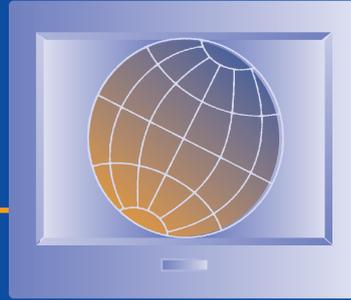


# Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

10  
K&R

- Editorial: Die Novellierung der CPC-Verordnung –  
Belastung oder Chance für Webshops?  
*Prof. Dr. Martin Schmidt-Kessel*
- 605 Neue Schranken für Bildung und Forschung –  
Was ändert sich durch das Urheberrechts-Wissenschafts-Gesetz?  
*Pia Sökeland*
- 609 Der neue strafrechtliche Geheimnisschutz –  
Der Weg in die Zukunft des IT-Outsourcings?  
*Felix Ruppert*
- 613 Aktuelle Entwicklungen im Fernabsatzrecht 2016/2017  
*Prof. Dr. Felix Buchmann*
- 621 Kein pauschaler Ausschluss des Widerrufsrechts  
beim Online-Versand von Arzneimitteln  
*Sebastian Laoutoumai*
- 623 Telekommunikationsrecht: Entwicklungen und aktuelle Fragen  
in der Rechtsprechung 2016/2017  
*Dr. Grace Nacimiento und Dr. Carolin Küll*
- 637 BGH: Anspruch auf Geldentschädigung wegen  
Persönlichkeitsrechtsverletzung nicht vererblich
- 639 BGH: Reformistischer Aufbruch: Reichweite der Schranken  
im Urheberrecht bei Presseveröffentlichung
- 649 BGH: AGB mit pauschalen Kosten für smsTAN  
beim Online-Banking unwirksam
- 667 LG München I: Wirksamkeit einer internationalen  
Gerichtsstandsvereinbarung bei Bewertungsplattform
- 669 ArbG Heilbronn: Kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats  
bei Smartphone-App mit Kundenfeedbackfunktion
- 672 BFH: Pfändung einer Internetdomain zulässig  
mit Kommentar von *Franz Gernhardt*

20. Jahrgang

Oktober 2017

Seiten 605 – 676

ankomme.<sup>113</sup> Allerdings müsse diese unternehmerische Tätigkeit im Zeitpunkt der letzten Verhandlung noch fortbestehen.

Eine weitere wichtige Entscheidung des BGH<sup>114</sup> betraf die Frage, welche Verpflichtungen den Unterlassungsschuldner aus einer Unterlassungserklärung oder einer gerichtlichen Verfügung treffen. Der BGH urteilte, dass – auch wenn keine Dauerhandlung vorliegt – nicht nur ein in die Zukunft gerichteter Unterlassungsanspruch besteht, sondern auch die Pflicht zur Beseitigung des zuvor geschaffenen Störungszustands in Betracht kommen kann, beispielsweise der Rückruf eines Produkts. In der Praxis muss hier besonders sorgfältig die Zumutbarkeit solcher Handlungen geprüft werden.

Für eine überraschende Neuerung sorgte der BFH;<sup>115</sup> er entschied, dass es sich bei einer lauterkeitsrechtlichen Abmahnung umsatzsteuerrechtlich um ein Entgelt im Rahmen eines umsatzsteuerbaren Leistungsaustauschs zwischen Unternehmer und Abgemahntem handle. Dies hat zur Konsequenz, dass der Abmahner dem Abgemahnten seine Leistung einschließlich Umsatzsteuer in Rechnung stellen muss. Die jahrzehntelang geübte Praxis, dass es sich bei den Kosten der Abmahnung um einen Aufwendungsersatz handelt, ist damit aufgegeben. Für die Praxis bedeutet dies, dass Abmahner für die Vergangenheit die Umsatzsteuer nachentrichten müssen, wenn es zu entsprechenden Umsatzsteuerprüfungen kommt. Natürlich besteht die Möglichkeit, den Abgemahnten nachträglich aufzufordern, auch die Umsatzsteuer auf die Abmahnkosten

zu bezahlen. Zu beachten ist die kurze Frist des § 11 UWG; sie beginnt wohl mit Veröffentlichung des Urteils des BFH am 12. 4. 2017.<sup>116</sup>

## X. Fazit

Nach einem weiteren Jahr zeigen sich immer mehr Schwächen der Verbraucherrechterichtlinie. Es ist davon auszugehen, dass diese alsbald in verschiedenen Bereichen nachgebessert wird. Zu hoffen ist insbesondere, dass die z. T. sinnlosen vorvertraglichen Pflichtinformationen anders geregelt werden, um insbesondere dem Internet of Things nicht unüberwindbare Hürden in den Weg zu stellen.

