarbeiten, wie es etwa bei Servern der Fall ist.¹⁰³⁶ Bei Einführung des Begriffs verwies der Gesetzgeber auf den mittlerweile aufgehobenen § 42 Abs. 2 GewO, wonach der Gewerbetreibende einen zum dauernden Gebrauch eingerichteten, ständig oder in regelmäßiger Wiederkehr von ihm benutzten Raum für den Betrieb seines Gewerbes besitzen muss.¹⁰³⁷ Hat ein französischer Diensteanbieter beispielsweise ein Büro in Deutschland, in dem Mitarbeiter personenbezogene Daten für ihn verarbeiten, dann ist auf diese Datenverarbeitungen deutsches Datenschutzrecht anwendbar, auch wenn alle weiteren datenschutzrelevanten Tätigkeiten französischem Recht unterliegen.

Um zu bestimmen, ob das Sitzland- oder Niederlassungsprinzip anzuwenden ist, muss festgestellt werden, wo der Umgang mit den personenbezogenen Daten stattfindet. Gerade beim Erheben, das anders als die Verarbeitung keinen physischen, an einen Datenträger gebundenen Vorgang darstellt,¹⁰³⁸ ist dies besonders umstritten. Beim Erheben werden, wie bereits dargestellt, gemäß § 3 Abs. 3 BDSG Daten über den Betroffenen beschafft. Damit handelt es sich beim Erheben um eine Aktivität, durch die die verantwortliche Stelle Kenntnis von den betreffenden Daten erhält oder über sie verfügen kann.¹⁰³⁹ Diese muss von einem der verantwortlichen Stelle zurechenbaren Willen der handelnden Person getragen sein. Es reicht demnach nicht aus, wenn die Daten der verantwortlichen Stelle ohne jedes eigene Zutun zugetragen werden.¹⁰⁴⁰ Dies ergibt sich daraus, dass das Gesetz auch von Fällen ausgeht, in denen die verarbeitende Stelle Daten zwar speichert, sie aber zuvor nicht erhoben hat.¹⁰⁴¹ Deshalb liegt keine Erhebung vor, wenn die verantwortliche Stelle lediglich ein E-Mail-Postfach vorhält.¹⁰⁴² Ob das Ausfüllen beispielsweise eines Anmeldeformulars durch den Nutzer

¹⁰³⁶ Jotzo, MMR 2009, 235; Dammann, in: Simitis 2014, § 1 BDSG, Rn. 202 ff.; wohl a. A. Duhr/Naujok/Schaar, MMR 2001, XVII.

¹⁰³⁷ BT-Drs. 14/4329, 31.

¹⁰³⁸ Dammann, in: Simitis 2014, § 1 BDSG, Rn. 220.

¹⁰³⁹ Weichert, in: Däubler u. a. 2014, § 3 BDSG, Rn. 31.

¹⁰⁴⁰ Anstelle vieler Dammann, in: Simitis 2014, § 3 BDSG, Rn. 102 und 104 m. w. N.

¹⁰⁴¹ Dammann, in: Simitis 2014, § 3 BDSG, Rn. 102.

¹⁰⁴² Dammann, in: Simitis 2014, § 3 BDSG, Rn. 104 und 109; Jotzo, MMR 2009, 235.

nach Aufforderung des Diensteanbieters als Erheben zu klassifizieren ist, ist umstritten.¹⁰⁴³

Es ist darauf abzustellen, ob die Aktivität, die dem Anbieter zugerechnet werden kann, im Inland erfolgt. Zieht man zur Auslegung Art. 4 Abs. 1 lit. c DSRL heran, ist zu ermitteln, ob automatisierte oder nicht automatisierte Mittel im Inland belegen sind.¹⁰⁴⁴ Dabei kann es ausreichen, wenn der Anbieter auf fremde Mittel, etwa den vom Nutzer verwendeten Computer, zurückgreift, wenn er darauf Einfluss ausüben kann. Dazu reicht auch ein softwaretechnischer Zugriff auf den Computer. Ebenso ist das Ablegen eines Cookies auf dem Computer des Nutzers ausreichend.¹⁰⁴⁵ Das Bereitstellen eines Webformulars genügt dazu im Gegensatz wohl nicht. Ansonsten wäre ein Diensteanbieter dazu verpflichtet, alle Datenschutzrechte der Welt einzuhalten, weil seine Webseite weltweit genutzt werden kann.¹⁰⁴⁶

Gegen eine rein technische Anknüpfung am vom Anbieter genutzten Server spricht die Tatsache, dass der Server vom Diensteanbieter völlig frei gewählt und gewechselt werden kann, sodass ihm eine leichte Möglichkeit geboten würde, sich dem verhältnismäßig strengen deutschen Datenschutzrecht zu entziehen. Der Nutzer hat außerdem regelmäßig keine Kenntnis vom Standort des Servers, sodass er weiterhin das Schutzniveau seines eigenen Landes erwarten wird.

Deshalb wird von einer Meinung in der Literatur vertreten, dass – vergleichbar der verbrauchsrechtlichen Regelung – die Ausrichtung des Angebots entscheidend sein soll.¹⁰⁴⁷ Vorteil einer solchen Anknüpfung ist, dass sowohl für den Diensteanbieter bei Erstellung des Telemediums als auch für den Nutzer beim Aufruf ersichtlich ist, auf welchen Markt es sich bezieht. Damit lässt sich für den Anbieter erkennen, welches Recht er beachten muss und der Nutzer kann davon ausgehen, dass er bei einem Angebot, das sich an ihn richtet, einen seinem Recht entsprechenden Schutz seiner personenbezogenen Daten erwarten kann. Rechtlicher Anknüpfungspunkt

¹⁰⁴³ Für die Wertung als Erhebung *Jotzo*, MMR 2009, 236 f.; a. A. *Dammann*, in: *Simitis* 2014, § 1 BDSG, Rn. 223.

¹⁰⁴⁴ *Duhr/Naujok/Schaar*, MMR 2001, XVII.

¹⁰⁴⁵ *Jotzo*, MMR 2009, 236, *Dammann*, in: *Simitis* 2014, § 1 BDSG, Rn. 226 ff.

¹⁰⁴⁶ *Dammann*, in: *Simitis* 2014, § 1 BDSG, Rn. 223; auch *Jotzo*, MMR 2009, 236.

¹⁰⁴⁷ *Jotzo*, MMR 2009, 236 ff.; *Spindler*, in: *Deutscher Juristentag 2012*, F 115; Artikel 29-Datenschutzgruppe, WP 179, 30 schlägt eine entsprechende Anpassung der gesetzlichen Regelungen vor.

war auch bei dieser Auslegung das Zurückgreifen auf technische Mittel, wobei dieses Kriterium nicht technisch, sondern normativ auszulegen wäre. Ein unterstützendes Argument wäre, dass die Erhebung der Daten des angesprochenen Personenkreises so auch vom Willen des Diensteanbieters getragen wird.¹⁰⁴⁸ Danach müsste ein französischer Anbieter dann deutsches Datenschutzrecht beachten, wenn er seine Webseite auf Deutschland ausrichtet, indem er seine Webseite beispielsweise unter anderem in deutscher Sprache verfasst und die Top-Level-Domain „.de“ wählt.

Ein Schritt in Richtung eines solchen Marktortprinzips¹⁰⁴⁹ im Datenschutzrecht machte das Urteil des Europäischen Gerichtshofs zum sogenannten Google-Urteil zum Recht auf Vergessen¹⁰⁵⁰ im Mai 2014. Nach dem Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 lit. a DSRL genügt es bereits, wenn die Datenverarbeitung „im Rahmen der Tätigkeiten“ einer Niederlassung erfolgt. Der Europäische Gerichtshof führte in seinem Urteil aus, dass der Umgang mit den Daten dazu nicht durch die Niederlassung erfolgen muss.¹⁰⁵¹ Es genügt vielmehr, wenn der Umgang mit den Daten im Rahmen der Tätigkeit der Niederlassung erfolgt – bei Google Spain die Datenverarbeitung zur Erstellung von Suchtreffern, die auf derselben Seite wie die vermarktete Werbung angezeigt werden¹⁰⁵² und die Grund für die Attraktivität der Werbeanzeigen sind. Vergleichbares ist anzunehmen, wenn ausländische Anbieter von Online-Versanddiensten eine Tochtergesellschaft oder Zweigniederlassung in einem Land betreiben, um dort unter anderem Werbeflächen zu vermarkten. Entscheidend ist vor allem, dass § 1 Abs. 5 BDSG richtlinienkonform auszulegen ist. Eine tatsächliche Datenverarbeitung in einer deutschen Niederlassung ist also im Einzelfall nicht nötig, um deutsches Datenschutzrecht zur Anwendung zu bringen. Es genügt bereits der enge Zusammenhang.¹⁰⁵³

Ein reiner Datentransit durch das Inland ist jedoch nicht ausreichend, um deutsches Recht auf den Sachverhalt anzuwenden. Dazu zählt im Internet

¹⁰⁴⁸ *Jotzo*, MMR 2009, 236 f.; a. A. vor allem aufgrund der (zu) weitgehenden Auslegung *Dammann*, in: *Simitis* 2014, § 1 BDSG, Rn. 220 und 223 und *Duhr/Naujok/Schaar*, MMR 2001, XVII.

¹⁰⁴⁹ So etwa *Kühling*, EuZW 2014, 528 f.

¹⁰⁵⁰ EuGH, NJW 2014, 2261, insbesondere Rn. 45 ff.

¹⁰⁵¹ EuGH, NJW 2014, 2261 (Rn. 52).

¹⁰⁵² EuGH, NJW 2014, 2261 (Rn. 57).

¹⁰⁵³ EuGH, NJW 2014, 2261 (Rn. 60).

vor allem der Fall, dass Daten über einen inländischen Server oder Router unverzüglich weitergeleitet und wieder gelöscht werden.¹⁰⁵⁴

2.2.2 Verantwortliche Stellen mit Sitz in einem Drittstaat

Erhebt, verarbeitet oder nutzt eine verantwortliche Stelle mit Sitz in einem Staat, der kein Vertragsstaat des Europäischen Wirtschaftsraums ist, personenbezogene Daten in Deutschland, ist nach § 1 Abs. 5 Satz 2 BDSG deutsches Datenschutzrecht anwendbar. Hat die verantwortliche Stelle ihren Sitz außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums, kommt demnach das Territorialitätsprinzip zum Tragen, da für die Anwendbarkeit des deutschen Rechts allein der inländische Datenumgang ausschlaggebend ist.¹⁰⁵⁵

§ 1 Abs. 5 Satz 2 BDSG weicht wesentlich von dem Text der Datenschutzrichtlinie ab, die in Art. 4 Abs. 1 lit. c DSRL voraussetzt, dass die verantwortliche Stelle auf automatisierte oder nicht automatisierte Mittel zurückgreift. Bei richtlinienkonformer Auslegung ist wohl auch dieses Kriterium zu prüfen.¹⁰⁵⁶ Erhebt, verarbeitet oder nutzt also beispielsweise ein Diensteanbieter mit Sitz in den USA personenbezogene Daten in Deutschland, muss er in jedem Fall deutsches Datenschutzrecht anwenden. Dazu reicht es aus, wenn ein Cookie auf dem Computer des Nutzers gesetzt wird. Ein reiner Datentransit durch das Inland ist allerdings nach § 1 Abs. 5 Satz 4 BDSG auch in diesem Zusammenhang nicht ausreichend. Eine richtlinienkonforme Auslegung ist nötig, sodass der Datenumgang nicht in der Niederlassung selbst, sondern nur im Rahmen der Tätigkeit erfolgen muss. Hintergrund dieser Regelung ist, dass bei anderen Staaten – anders als im Europäischen Wirtschaftsraum – nicht von einem vergleichbaren Datenschutzniveau ausgegangen werden kann.¹⁰⁵⁷

3 Anwendbares Recht bei internationalen Sachverhalten

Bezüglich der Frage des anwendbaren Rechts muss im Bereich des Verbraucherschutzes zwischen vertraglichen und außervertraglichen Schuld-

¹⁰⁵⁴ Scheja/Haag, in: Leupold/Glossner 2013, Teil 5, Rn. 71; Gabel, ZUM 2002, 608.

¹⁰⁵⁵ Scheja/Haag, in: Leupold/Glossner 2013, Teil 5, Rn. 68.

¹⁰⁵⁶ Vgl. Dammann, in: Simitis 2014, § 1 BDSG, Rn. 217 f. und s. Teil 2 Kapitel 4 2.2.1 Verantwortliche Stellen mit Sitz im Europäischen Wirtschaftsraum.

¹⁰⁵⁷ Dammann, in: Simitis 2014, § 1 BDSG, Rn. 214.

verhältnissen unterschieden werden. Bei vertraglichen Ansprüchen können die Parteien grundsätzlich selbst das Recht wählen, das auf den Vertrag anwendbar sein soll. Die Vereinbarung einer Rechtswahlklausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber einem Verbraucher ist aber zumindest schwierig. Bereits die Antwort auf die Frage, nach welchem Recht die Rechtswahlklausel geprüft wird, kann nicht allgemeingültig beantwortet werden. Bei Verbraucherverträgen wird außerdem die Wirkung der Rechtswahl beschränkt, wenn der Unternehmer im Mitgliedstaat tätig ist oder seine Tätigkeit auf den Mitgliedstaat ausrichtet, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. In diesen Fällen sind die rechtlichen Bestimmungen dieses Staates anwendbar, von denen nicht vertraglich abgewichen werden kann. Im Internet ist insbesondere die Ausrichtung der Webseite wichtig. Anhaltspunkte für die Ausrichtung sind beispielsweise Sprache, Währung und Top-Level-Domain.

Haben die Parteien keine Rechtswahl getroffen, ist grundsätzlich das Recht des Staates anwendbar, in dem der Erbringer der charakteristischen Leistung, also regelmäßig nicht der Erbringer der Geldleistung, seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Bei Verbraucherverträgen gilt auch hier eine Ausnahme, wenn der Unternehmer im Mitgliedstaat tätig ist oder seine Tätigkeit auf den Mitgliedstaat ausrichtet, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. In diesen Fällen ist das Recht des Staates anzuwenden, in dem der Verbraucher seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Bei außervertraglichen Schuldverhältnissen ist grundsätzlich der Ort an dem der Schaden eintritt, entscheidend. Bei Ansprüchen, die sich aus unlauterem Wettbewerb ergeben, ist als besonderer Anknüpfungspunkt auf den Marktort abzustellen, der beeinträchtigt wurde.

Auch bei verbraucherschutzrechtlichen Sachverhalten mit Bezug zu anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind die allgemeinen Regeln anwendbar. Allerdings schränkt das Herkunftslandprinzip die Anwendbarkeit des nach dem Internationalen Privatrecht bestimmten Rechts ein. Für Diensteanbieter gelten nach dem Herkunftslandprinzip innerhalb der Europäischen Union grundsätzlich keine Bestimmungen, die über das hinausgehen, was das Recht des Staates fordert, in dem sie niedergelassen sind.

Das Datenschutzrecht sieht unabhängig davon, ob ein Verstoß gegen Vorschriften des Telemediengesetzes oder des Bundesdatenschutzgesetzes vorliegt, einheitliche Anknüpfungspunkte für das anzuwendende Recht vor. Sitzt die verantwortliche Stelle innerhalb des Europäischen Wirtschafts-

raums muss sie grundsätzlich nur das Recht ihres Sitzlandes einhalten. Unterhält sie allerdings eine Niederlassung in Deutschland, so ist für den Datenumgang in oder in engem Zusammenhang mit dieser Niederlassung deutsches Datenschutzrecht zu beachten. Bei verantwortlichen Stellen, die ihren Sitz in einem Staat außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums haben, ist immer deutsches Datenschutzrecht anwendbar, wenn sie in Deutschland mit personenbezogenen Daten umgehen.

Kapitel 5 Anforderungen des Verbraucher- und Datenschutzrechts

Bei der Gestaltung und dem Betrieb eines Online-Versanddienstes ist eine Fülle von Anforderungen durch den Anbieter zu beachten. Zur Förderung des Online-Versandhandels unter gleichzeitigem Schutz des Verbrauchers wurden aufgrund des fehlenden persönlichen Kontakts sowohl im Verbraucher- als auch im Datenschutzrecht entsprechende Vorschriften erlassen.

Die Anforderungen aus dem Verbraucherschutzrecht basieren vor allem auf europarechtlichen Vorgaben, wie der AGB-, der E-Commerce- und der Verbraucherrechterichtlinie. Dem Anbieter eines Online-Versanddienstes werden viele, sehr detaillierte Pflichten auferlegt. Dies spiegelt sich auch in der Länge der Normen, zum Beispiel § 309 BGB oder Art. 246a EGBGB, wieder. Eine besondere Schwierigkeit stellt neben dem Umfang der Pflichten auch die regelmäßig erfolgende Konkretisierung durch die Rechtsprechung dar. In den vergangenen Jahren wurden in sehr kurzen Abständen – auch höchstrichterliche – Urteile zu Detailfragen der Umsetzung einzelner Vorgaben gefällt, die Anbieter bei der Gestaltung ihrer Online-Versanddienste beachten müssen. Zusätzlich wurden auch die rechtlichen Vorgaben selbst häufiger geändert. So wurden beispielsweise die Pflichtangaben im Fernabsatz aus § 1 BGB-InfoV erst im Jahr 2010 in Art. 246 EGBGB und bereits mit Wirkung zum 13. Juni 2014 in Art. 246a EGBGB verschoben – jedes Mal verbunden mit inhaltlichen Änderungen.

Im Gegensatz dazu ändern sich die Vorschriften im Datenschutzrecht nur selten. Die letzte relevante, umfangreiche Änderung war die Zusammenführung des Teledienstedatenschutzgesetzes mit dem Mediendienste-Staatsvertrag, durch die aber keine oder kaum inhaltliche Änderungen verbunden waren. Die nächste (kleinere) Änderung könnte sich aus dem IT-Sicherheitsgesetz ergeben. Der Gesetzesentwurf wurde im Dezember 2014

von der Bundesregierung beschlossen.¹⁰⁵⁸ Danach soll in § 13 TMG ein neuer Abs. 7 hinzugefügt werden, der geschäftsmäßige Diensteanbieter verpflichtet, ihre Telemedien – soweit technisch möglich und wirtschaftlich zumutbar – durch technische und organisatorische Vorkehrungen nach dem Stand der Technik gegen unerlaubten Zugriff auf ihre technischen Einrichtungen, die Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten und gegen Störungen zu schützen. Dazu werden Verschlüsselungstechniken als Beispiel genannt.¹⁰⁵⁹ Für einen vertrauenswürdigen Diensteanbieter ergeben sich jedoch keine Änderungen, da ein solcher bereits heute das ihm Mögliche tut, um seine Systeme und die Daten seiner Nutzer zu schützen.¹⁰⁶⁰

Probleme im Datenschutzrecht ergeben sich jedoch vor allem aufgrund des Abstraktionsniveaus und des gleichzeitigen Detailgrads sowie der Vielzahl von Spezialnormen. Diese begründen auch die Fülle an Meinungsstreitigkeiten, die von der Frage der Anwendbarkeit des Datenschutzrechts beginnen und bis zur Auslegung einzelner Tatbestandsmerkmale von Spezialnormen reichen. Für einen Anbieter, der den Datenschutz fördern möchte, sind solche Fragen im Einzelfall weniger relevant, da eine datenschutzfreundliche Gestaltung immer das höhere Schutzniveau erfüllt. Eine wesentliche Änderung könnte die Datenschutz-Grundverordnung bringen, die einen Rückgriff auf die deutschen – vom Verfassungsrecht geprägten – Grundsätze zumindest formal nicht zulassen würde. Nach aktuellem Stand würden sich diese jedoch auch in der Datenschutz-Grundverordnung niederschlagen.

Verbraucherschutzrechtliche Anforderungen für Online-Versanddienste ergeben sich aus dem Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, dem Fernabsatzrecht, den Vorschriften für entgeltliche Verbraucherverträge und für den elektronischen Geschäftsverkehr, dem Preisangabenrecht sowie den Vorschriften zur Anbieterkennzeichnung und zur kommerziellen Kommunikation. Inhaltlich enthalten sie vor allem Informationspflichten. Die An-

¹⁰⁵⁸ *Krempf/Wilkens*, Bundesregierung beschließt Entwurf für IT-Sicherheitsgesetz, heise security vom 17.12.2014, www.heise.de/-2498915.

¹⁰⁵⁹ Entwurf eines Gesetzes zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme (IT-Sicherheitsgesetz), Gesetzesentwurf der Bundesregierung 18.12.2014, www.bmi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/Nachrichten/Kurzmeldungen/entwurf-it-sicherheitsgesetz.pdf?__blob=publicationFile, 13.

¹⁰⁶⁰ Deshalb bereits heute detailliert zu den Möglichkeiten der automatisierten Analyse von Datensicherheit, insbesondere Verschlüsselungstechniken, s. Teil 3 Kapitel 4 1.4 Datensicherheit.

forderungen an die Anbieter von Online-Versanddiensten, die sich daraus ergeben, beziehen sich sowohl auf die Inhalte der Information als auch auf ihre formale Gestaltung. Des Weiteren wurden zum Schutz des Verbrauchers Anforderungen an die technische Gestaltung eines Online-Versanddienstes gestellt. Zuletzt sind den Verbrauchern spezielle Verbraucherrechte vom Anbieter eines Online-Versanddienstes zu gewähren. Umgekehrt ist ein Anbieter auch darin beschränkt, wie er die Vertragsverhältnisse mit Verbrauchern rechtlich ausgestaltet.

Weitere Anforderungen an die Gestaltung und den Betrieb von Online-Versanddiensten leiten sich aus den datenschutzrechtlichen Grundsätzen ab, die sich in den Datenschutzgesetzen widerspiegeln. Diese Grundsätze umfassen die Notwendigkeit einer Erlaubnis für den Umgang mit Daten, die Zweckbindung, die Erforderlichkeit, das Datensparsamkeits- und -vermeidungsgebot, das Transparenzgebot sowie der Datenschutz durch Technik, Vorgaben zur Weitergabe personenbezogener Daten und die Betroffenenrechte. Im Datenschutzrecht wird, wie im Verbraucherschutzrecht, vor allem auf die Mittel der Information, technischen und rechtlichen Gestaltung zurückgegriffen. Anforderungen an den Anbieter eines Online-Versanddienstes beziehen sich entsprechend auf Aspekte der formalen Gestaltung, einzelne Pflichtangaben, die Grenzen rechtlicher Gestaltung sowie bestimmte technische Gestaltungen des Online-Versanddienstes.

TEIL 3 AUTOMATISIERTE EINSCHÄTZUNG DER VERTRAUENSWÜRDIGKEIT

Das Browser-Add-on soll den Nutzer auf vertrauenswürdige und nicht-vertrauenswürdige Anbieter von Online-Versanddiensten hinweisen. Dazu muss es automatisiert erkennen können, ob es sich um einen vertrauenswürdigen Online-Versanddienst handelt, oder nicht. Das juristische Konzept zur automatisierten Analyse der Vertrauenswürdigkeit eines Anbieters bewertet danach, ob der vom Anbieter betriebene Online-Versanddienst die Anforderungen einhält, die das Verbraucher- und Datenschutzrecht an die Gestaltung und den Betrieb von Online-Versanddiensten stellen und ob versucht wird, den Verbraucher einseitig zu benachteiligen – unabhängig von der tatsächlichen rechtlichen Wirkung.

Der Nutzer soll allerdings nicht auf die Kooperationsbereitschaft des Anbieters angewiesen sein. Sonst wäre eine Einschätzung auf die Fälle beschränkt, in denen der Anbieter sich zur Kooperation bereiterklärt. Um davon unabhängig zu funktionieren, muss das Add-on automatisiert und auf Basis allgemein verfügbarer Informationen arbeiten.

Zu untersuchen ist, welche Anforderungen in ein juristisches Konzept zur Analyse der Vertrauenswürdigkeit eines Anbieters aufgenommen werden können. Diese muss das Add-on erkennen können, das automatisiert, auf Basis allgemein verfügbarer Informationen funktioniert. Außerdem ist zu untersuchen, wie diese zur Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit beitragen. Außerdem müssen dem Nutzer des Add-ons das Ergebnis der Einschätzung, insbesondere bestimmte Auffälligkeiten, mitgeteilt werden. Dazu werden dem Nutzer Hinweise in seinem Browser angezeigt. Ebenso ist einerseits zu untersuchen, wie umfangreich ein Konzept zur automatisierten Analyse sein kann – über welche Bereiche also Aussagen getroffen werden können – und andererseits, welche Aspekte bei einer automatisierten Analyse nicht einbezogen werden können.

Kapitel 1 Vertrauenswürdigkeit von Online-Versanddiensten

Für ein Konzept, das auf einer automatisierten Analyse anhand eines Online-Versanddienstes basiert und einschätzt, ob ein Anbieter vertrauenswürdig ist, muss der Begriff der Vertrauenswürdigkeit zunächst genauer bestimmt werden. Wesentlicher Wortbestandteil ist dabei das Vertrauen.

1 Vertrauen

Vertrauen ist ein allgemein bekannter und gebräuchlicher Begriff. Eine umfassende Definition gestaltet sich jedoch als problematisch. In der Wissenschaft existiert eine Fülle verschiedener Definitionen.¹⁰⁶¹ Denn Vertrauen spielt in vielen unterschiedlichen Disziplinen eine Rolle, in der Philosophie, Theologie, Psychologie, Soziologie, Pädagogik, Medizin sowie in den Politik-, Rechts- und Wirtschaftswissenschaften.¹⁰⁶² Einigkeit besteht darin, dass Vertrauen eine wesentliche Bedeutung für das gesellschaftliche Zusammenleben hat. So heißt es etwa „Vertrauen ist die Basis nahezu aller menschlicher Interaktionen“.¹⁰⁶³

Der Mensch bewegt sich in einer komplexen Umwelt, in der vielfältige Entscheidungs- und Handlungsalternativen bestehen. Er muss mit Unsicherheit umgehen, denn einerseits verfügt er regelmäßig nicht über alle Informationen, die er für eine rationale Entscheidung bräuchte, und andererseits stehen ihm dennoch häufig so viele Informationen zur Verfügung, dass er diese nicht verarbeiten kann.¹⁰⁶⁴ An dieser Stelle hilft ihm Vertrauen. Vertrauen stellt einen Mechanismus zur Reduktion von Komplexität dar¹⁰⁶⁵ und sorgt trotz objektiver Unsicherheit für eine subjektive Sicherheit.¹⁰⁶⁶ Das macht es dem Einzelnen möglich, trotz tatsächlich bestehender Unsicherheit Entscheidungen zu treffen.¹⁰⁶⁷ Damit ermöglicht oder erleichtert Vertrauen zumindest das Zustandekommen und den Erhalt ökonomischer Beziehungen, die in einer modernen, arbeitsteiligen Gesellschaft unabdingbar sind. Vertrauen kann darüber bestimmen, ob und mit wem ein Vertrag geschlossen wird.¹⁰⁶⁸ Somit kommt Vertrauen bei Online-Versanddiensten zentrale Bedeutung zu.

Eine Definition von Vertrauen wird dadurch erschwert, dass es nicht sichtbar ist. Erkennbar wird Vertrauen nur durch die von außen beobachtbare,

¹⁰⁶¹ Anstelle vieler *Rüdiger* 2008, 108 f. und *Einwiller* 2003, 62 ff. mit einer Übersicht über verschiedene Definitionen. Zu Gemeinsamkeiten der Definitionen *Gambetta*, in: *Hartmann/Offe* 2001, 211 ff.

¹⁰⁶² Anstelle vieler *Licharz* 2002, 15 ff.

¹⁰⁶³ *Boehme-Nefler*, MMR 2009, 439 f.

¹⁰⁶⁴ *Jehle* 2010, 23 ff.

¹⁰⁶⁵ Anstelle vieler *Luhmann* 1968.

¹⁰⁶⁶ *Brinkmann/Seifert*, ZfS 2001, 24; ähnlich *Jandt* 2008, 45.

¹⁰⁶⁷ Nach *Luhmann* 1968, 1 drohen dem Menschen ansonsten Chaos und lähmende Angst.

¹⁰⁶⁸ *Oswald*, in: *Hof/Kummer/Weingart* 1994, 111; *Boehme-Nefler*, MMR 2009, 439 f.

objektive Vertrauenshandlung, etwa den Abschluss eines Kaufvertrags. Grund für diese ist eine bestimmte Vertrauenserwartung, die den subjektiven Teil des Vertrauens ausmacht.¹⁰⁶⁹ In Abgrenzung von anderen Phänomenen, wie der Zuversicht, kann Vertrauen nur bei unzureichenden Informationen, unsicheren Erwartungen, bestehenden Risiken und zu einem vorverlagerten Zeitpunkt vorkommen. Dabei muss dem Einzelnen auch bewusst sein, dass ein Risiko, also auch die Möglichkeit eines Schadenseintritts sowie Handlungsalternativen bestehen.¹⁰⁷⁰ Es handelt sich also um einen Zustand zwischen Wissen und Nichtwissen.¹⁰⁷¹ Vertrauen liegt dann vor, wenn der Einzelne dennoch „Zutrauen zu eigenen Erwartungen“¹⁰⁷² hat und sich deshalb so verhält, als wäre die von ihm angenommene Zukunft das einzig denkbare Zukunftsszenario.¹⁰⁷³

Vertrauen bewirkt jedoch keine Risikominimierung, sondern führt lediglich dazu, dass sich der Einzelne trotz eines Risikos für eine Verhaltensweise entscheiden kann.¹⁰⁷⁴ Der Vertrauende tritt damit in eine auf die Zukunft gerichtete, riskante Vorleistung.¹⁰⁷⁵ So besteht Vertrauen jenseits von Rationalität. Konkret handelt es sich bei Vertrauen um eine Kombination rationaler, also kognitiver, und emotionaler, also affektiver, sowie intentionaler, also konativer, Elemente. Dabei wird das Gegenüber hinsichtlich seiner Kompetenz, Integrität und positiven Gesinnung eingeschätzt.¹⁰⁷⁶

Vertrauen kann verschiedene Bezugspunkte haben. Die einfachste Form ist das persönliche Vertrauen, das einer anderen Person oder Personengruppen entgegen gebracht wird,¹⁰⁷⁷ die persönlich bekannt ist. Diese „Reinform“ des persönlichen Vertrauens ist in der modernen Gesellschaft nicht ausreichend, da „die zeitliche, räumliche und soziale Ausweitung von Interaktionen und systematischen Interdependenzen die Grenzen sozialer Bekanntschaft sprengt“.¹⁰⁷⁸ Dies gilt insbesondere beim Umgang mit dem Internet, etwa

¹⁰⁶⁹ Anstelle vieler *Ripperger* 1998, 45 und *Oswald*, in: Hof/Kummer/Weingart 1994, 112.

¹⁰⁷⁰ *Jandt* 2008, 45 f.

¹⁰⁷¹ Anstelle vieler *Fuhrmann* 2001, 39.

¹⁰⁷² *Luhmann* 1968, 1.

¹⁰⁷³ *Luhmann* 1968, 23.

¹⁰⁷⁴ *Eggs* 2001, 71.

¹⁰⁷⁵ *Luhmann* 1968, 21.

¹⁰⁷⁶ *Ludwig* 2005, 37 ff.; *Brinkmann/Seifert*, *ZfS* 2001, 24 ff.

¹⁰⁷⁷ *Jandt* 2008, 48 ff.; *Fuhrmann* 2001, 40 f.; *Jehle* 2010, 20 spricht von „interpersonellem Vertrauen“.

¹⁰⁷⁸ *Strasser/Voswinkel*, in: *Schweer* 1997, 220.

beim Online-Handel. Dort ist es bereits nicht trivial, eine Person auch nur zu identifizieren, wodurch die Komplexität von Vertragsabschlüssen bereits von Beginn an erhöht wird.

Eine Weiterentwicklung des persönlichen Vertrauens ist das Systemvertrauen.¹⁰⁷⁹ Dabei wird in die Fähigkeit von komplexen und abstrakten Systemen vertraut, gleichbleibende Ergebnisse zu erzeugen.¹⁰⁸⁰ In der modernen Gesellschaft steigt die Komplexität der Umwelt immer weiter an, sodass Systemvertrauen immer wichtiger wird.¹⁰⁸¹ Beispiele für solche Systeme sind das Internet oder das Rechtssystem.¹⁰⁸² Beiden Systemen wird in der Regel vertraut, obwohl die Wenigsten ein System – und noch seltener beide – vollständig kennen und verstehen. Sobald sich ein System etabliert hat, wird es selbstverständlich und das hinein gesetzte Vertrauen ergibt sich unter anderem aufgrund der Dauer und der Reputation des Systems.¹⁰⁸³

Insbesondere die Frage nach der Entstehung von Vertrauen stand in der Vergangenheit im Fokus wissenschaftlicher Forschung. Ziel war regelmäßige Faktoren zu finden, die Vertrauen entstehen lassen und mit denen dann ein bestimmtes Handeln, etwa die Nutzung des Online-Handels, gefördert werden kann.¹⁰⁸⁴ Zur Frage, wie Vertrauen entsteht, existieren unterschiedliche Theorien. Die psychologische Persönlichkeitstheorie auf der einen Seite geht davon aus, dass Vertrauen ein Persönlichkeitsmerkmal ist, das sich aus angeborenen oder erworbenen Verhaltensweisen ergibt. Die Soziologie und Ökonomie auf der anderen Seite begründet Vertrauen mit sozialen und institutionellen Strukturen, die in unsicheren Situationen vertrauensbildend wirken.¹⁰⁸⁵ Überzeugend ist eine Kombination der Theorien, die ein Vertrauen als komplexes Konstrukt widerspiegelt und sowohl personale als auch situative Faktoren bei der Vertrauensbildung einbezieht.¹⁰⁸⁶

¹⁰⁷⁹ Jandt 2008, 50 ff.; Luhmann 1968, 20; Jehle 2010, 21 f.

¹⁰⁸⁰ Luhmann 1968, 67; Jehle 2010, 21; vgl. Oswald, in: Hof/Kummer/Weingart 1994, 117.

¹⁰⁸¹ Fuhrmann 2001, 42.

¹⁰⁸² Fuhrmann 2001, 35 f. zum Internet; Jandt 2008, 50 zum Rechtssystem.

¹⁰⁸³ Jehle 2010, 22.

¹⁰⁸⁴ Ludwig 2005, explizit 149 ff.; Eggs 2001, explizit 10; Fuhrmann 2001, explizit 65 f.; Licharz 2002, 161 ff., explizit 6 f.; Jandt 2008, 69 ff., explizit 22; Ahrholdt 2010, 43 m. w. N. vor allem aus der wirtschaftswissenschaftlichen Literatur, explizit 64 f.; Söllner 2014, 149 ff., Nachweise vor allem aus der wirtschaftsinformatischen Literatur 73 ff.

¹⁰⁸⁵ Jehle 2010, 10; Jandt 2008, 46 f.

¹⁰⁸⁶ Jandt 2008, 47 ff.

Diese vertrauensbildenden Faktoren beziehen sich auf verschiedene Bereiche, zu denen der Vertrauende Erwartungen hat. Dazu zählen die Kompetenz, die Integrität und die Gesinnung des Gegenübers.¹⁰⁸⁷ Es sind nur einzelne Symbole nötig, um Vertrauen zu erzeugen.¹⁰⁸⁸ Neben objektiven Faktoren, wie eine stabile Rechtsordnung, fließen auch subjektive Faktoren, wie ein früherer, problemloser Online-Einkauf, ein.¹⁰⁸⁹ Dabei können sowohl eigene Erfahrungen und Beobachtungen als auch fremde herangezogen werden.¹⁰⁹⁰ Vertrauensbildende Faktoren haben gemeinsam, dass sie fehlendes Wissen ersetzen und trotz des bestehenden Risikos den Einzelnen dazu befähigen, sich für ein bestimmtes Verhalten zu entscheiden.

Zu den vertrauensbildenden Faktoren zählt beispielsweise Körperlichkeit, also etwa der persönliche Kontakt zu Menschen¹⁰⁹¹ oder der Betrieb von Ladengeschäften.¹⁰⁹² Beides fehlt bei Online-Versanddiensten, wodurch ein umfangreiches Vertrauensdefizit entstehen kann.¹⁰⁹³ Auch Informationen und Transparenz fördern das Entstehen von Vertrauen. Dabei wird gleichzeitig Vertrauen substituiert, da die Unsicherheit reduziert wird.¹⁰⁹⁴ Vertrauen kann aber auch umgekehrt die Suche nach Informationen ersetzen.¹⁰⁹⁵ Bei Personen sind Faktoren für Vertrauen zum Beispiel das Aussehen, wie Kleidung, Alter und Geschlecht, die Herkunft, die Körpersprache, Mitgliedschaften oder eigene und fremde Erfahrungen mit dem Gegenüber¹⁰⁹⁶ sowie eine soziale Ähnlichkeit zwischen Vertrauendem und Vertrauensempfänger.¹⁰⁹⁷

In den Rechtswissenschaften existiert der Begriff des Vertrauens vor allem im Zusammenhang mit dem Vertrauensschutz – also mit der Frage, wann Vertrauen rechtlichen Schutz genießt. Ein typisches Beispiel für den Ver-

¹⁰⁸⁷ *Brinkmann/Seifert*, ZfS 2001, 24 f.; ähnlich etwa auch *Einwiler* 2003, 73 f, die zusätzlich die Vorhersagbarkeit anführt, und *Ahrholdt* 2010, 52 ff., der „Gesinnung“ als „wohlwollende Intention“ bezeichnet.

¹⁰⁸⁸ *Luhmann* 1968, 28.

¹⁰⁸⁹ *Jandt* 2008, 54 f.

¹⁰⁹⁰ Anstelle vieler *Einwiler* 2003, 83 ff.

¹⁰⁹¹ *Boehme-Neßler*, MMR 2009, 441 f.

¹⁰⁹² *Brinkmann/Seifert*, ZfS 2001, 33; *Fuhrmann* 2001, 47.

¹⁰⁹³ *Föhlisch*, in: *Kröger/Nöcker/Nöcker* 2002, 33.

¹⁰⁹⁴ *Boehme-Neßler*, MMR 2009, 441; *Jandt* 2008, 66.

¹⁰⁹⁵ *Grabner-Kräuter*, in: *Horster* 2004, 310.

¹⁰⁹⁶ *Brinkmann/Seifert*, ZfS 2001, 24; *Jehle* 2010, 20.

¹⁰⁹⁷ *Brinkmann/Seifert*, ZfS 2001, 31.

trauensschutz ist § 242 BGB, der die Leistung gemäß Treu und Glauben vorschreibt.¹⁰⁹⁸ Zudem bildet der Vertrauensgedanke die Basis vieler Normen.¹⁰⁹⁹ In welchem Verhältnis Vertrauen und Recht stehen, war Gegenstand vieler Untersuchungen und ist weiterhin umstritten. Unumstritten ist jedoch, dass ein Verhältnis zwischen den beiden Begriffen besteht.¹¹⁰⁰

Recht kann Vertrauen zum einen substituieren.¹¹⁰¹ Rechtliche Vorschriften – und die Sanktionierung von Verstößen – führen dazu, dass bestimmte Handlungsalternativen weniger attraktiv und damit weniger wahrscheinlich werden. Dasselbe gilt auch für den Abschluss von Verträgen, die die Komplexität einer Situation reduzieren. Es besteht weniger Unsicherheit und ein geringeres Risiko, sodass weniger Vertrauen nötig ist. Vertrauen kann jedoch nicht vollständig ersetzt werden, da etwa keine vollkommenen, also alle Eventualitäten umfassenden, Verträge existieren.¹¹⁰² Recht kann Vertrauen zum anderen steigern. Es stellt sogar einen wichtigen Faktor bei der Entstehung von Vertrauen dar. Dies gilt insbesondere für das Erfüllen rechtlicher Anforderungen.¹¹⁰³ Werden rechtliche Vorschriften eingehalten, spricht dies für das korrekte Verhalten des Gegenübers.

2 Vertrauen bei Online-Versanddiensten

Das Vertrauen im Online-Handel, der auch Online-Versanddienste umfasst, wurde vielfach untersucht.¹¹⁰⁴ Die große Relevanz des Themas begründet sich mit der Bedeutung von Vertrauen in diesem Kontext. Vertrauen wurde als entscheidender Faktor identifiziert und zum Teil sogar als unerlässliche Bedingung für den Online-Handel bezeichnet.¹¹⁰⁵ Ausdruck des Vertrauens und damit Vertrauenshandlung ist der Abschluss von Verträgen, bei Online-Versanddiensten der Abschluss von Kaufverträgen.

¹⁰⁹⁸ *Jandt* 2008, 60; *Jehle* 2010, 5, 28 ff.; zum Vertrauensschutz z. B. *Kau* 2006; *Ripperger* 1998, 53 ff.

¹⁰⁹⁹ *Eichler* 1950, 5. Nach *Luhmann* 1968, 34 ist Vertrauen sogar Basis des gesamten Rechts.

¹¹⁰⁰ Anstelle vieler *Jandt* 2008, 57 m. w. N. Übersicht zum Meinungsstreit *Schmidtchen* 2000, 2.

¹¹⁰¹ *Jehle* 2010, 35.

¹¹⁰² *Luhmann* 1968, 32 f., 96; *Ripperger* 1998, 49 f.; *Fuhrmann* 2001, 70; *Jandt* 2008, 60.

¹¹⁰³ *Boehme-Neßler*, MMR 2009, 439 f.; allgemein *Jehle* 2010, 31 ff.; *Jandt* 2008, 58 f.

¹¹⁰⁴ Z. B. *Jehle* 2010; *Rüdiger* 2008; *Gerber* 2007; *Ludwig* 2005; *Einwiller* 2003; *Eggs* 2001; *Fuhrmann* 2001; *Jandt* 2008; *Brinkmann/Seifert*, ZfS 2001, 23.

¹¹⁰⁵ Anstelle vieler *Brinkmann/Seifert*, ZfS 2001, 23 und *Einwiller* 2003, 57 ff.

Grund für die besondere Bedeutung von Vertrauen ist die gestiegene Komplexität des Kaufvorgangs. Einkäufe in Ladengeschäften sind um ein Vielfaches weniger von Unsicherheiten betroffen als der Online-Handel, sodass bei Letzterem deutlich mehr Vertrauen nötig ist.¹¹⁰⁶ Das Internet allgemein sowie der Online-Handel im Speziellen zählen zu einem besonders undurchschaubaren Lebensbereich, der zu komplex ist, um von jedem Einzelnen voll verstanden zu werden. Viele Nutzer nehmen einzig die im Browser angezeigte Webseite wahr. Dabei handelt es sich aber nur um die grafische Darstellung der Webseite.¹¹⁰⁷ Die dahinterliegende Technik und einzelne Zusammenhänge sind jedoch den meisten unbekannt.¹¹⁰⁸

Die Zunahme an Komplexität ergibt sich daraus, dass die Vertragsanbahnungs- und die Einigungsphase bei Online-Versanddiensten (wie allgemein im Online-Handel) virtualisiert sind. Auch die Zahlung erfolgt in aller Regel virtuell.¹¹⁰⁹ Dies gilt jedoch nicht für die Abwicklungsphase, in der die Ware dem Nutzer auf traditionellem Wege zugeht. Der Nutzer findet sich häufiger unbekanntem (potentiellen) Vertragspartnern gegenüber als bei einem Einkauf in den bei ihm ortsansässigen Ladengeschäften. Online-Versanddienste können auch leichter „verschwinden“, also für den Nutzer nicht mehr kontaktierbar sein.¹¹¹⁰ Neben der Anzahl an potentiellen Vertragspartnern steigt auch die Zahl möglicher Vertragsbedingungen, die ihm angeboten werden. Die Ware, die er bestellen möchte, kann er außerdem nicht zuerst selbst in Augenschein nehmen, inspizieren und testen. Er weiß auch nicht, ob und welche Daten über ihn erhoben und verarbeitet werden. Schließlich besteht zusätzlich ein Medienbruch, der durch die räumliche Trennung auch eine zeitliche Verzögerung der Leistung des Vertragspartners und damit für eine länger andauernde Unsicherheit sorgt.¹¹¹¹

Um Kaufverträge über Online-Versanddienste abzuschließen, muss der Nutzer also mehrfaches Vertrauen haben. Zunächst muss er allgemein Vertrauen in das Internet haben. Dies ist Voraussetzung für den Online-

¹¹⁰⁶ Anstelle vieler *Eggs* 2001, 8 und *Einwiller* 2003, 34 ff.

¹¹⁰⁷ *Cichon* 2005, XXXIII.

¹¹⁰⁸ *Boehme-Nefler*, MMR 2009, 441; ausführlich *Fuhrmann* 2001, 35 ff.

¹¹⁰⁹ *Fuhrmann* 2001, 49, 52 f.

¹¹¹⁰ *Jandt* 2008, 68. Im Laufe der Bearbeitung dieser Arbeit entfielen drei von ursprünglich 48 Online-Versanddiensten bei einer empirischen Untersuchung.

¹¹¹¹ Für eine Übersicht über Risiken bei der Nutzung von Online-Versanddiensten s. Teil 2 Kapitel 1 Risiken bei der Nutzung von Online-Versanddiensten.

Handel.¹¹¹² Dann muss der Nutzer Vertrauen in den Online-Handel allgemein haben, also etwa das grundsätzliche Funktionieren von Vertragsschlüssen im Internet. Schließlich ist es nötig, dass er dem einzelnen Anbieter vertraut, mit dem er über den Online-Versanddienst einen Vertrag schließen möchte.¹¹¹³ Bei letzterem Vertrauen handelt es sich nicht, wie zuvor, um Systemvertrauen, sondern um persönliches Vertrauen gegenüber dem Anbieter des Online-Versanddienstes. Anstelle von systembedingtem stehen dabei transaktionspezifische Unsicherheiten im Mittelpunkt.¹¹¹⁴ Dieses Vertrauen ist besonders relevant. Wesentlicher Einflussfaktor auf die Vertrauensbildung ist die Webseite,¹¹¹⁵ also der Online-Versanddienst. Denn dem Nutzer fehlt bei dieser Kommunikation „ohne Spuren menschlicher Persönlichkeit“¹¹¹⁶ die Möglichkeit, Hintergrund- und Randinformationen über den Anbieter und sein Geschäft, wie die äußere Erscheinung des Geschäftspartners oder auch die Lage und die Ausstattung des Ladengeschäfts, wahrzunehmen.¹¹¹⁷ Auch statistisch lässt sich bestätigen, dass die Webseite am häufigsten genutzt wird, um sich ein Bild zu machen.¹¹¹⁸

Viele vertrauensbildende Faktoren aus der realen Welt lassen sich nicht auf Online-Versanddienste übertragen. Es wurden jedoch spezielle vertrauensbildende Faktoren für den Online-Handel erkannt.¹¹¹⁹ Die Bandbreite dieser Faktoren ist sehr weit. Er reicht von der Empfehlung, Assistenzsysteme mit einem menschlichen Aussehen erscheinen zu lassen,¹¹²⁰ über eine optisch ansprechende Gestaltung der Webseite¹¹²¹ bis hin zu Online-Prüfsiegeln und Zertifikaten vertrauenswürdiger Dritter.¹¹²² Einen wesentlichen Faktor für

¹¹¹² Detailliert Rüdiger 2008, 151 ff.

¹¹¹³ Anstelle vieler Grabner-Kräuter, in: Horster 2004, 309 ff.

¹¹¹⁴ Zur Unterscheidung allgemein Jandt 2008, 63.

¹¹¹⁵ Ahrholdt 2010, 52 und 64 ff.; Rüdiger 2008, 153.

¹¹¹⁶ Fuhrmann 2001, 47.

¹¹¹⁷ Jandt 2008, 67.

¹¹¹⁸ bevh, Aktuelle Zahlen, Genutzte Informationsquellen der Kunden für den Kauf im Interaktiven Handel, www.bevh.org/markt-statistik/zahlen-fakten.

¹¹¹⁹ Ludwig 2005, explizit 149 ff.; Eggs 2001, explizit 10; Fuhrmann 2001, explizit 65 f.; Jandt 2008, 69 ff., explizit 22; Ahrholdt 2010, 43, explizit 64 f.; Söllner 2014, 149 ff., explizit 73 ff.; Roßnagel/Salmomy/Birkelbach, in: Roßnagel 2002, 209 zum Projekt DASIT.

¹¹²⁰ Ahrholdt 2010, 82. Einer ähnlichen Idee folgt der Vorschlag von Kunbruck/Sacher/Stumpf, DuD 2007, 363 Portraitfotos der handelnden Personen aufzunehmen.

¹¹²¹ Licharz 2002, 181 f.; Karvonen, CUU 2000, 87.

¹¹²² Boehme-Neßler, MMR 2009, 442. Zum Konzept des vertrauenswürdigen Dritten Roßnagel, in: Hassemer/Möller, 1996, 58 f.

Vertrauensbildung stellt auch das gesetzestreue und kundenfreundliche Verhalten des Anbieters dar.¹¹²³ Dabei werden vor allem daten- und verbraucherschutzrechtliche Vorschriften genannt.¹¹²⁴ Konkret sind Transparenz, die Identifikation des Gegenübers sowie der Datenschutz vertrauensbildende Faktoren.¹¹²⁵ Damit diese Faktoren vertrauensbildenden wirken können, muss der Nutzer zunächst selbst über das Recht informiert sein und die Einhaltung der rechtlichen Vorschriften dann auf der jeweiligen Webseite erkennen. Dies bedarf jedoch der Aneignung umfangreichen Wissens und zusätzlich eines hohen Zeitaufwands pro betrachteter Webseite.¹¹²⁶

Anders als beim Aufkommen des Online-Handels sind mittlerweile weder das Internet noch der Online-Handel an sich neu. Das Internet ist für den Großteil der Bevölkerung in Deutschland zu einer alltäglichen Selbstverständlichkeit geworden.¹¹²⁷ Das gilt auch für den Online-Handel und speziell die Nutzung von Online-Versanddiensten.¹¹²⁸ Vertrauen muss aber vor allem bei neuen Techniken erzeugt werden.¹¹²⁹ Bei den Nutzern liegen nun regelmäßig ausreichende, „zeitlich verteilte positive Erfahrungen“¹¹³⁰ vor. Von einem Vertrauensmangel kann also grundsätzlich nicht gesprochen werden. Nur in Einzelfällen steht fehlendes Vertrauen noch dem Einkauf von Verbrauchsgütern im Internet im Weg.¹¹³¹ In der Verbraucherliteratur wird deshalb häufig vom vertrauenden Verbraucher („confident consumer“) gesprochen. Dieser vertraut aus Zweckmäßigkeit.¹¹³²

¹¹²³ *Boehme-Nefler*, MMR 2009, 439; *Rüdiger* 2008, 154.

¹¹²⁴ *Z. B. Gerber* 2007, 41 ff.; *Eggs* 2001, 9, 86 f.; *Büllesbach*, in: Klumpp u. a. 2008, 221; *Kempff*, MMR 2013, 754; *Roßnagel/Pfitzmann/Garstka* 2001, 21; *Roßnagel*, in: *Roßnagel* 2003, Kap. 1, Rn. 14; *Licharz* 2002, 161 ff. zum Verbraucherschutz, 212 ff. zum Datenschutz; *Jandt* 2008, 21 ff.; *Fuhrmann* 2001, 66 ff.

¹¹²⁵ *Kumbruck/Sacher/Stumpf*, DuD 2007, 364 und *Hladjk*, DuD 2002, 598.

¹¹²⁶ *Rüdiger* 2008, 154.

¹¹²⁷ Nach *Eimeren/Frees*, MP 2013, 359 sind 77 Prozent der Deutschen ab 14 Jahren online.

¹¹²⁸ Detailliert zur Verbreitung des Online-(Versand-)Handels s. Teil 1 1 Relevanz des Online-Versandhandels.

¹¹²⁹ *Jandt* 2008, 41.

¹¹³⁰ *Fuhrmann* 2001, 42

¹¹³¹ Anders noch zu Beginn des 21. Jahrhunderts, vgl. *Licharz* 2002, 3 ff.; *Einwiller* 2003, 14.

¹¹³² *Weatherill*, in: *Micklitz* 1996, 446 ff.; *Micklitz/Oehler/Piorkowsky/Reisch/Strünck*, Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats Verbraucher- und Ernährungspolitik beim BMELV, Der vertrauende, der verletzte oder der verantwortungsvolle Verbraucher?, Berlin Dezember 2010, www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/Ministerium/Beiraete/Verbraucherpolitik/2010_12_StrategieVerbraucherpolitik.pdf.

3 Objektive Vertrauenswürdigkeit

Vertrauen stellt jedoch lediglich eine innere Zuversicht dar, die auf einer Erwartung über die Reaktion eines anderen basiert und in einer Handlung mündet. Denn Vertrauen wird psychologisch und nicht unbedingt objektiv oder rational begründet.¹¹³³ So fördern etwa vorangegangene positive Erfahrungen im Online-Handel das Vertrauen gegenüber allen Anbietern – auch solchen, mit denen der einzelne Nutzer noch keine positiven Kauf Erfahrungen gemacht hat.¹¹³⁴ Ob ein solches Vertrauen jedoch gerechtfertigt ist, ist zumindest fraglich. Auch andere vertrauensbildende Faktoren lassen keine Aussage über die tatsächliche Vertrauenswürdigkeit zu, so etwa der Einsatz menschenähnlicher Assistenzsystemen auf einer Webseite.¹¹³⁵ Deshalb sollen im Folgenden nur solche Faktoren in die Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit einfließen, die es objektiv rechtfertigen, einem Anbieter eines Online-Versanddienstes zu vertrauen. Zu fragen ist deshalb nicht, ob jemandem vertraut wird, sondern ob demjenigen vertraut werden sollte. So sagt etwa die britische Philosophin O’Neill allgemein, dass das Ziel (in der Gesellschaft) nicht sein sollte, mehr Vertrauen zu haben, sondern Vertrauen gezielter einzusetzen oder zu verweigern. Wichtig ist nicht das Vertrauen, sondern die Vertrauenswürdigkeit.¹¹³⁶

Der Begriff der Vertrauenswürdigkeit soll dabei diesen objektiven Ansatz repräsentieren.¹¹³⁷ Während das Vertrauen vom Nutzer ausgeht und von ihm selbst und den wahrgenommenen vertrauensbildenden Faktoren beeinflusst wird, muss die Vertrauenswürdigkeit vom Anbieter oder stellvertretend von seinem Online-Versanddienst ausgehen. Dabei ist vertrauenswürdig, „wer in seinem Handeln bleibt, was er bewusst oder unbewusst über

¹¹³³ Ludwig 2005, 136 ff. spricht bei den Determinanten des Vertrauens z. B. dement-sprechend immer von „wahrgenommenen“ Eigenschaften (Kompetenz, Ehrlichkeit, Reputation, Kommunikationsbereitschaft).

¹¹³⁴ Jandt 2008, 54.

¹¹³⁵ Jendrian/Schäfer, DuD 2014, 299 gehen davon aus, dass Nutzer die Vertrauenswürdigkeit von Webseiten in der Praxis nicht gut einschätzen können.

¹¹³⁶ O’Neill, What we don’t understand about trust, Rede, TEDx HousesOfParliament, London Juni 2013, www.ted.com/talks/onora_o_neill_what_we_don_t_understand_about_trust, deutsches Transkript unter www.ted.com/talks/onora_o_neill_what_we_don_t_understand_about_trust/transcript?language=de.

¹¹³⁷ Der Begriff „Vertrauenswürdigkeit“ wird auch im Zusammenhang mit Online-Versanddiensten verwendet. Gemeint ist damit immer das Vertrauen, das der Nutzer dem Anbieter des Online-Versanddienstes aufgrund der Gestaltung des Online-Versanddienstes zukommen lassen sollte.

sich selbst mitgeteilt hat“,¹¹³⁸ also derjenige, der die (berechtigten) Erwartungen des Gegenübers erfüllt.

Online-Versanddienste, die als vertrauenswürdig eingestuft werden, müssen also nicht auch solche sein, denen der Nutzer selbstständig Vertrauen entgegenbringen würde. Verbraucher vertrauen immer wieder den falschen Online-Versanddiensten.¹¹³⁹ Deshalb analysiert die hier beschriebene Software nicht allgemein Faktoren der Vertrauensbildung, sondern nur solche Faktoren, die objektiv ein Vertrauen in den Online-Versanddienst rechtfertigen. Dabei dienen die vertrauensbildenden Faktoren jedoch als Ausgangspunkt für die Bestimmung der Vertrauenswürdigkeit, denn häufig basiert der vertrauensfördernde Aspekt auf objektiv begründbaren Zusammenhängen. Aber nur solche Faktoren, die auch aus objektiver Sicht Anlass dazu geben, dem Gegenüber Vertrauen entgegenzubringen, dürfen in die Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit einfließen.

Als wesentlicher Faktor für Vertrauen im Online-Handel – und damit auch bei Online-Versanddiensten – wurde das Verbraucher- und Datenschutzrecht ausgemacht. Dabei stellt die Einhaltung rechtlicher Anforderungen einen objektiven Faktor dar. Dies ergibt sich etwa aus der Tatsache, dass rechtliche Anforderungen Vertrauen ersetzen können, da bestimmte Risiken gesenkt werden sollen.¹¹⁴⁰ Soweit ein Risiko tatsächlich reduziert wird, ist weniger oder kein Vertrauen mehr nötig. Die rechtlichen Anforderungen stehen in direkter Verbindung zu Risiken. Damit wird gewährleistet, dass alle rechtlichen Anforderungen für bestimmte Risiken für die Interessen der Verbraucher und datenschutzrechtlichen Betroffenen – und damit Unsicherheiten – relevant sind und deshalb objektiv zur Reduktion ihrer Komplexität beitragen können. Damit kann eine Aussage zum Prüfungsziel „Vertrauenswürdigkeit“ erreicht werden, wenn Verbraucher- und Datenschutzrecht den Prüfgegenstand bilden.

Das Verbraucher- und Datenschutzrecht normiert einen Ausgleich der Interessen des Kunden und Anbieters. Darin zeigt sich der vom Gesetzgeber bei der Abwägung der Interessen als gesellschaftlich akzeptabel eingeschätzte Ausgleich der Interessen. Der Gesetzgeber hat damit im Verbraucher- und

¹¹³⁸ Jehle 2010, 20.

¹¹³⁹ Polizei Niedersachsen, Onlineshopping und Betrug, Präventionsportal, www.polizei-praevention.de/themen-und-tipsps/onlineshopping-betrug.html.

¹¹⁴⁰ Detailliert zu den Risiken s. Teil 2 Kapitel 1 Risiken bei der Nutzung von Online-Versanddiensten.

Datenschutzrecht das Mindestmaß festgelegt, zu dem die Interessen des Verbrauchers und Betroffenen zu beachten sind. Verstößt der Anbieter gegen die Mindestanforderungen ist dies also ein Zeichen dafür, dass er die Interessen des Nutzers, der gleichzeitig Betroffener, Verbraucher und Käufer ist, missachtet.

An vielen Stellen bietet die Privatautonomie den Parteien aber einen weiten Spielraum zur Gestaltung ihrer Rechtsbeziehungen. Ein Anbieter, der die Interessen des Nutzers missachtet, kann diesen Spielraum zur Verfolgung seiner Interessen voll ausreizen. Damit besteht das Risiko, dass der Anbieter eines Online-Versanddienstes die fremden Interessen missachtet und damit seine eigenen Interessen durchsetzt, statt für einen Ausgleich zu sorgen. Ein Anbieter kann aber auch Rücksicht auf die Interessen des Nutzers nehmen, indem er einen Interessenausgleich anstrebt. Um zu bewerten, ob der Anbieter eines Online-Versanddienstes eine einseitige Interessendurchsetzung oder einen Interessensausgleich anstrebt, kann als Vergleichspunkte auf die gesetzlichen Anforderungen zurückgegriffen werden, die die „Standardeinstellungen“ des Verbraucher- und Datenschutzes darstellen.

Damit können die rechtlichen Anforderungen im Verbraucher- und Datenschutzrecht¹¹⁴¹ als Maßstab für die objektive Vertrauenswürdigkeit in zweifacher Weise zum Einsatz kommen. Zum einen zeigt der Verstoß gegen nicht-dispositives Recht die fehlende Vertrauenswürdigkeit des Anbieters, da er selbst die vom Gesetzgeber als Mindestmaß festgelegten Vorgaben zum Schutz des Nutzers missachtet. Zum anderen ist die Vertrauenswürdigkeit auch wenigstens zweifelhaft, wenn der Anbieter vom dispositiven Recht, das als fairer Interessenausgleich festgelegt wurde, etwa im Bereich der vorformulierten Vertragsbedingungen, stark abweicht oder wenn die Gestaltung des Online-Versanddienstes diese Anforderungen nicht umsetzt.

Durch die Umsetzung der verbraucher- und datenschutzrechtlichen Anforderungen zeigt der Anbieter eines Online-Versanddienstes hingegen, dass er vertrauenswürdig ist. Er vermittelt damit bezüglich unterschiedlicher Aspekte objektive Informationen. Zum einen kann er grundsätzlich seine Kompetenz zeigen, denn er kennt die gesetzlichen Bestimmungen im Online-Versandhandel. Zum anderen erhöht es die Zuverlässigkeit des Anbieters, da er ein kalkulierbares Verhalten zeigt. Zum einen können umfangrei-

¹¹⁴¹ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Rechtliche Anforderungen an Online-Versanddienste.

che Produktangaben die Fachkenntnisse des Anbieters bezüglich der Ware oder des Geschäftsverkehrs und damit seine Kompetenz belegen. Zum anderen zeugen spezielle Informationen für den Verbraucher oder Nutzer von Integrität, da sie unter anderem Kommunikationsmöglichkeiten eröffnen.

Das Beispiel verdeutlicht, dass sich rechtliche Anforderungen auch deshalb als Faktor für die Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit eignen, weil das Recht und viele einzelne Normen konkret auf dem Vertrauensgedanken basieren und Vertrauen fördern sollen. Dabei ist Ziel des Gesetzgebers sicherlich nicht, Vertrauen dort zu fördern, wo keines bestehen sollte. Vielmehr sollen rechtliche Anforderungen nur berechtigtes Vertrauen erzeugen und den Einzelnen nicht in die Irre führen. Rechtliche Anforderungen sollen also grundsätzlich der Förderung berechtigten Vertrauens dienen und können deshalb zur Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit herangezogen werden. Die Erfüllung rechtlicher Anforderungen stellt jedoch nur die Minimalerfordernisse für Vertrauenswürdigkeit dar. Wer die ihm gesetzlich auferlegten Pflichten nicht erfüllt, ist nicht vertrauenswürdig. Das gilt insbesondere wenn diese, wie im Verbraucher- und Datenschutz, dem Schutz des Vertragspartners oder Nutzers dienen.

Deshalb kann bei der Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit auf die rechtlichen Anforderungen zurückgegriffen werden, ihre Übererfüllung ist jedoch ebenso zu würdigen, wie die Erfüllung ohne rechtliche Verpflichtung im Einzelfall. So kann die Erfüllung rechtlicher Anforderungen überprüft werden, ohne für den Einzelfall die Anwendbarkeit einer Norm zu untersuchen. Auch Vertragsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die unzulässig und dadurch unwirksam sind, haben – anders als bei einer Analyse der Rechtskonformität – negative Auswirkungen auf die Vertrauenswürdigkeit eines Online-Versanddienstes. Bereits der Versuch, eine solche Klausel gegenüber einem juristischen Laien durchzusetzen, zeigt eine negative Intention des Anbieters, der offensichtlich nur auf seinen Vorteil aus ist, ohne auf den Vertragspartner Rücksicht zu nehmen. Ungenauigkeiten bei der Analyse können hingegenommen werden, da das Verbraucher- und Datenschutzrecht den Prüfgegenstand bilden, aber nicht das Prüfziel. Das ist die – abstraktere – Vertrauenswürdigkeit.

4 Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit

Für ein Konzept, das die Vertrauenswürdigkeit von Online-Versanddiensten basierend auf Informationen zum Verbraucher- und Datenschutz durch ein Add-on, also automatisiert, schätzt, sind abstrakte Regeln festzulegen, wann eine sinnvolle Einschätzung über die Vertrauenswürdigkeit erfolgt. Dazu müssen Merkmale bestimmt werden, die eine Aussage über den Verbraucher- und Datenschutz eines Online-Versanddienstes zulassen.

Abhängig von der Art der rechtlichen Anforderung, müssen verschiedene technische Methoden¹¹⁴² angewendet werden, um das Vorliegen oder Nichtvorliegen bestimmter Merkmale zu überprüfen. Um die Suche nach technischen Möglichkeiten zu erleichtern, wurde zwischen der Analyse von Formalien, Inhalten und den verwendeten Techniken unterschieden. Außerdem können Online-Prüfsiegel herangezogen werden, um Aussagen über den Verbraucher- und Datenschutz zu treffen. Methoden, mit denen das Vorhandensein bestimmter Techniken geprüft werden kann, sind stark von den gesuchten Techniken abhängig. So können etwa Cookies durch ganz andere Mittel erkannt und ausgewertet werden als beispielsweise die Verschlüsselungstechnik. Deshalb werden die Methoden zur Prüfung der Techniken erst zusammen mit den konkreten Prüfungspunkten des Konzepts dargestellt.

4.1 Analyse der formalen Gestaltung

An verschiedenen Stellen sehen das Verbraucher- und das Datenschutzrecht eine bestimmte Gestaltung von Inhalten vor, so etwa bei Pflichtangaben oder rechtlich relevanten Texten. Dabei gelten die formalen Anforderungen nicht nur für die Gestaltung der Texte selbst, sondern auch – soweit grundsätzlich zulässig – für die Verlinkung auf diese.

Ob die rechtlichen Anforderungen an die formale Gestaltung eingehalten wurden, kann auf unterschiedlichen Wegen erkannt werden. Zum einen lassen sich Informationen aus dem Quelltext der Webseite ablesen, etwa die

¹¹⁴² Die folgenden Ausführungen basieren vor allem auf Informationstechniken. Bei der Recherche wurde auf die interdisziplinäre Zusammenarbeit im Projekt InUse zurückgegriffen. Die Ausführungen beschränken sich – soweit sie sich auf informationstechnische Methoden beziehen – auf Allgemeinverständliches.

Font-Angaben bei HTML-Seiten.¹¹⁴³ Dabei kann etwa auch die Struktur der Webseite, also die Verlinkungen zwischen verschiedenen Seiten, ausgelesen werden.¹¹⁴⁴ Dies ist bereits möglich, bevor die Webseite im Browser angezeigt wird. Zum anderen kann beim Aufruf einer Unterseite eine Layout-Analyse im Browser durchgeführt werden. Dabei wird das Document Object Model (DOM) ausgewertet, um Veränderungen am Online-Versanddienst zu erkennen, die durch Skripte, etwa das JavaScript, durchgeführt werden und deshalb nicht im Quelltext selbst zu finden sind.¹¹⁴⁵ Um bestimmte Textteile oder Informationen als solche zu erkennen, ist eine Auswertung der Webseiten-Inhalte nötig. Diese Analyse kann sowohl einfache Texte und – mit Einschränkungen – auch Texte in Grafiken umfassen.¹¹⁴⁶ Automatisierte Texterkennung in Bildern funktioniert bereits zum Teil besser als die Texterkennung durch Menschen.¹¹⁴⁷

Um zu erkennen, ob ein Online-Versanddienst, eine Unterseite davon oder auch nur einzelne Informationen auf Deutsch formuliert wurden, kann durch das Add-on automatisiert eine Sprachanalyse durchgeführt werden. Dienste wie Google Translate¹¹⁴⁸ zeigen, dass es möglich ist, Texte in verschiedene Sprachen zu übersetzen und die jeweilige Sprache zuvor zu erkennen. Die Eingabe kann nicht nur manuell, sondern auch automatisiert erfolgen.¹¹⁴⁹

Auch Inhalte in Pop-up-Fenstern können regelmäßig automatisiert erkannt und ausgelesen werden. Die Möglichkeit, diese zu erkennen, zeigt sich bereits daran, dass beispielsweise bei der Nutzung des Browsers Firefox au-

¹¹⁴³ Brooks 2007, 11 ff. Dies gilt auch, wenn CSS gewählt wird. Detailliert zur Formatierung mit CSS Münz 2008, 119 ff.

¹¹⁴⁴ Kalbach 2008, 234. Allgemein zur Funktion von Sitemaps Jacobsen 2011, 131 f.

¹¹⁴⁵ Zum DOM allgemein Münz 2008, 353 f. Zum nachträglichen Ändern von Webseiten 421 ff.

¹¹⁴⁶ Für das Erkennen von Text in Bildern wird die „Optical Character Recognition“ eingesetzt, die kein volles Erkennen garantieren kann. Rice/Nagy/Nartker 1999. So bereits in Boos/Bartsch/Volkamer, CR 2014, 124.

¹¹⁴⁷ Goodfellow/Bulatov/Ibarz/Arnaud/Shet, Multi-digit Number Recognition from Street View Imagery using Deep Convolutional Neural Networks, 14.4.2014, arxiv.org/pdf/1312.6082v4.pdf; Bohannon, CAPTCHA Busted?, ScienceNow, www.wired.com/2013/10/captcha-busted.

¹¹⁴⁸ Google, Übersetzer, translate.google.de.

¹¹⁴⁹ Google, Google Translate API, developers.google.com/translate. Die Analyse ist allerdings nur bedingt nötig, da nach den wesentlichen Informationen und Klauseln nur auf Deutsch gesucht wird.

tomatisch die Anzeige von Pop-up-Fenstern unterbunden wird.¹¹⁵⁰ Es ist jedoch auch möglich, dass zumindest vor Aufruf der jeweiligen Unterseite nicht erkannt werden kann, dass sich ein Pop-up-Fenster öffnen soll. In diesem Fall ist jedoch auch der Inhalt eines solchen Pop-up-Fensters für das Add-on nicht auslesbar, sodass die im Pop-up-Fenster enthaltenen Inhalte als nicht vorhanden ausgewertet werden. Dies entspricht der Tatsache, dass viele Nutzer aufgrund von Pop-up-Blockern solche Informationen auch nicht erhalten.

Bei der qualitativen Einschätzung, etwa ob eine Gestaltung übersichtlich oder gut lesbar ist, kann auf Methoden zurückgegriffen werden, die von Accessibility-Tools genutzt werden. Diese Tools bewerten, ob eine Webseite so gestaltet wurde, dass sie von Sehbehinderten genutzt werden kann.¹¹⁵¹ Dabei werden Aspekte wie die farbliche Gestaltung, die Schriftgröße oder die Untergliederungen von Texten durch Überschriften, analysiert.¹¹⁵² Diese Aspekte fließen ebenfalls in die Bewertung der formalen Gestaltung ein.

4.2 Analyse von Inhalten

Nicht nur die formale Gestaltung von Angaben wird rechtlich vorgeschrieben. Häufig sind bestimmte Inhalte gefordert. Dabei ist zwischen Inhalten zu unterscheiden, die als kundenfreundlich- oder -feindlich¹¹⁵³ beurteilt werden können – deren konkreter Inhalt also entscheidend ist – und solchen, die lediglich neutrale Informationen enthalten. Zur ersten Gruppe zählen AGB-Klauseln, die datenschutzrechtliche Einwilligung und Datenschutzerklärung. Je nach Inhalt einzelner Regelungsbereiche oder Aspekte können damit beispielsweise verbraucherfreundliche Konditionen verein-

¹¹⁵⁰ Mozilla, Pop-up-Blocker, support.mozilla.org/de/kb/pop-blocker-einstellungen-ausnahmen-problemlösung.

¹¹⁵¹ Eine Übersicht bietet Web Accessibility Initiative, Web Accessibility Evaluation Tools: Overview, www.w3.org/WAI/RC/tools/Overview. Zum Zweck von Accessibility-Analysen *Abou-Zahra*, in: Harper/Yesilada 2008, 79 ff.; *Koutsabasis/Vlachogiannis/Darzentas*, JUS 2010, 157 ff.

¹¹⁵² Eine vollständige Liste stellt W3C, Checklist of Checkpoints for Web Content Accessibility Guidelines 1.0, Cambridge, MA 1999, www.w3.org/tr/wai-webcontent/full-checklist.html bereit. Zu den verwendeten Analysemethoden und ihren Grenzen *Centeno/Kloos/Fisteus/Álvarez*, ENTCS 2006, 88 ff. zur automatisierten Prüfung insbesondere 90 ff.

¹¹⁵³ Die Begriffe sollen als Oberbegriff für verbraucher-/datenschutzfreundlich und verbraucher-/datenschutz-feindlich verstanden werden.

bart oder datenschutzfeindliche Datenumgänge festgestellt werden. Zur anderen Gruppe zählen etwa verbraucherrechtliche Pflichtinformationen, wie der Name des Vertragspartners. Bei diesen ist für die Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit vor allem entscheidend, dass sie vorhanden sind und nicht unbedingt, welchen Inhalt sie haben. Zum Teil genügt für die Analyse eine einfache Wortsuche nach bestimmten Begriffen.

Eine automatisierte Einschätzung der Rechtskonformität der Inhalte, die der Anbieter vorformuliert und auf seinem Online-Versanddienst vorhält, erscheint aus juristischer Sicht kaum möglich. Die juristische Bewertung einzelner Bedingungen bedarf umfangreicher rechtlicher Kenntnisse und gleichzeitig der Kenntnis des konkreten Sachverhalts. Zwar gibt es in der Forschung Bestrebungen, einzelne Normen so aufzuschlüsseln und entsprechendes juristisches Zusatzwissen aufzubereiten, dass eine (grobe) Prüfung durch die Software vorgenommen werden kann.¹¹⁵⁴ Solche Techniken sind jedoch zurzeit noch nicht ausreichend ausgefeilt¹¹⁵⁵ und bisher auf einzelne Normen beschränkt. Online-Versanddienste müssen jedoch eine Vielzahl an verbraucher- und datenschutzrechtlichen Anforderungen erfüllen. Außerdem wird das Add-on auf dem Gerät des Verbrauchers installiert und soll auch dort laufen. Dadurch sind die bereitstehenden Ressourcen stark beschränkt. Zusätzlich soll der Verbraucher beim Besuch jeder einzelnen Webseite eine Einschätzung über die Vertrauenswürdigkeit auf Basis des Verbraucher- und Datenschutzrechts vom Add-on erhalten. Dazu muss in verhältnismäßig kurzer Zeit ein Ergebnis vorliegen und es muss möglich sein, sehr viele Einschätzungen hintereinander ohne Verzögerungen zu erzeugen.

Bezüglich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind die Prüfungsmöglichkeiten des Add-ons abseits der formalen Gestaltung eingeschränkt.¹¹⁵⁶ Es kann etwa nicht erkennen, ob nach § 305b BGB vorrangige Individualabreden bestehen – allerdings sind solche im Online-Handel als Ausnahme anzusehen. Auch inhaltliche Einschätzungen im Einzelfall können nicht geprüft werden, so etwa ob Klauseln so ungewöhnlich sind, dass mit ihnen nicht zu rechnen war und sie deshalb nach § 305c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil werden, oder ob eine der in § 308 BGB genannten Klauseln

¹¹⁵⁴ Vgl. etwa *Raabe/Wacker/Oberle/Baumann/Funk* 2012.

¹¹⁵⁵ Besonders kritisch hierzu *Kotsoglou*, JZ 2014, 451 ff.

¹¹⁵⁶ Detailliert zu den gesetzlichen Vorgaben s. Teil 2 Kapitel 2 2.2 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

im Einzelfall als unwirksam zu bewerten ist. Dementsprechend ist auch keine Auslegung zu Lasten des Verwenders möglich, wie sie § 305c Abs. 2 BGB fordert. Auch die Inhaltskontrolle nach § 307 BGB macht eine juristische Prüfung im Einzelfall nötig und kann deshalb nicht automatisiert erfolgen. Eine Solche ist nur möglich, soweit keine Wertungsmöglichkeiten enthalten sind. Das trifft auf § 309 BGB und solche Klauseln zu, die von der Rechtsprechung bereits als allgemein unzulässig betrachtet wurden.

Unter diesen Voraussetzungen wird anstelle einer exakten juristischen Prüfung ein praktikableres Vorgehen¹¹⁵⁷ gewählt, das auf Vereinfachungen und Heuristiken basiert. Technisch wird anstelle komplexer informationstechnischer Verfahren¹¹⁵⁸ auf einfachere Methoden – die Text- und Mustererkennung – zurückgegriffen. Dazu werden in der Praxis häufig vorkommende Bestimmungen ausfindig gemacht, die zuvor im Rahmen einer juristischen Prüfung als besonders kundenfreundlich oder -feindlich, erkannt wurden. Anstelle einer komplexen Technik müssen umfangreiche Analysen durchgeführt werden, um zu bestimmen, welche Formulierungen zur Einschätzung durch das Add-on erkannt werden müssen. Dazu wurde empirisch ausgewertet, welche Formulierungen zugunsten oder zuungunsten des Verbrauchers oder Nutzers in der Praxis regelmäßig standardisiert verwendet werden. Diese können durch das Add-on automatisiert erkannt und entsprechend bewertet werden, sodass empirisch belegte Heuristiken zur Auswertung herangezogen werden können. Voraussetzung ist, dass erkannt werden kann, welche Unterseite oder welches Dokument auf einer Webseite die entsprechenden Inhalte umfassen sollte.¹¹⁵⁹

Verbraucher sind regelmäßig juristisch nicht vorgebildet. Sie können sich deshalb – und auch aufgrund der häufig sehr elitären Fachsprache – nur sehr schwer einen eigenen Eindruck von der Kundenfreund- oder -feindlichkeit etwa der Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder der Datenschut-

¹¹⁵⁷ Zu diesem Vorgehen wurde bereits unter dem Titel „Nutzerunterstützung durch automatisierte Auswertung einzelner standardisierter Vertragsbedingungen, AGB: Was habe ich verpasst?“ in VuR 2014, 47 ff. veröffentlicht. Zum Vorgehen selbst 48 f.

¹¹⁵⁸ Beispiel *Roßnagel/Laue/Peters* 2009, insbesondere 43 ff. und 151 ff. zu intelligenten IT-Assistenzsystemen im Bereich des E-Government und E-Tourismus; *Zimmermann* 2008, insbesondere 184 ff. zu intelligenten Agenten im Bereich des E-Commerce. Zur Auswertung einer Datenschutzerklärung vgl. *Buchmann/Nebel/Roßnagel/Shirazi/Simo/Waidner*, in: *Hildebrandt/O'Hara/Waidner* 2013, 139 ff.

¹¹⁵⁹ Zum Erkennen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen als solche s. Teil 3 Kapitel 2.6 Allgemeine Geschäftsbedingungen.

zerklärung machen. Dazu kommt, dass Verbraucher regelmäßig diese Inhalte gar nicht zur Kenntnis nehmen.¹¹⁶⁰ Selbst Inhalte, die dem Verbraucher verständlich wären und ihm etwa als besonders unerwünscht erscheinen würden, kann er so nicht entdecken. Auch eine grobe, auf Heuristiken basierte Einschätzung der vorformulierten Inhalte kann den Nutzer deshalb wesentlich unterstützen, wenn er so auf für ihn besonders unerwünschte Klauseln aufmerksam gemacht wird. Entscheidend ist, dass nicht der Eindruck erweckt wird, dass die Software eine juristisch exakte Prüfung vornimmt. Deshalb ist dabei klar zu kommunizieren, dass sich die Untersuchung auf entsprechende Annahmen bezieht und die individuelle Information über einen Online-Versanddienst nicht ersetzen, sondern lediglich unterstützen soll.¹¹⁶¹

Da bei diesem Vorgehen Vereinfachungen durch die Vereinheitlichung und Nutzung von Heuristiken vorgenommen werden, sind nur grobe Einschätzungen möglich. Es können nicht alle Regelungsbereiche und Aspekte erfasst werden und auch der Online-Versanddienst mit seinen Spezifikationen nur teilweise in die Bewertung einfließen. Ebenso kann nicht überprüft werden, ob die angegebenen Informationen der Wahrheit entsprechen, beispielsweise der Datenumgang tatsächlich auf die genannten Zwecke und Vorgänge beschränkt ist. Unabhängig davon, ob die Klauseln den Verwender, hier den Anbieter des Online-Versanddienstes, „nur“ einseitig begünstigt oder ob der Anbieter sich so weit begünstigen will, dass es bereits nicht mehr zulässig und die Klausel damit unwirksam ist, ist der Anbieter jedenfalls nicht vertrauenswürdig. Auch wer nur versucht, verbraucher- oder datenschutzrechtliche Klauseln, die ihn einseitig bevorteilen, gegenüber einem rechtsunkundigen Laien zu vereinbaren, dem sollte nicht vertraut werden. Selbst wenn die Klauseln tatsächlich unzulässig sind und sich dies bei einer Gerichtsverhandlung feststellen ließe, soll die Notwendigkeit eines Streits vor Gericht vermieden werden.¹¹⁶²

¹¹⁶⁰ Zu AGB beispielsweise BITKOM, Nur jeder fünfte Internetnutzer liest Geschäftsbedingungen, Pressemitteilung vom 29.4.2013, Berlin, www.bitkom.org/files/documents/BITKOM-Presseinfo_AGB_29_04_2012.pdf; zur Datenschutzerklärung *Nissenbaum*, A Contextual Approach to Privacy Online, *Dædalus* 2011, 35.

¹¹⁶¹ Detailliert zur Bedeutung der Formulierung s. Teil 4 Kapitel 2 2.1 Haftung gegenüber dem Nutzer.

¹¹⁶² So auch *Kunbruck/Sacher/Stumpf*, *DuD* 2007, 364. Denselben Zweck hat die Button-Lösung s. Teil 2 Kapitel 2 4.4 Button-Lösung.

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass ein Add-on – wenigstens soweit es mit einfachen softwaretechnischen Mitteln funktionieren und dadurch beschränkte, aber zuverlässigere Ergebnisse liefern soll – eine juristische Auslegung nicht durchführen kann.¹¹⁶³ Allerdings kann der Nutzer unterstützt werden, indem er auf eine Vielzahl von Rechtsverstößen oder ihn benachteiligender Rechtsgestaltung informiert wird. Dafür spielt eine einzelne negative Auffälligkeit eine geringere Rolle, als das Ergebnis im Ganzen. Damit ist eine praktikable und praxisnahe juristische Einschätzung der Situation möglich, indem auf Klauseln hingewiesen wird, die entweder benachteiligend oder sogar unzulässig sind.¹¹⁶⁴ Für die Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit ist es aber auch nicht nötig, dass das Add-on unterscheiden kann, ob eine Regelung „nur“ einseitig zugunsten des Anbieters gestaltet wurde oder ob die Gestaltung bereits zu weit geht und es sich deshalb um einen Rechtsverstoß handelt. In beiden Fällen ist der Anbieter als nicht vertrauenswürdig einzuschätzen, wenn er mehrfach ein entsprechendes Verhalten zeigt. Somit kann auch bezogen auf die Vertrauenswürdigkeit eine Aussage getroffen werden.

4.2.1 Empirisches Vorgehen

Um sicherzustellen, dass die automatisierte Auswertung in angemessener Zeit erfolgen kann, müssen wesentliche Bereiche erkannt werden, die eine Einschätzung über die Kundenfreund- oder -feindlichkeit des gesamten vorformulierten Inhalts, also der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Datenschutzerklärung und Einwilligung, geben. Ziel der folgenden Untersuchung der vorformulierten Texte sind empirisch belegte Heuristiken. Anhand einzelner für die Kundenfreund- oder -feindlichkeit besonders relevanter Bereiche soll eine Einschätzung als vertrauenswürdig oder nicht vertrauenswürdig erfolgen. Um zu wissenschaftlich fundierten Ergebnissen zu kommen, muss beim Bestimmen der kundenfreundlichen und -feindlichen Klauseln systematisch vorgegangen werden. Dazu kann auf die Methoden der Statistik zurückgegriffen werden.

Da eine juristische Bewertung für jede Klausel jedes Online-Versanddienstes einzeln durchgeführt werden muss, können keine quantitativen Methoden der Statistik verwendet werden. Es bieten sich jedoch qualitative Methoden

¹¹⁶³ So etwa auch *Kotsoglou*, JZ 2014, 456 f.

¹¹⁶⁴ Zur Bedeutung beider *Kumbruck/Sacher/Stumpf*, DuD 2007, 364.

an. Dabei werden nur wenige Analyseeinheiten ausgewählt. Die Anzahl der untersuchten Online-Versanddienste muss überschaubar bleiben, weil der Aufwand der Erhebung und Analyse sonst zu hoch wäre.¹¹⁶⁵ Die untersuchten Online-Versanddienste wurden anhand einer systematischen Stichprobenauswahl bestimmt.¹¹⁶⁶ Für qualitative Forschung erfolgt eine Stichprobenwahl regelmäßig theoriegeleitet.¹¹⁶⁷ Dabei werden Objekte ausgewählt, die für das Erkenntnisinteresse besonders typisch oder untypisch sind. Diese werden nach theoretischen, bedeutsamen Kriterien ausgewählt.¹¹⁶⁸

Deshalb wurden bei der Auswahl der untersuchten Online-Versanddienste systematisch unterschiedliche Größen sowie Sortimentstiefen, also Direktvertriebe und Reseller sowie reine Online-Versanddienste und solche mit Ladengeschäften ausgewählt. Außerdem wurden nicht nur Online-Versanddienste untersucht, die dieselbe Warengruppe anbieten, sondern Online-Versanddienste aus verschiedenen Branchen. Die Warengruppen unterscheiden sich hinsichtlich der Eigenschaften wie Verderblichkeit, Größe oder Gewicht. Sie decken verschiedene Preislagen ab, wobei auch innerhalb einer Warengruppe unterschiedliche Preislagen ausgewählt wurden. Zuletzt wurde auch auf eine unterschiedliche Lebensdauer der Warengruppen geachtet. Dies dient ebenfalls dazu, die Spannweite der in der Praxis verwendeten Vertragsbedingungen zu erfassen, da beispielsweise abhängig von der Verderblichkeit oder der Größe von Waren unterschiedliche Bedingungen bezüglich der Lieferungen formuliert sein können. Um auch die Spannbreite innerhalb eines Warensortiments zu umfassen, wurden jeweils mehrere Online-Versanddienste ausgewählt. Damit wird sichergestellt, dass nicht zufällig ein Online-Versanddienst ausgesucht wurde, der untypische Allgemeine Geschäftsbedingungen verwendet.¹¹⁶⁹

¹¹⁶⁵ Meyer/Reutterer, in: Buber/Holzmüller 2007, 235.

¹¹⁶⁶ Mittag 2013, 34 f.

¹¹⁶⁷ Bortz 2005, 89; Srnka, in: Buber/Holzmüller 2007, 165 f.; Meyer/Reutterer, in: Buber/Holzmüller 2007, 240 ff.

¹¹⁶⁸ Srnka, in: Buber/Holzmüller 2007, 165 f.; Bortz 2005, 89.

¹¹⁶⁹ Untersucht wurden folgende 45 Online-Versanddienste: 24Colours, 3Suisse, 3T-Elektro, Alternate, Apple Online Store, Avandeo, BAUR, Comtech, Conrad, Cyberport, Dänisches Bettenlager, Eas-y Elektro, Elcoma-Shop, Elektrikshop, Elektroschop Bischof, Elektro Wandelt, EURONICS, Fashion For Home, Fashion5, Frontlineshop, Gourmantis, H&M, IKEA, Juststreetwear, Kaysports24, Mediamarkt, MEDION, Möbel-Eins, Moebel-Shop, Otto, PEARL, Rapunzel, Redcoon, reichelt, Saturn, saymo, SportScheck, Strothauer, Trendmöbel24, Vinexus, Voltus, Web-Moebel, Mundo online, Woody-Möbel, Zalando.

Konkret wurden für diese Untersuchung Online-Versanddienste ausgewählt, die hauptsächlich Kleidung, Elektrowaren, Möbel und Lebensmittel anbieten. Diese Waren zählen zu den am häufigsten im Online-Handel erworbenen.¹¹⁷⁰ Eine Ausnahme bilden die Lebensmittel, die aufgrund ihrer Kurzlebigkeit und häufig leichten Zerstörbarkeit ausgewählt wurden.

Besonders große Online-Versanddienste ließen sich im Bereich der Kleidung finden. Die Online-Shops von Otto, Zalando und H&M finden sich unter den am häufigsten aufgerufenen Webseiten Deutschlands.¹¹⁷¹ Gerade der Verkauf von Kleidung erfolgt aber auch durch kleine und mittelständige Anbieter, wie beim Online-Shop Kaysports24. Diese sind zudem häufig Reseller, wohingegen im Online-Shop von H&M beispielsweise nur eigene Waren angeboten werden. Als besonders großer Online-Versanddienst mit Schwerpunkt auf Möbeln wurde der Online-Shop von IKEA aufgenommen. Auch der des Dänischen Bettenlagers stellt einen eher großen Online-Versanddienst dar. Kleinere Online-Versanddienste, die Möbel anbieten, sind moebel-shop.de und woody-moebel.de. Höherpreisige Möbel als beispielsweise im Online-Shop von IKEA oder dem Dänischen Bettenlager bieten avandeo.de und fashionforhome.de. Beim Verkauf von Möbeln kommt es im Unterschied zu Kleidung von selbst zu anderen Eigenschaften, wie einem höherem Gewicht, größerem Volumen und häufig auch längerer Lebensdauer und höheren Preisen.

Innerhalb der Gruppe von Online-Versanddiensten, die sich auf den Verkauf von Lebensmitteln spezialisiert haben, wurden einzelne Dienste ausgewählt, die Waren in verschiedenen Preislagen und mit unterschiedlicher Haltbarkeit anbieten. Höherpreisige Lebensmittel, wie Wein und Delikates-

¹¹⁷⁰ Nach bevh, Aktuelle Zahlen zum Interaktiven Handel, Umsatz des Interaktiven Handels nach Warengruppen im E-Commerce 2013, Berlin 2014, www.bevh.org/markt-statistik/zahlen-fakten hat die Warengruppe Bekleidung (bereits ohne Hinzuzählen der hier mitumfassten Schuhe) den größten Warenanteil mit 7.089 Millionen Euro (mit Schuhen 9.954 Millionen Euro). Unter Elektrowaren können wenigstens die Bild- und Tonträger, Computer und Zubehör sowie Telekommunikation, Handy und Zubehör mit insgesamt 5.468 Millionen Euro Umsatz zusammengezogen werden (weitere Kategorien, die teilweise Elektroartikel beinhalten, sind Haushaltswaren und -geräte, Spielzeugwaren und gegebenenfalls Hobby- und Freizeitwaren). Ähnliche Ergebnisse liefert das Statistische Bundesamt *Themen, Wirtschaft und Statistik* 8/2014, 452. Möbel hatten im Jahr 2013 einen Umsatzwert von 1.232 Millionen Euro.

¹¹⁷¹ Basierend auf Alexa, Top Sites in Germany, www.alexa.com/topsites/countries/DE sind Otto und Zalando sogar unter den Top 50 Webseiten insgesamt.

sen, werden von vinexus.de bzw. gourmantis.de angeboten. Lebensmittel mit zum Teil kurzer Haltbarkeit wurden im Bereich Biolebensmittel und Gebäck, insbesondere Torten, ausgemacht, die unter anderem von rapunzel.de bzw. strohauer.de angeboten werden. Außerdem wurde ein Online-Versanddienst für Lebensmittel, saymo.de, aufgenommen, der keine spezielle Ausrichtung hat.

Auch bei den Online-Versanddiensten aus der Elektro-Branche wurden einerseits solche ausgewählt, die spezielle Waren vertreiben, wie Elektrikshop, der nur Elektroinstallationsmaterial verkauft, und andererseits solche mit allgemeinem Warensortiment, wie EURONICS. Neben großen Unternehmen wie Mediamarkt und Saturn wurden auch unbekanntere Unternehmen wie Elcoma-Shop aufgenommen. Saturn und Mediamarkt stellen ebenfalls ein Beispiel für Reseller dar, wohingegen MEDION und Apple ihre Produkte direkt vertreiben. Dabei verkauft Apple hochpreisige Geräte und MEDION im Gegensatz Waren aus einem niedrigeren Preissegment. Eine Analyse der Online-Versanddienste, die Elektrowaren verkaufen, wurde in einer Masterarbeit erarbeitet.¹¹⁷² Die Ergebnisse dieser Arbeit wurden mit in die im Folgenden dargestellten Ergebnissen aufgenommen.

Die ausgewählten Online-Versanddienste bilden die Basis der nachfolgenden empirischen Untersuchungen. Die Inhalte wurden durch die empirische Untersuchung strukturiert. Bei den Allgemeinen Geschäftsbedingungen bot sich die Strukturierung nach Regelungsbereichen an, bei Datenschutzerklärungen und Einwilligungen waren vergleichbare Aspekte zu bestimmen, wie sie beispielsweise in den gesetzlichen Bestimmungen des § 13 Abs. 1 TMG festgelegt sind. Die den einzelnen Bereichen zugeordneten Bestimmungen wurden daraufhin untersucht, inwieweit sie für Kunden wesentlich sind, oder nicht. Wird beispielsweise nur über die bestehende Gesetzeslage informiert, hat dies keine kundenfreundlichen oder -feindlichen Auswirkungen. Solche Bereiche waren für die nachfolgende Betrachtung nicht relevant. Klauseln, die den übrigen Bereichen zugeordnet sind, wurden dann danach unterteilt, ob sie kundenfreundlich oder -feindlich sind. Dabei war insbesondere darauf zu achten, wenn Bestimmungen wiederholt bei verschiedenen Online-Versanddiensten vorkommen.

¹¹⁷² *Ossoinig*, Vertrauenswürdigkeit von Webshops, Rechtliche Untersuchung der verbraucherrechtlichen Klauseln in allgemeinen Geschäftsbedingungen von Elektroartikelanbietern, Masterarbeit Universität Kassel, Kassel 2013. Erstbetreuung durch Prof. Roßnagel und inhaltlicher Begleitung durch die Autorin.

4.2.2 Text- und Mustererkennung

Damit eine Analyse der Inhalte zweckdienliche Ergebnisse liefern kann, müssen die gefundenen typischen Formulierungen automatisiert erkannt werden können. Dazu bieten sich Text- und Musteranalysen an. Bei einer simplen Texterkennung werden Textpassagen und Schlagworte bereits bei geringen Abweichungen, wie Tippfehlern oder falscher Zeichensetzung, nicht mehr erkannt.¹¹⁷³ Dass technisch mehr möglich ist, zeigt sich bereits an der Google Suchmaschine. Dort wird der Nutzer darauf hingewiesen, wenn er sich verschreibt.¹¹⁷⁴ Auf diese Technik¹¹⁷⁵ kann zurückgegriffen werden. Weitergehende Möglichkeiten sind der Ausschluss von negativen Äußerungen in unmittelbarer Nähe, wie „nicht“ oder „kein“. Anders als eine reine Textsuche ist dies bei einer Mustersuche durch reguläre Ausdrücke möglich. Dabei werden Zeichenfolgen auch erkannt, wenn sie geringfügig von dem gesuchten Ausdruck abweichen. So muss etwa nicht die Zeichenfolge eines ganzen Satzes vollständig vorgegeben werden. Außerdem kann auch nach mehreren Schlagworten gesucht werden.¹¹⁷⁶

Formulierungen, die sich bei der empirischen Untersuchen als standardisiert erwiesen haben, können deshalb durch Text- und Mustersuche in den jeweiligen Inhalten gefunden werden. Dies gilt auch, wenn sie nicht vollständig mit der Vorlage übereinstimmen, weil beispielsweise ein falsches Komma oder ein Tippfehler enthalten ist. Ebenso ist es möglich, dass Formulierungen gefunden werden, obwohl sie in einer anderen Reihenfolge genutzt werden, etwa weil sie als Nebensatz formuliert wurden und sich dadurch das Verb ans Ende verschiebt. Es kann allerdings auch ausgeschlossen werden, dass negierende Begriffe die Aussage umkehren.

4.3 Analyse von Online-Prüfsiegeln

Online-Prüfsiegel sind „Wort- und/oder Bildzeichen, die Online-Händler zur Kennzeichnung auf ihren Webseiten einsetzen“, sie informieren den (potentiellen) Kunden auf einen Blick darüber, dass der Diensteanbieter

¹¹⁷³ Lang 2012, 56 ff.

¹¹⁷⁴ Google, So funktioniert die Suche, www.google.de/intl/de/insidesearch/howsearchworks/thestory („Meinten Sie:...“); *Ingersoll/Morton/Farris* 2013, 84 f.

¹¹⁷⁵ *Ingersoll/Morton/Farris* 2013, 85 ff.

¹¹⁷⁶ *Friedl* 2009, 1 ff. zu den Möglichkeiten der Mustererkennung in Texten durch reguläre Ausdrücke.

„die vom Zeichen(Siegel-)geber ... festgelegten Kriterien/(Qualitäts-)Anforderungen bezüglich seiner Geschäftspraktiken ... einhält“.¹¹⁷⁷ Online-Prüfsiegel werden sehr unterschiedlich bezeichnet, etwa als Gütezeichen, (Internet-/Online-)(Prüf-/Güte-)Siegel, Herkunftszeichen, Plaketten, (Produkt-)Labels, (Qualitäts-)Stempel oder Zertifikate.¹¹⁷⁸ Die Idee ist jedoch immer, dass ein Anbieter, der den Verbraucher- oder Datenschutz (besonders) beachtet, dies seinen Kunden auch wettbewerbswirksam mitteilen möchte. Gerade im Internet sind solche Prüfsiegel neutraler Dritter sehr beliebt. Zertifiziert werden damit die Anbieter oder ihre Online-Versanddienste, aber grundsätzlich nicht einzelne Produkte oder Dienstleistungen, wie dies beispielsweise beim „Blauen Engel“- und „Bio“-Siegel der Fall ist. Dem Kunden werden durch das Siegel eine Vielzahl von Informationen kommuniziert, die er sonst nur durch eine „ausführliche(n) Informationssuche und -verarbeitung“¹¹⁷⁹ erhalten würde.

Die untersuchten Online-Prüfsiegel geben Auskunft über die Einhaltung von Kriterien des Verbraucher- und Datenschutzes. Nur bei Konformität der Webseite zu den vom Siegelgeber aufgestellten Kriterien an den Verbraucher- und Datenschutz erhält der Anbieter das Online-Prüfsiegel. Mit diesem kann der Anbieter die Konformität seines Online-Versanddienstes mit den Kriterien des Siegelgebers optisch nach außen hin anzeigen.

Da solche Online-Prüfsiegel auch Verhaltenskodizes im Sinne des Art. 246c Nr. 5 EGBGB darstellen, muss der Unternehmer sie verpflichtend anzeigen. Der Unternehmer wird das Online-Prüfsiegel bereits aus eigennützigem Erwägungen angeben. Denn das Unterwerfen unter den Verhaltenskodex soll vor allem zur Kommunikation gegenüber dem Kunden dienen. Der Kunde soll erfahren, dass der Unternehmer vom Siegelgeber zertifiziert wurde. Besonders für kleine sowie ausschließlich online tätige Online-Versanddienste, denen Verbraucher in der Regel misstrauischer gegenüberstehen, bietet sich damit die Möglichkeit, dem Kunden zu zeigen, dass der Verbraucher- und Datenschutz ernst genommen wird.¹¹⁸⁰

¹¹⁷⁷ Rüdiger 2008, 163 mit einer Übersicht über unterschiedliche Definitionen 162.

¹¹⁷⁸ In Anlehnung an Rüdiger 2008, 159.

¹¹⁷⁹ Rüdiger 2008, 163.

¹¹⁸⁰ Roos/Schwonbeck, iX 2001, 100.

Auf dem Markt existiert eine Vielzahl sehr unterschiedlicher Online-Prüfsiegel.¹¹⁸¹ So lassen sich ohne weiteres allein für Deutschland zehn unterschiedliche Online-Prüfsiegel im Bereich des Verbraucher- sowie Datenschutzes bei Online-Shops aufzählen.¹¹⁸² Dabei unterliegen Online-Prüfsiegel grundsätzlich keinen gesetzlichen Vorschriften. Die Siegelgeber können selbst entscheiden, welche Anforderungen sie an die Anbieter stellen. Allerdings ist fraglich wie eindeutig die Kommunikation der konkreten Inhalte durch das Prüfsiegel an den Kunden ist. Zum einen nehmen Verbraucher Online-Prüfsiegel teilweise gar nicht wahr.¹¹⁸³ Zum anderen existieren immer mehr Online-Prüfsiegel. Je mehr existieren, desto weniger transparent ist für den Kunden, welche Anforderungen bei der Vergabe eines Online-Prüfsiegels gefordert wurden.¹¹⁸⁴

Zudem überprüfen Kunden kaum, ob es sich bei einem auf einem Online-Versanddienst angebrachten Online-Prüfsiegel um mehr als nur das grafische Element handelt. Um die Gültigkeit zu überprüfen und nähere Informationen über die geprüften Anforderungen zu erhalten, müsste der Nutzer die Grafik anklicken. Dadurch sollte er auf die Webseite des Siegelgebers weitergeleitet werden. Dort sind die Informationen über das Online-Prüfsiegel des besuchten Online-Versanddienstes, insbesondere seine Gültigkeit und die geprüften Anforderungen verfügbar. Die ausstellende Institution hält diese Informationen für jeden Siegelnehmer bereit.

Die Initiative D21, die als gemeinnütziger Verein in Berlin gegründet wurde und sich schwerpunktmäßig mit Problemen im Bereich der Informations- und Kommunikationstechnologien beschäftigt, hat im Rahmen eines 2009 gestarteten Projekts,¹¹⁸⁵ Kriterien für ein Mindestniveau von Online-Prüfsiegeln festgelegt. Ziel war eine Vereinheitlichung der unterschiedli-

¹¹⁸¹ So schon *Roos/Schwonbeck*, iX 2001, 101; *Dahm*, DuD 2002, 414; *Rüdiger* 2008, 160.

¹¹⁸² EHI Geprüfter Online-Shop, GDD Mitglied, geprüfter Onlineshop, Geprüfter Webshop, internet privacy standards, Safer Shopping, Sicher-shoppen.info, Trusted Shops, xcert Internet Gütesiegel, Datenschutz-Gütesiegel beim Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein. Eine umfassende Liste mit den unterschiedlichsten Siegeln führt „Die Verbraucher Initiative“, Berlin, www.label-online.de.

¹¹⁸³ *Egelmann/Tsai/Cranor/Acquisti*, CHI 2009, 320.

¹¹⁸⁴ Zur mangelhaften Erkennbarkeit der hinter einem Online-Prüfsiegel stehenden Aussage *Moore*, CACM 2005, 86 ff.; *Brönneke*, in: Klumpp u. a. 2008, 314; *Vander*, K&R 2003, 341.

¹¹⁸⁵ Initiative D21, Internet-Gütesiegel, Berlin www.initiatived21.de/portfolio/internet-gutesiegel.

chen Anforderungen, damit Verbraucher nicht mehr ein zu großes oder unberechtigtes Vertrauen in Online-Prüfsiegel setzen. Die Kriterien wurden von einer Projektgruppe bestehend aus Siegelgebern, dem Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie und der damaligen Arbeitsgemeinschaft der Verbraucherverbände entwickelt. Die Qualitätskriterien umfassen die Einhaltung der Verbraucherschutzvorschriften mit den Informationspflichten im Fernabsatz und elektronischen Geschäftsverkehr, der Anbieterkennzeichnung, der Widerrufsbelehrung, der Preisangaben, der technischen Gestaltungspflichten und der elektronischen Werbung, das anwendbare Recht sowie Kriterien zur Einhaltung der Prinzipien des Datenschutzrechts, etwa der Unterrichtung.¹¹⁸⁶ Zum Teil konkretisieren die Kriterien auch die gesetzlichen Anforderungen. Zum Teil wird aber auch nur eine eingeschränkte Prüfung der gesetzlichen Vorgaben verlangt, etwa wenn bezogen auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nur Transparenzgesichtspunkte geprüft werden müssen. Weitergehend sind die Kriterien etwa bei dem Erfordernis der alternativen Streitbeilegung.¹¹⁸⁷ Die Initiative D21 empfiehlt nur Siegelgeber, die mit ihren Anforderungen an Diensteanbieter und deren Online-Shops alle genannten Kriterien abdecken. Das Vorliegen entsprechender Anforderungen wird regelmäßig überprüft.

Die verschiedenen Online-Prüfsiegel unterscheiden sich auch darin, wie sie die Konformität des Online-Shops mit den Anforderungen des Siegelgebers überprüfen. Die Möglichkeiten reichen von einem schlichten Beitritt zu einer Institution über eine einfache Selbsteinschätzung, etwa durch eine Konformitätserklärung oder das Ausfüllen eines Fragebogens, bis zu einem vor Ort stattfindenden Audit mit Einsicht in die interne Unternehmensstruktur sowie Probe-Bestellungen.¹¹⁸⁸ Deshalb muss die Art der Prüfung ein wesentlicher Faktor bei der Entscheidung darüber sein, welchen Wert die Aussage

¹¹⁸⁶ Initiative D21 Gütesiegel Monitoring Board, D21 – Qualitätskriterien für Internet-Angebote, Berlin 2.11.2012, internet-guetesiegel.de/wp-content/uploads/D21-Qualitaetskriterien.pdf.

¹¹⁸⁷ Initiative D21 Gütesiegel Monitoring Board, D21 – Qualitätskriterien für Internet-Angebote, Berlin 2.11.2012, internet-guetesiegel.de/wp-content/uploads/D21-Qualitaetskriterien.pdf, 16.

¹¹⁸⁸ Vgl. *Rüdiger* 2008, 164 f. und 166 f.; *Vander*, K&R 2003, 341; ein Fragebogen ist ausreichend für das Siegel „GDD Mitglied“, für das „S@fer-Shopping“-Siegel muss vor Ort ein Audit durchgeführt werden.

eines Online-Prüfsiegels hat.¹¹⁸⁹ Mindestmaß ist dabei eine „sachgerechte Prüfung durch eine neutrale Instanz“.¹¹⁹⁰

Insgesamt sind Online-Prüfsiegel also ein hilfreiches Instrument, um Verbrauchern bestimmte Informationen, insbesondere zum Verbraucher- und Datenschutz eines Online-Versanddienstes, zu kommunizieren. Allerdings werden Verbraucher diese kommunizierten Inhalte nicht immer korrekt erfassen, da diese vollständig vom jeweiligen Online-Prüfsiegel abhängen. Gerade auch bei schlichter Betrachtung können Verbraucher einem Online-Prüfsiegel zu großes Vertrauen entgegenbringen. An dieser Stelle kann ihre softwaregestützte, automatisierte Auswertung dem Verbraucher bei der Verarbeitung der Informationen helfen.

Online-Prüfsiegel sind technisch unterschiedlich gestaltet. Um sie auszulesen, muss deshalb in jedem Einzelfall überprüft werden, ob das jeweilige Online-Prüfsiegel softwaretechnisch durch ein Browser-Add-on auf einer Webseite aufgefunden werden kann. Um auszulesen, ob ein bestimmtes Online-Prüfsiegel für einen bestimmten Online-Versanddienst ausgestellt wurde, kann unterschiedlich vorgegangen werden. Voraussetzung ist jeweils, dass das Online-Prüfsiegel nicht nur eine Grafik auf einer Webseite darstellt, sondern mit der Webseite des Siegelgebers verlinkt ist. Einerseits kann der Online-Versanddienst selbst daraufhin geprüft werden, ob eine Verlinkung zu der das Prüfsiegel ausstellenden Webseite besteht. Dann muss außerdem überprüft werden, ob diese Verlinkung auch zu einem dem Online-Versanddienst entsprechenden Eintrag führt und dieser noch nicht abgelaufen ist.¹¹⁹¹ Andererseits können die Datenbanken der Online-Prüfsiegel abgerufen werden, die alle gültigen Online-Prüfsiegel des Siegelgebers nennen. Dann erübrigt sich eine zusätzliche Überprüfung der Gültigkeit.

Aufgrund der sehr unterschiedlichen Prüfungsarten bei der Vergabe sowie der stark divergierenden Anforderungen ist es außerdem nötig, jedes Online-Prüfsiegel einzeln zu betrachten. Zunächst muss die Aussagekraft des Online-Prüfsiegels festgestellt werden. Dazu muss eine vertrauenswürdige Prüfung, beispielsweise durch ein Vor-Ort-Audit durch eine unabhängige Stelle, stattgefunden haben. Danach ist im Einzelnen festzustellen, welche

¹¹⁸⁹ So auch *Höltgen/Zander-Huyat*, in: Kröger/Nöcker/Nöcker 2002, 118.

¹¹⁹⁰ LG Köln, MMR 2012, 244 (Leitsatz); OLG Frankfurt am Main, NJW-RR 1994, 1257.

¹¹⁹¹ Zum „Trusted Shops“-Online-Prüfsiegel *Föhlisch*, in: Kröger/Nöcker/Nöcker 2002, 35 f.

Kriterien überprüft wurden. Da ein Online-Prüfsiegel nur dann erteilt wird, wenn der Diensteanbieter die Kriterien erfüllt, kann bei einer vertrauenswürdigen Prüfung durch den Siegelgeber eine automatisierte Überprüfung durch das Add-on unterbleiben. Wird beispielsweise vor der Vergabe des Online-Prüfsiegels die rechtskonforme Anbieterkennzeichnung nach § 5 TMG überprüft und entspricht diese Überprüfung mindestens den gesetzlichen Anforderungen, kann sie auch positiv in die Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit durch das Add-on einfließen. Insoweit wird auf die positiven Ergebnisse des Online-Prüfsiegels zurückgegriffen.

Durch das automatisierte Auswerten verschiedener Online-Prüfsiegel, ist es auch möglich, die Aussagen unterschiedlicher Online-Prüfsiegel zusammenzuführen. So kann dem Nutzer gebündelt eine Aussage über den Verbraucher- und Datenschutz eines Online-Versanddienstes mitgeteilt werden, ohne dass sich der Nutzer über jedes einzelne informieren muss. Bisher tendieren Verbraucher dazu, Online-Prüfsiegeln mehr Aussagekraft zuzuordnen, als gerechtfertigt wäre.¹¹⁹² Dies könnte vermieden werden. Dem Verbraucher wird damit ein „Mittel zur Eindämmung der Siegelflut“¹¹⁹³ zur Verfügung gestellt. Zusätzlich kann das Add-on – soweit es automatisiert ausgelesen werden kann¹¹⁹⁴ – auch automatisiert überprüfen, ob das Online-Prüfsiegel aktuell ist oder ob es sich vielleicht nur um ein entsprechendes Bild handelt. Dazu wird zum einen untersucht, ob das Online-Prüfsiegel verlinkt ist und zu dem entsprechenden Siegelgeber führt. Außerdem kann regelmäßig bereits am Ziel des Links erkannt werden, wenn es sich um kein aktuell gültiges Online-Prüfsiegel handelt, da dort das Zertifikat des Anbieters hinterlegt ist.¹¹⁹⁵

¹¹⁹² Enquete Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“, 12. Zwischenbericht, BT-Drs. 17/12540, 48.

¹¹⁹³ Ein solches Mittel fordert *Kau* 2006, 166; ähnlich *Roos/Schwonbeck*, iX 2001, 102 mit Hinweis auf die D21 Initiative. Auch die Enquete-Kommission „Internet und digitale Gesellschaft“, 12. Zwischenbericht, BT-Drs. 17/12540, 48 und bereits *Hladjk*, DUD 2002, 678 sieht die Vielzahl an Online-Prüfsiegeln als Problem.

¹¹⁹⁴ Davon wird bei den im Folgenden genannten Online-Prüfsiegeln ausgegangen.

¹¹⁹⁵ Vgl. Zentrum für Europäischen Verbraucherschutz, Studie zu Internetgütesiegeln in Deutschland und Europa, Kehl 2012, www.verbraucherportal-bw.de/servlet/PB/show/2925656/12_07%20Online%20Gutesiegel_Studie_Juli%202012.pdf, 23. Allgemeiner *Föhlisch*, DuD 2004, 76.

5 Technische Umsetzung in einem Browser-Add-on

Die zuvor beschriebenen Methoden zur Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit eines Online-Versanddienstes müssen technisch implementiert werden. Ziel ist es, den Nutzer möglichst effizient im Online-Versandhandel zu unterstützen. Deshalb ist es von wesentlicher Bedeutung, dass die technische Lösung ihn durch das Internet begleitet. Dazu bietet sich ein Browser-Add-on an, in dem das juristische Konzept zur Analyse umgesetzt wird.

5.1 Funktion eines Browser-Add-ons

Ein Browser-Add-on ist eine Software, die in den Browser integriert wird. Es erweitert den Funktionsumfang eines Browsers, indem es dem Browser bestimmte Funktionen hinzufügt, die er nicht standardmäßig enthält.¹¹⁹⁶ Allgemein können Add-ons die Nutzung des World Wide Web¹¹⁹⁷ erleichtern, verbessern oder lediglich verschönern. Dazu zählt etwa auch das Verbessern der Sicherheit.¹¹⁹⁸ Durch die Implementierung in Form eines Add-ons bewegt sich der Nutzer nie ohne die Unterstützung des Add-ons im World Wide Web, da es, wenn es aktiviert ist, zeitgleich mit dem Browser gestartet wird. Ein Browser-Add-on bietet außerdem die Möglichkeit, Hinweise direkt im Browser zu platzieren. Werden dem Nutzer die Ergebnisse der Analyse im Browserfenster selbst angezeigt, ist ihm diese Form vertraut und er nimmt sie mit großer Wahrscheinlichkeit wahr.

Um den Nutzer effizient unterstützen zu können, muss das Add-on auch in der Lage sein, eine Vielzahl völlig unterschiedlich gestalteter Online-Versanddienste gleichermaßen zu bewerten. Nur dann kann der Nutzer effizient unterstützt werden. Es ist also zunächst eine automatisierte Prüfung („automated testing“) nötig, die dann automatisiert ein Ergebnis darüber generiert, ob ein Online-Versanddienst als vertrauenswürdig eingeschätzt wird oder nicht. Eine automatisierte Prüfung unterscheidet sich von einer manuellen Prüfung („manual testing“) ganz wesentlich dadurch, dass keine natürlichen Personen eingesetzt werden – die beispielsweise spezielle recht-

¹¹⁹⁶ Cichon 2005, XXXIII.

¹¹⁹⁷ Zur Unterscheidung zwischen Internet und World Wide Web anstelle vieler *Hornung*, MMR 2004, 4; *Kau* 2006, 23. In dieser Arbeit werden die Begriffe dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechend weitgehend synonym verwendet.

¹¹⁹⁸ Eisbär Media, *Browser Plugins*, Leipzig 2014, www.plugins.de/was-sind-plugins/browser-plugins.

liche oder technische Kenntnisse haben könnten. Die Vorteile einer automatisierten Prüfung sind die Kosteneffizienz, die Schnelligkeit der Prüfung und vor allem die Möglichkeit, eine große Menge an Online-Versanddiensten einzuschätzen. Das bringt insbesondere dem Nutzer und kleinen und mittelständigen Unternehmen¹¹⁹⁹ einen wesentlichen Vorteil. Den größten Nachteil stellt die Tatsache dar, dass eine automatisierte Prüfung im Umfang eingeschränkter ist als eine manuelle, da nur automatisiert erfassbare Merkmale herangezogen werden können.¹²⁰⁰

Dieser Nachteil lässt sich insoweit relativieren, dass der Nutzer vor allem durch Hinweise unterstützt werden soll, die ihm dabei helfen, die Vertrauenswürdigkeit eines Online-Versanddienstes einschätzen zu können. Letztlich bleibt die Entscheidung deshalb beim Nutzer. Es werden also auch keine Willenserklärungen delegiert, wie es beispielsweise bei Softwareagenten geschieht.¹²⁰¹ Es handelt sich vielmehr lediglich um eine Unterstützungsfunktion. Da eine manuelle Unterstützung nur einen sehr kleinen Bruchteil von Online-Versanddiensten umfassen kann und auch diese Ergebnisse kaum aktuell gehalten werden können, bietet eine automatisierte Prüfung zumindest eine gleichmäßige Unterstützung. Denn die Prüfung kann immer aktuell beim Aufruf eines Online-Versanddienstes oder sogar bei einzelnen Unterseiten durchgeführt werden.

5.2 Nicht-kooperativer Ansatz

Die automatisierte Prüfung kann bei jedem Online-Versanddienst durchgeführt werden – unabhängig vom Mitwirken jedes einzelnen Anbieters. Darin unterscheidet sich der Ansatz vom üblichen Vorgehen im verbraucher- und datenschutzrechtlichen Bereich, bei dem selektiv einzelne Anbieter oder Webseiten überprüft werden – sei es im Rahmen der Vergabe eines Online-Prüfsiegels oder durch die Verbraucherschutzverbände.

¹¹⁹⁹ Gerade diese sollen erklärter Maßen im E-Commerce gefördert werden. Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz, Build trust to boost online cross-border trade, says Internal Market Committee, www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2f%2fEP%2f%2fNONSGML%2bIM-PRESS%2b20121008IPR53130%2b0%2bDOC%2bPDF%2bV0%2f%2fEN, 1.

¹²⁰⁰ *Abou-Zahra*, in: Harper/Yesilada, 2008, 85 f. zu Accessibility (Barrierefreiheit).

¹²⁰¹ *Gitter/Roßnagel*, K&R 2003, 64; *Gitter* 2007.

5.2.1 Beispiele für kooperative Ansätze

Regelmäßig wird beim Verbraucher- und Datenschutz im Online-Handel auf die Zusammenarbeit mit dem Anbieter des Online-Versanddienstes gesetzt. Neben den Online-Prüfsiegeln können als Beispiel andere Forschungsprojekte wie „Verbraucherschutz durch Mitentscheidung bei Online-Verträgen“ sowie das internationale Platform for Privacy Preferences Project (P3P) genannt werden.

5.2.1.1 Verbraucherschutz durch Mitentscheidung bei Online-Verträgen

Das interdisziplinäre Forschungsprojekt „Verbraucherschutz durch Mitentscheidung bei Online-Verträgen“, das an der Universität Münster in den Jahren 2013 und 2014 durchgeführt wurde, beschäftigt sich mit der Möglichkeit, dem Verbraucher beim Abschluss von Online-Verträgen einen größeren Einfluss zu ermöglichen. Der Verbraucher soll die Möglichkeit erhalten, einzelne Vertragsklauseln zu ändern oder zu streichen. Im Fokus stehen dabei Klauseln, die die datenschutzrechtliche Einwilligung und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen betreffen, beispielsweise Kündigungsfristen und Vertragsverlängerungen. Dazu wurde in Zusammenarbeit von Rechtswissenschaftlern und Informatikern eine spezielle Benutzeroberfläche entwickelt.¹²⁰²

Dadurch wird dem Verbraucher die Möglichkeit eingeräumt, mehr als eine „Ja/Nein“- oder „Alles-oder-Nichts“-Entscheidung zu treffen. Er kann selbst an der Vertragsgestaltung teilnehmen – wenn auch nur in geringem Umfang.¹²⁰³ Entscheidend für die Einordnung als kooperativer Ansatz ist die Tatsache, dass der Verbraucher diese Möglichkeit nur erhält, wenn der Anbieter des Online-Shops es wünscht. Denn der Betreiber muss die Benutzeroberfläche in seine Webseite einbinden.¹²⁰⁴

¹²⁰² Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht Universität Münster (ITM), Verbraucherschutz durch Mitentscheidung bei Online-Verträgen, www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/forschung/projekte/verbraucherschutz-durch-mitentscheidung-bei-online-vertragen.

¹²⁰³ *Luhn/Bruns/Böhme*, Proceedings GI-Sicherheit 2014, 257 auch mit weiteren Studien und Ansätzen in diesem Bereich.

¹²⁰⁴ *Bruns/Luhn*, in: Taeger 2013, 859 ff.; *Luhn/Bruns/Böhme*, Proceedings GI-Sicherheit 2014, 258.

Bezogen auf die Vertrauenswürdigkeit kann die freiwillige Einbindung dieser Benutzeroberfläche dafür sprechen, dass der Betreiber des Online-Versanddienstes auf den Verbraucher und seine Interessen einzugehen bereit ist. Soweit sich dieser Ansatz auf dem Markt verbreitet, kann die Verwendung der Benutzeroberfläche als ein Merkmal für die Vertrauenswürdigkeit des Betreibers aufgenommen werden. Es kann auch detailliert ausgewertet werden, welche Klauseln vom jeweiligen Anbieter des Online-Versanddienstes zur Verfügung gestellt werden.

5.2.1.2 Standardisierte Datenschutzerklärungen in P3P

Neben den Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind bei der Nutzung von Online-Versanddiensten vor allem auch die Datenschutzerklärung und etwaige datenschutzrechtliche Einwilligungen entscheidend. Die Informationen, die ein Anbieter wenigstens in einer Datenschutzerklärung angeben muss, sind nach § 4 Abs. 3 BDSG die Identität der verantwortlichen Stelle, der Zweck und gegebenenfalls die Kategorien von Empfängern und nach § 13 Abs. 1 TMG Art, Umfang und Zwecke der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten sowie gegebenenfalls die Verarbeitung seiner Daten außerhalb der Europäischen Union.¹²⁰⁵ Regelmäßig sollen Datenschutzerklärungen auch Einwilligungen enthalten. Voraussetzung für das Einholen einer wirksamen datenschutzrechtlichen Einwilligung ist nach § 4a BDSG die freie, informierte Entscheidung des Betroffenen. Soweit die Einwilligung zusammen mit anderen Erklärungen abgegeben werden soll, muss sie besonders hervorgehoben werden. Bei Bestands- und Nutzungsdaten bestimmt sich die Formgültigkeit nach § 13 Abs. 2 TMG und bedarf unter anderem des Hinweises auf eine jederzeitige Widerrufsmöglichkeit.¹²⁰⁶

Um Datenschutzerklärungen so zu gestalten, dass sie automatisiert interpretiert werden können, legte das World Wide Web Consortium (W3C), eines „der wichtigsten Gremien für die Entwicklung technischer Standards im Internet“,¹²⁰⁷ einen technischen Standard fest. Platform for Privacy Preferences Project (P3P) entstand in internationaler Zusammenarbeit, bei der sowohl

¹²⁰⁵ Detailliert zum Inhalt der Unterrichtung s. Teil 2 Kapitel 3 3.6.1.1 Unterrichtspflicht.

¹²⁰⁶ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen an die Einwilligung s. Teil 2 Kapitel 3 3.2.2 Einwilligung.

¹²⁰⁷ *Lohse/Janetzko*, CR 2001, 55; detailliert zur Arbeitsweise des W3C und zur Entstehung von Empfehlungen 56 f.

juristische, technische und soziale Aspekte durch die verschiedenen Teilnehmer der Arbeitsgruppe betrachtet wurden.¹²⁰⁸ Der Standard gibt einen konzeptionellen, technischen und begrifflichen Rahmen¹²⁰⁹ für die Weitergabe von Informationen über den Datenschutz einer konkreten Webseite. Durch den Standard ergibt sich die Möglichkeit, diese Informationen zwischen Anbieter und Nutzer einer Webseite automatisiert auszutauschen und auszuwerten. Dazu ist neben der P3P-konformen und damit maschinenlesbaren Datenschutzerklärung auf der Webseite auch der Einsatz einer entsprechenden Client-Software¹²¹⁰ auf dem Computer des Nutzers nötig. Eine nach dem Standard erstellte Datenschutzerklärung kann dann automatisiert übertragen und von der Client-Software ausgewertet werden, indem die Angaben in der Datenschutzerklärung mit den Präferenzen des Nutzers abgeglichen werden.¹²¹¹ Eine solche Auswertung könnte auch das Browser-Add-on vornehmen und den Verbraucher abhängig vom Ergebnis des Vergleichs entweder auf die gewünschte Webseite weiterleiten oder warnen.¹²¹² Außerdem kann der Zugang zur Webseite vollständig blockiert werden.¹²¹³

Seit 2006 liegt der Standard in der Version P3P1.1 vor.¹²¹⁴ Umfassende Änderungen gegenüber P3P1.0 gab es jedoch nicht. P3P wurde so konstruiert, dass die auf der Webseite entsprechend dem Standard implementierte Datenschutzerklärung mit der P3P-Client-Software des Nutzers zusammenwirkt. Letztere ist in der Regel im Browser des Nutzers implementiert,¹²¹⁵ kann aber auch in einer zusätzlichen Software implementiert sein. Der Um-

¹²⁰⁸ Langheinrich, *digma* 2001, 33. Allgemein zur Entstehung von P3P Grimm/Rofßnagel, in: Kubicek u. a. 2000, 294 ff.

¹²⁰⁹ Lohse/Janetzko, CR 2001, 55

¹²¹⁰ Cranor, DuD 2000, 479 nennt als mögliche Client-Software den Browser, ein Add-on, einen Proxy oder andere Anwendungssoftware; Beispiele nennt Möller, DuD 2006, 99, Fußnote 10 m. V. a. www.datenschutzzentrum.de/selbstdatenschutz/p3p/; Hansen/Krause/Möller/Petri, in: BSI 2003, 153 f. besprechen verschiedene Tools.

¹²¹¹ Einen ähnlichen Ansatz verfolgt auch das Projekt ENDORSE Wass/Kurz, DuD 2012, 748 ff.; Create-Net, ENDORSE: A EU research project to guarantee privacy and protection in the processing of personal data, Trient 2011, www.create-net.org/news/endorse-eu-research-project-guarantee-privacy-and-protection-processing-personal-data.

¹²¹² Cranor, DuD 2000, 479.

¹²¹³ Detailliert dazu Hansen/Krause/Möller/Petri, in: BSI 2003, 152 und 154.

¹²¹⁴ W3C, The Platform for Privacy Preferences 1.1 (P3P1.1) Specification, www.w3.org/TR/2006/note-P3P11-20061113.

¹²¹⁵ Cranor 2002, 203; Möller, DuD 2006, 99, Fußnote 10 zu Internet Explorer ab Version 6 msdn.microsoft.com/en-us/library/ms537343 und Mozilla Firefox ab Version 1.5 www.datenschutzzentrum.de/selbstdatenschutz/p3p/p3p_moz.htm.

fang der vom Nutzer festlegbaren Präferenzen ist je nach P3P-Client-Software stark unterschiedlich.¹²¹⁶

Die maschinenlesbare Datenschutzerklärung wird zwischen dem Server, auf dem die Webseite gehostet wird, und der Client-Software kommuniziert. Hat der Nutzer dort seine persönlichen Datenschutz-Präferenzen hinterlegt, können die nach dem Standard erstellten Datenschutzerklärungen automatisiert übertragen, von der Client-Software ausgewertet und mit den angegebenen Präferenzen des Verbrauchers abgeglichen werden.¹²¹⁷ Dabei können auch verschiedene Unterseiten unterschiedliche Datenschutzerklärungen haben. So kann etwa das Surfen auf einer Seite ohne die Erhebung von personenbezogenen Daten angeboten werden, wohingegen auf der Unterseite, auf der sich der Nutzer registriert oder Waren bestellt, personenbezogene Daten erhoben und diese dann auch entsprechend der Datenschutzerklärung verarbeitet werden.¹²¹⁸

Durch einen Hinweis der Client-Software auf etwaige Abweichungen zwischen der Datenschutzerklärung und den Präferenzen des Nutzers, kann dieser wählen, ob er die jeweilige Webseite oder Unterseite besuchen möchte oder nicht. Es findet also das Prinzip „Notice and Choice“¹²¹⁹ Anwendung, das auch im Add-on verwendet wird. Neben der Rückmeldung von Abweichungen zwischen der Datenschutzerklärung und seinen Präferenzen kann der Nutzer in jedem Fall auch die Datenschutzerklärung manuell einsehen. Dabei kann er zum einen auf die immer zusätzlich vorhandene Datenschutzerklärung zurückgreifen. Zum anderen kann ihm die Client-Software eine strukturierte Übersicht anzeigen. Allein das reduziert den Aufwand für den Nutzer bereits, da er auf immer gleich strukturierte Angaben in seiner eigenen Sprache¹²²⁰ zugreifen kann, ohne diese vorher auf der Webseite suchen zu müssen.

¹²¹⁶ Hansen/Krause/Möller/Petri, in: BSI 2003, 153 f.

¹²¹⁷ Anstelle vieler Reagle/Cranor, CACM 1999, 49.

¹²¹⁸ Scholz 2003, 395; Lohse/Janetzko, CR 2001, 58.

¹²¹⁹ Anstelle vieler Roßnagel, in: Roßnagel. 2003, Kap. 3.4.Rn. 52. „Notice and Choice“ wird in den USA als Mindestbedingung für das Marktconcept „Fair Practices“ angesehen, nach dem die Datenverarbeitung in den USA funktioniert, Grimm/Roßnagel, DuD 2000, 448 und 450.

¹²²⁰ ULD, Projekt: P3P – Datenschutz für Internetsurfer, www.datenschutzzentrum.de/projekte/p3p/.

P3P besteht aus verschiedenen technischen Komponenten.¹²²¹ So wurden Daten-Schemata geschaffen, durch die festgelegt wurden, welche Datenarten vom Webseitenanbieter abgefragt werden können. Ebenso wurde ein standardisiertes Vokabular festgelegt, welches die datenschutzrelevanten Praktiken beschreibt. Dabei können Angaben über die Datenarten, den Zweck der Verarbeitung sowie möglicherweise Empfänger der Daten gemacht werden.¹²²² Dieses Vokabular kann durch die Client-Software automatisiert verarbeitet werden. Zusätzlich ist es möglich, eigene Erklärungen manuell hinzuzufügen. Diese Einträge sind jedoch nicht maschinenlesbar. Eine eigens festgelegte XML-Syntax hilft, die Informationen strukturiert zu beschreiben. Dadurch erfolgt eine strukturierte Zuordnung des standardisierten Vokabulars auf die Daten-Schemata.¹²²³ Zur Integration der P3P-konformen Datenschutzerklärung in die Webseite wurde ein Protokoll festgelegt. Der Transport der Datenschutzerklärung erfolgt über das Hypertext Transfer Protocol (http). Um dem Nutzer die Möglichkeit zu geben, seine datenschutzrechtlichen Präferenzen zu formulieren, wurde die Präferenz-Sprache „APPEL“ entworfen. Durch das Schaffen der genannten Komponenten sollte die Implementierung sowohl für die Implementation auf der Webseite als auch für die Client-Software erleichtert werden.¹²²⁴ Durch diese Komponenten ergeben sich aus technischer Sicht die Vorteile, dass die Datenschutzerklärungen auffindbar und aufgrund des einheitlichen Formats sowie der Struktur lesbar sind.¹²²⁵ Soweit P3P nicht verwendet wird, sind genau diese Punkte Herausforderungen für das automatisierte Auswerten, wie es in dieser Arbeit untersucht wird.

Ziel von P3P ist es, den Nutzer in seiner Entscheidungsfreiheit, eine Webseite zu nutzen oder nicht, zu unterstützen, indem ihm der damit einhergehende Datenumgang transparent mitgeteilt wird. Nur durch transparente Information des Nutzers ist dieser in der Lage, eine informierte Entscheidung zu treffen.¹²²⁶ Durch P3P wird die Aufmerksamkeit des Nutzers auf

¹²²¹ Zu den einzelnen Komponenten auch *Langheinrich*, *digma* 2001, 33.

¹²²² Beispiele aus dem Vokabular mit Erklärungen in *Reagle/Cranor*, *CACM* 1999, 52 f.

¹²²³ Allgemein zum automatisierten Auslesen und Vergleichen von Informationen in XML *Geuer-Pollmann/Schweitzer*, *DuD* 2000, 579 ff.

¹²²⁴ *Langheinrich*, *digma* 2001, 33 f.

¹²²⁵ *Geuer-Pollmann/Schweitzer*, *DuD* 2000, 579.

¹²²⁶ Transparenz sehen als Zweck etwa *Cavoukian/Gurski/Mulligan/Schwartz*, *DuD* 2000, 475 ff.; *Wenning/Köhntopp*, *DuD* 2001, 142 f.; *Grimm/Roßnagel*, in: *Kubicek u. a.* 2000, 300; *Greß*, *DuD* 2001, 146; *Hansen/Möller*, *DuD* 2003, 192.

die Datenschutzerklärungen gelenkt.¹²²⁷ Dabei entsteht eine generelle Sensibilität für den Datenschutz, ohne dass der Verbraucher in jedem Einzelfall seine Aufmerksamkeit auf die Datenschutzpraktiken des Anbieters richten muss. Der Entscheidungsprozess wird vereinheitlicht und kann damit an die Client-Software abgegeben werden.¹²²⁸ Das Sensibilisieren des Nutzers für den Datenschutz, ohne seine permanente Aufmerksamkeit zu beanspruchen ist auch Idee des hier beschriebenen Add-ons. Allerdings soll dem Nutzer die Entscheidung nicht komplett abgenommen werden. Das Ziel des Add-ons ist nur die Unterstützung bei der Entscheidung über die Vertrauenswürdigkeit. P3P ermöglicht es dem Nutzer, sich alle P3P-konformen Datenschutzerklärungen in seiner eigenen Sprache anzeigen zu lassen. Der Verbraucher findet alle datenschutzrelevanten Informationen immer an derselben Stelle und regelmäßig mit denselben, einfach verständlichen Formulierungen, sodass er auch selbstständig die Datenschutzerklärungen vergleichen könnte.¹²²⁹ Zusätzlich hat der Nutzer die Möglichkeit, sich rückblickend anzeigen zu lassen, wem er welche Informationen zur Verfügung gestellt hat und wie mit diesen umgegangen werden darf.¹²³⁰

Der Anbieter kann durch eine P3P-konform gestaltete Datenschutzerklärung seine gesetzliche Pflicht zur Unterrichtung des Nutzers erfüllen. Neben der datenschutzrechtlichen Unterrichtung können auch Teile der Anbieterkennzeichnung angegeben werden. Denn P3P ist an keinem bestimmten Rechtssystem ausgerichtet, sodass auch zusätzliche Informationen transportiert werden können.¹²³¹ Außerdem kann der Anbieter dem Nutzer signalisieren, dass er datenschutzkonform oder sogar besonders datenschutzfreundlich handelt. So kann er sich durch sein datenschutzrelevantes Verhalten gegenüber anderen Anbietern hervortun.¹²³² P3P soll als Ergänzung des rechtlich normierten Datenschutzes verstanden werden, dieses aber

¹²²⁷ Cavoukian/Gurski/Mulligan/Schwartz, DuD 2000, 476.

¹²²⁸ Reagle/Cranor, CACM 1999, 49.

¹²²⁹ Cavoukian/Gurski/Mulligan/Schwartz, DuD 2000, 476 f.; Wenning/Köhntopp, DuD 2001, 142

¹²³⁰ Enzmann, DuD 2000, 535

¹²³¹ Lohse/Janetzko, CR 2001, 61; Grimm/Roßnagel, in: Kubicek u. a. 2000, 300; Greß, DuD 2001, 146.

¹²³² Cavoukian/Gurski/Mulligan/Schwartz, DuD 2000, 476 f.; Wenning/Köhntopp, DuD 2001, 142.

nicht ersetzen.¹²³³ Es soll ein Beitrag zur Transparenz und zum Selbstschutz geleistet werden, durch den unter anderem bei datenschutzbewussten Nutzern Vertrauen in den Besuch von Webseiten gefördert wird.¹²³⁴

Die Analyse der Funktionsweise verdeutlicht, dass P3P dem Nutzer nur eine „Take it or leave it“¹²³⁵-Möglichkeit lässt. Er kann sich also lediglich entscheiden, ob er den Dienst zu den genannten Bedingungen benutzen möchte oder darauf verzichtet, aber nicht in Verhandlungen mit dem Anbieter treten.¹²³⁶ Ebenso wenig kann mit P3P überprüft werden, ob die in der Datenschutzerklärung gemachten Angaben mit dem tatsächlichen Verhalten des Diensteanbieters übereinstimmen.¹²³⁷ Die P3P-Client-Software kann jedoch eingeschränkt kontrollieren, wenn es beispielsweise um das Setzen von Cookies geht. Nach der Überprüfung der Vereinbarkeit der Datenschutzerklärung mit den Präferenzen des Nutzers kann die Software auch überprüfen, ob ein etwaiges Setzen von Cookies mit der Datenschutzerklärung konform ist. Falls dies nicht der Fall ist, kann beispielsweise die Annahme von Cookies durch die Software abgelehnt werden.¹²³⁸

Es ist der P3P-Client-Software jedoch niemals möglich zu überprüfen, wie die Daten verwendet werden. Insoweit trifft hier dieselbe Begrenzung zu, wie bei dem im Rahmen dieser Arbeit betrachtete Add-on. Auch andere Durchsetzungsmechanismen enthält P3P nicht. So kann es nicht sicherstellen, dass das bestehende Datenschutzrecht eingehalten wird.¹²³⁹ Der Zweck

¹²³³ Sehr deutlich auch *Grimm/Roßnagel*, in: Kubicek u. a. 2000, 301; *Lohse/Janetzko*, CR 2001, 61; *Enzmann*, DuD 2000, 539; *Cavoukian/Gurski/Mulligan/Schwartz*, DuD 2000, 478; *Greif*, DuD 2001, 149.

¹²³⁴ *Cranor*, DuD 2000, 479; *Greif*, DuD 2001, 149; *Cavoukian/Gurski/Mulligan/Schwartz*, DuD 2000, 475 ff.; *Scholz* 2003, 397; *Hansen/Krause/Möller/Petri*, in: BSI 2003, 161 f.

¹²³⁵ *Grimm/Roßnagel*, in: Kubicek u. a. 2000, 297; *Enzmann*, DuD 2000, 539.

¹²³⁶ Dies war ursprünglich angedacht – etwa in Form von eigenen Textvorschlägen oder einer Auswahl an Datenschutzerklärungen. Es wurde jedoch (zunächst) in der Umsetzung weggelassen. *Scholz* 2003, 396. Ob dafür allein die komplexe technische Umsetzung ausschlaggebend war (z. B. *Enzmann*, DuD 2000, 539) oder es sich dabei (auch) um „ein politisches Zugeständnis an die Diensteanbieter“ (*Grimm/Roßnagel*, in: Kubicek u. a. 2000, 298) handelt, die im W3C die Mehrheit darstellen, bleibt offen.

¹²³⁷ *Scholz* 2003, 396; *Langheinrich*, *digma* 2001, 32; *Möller*, Legal localization of P3P as a requirement for its privacy enhancing effect 2003, www.w3.org/2003/p3p-ww/pp/uld.html, 1 sieht die Wahrheitsmäßigkeit als verpflichtend für den Diensteanbieter, der P3P verwendet.

¹²³⁸ *Grimm/Roßnagel*, in: Kubicek u. a. 2000, 299; *Möller*, DuD 2006, 99.

¹²³⁹ *Cranor*, DuD 2000, 479; *Cavoukian/Gurski/Mulligan/Schwartz*, DuD 2000, 478; *Greif*, DuD 2001, 144.

von P3P ist insoweit auf die Transparenz beschränkt. Dies gilt auch bei Fragen des Datentransfers, der -speicherung und -sicherung, zu denen P3P keine Vorgaben macht.¹²⁴⁰ Insoweit wird der Funktionsumfang dadurch begrenzt, dass es sich bei P3P um ein rein technisches Instrument handelt.

Probleme ergeben sich auch, weil P3P grenzüberschreitend und unabhängig von einem konkreten Datenschutzregime konzipiert wurde. So ist es beispielsweise nicht möglich, mit P3P eine Einwilligung nach deutschem Datenschutzrecht einzuholen.¹²⁴¹ Die vorgegebenen Datenkategorien entsprechen nicht denen des deutschen Datenschutzrechts. Dasselbe gilt für die vorgegebenen Zwecke des Datenumgangs.¹²⁴² Zwar besteht die Möglichkeit, Elemente manuell, also in Klartext, festzulegen. Dabei entfallen jedoch wesentliche Vorteile von P3P: die Übersetzung der Datenschutzerklärung in die Sprache des Nutzers sowie die Möglichkeit der automatisierten Auswertung.¹²⁴³ Ebenso wenig fördert P3P die Einhaltung der Datensparsamkeit oder die Durchsetzung von Betroffenenrechten, wie der Auskunft, Sperrung oder Löschung.¹²⁴⁴

5.2.2 Vorteile eines nicht-kooperativen Ansatzes

P3P bietet bereits alle notwendigen Bestandteile, um Datenschutzerklärungen automatisiert auszuwerten. Benutzen Online-Versanddienste P3P für ihre Datenschutzerklärung, ist es deshalb möglich, eine automatisierte Auswertung vorzunehmen. Auch die Anzahl an Webseiten, die den Standard verwenden, ist in der Vergangenheit immer weiter angestiegen.¹²⁴⁵ Neben der reinen Rechtskonformität können auch persönliche Präferenzen des Verbrauchers in die Bewertung der Vertrauenswürdigkeit einfließen. Dies gilt jedoch nur, soweit die standardisierten und damit maschinenlesbaren Elemente verwendet werden.

¹²⁴⁰ Scholz 2003, 395.

¹²⁴¹ So auch Hansen/Krause/Möller/Petri, in: BSI 2003, 158 f.

¹²⁴² Scholz 2003, 397 und Grimm/Roßnagel, in: Kubicek u. a. 2000, 300 f. noch zum TDDSG; ausführlich zur Einwilligung Greß, DuD 2001, 147; zu den rechtlichen Anforderungen an die Zweckenbestimmung s. Teil 2 Kap. 3 Zweckbindung.

¹²⁴³ Enzmann, DuD 2000, 538

¹²⁴⁴ Grimm/Roßnagel, in: Kubicek u. a. 2000, 300.

¹²⁴⁵ Egelmann/Tsai/Cranor/Acquisti, CHI 2009, 320 kommt durch Heranziehen unterschiedlicher fremder Studien zu diesem Ergebnis.

Ein entsprechendes System könnte auch für Allgemeinen Geschäftsbedingungen geschaffen werden.¹²⁴⁶ Dabei wäre jedoch vermutlich eine weltweite Lösung schwer umsetzbar. Die Vorgaben etwa zum deutschen AGB-Recht sind dazu zu präzise. Es wäre aber eine Lösung vorstellbar, die sich zumindest am europäischen Recht orientiert. Jedoch bliebe es auch dann dabei, dass ein Add-on nur solche Online-Versanddienste bewerten könnte, die sich des Standards bedienen. Dasselbe gilt für das System, das dem Verbraucher Mitentscheidung bei der Vertragsgestaltung einräumen soll. Auch dieses basiert auf der Bereitschaft des Anbieters, sich aktiv um die Belange des Verbrauchers zu kümmern. Zusätzlich muss der Anbieter auch gewillt sein, mit dem Verbraucher über die Vertragsgestaltung zu diskutieren. Denn ohne die Implementierung kann er ganz allein über die Gestaltung des Vertrags bestimmen.

Die Möglichkeiten von Browser-Add-ons sind technisch jedoch nicht auf die Auswertung standardisierter, maschinenlesbarer Elemente beschränkt. Soweit andere automatisiert auslesbare Merkmale Aussagen über die Kundentreue- oder -feindlichkeit zulassen, können auch diese durch ein Add-on ausgewertet werden und damit unabhängig von der Kooperation des einzelnen Diensteanbieters eine Einschätzung gegeben werden. Merkmale bei der Einschätzung der formalen Gestaltung sowie bei den Inhalten und der technischen Gestaltung im Verbraucher- und Datenschutz benötigt.

Kapitel 2 Automatisierte Analyse der formalen Gestaltung

Sowohl im Verbraucher- als auch im Datenschutzrecht werden an verschiedenen Stellen Vorgaben zur formalen Gestaltung von Inhalten gemacht. Damit soll erreicht werden, dass der Nutzer besonders wichtige und deshalb gesetzlich vorgeschriebene Informationen auf der Webseite leicht finden kann und diese nicht unauffällig auf einer Unterseite versteckt werden. So enthalten etwa die Vorschriften zur Anbieterkennzeichnung sowie zu Preisangaben, zu Versandkosten und zu sonstigen Pflichtinformationen ein Transparenzgebot. Auch die wirksame Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Einwilligung in den Umgang mit personenbezogenen Daten des Betroffenen fordern eine bestimmte formale Gestaltung.

Ein Konzept zur Analyse automatisierten Analyse der Vertrauenswürdigkeit basierend auf dem Verbraucher- und Datenschutz eines Online-

¹²⁴⁶ So auch *Ranke*, MMR 2002, 511.

Versanddienstes muss die formale Gestaltung von Links, Texten und dem Bezahl-Button auswerten können. Dazu müssen zunächst Merkmale bestimmt werden, die automatisiert aus dem jeweiligen Online-Versanddienst ausgelesen werden können und die Aussagen darüber zulassen, ob die rechtlichen Anforderungen an die formale Gestaltung erfüllt wurden. Um solche automatisiert auslesbaren Merkmale zu identifizieren, muss auf informatives Wissen zurückgegriffen werden. Das technisch Mögliche (automatisiert auslesbare Merkmale) muss dann mit dem rechtlich Nötigen (Merkmale über die Einhaltung von Verbraucher und Datenschutz) zusammengebracht werden. Dabei ist dann für jeden Informationstyp konkret zu bestimmen, wie die Merkmale ausgestaltet sein müssen, um kundenfreundlich oder -feindlich zu sein. Die häufig sehr konkreten Vorgaben des Gesetzes und der Rechtsprechung zur formalen Gestaltung vereinfachen dies.

1 Formale Gestaltung eines Links

Das Recht ermöglicht an verschiedenen Stellen, verbraucher- und datenschutzrechtliche Anforderungen zu erfüllen, indem auf bestimmte Informationen verlinkt wird. Dabei handelt es sich um solche Informationen, die dem Nutzer zwar verfügbar gemacht, aber nicht zwangsweise angezeigt werden müssen. Weil diese Informationen dadurch nicht direkt einsehbar sind, sondern erst durch das Anklicken des Links, werden regelmäßig formale Anforderungen an die Gestaltung des Links gestellt. Merkmale über die formale Gestaltung eines Links, die automatisiert ausgelesen werden können, sind unabhängig von den Anforderungen des Rechts. Allerdings muss die Ausgestaltung der einzelnen Merkmale in Abhängigkeit der rechtlichen Anforderungen bestimmt werden.

1.1 Merkmale von Links

Durch die Analyse des Quellcodes sowie durch eine Layout- oder Struktur-Analyse¹²⁴⁷ lassen sich verschiedene Merkmale von Links automatisiert auslesen. Es kann festgestellt werden, welche Bezeichnung der Link trägt. Damit kann überprüft werden, ob die Beschriftung ausreichend klar und ver-

¹²⁴⁷ Zu den Möglichkeiten der Analyse s. Teil 3 Kapitel 1 4.1 Analyse der formalen Gestaltung.

ständig ist, damit der Nutzer die entsprechenden Informationen auch dort vermutet.

Außerdem kann das Add-on auch die Formatierung bestimmen. Dazu zählen Merkmale der Schrift, ihre Größe und Art, aber auch ihre Farbe. Durch einen Vergleich mit der Hintergrundfarbe kann dann auch eine Aussage über den Kontrast der Linkbeschriftung gemacht werden. Insgesamt können die Informationen über die Formatierung herangezogen werden, um Auskunft darüber zu geben, ob ein Link für den Nutzer deutlich erkennbar ist. Dasselbe gilt für die Position, an der der Link platziert wurde. Neben der Position des Links auf der Webseite kann auch die mögliche Nähe zu anderen Elementen erkannt werden, wie beispielsweise zu einer Checkbox, oder einem Button, also Elementen, die der Nutzer betätigen kann.

Zusätzliche Bedeutung hat vor allem das Ziel der Verlinkung. Führt ein Link nicht (wenigstens in einem zweiten Schritt) zum erwarteten Ziel, hilft dem Nutzer nicht, dass ein entsprechender Link besteht. Das Add-on kann zunächst bestimmen, ob ein Link überhaupt ein Ziel hat, das auch tatsächlich existiert, sodass der Link grundsätzlich funktionsfähig ist. Dann ist es möglich, automatisiert zu erkennen, ob es sich bei dem Ziel um eine Unterseite oder ein Dokument mit den gesuchten Informationen handelt. In diesem Zusammenhang kann auch erkannt werden, welches Format das Ziel des Links hat und ob beispielsweise Add-ons nötig sind, um diese Informationen aufzurufen.

Nach dieser abstrakten Auflistung der automatisiert auslesbaren Merkmale von Links, muss für jede Art von Information einzeln erörtert werden, wie die Merkmale ausgestaltet sein müssen, um die Vorgaben zur formalen Gestaltung zu erfüllen und diese damit für den Nutzer leicht zugänglich zu machen.

1.2 Link zur Anbieterkennzeichnung

Um die rechtlichen Anforderungen einzuhalten, ohne eine Webseite mit Informationen zu überfrachten, wird die Anbieterkennzeichnung häufig über Links verfügbar gemacht. Denn nach dem Transparenzgebot aus § 5 Abs. 1 TMG müssen sie nicht zwangsweise angezeigt werden, sondern auf der

Webseite lediglich „leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar“ sein.¹²⁴⁸

Um zu überprüfen, ob eine eindeutige Bezeichnung für den Link gewählt wurde, analysiert das Add-on die Beschriftung von Links. Gesucht werden die Begriffe „Anbieterkennzeichnung“, „Kontakt“, „Impressum“, „(Über) uns/mich“ oder „Unternehmensangaben“. Diese weisen den Nutzer darauf hin, dass er dort die Anbieterkennzeichnung finden kann. Durch einen Vergleich mit Standardwerten kann die Software analysieren, ob die Beschriftung für den Nutzer gut lesbar ist. Außerdem wird überprüft, ob die Schriftart und -größe sowie -farbe mindestens genauso gut erkennbar sind, wie die anderen Angaben der Unterseite, insbesondere im Navigationsbereich, soweit der Link zur Anbieterkennzeichnung in diesem Bereich steht. Auch die Position des Links ist relevant. Soweit er im Navigationsbereich oder außerhalb, aber dennoch ganz oben, unten oder am Rand positioniert wurde, spricht dies für eine gute Wahrnehmbarkeit.

Um zu erkennen, ob die richtige Unterseite oder das richtige Dokument verlinkt wurde, kann überprüft werden, ob die Überschrift eine der zulässigen Link-Beschriftungen enthält. Außerdem kann geprüft werden, ob die Informationen dort gefunden werden können.¹²⁴⁹ Durch die Struktur der Webseite kann überprüft werden, ob das Ziel von jeder Unterseite aus über maximal zwei Links auf die Anbieterkennzeichnung zugegriffen werden kann, wie es gesetzlich gefordert ist. Der Aufruf über nur einen Klick spricht für eine besonders verbraucherfreundliche Umsetzung dieser Anforderung.

Zusätzlich kann die Verfügbarkeit der Angaben zumindest in dem jeweiligen Zeitpunkt geprüft werden, indem die Funktionsfähigkeit und das Ziel des Links automatisiert ausgelesen werden. Auch eine etwaige Kostenpflicht beim Aufruf der Pflichtinformationen würde ohne zusätzliche Prüfung erkannt, da die Informationen dann erst nach Überwindung einer Sperre abgerufen werden könnten, bei der die Zahlung erfolgen oder bewiesen werden müsste, etwa der Eingabe der Zahlungsdaten. Dadurch könnte das Ziel des Links nicht mehr automatisiert aufgerufen werden. Insgesamt kann automatisiert eine Aussage zu allen Aspekten der formalen

¹²⁴⁸ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2 6.2 Formale Gestaltung der Anbieterkennzeichnung.

¹²⁴⁹ Detailliert zum Erkennen der Unterseite s. Teil 3 Kapitel 2 2.2 Anbieterkennzeichnung und zum Erkennen der Informationen s. Teil 3 Kapitel 3 2 Automatisierte Analyse der Angabe von Pflichtinformationen.

Gestaltung getroffen werden, die für einen Link zur Anbieterkennzeichnung relevant sind.

1.3 Link zu vorvertraglichen Pflichtinformationen

Neben der Anbieterkennzeichnung werden regelmäßig auch andere Pflichtinformationen durch Verlinkung zugänglich gemacht, wenn sie nicht zwingend angezeigt werden müssen. Dazu zählen die vorvertraglichen Pflichtinformationen im Fernabsatz. Dabei muss der Link nach § 312d Abs. 1 i. V. m. Art. 246a § 4 EGBGB „in klarer und verständlicher Weise“ angegeben werden. Ebenso sind die Pflichtinformationen aus § 312i Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB, die der Anbieter im elektronischen Geschäftsverkehr bereithalten muss, dem Verbraucher vor Abschluss des Vertrags mitzuteilen – müssen ihm aber nicht zwingend angezeigt werden. Auch eine Verlinkung der Informationen erfüllt demnach die Pflicht. Der Link muss jedoch gewährleisten, dass die Informationen „klar und verständlich“ sind. Dazu können jeweils die Kriterien der leichten Erkennbarkeit, unmittelbaren Erreichbarkeit und ständigen Verfügbarkeit herangezogen werden.¹²⁵⁰ Insoweit kann also bei Formatierung, Positionierung und dem Ziel des Links auf die vorausgegangenen Ausführungen verwiesen werden.

Problematisch ist jedoch zum einen die Feststellung, welche Bezeichnung ein solcher Link führen soll, und zum anderen ebenso, welche Bezeichnung das Ziel des Links tragen sollte. Die Informationspflichten werden in der Praxis an sehr unterschiedlichen Stellen der Webseite angebracht. Es bietet sich die Angabe innerhalb der Anbieterkennzeichnung, in getrennten Kundeninformationen oder auch in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen an, soweit diese bereits vor dem Bestellvorgang aufgerufen werden können. Es gibt demnach nicht eine bestimmte Unterseite auf der die Informationen voraussichtlich zu finden sind, sondern mehrere Optionen. Deshalb sind zunächst die konkreten Informationen zu suchen¹²⁵¹ und erst dann kann überprüft werden, ob die Informationen dem Verbraucher auch vor Vertragsabschluss zur Verfügung stehen, also ein Link zu den Informationen führt.

¹²⁵⁰ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2 3.2.2.1 Vorvertragliche Information und Teil 2 Kapitel 2 4.1.2 Formale Gestaltung der Information im elektronischen Geschäftsverkehr.

¹²⁵¹ Detailliert zum Erkennen der Informationen s. Teil 3 Kapitel 3 2 Automatisierte Analyse der Angabe von Pflichtinformationen.

Dabei ist eine gute Erkennbarkeit nur dann gewährleistet, wenn die Informationen im Rahmen der Anbieterkennzeichnung, Allgemeinen Geschäftsbedingungen oder bei Kundeninformationen enthalten sind. Insgesamt lassen sich die formalen Gestaltungsanforderungen an Links, die zu den vorvertraglichen Informationspflichten führen, nicht immer, aber zumindest teilweise vollständig analysieren.

1.4 Link zu den Versandkosten

Obwohl der Diensteanbieter nach § 1 Abs. 2 i. V. m. PAngV verpflichtet ist, die konkrete Höhe der Versandkosten zwangsweise anzuzeigen, kann zunächst auf der Angebotsseite ein Link zu einer ausführlichen Erklärung über die Berechnung der Versandkosten erfolgen, da sich die Versandkosten in der Regel nicht einem einzelnen Artikel zuordnen lassen, sondern einer Bestellung insgesamt und sich dadurch bei der Zusammenstellung der Bestellung noch ändern können. Ein solcher Link muss jedoch eindeutig zugeordnet, leicht erkennbar und deutlich lesbar sein. Deshalb muss er an einer Stelle platziert werden, die am Blickfang teilnimmt und einen Bezug zu Kosten erkennen lässt.¹²⁵²

Die Beschriftung des Links muss darauf hinweisen, dass das Ziel des Links Informationen über die Versandkosten bereithält. Zulässige Beschriftungen sind „zzgl. Versand-/Lieferkosten“, „+ Lieferung/Versand“ sowie Kombinationen oder nur der Hinweis auf „Versandkosten“ oder „Lieferkosten“. Die Formatierung des Links ist so zu wählen, dass er ohne weiteres erkannt werden kann. Durch einen Vergleich mit der Formatierung anderer Inhalte auf der Webseite kann das Add-on ermitteln, ob die Verlinkung wenigstens genauso deutlich ist. Außerdem kann die Position herangezogen werden. Der Link muss in der Nähe zu einer Preisangabe stehen.¹²⁵³

Es ist zudem unzureichend, wenn die Angaben nur in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sind. Dies kann automatisiert überprüft werden, indem das Ziel des Links ausgelesen wird. Um transparent zu informieren, muss das Ziel eine Formulierung wie „(Informationen über) Versand/Liefer(-kosten)(-übersicht/-bedingungen)/Lieferung“ enthalten. Ins-

¹²⁵² Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2 5.2 Formale Gestaltung der Preisangaben.

¹²⁵³ Detailliert zum Erkennen von Preisangaben s. Teil 3 Kapitel 3 2.1 Universelle Pflichtinformationen.

gesamt kann ein Add-on sehr genau analysieren, ob die Anforderungen an die formale Gestaltung eines Links eingehalten wurden, der über die Versandkosten informiert.

1.5 Link zu den Zahlungsmitteln

Weitere formale Anforderungen ergeben sich im Zusammenhang mit Informationen über Zahlungsmitteln aus § 312j Abs. 1 BGB. Danach müssen spätestens bei Beginn des Bestellvorgangs die allgemein akzeptierten Zahlungsmittel angegeben werden. Die Information im Bestellprozess, also nach Einlegen von Waren in den Warenkorb, allein ist nicht ausreichend. Die Informationen müssen dem Verbraucher allerdings nicht zwangsweise angezeigt werden. Auch die Verlinkung der Informationen ist ausreichend, wenn diese klar und deutlich auf die Informationen hinweist.¹²⁵⁴

Der Link zu den Zahlungsinformationen muss bereits vor dem Bestellprozess aufgerufen werden können. Es bietet sich deshalb eine Verlinkung im Navigationsbereich an oder auf jeder Unterseite, auf der eine Ware betrachtet werden kann. Dies lässt sich durch eine Strukturanalyse automatisiert auslesen. Zudem muss die Beschriftung deutlich darauf hinweisen, dass damit die Information über die akzeptierten Zahlungsmittel aufgerufen werden können. Neben „Zahlungsmittel“ bietet sich auch eine andere Beschriftung mit dem Stichwort „Zahlung“ an, etwa „Informationen über Zahlungsmöglichkeiten“. Eine solche Beschriftung kann automatisiert per Texterkennung gefunden werden. Ob der Link auf die richtige Unterseite und damit das richtige Ziel verweist, kann festgestellt werden, wenn die Aufzählung der Zahlungsmittel automatisiert erkannt werden kann.¹²⁵⁵ Bezüglich der formalen Anforderungen an die klare und deutliche Gestaltung kann des Weiteren auf das zuvor Geschriebene verwiesen werden. Insgesamt kann automatisiert gut erkannt werden, ob die formalen Anforderungen an einen Link zu den Zahlungsmitteln eingehalten wurden.

¹²⁵⁴ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2 3.2.2 Formale Gestaltung der Information im Fernabsatz.

¹²⁵⁵ Detailliert zum Erkennen der Zahlungsmittel s. Teil 3 Kapitel 3 2.1 Universelle Pflichtinformationen.

1.6 Link zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Um Allgemeine Geschäftsbedingungen wirksam in den Vertragsschluss einzubeziehen, müssen diese nicht direkt angezeigt werden. Es kann auf sie auch nur verlinkt werden. Dies ist in der Praxis weit verbreitet. Nach § 305 Abs. 2 BGB müssen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zur wirksamen Einbeziehung zumutbar zur Kenntnis genommen werden können und bei Vertragsabschluss ein ausdrücklicher Hinweis auf sie erfolgen.¹²⁵⁶

Zunächst muss die Beschriftung des Links eindeutig sein, sodass der Verbraucher weiß, dass er dort die Vertragsbedingungen findet. In Betracht kommen die Bezeichnungen „Allgemeine Geschäftsbedingungen“, „AGB“, „Vertrag(-sbestimmungen/-bedingungen)“, „Verkaufsbedingungen“ oder „Vereinbarung“. Der Link muss außerdem gut sichtbar sein. Dazu sind die Formatierungsmerkmale und die Position auszuwerten. Die Formatierung muss mindestens den übrigen Seiteninhalten entsprechen. Außerdem muss der Link in einem eigenen Absatz sein, um sich vom übrigen Text abzuheben. Die Position des Links gibt außerdem Auskunft darüber, ob der Hinweis bei Vertragsschluss erfolgt ist. Befindet sich der Link in unmittelbarer Nähe des Bezahl-Buttons,¹²⁵⁷ sodass beide auf einen Blick erfasst werden können, erfolgt der Hinweis vor der Willenserklärung des Verbrauchers und damit rechtzeitig.

Die Nähe von Link und Bezahl-Button kann außerdem herangezogen werden, um zu prüfen, ob der Verbraucher mit der Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen einverstanden ist. Bei unmittelbarem räumlichem Bezug kann davon ausgegangen werden, dass mit Betätigen des Bezahl-Buttons auch das Einverständnis zur Einbeziehung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegeben wird. Auch die Nähe des Links zu einer Checkbox, die aktiviert werden muss, um die Bestellung abzuschließen, kann dieses Einverständnis ausdrücken und automatisiert erkannt werden.

Für einen wirksamen Einbezug der Allgemeinen Geschäftsbedingungen muss der Link direkt auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen führen. Dementsprechend muss das Ziel des Links der AGB-Text sein. An der Verwendung der zur Beschriftung genannten Begriffe, insbesondere in der

¹²⁵⁶ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2 2.2 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

¹²⁵⁷ Detailliert zum Erkennen des Bezahl-Buttons s. Teil 3 Kapitel 2 3 Formale Gestaltung des Bezahl-Buttons.

Überschrift des Linkziels, kann erkannt werden, ob dieser am Ziel des Links aufzufinden ist.¹²⁵⁸ Zusammenfassend kann ein Add-on aufgrund der automatisierten Analyse einer Webseite die Einhaltung der formalen Gestaltung von Links zur Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen gut einschätzen.

1.7 Link zur datenschutzrechtlichen Unterrichtung

Auch die Pflicht zur datenschutzrechtlichen Unterrichtung kann durch die Verlinkung der Informationen erfüllt werden, wobei sie dazu bestimmte formale Gestaltungsanforderungen erfüllen müssen. Diese ergeben sich aus § 13 Abs. 1 TMG. Danach sind die Informationen zu Beginn des Nutzungsvorgangs in allgemein verständlicher Form bereitzustellen und dann zum jederzeitigen Abruf bereitzuhalten. Die Unterrichtung nach § 4 Abs. 3 BDSG muss rechtzeitig vor dem Umgang mit den Daten erfolgen.¹²⁵⁹

Damit der Nutzer die entsprechenden Informationen hinter einem Link vermutet, muss er entsprechend beschriftet sein. Als Begriffe, deren Vorliegen oder Nichtvorliegen automatisiert erkannt werden können, kommen „(Informationen/Hinweise zum) Datenschutz (-hinweise/-erklärung/-richtlinie)“ sowie „Privacy (Policy)“ und „Privatsphäre“ in Betracht. Damit der Link vom Nutzer auch zur Kenntnis genommen wird, ist die Formatierung des Links dahingehend zu prüfen, ob sie mit den sonstigen Seiteninhalten wenigstens identisch ist. Soweit die Verlinkung im Navigationsbereich erfolgt, so genügt eine Formatierung entsprechend den übrigen Links.

Damit die Informationen dem Nutzer zum frühestmöglichen Zeitpunkt vorliegen, muss der Link auf jeder Unterseite der Webseite positioniert sein. Aus diesem Grund befindet sich der Link regelmäßig im Navigationsbereich, insbesondere ganz oben oder ganz unten auf der Webseite. Das Ziel des Links kann an denselben Begriffen erkannt werden, die auch zur Beschriftung des Links genutzt wurden.

Eine weitere Gestaltungsanforderung bestimmt, dass die Informationen jederzeit abrufbar sein müssen, das heißt bereitgehalten werden und verfü-

¹²⁵⁸ Detailliert zum Erkennen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen s. Teil 3 Kapitel 2 2.6 Allgemeine Geschäftsbedingungen.

¹²⁵⁹ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 3 3.6.1.2 Formale Gestaltung der datenschutzrechtlichen Unterrichtung.

bar sind. Zumindest für den konkreten Augenblick kann dies aufgrund der Funktionsfähigkeit und des korrekten Ziels des Links überprüft werden. Zusammenfassend ermöglicht eine automatisierte Analyse, formale Gestaltungsanforderungen an Links zur datenschutzrechtlichen Unterrichtung sehr umfassend zu überprüfen.

1.8 Link zur datenschutzrechtlichen Einwilligung

Eine Verlinkung kann ebenso genutzt werden, um die datenschutzrechtliche Einwilligung vom Nutzer einzuholen. Nach § 4a BDSG muss die Einwilligung informiert, bewusst und gewollt, eindeutig und bestimmt sowie freiwillig und formgültig erteilt werden. Für Daten, die dem Telemediengesetz unterliegen, bestimmt § 13 Abs. 2 TMG, dass die Einwilligung elektronisch erklärt werden kann, soweit sie bewusst und eindeutig mit elektronischen Mitteln erklärt sowie protokolliert wird. Zudem muss der Nutzer den Inhalt der Einwilligung jederzeit abrufen können.¹²⁶⁰

Als Beschriftung kommen „zustimmen“, „(sich) einverstanden erklären/sein“ oder „einwilligen“ in verschiedenen Konjugationsformen in Betracht, insbesondere in der ersten Person Singular („ich“). Außerdem ist auch die Verwendung in nominativer Form möglich, wie „Zustimmung/Einverständnis/Einwilligung (erteilen/erklären)“. Bezüglich der Formatierung gilt dasselbe wie bei der Einwilligung in Allgemeine Geschäftsbedingungen durch Verlinkung.

Der Nutzer kann seine Einwilligung nur erklären, wenn der Link zum Einwilligungstext in unmittelbarer Nähe zu einer Checkbox, einem Button oder beidem abschließt. Auch dies kann automatisiert ausgelesen werden. Soweit kein Mittel vorgesehen ist, mit dem der Nutzer seinen Willen erklären kann, kann dieser auch nicht aufgrund der Nutzung des Online-Versanddienstes geschlussfolgert werden.

Zusätzlich kann durch das Add-on ausgelesen werden, ob die Checkbox bei Aufruf der Seite aktiviert ist oder nicht. Eine datenschutzfreundliche Gestaltung trifft keine Vorauswahl. Es ist als datenschutzfreundlich zu bewerten, wenn sowohl das Aktivieren einer Checkbox als auch das Betätigen des Buttons nötig ist, um die Einwilligung zu erteilen. Insgesamt kann die Einhaltung der formalen Gestaltungsanforderungen an Links, die der daten-

¹²⁶⁰ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 3 3.2.2 Einwilligung.

schutzrechtlichen Einwilligung dienen, weitgehend automatisiert analysiert werden, wobei bereits die Vielfalt an Bezeichnungen auffällt.

1.9 Umfang einer Auswertung der formalen Gestaltung von Links

Die formalen Gestaltungsanforderungen an Links können sehr umfassend automatisiert überprüft werden. Allerdings ist in allen genannten Fällen eine Verlinkung nicht Voraussetzung für die Einhaltung der rechtlichen Anforderungen. Stattdessen kann der Zugang zu den einzelnen Angaben auch direkt ermöglicht werden. Nur soweit die Technik der Verlinkung genutzt wird, kann die Einhaltung der rechtlichen Vorgaben durch die zuvor genannten Merkmale überprüft werden. In diesem Fall ist der Aussagewert aufgrund der automatisierten Analyse aber sehr hoch.

2 Formale Gestaltung eines Textes

Neben den Links sind vor allem die Angaben selbst daraufhin zu überprüfen, ob die formalen Gestaltungsanforderungen erfüllt wurden. Das gilt unabhängig davon, ob die Angaben auf der jeweiligen Unterseite direkt erscheinen oder erst nach dem Aufruf eines Links.

2.1 Merkmale formaler Textgestaltung

Die Anforderungen an die formale Gestaltung von Texten sind weitgehend identisch mit den Anforderungen an Links. Dementsprechend sind auch die Merkmale zum Teil identisch. Vor allem aufgrund der Länge ganzer Textteile kommen jedoch weitere Merkmale hinzu, die automatisiert geprüft werden können.¹²⁶¹ Wie bei den Links muss auch bei Texten zunächst bestimmt werden, um welchen es sich handelt. Dies kann durch Analyse des gesamten Textes erfolgen. Dabei sollte eine Analyse bei der Überschrift beginnen, da gerade diese für die Transparenz der Textgestaltung wichtig ist, weil sie vom Nutzer als Erstes wahrgenommen und zur Orientierung genutzt wird.

Ebenfalls können Merkmale der Formatierung herangezogen werden, um zu beurteilen, ob ein Inhalt transparent gestaltet wurde. Neben der Schriftgröße, -art, -farbe und Kontrast – einzelner Abschnitte oder des gesamten

¹²⁶¹ Detailliert zu den Möglichkeiten der Analyse s. Teil 3 Kapitel 1 4.1 Analyse der formalen Gestaltung.

Textes – kann auch automatisiert ausgelesen werden, ob eine Untergliederung des Textes in Absätze erfolgt ist und ob diese etwa durch Zwischenüberschriften strukturiert wurden. Dies erhöht die Übersichtlichkeit insbesondere bei längeren Texten. Gerade bei kürzeren Texten kann außerdem die Position für die Einhaltung rechtlicher Anforderungen an die formale Gestaltung relevant sein. So können die Position des Textes auf der Webseite und die Nähe zu einer Checkbox oder einem Button für die Beurteilung der Einbeziehung und deutlichen Wahrnehmbarkeit herangezogen werden. Ebenso kann ausgelesen, wenn auf einer Unterseite Textfelder vorhanden sind. Damit kann festgestellt werden, ob die Möglichkeit zur Eingabe personenbezogener Daten besteht. Auch die Beschriftung von etwaigen Textfeldern kann automatisiert ausgelesen werden.

Zusätzlich kann das Add-on feststellen, wenn Plug-ins nötig sind, um die Inhalte anzuzeigen oder wenn die Anzeige nur in Pop-up-Fenstern erfolgt. Beides reduziert die Möglichkeit der Wahrnehmung, da einerseits nicht jeder Nutzer beliebige Plug-ins installiert hat und andererseits viele Nutzer Pop-up-Fenster blockieren. Um sicherzustellen, dass nicht nur die gesuchten Begriffe, aber keine anderen Inhalte des Online-Versanddienstes auf Deutsch formuliert sind, kann die Software schließlich eine Sprachanalyse durchführen.

2.2 Anbieterkennzeichnung

Um zu bewerten, ob die formalen Gestaltungsanforderungen an die Anbieterkennzeichnung erfüllt sind, müssen den relevanten Merkmalen bestimmte Werte zugeordnet werden. Diese bestimmen, wann die Anforderungen der § 5 TMG und § 55 Abs. 1 RStV erfüllt sind und die Pflichtinformationen also „leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar“ sind.¹²⁶²

Um die formale Gestaltung der Anbieterkennzeichnung zu überprüfen, muss zunächst erkannt werden, welcher Text die zu überprüfenden Informationen enthält. Dazu kann auf die Begriffe zurückgegriffen werden, die zur Analyse der Beschriftung von Links verwendet wurden. Die Anbieterkennzeichnung muss deshalb Begriffe wie „Anbieterkennzeichnung“, „Kon-

¹²⁶² Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2 6.2 Formale Gestaltung der Anbieterkennzeichnung.

takt“, „Impressum“, „(Über) uns/mich“ oder „Unternehmensangaben“ in der Überschrift enthalten. Wird auf die Informationen nicht durch einen entsprechend gestalteten Link hingewiesen,¹²⁶³ müssen die Informationen auf jeder Unterseite zu finden sein, da der Nutzer ohne entsprechende Verlinkung nicht erkennen kann, über welche der Unterseiten er zu den Informationen gelangen soll.

Um die unmittelbare Erreichbarkeit der Informationen zu gewährleisten, müssen sie in einer weit verbreiteten, üblichen Art bereitgehalten werden. Es dürfen keine Plug-ins nötig sein, um sich die Informationen anzeigen zu lassen, denn nicht jeder Nutzer hat entsprechende Add-ons installiert und es kann ihm nicht zugemutet werden, diese zu installieren, um an die Pflichtangaben über den Anbieter zu gelangen. Die Verwendung von Plug-ins kann automatisch ausgelesen werden. Dasselbe gilt für die Anzeige der Informationen einzig in Pop-up-Fenstern. Dies ist nicht zulässig.

Wie bei der Analyse der Links ermöglichen die Merkmale der Formatierung und die Position der Informationen die automatisierte Überprüfung der leichten Erkennbarkeit und deutlichen Wahrnehmbarkeit der Informationen. Es genügt dabei, wenn die Informationen mindestens ebenso deutlich gestaltet sind, wie die sonstigen Inhalte der Unterseite, denn sie dürfen vor allem nicht zwischen anderen Informationen versteckt sein. Insgesamt lassen sich die Anforderungen an die formale Gestaltung der Anbieterkennzeichnung selbst gut durch ein Add-on automatisiert analysieren.

2.3 Preisangaben

Auch die Preisangabenverordnung enthält neben der Pflicht, die Gesamt- und Grundpreise anzugeben, Anforderungen an die formale Gestaltung dieser Angaben. Damit ist für den Verbraucher zum einen eine Entgeltspflicht eindeutig erkennbar und zum anderen sind die gegebenen Informationen unmissverständlich und außerdem für einen Vergleich geeignet. Allgemeine Anforderungen an die formale Gestaltung der Preisangaben macht § 1 Abs. 6 PAngV, der Preiswahrheit und Preisklarheit sowie die eindeutige Zuordnung, leichte Erkennbarkeit, deutliche Lesbarkeit oder sonstige gute Wahrnehmbarkeit fordert. Neben diesem bestimmt § 4 Abs. 4 Var. 3 PAngV, dass die Preise unmittelbar bei den Abbildungen oder Beschreibungen der

¹²⁶³ Zur Analyse des Links s. Teil 3 Kapitel 2 1.2 Link zur Anbieterkennzeichnung.

Waren genannt werden müssen. § 2 Abs. 1 PAngV enthält spezielle formale Gestaltungsanforderungen für die Grundpreisangaben.¹²⁶⁴

Um zu analysieren, ob die Preisangaben formal korrekt gestaltet wurden, ist es nicht nötig, dass zunächst bestimmte Unterseiten erkannt werden, auf denen die Informationen angegeben werden müssen. Vielmehr sind alle Stellen, an denen Preise angegeben werden, daraufhin zu analysieren, ob sie die Anforderungen an die formale Gestaltung erfüllen. In formaler Hinsicht fordert die Preiswahrheit die Angabe der Preise in Euro, weil nur deutsche Online-Versanddiensten analysiert werden sollen. Bei diesen wird die Bezahlung in Euro verlangt. Durch Textsuche kann automatisiert erfasst werden, ob Preise (auch) in Euro oder nur in einer anderen Währung auf der jeweiligen Unterseite angegeben sind. Die Angabe in Euro kann durch den Zusatz „€“, „Euro“ oder „EUR“ vor oder nach einer Zahlenfolge erkannt werden.

Um der Preisklarheit zu genügen, ist aus formaler Sicht eine eindeutige äußere Gestaltung nötig. Dies gilt auch für die leichte Erkennbar-, deutliche Lesbar- oder sonst gute Wahrnehmbarkeit. Dazu müssen die Preise optisch hervorgehoben sein. Dies ergibt sich aus der Formatierung und der Position der Angaben. Die Preisangaben müssen sich optisch von den sonstigen Seiteninhalten abheben. Die Gefahr versteckter Preisangaben besteht vor allem, wenn die Preisangaben wie der restliche Text formatiert sind. Entscheidend sind nicht nur Schriftart, -größe, -farbe und der Kontrast, sondern auch mögliche gestalterische Elemente wie Rahmen und farbliche Hinterlegungen. Typischer Weise wird eine auffällige Farbe, eine größere Schriftgröße oder Fettdruck genutzt. Außerdem besteht die Möglichkeit, den Preis beispielsweise isoliert in einer eigenen Zeile, ggf. mit Abstand zum restlichen Text anzuzeigen. Dazu können Informationen über die Position der Angabe auf der Unterseite herangezogen werden.

Die eindeutige Zuordnung und Unmittelbarkeit der Angaben kann durch die Position des Gesamtpreises in der unmittelbaren Nähe eines Produktbildes oder einer Artikelbeschreibung festgestellt werden. Für die Grundpreise sowie Versandkosten und den Hinweis auf inbegriffene Steuern ist eine eindeutige Zuordnung etwa auch durch einen Sternchenhinweis möglich. Auch eine solche Möglichkeit muss automatisiert erkannt werden kön-

¹²⁶⁴ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2 5.2 Formale Gestaltung der Preisangaben.

nen, um zuverlässig einzuschätzen, ob eine eindeutige Zuordnung vorliegt. Dabei ist eine automatisierte Auswertung der in der Nähe zum Preis befindlichen Zeichen wie Sternchen („*“) oder Referenznummern („1“, „1“, ...) möglich, die ein Pendant im Bereich des Blickfangs haben müssen, also beispielsweise in der Nähe eines Produktbilds oder der Überschrift, die die Artikelbezeichnung enthält. Auch wenn nicht mit Sicherheit bestimmt werden kann, dass alle möglichen Sichtverweise auch automatisiert erkannt werden können, gilt dies jedoch für die in der Praxis am häufigsten vorkommenden Gestaltungsweisen. Das Zeichen muss an einem Begriff stehen, der auf die Kosten hinweist, auf die es verweist. In Frage kommen Kombinationen aus „zzgl.“ oder „zuzüglich“, „exkl.“ oder „exklusive“ oder „+“ oder „plus“ und „Versand(-kosten)“, „Lieferkosten“ oder „Lieferung“.

Zusätzlich müssen Grundpreise in unmittelbarer Nähe des Gesamtpreises stehen. Durch die Auswertung der in räumlicher Nähe zum Gesamtpreis befindlichen Angaben kann automatisiert eingeschätzt werden, ob die Grundpreisangabe beim Blick auf den Gesamtpreis automatisch wahrgenommen werden kann. Der Grundpreis kann dadurch bestimmt werden, dass die Preisangabe mit den Begriffen „je“, „pro“ oder dem Schrägstrich („/“) in Relation zu einer Standardgröße gesetzt wird. Als Standardgrößen kommen unter anderem Gramm („g“), Kilogramm („kg“), Milliliter („ml“), Liter („l“), Stück oder Packung in Betracht. Außerdem kann durch einen Vergleich der Formatierung beider Preise festgestellt werden, ob der Gesamtpreis – entgegen der rechtlichen Anforderungen – gegenüber dem Grundpreis in den Hintergrund tritt.

Insgesamt ist also abhängig von der jeweiligen Angabe zu unterscheiden, welche formalen Anforderungen erfüllt und damit auch welche Merkmale geprüft werden müssen. Eine Aussage über die Einhaltung der formalen Gestaltungsanforderungen bei den Preisangaben ist weitestgehend möglich.

2.4 Vorvertragliche Pflichtinformationen

Anforderungen an die formale Gestaltung der vorvertraglichen Pflichtinformationen ergeben sich im Fernabsatzrecht aus § 312d Abs. 1 i. V. m. Art. 246a § 4 EGBGB. Zum einen muss die Angabe der Informationen zu einem bestimmten Zeitpunkt, nämlich vor Abgabe der Willenserklärung des Verbrauchers, erfolgen. Zum anderen muss sie mediengerecht gestaltet so-

wie klar und verständlich sein.¹²⁶⁵ Auch § 312i Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und § 312j Abs. 2 BGB schreiben eine vorvertragliche Information des Verbrauchers vor. Dabei werden unterschiedliche Anforderungen an die formale Gestaltung der Information gestellt. Die allgemeine Informationen nach § 312i Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB müssen ähnlich den vorvertraglichen Pflichtinformationen im Fernabsatzrecht gestaltet sein, also vor Abgabe der Willenserklärung des Verbrauchers und rechtzeitig zur Kenntnis genommen werden können sowie klar und verständlich sein.¹²⁶⁶ Die in § 312j Abs. 2 genannten Informationspflichten zum Schutz der Verbraucher vor Kostenfallen sind ebenfalls klar und verständlich zu gestalten. Zusätzlich sind sie aber auch hervorzuheben und müssen dem Verbraucher unmittelbar vor Abgabe der Bestellung angezeigt werden.¹²⁶⁷

Zur Einschätzung der gemeinsamen Anforderung der Klarheit und Verständlichkeit ist, wie bei den zuvor genannten rechtlichen Anforderungen, wiederum auf die Formatierung und die Position abzustellen. Bei der Einschätzung der Übersichtlichkeit der umfangreichen Informationen des Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 1-16 EGBGB kann zum einen der Umfang der Inhalte und zum anderen die Strukturierung der Inhalte, etwa durch Absätze oder Zwischenüberschriften, erfasst werden. Dabei sollten nicht mehr als etwa 150 Wörter in einem Absatz vorkommen, um einerseits den Nutzer nicht mit Informationen zu „erschlagen“ und andererseits nicht mit dem Vorwurf konfrontiert zu werden, Informationen zu verstecken.

Es kann außerdem kontrolliert werden, ob die allgemeinen Informationen bereits vor Vertragsschluss entweder angezeigt werden oder zumindest über einen Link aufgerufen werden können. Durch eine Strukturanalyse lassen sich Aussagen zur Verfügbarkeit der Information durch Links treffen, durch die Textanalyse Aussagen zum Vorhalten der Informationen. Verbraucherfreundlich ist zu bewerten, wenn diese Analyse ergibt, dass die Informationen bereits vor Einlegen der Waren in den Warenkorb für den Verbraucher verfügbar waren.

Dazu müssen jedoch alle verfügbaren Informationen durchsucht werden, da nicht (einschränkend) festgelegt werden kann, wo diese Information erfolgt.

¹²⁶⁵ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2 3.2.2.1 Vorvertragliche Information.

¹²⁶⁶ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2 4.1.2 Formale Gestaltung der Information im elektronischen Geschäftsverkehr.

¹²⁶⁷ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2 4.4 Button-Lösung.

Um den Suchaufwand für das Add-on zu verringern, ist ein Bereich im Online-Versanddienst festzulegen, der analysiert werden soll. Da das Add-on lediglich auf die Rechenkapazität des Computers des Nutzers zugreifen kann, ist sie insoweit beschränkt. Häufig finden sich die Informationspflichten in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen,¹²⁶⁸ obwohl sie regelmäßig keine Vertragsbedingungen darstellen. Etwas anderes gilt für die Informationen nach Art. 246a EGBGB, die gemäß § 312d Abs. 1 Satz 2 BGB auch Vertragsinhalt werden.

Ohne weiteres ist es zudem möglich zu prüfen, dass zur Kenntnisnahme der Pflichtinformationen kein Medienwechsel nötig ist, da automatisiert nur die Informationen ausgelesen werden können, die online und damit in demselben Medium verfügbar sind. Ebenso kann das Add-on automatisiert erkennen, wenn Informationen entgegen der mediengerechten Gestaltung nicht auf einer Unterseite, sondern etwa nur in einem Pop-up-Fenster zur Verfügung gestellt werden.

Für die in § 312j Abs. 2 BGB genannten Informationen ist der Zeitpunkt der Information genauer festgelegt. Sie müssen dem Verbraucher unmittelbar vor Abgabe der Bestellung angezeigt werden. Es genügt deshalb nicht, wenn nur ein Link zu den Informationen führen. Die Informationen müssen auf der Unterseite angezeigt werden, auf der auch der Bezahl-Button zu finden ist.¹²⁶⁹ Konkret müssen sie in direkter räumlicher Nähe dazu stehen. Es dürfen keine anderen Gestaltungselemente zwischen den Pflichtinformationen und dem Bezahl-Button sein, die den Verbraucher ablenken können. Das Add-on kann dies automatisiert auslesen. Für eine verbraucherfreundliche Gestaltung müssen sich die Informationen unmittelbar oberhalb des Bezahl-Buttons befinden. Eine unzulässige Gestaltung liegt vor, wenn die Informationen außerhalb des typischen Betrachtungsbereichs, etwa am oberen oder seitlichen Rand, angebracht wurden.

Zusätzlich müssen die Informationen in hervorgehobener Weise angezeigt werden. Dies kann das Add-on automatisiert feststellen, indem die Formatierungsmerkmale mit denen der übrigen Seiteninhalte verglichen werden und ein „Mehr“ vorliegt. Dazu kann auch ein Gestaltungselement, wie ein Rahmen, beitragen. Durch einen Vergleich der Formatierung kann auch

¹²⁶⁸ *Buchmann*, K&R 2013, 538.

¹²⁶⁹ Detailliert zum Erkennen des Bezahl-Buttons s. Teil 3 Kapitel 2 3 Formale Gestaltung des Bezahl-Buttons.

ausgeschlossen werden, dass viele Inhalte neben den Pflichtinformationen hervorgehoben wurden. Dies gilt allerdings nur, soweit automatisiert bestimmt werden kann, welche Inhalte Pflichtinformationen sind.¹²⁷⁰ Ist dies nur für einen (geringen) Teil der Pflichtinformationen möglich, kann automatisiert nicht erkannt werden, ob sonstige hervorgehobene Inhalte der Unterseite die nicht automatisiert erkennbaren Pflichtinformationen oder andere Inhalte sind. Damit wird auch die Möglichkeit erschwert, automatisiert zu erkennen, wenn eine Hervorhebung nicht durch die Formatierung erfolgt. Außerdem ist es möglich, dass die Informationen dadurch hervorgehoben werden, dass (nahezu) keine anderen Inhalte auf der Unterseite enthalten sind. Auch dies kann jedoch automatisiert nur erkannt werden, wenn nahezu alle Inhalte auf der Unterseite mit dem Bezahl-Button als Pflichtinformationen identifiziert werden konnten. Dasselbe gilt für die automatisierte Auswertung, ob die Pflichtinformationen von anderen Inhalten abgesetzt wurden, indem sie etwa in einem eigenen Abschnitt oder Absatz angezeigt werden. Andernfalls ist es nicht möglich, zwischen Pflichtinformationen und anderen Inhalten automatisiert zu unterscheiden.

Die automatisierte Auswertung der formalen Gestaltung ist also nur theoretisch umfänglich möglich. Sie hängt wesentlich davon ab, inwieweit es möglich ist, die Pflichtinformationen als solche zu erkennen. Im Zusammenspiel mit den Möglichkeiten der automatisierten Auswertung von Pflichtinformationen sind deshalb Einschränkungen zu machen.

2.5 Zusatzzahlungen und Zahlungsmittel

Weitere formale Anforderungen ergeben sich im Zusammenhang mit Zahlungen. § 312a Abs. 3 BGB verpflichtet Anbieter von Online-Versanddiensten, Zusatzzahlungen nicht durch Voreinstellungen zu vereinbaren.¹²⁷¹ Außerdem müssen die allgemein akzeptierten Zahlungsmittel dem Verbraucher nach § 312j Abs. 1 BGB spätestens bei Beginn des Bestellvorgangs, also nicht erst im Bestellprozess deutlich angegeben werden.¹²⁷²

¹²⁷⁰ Detailliert zum Erkennen der Informationen s. Teil 3 Kapitel 3 2 Automatisierte Analyse der Angabe von Pflichtinformationen.

¹²⁷¹ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 23.1 Zahlungsbeschränkungen.

¹²⁷² Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2 4.1.2 Formale Gestaltung der Information im elektronischen Geschäftsverkehr.

Eine Voreinstellung kann abstrakt ausgelesen werden, da Checkboxen automatisiert erkennbar sind. Ebenso kann entweder im Quelltext oder durch Auswertung der fertig geladenen Unterseite festgestellt werden, ob eine Checkbox vorausgewählt ist. Allerdings muss auch erkannt werden, dass durch die Vorauswahl Zusatzkosten vereinbart werden sollen. Dazu genügt jeglicher Hinweis auf Kosten in dem Text neben der Checkbox. Es ist sowohl ein sprachlicher Hinweis auf „Kosten“ oder „Zahlung“ sowie die Angabe der Kostenhöhe durch Angabe eines Preises¹²⁷³ möglich.

Die Informationen über die allgemein akzeptierten Zahlungsmittel können dem Verbraucher nicht nur durch einen Link, sondern auch direkt auf jeder Unterseite des Online-Versanddienstes angezeigt werden. Dazu bieten sich vor allem auch die Symbole etwa der Kreditkartenunternehmen an. Auch diese erfüllen die Anforderungen an eine klare und deutliche Information. Werden die Informationen auf jeder Unterseite angegeben, müssen sie zumindest der Formatierung der Navigationsbereiche entsprechen und dürfen nicht weniger deutlich lesbar und erkennbar sein. Werden sie auf einer eigenen Unterseite angezeigt, sollte die ausschließliche Verwendung der Symbole nicht genügen, da ausreichender Platz für eine deutlichere Information des Verbrauchers besteht. Die Formatierung muss dann mindestens den übrigen Inhalten der Unterseite entsprechen.

Die formalen Anforderungen an die beiden Pflichtangaben – zusätzliche Zahlungen und die akzeptierten Zahlungsmittel – lassen sich demnach automatisiert in weiten Teilen erkennen. Soweit sie bei der automatisierten Analyse nicht erkannt werden, ist fraglich, ob sie den Anforderungen an die Klarheit und Deutlichkeit genügen.

2.6 Allgemeine Geschäftsbedingungen

Die formale Gestaltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen richtet sich nach den Anforderungen an ihren wirksamen Einbezug gemäß §§ 305 Abs. 2 und 3 sowie 305a bis c BGB.¹²⁷⁴ Anforderungen an die Gestaltung des AGB-Textes selbst ergeben sich unabhängig davon, ob auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen durch einen Link verwiesen wurde oder diese direkt

¹²⁷³ Detailliert zum Erkennen von Preisen s. Teil 3 Kapitel 3 2.1 Universelle Pflichtinformationen.

¹²⁷⁴ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2 2.2 Einbeziehung Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

angezeigt werden. Dabei ist die direkte Anzeige, beispielsweise im Rahmen eines „Click-Wrap-Verfahrens“ als verbraucherfreundlicher zu bewerten, da der Verbraucher zwar immer noch nicht gezwungen ist, diese zu lesen, aber einen größeren Anreiz hat, sie – etwa zumindest auszugsweise oder überblicksweise – zur Kenntnis zu nehmen. Typische Implementierungen eines Click-Wrap-Verfahrens können automatisiert im Quelltext erkannt werden.¹²⁷⁵

Um das Vorliegen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu erkennen und einen entsprechenden Teil der Webseite als solche zu identifizieren, kann eine Textanalyse Unterseiten oder Dokumente mit folgenden Begriffen im Titel suchen: „(Allgemeine) Geschäftsbedingungen“, „AGB“, „Vertrag(-sbestimmungen/-bedingungen)“, „Verkaufsbedingungen“ oder schlicht „Vereinbarung“.¹²⁷⁶

Soweit der ausdrückliche Hinweis auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht bereits im Rahmen der automatisierten Auswertung von Links überprüft wurde, müssen die Allgemeinen Geschäftsbedingungen selbst formal so gestaltet sein, dass sie nicht übersehen werden können. Dies ist auch relevant für die Frage der zumutbaren Kenntnisnahme. Entscheidend sind vor allem die Formatierung und Position der Klauseln. Insoweit kann auf die Ausführungen zur Analyse des Links verwiesen werden.¹²⁷⁷

Zusätzlich ist für eine zumutbare Kenntnisnahme nötig, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht unangemessen lang sind. Eine konkrete Seitenanzahl oder Wortanzahl kann dafür nicht festgelegt werden, da längere Texte unter Umständen dennoch leichter zur Kenntnis genommen werden können als kurze, wenn sie dafür eine klarere Sprache oder Erläuterungen beinhalten. Allgemeine Geschäftsbedingungen, die eine Länge von fünf Seiten übersteigen sind jedoch zumindest als kritisch zu betrachten, da im Fokus dieser Arbeit einfache Verbrauchsgüterkäufe stehen. Auch eine geringere Seitenzahl ließe sich als Grenzwert vertreten. Da das Add-on jedoch nicht unterscheiden kann, ob beispielsweise anstelle von Massenware speziell anzupassende Stücke verkauft werden, ist eine gewisse Toleranz nötig. Die Seitenlänge wird außerdem nie als einziges Merkmal gewertet, sondern

¹²⁷⁵ Bei HTML-Webseiten beispielsweise am Quellcode SELFHTML e. V., Eingebettete Frames definieren, Hof Kreien 2005, de.selfhtml.org/html/frames/eingebettete.htm.

¹²⁷⁶ So bereits in *Boos*, VuR 2014, 49.

¹²⁷⁷ Detailliert zum Erkennen des Links s. Teil 3 Kapitel 2 1.6 Link zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

immer zusammen mit der Vielzahl sonstiger Merkmale bezüglich der Gestaltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

Als positiv kann gewertet werden, wenn die Allgemeinen Geschäftsbedingungen in überschaubare Abschnitte unterteilt und mit Zwischenüberschriften gegliedert wurden. Beides kann das Add-on ebenso automatisiert auswerten wie die Sprache der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Da in dieser Arbeit nur deutsche Webseiten untersucht werden, müssen die Vertragsbedingungen auch in Deutsch formuliert sein. Außerdem ist die deutsche Sprache Voraussetzung für die automatisierte Analyse der Inhalte.

Insgesamt ist es durch die automatisierte Analyse der Allgemeinen Geschäftsbedingungen möglich, zunächst eine Aussage über die Einhaltung der Anforderungen an die formale Gestaltung zu treffen. Dabei ist es bei der Frage der Verständlichkeit nicht möglich, eine genaue Bewertung vorzunehmen. Es kann jedoch anhand einer Vielzahl von Merkmalen eine Einschätzung zur formalen Gestaltung insgesamt getroffen werden.

2.7 Datenschutzerklärung

Wie das Verbraucherschutzrecht stellt auch das Datenschutzrecht Anforderungen an die formale Gestaltung der Pflichtinformationen. Eine datenschutzrechtliche Unterrichtung ist immer dann nötig, wenn überhaupt mit personenbezogenen Daten umgegangen wird. Da bei Online-Versanddiensten davon ausgegangen werden kann, dass zumindest ab einem bestimmten Zeitpunkt im Bestellprozess mit personenbezogenen Daten umgegangen wird, ist bereits das Nichtvorhandensein einer solchen Unterrichtung aussagekräftig. Fehlt sie gänzlich, stellt dies einen Verstoß gegen das Datenschutzrecht dar. Obwohl eine bestimmte Form für die Unterrichtung nicht vorgegeben ist, wird der Unternehmer seine Unterrichtungspflicht jedoch mit überaus großer Wahrscheinlichkeit dadurch erfüllen, dass er die Pflichtinformationen lesbar und nicht etwa als Audiodatei im Online-Versanddienst vorhält.¹²⁷⁸ Dadurch bietet die Analyse der Texte ein probates Mittel.

Da die Datenschutzerklärung nach § 13 Abs. 1 TMG in allgemein verständlicher Form und zu Beginn der Nutzung, also zu einem frühestmöglichen

¹²⁷⁸ So auch *Scholz 2003*, 324 f.

Zeitpunkt, sowie nach § 4 Abs. 3 BDSG rechtzeitig vorliegen muss,¹²⁷⁹ muss sie so bezeichnet sein, dass sie vom Nutzer ohne Suchen gefunden und aufgerufen werden kann. Deshalb kann eine automatisierte Analyse auf gängige und damit für den Nutzer leicht erkennbare Begriffe beschränkt werden. Als Begriffe sind, wie bei den Links, „Datenschutz“, „Datenschutzerklärung“, „Datenschutzhinweise“, „Datenschutzrichtlinie“ oder „Privacy (Policy oder Statement)“ üblich.¹²⁸⁰ Außerdem müssen die Informationen – wenn sie nicht von jeder Unterseite aus über einen Link erreichbar sind – auf jeder einzelnen Unterseite vorgehalten werden und damit auch ausgelesen werden können. Dabei ist die Unterrichtung in einem Pop-up-Fenster nicht ausreichend und würde von dem Add-on erkannt.

Unabhängig von der möglicherweise englischsprachigen Überschrift muss die Unterrichtung selbst in deutscher Sprache gehalten sein. Dies kann das Add-on analysieren. Um zu überprüfen, ob die Unterrichtung jederzeit abgerufen werden kann, kann zumindest der aktuelle Zustand der Webseite geprüft werden, also ob die Information allgemein zugänglich bereitgehalten wird und verfügbar ist. Zusammenfassend bestehen nur wenige formale Gestaltungsanforderungen an die datenschutzrechtliche Unterrichtung. Diese können automatisiert überprüft werden.

2.8 Datenschutzrechtliche Einwilligung

Anders als die Datenschutzerklärung ist eine Einwilligung nur in bestimmten Fällen nötig, nämlich immer dann, wenn der Datenumgang über das gesetzlich erlaubte Maß hinausgehen soll. Die Anforderungen an die datenschutzrechtliche Einwilligung bestimmt § 4a BDSG und § 13 Abs. 2 TMG. Anforderungen an die formale Gestaltung ergeben sich aus den Erfordernissen der bewussten und gewollten sowie formgültigen Einwilligung.¹²⁸¹

Eine Einwilligung kann an der Verwendung bestimmter Formulierungen erkannt werden.¹²⁸² Dazu zählen „zustimmen“, „(sich) einverstanden erklä-

¹²⁷⁹ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Formale Gestaltung der datenschutzrechtlichen Unterrichtung.

¹²⁸⁰ Detailliert zum Erkennen des entsprechenden Links s. Teil 3 Kapitel 2 1.7 Link zur datenschutzrechtlichen Unterrichtung.

¹²⁸¹ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 3 3.2.2 Einwilligung.

¹²⁸² Detailliert zum Erkennen des entsprechenden Links s. Teil 3 Kapitel 2 1.8 Link zur datenschutzrechtlichen Einwilligung.

ren/sein“ oder „einwilligen“ sowie „Zustimmung/Einverständnis/Einwilligung erteilen/erklären“.¹²⁸³ Allerdings werden Einwilligungstexte häufig in den Datenschutzerklärungen „versteckt“. Zum Auffinden der Datenschutzerklärung kann auf die Analyse im Rahmen der Linkgestaltung zurückgegriffen werden.¹²⁸⁴ Gerade, wenn die Einwilligungserklärungen innerhalb der Datenschutzerklärung gefunden werden kann, ist die formale Gestaltung dieses Textteils entscheidend.

Um formgültig erteilt zu werden, reicht für Bestands- und Nutzungsdaten ein elektronisches Erklären der Einwilligung. Dies ist bei einer Einwilligung über den Online-Versanddienst immer der Fall. Voraussetzung dafür, dass die elektronische Erklärung ausreicht, ist aus formaler Sicht zunächst die bewusste und eindeutige Erklärung. Dazu kann überprüft werden, dass in unmittelbarer Nähe zu der Einwilligungs-Formulierung eine Checkbox oder ein Button vorhanden ist. Soweit eine Einwilligung per E-Mail eingeholt werden soll, ist der Erhalt einer solchen E-Mail nicht durch das Add-on auslesbar.¹²⁸⁵ Automatisiert kann jedoch zumindest erkannt werden, wenn anstelle oder zusätzlich zu einer Checkbox oder einem Button ein Textfeld zur Eingabe der E-Mail-Adresse vorhanden ist. Da es datenschutzrechtlich zulässig ist, lediglich die Möglichkeit des Opt-outs vorzusehen, ist auch diese in der Praxis verbreitet und muss automatisiert erkannt werden können. Buttons und Checkboxes sind automatisiert erkennbar. Dabei kann auch festgestellt werden, ob die Checkbox bei Aufruf der Webseite aktiviert ist oder nicht, sodass auch das automatisierte Auswerten dieser datenschutzunfreundlicheren Lösung möglich ist.