Im Übrigen bleibt es dabei, dass an Versandhändler hohe Anforderungen gestellt werden. Ob die absolute Unfehlbarkeit wirklich verlangt werden kann und soll, muss diskutiert werden. Dort, wo Abmahnungen skurrile Züge annehmen, sollte reagiert werden. Nicht jedes fehlende Komma ist ein spürbarer Lauterkeitsverstoß. Im Übrigen erwies sich das deutsche Lauterkeitsrecht im Berichtszeitraum wieder als sehr effizient.

113 BGH 10. 3. 2016 – I ZR 183/14, K&R 2016, 744 ff.

114 BGH, 29. 9. 2016 – I ZB 34/15.

115 BFH, 21. 12. 2016 – XI R 27/14.

116 So wohl auch das LG Bochum, 3. 8. 2017 – I-14 O 119/17 (Urteilsgründe liegen noch nicht vor).

RA Sebastian Laoutoumai, LL.M., Essen\*

# Kein pauschaler Ausschluss des Widerrufsrechts beim Online-Versand von Arzneimitteln

Zugleich Kommentar zu OLG Naumburg, Urteil vom 22. 6. 2017 – 9 U 19/17, K&R 2017, 658 (in diesem Heft)

## I. Hintergrund

Die Frage, ob dem Verbraucher beim Erwerb von Arzneimitteln über das Internet ein Widerrufsrecht zusteht, oder ob dieses generell ausgeschlossen ist, ist in Rechtsprechung und Literatur höchst umstritten. Während die Literatur – jedenfalls zur Rechtslage vor Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie – überwiegend die Auffassung vertritt, dass ein Widerruf durch den Verbraucher grundsätzlich ausgeschlossen ist,<sup>1</sup> ging die Rechtsprechung noch zu § 312 d BGB (a. F.) überwiegend davon aus, dass ein genereller Ausschluss des Widerrufsrechts beim Versand von Arzneimitteln nicht besteht.<sup>2</sup> Allein das LG Halle hatte sich in einer Entscheidung vom 8. 1. 2013 der Ansicht der Literatur angeschlossen.<sup>3</sup> Ohne Rückgriff auf eine gesetzliche Grundlage stellte das LG Halle fest, dass Fertigarzneimittel aus rechtlichen – und nicht wie § 312 d BGB (a. F.) eigentlich vorsah, aus tatsächlichen – Gründen nach

einer Rücksendung auch an die Apotheke nicht mehr veräußerbar seien.<sup>4</sup> Über einen Erst-Recht-Schluss leitete das LG Halle aus § 7 b der Betriebsordnung für Arzneimittel-großhandelsbetriebe (AMGrHdlBetrV) diese Feststellung her.<sup>5</sup> Bei privaten Endverbrauchern sei die fachgerechte Lagerung weniger gewährleistet als im Großhandel, der zurückgenommene Arzneimittel als „nicht verkehrsfähig“ zu kennzeichnen und getrennt vom übrigen Bestand zu lagern habe. Mit den insoweit aber differenzierteren Feststellungen des LG Köln hatte sich das LG Halle allerdings nicht auseinandergesetzt. Dies betraf insbesondere die dort getroffene Auseinandersetzung mit den von den Parteien

\* Mehr über den Autor erfahren Sie auf S. VIII.