Außerdem wird die Protokollierung der Einwilligung gefordert, die jedoch nicht im Online-Versanddienst erkannt werden kann, sondern auf den dahinterliegenden Servern erfolgt. Darauf kann ein Add-on, das nur beim Verbraucher installiert wurde, nicht zugreifen. Automatisiert kann jedoch festgestellt werden, ob die Möglichkeit besteht, den Inhalt der Einwilligung vom Nutzer abzurufen. Dabei kann das Add-on zwar nicht die jederzeitige

¹²⁸³ Jeweils auch in verschiedenen Konjugationsformen.

¹²⁸⁴ Detailliert zum Erkennen der Datenschutzerklärung s. Teil 3 Kapitel 2 2.7 Datenschutzerklärung.

¹²⁸⁵ Theoretisch wäre eine Erweiterung des Add-ons möglich, die auch den elektronischen Posteingang des Nutzers kontrolliert. Neben grundsätzlichen datenschutzrechtlichen Bedenken setzt eine solche Technik auch eine starke Erweiterung des Funktionsumfangs der Software voraus und ist somit nicht Teil des hier betrachteten Tools.

Verfügbarkeit bestimmen. Es kann jedoch auslesen, ob der Text über die Webseite aufgerufen werden kann.

Soll in den Umgang mit Inhaltsdaten eingewilligt werden, besteht nach § 4a Abs. 1 Satz 3 BDSG ein Schriftformerfordernis. Schriftform ist online nicht möglich. Allerdings kann anstelle dieser gemäß § 126a BGB auch die elektronische Form verwendet werden. Dazu wäre eine qualifizierte elektronische Signatur der Einwilligung nötig.¹²⁸⁶ Elektronische Signaturen haben den Zweck, die Unterschrift im Internet rechtswirksam zu ersetzen.¹²⁸⁷ Deshalb haben sie das Potential, dass die Einwilligung formgültig über das Internet erteilt wird. Allerdings sind Signaturen in der Praxis der Online-Versanddienste bisher nicht angekommen. Um die elektronische Form einzuhalten, müsste der Nutzer beispielsweise den Einwilligungstext herunterladen, das Dokument mit dem Text dann signieren und dem Anbieter dieses signierte Dokument zukommen lassen. Ein solcher Vorgang wäre nicht automatisiert erkennbar, ist aber in der Praxis auch kaum vorstellbar, sodass die Einwilligung in den Umgang mit Inhaltsdaten weder erkannt noch analysiert werden kann.

Eine weitere formale Gestaltungsanforderung ergibt sich aus § 4a Abs. 1 Satz 4 BDSG, wonach die Einwilligung, wenn sie zusammen mit anderen Erklärungen angezeigt wird, hervorgehoben werden muss. Eine entsprechende Hervorhebung kann anhand der Formatierung des Textes im Vergleich zum angrenzenden Text automatisiert ausgewertet werden. Dabei sind die Formatierung, Fettdruck oder gestalterische Elemente wie Rahmen ebenso zu beachten wie Absätze. Wenn die datenschutzrechtliche Einwilligung und die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zwar nicht in einem Text enthalten, aber auf einer Unterseite erklärt werden, kann auch automatisiert ausgelesen werden, ob die unterschiedlichen Erklärungen jeweils in einem eigenen Abschnitt oder Absatz angezeigt und so für den Nutzer als separate Erklärungen wahrnehmbar werden.

Insgesamt ist es also möglich, die formalen Gestaltungsanforderungen an die datenschutzrechtliche Einwilligung weitgehend automatisiert zu bewerten. Allerdings ist aufgrund der vielfältigen Gestaltungsmöglichkeiten keine umfassende Bestimmung möglich.

¹²⁸⁶ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 3 3.2.2 Einwilligung.

¹²⁸⁷ *Brisch/Brisch*, in: Hoeren/Sieber/Holznapel 2014, Teil 13.3, Rn. 183 ff.

2.9 Umfang einer Auswertung der formalen Gestaltung von Texten

Formale Gestaltungsanforderungen, die nicht automatisiert abgeprüft werden können, sind solche, die den Versand und Inhalt von E-Mails betreffen. Durch die Betrachtung der Webseite kann nicht automatisiert der Versand und Inhalt einer E-Mail ausgelesen werden, weil dieser außerhalb der Webseite erfolgt. Damit kann auch die Anforderung der Textform und eines dauerhaften Datenträgers allgemein sowie die Inhalte, die in dieser Form dem Verbraucher zugänglich gemacht werden sollen, nicht automatisiert geprüft werden. Denn die E-Mail ist die einzige im Online-Handel übliche Variante der Textform, die online übertragen wird.

Damit kann weder der Versand der Widerrufsbelehrung nach § 312d Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 2 EGBGB, der Bestellbestätigung nach § 312j Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BGB noch der nachvertraglichen Informationspflichten im Fernabsatz nach § 312f Abs. 2 BGB überprüft werden. Auch die Inhalte können nicht automatisiert ausgelesen werden. Eine Ausnahme kann nur teilweise für die Widerrufsbelehrung gelten, da diese oft zusätzlich wiedergegeben wird. Jedoch ist für Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 2 EGBGB lediglich die Widerrufserklärung relevant, die dem Verbraucher auf einem dauerhaften Datenträger übermittelt wurde. Ebenfalls ist eine Spam-Kontrolle, also die Überprüfung des Versands von elektronischer Post und kommerzieller Kommunikation (§ 6 Abs. 2 TMG bzw. § 7 Abs. 2 Nr. 3 und 4 oder Abs. 3 UWG), aufgrund des fehlenden Zugriffs auf die vom Online-Versanddienst an den Nutzer versendeten E-Mails nicht möglich.

Ansonsten kann das Add-on weitgehende Informationen über die formale Gestaltung unterschiedlicher Texte analysieren. Die Ergebnisse sind zwar teilweise eingeschränkt, können jedoch einen guten Eindruck von der Gestaltung der Webseite vermitteln.

3 Formale Gestaltung des Bezahl-Buttons

Besondere Anforderungen an die formale Gestaltung formuliert § 312j Abs. 3 Satz 1 BGB. Danach muss unter anderem jeder Anbieter eines Online-Versanddienstes dafür sorgen, dass ein Verbraucher beim Bestellvorgang ausdrücklich bestätigt, dass er sich damit zu einer Zahlung verpflichtet. Muss der Verbraucher zum Bestellen eine Schaltfläche betätigen, ist diese gut lesbar mit der Aufschrift „zahlungspflichtig bestellen“ oder einem ähn-

lich leicht verständlichen und eindeutigen Hinweis zu versehen (Satz 2). Wird gegen diese Vorgaben verstoßen, kommt nach Abs. 4 kein Vertrag zustande.¹²⁸⁸

Durch die Auswertung der formalen Gestaltung des Bezahl-Buttons kann der Verbraucher darauf aufmerksam gemacht werden, wenn er auf einer Unterseite des Online-Versanddienstes angekommen ist, auf der zwar ein Bezahl-Button vorhanden ist, dieser aber nicht den formalen Anforderungen entspricht, etwa weil die Beschriftung aufgrund der Formatierung kaum lesbar oder die gewählte Beschriftung zweideutig¹²⁸⁹ ist. Auch wenn ein solcher Vertrag nicht zustande käme, soll vermieden werden, dass der Verbraucher in unnötige Streitigkeiten mit dem Anbieter einer Kostenfalle verwickelt wird. Dazu wird der Verbraucher auf einen solchen nur vermeintlichen Bezahl-Button hingewiesen. Der Verbraucher muss auch deshalb darauf hingewiesen werden, wenn die Schaltfläche nicht alle analysierten Merkmale erfüllt, da die gesetzlichen Bestimmungen immer noch Graubereiche zulassen, bei denen nicht mit Sicherheit die Rechtskonformität angenommen werden kann.¹²⁹⁰

3.1 Beschriftung eines Bezahl-Buttons

Um einen Bezahl-Button als solches zu erkennen, können dieselben Methoden und Merkmale herangezogen werden, wie bei der Analyse der formalen Gestaltung von Links. Zunächst ist vor allem auf die Beschriftung abzustellen. Das Add-on muss deshalb die Beschriftung von Buttons, aber auch Hyperlinks sowie Texten in unmittelbarer Nähe zu Checkboxes auswerten. Dabei ist nach den Begriffen „zahlungspflichtig bestellen“, „kostenpflichtig bestellen“, „zahlungspflichtigen Vertrag schließen“, „Vertrag schließen (kostenpflichtig)“, „kaufen“, „jetzt kaufen“, „Euro“ und „€“ zu suchen. Allerdings ist die Bezeichnung „Euro“ oder „€“ keine eindeutige Bezeichnung,

¹²⁸⁸ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2 4.4 Button-Lösung. Die folgenden Ausführungen wurden unter dem Titel „Rechtliche und technische Nutzerunterstützung bei der Button-Lösung, Ein Lösungsvorschlag zur Erkennbarkeit von Kostenfallen als dem immer noch ungelösten Kernproblem“ zusammen mit *Steffen Bartsch* und *Melanie Volkamer* in CR 2014, 119 ff. veröffentlicht. Die rechtlichen Ausführungen gehen allein auf die Autorin zurück.

¹²⁸⁹ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2 4.4 Button-Lösung.

¹²⁹⁰ So bereits in *Boos/Bartsch/Volkamer*, CR 2014, 126.

wenn sie nicht allein oder nur zusammen mit einem konkreten Betrag auf einer Schaltfläche erscheint.¹²⁹¹

Es können jedoch auch weitere Beschriftungen, die Vorgaben des Gesetzgebers erfüllen. Technisch ist es möglich, zusätzliche Formulierungen sowie bestimmte Kombinationen zu erkennen, wenn sie in einer Liste zuvor zusammengetragen und in das Add-on aufgenommen wurden. Eine solche Liste kann jedoch nicht den Anspruch der Vollständigkeit erheben, solange keine abschließende Liste an zulässigen Formulierungen existiert. Durch eine regelmäßige Aktualisierung aufgrund neuer Literatur und Gerichtsentscheidungen kann allerdings eine zumindest sehr hohe Trefferquote erreicht werden. Um eine solche Liste auf dem aktuellsten Stand zu halten, bietet es sich an, die Verbraucherschutzverbänden mit der Aktualisierung zu beauftragen. Diese sind regelmäßig die ersten Ansprechpartner für Verbraucher, die in eine Kostenfalle gegangen sind, und erfahren damit sehr früh, wenn in der Praxis neue Formulierungen verwendet werden.

Die Liste kann auch unzulässige Formulierungen enthalten, die die Zahlungspflicht nicht deutlich genug hervorheben. Ein Beispiel dafür stellt die Beschriftung „mieten“ dar. Aus juristischer Sicht ist die Zahlungspflicht zwar deutlich, weil ansonsten von Leihe zu sprechen ist. Dies wird dem Durchschnittsverbraucher jedoch nicht deutlich.¹²⁹² Durch die Aufnahme unzulässiger Beschriftungen, die nur den Anschein der Rechtskonformität wecken sollen, in die Liste, kann vor Schaltflächen gewarnt werden, die nicht eindeutig den gesetzlichen Anforderungen entsprechen, also potentielle Kostenfallen darstellen. Die effektivere technische Unterstützung des Verbrauchers kann zu einem geringeren individuellen Beratungsaufwand bei den Verbraucherschutzverbänden führen. Durch die dauerhafte Pflege der Liste könnte eine immer vollständigere und damit zuverlässigere Warnung der Verbraucher erfolgen, sodass schließlich nur noch in einigen wenigen Fällen eine korrekt beschriftete Schaltfläche nicht als solche erkannt würde.¹²⁹³

¹²⁹¹ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2 4.4.1 Beschriftung der Schaltfläche.

¹²⁹² Zusätzlich wäre es in Online-Versanddiensten falsch, von „mieten“ zu sprechen, da dort Waren verkauft werden.

¹²⁹³ So bereits in *Boos/Bartsch/Volkamer*, CR 2014, 124 f.

Trotz der umfassenden Analyse bietet sie keine absolute Sicherheit.¹²⁹⁴ In der Literatur wurde deshalb vorgeschlagen, den Begriff „zahlungspflichtig“ festzulegen. Dann dürfte nur das Verb – in Abhängigkeit des Angebots – angepasst werden.¹²⁹⁵ Die automatisierte Analyse würde damit in den allermeisten Fällen möglich. Es könnte auch eine abschließende Liste mit zulässigen Beschriftungen festgelegt werden. Auch gegen eine regelmäßige Aktualisierung spräche grundsätzlich nichts, solange nur die Verwendung der Formulierungen zulässig wäre, die in der jeweils aktuellen Liste genannt werden. Ein Wechsel dürfte nur nicht häufig erfolgen, um Verbraucher nicht zu verwirren.

Alternativ könnte eine Pflicht zur Aufnahme bestimmter, vom Add-on erkennbarer Metadaten in den Quelltext der Webseite eingeführt werden. Dadurch wäre eine softwaretechnische Analyse zuverlässig möglich. Fehlerquellen, wie beim Erkennen der Beschriftung der Schaltflächen, würden so vermieden. Ein Verbraucher, der das Add-on nicht nutzt, könnte die Metadaten allerdings nicht erkennen. Bei der Abwägung zwischen Sichtbarkeit und technischer Zuverlässigkeit kann eine rein technisch erkennbare Alternative nicht gegenüber einer für Lösung bevorzugt werden, die für alle Verbraucher sichtbar ist. Damit wird vermieden, eine gesetzliche Lösung für wenige, bereits sensibilisierten Verbraucher zu schaffen, die das Add-on installiert haben.¹²⁹⁶ Ideal wäre eine gesetzliche Vorgabe, die sowohl eine eindeutig formulierte, für den Verbraucher sichtbare Beschriftung als auch eine technische Markierung zur softwaretechnischen, zuverlässigen Auswertung vorschreibt.¹²⁹⁷

Neben den Anforderungen an die Formulierung bestehen auch Vorgaben zum Umfang. Es darf nichts zusätzlich zu den genannten Formulierungen auf der Schaltfläche stehen. Für die in der Liste erfassten Formulierungen kann automatisiert erkannt werden, wenn unerlaubterweise ein zusätzlicher Text auf der Schaltfläche angezeigt wird.

¹²⁹⁴ So bereits in *Boos/Bartsch/Volkamer*, CR 2014, 125 f. auch zur folgenden Argumentation.

¹²⁹⁵ *Zander* 2014, 467.

¹²⁹⁶ Etwas anderes würde gelten, wenn eine zusätzliche Pflicht zur Einbindung des Add-ons in die Basisversion von Browsern vorgesehen wäre.

¹²⁹⁷ Dann könnte etwa auch weitergehende Funktionen angeboten werden, beispielsweise der Abschluss von Verträgen, die eine Zahlungspflicht begründen, technisch für das Internet vollständig ausgeschlossen werden. Dies könnte beispielsweise bei der Nutzung durch Kinder gewünscht sein.

Außerdem muss die Beschriftung für den Verbraucher gut lesbar sein. Dazu sind vor allem Schriftgröße, -art und -farbe sowie Kontrast automatisiert auszulesen. Für die Beurteilung der Lesbarkeit kann zunächst ein Vergleich mit den übrigen Inhalten der Unterseite gezogen werden. Denn grundsätzlich kann davon ausgegangen werden, dass ein Verbraucher fähig ist, eine Schaltflächenbeschriftung zu lesen, die so wie die übrigen Inhalte der Unterseite formatiert ist. Nur wenn die Formatierung der Unterseite ausnahmsweise auffällig vom Standard abweicht, etwa besonders klein und wenig kontrastreich ist, muss die Lesbarkeit abstrakt beurteilt werden.¹²⁹⁸ Die Formatierung der Schaltfläche muss dementsprechend mit den Werten der übrigen Inhalte der Unterseite sowie mit Standardwerten verglichen werden und mindestens genauso deutlich lesbar sein.

Ein rechtskonform gestalteter Bezahl-Button fließt positiv in die Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit des Online-Versanddienstes ein, ein nur vermeintlicher Bezahl-Button hat einen negativen Einfluss. Um den Verbraucher explizit auf die Gefahr hinzuweisen, die durch einen vermeintlichen Bezahl-Button besteht, sollte er gezielt in dem Moment gewarnt werden, wenn er die Unterseite aufruft, die eine entsprechende Schaltfläche beinhaltet. Er sollte darauf hingewiesen werden, dass bei einem fehlerhaft gestalteten Bezahl-Button zwar kein Vertrag zustande kommt. Wenn es sich jedoch um eine Kostenfalle handelt, ist zu erwarten, dass der Verbraucher dennoch eine Rechnung und gegebenenfalls Mahnungen erhalten wird, um ihn unter Druck zu setzen. Bei einem korrekt gestalteten Bezahl-Button muss er darauf aufmerksam gemacht werden, dass er sich durch Anklicken der Schaltfläche zu einer Zahlung verpflichtet.

Durch die regelmäßigen Hinweise, die der Verbraucher beim Besuch von Online-Versanddiensten erhält, wird er immer wieder über die Problematik informiert und somit sensibilisiert und damit langfristig geschult. Dies wurde wiederholt als Voraussetzung für die verbraucherschützende Wirkung der Button-Lösung genannt, da die Gefahr von Kostenfallen vor allem deshalb fortbesteht, weil der Verbraucher weiterhin aufmerksam sein und Kenntnisse über die Rechtslage haben muss, um sie zu erkennen.¹²⁹⁹ Hinweise im Browser, die ihm situationsangepasst mit ergänzenden Informati-

¹²⁹⁸ So bereits in *Boos/Bartsch/Volkamer*, CR 2014, 122.

¹²⁹⁹ So etwa BT-Drs. 17/7745, 6; *Blasek*, GRUR 2010, 402; *Borges*, BB 2011, I.

onen eingeblendet werden, können deshalb zu einem erhöhten Bewusstsein für die Button-Lösung führen.¹³⁰⁰

3.2 Weitergehende Nutzerunterstützung

Neben der Auswertung der korrekten formalen Gestaltung des Bezahl-Buttons als Teil der Vertrauenswürdigkeit kann der Verbraucher durch das Add-on auch weitergehend unterstützt werden. Unterstützung benötigt der Verbraucher vor allem, wenn er eine unberechtigte Zahlungsaufforderung erhält. Der Hinweis des Add-ons im Browser bei der Nutzung des Online-Versanddienstes ist dafür nicht ausreichend. Der Verbraucher muss in dem Augenblick der Konfrontation unterstützt werden, um sich in seiner Position gegen die unberechtigten Forderungen zu stärken. Denn gerade in dieser Situation zahlten viele Verbraucher, unter anderem, weil sie dem häufig ausgeübten psychologischen Druck nachgaben oder aufgrund der Kosten-Aufwand-Relation.¹³⁰¹

Für den Verbraucher können Screenshots der von ihm genutzten Online-Versanddienste hinterlegt werden, die zur Verfügung stehen, wenn er mit unberechtigten Forderungen konfrontiert wird. Das Add-on kann automatisiert einen Screenshot von jedem genutzten Online-Versanddienst machen und zusammen mit dem in der Situation angezeigten Hinweis speichern, wenn ein (vermeintlicher) Bezahl-Button gefunden wurde. Zusätzlich besteht die Möglichkeit, dass der Verbraucher von auffälligen Webangeboten selbst einen Screenshot macht und durch das Add-on speichern lässt.¹³⁰² Der Screenshot soll den Verbraucher zunächst im vorgerichtlichen Zeitraum unterstützen, da es bei Kostenfallen in der Vergangenheit nur selten zu Gerichtsverfahren kam, unter anderem weil die meisten Verbraucher die Rechnungen zahlten.¹³⁰³ Im Gerichtsverfahren ist der Beweiswert von Screenshots grundsätzlich nicht sehr hoch, da es sich lediglich um ein digi-

¹³⁰⁰ Allerdings kann ein Add-on nur die Verbraucher schützen, die bereits ein gewisses Problembewusstsein vorweisen, durch das sie zum Installieren des Add-ons motiviert wurden.

¹³⁰¹ Detailliert im Einzelnen zur (vergleichbaren) Situation bei alter Rechtslage *Zander* 2014, 5 ff. m. w. N.

¹³⁰² So bereits in *Boos/Bartsch/Volkamer*, CR 2014, 126.

¹³⁰³ Zur Frage des Beweiswerts von elektronischen Dokumenten etwa *Geis*, in: *Hoeren/Sieber/Holzsnagel* 2014, Teil 13.2; in der Rechtspraxis etwa *OLG Jena*, GRUR-RR 2006, 283 (284); *OLG München*, GRUR-RR 2011, 424 (425); *AG Kerpen*, BeckRS 2012, 05836.

tales „Bildschirmfoto“ handelt, das den grafischen Bildschirminhalt zu einem bestimmten Zeitpunkt festhält.¹³⁰⁴ Der Beweiswert kann allerdings systembedingt gesteigert werden, wenn „ein eingriffssicheres und ausreichend dokumentiertes, eventuell sogar zertifiziertes System zur Bilderzeugung und -ablage (vorliegt)“. Dann „kann der Nachweis von Integrität und Authentizität erbracht werden, wenn (das Bild) dieses System nicht verlassen hat“.¹³⁰⁵ Nur eine lückenlose Beweiskette ab Entstehung ermöglicht es, eine vorangegangene Manipulation durch den Verbraucher auszuschließen.¹³⁰⁶ Dazu bietet das Add-on bei entsprechenden technischen Schutzmaßnahmen die Möglichkeit, wenn die Screenshots in einem Bereich abgelegt werden, auf den der Verbraucher keinen Zugriff hat. Als Sicherungsmittel können beispielsweise eine elektronische Signatur, die die Integrität, also Unverändertheit, der Screenshots belegt, und die Verwendung der Atomzeit anstelle der lokalen Computerzeitangabe genutzt werden. Dazu können Zeitstempel genutzt werden.

Da nicht mit Sicherheit alle (vermeintlichen) Bezahl-Button erkannt werden können, ist es nicht möglich, sämtliche Vertragsabschlüsse zu speichern, die eine Zahlungspflicht begründen. Damit ist der Umkehrschluss, dass andere als die vom Add-on registrierten Abschlüsse nicht erfolgt sind, unzulässig. Dies könnte sowieso nur für die an einem Gerät besuchten Online-Versanddienste gelten – und nur soweit das Add-on gerade aktiviert war. Wenn der Verbraucher aber keinen Screenshot des Online-Versanddienstes findet, über den der Verbraucher angeblich den die Zahlungspflicht begründenden Vertrag abgeschlossen hat, wird ihn dies zumindest darin bestärken können, dass die ihn bei Vertragsabschluss betreffende Zahlungspflicht nicht eindeutig kommuniziert wurde. Ist die Webseite hingegen dort hinterlegt, hat der Verbraucher die Möglichkeit, die Erscheinung der Webseite in dem Moment des Besuchs zu rekapitulieren.¹³⁰⁷

3.3 Umfang einer Auswertung des Bezahl-Buttons

Aufgrund der fehlenden Verpflichtung, eine konkrete Beschriftung zu wählen oder festgelegte Informationen zum Bezahl-Button im Quelltext der

¹³⁰⁴ In Anlehnung an *Hoeren*, NJW 2008, 3102.

¹³⁰⁵ *Knopp*, ZRP 2008, 158 im Zusammenhang mit dem Beweiswert von Digitalfotos.

¹³⁰⁶ *Knopp*, ZRP 2008, 158.

¹³⁰⁷ So bereits in *Boos/Bartsch/Volkamer*, CR 2014, 126 f.

Webseiten zu hinterlegen, kann das Add-on nicht jeden Bezahl-Button garantiert erkennen. Ebenso wenig kann automatisiert erkannt werden, ob an einer Stelle, an der kein (vermeintlicher) Bezahl-Button implementiert ist, ein solcher hätte vorgehalten werden müssen. Insgesamt sind die Möglichkeiten, die formale Gestaltung eines einmal erkannten (vermeintlichen) Bezahl-Buttons zu analysieren jedoch sehr gut. Zusätzlich kann das Add-on den Verbraucher auch weitergehend unterstützen, indem er – sollten ihm gegenüber später unberechtigte Forderungen geltend gemacht werden – auf die Screenshots der Online-Versanddienste zugreifen kann.

4 Umfang einer Auswertung der formalen Gestaltung

Um zu analysieren, ob die Inhalte eines Online-Versanddienstes formal kundenfreundlich oder -feindlich, also vertrauens(un)würdig, gestaltet sind, stehen verschiedene Methoden zur Verfügung. Diese ermöglichen das automatisierte Auslesen einer Vielzahl von Merkmalen, die Aufschluss darüber geben, ob die Gestaltung die rechtlichen Anforderungen erfüllt oder sogar übererfüllt wurden. Zwar kann eine automatisierte Analyse nicht das Niveau einer manuellen Überprüfung erreichen, da manche Aspekte nicht automatisiert ausgelesen werden können. Jedoch basieren die Ergebnisse auf einer ausreichenden Datenbasis, um dem Nutzer eine Einschätzung darüber zu geben, ob der Online-Versanddienst grundsätzlich Wert auf eine korrekte formale Gestaltung legt. Der Nutzer hat dann die Möglichkeit, diese Einschätzung mit seiner eigenen Einschätzung abzugleichen und die Ergebnisse gegebenenfalls zu überprüfen. Dies gilt insbesondere für die formale Gestaltung des Bezahl-Buttons der eine besondere rechtliche Wirkung für jeden potentiellen Vertrag hat. Die Entscheidung über die Nutzung des Online-Versanddienstes liegt weiterhin ganz beim Nutzer.

Kapitel 3 Automatisierte Analyse von Inhalten und Techniken beim Verbraucherschutz

Neben den formalen Gestaltungsanforderungen muss ein juristisches Konzept zur Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit im Bereich des Verbraucherschutzes insbesondere die rechtlichen Inhalte der Online-Versanddienste einbeziehen. Der Verbraucher wird auf der Webseite in aller Regel mit Allgemeinen Geschäftsbedingungen konfrontiert, bei denen ihm nur die Möglichkeit bleibt, diese entweder zu akzeptieren oder auf einen

Vertragsabschluss mit dem Anbieter zu verzichten. Ihre Ausgestaltung ist auch deshalb von besonderer Bedeutung, weil das Vertragsverhältnis – in bestimmten Grenzen – abweichend von den gesetzlichen Vorgaben zuungunsten des Verbrauchers abgeändert werden kann. Online-Versanddienste müssen auch bestimmte Informationen enthalten, durch die der Verbraucher in die Lage versetzt werden soll, eine informierte Entscheidung zu treffen. Damit soll die Informationsasymmetrie zwischen dem Anbieter des Online-Versanddienstes als Unternehmer und dem Verbraucher entgegengewirkt werden. Außerdem bestehen im Zusammenhang mit den Informationspflichten einige Anforderungen an die technische Gestaltung, damit der Verbraucher nicht nur eine informierte Entscheidung treffen, sondern diese auch umsetzen kann.

1 Automatisierte Analyse der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Um zu bestimmen, ob die Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Online-Versanddienstes verbraucherfreundlich oder -feindlich sind, werden in der Praxis weitgehend standardisierte Formulierungen von Klauseln herangezogen, die die Rechtslage zugunsten oder zuungunsten des Verbrauchers verändern. Diese wurden auf Basis empirischer Untersuchungen identifiziert.¹³⁰⁸ Zwar besteht keine Pflicht für Online-Versanddienste, Allgemeine Geschäftsbedingungen vorzuhalten.¹³⁰⁹ Vielmehr ist es für den Verbraucher in der Regel vorteilhaft, wenn der Unternehmer keine Allgemeinen Geschäftsbedingungen hat, da diese die Rechtslage häufig zuungunsten des Verbrauchers gestalten. Jedoch sind Allgemeine Geschäftsbedingungen in der Praxis überaus weit verbreitet.

Die Analyse der Allgemeinen Geschäftsbedingungen soll der Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit des Online-Versanddienstes dienen. Dabei ist zunächst irrelevant, ob eine Klausel tatsächlich rechtliche Wirkung entfaltet oder ob sie bei einer gerichtlichen Überprüfung als ungültig erklärt würde. Die Vertrauenswürdigkeit ist auch dann nicht gegeben, wenn die vom Unternehmer formulierten Klauseln so unvorteilhaft für den Verbraucher sind, dass sie unwirksam sind. Ein vertrauenswürdiger Vertragspartner würde gar nicht versuchen, sich durch solche Allgemeinen Geschäftsbedingungen

¹³⁰⁸ Detailliert zum Vorgehen s. Teil 3 Kapitel 1 4.2.1 Empirisches Vorgehen.

¹³⁰⁹ Anders ist dies etwa bei der Datenschutzerklärung. Detailliert dazu s. Teil 2 Kapitel 3 3.6.1 Unterrichtungspflicht.

einen illegitimen Vorteil gegenüber dem Verbraucher zu verschaffen. Ob ihm dies gelingt, ist dafür nicht ausschlaggebend, selbst wenn sich die rechtliche Position des Kunden dadurch verbessert. Denn ein durchschnittlicher, juristisch nicht vorgebildeter Laie wird die Unwirksamkeit einzelner Klauseln regelmäßig nicht erkennen. Er wird also davon ausgehen, dass sie gelten, solange er sich keinen rechtlichen Rat sucht. Dies ist ein Schritt, den Verbraucher – insbesondere bei geringen Warenwerten¹³¹⁰ – regelmäßig scheuen. Das Add-on soll auch nicht dazu führen, dass der Verbraucher häufiger Rechtsstreitigkeiten führen muss. Ein Unternehmer, der darauf abzielt, sich gegenüber dem Verbraucher unangemessene Vorteile zu verschaffen, ist deshalb unabhängig von der rechtlichen Wirksamkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen als nicht vertrauenswürdig einzuschätzen. Um das richtige Dokument oder die richtige Unterseite zu analysieren, kann auf das Vorgehen zurückgegriffen werden, mit dem bei der Analyse des Links erkannt wurde, dass es sich bei dem Ziel um die Allgemeinen Geschäftsbedingungen handelt.¹³¹¹

Nicht alle Regelungsbereiche in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind für ihre Verbraucherfreund- oder -feindlichkeit relevant. Klauseln, die sich gar nicht auf den Verbraucherschutz beim einzelnen Kaufvertrag beziehen, die etwa Urheberrechte an den Abbildungen auf der Webseite, Rechte an den Kundenrezensionen oder die Haftung für externe Links betreffen, sind für die Analyse deshalb nicht relevant.¹³¹² Auch Klauseln, die grundsätzlich dem Verbraucherschutz beim einzelnen Vertragsabschluss zugeordnet werden, sind bei der Analyse zu vernachlässigen, wenn sie entweder lediglich deklaratorisch sind oder nur eine geringe Relevanz für den Schutz des Verbrauchers haben. Dasselbe gilt für Pflichtinformationen.

¹³¹⁰ Bei einer Studie 2010 in Deutschland wurde als durchschnittlicher Warenkorbwert 61,18 € ermittelt, Deutsche Card Services, E-Retail-Report 2010, Köln 2011, www.presseportal.de/pm/43096/2027068/einkauf-im-internet-so-ticken-die-deutschen-im-online-warenhandel-mit-bild.

¹³¹¹ Zum Erkennen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen s. Teil 3 Kapitel 2 1.6 Link zu den Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Notfalls können auch sämtliche Seiteninhalte analysiert werden.

¹³¹² Auch datenschutzrechtsrelevante Klauseln, die im AGB-Text enthalten sind, werden nicht hier, sondern bei der Bewertung der Datenschutzerklärung und der datenschutzrechtlichen Einwilligung untersucht, da diese in einem eigenen Abschnitt dargestellt werden, s. Teil 3 Kapitel 4 2.2 Automatisierte Analyse einer deutschen Datenschutzerklärung und Einwilligung.

Allgemeine Geschäftsbedingungen enthalten vielfach lediglich Erläuterungen der Gesetzeslage, ohne dass sie als solche gekennzeichnet werden oder sonstwie als solche erkennbar sind. Als juristisch nicht vorgebildeter Laie ist es dem Durchschnittsverbraucher kaum möglich, zu erkennen, welche Klauseln für ihn von Vorteil oder Nachteil sind oder keinerlei Veränderung für seine Position bewirken. Zwar ist es nicht grundsätzlich falsch, den Verbraucher beispielsweise über seine Rechte (etwa das Widerrufsrecht) in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu informieren. Es sollte jedoch verdeutlicht werden, wann Klauseln deklaratorisch und wann sie rechtsgestaltend sind. Die Regelungsbereiche Gewährleistung und Preise enthalten regelmäßig nur den Gesetzestext oder verweisen auf diesen.

Abweichende Allgemeine Geschäftsbedingungen des Kunden werden häufig nur anerkannt, wenn dies im jeweiligen Einzelfall ausdrücklich oder schriftlich erfolgt. Da Verbraucher jedoch regelmäßig keine eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben und in den Vertrag einbinden wollen, ist diese Klausel in der Praxis in aller Regel nicht relevant.

Obwohl viele Allgemeine Geschäftsbedingungen Informationen zum Widerruf beinhalten, verweisen andere auf separate Dokumente oder Unterseiten, sodass eine Analyse der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht zielführend wäre. Außerdem ergeben sich relevante inhaltliche Unterschiede in der Widerrufsbelehrung nur, wenn dem Verbraucher nicht die Rückversandkosten auferlegt werden sollen und wenn ein Kauf auf Probe oder Werterersatz vereinbart wird. Diese Bereiche werden separat betrachtet.

Die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen benachteiligt den redlichen Verbraucher gegenüber der sonstigen Rechtslage kaum.¹³¹³ Zwar behält sich der Verkäufer das Eigentum an der Ware bis zur Zahlung des Kaufpreises vor, sodass das Eigentum im Zweifel nach § 449 Abs. 1 BGB nur unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises übertragen wird. Ohne eine entsprechende Klausel geht das Eigentum mit der Übergabe und der dinglichen Einigung hingegen an den Verbraucher über. Jedoch ist der Verkäufer gerade nicht dazu verpflichtet, dem Verbraucher vor Zahlung des Kaufpreises das Eigentum an der Ware zu verschaffen. Vielmehr kann er die Leistung nach § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB verweigern, bis der Vertragspartner den Kaufpreis

¹³¹³ So auch *Ossoinig*, Vertrauenswürdigkeit von Webshops, Masterarbeit, Universität Kassel 2013, 19.

zahlt und die Leistungen damit Zug um Zug ausgetauscht werden. Der Eigentumsvorbehalt dient dazu, eine etwaige (freiwillige) Vorleistung des Verkäufers dinglich abzusichern.¹³¹⁴ Auch wenn der Verbraucher nicht sofort Eigentümer der Ware wird, erhält er jedoch ein Anwartschaftsrecht, das im Vergleich zum Eigentum „ein wesensgleiches minus“¹³¹⁵ darstellt. Dieses kann er ohne Zutun des Vertragspartners durch die Erfüllung der Bedingung – also der vollständigen Zahlung des Kaufpreises – in das Vollrecht – also Eigentum – umwandeln. Der Verbraucher ist aus dem Kaufvertrag zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet. Deshalb muss er nicht davor geschützt werden, dass er das Eigentum nicht erhält, wenn er dieser Pflicht nicht nachkommt. Das Tool soll nur den redlichen Verbraucher schützen. Auch im Falle einer Insolvenz des Unternehmers kann der Verbraucher die Erfüllung des Kaufvertrags nach § 107 Abs. 1 InsO verlangen. Deshalb ist die Vereinbarung eines Eigentumsvorbehalts keine wesentliche verbraucherfeindliche Regelung, sondern dient vor allem dem Schutz der berechtigten Interessen des Unternehmers vor unredlichen Verbrauchern.

Rechtswahl- sowie Gerichtsstandsklauseln sind in Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit Verbrauchern nur selten enthalten, da ihre Zulässigkeit umstritten und wenigstens ihre Wirkung sehr eingeschränkt ist.¹³¹⁶ Deshalb werden diese ebenso wie salvatorische Klauseln nicht näher untersucht. Letztere sind in ihrer Wirksamkeit ebenfalls umstritten.¹³¹⁷ Zulässig sind sie, soweit nur der Gesetzeswortlaut wiederholt wird. In diesem Fall sind sie für den Verbraucherschutz jedoch irrelevant.

1.1 Transportkosten

Wie beim Bezahl-Button empfiehlt sich auch für bestimmte Regelungsbereiche in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine gesonderte Analyse und Anzeige durch das Add-on. Regelungen mit einem klaren monetären Bezug bieten sich dafür besonders an, weil der Verbraucher regelmäßig abhängig von seinen persönlichen Präferenzen finanzielle Kosten selbstständig

¹³¹⁴ Westermann, in: MüKo BGB, Band 3 2012, § 449 BGB, Rn. 1 ff.

¹³¹⁵ [Sic!] BGHZ 28, 16 (21) m. w. N.

¹³¹⁶ So auch Ossoinig, Vertrauenswürdigkeit von Webshops, Masterarbeit, Universität Kassel 2013, 19 f.

¹³¹⁷ Detailliert zur Unwirksamkeit und ihren Folgen s. Teil 2 Kapitel 2 2 Allgemeine Geschäftsbedingungen.

und ohne juristische Unterstützung bewerten kann.¹³¹⁸ Der Verbraucher muss auf diese Informationen aufmerksam gemacht werden, weil er die Allgemeinen Geschäftsbedingungen häufig nicht zur Kenntnis nimmt.¹³¹⁹ Deshalb ist auf AGB-Klauseln im Bereich Versand- und Rücksendekosten hinzuweisen. Obwohl es sich insbesondere bei den Versand- und Rücksendekosten regelmäßig nur um geringe Beträge handelt, reagieren Verbraucher oft sensibel, wenn diese vereinbart werden.¹³²⁰ Dies lässt sich beispielsweise durch die häufig sehr geringen Warenwerte begründen.

1.1.1 Versandkosten

Die besondere Bedeutung von Versandkosten allgemein kann beispielsweise an dem im Fernabsatzverkehr nicht einschlägigen § 312a BGB Abs. 2 Satz 2 BGB nachvollzogen werden, nach dem auch bei stationärem Handel mit Verbrauchern auf die Versandkosten hingewiesen werden muss. Sonst muss der Verbraucher diese nicht tragen. Die Versandkosten, also die Kosten des Hinsendens der Ware zum Verbraucher, können frei auf die Vertragspartner verteilt werden. Gesetzliche Vorgaben bestehen dazu nicht. § 1 Abs. 2 PAngV und Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 4 EGBGB bestimmen lediglich, dass die Versandkosten im Vorhinein anzugeben sind, wobei es regelmäßig ausreicht, wenn dem Verbraucher die konkrete Höhe erst zum Abschluss der Bestellung angezeigt wird.¹³²¹ Auch die Höhe der Versandkosten, die regelmäßig auch die Verpackungskosten abdecken, können vom Unternehmer frei bestimmt werden, da er festlegt, mit welchem Versandunternehmen er zusammenarbeitet und welche Versandarten er anbietet.

Die Höhe der Versandkosten ist unter anderem von den angebotenen Waren abhängig. Waren, die, wie Möbel, besonders groß sind, müssen gegebenenfalls von einer Spedition geliefert werden, wohingegen verderbliche Waren, wie Torten oder frisches Obst und Gemüse, unter Umständen mit Ex-

¹³¹⁸ Die folgenden Ausführungen wurden noch zur früheren Rechtslage unter dem Titel „Nutzerunterstützung durch automatisierte Auswertung einzelner standardisierter Vertragsbedingungen, AGB: Was habe ich verpasst?“ in VuR 20104, 47 ff. veröffentlicht.

¹³¹⁹ Vgl. BITKOM, Nur jeder fünfte Internetnutzer liest Geschäftsbedingungen, Pressemitteilung vom 29.4.2013, Berlin, www.bitkom.org/files/documents/BITKOM-Presseinfo_AGB_29_04_2012.pdf

¹³²⁰ So auch *Buchmann*, K&R 2014, 294.

¹³²¹ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2 5.2 Formale Gestaltung der Preisangaben und Teil 2 Kapitel 2 3.2.2.1 Vorvertragliche Information.

pressversand verschickt werden müssen und zerbrechliche Waren besonderer Verpackung bedürfen. Eine pauschale Einstufung der Versandkostenhöhe als verbraucherfreundlich oder -unfreundlich ist aus diesen Gründen kaum möglich. Selbst ein versandkostenfreies Angebot ist zwar immer sehr kundenfreundlich, jedoch erscheint es nicht ausgewogen, Versandkosten von 95 Cent als kundenunfreundlich zu werten, wenn diese lediglich sicherstellen sollen, dass Waren nur dann bestellt werden, wenn ein ernsthaftes Interesse an ihnen besteht. Insgesamt ist es deshalb angebracht, die Einschätzung über verbraucherfreundliche oder -feindliche Versandkosten dem einzelnen Verbraucher zu überlassen.

Der Verbraucher soll jedoch davor geschützt werden, gegebenenfalls zuvor einzelne Warenpreise zu vergleichen, sich aufgrund des gesamten Preises für einen Online-Versanddienst zu entscheiden und die Bestellung zusammenzustellen, um dann erst auf die Versandkosten aufmerksam gemacht zu werden. Denn häufig werden niedrige Preise mit hohen Versandkosten verknüpft.¹³²² Durch die Auswertung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und gegebenenfalls darin verlinkter Dokumente zu den Versandkosten, wird der Verbraucher deshalb bereits vor Abschluss der Bestellung auf die mögliche Höhe der Versandkosten aufmerksam gemacht, sodass er frühzeitig über alle finanziellen Informationen verfügt und mit diesem Wissen eine Entscheidung für oder gegen einen bestimmten Online-Versanddienst treffen kann.¹³²³ Manche Anbieter stellen auch eine separate Unterseite zu Versandkosten zur Verfügung. Sollte die Analyse der Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht erfolgreich sein, ist deshalb nach einer entsprechend bezeichneten Unterseite zu suchen.

Um automatisiert die Informationen über die Versandkosten zu finden, müssen diese automatisiert erkannt werden. Die Formulierungen beim kostenpflichtigen Versand sind jedoch sehr unterschiedlich. Häufig wird die Phrase „Die Versandkosten (...) betragen“¹³²⁴ benutzt. Jedoch lassen sich zu viele andere Formulierungen wie „zzgl./zuzüglich Versandkosten (in Höhe von)“¹³²⁵, „Versandkosten (...) sind vom Kunden zu tragen“¹³²⁶, „zusätzlich

¹³²² *Oh/Lucas*, MISQ 30, 761 ff.; *Rose*, K&R 2012, 72.

¹³²³ So bereits in *Boos*, VuR 20104, 47 ff.

¹³²⁴ So die AGB von 3Suisses, Fashion5, Frontlineshop, H&M, IKEA und Rapunzel.

¹³²⁵ So die AGB von Cyberport und Möbel-Eins.

¹³²⁶ So die AGB von Conrad.

berechnen wir Versandkosten¹³²⁷, „Versandkostenpauschale“¹³²⁸, „pauschale(r) Versandkosten(anteil)“¹³²⁹ oder nur die Überschrift „Versandkosten“¹³³⁰ finden. Praktikabler ist in Anbetracht der geringen Ressourcen des Computers des Nutzers und dem Wunsch nach einer schnellen Auswertung, die Klauseln bei kostenlosem Versand durch das Add-on auslesen zu lassen. Wenn der Versand kostenlos angeboten wird, werden folgende Phrasen verwendet: „versandkostenfrei“¹³³¹, „Versand (...) kostenlos“¹³³² oder „Die Versandkosten... übernehmen wir für Sie.“¹³³³ Zusätzlich muss die Text- und Mustererkennung aber auch weitere Phrasen heranziehen, da viele Dienste den Versand erst ab einem bestimmten Bestellwert kostenlos anbieten. Deshalb muss auch überprüft werden, ob im Zusammenhang mit den zuvor genannten Begriffen und Phrasen ein Hinweis auf einen Mindestbestellwert existiert. Dabei ist nach den Formulierungen „ab einem Bestellwert von“¹³³⁴ oder „Mindestbestellwert“¹³³⁵ zu suchen.

Der Verbraucher muss das Add-on darauf hingewiesen werden, ob und in welchen Fällen Versandkosten anfallen. Zunächst sollte ersichtlich werden, ob und – soweit einheitliche Versandkosten genannt werden – wie hoch die Versandkosten sind. Dazu sollte dem Verbraucher auch ein Direktlink zu den Versandinformationen angezeigt werden. Werden gar keine Informationen zu Versandkosten – auch nicht zur Versandkostenfreiheit – gefunden, muss der Verbraucher darauf aufmerksam gemacht werden, dass im Laufe des Bestellprozesses unbekannt hohe Versandkosten auf ihn zukommen können.

1.1.2 Rücksendekosten

Grundsätzlich sieht das Bürgerliche Gesetzbuch seit der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie in § 357 Abs. 6 vor, dass der Verbraucher die Kosten der Rücksendung tragen muss, wenn er von seinem Widerrufsrecht

¹³²⁷ So die AGB von Mundo online.

¹³²⁸ So die AGB von SportScheck und Voltus.

¹³²⁹ So die AGB von Eas-y Elektro und Vinexus.

¹³³⁰ So die AGB von Strohauer.

¹³³¹ So die AGB von Frontlineshop, Kaysports24 und Rapunzel.

¹³³² So die AGB von Avandeo und Trendmöbel24.

¹³³³ So die AGB von Zalando.

¹³³⁴ So die AGB von Dänisches Bettenlager, Frontlineshop, Kaysports24, Rapunzel.

¹³³⁵ So die AGB von Rapunzel.

Gebrauch macht. Der Unternehmer kann sich jedoch nach Satz 2 dazu bereiterklären, diese Kosten zu übernehmen, wie es nach der alten Rechtslage üblich war.¹³³⁶ Der Unternehmer muss die Kosten nur übernehmen, wenn er den Verbraucher nicht korrekt darüber informiert hat, dass jener die Kosten für die Rücksendung der Waren tragen muss (Satz 1).¹³³⁷ Es war zu erwarten, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach Inkrafttreten der Gesetzesänderung schnell angepasst werden, da bereits am Tag des Inkrafttretens der Neuregelung erste Abmahnungen verschickt wurden.¹³³⁸ Allerdings hatten etwa vier Wochen später noch knapp dreißig Prozent der Anbieter ihre Online-Shops nicht angepasst.¹³³⁹

Solange der Verbraucher noch daran gewöhnt ist, dass der Unternehmer die Rücksendekosten tragen muss, sollte der Verbraucher vom Add-on zum einen darüber informiert werden, wenn ihn die Rückversandkosten treffen. Zum anderen ist er aber auch darüber zu informieren, wenn der Unternehmer sich bereit erklärt, die Kosten zu übernehmen. Bringt die automatisierte Auswertung keinen Hinweis auf die Rücksendekosten, dann muss der Verbraucher darauf hingewiesen werden, dass er selbst überprüfen soll, ob es tatsächlich keinen Hinweis auf den Rückversand gibt. In diesem Fall ist der Rückversand für ihn kostenlos. Auch darauf ist er hinzuweisen.

Bei der Anpassung an die neue Gesetzeslage griffen die meisten Online-Versanddienste auf die Formulierungen der Muster-Widerrufserklärung zurück. Dort heißt es entweder „Sie tragen die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren“¹³⁴⁰ oder „Wir tragen die Kosten der Rücksendung der Waren“¹³⁴¹. Im Fall, dass die Waren aufgrund ihrer Beschaffenheit nicht

¹³³⁶ Zur früheren Rechtslage *Boos*, VuR 20104, 50 ff.

¹³³⁷ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Pflichtangaben zum Widerrufsrecht.

¹³³⁸ *Bleich*, Erste Abmahnwellen wegen veralteter Widerrufsbelehrungen, heise online vom 18.6.2014, www.heise.de/-2232475.

¹³³⁹ *Kannenber*, Online-Check: Händler setzen Verbraucherrechte nur unzureichend um, heise online vom 4.7.2014, www.heise.de/-2250000 unter Bezugnahme auf eine Untersuchung von Trusted Shops. Von den untersuchten Online-Versanddiensten sehen Alternate, Elcoma-Shop, Elektroshop Bischof und Kaysports24 weiterhin eine 40 Euro-Grenze für den kostenlosen Rückversand vor.

¹³⁴⁰ So 3Suisses, 3T-Elektro, Elektrikshop, Elektro Wandelt, Gourmantis (nur in der separaten Widerrufsbelehrung), IKEA, Möbel-Eins, PEARL, saymo (nur in der gesonderten Widerrufsbelehrung), Voltus.

¹³⁴¹ So 24Colours, BAUR, comtech, Conrad, Cyberport, Eas-y Elektro, Fashion For Home, MEDION, Moebel-Shop, Mundo online, SportScheck, Trendmöbel24, Web-Moebel, Woody-Möbel (nur in der separaten Widerrufsbelehrung).

normal mit der Post zurückgesandt werden können und geliefert wurden, kann es heißen: „Wir holen die Waren auf unsere Kosten ab“¹³⁴² oder bei Waren, die nicht auf dem normalen Postweg versandt werden: „Sie tragen die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren in Höhe von ... EUR.“, oder falls die Berechnung im Voraus nicht möglich ist: „Sie tragen die unmittelbaren Kosten der Rücksendung der Waren. Die Kosten werden auf höchstens etwa ... EUR geschätzt.“

Wenn Anbieter freiwillig die Kosten des Rückversands übernehmen, schränken sie diese Kostenübernahme zum Teil auf eine bestimmte Versandart ein. Dann heißt es: „tragen wir die Kosten der Rücksendung der Ware(n), wenn Sie das von uns zur Verfügung gestellten Retouren(-)Etikett verwenden/bei Verwendung des der Sendung beiliegenden Retouren-Paketaufkleber“¹³⁴³ oder es erfolgt ein andersartiger Verweis auf den „Retouren-(Rück-Versand)Aufkleber/Etikett“. Weitere Formulierungen sind einerseits „hat er/der Kunde die Kosten der Rücksendung unabhängig vom Warenwert zu tragen“¹³⁴⁴ oder andererseits „Kostenloser Rückversand“¹³⁴⁵ und „Die Rücksendung erfolgt per DHL auf unsere Kosten“¹³⁴⁶.

Für die automatisierte Analyse ist zudem relevant, dass die Angaben zum bezüglich der Rücksendekosten zum Teil nur in der Widerrufsbelehrung enthalten sind. Deshalb muss die Analyse auch diese umfassen, wenn sie nicht bereits in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen mit abgedruckt wurde. Dazu kann nach dem Begriff „Wiederruf“ gesucht werden.

Durch die gesonderte Anzeige der Auswertung wird dem Verbraucher die Möglichkeit gegeben, selbst eine – zumindest in diesem Aspekt – informierte Entscheidung zu treffen. Er selbst weiß am besten, ob die Klausel für ihn relevant ist, wenn er beispielsweise weiß, dass er die bestellte Ware behalten möchte, soweit sie keine Mängel hat. Dies ist gerade beim Kauf von Büchern und Waren der Fall, die regelmäßig gekauft werden oder vorher auf andere Weise, etwa in einem Ladengeschäft, betrachtet wurden.

¹³⁴² So die AGB von Vinexus.

¹³⁴³ So die AGB von reichelt und Zalando.

¹³⁴⁴ So die AGB von Juststreetwear.

¹³⁴⁵ So die AGB von Avandeo, Cyberport.

¹³⁴⁶ So die AGB von Frontlineshop.

1.2 Analyse der Vertrauenswürdigkeit

Obwohl die Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Online-Versanddiensten häufig recht umfangreich sind, konnte für die Analyse eine übersichtliche Anzahl von typischen Regelungsbereichen gefunden werden, die verbraucherfreundliche oder -feindliche Klauseln enthalten. Davon sind einige so standardisiert, dass sie mit Text- und Mustererkennung mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit gefunden werden können. Insbesondere Regelungsbereiche, zu denen umfangreiche rechtliche Vorgaben bestehen, sind von sehr einheitlichen Formulierungen geprägt. Deshalb ist jeder Regelungsbereich zunächst daraufhin zu untersuchen, welche rechtlichen Vorgaben bestehen. Klauseln, die dem Verbraucher einen Vorteil bringen sollen, sind verbraucherfreundlich und zeigen ein positives, vertrauenswürdige Verhalten des Anbieters. Verbraucherfeindliche Klauseln, die den Verbraucher benachteiligen, indem sie dem Unternehmer einen rechtlichen Vorteil verschaffen, sind hingegen negativ, als vertrauensunwürdig, zu betrachten. Auch Klauseln, die dem Unternehmer einen Vorteil verschaffen sollen, dies aber nicht tatsächlich tun, weil sie beispielsweise unwirksam sind, zeigen ein vertrauensunwürdiges Verhalten des Unternehmers, der seine Position gegenüber dem Verbraucher sogar über das gesetzlich zulässige Maß hinaus stärken will.

Ausreichend standardisiert formulierte Regelungsbereiche sind der Kauf auf Rechnung, ein freiwilliges Rücktrittsrecht, der Vertragsschluss inklusive der Annahmefrist, die Abtretung, die Zurückbehaltung, die Aufrechnung und die Haftung. Allgemein ist bei jeder Klausel sicherzustellen, dass sie nicht nur für Unternehmer¹³⁴⁷ gelten soll oder durch negierende Ausdrücke („nicht“, „kein“, „weder“ oder „noch“) falsch analysiert werden. Eine solche Verfälschung der Prüfergebnisse wäre vor allem zu erwarten, wenn das Add-on auf dem Markt Bekanntheit erreicht, sodass unredliche Anbieter Wege zum Überlisten des Add-ons suchen.

1.2.1 Kauf auf Probe

Zusätzlich zum gesetzlichen Widerruf kann der Unternehmer dem Verbraucher durch einen Kauf auf Probe eine längere Prüfung der Ware ermöglichen. Deshalb ist es als besonders verbraucherfreundlich zu beurteilen,

¹³⁴⁷ So etwa beim Aufrechnungsverbot von comtech und Alternate.

wenn der Unternehmer in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen einen Kauf auf Probe vereinbart. In diesem Fall erhält der Verbraucher die Ware und die Billigung des gekauften Gegenstandes steht dann nach § 454 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB allein im seinem Belieben.

Der Kauf auf Probe stammt aus der Zeit vor Einführung des Widerrufsrechts beim Fernabsatz. Der Verkäufer wollte dem Verbraucher damit die Skepsis vor dem Kauf von unbesehenen Waren nehmen.¹³⁴⁸ Auch heute bieten manche Verkäufer einen Kauf auf Probe an. Dies gilt insbesondere bei Online-Shops, die Online-Versanddienste, Waren verkaufen¹³⁴⁹ – speziell solche, die Bekleidung verkaufen.¹³⁵⁰

Der Kauf auf Probe ist in §§ 454 f. BGB gesetzlich geregelt. Im Zweifel wird dabei nach § 454 Abs. 1 Satz 2 BGB ein Kauf unter der aufschiebenden Bedingung der Billigung geschlossen. Ein Rechtsgeschäft unter aufschiebender Bedingung hat gemäß § 158 Abs. 1 BGB zu Folge, dass „die von der Bedingung abhängig gemachte Wirkung mit dem Eintritt der Bedingung eintritt“. Der Kaufvertrag gilt danach erst als geschlossen, wenn die Ware vom Käufer gebilligt wurde. Um über die Billigung der Ware zu entscheiden, darf der Käufer die Ware nach § 454 Abs. 2 BGB untersuchen. Er kann seine Entscheidung jedoch gemäß § 455 Satz 1 Alt. 1 BGB nur innerhalb einer vereinbarten oder vom Verkäufer bestimmten angemessenen Frist erklären. Wird der Käufer innerhalb dieses Zeitraums nicht aktiv, erklärt also weder die Billigung noch die Missbilligung – was in der Praxis häufig vorkommen wird –, gilt sein Schweigen ausnahmsweise gemäß Satz 2 Alt. 1 als Billigung.

Die Widerrufsfrist beginnt erst nach der Billigung – bei Untätigkeit also wenn die Billigungsfrist verstrichen ist. Dies wird vor allem damit begründet, dass der Vertragsschluss erst bei Billigung erfolgt und der Verbraucher erst ab diesem Zeitpunkt an seine Willenserklärung gebunden ist.¹³⁵¹ Bei einer üblichen Billigungsfrist von 14 Tagen hat der Verbraucher also mit der Widerrufsfrist in der Regel 28 Tage die Möglichkeit, sich zu entscheiden und gegebenenfalls die Waren zurückzusenden.¹³⁵²

¹³⁴⁸ Mader/Schermaier, in: Staudinger BGB, Buch 2 2014, § 454 BGB, Rn. 5.

¹³⁴⁹ VZ NRW, Onlineshops: Große Unterschiede bei Rückgabe-Regeln, Düsseldorf 2013, www.vz-nrw.de/online-shops--grosse-unterschiede-bei-rueckgabe-regeln.

¹³⁵⁰ So in den Online-Shops der Otto Group (3Suisses, BAUR, Otto, SportScheck), bis 2014 auch bei H&M.

¹³⁵¹ BGH, NJW-RR 2004, 1058 (1059).

¹³⁵² OLG Hamm, MMR 2010, 618 (618).

Um automatisiert zu überprüfen, ob der Verbraucher auf Probe kauft, kann das Add-on nach der Formulierung „Kauf auf/zur Probe“ oder den Konjugationsformen von „kaufen auf/zur Probe“ suchen.¹³⁵³ Denn aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen ist der Verkäufer nicht frei bei der Bezeichnung. Ein automatisiertes Auslesen ist demnach vergleichsweise unkompliziert.

Allerdings kann die Vereinbarung eines Kaufs auf Probe für den Verbraucher auch verwirrend und dadurch – trotz des eigentlich verbraucherfreundlichen Charakters – verbraucherunfreundlich sein. Dieser nachteilige Effekt kann entstehen, wenn der Verbraucher über das Verhältnis von Widerrufsrecht und dem Kauf auf Probe nicht klar informiert wird und er deshalb nicht weiß, wie er vorzugehen hat und wie lange er die Ware prüfen kann.¹³⁵⁴ Deshalb muss in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine klare und leicht verständliche Erklärung dazu erfolgen, dass die Widerrufsfrist erst nach der Billigung beginnt und wie die Billigung zustande kommt, also dass auch Schweigen bei Fristablauf als Billigung gilt. Ein einfaches Nebeneinander der Widerrufsbelehrung und der Klausel, die den Kauf auf Probe vereinbart, genügt deshalb nicht. Auch der Hinweis, dass die Widerrufsfrist erst beginnt, wenn der Vertrag bindend wurde, ist allein nicht ausreichend. Vielmehr muss deutlich werden, dass die Widerrufsfrist erst zu laufen beginnt, wenn die Billigung erfolgt ist – gegebenenfalls durch Ablauf der Billigungsfrist –, sodass die effektive Dauer, in der der Verbraucher die Ware zurückschicken kann, also die Probezeit zuzüglich der Widerrufsfrist, deutlich wird.¹³⁵⁵

Eine Formulierung wie „Die Frist beginnt ... jedoch nicht, bevor der Kaufvertrag durch Ihre Billigung des gekauften Gegenstandes für Sie bindend geworden ist“,¹³⁵⁶ ist deshalb ausreichend deutlich. Automatisiert könnte nach den Begriffen „Billigung“ oder „billigen“ in allen Konjugationsformen in der Widerrufserklärung und der Klausel zum Kauf auf Probe gesucht werden. Damit wird klar, dass ein Bezug zwischen den beiden Regelungsbereichen der Allgemeinen Geschäftsbedingungen besteht.

¹³⁵³ So die AGB von 3Suisses, BAUR, Otto, SportScheck.

¹³⁵⁴ Ein Hinweis auf die gesetzlichen Rechte und ihr weiteres Bestehen sind zum Teil sogar gesetzlich gefordert. So sieht dies beispielsweise § 477 Abs. 1 Nr. 1 BGB für Herstellergarantien vor.

¹³⁵⁵ OLG Hamm, MMR 2010, 618 (618).

¹³⁵⁶ So die AGB von 3Suisses, BAUR, Otto, SportScheck.

Vor dem Hintergrund der Verbraucherfreundlichkeit ist außerdem nötig, dass die Klausel auch den Fall adressiert, dass der Verbraucher nicht aktiv wird und die Billigung durch Fristablauf eintritt.¹³⁵⁷ Dem Verbraucher muss auch in diesem Fall klar werden, wann die Frist zu laufen beginnt. Eine mögliche Formulierung lautet: „Die Widerrufsfrist beginnt frühestens am Tag nach Ihrer Vertragsannahme bzw. dem Ablauf der ... Billigungsfrist Ihres Kaufs auf Probe.“¹³⁵⁸ Kann automatisiert keine Formulierung in der Widerrufserklärung gefunden werden, die auf die „Billigungsfrist“ oder „Probezeit“ verweist, kann das Add-on den Verbraucher darauf hinweisen, dass die Widerrufsfrist erst nach Billigung, gegebenenfalls also nach Ablauf der Billigungsfrist, zu laufen beginnt.

Bereits die Tatsache, dass ein Kauf auf Probe vom Verkäufer angeboten wird, ist als Verbraucherschutzfreundlich zu betrachten, soweit ein Hinweis auf das Verhältnis zum Widerrufsrecht enthalten ist. Soweit diese Voraussetzungen erfüllt werden, ist dies für die Vertrauenswürdigkeit des Online-Versanddienstes als positiv zu bewerten, da der Verbraucher von den vom Verkäufer freiwillig entsprechend verbraucherfreundlich gestalteten Allgemeinen Geschäftsbedingungen profitiert. Außerdem kann der Verbraucher gegebenenfalls durch zusätzliche Hinweise über die für ihn positive Gestaltung des Vertrags aufmerksam gemacht werden.

1.2.2 Freiwilliges Rücktrittsrecht

Ähnlich wie ein Kauf auf Probe bietet auch ein freiwilliges Widerrufs- oder Rückgaberecht¹³⁵⁹ dem Käufer die Möglichkeit, sich länger zu überlegen, ob er die Ware behalten möchte oder vom Vertrag zurücktritt. Anders als beim Kauf auf Probe ist ein solches freiwilliges Rückgabe- oder Widerrufsrecht gesetzlich nicht geregelt. Der Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann deshalb selbst bestimmen, ob und unter welchen Bedingungen er dies gewährt. Auch hier bieten vor allem Online-Versanddienste, die Bekleidungswaren verkaufen, ihren Kunden eine solche Flexibilität an.¹³⁶⁰

¹³⁵⁷ OLG Hamm, MMR 2010, 618 (619).

¹³⁵⁸ So die AGB von H&M noch bis 2014.

¹³⁵⁹ Obwohl die Möglichkeit, anstelle des gesetzlichen Widerrufsrechts ein Rückgaberecht zu vereinbaren, nicht mehr besteht, ist kann ein freiwilliges Rückgaberechts natürlich vereinbart werden, solange die Bedingungen für den Verbraucher transparent sind.

¹³⁶⁰ So die AGB von Avandeo, Fashion5, Fashion For Home, Javari bis 2014, Zalando, aber auch IKEA.

Regelmäßig wird vor allem der Zeitraum erweitert, in dem der Käufer die Ware zurückgeben kann. Der Verkäufer ist jedoch frei, dieses freiwillige Recht nach seinen Vorstellungen auszugestalten. Er kann beispielsweise bestimmte Waren davon ausnehmen oder Bedingungen bezüglich des Zustands der Ware machen.¹³⁶¹ Außerdem besteht auch hier die Gefahr, dass der Käufer sich darüber im Unklaren ist, in welchem Verhältnis das freiwillige Recht zu dem gesetzlichen Widerrufsrecht steht. Insgesamt ist das freiwillige Vereinbaren einer über das gesetzlich Erforderliche hinausgehenden Möglichkeit, sich vom Vertrag zu lösen, als verbraucherfreundlich einzustufen. Der Käufer darf dadurch aber nicht darüber in die Irre geführt werden, dass er sein gesetzliches Widerrufsrecht behält. Deshalb muss für eine positive Einordnung zunächst automatisiert erkannt werden, ob ein solches, freiwilliges Recht dem Käufer durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zugesprochen wird und dann, ob über das Verhältnis zum gesetzlichen Widerrufsrecht informiert wird.

Um automatisiert auszulesen, ob der Anbieter des Online-Versanddienstes dem Käufer ein über das gesetzliche Widerrufsrecht hinausgehendes Recht einräumt, vom Kauf zurückzutreten, kann das Add-on nach einer Kombination von „freiwillig“,¹³⁶² oder „erweitert“¹³⁶³ und „Widerrufsrecht“,¹³⁶⁴ „Rückgaberecht“¹³⁶⁵, „Rückgabegarantie“¹³⁶⁶ oder „Rücknahmegarantie“¹³⁶⁷ suchen.

Außerdem ist für den verbraucherfreundlichen Charakter der Klausel entscheidend, dass das Verhältnis zum Widerrufsrecht geklärt wird. Dem Käufer muss deshalb mitgeteilt werden, dass es sich um ein zusätzliches Recht handelt, das das Widerrufsrecht nicht berührt. Die Formulierungen, die zur Erläuterung genutzt werden, bestehen aus einer Kombination aus „gesetzlich-

¹³⁶¹ So ist beispielsweise die Rückgabe von Geschenkgutscheinen und Waren, die nach speziellen Kundenbedürfnissen angefertigt wurden, bei Fashion For Home ausgenommen. Frontlineshop, Otto und Zalando bieten ein freiwilliges Rückgaberecht nur dann an, wenn die Waren in Originalverpackung zurückversandt werden.

¹³⁶² So die AGB von Fashion For Home, Fashion5, Frontlineshop, Otto, Zalando.

¹³⁶³ So die AGB von Fashion5, Frontlineshop.

¹³⁶⁴ So die AGB von Frontlineshop.

¹³⁶⁵ So die AGB von Avandeo, Fashion5, Fashion For Home, Frontlineshop, IKEA, Zalando.

¹³⁶⁶ So die AGB von Otto.

¹³⁶⁷ So die AGB von Javari bis 2014.

ches Widerrufsrecht“ oder „Widerrufsrecht nach ... BGB“ und „hinausgehend“¹³⁶⁸, „unberührt“¹³⁶⁹, „nicht berührt“¹³⁷⁰, „unabhängig hiervon“¹³⁷¹ „oder „beschränkt nicht“¹³⁷².

Eine freiwillige Verpflichtung des Verwenders der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die über die gesetzlichen Pflichten hinausgeht, spricht für die Vertrauenswürdigkeit des Online-Versanddienstes. Das Einräumen eines solchen Rechts kann durch das Add-on mit großer Wahrscheinlichkeit automatisiert erkannt werden. Dies muss, soweit auch ein Hinweis auf das Verhältnis zum gesetzlichen Widerrufsrecht erfolgt, positiv in die Beurteilung der Vertrauenswürdigkeit einfließen.

1.2.3 Vertragsschluss und Annahmefrist

Der Abschluss eines Kaufvertrags erfordert im Internet wie auch in einem Ladengeschäft zwei korrespondierende Willenserklärungen – Angebot und Annahme.¹³⁷³ Derjenige, der ein Angebot annehmen kann, ist insoweit im Vorteil, als dass der Vertragsschluss allein von ihm abhängt. Derjenige, der das Angebot unterbreitet ist hingegen für eine gewisse Dauer an seine Willenserklärung gebunden, ohne dass er selbst noch Einfluss auf den Vertragsschluss nehmen kann. Die konkrete Dauer bestimmt sich nach §§ 147 Abs. 2 oder 148 BGB. Deshalb ist der Käufer in einer schlechteren Position, wenn der Verkäufer durch die Formulierung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und die Gestaltung des Online-Versanddienstes festlegt, dass der Verbraucher als Käufer ein Angebot unterbreiten muss.

Eine solche Klausel stellt zwar keine Vertragsbedingung dar, weil sie den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bestimmt, also den Zeitraum vor und bis zum Abschluss des Vertrages. Gleichwohl wird eine solche Klausel aber hinsichtlich der Inhaltskontrolle einer Vertragsbedingung gleichgestellt.¹³⁷⁴ § 308 Nr. 1 BGB bestimmt in diesem Zusammenhang, dass der Verwender

¹³⁶⁸ So die AGB von Fashion5 und Fashion For Home.

¹³⁶⁹ So die AGB von IKEA und Otto.

¹³⁷⁰ So die AGB von Fashion For Home und Zalando.

¹³⁷¹ So die AGB von Fashion For Home, Frontlineshop, Zalando.

¹³⁷² So die AGB von Javari bis 2014.

¹³⁷³ §§ 145 ff. BGB; detailliert zum Vertragsschluss Teil 1 3.2 Fernabsatz und elektronischer Geschäftsverkehr.

¹³⁷⁴ BGH, NJW 2010, 2874 (Rn. 7); BGHZ 104, 95 (98).

sich keine unangemessen lange Annahmefrist zusprechen darf. Denn der Schwebezustand, in dem sich der Vertrag nach Angebotsabgabe durch den Vertragspartner befindet, wird für diesen umso belastender, je länger er andauert. Der Vertragspartner hat keine Rechtssicherheit, gleichzeitig aber auch keine Dispositionsfreiheit. Insoweit trägt er auch das Risiko möglicher Preisschwankungen.

Zur Dauer wurde in der Literatur vertreten, dass eine Annahmefrist, die zehn Tage übersteigt, jedenfalls unwirksam ist.¹³⁷⁵ Gerade beim Einkauf im Internet erwartet der Verbraucher als Vertragspartner, dass er Waren nicht nur schnell bestellen kann, sondern dass er diese Waren auch zeitnah erhält. Er rechnet nicht damit, etwa erst nach zehn Tagen darüber informiert zu werden, dass sein Vertragsangebot nicht angenommen wurde, sodass er sich um eine anderweitige Beschaffung bemühen muss. Eine kurze Frist ist auch damit zu begründen, dass im Online-Versandhandel – anders als im sonstigen Versandhandel – keine merkliche Versandzeit für die Zustellung des Angebots und der Annahme nötig und deshalb einzukalkulieren ist.¹³⁷⁶ Damit muss die Annahmefrist entsprechend kürzer ausfallen, da lediglich eine Bearbeitungs- und Überlegungszeit¹³⁷⁷ einzuräumen ist.

Gerichtlich wurde deshalb bereits die Dauer von fünf Tagen als zu lang bewertet. Nur zwei Tage sind nach Meinung der Richter eine angemessene Annahmefrist.¹³⁷⁸ Dabei wurde im verhandelten Fall Ware „von der Stange“ verkauft. Wird jedoch Ware verkauft, die noch individualisiert werden muss, ist eine längere Frist einzuräumen.¹³⁷⁹ Das Add-on kann nicht nach unterschiedlichen Warenarten unterscheiden. Die Wahrscheinlichkeit, dass bei Online-Versanddiensten individualisierte Waren verkauft werden, ist jedoch zumindest deutlich geringer als für den Verkauf von Massenwaren. Deshalb kann als gemeinsamer Maßstab verallgemeinernd eine Annahmefrist von drei Tagen herangezogen werden. Längere Annahmefristen sind – soweit sie einer gerichtlichen Überprüfung im Einzelfall standhalten sollten,

¹³⁷⁵ *Coester-Waltjen*, in: Staudinger BGB, Buch 2 2014, § 308 BGB, Rn. 11 mit weiteren Beispielen.

¹³⁷⁶ *Bork*, in: Staudinger BGB, Buch 1 2014, § 147 BGB, Rn. 11 ff.

¹³⁷⁷ *Mehring*, MMR 1998, 33; ebenso *Spindler/Anton*, in: Spindler/Schuster 2011, § 147 BGB, Rn. 5.

¹³⁷⁸ LG Hamburg, MMR 2013, 506 (507).

¹³⁷⁹ *Buchmann*, K&R 2012, 551.

als verbraucherunfreundlich, ansonsten aber zumindest als vertrauensunwürdig einzustufen.

Besonders verbraucherfreundlich ist eine Regelung, durch die der Verbraucher den Vertrag annehmen kann. Der Verkäufer muss in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach § 312i Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB i. V. m. Art. 246c Nr. 1 EGBGB darüber informieren, wie der Vertragsschluss zustande kommt.¹³⁸⁰ Soweit die Allgemeinen Geschäftsbedingungen bereits einen Kauf auf Probe vereinbaren, wird der Vertrag auf jeden Fall durch den Käufer – durch Billigung der Ware – angenommen. Dementsprechend ist es als doppelt positiv zu werten, wenn automatisiert eine Klausel zum Kauf auf Probe ausgelesen wird.

Auch Verkäufer, die keinen Kauf auf Probe anbieten, machen zum Teil durch Einstellen der Waren in ihrem Online-Versanddienste selbst das Angebot an den Käufer. Eine solche, für den Verbraucher positive Klausel enthält einerseits eine Formulierung, die das Angebot des Verkäufers wiedergibt. Andererseits beschreibt sie die Annahme des Verbrauchers durch das Absenden der Bestellung. Das Vorliegen einer solchen Klausel kann automatisiert erkannt werden, wenn zumindest eine der folgenden Formulierungen gefunden wird: „Mit Einstellung der ... in den Online-Shop geben wir ein verbindliches Angebot zum Vertragsschluss ... ab“ und „Der Vertrag kommt zustande, indem du/Sie (durch Anklicken des Bezahl-Button) ... das Angebot ... annimmst/annehmen“¹³⁸¹. Entscheidend ist, dass auf der einen Seite der Verkäufer das Angebot durch das Einstellen der Artikel macht und auf der anderen Seite der Käufer durch Absenden der Bestellung das Angebot annimmt. Es genügt, wenn eine der beiden Seiten durch das Add-on erkannt werden kann.

Wenn jedoch der Verkäufer, wie es regelmäßig der Fall ist, das Angebot des Käufers annimmt, ist dies weniger verbraucherfreundlich – auch wenn der Verkäufer legitime Gründe für ein solches Vorgehen hat. In diesem Fall stellt die Webseite lediglich eine *invitatio ad offerendum*, also eine unverbindliche, vorvertragliche Äußerung des Verkäufers, dar.¹³⁸² Dies kann regelmäßig automatisiert an der Formulierung „stellt/stellen kein(e) rechtlich

¹³⁸⁰ Dazu ist auch die Einhaltung der Vorschriften zur Button-Lösung zu beachten. Zu ihren rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2.4.4 Button-Lösung.

¹³⁸¹ So die AGB von Fashion5 und Trendmöbel24.

¹³⁸² Zur Bedeutung einer *invitation ad offerendum* s. Teil 1 3.2 Fernabsatz und elektronischer Geschäftsverkehr.

bindendes/verbindliches/-n Angebot(e) dar“¹³⁸³ erkannt werden. Es werden aber auch andere Formulierungen verwendet, wie „eine Aufforderung an den Kunden/Sie zur Abgabe eines/r (Vertrags-) Angebot(s)/Bestellung“,¹³⁸⁴ „eine unverbindliche Aufforderung/Einladung an dich/Sie/den Kunden“¹³⁸⁵ oder einfach „(Unsere) Angebote/ Produktdarstellungen... sind unverbindlich“¹³⁸⁶ sowie ein Verweis auf den „unverbindlichen Online-Katalog“¹³⁸⁷ oder „eine unverbindliche Produktpräsentation“¹³⁸⁸. Gelegentlich wird anstelle des Begriffs unverbindlich auch „freibleibend“¹³⁸⁹ gewählt.

Soweit keine der bisher genannten Formulierungen verwendet wurde, informieren die Verkäufer durch einen Hinweis darauf, dass das Angebot vom Verbraucher ausgeht und von ihnen angenommen werden muss. Dann findet sich ein Hinweis auf die Abgabe des Angebots. Entweder erfolgt dieser explizit „Ihre Bestellung stellt/Durch... Bestellung richtet/stellt... ein Angebot ... zum Abschluss eines (Kauf-)Vertrages/dar“¹³⁹⁰ sowie „Absenden der Bestellung ... gibt der Kunde ein unwiderrufliches/verbindliches Angebot zum Kauf ... ab“¹³⁹¹, „zur Abgabe eines verbindlichen Angebots durch den Kunden“¹³⁹² oder es wird sprachlich auf den Vorgang der Bestellung abgestellt. Dann kann nach den Formulierungen „Durch Anklicken des Buttons/Bestellung/Absenden/-ung der Bestellung... geben Sie/gibt der Besteller/der Kunde eine verbindliche(s) Bestellung/(Vertrags-)Angebot

¹³⁸³ „Rechtlich bindend“ die AGB von 24Colours, Avandeo, comtech, Conrad, Easy Elektro, Elektrikshop, Elektro Wandelt, Elektroschop Bischof, EURONICS, Fashion For Home, Moebel-Shop, Mundo online, reichelt, Vinexus, Web-Moebel. „Verbindlich“ Alternate, Gourmantis und saymo. „Bindend“ Möbel-Eins, Strohhauer, Voltus. Zum Teil wird auch der Plural verwendet.

¹³⁸⁴ So die AGB von comtech, Elektroschop Bischof, Mundo online, Woody-Möbel.

¹³⁸⁵ „Aufforderung“ Cyberport, Dänisches Bettenlager, Juststreetwear, Möbel-Eins, Redcoon. „Einladung“ IKEA, Kaysports24.

¹³⁸⁶ So die AGB von 3T-Elektro, Frontlineshop, MEDION, Rapunzel.

¹³⁸⁷ So die AGB von Elektrikshop, Elektro Wandelt, Moebel-Shop, reichelt, Vinexus, Web-Moebel.

¹³⁸⁸ So die AGB von Voltus.

¹³⁸⁹ So die AGB von Elcoma-Shop, MEDION, Rapunzel, Vinexus.

¹³⁹⁰ So die AGB von Elektro Wandelt, EURONICS, Voltus.

¹³⁹¹ So die AGB von Fashion For Home und Strohhauer.

¹³⁹² So die AGB von Alternate.

(zum Kauf/zum Abschluss eines Kauf-)Vertrag(sabschluss)... ab“¹³⁹³, „Durch Anklicken des Buttons... bieten... damit den Abschluss eines Kaufvertrags an“¹³⁹⁴ und „Bestellung(en) ist/sind ein (rechts-)verbindliche(s) Angebot(e) (zum/auf Abschluss eines Kaufvertrages)“¹³⁹⁵, „einen verbindlichen Antrag zum Kauf“¹³⁹⁶ oder „ein verbindliches (Kauf-)Angebot“¹³⁹⁷.

Häufig werden mehrere Formulierungen verwendet, um den Verbraucher eindeutig darauf hinzuweisen, dass der Online-Versanddienst lediglich eine *invitatio ad offerendum* abgibt. Dabei wird gezielt auf die Verwendung dieser lateinischen Phrase verzichtet, die lediglich Juristen bekannt sein wird. Entsprechend ist auch der alleinige Hinweis, dass es sich um kein Angebot im Sinne der §§ 145 ff. BGB handelt, nicht ausreichend.

Zur Bestimmung verbraucherfeindlicher Klauseln ist jedoch zusätzlich danach zu unterscheiden, wann der Verkäufer dem Käufer seine Annahme nach den Angaben in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen mitteilt. Es besteht zum einen die Möglichkeit, dass der Verkäufer das Angebot des Käufers bereits durch die Bestellbestätigung annimmt. Zum anderen kann die Bestellbestätigung aber auch lediglich zur Erfüllung der gesetzlichen Pflichten des Anbieters nach § 312i Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BGB dienen. Dann erfolgt der Vertragsabschluss erst später, etwa durch eine separate Auftragsbestätigung oder den Versand der Ware. Zwar entscheidet nicht allein die Information in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen darüber, ob die Bestellbestätigung auch eine Annahme darstellt, jedoch kann die Intention des Verkäufers daran abgelesen werden. Diese ist für die Vertrauenswürdigkeit ausschlaggebend.

Soweit automatisiert erkannt wurde, dass der Verkäufer durch das Einrichten seines Online-Versanddienstes lediglich eine Einladung zur Abgabe eines Angebots unterbreitet hat, genügt es, die nicht verbraucherunfreundlichen Gestaltungen zu erkennen. Das sind Klauseln, die den Vertragsab-

¹³⁹³ „Eine verbindliche Bestellung“ Conrad, Elektrikshop, Elektro Wandelt, Elektroschop Bischof, Fashion For Home, Möbel-Eins, Moebel-Shop, Rapunzel, reichelt, Vinexus, Voltus, Web-Moebel, Zalando. „ein verbindliches Angebot zum Kauf“ Dänisches Bettenlager, IKEA, Mediamarkt, saymo, Saturn. „Zum Abschluss eines Kaufvertrags“ comtech, Frontlineshop („durch Bestellung“). „Vertragsabschluss“ Juststreetwear.

¹³⁹⁴ So die AGB von Eas-y Elektro.

¹³⁹⁵ So die AGB von Cyberport, MEDION, Redcoon.

¹³⁹⁶ So die AGB von Elektro Wandelt.

¹³⁹⁷ So die AGB von 3T-Elektro.

schluss direkt nach dem Angebot des Verbrauchers durch die Bestellbestätigung, annehmen. Denn es ist dem Verbraucher nicht zuzumuten, etwa zehn Werktage an seine Willenserklärung gebunden zu sein. Dies widerspricht dem Charakter des Online-Handels.

Soweit eine Annahme des Angebot bereits durch die Bestellbestätigung erfolgt, die der Käufer nach § 312i Abs. 1 Nr. 3 BGB unverzüglich erhalten muss, ist nur ein geringer Nachteil gegenüber der Annahme durch die Bestellung des Käufers zu sehen. Automatisiert kann dies erkannt werden, indem nach Formulierungen gesucht wird, die die Bestellbestätigung und die Annahme oder den Vertragsabschluss zusammenbringen. Die Texterkennung kann dazu nach folgenden Formulierungen suchen: „Mit dieser Bestellbestätigung nimmt ... das Angebot ... an, sodass der Vertrag mit Zugang der E-Mail zustande kommt“¹³⁹⁸, „Die Bestätigung des Zu-/Eingangs Ihrer Bestellung erfolgt zusammen mit der Annahme der Bestellung“¹³⁹⁹ oder „Der Kaufvertrag kommt zustande, wenn wir Ihre Bestellung durch eine/per Auftragsbestätigung ... annehmen“¹⁴⁰⁰, „Bestellung annehmen“¹⁴⁰¹, „kommt ein Vertrag mit (Zu-/Übersendung der) Versandbestätigungs-E-Mail/der separaten/gesonderten Auftragsbestätigung/der Annahmeerklärung zustande“¹⁴⁰², „können/kann dieses/das Angebot/Ihre Bestellung innerhalb... durch/indem... Annahme-/Auftragsbestätigung... annehmen“¹⁴⁰³ oder „Die Annahme ... erfolgt innerhalb...“¹⁴⁰⁴. Besonders verbraucherfeindliche Klauseln können durch Fristen von mehr als fünf Tagen erkannt werden.¹⁴⁰⁵

Der durchschnittliche Verbraucher geht davon aus, dass er Ware, die er bei einem Online-Versanddienst bestellt, auch erhält. Die rechtliche Differenzierung zwischen *invitatio ad offerendum*, Angebot und Annahme sind ihm in

¹³⁹⁸ So die AGB von 24Colours.

¹³⁹⁹ So die AGB von Avandeo, Elektrikshop Bischof, Fashion For Home, Moebel-shop.

¹⁴⁰⁰ So die AGB von Elektroschop Bischof, Frontlineshop.

¹⁴⁰¹ So die AGB von Apple und Woody-Möbel.

¹⁴⁰² So die AGB von Cyberport Eas-y Elektro, IKEA, Mundo online.

¹⁴⁰³ So die AGB von Juststreetwear, MEDION, saymo, Vinexus, Web-Moebel.

¹⁴⁰⁴ So die AGB von 3T-Elektro.

¹⁴⁰⁵ So die AGB von Frontlineshop (14 Kalendertage), MEDION (8 Tage), Juststreetwear (1 Woche), redcoon (7 Kalendertage). Die AGB von Elcoma-Shop gibt sogar eine Frist von 30 Tagen an. Genau fünf Tage nennen die AGB von Alternate, Elektro Wandelt, EURONICS, Gourmantis, Mediamarkt, Rapunzel, reichelt, Saturn, saymo, Web-Moebel; Zalando nur bei Waren, die nicht als „lieferbar“ gekennzeichnet sind.

der Regel nicht bekannt. Ihm ist deshalb auch nicht bewusst, dass seine Bestellung je nach Gestaltung des Online-Versanddienstes nicht angenommen werden könnte. Durch die automatisierte Analyse kann dieser Aspekt als Teil der Verbraucherfreundlichkeit in die Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit des Online-Versanddienstes einfließen.

1.2.4 Abtretung

Häufig finden sich in Allgemeinen Geschäftsbedingungen Bestimmungen zur Abtretung von Ansprüchen. Eine Abtretung liegt nach § 398 Satz 1 BGB immer dann vor, wenn eine Forderung von einem Gläubiger vertraglich auf einen anderen übertragen wird. Rechtsfolge der Abtretung ist gemäß Satz 2 dass der neue Gläubiger an die Stelle des bisherigen Gläubigers tritt. Damit gehen die Rechte und Pflichten des bisherigen Gläubigers auf den neuen über. In Allgemeinen Geschäftsbedingungen kann die Abtretung unterschiedlicher Forderungen geregelt sein. Zum einen wird vielfach darauf hingewiesen, dass die Kaufpreisforderungen des Verkäufers an Dritte abgetreten werden dürfen. Zum anderen kann in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen auch bestimmt werden, dass der Käufer seine Forderungen gegen den Verkäufer, etwa Mängelansprüche, nicht abtreten darf. Diese beiden Fälle sind zu unterscheiden.

Eine Klausel, in der die Möglichkeit beschrieben wird, dass die dem Verkäufer zustehenden Kaufpreisansprüche abgetreten werden, hat rein informativen Charakter und damit keine Relevanz für die Verbraucherfreund- oder -feindlichkeit. Zwar wird der Verbraucher insoweit benachteiligt, als er sich den ursprünglichen Gläubiger, den Zedenten aussuchen konnte und sich dann einem neuen Gläubiger, dem Zessionar, gegenüber sieht. Dies nimmt jedoch auch das Gesetz in Kauf. Denn die Abtretung ist nicht von der Zustimmung des Schuldners abhängig.¹⁴⁰⁶ Er soll gemäß § 407 Abs. 1 BGB lediglich über die Abtretung informiert werden, damit er an den neuen Gläubiger leisten kann. Damit sind Klauseln nicht beachtlich, die allgemein davon sprechen, dass der Verkäufer sich das Recht vorbehält, bestimmte Forderungen „an Dritte abzutreten“¹⁴⁰⁷.

¹⁴⁰⁶ So auch *Busche*, in: Staudinger BGB, Buch 2 2014, § 398 BGB, Rn. 35; *Roth*, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 398 BGB, Rn. 3. Der Schuldner wird jedoch durch die Vorschriften der §§ 404 ff. BGB geschützt.

¹⁴⁰⁷ So die AGB von H&M.

Neben den Klauseln, die allgemein auf die Möglichkeit zur Abtretung hinweisen, finden sich in Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Online-Versanddiensten auch Klauseln, die dem Verbraucher mitteilen, dass die Kaufpreisforderung bei Zahlung auf Rechnung oder bei Ratenzahlung an einen konkret benannten Dritten, beispielsweise an die Billpay GmbH, abgetreten werden. Hier entstehen keine Nachteile für den Verbraucher, wenn er bereits bei Vertragsabschluss darüber informiert wird, dass der Anspruch auf Kaufpreiszahlung an einen bestimmten Zessionar abgetreten wird.

Dazu muss der Verbraucher diese Information jedoch tatsächlich zur Kenntnis nehmen. Regelmäßig werden Online-Versanddienste bereits im Rahmen des Bestellprozesses und nicht ausschließlich in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen darüber informieren. Wird beispielsweise bereits bei Auswahl des Zahlungsmittels darauf aufmerksam gemacht, dass die Zahlung auf Rechnung an einen konkret genannten Dritten erfolgen muss, ist der Verbraucher ausreichend deutlich darauf hingewiesen worden. Findet sich ausschließlich in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen ein Hinweis, kann der Verbraucher durch das Add-on darauf hingewiesen werden. Zwar besteht auch ohne Information über die Abtretung die Möglichkeit dazu, erfolgt jedoch eine Information, sollte der Verbraucher diesen Hinweis aus Gründen der Verbraucherefreundlichkeit auch erhalten, damit er selbst entscheiden kann, ob er unter diesen Bedingungen den Vertrag abschließt.

Dabei kann das Add-on nach folgender Formulierung suchen: „... erfolgt die Abwicklung der Zahlung in Zusammenarbeit mit (der Billpay GmbH), an die wir/die ... unsere/ihre Zahlungsforderung abtreten/abtritt“.¹⁴⁰⁸ Bei anderen Anbietern wird entsprechend ein anderer Name genannt. Nach diesem sucht das Add-on im Verlauf der Bestellung. Sollte der Name nicht gefunden werden, ist der Verbraucher darauf aufmerksam zu machen, dass die Allgemeinen Geschäftsbedingungen auf eine Abtretung hinweisen.

Zwar muss der Verbraucher¹⁴⁰⁹ der Abtretung nicht zustimmen. Es ist jedoch möglich beim Abschluss eines Vertrags, der eine Forderung begründet, nach § 399 Alt. 2 BGB die Abtretung durch Vereinbarung auszuschließen.

¹⁴⁰⁸ So die AGB von Avando, comtech, Fashion For Home, Frontlineshop und Juststreetwear.

¹⁴⁰⁹ Wenn ein Rechtsgeschäft, das diese Forderung begründet hat, für beide Teile ein Handelsgeschäft, oder ist der Schuldner eine juristische Person des öffentlichen Rechts oder ein öffentlich-rechtliches Sondervermögen, ist eine solche Vereinbarung nach § 354a Abs. 1 Satz 1 HGB nicht wirksam.

ßen. Da die Allgemeinen Geschäftsbedingungen aber fast ausnahmslos vom Verkäufer eingebracht werden, ist ein vertragliches Verbot zur Abtretung der Kaufpreisforderung nicht zu erwarten. Der Verkäufer würde sich damit selbst Möglichkeit zur Abtretung berauben.

Ein Abtretungsverbot wird jedoch gelegentlich für die Forderungen des Käufers, also des Verbrauchers, gegenüber dem Verkäufer vereinbart. Diese Vereinbarung ist nach § 399 Alt. 2 BGB zulässig. Ohne eine entsprechende Klausel hat der Verbraucher jedoch die Möglichkeit, beispielsweise seine Mängelansprüche oder den Anspruch auf Rückgewähr des Kaufpreises an einen Dritten gegen Empfang eines adäquaten Betrags abzutreten. Damit kann er früher Geld für seine Forderung erhalten. Ebenso könnte der Käufer die Forderungen abtreten, damit er die Ansprüche gegenüber dem Verkäufer nicht selbst durchsetzen muss. Der Käufer ist also besser gestellt, wenn in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen kein Abtretungsverbot für Forderungen gegen den Verkäufer vereinbart wird. Eine solche Klausel ist also als verbraucherunfreundlich anzusehen.

Um eine solche, den Verbraucher benachteiligende Klausel automatisiert zu erkennen, kann durch Texterkennung nach folgenden Formulierungen gesucht werden: „Die Abtretung ... ist ausgeschlossen“¹⁴¹⁰ oder „Die Abtretung... ist nur... rechtswirksam“¹⁴¹¹. Zusätzlich ist auch die Formulierung im Verbalstil aufzunehmen: „Sie dürfen Ihre Forderung gegen uns nicht an einen Dritten abtreten.“¹⁴¹²

Insgesamt sind also nicht alle Klauseln, die die Abtretung von Forderungen betreffen, für die Einstufung der Verbraucherfreundlichkeit oder -feindlichkeit relevant, da zum Teil nur die bestehende Gesetzeslage widergegeben wird. Vor allem aber das Abtretungsverbot von Forderungen, die der Käufer gegen den Verkäufer hat, ist als verbraucherunfreundlich einzuordnen. Durch automatisierte Texterkennung, kann eine solche Klausel ausgelesen werden. Es kann allerdings nicht mit absoluter Sicherheit ausgeschlossen werden, dass auch ein Abtretungsverbot, das sich der Verkäufer selbst auferlegt, fälschlicherweise mit erfasst wird. Allerdings ist die Wahr-

¹⁴¹⁰ So die AGB von Mediamarkt, Saturn, Strohauer.

¹⁴¹¹ So die AGB von Voltus.

¹⁴¹² Ebenso ist die entsprechende Formulierung mit informeller Anrede („du“) aufzunehmen.

scheinlichkeit, dass ein solches Abtretungsverbot vom Verkäufer in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen aufgenommen wurde, sehr gering.¹⁴¹³

Der Verbraucher, der die Allgemeinen Geschäftsbedingungen regelmäßig nicht (in vollem Umfang) zur Kenntnis nimmt, wird nicht erkennen, ob und welche Klausel zur Abtretung die Gesetzeslage widergibt oder eine ihn benachteiligende Bestimmung darstellt. Die meisten Verbraucher haben auch keine Erfahrungen mit der Abtretung eigener Forderungen. Diese zählt nicht zu ihren alltäglichen Geschäften. Erst wenn sich ihnen eine bestimmte Gelegenheit bietet, werden sie diese Möglichkeit wahrnehmen wollen. Dann ist aber regelmäßig bereits ein Problem bei der Vertragsabwicklung aufgetreten, denn andernfalls hat der Käufer keinen Zahlungsanspruch gegen den Verkäufer. Durch eine automatisierte Auswertung kann der Verbraucher frühzeitig über die ihn benachteiligende Klausel informiert werden.

1.2.5 Zurückbehaltungsrecht

Erklärt der Verbraucher den Widerruf, müssen die ausgetauschten Leistungen zurückerstattet werden. § 348 Satz 1 BGB bestimmt, dass dies Zug um Zug nach § 274 Abs. 1 BGB geschehen muss. Allerdings bestimmt § 357 Abs. 1 BGB unter anderem für Fernabsatzverträge, dass die Waren spätestens nach 14 Tagen zurück zu gewähren sind. Dabei steht dem Unternehmer bei Verbrauchsgüterkäufen nach Abs. 4 Satz 1 das Recht zu, die die Rückzahlung zu verweigern, bis er die Ware oder einen Nachweis über ihren Versand hat. Damit verliert der Verbraucher das Recht nach § 320 Abs. 1 Satz 1 BGB, die ihm obliegende Leistung zu verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt wurde. Dieses Leistungsverweigerungsrecht konnte sogar gemäß § 309 Nr. 2 lit. a BGB nicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen ausgeschlossen werden, denn dadurch hätte der Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, bei Online-Versanddiensten der Verkäufer, seinen Vertragspartner gezwungen, in Vorleistung zu treten. Nach § 309 Nr. 2 lit. b BGB war auch keine Bestimmungen erlaubt, die das Zurückbehaltungsrecht des Vertragspartners ausschließen oder einschränken, wenn es auf demselben Vertragsverhältnis beruht.

¹⁴¹³ Im Rahmen der empirischen Untersuchung wurden keine entsprechenden Klauseln gefunden.

Aufgrund dieser engen Vorgaben war ein vertraglich vereinbartes Zurückbehaltungsverbot leicht automatisiert zu erkennen, da der Verwender regelmäßig den Wortlaut des Gesetzes aufgriff. Auch aktuelle enthalten viele Allgemeine Geschäftsbedingungen ein Zurückbehaltungsverbot.¹⁴¹⁴ Dieses ist jedoch für den Fall des Fernabsatzes nicht mehr relevant.

1.2.6 Aufrechnung

In unmittelbarem Zusammenhang mit dem Zurückbehaltungsverbot wird häufig auch die Aufrechnung von Ansprüchen geregelt. Bei der Aufrechnung werden Leistungen „verrechnet“, die ihrem Gegenstand nach gleichartig sind und die zwei Personen einander schulden. Dadurch muss „keine Seite mehr selbst Leistungen an den Gegner erbringen“.¹⁴¹⁵ Auch Aufrechnungsverbote in Allgemeinen Geschäftsbedingungen setzt § 309 BGB mit Nr. 3 Grenzen. So darf dem Vertragspartner – bei Online-Versanddiensten also dem Käufer – durch die Vereinbarung nicht die Möglichkeit genommen werden, Forderungen gegen den Vertragspartner mit einer eigenen „unbestrittenen oder rechtskräftig festgestellten Forderung aufzurechnen“. Die Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – bei Online-Versanddiensten also die Verkäufer – versuchen regelmäßig ein so umfassendes vertragliches Verbot zu vereinbaren, wie es gerade noch zulässig ist. In den Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird in der Regel dementspre-

¹⁴¹⁴ Durch die automatisierte Texterkennung kann deshalb nach einer Kombination zum einen aus der Formulierung „Sie können/der Kunde kann ein Zurückbehaltungsrecht nur ausüben“ (3T-Elektro, Elektroschop Bischof, Möbel-Eins, Kaysports24), „zur Ausübung eines Zurückbehaltungsrechts nur insoweit befugt“ (24Colours, Alternate, Voltus), „haben Sie/hast du ein Zurückbehaltungsrecht“ (Avandeo, comtech, Frontlineshop), „steht dem Kunden ein Zurückbehaltungsrecht nur zu“ (Fashion For Home) „Ein Recht des Kunden zur... Zurückbehaltung besteht nicht“ (Vinxus), „Die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts... ist ausgeschlossen“ (MEDION) oder „nicht berechtigt... Rechte auf Zurückbehaltung... entgegen(zu)halten“ (Redcoon) und sowohl „Gegenanspruch“ (24Colours, Alternate, comtech, Fashion For Home, Frontlineshop, MEDION, Möbel-Eins, Voltus) oder „Ansprüche“ (Elektroschop Bischof, Kaysports24) als auch „auf/aus dem gleichen/demselben Vertragsverhältnis/Rechtsverhältnis resultieren/beruht“ (24Colours Alternate, Avandeo, Elektroschop Bischof, Frontlineshop. „Demselben“ 3T-Elektro, Fashion For Home, Kaysports24, Möbel-Eins. Mit anderen Wortreihenfolge MEDION, Redcoon, Voltus),

¹⁴¹⁵ *Schlüter*, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 387 BGB, Rn. 1; detailliert *Windel*, KTS 2000, 215 ff.

chend, um nicht den gesetzlichen Vorgaben zuwider zu handeln, auf den Wortlaut der Norm zurückgegriffen.

Am häufigsten wird die Formulierung „Ein Recht zur Aufrechnung steht/Aufrechnungsrechte steht/-en dem Kunden/dem Besteller/Ihnen nur (dann) zu, wenn seine/Ihre Gegenansprüche rechtskräftig (gerichtlich) festgestellt (sind/wurde) oder ... unbestritten sind/werden“¹⁴¹⁶ verwendet, nach der durch Texterkennung gesucht werden kann. Andere Formulierungsmöglichkeiten sind „Der Kunde kann nur mit ... Forderungen aufrechnen“,¹⁴¹⁷ „Ein Recht zur Aufrechnung/Aufrechnungsrecht des Kunden besteht nur/nicht“¹⁴¹⁸, „die Aufrechnung erklären“¹⁴¹⁹ und „berechtigt zur Aufrechnung/aufzurechnen“¹⁴²⁰ sowie „mit unbestrittenen... oder rechtskräftig festgestellten Forderungen“¹⁴²¹ oder „die Forderung... unstreitig oder rechtskräftig (festgestellt)“¹⁴²². Alternativ wird die Bezeichnung „unbestritten“¹⁴²³ verwendet. Zusätzlich werden von der Vereinbarung gelegentlich auch Ansprüche ausgenommen, die „schriftlich ... anerkannt wurden“¹⁴²⁴ oder „entscheidungsreif“¹⁴²⁵ sind. Es genügt jedoch die automatisierte Suche nach den gesetzlich vorgegebenen Ausnahmen.

Durch ein in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen vereinbartes Aufrechnungsverbot verliert der Vertragspartner des Verwenders die Möglichkeit, anstelle der Zahlung seine gegen den Verwender bestehende Forderung aufzurechnen. Damit muss er eine Zahlung zunächst erbringen, deren Betrag er sodann zurückverlangen kann.¹⁴²⁶ Der Verwender erlangt den Vorteil, mit Sicherheit die Zahlung und damit Geld zu erhalten. Eine solche Klausel benachteiligt den Verbraucher als Kunden und ist damit als verbraucherunfreundlich einzuordnen.