1 Vgl. *Bruggmann*, PharmR 2011, 161, 165; *Mand*, NJW 2008, 190, 192.

2 Vgl. AG Köln, 31. 5. 2007 – 111 C 22/07; LG Köln, 24. 2. 2011 – 31 O 451/10.

3 Vgl. LG Halle, 8. 1. 2013 – 8 O 105/12, MMR 2013, 711, 711 ff.

4 Vgl. LG Halle, 8. 1. 2013 – 8 O 105/12, MMR 2013, 711, 711 ff.

5 Vgl. LG Halle, 8. 1. 2013 – 8 O 105/12, MMR 2013, 711, 711 ff.

vorgebrachten Regelungen aus der Betriebsordnung für Arzneimittelgroßhandelsbetriebe. Zu Recht differenzierte das LG Köln auch hier zwischen den verschiedenen Arzneimitteln, denn es könne beispielsweise nicht grundsätzlich angenommen werden, dass Arzneimittel in Tablettenform, die originalverpackt und unversehrt zurückgesendet werden, nicht mehr weiterveräußert werden könnten.<sup>6</sup> Anders mag dies auch nach dem LG Köln bei solchen Arzneimitteln sein, die einer besonderen, insbesondere kühlen Lagerung bedürfen. Hieraus könne aber nicht der Schluss gezogen werden, Arzneimitteln fehle generell die Eignung, an die Apotheke im Wege des Widerrufs zurückgesendet zu werden.<sup>7</sup>

## II. Die Entscheidung

Auch das OLG Naumburg nimmt – anders als noch das LG Dessau-Roßlau in der ersten Instanz<sup>8</sup> – eine differenzierte Betrachtung im Sinne des LG Köln vor.<sup>9</sup> Damit bestätigt es inhaltlich auch die Entscheidung des LG Konstanz, welches sich ebenfalls erst kürzlich mit der Frage nach dem Ausschluss des Widerrufsrechts beim Versand von Arzneimitteln befassen musste.<sup>10</sup> Auch das LG Konstanz hatte sich gegen einen generellen Ausschluss des Widerrufsrechts bei Arzneimitteln ausgesprochen, insbesondere da die vom Gesetzgeber normierten Ausnahmetatbestände des § 312 g Abs. 2 BGB nicht in jedem einzelnen Fall zur Anwendung kommen würden.<sup>11</sup> Eine eigene Fallgruppe für (verschreibungspflichtige) Arzneimittel bestehe bei § 312 g Abs. 2 BGB gerade nicht.<sup>12</sup> Zu Recht weisen sowohl das LG Konstanz als auch nun das OLG Naumburg auf den Ausnahmecharakter des § 312 g Abs. 2 BGB hin.<sup>13</sup> Die Ausweitung des Anwendungsbereichs auf eine womöglich bestehende „rechtliche Verderblichkeit“ steht aber im Widerspruch dazu, dass Ausnahmenvorschriften eng auszulegen sind.<sup>14</sup> Legt man die Ausnahmetatbestände des § 312 g Abs. 2 BGB eng aus, wird die von der Literatur geforderte Fallgruppe der „rechtlichen Verderblichkeit“ von den bestehenden Ausschlusstatbeständen aber gerade nicht erfasst.<sup>15</sup>

## III. Unterscheidung nach der Art des Arzneimittels und nach dem konkreten Ausschlussgrund

Für Online-Apotheken bedeutet die aktuelle Gesetzeslage sowie die jüngsten Entscheidungen des LG Konstanz und des OLG Naumburg nicht nur mehr Unsicherheit, sondern im Ergebnis wohl auch mehr Aufwand. Zudem tragen sie das wirtschaftliche Risiko, auf den vom Widerrufsrecht im Einzelfall erfassten Arzneimitteln sitzen zu bleiben, weil diese faktisch dann doch nicht mehr weiterverkauft werden können. Allerdings muss man auch festhalten, dass die Auslegung der Ausnahmenvorschriften durch das LG Konstanz als auch durch das OLG Naumburg der derzeitigen Gesetzeslage entspricht.<sup>16</sup> Unter Berücksichtigung dessen, kommen für den Versandhandel von Arzneimitteln im Grundsatz die Ausnahmetatbestände des § 312 g Abs. 2 Nr. 1 bis 3 BGB in Betracht.