¹⁴¹⁶ So die AGB von 24Colours, Avandeo, comtech, Cyberport („Aufrechnungsrecht“), Elektroschop Bischof, Fashion For Home, Frontlineshop, Juststreetwear, Voltus.

¹⁴¹⁷ So die AGB von Kaysports24 und Rapunzel.

¹⁴¹⁸ So die AGB von Strohauer und Vinexus.

¹⁴¹⁹ So die AGB von MEDION.

¹⁴²⁰ So die AGB von EURONICS und Redcoon.

¹⁴²¹ So die AGB von MEDION und Rapunzel.

¹⁴²² So die AGB von Strohauer und Vinexus.

¹⁴²³ So die AGB von Cyberport, EURONICS.

¹⁴²⁴ So die AGB von Elektroschop Bischof, Frontlineshop, Juststreetwear, Kaysports24.

¹⁴²⁵ So die AGB von Rapunzel.

¹⁴²⁶ Aus Sicht des Verwenders *Schlüter*, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 387 BGB, Rn. 1.

1.2.7 Haftung

Besonders häufig sind Haftungsklauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten.¹⁴²⁷ Dabei ist das Ziel solcher Haftungsbeschränkungen, die Haftung des Verkäufers bei unvorhergesehenen Schwierigkeiten zu reduzieren. Verbraucher nehmen solche Klauseln in der Regel nicht zur Kenntnis. Dies liegt zum einen daran, dass sie die Allgemeinen Geschäftsbedingungen allgemein nicht lesen, zum anderen aber auch daran, dass Haftungsbeschränkungen Sachverhalte regeln, die nicht regelmäßig eintreten und vom Verbraucher auch nicht erwartet werden. Deshalb wird der Verbraucher auch nicht bei jedem Vertragsschluss nach einer solchen Regelung suchen – anders als etwa bei den Kosten des Rückversands, über die sich der Verbraucher unter Umständen informiert, wenn er unsicher ist, ob er die Ware behalten will.

Die Möglichkeit, Haftungsbeschränkungen in Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu vereinbaren, ist stark eingeschränkt. § 309 Nr. 7 BGB sieht Klauselverbote ohne Wertungsmöglichkeit für Haftungsausschlüsse bei Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit und bei grobem Verschulden vor.¹⁴²⁸ Aber auch andere Vorschriften wie § 276 Abs. 3 BGB und § 14 ProdHG verbieten bestimmte Haftungsausschlüsse. Durch die gesetzlichen Vorgaben sind auch die Formulierungsmöglichkeiten stark eingeschränkt. So wird regelmäßig ein Haftungsausschluss vereinbart, der nicht in den gesetzlich verbotenen Fällen gilt. Dazu wird auf den Wortlaut des Gesetzestextes zurückgegriffen. Dadurch wird das automatisierte Erkennen stark vereinfacht und führt zu aussagekräftigen Ergebnissen.

Für die Bewertung der Vertrauenswürdigkeit des Online-Versanddienstes ist es vor allem entscheidend, ob überhaupt versucht wird, die Haftung einzuschränken. Wird dies festgestellt, ist deutlich, dass der Verkäufer sich zum Nachteil des Käufers besser stellen will. Es hat sich zudem gezeigt, dass Haftungsklauseln in der Regel möglichst umfassend gestaltet werden, da die Haftung grundsätzlich ausgeschlossen werden soll. Als Ausnahmen müssen die gesetzlichen Verbote in der Klausel vereinbart werden. Eine verbraucherfreundliche Gestaltung liegt vor, wenn der Verwender der All-

¹⁴²⁷ Zu diesem Ergebnis kommt auch die Auswertung von *Ossoinig*, Vertrauenswürdigkeit von Webshops, Masterarbeit, Universität Kassel 2013, 27.

¹⁴²⁸ Detailliert zu § 309 BGB s. Teil 2 Kapitel 2 2.3 Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen.

gemeinen Geschäftsbedingungen darauf verzichtet, sich einen solchen Vorteil zu verschaffen. Deshalb muss bei der automatisierten Analyse sichergestellt werden, ob tatsächlich kein Haftungsausschluss vereinbart wurde. Dazu wird exemplarisch überprüft ob das Haftungsausschlussverbot für Schäden an Körper, Leib und Leben sowie für die Verletzung einer Kardinalpflicht eingehalten wird. Dabei ist für die Vertrauenswürdigkeit weniger entscheidend, ob sich der Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedingungen den gesetzlich maximal zulässigen Rahmen an Haftungsbeschränkungen einräumen will oder sogar darüber hinausgeht und damit eine unzulässige Haftungsbeschränkung formuliert. Entscheidend ist vielmehr, dass er sich gegenüber dem Vertragspartner möglichst vieler Verantwortlichkeiten entledigen möchte.

Für die Feststellung, dass die Haftung für Schäden an Leben, Körper und Gesundheit ausgeschlossen ist, reicht bereits die Suche nach den Begriffen „Verletzung“ oder alternativ „Schäden“ und „Leben, Körper und Gesundheit“. Nahezu alle Online-Versanddienste haben diese Aufzählung aus dem Gesetzestext übernommen.¹⁴²⁹ Eine abweichende Formulierung kann durch die automatisierte Texterkennung von „Körper- und Gesundheitsschäden und bei Verlust Ihres Lebens/Tötung“¹⁴³⁰ erkannt werden.

Ein vereinbarter Haftungsausschluss darf keine wesentlichen vertraglichen Pflichten, sogenannte Kardinalpflicht, umfassen. Kardinalpflichten sind solche „die die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages erst ermöglichen und auf deren Erfüllung der Vertragspartner des Verwenders deshalb vertraut und vertrauen darf“.¹⁴³¹ Andernfalls käme es zu einer „Aushöhlung von vertragswesentlichen Rechtspositionen des Vertragspartners“.¹⁴³² Dem Vertragspartner würden formularmäßig solche Rechte weggenommen oder eingeschränkt, „die ihm der Vertrag nach seinem Inhalt und Zweck gerade zu gewähren hat“.¹⁴³³ Damit läge ein Verstoß gegen § 307 Abs. 2 BGB vor.¹⁴³⁴

¹⁴²⁹ So die AGB von 24Colours, 3T-Elektro, Alternate, Conrad, Dänisches Bettenlager, Eas-y Elektro, Elektronik, Fashion For Home, Fashion5, IKEA, Kaysports24, Mediamarkt, MEDION, Moebel-Shop, PEARL, Rapunzel, reichelt, Saturn, Saymo, Strothauer, Vinexus, Voltus. Auch die Muster-AGB für Webshops von *Rücker/Thalhofer*, in: Weise/Krauß 2013, Webshop-AGB, § 8 lauten entsprechend.

¹⁴³⁰ So die AGB von Cyberport, Juststreetwear, Recoon („Tötung“).

¹⁴³¹ BGHZ 149, 89 (96) noch zur Vorgängernorm § 9 Abs. 2 AGBG.

¹⁴³² BGHZ 164, 11 (36).

¹⁴³³ BGHZ 164, 11 (36).

¹⁴³⁴ BGHZ 149, 95 noch zur Vorgängernorm § 9 Abs. 2 AGBG.

Auch bei der Gestaltung dieses Aspekts, müssen sich die Verwender von Allgemeinen Geschäftsbedingungen stark an den Wortlaut der Rechtsprechung anlehnen, um die Anforderungen an die Verständlichkeit einzuhalten.¹⁴³⁵ Deshalb kann die Texterkennung nach der Formulierung „die Erreichung des Vertragszwecks gefährdet/gefährden“¹⁴³⁶ oder „...ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages (überhaupt) erst ermöglicht/ermöglichen und auf deren Erfüllung der Kunde/User/Sie vertraut/vertrauen darf/dürfen“¹⁴³⁷ suchen. Außerdem wird die Umschreibungen „wesentliche(r/-n) Vertragspflichten“¹⁴³⁸ oder „vertragswesentliche Pflichten“¹⁴³⁹ gelegentlich verwendet.

Auch wenn Haftungsfragen nur im Ausnahmefall, bei Auftreten eines Schadens, relevant sind, ist doch an dem Einbezug eines Haftungsausschlusses erkennbar, dass der Anbieter des Online-Versanddienstes versucht, sich durch die von ihm verwendeten Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber der gesetzlichen Situation besser zu stellen. Ein Verbraucher wird aber selten in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen nach einer entsprechenden Klausel suchen, sodass er durch die Einbeziehung in die Bewertung der Vertrauenswürdigkeit ein Mehr an Information erhält.

1.3 Umfang einer Auswertung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen

Viele Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind weder als verbraucherfreundlich noch -feindlich zu bewerten. Von denen, die verbraucherfreundlich oder -feindlich sind, können einige aufgrund ihrer standardisierten Formulierung automatisiert durch das Add-on ausgewertet werden. Zu diesen Klauseln zählen zum einen die zum Kauf auf Probe, zu freiwilligen Rücktrittsrechten sowie zu Vertragsschluss und Annahmefrist. Zum anderen lassen auch Klauseln zur Abtretung, zur Aufrechnung und zur Haftung erkennen, ob der Verwender der Allgemeinen Geschäftsbedin-

¹⁴³⁵ Vgl. BGHZ 164, 11.

¹⁴³⁶ So die AGB von 24Colours, 3T-Elektro, Conrad, Rapunzel.

¹⁴³⁷ So die AGB von 24Colours, 3T-Elektro, Alternate, comtech, Conrad, Dänisches Bettenlager, Eas-y Elektro, EURONICS, Fashion For Home, IKEA, Kaysports24, Mediamarkt, Redcoon, Saturn, saymo.

¹⁴³⁸ So die AGB von 3T-Elektro, Alternate, comtech, Dänisches Bettenlager, Eas-y Elektro, Fashion For Home, Kaysports24, MEDION, PEARL, Rapunzel, Redcoon, saymo, Strothauer, Vinexus.

¹⁴³⁹ So die AGB von Cyberport, Elcoma-Shop, reichelt, Voltus.

gungen – bei Online-Versanddiensten also der Unternehmer, Verkäufer und Diensteanbieter – vertrauenswürdig ist. Einem Vertragspartner, der sich durch die von ihm gestalteten Allgemeinen Geschäftsbedingungen rücksichtslos rechtliche Vorteile sichern will, sollte kein Vertrauen entgegengebracht werden – unabhängig davon, ob die Klauseln noch im Rahmen des gesetzlich Zulässigen liegen oder andernfalls unwirksam sind.

Dem Verbraucher ist mitzuteilen, wenn vor allem positive oder vor allem negative Klauseln in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen erkannt wurden. Dazu sollte er auf auffällige Klauseln hingewiesen und damit aufgefordert werden, diese näher zu betrachten. Damit kann beim Nutzer ein Verständnis dafür entstehen, welche Klauseln einen Einfluss auf seine Rechtsposition haben. Allerdings kann das Add-on lediglich automatisiert auslesbare Klauseln erkennen und dann auf diese hinweisen. Andere Klauseln können jedoch nicht in die Bewertung einfließen und auch der Verbraucher wird regelmäßig nicht in der Lage sein – selbst bei ausführlicher Betrachtung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – festzustellen, ob sie für ihn insgesamt nachteilig sind oder nicht. Verwender könnten zumindest einen Teil zur Klärung beitragen, indem sie zwischen rein deklaratorischen und rechtsgestaltenden Klauseln unterscheiden würden. Dazu könnten Allgemeine Geschäftsbedingungen beispielsweise in einen informativen und einen rechtsgestaltenden Bereich unterteilt werden. Damit könnte zumindest dafür gesorgt werden, dass Verbraucher ihre Aufmerksamkeit auf die entscheidenden Klauseln richten.

Eine umfassende juristische Bewertung kann dadurch jedoch nicht ersetzt werden. Damit der Verbraucher die beim Vertragsschluss gültigen Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei späteren Streitigkeiten einsehen kann, ohne sich auf den zu diesem (späteren) Zeitpunkt auf der Webseite befindlichen Vertragstext verlassen zu müssen, kann das Add-on einen Beitrag leisten. Speichert das Add-on automatisiert die Allgemeinen Geschäftsbedingungen, wenn ein Verbraucher einen Bezahl-Button betätigt, kann der Verbraucher später auf diese, in seinem Bereich aufbewahrten Vertragsbedingungen zugreifen, die nicht vom Unternehmer nachträglich geändert worden sein können.¹⁴⁴⁰

¹⁴⁴⁰ Zu Fragen der Beweissicherung gilt das bereits zu Screenshots Geschriebene, s. Teil 3 Kapitel 2 3.2 Weitergehende Nutzerunterstützung. Der Beweiswert könnte etwa durch elektronische Signaturen, Zeitstempel und ein für den Nutzer nicht beeinflussbaren Speicher erhöht werden.

2 Automatisierte Analyse der Angabe von Pflichtinformationen

Eines der wichtigsten Instrumente im Bereich des Verbraucherschutzes ist die Information des Verbrauchers. Insbesondere der europäische Gesetzgeber hat an vielen Stellen Informationspflichten vorgesehen, um die Position des Verbrauchers zu stärken und ihm eine informierte Entscheidung zu ermöglichen.¹⁴⁴¹ Im deutschen Verbraucherschutzrecht finden sich Vorgaben zu Pflichtangaben im Bürgerlichen Gesetzbuch zu Verbraucherverträgen allgemein in § 312a Abs. 3, 4 und 5 BGB, zum Fernabsatz in § 312d Abs. 1 Satz 1 BGB i. V. m. Art. 246a § 1 EGBGB,¹⁴⁴² insbesondere zum Widerruf in § 1 Abs. 2 Satz 1,¹⁴⁴³ und zum elektronischen Geschäftsverkehr in § 312i Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB i. V. m. Art. 246c EGBGB sowie § 312j Abs. 1 BGB und Abs. 2 i. V. m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 EGBGB.¹⁴⁴⁴ Weitere Pflichtangaben fordert die Anbieterkennzeichnung in § 5 TMG¹⁴⁴⁵ und die §§ 1, 2 und 4 Abs. 4 PangV.¹⁴⁴⁶ Die verschiedenen Pflichtangaben überschneiden sich zum Teil. Angaben, die von mehreren Vorschriften gefordert werden, müssen nicht mehrfach erbracht werden, soweit die verschiedenen Anforderungen an ihre Anbringung gleichzeitig erfüllt werden können. Bei der Auslegung der Begriffe ist auf Konsistenz zu achten.¹⁴⁴⁷

Bei der automatisierten Analyse von Pflichtinformationen ist bei der Frage des Analyseumfangs zu unterscheiden. Einem Add-on, das lediglich auf den Online-Versanddienst zugreifen kann, ist es nicht möglich, die Angaben auf inhaltliche Richtigkeit zu überprüfen. Es kann grundsätzlich nur das Vorhandensein einer Angabe festgestellt werden. Darüber hinaus ist abhängig von der Art der Information maximal eine Plausibilitätsprüfung mög-

¹⁴⁴¹ Kritisch zu überhand nehmenden Informationspflichten anstelle vieler *Schmidt-Kessel*, VuR 2012, 421 f.

¹⁴⁴² Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2 3.2.1 Pflichtangaben im Fernabsatz.

¹⁴⁴³ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2 3.3.1 Pflichtangaben zum Widerrufsrecht.

¹⁴⁴⁴ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2 4.1.1 Allgemeine Pflichtangaben im elektronischen Geschäftsverkehr und Teil 2 Kapitel 2 4.3 Besondere Informationspflicht im elektronischen Geschäftsverkehr.

¹⁴⁴⁵ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2 6.1 Pflichtangaben der Anbieterkennzeichnung.

¹⁴⁴⁶ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2 5.1 Pflicht zur Preisangabe.

¹⁴⁴⁷ *Micklitz/Schirnbacher*, in: Spindler/Schuster 2011, § 312c BGB, Rn. 17; nur allgemein *Wendehorst*, in: MüKo BGB, Band 2 2012, § 312c BGB, Rn. 89.

lich. So kann etwa bei Adressen, Telefonnummern oder E-Mail-Adressen überprüft werden, ob diese grundsätzlich existieren (könnten).

Bei der Frage, ob Informationen vorhanden sind, ist zwischen solchen Informationen zu unterscheiden, die alle Online-Versanddienste vorhalten müssen, also universell sind, und solchen, die nur unter bestimmten Voraussetzungen angegeben werden müssen. Bei Letzteren hängt die Pflicht von einer bestimmten Bedingung ab, beispielsweise von der Art der angebotenen Waren oder von den Eigenschaften des Anbieters. Gerade bei Informationen, die nur partiell vorgehalten werden müssen, stellt bereits die automatisierte Feststellung der Angabepflicht eine Herausforderung für die Analyse dar. Zwar können Angaben auch gemacht werden, wenn keine gesetzliche Pflicht besteht, aber viele Angaben existieren nur in bestimmten Fällen, so beispielsweise ein Vertreter des Diensteanbieters. Wenn es sich beim Anbieter des Online-Versanddienstes etwa um eine natürliche Person handelt, ist kein Vertreter nötig. Ein Online-Versanddienst ist deshalb jedoch nicht weniger vertrauenswürdig.

Welche Teile des Online-Versanddienstes das Add-on bei der Suche nach den Pflichtinformationen analysieren muss, wurde bereits bei den formalen Gestaltungsanforderungen dargestellt. Insoweit wird auf diese Ergebnisse verwiesen.¹⁴⁴⁸

2.1 Universelle Pflichtinformationen

Zunächst soll die Analysemöglichkeiten für Pflichtinformationen untersucht werden, die von jedem Online-Versanddienste angegeben werden müssen – unabhängig von etwaigen Umständen. Dabei überschneiden sich die Pflichtinformationen, die in den verschiedenen Rechtsbereichen gefordert werden, sodass sie im Folgenden thematisch sortiert und nicht nach Normen geordnet untersucht werden.

§ 312d Abs. 1 sowie § 312j Abs. 2 BGB jeweils i. V. m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EGBGB fordern die Angabe der wesentlichen Merkmale jeder Ware. Eine automatisierte Analyse scheitert an Zweierlei. Zum einen muss der Ausdruck der „wesentlichen Merkmale“ abhängig von der jeweiligen Ware oder zumindest Warengruppe betrachtet werden.¹⁴⁴⁹ Das Add-on

¹⁴⁴⁸ Dazu s. Teil 3Kapitel 21 Formale Gestaltung eines Links.

¹⁴⁴⁹ Ähnlich *Hoeren/Föhlisch*, CR 2014, 243.

kann jedoch nicht zwischen verschiedenen Waren unterscheiden. Zum anderen ist auch dann nicht definiert, welche Eigenschaften als wesentlich anzusehen sind.¹⁴⁵⁰ Diese Angaben sind auch abhängig vom konkreten Kundenkreis. Ein Online-Versanddienst, der sich beispielsweise auf Reitzubehör spezialisiert hat, wird andere Merkmale angeben müssen, als ein Online-Versanddienst, der ganz unterschiedliche Waren anbietet und darunter nur eine oder wenige Waren, die zu diesem Bereich zählen. Denn dann ist anzunehmen, dass auch das Wissen seiner potentiellen Käufer nicht spezialisiert ist, sodass zumindest die Sprache entsprechend angepasst werden muss und möglicherweise weniger Details nötig sind. Eine automatisierte Analyse ist deshalb nicht möglich.

Eine weitere wichtige Information, die der Anbieter eines Online-Versanddienstes angeben muss, ist seine Identität (Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EGBGB). Dazu zählt zunächst der Handelsname. Soweit der Verkäufer eingetragen ist, kann das Add-on die Angaben nach allen gängigen Rechtsformen und den entsprechenden Abkürzungen analysieren.¹⁴⁵¹ Damit wird gleichzeitig überprüft, ob der Diensteanbieter – soweit er eine juristische Person ist – die Rechtsform angegeben hat, wie § 5 Abs. 1 Nr. 1 Var. 3 TMG fordert.

Auch die Anschrift der Niederlassung (Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EGBGB) kann durch die Analyse der Texte auf bestimmte, für Adressen typisch formatierte Textteile erkannt werden. Dabei kann zusätzlich eine Plausibilitätsprüfung durchgeführt werden, indem beispielsweise auf einem Online-Kartendienst überprüft wird, ob diese Adresse zumindest existiert. Dies ist ebenfalls automatisiert möglich.¹⁴⁵² Wird bei der Adressprüfung festgestellt, dass der Anbieter nur ausländische Anschriften angegeben hat, sollte der Nutzer darauf zumindest dann hingewiesen werden, wenn die deutsche

¹⁴⁵⁰ So etwa auch *Buchmann*, K&R 2014, 457.

¹⁴⁵¹ AG/Aktiengesellschaft, e. K./e. Kfm./eingetragener Kaufmann, e G/eingetragene Genossenschaft, EWIV/Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung, GbR/Gesellschaft bürgerlichen Rechts, GmbH/Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH & Co. KG/Gesellschaft mit beschränkter Haftung & Kommanditgesellschaft, KG/Kommanditgesellschaft, Ltd./Limited/Company limited by shares, KgaA/Kommanditgesellschaft auf Aktien, OHG/Offene Handelsgesellschaft, SCE/Europäische Genossenschaft, SE/Europäische Gesellschaft, SPE/Europäische Privatgesellschaft mit beschränkter Haftung,...

¹⁴⁵² Ein Anbieter, der solche Adressverifizierungen gewerblich anbietet ist *arvato infoscore GmbH*, Adressverifizierung, www.arvato-infoscore.de/dienstleistungen/risikomanagement/adressverifizierung/.

Top-Level-Domain „.de“ verwendet wird. Diese lässt sich ohne weiteres automatisiert auslesen, sodass ein Vergleich möglich ist. Der Aspekt spielt jedoch für die abstrakte Vertrauenswürdigkeit keine Rolle. Eine andere Bewertung würde zu Konflikten mit dem europäischen Binnenmarktkonzept führen. Eine reine Information des Verbrauchers ist hingegen nicht schädlich, wenn sie lediglich neutral auf diesen Fakt hinweist.

Dasselbe Analyse-Vorgehen kann auch für die nach Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EGBGB anzugebende Telefonnummer und E-Mail-Adresse angewandt werden. Für die Plausibilitätsprüfung kann auf unterschiedliche Dienste zurückgegriffen werden.¹⁴⁵³ Ob es sich um eine Telefonnummer zum Grundtarif handelt, kann anhand der Nummer erkannt werden.¹⁴⁵⁴ Auch § 312a Abs. 5 BGB fordert eine Telefonnummer zum Grundtarif. Bei E-Mail-Adressen besteht die Besonderheit, dass Anbieter diese online ungern maschinenlesbar angeben, um die Zusendung von Spam zu vermeiden. Dennoch sind die Möglichkeiten, diese automatisiert auszulesen, vielfältig und bringen gute Ergebnisse. So können etwa auch veränderte E-Mail-Adressen, wie „carina.boos[at]uni-kassel.de“ oder andere Abänderungen wie „at“, „(at)“ oder „et“, automatisiert erkannt werden. Das gilt auch für die Angabe von E-Mail-Adressen als Bild, die durch OCR oder Bilderkenner ausgewertet werden können, oder hinter Briefumschlag-Symbolen hinterlegte E-Mail-Adressen. Soweit keine E-Mail-Adresse gefunden werden kann, ist der Nutzer darauf aufmerksam zu machen. Er kann dies dann selbst überprüfen, da er ein gesteigertes Interesse daran haben wird, seinen möglichen Vertragspartner kontaktieren zu können. Sollte er den Online-Versanddienst nur zu Zwecken des Preisvergleichs oder zum „Stöbern“ aufgesucht haben, kann er diese Information zunächst ignorieren.

Neben dem Fernabsatzrecht fordert auch die Anbieterkennzeichnung nach § 5 TMG die Angabe des Namens und der ladungsfähigen Anschrift der Niederlassung des Diensteanbieters (Nr. 1). Ebenso ist vom Diensteanbieter die E-Mail-Adresse anzugeben. Allerdings fordert § 5 Nr. 2 TMG auch die Angabe einer weiteren schnellen elektronischen Kontaktaufnahme- und unmittelbare Kommunikationsmöglichkeit. Hier bietet sich die Angabe der Telefonnummer an, die bereits aufgrund der fernabsatzrechtlichen Anforderung

¹⁴⁵³ Für Telefonnummern kann beispielsweise die Bibliothek von Google, [libphonenumber, code.google.com/p/libphonenumber/](https://libphonenumber.code.google.com/p/libphonenumber/) genutzt werden, für E-Mail-Adressen [Warren, Software 2012, ex-parrot.com/~pdw/Mail-RFC822-Address.html](https://warren.com/Software/2012/ex-parrot.com/~pdw/Mail-RFC822-Address.html).

¹⁴⁵⁴ *Hoeren/Föhlisch*, CR 2014, 242 zählen im Einzelnen kostenfreie Nummern auf.

rungen anzugeben ist. Als kundenfreundlich ist es zu bewerten, wenn zusätzlich ein Kontaktformular angeboten wird, über das der Nutzer den Diensteanbieter kontaktieren kann. Das Add-on kann jedoch die Geschwindigkeit der Antwort nicht automatisiert überprüfen – dafür wäre das Versenden einer E-Mail und die Überwachung des Posteingangs nötig. Der automatisierte Versand könnte bei den Diensteanbietern zu einer Vielzahl von Anfragen führen, die dann wiederum die Antwortzeiten negativ beeinflussen würden, sodass die Ergebnisse dieser Analyse nicht der Realität entsprächen.

Die Angabe von Preisen fordert sowohl Art. 246a § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 EGBGB als auch die Preisangabenverordnung. Danach ist zunächst der Gesamtpreis einschließlich der abgeführten Steuern anzugeben. Nur im Einzelfall ist alternativ die Angabe der Berechnungsgrundlage möglich. Das Add-on kann feststellen, ob eine Unterseite eine oder mehrere Preisangaben enthält, indem Zahlen mit dem Zusatz „€“, „Euro“ oder „EUR“ vor oder nach einer Zahlenfolge erfasst werden.¹⁴⁵⁵ Die Analyse muss wenigstens auf der Unterseite positiv verlaufen, auf der der Bezahl-Button erkannt wurde. Die Preisangaben auf dieser Unterseite sind vom Add-on farblich hervorzuheben, damit deren Höhe nicht zwischen den anderen Pflichtangaben versteckt werden können.¹⁴⁵⁶ Soweit sie außerhalb des Sichtbereichs des Nutzers oder vom Bezahl-Button weiter entfernt sind, ist außerdem durch einen Hinweis auf diese Preisangaben aufmerksam zu machen. Dies gilt auch, wenn nur ein vermeintlicher Bezahl-Button erkannt wurde.¹⁴⁵⁷

Neben dem Gesamtpreis ist auch nach § 1 Abs. 2 Nr. 1 PangV die Angabe der Versandkosten gefordert, deren automatisierte Analyse möglich ist.¹⁴⁵⁸ Schließlich fordert § 1 Abs. 2 Nr. 1 PangV auch die Angaben, dass die Preise die Umsatzsteuer enthalten. Dazu kann das Add-on nach der Abkürzung „MwSt.“/„MWSt.“ und dem Begriff „Mehrwertsteuer“ suchen. Allerdings muss der erklärende Zusatz nicht bei jeder Preisangabe gemacht werden. Sie muss also nicht im Zusammenhang mit jedem einzelnen Preis erscheinen.

¹⁴⁵⁵ Detailliert zum Erkennen von Preisen s. Teil 3 Kapitel 2 2.3 Preisangaben.

¹⁴⁵⁶ Auch Zander 2014, 449 und 465 f. befürchtet, dass zwischen anderen Pflichtangaben „versteckt“ werden können.

¹⁴⁵⁷ Boos/Bartsch/Volkamer, CR 2014, 126.

¹⁴⁵⁸ Detailliert zum Erkennen der Versandkosten s. Teil 3 Kapitel 3 1.1.1 Versandkosten.

Weitere fernabsatzrechtliche Pflichtinformationen nennt Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 7 EGBGB. Danach ist der Verkäufer verpflichtet, die Zahlungs-, Lieferungs- und Leistungsbedingungen anzugeben. Diese stellen Vertragsbedingungen dar und sind nur insoweit automatisiert prüfbar, wie sie in der AGB-Analyse aufgenommen wurden.¹⁴⁵⁹

Der Verkäufer muss weiterhin Nr. 8 über das geltende gesetzliche Mängelhaftungsrecht informieren. Deshalb ist etwa darauf hinzuweisen, wenn die Gewährleistungsfrist – beispielsweise bei gebrauchten Waren – vertraglich verkürzt wird.¹⁴⁶⁰ In der Praxis erfolgt meist lediglich ein Hinweis, dass die gesetzlichen Ansprüche bestehen. Eine einheitliche Formulierung wird dabei nicht verwendet.

Abs. 2 fordert vom Verkäufer eine korrekte Widerrufsbelehrung. Dabei sind die Bedingungen, Fristen und das Verfahren zur Ausübung des Widerrufs ebenso anzugeben wie das Muster-Widerrufsformular aus Anlage 2 EGBGB. Eine Analyse muss in einem ersten Schritt mit der einfachen Suche nach dem Begriff „Widerruf“ beginnen. Bis Juni 2014 konnten Online-Versanddienste noch wählen, ob sie anstelle des Widerrufs- ein Rückgaberecht vereinbaren. Diese Möglichkeit ist entfallen, sodass es sinnvoll erscheint, zunächst zu überprüfen, ob der Online-Versanddienst an diese umfassende Gesetzesänderung angepasst wurde. In einem zweiten Schritt ist dann zum einen zu analysieren, ob das Muster-Widerrufsformular zur Verfügung steht. Dies ist technisch besonders einfach umzusetzen, da dieses Formular in Anlage 2 EGBGB keine austauschbaren Textbausteine enthält. Es ist also nicht durch den Verkäufer anzupassen. Der gesamte Wortlaut steht also unabhängig vom Online-Versanddienst im Vorhinein fest.

Zum anderen ist nach der Muster-Widerrufsbelehrung zu suchen. Die Anreize, dieses nicht verpflichtende Muster zu verwenden, sind sehr hoch. Die korrekte Widerrufsbelehrung war in der Vergangenheit immer wieder Anlass für gerichtliche Auseinandersetzungen.¹⁴⁶¹ Art. 246a § 1 Abs. 2 Satz 2 EGBGB bestimmt jedoch, dass der Unternehmer durch die korrekte Verwendung des Musters alle Informationspflichten nach Abs. 1 erfüllt. Dadurch erhält der Unternehmer Rechtssicherheit. Folge einer falsch gestal-

¹⁴⁵⁹ Dazu s. Teil 3 Kapitel 3 1 Automatisierte Analyse der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

¹⁴⁶⁰ Buchmann, K&R 2014, 458.

¹⁴⁶¹ Anstelle vieler *Masuch*, NJW 2008, 1701 f.

teten Widerrufserklärung ist zwar nicht mehr eine unendliche Widerrufsfrist, wie sie § 356 Abs. 3 BGB a. F. vorsah. Dennoch wird die Widerrufsfrist deutlich – um ein Jahr – ausgeweitet. Wird die Musterwiderrufsbelehrung verwendet, muss das Muster des Widerrufsformulars ebenfalls auf der Webseite vorgehalten werden. Konkret ist es im Anschluss an die Musterwiderrufsbelehrung bereitzuhalten. Auch dies lässt sich ohne weiteres automatisiert überprüfen.

Andere Pflichtinformationen stehen im Fokus des elektronischen Geschäftsverkehrs. Um den Anforderungen an § 312i Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB i. V. m. Art. 246c Nr. 1 EGBGB nachzukommen, muss der Unternehmer die technischen Schritte, die zum Vertragsschluss führen, insbesondere den Zeitpunkt der Bindungswirkung für den Verbraucher nachvollziehbar darstellen. Die automatisierte Analyse dieses Aspekts wurde bereits im Rahmen der AGB-Analyse betrachtet.¹⁴⁶² Des Weiteren muss nach Nr. 2 angegeben werden, ob der Vertragstext nach Vertragsschluss vom Anbieter gespeichert wird und zur Verfügung steht. Eine Textanalyse wäre auch in diesem Punkt möglich. Jedoch sind die sprachlichen Formulierungen sehr unterschiedlich. So wird teilweise auf einen Zugriff über das Kundenkonto hingewiesen. Andere formulieren nahe am Gesetzeswortlaut und wieder andere Online-Versanddienste enthalten eine Beschreibung, wie Dateien oder Unterseiten gespeichert werden können. Würde nur nach den Texten gesucht, die nahe an der gesetzlichen Formulierung sind, würden gerade die Online-Versanddienste nicht erfasst, die sich durch eine deutliche Handlungsanweisung besonders verbraucherfreundlich zeigen. Der Aspekt ist damit nicht automatisiert prüfbar. Dasselbe gilt für die Erklärung zum Erkennen und Korrektur von Eingabefehlern nach Nr. 3. Diese Anforderung ist außerdem weniger gewichtig, solange einfache Mittel dafür zur Verfügung stehen, die der Verbraucher auch ohne Erklärung zu bedienen weiß.¹⁴⁶³ Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen werden außerdem durch das Add-on gespeichert.

Zuletzt ist nach Nr. 4 anzugeben, in welchen Sprachen der Vertrag geschlossen werden kann. Da sich das Add-on an deutsche Verbraucher richtet und auf deutsche Online-Versanddienste beschränkt ist, ist vor allem entschei-

¹⁴⁶² Detailliert zum Erkennen s. Teil 3 Kapitel 3 1.2.3 Vertragsschluss und Annahmefrist.

¹⁴⁶³ Detailliert zu den Anforderungen an die technische Umsetzung s. Teil 2 Kapitel 2 4.2 Besondere Informationspflicht im elektronischen Geschäftsverkehr.

dend, ob der Vertrag auf Deutsch geschlossen werden kann. Dies kann durch eine Sprachanalyse der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und der Bestellübersicht sowie der sonstigen Seiteninhalte überprüft werden.

Des Weiteren muss der Unternehmer nach § 312j Abs. 1 BGB über die von ihm akzeptierten Zahlungsmittel informieren. Genannt werden regelmäßig die einzelnen Zahlungsmittel Kreditkarte (VISA-/Master-/American Express-Card), Bankeinzug/Lastschrift(-verfahren), Rechnung/Bezahlung nach Lieferung, PayPal, Vorkasse/Überweisung und Nachnahme. Weitere, weniger verbreitete Zahlungsmittel sind Sofortüberweisung, Barzahlung und Giropay. Außerdem wird häufig auf Möglichkeiten wie Ratenzahlung (auch „Kauf in mehreren Monatsbeträgen) oder „Finanzierung“ hingewiesen.¹⁴⁶⁴ Diese Schlagworte können durch Texterkennung ausgelesen werden. Durch Mustererkennung kann überprüft werden, dass sie nicht in direktem Zusammenhang mit Begriffen wie „nicht“ oder „keine“ genannt werden. Außerdem ist zumindest bei einschlägigen Symbolen, wie das der Kreditkartenunternehmen oder PayPal, auch nach diesen zu suchen.

Eine weitergehende Unterstützung des Verbrauchers kann darin bestehen, dass ihm das Add-on bei besonders wenig vertrauenswürdigen Online-Versanddiensten auf Zahlungsalternativen aufmerksam macht, die ihn vor Risiken, vor allem aufgrund einer Vorleistung, schützen oder solche Risiken gar nicht erst entstehen lassen. Abhängig vom Ergebnis der übrigen Bewertung kann dem Verbraucher empfohlen werden, etwa nur bestimmte Zahlungsarten, wie Rechnung und Nachnahme, zu nutzen. Sollten diese Zahlungsformen nicht angeboten werden, sollte dem Verbraucher eine entsprechende Warnung angezeigt werden, basierend auf der Einschätzung als nicht-vertrauenswürdiger Online-Versanddienst und dem Fehlen von Zahlungsmitteln, die dem Verbraucher kein Zahlungsrisiko zumuten.

2.2 Partielle Pflichtinformationen

Neben den Pflichtinformationen, die jeder Online-Versanddienst vorhalten muss, existieren einige Informationen, die nicht von jedem Dienst angegeben werden müssen. Um das (Nicht-)Erfüllen einer solchen Pflicht automatisiert zu erkennen, muss in einem ersten Schritt erkannt werden, ob die Angabe nötig wäre. Dies ist häufig von äußeren Umständen abhängig – aber

¹⁴⁶⁴ So bereits in *Boos*, VuR 2014, 51.

auch davon, ob bestimmte Informationen überhaupt existieren, beispielsweise eine zeitliche Befristung von Angeboten. Kann also automatisiert nur ausgelesen werden, ob eine Information vorhanden ist, oder nicht, lässt dies weder eine positive noch eine negative Aussage zur Vertrauenswürdigkeit zu. Denn zunächst müsste festgestellt werden, ob eine Pflicht zur Angabe besteht und die Informationen überhaupt existieren.

Folgende Pflichtinformationen sind abhängig vom Unternehmer selbst oder dem Unternehmen und seiner Organisation. Sie können deshalb nicht ohne zusätzliches Wissen über den Unternehmer und das Unternehmen in die Vertrauenswürdigkeitseinschätzung einfließen, auch wenn sie automatisiert geprüft werden könnten. § 312d Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB fordert die Angabe der Anschrift des Unternehmers, wenn diese von der des Unternehmens abweicht und die Anschrift etwaiger Beauftragter wie Vertreter, falls solche existieren. Die Angabe der Vertretungsberechtigten fordert auch § 5 Abs. 1 Nr. 1 Var. 4 TMG. Ebenso die Angabe des Stamm- oder Grundkapitals bei Angaben über das Kapital der Gesellschaft (Var. 5). Dies ist bei Online-Versanddienste genauso unüblich wie die Angabe der ausstehenden Einlagen, wenn nicht alle in Geld zu leistenden Einlagen eingezahlt wurden. Soweit die Gesellschaft abgewickelt oder liquidiert wird, ist nach Nr. 7 ein Hinweis darauf zu geben. Obwohl diese Information für den Verbraucher sehr nützlich wäre, müsste vor allem erkannt werden, wann eine solche Pflicht besteht. Dies kann das Add-on allein mit Zugriff auf den Online-Versanddienst aber nicht feststellen. Eine automatisierte Prüfung scheidet also insoweit aus.

Nach Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 6 EGBGB sind zusätzliche Kosten für die Benutzung des Fernkommunikationsmittels anzugeben. Dies ist bei der Benutzung eines Online-Versanddienstes jedenfalls sehr unüblich. Ein entsprechender Hinweis ist also nicht zu erwarten. Zuletzt sind nach Nr. 7 letzter HS und Nr. 16 Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren anzugeben, soweit solche speziellen Verfahren vom Unternehmer vorgesehen sind. Hier ist bereits fraglich, ob die Verfahren für den Verbraucher positiv oder negativ zu bewerten sind. Dazu wäre eine Betrachtung jedes einzelnen Verfahrens nötig. Nach Nr. 10 sowie § 312i Abs. 1 Nr. 2 BGB i. V. m. Art. 246c Nr. 5 EGBGB sind Verhaltenskodizes anzugeben, denen sich der Unternehmer unterworfen hat. Dann ist auch eine Möglichkeit zu schaffen, diesen elektronisch einzusehen. Diese Pflicht wird der Unternehmer regelmäßig aus Eigeninteresse erfüllen, um mit dem Verhaltenskodex zu werben. Für die be-

sonders relevanten Online-Prüfsiegel findet eine gesonderte Auswertung auf Basis ihrer Aussagekraft statt.¹⁴⁶⁵

Wenn festgestellt wurde, dass es sich beim Diensteanbieter um eine Gesellschaft handelt,¹⁴⁶⁶ sind das entsprechende Register und die Registernummer, etwa aus dem Handels-, Vereins-, Partnerschafts- oder Genossenschaftsregister, nach § 5 Abs. 1 Nr. 4 TMG anzugeben. Eine automatisierte Prüfung kann die typischen deutschen Register erfassen. Jedoch ist die Aussagekraft für den Verbraucher sehr eingeschränkt, da nicht überprüft werden kann, ob die Angaben korrekt sind. Dasselbe gilt für die nach Nr. 6 anzugebende Umsatzsteueridentifikationsnummer oder Wirtschaftsidentifikationsnummer.

Abhängig von der gekauften Ware oder der gewählten Vertragsart sind folgende Pflichtinformationen, die aus demselben Grund nicht zur Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit herangezogen werden können, wie die zuvor beschriebenen. Bei Abonnement-Verträgen muss nach Art. 246a § 1 Abs. 1 Nr. 5 EGBGB der Gesamtpreis pro Abrechnungszeitraum angegeben werden. Nach Nr. 11 ist außerdem gegebenenfalls die Laufzeit eines Vertrages und die Kündigungsfrist sowie nach Nr. 12 die Mindestlaufzeit anzugeben. Bei vielen, aber nicht allen Waren ist außerdem nach § 2 Abs. 1 PAngV der Grundpreis anzugeben. Der Preis je Mengeneinheit kann zwar automatisiert erfasst werden, indem nach Formulierungen wie "je/pro ...g/kg/l/ml/Stück" in Kombination mit einer Preisangabe gesucht wird. Allerdings ist das Add-on nicht in der Lage festzustellen, ob die Angabe nötig ist. Deshalb kann das Fehlen von Grundpreisen nicht als verbraucherunfreundlich gewertet werden.

Pflichtinformationen, die – soweit sie automatisiert auslesbar sind – eine Aussage über die Vertrauenswürdigkeit eines Online-Versanddienstes zulassen, sind die Angabe eines Kundendienstes und möglicher Garantien gemäß Nr. 9 sowie die Angabe von Sicherheitsleistungen des Verbrauchers, wie einer Kautions, nach Nr. 13. Die Angabe eines Kundendienstes ist für den Verbraucher vorteilhaft, wenn er sich an den Unternehmer wenden möchte. Allerdings ist die Bezeichnung „Kundendienst“ nicht näher bestimmt. Ein Kundendienst kann lediglich eine Hotline während der Ge-

¹⁴⁶⁵ Detailliert zu deren Erkennen s. Automatisierte Analyse von Online-Prüfsiegeln.

¹⁴⁶⁶ Dazu wird der Online-Versanddienst nach üblichen Gesellschaftsformen und deren Abkürzungen durchsucht, s. Teil 3 Kapitel 3 2.1 Universelle Pflichtinformationen.

schäftszeiten darstellen und damit nichts anderes als die Angabe einer zu Geschäftszeiten erreichbaren Telefonnummer. Insoweit ist anhand der Bezeichnung als Kundendienst kein Vorteil für den Verbraucher zu sehen. Das Vorhandensein einer Telefonnummer hingegen wird bereits als separate Pflichtangabe geprüft. Werden dem Verbraucher Garantien gegeben, die über das gesetzliche Maß hinausgehen, so ist dies als positiv zu bewerten. Eine automatisierte Analyse könnte am Begriff „Garantie“ ansetzen. Allerdings wird eine solche Analyse vor allem Hinweise erfassen, dass keine zusätzlichen Garantien gewährt werden. Das Feststellen längerer Standardklauseln ist in diesem Zusammenhang nicht möglich, da keine ausreichende Datenquelle besteht. Garantien von Online-Versanddiensten sind sehr selten.¹⁴⁶⁷ Dasselbe gilt für Sicherheiten. Das Einfordern von Sicherheiten vom Käufer in einem Online-Versanddienst ist sehr ungewöhnlich. Anderes gilt etwa bei der Buchung von Reisen oder Hotelübernachtungen.

Eine weitere Pflichtangabe, die eine Aussage über die Verbraucherfreundlichkeit eines Online-Versanddienstes zulässt, betrifft die Kostentragung für den Rückversand. Nach § 312d Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 246a § 1 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB ist der Verbraucher darüber zu informieren, wenn er die Kosten für den Rückversand tragen muss. Dies kann automatisiert erkannt werden.¹⁴⁶⁸

2.3 Umfang einer Auswertung der Pflichtinformationen

Im Bereich der Pflichtinformationen gestaltet sich eine automatisierte Analyse schwierig. Viele Aspekte können – zumindest standardmäßig – automatisiert geprüft werden. Dies gilt vor allem für die Informationspflichten, die jeder Online-Versanddienst bereithalten muss. Insbesondere die Pflichtinformationen, die nicht von jedem Dienst angegeben werden müssen, sind jedoch kaum automatisiert zu erfassen oder das Fehlen der Informationspflichten ist nicht aussagekräftig.

Um eine effiziente automatisierte Überprüfung durch das Add-on zu ermöglichen, wären Pflichtinformationen standardisiert umzusetzen, wie es

¹⁴⁶⁷ Eine Ausnahme bildet der Online-Versanddienst von Apple, wobei diese Garantie ausdrücklich eine Herstellergarantie darstellt und keine Garantie des Online-Versanddienstes selbst.

¹⁴⁶⁸ Detailliert zum Erkennen der Rücksendekosten s. Teil 3 Kapitel 3 1.1.2 Rücksendekosten.

P3P für Datenschutzerklärung ermöglicht.¹⁴⁶⁹ Bei einer Standardisierung könnten alle Pflichtangaben als „Felder“ vorgesehen werden, sodass anstelle eines Nichtvorhaltens ein Ausfüllen zum Beispiel mit dem Hinweis „keine Angabe nötig/möglich“ oder „nicht zutreffend“ erfasst werden könnten.

3 Automatisierte Analyse von Techniken beim Verbraucherschutz

Neben bestimmten Informationen müssen Online-Versanddienste auch bestimmte technische Funktionen für ihre Kunden bereitstellen. Diese sollen den Verbraucher dazu befähigen, über den Online-Versanddienst einen Vertrag abzuschließen, der seinem Willen entspricht. § 312i Abs. 1 Satz 1 BGB nennt drei Funktionen, die der Unternehmer technisch bereitstellen muss.¹⁴⁷⁰

Nach Nr. 1 müssen technische Eingabefehlererkennungs- und -korrekturmöglichkeiten vorhanden sein. Sie müssen den Kunden ohne übermäßigen Aufwand und umfangreiche Kenntnisse vor dem Absenden der Bestellung dazu befähigen, Eingaben zu erkennen und zu korrigieren, wenn sie dem Willen des Verbrauchers widersprechen. Die technischen Umsetzungsmöglichkeiten sind vielfältig. Standardmäßig werden folgende Möglichkeiten eingesetzt. Es wird ein Link auf der Bestellübersicht, also der Unterseite mit Bezahl-Button,¹⁴⁷¹ eingefügt, der den Kunden auf eine frühere Unterseite im Bestellprozess führt, wo er beispielsweise Waren hinzufügen oder persönliche Daten, wie die Adresse oder Bezahlinformationen, korrigieren kann. Ein solcher Link kann das Add-on erkennen, indem die Struktur der Webseite und die verwendeten Links überprüft werden. Eine weitere übliche Gestaltung umfasst einen Button, mit dem einzelne Einträge gelöscht werden können. Dabei sind zumindest standardisierte Umsetzungsmöglichkeiten erkennbar.

Zuletzt besteht regelmäßig die Möglichkeit, dass der Kunde in einem Zahlenfeld die angegebene Menge korrigieren kann. Auch so hat er die Möglichkeit, einen einzelnen Posten von der Bestellung zu löschen. Textfelder

¹⁴⁶⁹ Detailliert zu P3P s. Teil 3 Kapitel 1 5.2.1.2 Standardisierte Datenschutzerklärungen in P3P. So bereits zu verbraucherschutzrechtlichen Informationen bei mobilen Agentensystemen *Gitter/Roßnagel*, K&R 2003, 69 und 71.

¹⁴⁷⁰ Detailliert zu den Pflichten s. Teil 2 Kapitel 2 4.2 Technische Bereitstellungspflichten.

¹⁴⁷¹ Detailliert zum Erkennen des Bezahl-Buttons s. Teil 3 Kapitel 2 3 Formale Gestaltung des Bezahl-Buttons.

können automatisiert erkannt werden. Das gilt auch für die Vorgabe, dass in Textfeldern nur Ziffern oder nur eine bestimmte Anzahl genutzt werden darf. So kann zumindest annäherungsweise erkannt werden, ob entsprechende Felder vorgesehen werden. Es kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass der Online-Versanddienst technische Erkennungs- und Korrekturmöglichkeiten vorhält, auch wenn diese nicht erkannt wurden. Jedoch ist die Wahrscheinlichkeit, dass diese auch leicht verständlich sind, gering. Der Kunde hat sich an bestimmte Funktionen von Online-Versanddiensten gewöhnt. Eine Webseite, die keine der oben genannten Funktionen anbietet, kann deshalb zumindest als wenig verbraucherfreundlich eingeschätzt werden.

Die Pflicht des Unternehmers nach § 312i Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BGB¹⁴⁷², dem Kunden den Bestelleingang elektronisch zu bestätigen, kann nicht immer automatisiert erkannt werden. Erfolgt die elektronische Bestätigung durch den Aufruf einer neuen Webseite, auf der der Kunde erfährt, dass seine Bestellung beim Unternehmer eingegangen ist, so könnte dies zwar mit einer hohen Wahrscheinlichkeit automatisiert durch Texterkennung festgestellt werden. Allerdings ist das gängigste Vorgehen der Versand einer Bestätigungs-E-Mail. Eine solche kann durch ein im Browser des Kunden installiertes Add-on jedoch nicht erkannt werden, sodass der Unternehmer seine Pflicht üblicherweise erfüllt, ohne dass das Add-on dies bemerkt. Verschiedene Umsetzungsmöglichkeiten dürfen durch das Add-on jedoch nicht unterschiedlich bewertet werden, wenn sie gleichermaßen rechtskonform und Verbraucherschützend sind. Deshalb kann dieser Aspekt nicht Teil einer automatisierten Auswertung der Erfüllung der technischen Bereitstellungspflichten werden.

Des Weiteren muss der Unternehmer es dem Verbraucher nach § 312i Abs. 1 Nr. 4 BGB ermöglichen, bei Vertragsabschluss die Vertragsbedingungen inklusive der Allgemeinen Geschäftsbedingungen abzurufen und sie in wiedergabefähiger Form zu speichern. Dazu müssen die Vertragsbedingungen dem Verbraucher unmittelbar vor Vertragsabschluss in entsprechender Form vorliegen. Dabei ist vor allem auch ein allgemein verfügbares, weit verbreitetes Dokumentenformat nötig, um dem Verbraucher einen Abruf

¹⁴⁷² Das Konzept zur automatisierten Analyse von § 312i Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB wurde im Rahmen von Teil 3 Kapitel 3 2 Automatisierte Analyse der Angabe von Pflichtinformationen und ihre formale Gestaltung in Teil 3 Kapitel 2 2.4 Vorvertragliche Pflichtinformationen behandelt.

und das Speichern der Vertragsbedingungen ohne Hürden zu ermöglichen. Um automatisiert zu erkennen, ob der Unternehmer dieser Bereitstellungspflicht nachgekommen ist, muss die Unterseite betrachtet werden, auf der der Verbraucher den Vertrag abschließen kann. Diese lässt sich an dem Bezahl-Button erkennen.¹⁴⁷³ Um die Vertragsbedingungen zum Abruf bereit zu halten, muss der Verbraucher auf die Vertragsbedingungen zugreifen können. Dazu müssen diese zunächst entweder direkt auf der Webseite vorgehalten werden oder mit der Unterseite durch einen Link verknüpft sein. Dies lässt sich automatisiert erkennen. Bei direktem Vorhalten der Vertragsbedingungen kann dies durch Texterkennung erfasst werden. Eine Verlinkung kann durch die Struktur der Webseite erkannt werden.¹⁴⁷⁴

Außerdem müssen die Vertragsbedingungen in einem allgemein verfügbaren Format vorgehalten werden, damit der Verbraucher die Inhalte tatsächlich zur Kenntnis nehmen kann. Auch dies kann automatisiert erfolgen, da nur solche Formate vom Add-on ausgewertet werden können, die es auch öffnen und auslesen kann. Die Vertragsbedingungen müssen aber nicht nur in einem Format abrufbar sein, in dem der Verbraucher die Informationen ohne weiteres zur Kenntnis nehmen kann. Zusätzlich müssen die Vertragsbedingungen auch vom Verbraucher gespeichert werden können. Dazu wird es nicht genügen, wenn der Verbraucher die Vertragsbedingungen lediglich durch das Erstellen eines Screenshots speichern kann. Bei der Zusammenstellung aktuell weit verbreiteter Formate ist deshalb auch auf die Speicherbarkeit zu achten.

Durch § 312d Abs. 1 Satz 2 BGB werden grundsätzlich auch die Informationspflichten des Fernabsatzrechts Vertragsbestandteil. Damit gelten die Anforderungen an die Möglichkeit zur Wiedergabe und Speicherbarkeit auch für diese Informationen. Soweit die Pflichtangaben automatisiert erkannt werden können, ist zu überprüfen, wo sie vorgehalten werden und ob sie die Anforderungen erfüllen. Die Analysemöglichkeiten entsprechen den zuvor genannten.

Damit lässt sich automatisiert sehr genau analysieren, ob die Vertragsbedingungen für den Verbraucher abruf- und speicherbar sind. In einem wei-

¹⁴⁷³ Detailliert zum Erkennen des Bezahl-Buttons s. Teil 3 Kapitel 2 3Formale Gestaltung des Bezahl-Buttons.

¹⁴⁷⁴ Zum automatisierten Erkennen von Links und deren Zieldateien s. Teil 3 Kapitel 2 1.1 Merkmale von Links.

teren Schritt speichert das Add-on für den Verbraucher eine Kopie der Vertragsbedingungen, sofern sie speicherbar sind und der Verbraucher tatsächlich einen Vertrag abschließt, indem er den Bezahl-Button drückt. Dadurch könnte der Verbraucher auch spätere Änderungen an den Allgemeinen Geschäftsbedingungen feststellen. Außerdem wäre der Verbraucher nicht darauf angewiesen, dass der Unternehmer seine Pflicht aus § 312f Abs. 2 Satz 1 BGB erfüllt und ihm die Vertragsbedingungen mit der Vertragsbestätigung zukommen lässt.

4 Umfang einer Auswertung der Inhalte und Techniken beim Verbraucherschutz

Sowohl im Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen als auch bei den Pflichtinformationen im Verbraucherschutz kann eine automatisierte Analyse zu einer speziellen Hinweise für den Verbraucher ermöglichen. Dieser wird damit direkt auf Auffälligkeiten aufmerksam gemacht. Zum anderen kann dem Verbraucher eine allgemeine Einschätzung darüber gegeben werden, ob der Online-Versanddienst aufgrund objektiver Kriterien zum Verbraucherschutz als vertrauenswürdig angesehen werden kann, oder nicht. Zwar sind nicht alle Aspekte, die einen Einfluss auf die Verbraucherfreund- oder -feindlichkeit haben, automatisiert erfassbar. Das gilt insbesondere für einige spezielle Informationspflichten. Insgesamt kann dem Verbraucher aufgrund der Vielzahl, der Breite und Bedeutung der einzelnen Aspekte jedoch eine aussagekräftige Einschätzung an die Hand gegeben werden.

Zur technischen Gestaltung formuliert der Gesetzgeber im Verbraucherschutz nur wenige Anforderungen. Von den drei Anforderungen kann eine gut, eine teilweise und eine nicht automatisiert erkannt werden. Insbesondere die Speicherbarkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird dem durchschnittlichen Verbraucher nicht auffallen, da viele diese gar nicht öffnen. Durch das Abspeichern der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Vertragsschluss kann der Verbraucher jederzeit darauf zurückgreifen und muss nicht darauf vertrauen, dass der Vertragspartner die Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht zwischenzeitlich geändert hat.

Kapitel 4 Automatisierte Analyse von Techniken und Inhalten beim Datenschutz

Wie beim Verbraucherschutz ist auch im Bereich des Datenschutzes zwischen den Inhalten und den vom Online-Versanddienst verwendeten, Techniken zu unterscheiden. Bei der Analyse der datenschutzrelevanten Inhalte ist vor allem auf die Datenschutzerklärung und die Einwilligung abzustellen. Die Datenschutzerklärung umfasst regelmäßig sowohl die datenschutzrechtlichen Pflichtinformationen als auch die Einwilligungserklärung oder sogar -erklärungen. Die Analyse der datenschutzfreundlichen technischen Gestaltung kann dabei den Grundsätzen für datenschutzgerechte und -fördernde Technik folgen. Dazu zählen unter anderem die Datensparsamkeit und Erforderlichkeit sowie die Gewährleistung der Sicherheit personenbezogener Daten. Die Grundsätze der Transparenz der Systeme und des Selbst Datenschutzes können im Rahmen der Analyse der Inhalte überprüfbar werden.¹⁴⁷⁵

1 Automatisierte Analyse datenschutzrelevanter technischer Gestaltung

Die Frage, ob ein Online-Versanddienst datenschutzfreundlich gestaltet wurde und sein Anbieter damit in Bezug auf den Datenschutz vertrauenswürdig erscheint, lässt sich vor allem anhand der Gestaltung des Dienstes erkennen. Denn dabei zeigt sich unmittelbar, ob datenschutzfreundliche Techniken verwendet oder Maßnahmen zum Schutz der personenbezogenen Daten des Nutzers ergriffen wurden.

Eine umfassende Analyse der technischen Gestaltung datenschutzrelevanter Aspekte beim Online-Versanddienst kann zwar durch ein Browser-Add-on, das beim Nutzer installiert wird, nicht geleistet werden. Dies ist damit zu begründen, dass das Add-on, wie auch der Nutzer, nur auf die Webseite und nicht auf die dahinterstehende Infrastruktur und Organisation zugreifen kann. Damit ist nicht nachvollziehbar, wie mit Daten umgegangen wird. Dennoch zeigt auch der Online-Versanddienst bereits, ob der Datenschutz im Unternehmen eine wichtige Rolle spielt oder nicht. Dazu kann das Add-on jeweils einzelne Aspekte zu verschiedenen Datenschutzgrundsätzen automatisiert analysieren, sodass sich anhand dieser einzelnen technischen

¹⁴⁷⁵ Zu den nicht autark zu betrachtenden Grundsätzen *Köhntopp*, in: Roßnagel 2001, 56 f. Detailliert dazu bereits Teil 2 Kapitel 3 3 Datenschutzrechtliche Grundsätze.

Gestaltungsformen exemplarisch überprüfen lässt, ob die jeweiligen Grundsätze eingehalten werden.

1.1 Datensparsamkeit und Erforderlichkeit

Der Grundsatz der Datensparsamkeit zeigt sich an verschiedenen Aspekten des Online-Versanddienstes. Zunächst zeigt die Anzahl und Art der Eingabefelder, ob der Online-Versanddienst datensparsam gestaltet wurde. Dabei muss jedoch regelmäßig nur ein Teil der Felder ausgefüllt werden. Datensparsam ist ein Online-Versanddienst aber nur, wenn er entweder bestimmte Informationen gar nicht erheben möchte, also keine entsprechenden Felder vorgesehen sind, oder wenn er dem Nutzer deutlich kommuniziert, dass er nur besonders wichtige Daten benötigt, indem er diese deutlich von weiteren Feldern abgrenzt. Die im Online-Versanddienst vorhandenen Eingabefelder können automatisiert erkannt werden. Erforderliche Daten bei Online-Versanddiensten sind der Vorname, (Nach-)Name, Adresse oder Anschrift mit Straße, Hausnummer, Postleitzahl (PLZ) und Land, außerdem die E-Mail-Adresse, die Telefonnummer, gegebenenfalls ein Nutzernamen sowie das Passwort und zum Teil das Geburtsdatum. Abhängig von der Zahlungsart sind außerdem verschiedene Zahlungsdatenfelder erforderlich.¹⁴⁷⁶

Um dem Nutzer zu verdeutlichen, dass er weitere Felder nicht ausfüllen muss, muss eine deutliche Markierung die erforderlichen von den freiwilligen Eingabefeldern unterscheiden. Eine solche deutliche Unterscheidung kann in aller Regel automatisiert ausgelesen werden. So ermöglicht beispielsweise eine unterschiedliche Formatierung der Beschriftungen, etwa eine unterschiedliche Schriftfarbe, Fettdruck oder Zusätze wie Sternchen die Einteilung in Gruppen. Anhand der automatisiert auslesbaren Beschriftung kann erkannt werden, wenn neben den zuvor genannten Eingabefeldern weitere als erforderlich markiert wurden. Der Nutzer ist dann darauf hinzuweisen, dass hier eine über das erforderliche Maß hinausgehende Abfrage erfolgt.

Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass es dem Online-Versanddienst gelingt, die erforderlichen Textfelder zu markieren, ohne

¹⁴⁷⁶ Detailliert zu den erforderlichen personenbezogenen Dateneingaben bei den unterschiedlichen Zahlungsarten s. Teil 2 Kapitel 1 2.3 Risiken durch den Umgang mit Zahlungsdaten.

dass dies vom Add-on mit Sicherheit erkannt werden kann. Ist also gar keine Unterscheidung automatisiert erkennbar sind, aber mehr als die zuvor genannten erforderlichen Eingabefelder vorhanden, ist der Nutzer darauf hinzuweisen. Er kann dann mit einem Blick selbst erkennen, ob ihm eine Unterscheidung möglich ist. Soweit eine Unterscheidung jedoch gar nicht vorgenommen wurde, ist es auch unerheblich, wenn nicht alle Felder ausgefüllt werden müssen. Der Nutzer kann nicht wissen, welche Felder ausgefüllt sein müssen. Er wird im Zweifel davon ausgehen, dass alle Felder nötig sind. Ein Diensteanbieter, der den Nutzer so zur Eingabe seiner Daten „überlistet“, ist nicht als vertrauenswürdiger anzusehen, als einer, der die Eingabe aller Daten tatsächlich fordert.

Eine weitere Möglichkeit, datensparsame Online-Versanddienste zu erkennen, bieten die akzeptierten Zahlungsmittel. Unabhängig davon, welches Zahlungsmittel der Nutzer auswählt, zeigt das grundsätzliche Angebot, ob bei diesem Aspekt auf datensparsame Optionen geachtet wurde. Dabei genügt es bereits, wenn eine datensparsame Zahlungsart angeboten wird, denn dann kann der Nutzer selbst entscheiden, ob er diese oder eine andere wählen möchte. Zu datensparsamen Zahlungsarten zählen Überweisung, Rechnung,¹⁴⁷⁷ PayPal, Prepaidkarte und Nachnahme. Diese können automatisiert erkannt werden.¹⁴⁷⁸

Weiterhin ist der Grundsatz der Datensparsamkeit nicht mit dem Einsatz bestimmter Cookies zu vereinbaren, die mehr Daten erheben als technisch zur Nutzung des Online-Versanddienstes, insbesondere der Bestellung über diesen, nötig sind. Ein Add-on kann automatisiert erkennen, ob und, wenn ja, welche Cookies auf dem Computer des Nutzers gesetzt werden sollen. Das frei erhältliche Add-on „Ghostery“¹⁴⁷⁹ verdeutlicht, welche Informationen automatisiert ausgelesen werden können. Es lässt sich bestimmen, welche Cookies von wem, auf welcher Webseite gesetzt werden sollen. Dies gilt auch für die technisch schwieriger erkennbaren Flash-Cookies. Ebenso kann erkannt werden, wie lange die Cookies auf dem Computer gespeichert werden sollen. Datenschutzrechtlich relevant sind vor allem solche, die nicht nur während der Nutzung auf dem Computer bleiben sollen. Cookies, die

¹⁴⁷⁷ Dies gilt nur soweit die Daten dazu nicht an einen Zahlungsdiensteanbieter weitergegeben werden. Zum Erkennen von Zahlungsdiensteanbietern s. Teil 3 Kapitel 4 2.2.4 Bonitätsüberprüfungen.

¹⁴⁷⁸ Detailliert dazu s. Teil 3 Kapitel 3 2.1 Universelle Pflichtinformationen.

¹⁴⁷⁹ Ghostery Inc. , www.ghostery.com.

ein Jahr oder länger gespeichert werden, sind besonders kritisch, da ein Nutzer, der einen Online-Versanddienste so lange nicht mehr besucht hat, wohl kein Interesse an einer näheren Geschäftsbeziehung und deshalb auch keinerlei Interesse an dem Umgang mit seinen Daten mehr hat.

Diese Informationen können auch ausgelesen werden, wenn die Cookies gar nicht gesetzt, sondern vorher blockiert werden.¹⁴⁸⁰ Sollen also bei Aufruf des Online-Versanddienstes dauerhafte Cookies auf dem Computer des Nutzers abgelegt werden, ist dies datenschutzunfreundlich. Übersteigt der Speicherzeitraum ein Jahr, sind sie als datenschutzfeindlich zu bewerten. Der Online-Versanddienst ist in diesem Aspekt als nicht vertrauenswürdig einzustufen.

1.2 Datenweitergabe

Im engen Zusammenhang zur Erhebung von Daten durch Cookies ist auch die Weitergabe von Daten durch Drittanbietercookies zu sehen. Da automatisiert erkannt werden kann, wer Cookies setzen möchte, ist es ohne weiteres möglich, Cookies als Drittanbieter-Cookies zu identifizieren. Dasselbe gilt auch für Social-Plug-ins, Web-Beacons oder Web-Bugs sowie andere Tracking-Dienste.¹⁴⁸¹ Sollen Cookies von Drittanbietern beim Aufruf eines Online-Versanddienstes auf dem Computer des Nutzers gespeichert werden, ist dies wenigstens datenschutzunfreundlich. Bei Social-Plug-ins kann außerdem erkannt werden, wenn die Standard-Implementierung durch die datenschutzfreundliche 2-Klick-Lösung erweitert wurde.¹⁴⁸² Dazu ist die Ergänzung des Quellcodes nötig, die automatisiert ausgelesen werden kann. Zur Unterstützung des Selbstdatenschutzes¹⁴⁸³ kann das Add-on den Nutzer außerdem auf andere Tools, insbesondere Add-ons, hinweisen, die ihn bei der Verwaltung von Cookies unterstützen. In einer erweiterten Version könnten solche Funktionen auch in das Add-on selbst integriert werden.

¹⁴⁸⁰ Es können bestimmte Cookies blockiert werden: alle einer Firma, alle auf einer Webseite, alle Cookies oder keine. Dies kann generell festgelegt werden, aber auch beim Besuch einer Webseite gemacht oder geändert werden. Auch eine vorübergehende Aufhebung des Blockierens ist möglich. www.ghostery.com/features.

¹⁴⁸¹ Ghostery Configuration Walkthrough, Step 4 Blocking.

¹⁴⁸² Detailliert zur rechtlichen Bewertung s. Teil 2 Kapitel 3 4.3 Social-Plug-ins.

¹⁴⁸³ *Roßnagel*, in: *Roßnagel* 2003, Kap. 3.4, Rn. 55; *Scholz*, in: *Simitis* 2014, § 3a BDSG, Rn. 39.

Regelmäßig ist nicht überprüfbar, ob durch den Anbieter oder Dritte Browser-Fingerprinting zur Wiedererkennung des Nutzers angewandt wird. Hintergrund ist die Tatsache, dass bereits solche Daten ausreichen, die vom Browser ohnehin übermittelt werden.¹⁴⁸⁴ Werden spezielle Scripts dazu verwendet, kann das Browser-Fingerprinting jedoch erkannt und als datenschutzunfreundlich gewertet werden.¹⁴⁸⁵

1.3 Weitervermittlung

Will ein Diensteanbieter einen Nutzer auf ein Webangebot eines anderen Anbieters weiterleiten, etwa weil sie miteinander kooperieren, muss er den Nutzer nach § 13 Abs. 5 TMG darauf hinweisen.¹⁴⁸⁶ Der Hinweis muss den Nutzer genau dann erreichen, wenn die Weitervermittlung stattfindet.

Um automatisch zu überprüfen, ob der Anbieter des Online-Versanddienstes seiner Pflicht nachkommt, muss das Add-on erkennen, wann eine Weitervermittlung stattfindet. Das Add-on kann ohne weiteres erkennen, wenn sich die Domain der URL ändert. Allerdings besteht die Hinweispflicht nicht bei jedem Wechsel zu einem anderen Dienst, sondern nur wenn damit auch ein Anbieterwechsel einhergeht. Ein Vergleich der Namen im Impressum des alten und neuen Dienstes wird das Add-on in der Regel nicht leisten können, da es nicht erkennen kann, welche Information den Namen darstellt. Dennoch kann der Nutzer zumindest insoweit unterstützt werden, als dass er bei dem Wechsel zu einer Domain vom Add-on darauf aufmerksam gemacht wird. Dies ist nicht nötig, wenn das Add-on erkennt, dass ein solcher Hinweis auf einen Anbieterwechsel bereits durch den Anbieter des Online-Versanddienstes veranlasst wurde. Dazu kann das Öffnen eines neuen Browser-Fensters oder -Tabs ebenso wie ein sprachlicher Hinweis dienen. Typische Formulierungen beinhalten die Begriffe „weiterleiten/-vermitteln“ oder „verlassen“ und „anderen/unseren Dienst“ oder „anderes/unser Angebot“.

¹⁴⁸⁴ Mayer/Mitchell, SP 2012, 421.

¹⁴⁸⁵ Acar/Eubank/Englehardt/Juarez/Narayanan/Diaz, CACM 2014, 677 ff.

¹⁴⁸⁶ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 3 3.6.3 Anzeige bei Weitervermittlung zu anderen Diensteanbietern.

1.4 Datensicherheit

Anhand des Online-Versanddienstes können nur zu bestimmten Bereichen der Datensicherheit Aussagen getroffen werden. Die Sicherheit personenbezogener Daten muss sich auf den Weg vom Nutzer zum Online-Versanddienst und damit zum Diensteanbieter erstrecken. Zudem müssen die Daten auch im Zugriffsbereich des Diensteanbieters sicher sein. Das Add-on, das lediglich auf dem Computer des Nutzers läuft und nur auf die Webseite zugreifen kann, hat keine Möglichkeit die Sicherheit der Daten beim Anbieter des Online-Versanddienstes zu überprüfen. Es ist jedoch möglich, zu überprüfen, welche Maßnahmen ergriffen wurden, um die Transportwege abzusichern.

Um zu erkennen, ob tatsächlich die von dem Nutzer gewünschte Webseite aufgerufen wurde, kann das SSL-Zertifikat des Anbieters der Webseite überprüft werden. Durch das SSL-Zertifikat, das von einer vertrauenswürdigen Stelle ausgestellt wurde, authentifiziert sich der Webseitenanbieter. Ein Zertifikat ist dann vertrauenswürdig, wenn es von einer entsprechenden Ausgabestelle digital signiert wurde.¹⁴⁸⁷ Die Authentizität und Integrität des Zertifikats kann durch kryptografische Verfahren geprüft werden. Eine Auswertung der verwendeten Zertifikate ist automatisiert möglich, wie die heute üblichen Browserwarnungen zeigen,¹⁴⁸⁸ die bei gesicherten Verbindungen erscheinen, bei denen die Identität des Servers unklar ist. Es existieren aber auch Add-ons¹⁴⁸⁹ und Dienste auf Webseiten¹⁴⁹⁰, die die verwendeten Zertifikate auswerten.

Ein weiterer Aspekt der sicheren Übermittlung der Daten ist die Art der Verschlüsselung, etwa das verwendete kryptographische Verfahren oder die Schlüssellänge. Eine Bewertung der Sicherheit verschiedener Möglichkeiten hält das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik auf seiner Webseite immer aktuell bereit.¹⁴⁹¹ Die Verschlüsselung ist besonders wichtig bei der Übertragung der Zugangsdaten, insbesondere des Pass-

¹⁴⁸⁷ *Flinn/Stoyles*, NSPW 2004, 97 ff.; *Wu/Miller/Garfinkel*, CHI 2006, 601 ff.

¹⁴⁸⁸ So beispielsweise Mozilla Firefox, Sichere Verbindung fehlgeschlagen, support.mozilla.org/de/kb/sichere-verbinding-fehlgeschlagen.

¹⁴⁸⁹ Certificate Patrol, addons.mozilla.org/de/firefox/addon/certificate-patrol.

¹⁴⁹⁰ SSL trust, SSL-Zertifikat überprüfen, Bremen, ssl-trust.com/SSL-Zertifikate/check.

¹⁴⁹¹ BSI, Technische Richtlinie, Version 2013.02, 9.1.2013, www.bsi.bund.de/cae/servlet/contentblob/477256/publicationFile/30924/BSI-TR-02102_V1_0_pdf.pdf.

worts. Denn dadurch könnte ein Dritter, der ansonsten fähig wäre, die Daten abzufangen, auf alle im Kundenkonto des Nutzers hinterlegten Daten zugreifen. Dazu zählen typischerweise die Anschrift, frühere Bestellungen, aber zum Teil auch dort hinterlegte Zahlungsdaten. Die Verschlüsselung der Bestellung inklusive der Zahlungsdaten ist aus ähnlichen Gründen sehr wichtig. Zusätzlich besteht die Möglichkeit, die Daten, die in Cookies gespeichert werden, nur verschlüsselt zu übermitteln. Dadurch können weitere Daten des Nutzers davor geschützt werden, von Unbefugten eingesehen oder ganz abgefangen zu werden.

Schließlich dient der Sicherheit der Daten im Kundenkonto auch die Vergabe eines sicheren Passworts. Der Anbieter des Online-Versanddienstes kann seine Nutzer zwingen, Passwörter mit hohen Sicherheitsstandards zu vergeben, indem er beispielsweise nur Passwörter ab einer bestimmten Länge oder Kombinationen aus Zahlen, Buchstaben und Sonderzeichen zulässt. Allerdings können solche Vorgaben nicht etwa anhand des Quellcodes automatisiert ausgelesen werden. Dieser Aspekt kann deshalb nicht betrachtet werden. Die Aussage über die Datensicherheit muss sich damit vor allem auf die Verschlüsselung der Übertragungswege beschränken.

1.5 Umfang einer Auswertung der datenschutzrelevanten technischen Gestaltung

Die technische Gestaltung eines Online-Versanddienstes gibt Aufschluss darüber, ob und wie der Datenschutz tatsächlich umgesetzt wird – oder nicht. Anhand der vorhandenen und geforderten Eingabefelder sowie der angebotenen Zahlungsarten und verwendeten Cookies kann erkannt werden, ob der Diensteanbieter Wert auf Datensparsamkeit legt sowie den Grundsatz der Erforderlichkeit beachtet und deshalb als datenschutzfreundlich und insoweit vertrauenswürdig einzuschätzen ist. Eine Aussage darüber, ob Daten tatsächlich weitergegeben werden, lassen etwa Drittanbieter-Cookies zu, aber auch die Implementierung von Social-Plug-ins, insbesondere bei Verwendung der 2-Klick-Lösung. Schließlich kann im Bereich der Datensicherheit überprüft werden, ob die Webseite ein gültiges Zertifikat vorweisen kann und insbesondere die Zugangsdaten, Bestelldaten und Daten aus Cookies ausreichend verschlüsselt übermittelt. Soweit die automatisierte Prüfung die technische Gestaltung der Webseite selbst betrifft, können also viele Aspekte automatisiert ausgelesen werden.

2 Automatisierte Analyse von Datenschutzerklärung und Einwilligungen

Damit das Konzept zur automatisierten Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit eines Online-Versanddienstes vielfältige Gestaltungsformen umfasst, ist zunächst zu unterscheiden, ob die Datenschutzerklärung eines Online-Versanddienstes im P3P-Format oder nur einfachsprachlich zur Verfügung steht. In ersterem Fall, kann sie weitgehend automatisiert ausgewertet werden.¹⁴⁹² Steht nur eine einfachsprachliche Datenschutzerklärung bereit, kann zur Analyse – wie bei den Allgemeinen Geschäftsbedingungen – auf gebräuchliche Formulierungen zurückgegriffen werden. Diese wurden auf Basis empirischer Untersuchungen identifiziert¹⁴⁹³ und dann bewertet.

2.1 Automatisierte Analyse P3P-konformer Datenschutzerklärungen

Der Vorteil einer Datenschutzerklärung, die nach dem P3P-Standard gestaltet wurde, ist ihre Maschinenlesbarkeit. Dazu wurden die Elemente der Datenschutzerklärung durch P3P standardisiert. Es wurden verschiedene Felder vorgegeben, aus denen eine P3P-konforme Datenschutzerklärung besteht.¹⁴⁹⁴ Bevor die Elemente der Datenschutzerklärung nach P3P im Einzelnen ausgelesen werden können, muss erkannt werden, welcher Teil des Online-Versanddienstes die Datenschutzerklärung darstellt. P3P macht dazu klare Vorgaben, sodass es technisch keine Probleme bereitet, die Datenschutzerklärung ausfindig zu machen.¹⁴⁹⁵

Die Elemente einer Datenschutzerklärung im P3P-Format sind Entity, Access, Statement sowie gegebenenfalls Disputes und Remedies. Im verpflichtend anzugebenden Entity-Element müssen der Name des Diensteanbieters sowie verschiedene Kontaktmöglichkeiten angegeben werden.¹⁴⁹⁶ Damit kann der Nutzer erfahren, wer die verantwortliche Stelle ist. Der Diensteanbieter kann bei entsprechender Ausgestaltung einen Teil der gesetzlich ge-

¹⁴⁹² Detailliert zu P3P s. Teil 3 Kapitel 1 5.2.1.2 Standardisierte Datenschutzerklärungen in P3P.

¹⁴⁹³ Detailliert zum Vorgehen s. Teil 3 Kapitel 1 4.2.1 Empirisches Vorgehen.

¹⁴⁹⁴ *Cavoukian/Gurski/Mulligan/Schwartz*, DuD 2000, 477; XML-Beispiel mit zeilengenaue Erklärung *Enzmann*, DuD 2000, 537; Übersicht über XML-Elemente *Lohse/Janetzko*, CR 2001, 59.

¹⁴⁹⁵ Dazu bereits s. Teil 3 Kapitel 1 5.2.1.2 Standardisierte Datenschutzerklärungen in P3P.

¹⁴⁹⁶ W3C, The Platform for Privacy Preferences 1.0 (P3P1.0) Specification, 3.2.4 The ENTITY element, www.w3.org/tr/p3p/#entity.

forderten Anbieterkennzeichnung erfüllen. Das ebenfalls vom Diensteanbieter verpflichtend anzugebende Access-Element enthält eine Aussage dazu, ob der Verbraucher Zugang zu seinen eigenen personenbezogenen Daten erhält (sonst „none“ oder „nonident“) und wie umfangreich dieser ist („all“, „contact-and-other“, „ident-contact“, „other-ident“).¹⁴⁹⁷ Aufgrund des Auskunftsrechts des Nutzers muss hier eine Möglichkeit für alle ihm vorliegenden personenbezogenen Daten angeboten werden.¹⁴⁹⁸

Das Statement-Element muss die Elemente Data, Purpose, Retention und Recipient enthalten und kann zusätzlich mit den Elementen Consequence und Non-Identifiable angereichert werden.¹⁴⁹⁹ Dabei enthält das Data-Element die Angabe über die Art der Daten, mit denen der Diensteanbieter umgeht. Jeder Art von Daten werden dann mindestens ein Zweck (Purpose), eine Speicherdauer (Retention) und ein Empfänger (Recipient) zugeordnet.

Das Purpose-Element gibt an, für welchen Zweck die Daten verarbeitet werden. Einer Datenart können auch mehrere Zwecke zugeordnet werden. Vordefiniert ist als Zweck das Durchführen einer Aktivität, für die die Daten angefordert wurden („current“). Als Beispiel wird das Ablegen einer Ware in den Warenkorb oder die Anzeige von Suchergebnissen genannt. Werden Daten zum Zweck der technischen Gestaltung der Seite und der Systemadministration erhoben oder verwendet, kann dafür der vordefinierte Zweck „admin“ genutzt werden. „Develop“ beschreibt den Datenumgang zur Marktforschung und Entwicklung. Daten dürfen dabei etwa zur Verbesserung, Evaluierung oder sonstiger Überarbeitung der Webseite oder Produkte genutzt werden. Sollen Daten erhoben und verwendet werden, um den derzeitigen Webseitenbesuch auf den Nutzer abzustimmen, handelt es sich um „tailoring“. Dabei kann beispielsweise auf Basis der bereits im Warenkorb befindlichen Artikel ein Vorschlag für weitere interessante Artikel erfolgen. Für den Umgang nach dem aktuellen Einkauf wurden andere Zwecke formuliert, bei denen zwischen pseudonymen („pseudo-...“) und personenbezogenen („individual-...“) Profilen sowie genereller Nutzung

¹⁴⁹⁷ W3C, The Platform for Privacy Preferences 1.0 (P3P1.0) Specification, 3.2.5 The ACCESS element, www.w3.org/tr/p3p/#access.

¹⁴⁹⁸ So auch *Greß*, DuD 2001, 148. Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 33.9.1 Auskunftspflicht

¹⁴⁹⁹ W3C, The Platform for Privacy Preferences 1.0 (P3P1.0) Specification, 3.3 The STATEMENT element, www.w3.org/tr/p3p/#statement.

(„...analysis“) oder Nutzung bezogen auf die einzelne Person des Nutzers („...decision“) unterschieden werden muss. Werden bestimmte Daten für die Kontaktaufnahme mit dem Nutzer zu Marketingzwecken genutzt, kann dies durch „contact“ ausgedrückt werden. Dabei ist jedoch sogenanntes targeted advertisement auf der Webseite oder durch Bannerwerbung erfasst. „Other-purpose“ ermöglicht es, andere Zwecke einfachsprachlich zu ergänzen.¹⁵⁰⁰

Obwohl eine relativ große Menge an Zwecken vorformuliert wurde, sind diese regelmäßig zu allgemein, um den gesetzlichen Anforderungen zu genügen. Dies gilt insbesondere bei den Zwecken der Werbung und der Profilbildung. Der Verbraucher muss eine Vorstellung davon erhalten, was mit seinen Daten geschieht.¹⁵⁰¹ Dazu wird es regelmäßig nötig sein, auf die einfachsprachlichen Erläuterungen zurückzugreifen, die aber nicht automatisiert ausgewertet werden können.¹⁵⁰²

Das Retention-Element muss angeben, wie lange die genannten Daten gespeichert werden. Vordefiniert wurde „no-retention“, wenn die Daten nicht oder nur sehr kurz gespeichert werden. Die Daten dürfen maximal so lange verwahrt werden, wie es nötig ist, um eine Interaktion durchzuführen. Eine weitere Aufbewahrung, etwa in einem Archiv, ist nicht zulässig. Bei „stated-purpose“ werden die Daten gespeichert, bis der genannte Zweck erfüllt ist, und dann gelöscht. Zusätzlich ist eine Übersicht mit den Zeitpunkten der Löschung zu verlinken. Dies gilt auch, wenn Daten so lange gespeichert werden, wie dies aufgrund gesetzlicher Pflichten erforderlich ist („legal-requirement“). Werden Daten solange gespeichert, wie die geschäftliche Gepflogenheit ist, kann auf dies mit „business-practices“ ausgedrückt werden. Auch dabei muss eine Übersicht mit Lösungszeitpunkten verlinkt sein. Zuletzt wurde bei P3P auch eine Formulierung für den Fall festgelegt, dass die Speicherung unbegrenzt erfolgt. Nach deutschem Recht ist jedoch lediglich erlaubt, die Daten bis zur Zweckerfüllung oder entsprechend der gesetzlichen Erfordernisse zu speichern.

Die Stellen, die die Daten erhalten, werden im Recipient-Element angegeben. Dabei ist nur eine grobe Unterteilung in den Diensteanbieter selbst

¹⁵⁰⁰ Übersicht und kurze Erklärungen bei W3C, The Platform for Privacy Preferences 1.0 (P3P1.0) Specification, 3.3.4 The PURPOSE element, www.w3.org/tr/p3p/#purpose.

¹⁵⁰¹ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 3 3.6.1.1 Pflichtangaben einer datenschutzrechtlichen Unterrichtung und Teil 2 Kapitel 3 3.3 Zweckbindung.

¹⁵⁰² So auch *Grimm/Roßnagel*, in: Kubicek u. a. 2000, 301.

(„ours“), Weitergabe an Dritte zu demselben Zweck („same“) oder zu unbestimmten Zwecken („delivery“, „other-recipient“ und „unrelated“) vorgesehen. Mit „public“ wird angegeben, dass die Daten veröffentlicht werden.¹⁵⁰³ Die Unterscheidung in diese Gruppen ist nach deutschem Recht nicht ausreichend, um den Nutzer etwa über die Empfänger bei der Übermittlung der Daten zu informieren.

Zusätzlich kann eine Datenschutzerklärung ein Disputes- und Remedies-Element enthalten. Das Disputes-Element gibt dabei an, wie Streitigkeiten in Bezug auf die Datenschutzerklärung beigelegt werden sollen. Das Remedies-Element nennt die möglichen Konsequenzen bei einem Verstoß gegen die Datenschutzerklärung. P3P-konforme Datenschutzerklärungen sind damit zumindest grundsätzlich ausreichend umfangreich, um – gegebenenfalls mit entsprechenden manuellen Ergänzungen – die gesetzlichen Pflichten zu erfüllen. Soweit eine entsprechende Erklärung vorgehalten wird, kann diese automatisiert durch das Add-on ausgelesen und ausgewertet werden.

Insgesamt bietet P3P die Möglichkeit, die Datenschutzerklärung so zu gestalten, dass sie die Anforderungen des deutschen Datenschutzrechts einhält.¹⁵⁰⁴ P3P soll eine softwaregestützte Unterstützung des Nutzers im Bereich des Datenschutzes möglich machen. Dies gilt hier speziell für die Bewertung der Vertrauenswürdigkeit von Webseiten bezogen auf den Datenschutz. Dazu wurde ein Format geschaffen, das maschinenlesbare Datenschutzerklärungen ermöglicht. Dies stellt auch ein Teilziel des in dieser Arbeit beschriebenen Add-ons dar.

2.2 Automatisierte Analyse einer deutschen Datenschutzerklärung und Einwilligung

Häufig enthalten Online-Versanddienste keine P3P-konforme Datenschutzerklärung, da eine solche Datenschutzerklärung freiwillig angegeben werden kann. Weil es sich damit um einen kooperativen Ansatz handelt, kann die Auswertung nicht auf allen Online-Versanddiensten erfolgen und den Nutzer damit auch nicht immer unterstützen. Deshalb muss das Konzept zur automatisierten Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit bei Diensten,

¹⁵⁰³ W3C, The Platform for Privacy Preferences 1.0 (P3P1.0) Specification, 3.3.6 The RETENTION element, www.w3.org/tr/p3p/#retention.

¹⁵⁰⁴ Hansen/Krause/Möller/Petri, in: BSI 2003, 158.

die keine P3P-konforme Datenschutzerklärung enthalten, eine andere Vorgehensweise vorsehen. Wie bereits bei der Analyse der Allgemeinen Geschäftsbedingungen¹⁵⁰⁵ wurden dazu empirisch ermittelte, standardisierte Formulierungen in Datenschutzerklärungen gesammelt, die zur Einschätzung von Diensten herangezogen werden können.¹⁵⁰⁶

Um zunächst zu erkennen, welches Dokument die Datenschutzerklärung enthält, können die Überschriften der Unterseiten oder verlinkter Dokumente analysiert werden, die von jeder Unterseite aus aufgerufen werden können. Weitgehend einheitlich werden die Begriffe Datenschutz(erklärung/richtlinie/hinweise) oder Privacy (Policy/Statement) verwendet.¹⁵⁰⁷ Allerdings sind datenschutzrechtliche Informationen häufig auch in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen „versteckt“, sodass sich auch deren Analyse anbietet.¹⁵⁰⁸ Werden mit diesem Vorgehen keine Ergebnisse erzielt, sind alle Inhalte des Online-Versanddienstes zu analysieren. Dies ist jedoch nur dann nötig, wenn ein Anbieter eines Online-Versanddienstes ausnahmsweise nicht die Vorgabe einhält, dass die Informationen auf jeder Unterseite verfügbar sein müssen und damit bereits ein sehr datenschutzunfreundliches Verhalten zeigt.

Eine Schwierigkeit bei der Bewertung der Vertrauenswürdigkeit auf Basis dieser Inhalte ist, dass regelmäßig die datenschutzrechtliche Unterrichtung und die Einwilligung vermischt werden. Dabei wird der Begriff Datenschutzerklärung in der Regel für die Unterrichtung verwendet, womit also keine rechtliche Gestaltung vorgenommen, sondern lediglich die Realität dargestellt wird. Ziel ist vor allem die Transparenz des Datenumgangs. Deshalb ist es auch nötig, dass die Kommunikation klar und verständlich ist und beispielsweise nicht nur ein Verweis auf den Umgang mit den Daten „im Einklang mit dem Gesetz“ erfolgt oder lediglich der Gesetzestext wiederholt wird. Vielmehr müssen etwa die Verwendungszwecke und Verarbeitungsschritte konkret genannt werden. Die Einwilligung hingegen wirkt rechtsgestaltend. Wird die Einwilligung nicht erteilt, darf der Anbieter mit den Daten nur umgehen, wie es der gesetzliche Rahmen vorsieht, denn nur

¹⁵⁰⁵ Detailliert zur AGB-Analyse s. Teil 3 Kapitel 3 1 Automatisierte Analyse der Allgemeinen Geschäftsbedingungen.

¹⁵⁰⁶ Detailliert zum Vorgehen s. Teil 3 Kapitel 1 4.2.1 Empirisches Vorgehen.

¹⁵⁰⁷ Detailliert zur Bezeichnung der Datenschutzerklärung s. Teil 3 Kapitel 2 2.7 Datenschutzerklärung.

¹⁵⁰⁸ So auch *Buchmann*, K&R 2013, 538. Sehr umfangreich etwa bei Frontlineshop.

dabei besteht die grundsätzliche Annahme, dass es in der Gesellschaft akzeptiert werden (muss).

Die Ergebnisse einer automatisierten Analyse der Datenschutzerklärungen und Einwilligungstexte unterliegen Einschränkungen. Die Analyse der Texte kann nur überprüfen, welche Angaben gemacht werden oder nicht und welchen Inhalt diese haben. Nicht bewertet werden kann, ob die Angaben mit der Realität übereinstimmen. Eine Besonderheit ergibt sich außerdem dadurch, dass die Texte regelmäßig nicht nach den Datenarten unterscheiden. So werden Inhaltsdaten, die nach dem Bundesdatenschutzgesetz behandelt werden müssen, und Bestands- und Nutzungsdaten in einem Dokument dargestellt. Insoweit ist eine strikte Trennung auch bei der Analyse kaum einzuhalten.

Soweit ein Online-Versanddienst keine Datenschutzerklärung hat, ist dies als nicht vertrauenswürdig zu beurteilen. Bei Online-Versanddiensten muss davon ausgegangen werden, dass spätestens bei Vertragsabschluss mit personenbezogenen Daten des Nutzers umgegangen wird. Darüber ist der Nutzer zu informieren, damit er entscheiden kann, ob er den Dienst unter diesen Bedingungen nutzen will. Etwas anderes gilt für die Einwilligung. Soweit mit den Daten nur so umgegangen wird, wie es die Gesetze zulassen, muss keine Einwilligung eingeholt werden. Insoweit wäre es datenschutzfreundlich, wenn der Online-Versanddienst keinen Einwilligungstext enthielte. Es besteht aber auch die Möglichkeit, dass ein weitergehender Datenumgang ohne die nötige Einwilligung durchgeführt wird. Gerade im Datenschutzrecht sind die Grenzen zwischen zulässigem und unzulässigem Handeln häufig fließend und die Rechtsauffassung in der Praxis divers, sodass nicht grundsätzlich davon ausgegangen werden kann, dass ein fehlender Einwilligungstext auch tatsächlich positiv zu bewerten ist. Fehlt ein Einwilligungstext, kann der Nutzer, spätestens wenn er dabei ist, seine Daten für einen Vertragsabschluss einzugeben, auf diesen Umstand hingewiesen werden. Dann hat er die Möglichkeit, beim Anbieter nachzufragen und gegebenenfalls Auskunft zu den über ihn gespeicherten Daten zu verlangen.

Um zu beurteilen, ob der Anbieter eines Online-Versanddienstes vertrauenswürdig in Bezug auf den Datenschutz ist, müssen zunächst datenschutzrelevante Bereiche erkannt und dann ausgewertet werden. Im Zentrum der Datenschutzerklärung steht die Transparenz der Datenumgänge. Vertrauenswürdig ist ein Anbieter dann, wenn er dem Nutzer keine für ihn relevanten Informationen zum Datenschutz vorenthält. Wichtige Aspekte sind da-

bei die Angabe einer zuständigen Kontaktperson und der Rechte des Nutzers, die Aufklärung über Maßnahmen zur Werbung und Bonitätsprüfungen sowie Informationen zur Weitergabe von Daten, Maßnahmen der Datensicherheit und mögliche Einwilligungstexte.

2.2.1 Zuständige Kontaktpersonen

Nach § 13 Abs. 1 TMG existiert – anders als nach § 4 Abs. 3 BDSG – keine gesetzliche Pflicht, die verantwortliche Stelle zu nennen. Das lässt sich damit erklären, dass Diensteanbieter bereits im Rahmen der Anbieterkennzeichnung Angaben zu ihrer Person machen müssen. Dennoch ist es auch für Bestands- und Nutzungsdaten sinnvoll, diese Angabe im Hinblick auf Transparenz in der Datenschutzerklärung vorzuhalten. Dabei muss nicht unbedingt in der Datenschutzerklärung angegeben werden, wer diese Stelle ist. Es genügt auch ein Hinweis auf das Impressum. Wichtig ist jedoch, dass eine konkrete Kontaktmöglichkeit angegeben wird. Dies kann bei einem Verweis auf die Anbieterkennzeichnung bereits aufgrund ihrer Analyse bestätigt oder verneint werden.¹⁵⁰⁹ Soweit kein Verweis erfolgt, kann die Datenschutzerklärung nach der Angabe einer Anschrift, einer E-Mail-Adresse und einer Telefonnummer durchsucht werden. Die Angabe einer Kontaktmöglichkeit in der Datenschutzerklärung ist sogar zu bevorzugen, da diese konkret für Anliegen zum Datenschutz genannt wird.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass in Datenschutzerklärungen häufig eine Vielzahl von Anschriften angegeben wird. Dazu zählen vor allem die Anschriften von Drittanbietern und Auskunftsteilen. Als Drittanbieter kommen etwa die Anbieter von Social-Plug-ins, Webtracking- oder Webanalyse-Tools in Betracht. Um dennoch ein aussagekräftiges Ergebnis durch die automatisierte Analyse zu erhalten, kann das Add-on zum einen nur solche Anschriften erfassen, die in unmittelbarer Nähe zu den Formulierungen stehen, die auf die Angabe der verantwortlichen Stelle oder eine andere Kontaktperson hinweisen. Zum anderen können durch einen Abgleich mit einer Anschriftenliste von typischen Anbietern zumindest viele Adressen erkannt werden, die nicht der Kontaktaufnahme mit dem Anbieter des Online-Versanddienstes dienen.

¹⁵⁰⁹ Zur Analyse der Anbieterkennzeichnung s. Teil 3 Kapitel 3 2 Automatisierte Analyse der Angabe von Pflichtinformationen.

Wenn nur ein Hinweis auf das Impressum erfolgt, ist die Auswertung der Anbieterkennzeichnung, insbesondere der Kontaktmöglichkeiten, unter diesem Aspekt erneut heranzuziehen.¹⁵¹⁰ Als Verweis werden die Formulierungen „(Die) Kontaktadresse (finden Sie) in unserem/im Impressum“¹⁵¹¹, „Kontaktdaten (...) im Impressum“¹⁵¹² oder „Weitere Einzelheiten... im Impressum“¹⁵¹³. Im Gegensatz ist der Hinweis allein auf ein „Kontaktformular“¹⁵¹⁴ oder „Kontaktinformationen“¹⁵¹⁵ nicht ausreichend, da anders als in einem korrekten Impressum, nur die Möglichkeit einer elektronischen Kontaktaufnahme besteht und weder einen Verantwortlicher noch Ansprechpartner genannt wird.

Es genügt auch nicht, wenn in der Datenschutzerklärung nur eine Adresse angegeben wird. Es muss auch die Position der Person oder Organisation deutlich werden, zu der diese Adresse gehört. Dabei wird anstelle der verantwortlichen Stelle manchmal eine direkte Kontaktperson oder eine spezielle Adresse für Datenschutzbelange angegeben. Insbesondere die Angabe des Datenschutzbeauftragten ist sinnvoll, soweit ein solcher bestellt wurde. Um automatisiert zu überprüfen, dass auf die verantwortliche Stelle hingewiesen wird, bieten sich neben der Bezeichnung „verantwortliche Stelle“¹⁵¹⁶ auch die Umschreibungen „verantwortlich für den Datenschutz“¹⁵¹⁷ und „für... Daten verantwortlich“¹⁵¹⁸ an. Auch die Beschreibung „Daten ... werden von oder für... erhoben, verarbeitet oder gespeichert“¹⁵¹⁹ weist auf die verantwortliche Stelle hin, wobei dies weniger deutlich ist als bei den vorherigen Formulierungen.

Dasselbe gilt für die Beschreibung „nimmt/nehmen den Datenschutz sehr ernst“.¹⁵²⁰ Wird diese Information allerdings direkt am Anfang der Daten-

¹⁵¹⁰ Detailliert zur Analyse der Anbieterkennzeichnung s. Teil 3 Kapitel 3 2 Automatisierte Analyse der Angabe von Pflichtinformationen.

¹⁵¹¹ So Gourmantis und saymo.

¹⁵¹² So 24Colours und 3T-Elektro.

¹⁵¹³ So Elektro Wandelt.

¹⁵¹⁴ So Javari bis 2014.

¹⁵¹⁵ So Apple.

¹⁵¹⁶ So Cyberport, EURONICS, H&M, Mediamarkt, MEDION, Saturn, SportScheck, Voltus, Zalando.

¹⁵¹⁷ So Möbel-Eins.

¹⁵¹⁸ So H&M.

¹⁵¹⁹ So IKEA.

¹⁵²⁰ So 24Colours und Eas-y Elektro, ähnlich Vinexus.

schutzerklärung gegeben und optisch, etwa durch einen eigenen Absatz oder Fettdruck, hervorgehoben, ergibt sich aus dem Kontext, dass wohl die verantwortliche Stelle gemeint sein soll. Andernfalls ist die Beschreibung zu intransparent. Ebenfalls sehr üblich, aber weniger aussagekräftig ist die Angabe einer Kontaktmöglichkeit nach der einleitenden Formulierung „Bei Fragen zur Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung ihrer personenbezogenen Daten/zu Ihren personenbezogenen Daten“¹⁵²¹. Alternativ kann auch anders der Bezug auf „Fragen zum (Thema) Datenschutz“¹⁵²² genommen werden. Einen Hinweis auf den Datenschutzbeauftragten kann das Add-on nicht allein durch die Suche nach dem Begriff „Datenschutzbeauftragte(r)“¹⁵²³ erkennen. Es ist auch nach der Umschreibung „Beauftragter für Datenschutz“¹⁵²⁴ zu suchen.

Insgesamt kann durch die automatisierte Analyse anhand standardisierter Formulierungen mit relativ großer Wahrscheinlichkeit erkannt werden, ob die Datenschutzerklärung eine Kontaktmöglichkeit für den Nutzer vorsieht. Einen besonders positiven Effekt hat dabei die klare Bezeichnung der Position als verantwortliche Stelle oder als Datenschutzbeauftragter sowie die Angabe einer Anschrift, Telefonnummer und E-Mail-Adresse. Nicht förderlich ist hingegen der Verzicht auf einen Hinweis, wozu die Kontaktangaben genutzt werden können, oder das völlige Fehlen von Kontaktangaben oder eines Verweises auf diese.

2.2.2 Rechte des Nutzers

Die Betroffenenrechte sind das wesentliche Instrument, mit dem der Nutzer als Betroffener Datenumgänge kontrollieren kann. Obwohl die Betroffenenrechte dem Nutzer gesetzlich zustehen, sind sich viele Nutzer dessen nicht bewusst.¹⁵²⁵ Deshalb weist ein vertrauenswürdiger Online-Versanddienst den Nutzer auf seine Rechte auf Auskunft, Berichtigung, Löschung oder Sperrung sowie Widerruf und auch Widerspruchsmöglichkeiten hin.

¹⁵²¹ So Elektrikshop, Elektro Wandelt, Elektroshop Bischof, Fashion For Home („zu Ihren personenbezogenen Daten“), Moebel-Shop, Mundo online, reichelt, Woody-Möbel.