### 1. Ausschluss nach § 312 g Abs. 2 Nr. 1 BGB

Die Ausnahmenvorschrift des § 312 g Abs. 2 Nr. 1 BGB kommt immer dann zur Anwendung, wenn ein Arzneimittel extra für den einzelnen Kunden individuell angefertigt wird. Hierunter fallen insbesondere Rezepturarzneimittel. Diese werden gemäß § 7 Abs. 1 der Verordnung über den Betrieb

von Apotheken (ApBetrO) aufgrund einer Verschreibung individuell für den jeweiligen Patienten hergestellt. Im Gegensatz dazu sind Fertigarzneimittel nach § 4 Abs. 1 AMG Arzneimittel, die im Voraus hergestellt werden und in einer zur Abgabe an den Verbraucher bestimmten Packung in den Verkehr gebracht werden, oder andere zur Abgabe an Verbraucher bestimmte Arzneimittel, bei deren Zubereitung in sonstiger Weise ein industrielles Verfahren zur Anwendung kommt oder die, ausgenommen in Apotheken, gewerblich hergestellt werden. Jedenfalls für Rezepturarzneimittel ist der Ausschluss des Widerrufsrechts nach § 312 g Abs. 2 Nr. 1 BGB möglich. Soweit ein solches Arzneimittel im Versandhandel vertrieben wird, ist auf den Ausschluss des Widerrufsrechts entsprechend hinzuweisen. Fertigarzneimittel werden dagegen nicht individuell angefertigt und unterfallen daher auch nicht dem Ausschlussgrund des § 312 g Abs. 2 Nr. 1 BGB.

### 2. Ausschluss nach § 312 g Abs. 2 Nr. 2 BGB

Nach § 312 g Abs. 2 Nr. 2 BGB sind vom Widerrufsrecht Verträge zur Lieferung von Waren ausgeschlossen, die schnell verderben können oder deren Verfallsdatum schnell überschreitet. Die zweite Alternative ist auch bei Arzneimitteln im Grundsatz immer dann möglich, wenn es ein Verfallsdatum gibt und wenn das betroffene Arzneimittel nach Addition der Transportdauer zum Kunden, der 14-tägigen Widerrufsfrist und einer angemessenen Wiederverkaufszeit nicht mehr verkehrsfähig ist, weil das Verfallsdatum dann bereits überschritten ist.<sup>17</sup> Das Haltbarkeitsdatum von Fertigarzneimitteln dürfte allerdings in der Regel einen längeren Zeitraum betragen als die Addition von Transportdauer, Widerrufsfrist und Wiederverkaufszeit.<sup>18</sup> Insoweit kann der Ausschlussgrund des § 312 g Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 BGB im Einzelfall eingreifen. Im Regelfall dürfte dieser Ausschlussgrund jedoch nicht vorliegen, sodass auch ein pauschaler Ausschluss des Widerrufsrechts nicht auf § 312 g Abs. 2 Nr. 2 BGB gestützt werden kann. Aber auch ein Ausschluss nach der ersten Alternative ist nach der zutreffend engen Auslegung durch das OLG Naumburg und durch das LG Konstanz bei Arzneimitteln nicht gegeben. Als Ausnahmenvorschrift zu § 355 BGB ist diese eng auszulegen und kann daher nicht um die Fallgruppe der „rechtlichen Verderblichkeit“ erweitert werden.<sup>19</sup>

### 3. Ausschluss nach § 312 g Abs. 2 Nr. 3 BGB

Ein weiterer, für Arzneimittel im Grundsatz anwendbarer Ausschlussgrund kann sich aus § 312 g Abs. 2 Nr. 3 BGB