¹⁵²² So Alternate, Conrad, Mediamarkt, Saturn.

¹⁵²³ So Conrad, EURONICS, Fashion5, Frontlineshop, IKEA, MEDION, PEARL, Rapunzel, Redcoon, reichelt.

¹⁵²⁴ So Frontlineshop.

¹⁵²⁵ Detailliert zu den Rechten im Einzelnen s. Teil 2 Kapitel 3 3.9 Betroffenenrechte.

Eine automatisierte Prüfung kann jedoch jeweils nur prüfen, ob der Nutzer informiert wird, nicht auch, ob der Nutzer seine Rechte auch tatsächlich durchsetzen kann, er also beispielsweise eine Auskunft erhält. Insoweit ist die Prüfung auf die Aussagen des Anbieters beschränkt. Allerdings wird ein Anbieter in der Regel den Nutzer nicht darauf aufmerksam machen, dass ihm ein Recht zusteht, wenn er es ihm – illegaler Weise – dann nicht gewährt.

2.2.2.1 Auskunftsrecht

Das zentrale Betroffenenrecht ist das Auskunftsrecht. Erst durch die Auskunft kann der Nutzer beispielsweise von falschen, über ihn gespeicherten Daten erfahren und in einem dann die Berichtigung, Löschung oder Sperrung verlangen. Der Hinweis des Nutzers auf sein Auskunftsrecht ist als datenschutzfreundlich zu betrachten und steigert die Vertrauenswürdigkeit des Anbieters als verantwortliche Stelle. Besonders interessant ist für einen uninformierten Nutzer, dass diese Auskunft bei Online-Versanddiensten kostenlos erfolgen muss.

Eine automatisierte Analyse kann sich nicht auf eine Suche nach dem Begriff „Auskunft“ verlassen, denn auch im Rahmen der Bonitätsprüfung wird regelmäßig von Bonitätsauskunft, Bankauskunft oder Auskunfteien gesprochen. Der Begriff ist also zu allgemein, um Rückschlüsse auf das Auskunftsrecht zuzulassen. Eine besonders häufig genutzte und deutliche Formulierung spricht vom „Recht auf... Auskunft (über) Ihre(r)/deine(r) gespeicherten Daten“.¹⁵²⁶ Es existieren jedoch auch eine Vielzahl ähnlicher Umschreibungen, „Recht, ... Auskunft zu erhalten“¹⁵²⁷, „Ansprüche auf Auskunft“¹⁵²⁸, „Auskunft ... verlangen“¹⁵²⁹, „Auskunft ... erteilen“¹⁵³⁰, „... Auskunft ... erhalten“¹⁵³¹ oder „Recht auf Auskunft... geltend machen“.¹⁵³² Die

¹⁵²⁶ So 24Colours, 3T-Elektro, Avandeo, comtech, Conrad, Eas-y Elektro, Elektrikshop, Elektro Wandelt, Elektroschop Bischof, Fashion5, Fashion For Home, Juststreetwear, Kaysports24, Moebel-Shop, Mundo online, Redcoon, reichelt, saymo, SportScheck, Trendmöbel24, Voltus, Web-Moebel, Woody-Möbel, Zalando.

¹⁵²⁷ So 24Colours.

¹⁵²⁸ So Mediamarkt, Saturn. Auch im Singular möglich.

¹⁵²⁹ So EURONICS, H&M, PEARL, Strohauer.

¹⁵³⁰ So Apple, Cyberport, Möbel-Eins.

¹⁵³¹ So IKEA.

¹⁵³² So Apple.

se müssen in Kombination mit dem Zusatz „über (die/Ihre) gespeicherten/personenbezogene(n)/zu Ihrer Person gespeicherten Daten“¹⁵³³ genannt werden. Wenig transparent ist der alleinige Hinweis auf „Auskunftswünsche“¹⁵³⁴. Ebenso wenig genügt der Hinweis „Sie können eine Vielzahl von Informationen über Ihr Konto ... einsehen“.¹⁵³⁵ Deshalb sind diese Formulierungen nicht in die Analyse aufzunehmen.

Um dem Nutzer mitzuteilen, dass die Auskunft für ihn keine Kosten verursacht, werden in der Praxis ausschließlich die Begriffe „kostenlos“¹⁵³⁶ und „unentgeltlich“¹⁵³⁷ verwendet. Eine automatisierte Analyse kann sich deshalb auf die Suche nach diesen beschränken. Sie müssen jedoch im Zusammenhang mit den zuvor genannten Formulierungen stehen. Besonders transparent ist es auch, wenn der Begriff „(Recht auf) Auskunft/Auskünfte“¹⁵³⁸ oder „Auskunftsrecht(e)“¹⁵³⁹ in der Überschrift des entsprechenden Absatzes verwendet wird. Das Add-on kann automatisiert anhand der Formatierung erkennen, welche Textteile Überschriften darstellen.

Insgesamt kann das Add-on aufgrund der stark standardisierten Formulierungen sehr gut analysieren, ob dem Nutzer ein deutlicher Hinweis auf sein Recht auf Auskunft gegeben und ob er dabei auch auf die Kostenfreiheit hingewiesen wird. Unzureichende Formulierungen sind nicht in die Analyse aufzunehmen, da sie den Nutzer nicht ausreichend informieren, um als datenschutzfreundlich und die Vertrauenswürdigkeit steigernd angesehen zu werden.

¹⁵³³ Mit dem Zusatz „gespeicherten“ Cyberport, EURONICS, H&M, IKEA, Mediamarkt, Mundo online, PEARL, Saturn, Strohhauer, Web-Moebel, Zalando. Mit dem Zusatz „personenbezogen“ 24Colours, Apple, EURONICS, H&M. Mit dem Zusatz „zu Ihrer Person gespeicherten“ Möbel-eins.

¹⁵³⁴ So Alternate.

¹⁵³⁵ So Javari bis 2014.

¹⁵³⁶ So Comtech, Juststreetwear, Voltus.

¹⁵³⁷ So 24Colours, 3T-Elektro, Avandeo, Conrad, Eas-y Elektro, Elektrikshop, Elektro Wandelt, Elektroshop Bischof, Fashion5, Fashion For Home, Kaysports24, Moebel-Shop, Mundo online, PEARL, reichelt, saymo, SportScheck, Trendmöbel24, Web-Moebel, Woody-Möbel, Zalando.

¹⁵³⁸ So 3T-Elektro, Apple, Cyberport, Elektro Wandelt, IKEA, Juststreetware, Kaysports24, Moebel-Shop, reichelt.

¹⁵³⁹ So Avandeo, comtech, Eas-y Elektro, Elektrikshop, Elektroshop Bischof, EURONICS, Fashion5, Mundo online, Strohhauer, Trendmöbel24, Woody-Möbel, Vinexus, Zalando.

2.2.2.2 Berichtigung, Löschung oder Sperrung

Im Zusammenhang mit dem Auskunftsrecht wird der Nutzer regelmäßig auch auf sein Recht auf Berichtigung, Löschung oder Sperrung seiner personenbezogenen Daten aufmerksam gemacht. Ein solcher Hinweis ist ebenfalls als datenschutzfreundlich einzustufen und steigert die Vertrauenswürdigkeit des Online-Versanddienstes, da nicht darauf gehofft wird, dass der Nutzer aufgrund seiner Unkenntnis seine Rechte nicht geltend macht.

Weit überwiegend werden die Formulierungen „(ggf./ gegebenenfalls/ unter bestimmten Voraussetzungen ein) Recht/gesetzliche Ansprüche auf Berichtigung (unrichtiger Daten), Sperrung und (ggf.) Löschung ... (personenbezogenen) Daten“¹⁵⁴⁰ verwendet. Ausnahmsweise wurden auch andere Formulierungen gefunden: „Sollten Ihre Daten fehlerhaft, unvollständig oder zu Unrecht gespeichert sein, berichtigen oder löschen wir diese auf Anfrage“¹⁵⁴¹ oder „... sind wir verpflichtet, auf Verlangen, die über Sie gespeicherten Daten zu berichtigen, zu sperren oder zu löschen“¹⁵⁴². Übereinstimmend werden dabei die Verben „berichtigen“, „sperren“ und „löschen“ verwendet.¹⁵⁴³ Zusätzlich bietet sich die Suche nach den Substantiven „Berichtigung“, „Sperrung“ und „Löschung“ an.¹⁵⁴⁴

Die Information darüber, ob ein Hinweis auf das Recht des Nutzers auf Berichtigung, Löschung oder Sperrung gegeben wird, kann automatisiert ausgelesen werden. Allerdings ist die Aussagekraft eingeschränkt, da nur das Nennen der Rechte ausgelesen werden kann. Zwar werden in dem Zusammenhang regelmäßig auch Kontaktdaten angegeben. Diese sind jedoch nicht einheitlich formuliert, sodass aufgrund der Vielfalt der Verweise eine automatisierte Prüfung nicht möglich ist.

¹⁵⁴⁰ So 3T-Elektro, comtech, Juststreetwear, PEARL,; Mediamarkt und Saturn („gesetzliche Ansprüche“). „ggf.“ 24Colours, Avandeo, Conrad, Eas-y Elektro, Elektrikshop, Elektro Wandelt, Elektroschop Bischof, Fashion For Home, Fashion5, Kaysports24, Moebel-shop, Mundo online, Redcoon, reichelt, saymo, SportScheck, Trendmöbel24, Web-Moebel, Woody-Möbel, Zalando. „Unter bestimmten Voraussetzungen“ Frontlineshop.

¹⁵⁴¹ So H&M.

¹⁵⁴² So EURONICS, Möbel-Eins.

¹⁵⁴³ Auch in anderen Konjugationsformen. So Alternate.

¹⁵⁴⁴ So Apple, Cyberport, MEDION, Voltus.

2.2.2.3 Widerruf und Widerspruch

Ein Widerruf sowie ein Widerspruch des Nutzers entziehen der verantwortlichen Stelle die Erlaubnis für bestimmte Datenumgänge. Der Nutzer ist über sein Recht auf Widerruf und die Möglichkeit zum Widerspruch zu informieren. Das Problem bei einer automatisierten Auswertung ist die Vielzahl von Situationen, in denen der Nutzer widerrufen oder widersprechen kann. So kann der Nutzer seine einmal gegebene Einwilligung widerrufen, laut vielen Datenschutzerklärungen auch dem Setzen von Cookies widersprechen. Dasselbe gilt für das Anlegen pseudonymer Profile zu Werbe- und Marketingzwecken.¹⁵⁴⁵ Zusätzlich zu sprachlichen Ungenauigkeiten bei der Unterscheidung von Widerspruch und Widerruf ist in der Praxis die Pflicht zur Information von der konkreten Situation abhängig. Werden beispielsweise keine Cookies verwendet oder halten sich diese im Rahmen des gesetzlich Zulässigen ist ein Widerspruch nicht möglich. Da für die verschiedenen Situationen keine unterschiedlichen Formulierungen als Standard erkannt werden konnte, ist eine Aussagekraft grundsätzlich gering. Dieser Aspekt ist deshalb nicht automatisiert analysierbar.

2.2.3 Werbung

Ein wesentlicher Aspekt des Online-Handels ist die Werbung. Anders als im Ladengeschäft können jedem Nutzer andere Angebote angezeigt werden. Dabei hat sich ein ganzer Wirtschaftsbereich darum entwickelt, wie die Interessen des Nutzers erhoben werden können. Beliebte Mittel, um zu erfahren, was Nutzer interessiert, sind allgemein Cookies, spezielle Webanalysen und Retargeting-Techniken. Neben der Werbung auf dem Online-Versanddienst besteht auch die Möglichkeit, dem Nutzer die Werbung ohne Druck- und Versandkosten individuell zuzuschicken.

2.2.3.1 Cookies

Vielfach werden Cookies zum Erfassen der Nutzeraktivitäten genutzt. Bei der Analyse der Datenschutzerklärung kann festgestellt werden, welche Angaben gemacht werden und ob diese der Realität entsprechen, also ob über alle durch den Online-Versanddienst gesetzten Cookies auch infor-

¹⁵⁴⁵ Detailliert zu § 15 Abs. 3 Satz 2 TMG s. Teil 2 Kapitel 3 3.2.1.2 Umgang mit Nutzungsdaten.

miert wird.¹⁵⁴⁶ Im Mittelpunkt dieser Analyse steht also die Transparenz und damit die Frage, ob der Online-Versanddienst über alle datenschutzerheblichen Tätigkeiten informiert. Gerade Cookies werden von den meisten Nutzern nicht erkannt, da sie standardmäßig ohne ihr Zutun auf ihren Computern gespeichert werden.¹⁵⁴⁷ Enthält die Datenschutzerklärung keine Hinweise auf die Verwendung von Cookies allgemein oder auf bestimmte Arten von Cookies, so besteht der Verdacht, dass die Nutzung dieser Technik unentdeckt bleiben soll. Dies widerspricht einer vertrauenswürdigen Gestaltung eines Online-Versanddienstes.

Eine transparente Information über Cookies enthält zunächst eine verständliche Erklärung der Technik und zusätzlich eine Information über die konkret verwendeten Cookies. In Abhängigkeit davon, welche Cookies tatsächlich verwendet werden, sind Informationen über Cookies nötig, die nur kurz auf dem Computer verweilen, und solche, die langfristig dort gespeichert werden, sowie solche, die der Diensteanbieter selbst setzt, und solche, die durch Dritte gesetzt wurden und an diese übermittelt werden. Dem Nutzer muss insgesamt deutlich werden, was konkret geschieht.

Zur Erklärung von Cookies wird in aller Regel folgende Beschreibung genutzt. Cookies sind danach „Textdateien“¹⁵⁴⁸, „kleine Textdatei(en)“¹⁵⁴⁹, „kleine(re) (...)Datei(en)“¹⁵⁵⁰ oder selten auch „kleine Datenmengen“¹⁵⁵¹, „die auf/bei... gespeichert/abgelegt/übertragen werden/wird/verbleiben“¹⁵⁵². Die Lücke wird sprachlich vielfältig ergänzt (auf „dem/deinem/Ihrem Computer(-system)/Endgerät/Rechner/Datenträger/Festplatte des (Be-)Nutzers/Käufers“ oder bei „der Nutzung/dem Besuch von Internetseiten“) und eignet sich deshalb nicht zur automatisierten Ana-

¹⁵⁴⁶ Detailliert zur Analyse von verwendeten Cookies, s. Teil 3 Kapitel 4 1.1 Datensparsamkeit und Erforderlichkeit und Teil 3 Kapitel 4 1.2 Datenweitergabe.

¹⁵⁴⁷ *Jandt/Schaar/Schulz*, in: Roßnagel 2013, § 13 TMG, Rn. 49.

¹⁵⁴⁸ So Dänisches Bettenlager, IKEA, Kaysports24, Mediamarkt, Otto, Saturn.

¹⁵⁴⁹ So 3T-Elektro, Avandeo, Alternate, comtech, Cyberport, Eas-y Elektro, Elektrikshop, Elektro Wandelt, EURONICS, Fashion For Home, H&M, Juststreetwear, Möbel-Eins, PEARL, reichelt, saymo, Trendmöbel24, Vinexus, Web-Moebel.

¹⁵⁵⁰ So 24Colours, Conrad, Fashion5, MEDION, Voltus, Zalando.

¹⁵⁵¹ So Moebel-Shop.

¹⁵⁵² So 24Colours, 3T-Elektro, Avandeo, Alternate, comtech, Conrad, Dänisches Bettenlager, Eas-y Elektro, Elektrikshop, Elektro Wandelt, EURONICS, Fashion For Home, Fashion5, H&M, IKEA, Juststreetwear, Kaysports24, Mediamarkt, MEDION, Möbels, Otto, PEARL, reichelt, Saturn, saymo, Strohauser, Trendmöbel24, Vinexus, Voltus, Web-Moebel, Zalando. Mit anderer Wortreihenfolge Redcoon.

lyse. Alternativ kann die Erklärung aktiv formuliert sein: „die... auf... (ab)speichert“¹⁵⁵³. Nicht ausreichend sind die Erklärungen, es handele sich um „alphanumerische Identifizierungszeichen“¹⁵⁵⁴ oder „kleine Informationseinheiten“¹⁵⁵⁵. Damit erhält der Nutzer nicht ansatzweise eine Vorstellung davon, was ein Cookie auf seinem Computer sein könnte.

Zusätzlich muss die Datenschutzerklärung den Nutzer darüber informieren, wenn spezielle Cookies verwendet werden. Dies gilt zunächst für Cookies, die langfristig auf dem Computer des Nutzers gespeichert werden. In diesem Fall muss der Nutzer über die unterschiedliche Speicherdauer verschiedener Cookies aufgeklärt werden. Auf der einen Seite ist über „temporäre“¹⁵⁵⁶, „Sitzungs(-)Cookies“¹⁵⁵⁷, „Session(-)cookies“¹⁵⁵⁸ oder „sitzungsbezogene Cookies“¹⁵⁵⁹ zu informieren. Dazu ist eine Erklärung nötig. Regelmäßig wird dazu entweder hinzugefügt „...nach (dem)/beim/mit Schließen/Beendigung der/des/deines/Ihres Browser(-fenster/-Programm)s (automatisch/sofort wieder) gelöscht“¹⁵⁶⁰ oder „nach (dem) Ende der Browser-Sitzung... wieder... gelöscht“¹⁵⁶¹. Ebenso ist es möglich, dass es dort heißt: „sobald Sie Ihren Browser schließen“¹⁵⁶², „beim Verlassen der Seite automatisch verworfen“¹⁵⁶³ oder „nur während der aktuellen Sitzung... gespeichert“¹⁵⁶⁴. Die Hinweise, dass die Cookies „(automatisch) wieder von Ihrer Festplatte gelöscht“¹⁵⁶⁵ werden oder sie „verbleiben nicht auf Ihrem Compu-

¹⁵⁵³ So Cyberport und Moebel-Shop.

¹⁵⁵⁴ So Javari bis 2014.

¹⁵⁵⁵ So Elcoma-Shop und Redcoon.

¹⁵⁵⁶ So 24Colours, H&M, Voltus, Zalando (meint damit jedoch dauerhafte Cookies!).

¹⁵⁵⁷ So Avandeo, Conrad, Eas-y Elektro, Elektrikshop, Elektro Wandelt, EURONICS, Fashion For Home, Fashion5, H&M, Juststreetwear, Kaysports24, Mediamarkt, Möbel-Eins, PEARL, Redcoon, reichelt, Saturn, saymo, Trendmöbel24, Vinexus, Web-Moebel, Zalando.

¹⁵⁵⁸ So Cyberport, Dänisches Bettenlager, Fashion5, Gourmantis, Juststreetwear, saymo; Moebel-Shop, Otto, Zalando.

¹⁵⁵⁹ So Fashion for Home und Voltus.

¹⁵⁶⁰ So 24Colours, Dänisches Bettenlager, Elektro Wandelt, Fashion For Home, Fashion5, H&M, Juststreetwear, Kaysports24, Mediamarkt, Möbel-eins, Otto, Saturn, Trendmöbel24, Vinexus.

¹⁵⁶¹ So Conrad, Eas-y Elektro, Elektrikshop, EURONICS, Kaysports24, Möbel-eins, Otto, PEARL, Redcoon, reichelt, saymo, Trendmöbel24, Vinexus, Web-Moebel, Zalando.

¹⁵⁶² So Zalando.

¹⁵⁶³ So Fashion for Home.

¹⁵⁶⁴ So Elcoma-Shop.

¹⁵⁶⁵ So Avandeo Gourmantis, saymo, Web-Moebel, Zalando.

ter“¹⁵⁶⁶ sind hingegen unzureichend, denn alle Cookies werden nach einem bestimmten Zeitablauf automatisch gelöscht und verbleiben damit nicht auf dem Computer des Nutzers. Entscheidend ist die Dauer.

Auf der anderen Seite muss über „dauerhafte Cookies“¹⁵⁶⁷, „Langzeit-Cookies“¹⁵⁶⁸, „Longterm-Cookie“¹⁵⁶⁹, „permanente Cookies“¹⁵⁷⁰, „persistente Cookies“¹⁵⁷¹ oder „sessionübergreifende Cookies“¹⁵⁷² informiert werden. Entscheidend ist dabei neben der Erwähnung auch eine Erklärung. Häufig wird dazu angegeben, dass Cookies „verbleiben“, und zwar „auf Ihrem/deinem/-r Rechner/Endgerät/Computer(-system)/Festplatte“¹⁵⁷³ sowie „und ermöglichen es..., Ihr(en) Rechner/Browser/Computersystem (bei Ihrem nächsten Besuch) wieder()zu()erkennen“.¹⁵⁷⁴ Neben dieser Formulierung wird auch erklärt, sie „bleiben für einen vorgegebenen Zeitraum erhalten und können beim erneuten Aufruf der Webseite die gespeicherten Informationen zur Verfügung stellen“¹⁵⁷⁵ oder dass sie „für einen längeren Zeitraum oder unbegrenzt auf Ihrem Datenträger gespeichert werden“¹⁵⁷⁶. Jedoch sind die Formulierungsmöglichkeiten vielfältig. Zwar wird eine deutliche Erklärung häufig nicht gelingen, dennoch kann nicht sichergestellt werden, dass alle Formulierungen erfasst werden. Insoweit muss die Erwähnung der Cookie-Art in den Datenschutzerklärungen genügen.

Der Nutzer ist außerdem zu informieren, wenn nicht nur der Diensteanbieter selbst Cookies setzt, sondern auch Dritte. Um dies festzustellen, muss

¹⁵⁶⁶ So Voltus.

¹⁵⁶⁷ So Avandeo, Conrad, Eas-y Elektro, EURONICS, H&M, Juststreetwear, PEARL, Redcoon, reichelt, saymo, Web-Moebel.

¹⁵⁶⁸ So Fashion5.

¹⁵⁶⁹ So Cyberport.

¹⁵⁷⁰ So 24Colours, Fashion For Home, Moebel-Shop, Saturn, Zalando.

¹⁵⁷¹ So Elektrikshop, Elektro Wandelt, Fashion For Home, Kaysports24, Möbel-eins, saymo, Trendmöbel24, Vinexus.

¹⁵⁷² So Otto.

¹⁵⁷³ So Avandeo, Conrad, Dänisches Bettenlager, Eas-y Elektro, Elektrikshop, Elektro Wandelt, EURONICS, Fashion For Home, Fashion5, Kaysports24, Möbel-eins, PEARL, Redcoon, reichelt, saymo, Trendmöbel24, Vinexus, Web-Moebel.

¹⁵⁷⁴ So Avandeo, Conrad, Eas-y Elektro, Elektrikshop, Elektro Wandelt, EURONICS, Kaysports24, Möbel-eins, PEARL, Redcoon, reichelt, saymo, Trendmöbel24, Vinexus, Web-Moebel.

¹⁵⁷⁵ So 24Colours.

¹⁵⁷⁶ So Zalando.

wiederum das Ergebnis der Cookie-Analyse herangezogen werden.¹⁵⁷⁷ Der Nutzer kann dies bei einfacher Betrachtung des Online-Versanddienstes, insbesondere nicht bereits beim Aufruf der Webseite erkennen. Für eine automatisierte Analyse sind die Bezeichnungen „(Cookies) von Drittanbietern“¹⁵⁷⁸, „Third-Party-Cookies“¹⁵⁷⁹, „Cookies von Partnerunternehmen“, „auch von Dritten“¹⁵⁸⁰, „Werbepartner“¹⁵⁸¹ oder „Partner(unternehmen)“¹⁵⁸² aufzunehmen. Neben den genannten Begriffen kommt auch die Bezeichnung der einzelnen Cookies in Betracht. Das Add-on muss deshalb zusätzlich analysieren, ob der Name der Cookie-setzenden Stelle in der Datenschutzerklärung genannt wird.¹⁵⁸³

Regelmäßig wird der Nutzer in der Datenschutzerklärung darauf hingewiesen, wie er Cookies ganz oder teilweise zukünftig ablehnen und existierende Cookies löschen kann. Dabei wird jedoch keine einheitliche Formulierung verwendet, sodass eine automatisierte Analyse nicht möglich ist. Der Nutzer sollte jedoch durch das Add-on darauf aufmerksam gemacht werden, dass die Einstellungsmöglichkeiten an seinem Browser bestehen. Dadurch wird sichergestellt, dass der Nutzer diese Informationen erhält. Jedoch kann dieser Aspekt nicht in die Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit des einzelnen Online-Versanddienstes einfließen. Der Nutzer kann diese Information aber vom Add-on erhalten.

Insgesamt kann automatisiert analysiert werden, ob der Nutzer darüber informiert wird, dass Cookies verwendet werden und was Cookies sind. Zumindest anhand von Stichpunkten kann überprüft werden, ob er auch über die Verwendung von dauerhaften oder Drittanbieter-Cookies informiert wird. Obwohl die Angabe, dass Drittanbieter-Cookies verwendet werden, nur von sehr wenigen Online-Versanddiensten gemacht wurde, ist ein Verschweigen datenschutzrechtlich nicht akzeptabel. Das Verschweigen ihrer Verwendung ist somit als datenschutzunfreundlich zu bewerten. Datenschutzfreundlich ist hingegen, wenn auf die Verwendung solcher Cookies

¹⁵⁷⁷ Detailliert zum Erkennen von verwendeten Cookies s. Teil 3 Kapitel 4 1.1 Datensparsamkeit und Erforderlichkeit und Teil 3 Kapitel 4 1.2 Datenweitergabe.

¹⁵⁷⁸ So H&M, Zalando.

¹⁵⁷⁹ So Mediamarkt, Saturn, Zalando.

¹⁵⁸⁰ So 24Colours.

¹⁵⁸¹ So 24Colours.

¹⁵⁸² So Appel und Möbel-Eins.

¹⁵⁸³ So häufig bei Social-Plug-ins. Detailliert dazu s. Teil 3 Kapitel 4 2.2.6 Datenweitergabe.

vollständig verzichtet wird. Dies muss allerdings anhand der verwendeten Technik – also auf tatsächlicher Ebene – und nicht anhand der Datenschutzerklärung – der sprachlichen Ebene – überprüft werden.¹⁵⁸⁴

2.2.3.2 Webanalyse

Bei der Webanalyse werden Daten unter anderem unter Nutzung von Cookies gesammelt. Typischerweise wird dazu die Hilfe spezieller Drittanbieter in Anspruch genommen. Für den Anbieter des Online-Versanddienstes steht jedoch nicht die Sammlung, sondern die anschließende Auswertung der Daten im Vordergrund. Ihm werden diese vom Drittanbieter als Statistik über die Nutzung seines Dienstes zurückgemeldet.¹⁵⁸⁵ Hintergrund für eine solche Analyse ist das betriebswirtschaftliche Interesse des Diensteanbieters an der Optimierung seines Webauftritts. Durch die Analyse des Kundenverhaltens soll der Online-Versanddienst besser an die Bedürfnisse des Kunden angepasst werden. Diese Ausrichtung am Kunden wird gerade im Online-Handel als besonders wichtig wahrgenommen.¹⁵⁸⁶ Neben diesem Aspekt, der vor allem in einer entsprechenden Anpassung des Online-Versanddienstes und der Marketingmaßnahmen resultiert, können die Ergebnisse auch zur Suchmaschinenoptimierung genutzt werden.¹⁵⁸⁷

Es besteht also ein großes Interesse beim Anbieter eines Online-Versanddienstes, eine solche Webanalyse durchzuführen. Der Düsseldorfener Kreis hat zur Webanalyse Stellung bezogen und es als datenschutzrechtlich zulässig eingestuft, solange eine Widerspruchsmöglichkeit besteht und die Daten nicht mit solchen zusammengeführt werden, die eine Identifikation des Nutzers ermöglichen. Außerdem ist der Nutzer deutlich auf die Verwendung eines solchen Webanalyse-Tools hinzuweisen.¹⁵⁸⁸

¹⁵⁸⁴ Detailliert zum Erkennen von verwendeten Cookies s. Teil 3 Kapitel 4 1.1 Datensparsamkeit und Erforderlichkeit und Teil 3 Kapitel 4 1.2 Datenweitergabe.

¹⁵⁸⁵ *Gola/Reif* 2011, Rn. 175 zur Funktionsweise der Webanalyse detailliert Rn. 182 ff.

¹⁵⁸⁶ *Taeger*, K&R 2003, 220. Allgemein zum Vorgehen bei der Webanalyse *Steidle/Pordesch*, DuD 2008, 324 ff.

¹⁵⁸⁷ *Gola/Reif* 2011, Rn. 174.

¹⁵⁸⁸ Düsseldorfener Kreis, Datenschutzkonforme Ausgestaltung von Analyseverfahren zur Reichweitenmessung bei Internet-Angeboten, Stralsund 2009, www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Entschliessungssammlung/DuesseldorferKreis/Nov09Reichweitenmessung.pdf.

Ein sehr bekanntes und besonders oft eingesetztes Analysetool ist das von Google, das für jeden Diensteanbieter kostenlos zur Verfügung gestellte Google Analytics.¹⁵⁸⁹ Andere Analysetools sind etwa Digital Analytix, econda, etracker, Jetpack, m-pathy, Maxymiser Technologie, Omniture Site Catalyst oder Piwik.¹⁵⁹⁰ Exemplarisch wird die Analyse im Folgenden auf Google Analytics als praktisch bedeutendstes Analysetool beschränkt. Google Analytics nutzt First-Party-Cookies¹⁵⁹¹ sowie andere Techniken¹⁵⁹², um das Nutzungsverhalten zu verfolgen. Damit ist die Einstellung im Browser, Drittanbieter-Cookies nicht anzunehmen, bei Google Analytics nicht wirksam. Dies begründet aus Datenschutzsicht ein besonderes Risiko. Die Daten werden nicht vom Diensteanbieter weitergegeben, sondern dem Webanalyse-Dienst wird die Möglichkeit eingeräumt, die Daten selbst vom Nutzer zu erhalten („clientbasierte Funktionsweise“).¹⁵⁹³ Damit wird eine Weiterleitung veranlasst, die dem Nutzer nicht bewusst ist.¹⁵⁹⁴ Zukünftig könnte sich die datenschutzrechtliche Situation sogar noch weiter verschlechtern, da Google die Umstellung auf „Google Universal Analytics“ plant. Damit soll eine Profilbildung nicht nur webseitenübergreifend, sondern auch geräteübergreifend stattfinden und auch Verhalten, das sich nicht online abspielt, erfassen können.¹⁵⁹⁵ Im Weiteren wird der aktuelle Zustand, also das „klassische“ Google Analytics, untersucht.

Datenschutzrechtlich relevant ist die Webanalyse nur dann, wenn ein Personenbezug besteht. Dazu kann in diesem Kontext vor allem die IP-Adresse genutzt werden.¹⁵⁹⁶ Speziell Google verfügt durch die Vielzahl an Diensten, wie beispielsweise Google Search, Google+, Google Mail oder das mobile

¹⁵⁸⁹ Google, www.google.com/analytics. Dazu anstelle vieler *Knopp*, DuD 2010, 783.

¹⁵⁹⁰ ComScore, www.comscore.com/ger/Produkte/Digital_Business_Analytics; Econda, Web-/Shop-Analyse, Cross-Selling + mehr, www.econda.de; Etracker GmbH, Web Analyse von etracker, www.etracker.de; Jetpack, WordPress.com Stats, jetpack.me/support/wordpress-com-stats/; Seto, www.m-pathy.com; Maxymiser, www.maxymiser.de; Adobe, Omniture SiteCatalyst, sitecatalyst.omniture.com; Piwik, Free Web Analytics Software, piwik.org.

¹⁵⁹¹ *Mayer/Mitchell*, SP 2012, 422

¹⁵⁹² Wie Web-Bugs und Java-Script. *Steidle/Pordesch*, DuD 2008, 325 auch zu den konkret erhobenen Daten.

¹⁵⁹³ *Steidle/Pordesch*, DuD 2008, 324.

¹⁵⁹⁴ *Knopp*, DuD 2010, 784.

¹⁵⁹⁵ Zu technischen und rechtlichen Aspekten dieses neuen, zur Zeit noch in der Entwicklung befindlichen Dienstes *Ertel/Venzke-Caprarese*, DuD 2014, 181 ff.

¹⁵⁹⁶ Detailliert zur Einordnung der IP-Adresse als personenbezogenes Datum s. Teil 2 Kapitel 3 4.1.2 Personenbezug von Cookies.

Betriebssystem Android, über umfangreiche Informationen über Nutzer im Internet.¹⁵⁹⁷ Eine Verknüpfung ist in diesem Fall nicht nur kurzfristig durch die IP-Adresse möglich. Zusätzlich können die Nutzungsdaten jeglicher Webseiten verbunden werden, auf der Google Analytics genutzt wird, da der Nutzer durch die auf seinem Computer hinterlegten Cookies identifiziert wird.¹⁵⁹⁸

Bei Personenbezug erlaubt § 15 Abs. 3 TMG, dass die Nutzungsdaten, die für die Webanalyse erhoben werden, zu pseudonymen Nutzungsprofilen zusammengeführt werden „für Zwecke der Werbung, der Marktforschung oder zur bedarfsgerechten Gestaltung der Telemedien“. Dazu muss außerdem eine Widerspruchsmöglichkeit vorgesehen sein.¹⁵⁹⁹ Diese existiert in Form eines Tools.¹⁶⁰⁰ Jedoch gilt die Norm nur für den Diensteanbieter selbst. Der Anbieter der Webanalyse wäre ebenfalls dazu berechtigt, wenn er als Auftragnehmer nach § 11 BDSG handelt. Dazu müsste ein Auftragsdatenverarbeitungsvertrag zwischen dem Anbieter des Online-Versanddienstes und Google abgeschlossen worden sein¹⁶⁰¹ und auch dann wäre dieser inhaltlich fragwürdig, da der Diensteanbieter sicherlich über keine ernsthaften Weisungs- und Kontrollmöglichkeiten verfügt.¹⁶⁰² Außerdem werden die Daten nach Angaben Googles wohl auch für eigene Zwecke genutzt.¹⁶⁰³ Zusätzlich ist eine Auftragsverarbeitung nur innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums möglich. Die Daten werden jedoch in die USA übertragen.¹⁶⁰⁴ Dennoch wird Google Analytics auf einer Vielzahl von

¹⁵⁹⁷ Knopp, DuD 2010, 783. Zur Vielfalt der Google-Dienste und den Diensten im Einzelnen kritisch Reppesgaard 2008 unkritisch Kiefer 2010.

¹⁵⁹⁸ Knopp, DuD 2010, 784; Steidle/Pordeschi, DuD 2008, 324 f. äußern auch Skepsis an der Pseudonymität 327.

¹⁵⁹⁹ Zur Bedeutung der Information des Nutzers über diese LG Frankfurt, CR 2014, 267 f.

¹⁶⁰⁰ Google, Add-on zur Deaktivierung von Google Analytics, tools.google.com/dlpage/gaoptout.

¹⁶⁰¹ Abrufbar unter Google, static.googleusercontent.com/external_content/untrusted_dlcp/www.google.com/de//analytics/terms/de.pdf.

¹⁶⁰² Zum datenschutzrechtlichen Konstrukt der Auftragsdatenverarbeitung s. Teil 2 Kapitel 3 3.8.1 Weitergabe im Rahmen einer Auftragsdatenverarbeitung. Knopp, DuD 2010, 784 f.; Steidle/Pordeschi, DuD 2008, 328.

¹⁶⁰³ Google, Google Analytics Bedingungen, www.google.com/analytics/terms/de.html: „...einverstanden, dass Google oder seine verbundenen Unternehmen Informationen über Ihre Benutzung des Service (einschließlich und ohne Einschränkung auch von Kundendaten) speichert und für die Zwecke der Bereitstellung des Webanalyse- und Trackingdienstes nutzt“.

¹⁶⁰⁴ Knopp, DuD 2010, 785.

Online-Versanddiensten verwendet, ohne eine Einwilligung vom Nutzer einzuholen. Eine automatisierte Analyse kann deshalb nur überprüfen, ob die Verwendung transparent gestaltet wird.

Im Internet existieren Muster, um die Information des Nutzers über die Verwendung von Google Analytics ausreichend transparent darzustellen. Eines dieser Muster hat sich fast vollständig durchgesetzt.¹⁶⁰⁵ Wesentliche Informationen, die dem Nutzer gegeben werden müssen, sind der Name des Dienstes, eine Erklärung der Webanalyse, die Übermittlung der Daten und gegebenenfalls die Kürzung der IP-Adresse. Zusätzlich ist darauf hinzuweisen, welche Möglichkeiten zum Selbstschutz bestehen.

Der Dienst ist konkret zu bezeichnen. Dabei genügt als Schlagwort eine automatisierte Suche nach den Begriffen „Google Analytics“ oder „Google (Inc.)“. Häufig wird folgende Formulierung verwendet. „Diese Webs(e)ite benutzt Google Analytics, einen Webanalysedienst der Google Inc. („Google“).“¹⁶⁰⁶ Bei der Erklärung der Technik ist vor allem auf die Verwendung von Cookies hinzuweisen. Insoweit kann auf die in diesem Zusammenhang genannten Formulierungen verwiesen werden.¹⁶⁰⁷ Standardmäßig heißt es in den Datenschutzerklärungen zu Google Analytics, „Textdatei(en), die auf Ihrem Computer gespeichert werden und die eine Analyse der Benutzung der Webs(e)ite durch Sie ermöglichen/-t“.¹⁶⁰⁸ Bezüglich der Übermittlung der Daten in die USA wird in den Datenschutzerklärungen informiert, dass sie „an einen Server (von... Google) in den/die USA übertra-

¹⁶⁰⁵ Z. B. www.datenschutzbeauftragter-info.de/fachbeitraege/google-analytics-daten-schutzkonform-einsetzen oder www.rechtsanwalt-schwenke.de/google-analytics-rechtssicher-nutzen-anleitung-fuer-webmaster.

¹⁶⁰⁶ So 24Colours, 3Suisses, 3T-Elektro, BAUR, comtech, Conrad, Elektro Wandelt, Elektroshop Bischof, Fashion For Home, Fashion5, Kaysports24, Mediamarkt, MEDION, Möbel-Eins, Moebel-shop, PEARL, Redcoon, Saturn, saymo, Vinexus, Voltus, Woody-Möbel.

¹⁶⁰⁷ Detailliert zum Erkennen des Hinweises auf Cookies s. Teil 3 Kapitel 4 2.2.3.1 Cookies.

¹⁶⁰⁸ So 24colours, 3Suisses, 3T-Elektro, Alternate, Avandeo, BAUR, comtech, Conrad, Elektro Wandelt, Elektroshop Bischof, Fashion For Home, Frontlineshop, Kaysports24, Mediamarkt, MEDION, Möbel-Eins, Moebel-shop, Mundo online, PEARL, Redcoon, Saturn, saymo, Trendmöbel24, Vinexus, Voltus, Woody-Möbel. Zalando mit der Abwandlung „Analyse der Nutzung unseres Angebots durch Google.“

gen und dort gespeichert“¹⁶⁰⁹ werden. Insoweit variieren die Datenschutzerklärungen also kaum oder gar nicht.

Etwas anderes gilt für die IP-Kürzung oder -Anonymisierung. Dabei werden nicht die vollen IP-Adressen in die USA übermittelt. Google kürzt diese zuvor innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums, zu dem auch alle EU-Mitgliedsstaaten zählen. Zwar wird weiterhin die gesamte IP-Adresse durch Google zunächst erhoben, dann aber noch im Anwendungsbereich des europäischen Datenschutzrechts gekürzt, um eine Zusammenführung, die in Europa verboten ist, in den USA unmöglich zu machen.¹⁶¹⁰ Weiterhin besteht die Möglichkeit, der Identifikation durch sitzungsübergreifende Cookies. Die Anonymisierung stellt aber bereits eine wesentliche datenschutzrechtliche Verbesserung dar und ist aus Sicht des Datenschutzes absolut notwendig. Wird eine solche Möglichkeit angeboten, müsste der Diensteanbieter, der sich durch die Nutzung des Webanalyse-Tools bereits zumindest in eine rechtliche Grauzone begibt, wenigstens die ihm angebotenen Datenschutzmöglichkeiten ausschöpfen.

Eine automatisierte Überprüfung, ob der Nutzer über die Verwendung des Webanalyse Dienstes informiert wird, stellt die Frage der Transparenz in den Mittelpunkt.¹⁶¹¹ Deshalb ist es nicht ausreichend, wenn nur ein allgemeiner Hinweis gegeben wird, dass eine solche Möglichkeit besteht. Dazu heißt es in aller Regel: „Im Falle der Aktivierung der IP-Anonymisierung auf dieser Webseite, wird Ihre IP-Adresse von Google jedoch innerhalb von Mitgliedsstaaten der Europäischen Union oder in anderen Vertragsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum zuvor gekürzt.“¹⁶¹² Damit ist noch nicht erkennbar, ob diese Möglichkeit zur IP-Kürzung im Europäischen Wirtschaftsraum auch genutzt wird. Nur wenn Letzteres zutrifft,

¹⁶⁰⁹ So 24Colours, 3Suisses, 3T-Elektro, Alternate, avandeo, BAUR, comtech, Conrad, Elektro Wandelt, Elektroschop Bischof, Fashion5, Fashion For Home, Frontlineshop, Kaysports24, Mediamarkt, MEDION, Möbel-Eins, Moebel-shop, Mundo online, PEARL, Redcoon, Saturn, saymo, Trendmöbel24, Vinexus, Voltus, Web-Moebel Woody-Möbel, Zalando.

¹⁶¹⁰ Scholz 2003, 244 schlug bereits das Kürzen des letzten oder der letzten beiden Ziffernblöcke vor.

¹⁶¹¹ Ob die Möglichkeit zur IP-Kürzung tatsächlich genutzt wird, ist anhand der Technik festzustellen. Dazu s. Teil 3 Kapitel 4 1.1 Datensparsamkeit und Erforderlichkeit und Teil 3 Kapitel 4 1.2 Datenweitergabe.

¹⁶¹² So 24Colours, 3Suisses, 3T-Elektro, Alternate, BAUR, comtech, Conrad, Elektro Wandelt, Elektroschop Bischof, Kaysports24, MEDION, Möbel-eins, Moebel-Shop, Mundo online, PEARL, Redcoon, saymo, Trendmöbel24, Vinexus, Voltus, Zalando.

werden die Daten des Nutzers geschützt. Deutlich wird dies, wenn die Datenschutzerklärung anstelle dessen die Formulierung „Ihre IP-Adresse wird von Google jedoch innerhalb von Mitgliedstaaten der Europäischen Union oder in anderen Vertragsstaaten des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum zuvor gekürzt“¹⁶¹³ beinhaltet. Alternativ werden Formulierungen genutzt, die auf „anonymize()Ip“¹⁶¹⁴, „IP-Adressen gekürzt“¹⁶¹⁵ oder „anonymisierte ... IP-Adressen“¹⁶¹⁶ hinweisen. Dabei sind die Formulierungen jedoch gerade nicht standardisiert, sodass lediglich die Verwendung der Schlagworte im Zusammenhang mit Google Analytics automatisiert ausgelesen werden kann. Die Verwendung des Begriffs „IP-Masken/-Masking“¹⁶¹⁷ kann allein nicht als transparent betrachtet werden, da dies den durchschnittlichen Nutzer nicht informiert.

Zuletzt sollte dem Nutzer die Möglichkeit mitgeteilt werden, wie er Maßnahmen des Selbstschutzes ergreifen kann, da Google solche bereitstellt. Der Nutzer ist deshalb über diese zu informieren. Dabei bestehen zwei Optionen. Der Nutzer kann die Verwendung von First-Party-Cookies unterbinden.¹⁶¹⁸ Dann ist allerdings auch die Funktion des Online-Versanddienstes eingeschränkt. Der Nutzer kann aber auch ein Add-on installieren, durch das Cookies von Google Analytics nicht mehr akzeptiert werden. Eine datenschutzfreundliche Information des Verbrauchers umfasst einerseits den Hinweis auf ein solches Add-on und ermöglicht andererseits den Zugriff auf durch die Verlinkung der Download-Seite.

In aller Regel wird der Verbraucher auf das Add-on aufmerksam gemacht, indem er den Hinweis erhält, dass er das „Browser-Plugin herunterladen

¹⁶¹³ So Mediamarkt und Saturn.

¹⁶¹⁴ So Alternate, Elektro Wandelt, Fashion5, saymo, Zalando.

¹⁶¹⁵ „Gekürzt“ saymo, Web-Moebel. In anderer Wortreihenfolge Elektro Wandelt.

¹⁶¹⁶ So Alternate, Zalando. In anderer Wortreihenfolge Elektro Wandelt, Web-Moebel.

¹⁶¹⁷ So Alternate, Web-Moebel, Zalando enthalten diesen Begriff neben anderen, allgemein verständlichen Erklärungen.

¹⁶¹⁸ So 24Colours, 3Suisse, 3T-Elektro, Alternate, Avandeo, BAUR, comtech, Conrad, Elektro Wandelt, Elektroschop Bischof, Fashion5, Fashion For Home, **Frontlineshop**, Kaysports24, Mediamarkt, MEDION, Möbel-eins, Moebel-Shop, PEARL, Redcoon, Saturn, saymo, Trendmöbel24, Vinexus, Web-Moebel, Woody-Möbel, Voltus, Zalando.

und installieren“¹⁶¹⁹ kann. Aber auch die alternativen Bezeichnungen als „Deaktivierungs-Add-On“¹⁶²⁰ oder „Deaktivierung per Browser-Plugin“¹⁶²¹ sind verständlich. Der Link, der dem Nutzer zusätzlich anzugeben ist, lautet tools.google.com/dlpage/gaoptout?hl=de.¹⁶²² Irrelevant ist dabei, ob der Link zu lesen ist oder nur ein Wort mit der Download-Seite verlinkt wurde, soweit dies für den Nutzer erkennbar ist.

Die Möglichkeiten einer automatisierten Analyse sind im Bereich der Webanalyse, insbesondere bei Google Analytics sehr einfach und umfassend möglich, da ausnahmslos dasselbe oder zumindest nur leicht abgewandelte Muster verwendet werden.

2.2.3.3 Retargeting-Technologien und Newsletter

Anders als Webanalysen zielen Retargeting-Technologien auf den einzelnen Nutzer und seine Vorlieben. Die Daten werden also nicht erhoben, um damit Nutzerstatistiken anzufertigen, sondern den einzelnen Nutzer beim Besuch eines Online-Versanddienstes wiederzuerkennen. Die Gefahr des Personenbezugs ist hier besonders hoch, da alle Daten immer auf einen bestimmten Nutzer bezogen werden. Spätestens, wenn der Nutzer Käufer ist, liegen dem Anbieter des Online-Versanddienstes personenbezogene Daten vor. Deshalb ist eine transparente Gestaltung durch Aufklärung besonders wichtig. Standardisierte Formulierungen bestehen in diesem Bereich nicht. Auch die Suche nach „Re(-)targeting(-)Technologie(n)“¹⁶²³ oder „Retargeting...-Funktion“¹⁶²⁴ als Schlagworte ist nicht zielführend, da diese Bezeichnungen nicht weit genug verbreitet sind. Häufiger wird das Vorgehen beschrieben, etwa das Wiedererkennen der Nutzer, „die sich bereits für unse-

¹⁶¹⁹ So 24Colours, 3Suisse, 3T-Elektro, Alternate, avandeo, BAUR, comtech, Conrad, Elektro Wandelt, Elektroschop Bischof, Kaysports24, Mediamarkt, MEDION, Möbel-eins, Moebel-Shop, Mundo online, PEARL, Redcoon, Saturn, saymo, Trendmöbel24, Vinexus, Voltus, Zalando.

¹⁶²⁰ So Fashion5, Web-Moebel.

¹⁶²¹ So Redcoon.

¹⁶²² So 24Colours, 3Suisse, 3T-Elektro, Alternate, avandeo, BAUR, comtech, Conrad, Elektro Wandelt, Elektroschop Bischof, Fashion For Home, Mediamarkt, MEDION, Möbel-eins, Moebel-Shop, Mundo online, PEARL, Redcoon, Saturn, saymo, Trendmöbel24, Vinexus, Voltus, Web-Moebel, Zalando.

¹⁶²³ So 3Suisse, BAUR, Conrad, Frontlineshop, Mundo online, Zalando.

¹⁶²⁴ So Avandeo.

ren Shop und unsere Produkte interessiert haben“¹⁶²⁵ oder „die zuvor... besucht haben“¹⁶²⁶ mit dem Ziel, diese „mit... Werbung anzusprechen“¹⁶²⁷. Jedoch existieren vielfältige Formulierungsmöglichkeiten, um dies zu beschreiben. Ein Muster besteht auch nicht, sodass insgesamt kein einheitlicher Standard erkennbar und somit auch nicht automatisiert prüfbar ist.

Dasselbe gilt für die Werbeform des Newsletter-Versands. Regelmäßig enthalten Datenschutzerklärungen Informationen zu Newslettern, insbesondere der An- oder Abmeldung zum Newsletter und gegebenenfalls der Weitergabe der E-Mail-Adresse. Das Gesetz macht dazu in § 7 Abs. 2 Nr. 3 UWG und § 6 Abs. 2 TMG¹⁶²⁸ strenge Vorgaben. Zum Teil wird versucht, gleichzeitig eine Einwilligung zum Versand von Newslettern einzuholen oder zu fingieren. Die Datenschutzerklärung dient jedoch grundsätzlich nur der Unterrichtung des Nutzers durch den Diensteanbieter. Auch die formalen Anforderungen an eine Einwilligung werden nicht erfüllt. Da keine standardisierten Formulierungen für die Unterrichtung des Nutzers verwendet werden, ist eine automatisierte Analyse in diesem Bereich nicht möglich. Wichtiger wäre auch eine automatisierte Überprüfung, ob Newsletter überhaupt versendet werden und ob darin auf die Möglichkeit zur jederzeitigen Abmeldung hingewiesen wird, wie es nach § 7 Abs. 3 Nr. 4 UWG vorgeschrieben ist. Der Posteingang des Nutzers kann jedoch durch das einfache Add-on nicht kontrolliert werden.

2.2.4 Bonitätsüberprüfungen

Will ein Betreiber eines Online-Versanddienstes die Bonität seiner Kunden überprüfen, um das Zahlungsausfallrisiko zu reduzieren, muss er den Kunden darüber informieren.¹⁶²⁹ Obwohl die datenschutzfreundlichste Möglichkeit ist, keine Bonitätsprüfung durchzuführen, überwiegen betriebswirtschaftliche Interessen der Diensteanbieter häufig gegenüber einer datenschutzfreundlichen Gestaltung. Ob Bonitätsprüfungen durchgeführt werden, kann ein Browser-Add-on nicht erkennen. Es kann jedoch überprüfen,

¹⁶²⁵ So 3Suisses und Zalando.

¹⁶²⁶ So Avandeo.

¹⁶²⁷ So 3Suisses, Avandeo, Zalando.

¹⁶²⁸ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2 7 Kommerzielle Kommunikation.

¹⁶²⁹ Detailliert zur rechtlichen Bewertung s. Teil 2 Kapitel 3 4.4 Bonitätsprüfung und Scoring.

ob die Datenschutzerklärung darauf hinweist und wann und welche Art von Bonitätsprüfung erfolgt.

Um zu erkennen, dass die Bonität des Vertragspartners überprüft wird, kann automatisiert nach den Schlagwörtern „Bonitätsprüfung/-auskunft/-abfrage“¹⁶³⁰ oder „Kreditprüfung“¹⁶³¹ gesucht werden. Ebenfalls zu erfassen sind die Formulierungen „Prüfung... Bonität“¹⁶³²/Kreditwürdigkeit und „prüft ...die Bonität“¹⁶³³/Kreditwürdigkeit. Dabei wird insbesondere über Bonitätsprüfungen häufig (auch) in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen informiert. Soweit also in der Datenschutzerklärung keine Formulierung auf eine solche Prüfung erfolgt, ist die Analyse auf die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zu erweitern, auch wenn das „Verstecken“ dieser Informationen ausschließlich in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen als zusätzlicher datenschutzfeindlicher Faktor zu werten ist.

Wenn eine Bonitätsprüfung erfolgt, ist dies grundsätzlich als datenschutzunfreundlich zu bewerten. Dieser negative Eindruck kann relativiert werden, wenn die Bonitätsprüfung nur unter bestimmten Bedingungen erfolgt, etwa bei bestimmten Zahlungsarten. Diese können automatisiert an den Formulierungen „Sofern/Sollte(n) ... in Vorleistung tritt/treten“¹⁶³⁴ oder „bei Erstbestellungen“¹⁶³⁵ erkannt werden. Ebenso kommt eine Kombination von „Zahl(ungs)art/option“¹⁶³⁶ mit „Ratenzahlung“¹⁶³⁷, „Teilzahlung“¹⁶³⁸, „Kreditkarte“¹⁶³⁹ oder „Rechnung(-s Kauf)“¹⁶⁴⁰ in Betracht. Werden

¹⁶³⁰ „Bonitätsprüfung“ 24Colours, Cyberport, Elektrikshop, Fashion5, Fashion For Home, Frontlineshop, Gourmantis, Kaysports24, Mediamarkt, Moebel-shop, Redcoon (in den AGB), reichelt, saymo, Sport-Scheck, Trendmöbel24, Vinexus, Zalando. „Identitäts- und Bonitätsprüfung“ Elektrikshop, Frontlineshop, Möbel-eins, reichelt, saymo, Trendmöbel24, Woody-Möbel. „Bonitätsauskunft“ 24Colours, Conrad, Eas-y Elektro, Fashion5, Gourmantis, Kaysports24, Mediamarkt, PEARL, Redcoon, Vinexus. „Bonitätsabfrage“ Elektrikshop, Elektroshop Bischof.

¹⁶³¹ So H&M. „Bonitäts- und Kreditprüfung“ 3SuisseS, BAUR, Otto, SportScheck.

¹⁶³² So Dänisches Bettenlager, Moebel-Shop, Otto.

¹⁶³³ So Saturn (in den AGB).

¹⁶³⁴ So 24ColoursEas-y Elektro, Fashion5, Kaysports24, PEARL, Redcoon, reichelt, Vinexus.

¹⁶³⁵ So 3SuisseS, BAUR, Otto, SportScheck.

¹⁶³⁶ So Dänisches Bettenlager, Elektrikshop, Elektroshop Bischof, Frontlineshop, Moebel-Shop, saymo, Woody-Möbel.

¹⁶³⁷ So Moebel-Shop und saymo.

¹⁶³⁸ So Moebel-Shop.

¹⁶³⁹ So Dänisches Bettenlager.

¹⁶⁴⁰ So BAUR, Frontlineshop, Moebel-Shop, saymo.

diese Zahlungsmöglichkeiten nur in Zusammenarbeit mit externen Anbietern ermöglicht, ist dies an deren Namen erkennbar.¹⁶⁴¹ Dabei werden zum einen die Daten des Kunden an den Zahlungsanbieter weitergegeben und zum anderen erfolgt eine Bonitätsprüfung durch diese Anbieter.

Eine besonders datenschutzunfreundliche Form der Bonitätsprüfung ist das Scoring.¹⁶⁴² Ob Scoring bei der Bonitätsprüfung verwendet wird, ist nur dann zu erkennen, wenn der Anbieter dies in der Datenschutzerklärung angibt. Als Schlagworte werden „Wahrscheinlichkeitswert(e)“¹⁶⁴³, „Score-Werte“¹⁶⁴⁴ und „Scoring“¹⁶⁴⁵ verwendet. Zusätzlich kann eine Liste mit Unternehmen geführt werden, die Auskunft über die Bonität potentieller Kunden durch Scoring bieten.¹⁶⁴⁶ Ebenso ist nach der Umschreibung „andere Konzern(-Versandhandels)unternehmen“¹⁶⁴⁷ zu suchen, da gerade in großen Konzernen ebenfalls umfangreiche Datenbestände bestehen können. Zum einen wird dadurch ein weiteres Merkmal geschaffen, das das automatisierte Erkennen von Bonitätsabfragen ermöglicht. Zum anderen ist die Angabe, welches Unternehmen konkret Auskunft über die Bonität gibt, als transparent und damit eher datenschutzfreundlich zu betrachten.

Die Verwendung von Scoring ist dann zumindest transparent, also etwas weniger datenschutzunfreundlich, wenn der Nutzer darüber aufgeklärt wird, also auch erfährt, was Scoring bedeutet. Standardmäßig heißt es, dass

¹⁶⁴¹ „Billpay“ Frontlineshop, reichelt. „Commerz Finanz“ Mediamarkt, Saturn. „Klarna“ Fashion For Home, Kaysports24, Möbel-Eins. „Paymorrow“ saymo. „Santander Consumer Bank“ Moebel-Shop. „Secupay“ Elektrikshop, Elektroshop Bischof.

¹⁶⁴² Zu den Risiken s. Risiken für Betroffene.

¹⁶⁴³ So Conrad, Eas-y Elektro, fashion5, Frontlineshop, Kaysports24, Möbel-eins, Moebelshop, PEARL, Saymo, Trendmöbel24, Vinexus, Zalando.

¹⁶⁴⁴ So Conrad, Eas-y Elektro, fashion5, Kaysports24, Möbel-eins, PEARL, Saymo, Trendmöbel24, Vinexus.

¹⁶⁴⁵ So Fashion5, reichelt, Mediamarkt, saymo, Trendmöbel24.

¹⁶⁴⁶ Typische Unternehmen sind „Schufa“ Holding AG: 3Suisse, Conrad, Cyberport, Eas-y Elektro, frontlineshop, Kaysports24, Möbel-eins, Otto, Redcoon, reichelt, saymo, Sportscheck, Trendmöbel24; „Bürgel“ Wirtschaftsinformationen GmbH & Co. KG: 24Colours, 3Suisse, Conrad, frontlineshop, Kaysports24, Möbel-eins, saymo, Zalando; „infoscore“ Consumer Data GmbH: BAUR, Fashion5, frontlineshop, Möbel-eins, PEARL, reichelt; „Creditreform Bremen“ Seddig KG: Kaysports24, Möbel-eins, Trendmöbel24; „arvato infoscore“ GmbH: Kaysports24, Trendmöbel24; „Creditreform Boniversum“ GmbH: frontlineshop, saymo, Vinexus; „CEG Creditreform“ Consumer GmbH: Wohnprof.; „Deltavista“ GmbH: frontlineshop, saymo; „EOS“ Information Services GmbH: 3Suisse, BAUR, Otto, Sportscheck; „informa“ Unternehmensberatung GmbH: Fashion5, PEARL.

¹⁶⁴⁷ So 3Suisse, BAUR, Otto, Sportscheck.

Score-Werte „auf (der) Grundlage/Basis (eines/in einem wissenschaftlich anerkannter/-n) mathematisch (-) statistischer Verfahren“¹⁶⁴⁸ errechnet werden. Transparenzfördernd ist auch die Angabe der konkreten Daten, die weitergegeben werden sollen. Hier könnte nach exemplarischen Datenarten wie Name und Anschrift oder Ort sowie Geburtsdatum gesucht werden, allerdings ist es nicht möglich, alle möglichen Formulierungen aller möglichen Daten zu erfassen, vor allem weil es keine Vorgaben zur Bezeichnung oder Gruppierung gibt. Zum Beispiel kann der Wohnort als (Wohn-)Ort, (postalische) Adresse, Anschrift oder Kontaktdaten bezeichnet werden. Ebenso können sie unter Bestandsdaten oder Bestelldaten zusammengefasst werden.

Insgesamt kann eine automatisierte Analyse zum einen erfassen, ob eine Bonitätsprüfung stattfindet und ob dabei Scoring verwendet wird, soweit dies in der Datenschutzerklärung angegeben ist. Außerdem kann beurteilt werden, ob diese Prüfung nur aufgrund eines bestimmten Anlasses durchgeführt und dem Nutzer dies verständlich mitgeteilt wird. Nicht erkannt werden kann, welche Daten dazu konkret übermittelt werden.

2.2.5 Datensicherheit

Im digitalen Bereich, insbesondere im Zusammenhang mit dem Internet, ist Datensicherheit ein Aspekt, der besondere Aufmerksamkeit verdient. Es gibt allerdings keine Verpflichtung, über Maßnahmen der Datensicherheit zu informieren. Die Datenschutzerklärungen der untersuchten Online-Versanddienste enthalten jedoch regelmäßig Informationen über die Datensicherheit. Diese sind auch sehr standardisiert formuliert und können deshalb durch ein Add-on leicht erfasst werden. So wird davon berichtet, dass „technische ... und organisatorische (Sicherheits-)Maßnahmen/Vorkehrungen“¹⁶⁴⁹ oder „physische, elektronische und verfahrenstechnische Sicherheitsmaßnahmen“¹⁶⁵⁰ ergriffen wurden, um gegen „Verlust, Zerstörung, Zugriff, Veränderung und/oder Verbreitung deiner/Ihrer Daten durch un-

¹⁶⁴⁸ So Conrad, Eas-y Elektro, Elektrikshop, Fashion5, Frontlineshop, Kaysports24, Möbels, PEARL, Redcoon, reichelt, saymo, Trendmöbel24, Vinexus, Zalando.

¹⁶⁴⁹ So 24Colours, Avandeo, Conrad, Elektrikshop, Elektro Wandelt, Elektroshop Bischof, EURONICS, Fashion5, Frontlineshop, H&M, IKEA, MEDION, Moebel-Shop, Mundo online, reichelt, Woody-Möbel, Zalando.

¹⁶⁵⁰ So Eas-y Elektro, ähnlich Apple.

befugte Personen“¹⁶⁵¹, „Manipulation, Verlust, Zerstörung, unbeabsichtigte oder unrechtmäßige Löschung oder gegen Zugriff unberechtigter Personen oder unberechtigte Weitergabe“¹⁶⁵² oder „der Erhebung, dem Speichern und der Offenlegung“¹⁶⁵³ zu schützen.

Diese pauschalen Beschreibungen fördern jedoch nicht die Transparenz, da die Aussagen viel zu allgemein gehalten sind. Obwohl also weit überwiegend standardisierte Formulierungen verwendet werden, ermöglicht eine automatisierte Analyse der Beschreibungen keine Aussage über den Datenschutz und damit die Vertrauenswürdigkeit eines Online-Versanddienstes. Die besonders transparenten und damit datenschutzfreundlichen Formulierungen sind gerade die nicht-standardisierten Erklärungen, die mehr als eine allgemeine Beteuerung der Datensicherheit beinhalten. Entscheidender ist im Zusammenhang mit der Datensicherheit allerdings auch die tatsächlich verwendeten Maßnahmen zum Schutz der Daten.¹⁶⁵⁴

2.2.6 Datenweitergabe

Ein wesentliches Risiko für die personenbezogenen Daten des Nutzers ist die gerade online bestehende Möglichkeit, sie an Dritte weiterzugeben. Die Datenschutzerklärungen widmen sich diesem Punkt an verschiedenen Stellen. Bereits untersucht wurde etwa die Datenweitergabe durch Drittanbieter-Cookies allgemein und speziell durch die Webanalyse. Außerdem sind regelmäßig auch allgemeine Erklärungen zur Weitergabe von Daten an Dritte enthalten sowie spezielle Informationen zur Weitergabe durch Social-Plug-ins.

Die meisten untersuchten Datenschutzerklärungen enthalten Hinweise dazu, an wen Daten weitergegeben werden. Allerdings ist nicht jede Weitergabe von Daten datenschutzunfreundlich. So muss der Betreiber des Online-Versanddienstes als Verkäufer die Waren zum Kunden verschicken. Dazu wird er sich regelmäßig nicht selbst auf den Weg machen, sondern ein Transportunternehmen beauftragen, das dann anhand der mitgeteilten An-

¹⁶⁵¹ So Avandeo, Conrad, Elektro Wandelt, Elektroshop Bischof, EURONICS, Fashion5, Frontlineshop, Moebel-Shop, Mundo online, reichelt, Woody-Möbel, Zalando.

¹⁶⁵² So MEDION. Nur in Ausschnitten H&M, IKEA.

¹⁶⁵³ So Eas-y Elektro.

¹⁶⁵⁴ Detailliert zum Erkennen der technischen Maßnahmen s. Teil 3 Kapitel 4 1.4 Datensicherheit.

schrift die Ware zustellt. Die schlichte Suche nach Begriffen wie „Weitergabe“ oder „Übermittlung“ würden auch solche Datenweitergaben erfassen. Dies ist jedoch nicht zielführend. Zudem werden diese Begriffe auch nicht immer verwendet. Stattdessen werden dann lediglich die erlaubten und unerlaubten Weitergaben beschrieben.

Eine automatisierte Analyse durch das Add-on wäre deshalb auf standardisierte Formulierungen der einzelnen Weitergaben angewiesen. Solche lassen sich jedoch nicht erkennen, obwohl einige Formulierungen häufiger genutzt werden, wie „eine Weitergabe Ihrer Daten erfolgt (dabei ausschließlich) an das mit der Lieferung beauftragte Versandunternehmen, soweit dies zur Lieferung der Waren notwendig ist (Name, Adresse, (evtl.) Telefonnummer zur Abstimmung von Lieferterminen). Zur Abwicklung von Zahlungen geben wir Ihre Zahlungsdaten ggf. an unsere Hausbank weiter.“¹⁶⁵⁵ Wie bei den Beschreibungen zum Umgang mit Daten allgemein sind die Möglichkeiten, wie tatsächlich mit den Daten umgegangen wird oder wann die Daten an wen weitergegeben werden, zu vielfältig. Standardisierte Formulierungen existieren nicht und wären vermutlich – wie die Beschreibungen der Datensicherheit auch – zu allgemein. Denn je genauer und dadurch transparenter die Beschreibungen sind, desto individueller werden sie an die tatsächlichen Vorgänge beim Betreiber des Online-Versanddienstes angepasst. Da die Möglichkeiten faktisch und sprachlich jedoch zu umfangreich sind, ist von einer Einbeziehung dieses Aspekts trotz seiner großen Bedeutung für den Datenschutz abzusehen.

Eine besondere Art der Datenweitergabe ist das Vorhalten von Social-Plugins.¹⁶⁵⁶ Diese ermöglichen es dem Nutzer, einen bestimmten Inhalt oder den gesamten Online-Versanddienst seinen Freunden in einem bestimmten sozialen Netzwerk zu empfehlen. Der Nutzer verbindet damit also einen Service für ihn, da er nicht die URL der Webseite oder Unterseite kopieren und in einen Beitrag im sozialen Netzwerk seiner Wahl einstellen muss.¹⁶⁵⁷ Nutzer gehen jedoch nicht davon aus, dass allein aufgrund der Möglichkeit, diese Funktion zu nutzen, bei jedem Webseitenaufruf Daten an das entsprechende Netzwerk übermittelt werden. Dies ist jedoch tatsächlich der Fall.

¹⁶⁵⁵ So 3T-Shop, comtech, Elektro Wandelt, EURONICS.

¹⁶⁵⁶ „Plug-in“ wird in der Praxis entgegen der deutschen Rechtschreibung regelmäßig „Plugin“ oder „PlugIn“ geschrieben.

¹⁶⁵⁷ Detailliert zu Social-Plug-ins s. Teil 2Kapitel 34.3 Social-Plug-ins.

Social-Plug-ins, wie der Like-Button von Facebook¹⁶⁵⁸ oder der „+1“-Button von Google Plus, verbinden eine Webseite mit einem sozialen Netzwerk. Auch Twitter bietet ein solches Add-on zur Einbindung auf Webseiten an. Als besonders praxisrelevantes Beispiel wird im Folgenden auf den Like-Button von Facebook abgestellt.¹⁶⁵⁹ Die Einbindung ist für den Betreiber des Online-Versanddienstes sehr einfach. Für den Facebook-Like-Button gibt es beispielsweise mehrere 3-Schritt-Anleitungen.¹⁶⁶⁰

Der Nutzer ist nur dann zu unterrichten, wenn der Online-Versanddienst ein Social-Plug-in eingebunden hat. Insoweit ist eine automatisierte Überprüfung der Datenschutzerklärung nur dann nötig, wenn festgestellt wurde, dass solche Plug-ins verwendet werden.¹⁶⁶¹ Maßgeblich für die Transparenz ist, dass der Nutzer zunächst darüber informiert wird, welche Plug-ins eingesetzt werden und dass Daten übermittelt werden. Außerdem sollte der Nutzer darauf hingewiesen werden, wo er Informationen über den Datenschutz bei dem sozialen Dienst erhält und welche Möglichkeiten zum Selbstschutz bestehen. In der Praxis hat sich ein kostenloses Muster für die Verwendung des Facebook-Like-Buttons durchgesetzt.¹⁶⁶² Es genügt jedoch nicht, wenn diese Informationen lediglich in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegeben werden, denn dort sucht ein Nutzer nicht danach.¹⁶⁶³

Um den Dienst zu identifizieren, kann nach dem Namen „Facebook“ gesucht werden. Meistens wird in diesem Zusammenhang die vollständige Anschrift angegeben „Facebook Inc., 1601 South California Avenue, Palo Alto, CA 94304, USA“. Wenn ausnahmsweise nicht das Muster verwendet wird, können dennoch der Namen des Dienstes und des Buttons (Gefällt mir-/Like-/Daumen hoch-Button) gesucht werden. Wenn beide Angaben in

¹⁶⁵⁸ Auch „Gefällt mir“-Button genannt.

¹⁶⁵⁹ So auch die Stimmen in der Literatur, explizit *Schleipfer*, DuD 2014, 319.

¹⁶⁶⁰ Unter www.gefaellt-mir-button.de oder www.gefaelltmirbuttoneinbinden.com. *Schleipfer*, DuD 2014, 319 ausführlicher zur Implementierung.

¹⁶⁶¹ Zum Erkennen s. Teil 3 Kapitel 4 1.2 Datenweitergabe.

¹⁶⁶² Unter www.wbs-law.de/internetrecht/muster-datenschutzerklaerung-facebook-like-button-5712. Auch für den Google+Button existieren entsprechende Muster etwa unter www.wbs-law.de/e-commerce/muster-datenschutz-erklarung-fur-die-1-funktion-von-google-10759, www.hoesmann.eu/muster-datenschutzerklaerung-zum-google-1-button, www.flegl-rechtsanwaelte.de/rechtstipps/muster-daten-schutz-erklarung-google-plus.

¹⁶⁶³ *Ernst*, NJOZ 2010, 1919.

der Datenschutzerklärung nicht auftauchen, kann keinesfalls eine klare Unterrichtung des Verbrauchers vorliegen, sodass in diesem Fall dahinstehen kann, ob eine Aufklärung des Nutzers ohne Angabe der Begriffe erfolgt oder nicht.

Besonders wichtig ist die Aufklärung des Nutzers über die Übermittlung. Dabei ist zwischen zwei Optionen zu unterscheiden. In der Standard-Implementierung werden bereits bei Aufruf der Webseite Daten an Facebook übertragen. Erklärungen, die typischer Weise verwendet werden und dabei ausreichende Transparenz schaffen, sind „Wenn du/Sie eine/unsere Seite (unseres Webauftritts) aufrufst/-en, die ein solches/Facebook-Plugin enthält, baut/stellt dein/Ihr Browser eine direkte Verbindung mit/zu (den Servern von) Facebook auf/her“¹⁶⁶⁴ oder passiv „wird... eine (direkte) Verbindung zu/zwischen (Ihrem Browser und) dem/n Facebook-Server/Servern von Facebook hergestellt“¹⁶⁶⁵ oder „wird von deinem Browser direkt an einen Server von Facebook... übermittelt“.¹⁶⁶⁶

Zusätzlich sollte der Nutzer auch über den Umfang der Übermittlung unterrichtet werden. Dabei ist es wenig aussagekräftig, wenn es heißt, „Ihr Besuch auf den Seiten ... kann dadurch ggf. von Facebook nachverfolgt werden“¹⁶⁶⁷. Klarere und dadurch transparentere Formulierungen sind „Facebook erhält dadurch die Information, dass Sie ... Seite besucht haben/dein/Ihr Browser die entsprechende Seite unseres Webauftritts aufgerufen hat“¹⁶⁶⁸ oder beginnend mit „wird... darüber informiert“¹⁶⁶⁹, „werden Informationen an Facebook übertragen“¹⁶⁷⁰ oder „wird ...bekannt gegeben“¹⁶⁷¹. Besonders transparent sind Formulierungen, die dem Nutzer zusätzliche Informationen zur Übermittlung geben. Dazu zählen „auch wenn

¹⁶⁶⁴ „Baut auf“ comtech, Cyberport, Fashion5, Fashion For Home, IKEA, Möbel-eins, Mundo online, PEARL, Redcoon, Woody-Möbel, Zalando. „Stellt her“ 3Suisses, Avandeo, BAUR, Conrad, Elektro Wandelt, Moebel-Shop, saymo, SportScheck.

¹⁶⁶⁵ So 24Colours, Elektroschop Bischof, Vinexus. „Zu den Servern“ Frontlineshop, EURONICS.

¹⁶⁶⁶ So Fashion5.

¹⁶⁶⁷ So 3Suisses, BAUR, SportScheck.

¹⁶⁶⁸ „Besucht“ 24Colours, Avandeo, Elektro Wandelt, Elektroschop Bischof. „Aufgerufen“ Conrad, Fashion5, Fashion For Home, Möbel-eins, Moebel-Shop, Mundo online, PEARL, Redcoon, saymo, Vinexus, Woody-Möbel, Zalando.

¹⁶⁶⁹ So Frontlineshop.

¹⁶⁷⁰ So IKEA.

¹⁶⁷¹ So EURONICS.

Sie/du kein Facebook-Konto besitzen/t oder gerade nicht bei Facebook eingeloggt sind/bist“¹⁶⁷² oder „auch wenn Sie ... nicht aktiv nutzen/angemeldet sind“¹⁶⁷³.

Durch die Implementierung einer „2-Klick-Lösung“ werden die Daten des Nutzers nicht bereits durch Aufruf der Webseite übertragen, sondern erst, wenn er durch einen ersten Klick aktiviert wird. Allerdings sind die Formulierungen zu dieser Alternative nicht ebenso standardisiert. Als Formulierungen kommen „Erst durch Klick/mit erstmaligem Anklicken ... werden Daten ... übertragen.“¹⁶⁷⁴, auch „Erst... werden die Plugins aktiviert“¹⁶⁷⁵ und „Dieses/Die Plugin(s) ist/sind standardmäßig inaktiv/deaktiviert.“¹⁶⁷⁶ oder „...insbesondere die Übermittlung von Informationen und Nutzerdaten... bereits durch das Besuchen unserer Webs(e)ite aktiv, sondern erst durch den Klick auf die entsprechenden Verweise“¹⁶⁷⁷ in Betracht. Die Verwendung der 2-Klick-Lösung führt dazu, dass kein Datenschutzproblem besteht und damit keine datenschutzunfreundliche Webseitengestaltung. Stattdessen ist für einen Verbindungsaufbau mit Facebook eine aktive Entscheidung des Nutzers nötig.

Da die Daten des Nutzers von seinem Computer aus an Facebook gesendet werden, besteht ein Interesse des Nutzers, sich über den Datenschutz bei diesem externen Dienst zu informieren. Durch einen Hinweis auf die fremden Datenschutzerklärungen wird ihm dies erleichtert und gleichzeitig die fremde Verantwortlichkeit für den Umgang mit den Daten verdeutlicht. Formulierungen sind „entnehmen Sie/entnimmst du bitte den Datenschutzhinweisen von ... Facebook“¹⁶⁷⁸, „Informationen ... finden Sie/findest Du in der Datenschutzerklärung/den Datenschutzzinformationen von ...“¹⁶⁷⁹, „dürfen wir dich auf die Datenschutzerklärung von Facebook hin-

¹⁶⁷² So comtech, Elektro Wandelt, Fashion5, Möbel-eins, PEARL, Redcoon, Saymo, Woody-Möbel.

¹⁶⁷³ So 3Suisses, BAUR, Zalando.

¹⁶⁷⁴ So 3Suisses, Mediamarkt, Saturn.

¹⁶⁷⁵ So Mediamarkt, Saturn und Zalando.

¹⁶⁷⁶ So 3Suisses und Zalando.

¹⁶⁷⁷ Aus dem Muster www.wbs-law.de/internetrecht/muster-datenschutzerklaerung-facebook-like-button-5712.

¹⁶⁷⁸ So Avandeo, comtech, Elektro Wandelt, Fashion5, Fashion For Home, Mundo online, PEARL, Redcoon, saymo, Woody-Möbel.

¹⁶⁷⁹ So Avandeo, Elektroschop Bischof, EURONICS, Mediamarkt, Saturn, IKEA, Vinexus.

weisen“¹⁶⁸⁰, „verweisen... wir auf die Facebook-Datenschutzrichtlinien“¹⁶⁸¹ und „stellen Facebook... Informationen zur Verfügung“¹⁶⁸².

Zusätzlich sollte zur transparenten Gestaltung auch ein Link auf die Datenschutzerklärung gesetzt werden. Durch die Verlinkung kann der Nutzer mit einem Klick die für ihn relevanten Informationen erreichen. Er muss nicht zuerst die Webseite des externen Dienstes aufsuchen und dort die Verlinkung finden. Außerdem verdeutlicht ein Link, dass weitere Informationen für den Nutzer zur Verfügung stehen, wobei sein Aufwand dann nicht höher ist, als würde er weitere Informationen auf einer anderen Unterseite des Online-Versanddienstes wahrnehmen. Links zu Facebooks Datenschutzbestimmungen sind www.facebook.com/policy.php¹⁶⁸³ und www.facebook.com/about/privacy.¹⁶⁸⁴ Die Links müssen dem Nutzer nicht unbedingt angezeigt werden. Es genügt auch, wenn die URL beispielsweise bei dem Wort „Datenschutzerklärung“ hinterlegt ist und dies für den Nutzer klar erkennbar ist.

Besonders wichtig für die Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit ist außerdem, ob der Nutzer über Möglichkeiten des Selbst Datenschutzes informiert wird. Wenn der Diensteanbieter ihm bereits zumutet, Social-Plug-ins in seinem Online-Versanddienste zu implementieren, sollte er ihm zumindest mitteilen, wie er dies verhindern kann. Es existieren viele Möglichkeiten des Selbst Datenschutzes. So kann beispielsweise das Ausloggen aus dem sozialen Netzwerk eine direkte Verbindung der Daten mit dem eigenen Profil verhindern.¹⁶⁸⁵ Dies gilt allerdings nicht, wenn Cookies diese Informationen bis zum nächsten Login speichern. Denn dann können diese Informationen nachträglich an Facebook weitergegeben werden. Insofern hilft das

¹⁶⁸⁰ So Frontlineshop.

¹⁶⁸¹ So Moebel-Shop.

¹⁶⁸² So Conrad und SportScheck.

¹⁶⁸³ So 3Suisse, Avamdeo, comtech, Conrad, Elektro Wandelt, Elektroschop Bischof, Fashion5, Fashion For Home, Fashion5, Frontlineshop, IKEA, Möbel-eins, Moebel-Shop, Mundo online, PEARL, Redcoon, saymo, SportScheck, Vinexus, Woody-Möbel, Zalando.

¹⁶⁸⁴ So Cyberport, Zalando.

¹⁶⁸⁵ Einen Hinweis darauf enthalten 24Colours, Avamdeo, comtech, Conrad, Cyberport, Elektro Wandelt, Elektroschop Bischof, EURONICS, Fashion5, Frontlineshop, IKEA, Möbel-eins, Moebel-Shop, Mundo online, PEARL, Redcoon, saymo, Woody-Möbel, Vinexus, Zalando.

Ausloggen dem Nutzer nur, wenn er vor dem erneuten Einloggen bestehende Cookies löscht oder diese Cookies gar nicht akzeptiert.

Am vielversprechendsten ist der Hinweis auf ein Add-on, das von Facebook bereitgestellt wird und das Setzen dieser speziellen Cookies verhindert. Der Hinweis auf dieses Add-on ist weitgehend standardisiert. Es werden die Formulierungen „Sie können das Laden der Plugins auch mit Add-Ons für Ihren Browser komplett verhindern, zum Beispiel ... mit dem ‚Facebook Blocker‘“¹⁶⁸⁶ oder „Um ... zu blocken/verhindern, können Sie für ... ein Browser-Add-On von ‚Facebook Blocker‘ beziehen/durch ein Add-On für Ihren Browser... ausschließen“.¹⁶⁸⁷ Zusätzlich ist auch nach dem Link zu suchen, über den das Add-on heruntergeladen werden kann (webgraph.com/resources/facebookblocker). Sollte keine der standardisierten Formulierungen, aber der Link gefunden werden, ist dies auch ausreichend, soweit der Hinweis auf „Facebook-Blocker“ in der Datenschutzerklärung erscheint.

Insgesamt besteht keine Möglichkeit, die Datenweitergabe generell automatisiert zu überprüfen. Allerdings ist im Bereich der Social-Plug-ins, die im Online-Versandhandel weit verbreitet sind und deren Risiken ausschließlich online bestehen, eine automatisierte Analyse sehr gut und umfangreich möglich. Da im Internet Muster für die Datenschutzerklärung bereitstehen, kann der Betreiber des Online-Versanddienstes durch die Auswahl des Musters entscheiden, wie genau er den Nutzer über die Verwendung, die Übermittlung der Daten, den Datenschutz beim sozialen Netzwerk und die Möglichkeiten zum Selbstdatenschutz informieren möchte. Daran wird deutlich, wie transparent Anbieter mit datenschutzrechtlichen Risiken umgeht.

2.2.7 Einwilligung

Ein wesentliches Risiko für die informationelle Selbstbestimmung können Einwilligungen darstellen. Zwar stellt die Einwilligung des Einzelnen in einen über das gesetzliche Maß hinausgehenden Datenumgang die Ausübung seines Rechts auf informationelle Selbstbestimmung dar. Gerade im Internet soll es dem Nutzer aber regelmäßig verwehrt bleiben, bestimmte Webseiten

¹⁶⁸⁶ So comtech, Elektro Wandelt, Redcoon, saymo.

¹⁶⁸⁷ So Moebel-Shop.

zu besuchen oder zu nutzen,¹⁶⁸⁸ wenn er die vom Diensteanbieter vorformulierte Einwilligung nicht bestätigt und damit seine Einwilligung erklärt.

Kein Online-Versanddienst, der untersucht wurde, hat ein spezielles Dokument mit einer vorformulierten Einwilligungserklärung, der der Nutzer zustimmen muss.¹⁶⁸⁹ Jedoch enthalten die Datenschutzerklärungen regelmäßig Klauseln, um die Einwilligung des Nutzers einzuholen. Gegenüber einem solchen Vorgehen bestehen zweierlei Bedenken. Zum einen ist die schlichte Anzeige der Datenschutzerklärung durch Aufruf der entsprechenden Unterseite oder des Dokuments nicht ausreichend, um die Einwilligung einzuholen. Muss der Nutzer der Datenschutzerklärung im Laufe des Bestellprozesses zustimmen, kann sich die Einwilligung nur auf den Umgang mit den Daten des Käufers, nicht jeglicher Nutzer der Webseite beziehen. Soweit aber die Bestelldaten, also die Inhaltsdaten außerhalb des gesetzlich Zulässigen erhoben oder verwendet werden sollen, ist eine elektronische Einwilligung nicht möglich. Eine Erklärung in elektronischer Form kann nicht automatisiert erkannt werden.¹⁶⁹⁰

Zum anderen ist zu bezweifeln, dass die Einwilligungserklärungen in den Datenschutzerklärungen überhaupt ausreichend hervorgehoben werden, um den rechtlichen Anforderungen zu entsprechen.¹⁶⁹¹ Auch bestehen viele Möglichkeiten, die Einwilligung einzuholen. Beispielweise wird versucht, die Einwilligung in die Webanalyse durch Google Analytics einzuholen.¹⁶⁹² Zum Teil wird auch versucht, eine konkludente Einwilligung einzuholen. Dies ist nicht möglich.

Einer automatisierten Analyse des Inhalts steht außerdem entgegen, dass keine standardisierten Formulierungen gefunden werden konnten. Bereits

¹⁶⁸⁸ So insbesondere bei sozialen Netzwerken.

¹⁶⁸⁹ So auch *Ossoinig*, Vertrauenswürdigkeit von Webshops, Masterarbeit, Universität Kassel 2013, 56.

¹⁶⁹⁰ Zum Erkennen der Einwilligung bei Inhaltsdaten s. Teil 3 Kapitel 2 2.8 Datenschutzrechtliche Einwilligung.

¹⁶⁹¹ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 3 3.2.2 Einwilligung. Detailliert zum Erkennen der formalen Gestaltung s. Teil 3 Kapitel 2 1.8 Link zur datenschutzrechtlichen Einwilligung und Teil 3 Kapitel 2 2.8 Datenschutzrechtliche Einwilligung.

¹⁶⁹² „Durch die Nutzung dieser Website erklären Sie sich mit der Bearbeitung der über Sie erhobenen Daten durch Google in der zuvor beschriebenen Art und Weise und zu dem zuvor benannten Zweck einverstanden.“ Woody-Möbel, Zalando; Frontlineshop mit informeller Anrede.

eine Schlagwortsuche ist nur bedingt möglich, da als Begriffe „einwilligen“¹⁶⁹³, „Einwilligung erteilen/erklären“¹⁶⁹⁴, „zustimmen/Zustimmung“¹⁶⁹⁵, „einverstanden/Einverständnis“¹⁶⁹⁶ sowie „einverstanden erklären“¹⁶⁹⁷ genutzt werden. Alle Beschreibungen sind zwar ausreichend deutlich. Allerdings kann auch die Formulierung „Ich möchte ...“¹⁶⁹⁸ verwendet werden. Die Möglichkeiten sind vielfältig.

Zusätzliche Schwierigkeiten ergeben sich durch die Vielzahl an möglichen Einwilligungen: die Einwilligung in eine Bonitätsprüfung, den Versand von Newslettern, das Setzen von Cookies oder die Weitergabe von personenbezogenen Daten an Dritte. Dabei bestehen auch völlig unterschiedliche Rechtsauffassungen bezüglich der Notwendigkeit einer Einwilligung, zum Beispiel bei Google Analytics oder den Social-Plug-ins.

Selbst die bei Online-Versanddiensten üblichen Einwilligungen, wie die in den Versand eines Newsletters, sind sprachlich völlig unterschiedlich formuliert. So heißt es – soweit diese in der Datenschutzerklärung enthalten sind – „Ich möchte den Newsletter abonnieren“¹⁶⁹⁹ oder „Ich möchte regelmäßig interessante Angebote per E-Mail erhalten“.¹⁷⁰⁰ Dabei sind andere Formulierungen ohne weiteres möglich. Deshalb kann auch nicht festgestellt werden, ob der Nutzer – unzulässiger Weise – elektronisch (ohne qualifizierte Signatur) in den Umgang mit seinen Inhaltsdaten einwilligen soll. Wären die Texte eindeutig erkennbar, hätte nach unzulässigen Daten gesucht werden können.

Eine automatisierte Analyse der Einwilligung scheidet aus diesen Gründen aus. Selbst bei den Online-Versanddiensten, bei denen eine Einwilligung etwa konkludent durch die Nutzung eingeholt werden soll, kann die Bewertung des Datenschutzes nicht schlechter sein, als bei einem Online-Versanddienst, der eine Einwilligung nicht erwähnt, weil er dies nicht für nötig hält.

¹⁶⁹³ So Frontlineshop, Zalando. Möbel-Eins im Zusammenhang mit Zahlungsdienstleistungen der Klarna GmbH.

¹⁶⁹⁴ So Fashion5, Frontlineshop, Kaysports24, Möbel-Eins (auch „Einwilligungserklärung“).

¹⁶⁹⁵ So Avandeo und Zalando.

¹⁶⁹⁶ So 2014 noch Javari.

¹⁶⁹⁷ So H&M und Zalando.

¹⁶⁹⁸ So Fashion5 und Möbel-Eins.

¹⁶⁹⁹ So Kaysports24 und Möbel-Eins.

¹⁷⁰⁰ So Fashion5.

2.2.8 Umfang einer Auswertung der Datenschutzerklärung

Datenschutzerklärungen von Online-Versanddiensten sind deutlich heterogener als ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Zwar werden bei dem weitaus größten Teil dieselben Aspekte aufgegriffen. Diese sind aber nur teilweise standardisiert formuliert. Zusätzlich ist die Unterrichtung über bestimmte Aspekte davon abhängig, wie der Online-Versanddienst und die Abläufe beim Betreiber organisiert sind, beispielsweise ob bestimmte Techniken wie Webanalysen oder Social-Plug-ins genutzt oder ob und wann eine Bonitätsprüfung durchgeführt wird. Teilweise sind standardisierte, aber wenig aussagekräftige Formulierungen auch schlicht nicht aussagekräftig.

Eine automatisierte Analyse der Datenschutzerklärung anhand standardisierter Formulierungen kann feststellen, ob eine zuständige Kontaktperson angegeben wurde, ob über das Auskunftsrecht und zumindest grob über das Recht zur Berichtigung, Löschung und Sperrung informiert wurde. Im Bereich der Werbung kann – in Abhängigkeit von der tatsächlichen Verwendung – festgestellt werden, ob der Nutzer über alle Formen von Cookies und die Webanalyse aufgeklärt wird. Bezogen auf die Datenweitergabe kann sehr genau nachvollzogen werden, ob und wie umfangreich der Nutzer über verwendete Social-Plug-ins informiert wird. Das gilt auch für Bonitätsprüfungen und die Nutzung von Score-Werten, die ohne eine Analyse des Textes nicht festgestellt werden könnten.

Keine Aussage kann bezüglich des Widerrufs- und Widerspruchsrechts des Nutzers sowie im Bereich der Werbung zur Nutzung von Retargeting und dem Versand von Newsletter getroffen werden. Wesentliche Punkte zur Einschätzung der Datenschutzfreund- oder -feindlichkeit eines Online-Versanddienstes sind Informationen zum Umgang mit den personenbezogenen Daten allgemein, die Weitergabe der Daten und vom Nutzer geforderte Einwilligungen. Zu diesen Aspekten lassen sich jedoch keine Aussagen machen und damit auch nicht zur Vertrauenswürdigkeit eines Online-Versanddienstes in diesen Bereichen.

Außerdem ist die Analyse weitgehend auf das Vorhandensein beschränkt und kann nicht prüfen, ob die Angaben auch korrekt sind. Jedoch sind gerade Datenschutzerklärungen häufig nicht vollständig oder unzureichend.¹⁷⁰¹ Bei einigen Aspekten kann jedoch abgeglichen werden, ob be-

¹⁷⁰¹ Weichert, RDV 2013, 12.

stimmte Techniken, wie Drittanbieter-Cookies, Webanalyse-Tools oder Social-Plug-ins, tatsächlich verwendet werden. Bei diesen kann also kontrolliert werden, ob die Datenschutzerklärung generell entsprechend der tatsächlichen Gestaltung des Dienstes formuliert wurde.

3 Umfang einer Auswertung der Inhalte und Technik beim Datenschutz

Ein Konzept zur automatisierten Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit von Online-Versanddiensten in Bezug auf den Schutz der personenbezogenen Daten des Nutzers kann auf die technische Gestaltung und die bereitgestellten Inhalte zurückgreifen. Während die technische Gestaltung direkt erkennen lässt, ob der Online-Versanddienst datenschutzfreundlich oder -feindlich gestaltet wurde, ermöglicht die Analyse der Inhalte eine Einschätzung darüber, ob das datenschutzrelevante Verhalten des Diensteanbieters auch transparent dargestellt wird. Teilweise kann aber auch aufgrund der Angaben in der Datenschutzerklärung auf datenschutzrelevantes Verhalten geschlossen werden, das sonst verborgen bliebe. Ein Beispiel stellt die Überprüfung der Bonität des Nutzers dar. Dabei kann jedoch nicht kontrolliert werden, ob der Online-Versanddienst dieses datenschutzfeindliche Verhalten unter Umständen nur nicht angegeben hat.

Insgesamt ist die Analyse im Bereich des Datenschutzes nur bei einzelnen Aspekten möglich. Ausgeschlossen sind in technischer Hinsicht vor allem die Bereiche innerhalb des Unternehmens. Auch inhaltlich ist die Analyse auf einzelne Aspekte beschränkt, da die Formulierungen der Datenschutzerklärungen weniger standardisiert sind, als im Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Soweit eine Analyse aber möglich ist, kann sie zum Teil sehr genau sein, wie die Analyse der Erklärungen zu Social-Plug-ins belegt.

Kapitel 5 Automatisierte Analyse von Online-Prüfsiegeln

Prüfsiegel sind ein seit Langem genutztes Instrument,¹⁷⁰² um dem Gegenüber gebündelt Informationen über etwa ein bestimmtes Produkt oder Verfahren zukommen zu lassen. Prüfsiegel im Offline-Bereich sind zum Beispiel „Blauer Engel“ für umweltfreundliche Produkte und Dienstleistungen¹⁷⁰³

¹⁷⁰² Anstelle vieler *Rüdiger* 2008, 160.

¹⁷⁰³ www.blauer-engel.de.

und das „Bio“-Siegel für biologische angebaute Lebensmittel¹⁷⁰⁴. Prüfsiegel stellen die Unterwerfung unter einen Verhaltenskodex optisch dar und dienen damit als „Aushängeschild“.¹⁷⁰⁵

Online-Prüfsiegel sind insbesondere im Online-Versandhandel vielfältig vorhanden.¹⁷⁰⁶ Dabei sind jedoch nur wenige Online-Prüfsiegel weit verbreitet. Dazu zählen vor allem die von der Initiative D21 empfohlenen Online-Prüfsiegel.¹⁷⁰⁷ Die in der Praxis häufigsten Online-Prüfsiegel – „Trusted Shops“, „S@fer Shopping“, „EHI geprüfter Online-Shop“, „Internet Privacy“ und das Datenschutzsiegel des Unabhängigen Landesdatenschutzbeauftragten Schleswig-Holstein – werden im Folgenden untersucht. In einem ersten Schritt wird überprüft, ob das Online-Prüfsiegel in der Datenbank des Siegelgebers erscheint. Wenn das nicht der Fall ist, dann wird dem Verbraucher und Nutzer vom Add-on ein Hinweis gegeben, dass das Online-Prüfsiegel nicht verifiziert werden konnte und wie er dies selbst prüfen kann. Der Hinweis ist am Bild des Online-Prüfsiegels anzuzeigen. In einem zweiten Schritt werden die bei der Siegelvergabe geprüften Anforderungen bei der automatisierten Analyse durch das Add-on als erfüllt angenommen. Dazu muss zuvor untersucht werden, wie aussagekräftig das einzelne Online-Prüfsiegel sind.

1 „Trusted Shops“-Online-Prüfsiegel

Das Online-Prüfsiegel der Trusted Shops GmbH mit Sitz in Köln trägt die Beschriftung „Trusted Shops“. Für das privatwirtschaftliche Unternehmen stellt die Vergabe des Online-Prüfsiegels das Kerngeschäft dar. Seit seiner Gründung 1999 wurden nach eigenen Angaben über 18.000 Online-Shops zertifiziert.¹⁷⁰⁸ Das Online-Prüfsiegel „Trusted Shops“ behandelt den Verbraucher- und Datenschutz bei Online-Shops und wird von der Initiative D21 empfohlen.¹⁷⁰⁹

¹⁷⁰⁴ www.bio-siegel.de.

¹⁷⁰⁵ *Dahm*, DuD 2002, 415.

¹⁷⁰⁶ Detailliert zu Online-Prüfsiegel bereits s. Teil 3 Kapitel 14.3 Analyse von Online-Prüfsiegeln.

¹⁷⁰⁷ Detailliert zur Initiative D21 s. Teil 3 Kapitel 1 4.3 Analyse von Online-Prüfsiegeln.

¹⁷⁰⁸ Trusted Shops, 18.835 Shops tragen das europäische Gütesiegel!, www.trustedshops.de/shopbetreiber/index.html.

¹⁷⁰⁹ Initiative D21, Empfohlene Anbieter nach den Qualitätskriterien des Monitoring Board, Berlin, www.internet-guetesiegel.de/qualitaetskriterien.

Je nach Art der Prüfung untersucht der Siegelgeber auf unterschiedliche Weise, ob ein Diensteanbieter und sein Online-Shop die Qualitätskriterien des Siegelgebers erfüllen. Die Glaubwürdigkeit der vom Siegelgeber in Form des Online-Prüfsiegels ausgedrückten Zertifizierung ist stark davon abhängig, wie er sich davon überzeugt, dass seine Qualitätskriterien erfüllt werden. Trusted Shops führt dazu ein Online-Audit durch. Es wird dementsprechend keine Vor-Ort-Prüfung durchgeführt. Anstelle dessen werden allerdings testweise anonym Bestellungen im Online-Versanddienst durchgeführt.¹⁷¹⁰ Das Verfahren wird durch eine Anmeldung in Gang gesetzt. Ab diesem Moment bleiben drei Monate, bis der Online-Versanddienst die Qualitätskriterien von Trusted Shops einhalten muss. Bei der Zertifizierung überprüft der Siegelgeber den Online-Versanddienst und regt eventuell eine Optimierung an. Bei positivem Prüfergebnis darf das Online-Prüfsiegel in den Online-Versanddienst integriert werden und wird dann freigeschaltet. Außerdem erhalten die Kunden des Online-Versanddienstes die Möglichkeit, bei jedem Vertragsabschluss auch einen Trusted Shops-Käuferschutz abzuschließen.¹⁷¹¹ Nach der Erstprüfung erfolgt eine erneute Überprüfung nach zwölf Monaten. Zusätzlich sind außerordentliche Prüfungen und Stichproben möglich.¹⁷¹² Bei einem Verstoß entfallen die Nutzungsrechte an der Marke. Das Online-Prüfsiegel darf also nicht mehr verwendet werden. Aus diesem Grund wird es gesperrt. Die Kunden können keine Käuferschutz-Garantien mehr abschließen.¹⁷¹³ Die Prüfung ist damit genau genug, um die Ergebnisse im Add-on heranzuziehen.

Die Aspekte, die von dem Siegelgeber kontrolliert werden, können positiv in die Bewertung der Vertrauenswürdigkeit des Online-Versanddienstes

¹⁷¹⁰ Zentrum für Europäischen Verbraucherschutz, Studie zu Internetgütesiegeln in Deutschland und Europa, Kehl 2012, www.verbraucherportal-bw.de/servlet/PB/show/2925656/12_07%20Online%20Gutesiegel_Studie_Juli%202012.pdf, 14.

¹⁷¹¹ Trusted Shops, Erfahrenes Team, einfacher Prozess, Köln, www.trustedshops.de/shopbetreiber/index.html.

¹⁷¹² Trusted Shops, Allgemeine Mitgliedschaftsbedingungen, Köln 13.6.2014, www.trustedshops.com/tsdocument/TS_PRIME_TIME_MEMBERSHIP_TERMS_de.pdf, 1; auch Zentrum für Europäischen Verbraucherschutz, Studie zu Internetgütesiegeln in Deutschland und Europa, Kehl 2012, www.verbraucherportal-bw.de/servlet/PB/show/2925656/12_07%20Online%20Gutesiegel_Studie_Juli%202012.pdf, 15.

¹⁷¹³ Trusted Shops, Allgemeine Mitgliedschaftsbedingungen, Köln 13.6.2014, www.trustedshops.com/tsdocument/TS_PRIME_TIME_MEMBERSHIP_TERMS_de.pdf, 1.

einfließen. Das Online-Prüfsiegel von Trusted Shops deckt die Anbieterkennzeichnung, die Informationspflichten inklusive der Widerrufsbelehrung und dabei jeweils Inhalt und Darstellung ab. Neben der Widerrufsbelehrung wird auch die Abwicklung von Widerrufen überprüft. Des Weiteren wird das Vorhandensein des Bezahl-Buttons, der Produktinformationen und Preisangaben inklusive des Gesamtpreises, der Lieferkosten, einer Bestellübersicht, sowie der Zustimmung zu Extrazahlungen kontrolliert. Bei den Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird vor allem die Darstellung überprüft. Im Bereich des Datenschutzes werden Inhalt und Darstellung der Datenschutzerklärung sowie Form und Notwendigkeit der Einwilligung kontrolliert. Neben allgemeinen Aussagen zu Datensparsamkeit, den Betroffenenrechten und der Empfehlung eines Opt-ins bei E-Mail-Werbung wird bezüglich der Datensicherheit ein IT-Sicherheitskonzept gefordert, das insbesondere eine Verschlüsselung bei der Übermittlung sensibler Zahlungsinformationen vorsehen muss.¹⁷¹⁴ Insgesamt entsprechen die Kriterien regelmäßig den gesetzlichen Anforderungen, wobei teilweise eine Konkretisierung vorgenommen wurde.