6 Vgl. LG Köln, 24. 2. 2011 – 31 O 451/10.

7 Vgl. LG Köln, 24. 2. 2011 – 31 O 451/10.

8 Vgl. LG Dessau-Roßlau, 17. 2. 2017 – 3 O 41/16.

9 Vgl. OLG Naumburg, 22. 6. 2017 – 9 U 19/17, K&R 2017, 658.

10 Vgl. LG Konstanz, 28. 4. 2017 – C 6 O 183/16.

11 Vgl. LG Konstanz, 28. 4. 2017 – C 6 O 183/16.

12 Vgl. LG Konstanz, 28. 4. 2017 – C 6 O 183/16.

13 Vgl. LG Konstanz, 28. 4. 2017 – C 6 O 183/16; OLG Naumburg, 22. 6. 2017 – 9 U 19/17, K&R 2017, 658.

14 Vgl. LG Konstanz, 28. 4. 2017 – C 6 O 183/16; OLG Naumburg, 22. 6. 2017 – 9 U 19/17, K&R 2017, 658.

15 Vgl. LG Konstanz, 28. 4. 2017 – C 6 O 183/16; OLG Naumburg, 22. 6. 2017 – 9 U 19/17, K&R 2017, 658.

16 Vgl. Henßler, in: Oelschlägel/Scholz, Rechtshandbuch Online-Shop, 2. Aufl. 2017, C., Rn. 7.341; Schulz, in: Bräutigam/Rücker, E-Commerce, 2017, 3. Teil, S. 376 Rn. 45; a. A. Schirmbacher, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 312 g Rn. 19; Martens, in: Bamberger/Roth/Han/Poseck, BeckOK BGB, 43. Ed., 2017, § 312 g Rn. 20; Koch, in: Ermann, BGB, 14. Aufl. 2014, § 312 g Rn. 8.

17 Vgl. Schulz, in: Bräutigam/Rücker (Fn. 16), S. 374 Rn. 42.

18 So auch Schulz, in: Bräutigam/Rücker (Fn. 16), S. 374 Rn. 42.

19 Vgl. LG Konstanz, 28. 4. 2017 – C 6 O 183/16; OLG Naumburg, 22. 6. 2017 – 9 U 19/17, K&R 2017, 658.

ergeben. Danach sind vom Widerrufsrecht Verträge zur Lieferung versiegelter Waren, die aus Gründen des Gesundheitsschutzes oder der Hygiene nicht zur Rückgabe geeignet sind, wenn ihre Versiegelung nach der Lieferung entfernt wurde, ausgeschlossen. Im Gegensatz zur Rechtslage vor der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, ist der Anwendungsbereich dieser Ausnahmeregelung nunmehr auf versiegelte Waren beschränkt. Zudem ergibt sich aus dem Wortlaut, dass das Widerrufsrecht auch nur dann ausgeschlossen ist, wenn die Versiegelung noch unversehrt an der Ware vorhanden ist. Erst wenn also der Verbraucher die Waren aus der Verpackung nimmt bzw. die Verpackung öffnet, erlischt das Widerrufsrecht. An das Vorliegen eines Siegels stellt der Wortlaut dabei zunächst auch keine hohen Anforderungen, sodass hierunter jede Einrichtung gemeint sein dürfte, die dem Zweck dient, erkennen zu können, ob eine Verpackung geöffnet wurde.<sup>20</sup> Als Siegel kann grundsätzlich auch die Verpackung der Ware genügen.<sup>21</sup> Die Verpackung stellt aber nur dann eine Versiegelung dar, wenn deren Entfernen offenkundig aufgrund der Art der Ware zum Ausschluss des Widerrufsrechts führt.<sup>22</sup> Das ist bei Arzneimitteln der Fall, sodass die Verpackung bei Arzneimitteln als Siegel im Sinne von § 312 g Abs. 2 Nr. 3 BGB angesehen werden kann.<sup>23</sup> Wird die Verpackung geöffnet, erlischt das Widerrufsrecht, worauf der Verbraucher im Vorfeld hingewiesen werden muss. Ist die Verpackung allerdings unversehrt, kann der Verbraucher seinen Vertrag mit der Apotheke widerrufen und das Arzneimittel zurücksenden. Nach der Neufassung von § 312 g Abs. 2 Nr. 3 BGB ist der Ausschlussgrund der allgemeinen Ungeeignetheit der Ware für den Widerruf weggefallen. Der Ausschlussgrund des § 312 g Abs. 2 Nr. 3 BGB setzt nach seinem insoweit klaren Wortlaut ausdrücklich das Entfernen eines Siegels voraus. Fehlt es an dem Entfernen eines Siegels, besteht das Widerrufsrecht des Verbrauchers fort. Ein Ausschluss des Widerrufsrechts kann sich dann nur noch aus § 312 g Abs. 2 Nr. 1 oder Nr. 2 BGB ergeben, und auch nur dann, wenn deren Voraussetzungen vorliegen.