Als besonderes Angebot können Verbraucher beim Vertragsschluss mit Trusted Shops zertifizierten Online-Versanddiensten eine Käuferschutz-Garantie abschließen.¹⁷¹⁵ Die Idee ist es, den Verbraucher bei Leistungsstörungen nicht „allein zu lassen“, sondern Verantwortung für die durch das Online-Prüfsiegel gegebene Empfehlung zu übernehmen.¹⁷¹⁶ Diese Geld-zurück-Garantie erstattet dem Verbraucher den Kaufpreis, wenn die bestellte Ware nicht versendet wird oder bei nach Rücksendung der Ware, wenn der Verkäufer dies nicht tut. Außerdem wird die Selbstbeteiligung bis zu 50 Euro bei Kreditkartenmissbrauch erstattet. Der Abschluss der Käuferschutz-Garantie ist für den Verbraucher kostenlos. Der Anbieter des Online-Versanddienstes trägt die Kosten. Es handelt sich also um einen Vertrag zwischen dem Siegelgeber und dem Diensteanbieter zugunsten des Dritten, des Verbrauchers.¹⁷¹⁷ Schließt der Verbraucher bei oder direkt im Anschluss

¹⁷¹⁴ Trusted Shops, Qualitätskriterien, Köln 13.6.2014, www.trustedshops.com/ts/document/TS_QUALITY_CRITERIA_de.pdf.

¹⁷¹⁵ Trusted Shops, Käuferschutz, Köln, www.trustedshops.de/guetesiegel/kaeuferschutz.html.

¹⁷¹⁶ Die Haftung des Siegelgebers für Probleme zwischen dem Verkäufer und Käufer ist umstritten. *Föhlisch*, in: Kröger/Nöcker/Nöcker 2002, 43 f. nimmt eine Haftung an; a. A. *Dahm*, DuD 2002, 414 f.; *Kau* 2006, 169.

¹⁷¹⁷ *Föhlisch*, in: Kröger/Nöcker/Nöcker 2002, 42.

an die Bestellung¹⁷¹⁸ die Käuferschutz-Garantie ab, wird er nach 30 Tagen per E-Mail daran erinnert, dass die Möglichkeit besteht, Ansprüche geltend zu machen, wenn Probleme aufgetreten sind, oder die Laufzeit des Vertrags einmalig um 30 Tage zu verlängern.¹⁷¹⁹ Damit wird vermieden, dass der Verbraucher vergisst, die Garantie in Anspruch zu nehmen.

Insgesamt kann die automatisierte Prüfung vieler Aspekte aus dem Bereich des Verbraucherschutzrechts bei Vorliegen des Online-Prüfsiegels von Trusted Shops entfallen. Außerdem werden positive Aspekte erkannt, die einer automatisierten Prüfung nicht offen stehen, wie die nachvertragliche Information oder die Abwicklung von Widerrufen. Keine Aussage kann in Bezug auf die Kundenfreundlichkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Datenschutzerklärung gezogen werden.

2 „S@fer Shopping“-Online-Prüfsiegel

Das Online-Prüfsiegel „S@fer Shopping“ ist nach einer Umfrage das mit Abstand bekannteste Online-Prüfsiegel.¹⁷²⁰ Es wurde von der TÜV SÜD Management Service GmbH in München an bisher etwa 150 Online-Versanddienste vergeben.¹⁷²¹ Sich selbst bezeichnet der TÜV Süd als strategisches Dienstleistungs- und Beratungsunternehmen.¹⁷²² Auch das Online-Prüfsiegel „S@fer Shopping“ ist von der Initiative D21 anerkannt.¹⁷²³

Um die Übereinstimmung mit den Vorgaben des Siegelgebers zu überprüfen werden eine Online-Prüfung, ein Vor-Ort-Audit und anonyme Testbe-

¹⁷¹⁸ Trusted Shops, Käuferschutz, Köln, www.trustedshops.de/guetesiegel/kaeuferschutz.html.

¹⁷¹⁹ *Föhlisch*, in: Kröger/Nöcker/Nöcker 2002, 43; Trusted Shops, Käuferschutz, Köln, www.trustedshops.de/guetesiegel/kaeuferschutz.html.

¹⁷²⁰ TÜV SÜD Sec-IT, TÜV SÜD s@fer-shopping ist bekanntestes Online-Prüfsiegel, Pressemitteilung vom 17.9.2012, www.safer-shopping.de/tuev-sued-safer-shopping-ist-bekanntestes-online-pruefsiegel.html zur Studie des bevh.

¹⁷²¹ TÜV SÜD Sec-IT, Geprüfte Online-Händler und Webseiten, München, www.safer-shopping.de/gepruefte-shops.html auch mit Zahlen zu Online-Shops allgemein.

¹⁷²² TÜV SÜD Sec-IT, Das macht die TÜV SÜD Sec-IT GmbH bei s@fer-shopping, München, www.safer-shopping.de/wir-ueber-uns.html.

¹⁷²³ Initiative D21, Empfohlene Anbieter nach den Qualitätskriterien des Monitoring Board, Berlin, www.internet-guetesiegel.de/qualitaetskriterien.

stellungen kombiniert.¹⁷²⁴ Damit ist die Aussage des Online-Prüfsiegels noch glaubwürdiger als die des von Trusted Shops vergebenen Online-Prüfsiegels. Eine Prüfung läuft wie folgt ab. Zunächst wird die Webseite gesichtet und typische Nutzeraktionen durchgeführt. Dazu zählen auch die Testbestellungen. Außerdem werden Online-Bewertungen durchgesehen. Es folgt ein Security-Check des Webservers, der Webapplikationen und der online zugänglichen Systeme. Bei der Vor-Ort-Auditierung werden insbesondere der Organisationsrahmen, Aspekte der Datensicherheit und des Datenschutzes sowie die Abwicklung von Bestellungen, Anfragen und Reklamationen überprüft. Es wird ein ausführlicher Bericht mit Hinweisen zur Verbesserung erstellt. Bei positiver Prüfung wird das Zertifikat mit dem Prüfsiegel zugeteilt.¹⁷²⁵ Eine Kontrolle erfolgt in jährlichen Abständen. Zusätzlich sind außerplanmäßige Überprüfungen und Stichproben möglich.¹⁷²⁶ Wird ein Verstoß gegen die Vorgaben des Siegelgebers festgestellt, kann das Online-Prüfsiegel entzogen werden.¹⁷²⁷

Die Vorgaben des Siegelgebers unterscheiden sich danach, welche Art von Online-Shop vorliegt. Für Online-Versanddienste gelten die Bestimmungen für den B2C-Bereich.¹⁷²⁸ Welche Aussagen konkret aus dem Vorhandensein des Online-Prüfsiegels gezogen werden können, ergibt sich aus den Qualitätskriterien. Überprüft werden die korrekte Anbieterkennzeichnung sowie die vor- und nachvertraglichen Informationspflichten aus dem Fernabsatz. Die gesetzlichen Änderungen, die durch die Verbraucherrechterichtlinie nö-

¹⁷²⁴ Zentrum für Europäischen Verbraucherschutz, Studie zu Internetgütesiegeln in Deutschland und Europa, Kehl 2012, www.verbraucherportal-bw.de/servlet/PB/show/2925656/12_07%20Online%20Gutesiegel_Studie_Juli%202012.pdf, 14; TÜV SÜD Sec-IT, Unsere Leistungen, München, www.safer-shopping.de/unsere-leistungen.html.

¹⁷²⁵ TÜV SÜD Sec-IT, Unsere Leistungen, München, www.safer-shopping.de/unsere-leistungen.html.

¹⁷²⁶ Zentrum für Europäischen Verbraucherschutz, Studie zu Internetgütesiegeln in Deutschland und Europa, Kehl 2012, www.verbraucherportal-bw.de/servlet/PB/show/2925656/12_07%20Online%20Gutesiegel_Studie_Juli%202012.pdf, 15.

¹⁷²⁷ Zentrum für Europäischen Verbraucherschutz, Studie zu Internetgütesiegeln in Deutschland und Europa, Kehl 2012, www.verbraucherportal-bw.de/servlet/PB/show/2925656/12_07%20Online%20Gutesiegel_Studie_Juli%202012.pdf, 15.

¹⁷²⁸ TÜV SÜD Sec-IT, Anforderungskatalog zur Bewertung und Zertifizierung von Online-Shops Elektronischer Geschäftsverkehr zwischen Unternehmen und Privatkunden 'Business to Consumer', München 2014, www.safer-shopping.de/uploads/PDF/Anforderungen_Shopsb2c.pdf; alle Anforderungskataloge TÜV SÜD Sec-IT, Unsere Qualitätskriterien, www.safer-shopping.de/qualitaetskriterien.html.

tig wurden, sind nur ansatzweise anhand der Kriterien nachvollziehbar. So wird beispielsweise die Button-Lösung nicht explizit angesprochen und die Widerrufsfrist wird nicht mehr bestimmt. Geprüft werden die technischen Bereitstellungspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr sowie gesetzliche Anforderungen an den Versand elektronischer Kommunikation. Im Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen wird die Darstellung geprüft. Bezüglich der Inhalte wird lediglich die Gesetzeskonformität auferlegt. Diese wird sowieso – unabhängig von den genannten Kriterien – vom Siegelnehmer gefordert. Ausführliche Vorgaben werden zur Datensicherheit gemacht. Unter anderem wird ein geeignetes Sicherheitskonzept mit Sicherheitsmaßnahmen nach dem Stand der Technik verlangt. Dabei werden Details gefordert, die aber nicht über das Gesetz hinausgehen. Auch die anderen datenschutzrechtlichen Vorgaben sind zum Teil sehr detailliert angegeben. So wird etwa auch der Einsatz von Cookies einzeln genannt. Zur Einwilligung wird etwa das Aktivieren einer Checkbox, also ein Opt-in, gefordert. Zusätzlich zu den gesetzlichen Anforderungen besteht eine Verpflichtung, Kundenbewertungen einzuholen und auf deren Basis die Organisation zu verbessern.

Insgesamt werden vor allem die gesetzlichen Vorgaben – zum Teil sehr detailliert – überprüft. Beim Verbraucherschutz sind jedoch vor allem bei den neuen Vorgaben aufgrund der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie keine speziellen Kriterien erkennbar. Bei der automatisierten Analyse kann also bei Vorhandensein des „S@fer Shopping“-Online-Gütesiegels in den Bereichen formale Gestaltung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, vor- und nachvertragliche Information im Fernabsatz, technische Bereitstellungspflichten im elektronischen Geschäftsverkehr, elektronische Kommunikation auf die Kontrolle durch den Siegelgeber vertraut werden. Beim Datenschutz ist vor allem ein großer Teil des Datenschutzes durch Technik als positiv durch den Siegelgeber bewertet anzunehmen. Das gilt auch für die Einwilligung und die Durchsetzbarkeit von Betroffenenrechten.

3 „EHI Geprüfter Online-Shop“-Online-Prüfsiegel

Das Online-Prüfsiegel mit der Aufschrift „EHI Geprüfter Online-Shop“ wird von einem wissenschaftlichen Institut des Handels, der EHI Retail Institute

GmbH, in Köln vergeben.¹⁷²⁹ Entsprechend der Liste zertifizierter Shops wurde das Online-Prüfsiegel an über 550 Online-Shops vergeben.¹⁷³⁰ Es gehört zum Euro-Label-System, einer europäischen Kooperation nationaler Online-Prüfsiegel und ist von der Initiative D21 anerkannt.¹⁷³¹

Die Prüfung sämtlicher Qualitätskriterien erfolgt online und umfasst auch anonyme Testbestellungen sowie Anrufe und Stichproben bei der Retourenabwicklung. Ein Vor-Ort-Audit findet, wie bei Trusted Shops, nicht statt.¹⁷³² Konkret wird nach der Anmeldung beim Siegelgeber die Prüfung durchgeführt, nach der vier Wochen lang Verbesserungen gemacht werden können. Abschließend wird bei positivem Ergebnis das Online-Prüfsiegel verliehen. Die Kontrolle, ob die Kriterien des Siegelgebers eingehalten werden, erfolgt jährlich.¹⁷³³ Außerdem sind außerplanmäßige Überprüfungen und Stichproben möglich. Wird ein Verstoß festgestellt, kann das Online-Prüfsiegel entzogen werden, nachdem die Möglichkeit zur Korrektur eingeräumt wurde.¹⁷³⁴

Der Siegelgeber überprüft vor der Vergabe, ob die Qualitätskriterien eingehalten werden. Dazu zählt die Darstellung der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nicht aber ein verbraucherschutzfreundlicher Inhalt. Bezüglich des Widerrufsrechts und der Produktinformationen, inklusive der Preisangaben, sowie der Anbieterkennzeichnung werden die gesetzlichen Anforderungen an die Form und den Inhalt überprüft. Bei den vorvertraglichen Informationspflichten werden ebenfalls vor allem die rechtlichen Mindestanforderungen überprüft. Die Zahlungsbedingungen müssen allerdings zu-

¹⁷²⁹ EHI Retail Institut, Das EHI Retail Institute, Köln, www.shopinfo.net/ueber-uns/ehi-kompakt.

¹⁷³⁰ EHI Retail Institut, Zertifizierte Shops, Köln, ehi-siegel.de/verbraucher/shops-mit-siegel/zertifizierte-shops.

¹⁷³¹ EHI Retail Institut, Euro-Label, Köln, www.euro-label.com und Initiative D21, Empfohlene Anbieter nach den Qualitätskriterien des Monitoring Board, Berlin, www.internet-guetesiegel.de/qualitaetskriterien.

¹⁷³² Zentrum für Europäischen Verbraucherschutz, Studie zu Internetgütesiegeln in Deutschland und Europa, Kehl 2012, www.verbraucherportal-bw.de/servlet/PB/show/2925656/12_07%20Online%20Gutesiegel_Studie_Juli%202012.pdf, 14.

¹⁷³³ EHI Retail Institut, Details zur Prüfung, Köln, www.shopinfo.net/haendler/details-zur-pruefung und EHI Retail Institut, Verfahren, Köln, www.shopinfo.net/haendler/verfahren.

¹⁷³⁴ Zentrum für Europäischen Verbraucherschutz, Studie zu Internetgütesiegeln in Deutschland und Europa, Kehl 2012, www.verbraucherportalbw.de/servlet/PB/show/2925656/12_07%20Online%20Gutesiegel_Studie_Juli%202012.pdf, 15.

sätzlich neben Vorkasse auch mindestens Nachnahme oder Bankeinzug als Zahlungsmittel anbieten. Weiterhin wird überprüft, ob die Informationen des elektronischen Geschäftsverkehrs, zum Widerrufsrecht und nachvertragliche Vertragsbedingungen durch die Vertragsbestätigung vorhanden sind. Auch die Bereitstellung der verbraucherrechtlich geforderten Techniken wird überprüft. Ebenfalls wird kontrolliert, ob Werbung ausreichend gekennzeichnet wird und der Verbraucher der Werbezusendung selbst zustimmen muss.¹⁷³⁵

Im Bereich des Datenschutzes werden weniger konkrete Vorgaben gemacht, etwa allgemein das Löschen von Bestands- und Nutzungsdaten, die nicht mehr erforderlich sind. Konkrete Anforderungen werden an die Gestaltung der Pflichtfelder gestellt. Für den Nutzer muss deutlich erkennbar sein, ob er das Feld ausfüllen muss oder nicht. Damit wird die Datensparsamkeit für Anbieter von Online-Versanddiensten konkretisiert. Es wird auch kontrolliert, dass Nutzungsprofile nur anonym oder pseudonym vorgehalten werden oder eine Einwilligung eingeholt wird. Die Einwilligung muss aktiv erfolgen. Neben der Verpflichtung der Anbieter, dem Nutzer nach den gesetzlichen Anforderungen Auskunft zu geben sowie Daten zu berichtigen, zu löschen oder zu sperren, werden bezüglich der IT-Sicherheit konkretere Kriterien geprüft. Um ein Online-Prüfsiegel zu erhalten, muss der Anbieter ein angemessenes Sicherheitskonzept für sensible und personenbezogene Daten vorhalten, diese gegen den Zugriff Dritter schützen und bei der Transaktion von Zahlungsinformationen eine SSL-Verschlüsselung mit einer Schlüssellänge von 1024 Bit und eine starke Kryptographie verwenden.

Auch wenn die Qualitätskriterien im Einzelnen über die rechtlichen Anforderungen des Verbraucher- und Datenschutzrechts hinausgehen, wird insgesamt aber vor allem das Einhalten der gesetzlichen Vorgaben kontrolliert. Weitergehende Kriterien sind vor allem das Akzeptieren unterschiedlicher Zahlungsmittel sowie Vorgaben zum Kundenservice, insbesondere seine Erreichbarkeit und den Umgang mit Beschwerden.

¹⁷³⁵ EHI Retail Institut, Prüfkriterien für die Vergabe des Gütesiegels EHI Geprüfter Online-Shop, 24.6.2014 Köln, www.shopinfo.net/haendler/kriterien/index.html?tx_reddownloads%5Bfile%5D=23.

4 „Internet Privacy Standards“-Online-Prüfsiegel

Das seit 2001 existierende Online-Prüfsiegel mit der Beschriftung „internet privacy standards“ vergibt die datenschutz cert GmbH in Bremen, ein Unternehmen der datenschutz nord Gruppe.¹⁷³⁶ Die Auditierung umfasst Aspekte des Datenschutzes, der Datensicherheit und des Verbraucherschutzes, wobei der Schwerpunkt im Bereich Datenschutz und -sicherheit liegt.¹⁷³⁷ Es ist, wie die zuvor genannten Online-Prüfsiegel, von der Initiative D21 anerkannt.¹⁷³⁸

Eine Aussage über die Art der Prüfung fehlt. Nach der Auditierung bleiben dem geprüften Online-Shop grundsätzlich bis zu drei Monate, um Verbesserungen vorzunehmen, die im Audit-Report vermerkt werden. Das Audit erfolgt durch einen qualifizierten Auditor, der allerdings nicht direkt zum Siegelgeber gehört. Der Siegelgeber überprüft lediglich den Audit-Report auf Schlüssigkeit und vergibt daraufhin das für zwei Jahre – und damit doppelt so lange wie bei den vorherigen Online-Prüfsiegeln – gültige Zertifikat. Während der Laufzeit können ordentliche und außerordentliche Kontrollen stattfinden. Wird ein Verstoß festgestellt, kann das Online-Prüfsiegel entzogen und eine Strafgebühr erhoben werden.¹⁷³⁹

Die bei der Auditierung überprüften Qualitätskriterien unterscheiden sich je nach Dienst. Es existierten viele unterschiedliche Module „für alle online-

¹⁷³⁶ Datenschutz-cert, Über uns, Bremen, www.datenschutz-cert.de/ueber-uns.

¹⁷³⁷ Erkennbar an Datenschutz-cert, Datenschutz-Gütesiegel ips, Bremen, www.datenschutz-cert.de/leistungen/von-a-bis-z/ips-internet-privacy-standards.html; Datenschutz-cert, Die internet privacy standards, Einführung und allgemeine Hinweise zur Anwendung, Bremen, www.datenschutz-cert.de/fileadmin/datenschutz-cert/media/Downloads/ips/Kriterien/Einleitung_zur_Anwendung_der_ips.pdf, 3; Datenschutz-cert, Vergabe- und Nutzungsbedingungen für ips, Bremen, www.datenschutz-cert.de/fileadmin/datenschutz-cert/media/Downloads/ips/VergabeNutzungsbedingungen.pdf, 1.

¹⁷³⁸ Initiative D21, Empfohlene Anbieter nach den Qualitätskriterien des Monitoring Board, Berlin, www.internet-guetesiegel.de/qualitaetskriterien.

¹⁷³⁹ Datenschutz-cert, Vergabe- und Nutzungsbedingungen für ips, Bremen, www.datenschutz-cert.de/fileadmin/datenschutz-cert/media/Downloads/ips/VergabeNutzungsbedingungen.pdf, 1 f. und 4 ff.

basierenden Waren-, Dienstleistungs- und Informationsangebote“.¹⁷⁴⁰ Für Online-Versanddienste sind die Module Verbraucherschutz, Informationsabruf und Datenschutzmanagement relevant. Jedes Modul ist in Teilbereiche unterteilt, bei denen null bis drei Punkte erreicht werden können. Um die Prüfung zu bestehen, muss insgesamt die Durchschnittsnote zwei (gut/Mindestanforderungen erfüllt) oder drei (vorbildlich/mehr als gesetzlich nötig) erreicht werden. Sobald wenigstens ein Teilbereich mit null Punkten, also mangelhaft, abgeschlossen wird, ist die Siegelvergabe ausgeschlossen.¹⁷⁴¹ Neben einzelnen Kriterien, bei denen „normale“ Umsetzungen bereits als besonders kundenfreundlich angesehen werden,¹⁷⁴² ist besonders problematisch, dass die Durchschnittsnoten zwei und drei, mit denen das Online-Prüfsiegel vergeben wird, auch erreicht werden können, wenn einzelne Teilbereiche nur mit einem Punkt („ausreichend/befriedigend“) abgeschlossen wurden. Damit ist nicht sichergestellt, dass alle rechtlichen Anforderungen erfüllt werden.¹⁷⁴³

Welche Teilbereiche im Einzelnen mit welchen Punkten bewertet werden, kann dem Online-Prüfsiegel nicht entnommen werden. Dementsprechend kann aus dem Online-Prüfsiegel auch nicht auf die Erfüllung einzelner rechtlicher Anforderungen geschlossen werden. Die Ergebnisse lassen sich damit nicht durch das Add-on weiterverarbeiten.

5 „Vom Datenschutz empfohlen“-Online-Prüfsiegel

Ein Online-Prüfsiegel, das alleine den Datenschutz im Fokus hat, ist das Online-Prüfsiegel des Unabhängigen Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein (ULD) in Kiel mit der Aufschrift „vom Datenschutz empfohlen“. Als einziges Online-Prüfsiegel basiert es auf einer gesetzlichen Grund-

¹⁷⁴⁰ Datenschutz-cert, Vergabe- und Nutzungsbedingungen für ips, Bremen, www.datenschutz-cert.de/fileadmin/datenschutz-cert/media/Downloads/ips/VergabeNutzungsbedingungen.pdf, 1. Umfassende Liste der Module auf www.datenschutz-cert.de/fileadmin/datenschutz-cert/media/Downloads/ips/Kriterien/Einleitung_zur_Anwendung_der_ips.pdf, 3 f.

¹⁷⁴¹ Datenschutz-cert, Die internet privacy standards, Einführung und allgemeine Hinweise zur Anwendung, Bremen, www.datenschutz-cert.de/fileadmin/daten-schutz-cert/media/Downloads/ips/Kriterien/Einleitung_zur_Anwendung_der_ips.pdf, 4 ff.

¹⁷⁴² Z. B. Eingabefelder mit prägnanten Erläuterungen.

¹⁷⁴³ Auch Höltgen/Zander-Huyat, in: Kröger/Nöcker/Nöcker 2002, 119 (Punkt 4) sieht ein solches Online-Prüfsiegel als unzureichend an.

lage, § 4 Abs. 2 Landesdatenschutzgesetz Schleswig-Holstein i. V. m. der Datenschutzgütesiegelverordnung.¹⁷⁴⁴

Mit dem Online-Prüfsiegel können IT-Produkte und -Dienstleistungen bezüglich des Datenschutzes zertifiziert werden. Damit kann das Online-Prüfsiegel die Kriterien der Initiative D21 nicht erfüllen, da es den Bereich des Verbraucherschutzes nicht umfasst und sich auch nicht auf Webseiten bezieht. Bei einem Verstoß gegen die Vorgaben des Siegelgebers droht der Widerruf oder die Rücknahme des Zertifizierungsbescheids. Dazu ist ein nicht erkennbarer oder nicht festgestellter relevanter Mangel, irreführende oder sonst unzulässige Werbung oder erhebliche Veränderung der rechtlichen oder technischen Anforderungen nötig. Ansonsten gilt das Online-Prüfsiegel zwei Jahre lang und wird bei Zertifizierung der Änderungen verlängert.¹⁷⁴⁵

Die Kriterien zur Vergabe des Online-Prüfsiegels sind je nach Komplex unterschiedlich. Zu den Komplexen zählen die grundsätzliche technische Ausgestaltung von IT-Produkten, einschlägige Datenschutzbestimmungen zur Zulässigkeit der Datenverarbeitung, technisch-organisatorische Maßnahmen und die Umsetzung der Betroffenenrechte.¹⁷⁴⁶ Dabei werden zu jedem Komplex sehr konkrete Vorgaben gemacht. Die Bewertung des IT-Produkts erfolgt in Abhängigkeit der verarbeiteten Daten.

Einer Auswertung durch das Add-on stehen jedoch zwei Aspekte entgegen. Zum einen ist die Verlinkung auf das Register des Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz Schleswig-Holstein nicht zwangsweise am Online-Prüfsiegel angebracht, sodass eine automatisierte Überprüfung der Echtheit wenigstens erschwert wird. Zum anderen werden mit dem Online-Prüfsiegel IT-Produkte und IT-Dienstleistungen – und regelmäßig keine einzelnen Online-Versanddienste zertifiziert. Ein Online-Versanddienst könnte lediglich zertifizierte Softwarelösungen verwenden, die aber nur

¹⁷⁴⁴ Landesverordnung über ein Datenschutzgütesiegel des Landes Schleswig Holstein vom 30.11.2013, GVOBl. 2013, 536. Bis November 2013 geregelt durch die Landesverordnung über ein Datenschutzaudit des Landes Schleswig Holstein vom 18.11.2009 (Datenschutzauditverordnung), GVOBl. 2009, 742.

¹⁷⁴⁵ ULD, Hinweise des Unabhängigen Landeszentrums für Datenschutz zur Zertifizierung von Produkten, Kiel, www.datenschutzzentrum.de/guetesiegel/hinweise_zertifizierungsverfahren.htm.

¹⁷⁴⁶ ULD, Anforderungskatalog Version 2.0 für die Begutachtung von IT-Produkten im Rahmen des Güte-siegelverfahrens beim ULD SH, Kiel 28.11.2014, www.datenschutzzentrum.de/uploads/guetesiegel/guetesiegel-anforderungskatalog.pdf, 2 ff.

über einen bestimmten Aspekt des Online-Versanddienstes eine Aussage träge. Eine automatisierte Auswertung des Online-Prüfsiegels scheidet damit aus.

6 Umfang einer Auswertung von Online-Prüfsiegeln

Einige Online-Prüfsiegel eröffnen die Möglichkeit, automatisiert Informationen über den Verbraucher- und Datenschutz eines Online-Versanddienstes zu gewinnen. Dazu zählen die von der Initiative D21 empfohlenen Online-Prüfsiegel „Trusted Shops“, „S@fer-Shopping“ und „EHI Geprüfter Online-Shop“. Inhaltlich wird vor allem die Rechtskonformität mit verbraucherrechtlichen Vorgaben zertifiziert. Dabei steht die formelle Umsetzung und Vollständigkeit im Fokus. Bezüglich der Kundenfreund- oder -feindlichkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen und Datenschutzerklärung kann jedoch keine Aussage gemacht werden.¹⁷⁴⁷

Einige Siegel können für die automatisierte Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit eines Online-Versanddienstes nicht herangezogen werden, da die Aussagekraft auf bestimmte, nicht automatisiert erkennbare Teile des Online-Versanddienstes beschränkt sind. Dasselbe gilt für Online-Prüfsiegel, deren Vergabe nicht zwangsläufig die Rechtskonformität jedes überprüften Qualitätskriteriums bestätigen und gleichzeitig aber nicht erkennbar ist, für welche Kriterien dies gilt.

Kapitel 6 Automatisierte Auswertung der Anknüpfung an deutsches Recht

Die Merkmale von Webseiten, die zur Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit herausgearbeitet wurden, basieren auf deutschem Verbraucher- und Datenschutzrecht, das nur einen beschränkten örtlichen Geltungsbereich hat.¹⁷⁴⁸ Zwar können auch ausländische Online-Versanddienste die Anforderungen des deutschen Rechts erfüllen. Zum Teil unterscheiden sich die Anforderungen an Online-Versanddienste innerhalb der Europäischen Union auch nicht, da etwa in allen Mitgliedsstaaten die vollharmonisierende Verbraucherrechtlinie, aber auch viele andere Richtlinien umgesetzt werden mussten. Dennoch ist es unwahrscheinlich, dass sich ausländische On-

¹⁷⁴⁷ *Ossoinig*, Vertrauenswürdigkeit von Webshops, Masterarbeit, Universität Kassel 2013, 100 bestätigt diese Einschätzung.

¹⁷⁴⁸ Detailliert dazu s. Teil 2 Kapitel 4 Grenzen der Anwendbarkeit deutschen Rechts.

line-Versanddienste, die nicht auf den deutschen Markt ausgerichtet sind, alle Anforderungen des deutschen Rechts erfüllen. Deshalb sollte bei solchen Diensten auf eine Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit auf Basis des deutschen Verbraucher- und Datenschutzrechts verzichtet werden.¹⁷⁴⁹ Stattdessen ist der Verbraucher darauf aufmerksam zu machen, dass er sich möglicherweise außerhalb des deutschen Rechtsraums bewegt und welche Anzeichen dafür vorliegen.

Da die Frage des anwendbaren Rechts keineswegs trivial ist, kann das Add-on auch an dieser Stelle keine juristisch exakte Prüfung vornehmen. Es ist jedoch möglich, einerseits Fälle aus-zumachen, bei denen klar von der Anwendbarkeit des deutschen Rechts ausgegangen werden kann, und andererseits solche Fälle, bei denen die Anwendbarkeit deutschen Rechts nicht na-he liegt. Dabei ist zwischen dem Bereich des Verbraucher- und Datenschutzrechts zu unterscheiden.

Damit das deutsche Verbraucherschutzrecht voll zur Anwendung kommt, muss sich das Angebot vor allem an den deutschen Verbraucher richten. Die vom Europäischen Gerichtshof entwickelten Kriterien, mit denen beurteilt werden kann, ob sich eine Webseite an einen inländischen Verbraucher richtet, lassen sich teilweise auch automatisiert prüfen. So kann, wie bereits festgestellt wurde, die Sprache des Online-Versanddiensts erkannt werden.¹⁷⁵⁰ Ist der Online-Versanddienst in deutscher Sprache, spricht ein starkes Indiz für die Ausrichtung auf den deutschen Markt. Verstärkt wird dies, wenn die Adresse in der Anbieterkennzeichnung in Deutschland sowie die Telefonnummer deutsch und die Top-Level-Domain „.de“ ist. Ein deutliches Indiz ist auch die Information über Versandkosten in oder nach Deutschland.

Zusätzlich kann auch der Standort des Servers, auf dem der Online-Versanddienst gehostet wird, automatisiert ermittelt werden. Dienste, die dies durch die Nutzung von Geo-IP ermöglichen, sind frei online verfügbar.¹⁷⁵¹ Allerdings wird aufgrund des globalen Marktes im Bereich des Webhostings ein abweichender Serverstandort nicht gegen die Ausrichtung auf den deutschen Markt sprechen, da der angesprochene Verkehrskreis

¹⁷⁴⁹ Bereits vertreten in *Bartsch/Boos/Canova/Dyck/Henhapl/Schultheis/Volkamer*, Proceedings GI-Informatik 2014, 2071.

¹⁷⁵⁰ Detailliert zur Analyse der formalen Gestaltung s. Teil 3Kapitel 14.1 .

¹⁷⁵¹ So beispielsweise SolarWinds, www.dnsstuff.com oder WIROOS, geoptool.com.

den Serverstandort gar nicht heranzieht. Enthält die Anbieterkennzeichnung jedoch eine deutsche Adresse und ist der Serverstandort deutsch, kann von einer Tätigkeit des Anbieters im Inland ausgegangen werden. Dann ist deutsches Verbraucherschutzrecht anwendbar.

Schwieriger ist ein Ausschluss des deutschen Verbraucherschutzrechts. Eine Ausrichtung auf den deutschen Markt kann allerdings kaum angenommen werden, wenn der Online-Versanddienst fremdsprachig ist und die Top-Level-Domain eine andere als „.de“ oder „.com“ ist. Dies gilt umso mehr, wenn es sich um eine Top-Level-Domain eines anderen Landes handelt, wie etwa „.es“ für Spanien oder „.fr“ für Frankreich. In diesem Fall ist der Verbraucher darauf hinzuweisen, dass Anzeichen erkannt wurden, dass der Online-Versanddienst vielleicht nicht dem deutschen Verbraucherschutzrecht unterfällt, der Verbraucher sich damit nicht auf den Schutz des heimischen Rechts verlassen kann.

Für die Anwendbarkeit des deutschen Datenschutzrechts sind der Sitz der verantwortlichen Stelle sowie der Ort, an dem mit den Daten umgegangen wird, entscheidend. Der Sitz der verantwortlichen Stelle lässt sich regelmäßig aus der Datenschutzerklärung oder der Anbieterkennzeichnung auslesen. Allerdings werden dort in aller Regel keine Angaben dazu gemacht, wo mit den Daten umgegangen wird, insbesondere wo sie verarbeitet und genutzt werden. Eine Einschätzung der Anwendbarkeit deutschen Datenschutzrechts ist deshalb nicht möglich.

Aber anders als im Bereich des Verbraucherschutzes wird bei der automatisierten Analyse im Bereich des Datenschutzes die Datenschutzfreund- oder -feindlichkeit vor allem anhand der allgemeinen Grundsätze des Datenschutzes überprüft. Diese sind länderübergreifend, wie sich etwa an der geplanten Datenschutz-Grundverordnung zeigt, die auf dieselben Prinzipien aufbaut, auch wenn im Einzelnen abweichende Regelungen normiert werden. Dementsprechend kann auch dann, wenn deutsches Datenschutzrecht nicht anzuwenden ist, zumindest eine grobe Einschätzung der Datenschutzfreund- oder -feindlichkeit anhand der zuvor beschriebenen automatisierten Analyse gemacht werden.

Eine automatisierte Analyse der Anwendbarkeit des Datenschutzrechts würde durch die Datenschutz-Grundverordnung deutlich vereinfacht, da aufgrund des Regelungsinstruments der Verordnung zum einen in der gesamten Europäischen Union dieselben Regelungen gelten würden. Zum an-

deren sieht der aktuelle Entwurf der Datenschutz-Grundverordnung in Art. 3 vor, dass sich ihr räumlicher Anwendungsbereich auf jede Verarbeitung personenbezogener Daten von in der Union ansässigen betroffenen Personen erstreckt. Eine Ausnahme gilt unter anderem wenn die Datenverarbeitung nicht dazu dient, diesen Personen in der Europäischen Union Waren oder Dienstleistungen anzubieten. Dies ist bei Online-Versanddiensten aber gerade der Fall, sodass alle Online-Versanddienste, die sich an deutsche Verbraucher richten, das europäische Datenschutzrecht beachten müssen.

Insgesamt lassen sich automatisiert prüfbare Kriterien bestimmen, mit denen zumindest bei einer Reihe von Online-Versanddiensten die Anwendbarkeit des deutschen Verbraucherschutzrechts bestätigt oder ausgeschlossen werden kann. Im Bereich des Datenschutzrechts existieren solche Kriterien nicht. Jedoch basiert das Konzept der automatisierten Analyse der Datenschutzfreund- oder -feindlichkeit auf Merkmalen, die sich aus den zumindest europaweit verbreiteten Datenschutzprinzipien ergeben. Dadurch ist die automatisierte Einschätzung des Datenschutzes auch dann sinnvoll, wenn der Anwendungsbereich des deutschen Datenschutzrechts nicht bestimmt werden kann.

Kapitel 7 Möglichkeiten einer automatisierten Einschätzung

Wie gezeigt wurde, kann ein Konzept zur automatisierten Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit von Online-Versanddiensten auf eine Vielzahl rechtlicher Anforderungen zurückgreifen, die – zumindest teilweise – automatisiert von einem Browser-Add-on erkannt und zur Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit verwendet werden können. Für die verschiedenen Arten von rechtlichen Anforderungen – die formale und technische Gestaltung sowie Inhalte – wurden die Möglichkeiten einer automatisierten Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit im Einzelnen untersucht. Im Folgenden werden positiv die Möglichkeiten des Konzepts der Einschätzung zu Bereichen zusammengefasst und negativ die Grenzen des beschriebenen, automatisierten Vorgehens dargestellt. Damit sollen einerseits Teilergebnisse der Einschätzung aufgezeigt werden, zu denen dem Verbraucher und Nutzer eine Einschätzung angezeigt werden kann. Andererseits soll objektiv gezeigt werden, welche und wie viele rechtliche Anforderungen im Rahmen des Konzepts durch die automatisierte Analyse erkannt werden können.

Damit wird eine abschließende Aussage über dem Umfang einer automatisierten Einschätzung getroffen.

1 Bereiche der automatisierten Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit

Um dem Nutzer nicht das Ergebnis jedes einzelnen Merkmals zu kommunizieren und ihn damit in einer Flut an Informationen zu „ersticken“, müssen die Ergebnisse der automatisierten Analyse systematisch zusammengefasst werden. Ziel ist eine überschaubare Anzahl an Bereichen, für die dem Nutzer jeweils ein Teilergebnis der Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit angezeigt wird. Relevante Teilbereiche, zu denen aufgrund der zuvor beschriebenen, automatisierten Analyse ein aussagekräftiger Hinweis an den Nutzer gegeben werden kann, sind die Verbraucherfreundlichkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, die Nutzerfreundlichkeit und die transparente Gestaltung des Online-Versanddienstes. Im Folgenden werden die einzelnen Aspekte der automatisierten Analyse den Bereichen zugeordnet und grob gewichtet. Da verschiedene rechtliche Anforderungen und damit auch Merkmale von Online-Versanddiensten unterschiedlich stark zur Vertrauenswürdigkeit beitragen, ist eine Gewichtung der Aspekte bezogen auf den jeweiligen Teilbereich nötig.¹⁷⁵²

Der erste Teilbereich „Verbraucherfreundlichkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ soll ausschließlich eine Zusammenfassung der automatisierten Analyse der Inhalte der Allgemeinen Geschäftsbedingungen umfassen. Ihre formale Gestaltung wird dabei grundsätzlich außer Acht gelassen. Eine Ausnahme gilt nur, wenn die formale Gestaltung so schlecht ist, dass selbst die wirksame Einbeziehung fraglich ist. Dann ist ein ergänzender Hinweis in diesem Teilbereich aufzunehmen. Für das grundsätzliche Außerachtlassen spricht die Beobachtung, dass der Verbraucher Allgemeine Geschäftsbedingungen in den seltensten Fällen auch nur betrachtet. Außerdem soll der Nutzer des Add-ons durch einen Link direkt auf die Unterseite mit dem Volltext verwiesen werden, sodass die Auffindbarkeit in diesem Zusammenhang nicht von besonderer Bedeutung ist.

¹⁷⁵² Auf eine exakte, zahlenmäßige Gewichtung der Merkmale, die für eine technische Umsetzung nötig wäre, kann aufgrund des Umfangs dieser Arbeit nicht im Einzelnen eingegangen werden. Als Verfahren bietet sich das bei *Bartsch/Boos/Canova/Dyck/Henhapl/Schultheis/Volkamer*, Proceedings GI-Informatik 2014, 2070 f. beschriebene an. Die rechtlichen Ausführungen gehen allein auf die Autorin zurück. Als Bezugspunkt sind anstelle der Risiken die im Folgenden beschriebenen Teilbereiche zu wählen.

Stattdessen soll der Nutzer auf die verschiedenen, auffälligen Klauseln aufmerksam gemacht werden. Dies gilt sowohl für positive als auch negative Formulierungen. Der Verbraucher wird darum gebeten, die einzelnen auffälligen Klauseln selbst zu betrachten. Dies kann bei (juristisch) vorgebildeten Verbrauchern etwa dazu führen, dass sie eine unzulässige Haftungsklausel ignorieren oder den Vorteil einer fehlerhaften Widerrufsbelehrung positiv für sich ausnutzen und einen möglichen Konflikt selbstbewusst in Kauf nehmen. Weniger selbstbewusste Verbraucher hingegen können einen möglichen Rechtskonflikt ausschließen, indem sie auf einen Einkauf bei einem nicht-vertrauenswürdigen Online-Versanddienst verzichten. Besonders wichtige Klauseln der AGB-Analyse sind der Kauf auf Probe und ein freiwilliges Rücktrittsrecht sowie der Vertragsschluss und Annahmefristen. Ein Kauf auf Probe und ein anderes freiwilliges Rücktrittsrecht geben dem Verbraucher direkte rechtliche Vorteile, die er in jedem Fall – und nicht nur ausnahmsweise – nutzen kann. Die Klauseln zum Vertragsschluss und der Annahmefrist können ebenfalls einen direkten Einfluss auf den Verbraucher haben, wenn der Verkäufer diese Fristen ausreizt.

Im zweiten Bereich, der „Nutzerfreundlichkeit“, sind der Einsatz datenschutzrelevanter Techniken und zusätzlich ein Teil der Analyse der Datenschutzerklärung und der Einwilligung einzubeziehen. Mit dem Teilergebnis zur Nutzerfreundlichkeit soll dem Nutzer verdeutlicht werden, ob der Anbieter des Online-Versanddienstes den Datenschutz zum einen aktiv achtet, also etwa datenschutzunfreundliche Techniken nicht einsetzt. Zum anderen soll der Nutzer erfahren, ob der Anbieter andernfalls den Einsatz datenschutzunfreundlicher Techniken verschleiert. Deshalb wird ein Teil der Aspekte aufgenommen, die dem Transparenzgebot dienen. Aufgrund des engen Zusammenhangs dieser einzelnen Angaben zu der verwendeten Technik ist aber eine entsprechende Zuordnung sinnvoll, obwohl eine rein systematische Trennung alle Aspekte zur Transparenz unter dem dritten Bereich „transparente Gestaltung des Online-Versanddienstes“ zusammenfassen würde. Aufgrund des engen inhaltlichen Zusammenhangs zwischen verwendeter Technik und ihrer Bekanntgabe in der Datenschutzerklärung wird jedoch die abweichende Zuordnung bevorzugt.

Besonders wichtig sind Angaben über die verwendeten Werbe-Techniken und die Bonitätsprüfung, da dieses datenschutzunfreundliche Verhalten ohne die Angabe in der Datenschutzerklärung (oder hilfsweise den Allgemeinen Geschäftsbedingungen) nicht entdeckt werden kann. Besonders

schädlich ist für den Datenschutz dabei der Einsatz von sehr langfristigen Cookies oder Cookies von Drittanbietern, inklusive solcher, die durch die einfache Implementation von Social-Plug-ins gesetzt werden. Beide begünstigen die Möglichkeit der Profilbildung stark. Dabei stellt sie eines der wesentlichen Datenschutzprobleme im Internet dar.

Die meisten rechtlichen Anforderungen zielen auf eine transparente Gestaltung des Online-Versanddienstes. Zur transparenten Gestaltung trägt zum einen die formale Gestaltung bei, außerdem die übrigen Pflichtangaben¹⁷⁵³ und die technischen Gestaltungen im Verbraucherschutzbereich. Unter dem Teilbereich der transparenten Gestaltung müssen für den Nutzer die meisten Aspekte zusammengebracht werden. Dabei bietet sich eine kaskadenartige Zusammenführung an. Zunächst werden die einzelnen Merkmale, die zur Einschätzung der formalen Gestaltung herangezogen werden, für jeden Text oder Link gewichtet und zusammengeführt. Dazu kann nur auf solche Texte und Links zugegriffen werden, die als relevante Inhalte erkannt wurden. Soweit ein Link zu einem Text führt, sind die formale Gestaltung beider zu bewerten. Erst in einem weiteren Schritt werden die Bewertungen der einzelnen Inhalte zusammengeführt.

Besonders wichtig für eine transparente Gestaltung des Online-Versanddienstes ist zum einen die Button-Lösung, die den Verbraucher vor einer übereilten Willenserklärung schützen soll. Des Weiteren ist die Angabe der Zahlungsmittel, des Gesamtpreises sowie der Bestellübersicht vor dem Bezahl-Button wichtig, um dem Verbraucher eine informierte Entscheidung zu ermöglichen. Auch die Information über das Widerrufsrecht ist wichtig. Allerdings sind die meisten Verbraucher an dieses Recht gewöhnt, sodass sie kaum danach suchen werden. Ebenso ist zwar die Bereitstellung technischer Korrekturmaßnahmen wichtig. Jedoch wird ein Verbraucher, der einen Fehler erkennt, aber nicht, wie er diesen korrigieren kann, kaum dazu neigen, den Vertrag mit diesem - ungewollten - Inhalt abzuschließen. In den Bereich der transparenten Gestaltung fließen auch die zusätzlichen Informationen, die aus bestehenden Online-Prüfsiegeln ausgelesen werden können.

¹⁷⁵³ Zu den Pflichtangaben beim Datenschutz zählen hierbei nur solche, die der Erfüllung gesetzlicher Pflichten dienen, also etwa den Betroffenenrechten.

2 Grenzen der automatisierten Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit

Die Ergebnisse der automatisierten Analyse können zu den drei Bereichen Verbraucherfreundlichkeit der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Nutzerfreundlichkeit und transparente Gestaltung eine Einschätzung bezüglich der Vertrauenswürdigkeit geben. Zu anderen Bereichen können keine Aussagen getroffen werden. Die automatisierte Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit findet ihre Grenzen zunächst dort, wo der Online-Versanddienst selbst endet. Alle Vorgänge, die außerhalb des Webauftritts stattfinden, sind deshalb für das Add-on in Form nicht analysierbar. Unter Umständen könnten ergänzende Techniken aber eine Analyse etwa der E-Mails ermöglichen. Damit könnte zum Beispiel die Erfüllung der Pflichtinformationen bei kommerzieller Kommunikation nach § 6 Abs. 1 TMG überprüft werden.

Andere Vorgänge wie der tatsächliche Versand der Ware und die dort beigelegten Informationen zum Beispiel zur Erfüllung der nachvertraglichen Pflichtinformationen des § 312f Abs. 2 BGB i. V. m. Art. 246a § 1 EGBGB könnten auch weiterhin nicht automatisiert analysiert werden. Dasselbe gilt für die Frage, ob die richtige Ware geliefert wurde und ob sie zufriedenstellend ist oder zumindest etwa die Rückabwicklung aufgrund des Widerrufsrechts unproblematisch ablief. Eine automatisierte Analyse kann nur überprüfen, ob zusätzliche Garantien gegeben wurden, die einen problemlosen Widerruf sicherstellen sollen, wie beispielsweise eine Geld-zurück-Garantie. Für den tatsächlichen Umgang mit personenbezogenen Daten im Unternehmen ergibt sich dasselbe Problem, etwa bezogen auf die Einhaltung der Zweckbindung, die fristgemäße Löschung, mögliche Übermittlungen, die Umsetzung der Betroffenenrechte oder auch technische und organisatorische Maßnahmen, wenn diese nicht online erfolgen.

Über Vorgänge außerhalb des Online-Versanddienstes können allenfalls Online-Prüfsiegel Informationen ergänzen, da der Siegelgeber die Möglichkeit hat, „hinter die Kulissen“ des Online-Versanddienstes zu schauen. Damit können sie weitgehenden rechtlichen Anforderungen, die bei der Vergabe des Online-Prüfsiegels geprüft wurden, als erfüllt angenommen werden und Eingang in die Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit finden.

An vielen Stellen muss der Fokus auf gebräuchlicher Technik und üblichen Umsetzungsformen liegen. Bei der Beurteilung einer technischen Umsetzung kann regelmäßig nicht mit Sicherheit festgestellt werden, dass eine bestimmte Anforderung nicht erfüllt ist, sondern nur, dass keine der bekann-

ten oder gängigen Umsetzungsarten gewählt wurde. Einschränkend muss dazu vorgebracht werden, dass regelmäßig ein Mehraufwand nötig ist, wenn anstelle einer bekannten und üblichen technischen Umsetzung eine neue erdacht und implementiert werden muss. Dies gilt umso mehr, als die hier betrachteten technischen Umsetzungen rechtlichen Vorgaben unterliegen. Damit ist die Wahrscheinlichkeit, dass eine unübliche Umsetzung gewählt wird, sehr gering.

Neben den Grenzen, die sich aus dem Tatsächlichen und Technischen ergeben, resultieren andere aus der Natur des Rechts. So kann eine Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit, die auf einer automatisierten Analyse verbraucher- und datenschutzrechtlicher Aspekte basiert, keine Normen im Einzelfall auslegen. Es ist etwa nicht möglich, Generalklauseln auszulegen. Bereits bei der Auslegung allgemein formulierter Klauseln ergeben sich Probleme, so etwa bei der Frage überraschender AGB-Klauseln im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB. Auch die Frage der Anwendbarkeit einzelner Normen oder Anforderungen kann bei einem automatisierten Vorgehen bereits Probleme bereiten. Dies zeigt sich etwa bei den partiellen Pflichtinformationen. Für jede dieser Informationen müsste nicht nur eine Möglichkeit gefunden werden, diese automatisiert zu erkennen, sondern zuerst, ob sie überhaupt zu erfüllen ist. So kann einem Anbieter eines Online-Versanddienstes nicht vorgeworfen werden, keine Aufsichtsbehörde anzugeben, wenn es gar keine Aufsichtsbehörde gibt. Diese Problematik bildet den Hintergrund für die Auswahl der Online-Versanddienste als Untersuchungsgegenstand, da eine Vielzahl an Anforderungen für jeden Online-Versanddienst verpflichtend ist, sodass eine automatisierte Analyse in diesen Bereichen unproblematisch durchgeführt werden kann.

3 Umfang einer automatisierten Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit

Abschließend ist zu klären, welche rechtlichen Anforderungen das juristische Konzept einer automatisierten Einschätzung im Einzelnen umfasst und welche rechtlichen Anforderungen bei einer automatisierten Einschätzung außen vor bleiben müssen. Dies gilt für die Anforderungen des Verbraucher- und des Datenschutzrechts, wie sie zuvor beschrieben wurden.¹⁷⁵⁴

¹⁷⁵⁴ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 2 Verbraucherschutzrechtliche Anforderungen und Teil 2 Kapitel 3 Datenschutzrechtliche Anforderungen.

3.1 Verbraucherschutzrecht

Die automatisierte Analyse des Verbraucherschutzrechts umfasst bei den Anforderungen an die Allgemeinen Geschäftsbedingungen sehr umfangreich die Einbeziehung, soweit sie sich auf die formale Gestaltung bezieht, nicht aber bezogen auf inhaltliche Aspekte, wie die Frage ob eine Klausel überraschend ist. Ebenso ist die Inhaltskontrolle nur stark eingeschränkt automatisiert prüfbar. Zum einen ist eine Analyse der Allgemeinen Geschäftsbedingungen bezogen auf die wertungsfrei unzulässigen Klauseln des § 309 BGB möglich. Zum anderen können bereits höchstrichterlich als unzulässig anerkannte Formulierungen erkannt werden, soweit sie in den standardisiert formulierten Klauseln enthalten sein können, wie die Freizeichnung von Kardinalspflichten. Verbraucherschutzrechtlich relevante Klauseln, die aufgrund der uneinheitlichen Formulierung nicht automatisiert analysiert werden können sind vor allem Klauseln im Zusammenhang mit der Lieferung, etwa Lieferverzögerungen, Selbstbelieferungsvorbehalte und – insbesondere bei Möbeln – die Beschränkung des Lieferorts. Verbraucherschutzrelevante Klauseln, die automatisiert analysiert werden können, sind Klauseln zu den Versand- und Rücksendekosten, außerdem zum Kauf auf Probe und sonstigen freiwilligen Leistungen, Vertragsschluss und Annahmefrist, Abtretung, Aufrechnung und der Haftung.

Weiterhin umfasst die automatisierte Analyse die verbrauchschutzrechtlichen Informationspflichten aus der Anbieterkennzeichnung, bei entgeltlichen Verbraucherverträgen, im Fernabsatz und dem elektronischen Geschäftsverkehr. Deren formale Gestaltung lässt sich automatisiert gut prüfen – mit der Ausnahme der Verständlichkeit, die eher einen inhaltlichen Aspekt betrifft. Das automatisierte Erkennen der Informationspflichten gestaltet sich teilweise schwierig. Insbesondere kann bei Informationspflichten, die nur bestimmte Online-Versanddienste treffen, nicht davon ausgegangen werden, dass ein Fehlen der Pflichtangaben negativ zu werten ist, sodass eine Aussage über diese Pflichtangaben nicht möglich ist. Auch Informationspflichten, die für alle Online-Versanddienste gelten, können nicht vollumfänglich automatisiert erkannt werden. Allerdings sind die meisten und die wichtigsten Pflichtangaben automatisiert analysierbar. Dazu zählen regelmäßig die Angaben zu Kontaktmöglichkeiten, wie Adresse, Telefonnummer und E-Mail, die Zahlungsmittel oder die Informationen über den Zeitpunkt des Vertragsabschlusses sowie die Möglichkeit zum Widerruf. Nicht unbeachtliche Pflichtangaben, die nicht automatisiert erkannt werden können,

sind hingegen die Angabe des Namens und der wesentlichen Eigenschaften der Waren. Bei den Angaben nach der Preisangabenverordnung kann eine Aussage zum Gesamt- und dem Grundpreis wenigstens summarisch getroffen werden. Ebenfalls kann automatisiert erkannt werden, dass der Preis die Steuern beinhaltet. Die Angabe der Versandkosten lässt sich auch – gegebenenfalls im Zusammenhang mit den Allgemeinen Geschäftsbedingungen – erkennen. Für alle diese Angaben kann die formale Gestaltung erkannt und eine gute Einschätzung darüber getroffen werden, ob die engen Vorgaben diesbezüglich eingehalten wurden.

Neben den Anforderungen an die Bereitstellung von Informationen sieht das Recht des elektronischen Geschäftsverkehrs auch technische Bereitstellungspflichten vor. Diese lassen sich mit hoher Wahrscheinlichkeit automatisiert erkennen, soweit sie innerhalb des Online-Versanddienstes zu erfüllen sind. Weitere Anforderungen ergeben sich aus der sogenannten Button-Lösung, die vor allem die formale Gestaltung bei der Abgabe der verbraucherseitigen Willenserklärung betreffen. Über die korrekte Umsetzung kann mit sehr hoher Wahrscheinlichkeit durch die automatisierte Analyse eine Aussage getroffen werden. Außerdem können bei den technischen Bereitstellungspflichten und der Button-Lösung zusätzliche Maßnahmen des Add-ons den Verbraucher unterstützen, etwa indem ein Screenshot beim Betätigen eines (potentiellen) Bezahl-Buttons gemacht wird sowie die Allgemeinen Geschäftsbedingungen gespeichert werden.

Führt eine Webseite ein bestimmtes Online-Prüfsiegel, das vom Siegelgeber erst nach einer intensiven Prüfung detaillierter Anforderungen vergeben wurde, können zusätzliche Informationen, etwa zum Versand von E-Mails, der Ware und der Rückabwicklung, sowie die partiellen Informationspflichten ausgelesen werden. Insgesamt können im Bereich des Verbraucherschutzes zwar nicht alle, aber viele und vor allem wichtige Anforderungen automatisiert analysiert werden.

3.2 Datenschutzrecht

Auch im Bereich des Datenschutzrechts umfasst die automatisierte Analyse eine Vielzahl, aber nicht alle Anforderungen an den Online-Versanddienst. Dies beginnt bereits bei der Frage des Personenbezugs der Daten. Einerseits verarbeiten alle Online-Versanddienste personenbezogene Daten, wenn ein Kunde bei ihnen eingekauft hat. Andererseits steht der Personenbezug in

anderen Bereichen nicht zwangsläufig fest. Dies ist auch von der rechtlich häufig umstrittenen Beurteilung der Daten abhängig, etwa bei IP-Adressen oder Daten, die in Cookies gespeichert und an die verantwortliche Stelle übermittelt werden. Aus datenschutzrechtlicher Sicht sollte auch bei Unklarheit und bereits bei der reinen Möglichkeit eines Personenbezugs dieser für alle zusammengehörenden Daten angenommen werden. Dementsprechend kann verallgemeinernd ein Personenbezug bei Daten angenommen werden, die innerhalb eines Online-Versanddienstes erhoben und verwendet werden.

Schwierig gestaltet sich die automatisierte Analyse der Erlaubnisnormen. Zwar kann grundsätzlich abstrakt eine Einteilung in Bestands-, Nutzungs- und Inhaltsdaten erfolgen. Eine solche Einteilung wäre jedoch nur hilfreich, wenn automatisiert erkannt werden könnte, zu welchen Zwecken mit den entsprechenden Daten umgegangen wird. Dies ist jedoch nicht möglich, da der Umgang mit den Daten in aller Regel nicht direkt im Online-Versanddienst, also auf der Webseite, erfolgt. Einzig bezogen auf die Bestands- und Inhaltsdaten kann verallgemeinernd eine Liste personenbezogener Daten zusammengetragen werden, die für den Abschluss eines Kaufvertrages oder eines Nutzungsvertrags für einen Online-Versanddienst erforderlich sind. Beschränkt sich der Anbieter des Online-Versanddienstes sogar weiter, kann damit ein datensparsamer Ansatz erkannt werden. Dies gilt auch für die Auswahl an Zahlungsmitteln und der Verzicht auf das Setzen unnötiger Cookies. Da nicht festgestellt werden kann, zu welchen Zwecken mit den Daten umgegangen wird, kann auch nicht festgestellt werden, ob (ergänzend) eine Einwilligung nötig ist.

Bessere Ergebnisse können bei den Anforderungen erzielt werden, das Transparenzgebot umzusetzen. So können innerhalb der Unterrichtung die Angaben zur zuständigen Kontaktperson, zum Auskunftsrecht, zum Recht auf Berichtigung, Löschung oder Sperrung, sowie Cookies, Webanalysen und Bonitätsüberprüfungen automatisiert erkannt werden. Nicht eindeutig analysiert werden können hingegen Hinweise auf ein bestimmtes Widerrufsrecht oder die Möglichkeit zum Widerspruch, die Verwendung bestimmter Methoden zum Retargeting, eine datenschutzkonforme Information zum Versand von Newslettern sowie den Bereichen Datensicherheit und Datenweitergabe. Auch eine direkte Benachrichtigung des Nutzers kann nicht automatisiert analysiert werden, da sie regelmäßig per E-Mail oder Postversand erfolgt. Ebenso lassen sich die Durchsetzung der Betroffenen-

rechte Berichtigung, Löschung oder Sperrung sowie das Befolgen eines Widerspruchs oder eines Widerrufs nicht automatisiert am Online-Versanddienst feststellen.

Bezogen auf die Weitergabe von Daten können durch die automatisierte Analyse des Online-Versanddienstes nur eingeschränkte Ergebnisse erzielt werden. Eine Datenweitergabe ist erkennbar, wenn sie durch Drittanbieter-cookies, Social-Plug-ins, Web-Beacons, oder Web-Bugs erfolgen. Eine sonstige Datenweitergabe, etwa durch Mitarbeiter des Unternehmens, kann jedoch nicht erkannt werden. Dasselbe gilt für den eigenen Datenumgang mit Browser-Fingerprints. Bei einer technischen Analyse des Online-Versanddienstes können außerdem Aspekte der Datensicherheit und des Datenschutzes durch Technik festgestellt werden. Dazu zählt vor allem die Verschlüsselung, die die Daten vor dem Zugriff Dritter während des Transportwegs schützt. Nicht erkannt werden kann hingegen, ob in der Organisation die technisch-organisatorischen Maßnahmen, wie die Zugangskontrolle, umgesetzt wurden und eingehalten werden. Insgesamt sind die Möglichkeiten der automatisierten Analyse im Bereich des Datenschutzes im Vergleich zum Verbraucherschutz stärker eingeschränkt. Dennoch ermöglicht eine Vielzahl kleinerer Aspekte einen Überblick über die Einstellung des Anbieters des Online-Versanddienstes gegenüber dem Datenschutz.

3.3 Umfassende automatisierte Einschätzung

Der Umfang der automatisierten Analyse gibt eine Übersicht darüber, welche Möglichkeiten und Grenzen dieses Vorgehen hat. Es bleibt jedoch zu hinterfragen, wie groß die Aussagekraft der Einschätzung über die Vertrauenswürdigkeit ist, wenn diese Einschätzung allein auf den Ergebnissen der automatisierten Analyse basiert. Die Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit soll dem Nutzer dabei helfen zu entscheiden, ob er einem Anbieter mit seinem Online-Versanddienst vertrauen sollte. Dazu werden objektive Kriterien herangezogen. Ausschlaggebend für den Begriff des Vertrauens ist, dass keine Sicherheit besteht. Dementsprechend ist es nicht nötig – und wohl auch nicht möglich – alle rechtlichen Anforderungen zu überprüfen. Andernfalls müsste gerade nicht mehr vertraut werden.

Die Analyse des Add-ons setzt an zwei unterschiedlichen Stellen an. Einerseits wird für die Vertrauenswürdigkeit des Anbieters herangezogen, ob er sich an die geltenden Rechtsvorschriften hält, die der Gesetzgeber zum

Schutz der Verbraucher und Betroffenen festgelegt hat. Obwohl Gesetzesverstöße jedoch nur eingeschränkt automatisiert erkannt werden können, ist es für die Vertrauenswürdigkeit des Anbieters bereits bedenklich, wenn ein Verstoß festgestellt wird. Werden hingegen mehrere Verstöße festgestellt, kann der Anbieter nicht mehr als vertrauenswürdig bewertet werden. Zum anderen fließt in die Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit mit ein, wenn der Anbieter die Möglichkeiten, die der Gesetzgeber zur Gestaltung des Rechtsgeschäfts gibt, einseitig zu seinen Gunsten ausnutzt. Indem er die vorformulierten, rechtlich relevanten Inhalte entsprechend kundenunfreundlich gestaltet, übt er seine größere Macht im Vergleich zum Kunden aus und ignoriert seine Interessen.

Mit einer automatisierten, nutzerseitigen Analyse besteht keine Möglichkeit auszuschließen, dass nur das Webangebot vorbildlich gestaltet wurde, die tatsächlichen Abläufe der dahinterstehenden Organisation jedoch nicht. Aber insbesondere im Datenschutz fehlt regelmäßig vollständig das Bewusstsein für die Problematik. Deshalb kann eine datenschutzfreundliche Gestaltung des Online-Versanddienstes – auch wenn diese nur auf einigen ausgewählten Merkmalen basiert – durchaus eine allgemeine Tendenz und ein Problembewusstsein erkennen lassen. Auch im umgekehrten Fall, also bei einer negativen Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit, bietet dies dem Nutzer einen Mehrwert. Denn er wird auf negative Auffälligkeiten hingewiesen, die er sonst regelmäßig nicht wahrgenommen hätte, da er in aller Regel nicht die Zeit hat oder sie sich nicht nimmt, um alle Merkmale des Online-Versanddienstes zu überprüfen, die das Add-on bei der Einschätzung mit einbezieht. Ohne das Add-on kennt der Nutzer diese Informationen deshalb nicht und verlässt sich im Zweifel auf ein nicht oder kaum begründbares Bauchgefühl. Außerdem schmälert das Add-on die Rechte des Nutzers gegenüber dem Anbieter des Online-Versanddienstes nicht. Eine gerichtliche Durchsetzung seiner Ansprüche bleibt ihm weiterhin möglich, ist jedoch kein Ziel.

Ziel muss es vielmehr sein, den Nutzer mit der Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit eine Unterstützung zu geben, die ihm zu eigenen Überlegungen Anreize gibt. Es darf ihm durch die Einschätzung kein missverständliches Sicherheitsgefühl vermittelt werden. Denn die Basis dieser Einschätzung ist auf einige, online verfügbare, automatisiert auslesbare Merkmale beschränkt und nicht auf einer umfassenden Prüfung, etwa der dahinterliegenden Strukturen. Ergibt sich aus der Analyse des Add-ons, dass der

Anbieter seine Interessen durchzusetzen versucht, ohne dass er die der Kunden berücksichtigt – und dies nicht nur in einem, sondern in mehreren Aspekten –, dann ist ein solcher Anbieter ebenfalls als vertrauensunwürdig zu bezeichnen. Das Konzept des Add-ons sieht vor, den Nutzer nur dann benachrichtigt wird, wenn es in – mindestens – einem Bereich umfassende Auffälligkeiten feststellt. Eine umfassende Auffälligkeit kann entweder aus mehreren Auffälligkeiten oder einer besonders gravierenden Auffälligkeit bestehen.¹⁷⁵⁵

¹⁷⁵⁵ Detailliert dazu *Bartsch/Boos/Canova/Dyck/Henhapl/Schultheis/Volkamer*, Proceedings GI-Informatik 2014, 2070 ff.

TEIL 4 DAS BROWSER-ADD-ON

Nachdem zuvor die Möglichkeiten, aber auch Grenzen der Unterstützung des Verbrauchers und Nutzers dargestellt wurden, folgt eine rechtswissenschaftliche Untersuchung des beschriebenen Techniksystems. Aus rechtlicher Sicht ist dabei zunächst die Einordnung eines Browser-Add-ons allgemein von Bedeutung. Es stellt sich also die Frage nach seiner Rechtsnatur. In Betracht kommt insbesondere die Einordnung als Software. Dabei ist zwischen verschiedenen Arten von Software zu unterscheiden. Außerdem könnte es sich bei dem Browser-Add-on um ein Telemedium handeln, da es Hinweise im Browser und im direkten Zusammenhang mit den Webseiten anzeigt.

Im Rahmen der Untersuchung sind aus praktischer Sicht vor allem Haftungsrisiken für den Anbieter eines solchen Add-ons zu untersuchen. Bei zu hohen Haftungsrisiken, die durch Haftungsausschlüsse nicht reduziert werden können, wird niemand ein solches Browser-Add-on anbieten. Dadurch käme der Nutzer nicht in den Vorteil dieser Technik. Für die Frage der Haftung gegenüber den Nutzern ist vor allem entscheidend, welche berechtigten Erwartungen ein Nutzer in das Add-on haben darf und ob diese vom Add-on erfüllt werden. Aber auch die Anbieter von Online-Versanddiensten könnten Ansprüche geltend machen wollen, wenn es zu Fehleinschätzungen kommt. Einerseits kommen dafür Anbieter von Online-Versanddiensten in Betracht, die vom Add-on schlechter bewertet wurde, als sie sind. Andererseits kommen auch Mitbewerber von Anbietern in Betracht, deren Online-Versanddienste zu gut bewertet wurden, wodurch den Mitbewerbern ein Wettbewerbsnachteil entstehen könnte. Für die Haftung ist auch die rechtliche Einordnung des Browser-Add-ons relevant.

Kapitel 1 Rechtliche Einordnung eines Browser-Add-ons

Um einschätzen zu können, ob das Anbieten eines Browser-Add-ons, wie es hier beschrieben wurde, in der Praxis realistisch ist, muss zunächst festgestellt werden, wie es rechtlich einzuordnen ist. Diese Einordnung kann beispielsweise Auswirkungen auf die Frage der Haftung, aber auch anderer rechtlicher Bestimmungen haben, die vom Add-on selbst zu beachten sind. Ein Browser-Add-on kann zum einen eine Software darstellen, wobei zwischen verschiedenen Arten von Software zu unterscheiden ist. Zum anderen könnte es sich um ein Telemedium handeln. Die Einordnung als Telemedi-

um und als Software schließt sich nicht gegenseitig aus. Soweit das Browser-Add-on in beide Kategorien fällt, ist zu untersuchen, welche Teile Telemedium und welche Software darstellen und wie diese im Verhältnis zu einander stehen.

1 Browser-Add-on als Software

Der Begriff der Software ist gesetzlich nicht definiert. Besondere Beachtung muss in diesem Zusammenhang aber der sogenannten Software-Richtlinie zukommen, die aufgrund ihres deutschen Titels auch als Computerprogramme-Richtlinie bekannt ist.¹⁷⁵⁶ In der deutschen Literatur wird allerdings zwischen den Begriffen Software und Computerprogramm unterschieden.¹⁷⁵⁷ Dennoch werden sie in aller Regel synonym verwendet. Dieser Praxis soll gefolgt werden.¹⁷⁵⁸ Auch in der Software-Richtlinie findet sich jedoch keine Definition – weder zum Begriff der Software noch zu dem des Computerprogramms.

Um Software zu definieren, kann auf § 1 (i) der Mustervorschriften der World Intellectual Property Organization (WIPO)¹⁷⁵⁹ zurückgegriffen werden. Danach ist Software „eine Folge von Befehlen, die nach Aufnahme in einen maschinenlesbaren Träger fähig sind zu bewirken, dass eine Maschine mit informationsverarbeitenden Fähigkeiten eine bestimmte Funktion oder Aufgabe oder ein bestimmtes Ergebnis anzeigt, ausführt oder erzielt“.¹⁷⁶⁰ Etwas prägnanter ist die Definition des OLG Hamburg. Es bezeichnet Software als einen „Satz von Anweisungen an ein informationsverarbeitendes Gerät und an den mit diesem Gerät arbeitenden Menschen zur Erzielung eines Ergebnisses“.¹⁷⁶¹

Das in dieser Arbeit beschriebene Browser-Add-on sorgt nach seiner Installation auf einem Computer dafür, dass die vom Nutzer im Browser aufgeru-

¹⁷⁵⁶ Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Rechtsschutz von Computerprogrammen vom 23.4.2009, ABl. EU L 111/16.

¹⁷⁵⁷ Anstelle vieler *Grütmacher*, in: Wandtke/Bullinger 2014, § 69a UWG, Rn. 3.

¹⁷⁵⁸ *Dreier/Vogel* 2008, 116; *Moritz*, in: Kilian/Heussen 2013, Teil 3, Mängelansprüche, Rn. 4. Zur Entwicklung, die Begriffe anzugleichen *Marly* 2014, Rn. 12.

¹⁷⁵⁹ Mustervorschriften der WIPO für den Schutz von Computersoftware abgedruckt in GRUR Int 1978, 286.

¹⁷⁶⁰ Rückgriff auf die Definition u.a. durch *Lehmann*, in: Loewenheim 2010, § 9 UWG, Rn. 49; *Marly* 2014, Rn. 8 m. w. N. in Rn. 9.

¹⁷⁶¹ OLG Hamburg, MMR 1999, 230 (230).

fenen Webseiten anhand von Merkmalen ausgewertet und entsprechend eines Schemas bezüglich ihrer Vertrauenswürdigkeit eingeschätzt werden. Dieses Ergebnis wird dem Nutzer dann auf dem Bildschirm angezeigt. Damit handelt es sich sowohl nach der Definition in § 1 (i) der Mustervorschriften der WIPO als auch nach der des OLG Hamburg um Software. Unerheblich ist, dass es sich bei einem Add-on lediglich um eine Erweiterung einer Software handelt.

Software kann auch als Gegensatz zur Hardware verstanden werden. Hardware umfasst die Teile eines Computers, die angefasst werden können,¹⁷⁶² also alle körperlichen Teile. Software sind im Gegenteil alle „nicht physischen Funktionsbestandteile“.¹⁷⁶³ Weil darunter sehr viele verschiedene Teile zählen, wird außerdem zwischen verschiedenen Arten von Software unterschieden. Zum einen ist zwischen Anwendungssoftware und (Betriebs-)Systemsoftware zu unterscheiden. Anwendungssoftware ist als Gegensatz zur (Betriebs-)Systemsoftware zu verstehen. Letztere regelt das Zusammenspiel und die Steuerung der Hardwarekomponenten, also den unmittelbaren Betrieb des Computers. Anwendungssoftware dient hingegen der Lösung konkreter Probleme oder Aufgabenstellungen und sorgt für die Durchführung spezifischer Funktionen.¹⁷⁶⁴ Das Browser-Add-on sorgt für eine Auswertung und anschließende Einschätzung eines Online-Versanddienstes. Auf die Steuerung und das Zusammenspiel der Hardwarekomponenten wird kein Einfluss genommen. Es handelt sich also um eine Anwendungssoftware.

Zum anderen kann zwischen Standard- und Individualsoftware unterschieden werden. Als Standardsoftware wird Software bezeichnet, „die für die Bedürfnisse einer Mehrzahl von Kunden am Markt und nicht speziell vom Auftragnehmer für den Auftraggeber entwickelt wurde, einschließlich der zugehörigen Dokumentation“.¹⁷⁶⁵ Individualsoftware wird hingegen nach den Wünschen des späteren Nutzers entwickelt. Der wesentliche Unterschied ist also, dass bei Standardsoftware eine Softwarelösung für einen ty-

¹⁷⁶² *Mehring*s, NJW 1986, 1904; BGHZ 102, 135 (140).

¹⁷⁶³ *Dreier/Vogel* 2008, 115.

¹⁷⁶⁴ *Marly* 2014, Rn. 7; *Dreier/Vogel* 2008, 116 f.

¹⁷⁶⁵ Definition laut EVB-IT Überlassung Typ A (für Standardsoftware). Diese wurde in der Literatur unter anderem von *Dreier/Vogel* 2008, 116 übernommen. Dabei unterscheidet allein der Einschluss der zugehörigen Dokumentation eine Software von dem Computerprogramm.

pischen Anwendungsfall einer Vielzahl potentieller Nutzer geschaffen wird, wohingegen Individualsoftware auf die Bedürfnisse und Wünsche eines bestimmten Nutzers abgestimmt wird. Das Browser-Add-on wird für die Gruppe der Verbraucher hergestellt. Eine Anpassung der Software an die Bedürfnisse des einzelnen Nutzers des Add-ons erfolgt nicht. Auch die Möglichkeit, dass der einzelne Nutzer innerhalb der Software bestimmte Einstellungen treffen kann, um beispielsweise das Layout an seine Bedürfnisse anzupassen, führt nicht zu einer Einordnung als Individualsoftware. Dazu wäre vielmehr eine Änderung des Programmcodes durch den Anbieter nötig. Das Browser-Add-on ist damit eine Software, genauer eine Anwendungs- und Standardsoftware.

2 Browser Add-on als Telemedium

Zusätzlich könnte es sich bei dem Browser-Add-on um ein Telemedium handeln. Unter den Begriff des Telemediums fallen nach § 1 Abs. 1 TMG¹⁷⁶⁶ alle Informations- und Kommunikationsdienste, die weder reine Telekommunikation noch Rundfunk sind. Da Informations- und Kommunikationsdienste nur Telekommunikationsdienste, Rundfunk und Telemediendienste sind, erfolgt regelmäßig eine negative Abgrenzung von Telemedien gegenüber Rundfunk und Telekommunikationsdiensten oder telekommunikationsgestützten Diensten.¹⁷⁶⁷

Eine solche Abgrenzung ist bei der Bewertung von Browser-Add-ons jedoch hinfällig, denn es handelt sich bereits nicht um einen Informations- und Kommunikationsdienst. Denn ein Browser-Add-on ist eine lokale Anwendung. Zwar erfolgt tatsächlich eine Anzeige im Browserfenster. Dadurch kann es optisch so aussehen, als würde es sich bei der Anzeige um einen Teil des angezeigten Telemediums handeln. Denn „für den Nutzer manifestiert sich die Tätigkeit eines Programms in der audio-visuellen Selbstdarstellung seiner Aktivität“.¹⁷⁶⁸ Tatsächlich werden die Hinweise jedoch vom Browser-Add-on erzeugt, das auf dem Computer des Nutzers installiert ist. Die Hinweise werden nicht von einem entfernten Server zur Verfügung gestellt und zusammen mit dem übrigen Webseiteninhalt geladen. Gerade

¹⁷⁶⁶ Ebenso in § 2 Abs. 1 Satz 3 RStV.

¹⁷⁶⁷ Detailliert zum Begriff der Telemedien s. Teil 1 3.2 Fernabsatz und elektronischer Geschäftsverkehr.

¹⁷⁶⁸ Fuhrmann 2001, 37.

diese Überbrückung von Entfernung ist jedoch für alle Informations- und Kommunikationsdienste typisch, unabhängig davon, ob es sich um ein Telemedium, Rundfunk oder Telekommunikationsdienste handelt. Insoweit ist eine Abgrenzung des Telemedien-Begriffs zu Rundfunk und Telekommunikation obsolet.

Der einzige Unterschied zwischen dem Browser-Add-on und sonstiger („normaler“) Software ist, dass die Ergebnisse nicht in einem eigenen Fenster angezeigt werden, sondern direkt im Browser. Dies stellt die Besonderheit eines Browser-Add-ons dar. Der Ort der Anzeige kann jedoch nicht dazu führen, ein Browser-Add-on als Telemedium einzuordnen. Bei dem zuvor beschriebenen Browser-Add-on handelt es sich also nicht um ein Telemedium. Eine Abgrenzung zwischen Software und Telemedium ist damit nicht nötig.

Kapitel 2 Haftung des Add-on-Anbieters

Eine wesentliche Frage beim Vertrieb eines Browser-Add-ons, das auf dem in dieser Arbeit beschriebenen Konzept basiert, ist die Haftung.¹⁷⁶⁹ Dabei ist die Haftung des Add-on-Anbieters¹⁷⁷⁰ von vielen verschiedenen Aspekten abhängig. Zur Reduzierung dieser Aspekte wird davon ausgegangen, dass der Hersteller des Add-ons dieses selbst an Verbraucher zur privaten Nutzung vertreibt. Das Add-on wird dem Nutzer dabei dauerhaft zur Nutzung überlassen. Voraussetzung ist lediglich, dass der Nutzer Verbraucher ist, die Software also nur zu privaten Zwecken nutzt.¹⁷⁷¹ Dabei wird zum einen die Möglichkeit betrachtet, dass der Vertrieb auf Datenträgern oder auch per Download, also direkt über das Internet, erfolgt. Zum anderen werden sowohl der kostenpflichtige als auch der kostenlose Vertrieb untersucht.¹⁷⁷²

¹⁷⁶⁹ Auf die außerordentliche Bedeutung der Haftungsklausel verweist etwa auch *Brandi-Dohrn*, CR 2014, 417.

¹⁷⁷⁰ Die Haftung für mögliche Zwischenhändler oder andere Dritte soll aufgrund des Umfangs der Arbeit nicht zusätzlich betrachtet werden.

¹⁷⁷¹ Durch die entsprechende Formulierung der Nutzungsbedingungen sollen nicht nur irreführende Aussagen gegenüber Unternehmern als Nutzer vermieden werden, die keine Verbraucherschutzrechte für sich geltend machen können. Gleichzeitig scheidet auch die Nutzung durch Abmahnanwälte aus, die versuchen könnten, das Add-on zu nutzen, um schneller Online-Versanddienste zu finden, bei denen sie eine nicht gesetzeskonforme Umsetzung monieren können.

¹⁷⁷² Allgemein zu Gründen von kostenfreien Softwarevertrieb *Marly* 2014, Rn. 897 ff.

Der Begriff der Haftung wird in der Literatur immer wieder mit dem der Gewährleistung in Zusammenhang gebracht. Mit Gewährleistung wurden vor der Schuldrechtsreform die Rechte bei Leistungsstörungen bezeichnet.¹⁷⁷³ Unter Haftungsfragen sind Schadensersatzansprüche zu untersuchen – unabhängig davon, ob sie etwa aufgrund von Mängeln (gelegentlich „Mängelhaftung“ genannt), sonstigen Pflichtverletzungen oder Wettbewerbsverstößen bestehen. Außerdem sind Ansprüche auf Unterlassung zu prüfen.

1 Grundprinzipien zivilrechtlicher Haftung

Ansprüche können sich aus verschiedenen Grundlagen ergeben. Ein abgeschlossenes „Haftungsrecht“ besteht nicht. Als Anspruch aus Vertrag kommt insbesondere § 280 Abs. 1 BGB in Betracht, der Schadensersatz wegen einer Pflichtverletzung des Vertragspartners gewährt. Für die Beurteilung von Schadensersatz begründenden Mängeln ist der Vertragstyp entscheidend. Dieser ist etwa von der Vertriebsform – kostenpflichtig oder kostenfrei – abhängig. Des Weiteren können sich Ansprüche grundsätzlich aus vertragsähnlichen Schuldverhältnissen und einer Geschäftsführung ohne Auftrag ergeben. Diese kommen hier jedoch nicht in Betracht. Gesetzliche Ansprüche sind neben dinglichen vor allem deliktische Ansprüche. Dabei kann zwischen sogenannter Gefährdungshaftung und Verschuldenshaftung unterschieden werden. Erstere ist verschuldensunabhängig und insbesondere in Spezialgesetzen wie dem Produkthaftungsgesetz¹⁷⁷⁴ normiert. Eine typische deliktische Anspruchsgrundlage für eine Verschuldenshaftung ist § 823 (i.V.m. § 1004) BGB. Zuletzt sind auch bereicherungsrechtliche Ansprüche möglich.

Bei Schadensersatz ist zunächst zwischen materiellen und immateriellen Schäden zu unterscheiden. Verschiedene Schadensersatzansprüche behandeln zudem etwa körperliche Schäden, Sachschäden und Vermögensschäden unterschiedlich.

¹⁷⁷³ Vielfach wurde diese Terminologie auch nach der Schuldrechtsreform (Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 29.11.2001) weitergeführt. Anstelle vieler *Hoeren* 2008, IT-Verträge, Rn. 112. Zum engen Zusammenhang von Gewährleistung und Haftung *Lehmann*, NJW 1992, 1721. Er bemängelt eine fehlende Abgrenzung.

¹⁷⁷⁴ Anstelle vieler BT-Drs. 11/2447, 11, 13; *Kullmann* 2010, § 1 Rn. 44; *Schlutz*, DStR 1994, 791 ff.; *Lehmann*, NJW 1992, 1721.

Haftungsbeschränkungen können sich sowohl aus Vertrag als auch aus Gesetz ergeben. Vertragliche Haftungsbeschränkungen sind zum Teil durch Gesetz beschränkt. Insbesondere die §§ 307 ff. BGB beschränken vertragliche Haftungsbeschränkungen im Rahmen von Allgemeinen Geschäftsbedingungen. Gesetzliche Haftungsbeschränkungen enthalten beispielsweise die §§ 8 ff. TMG. Diese sind jedoch nicht anwendbar, da es sich bei dem Browser-Add-on nicht um ein Telemedium handelt.

2 Haftung bei fehlerhafter Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit

Die Besonderheit des zuvor beschriebenen Add-ons ist die Anzeige von Hinweisen aufgrund der automatisierten Auswertung und Einschätzung eines Online-Versanddienstes. Dabei basiert diese Einschätzung auf Heuristiken.¹⁷⁷⁵ Deshalb ist es nicht ausgeschlossen, dass Einschätzungen im Einzelfall nicht korrekt sind.¹⁷⁷⁶ Einerseits kann ein Online-Versanddienst besser bewertet werden, als er ist. In diesem Fall könnte ein Nutzer, der sich auf die Einschätzung des Add-ons verlässt, einen Schaden erleiden. Vorstellbar ist beispielsweise, dass er eine Ware bestellt und nicht erhält oder seine Daten an Dritte weitergegeben werden. Andererseits kann ein Online-Versanddienst schlechter eingeschätzt werden, als er ist. Dadurch kann dem Nutzer ein lukratives Angebot entgehen, wenn er sich auf die Einschätzung verlässt. Ebenso kann der Anbieter Umsatzeinbußen erleiden. Umsatzeinbußen können aber auch dadurch entstehen, dass der Online-Versanddienst eines Mitbewerbers besser eingeschätzt wird, als er ist, und der eigene Dienst dadurch im Vergleich schlechter erscheint.

Daraus ergeben sich unterschiedliche Konstellationen, die bei der Haftung des Add-on-Anbieters aufgrund einer fehlerhaften Einschätzung durch das Add-on zu beachten sind. Zum einen sind Ansprüche zu untersuchen, die dem Nutzer gegen den Add-on-Anbieter zustehen könnten, zum anderen auch solche, die der Anbieter eines Online-Versanddienstes oder einer seiner Mitbewerber haben könnten.

¹⁷⁷⁵ Detailliert zum Vorgehen s. Teil 3 Kapitel 1 4 Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit.

¹⁷⁷⁶ Nicht betrachtet werden die Fälle, bei denen die Einschätzung aufgrund einer fehlerhaften Programmierung oder aufgrund von Schadsoftware fehlerhaft ist.

2.1 Haftung gegenüber dem Nutzer

Nutzer können sowohl aufgrund einer fehlerhaften positiven Einschätzung als auch bei einer fehlerhaften negativen Einschätzung Schäden erleiden. Dabei handelt es sich vor allem um immaterielle Persönlichkeitsrechtsverletzungen sowie materielle Vermögensschäden. Bei der Haftung gegenüber Nutzern des Add-ons sind verschiedene Schadensersatzansprüche zu untersuchen, die sich entweder aus dem Vertrag oder dem Gesetz ableiten lassen. Zwar kommt beim Datenschutz grundsätzlich auch eine Haftung aus einem vorvertraglichen Schuldverhältnis („culpa in contrahendo, § 311 BGB) in Betracht,¹⁷⁷⁷ etwa wenn der Nutzer bei einem Online-Versanddienst keinen Vertrag abschließt, aber mit seinen Nutzungsdaten in unzulässiger Weise umgegangen wird. Im Folgenden wird jedoch die Haftung des Add-on-Anbieters untersucht, für die allein das Vertragsverhältnis mit dem Nutzer des Add-ons relevant ist. Fehlerhafte Einschätzungen sind erst nach Installation der Add-ons möglich. Das Add-on wird jedoch erst nach Vertragsschluss zur Verfügung gestellt. Eine vorvertragliche Haftung kommt deshalb nicht in Betracht.

2.1.1 Vertragliche Ansprüche

Eine Haftung des Add-on-Anbieters gegenüber dem Nutzer könnte sich aus dem Vertrag über die dauerhafte Überlassung der Software ergeben. Zentrale Anspruchsgrundlage für die vertragliche Haftung ist § 280 Abs. 1 BGB.¹⁷⁷⁸ Danach haftet ein Vertragspartner, wenn er eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis verletzt, etwa eine mangelhafte Software liefert. Weitere Voraussetzung ist, dass er diese auch zu vertreten hat.¹⁷⁷⁹ Nach § 276 BGB ist dazu Vorsatz oder Fahrlässigkeit nötig. Dies gilt auch für das Verhalten gesetzlicher Vertreter und Erfüllungsgehilfen (§ 278 Satz 1 Alt. 2 BGB). Mitverschulden des Nutzers kann indes nach § 254 BGB die Höhe des Schadensersatzes mindern. Zumindest Mitverschulden ist anzunehmen, wenn

¹⁷⁷⁷ *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 7 BDSG, Rn. 55; *Gola/Schomerus* 2010, § 7 BDSG, Rn. 18; *Däubler*, in: *Däubler u. a.* 2014, § 7 BDSG, Rn. 28; *Gabel*, in: *Taeger/Gabel* 2013, § 7 BDSG, Rn. 24.

¹⁷⁷⁸ So auch anstelle vieler *Dreier/Vogel* 2008, 187. Weitere vertragliche Anspruchsgrundlagen bilden § 280 Abs. 2 und 3 sowie §§ 281 bis 284 BGB.

¹⁷⁷⁹ Dabei handelt es sich um Schadensersatz neben der Leistung. Unter den zusätzlichen Voraussetzungen der §§ 280 Abs. 3 BGB kann auch ein Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung vorliegen. Dazu etwa *Marly* 2014, Rn. 1320 ff.

ein Nutzer ohne weiteres der Einschätzung des Add-ons folgt, ohne eigene Beobachtungen anzustellen.

Für § 280 BGB ist unerheblich, um welche Vertragsart es sich handelt. Jedoch kommt ein Schadensersatzanspruch insbesondere aufgrund der Mangelhaftigkeit der Software in Betracht.¹⁷⁸⁰ Um zu bestimmen, welches Mängelrecht anwendbar ist, muss jedoch zunächst der Vertragstyp festgestellt werden, denn das Mängelrecht ist bei verschiedenen Vertragstypen unterschiedlich geregelt. Beim Kaufvertrag liegt beispielsweise, anders als beim Werkvertrag, die Wahl der Nacherfüllung beim Käufer und es ist keine Abnahme nötig. Andersherum sind beim Werkvertrag zum Beispiel Werbeausagen nicht bei der Bestimmung der geschuldeten Leistung heranzuziehen.¹⁷⁸¹ Bei der Einordnung des Vertragstyps ist zwischen der kostenpflichtigen und einer kostenfreien dauerhaften Überlassung zu unterscheiden.

2.1.1.1 Bei kostenpflichtigem Vertrieb des Add-ons

Um zu bestimmen, welches Mängelrecht auf den Vertrag über die dauerhafte Überlassung der Software anzuwenden ist, muss zunächst für den Fall des kostenpflichtigen Vertriebs der Vertragstyp bestimmt werden. Software wird häufig gegen Zahlung eines Entgelts, also kostenpflichtig, zur Verfügung gestellt. Obwohl es sich um einen alltäglich vorkommenden Vorgang handelt, ist die Frage, welcher Vertragstyp vorliegt, umstritten.¹⁷⁸² Insbesondere werden die Vertragstypen Werkvertrag, Kaufvertrag, Werklieferungsvertrag und – nur bei vorübergehender Überlassung – Mietvertrag¹⁷⁸³ diskutiert. Aber auch andere, im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht genannte Vertragstypen wurden diskutiert. Nach § 631 BGB ist ein Vertrag über das Herstellen oder Verändern einer Sache ein Werkvertrag. Beim Kaufvertrag wird bereits Fertiggestelltes vertrieben. Dabei wird zusätzlich zwischen ei-

¹⁷⁸⁰ So etwa auch *Redeker* 2012, Rn. 369. Da es sich bei dem hier untersuchten Szenario um einen Verbrauchsgüterkauf handelt, besteht gemäß § 476 BGB in den ersten sechs Monaten die widerlegliche Vermutung, dass ein vorhandener Mangel bereits bei Gefahrübergang vorlag.

¹⁷⁸¹ Detailliert *Schneider* 2009, Teil D, Rn. 558 ff. Insgesamt bestehen seit der Schuldrechtsreform aber keine großen Unterschiede mehr bei der Haftung für Mängel.

¹⁷⁸² Ausführlich etwa *Marly* 2014, Rn. 696 ff.

¹⁷⁸³ Ausführlich zur Überlassung von Standardsoftware *Schneider* 2009, Teil J, Rn. 362a ff. Eine Übersicht mit Hinweisen auf die Rechtsprechung des BGH enthält *Schneider* 2009, Teil D, Rn. 20. Zu den Unterschieden bei den Mängelrechten *Junker/Benecke* 2003, Rn. 259.

nem Sachkauf nach § 433 BGB und einem Rechtskauf nach § 453 Abs. 1 BGB unterschieden.¹⁷⁸⁴ Allerdings verweist § 453 Abs. 1 BGB auf die Vorschriften zum Sachkauf, sodass die Unterscheidung keine unterschiedlichen Rechtsfolgen nach sich zieht. Zwischen dem Kauf- und Werkvertrag ist der Werklieferungsvertrag im Sinne des § 651 BGB einzuordnen, bei dem die Lieferung herzustellender oder zu erzeugender beweglicher Sachen vereinbart wird. Nach Satz 1 ist darauf Kaufrecht anzuwenden.¹⁷⁸⁵

Die Diskussion wird vor allem anhand der Frage geführt, ob Software eine Sache ist.¹⁷⁸⁶ Nach ständiger höchstrichterlicher Rechtsprechung ist das kaufrechtliche Mängelrecht „zumindest entsprechend“ anzuwenden.¹⁷⁸⁷ Zur Sacheigenschaft heißt es: „Wird eine vorgefertigte Standardsoftware dem Erwerber gegen einmaliges Entgelt auf Dauer zu freier Verfügung überlassen, so sind bei Mängeln der Software die Vorschriften (des Sachkaufs) zumindest entsprechend anwendbar.“¹⁷⁸⁸ So geht auch in der Literatur die absolut herrschende Meinung von der Anwendbarkeit des Kaufvertragsrechts – teilweise beschränkt auf die Mängelrechte – aus.¹⁷⁸⁹ Nur eine Mindermeinung stellt den nicht-materiellen Teil in den Fokus und lehnt deshalb einen (reinen) Sachkauf ab.¹⁷⁹⁰ Es wird weiterhin darüber gestritten, ob der Sachkauf nur für Software gilt, die auf einem Datenträger vertrieben wird, oder auch für solche, die unkörperlich, also per Download, vertrieben wird. Dabei hat der Bundesgerichtshof auch zu dieser Frage bereits Stellung ge-

¹⁷⁸⁴ Detailliert zum Kaufvertrag s. Teil 1 3.1.2 Kaufvertrag. Zu der Unterscheidung zwischen Kauf von Sachen und Rechten detailliert *Redeker* 2012, Rn. 545; *Dreier/Vogel* 2008, 117 ff.; *Mehrings*, NJW 1986, 1905 f.; *Moritz*, in: Kilian/Heussen 2013, Teil 3, Mängelansprüche, Rn. 105 ff.

¹⁷⁸⁵ Nach h. M. nicht oder nur in besonderen (hier nicht vorliegenden) Fällen anwendbar *Schneider* 2009, Teil D, Rn. 498 und 508 und *Dreier/Vogel* 2008, 141 ff. jeweils m. w. N.

¹⁷⁸⁶ *Schneider* 2009, Teil D, Rn. 294; *Marly* 2014, Rn. 696 ff.; *Junker/Benecke* 2003, Rn. 261 und 155 f.; *Dreier/Vogel* 2008, 118 f.; *Moritz*, in: Kilian/Heussen 2013, Teil 3, Mängelansprüche, Rn. 16 ff.

¹⁷⁸⁷ St. Rechtsprechung BGHZ 102, 135 (144); BGHZ 109, 97 (100 f.); BGHZ 143, 307 (309); BGH, NJW 2007, 2394 (2394).

¹⁷⁸⁸ BGHZ 102, 135 (Leitsatz).

¹⁷⁸⁹ *Marly* 2014, Rn. 743 ff.; *Taeger*, CR 1996, 260 f.; *Spindler*, GRUR 2013, 3702 m. V. a. das UsdSoft-Urteil des EuGH, NJW 2012, 2565 (Rn. 42); *Junker/Benecke* 2003, Rn. 157ff.; *von dem Bussche/Schelinski*, in: Leupold/Glossner 2013, Teil 1, Rn. 174; *Hoeren*, ZAP 1991, Fach 6, 126; *Redeker* 2012, Rn. 523 ff.; a. A. *Moritz*, in: Kilian/Heussen 2013, Teil 3, Mängelansprüche, Rn. 16 ff., der vor allem auf die geistige Leistung bei Software abstellt. A. A. *Schneider* 2009, Teil D, Rn. 503 f.

¹⁷⁹⁰ *Schneider* 2009, Teil D, Rn. 503 f. m. w. N.; *Moritz*, in: Kilian/Heussen 2013, Teil 3, Mängelansprüche, Rn. 107 ff.

nommen.¹⁷⁹¹ Eine andere Vertriebsart, die sich allein bezogen auf den „Transportweg“ der Kaufsache unterscheidet, darf nicht zu einer anderen rechtlichen Beurteilung führen.¹⁷⁹² Im Folgenden wird auf den körperlichen und den unkörperlichen Vertrieb einheitlich das Mängelrecht des Kaufrechts angewandt, das sowohl für den Sach- als auch für den Rechtskauf gilt. Die Systematik der Mängelrechte des Käufers sieht gemäß § 437 Nr. 1 BGB vorrangig die Nacherfüllung nach § 439 Abs. 1 BGB vor.¹⁷⁹³ Erst nach erfolgloser Fristsetzung kann gemäß § 437 Nr. 3 Alt. 1 BGB Schadensersatz nach § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB verlangt werden.¹⁷⁹⁴

Eine Schadensersatzpflicht des Add-on-Anbieters nach § 437 Nr. 3 Alt. 1 i. V. m. §§ 440, 280, 281, 283 und 311a BGB besteht, wenn die Software mangelhaft ist. Dabei ist der Mangelbegriff des Kauf-, Miet- und Werkvertragsrechts inhaltlich gleich.¹⁷⁹⁵ Obwohl seit der Schuldrechtsreform der Begriff des Mangels den des Fehlers im Bürgerlichen Gesetzbuch ersetzt,¹⁷⁹⁶ soll der Unterschied zwischen dem technischen Fehlerbegriff und dem des Mangels (ehemals juristischer Fehlerbegriff) herausgestellt werden. Ein Fehler im technischen Sinne ist „jegliche Abweichung in Inhalt, Aufbau und Verhalten eines Objekts zwischen ermittelten, beobachteten oder gemessenen Daten einerseits und den entsprechenden, in den Zielvorgaben spezifizierten oder theoretisch gültigen Daten andererseits“.¹⁷⁹⁷ Damit ist „jedes objektive technische Versagen der Software“¹⁷⁹⁸ erfasst. Es ist allgemein – in der Rechtswissenschaft wie in der Informatik – anerkannt, dass eine Fehlerfreiheit im technischen Sinne nicht möglich ist.¹⁷⁹⁹ Rechtlich ist jedoch nicht die technische Fehlerfreiheit geschuldet, sondern lediglich die Mangelfreiheit. Ein Mangel liegt nur vor, wenn die Abweichung des Ist- von der Soll-Beschaffenheit die nach Vertrag geschuldete Verwendungsfähigkeit der

¹⁷⁹¹ BGHZ 109, 97 (99 f.).

¹⁷⁹² Anstelle vieler *Jickeli/Stieper*, in: Staudinger, BGB, Buch 1, 2011, § 90 BGB, Rn. 12 ff.; *Marly* 2014, Rn. 825; *Bartsch*, CR 1992, 396.

¹⁷⁹³ Ausführlich zur Nacherfüllung bei Software *Junker/Benecke* 2003, Rn. 316 ff.

¹⁷⁹⁴ Weitere hier nicht betrachtete Mängelrechte des Käufers sind der Rücktritt vom Vertrag oder die Kaufpreisminderung (§ 437 Nr. 2 BGB) sowie der Ersatz vergeblicher Aufwendungen (Nr. 3 Alt. 2).

¹⁷⁹⁵ *Marly* 2014, Rn. 1440; *Dreier/Vogel* 2008, 189 ff.; *Junker/Benecke* 2003, Rn. 257, 270.

¹⁷⁹⁶ *Junker/Benecke* 2003, Rn. 266; *Schneider* 2009, Teil J, Rn. 301.

¹⁷⁹⁷ *Marly* 2014, Rn. 1436 m. V. a. Bons mit verschiedenen Quellen.

¹⁷⁹⁸ *Hoeren* 2008, IT-Verträge, Rn. 39; eine ähnliche Definition verwendet auch *Taeger*, CR 1996, 265 nach *Gorny*, CR 1986, 674.

¹⁷⁹⁹ Anstelle vieler *Taeger* CR 1996, 257 m. w. N.; *Marly* 2014, Rn. 1437 ff.