#### IV. Auswirkungen auf die Praxis

Die Entscheidung des OLG Naumburg, aber auch die Entscheidung des LG Konstanz spiegelt im Ergebnis die Rechtslage wieder, wie sie sich seit der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie ergibt. Einen eigenen Ausschlussgrund für Arzneimittel sieht § 312 g Abs. 2 BGB jedenfalls derzeit nicht vor. Zwar kann im Einzelfall und nur bei Vorliegen der entsprechenden Voraussetzungen einer der Ausschlussgründe des § 312 g Abs. 2 BGB beim Versand von Arzneimitteln eingreifen. Ein pauschaler Ausschluss des Widerrufsrechts bei Arzneimitteln kann hierauf allerdings nicht gestützt werden und ist somit unzulässig.

Die derzeitige Rechtslage führt in der Konsequenz dazu, dass Online-Apotheken über das Bestehen des Widerrufsrechts informieren müssen. Zudem müssen sie aber auch für die Arzneimittel, für die im Einzelfall ein Ausschlussgrund in Betracht kommt, darüber informieren, dass das Widerrufsrecht ausgeschlossen ist. Versäumt die Online-Apotheke an dieser Stelle die Information, besteht das Widerrufsrecht des Verbrauchers weiter fort.

Gerade aus den praktischen Umsetzungsschwierigkeiten für die Online-Apotheken resultiert der berechnete Ruf nach einer klaren gesetzlichen Regelung. Denn es dürfte unzureichend sein, den Verbraucher über die möglichen Ausschlussgründe des § 312 g Abs. 2 BGB zu informieren, es allerdings am Ende dem Verbraucher aufzutragen, selber herauszufinden, ob das von ihm gekaufte Arzneimittel im konkreten Fall unter einen der Ausschlussgründe fällt oder nicht.

20 Vgl. *Schirnbacher*, in: Spindler/Schuster (Fn. 16), § 312 g Rn. 29.

21 Vgl. *Martens*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Fn. 16), § 312 g Rn. 25.

22 Vgl. *Martens*, in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Fn. 16), § 312 g Rn. 25.

23 Vgl. *Schulz*, in: Bräutigam/Rücker (Fn. 16), S. 375, Rn. 44.

RAin Dr. Grace Nacimiento, LL.M. und RAin Dr. Carolin Küll, LL.M., Düsseldorf\*

## Telekommunikationsrecht: Entwicklungen und aktuelle Fragen in der Rechtsprechung 2016/2017

*Im Berichtszeitraum 2016/2017 haben die Gerichte wesentliche telekommunikationsrechtliche Themen behandelt. Das VG Köln befasste sich in mehreren Entscheidungen mit dem umstrittenen Thema Vectoring. Im Bereich der Entgeltregulierung erging die lange erwartete Entscheidung des BVerfG zu § 35 Abs. 5 TKG. Im Frequenzverwaltungsrecht setzte sich die rechtsschutzbeschränkende Rechtsprechung fort. Die Vorratsdatenspeicherung stand in einer Vielzahl von Entscheidungen auf dem Prüfstand nationaler Gerichte sowie des EuGH.*

### I. Regulierungsverfügungen/Vectoring

Zum Thema Vectoring sind im Berichtszeitraum die ersten Entscheidungen ergangen. Bislang fanden die Wettbewer-

ber beim VG Köln wenig Unterstützung in ihrem Vorgehen gegen das von Telekom entwickelte und von der BNetzA unterstützte Konzept.

#### 1. Aufhebung wegen zu kurzer Umsetzungsfristen

Gegenstand eines Eilverfahrens vor dem VG Köln waren ein Antrag der Telekom auf teilweise Aufhebung des Eilbeschlusses der BNetzA im Standardangebotsverfahren (§ 80 Abs. 5 VwGO) und ein Hilfsantrag (§ 123 VwGO) auf einstweilige Anordnung bestimmter Klauseln im Standardangebot. Die BNetzA hatte der Telekom das Recht eingeräumt, in ihrem Netz die Vectoring-Technik einzusetzen. Im Gegenzug hatte sie die Telekom verpflichtet,

\* Mehr über die Autorinnen erfahren Sie auf S. VIII.