Software einschränkt.¹⁸⁰⁰ Nicht jeder technische Fehler ist also auch ein rechtlicher Mangel. Es ist jedoch auch kein technischer Fehler nötig, damit die Software mangelhaft ist. So sind beispielsweise Programmsperren keine technischen Fehler, wenn sie wie beabsichtigt funktionieren. Dennoch können sie einen rechtlichen Mangel darstellen. Dasselbe gilt für das Fehlen vertraglich vereinbarter Funktionen.¹⁸⁰¹

Der Add-on-Anbieter muss gegenüber dem Nutzer nur aufgrund fehlerhafter Einschätzungen haften, wenn die Ware mangelhaft ist. Im Kaufrecht wird zwischen Sach- und Rechtsmängeln (§§ 434 f. BGB) unterschieden. Bei einer fehlerhaften Einschätzung durch das Add-on kommt ein Sachmangel in Betracht. Ein solcher liegt nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB vor, wenn die Software nicht der vereinbarten Beschaffenheit entspricht. Wurde nichts vereinbart oder lässt sich eine Vereinbarung nicht nachweisen,¹⁸⁰² liegt ein Mangel vor, wenn sich die Software nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet (Satz 2 Nr. 1). Lässt sich auch in dieser Hinsicht nichts aus dem Vertrag schließen, ist auf eine Eignung für die gewöhnliche Verwendung und eine übliche sowie vom Käufer erwartbare Beschaffenheit abzustellen (Satz 2 Nr. 2). Zusätzlich zum Vertrag und den näheren Umständen sind bei Kaufverträgen gemäß § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB grundsätzlich auch Werbeaussagen und Herstellerangaben heranzuziehen. Das gilt unabhängig von der Quelle, Art und Form der Aussage.¹⁸⁰³

Von der Rechtswissenschaft wurden Kategorien von Softwaremängeln gebildet. Mängel können vorliegen, wenn die Funktionalität eingeschränkt wird, die Software nicht kompatibel, effizient oder sicher ist. Dasselbe gilt für schlecht benutzbare oder unzuverlässige Software. Ebenso können Verwendungsbeschränkungen einen Mangel darstellen.¹⁸⁰⁴ Erfolgen durch das Add-on falsche Einschätzungen, kann es sich um einen Funktionsmangel handeln, da eine Diskrepanz zwischen den erwarteten und tatsächlichen Ergebnissen des Programms besteht. Ein Beispiel für einen Funktionsman-

¹⁸⁰⁰ *Junker/Benecke* 2003, Rn. 266; ähnlich *Marly* 2014, Rn. 1436. *Dreier/Vogel* 2008, 189 sprechen von einer faktischen Verwendungstauglichkeit.

¹⁸⁰¹ *Mehring*s, NJW 1986, 1906 f.; *Dreier/Vogel* 2008, 193; *Hoeren* 2008, IT-Verträge, Rn. 39.

¹⁸⁰² *Marly* 2014, Rn. 1441.

¹⁸⁰³ *Schneider* 2009, Teil D, Rn. 552; *Hoeren* 2008, IT-Verträge, Rn. 51 ff.

¹⁸⁰⁴ *Hoeren* 2008, IT-Verträge, Rn. 43 ff.; ähnlich *Junker/Benecke* 2003, Rn. 270 und *Dreier/Vogel* 2008, 189 ff. Eine umfangreiche Übersicht über Softwarefehler enthält *Schneider* 2009, Teil D, Rn. 818 ff.

gel ist ein fehlerhafter Algorithmus, etwa beim Berechnen von Zinsen¹⁸⁰⁵ oder bei der Addition.¹⁸⁰⁶ Auch Finanzbuchhaltungsprogramme, die den Bilanzrichtlinien widersprechen,¹⁸⁰⁷ oder Computersysteme (für den deutschen Markt), die keine Umlaute unterstützen,¹⁸⁰⁸ sind mangelhaft. Anders als in den zuvor genannten Beispielen können Einschätzungen keine sicheren Werte liefern – anders als die Summe bei einer Addition. Es gibt keine klare Grenze zwischen richtig und falsch. Auch die Vertrauenswürdigkeit von Online-Versanddiensten ist kein harter Faktor, wie beispielsweise Bilanzrichtlinien, die klare Vorgaben machen.

Eine Software, die die Vertrauenswürdigkeit eines Online-Versanddienstes einschätzt, kann eher mit einer Übersetzungssoftware verglichen werden. Bei Letzterer gibt es zwar ein „Richtig“ und „Falsch“. Es existieren jedoch auch Stufen dazwischen. Bei einer Übersetzungssoftware wurde beispielsweise ein Mangel angenommen, weil die Qualität der Übersetzungen vom Software-Anbieter deutlich besser dargestellt wurde, als die von der Software gelieferten Ergebnisse. Konkret wurde der Eindruck grammatikalisch korrekter Übersetzungen vermittelt, obwohl lediglich eine Wort-für-Wort-Übersetzung vorgenommen wurde.¹⁸⁰⁹ Dies verdeutlicht, dass für die Beurteilung technischer Unzulänglichkeiten als Mangel Werbeaussagen, Produktbeschreibungen und der Vertrag selbst entscheidend sind. Je nachdem, wie die Leistungsbeschreibung formuliert ist, kann etwas als Mangel eingestuft werden oder als „systembedingte Produkteigenschaft“.¹⁸¹⁰

Die Leistungsbeschreibung kann zum einen die Beschaffenheit der Software bestimmen und zum anderen auch – die nur nachrangig heranzuziehende – nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung.¹⁸¹¹ Mehr darf der Käufer in aller Regel nicht erwarten.¹⁸¹² Dies gilt umso mehr, als keine mit dem hier beschriebenen Add-on vergleichbare Software auf dem Markt verfügbar ist. Damit kann der Käufer keine abweichende Vorstellung vom Funktionsum-

¹⁸⁰⁵ Hoeren, ZAP 1991, Fach 6, 129.

¹⁸⁰⁶ OLG Köln, NJW-RR 1993, 1140.

¹⁸⁰⁷ OLG Hamm, NJW-RR 1995, 941 (942).

¹⁸⁰⁸ LG Ellwangen, CR 1987, 231 (232).

¹⁸⁰⁹ AG Reutlingen, NJW-RR 1995, 941.

¹⁸¹⁰ Moritz, in: Kilian/Heussen 2013, Teil 3, Mängelansprüche, Rn. 122.

¹⁸¹¹ Schneider 2009, Teil D, Rn. 542 ff.; Junker/Benecke 2003, Rn. 261; Marly 2014, Rn. 1446, 1450; Hoeren 2008, IT-Verträge, Rn. 41.

¹⁸¹² Marly 2014, Rn. 1450.

fang aufgrund eines vergleichbaren Produktes haben. Die Leistungsbeschreibung unterliegt außerdem gemäß § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB nicht der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle.¹⁸¹³ Die Leistungsbeschreibung ist jedoch möglichst konkret zu formulieren.¹⁸¹⁴

Dem Käufer muss deutlich gemacht werden, dass das Add-on keine juristische Prüfung durchführt. Auch wenn in Fachkreisen bekannt sein dürfte, dass derzeit keine Software eine juristische Prüfung (in einem solchen Umfang) durchführen kann, darf dieser Eindruck auch nicht erweckt werden.¹⁸¹⁵ Eine juristische Prüfung könnte ebenfalls als kostenpflichtige Rechtsberatung verstanden werden, wenn die Software kostenpflichtig vertrieben wird. Die juristische Beratung ist nach dem Rechtsdienstleistungsgesetz¹⁸¹⁶ jedoch bestimmten Berufsgruppen, vor allem Rechtsanwälten, vorbehalten. Umso mehr muss der Eindruck verhindert werden, dass eine juristische Prüfung der Online-Versanddienste stattfände.

Die Software richtet sich an Verbraucher. Deshalb ist deren Kenntnisstand und Sprachverständnis als Anhaltspunkt für den Umfang und die Formulierung der Leistungsbeschreibung heranzuziehen. In der direkten Konsequenz darf weder von einer „rechtlichen Prüfung“ noch von einer „Überprüfung des Verbraucher- und Datenschutzes“ gesprochen werden. Es muss außerdem deutlich werden, dass das Add-on nur auf den Webauftritt, aber nicht die dahinterliegenden Strukturen oder das Unternehmen zugreifen kann. Ein solcher Eindruck kann beim Käufer sehr leicht entstehen, da er die Software gedanklich mit einem Online-Prüfsiegel vergleichen könnte. Zuletzt muss auch der Eindruck einer Verbindlichkeit der Aussage vermieden werden. Neben dem Begriff „Prüfung“ sollte auch nicht von einer „Bewertung“ gesprochen werden, stattdessen kann „Einschätzung“ verwendet werden. Außerdem ist ein Hinweis darauf sinnvoll, dass die Methode auf Heuristiken, also „Annahmen“, basiert. Der Nutzer ist außerdem explizit auf die Möglichkeit von Fehleinschätzungen hinzuweisen.

Eine Leistungsbeschreibung könnte (in Ausschnitten) wie folgt lauten. „Das Add-on analysiert die Webseite des Online-Shops. Dabei werden bestimmte,

¹⁸¹³ Kritisch dazu *Moritz*, in: Kilian/Heussen 2013, Teil 3, Mängelansprüche, Rn. 176.

¹⁸¹⁴ *Schneider* 2009, Teil D, Rn. 538 ff. auch mit Hinweis auf die nötige Abgrenzung zur Garantie.

¹⁸¹⁵ AG Reutlingen, NJW-RR 1995, 941, weist außerdem auf die Möglichkeit einer irreführenden Werbung hin.

¹⁸¹⁶ Gesetz über außergerichtliche Rechtsdienstleistungen.

beispielhafte Merkmale erkannt, die typischerweise auf verbraucherfreundliches oder -feindliches sowie datenschutzfreundliches oder -feindliches Verhalten hinweisen. Die daraus abgeleitete Einschätzung basiert auf allgemeinen Annahmen und kann deshalb in Einzelfällen auch unzutreffend sein. Eine Aussage etwa über die Zulässigkeit einzelner Klauseln oder die nachträgliche Verarbeitung ihrer Daten im Unternehmen kann gar nicht getroffen werden. Ziel des Add-ons ist es, den Nutzer auf Auffälligkeiten im Bereich des Verbraucher- und Datenschutzes hinzuweisen, damit der Nutzer sich schneller einen Eindruck verschaffen kann, der nicht nur auf einem ersten – vor allem optischen – Eindruck der Webseite basiert.“

Außerdem ist dem Nutzer mitzuteilen, welche Merkmale im Einzelnen untersucht werden. Dies kann in Form einer übersichtlich gestalteten Liste geschehen. Damit wird gewährleistet, dass der Nutzer sich darüber informieren kann, welche Merkmale als relevant eingestuft werden. Dies kann – zusätzlich zur höheren Transparenz – auch einen Beitrag zur Aufklärung des Nutzers über relevante Aspekte im Bereich des Verbraucher- und Datenschutzes leisten.

Zur Verdeutlichung, dass Einschätzungen auch fehlerhaft sein können, kann im Add-on an zentraler Stelle eine Funktion implementiert werden, mit der der Nutzer Einschätzungen melden kann, die seiner Meinung nach fehlerhaft sind. Diese Meldungen kann der Add-on-Anbieter nutzen, indem er sie zunächst einer eigenen Kontrolle unterzieht und darauf basierend den Algorithmus des Add-ons gegebenenfalls verbessert. Solange sich die Software noch in einer Probephase („Beta-Test“) befindet, muss der Käufer darauf und die damit einhergehende höhere Fehlerwahrscheinlichkeit explizit hingewiesen werden.

Ist die Leistungsbeschreibung ausreichend deutlich formuliert und werden in der Werbung oder durch Dritte keine anderslautenden Informationen verbreitet, stellt eine fehlerhafte Einschätzung keinen Mangel da. Der Add-on-Anbieter haftet dann nicht gegenüber dem Nutzer wegen fehlerhaften Einschätzungen, wenn er die Software kostenpflichtig vertreibt.

2.1.1.2 Bei kostenfreiem Vertrieb des Add-ons

Software, die kostenfrei an grundsätzlich jedermann vertrieben wird, wird als „Freeware“ bezeichnet.¹⁸¹⁷ Diese Art des Softwarevertriebs ist insbesondere im Bereich des unkörperlichen Vertriebs, also durch Download, weit verbreitet. Gründe dafür können vielfältig sein. Neben altruistischen Motiven kann auch die Verbreitung einer Software, etwa zum späteren, kostenpflichtigen Verkauf von Upgrades oder Vollversionen gewollt sein.¹⁸¹⁸

Beim kostenfreien Vertrieb der Software entfällt die Entgeltspflicht des Vertragspartners. Damit kann es sich nicht um einen Kaufvertrag handeln. Stattdessen geht die ganz herrschende Meinung davon aus, dass es sich um eine Schenkung im Sinne des § 516 Abs. 1 BGB handelt.¹⁸¹⁹ Dabei führt eine unentgeltliche Zuwendung zu einer Bereicherung des Beschenkten aus dem Vermögen des Schenkers. Durch die Bewirkung der Leistung wird der Formmangel aufgrund des Fehlens einer notariellen Beurkundung nach § 518 Abs. 2 BGB geheilt. Von einer Schenkung kann auch dann ausgegangen werden, wenn der Schenker eine Aufwandsentschädigung erhält, etwa um die Kosten für einen Datenträger und den Versand zu decken, wenn die Software nicht per Download bereitgestellt wird. Die Aufwandsentschädigung darf aber nicht über eine Kostendeckung hinausgehen.¹⁸²⁰

Beim Schenkungsvertrag handelt es sich – anders als beim Kaufvertrag – nicht um einen gegenseitigen Vertrag. Dadurch ergeben sich auf der Seite des Schenkers auch nur geringere Pflichten als beim Verkäufer. Der Add-on-Anbieter muss die Software rechtmäßig dem Beschenkten überlassen dürfen. Dies steht bei dem hier untersuchten Szenario, bei dem der Herstel-

¹⁸¹⁷ Diese ist von Open Source Software abzugrenzen. Letzteres bezeichnet Software die weiterte Nutzungsrechte einräumt, z. B. zur Weiterentwicklung. *Marly* 2014, Rn. 893 unterscheidet ebenso, zu Open Source Software Rn. 935 ff.

¹⁸¹⁸ *Von dem Bussche/Schelinski*, in: *Leupold/Glossner* 2013, Teil 1, Rn. 260; *Marly* 2014, Rn. 897 ff.

¹⁸¹⁹ H. M. *Marly* 2014, Rn. 961 ff.; *Redeker* 2012, Rn. 595a; *Dreier/Vogel* 2008, 187; ausführlich *Steinle*, *JurPC Web-Dokument* 139/2007, Abs. 78 ff.; wohl auch *Moritz*, in: *Kilian/Heussen* 2013, Teil 3, Mängelansprüche, Rn. 180; a. A. *Cichon* 2005, § 8, Rn. 1076 ff., die kein Vertragsverhältnis entstehen lassen will. Folgte man dieser Rechtsauffassung, bestünde kein Haftungsrisiko aufgrund vertraglicher Ansprüche. Auch deliktische Ansprüche ablehnend *Cichon* 2005, § 8, Rn. 1083 ff. *Metzger/Jaeger*, *GRUR Int* 1999, 847 gehen von einem Auftrag im Sinne des § 662 BGB aus.

¹⁸²⁰ *Metzger/Jaeger*, *GRUR Int* 1999, 847 f.; zustimmend *von dem Bussche/Schelinski*, in: *Leupold/Glossner* 2013, Teil 1, Rn. 263

ler die Software selbst vertreibt, außer Frage. Weitergehende Pflichten treffen den Schenker jedoch nicht.¹⁸²¹

Auch die Haftung des Add-on-Anbieters wird reduziert. Wie beim Kaufvertrag kann sich zwar auch bei der Schenkung ein Schadensersatzanspruch gegen den Add-on-Anbieter aus § 280 Abs. 1 BGB ergeben. Jedoch hat der Schenker nach § 521 BGB nur Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit zu vertreten. Grobe Fahrlässigkeit liegt bei einem Handeln vor, „bei dem die erforderliche Sorgfalt nach den gesamten Umständen in ungewöhnlich großem Maße verletzt worden ist und bei dem dasjenige unbeachtet geblieben ist, was im gegebenen Falle jedoch hätte einleuchten müssen“.¹⁸²² Mithin werden hohe Anforderungen an das Vorliegen eines Schadensersatzanspruchs gestellt.¹⁸²³

Auch bei der Schenkung ist jedoch zunächst zu prüfen, ob ein Mangel überhaupt vorliegt. Der Sachmangel ist im Schenkungsrecht nicht gesondert definiert. § 524 BGB regelt jedoch speziell die Haftung in diesen Fällen. Dabei spricht Absatz 1 wohl versehentlich noch von einem Fehler anstelle eines Mangels.¹⁸²⁴ Die Haftung beschränkt sich danach auf arglistig verschwiegene Mängel, also verschuldet verschwiegene Mängel.¹⁸²⁵ Der Schenker schuldet die Software also nur in dem Zustand, in dem er sie hat, soweit sie funktionstauglich ist.¹⁸²⁶ Mängel, die ihm bekannt sind, muss er offenlegen.¹⁸²⁷

Wie bereits zum kostenpflichtigen Vertrieb des Add-ons ausgeführt, ist für die Beurteilung eines Mangels auf den Vertrag abzustellen. Bei der Schenkung ist zudem nicht auf öffentliche Aussagen abzustellen. Soweit also auch beim kostenfreien Vertrieb der Software eine Leistungsbeschreibung aufgenommen wird, die der beim Kaufvertrag beschriebenen entspricht, entsteht auch dort kein Anspruch des Nutzers gegen den Add-on-Anbieter aus Mängelhaftung.

¹⁸²¹ *Von dem Bussche/Schelinski*, in: Leupold/Glossner 2013, Teil 1, Rn. 264 f.

¹⁸²² BGHZ 89, 153 (161).

¹⁸²³ *Brandi-Dohrn*, CR 2014, 426 plädiert für den Wegfall der Haftung bei kostenfrei vertriebener Software.

¹⁸²⁴ So etwa auch *Chiusi*, in: Staudinger, Buch 2 2013, § 524 BGB, Rn. 2.

¹⁸²⁵ Zum Begriff der Arglist als Vorsatz *Armbrüster*, in: MüKo BGB, Band 1 2012, §123 BGB, Rn. 17; *Singer*, in: Staudinger, Buch 1 2011, § 123 BGB, Rn. 46 f.

¹⁸²⁶ *Von dem Bussche/Schelinski*, in: Leupold/Glossner 2013, Teil 1, Rn. 268.

¹⁸²⁷ *Von dem Bussche/Schelinski*, in: Leupold/Glossner 2013, Teil 1, Rn. 269.

2.1.2 Gesetzliche Ansprüche

Neben Ansprüchen, die sich aus dem Vertrag ergeben, besteht auch die Möglichkeit, dass dem Nutzer Schadensersatz vom Add-on-Anbieter aus gesetzlichen Ansprüchen zusteht. Anders als bei den vertraglichen, vor allem synallagmatischen, Ansprüchen schützen die gesetzlichen Ansprüche nicht das Äquivalenzinteresse, sondern lediglich das Integritätsinteresse, also das Interesse des Nutzers, dass ihm kein Schaden zugefügt wird.

Eine Haftung des Add-on-Anbieters gegenüber dem Nutzer kommt aufgrund der Produkt- und Produzentenhaftung in Betracht.¹⁸²⁸ Bei der Produkthaftung handelt es sich um eine verschuldensunabhängige Haftung, wohingegen die Produzentenhaftung, die aus § 823 Abs. 1 BGB entwickelt wurde, Verschulden voraussetzt. Nicht relevant ist hingegen die Gefährdungshaftung nach § 7 BDSG,¹⁸²⁹ da das Add-on personenbezogene Daten, etwa die besuchten Webseiten, nur lokal auf dem Computer des Nutzers verarbeitet und dem Anbieter nicht zur Verfügung stellt. Der Anbieter des Add-ons ist deshalb nicht verantwortliche Stelle.

2.1.2.1 Produkthaftungsgesetz

Die Produkthaftung ist in einem Spezialgesetz, dem Produkthaftungsgesetz, normiert und basiert auf der Produkthaftungs-Richtlinie.¹⁸³⁰ Danach haftet der Hersteller eines Produkts während der zehn Jahre nach dem Inverkehrbringen (§ 13 ProdHG) unabhängig von seinem Verschulden für seine Produkte. In dem hier untersuchten Szenario vertreibt derjenige, der das Endprodukt hergestellt hat (§ 4 Abs. 1 Var. 1 ProdHG), die Software selbst. Der Add-on-Anbieter ist demnach also der „tatsächliche Hersteller“,¹⁸³¹ weil er in eigener Verantwortung das Produkt hergestellt hat.

Viel diskutiert wurde die Frage, ob Software ein Produkt im Sinne des § 2 ProdHG ist. Denn danach ist ein Produkt nur „jede bewegliche Sache, auch wenn sie einen Teil einer anderen beweglichen Sache oder einer unbewegli-

¹⁸²⁸ Anstelle vieler *Taeger* 1995, 79 ff.

¹⁸²⁹ Zu dieser Anspruchsgrundlage detailliert *Taeger* 1995, 272 ff.

¹⁸³⁰ Richtlinie 85/374/EWG des Rates zur Angleichung der Rechts und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte vom 25.7.1985, ABl. EG L 210, 29.

¹⁸³¹ *Littbarski*, in: Kilian/Heussen 2013, Teil 18, Rn. 140 und 148.

chen Sache bildet, sowie Elektrizität“. Soweit Standardsoftware auf einem Datenträger vertrieben wird, geht die ganz herrschende Meinung von einem Produkt aus.¹⁸³² Beim Vertrieb der Standardsoftware per Download stellt diese aber ebenfalls als ein Produkt dar.¹⁸³³ Dies wird sogar von einem Teil der Literatur anerkannt, der die Einordnung des Vertrags als Kaufvertrag verneint, da es an einer Sacheigenschaft der Software mangle. Denn der Begriff der „Sache“ ist autonom nach dem EU-Recht auszulegen. Die Definition des § 2 ProdHG zeigt bereits, dass der Begriff nicht identisch mit dem Sachbegriff des § 90 BGB¹⁸³⁴ sein kann, weil darunter keine Elektrizität fällt.¹⁸³⁵ Ebenso wie Elektrizität ist auch Software – unabhängig von ihrer Verkörperung – als Wirtschaftsgut zu sehen, das in den Verkehr gebracht wurde und Schäden erzeugen kann. Genau diese Produkte sollen von der Produkthaftungs-Richtlinie erfasst werden.¹⁸³⁶ Auch die Europäische Kommission geht davon aus, dass Software von der Richtlinie erfasst wird.¹⁸³⁷

Wird die Software kostenfrei vertrieben, besteht jedoch grundsätzlich – unabhängig von der Vertriebsform – kein Anspruch aus dem Produkthaftungsgesetz. Denn § 1 Abs. 2 Nr. 3 ProdHG bestimmt, dass nur mit Kommerzialisierungsabsicht, beruflich hergestellte Produkte erfasst werden sollen. Der Add-on-Anbieter haftet in diesem Fall nicht gegenüber dem Nutzer wegen fehlerhafter Einschätzungen.

Ein Anspruch auf Schadensersatz wird außerdem zum einen in § 10 ProdHG der Höhe nach abhängig von der Schadensart begrenzt. Zum ande-

¹⁸³² Anstelle vieler *Taeger*, CR 1996, 258 f.; *Marly* 2014, Rn. 1863.

¹⁸³³ Str. zustimmend *Hoeren* 2008, IT-Verträge, Rn. 81; *Taeger*, CR 1996, 259 ff.; *Taeger* 1995, 145 ff.; *Junker/Benecke* 2003, Rn. 366; *Marly* 2014, Rn. 728 f.; *Lehmann*, NJW 1992, 1724 jeweils m. w. N.; *Littbarski*, in: *Kilian/Heussen* 2013, Teil 18 (Stand 1998), Rn. 46, 120; Europäische Kommission, Schriftliche Anfrage Nr. 706/88, Produkthaftung für Computerprogramme, ABl. EG C 114 114/42; unentschieden *Kullmann* 2010, § 2 ProdHG, Rn. 19; a. A. *Taschner*, in: *Taschner/Frietsch* 1990, Art. 6 Produkthaftungs-Richtlinie, Rn. 28. Folgte man letzterer Rechtsauffassung, bestünde bei Downloads kein Haftungsrisiko aus dem Produkthaftungsgesetz.

¹⁸³⁴ Detailliert zum Rechtsbegriff der Sache gem. § 90 BGB Teil 1 3.1.1 Bewegliche Sachen und Waren.

¹⁸³⁵ Auch der Vergleich unterschiedlicher Sprachversionen der Produkthaftungs-Richtlinie zeigt, dass eine autonome Auslegung des Begriffs nötig ist, *Taeger*, CR 1996, 259 f.

¹⁸³⁶ *Lehmann*, NJW 1992, 1721.

¹⁸³⁷ Europäische Kommission, Schriftliche Anfrage Nr. 706/88, Betrifft: Produkthaftung für Computerprogramme, ABl. EG C 114 114/42, Brüssel 1989, www.eur-lex.europa.eu/legal-content/de/txt/pdf/?uri=OJ:C:1989:114:full&from=de.

ren werden geringe Schäden ausgeschlossen, indem § 11 ProdHG eine Selbstbeteiligung bei Sachbeschädigung auf 500 Euro festlegt. Schäden über diese Höhe sind bei Software im Allgemeinen nur selten zu erwarten.¹⁸³⁸ Dies gilt auch im Besonderen, für das hier betrachtete Szenario. Zusätzlich ist nach § 6 ProdHG ein Mitverschulden des Nutzers, hier das Befolgen einer reinen Empfehlung ohne selbstständige Prüfung, zu berücksichtigen. Zuletzt erfährt die Bedeutung des Produkthaftungsgesetzes im hier untersuchten Szenario eine weitere wesentliche Einschränkung durch die Beschränkung in § 1 Abs. 1 ProdHG auf die Schadensarten Personenschäden und Verbraucherdriftschäden. Haftungsfälle im Bereich der Software sind vor allem im Zusammenhang mit medizinischen Geräten, Geräten im Verkehr und Militärtechnik zu nennen.¹⁸³⁹ Eine Software, die Verbrauchern Hinweise im Online-Versandhandel gibt, ist mit solchen Techniken nicht zu vergleichen.

Schadensersatz ist vom Hersteller zudem nur zu leisten, wenn seine Produkte fehlerhaft im Sinne des § 3 ProdHG sind. Dieser Fehlerbegriff ist ebenfalls autonom auszulegen. Er ist nicht mit dem ehemaligen juristischen Fehler-, heutigem Mangel-, oder technischen Fehlerbegriff zu verwechseln. Der Fehlerbegriff des § 3 ProdHG bezieht sich einzig auf die Sicherheit des Produkts. Anders als beim Mangel ist etwa die Gebrauchsfähigkeit nicht relevant. Ein Fehler liegt vor, wenn das Produkt nicht die Sicherheit bietet, die berechtigterweise erwartet werden kann. Erwartungen können beispielsweise durch die unmögliche Fehlerfreiheit von Software im technischen Sinne gesenkt werden.¹⁸⁴⁰ Um zu bestimmen, welche Erwartung berechtigt sind, sind insbesondere die Darbietung des Produkts (Abs. 1 lit. a), der Gebrauch, mit dem billigerweise gerechnet werden kann (lit. b) und der Zeitpunkt des Inverkehrbringens (lit. c) entscheidend. Auch ein bestimmungswidriger Fehlgebrauch, kann dazu führen, dass das Produkt nicht ausreichend sicher und damit fehlerhaft ist, wenn dieser Fehlgebrauch vorhersehbar ist.¹⁸⁴¹ Der Vertrieb eines neuen, verbesserten Produkts, etwa einer neuen Version der Software, führt hingegen nach Abs. 2 nicht automatisch zu

¹⁸³⁸ Allgemein zu Software *Hoeren* 2008, IT-Verträge, Rn. 83; *Taeger*, CR 1996, 266.

¹⁸³⁹ *Lehmann*, NJW 1992, 1724; *Marly* 2014, Rn. 1859. *Hoeren* 2008, IT-Verträge, Rn. 83 geht im Umkehrschluss von einer sehr geringen Relevanz des Produkthaftungsgesetzes im Bereich der Software aus.

¹⁸⁴⁰ *Schneider* 2009, Teil I, Rn. 305; *Lehmann*, NJW 1992, 1725.

¹⁸⁴¹ BGHZ 116, 60; BGH, NJW 1981, 2514 (2515).

Fehlern in den älteren Versionen. Nötig ist vielmehr „die objektive Vorwerfbarkeit eines unzureichenden Gefahrvermeidungsverhaltens“.¹⁸⁴² Als Maßstab wird – anders als bei verschuldensabhängigen Ansprüchen – die objektive Sorgfalt herangezogen.¹⁸⁴³ Fehlerhafte Einschätzungen stellen kein Sicherheitsproblem dar, sodass die Produkthaftung auch in den seltenen Fällen, in denen eine entsprechende Schadensart in der richtigen Höhe vorläge, nicht einschlägig ist. Eine Haftung des Add-on-Anbieters scheidet in diesem Bereich also aus.

2.1.2.2 Produzentenhaftung

Andere Schadensersatzansprüche des Nutzers gegenüber dem Add-on-Anbieter können sich aus dem allgemeinen Deliktrecht ergeben, das nach § 15 Abs. 2 ProdHG nicht verdrängt wird. Diese können sich vor allem aus der Produzentenhaftung¹⁸⁴⁴ ableiten. Die Produzentenhaftung wurde durch Rechtsprechung und Literatur auf Basis der §§ 823 ff. BGB entwickelt.¹⁸⁴⁵ Dabei werden Verstöße gegen Verkehrssicherungspflichten geahndet. Solche Verhaltensstandards einzuhalten, verlangt die Rechtsordnung von einem sorgfältigen Menschen, um ein unvernünftig großes Risiko der Schädigung anderer zu vermeiden.¹⁸⁴⁶ Es handelt sich um weitergehende Ansprüche als im Produkthaftungsgesetz, da weder Höchstbeträge noch Bagatellschwellen nötig sind und die ersatzfähigen Schäden zumindest weniger stark eingeschränkt sind. Jedoch ist im Unterschied zur Produkthaftung ein Verschulden des Anbieters, also Vorsatz oder Fahrlässigkeit, im konkreten Einzelfall nötig.

Die Verkehrssicherungspflichten bei der Produzentenhaftung wurden konkretisiert und in Konstruktions-, Fabrikations-, Instruktions- und Produktbeobachtungsfehler kategorisiert.¹⁸⁴⁷ Wenig relevant sind bei Software Fabrikationsfehler, weil nur selten bei der Herstellung des konkreten Werkstücks Probleme auftreten. Konstruktionsfehler entstehen bei der Programmerstellung, Programmierung oder Kompilierung. Sie können durch Quali-

¹⁸⁴² Taeger, CR 1996, 263 f.

¹⁸⁴³ Taeger, CR 1996, 264

¹⁸⁴⁴ Kritisch zum Begriff *Graf von Westphalen*, ZIP 1986, 139.

¹⁸⁴⁵ Taeger 1995, 227 ff. und 83 m. w. N., insbesondere BGHZ 51, 91.

¹⁸⁴⁶ Taeger, CR 1996, 267.

¹⁸⁴⁷ Anstelle vieler ausführlich Taeger 1995, 239 ff.; Schneider 2009, Teil J, Rn. 294 ff. jeweils m. w. N.

tätssicherungsmaßnahmen reduziert werden.¹⁸⁴⁸ Instruktionsfehler entstehen, wenn der Nutzer über Risiken im Zusammenhang mit der Nutzung der Software nicht ausreichend informiert wird. Je größer ein Risiko, desto deutlicher muss die Instruktion erfolgen.¹⁸⁴⁹ Maßstab ist der durchschnittliche Nutzer und verständige Verbraucher. Für diesen sind Nutzungsanweisungen zu formulieren, die ihn über die Handlungskonsequenzen und einen angepassten Umgang informieren, der dem Eintritt von Schäden vorbeugt.¹⁸⁵⁰ Produktbeobachtungsfehler treten erst nach dem Vertrieb eines Produkts auf. Um solche zu vermeiden, muss die Entwicklung des Produkts auf dem Markt beobachtet werden. Dabei ist sowohl auf das Produktverhalten als auch auf sich ändernde Umstände, wie neuartige Hacking-Angriffe, zu achten. Insbesondere muss Hinweisen auf Fehlverhalten nachgegangen werden.¹⁸⁵¹ Aufgrund der Tatsache, dass Software immer technische Fehler enthält, ist die Produktbeobachtung besonders wichtig.¹⁸⁵² Denn das Ausmaß der Verkehrssicherungspflicht steigt mit dem des Risikos.¹⁸⁵³

Bei der Beurteilung, ob fehlerhafte Einschätzungen eine Produzentenhaftung begründen, ist zu beurteilen, ob es sich dabei um einen Konstruktionsfehler handelt. Bei der Konstruktion muss der Hersteller seine Sorgfaltspflicht erfüllen. Nur die Verletzung dieser Sorgfaltspflicht führt zu einem Konstruktionsfehler. Dabei muss der Hersteller auf die zu dieser Zeit verfügbare Fachkenntnisse zurückgreifen.¹⁸⁵⁴ Damit sind vor allem technische Standards gemeint. In dem hier untersuchten Szenario wird jedoch davon ausgegangen, dass eine fehlerhafte Einschätzung trotz korrekter Implementierung durch die zugrunde gelegten Heuristiken auftritt. Da keine (rechtlichen) Standards für softwaregestützte automatisierte Einschätzungen bestehen, kann der Hersteller nur zu einer sorgfältigen Untersuchung als Basis seiner Heuristiken verpflichtet werden. Wurde eine solche Untersuchung durchgeführt, sind fehlerhafte Einschätzungen nicht als Konstruktionsfehler zu bewerten.

¹⁸⁴⁸ *Taeger*, CR 1996, 268; *Taeger* 1995, 247 f.

¹⁸⁴⁹ *Taeger*, CR 1996, 269; *Taeger* 1995, 250 f.

¹⁸⁵⁰ *Taeger*, CR 1996, 269; *Taeger* 1995, 251 ff.

¹⁸⁵¹ *Taeger*, CR 1996, 269; zustimmend *Littbarski*, in: Kilian/Heussen 2013, Teil 18 (Stand 1998), Rn. 89.

¹⁸⁵² So auch *Spindler*, NJW 2004, 3147.

¹⁸⁵³ *Taeger*, CR 1996, 267 f.

¹⁸⁵⁴ *Taeger* 1995, 244.

Allerdings kann eine unzureichende Information des Nutzers einen Instruktionsfehler darstellen. Neben der bereits erarbeiteten Leistungsbeschreibung¹⁸⁵⁵ kann sich weiterer Aufklärungsbedarf ergeben. Dabei ist weniger auf weitergehende Inhalte abzustellen, sondern vor allem auf eine zeitlich ausgeweitete Information des Nutzers. Dieser ist nicht nur bei Vertragsabschluss durch die Leistungsbeschreibung aufzuklären. Vielmehr muss ihm diese Information auch später noch zugänglich gemacht werden. Zunächst ist deshalb bei der Installation darauf hinzuweisen, dass die Aussagekraft der Einschätzungen eingeschränkt ist. Inhaltlich kann auf die Leistungsbeschreibung zurückgegriffen werden. Zusätzlich bietet sich eine konstant verfügbare Information darüber an. Dazu könnte an einer bestimmten Stelle im Browser etwa ein Symbol vorgehalten werden, über das der Nutzer zu Informationen gelangt, die ihn darüber aufklären, welche Bedeutung die Einschätzungen enthalten und dass es sich lediglich um Einschätzungen aufgrund allgemeiner Annahmen und keine Einzelfallprüfungen handelt. Der Hinweis muss gut sichtbar sein.¹⁸⁵⁶ Auch die Möglichkeit, falsche Einschätzungen zu melden, klärt den Nutzer auf.

Wie bereits festgestellt, ist gerade bei Software eine umfangreiche Produktbeobachtung nötig. Auch wenn die Software weder einen Konstruktions-, Fabrikations- noch Instruktionsfehler hat, kann der Hersteller seine Verkehrssicherungspflicht verletzen, wenn er auftretende Probleme ignoriert. Gerade bei neuartigen Softwarefunktionen, wie der automatisierten Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit von Online-Versanddienst, muss das Produkt verstärkt beobachtet werden. Um Nutzern die Meldung von fehlerhaften Einschätzungen zu erleichtern, sollte das Add-on eine Meldemöglichkeit vorsehen. Diesen Hinweisen ist dann nachzugehen. Dabei muss nicht zwangsläufig jede einzelne Meldung betrachtet werden. Es können auch Analysen durchgeführt werden, die die Meldungen auf Muster hin untersuchen. Anhand solcher muss dann gegebenenfalls der Algorithmus oder die Instruktion und Leistungsbeschreibung angepasst werden. Denkbar wäre auch eine automatisierte Übermittlung aller Ergebnisse des Add-ons. Dabei müsste jedoch sichergestellt werden, dass die Daten anonym übermittelt werden, damit der Hersteller keine Informationen über das Surfverhalten des Nutzers erhält.

¹⁸⁵⁵ Detailliert zum Inhalt einer Leistungsbeschreibung s. Teil 4 Kapitel 2 2.1.1 Vertragliche Ansprüche.

¹⁸⁵⁶ So allgemein *Taeger* 1995, 252 f.

Bei der Produzentenhaftung muss außerdem der Haftungsgegenstand eine „industriell hergestellte Ware aus Serienproduktion“¹⁸⁵⁷ sein. Darunter kann das in dieser Arbeit beschriebene Add-on grundsätzlich subsumiert werden.¹⁸⁵⁸ Einzig beim kostenfreien Betrieb könnte dieses Tatbestandsmerkmal in Frage stehen. Auch dort wird allerdings grundsätzlich davon auszugehen sein, dass die Software entsprechend hergestellt wird. Ausnahmen sind jedoch denkbar.

Da die Produzentenhaftung insbesondere auf § 823 Abs. 1 BGB basiert,¹⁸⁵⁹ kann Schadensersatz nur gefordert werden, soweit bestimmte Rechtsgüter – Leben, Körper, Gesundheit und Freiheit – oder absolute Rechte, wie das Eigentum, betroffen sind. Bei Schäden, die im Zusammenhang mit dem (nicht) abgeschlossenen Vertrag stehen, bestehen in aller Regel reine Vermögensschäden, die hiernach nicht ersatzfähig sind. Im Zusammenhang mit dem Datenschutz handelt es sich vor allem um persönlichkeitsrechtliche Schäden. Die Haftung für Schäden im Zusammenhang mit dem Datenschutz ist nicht auf § 7 BDSG begrenzt.¹⁸⁶⁰ Dies gilt insbesondere in dem hier untersuchten Szenario, bei dem der Anbieter nicht die verantwortliche Stelle ist, sondern für den Datenumgang Dritter haftbar gemacht werden soll.¹⁸⁶¹ Die Literatur beschäftigt sich vor allem mit der Haftung für Datenschutzverstöße durch die verantwortliche Stelle oder Teile dieser.¹⁸⁶² Neben dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht wird aber auch speziell die informationelle Selbstbestimmung als sonstiges Recht anerkannt, sodass Schäden ersatzfähig sein können.¹⁸⁶³ Jedoch werden immaterielle Schäden, die auf einer Ver-

¹⁸⁵⁷ *Junker/Benecke* 2003, Rn. 372.

¹⁸⁵⁸ *Dreier/Vogel* 2008, 241; *Lehmann*, in: *Lehmann* 1993, XXI, Rn. 4; *Kullmann* 2010, § 2 ProHG, Rn. f. 17 jedoch nicht zu Softwarevertrieb durch Download 19.

¹⁸⁵⁹ *Junker/Benecke* 2003, Rn. 371 ff.; *Moritz*, in: *Kilian/Heussen* 2013, Teil 3, Mängelansprüche, Rn. 239 ff.; auch zu den §§ 823 Abs. 2, 826 und 831 Abs. 1 BGB *Littbarski*, in: *Kilian/Heussen* 2013, Teil 18 (Stand 1998), Rn. 12 ff.

¹⁸⁶⁰ Anstelle vieler *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 7 BDSG, Rn. 52 f. Die Frage, ob § 823 Abs. 1 BGB eine reine Hilfsfunktion erfüllt (so *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 7 BDSG, Rn. 60; a. A. *Gola/Schomerus* 2010, § 7 BDSG, Rn. 18a) kann dahinstehen, da § 7 BDSG im untersuchten Szenario nicht einschlägig ist.

¹⁸⁶¹ Aus diesem Grund kommt § 823 Abs. 2 BGB nicht in Betracht, der Add-on-Anbieter nicht gegen Datenschutzvorschriften verstößt.

¹⁸⁶² *Gola/Schomerus* 2010, § 7 BDSG, Rn. 18a; *Däubler*, in: *Däubler* u. a. 2014, § 7 BDSG, Rn. 29; ähnlich *Gabel*, in: *Taeger/Gabel* 2013, § 7 BDSG, Rn. 25 ff.

¹⁸⁶³ Anstelle vieler BGHZ 13, 334 und BVerfGE 34, 269 (281) zum Persönlichkeitsrecht allgemein; zum Datenschutz *Sprau*, in: *Palandt* 2015, § 823 BGB, Rn. 85; *Simitis*, in: *Simitis* 2014, § 7 BDSG, Rn. 59; *Geis*, CR 1993, 270.

letzung des Persönlichkeitsrechts beruhen, nur bei schwerwiegenden Eingriffen ersetzt.¹⁸⁶⁴ Diese Rechtsprechung wird auf die informationelle Selbstbestimmung übertragen.¹⁸⁶⁵ Damit ist davon auszugehen, dass kein ersatzfähiger Schaden durch das Add-on entsteht.

Folgt man einer anderen Rechtsauffassung, bleibt zu hinterfragen, ob die Verletzungshandlung dem Add-on-Anbieter zugerechnet werden kann. Dieser verletzt selbst nicht die Rechtsgüter oder sonstigen Rechte des Nutzers, sondern der Anbieter eines ihm unbekanntes Online-Versanddienstes. Der Schaden entsteht erst dadurch dass der Nutzer sich auf die Einschätzung des Add-ons verlässt, ohne die Vertrauenswürdigkeit des Online-Versanddienstes selbst auch nur teilweise zu überprüfen. Das Add-on nimmt jedoch ausdrücklich nur eine Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit vor und gibt dem Nutzer lediglich Hinweise auf Auffälligkeiten, die auf mögliche Risiken hindeuten. Der Nutzer wird zum Teil sogar aufgefordert, diese Auffälligkeiten selbst zu überprüfen. Verlässt sich der Nutzer dennoch allein auf diese Einschätzung, kann dies nicht dem Add-on-Anbieter zugerechnet werden. Wurde der Nutzer umfassend aufgeklärt, hat der Anbieter durch die deutlichen Hinweise seine Verkehrssicherungspflichten erfüllt. Das gilt insbesondere, soweit keine anderen Ansätze existieren, die eine automatisierte Prüfung mit wesentlich besseren Ergebnissen ermöglichen. Gäbe es solche alternativen Ansätze, wäre es möglich, dass der Nutzer einer weiteren, besonderen Aufklärung durch den Anbieter bedürfte, um die Fehleranfälligkeit dieses Ansatzes tatsächlich wahrzunehmen.

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass der Add-on-Anbieter aufgrund gesetzlicher Ansprüche nicht oder nur ganz ausnahmsweise aufgrund der vom Add-on verursachten Schadensarten haften muss. Die Haftung gegenüber dem Nutzer aufgrund vertraglicher Ansprüche kann durch eine sorgfältig formulierte Leistungsbeschreibung vermieden werden.

2.2 Haftung gegenüber einem Online-Versanddienst oder seinen Mitbewerbern

Neben den Nutzern des Add-ons sind auch die Anbieter von Online-Versanddiensten zumindest indirekt vom Einsatz des Add-ons betroffen.

¹⁸⁶⁴ St. Rechtsprechung, grundlegend BGHZ 128, 1; BGH, NJW 1996, 984 (985).

¹⁸⁶⁵ *Gola/Schomerus 2010*, § 7 BDSG, Rn. 18a.

Das gilt sowohl, wenn ein Nutzer den Online-Versanddienst eines Anbieters durch das Add-on einschätzen lässt, als auch, wenn der Online-Versanddienst eines Mitbewerbers aufgesucht wird. Dabei ist zu unterscheiden, ob eine fehlerhaft negative oder eine fehlerhaft positive Einschätzung durch das Add-on vorgenommen wird. Fehlerhafte negative Einschätzungen könnten zu Ansprüchen des Anbieters des besuchten Online-Versanddienstes führen. Wird ein Online-Versanddienst fälschlicherweise positiv bewertet, kommt eine Haftung gegenüber Mitbewerbern des besuchten Online-Versanddienstes in Betracht. Zwischen dem Anbieter des Add-ons und denen der Online-Versanddienste besteht kein Vertrag. Schadensersatz könnten sich jedoch aus gesetzlichen Ansprüchen, insbesondere dem Wettbewerbsrecht sowie aus dem Recht der unerlaubten Handlungen ergeben.

2.2.1 Ansprüche aus dem Wettbewerbsrecht

Die geschäftliche Entscheidungsfreiheit wird durch das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb geschützt.¹⁸⁶⁶ Das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb schützt Mitbewerber, Verbraucher und sonstige Marktteilnehmer. Der Schutz jeder Gruppe ist selbstständiges Ziel des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb. Die verschiedenen Gruppen stehen gleichrangig nebeneinander.¹⁸⁶⁷ § 9 UWG regelt den Schadensersatz speziell für das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, § 8 UWG Beseitigung und Unterlassung. Das Gesetz wurde in den letzten Jahren mehrfach überarbeitet, vor allem um europäische Richtlinien umzusetzen.¹⁸⁶⁸ Dadurch hat sich eine neue Struktur ergeben. Zum einen normiert § 3 UWG unlautere geschäftliche Handlungen, die in §§ 4 bis 6 UWG konkretisiert werden. Zum anderen werden in § 7 UWG unzumutbare Belästigungen beschrieben.

Nach § 8 Abs. 1 und § 9 Satz 1 BGB besteht der jeweilige Anspruch gegen einen Mitbewerber nur, wenn dieser gegen § 3 oder § 7 UWG verstößt. Sowohl unlautere geschäftliche Handlungen als auch unzumutbare Belästigungen sind damit unzulässig und werden sanktioniert. Beide setzen eine

¹⁸⁶⁶ BT-Drs. 15/1487, 13.

¹⁸⁶⁷ Köhler, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 1 UWG, Rn. 45 ff.

¹⁸⁶⁸ Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken (nur für B2C); Richtlinie 2006/114/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über irreführende und vergleichende Werbung vom 12.12.2006, ABl. EU L 376, 21 (Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung).

geschäftliche Handlung voraus. Die geschäftliche Handlung im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG ist Kernbegriff des Lauterkeitsrechts. Verhalten umfasst sowohl aktives Tun, also Handeln, als auch passives Unterlassen¹⁸⁶⁹ einer natürlichen oder juristischen Person.¹⁸⁷⁰ Dieses muss zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens erfolgen und einen objektiven Bezug zur Absatz- oder Bezugsförderung aufweisen. Es müssen aber kein unmittelbarer Zusammenhang und keine Absicht vorliegen.¹⁸⁷¹ Zeitlich kann das Verhalten vor, nach und bei Geschäftsabschluss erfolgen. Insgesamt handelt es sich um eine sehr weite Formulierung, unter die eine Vielzahl an Sachverhalten gezählt werden kann.¹⁸⁷² Bei kostenpflichtigem Vertrieb der Software ist das Inverkehrbringen des Add-ons als geschäftliche Handlung zu werten. Bei einem kostenfreien Vertrieb ist ein Bezug zur Absatzförderung nicht zwingend gegeben.

2.2.1.1 Mitbewerber

Eine Voraussetzung von § 9 Satz 1 UWG und § 8 Abs. 3 Nr. 1 BGB ist, dass der jeweilige Anspruch von einem Mitbewerber geltend gemacht wird. Mitbewerber ist gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG ein Unternehmer, der mit anderen Unternehmern als Anbieter oder Nachfrager von Waren oder Dienstleistungen in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht. Damit der Add-on-Anbieter gegenüber einem vom Add-on bewerteten Anbieter eines Online-Versanddienstes haftet, muss er also Mitbewerber sein. Der Add-on-Anbieter müsste also mit dem Anbieter des Online-Versanddienstes in einem Wettbewerbsverhältnis bezogen auf Waren oder Dienstleistungen stehen.

Bei der Förderung fremden Wettbewerbs ist nur das konkrete Wettbewerbsverhältnis zwischen dem geförderten Unternehmen und seinem Mitbewerber entscheidend.¹⁸⁷³ Dies könnte auf Ansprüche zutreffen, die ein Anbieter eines Online-Versanddienstes gegenüber dem Add-on-Anbieter aufgrund einer fehlerhaften Einschätzung eines anderen Online-Versand-

¹⁸⁶⁹ BR-Drs. 345/08, 40f; *Sosnitza*, WRP 2008, 1016; *Kulka*, DB 2008, 1551.

¹⁸⁷⁰ *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm* 2015, § 2 UWG, Rn. 11.

¹⁸⁷¹ *Lettl*, GRUR-RR 2009, 42; *Kulka*, DB 2008, 1551 f.; *Köhler*, WRP 2007, 1394 f.; *Sosnitza*, WRP 2008, 1016.

¹⁸⁷² EuGH, GRUR 2010, 244 (Rn. 36).

¹⁸⁷³ BGH, GRUR 2012, 74; *Sosnitza*, in: *Ohly/Sosnitza* 2014, § 2 UWG, Rn. 63 und 137; *Köhler*, in: *Köhler/Bornkamm* 2015, § 2 UWG, Rn. 105.

dienstes geltend macht. Dann käme es nur auf das Wettbewerbsverhältnis der beiden Online-Versanddienste an. Ein solches wird im hier untersuchten Szenario angenommen. Allerdings besteht zwischen dem Add-on und einzelnen Online-Versanddiensten zunächst keine Beziehung. Damit unterscheidet sich die Situation von der typischen Förderung fremden Wettbewerbs, bei dem etwa ein Verband oder Verein den Umsatz seiner Mitglieder fördert.¹⁸⁷⁴ Dort besteht – anders als beim Add-on – von Beginn an ein Interesse daran, den Wettbewerb bestimmter Unternehmer zu unterstützen. Auch bei anderen Waren- und Leistungstests wird eine Förderungsabsicht für einen fremden Wettbewerb nicht angenommen, wenn keine weiteren Anhaltspunkte dafür bestehen. Deshalb ist weiterhin ein direktes Wettbewerbsverhältnis zwischen dem (potentiellen) Anspruchsinhaber und Anspruchsgegner nötig.

Damit haftet der Add-on-Anbieter nur wettbewerbsrechtlich, wenn er Mitbewerber von Online-Versanddiensten ist. Als Mitbewerber muss er Unternehmer sein und mit dem Anbieter des bewerteten Online-Versanddienstes in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis um den Absatz von Waren steht. Unternehmer ist gemäß § 2 Nr. 6 Alt. 1 UWG jeder, der geschäftliche Handlungen im Rahmen der gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit vornimmt. Die Definition ist inhaltlich übereinstimmend mit § 14 BGB. Zumindest in den Fällen, in denen das Add-on kostenpflichtig vertrieben wird, sind Anbieter von Online-Versanddiensten auch Unternehmer.¹⁸⁷⁵ Wird das Add-on hingegen kostenfrei angeboten, muss im Einzelnen untersucht werden, ob der Vertrieb dennoch vor allem im Rahmen der gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit erfolgt. Ist der Add-on-Anbieter nicht Unternehmer, haftet er auch nicht nach dem Wettbewerbsrecht.

Ist der Add-on-Anbieter hingegen im Kontext des Add-on-Vertriebs Unternehmer, muss weiterhin ein konkretes Wettbewerbsverhältnis mit Online-Versanddiensten bestehen. Dies ist nicht völlig abwegig, da es zum Teil genügt, wenn das Wettbewerbsverhältnis durch die konkrete geschäftliche Handlung entsteht.¹⁸⁷⁶ Andererseits muss die geschäftliche Handlung im Rahmen des Wettbewerbsverhältnisses stehen. Es reicht insoweit nicht aus,

¹⁸⁷⁴ BGH, GRUR 2012, 74.

¹⁸⁷⁵ Detailliert zum Unternehmerbegriff s. Teil 1 3.1.4 Unternehmer.

¹⁸⁷⁶ BGH, GRUR 2004, 877 (878 f.) m. w. N.

wenn potentielle Mitbewerber nur grundsätzlich, aber nicht im konkreten Einzelfall in einem Wettbewerbsverhältnis stehen.¹⁸⁷⁷

Ansprüche nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb ergeben sich nur, wenn zwischen dem Add-on-Anbieter und dem Anbieter eines Online-Versanddienstes ein Wettbewerbsverhältnis besteht. Ein Wettbewerbsverhältnis liegt vor, wenn beide Akteure auf demselben sachlichen, räumlichen und zeitlichen Markt tätig sind.¹⁸⁷⁸ Bei dem hier untersuchten Szenario kann außer Frage stehen, dass Online-Versanddienste und der Add-on-Anbieter auf demselben räumlichen und zeitlichen Markt tätig werden, da eine Prüfung durch das Add-on nur in diesen Fällen möglich ist. Denn die Online-Versanddienste müssen – wie das Add-on selbst – aktuell tätig und auf den deutschen Markt ausgerichtet sein.¹⁸⁷⁹

Der sachliche Markt betrachtet die angebotenen Waren und Dienstleistungen. Ein einheitlicher sachlicher Markt ist anzunehmen, wenn gleichartige Waren oder Dienstleistungen dem gleichen Abnehmerkreis angeboten werden.¹⁸⁸⁰ Beim Kreis der Abnehmer genügen bereits Überschneidungen. Davon ist hier auszugehen, da das Add-on nur solche Verbraucher anspricht, die bei Online-Versanddiensten einkaufen wollen. Insbesondere geht das Szenario davon aus, dass ein Verbraucher den Online-Versanddienst des Anbieters aufruft, nachdem er das Add-on erwarb. Es handelt sich also um einen zumindest teilweise identischen Abnehmerkreis.

Jedoch werden nicht gleichartige Waren angeboten. Auf der einen Seite werden unterschiedliche Waren, wie Kleidung, Elektronikartikel, Möbel oder Lebensmittel, zum Verkauf angeboten und auf der anderen Seite lediglich eine ganz spezielle Software zur Einschätzung der Online-Versanddienste. Allerdings genügt es für einen sachlichen Markt auch, wenn die Waren nach ihrer Eigenschaft, dem Verwendungszweck und der Preislage für den verständigen Nachfrager austauschbar erscheinen.¹⁸⁸¹ Wenn die Akteure dabei unterschiedlichen Branchen angehören, ist dies un-

¹⁸⁷⁷ Köhler, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 2 UWG, Rn. 98; Keller, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig 2013, § 2 UWG, Rn. 126.

¹⁸⁷⁸ BGH, GRUR 2001, 78.

¹⁸⁷⁹ Detailliert zu den rechtlichen Anforderungen s. Teil 2 Kapitel 4 2.1 Verbraucherschutzrecht.

¹⁸⁸⁰ Anstelle vieler BGH, GRUR 2009, 980 (Rn. 9); BGH, GRUR 2007, 978 (Rn. 16).

¹⁸⁸¹ BGH, GRUR 2002, 828 (829).

erheblich.¹⁸⁸² Hohe Anforderungen dürfen nicht gestellt werden.¹⁸⁸³ Kein Wettbewerbsverhältnis besteht jedoch etwa zwischen einem Anbieter eines Online-Shops und eines Marktplatzes für Online-Shops.¹⁸⁸⁴ Der Add-on-Anbieter verkauft nicht und vermittelt auch nicht die Waren des Online-Versanddienstes.¹⁸⁸⁵ Trotz des einheitlichen Abnehmerkreises kann ein einheitlicher sachlicher Markt deshalb nicht angenommen werden, da das Add-on den Einkauf bei Online-Versanddiensten nicht ersetzt.

Allerdings wird ein einheitlicher sachlicher Markt nicht immer als nötig erachtet, wenn es sich um sogenannten Behinderungswettbewerb handelt.¹⁸⁸⁶ Bei einer fehlerhaften negativen Einschätzung wird der Absatz über den Online-Versanddienst verhindert, wenn der Nutzer dieser Einschätzung folgt. Es könnte sich also um Behinderungswettbewerb handeln. Normen, in denen dieser geregelt wird, sind beispielsweise § 4 Nr. 7 und 8 UWG bei Herabsetzung und Anschwärzung sowie Nr. 10 bei gezielter Behinderung. Ein einheitlicher sachlicher Markt kann auch durch einen gekoppelten Markt ersetzt werden. Dies gilt etwa bei Werbeblockern für Fernseher, die den Fernsehwerbemarkt für Fernsehsender beeinflussen, auch wenn sie selbst dort nicht aktiv sind.¹⁸⁸⁷ Eine ähnliche Konstellation liegt im hier untersuchten Szenario vor. Der Anbieter des Add-ons ist selbst nicht auf dem Online-Markt für Waren tätig, die an Verbraucher abgesetzt werden. Dennoch beeinflusst er diesen. Allerdings nimmt das Add-on nur insoweit Einfluss, als es die Verteilung auf dem Markt (uneigennützig) beeinflusst. Im Unterschied dazu reduzierte der Werbeblocker den Markt für Fernsehwerbung. Es besteht allerdings eine Wechselbeziehung zwischen dem Add-on und einzelnen Online-Versanddiensten. Je mehr das Add-on vertrieben wird, desto größer wird dieser Effekt. Verbraucher werden seltener in (fehlerhaft) negativ bewerteten Online-Versanddiensten einkaufen. Dasselbe gilt für Online-Versanddienste, deren Mitbewerber (fehlerhaft) positiv bewertet wurden. Ob eine solche Wechselbeziehung jedoch ausreicht, um ein Wettbewerbsverhältnis und damit die Mitbewerbereigenschaft zu bejahen ist al-

¹⁸⁸² St. Rechtsprechung BGH, GRUR 1972, 553; so auch die Gesetzesbegründung BT-Drs. 15/1487, 16.

¹⁸⁸³ BGHZ, 93, 96 (97); BGH, GRUR 2004, 877 (878).

¹⁸⁸⁴ OLG Koblenz, GRUR-RR 2006, 380; Köhler, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 2 UWG, Rn. 101; a. A. Weber, GRUR-RR 2007, 65.

¹⁸⁸⁵ So etwa bei BGH, WRP 2014, 839.

¹⁸⁸⁶ Köhler, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 2 UWG, Rn. 109 ff.

¹⁸⁸⁷ Köhler, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 2 UWG, Rn. 109 und 111.

lerdings zumindest fraglich. Auch bei (neutralen) Warentests ging die Rechtsprechung bisher nicht von einer gewerblich motivierten Tätigkeit aus, wenn keine näheren Anhaltspunkte dafür vorlagen, dass der Add-on-Anbieter bestimmte Wettbewerber zum Nachteil anderer zu unterstützen sollte.¹⁸⁸⁸ Das gilt auch dann, wenn der Add-on-Anbieter mit dem Vertrieb des Add-ons Geld verdient.¹⁸⁸⁹ Damit ist der Add-on-Anbieter nicht als Mitbewerber von Online-Versanddiensten zu sehen, wenn er nicht ausnahmsweise gleichzeitig selbst Anbieter eines Online-Versanddienstes ist. Wenn er kein Mitbewerber ist, haftet er nicht nach dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb.

Es kann allerdings nicht ausgeschlossen werden, dass ein Gericht zu einer anderen Rechtsauffassung gelangt und ein „ad hoc-Wettbewerbsverhältnis“ oder eine „wettbewerblich verdichtete Sonderbeziehung“ bejaht, bei der „die lauterkeitsrechtlich schützenswerten Interessen eines anderen Unternehmens irgendwie fassbar negativ betroffen“¹⁸⁹⁰ wurden. Damit bleibt ein gewisses Haftungsrisiko bestehen. Die fehlerhafte Einschätzung ist allerdings auch bei Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses nur dann wettbewerbswidrig und löst damit eine Schadensersatzpflicht aus, wenn sie unzulässig im Sinne der §§ 3 oder 7 UWG ist.

2.2.1.2 Unzulässigkeit der geschäftlichen Handlung

Geht man davon aus, dass der Add-on-Anbieter ein Mitbewerber ist, kommen verschiedene Verstöße gegen das Wettbewerbsrecht in Betracht, die zur Haftung des Add-on-Anbieters führen könnten. Zunächst ist dabei an § 3 Abs. 2 UWG zu denken. Danach sind solche geschäftlichen Handlungen unzulässig, die „nicht der für den Unternehmer geltenden fachlichen Sorgfalt entsprechen und dazu geeignet sind, die Fähigkeit des Verbrauchers, sich aufgrund von Informationen zu entscheiden, spürbar zu beeinträchtigen und ihn damit zu einer geschäftlichen Entscheidung zu veranlassen, die er andernfalls nicht getroffen hätte“. Dies gilt zumindest, soweit sie gegenüber Verbrauchern erfolgen. Der Vertrieb des Add-ons richtet sich an Ver-

¹⁸⁸⁸ BGH, GRUR 1967, 113 (113). Allgemein BGHZ 65, 325 (327 und 331).

¹⁸⁸⁹ Im Kontext der Veröffentlichung von Testergebnissen in einer Zeitschrift BGH, GRUR 1967, 113 (113).

¹⁸⁹⁰ Keller, in: Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig 2013, § 2 UWG, Rn. 129, 123, 127 und 141.

braucher. Es ist auch möglich, dass die Einschätzungen und Hinweise, die das Add-on gibt, den Verbraucher dazu veranlassen, einen Kaufvertrag abzuschließen – oder nicht. Der Unternehmer muss aber auch seine fachliche Sorgfalt verletzt haben. Das Add-on ermöglicht eine neuartige Unterstützung des Verbrauchers. Ein Standard für eine solche Technik existiert nicht. Der Anbieter weist in der Leistungsbeschreibung auch darauf hin, dass Fehler auftreten können. Damit hat er seine fachliche Sorgfalt voll erfüllt. Ein Anspruch nach § 3 Abs. 2 UWG ist nicht gegeben.

Weitere mögliche Verstöße enthalten vor allem die §§ 4 bis 6 UWG. Diese konkretisieren die Unlauterkeit nach § 3 Abs. 1 UWG.¹⁸⁹¹ Unlautere geschäftliche Handlungen sind nur dann unzulässig, wenn durch sie eine spürbare Beeinträchtigung erfolgt. § 5 UWG legt die Unlauterkeit irreführender geschäftlicher Handlungen fest. Abs. 1 Satz 2 nennt eine Reihe von Aspekten, zu denen Aussagen, wenn sie unwahr oder sonstig zur Täuschung geeignet sind, unlauter sind. Nr. 1 nennt die wesentlichen Merkmale der Ware oder Dienstleistung. Die Einschätzung des Add-ons zielt jedoch nicht auf einzelne Produkte, sondern den Online-Versanddienst insgesamt. Nr. 2 verbietet entsprechende Aussagen unter anderem über die Bedingungen, unter denen die Waren geliefert wurden. Darunter ließen sich die Einschätzungen des Add-ons subsumieren, geht man davon aus, dass bei der Einschätzung zumindest auch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen betrachtet werden. Bei fehlerhaften Einschätzungen ausschließlich auf Basis des Datenschutzes fiel dies jedoch schwer. Jedoch verbietet Nr. 3 auch solche Aussagen über den Unternehmer. Die Einschätzung betrifft die Vertrauenswürdigkeit des Anbieters. Jedoch bezieht sich Nr. 3 nur auf irreführende Angaben des Unternehmers selbst – nicht zu seinen Mitbewerbern.¹⁸⁹² Damit kommt ein Verstoß gegen § 5 UWG nicht in Betracht.

Neben dem Verbot irreführender geschäftlicher Handlungen, insbesondere solcher Angaben, kommt auch eine Unzulässigkeit aufgrund vergleichender Werbung nach § 3 Abs. 1 i. V. m. § 6 UWG in Betracht. Dazu ist der Begriff der Werbung näher zu definieren. Werbung ist eine mögliche geschäftliche Handlung, die jedoch nicht separat im Gesetz definiert wurde. Dafür enthält die zur Auslegung heranzuziehende Richtlinie über irreführende und vergleichende Werbung in Art. 2 lit. a eine Definition. Danach ist Werbung jede

¹⁸⁹¹ Köhler, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 4 UWG, Rn. 0.2.

¹⁸⁹² Implizit Köhler, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 5 UWG, Rn. 5.2 ff.

Äußerung bei der Ausübung eines Handels, Gewerbes, Handwerks oder freien Berufs mit dem Ziel, den Absatz von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen, einschließlich unbeweglicher Sachen, Rechte und Verpflichtungen zu fördern. Die Definition ist recht weit und außerdem weit auszulegen. Allerdings ist umstritten, ob auch Äußerungen eines Dritten umfasst werden.¹⁸⁹³ Dies gilt insbesondere, da der Add-on-Anbieter nicht den Absatz seines Produkts durch die Werbung anpreist. Er wird in aller Regel auch nicht mit Anbietern von Online-Versanddiensten irgendwie verbunden sein. Ein solcher Fall stellt eine Neuheit dar, die bisher weder in der Rechtsprechung noch in der Literatur Beachtung fand. Vergleichbar ist das hier untersuchte Szenario nur mit allgemeinen, objektiven Warenbewertungen, die nicht ohne weiteres als Werbung aufgefasst werden können.¹⁸⁹⁴ Geschuldet wird nur eine neutrale, sachgerechte Bewertung.¹⁸⁹⁵ Etwas anderes gilt allenfalls, wenn die Darstellung „übermäßig anpreisend“ sowie unsachlich ist, jedoch nicht bereits bei einer subjektiven Wertung.¹⁸⁹⁶ Aus diesem Grund kann bereits nicht von Werbung ausgegangen werden. Die Vorschriften für vergleichende Werbung kommen deshalb nicht zur Anwendung. Selbst wenn man zu einem anderen Ergebnis käme, wäre zweifelhaft, ob es sich tatsächlich um einen Vergleich handelt. Das Add-on zeigt dem Nutzer nicht verschiedene Angebote an, die unterschiedlich bewertet sind – denkbar wäre dies im Rahmen eines Alternativvorschlags. Der Vergleich entsteht erst durch den Aufruf verschiedener Online-Versanddienste durch den Nutzer selbst. Ein Verstoß gegen die strengen Vorgaben zur vergleichenden Werbung ist deshalb nicht anzunehmen.

Bei einer fehlerhaften negativen Einschätzung kommt auch ein Anschwärzen nach § 3 Abs. 1 i. V. m. § 4 Nr. 8 HS 1 Var. 3 Alt. 2 UWG in Betracht. Es ist unzulässig, Tatsachen über das Unternehmen eines Mitbewerbers zu behaupten oder zu verbreiten, wenn diese den Betrieb des Unternehmens schädigen können. Eine Ausnahme besteht, wenn die Tatsachen erweislich wahr sind. Im hier untersuchten Szenario handelt sich um eine fehlerhafte, also keine wahre, Einschätzung. Fraglich ist jedoch, ob eine Tatsache be-

¹⁸⁹³ Köhler, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 6 UWG, Rn. 64. Bejahend BGH, GRUR 1999, 69 (70 f.).

¹⁸⁹⁴ Sosnitzer, in: Ohly/Sosnitzer 2014, § 6 UWG, Rn. 23; Köhler, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 6 UWG, Rn. 70; BGH, GRUR 2006, 875 (Rn. 27 f.).

¹⁸⁹⁵ OLG Frankfurt am Main, NJW-RR 1994, 1257; OLG Dresden, K&R 2012, 686 (686) beide zu Online-Prüfsiegeln jedoch unter dem Aspekt der Irreführung.

¹⁸⁹⁶ BGH, GRUR 2006, 875 (Rn. 27).

hauptet wird. Eine Tatsache zeichnet sich dadurch aus, dass ihr Vorliegen oder Nichtvorliegen dem Wahrheitsbeweis zugänglich ist.¹⁸⁹⁷ Im Kontrast dazu sind Werturteile zu sehen, die vor allem durch eine Stellungnahme geprägt sind.¹⁸⁹⁸ Dafür ist entscheidend, wie die angesprochenen Verkehrskreise die Äußerung verstehen. Dabei sind sowohl Form, Inhalt als auch der Kontext heranzuziehen.¹⁸⁹⁹ Das Add-on gibt ausweislich der Leistungsbeschreibung und den Formulierungen lediglich Einschätzungen ab. Diese Einschätzungen beziehen sich außerdem auf die Vertrauenswürdigkeit. Auch dies ist kein nachweisbarer Aspekt.¹⁹⁰⁰ Die Einschätzungen basieren zwar auf von der Software erhobenen Tatsachen. Diese werden aber nicht oder nur in nachweisbar wahren Wortlaut – etwa unter Verweis auf die Originalfundstelle oder den Wortlaut – genannt. Auch das Bundesverfassungsgericht sieht eine Gesamtbeurteilung einer Leistung, etwa einer Einstufung, als Werturteil, auch wenn sie auf tatsächlichen Erhebungen beruht.¹⁹⁰¹ Dementsprechend ist auch die Einschätzung des Add-ons keine Tatsachenbehauptung.

Ein Werturteil ist nach daran zu messen, ob es den Mitbewerber unlauter herabsetzt oder verunglimpft (§ 3 Abs. 1 i. V. m. § 4 Nr. 7 UWG).¹⁹⁰² Die fehlerhaft negative Einschätzung eines Online-Versanddienstes kann entweder die Tätigkeiten oder die geschäftlichen Verhältnisse eines Mitbewerbers betreffen. Beide Begriffe sind weit zu verstehen und nicht überschneidungsfrei. Ein unlauteres Werturteil muss zum einen geeignet sein, die Wertschätzung des Mitbewerbers aus Sicht des angesprochenen Verkehrskreises zu verringern. Zum anderen muss es sich auch um eine unangemessene Beeinträchtigung handeln.¹⁹⁰³ Eine fehlerhaft negative Einschätzung ist geeignet, die Wertschätzung des Online-Versanddienstes und seines Anbieters in den Augen des Verbrauchers herabzusetzen. Ob dies auch unangemessen ist, muss durch eine Interessenabwägung entschieden werden.¹⁹⁰⁴ Dabei ist unter anderem zu beachten, welches Ausmaß und welche Auswirkung die

¹⁸⁹⁷ BGHZ 132, 13; BGH, GRUR 1988, 402 (403).

¹⁸⁹⁸ BVerfGE 61, 1 (7 ff.); Köhler, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 4 UWG, Rn. 8.13.

¹⁸⁹⁹ BGH, GRUR 1988, 402 (403); BGH, GRUR 1972, 435 (439).

¹⁹⁰⁰ Detailliert zum Begriff des Vertrauens s. Teil 3 Kapitel 1 1 Vertrauen.

¹⁹⁰¹ BVerfG, NJW 2003, 277 (277); zur Unterscheidung bei Testurteilen BGHZ 65, 325 (329 f.).

¹⁹⁰² Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza 2014, § 4 UWG, Rn. 8/12.

¹⁹⁰³ Sosnitza, in: Ohly/Sosnitza 2014, § 4 UWG, Rn. 7/11 f.

¹⁹⁰⁴ BGHZ 136, 111 (121 f.).

Herabsetzung hat.¹⁹⁰⁵ Das Add-on gibt lediglich eine Einschätzung über die Vertrauenswürdigkeit eines Online-Versanddienstes ab. Dabei weist es auf die Auffälligkeiten, die es gefunden hat, hin und bietet dem Nutzer die Möglichkeit, diese Informationen selbst zu überprüfen. Damit ist das Ausmaß einer möglichen Herabsetzung denkbar gering. Zwar kann bei einem flächendeckenden Einsatz des Add-ons durch (fast) alle Verbraucher ein wesentliches Ausmaß erreicht werden. Jedoch kann auch dann nicht davon ausgegangen werden, dass alle Verbraucher sich von der fehlerhaften Einschätzung des Add-ons leiten lassen, ohne die Informationen – wie empfohlen – zu überprüfen. Außerdem ist zu bedenken, dass das Add-on die Interessen des Verbrauchers unterstützen und damit auch zum Ausgleich der ungleichen Marktmacht beitragen soll.¹⁹⁰⁶ Für eine freie Äußerung solcher Einschätzungen spricht auch die Meinungsfreiheit. Zwar wird die Einschätzung automatisiert generiert. Dabei werden jedoch vom Menschen entwickelte Algorithmen verwendet, die auf der Meinung basieren, dass die in dieser Arbeit zusammengetragenen Merkmale von Webseiten eine Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit ermöglichen. Diese Aussage ist von der Meinungsfreiheit gedeckt.¹⁹⁰⁷ Insgesamt steht also eine nicht besonders starke Beeinträchtigung einer weitgehend gerechtfertigten geschäftlichen Handlung entgegen. Es handelt sich also nicht um eine unangemessene Herabsetzung.

Des Weiteren kommt auch eine gezielte Behinderung des Mitbewerbers in Betracht, die unter den Voraussetzungen des § 3 Abs. 1 i. V. m. § 4 Nr. 10 UWG unzulässig ist. § 4 Nr. 10 UWG ist nachrangig gegenüber Nr. 9. Es handelt sich um eine sehr weitgehende Formulierung. Eine Behinderung ist jede „Beeinträchtigung der wettbewerblichen Entfaltungsmöglichkeiten der Mitbewerber“.¹⁹⁰⁸ Aber nicht jede Beeinträchtigung eines Mitbewerbers ist lauterkeitsrechtlich verboten. Denn die Behinderung eines Mitbewerbers etwa durch eigenen unternehmerischen Erfolg ist dem Wettbewerb immanent. Es ist eine gezielte Behinderung nötig. Bei der Würdigung der Umstände des Einzelfalls muss der in § 1 UWG normierte Schutzzweck des Ge-

¹⁹⁰⁵ Köhler, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 4 UWG, Rn. 7.21.

¹⁹⁰⁶ Es darf zudem nicht aus dem Blick gelassen werden, dass der Anbieter des Add-ons – wenn er denn als Mitbewerber aufgefasst wird – mit seinem Produkt dennoch nicht auf demselben Markt tätig ist.

¹⁹⁰⁷ Zur Einstufung wissenschaftlicher Aussagen als Werturteil Köhler, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 4 UWG, Rn. 8.15; BGH, GRUR 1978, 258 (259).

¹⁹⁰⁸ BGHZ 148,1 (5).

setzes beachtet werden. Nur wenn im Hinblick auf den Schutzzweck die Auswirkungen der geschäftlichen Handlung so erheblich sind, dass sie nicht hingenommen werden können, liegt eine gezielte Behinderung des Mitbewerbers vor.¹⁹⁰⁹ Allerdings ist § 4 Nr. 10 UWG auch nachrangig gegenüber Nr. 1, 7 und 8 sowie § 5 UWG, da ihm eine Auffangfunktion zukommt. Er kann nur neben diesen herangezogen werden, wenn weitere Umstände hinzukommen, die bei den anderen Normen nicht gewürdigt werden.¹⁹¹⁰ Das kann allenfalls für die Irreführung gelten, da § 5 UWG nicht den Fall irreführender Angaben über einen Mitbewerber abdeckt. Diesen Fall umfassen jedoch die bereits geprüften § 4 Nr. 7 und 8 UWG.

Zuletzt sind nach dem Auffangtatbestand in § 4 Nr. 1 Var. 3 UWG geschäftliche Handlungen unlauter, wenn die Entscheidungsfreiheit der Verbraucher durch unangemessenen unsachlichen Einfluss beeinträchtigt wird. Diese Formulierung steht in einer Reihe mit der Ausübung von Druck (Var. 1) oder menschenverachtendem Umgang (Var. 2). Deshalb sind hohe Anforderungen an einen sonstigen unsachlichen und unangemessenen Einfluss zu stellen. Literatur und Rechtsprechung zählen dazu vor allem Werbemaßnahmen,¹⁹¹¹ etwa Verkaufsförderungsmaßnahmen wie aleatorische Veranstaltungen und progressive Kundenwerbung, außerdem gefühlsbetonte Werbung oder das Ausnutzen von Vertrauen und Autorität.¹⁹¹² Das Add-on prüft jedoch nach objektiven Kriterien. Fehlerhafte Einschätzungen ergeben sich lediglich aus den eingeschränkten Möglichkeiten einer automatisierten Prüfung, insbesondere der fehlenden Einzelfallprüfung. Dies genügt nicht, um eine unsachliche unangemessene Einflussnahme anzunehmen, wenn diese Einschränkungen dem Nutzer offen dargelegt werden.

Insgesamt kann festgehalten werden, dass grundsätzlich kein Wettbewerbsverhältnis zwischen dem Add-on-Anbieter und dem Anbieter eines Online-Versanddienstes besteht. Eine andere Rechtsauffassung ist jedoch möglich. Ebenso sind besondere Fallkonstellationen, wie der gleichzeitige Betrieb eines Online-Versanddienstes durch den Add-on-Anbieter möglich. Selbst dann sind jedoch die Auswirkungen der geschäftlichen Handlung nicht so tiefgreifend, dass sie nicht durch ihren Zweck gerechtfertigt werden können.

¹⁹⁰⁹ BGHZ 171, 73 (Rn. 21).

¹⁹¹⁰ *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza 2014, § 4 UWG, Rn. 10/13 f.

¹⁹¹¹ *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza 2014, § 4 UWG, Rn. 1/49.

¹⁹¹² Anstelle vieler *Sosnitza*, in: Ohly/Sosnitza 2014, § 4 UWG, Rn. 1/49 ff.; *Köhler*, in: Köhler/Bornkamm 2015, § 4 UWG, Rn. 1.61 ff. jeweils m. w. N.

ten. Dazu ist allerdings eine Abwägung im Einzelfall nötig. Eine andere Bewertung kann ausnahmsweise durch den konkreten Einzelfall begründet werden. Zudem basieren die Erkenntnisse nicht auf bestehender Rechtsprechung. Die Gerichte könnten einer anderen Argumentation folgen. Ein lauterkeitsrechtliches Haftungsrisiko ist daher sehr gering, kann aber nicht vollständig ausgeschlossen werden, auch wenn grundsätzlich davon auszugehen ist, dass sich für den Add-on-Anbieter keine Haftung aus dem Wettbewerbsrecht ergibt.

2.2.2 Ansprüche aus dem allgemeinen Deliktrecht

Außerdem kommen Ansprüche aus dem allgemeinen Deliktrecht in Betracht. Diese sind jedoch subsidiär gegenüber spezialrechtlichen Ansprüchen. Soweit ein Wettbewerbsverhältnis angenommen und damit die Prüfung der §§ 8 und 9 UWG eröffnet wurde, sind diese speziellen Ansprüche vorrangig.¹⁹¹³

Wird das Wettbewerbsverhältnis hingegen abgelehnt und scheiden damit die Ansprüche aus dem Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb aus, ist eine Haftung des Add-on-Anbieters gegenüber Anbietern von Online-Versanddiensten nach den allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs möglich. Die §§ 823 ff. BGB behandeln Schadensersatzansprüche, während § 1004 BGB analog i.V.m. § 823 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Beseitigung oder Unterlassung vorsieht. Da die Vorschriften sich bezüglich der Tatbestandsvoraussetzungen unterscheiden, sind sie nacheinander zu betrachten.

2.2.2.1 Ansprüche auf Schadensersatz

Aufgrund der Spezialität ist im Bereich des Schadensersatzes § 824 Abs. 1 BGB vorrangig. Danach haftet derjenige auf Schadensersatz, der unwahre Tatsache behauptet oder verbreitet, soweit sie geeignet sind, den Kredit eines anderen zu gefährden oder sonstige Nachteile für dessen Erwerb oder Fortkommen herbeizuführen (Satz 1). Dies gilt auch, wenn derjenige die Unwahrheit nicht kannte, aber kennen muss (Satz 2) oder wenn der Empfänger einer unwahren Mitteilung daran ein berechtigtes Interesse hat

¹⁹¹³ Anstelle vieler zu § 823 Abs. 1 BGB BGHZ 36, 252 (255 ff.); *Wagner*, in: MüKo BGB, Band 5 2013, § 823 BGB, Rn. 260.

(Abs. 2). Voraussetzung ist vor allem eine unwahre Tatsachenbehauptung. Der Add-on-Anbieter haftet, wenn durch die (schuldhaft) Verbreitung einer unwahren Tatsache wirtschaftliche Interessen des Anbieters des Online-Versanddienstes beeinträchtigt werden. Genau diese falschen Tatsachenbehauptungen – und nicht die Einschätzung als Werturteil – müssten dann Auslöser für die Haftung sein.¹⁹¹⁴ Das Add-on gibt dem Nutzer eine Einschätzung über einen Online-Versanddienst, die auf Tatsachen beruht. Tatsachen werden nur genannt, soweit sie (wörtlich) aus der Webseite ausgelesen wurden. Damit sind die Tatsachen immer wahrheitsgetreu wiedergegeben. Diese Untersuchung bezieht sich außerdem auf das Problem fehlerhafter Bewertungen, die keine Tatsache, sondern eine Meinungsäußerung darstellen. Damit haftet der Add-on-Anbieter nicht nach § 824 Abs. 1 BGB.

§ 826 BGB legt fest, dass bei einer sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung Schadensersatz zu leisten ist. Die Anforderungen an einen Verstoß gegen die guten Sitten sind besonders hoch.¹⁹¹⁵ Eine sittenverletzende vorsätzliche Schädigung kann bei fehlerhaften Einschätzungen der Vertrauenswürdigkeit ausgeschlossen werden.

Eine Haftung für fehlerhafte Einschätzungen kann sich auch aus dem Auffangtatbestand¹⁹¹⁶ des § 823 Abs. 1 BGB ergeben. Dieser Schadensersatzanspruch setzt eine Rechtsgutverletzung voraus, die kausal durch das Handeln des Anspruchsgegners verursacht wurde und durch die ein Schaden entstanden ist, soweit die Rechtsgutverletzung rechtswidrig und vom Anspruchsgegner verschuldet war. Die Norm umfasst nur die Verletzung bestimmter Rechtsgüter und Rechte. Neben Leben, Körper, Gesundheit, Freiheit und Eigentum werden auch sonstige Rechte geschützt. Zu diesen zählt der eingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb.¹⁹¹⁷ In diesem Bereich nimmt § 823 Abs. 1 BGB eine lückenfüllende, also subsidiäre, Position gegenüber dem Spezialrecht, insbesondere dem Wettbewerbsrecht, ein.¹⁹¹⁸

Um aus der Vielzahl an Handlungen, die auf einen Gewerbebetrieb einwirken, diejenigen Rechtsgutverletzungen herauszufiltern, die – zusätzlich zu

¹⁹¹⁴ BGHZ 65, 325 (328 f.).

¹⁹¹⁵ Anstelle vieler *Wagner*, in: MüKo BGB, Band 5 2013, § 826 BGB, Rn. 18 ff.

¹⁹¹⁶ St. Rechtsprechung BGHZ 45, 296 (307); BGHZ 65, 325 (329).

¹⁹¹⁷ St. Rechtsprechung anstelle vieler BGHZ 29, 67; BGHZ 45, 307; ausführlich bereits *Schramm*, GRUR 1973, 75 ff.

¹⁹¹⁸ BGHZ 36, 252 (256 f.) m. w. N.; *Ohly*, in: *Ohly/Sosnitza* 2014, § 823 BGB, Rn. 60; *Wagner*, in: MüKo BGB, Band 5 2013, § 823 BGB, Rn. 251.

den bereits als wettbewerbswidrig eingestuft – als unbillig angesehen werden, wurden mehrere Voraussetzungen entwickelt. So umfasst der Schutz des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs nur gegenwärtige, selbstständige und gewerbliche Tätigkeiten.¹⁹¹⁹ Bei „normalen“ Online-Versanddiensten ist dies ohne weiteres anzunehmen. Außerdem muss der Eingriff betriebsbezogen sein. Ein betriebsbezogener Eingriff richtet sich unmittelbar gegen den Betrieb.¹⁹²⁰ Eine solche Handlung, die direkten Einfluss auf den Betrieb, den Online-Versanddienstes, hat, liegt hier vor. Deshalb muss eine Güter- und Interessenabwägung erfolgen.¹⁹²¹

Insgesamt ist bei wertenden Äußerungen wie auch bei wahren Tatsachenaussagen Zurückhaltung zu üben – das Verhalten also eher als zulässig zu betrachten. Geschäftsschädigende Äußerungen außerhalb des Wettbewerbsverhältnisses sind nur unzulässig, wenn sie den Bereich der Schmähkritik erreichen.¹⁹²² Bei der Abwägung müssen die Güter- und Interessen des Verletzten gegenüber denen des Verletzers und der Allgemeinheit herangezogen werden. Bei Warentests handelt es sich dabei um die wirtschaftlichen Belange des Gewerbebetriebs, also auch die Berufs- und Eigentumsfreiheit, auf der einen und die Meinungsfreiheit und das Informationsinteresse der Allgemeinheit auf der anderen Seite.¹⁹²³ Das Add-on selbst kann sich nicht auf die Meinungsfreiheit berufen, jedoch der Add-on-Anbieter, der durch das Ergebnis der automatisierten Prüfung seine Meinung zum Ausdruck bringt. Häufig wird auch die Bedeutung der Verbraucheraufklärung herausgehoben, die „zur Gewinnung von Markttransparenz unerlässlich“¹⁹²⁴ ist. Kritische Tests fungieren als Gegengewicht zur Werbung, durch die der Anbieter seine eigene Position an die Öffentlichkeit bringt.

Deshalb ist die Veröffentlichung von Tests abseits von Wettbewerbszwecken nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zulässig. Speziell für Tests¹⁹²⁵ wurde der Maßstab einer neutralen, objektiven und

¹⁹¹⁹ Teichmann, in: Jauernig 2014, § 823 BGB, Rn. 97.

¹⁹²⁰ BGHZ 29, 65.

¹⁹²¹ St. Rechtsprechung BGHZ 45, 296 (306 f.).

¹⁹²² St. Rechtsprechung BGHZ 65, 325 (331 f.); BGHZ 45, 296 (301); Sprau, in: Palandt 2015, § 823 BGB, Rn. 136.

¹⁹²³ BGHZ 65, 325 (333); Sprau, in: Palandt 2015, § 823 BGB, Rn. 136 m. V. a. BGH, NJW 1986, 981 (982).

¹⁹²⁴ BGHZ 65, 325 (332). Ähnlich BGHZ 65, 325 (331).

¹⁹²⁵ Wagner, in: MüKo BGB, Band 2013, § 823 BGB, Rn. 275.

sachkundig durchgeführten Untersuchung bestimmt. Dabei müssen „sowohl die Art des Vorgehens bei der Prüfung als auch die aus den Untersuchungen gezogenen Schlüsse vertretbar, das heißt diskutabel, erscheinen“.¹⁹²⁶ Nicht erlaubt sind etwa eine bewusst einseitige Auswahl oder eine bewusste Verzerrung.¹⁹²⁷ Beides liegt hier nicht vor. Der Nutzer wählt den Online-Versanddienst, der eingeschätzt wird, durch seinen Aufruf selbst aus. Das Add-on kann aufgrund des hinterlegten Algorithmus' keine unterschiedlichen Maßstäbe an verschiedene Online-Versanddienste anlegen. Die Merkmale des Online-Versanddienstes, die zur Einschätzung herangezogen werden, wurden im Rahmen dieser wissenschaftlichen Arbeit neutral, objektiv und sachkundig zusammengetragen. Dass die Prüfung und die daraus abgeleiteten Ergebnisse vertretbar sind, hat die vorliegende Arbeit durch umfassende Untersuchung gezeigt.

Wie die Stiftung Warentest¹⁹²⁸ untersucht auch das Add-on vergleichbare Objekte auf Basis wissenschaftlicher Methoden. Das Add-on wählt als Prüfziel die Vertrauenswürdigkeit des Anbieters eines Online-Versanddienstes, die Stiftung Warentest regelmäßig Waren oder Leistungen von Anbietern. Die Ergebnisse werden von beiden allgemeinverständlich und unparteiisch dargestellt. Anders als bei der Stiftung Warentest¹⁹²⁹ existiert (bisher) keine Satzung, die die Objektivität der Prüfung, einen Programmbeirat und verbindliche Regeln festschreibt, die gewährleisten, dass vertretbare Ergebnisse erreicht werden. Wird jedoch das in dieser Arbeit entwickelte Konzept als umfassende Basis für die Konstruktion des Algorithmus' und des Add-ons selbst genutzt, sind die Regelungen für alle vom Add-on durchgeführten Tests bereits festgelegt. Aufgrund der automatisierten Einschätzung sind die Prüfungsmöglichkeiten im Vergleich zur Stiftung Warentest eingeschränkt. Aber auch eine Sachverständigenprüfung muss sich auf bestimmte Aspekte beschränken. Das Einverständnis des Geprüften ist bei objektiven Tests nicht nötig.¹⁹³⁰

Für eine angemessene Verbreitung der Ergebnisse in zulässiger Form spricht, dass die Informationen nur an interessierte Verbraucher weiterge-

¹⁹²⁶ So zusammenfassend BGH, NJW 1997, 2593 (2594). St. Rechtsprechung seit BGHZ 65, 325 (334f.).

¹⁹²⁷ BGHZ 65, 325 (334).

¹⁹²⁸ § 2 Abs. 3 der Satzung der Stiftung Warentest.

¹⁹²⁹ BGHZ 65, 325 (332).

¹⁹³⁰ BGH, GRUR 1967, 113 (113 f.).

geben werden. Denn die vorherige Installation des Add-ons ist Voraussetzung für die Einschätzung.¹⁹³¹ Außerdem sind die Online-Versanddienste deutschlandweit tätig, sodass das Interesse einer größeren Öffentlichkeit besteht.¹⁹³² Dem Nutzer werden auch keine vorausgewählten Online-Versanddienste empfohlen. Vielmehr kann er jeden Online-Versanddienst aufrufen und durch das Add-on bewerten lassen.¹⁹³³ Ihm wird das Ergebnis der Einschätzung auch in einer in der Sache angemessenen Form und nicht „in unzulässig scharfer Form“¹⁹³⁴ weitergegeben. Zuletzt ist zu beachten, dass auch die Tatsachen berücksichtigt werden müssen, die der Nutzer ohne weiteres einsehen kann. Aufgrund der Hinweise, die das Add-on dem Nutzer gibt, kann dieser „ohne erheblichen Aufwand alle notwendigen Informationen zu der veröffentlichten Bewertung“¹⁹³⁵ einsehen.

Die vom Add-on gewählte Form der Verbreitung von wertenden Äußerungen und das Ziel der Verbraucheraufklärung muss bei der Abwägung der Güter und Interessen des Add-on-Anbieters und des Anbieters eines Online-Versanddienstes insgesamt dazu führen, dass keine Schadensersatzpflicht besteht. Dies gilt auch dann, wenn die Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit bei einer umfassenden, manuellen Prüfung anders ausfiele. Eine andere rechtliche Beurteilung der Interessen und der Prüfungsmethode könnte jedoch dazu führen, dass eine Rechtsgutverletzung durch das Handeln des Add-on-Anbieters angenommen wird. Werden weiterhin ein kausal verursachter, konkreter Schaden, die Rechtswidrigkeit und das Verschulden, also Vorsatz oder Fahrlässigkeit, nachgewiesen, bestünde ein Schadensersatzanspruch. Obwohl der Nachweis über einen konkreten, kausal verursachten Schaden sowie das Verschulden zumindest schwierig sein wird, kann das Risiko der Haftung auf Schadensersatz nicht vollständig ausgeschlossen werden.

2.2.2.2 Ansprüche auf Unterlassung

Neben Schadensersatz könnte ein Anbieter eines Online-Versanddienstes vom Add-on-Anbieter auch Beseitigung oder Unterlassung nach § 1004 ana-

¹⁹³¹ Anders in BGHZ 8, 142 (145).

¹⁹³² Anders und dennoch zulässig bei BGH, GRUR 1967, 113 (113 f).

¹⁹³³ Anders bei vergleichenden Warentests, z. B. BGHZ 65, 325.

¹⁹³⁴ *Teichmann*, in: Jauernig 2014, § 823 BGB, Rn. 100.

¹⁹³⁵ OLG München, NJW-RR 2006, 1131.

log i. V. m. § 823 Abs. 1 BGB verlangen. § 1004 BGB normiert einen Unterlassungs- oder Beseitigungsanspruch für Eigentümer. Er wird analog auch auf die anderen in § 823 Abs. 1 BGB genannten Rechte und Rechtsgüter angewendet, unter anderem den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.¹⁹³⁶ Soweit das Add-on auf dem Markt ist, vertrieben oder genutzt wird, besteht eine Wiederholungsgefahr im Sinne des § 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB, sodass ein Unterlassungsanspruch in Betracht käme.

Bestünde ein Anspruch auf Unterlassung, hätte dies schwerwiegende Folgen. In direkter Konsequenz wäre die Einschätzung des Online-Versanddienstes zu unterlassen, der erfolgreich klagte. Möglich wäre zum einen das Sperren dieses Online-Versanddienstes für eine Einschätzung. Dies könnte jedoch auch eine geschäftsschädigende Benachteiligung darstellen. Zum anderen könnte die Einschätzung dieses Online-Versanddienstes manuell voreingestellt werden. Damit wäre die Einschätzung jedoch statisch und Änderungen am Dienst könnten nicht einfließen. Der Anbieter des Online-Versanddienstes könnte sich dies zum Vorteil machen. Außerdem bestünde die Gefahr, dass weitere Anbieter von Online-Versanddiensten ebenfalls klagen, sodass zumindest viele Ressourcen verbraucht, aber auch der Aussagegehalt des Add-ons weiter geschmälert würde. In letzter Konsequenz wären deshalb das Einstellen des Vertriebs und gegebenenfalls ein Rückruf nötig. Die Folgen eines Unterlassungsanspruchs sind deshalb nicht zu unterschätzen.

Anders als beim Schadensersatz nach § 823 Abs. 1 BGB, muss für einen Unterlassungsanspruch kein konkreter Schaden und kein Verschulden nachgewiesen werden. Die Rechtsgutverletzung durch den Störer begründet ohne Rechtfertigung bereits den Anspruch. Ob der Add-on-Anbieter durch den Vertrieb des Add-ons in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb des Anbieters eines Online-Versanddienstes eingreift, wurde bereits als Voraussetzung des Schadensersatzes nach § 823 Abs. 1 BGB untersucht und abgelehnt. Bei einer anderen rechtlichen Bewertung wäre jedoch weiterhin lediglich der Nachweis darüber zu erbringen, dass der Anbieter des Online-Versanddienstes nicht zur Duldung verpflichtet ist, also keine Rechtfertigungsgründe vorliegen. Dieser Nachweis ist deutlich wahrscheinlicher zu erbringen als bei den übrigen Voraussetzungen für einen Schadensersatz.

¹⁹³⁶ H. M. *Staudinger*, in: Schulze u. a. 2014, Vor § 823-853 BGB, Rn. 10.

2.3 Bestehende Haftungsrisiken für den Add-on-Anbieter

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass der Add-on-Anbieter bei entsprechend sorgfältiger Formulierung der Leistungsbeschreibung nicht aus dem Vertrag mit dem Nutzer haftet. Eine gesetzliche Haftung gegenüber dem Nutzer ist höchstens im Ausnahmefall vorstellbar. Grundsätzlich besteht auch keine Haftungsgrundlage, die dem Anbieter eines Online-Versanddienstes zugutekommt. Allerdings ist die Rechtslage für einen solchen Fall nicht umfassend geklärt. Andere Rechtsauffassungen sind an einigen Stellen nicht auszuschließen. Ein Haftungsrisiko entweder aus dem Wettbewerbsrecht oder aus dem allgemeinen Deliktrecht kann deshalb nicht völlig ausgeschlossen werden.

3 Haftungsausschlüsse

Bei der Formulierung eines Haftungsausschlusses oder einer -beschränkung ist – insbesondere in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Unternehmers gegenüber Verbrauchern¹⁹³⁷ – eine Vielzahl rechtlicher Grenzen zu beachten. Beinhaltet ein Haftungsausschluss auch nur einen Aspekt, bei dem die Haftung nicht ausgeschlossen werden darf, ist die gesamte Klausel unwirksam. Damit ein Haftungsausschluss wirksam ist, muss er die Anforderungen an die Einbeziehung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen erfüllen und an systematisch maßgeblicher Stelle und in eindeutiger Weise in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten sein. Es empfiehlt sich Mängel- und Haftungsklauseln in engem räumlichem Zusammenhang zu platzieren.¹⁹³⁸

Innerhalb des Haftungsausschlusses ist zwischen der Art und der Höhe der Schäden, der Art der Pflichtverletzung, der handelnden Person und dem Grad des Verschuldens zu unterscheiden.¹⁹³⁹ Trotz des geringen Gestaltungsspielraums sind Haftungsausschlüsse im Bereich der Softwarever-

¹⁹³⁷ Das UN-Kaufrecht ist in diesem Fall aufgrund von Art. 2 lit. a CISG nicht relevant. Dazu etwa *Moritz*, in: Kilian/Heussen 2013, Teil 3, Mängelansprüche, Rn. 273 ff.

¹⁹³⁸ *Marly* 2014, Rn. 1875 ff.

¹⁹³⁹ Ähnliche Unterscheidungen bei *Hörl*, ITRB 2006, 18 ff. Detailliert zu einer gültigen Haftungsausschlussklausel s. Teil 3 Kapitel 3 1.2.7 Haftung.

tragsgestaltung von wesentlicher Bedeutung.¹⁹⁴⁰ Dies gilt besonders für den kostenpflichtigen Vertrieb, da bei kostenfreiem Vertrieb die Haftung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht weiter eingeschränkt werden kann, weil diese bereits gemäß § 521 BGB auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit begrenzt ist. Der Schenkende haftet nach § 524 Abs. 1 BGB auch für arglistig verschwiegene Mängel. Die §§ 305 ff. BGB sind unabhängig von der Kostenpflicht oder -freiheit anwendbar.¹⁹⁴¹ Allerdings unterliegen aufgrund von § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB Leistungsbeschränkungen nicht der Inhaltskontrolle. Jedoch werden überraschende Leistungsbeschränkungen nach § 305c Abs. 1 BGB nicht wirksam einbezogen, sodass sie ebenfalls nicht gelten.¹⁹⁴²

Handelt es sich beim Add-on –Anbieter um einen Unternehmer, liegt beim kostenpflichtigen Vertrieb der Software ein Verbrauchsgüterkauf vor.¹⁹⁴³ Die speziellen Normen für Verbrauchsgüterkäufe sind deshalb grundsätzlich anwendbar. Jedoch sind nach § 475 Abs. 3 BGB bei Schadensersatz die Abs. 1 und 2 nicht anzuwenden, die eine abweichende Vereinbarung bezüglich Mängeln und der Verjährung verbieten. Damit sind sie für die untersuchte Haftung nicht relevant.

Die Haftung kann im untersuchten Szenario bei Vorsatz und grober Fahrlässigkeit weder des Vertragspartners selbst (§ 276 Abs. 3 BGB und § 309 Nr. 7 lit. b Alt. 1 BGB), seiner Organe (i. V. m. § 31, 89 BGB) noch seiner gesetzlichen Vertreter oder Erfüllungsgehilfen (§ 309 Nr. 7 lit. b Alt. 2 BGB) ausgeschlossen werden. Ein Ausschluss hinsichtlich des Verschuldensmaßstabs ist deshalb grundsätzlich nur für einfache, also leichte und mittlere,¹⁹⁴⁴ Fahrlässigkeit möglich. Bei kostenpflichtigem und -freiem Vertrieb haftet der Add-on-Anbieter nach § 444 BGB bei arglistigem Verschweigen eines Mangels und bei Garantien.

Bezogen auf die Art der Pflichtverletzung verbietet § 307 Abs. 2 Nr. 2 BGB nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs einen Haftungsaus-

¹⁹⁴⁰ Anstelle vieler *Dreier/Vogel* 2008, 202 ff.; *Schneider* 2009, Teil J, Rn. 281 ff.; *Junker/Benecke* 2003, Rn. 394 ff. Dies lässt sich auch daran erkennen, dass das Thema in jedem wesentlichen Werk in diesem Bereich behandelt wird.

¹⁹⁴¹ *Von dem Bussche/Schelinski*, in: *Leupold/Glossner* 2013, Teil 1, Rn. 271; *Steinle*, *JurPC* 139/2007. Zu dem Beispiel GNU General Public License (GPL) *Metzger/Jaeger*, *GRUR Int* 1999, 846 f.

¹⁹⁴² *BGHZ* 146, 138 (140).

¹⁹⁴³ Detailliert zu den Tatbestandsmerkmalen bereits s. Teil 1 3.1 Verbrauchsgüterkauf.

¹⁹⁴⁴ *Grundmann*, in: *MüKo BGB*, Band 2 2012, § 276 BGB, Rn. 107 ff.; *Löwisch/Caspers*, in: *Staudinger*, Buch 2 2013, § 276 BGB, Rn. 29 ff. sprechen von „normaler“ Fahrlässigkeit.

schluss bei Kardinalpflichten. Kardinalpflichten sind solche „die die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages erst ermöglichen und auf deren Erfüllung der Vertragspartner des Verwenders deshalb vertraut und vertrauen darf“.¹⁹⁴⁵ Eine Haftungsbeschränkung ist nur für eine leicht fahrlässige Verletzung der Kardinalpflichten möglich, soweit die Beschränkung „die bei Vertragsschluss vorhersehbaren und vertragstypischen Schäden“ nicht umfasst.¹⁹⁴⁶ Die Beschränkung der Haftung der Höhe nach behandelt auch § 309 Nr. 5 BGB. Danach dürfen Schadensersatzansprüche nur dann pauschaliert werden, wenn die Pauschale hoch genug ist (lit. a) und die andere Vertragspartei nachweisen darf, dass ein Schaden nicht oder in geringerem Umfang entstanden ist (lit. b). Aufgrund der engen und schwer bezifferbaren Anforderungen ist eine Pauschalierung also kaum möglich, aber auch nur in wenigen Fällen hilfreich.

Weitere Vorgaben zur Haftungsbeschränkung bei bestimmten Schäden enthält § 309 Nr. 7 lit. a BGB, der die Beschränkung und den Ausschluss der Haftung bei der Verletzung von Leben, Körper, Gesundheit verbietet. Solche Schäden sind im Bereich des Softwarevertriebs und der -nutzung jedoch kaum anzunehmen.¹⁹⁴⁷ Für die genannten Schäden sieht auch das Produkthaftungsgesetz eine Haftung vor. Diese kann nach § 14 ProdHG auch nicht ausgeschlossen werden. Eine Haftungsausschlussklausel muss also für beide Fälle Ausnahmen vom Haftungsausschluss vorsehen. Soll der Haftungsausschluss Ansprüche umfassen, die durch eine Pflichtverletzung ausgelöst wurden, ist zusätzlich § 309 Nr. 8 BGB zu beachten. Soweit Schadensersatzpflichten reduziert werden sollen, gilt vor allem lit. b aa), der die Möglichkeiten zur Reduktion der Mängelhaftung beschränkt. Danach darf die Haftung für Mängel nicht ausgeschlossen oder auf die Ansprüche gegen Dritte, etwa Versicherungen, beschränkt werden.

Vorlagen für Haftungsausschlussklauseln werden von vielen, insbesondere in Handbüchern für Softwaregestaltung, vorformuliert. Der folgende Vorschlag für eine Haftungsausschlussklausel stellt eine Kombination der Muster von Hoeren und von Marly dar.¹⁹⁴⁸ „Haftung: Wir schließen unsere Haf-

¹⁹⁴⁵ BGHZ 149, 89 (96) noch zur Vorgängernorm § 9 Abs. 2 AGBG.

¹⁹⁴⁶ St. Rechtsprechung BGH, NJW 2013, 291 (Rn. 39ff.); BGH, NJW 1993, 335 (336).

¹⁹⁴⁷ Nach *Marly* 2014, Rn. 1890 wäre es nicht nötig, aufzunehmen, dass diese Schäden nicht ausgenommen werden, da der Eintritt solcher Schäden ohnehin nicht zu erwarten und damit nicht zu regeln seien.

¹⁹⁴⁸ *Marly* 2014, Muster I; *Hoeren* 2008, Rn. 115.

tung für einfache und leichte Fahrlässigkeit aus. Dies gilt nicht, sofern Schäden Garantien betreffen. Bei der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit schließen wir die Haftung nur für leicht fahrlässige Pflichtverletzungen aus. Die Haftung nach dem Produkthaftungsgesetz bleibt ebenfalls unberührt (§ 14 Produkthaftungsgesetz). Unberührt bleibt ferner die Haftung für die Verletzung von Pflichten, deren Erfüllung die ordnungsgemäße Durchführung des Vertrages überhaupt erst ermöglicht und auf deren Einhaltung der Kunde regelmäßig vertrauen darf (Kardinalpflicht). Bei Verletzung der Kardinalpflicht ist die Haftung beschränkt auf solche Schäden, mit deren Entstehung im Rahmen einer Softwareüberlassung typischerweise gerechnet werden muss. Gleiches gilt für Pflichtverletzungen unserer Erfüllungsgehilfen und unserer gesetzlichen Vertreter.“

Allerdings ist die Wirkung der Vertragsklausel nur sehr gering, da fehlerhafte Einschätzungen nur im Ausnahmefall zu einer Haftung führen. Diese Ausnahmefälle können jedoch in aller Regel nicht in Allgemeinen Geschäftsbedingungen gegenüber Verbrauchern abbedungen werden.¹⁹⁴⁹

¹⁹⁴⁹ Hoeren 2008, Rn. 115 ähnlich zu Haftungsklauseln bei Softwareverträgen allgemein.

Kapitel 3 Rechtliche Einordnung und Haftungsrisiken

Ein Add-on, das das in dieser Arbeit beschriebene Konzept umsetzt, ist eine Software, die als Erweiterung einer fremden Software – dem Browser – dient. Dabei kann sie als standardisierte Anwendungssoftware klassifiziert werden. Obwohl dem Nutzer Hinweise und Einschätzungen im Browser angezeigt werden, handelt es sich jedoch nicht um ein Telemedium. Die Haftungsprivilegierung der §§ 8 bis 10 TMG sind deshalb nicht anwendbar.

Fehlerhafte Einschätzungen können aufgrund der Methoden, auf denen das Add-on basiert, nicht vollständig ausgeschlossen werden. Daraus ergeben sich Haftungsfragen. Der beste Schutz des Add-on-Anbieters vor Ansprüchen von Nutzern ist eine deutliche Kommunikation darüber, wozu die Software in der Lage ist und was sie nicht leisten kann. Dies muss bereits vor Vertragsschluss aus der Leistungsbeschreibung deutlich werden, darf aber auch nicht durch mehrversprechende Werbung „ausgehebelt“ werden. Die Haftung des Add-on-Anbieters gegenüber Online-Versanddiensten aufgrund fehlerhafter Einschätzungen kann sich aus dem Wettbewerbsrecht oder aus allgemeinem Deliktsrecht ergeben. Neben Schadensersatzansprüchen kommt auch ein Anspruch auf Unterlassung in Betracht. Von einer Haftung ist bei einer Umsetzung der in dieser Arbeit beschriebenen Prüfungsmethoden und Nutzerhinweisen nicht auszugehen. Jedoch wurden viele Fragen im Zusammenhang der Haftung für das Add-on bisher weder in der Literatur noch in der Rechtsprechung beurteilt. Eine gesicherte Rechtsauffassung besteht deshalb nicht, sodass sich daraus haftungsrechtliche Restrisiken ergeben.

TEIL 5 FAZIT

Die Bedeutung des Online-Versandhandels steigt seit seinem Entstehen stetig an. Prognosen sagen keine Abweichung von diesem Trend voraus. Der Normengeber, insbesondere auf europäischer Ebene, erließ bereits vor Jahren Vorschriften im Bereich des Verbraucher- und Datenschutzrechts, die Verbraucher und Nutzer im Internet schützen sollen. Jedoch bleiben Probleme im Online-Versandhandel bestehen. Diese machten etwa auch neue Vorgaben durch die Verbraucherrechterichtlinie nötig, wie die Pflicht zur frühzeitigen Angabe der möglichen Zahlungsmittel. Eine absolute Sicherheit für Verbraucher und Nutzer muss eine Fiktion bleiben. Deshalb sind andere ergänzende Mittel zu finden, die Verbraucher und Nutzer im Online-Versandhandel unterstützen. Eine Möglichkeit stellt ein Browser-Add-on dar, das das in dieser Arbeit beschriebene juristische Konzept zur Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit von Online-Versanddiensten durch automatisierte Analysen umsetzt.

Um die Untersuchung eines solchen neuartigen Add-ons handhabbar zu machen, wurde der Untersuchungsgegenstand des Add-ons auf den Online-Versandhandel, konkret die im Alltag häufig genutzten Online-Versanddienste, beschränkt. Es werden damit typische Online-Shops analysiert und eingeschätzt, über die Verbrauchsgüterkäufe abgeschlossen werden, also Kaufverträge zwischen Unternehmern und Verbrauchern.

Der Nutzer des Add-ons wird dabei unterstützt, die Vertrauenswürdigkeit eines einzelnen Online-Versanddienstes zu bewerten. Dafür gibt das Add-on ihm eine Einschätzung und Hinweise, die den Verbraucher auf positive und negative Auffälligkeiten des Dienstes aufmerksam machen. Dadurch kann der Nutzer seine eigene Bewertung des Anbieters und des Online-Versanddienstes überprüfen und gegebenenfalls korrigieren. Aufgrund der Vielzahl der Online-Versanddienste und der möglichen Risiken bei ihrer Nutzung kann er dies kaum allein bewältigen.

Eine Voraussetzung für den erfolgreichen Einsatz eines Browser-Add-ons, das eine Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit auf der Grundlage einer automatisierten Analyse einer Webseite gibt, ist eine klare und konkrete Rechtsetzung. Bei der Analyse der Online-Versanddienste ist das Verbraucher- und Datenschutzrecht entscheidend. Rechtliche Anforderungen wurden im Bereich des Verbraucherschutzrechts aus dem AGB-Recht, dem Recht der entgeltlichen Verbraucherverträge, der Fernabsatzverträge und

des elektronischen Geschäftsverkehrs, der Preisangabenverordnung sowie den Vorgaben zur Anbieterkennzeichnung und kommerziellen Kommunikation gewonnen. Im Datenschutzrecht besteht zunächst das grundlegende Erfordernis, dass die Daten personenbezogen oder -beziehbar sind. Für diese ergeben sich rechtliche Anforderungen zum einen aus den Datenschutzgrundsätzen, die Eingang in die Gesetzgebung gefunden haben. Zu den Grundsätzen zählen vor allem die Notwendigkeit einer Erlaubnis für jeden einzelnen Datenumgang durch eine Erlaubnisnorm oder eine Einwilligung, die Zweckbindung und Erforderlichkeit von Datenumgängen, das Transparenzgebot, der Grundsatz der Datensparsamkeit durch Technik und der Datensicherheit, der beschränkten Datenweitergabe und der Betroffenenrechte. Zum anderen ergeben sich datenschutzrechtliche Anforderungen unter anderem bei der Betrachtung der Praxisprobleme Cookies, Social-Plug-ins sowie Bonitätsprüfung und Scoring.

Um einen Online-Versanddienst zu analysieren, werden vom Add-on verschiedene Methoden genutzt. Um die formale Gestaltung auszuwerten, können etwa der Quelltext sowie das Domain Object Model analysiert werden, um Informationen über die optische Gestaltung einer Unterseite oder bestimmter Teile zu erhalten. Auch die Struktur und die Sprache eines Online-Versanddienstes kann automatisiert ausgewertet werden. Zur Bewertung wird auf bestehende Systeme, wie sie bei Accessibility-Software genutzt werden, zurückgegriffen. Bei der Analyse der Inhalte selbst wurden durch eine empirische Untersuchung standardisierte Formulierungen erkannt, die für den Verbraucher- oder Datenschutz relevant sind. Nach diesen wird im jeweiligen Online-Versanddienst durch Text- und Mustererkennung gesucht. Zur Analyse der verbraucher- und datenschutzrelevanten Techniken sind verschiedene Methoden nötig. Beispielsweise können Cookies und andere Tracking-Tools von Software erkannt werden, ohne dass sie vom Nutzer wahrgenommen oder auch nur auf dem Computer gesetzt werden. Andere Möglichkeiten sind die Überprüfung des SSL-Zertifikats einer Webseite oder die Plausibilitätsprüfung von Adressdaten und Telefonnummern. Online-Prüfsiegel können regelmäßig anhand der vom Siegelgeber vorgegebenen Standardimplementierung oder sonst anhand einer Bildanalyse des Online-Prüfsiegels in Kombination mit einer Verlinkung zum Siegelserver erkannt werden.

Ergebnis der automatisierten Analyse sind Einschätzungen über die Vertrauenswürdigkeit im Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, der

Nutzerfreundlichkeit sowie die Vertrauenswürdigkeit aufgrund einer transparenten Gestaltung des Online-Versanddienstes. Merkmale, die in diese Einschätzung einfließen, beziehen sich auf die formale Gestaltung von Texten, Links und dem Bezahl-Button, auf Inhalte und Techniken im Bereich des Verbraucher- und Datenschutzes sowie Online-Prüfsiegel. Alle Merkmale der formalen Gestaltung fließen in den Bereich der transparenten Gestaltung des Online-Versanddienstes ein. Dies gilt unabhängig davon, ob sie sich aus dem Verbraucher- oder Datenschutzrecht ergeben. Die Einschätzung dieses Teilbereichs soll eine Aussage darüber zulassen, ob der Verbraucher ohne technische Unterstützung des Add-ons in der Lage ist, alle Informationen, die er benötigt und auf die er einen Anspruch hat, auch zur Kenntnis zu nehmen. Dazu werden auch die Informationen aus Online-Prüfsiegeln verwendet, da bei den drei Online-Prüfsiegeln, die automatisiert ausgelesen werden, vor allem Aspekte der Informationspflichten und formalen Gestaltung der Online-Versanddienste im Fokus stehen.

Bei den Merkmalen, die über die Inhalte und verwendeten Techniken im Verbraucher- und Datenschutz automatisiert ausgelesen werden können, ist eine Differenzierung nötig. Bei den Inhalten bildet die Analyse der Allgemeinen Geschäftsbedingungen eine Besonderheit. Die Einschätzung, die sich aus diesen Merkmalen ergibt, wird dem Nutzer gesondert kommuniziert. Damit soll vermieden werden, dass der Verbraucher diesen besonders wichtigen Bereich mit anderen Informationen vermischt. Gleichzeitig erfolgt die Einschätzung basierend auf Heuristiken, die aus einer empirischen Analyse hervorgegangen sind, sodass der Verbraucher diese Ergebnisse nicht nur zur Kenntnis nehmen soll. Vielmehr sollen die Hinweise des Add-ons ihn bei einer individuellen Kontrolle unterstützen.

Weiterhin beziehen sich Inhalte auf die Informationspflichten sowohl aus dem verbraucher- als auch datenschutzrechtlichen Bereich. Diese fließen grundsätzlich ebenfalls in den Teilbereich der transparenten Gestaltung des Online-Versanddienstes ein. Eine Ausnahme gilt für die Informationspflichten, die im direkten Zusammenhang mit den verwendeten datenschutzrelevanten Techniken stehen. Diese ergeben zusammen mit den Merkmalen über die Techniken selbst einen eigenen Teilbereich der Nutzerfreundlichkeit. Mit der Einschätzung in diesem Teilbereich soll dem Nutzer des Add-ons aufgezeigt werden, welches Verhalten der Anbieter des Online-Versanddienstes bezogen auf den Datenschutz zeigt. Es soll deutlich werden, ob der Anbieter bei der technischen Gestaltung des Online-Versand-

dienstes bereits den Datenschutz aufgegriffen hat und wenn nicht, ob er den Nutzer darüber offen informiert. Bei datenschutzrelevanten Techniken steht die Frage im Fokus, ob, wie und mit welchen personenbezogenen Daten des Nutzers der Anbieter des Online-Versanddienstes umgeht. Im Gegensatz dazu sollen die technischen Gestaltungen, die der Verbraucherschutz fordert, den Verbraucher in die Lage versetzen, seine informierte Entscheidung mit technischen Mitteln in eine entsprechende Willenserklärung umzusetzen. Im Zentrum steht also wiederum die informierte Entscheidung, also Transparenz.

Bei der Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit kann ein Browser-Add-on nicht alle für den Verbraucher- und Datenschutz relevante Aspekte automatisiert auswerten. In technischer und tatsächlicher Hinsicht endet die Analyse beim Webauftritt selbst. Vorgänge innerhalb des Unternehmens oder etwa der Versand von E-Mails kann nicht analysiert werden. In rechtlicher Hinsicht ist die Analyse auf Verallgemeinerungen angewiesen. Einzelfallbetrachtungen sind nicht möglich, da die Einschätzung das Ergebnis eines für alle Webseiten gleichsam festgelegten Algorithmus' ist. Trotzdem stellt die Einschätzung für den Nutzer des Add-ons einen echten Vorteil dar. Für die Nutzung von Online-Versanddiensten ist immer ein gewisses Maß an Vertrauen nötig, da immer ein gewisses Maß an Unsicherheit besteht. Durch das Add-on stehen dem Nutzer aber mehr, konkrete und relevante Informationen leicht zugänglich zur Verfügung. Der Zweck der Einschätzung und Bereitstellung der Informationen ist es, den Nutzer auf bestimmte Auffälligkeiten hinzuweisen, die entweder dazu Anlass geben, dem Anbieter des Online-Versanddienstes zu vertrauen oder nicht. Der Nutzer soll damit in die Lage versetzt werden, sein eigenes Bild vom Anbieter und dem Online-Versanddienst zu überprüfen und gegebenenfalls zu korrigieren. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang, dass der Nutzer klar über den Leistungsumfang des Add-ons informiert wird und keine überhöhten Vorstellungen vom Vorgang der Auswertung hat.

Insgesamt kann das Browser-Add-on damit einen Anteil am digitalen Verbraucher- und Datenschutz leisten, indem es die Vertrauenswürdigkeit auf Basis digitaler Informationen aus den Online-Versanddiensten zum Verbraucher- und Datenschutz einschätzt. Es kommuniziert das Ergebnis der automatisierten Einschätzung durch verschiedene Hinweise an den Nutzer. Neben der in drei Teilbereiche unterteilten Einschätzung der Vertrauenswürdigkeit wird der Nutzer des Add-ons auch gezielt auf einzelne Auffäl-

lichkeiten, wie eine mögliche Kostenfalle, hingewiesen. Das Add-on ist eine Standardsoftware, die den Funktionsumfang des Browsers auf dem Computer des Nutzers erweitert. Es wird ausschließlich an Verbraucher vertrieben.

Ein Problem können fehlerhafte Einschätzungen darstellen, die entstehen können, da zum einen nur eine automatisierte Analyse erfolgt, damit also keine Einzelfallbetrachtung möglich ist. Zum anderen können nicht alle relevanten rechtlichen Anforderungen überprüft werden und die Merkmale nicht immer mit absoluter Sicherheit erkannt werden. Die Haftungsrisiken für den Add-on-Anbieter aufgrund von Fehleinschätzungen sind dennoch überschaubar. Es ist zwischen Ansprüchen eines Nutzers des Add-ons und Ansprüchen eines Anbieters eines Online-Versanddienstes zu unterscheiden. Bei Ansprüchen des Nutzers ist danach zu unterscheiden, ob das Add-on kostenpflichtig oder kostenlos vertrieben wird. Insbesondere bei einem kostenlosen Vertrieb sind Ansprüche des Nutzers fast ausgeschlossen. Allerdings ist eine Vielzahl von Rechtsfragen in diesem Gebiet umstritten oder bisher nicht behandelt worden. Dies gilt besonders bei einem Vertrieb per Download, wie es bei kostenlosem Vertrieb üblich ist, und bei deliktischen Ansprüchen. Voraussetzungen für ein geringes Haftungsrisiko sind, dass der Leistungsumfang des Add-ons klar formuliert und der Add-on-Anbieter nicht selbst am Online-Versandhandel beteiligt ist.

Wichtig für den zukünftigen Betrieb des Add-ons ist die regelmäßige Aktualisierung der Merkmale entsprechend den sich ändernden rechtlichen Anforderungen. Eine solche Aktualisierung der verbraucherrechtlichen Anforderungen wurde aufgrund der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie im Juni 2014 nötig und zuvor im August 2012 bei der Einführung der Button-Lösung in das Bürgerliche Gesetzbuch. Eine Überarbeitung der datenschutzrechtlichen Anforderungen würde notwendig, wenn die Datenschutz-Grundverordnung eingeführt wird.

Der Funktionsumfang des Add-ons könnte zukünftig noch ausgebaut werden und beispielsweise andere Arten von Webseiten umfassen. Denkbar ist etwa die Ergänzung von rechtlichen Anforderungen und daraus abgeleiteten Merkmalen von Reiseanbietern. Ebenso könnte die Erweiterung auf die Aufnahme von Plattformen für Online-Versanddienste, sogenannte Marktplätze, zielen. Aufgrund der zusätzlichen Komplexität wurde davon im Rahmen dieser Arbeit abgesehen. Das gilt auch für den Mobile-Commerce, also den Online-Handel unter Verwendung mobiler Endgeräte. Dazu müssten die Anforderungen auf die Besonderheiten des Mobile-Commerce ange-

passt werden, etwa die formale Gestaltung und der Umfang der Pflichtinformationen. Ebenso müsste gerade bei der Beurteilung des Datenschutzes gegebenenfalls eine Ausweitung der Analyse auf die App eines Online-Versanddienstes erfolgen. Das Add-on könnte auch auf Online-Dienste erweitert werden, die digitale Güter wie E-Books, Musikdownloads oder auch Cloud-Dienste vertreiben. Die Möglichkeiten und der Bedarf der Unterstützung der Nutzer im Bereich Internet sind vielfältig.

LITERATURVERZEICHNIS

- Abou-Zahra, Shadi, Web Accessibility Evaluation, in: Harper, Simon/ Yesilada, Yeliz (Hrsg.), Web Accessibility, New York, London 2008, 79.
- Acar, Gunes/ Eubank, Christian/ Englehardt, Steven/ Juarez, Marc/ Narayanan, Arvind/ Diaz, Claudia, The Web never forgets: Persistent tracking mechanisms in the wild, CACM 2014, 676.
- Acquisti, Alessandro/ Grossklags, Jens, Losses, Gains, and Hyperbolic Discounting, An Experimental Approach to Information Security Attitudes and Behavior, WEIS 2003.
- Ahrholdt, Dennis, Erfolgsfaktoren einer E-Commerce-Website, Wiesbaden 2010.
- Albers, Marion, Informationelle Selbstbestimmung, Baden-Baden 2005.
- Albrecht, Jan P., Daten sind das neue Öl - deshalb braucht es einen starken EU-Datenschutz!, ZD 2013, 49.
- Alexander, Christian, Neuregelungen zum Schutz vor Kostenfallen im Internet, NJW 2012, 1985.
- Alich, Stefan/ Voigt, Paul, Mitteilbare Browser, Datenschutzrechtliche Bewertung des Trackings mittels Browser-Fingerprints, CR 2012, 344.
- Alio, Tarec, Die Neufassung der Brüssel I-Verordnung, NJW 2014, 2395.
- Bamberger, Heinz G./ Roth, Herbert (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, 33. Edition, München 2014.
- Bartsch, Michael, Softwareüberlassung - was ist das?, CR 1992, 393.
- Bartsch, Steffen/ Boos, Carina/ Canova, Gamze/ Dyck, Dominik/ Henhapl, Birgit/ Schultheis, Michael/ Volkamer, Melanie, Interdisziplinäres Bewertungskonzept für Risiken auf Webseiten, in: Plödereder, Erhard/ Grunske, L./ Schneider, E./ Ull, D. (Hrsg.), Informatik 2014 - Big Data - Komplexität meistern, gleichzeitig Proceedings der GI-Informatik 2014, Bonn 2014, 2069 (zitiert als Proceedings GI-Informatik).
- Bäumler, Helmut, Das TDDSG aus Sicht eines Datenschutzbeauftragten, DuD 1999, 258.

- Beater, Axel, Unlauterer Wettbewerb, Tübingen 2011.
- Benninghoff, Sonja, Brauchen wir eine „Button-Lösung“ für das Datenschutzrecht?, VuR 2013, 361.
- Bergt, Matthias, Praktische Probleme bei der Umsetzung neuer gesetzlicher Vorgaben im Webshop, NJW 2012, 3541.
- Bierekoven, Christiane/ Crone, Andreas, Umsetzung der Verbraucherrecht-richtlinie Neuerungen im deutschen Schuldrecht – Ein erster Überblick, Neuerungen im deutschen Schuldrecht - Ein erster Überblick, MMR 2013, 687.
- Bizer, Johann, Web-Cookies – datenschutzrechtlich, DuD 1998, 277.
- Bizer, Johann, Personenbezug bei Cookies, DuD 2003, 644.
- Blasek, Karin, Versteckte Preisangaben im Internet, GRUR-RR 2009, 241.
- Blasek, Karin, Kostenfallen im Internet – ein Dauerbrenner, GRUR 2010, 396.
- Bodenstedt, Kai, „Alles für einen Euro“?, Abgrenzung von Zugangsbestäti-gungen und Annahmeerklärungen im Internet, MMR 2004.
- Bodewig, Theo, Elektronischer Geschäftsverkehr und Unlauterer Wettbe-werb, GRUR Int 2000, 475.
- Boehme-Neßler, Volker, Vertrauen im Internet - Die Rolle des Rechts, MMR 2009, 439.
- Boos, Carina, Technische Konvergenz im Hybrid-TV und divergenter Rechtsrahmen für Fernsehen und Internet, Kassel 2012.
- Boos, Carina, Nutzerunterstützung durch automatisierte Auswertung ein-zelner standardisierter Vertragsbedingungen, AGB: Was habe ich ver-passt?, VuR 2014, 47.
- Boos, Carina, Datenweitergabe an und durch Spieleanbieter auf Facebook, Zugleich Anmerkung zu LG Berlin, Urteil vom 28.10.2014, AZ: 16 O 60/13, VuR 2015, 92.
- Boos, Carina/ Bartsch, Steffen/ Volkamer, Melanie, Rechtliche und techni-sche Nutzerunterstützung bei der Button-Lösung, Ein Lösungsvorschlag zur Erkennbarkeit von Kostenfallen als dem immer noch ungelösten Kernproblem, CR 2014, 119.

- Boos, Carina/ Kroschwald, Steffen/ Wicker, Magda, Datenschutz bei Cloud Computing zwischen TKG, TMG und BDSG, Datenkategorien bei der Nutzung von Cloud-Diensten, ZD 2013, 205.
- Boos, Carina/ Roßnagel, Alexander, Nutzerunterstützung im Online-Versandhandel, Automatisierte Einschätzung im Add-on, MMR 2015, 215.
- Borges, Georg, Verträge im elektronischen Geschäftsverkehr, Vertragsabschluss, Beweis, Form, Lokalisierung, anwendbares Recht, München 2003.
- Borges, Georg, Gesetz gegen Internet-Kostenfallen, ein Button als Allheilmittel gegen Abzocke?, BB 2011, I.
- Bortz, Jürgen, Statistik für Human- und Sozialwissenschaftler, 6. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 2005.
- Brand, Peter-Andreas, Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet, E-Commerce und „Fliegender Gerichtsstand“, NJW 2012, 127.
- Brandi-Dohrn, Anselm, Die Besonderheiten von Haftungsklauseln in IT-Verträgen, CR 2014, 417.
- Bräutigam, Peter/ Leupold, Andreas, Online-Handel, Betriebswirtschaftliche und rechtliche Grundlagen Erscheinungsformen des E-Commerce, München 2003.
- Breyer, Patrick, Personenbezug von IP-Adressen. Internetnutzung und Datenschutz, ZD 2014, 400.
- Brinkmann, Ulrich/ Seifert, Matthias, „Face to Interface“: Zum Problem der Vertrauenskonstitution im Internet am Beispiel von elektronischen Auktionen, ZfS 2001, 23.
- Brönneke, Tobias, Umweltverfassungsrecht, Der Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen im Grundgesetz sowie in den Landesverfassungen Brandenburgs, Niedersachsens und Sachsens, Baden-Baden 1999.
- Brönneke, Tobias, Abwicklungsprobleme beim Widerruf von Fernabsatzgeschäften, MMR 2004, 127.

- Brönneke, Tobias, Vertrauen durch Markttransparenz, in: Klumpp, Dieter/ Kubicek, Herbert/ Roßnagel, Alexander/ Schulz, Wolfgang (Hrsg.), Informationelles Vertrauen für die Informationsgesellschaft, Berlin, Heidelberg 2008, 301.
- Brönneke, Tobias, Widerrufsrecht und Belehrungspflichten, Rechtsdogmatische Analyse und rechtspolitische Vorschläge, Baden-Baden 2009.
- Brönneke, Tobias/ Schmidt, Fabian, Der Anwendungsbereich der Vorschriften über die besonderen Vertriebsformen nach Umsetzung der Verbraucherrechtgerichtlinie, VuR 2014, 3.
- Brooks, David R., An Introduction to HTML and JavaScript for Scientists and Engineers, London 2007.
- Bruns, Ina/ Luhn, Sebastian, Verbraucherschutz durch Mitentscheidung bei Online-Verträgen, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Law as a Service (LaaS), Edewecht 2013, 859.
- Brunst, Phillip, Umsetzungsprobleme der Impressumspflicht bei Webangeboten, MMR 2004, 8.
- Brunst, Phillip W., Anonymität im Internet – rechtliche und tatsächliche Rahmenbedingungen, Zum Spannungsfeld zwischen einem Recht auf Anonymität bei der elektronischen Kommunikation und den Möglichkeiten zur Identifizierung und Strafverfolgung, Berlin 2009.
- Buchmann, Felix, Aktuelle Entwicklungen im Fernabsatzrecht 2011/2012, K&R 2012, 549.
- Buchmann, Felix, Die Angabe von Grundpreisen im Internet, K&R 2012, 90.
- Buchmann, Felix, Aktuelle Entwicklungen im Fernabsatzrecht 2012/2013, K&R 2013, 535.
- Buchmann, Felix, Das neue Fernabsatzrecht 2014, Teil 2: Die neuen Rechtsfolgen des widerrufenen Fernabsatzvertrags und die Musterwiderrufsbelehrung bei Warenkäufen, K&R 2014, 239.
- Buchmann, Felix, Das neue Fernabsatzrecht 2014, Teil 1: Ausgewählte Probleme zum neuen Widerrufsrecht bei Warenkäufen, K&R 2014, 221.

- Buchmann, Felix, Das neue Fernabsatzrecht 2014 (Teil 3), Anwendungsbereich und Ausnahmen vom Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen über Waren, K&R 2014, 369.
- Buchmann, Felix, Das neue Fernabsatzrecht 2014 (Teil 4), Die neuen Informationspflichten bei Waren käufen, K&R 2014, 453.
- Buchmann, Felix/ Majer, Christian F./ Hertfelder, Johannes/ Vögelein, Anna, „Vertragsfallen“ im Internet, Rechtliche Würdigung und Gegenstrategien, NJW 2009, 3189.
- Buchmann, Johannes/ Nebel, Maxi/ Roßnagel, Alexander/ Shirazi, Fatemeh/ Simo, Harvais/ Waidner, Michael, Personal Information Dashboard, Putting the Individual Back in Control, in: Hildebrandt, Mireille/ O'Hara, Kieron/ Waidner, Michael (Hrsg.), Digital Enlightenment Yearbook 2013, Amsterdam 2013, 139.
- Büllesbach, Alfred, Persönlichkeitsschutz in der Informationsgesellschaft, in: Klumpp, Dieter/ Kubicek, Herbert/ Roßnagel, Alexander/ Schulz, Wolfgang (Hrsg.), Informationelles Vertrauen für die Informationsgesellschaft, Berlin, Heidelberg 2008, 215.
- Bülöw, Peter/ Artz, Markus, Fernabsatzverträge und Strukturen eines Verbraucherprivatrechts im BGB, NJW 2000, 2049.
- Calliess, Christian/ Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV Kommentar, Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 4. Aufl., München 2011.
- Cavoukian, Ann/ Gurski, Michael/ Mulligan, Deirdre/ Schwarz, Ari, P3P und Datenschutz, Ein Update für die Datenschutzgemeinde, DuD 2000, 475.
- Centeno, Vicente L./ Kloos, Carlos D./ Fisteus, Jesús A./ Álvarez, Luis Á., Web Accessibility Evaluation Tools, A Survey and Some Improvements, ENTCS 2006, 87.
- Cichon, Caroline, Internet-Verträge, 2. Aufl., Köln 2005.
- Clausnitzer, Jochen, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 7.12.2010, AZ. C-585/08, C-144/09, EuZW 2011, 104.

- Cornelius, Kai, Vertragsabschluss durch autonome elektronische Agenten, MMR 2002, 353.
- Cranor, Lorrie F., Platform for Privacy Preferences - P3P, DuD 2000, 479.
- Cranor, Lorrie F., Web Privacy with P3P, Beijing/Sebastopol/Calif 2002.
- Cunningham, Scott M., The Major Dimensions of Perceived Risk, in: Cox, D.F (Hrsg.), Risk Taking and Information Handling in Consumer Behaviour, Boston 1967.
- Dahm, Robert, Unverbindlich verbindlich, Zur Selbstregulierung durch Verhaltenskodizes und Gütesiegel, DuD 2002, 412.
- Däubler, Wolfgang/ Klebe, Thomas/ Wedde, Peter/ Weichert, Thilo (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz, Kompaktkommentar zum BDSG, 4. Aufl., Frankfurt am Main 2014.
- Di Fabio, Udo, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung, Tübingen 1994.
- Dilger, Petra, Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Internet, München 2002.
- Dreier, Thomas/ Vogel, Rupert, Software- und Computerrecht, Frankfurt a.M 2008.
- Duhr, Elisabeth/ Naujok, Helga/ Schaar, Peter, Anwendbarkeit des deutschen Datenschutzrechts auf Internetangebote, MMR 2001, XVI.
- Eckhardt, Jens, Anmerkung zu OLG München, Urteil vom 27.9.2012, AZ. 29 U 1682/12, ZD 2013, 90.
- Eckhardt, Jens/ Rheingas, Helke, Direktmarketing bei Bestandskunden ohne Einwilligung, ZD 2013, 318.
- Egelmann, Serge/ Tsai, Janice/ Cranor, Lorrie F./ Acquisti, Alessandro, Timing Is Everything?, the effects of timing and placement of online privacy indicators, CHI 2009, 319.
- Eggs, Holger, Vertrauen im Electronic Commerce, Herausforderungen und Lösungsansätze, Wiesbaden 2001.

- Eichler, Hermann, Die Rechtslehre vom Vertrauen, Privatrechtliche Untersuchungen über den Schutz des Vertrauens, Tübingen 1950.
- Eimeren, Birgit v./ Frees, Beate, Rasanter Anstieg des Internetkonsums, Online fast drei Stunden täglich im Netz, MP 2013, 358.
- Einwiller, Sabine, Vertrauen durch Reputation im elektronischen Handel, Wiesbaden 2003.
- Enzmann, Matthias, Introducing Privacy to the Internet User, How P3P meets the European Data Protection Directive, DuD 2000, 535.
- Enzmann, Matthias/ Roßnagel, Alexander, Realisierter Datenschutz für den Einkauf im Internet, Das Projekt DASIT, CR 2002, 141.
- Enzmann, Matthias/ Schulze, Günter, Die DASIT-Lösung, in: Roßnagel, Alexander (Hrsg.), Datenschutz beim Online-Einkauf, Braunschweig, Wiesbaden 2002, 107.
- Ernst, Stefan, Der Mausklick als Rechtsproblem, Willenserklärungen im Internet, NJW-CoR 1997, 165.
- Ernst, Stefan, Social Plugins: Der „Like-Button“ als datenschutzrechtliches Problem, NJOZ 2010, 1917.
- Ernst, Stefan, Das Gesetz gegen Abofallen - Guter Wille, mehr nicht, VuR 2012, 205.
- Ertel, Sebastian/ Venzke-Caprarese, Sven, Google Universal Analytics, On- und Offline-Profilbildung anhand von User-IDs, DuD 2014, 181.
- Evers, Adalbert/ Nowotny, Helga, Über den Umgang mit Unsicherheit, Die Entdeckung der Gestaltbarkeit von Gesellschaft, Frankfurt am Main 1987.
- Ferrari, Franco/ Kieninger, Eva-Maria/ Mankowski, Peter/ Otte, Karsten/ Saenger, Ingo/ Schulze, Götz/ Staudinger, Ansgar (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, Kommentar, 2. Aufl., München 2012.
- Fezer, Karl-Heinz/ Koos, Stefan, Das gemeinschaftsrechtliche Herkunftslandprinzip und die e-commerce-Richtlinie, Zur dringenden Notwendigkeit einer Harmonisierung des Wettbewerbsrechts in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union als einer gemeinschaftsrechtlichen Aufgabe, IPRax 2000, 349.

- Flinn, Scott/ Stoyles, Steve, Omnivore, Risk Management through Bidirectional Transparency, NSW 2004, 97.
- Föhlisch, Carsten, Trusted Shops als interdisziplinäres System zur Schaffung von Vertrauen in B2C-Transaktionen, Prüfzeichen, Verantwortlichkeit und Konfliktschlichtung, in: Kröger, Detlef/ Nöcker, Gregor/ Nöcker, Michael (Hrsg.), Sicherheit und Internet, Heidelberg 2002, 32.
- Föhlisch, Carsten, Gütesiegel: Haftung gegenüber dem Verbraucher?, DuD 2004, 74.
- Föhlisch, Carsten, Das Widerrufsrecht im Onlinehandel, München 2009.
- Föhlisch, Carsten, Endlich Vollharmonisierung im Fernabsatzrecht?, Auswirkungen der geplanten Europäischen Verbraucherrechtsrichtlinie, MMR 2009, 75.
- Föhlisch, Carsten/ Dyakova, Tanya, Fernabsatzrecht und Informationspflichten im Onlinehandel, Anwendungsbereich nach dem Referentenentwurf zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, MMR 2013, 3.
- Freund, Bernhard/ Schnabel, Christoph, Bedeutet IPv6 das Ende der Anonymität im Internet?, Technische Grundlagen und rechtliche Beurteilung des neuen Internet-Protokolls, MMR 2011, 495.
- Friedl, Jeffrey E. F., Reguläre Ausdrücke, Beijing 2000.
- Fritz, Jürgen, Wohnraummietverträge in der Klauselkontrolle, NZM 2002, 713.
- Führ, Martin (Hrsg.), Gemeinschaftskommentar zum Bundes-Immissionsschutzgesetz (GK-BImSchG), Köln 2015.
- Fuhrmann, Heiner, Vertrauen im Electronic Commerce, Rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten unter besonderer Berücksichtigung verbindlicher Rechtsgeschäfte und des Datenschutzes, Baden-Baden 2001.
- Gabel, Detlev, Neue Rahmenbedingungen für den Datenschutz im Internet, ZUM 2002, 607.
- Gabriel, Ulrich/ Cornels, Lars C., Webtracking und Datenschutz, MMR-Aktuell 2008, XIV.

- Gambetta, Diego, Kann man dem Vertrauen vertrauen?, in: Hartmann, Martin/ Offe, Claus (Hrsg.), Vertrauen, Frankfurt, New York 2001, 204.
- Geimer, Reinhold/ Schütze, Rolf A. (Hrsg.), Europäisches Zivilverfahrensrecht, 3. Aufl., München 2010.
- Geis, Ivo, Haftungsrisiken im Datenschutzrecht, CR 1993, 269.
- Gerber, Alexander, Vertrauen im Online-Handel, Evaluation von Vertrauen in elektronischen Märkten, Saarbrücken 2007.
- Gerlach, Carsten, Personenbezug von IP-Adressen, CR 2013, 478.
- Geuer, Ermano, Einwilligung in Cookieempfang durch Browsereinstellungen?, Schlussfolgerungen aus einer Auslegung der gesetzlichen Regelung in Österreich, ITRB 2012, 206.
- Geuer-Pollmann, Christian/ Schweitzer, Niko, Vergleichbarkeit von Policies mittels XML, DuD 2000, 578.
- Gitter, Rotraud, Softwareagenten im elektronischen Geschäftsverkehr, Rechtliche Vorgaben und Gestaltungsvorschläge, Baden-Baden 2007.
- Gitter, Rotraud/ Roßnagel, Alexander, Rechtsfragen mobiler Agentensysteme im E-Commerce, K&R 2003, 64.
- Glückner, Jochen, Ist die Union reif für die Kontrolle an der Quelle?, WRP 2005, 795.
- Gloy, Wolfgang/ Loschelder, Michael/ Erdmann, Willi (Hrsg.), Handbuch des Wettbewerbsrechts, 4. Aufl., München 2010.
- Gola, Peter/ Müthlein, Thomas, Neuer Tele-Datenschutz - bei fehlender Koordination über das Ziel hinausgeschossen?, RDV 1997, 193.
- Gola, Peter/ Reif, Yvette, Kundendatenschutz, Leitfaden für die Praxis, 3. Aufl., Berlin 2011.
- Gola, Peter/ Schomerus, Rudolf (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), Kommentar, 11. Aufl., München 2012.
- Goodfellow/Bulatov/Ibarz/Arnoud/ Shet, Multi-digit Number Recognition from Street View Imagery using Deep Convolutional Neural Networks 2014, arxiv.org/pdf/1312.6082v4.pdf.

- Gorny, Peter, Kategorien von Softwarefehlern, CR 1986, 674.
- Grabner-Kräuter, Sonja, Konsumentenvertrauen im E-Commerce, Eine ökonomische Analyse, in: Horster, Patrick (Hrsg.), Elektronische Geschäftsprozesse, Sauerlach 2004, 303.
- Graf Westphalen, Friedrich v., Produkthaftung oder Produzentenhaftung?, ZIP 1986, 139.
- Graf Westphalen, Friedrich v., Das neue Produkthaftungsgesetz, NJW 1990, 83.
- Graf Westphalen, Friedrich von/ Thüsing, Gregor, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, 35. Ergl., München 2014.
- Greenwald, Glenn, Die globale Überwachung, Der Fall Snowden, die amerikanischen Geheimdienste und die Folgen, München 2014.
- Greß, Sebastian, Datenschutzprojekt P3P, Darstellung und Kritik, DuD 2001, 144.
- Grimm, Rüdiger/ Roßnagel, Alexander, Datenschutz für das Internet in den USA, DuD 2000, 446.
- Grimm, Rüdiger/ Roßnagel, Alexander, Weltweiter Datenschutzstandard?, in: Kubicek, Herbert/ Braczyk, Hans-Joachim/ Klumpp, Dieter/ Roßnagel, Alexander (Hrsg.), Global@Home – Informations- und Dienstleistungsstrukturen der Zukunft, Heidelberg 2000, 293.
- Groß, Sonja/ Klees, Maria/ Duscha, Andreas/ Krüger, Malte/ Hinrichs, Jens-Werner, Der Internet-Zahlungsverkehr aus Sicht der Händler, Ergebnisse der Umfrage IZH6, Köln 2012.
- Grundmann, Stefan, Die EU-Verbraucherrechte-Richtlinie, Optimierung, Alternative oder Sackgasse?, JZ 2013, 53.
- Hahn, Werner/ Vesting, Thomas (Hrsg.), Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 3. Aufl., München 2012.
- Hansen, Marit/ Krause, Christian/ Möller, Jan/ Petri, Thomas B., P3P – Der neue Weg zum Datenschutz im World Wide Web, in: Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (Hrsg.), IT-Sicherheit im verteilten Chaos, Ingelheim 2003, 149.

- Hansen, Marit/ Möller, Jan, Datenschutz für Internetsurfer, Neues P3P-Projekt in Kiel angelaufen, DuD 2003, 192.
- Harte-Bavendamm, Henning/ Henning-Bodewig, Frauke (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Kommentar, 3. Aufl., München 2013.
- Härting, Niko, Fernabsatzgesetz, Kurzkommentar, Köln 2000.
- Härting, Niko, Starke Behörden, schwaches Recht, Der neue EU-Datenschutzentwurf, BB 2012, 459.
- Härting, Niko, Internetrecht, 5. Aufl., Köln 2014.
- Hassemer, Michael, Elektronischer Geschäftsverkehr im Regierungsentwurf zum Schuldrechtsmodernisierungsgesetz, MMR 2001, 635.
- Heckmann, Dirk, Juris PraxisKommentar Internetrecht, 4. Aufl., Saarbrücken 2014.
- Heidrich, Joerg, Rechtliche Fragen bei der Verwendung von DNS-Blacklisting zur Spamfilterung, CR 2009, 168.
- Heidrich, Joerg/ Forgó, Nikolaus/ Feldmann, Thorsten, Heise Online-Recht, Der Leitfaden für Praktiker und Juristen, Hannover 2011.
- Heinemann, Gerrit, Der neue Online-Handel, Geschäftsmodell und Kanalexzellenz im E-Commerce, 5. Aufl., Wiesbaden 2014.
- Hladjk, Jörg, Gütesiegel als vertrauensbildende Maßnahme im E-Commerce, Motive, Modelle und Rechtsgrundlagen, DuD 2002, 597.
- Hladjk, Jörg, Qualität und Effektivität von Gütesiegeln, Eine Übersicht über nationale und internationale Angebote, DuD 2002, 672.
- Hoeren, Thomas, Softwarefehler - Materielle Rechtslage und prozessuale Geltendmachung, ZAP 1991, Fach 6, 125.
- Hoeren, Thomas, Vorschlag für eine EU-Richtlinie über E-Commerce, Eine erste kritische Analyse, MMR 1999, 192.
- Hoeren, Thomas, Das Telemediengesetz, NJW 2007, 801.
- Hoeren, Thomas, Allgemeine Geschäftsbedingungen bei Internet- und Softwareverträgen, München 2008.

- Hoeren, Thomas, Vorratsdaten und Urheberrecht – Keine Nutzung gespeicherter Daten, NJW 2008, 3099.
- Hoeren, Thomas, Das neue UWG und dessen Auswirkungen auf den B2B-Bereich, WRP 2009, 789.
- Hoeren, Thomas, Datenschutz und Scoring, Grundelemente der BDSG-Novelle I, VuR 2009, 363.
- Hoeren, Thomas, Wenn Sterne kollabieren, entsteht ein schwarzes Loch, Gedanken zum Ende des Datenschutzes, ZD 2011, 145.
- Hoeren, Thomas/ Föhlisch, Carsten, Ausgewählte Praxisprobleme des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, CR 2014, 242.
- Hoeren, Thomas/ Sieber, Ulrich/ Holznagel, Bernd (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, 38. Ergl., München 2014.
- Hoffmann-Riem, Wolfgang, Informationelle Selbstbestimmung in der Informationsgesellschaft, Auf dem Wege zu einem neuen Konzept des Datenschutzes, AöR 1998, 513.
- Höltgen, Birgit/ Zander-Iluyat, Helga, Gütesiegel und Verbraucherschutz, in: Kröger, Detlef/ Nöcker, Gregor/ Nöcker, Michael (Hrsg.), Sicherheit und Internet, Heidelberg 2002, 101.
- Hörl, Bernhard, Typische Haftungsklauseln in IT-Verträgen, Regelungsgegenstände und Hinweise zur Klauselgestaltung, ITRB 2006, 17.
- Hornung, Gerrit, Zwei runde Geburtstage: Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und das WWW, MMR 2004, 3.
- Hornung, Gerrit, Informationen über „Datenpannen“, Neue Pflichten für datenverarbeitende Unternehmen, NJW 2010, 1841.
- Hornung, Gerrit, Eine Datenschutz-Grundverordnung für Europa?, Licht und Schatten im Kommissionsentwurf vom 25.1.2012, ZD 2012, 99.
- Hühner, Sebastian, Anmerkung zu OLG München, Urteil vom 27.9.2012, AZ. 29 U 1682/12, GRUR-Prax 2012, 589.

- Idecke, Sabrina/ Pordesch, Ulrich/ Roßnagel, Alexander, Rechtsgemäße Technikgestaltung, in: Roßnagel, Alexander/ Schroeder, Ulrik (Hrsg.), Multimedia in immissionsschutzrechtlichen Genehmigungsverfahren, Köln 1999, 131.
- Ihde, Rainer, Cookies, Datenschutz als Rahmenbedingung der Internetökonomie, CR 2000, 413.
- Imhof, Ralf, One-to-One-Marketing im Internet, Das TDDSG als Marketinghindernis, CR 2000, 110.
- Ingersoll, Grant S./ Morton, Thomas S./ Farris, Andrew L., TamingText, How to Find, Organize, and Manipulate It, Shelter Island, NY/London 2013.
- Initiative D21/ Bundesverband des deutschen Versandhandels (bvh), Vertrauen beim Online-Einkauf, Berlin 2012, www.initiaved21.de/wp-content/uploads/2012/09/Vertrauen-beim-Online-Einkauf.pdf.
- Iraschko-Luscher, Stephanie/ Kiekenbeck, Pia, Bezahlmöglichkeiten im Internet – schnell, sicher und datenschutzkonform?, DuD 2012, 902.
- Jacobsen, Jens, Website-Konzeption, Erfolgreiche Websites planen, umsetzen und betreiben, 6. Aufl., München 2011.
- Jandt, Silke, Grenzenloser Mobile Commerce, Schutzwirkung und Durchsetzbarkeit datenschutzrechtlicher Ansprüche gegenüber ausländischen Diensteanbietern, DuD 2008, 664.
- Jandt, Silke, Vertrauen im Mobile Commerce, Vorschläge für die rechtsverträgliche Gestaltung von Location Based Services, Baden-Baden 2008.
- Jandt, Silke/ Laue, Philip, Voraussetzungen und Grenzen der Profilbildung bei Location Based Services, K&R 2006, 316.
- Jandt, Silke/ Roßnagel, Alexander, Datenschutz in Social Networks, Kollektive Verantwortlichkeit für die Datenverarbeitung, ZD 2012, 160.
- Jauernig, Othmar (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Kommentar, 15. Aufl., München 2014.
- Jehle, Stefanie, Vertrauen und Recht im Internet, Am Beispiel vorvertraglicher Informationspflichten und des Bezahlverfahrens PayPal, Hamburg 2010.

- Jendrian, Kai/ Schäfer, Christoph, Sicheres Surfen mit Firefox, DuD 2014, 295.
- Jotzo, Florian, Gilt deutsches Datenschutzrecht auch für Google, Facebook & Co. bei grenzüberschreitendem Datenverkehr?, MMR 2009, 232.
- Junker, Abbo/ Benecke, Martina, Computerrecht, 3. Aufl., Baden-Baden 2003.
- Kalbach, James, Handbuch der Webnavigation, Beijing/Cambridge u.a. 2008.
- Kamp, Meike/ Weichert, Thilo, Scoringsysteme zur Beurteilung der Kreditwürdigkeit, Chancen und Risiken für Verbraucher, Kiel 2005, www.datenschutzzentrum.de/scoring/2005-studie-scoringsysteme-uld-bmvel.pdf.
- Karg, Moritz, Die Renaissance des Verbotsprinzips im Datenschutz, DuD 2013, 75.
- Karvonen, Kristina, The Beauty of Simplicity, CUU 2000, 85.
- Kau, Christian, Vertrauensschutzmechanismen im Internet, insbesondere im E-Commerce, Karlsruhe 2006.
- Keen, Peter G. W., Are you ready for the 'Trust' Economy?, Computerworld 1997, 80.
- Kempf, Dieter, Datenschutz ist ein Vertrauensanker, MMR 2013, 753.
- Kiefer, Philip, Die ultimative Google-Bibel, Düsseldorf 2010.
- Kilian, Wolfgang/ Heussen, Benno, Computerrechts-Handbuch, Informationstechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, 26. Ergl., München 2008.
- Kilian, Wolfgang/ Heussen, Benno, Computerrechts-Handbuch, Informationstechnologie in der Rechts- und Wirtschaftspraxis, 32. Ergl., München 2013.
- Kirschbaum, Jochen, Die gesetzliche Neuregelung der sog. „Internetfalle“, Zur dogmatischen Einordnung des § 312g Abs. 3 und 4 BGB n.F., MMR 2012, 8.

- Kitz, Volker, Das neue Recht der elektronischen Medien in Deutschland, Sein Charme, seine Fallstricke, ZUM 2007, 368.
- Kitz, Volker, Kommerzielle Kommunikation per E-Mail im neuen Telemediengesetz, DB 2007, 385.
- Klewitz, Lilian, Verbraucherschutz bei Rechtsgeschäften per Internet, Hamburg 2006.
- Knopp, Michael, Digitalfotos als Beweismittel, ZRP 2008, 156.
- Knopp, Michael, Datenschutzherausforderung Webtracking, DuD 2010, 783.
- Koch, Raphael, Rechte des Unternehmers und Pflichten des Verbrauchers nach Umsetzung der Richtlinie über die Rechte der Verbraucher, JZ 2014, 758.
- Koehler, Philipp, Allgemeine Geschäftsbedingungen im Internet, MMR 1998, 289.
- Köhler, Helmut, „Wettbewerbshandlung“ und „Geschäftspraktiken“, Zur richtlinienkonformen Auslegung des Begriffs der Wettbewerbshandlung und zu seiner Definition im künftigen UWG, WRP 2007, 1393.
- Köhler, Helmut/ Bornkamm, Joachim (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, UWG-Kommentar, 33. Aufl., München 2015.
- Köhntopp, Marit, Datenschutz und „Privacy Enhancing Technologies“, in: Roßnagel, Alexander (Hrsg.), Allianz von Medienrecht und Informationstechnik?, Baden-Baden 2001, 55.
- Kotsoglou, Kyriakos N., Subsumtionsautomat 2.0, Über die (Un-)Möglichkeit einer Algorithmisierung der Rechtserzeugung, JuristenZeitung 2014, 451.
- Koutsabasis, Panayiotis/ Vlachogiannis, Evangelos/ Darzentas, Jenny S., Beyond Specifications, Towards a Practical Methodology for Evaluating Web Accessibility, JUS 2010, 157.
- Kramer, Philipp, Double-Opt-In gilt weiter, DSB 2012, 269.
- Kredig, Alexander/ Uffmann, Katharina, Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr, Verbesserung der Rechtslage durch die Buttonlösung des § 312e II BGB-RefE?, ZRP 2011, 36.

- Kroschwald, Steffen/ Wicker, Magda, Kanzleien und Praxen in der Cloud, Strafbarkeit nach § 203 StGB, CR 2012, 758.
- Kulka, Michael, Der Entwurf eines „Ersten Gesetzes zur Änderung des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb“, DB 2008, 1548.
- Kullmann, Hans J. (Hrsg.), Gesetz über die Haftung für fehlerhafte Produkte (ProdHaftG), Kommentar, 6. Aufl., Berlin 2010.
- Kumbruck, Christel/ Sacher, Markus/ Stumpf, Frederic, Vertrauen(skapseln) beim Online-Einkauf, DuD 2007, 362.
- Kurz, Constanze/ Rieger, Frank, Die Datenfresser, Wie Internetfirmen und Staat sich unsere persönlichen Daten einverleiben und wie wir die Kontrolle darüber zurückerlangen, Frankfurt am Main 2012.
- Lang, Hans W., Algorithmen in Java, 3. Aufl., München 2012.
- Lang, Markus, Reform des EU-Datenschutzrechts, Einheitliche Regelungen mit hohem Datenschutzniveau geplant, K&R 2012, 145.
- Langheinrich, Thomas, P3P - ein neuer Standard für Datenschutz im Internet, digma 2001, 32.
- Laue, Philip/ Nink, Judith, Anmerkung zu LG Frankfurt am Main, Urteil vom 18.2.2014, AZ. 3-10 O 86/12, CR 2014, 269.
- Lederer, Beatrice, Das Verbraucherbild im Internet, NJOZ 2011, 1833.
- Lehmann, Michael, Produkt- und Produzentenhaftung für Software, NJW 1992, 1721.
- Lehmann, Michael, Produzenten- und Produkthaftung für Soft- und Hardware, in: Lehmann, Michael (Hrsg.), Rechtsschutz und Verwertung von Computerprogrammen, Köln 1993, XXI.
- Leible, Stefan, Der Schutz der Persönlichkeit im Internet, K&R 2012, I.
- Leier, Barbara, Die Buttonlösung gegen Kostenfallen im Internet, CR 2012, 378.
- Leier, Barbara, Die Rückabwicklung des widerrufenen Vertrags, Neuerungen durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, VuR 2013, 457.

- Lettl, Tobias, Das neue UWG, GRUR-RR 2009, 41.
- Leupold, Andreas/ Glossner, Silke, Münchener Anwaltshandbuch IT-Recht, 3. Aufl., München 2013.
- Lewinski, Kai v., Privacy Policies: Unterrichtung und Einwilligung im Internet, DuD 2002, 395.
- Licharz, Elmar-Marius, Vertrauen in B2C, Lohmar, Köln 2002.
- Loacker, Leander D., Verbraucherverträge mit gemischter Zwecksetzung, Ist der Scheideweg im Unionsprivatrecht erreicht?, JZ 2013, 234.
- Loewenheim, Ulrich (Hrsg.), Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl., München 2010.
- Lohse, Christina/ Janetzko, Dietmar, Technische und juristische Regulatormodelle des Datenschutzes am Beispiel von P3P, CR 2001, 55.
- Lorenz, Stephan, Im BGB viel Neues: Die Umsetzung der Fernabsatzrichtlinie, JuS 2000, 833.
- Louveaux, Sophie/ Poulett, Yves/ Salaün, Anne, User Protection in the Cyberspace, Some Recommendations, info 1999, 521.
- Ludwig, Ingo, Juris PraxisKommentar BGB, Band 6: Internationales Privatrecht, 6. Aufl., Saarbrücken 2013.
- Ludwig, Peter, Vertrauen beim Online-Shopping, Eine empirische Arbeit über Vertrauensrelevanz, Determinanten und Maßnahmen für die Bildung von Vertrauen zu Online-Shops, Lengerich 2005.
- Luhmann, Niklas, Vertrauen, Ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, Stuttgart 1968.
- Luhn, Sebastian/ Bruns, Ina/ Böhme, Rainer, Consumer Participation in Online Contracts, Exploring Cross-Out Clauses, in: Katzenbeisser, Stefan/ Lotz, Volkmar/ Weippl, Edgar (Hrsg.), Sicherheit 2014, Sicherheit, Schutz und Zuverlässigkeit, zugleich Proceedings der GI-Sicherheit 2014, Bonn 2014, 255 (zitiert als GI-Sicherheit 2014).
- Lütcke, Jens, Fernabsatzrecht, Kommentar zu den 312b-312f BGB, München 2002.

- Mankowski, Peter, Internet und Internationales Wettbewerbsrecht, GRUR Int 1999, 909.
- Mankowski, Peter, E-Commerce und Internationales Verbraucherschutzrecht, MMR-Beil. 2000, 23.
- Marly, Jochen, Praxishandbuch Softwarerecht, Rechtsschutz und Vertragsgestaltung, 6. Aufl., München 2014.
- Martinek, Michael, Verbraucherschutz im Fernabsatz – Lesehilfe mit Merkpunkten zur neuen EU-Richtlinie, NJW 1998, 207.
- Martini, Mario/ Zimmermann, Georg v., E-Mail und integrierte VoIP-Services: Telekommunikationsdienste i.S.d. § 3 Nr. 24 TKG, CR 2007, 427.
- Masing, Johannes, Herausforderungen des Datenschutzes, NJW 2012, 2305.
- Masing, Johannes, Ein Abschied von den Grundrechten, SZ vom 9.1.2012, 9.
- Masuch, Andreas, Neues Muster für Widerrufsbelehrungen, NJW 2008, 1700.
- Mayer, Jonathan R./ Mitchell, John C., Third-Party Web Tracking: Policy and Technology, SP 2012, 413.
- Meder, Stephan, Kreditkartenmißbrauch: Die Verteilung des Haftungsrisikos im Telephone-Order-, Mail-Order- und Internet-Verfahren, ZBB 2000, 89.
- Meder, Stephan, Bezahlen im E-Commerce, JZ 2004, 503.
- Meder, Stephan/ Grabe, Olaf, PayPal - Die „Internet-Währung“ der Zukunft?, BKR 2005.
- Mehrings, Josef, Computersoftware und Gewährleistungsrecht, NJW 1986, 1904.
- Mehrings, Josef, Vertragsabschluß im Internet, Eine neue Herausforderung für das „alte“ BGB, MMR 1998, 30.
- Menke, Simon/ Witte, Sandra, Aktuelle Rechtsprobleme beim E-Mail-Marketing, Zugleich Kommentar zu OLG München, Urteil vom 27.9.2012, AZ. 29 U 1692/12 sowie LG Coburg, Urteil vom 17.2.2012, AZ. 33 S 87/11, K&R 2013, 25.

- Metzger, Axel/ Jaeger, Till, Open Source Software und deutsches Urheberrecht, GRUR Int 1999, 839.
- Meyer, Michael/ Reutterer, Thomas, Sampling-Methoden in der Marktforschung, Wie man Untersuchungseinheiten auswählen kann, in: Buber, Renate/ Holzmüller, Hartmut H. (Hrsg.), Qualitative Marktforschung, Wiesbaden 2007, 229.
- Meyer, Sebastian, Cookies & Co. – Datenschutz und Wettbewerbsrecht, WRP 2002, 1028.
- Meyerdierks, Per, Sind IP-Adressen personenbezogene Daten?, MMR 2009, 8.
- Meyerdierks, Per, Personenbeziehbarkeit statischer IP-Adressen, MMR 2013, 705.
- Meyer-van Raay, Oliver/ Deitermann, Jörg, Gefangen in der (Internet-)Kostenfalle?, VuR 2009, 335.
- Micklitz, Hans-Wolfgang, Brauchen Konsumenten und Unternehmen eine neue Architektur des Verbraucherrechts?, Gutachten A, in: (Hrsg.), Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages, München 2012.
- Micklitz/Oehler/Piorkowsky/Reisch/ Strünck, Stellungnahme des Wissenschaftlichen Beirats Verbraucher- und Ernährungspolitik beim BMELV, Berlin Dezember 2010, www.bmel.de/SharedDocs/Downloads/Ministerium/Beiraete/Verbraucherpolitik/2010_12_StrategieVerbraucherpolitik.pdf.
- Micklitz, Hans-Wolfgang/ Reich, Norbert, Der Kommissionsvorschlag vom 8.10.2008 für eine Richtlinie über „Rechte der Verbraucher“, oder: „der Beginn des Endes einer Ära ...“, EuZW 2009, 279.
- Mittag, Hans-Joachim, Statistik, Eine Einführung mit interaktiven Elementen, 3. Aufl., Berlin 2014.
- Möller, Jan, Automatisiertes Management von Datenschutzrechten, Zum Einsatz von DRM jenseits der Urheberrechte, DuD 2006, 98.
- Moore, Trevor, Do Consumers Understand the Role of Privacy Seals in E-Commerce?, CACM 2005, 86.

- Müller, Michael, Die "Button"-Lösung gegen Kostenfallen im Internet, Ende gut, alles gut?, K&R 2012, 791.
- Müller, Paul J., Funktionen des Datenschutzes aus soziologischer Sicht, DVR 1975, 107.
- Müller-Broich, Jan D., Telemediengesetz, Kommentar 2012.
- Muntermann, Jan/ Roßnagel, Heiko, On the Effectiveness of Privacy Breach Disclosure Legislation in Europe, Empirical Evidence from the US Stock Market, in: Jøsang, Audun/ Knapskog, Svein Johan/ Maseng, Torleiv (Hrsg.), Identity and Privacy in the Internet Age, Berlin, Heidelberg 2009, 1.
- Münz, Stefan, Webseiten professionell erstellen, Programmierung, Design und Administration von Webseiten, 3. Aufl., München 2008.
- Musielak, Hans-Joachim (Hrsg.), Kommentar zur Zivilprozessordnung (ZPO), 11. Aufl., München 2014.
- Müthlein, Thomas/ Heck, Jürgen, Outsourcing und Datenschutz, Vertragsgestaltungen aus datenschutzrechtlicher Sicht, Köln 1995.
- Nissenbaum, Helen, A Contextual Approach to Privacy Online, Dædalus 2011, 32.
- Norberg, Patricia A./ Horne, Daniel R./ Horne, David A., The Privacy Paradox, Personal Information Disclosure Intentions versus Behaviors, JCA 2007, 100.
- o. V., Internet-Wettbewerb zu Datenschutz und E-Commerce, MMR 2000, XXI.
- Oh, Winseok/ Lucas, Henry C., Jr., Information Technology and Pricing Decisions, Price Adjustments in Online Computer Markets, MISQ, 755.
- Ohly, Ansgar, Herkunftslandprinzip und Kollisionsrecht, GRUR Int 2001, 899.
- Ohly, Ansgar/ Sosnitzer, Olaf (Hrsg.), Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG), Kommentar, 6. Aufl., München 2014.

- Oswald, Margit E., Vertrauen – eine Analyse aus psychologischer Sicht, in: Hof, Hagen/ Kummer, Hans/ Weingart, Peter (Hrsg.), Recht und Verhalten, Baden-Baden 1994, 111.
- Ott, Stephan, Informationspflichten im Internet und ihre Erfüllung durch das Setzen von Hyperlinks, WRP 2003, 945.
- Ott, Stephan, Impressumspflicht für Webseiten, Die Neuregelungen nach § 5 TMG, § 55 RStV, MMR 2007, 354.
- Pahlen-Brandt, Ingrid, Datenschutz braucht scharfe Instrumente Beitrag zur Diskussion um „personenbezogene Daten“, DuD 2008, 34.
- Palandt, Otto (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch (BGB), Kommentar, 74. Aufl., München 2015.
- Paul, Stephan/ Stein, Stefan, Mehr Verbraucherschutz durch risikoorientierte Preise im Konsumentenkreditgeschäft, ZfgK 2005, 912.
- Piepenbrock, Hermann-Josef/ Schmitz, Peter, Fernabsatzgesetz: Neuer Rechtsrahmen für E-Commerce, K&R 2000, 378.
- Polenz, Sven, Die Datenverarbeitung durch und via Facebook auf dem Prüfstand, VuR 2012, 207.
- Purnhagen, Kai, Die Auswirkungen der neuen EU-Richtlinie auf das deutsche Verbraucherrecht, ZRP 2012, 36.
- Raabe, Oliver/ Wacker, Richard/ Oberle, Daniel/ Baumann, Christian/ Funk, Christian, Recht ex machina, Formalisierung des Rechts im Internet der Dienste, Berlin, Heidelberg 2012.
- Ranke, Johannes S., M-Commerce – Einbeziehung von AGB und Erfüllung von Informationspflichten, MMR 2002, 509.
- Ranke, Johannes S., M-Commerce und seine rechtsadäquate Gestaltung, Vorschläge für vertrauenswürdige mobile Kommunikationsnetze und -dienste, Baden-Baden 2004.
- Raue, Benjamin, „Kostenpflichtig bestellen“ – ohne Kostenfalle?, Die neuen Informations- und Formpflichten im Internethandel, MMR 2012, 438.
- Reagle, Joseph/ Cranor, Lorrie F., The Platform for Privacy Preferences, CACM 1999, 48.

- Redeker, Helmut, IT-Recht, 5. Aufl., München 2012.
- Reppesgaard, Lars, Das Google-Imperium, Google kennt dich besser, als du denkst, Hamburg 2008.
- Rice, Stephen V./ Nagy, George/ Nartker, Thomas A., Optical Character Recognition, An Illustrated Guide to the Frontier, Boston 1999.
- Riegger, Hans-Georg, Anmerkung zu LG Hamburg, Urteil vom 24.11.2011, AZ. 327 O 196/11, GRUR-Prax 2012, 18.
- Ripperger, Tanja, Ökonomik des Vertrauens, Analyse eines Organisationsprinzips, Tübingen 1998.
- Rodenkirchen, Sonja/ Krüger, Malte, Der Internet-Zahlungsverkehr aus Sicht der Verbraucher, Ergebnisse der Umfrage IZV10, Köln März 2011.
- Rogosch, Patricia, Die Einwilligung im Datenschutzrecht, Baden-Baden 2013.
- Roos, Ute/ Schwonbeck, Susanne, Trau, schau, wem, Geprüfte E-Shops, iX 2001, 100-.
- Rose, Edgar, Preistransparenz im Online-Handel, Wettbewerbsrechtliche Grenzen einer irreführenden Preispolitik insbesondere bei "Gratis"-Angeboten, K&R 2012, 725.
- Rosenbach, Marcel/ Stark, Holger, Der NSA-Komplex, Edward Snowden und der Weg in die totale Überwachung, 1. Auflage, München 2014.
- Roßnagel, Alexander, Der vertrauenswürdige Dritte, Voraussetzungen der Rechtssicherheit in öffentlichen Netzen, in: Hassemer, Winfried/ Möller, Klaus Peter (Hrsg.), 25 Jahre Datenschutz, Baden-Baden 1996, 57.
- Roßnagel, Alexander, Datenschutz in globalen Netzen, Das TDDSG - ein wichtiger erster Schritt, DuD 1999, 253.
- Roßnagel, Alexander, 20 Jahre Volkszählungsurteil, MMR 2003, 693.
- Roßnagel, Alexander, Handbuch Datenschutzrecht, Die neuen Grundlagen für Wirtschaft und Verwaltung, München 2003.
- Roßnagel, Alexander, Datenschutz in der künftigen Verkehrstelematik, NZV 2006, 281.

- Roßnagel, Alexander, Das Telemediengesetz, Neuordnung für Informations- und Kommunikationsdienste, NVwZ 2007, 743.
- Roßnagel, Alexander, Datenschutz in einem informatisierten Alltag, Berlin 2007.
- Roßnagel, Alexander, Die Novellen zum Datenschutzrecht, Scoring und Adresshandel, NJW 2009, 2716.
- Roßnagel, Alexander, Das Gebot der Datenvermeidung und -sparsamkeit als Ansatz wirksamen technikbasierten Persönlichkeitsschutzes?, in: Eifert, Martin/ Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Innovation, Recht und öffentliche Kommunikation, Berlin 2011, 41.
- Roßnagel, Alexander, Beck'scher Kommentar zum Recht der Telemediendienste, München 2013.
- Roßnagel, Alexander/ Banzhaf, Jürgen/ Grimm, Rüdiger, Datenschutz im Electronic Commerce, Heidelberg 2003.
- Roßnagel, Alexander/ Jandt, Silke, Rechtskonformes Direktmarketing, Gestaltungsanforderungen und neue Strategien für Unternehmen, MMR 2011, 86.
- Roßnagel, Alexander/ Jandt, Silke/ Müller, Jürgen/ Gutscher, Andreas/ Heesen, Jessica, Datenschutzfragen mobiler kontextbezogener Systeme, Wiesbaden 2006.
- Roßnagel, Alexander/ Jandt, Silke/ Richter, Philipp, Die Zulässigkeit der Übertragung personenbezogener Daten in die USA im Kontext der NSA-Überwachung, DuD 2014, 545.
- Roßnagel, Alexander/ Kroschwald, Steffen, Was wird aus der Datenschutzgrundverordnung?, Die Entschließung des Europäischen Parlaments über ein Verhandlungsdokument, ZD 2014, 495.
- Roßnagel, Alexander/ Laue, Philip/ Peters, Jan, Delegation von Aufgaben an IT-Assistenzsysteme, Sicherheit und Rechtsverbindlichkeit am Beispiel von E-Government und E-Tourismus, Wiesbaden 2009.
- Roßnagel, Alexander/ Neuser, Uwe, Die rechtliche Festlegung von Risikogrenzwerten, zu einem grundsätzlichen Problem von Recht und Technik, UPR 2006, 125.

- Roßnagel/Pfitzmann/ Garstka, Modernisierung des Datenschutzrechts 2001,
www.bfdi.bund.de/SharedDocs/VortraegeUndArbeitspapiere/2001GutachtenModernisierungDSRecht.pdf
- Roßnagel, Alexander/ Richter, Philipp/ Nebel, Maxi, Besserer Internetdatenschutz für Europa, ZD 2013, 103.
- Roßnagel, Alexander/ Salmony, Michael/ Birkelbach, Markus, Zukunftsaussichten im E-Commerce, in: Roßnagel, Alexander (Hrsg.), Datenschutz beim Online-Einkauf, Braunschweig, Wiesbaden 2002, 207.
- Roßnagel, Alexander/ Scholz, Philip, Datenschutz durch Anonymität und Pseudonymität, Rechtsfolgen der Verwendung anonymer und pseudonymer Daten, MMR 2000, 721.
- Roth, Hans-Peter, „Button“-Lösung, Gesetz zum Schutz der Verbraucher vor Abo- und Kostenfallen im Internet, VuR 2012, 477.
- Rücker, Daniel/ Thalhofer, Thomas, Vertrag, IT-Recht, Webshop-AGB, in: Weise, Stefan/ Krauß, Hans-Frieder (Hrsg.), Beck'sche Online-Formulare, München 2014.
- Rüdiger, Klaus, Gütesiegel als vertrauensbildende Institution im Online-Handel, Eine Untersuchung der Vertrauensbildung unter Berücksichtigung kulturspezifischer Aspekte am Beispiel von Deutschland und Spanien, Bochum 2008.
- Sachs, Ulrich, Datenschutzrechtliche Bestimmbarkeit von IP-Adressen, CR 2010, 547.
- Sack, Rolf, Herkunftslandprinzip und internationale elektronische Werbung nach der Novellierung des Teledienstegesetzes (TDG), WRP 2002, 271.
- Säcker, Franz J./ Rixecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1 Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München 2012 (zitiert als MüKo BGB, Band 1).
- Säcker, Franz J./ Rixecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil, 6. Aufl., München 2012 (zitiert als MüKo BGB, Band 2).

- Säcker, Franz J./ Rixecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 3 Schuldrecht, Besonderer Teil, 6. Aufl., München 2012 (zitiert als MüKo BGB, Band 3).
- Säcker, Franz J./ Rixecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 5 Schuldrecht Besonderer Teil III, 6. Aufl., München 2013 (zitiert als MüKo BGB, Band 5).
- Säcker, Franz J./ Rixecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 6 Sachenrecht, 6. Aufl., München 2013 (zitiert als MüKo BGB, Band 6).
- Säcker, Franz J./ Rixecker, Roland (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 10 Internationales Privatrecht I, 6. Aufl., München 2014 (zitiert als MüKo BGB, Band 10).
- Schaar, Peter, Datenschutz im Internet, Die Grundlagen, München 2002.
- Schirmbacher, Martin, Der Schutz des Verbrauchers vor unerbetener Werbung per E-Mail, VuR 2007, 54.
- Schirmbacher, Martin, UWG 2008 - Auswirkungen auf den E-Commerce, K&R 2009, 433.
- Schirmbacher, Martin, Anmerkung zu OLG München, Urteil vom 27.9.2012, AZ. 29 U 1682/12, CR 2013, 44.
- Schirmbacher, Martin/ Schmidt, Stephanie, Verbraucherrecht 2014 - Handlungsbedarf für den E-Commerce, Eine komprimierte Darstellung der wesentlichen Neuregelungen, CR 2014, 107.
- Schleipfer, Stefan, Ist die IP-Adresse zu löschen?, Eine Erörterung im Kontext von Nutzungsprofilen, RDV 2010, 168.
- Schleipfer, Stefan, Die sog. Cookie-Bestimmungen in der ePrivacy-Richtlinie und ihre Umsetzung ins deutsche Recht, RDV 2011, 170.
- Schleipfer, Stefan, Facebook-Like-Buttons, Technik, Risiken und Datenschutzfragen, DuD 2014, 318.
- Schlömer, Uwe/ Dittrich, Jörg, eBay & Recht - Rechtsprechungsübersicht zum Jahr 2012, K&R 2013, 158.

- Schlutz, Joachim H., Haftungstatbestände des Produkthaftungsrechts, Die Haftung des Herstellers fehlerhafter Produkte: Produkthaftungsgesetz, DStR 1994.
- Schmidt, Fabian/ Brönneke, Tobias, Das Widerrufsrecht bei Fernabsatz- und Haustürgeschäften, Neuerungen durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, VuR 2013, 448.
- Schmidt, Hubert, Einbeziehung von AGB im Verbraucherverkehr, NJW 2011, 1633.
- Schmidtchen, Dieter, Vertrauen und Recht, CSLE Diskussionsbeitrag 2000-04 Februar 2000.
- Schmittmann, Jens M./ Lorenz, Bernd, Die rechtliche Beurteilung von E-Mail-Werbung nach Inkrafttreten des TMG, K&R 2007, 609.
- Schmölz, Joanna, Die DIVSI-Milieu-Studie zu Vertrauen und Sicherheit im Internet: Sicherheit und Datenschutz - nicht nur eine Frage des richtige Häkchens, RDV 2012, 290.
- Schneider, Jochen, Handbuch des EDV-Rechts, 4. Aufl., Köln 2009.
- Schneider, Jochen, Die Datensicherheit - eine vergessene Regelungsmaterie?, Ein Plädoyer für Aufwertung, stärkere Integration und Modernisierung des § 9 BDSG, ZD 2011, 6.
- Scholz, Matthias, Datenschutzrechtliche Anforderungen, in: Roßnagel, Alexander (Hrsg.), Datenschutz beim Online-Einkauf, Braunschweig, Wiesbaden 2002, 41.
- Scholz, Philip, Datenschutz beim Internet-Einkauf, Gefährdungen - Anforderungen - Gestaltungen, Baden-Baden 2003.
- Schomburg, Gerhard, Mehr Verbraucherschutz bei Kosten für Nebenleistungen, Die Regelungen des neuen § 312a Abs. 2 bis 6 BGB, VuR 2014, 18.
- Schöttle, Hendrik, Anwaltliche Internet-Rechtsberatung und das Tele-dienststedatenschutzgesetz, BRAK-Mitt. 2004, 253.
- Schramm, Carl, Der eingerichtete und ausgeübte Geschäftsbetrieb, GRUR 1973, 75.

- Schulte am Hülse, Ulrich/ Klabunde, Sebastian, Abgreifen von Bankzugangsdaten im Onlinebanking, Vorgehensweise der Täter und neue zivilrechtliche Haftungsfragen des BGB, MMR 2010, 84.
- Schulz, Thomas, Verantwortlichkeit bei autonom agierenden Systemen, Fortentwicklung des Rechts und Gestaltung der Technik, Baden-Baden 2015.
- Schulze, Reiner/ Dörner, Heinrich/ Ebert, Ina/ Hoeren, Thomas/ Kemper, Rainer/ Saenger, Ingo/ Schreiber, Klaus/ Schulte-Nölke, Hans/ Staudinger, Ansgar (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar, 8. Aufl., München 2014.
- Schürmann, Kathrin, Online Marketing - in Zukunft ohne Cookies?, Zur Umsetzung der E-Privacy-Richtlinie in Europa, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), Law as a Service (Laas), Edewecht 2013, 797.
- Schwab, Andreas/ Giesemann, Amelie, Die Verbraucherrechte-Richtlinie, Ein wichtiger Schritt zur Vollharmonisierung im Binnenmarkt, EuZW 2012, 253.
- Schwartzmann, Rolf, Ausgelagert und ausverkauft -Rechtsschutz nach der Datenschutz-Grundverordnung, RDV 2012, 55.
- Simitis, Spiros (Hrsg.), Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), Kommentar, 8. Aufl., Baden-Baden 2014.
- Söllner, Matthias, Deriving Trust Supporting Components for Ubiquitous Information Systems, Kassel 2014.
- Sosnitza, Olaf, Der Gesetzentwurf zur Umsetzung der Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken, WRP 2008, 1014.
- Spiekermann, Sarah/ Grossklags, Jens/ Berendt, Bettina, E-privacy in 2nd generation E-Commerce: privacy preferences versus actual behavior, CEC 2001, 38.
- Spies, Axel, Neue Europäische Datenschutzverordnung: Kommissionsentwurf gibt tiefen Einblick in EU-Reformpläne, ZD-Aktuell 2011, 121.
- Spindler, Gerald, Der neue Vorschlag einer E-Commerce-Richtlinie, ZUM 1999, 775.

- Spindler, Gerald, IT-Sicherheit und Produkthaftung, Sicherheitslücken, Pflichten der Hersteller und der Softwarenutzer, NJW 2004, 3145.
- Spindler, Gerald, Persönlichkeitsschutz im Internet, Anforderungen und Grenzen einer Regulierung, in: (Hrsg.), Verhandlungen des 69. Deutschen Juristentages, München 2012, Gutachten F.
- Spindler, Gerald, Störerhaftung des Host-Providers bei Persönlichkeitsrechtsverletzungen, Impulse aus dem VI. Zivilsenat des BGH – zugleich Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.10.2011, AZ. VI ZR 93/10, CR 2012, 176.
- Spindler, Gerald, Datenschutz- und Persönlichkeitsrechte im Internet, der Rahmen für Forschungsaufgaben und Reformbedarf, GRUR 2013, 996.
- Spindler, Gerald/ Schmitz, Peter/ Geis, Ivo (Hrsg.), TDG-Kommentar, Teledienstegesetz, Teledienstedatenschutzgesetz, Signaturgesetz, München 2004.
- Spindler, Gerald/ Schuster, Fabian, Recht der elektronischen Medien, Kommentar, 2. Aufl., München 2011.
- Srnka, Katharina J., Hypothesen und Vorwissen in der qualitativen Marktforschung, in: Buber, Renate/ Holz Müller, Hartmut H. (Hrsg.), Qualitative Marktforschung, Wiesbaden 2007, 159.
- Staudinger, Ansgar/ Steinrötter, Björn, Europäisches Internationales Privatrecht: Die Rom-Verordnungen, JA 2011, 241.
- Staudinger, Julius v. (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 1 Allgemeiner Teil, Berlin 2014 (zitiert als Staudinger, BGB Buch 1).
- Staudinger, Julius v. (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Berlin 2014 (zitiert als Staudinger, BGB Buch 2).
- Staudinger, Julius v. (Hrsg.), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, EGBGB/IPR - Internationales Recht der außervertraglichen Schuldverhältnisse, 15. Aufl., Berlin 2015 (zitiert als Staudinger, EGBGB/IPR).
- Steidle, Roland/ Pordesch, Ulrich, Im Netz von Google. Web-Tracking und Datenschutz, DuD 2008, 324.

- Steinle, Thomas, Eine rechtliche Analyse der Softwarelizenzbedingungen von Webbrowsern, JurPC 2007, Web-Dokument 139.
- Stiemerling, Oliver/ Lachenmann, Matthias, Erhebung personenbezogener Daten beim Aufruf von Webseiten, ZD 2014, 133.
- Strasser, Hermann/ Voswinkel, Stephan, Vertrauen im gesellschaftlichen Wandel, in: Schweer, Martin K. W. (Hrsg.), Interpersonales Vertrauen, Opladen, Wiesbaden 1997, 217.
- Tacou, Theofanis, Verbraucherschutz auf hohem Niveau oder Mogelpackung?, Der Vorschlag für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher, ZRP 2009, 140.
- Taeger, Jürgen, Ausservertragliche Haftung für fehlerhafte Computerprogramme, Tübingen 1995.
- Taeger, Jürgen, Produkt- und Produzentenhaftung bei Schäden durch fehlerhafte Computerprogramme, CR 1996, 257.
- Taeger, Jürgen, Kundenprofile im Internet, Customer Relationship Management und Datenschutz, K&R 2003, 220.
- Taeger, Jürgen/ Gabel, Detlev (Hrsg.), Kommentar zum BDSG und zu den Datenschutzvorschriften des TKG und TMG, 2. Aufl., Frankfurt am Main 2013.
- Tamm, Marina, Verbraucherschutzrecht, Europäisierung und Materialisierung des deutschen Zivilrechts und die Herausbildung eines Verbraucherschutzprinzips, Tübingen 2011.
- Tamm, Marina, Informationspflichten nach dem Umsetzungsgesetz zur Verbraucherrechterichtlinie, VuR 2014, 9.
- Tamm, Marina/ Tonner, Klaus, Verbraucherrecht, Beratungshandbuch, Baden-Baden 2012.
- Taschner, Hans Claudius/ Frietsch, Edwin, Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie, Kommentar, 2. Aufl., München 1990.
- Thamm, Manfred/ Detzer, Klaus, Druckgröße und sonstige formelle Gestaltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, BB 1989, 1133.

- Thenen, Sabine v., E-Commerce in privaten Haushalten 2013, *Wirtschaft und Statistik* 8/2014, 450.
- Tiffe, Achim, Social Media, Musik Downloads, Cloud Computing und „Beratungsklaue“, Wo werden die Herausforderungen im Verbraucherschutz in Zukunft liegen?, *VuR* 2013, 161.
- Tillmann, Browser Fingerprinting: Tracking ohne Spuren zu hinterlassen, Berlin 20.10.2013, www.bfp.henning-tillmann.de/downloads/Henning%20Tillmann%20-%20Browser%20Fingerprinting.pdf.
- Tonner, Klaus, Das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherschutzrichtlinie, *VuR* 2013, 443.
- Tonner, Klaus, Die Umsetzung der Verbraucherrechtlinie, Auswirkungen der Vollharmonisierung, *VuR* 2014, 23.
- Trappe, Johannes, Zulässigkeit von Gerichtswahlklauseln im Konnossement, *IPRax* 1985, 8.
- Vander, Sascha, Verhaltenskodizes im elektronischen Geschäftsverkehr, Gütesiegel beim Online-Shopping, *K&R* 2003, 339.
- Vander, Sascha, Auftragsdatenverarbeitung 2.0?, Neuregelungen der Datenschutznovelle II im Kontext von § 11 BDSG, *K&R* 2010, 292.
- Voigt, Dennis, Einwilligungsbasiertes Marketing, *K&R* 2013, 371.
- Voigt, Paul, Webbrowser Fingerprints - Tracking ohne IP-Adressen und Cookies?, in: Taeger, Jürgen (Hrsg.), *Law as a Service (LaaS)*, Edewecht 2013, 157.
- Wandtke, Artur-Axel/ Bullinger, Winfried (Hrsg.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 4. Aufl., München 2014.
- Wass, Clemens/ Kurz, Thomas, Digitale Hilfsmittel für mehr Transparenz bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, *DuD* 2012, 748.
- Weatherill, Stephen, The evolution of European Consumer Law and Policy, From well informed consumer to confident consumer, in: Micklitz, Hans-Wolfgang (Hrsg.), *Rechtseinheit oder Rechtsvielfalt in Europa?*, Baden-Baden 1996, 423.

- Weber, Nils, Wettbewerbsverhältnis zwischen Internet-Marktplatzbetreiber und Wettbewerber eines Marktplatznutzers?, Anmerkung zu OLG Koblenz, Urteil vom 8.8.2006, AZ. 4 U 268/06, GRUR-RR 2007, 65.
- Weichert, Thilo, Datenschutzrechtliche Anforderungen an Verbraucher-Kredit-Scoring, DuD 2005, 582.
- Weichert, Thilo, Datenschutz im Wettbewerbs- und Verbraucherrecht, VuR 2006.
- Weichert, Thilo, Verbraucher-Scoring meets Datenschutz, DuD 2006, 399.
- Weichert, Thilo, Der transparente Verbraucher, in: Klumpp, Dieter/ Kubicek, Herbert/ Roßnagel, Alexander/ Schulz, Wolfgang (Hrsg.), Informationelles Vertrauen für die Informationsgesellschaft, Berlin, Heidelberg 2008, 317.
- Weichert, Thilo, Internet - nationaler und europäischer Regelungsbedarf beim Datenschutz, RDV 2013, 8.
- Weise, Stefan/ Krauß, Hans-Frieder, Beck'sche Online-Formulare, 28. Edition, München 2014.
- Weisser, Ralf/ Färber, Claus, Papierloses Lastschriftmandat in der Single Euro Payments Area, CR 2014, 379.
- Wenning, Rigo/ Köhntopp, Marit, P3P im europäischen Rahmen, Einsatz und Nutzen in Gegenwart und Zukunft, DuD 2001, 139.
- Werner, Stefan, Das Lastschriftverfahren im Internet, BKR 2002, 11.
- Wichert, Michael, Web-Cookies - Mythos und Wirklichkeit, DuD 1998, 273.
- Wilschke, Jan, Einordnung und Behandlung von "Abofallen" - aktuelle Rechtsprechung und Schaltflächenlösung, VuR 2012, 171.
- Windel, Peter A., Die Aufrechnungslage als objektiv-vermögensrechtlicher Tatbestand, KTS 2000, 215.
- Wintermeier, Martin, Rechtskonforme Erstellung einer Datenschutzerklärung, Anforderungen im Rahmen gewerblicher Webangebote, ZD 2013, 21.
- Woitke, Thomas, Das „Wie“ der Anbieterkennzeichnung gemäß § 6 TDG, NJW 2003, 871.

- Wolf, Manfred/ Lindacher, Walter F./ Pfeiffer, Thomas (Hrsg.), AGB-Recht, Kommentar, 6. Aufl., München 2013.
- Wu, Min/ Miller, Robert C./ Garfinkel, Simson L., Do security toolbars actually prevent phishing attacks?, CHI 2006, 601.
- Zander, Talbot, Kostenfallen im Internet, Schutzmechanismen des Verbraucherrechts auf dem Prüfstand, Wiesbaden 2014.
- Zeidler, Simon A./ Brüggemann, Sebastian, Die Zukunft personalisierter Werbung im Internet, CR 2014, 248.
- Zimmermann, Stefan, E-Commerce, Verbraucherschutz und die Entwicklung intelligenter Agenten, Frankfurt am Main u. a. 2008.
- Zscherpe, Kerstin A., Anforderungen an die datenschutzrechtliche Einwilligung im Internet, MMR 2004, 723.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

- a. F. alte Fassung
- Abs. Absatz
- ACM..... Association for Computing Machinery
- AEUV..... Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
- AfP Zeitschrift für Medien- und Kommunikationsrecht
- AG Amtsgericht
- AGB..... Allgemeine Geschäftsbedingungen
- AGBG..... Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB-Gesetz)
- Alt..... Alternative
- AöR Archiv des öffentlichen Rechts
- Art. Artikel
- Aufl. Auflage
- B2B Business to Business, englisch für Geschäftsbeziehung zwischen Unternehmen
- B2C..... Business to Consumer, englisch für Geschäftsbeziehung zwischen Unternehmer und Verbraucher
- BB Betriebsberater
- BDSG..... Bundesdatenschutzgesetz
- BeckRS Beck Rechtsprechung
- bevh..... Bundesverband E-Commerce und Versandhandel Deutschland, ehemals Bundesverband des deutschen Versandhandels (bvh)
- BGB Bürgerliches Gesetzbuch
- BGB-InfoV Verordnung über Informations- und Nachweispflichten nach bürgerlichem Recht (BGB Informationspflichten-Verordnung)
- BGBI. Bundesgesetzblatt
- BGH Bundesgerichtshof
- BKR Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht

- BMEL.....Bundesministerium für Ernährung und Landwirtschaft
- BMELV.....Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Ernährung
- BMWiBundesministerium für Wirtschaft und Energie
- BRAK-Mitt.....Bundesrechtsanwaltskammer-Mitteilungen
- BR-Drs.....Bundesrats-Drucksache
- Brüssel I-VO...Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen vom 12.12.2012, ABl. EU 2012 L 351, 1 (Brüssel I-Verordnung), ersetzt die vorherige, gleichnamige Verordnung (EG) Nr. 44/2001 vom 22.12.2000.
- BSI.....Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik
- BT-Drs.....Bundestags-Drucksache
- BVDWBundesverband Digitale Wirtschaft
- BVerfGE.....Bundesverfassungsgerichtsentscheidung
- bvh.....Bundesverband des deutschen Versandhandels, jetzt Bundesverband E-Commerce und Versandhandel Deutschland (bevh)
- bzw.beziehungsweise
- CACM.....Communications of the ACM
- CASEDCenter for Advanced Security Research Darmstadt
- CHI.....Proceedings of the Conference on Human Factors in Computing Systems
- CISGUnited Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods, englisch für Übereinkommen der Vereinten Nationen über Verträge über den internationalen Warenkauf (UN-Kaufrecht)
- CR.....Computer und Recht
- CSS.....Cascading Style Sheets
- CUU.....Proceedings on the ACM Conference on Universal Usability

DASIT	Projekt Datenschutz in Telediensten
DB.....	Der Betrieb
DM	Deutsche Mark
DNT	Do Not Track
DOM	Document Object Model
DSAVO.....	Landesverordnung über ein Datenschutzaudit (Datenschutz-audit-ver-ordnung) des Landes Schleswig Holstein vom 18.11.2009, GVOBl. 2009, 742.
DSB.....	Datenschutz-Berater
DS-GVO.....	Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung).
DSRL.....	Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr vom 24.10.1995, ABl. EG L 281 (Datenschutzrichtlinie).
DStR.....	Deutsches Steuerrecht
DVR.....	Datenverarbeitung im Recht
EC.....	Proceedings of the 3rd ACM Conference on Electronic Commerce
eco	Verband der deutschen Internetwirtschaft
ECRL.....	Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informations-gesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt vom 8.6.2000, ABl. EG L 178 (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr, E-Commerce-Richtlinie).
EG.....	Europäische Gemeinschaft
EGBGB.....	Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Einf.....	Einführung
Einl.....	Einleitung

- ENTCSElectronic Notes in Theoretical Computer Science
- Ergl.Ergänzungslieferung
- EUEuropäische Union
- EuGHEuropäischer Gerichtshof
- EuGVÜ.....Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handels-sachen (Europäisches Gerichts- und Vollstreckungsübereinkommen)
- EuZWEuropäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
- EVB-IT.....Ergänzende Vertragsbedingungen für die Beschaffung von IT-Leistungen
- EWL.....Europäischer Wirtschaftsraum
- f.folgend
- FAbsGFernabsatzgesetz
- FARLRichtlinie 2002/65/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über den Fernabsatz von Finanzdienstleistungen an Verbraucher und zur Änderung der Richtlinie 90/619/EWG des Rates und der Richtli-nien 97/7/EG und 98/27/EG vom 23.9.2002, ABl. EG L 271, 16 (Fernabsatz-Richtlinie).
- ff.folgende
- GG.....Grundgesetz
- GIGesellschaft für Informatik
- GRUR IntGewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht International
- GRUR-Prax....Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Praxis
- GRUR-RRGewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Rechtsprechungsreport
- GVOBl.Gesetz- und Verordnungsblatt
- HSHalbsatz
- HTML.....Hypertext Markup Language
- httpHypertext Transfer Protocol
- i. V. m.in Verbindung mit

IAD.....	Institut für Arbeitswissenschaften
Inc.....	Incorporated, US-amerikanische Gesellschaftsform
Infas.....	Institut für angewandte Sozialwissenschaften
InsO.....	Insolvenzverordnung
InUse.....	Benutzerunterstützung zur Bewertung der Vertrauenswürdigkeit von Webseiten und Webshops (Internet Usage Support)
IP.....	Internet Protocol
IPrax.....	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
ITeG.....	Zentrum für Informations-Technologiegestaltung
ITRB.....	IT-Rechtsberater
iX.....	Magazin für professionelle Informationstechnik
JA.....	Juristische Arbeitsblätter
JCA.....	Journal of Consumer Affairs
JurPC.....	Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik und Informationsrecht
JuS.....	Juristische Schulung
JUS.....	Journal of Usability Studies
JZ.....	JuristenZeitung
K&R.....	Kommunikation und Recht
KG.....	Kammergericht
KOM.....	Kommission der Europäischen Gemeinschaften/der Europäischen Union
KTS.....	Zeitschrift für Insolvenzrecht
LG.....	Landgericht
LGVÜ.....	Luganer Übereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und Handels-sachen (Luganer Gerichts- und Vollstreckungs-übereinkommen).
lit.....	litera, Buchstabe

- LugÜÜbereinkommen über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handels-sachen, abgeschlossen in Lugano am 30.10.2007 (Lugano-Übereinkommen).
- m. w. N.mit weiteren Nachweisen
- MIMEMultipurpose Internet Mail Extensions, englisch für Mehrzweck-Internet-Mail-Erweiterungen
- MMRMultimedia und Recht
- MMR-Aktuell.Multimedia und Recht Aktuell
- MMR-Beil.Multimedia und Recht Beilage
- MPMedia Perspektiven
- MüKoMünchener Kommentar
- MwSt.Mehrwertsteuer
- NJOZNeue Juristische Online-Zeitschrift
- NJWNeue Juristische Wochenschrift
- NJW-CoR.....Neue Juristische Wochenschrift Computerreport
- NJW-RRNeue Juristische Wochen Rechtsprechungsreport
- NSPW.....Proceedings of the Workshop on New Security Paradigms
- NVwZNeue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
- NZM.....Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht
- NZVNeue Zeitschrift für Verkehrsrecht
- o. V.,.....ohne Verfasser
- OLGOberlandesgericht
- P3P.....Platform for Preferences Project
- PAngG.....Preisangabengesetz
- PAngV.....Preisangabenverordnung
- provet.....Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung
- RDVRecht der Datenverarbeitung
- RGZEntscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen

- Rn. Randnummer(n)
- Rom II-VO..... Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 11.7.2007, Abl. EU L 199, 40 (Rom II-Verordnung).
- Rom I-VO Verordnung (EG) Nr. 593/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht vom 17.6.2008, Abl. EU L 177, 6 (Rom I-Verordnung).
- RStV Rundfunkstaatsvertrag
- SecUSo Security, Usability and Society
- SEPA Single Euro Payments Area, englisch für Einheitlicher Euro-Zahlungsverkehrsraum
- Slg..... Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
- SP..... Symposium on Security and Privacy
- SSL..... Secure Sockets Layer, Netzwerkprotokoll zur sicheren Übertragung von Daten
- St./st. ständige
- Str./str. strittig
- SZ Süddeutsche Zeitung
- TDDSG Teledienststedatenschutzgesetz
- TED Technology, Entertainment, Design; gemeinnützige Organisation
- TKG..... Telekommunikationsgesetz
- TMG Telemediengesetz
- TÜV..... Technische Überwachungsvereine
- UAbs. Unterabsatz
- UKlaG Gesetz über Unterlassungsklagen bei Verbraucherrechts- und anderen Verstößen (Unterlassungsklagengesetz)

- ULD (SH).....Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein
- URLUniform Resource Locator, englisch für einheitlicher Quellenanzeiger
- US(A).....United States (of America), englisch für Vereinigte Staaten (von Amerika)
- UWGGesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
- Var.Variante
- VorVorbemerkungen
- VRRL.....Richtlinie 2011/83/EU des Europäischen Parlaments und des Rates 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 so-wie zur Aufhebung der Richtlinie 85/577/EWG des Rates und der Richtlinie 97/7/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.10.2011, ABl. EU L 304, 64 (Verbraucherrechterichtlinie).
- VuR.....Verbraucher und Recht
- W3C.....World Wide Web Consortium
- WEIS.....Workshop on Economics and Information Security
- WIPO.....World Intellectual Property Organization
- WRP.....Wettbewerb in Recht und Praxis
- XML.....Extensible Markup Language
- z. B.zum Beispiel
- ZAPZeitschrift für die Anwaltpraxis
- ZBBZeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
- ZD.....Zeitschrift für Datenschutz
- ZfgK.....Zeitschrift für das gesamte Kreditwesen
- ZfS.....Zeitschrift für Soziologie
- ZIPZeitschrift für Wirtschaftsrecht
- ZPOZivilprozessordnung

ZRP..... Zeitschrift für Rechtspolitik

Für viele Verbraucher zählt der Online-Versandhandel seit Jahren zum Alltag. Allerdings sind die wenigsten Verbraucher in der Lage, gezielt Risiken für einzelne Online-Versanddienste einzuschätzen. Dies gilt insbesondere für den Verbraucher- und Datenschutz. Sie vertrauen bei der Auswahl des Shops ihrem Bauchgefühl oder orientieren sich nur am Preis der Waren. Ob der Online-Versanddienst vertrauenswürdig ist, wissen sie nicht. Ein Mittel, das ihnen hilft, die Vertrauenswürdigkeit jedes Online-Shops bereits während des ersten Besuchs einzuschätzen, existiert noch nicht. Diese Lücke könnte ein Browser-Add-on schließen, das beim Verbraucher installiert wird und ihn dabei unterstützt, Auffälligkeiten im Bereich des Verbraucher- und Datenschutzes zu erkennen und sich daran angepasst zu verhalten. Ein solches Add-on funktioniert unabhängig vom Mitwirken des Anbieters eines Online-Shops oder eines Intermediäres und „begleitet“ den Nutzer beim Online-Einkauf durch das Internet. Das rechtliche Konzept eines solchen – auf den Anforderungen des deutschen Verbraucher- und Datenschutzrechts basierenden – Add-ons wird in diesem Buch beschrieben.

ISBN 978-3-86219-958-7



9 783862 199587 >