



BERLINER RECHTSZEITSCHRIFT

JURISTISCHE FACHZEITSCHRIFT AN DER FREIEN UNIVERSITÄT BERLIN

AUS DER PRAXIS

RA Annika Sokolka und Benedict Ertelt

Europäisches Beihilferecht – Anwaltliches Beratungsfeld
an der Schnittstelle von Recht, Wirtschaft und Politik

GRUNDLAGEN

Cora Wegemund

Das Verhältnis der *Discorsi* zum *Príncipe* am Beispiel
des Rechts

ZIVILRECHT

Lena Heinisch

Die Haftung für autonome Autos (Level 5) – Darstellung des
geltenden Rechts und Perspektiven seiner Fortentwicklung

Pauline Rufet

Entgelt für Zahlungsmittel bei Flugbuchungsportalen:
Analyse des BGH-Urteils vom 24.8.2021 – X ZR 23/20

ÖFFENTLICHES RECHT

Marcel Kalif

Verfassungsfeindliche politische Parteien

Jonathan Baumer

EU-U.S. Datenübermittlungen. Europäisierung des
U.S.-amerikanischen Datenschutzstandards
im Sinne der Schrems-Rechtsprechung?

STRAFRECHT

Leon Wollenberg

Green Criminology und ihr Platz in der Kriminologie –
ein Überblick, grundlegende Konzepte und aktuelle Themen

5. Jahrgang · Seiten 1–96

www.berlinerrechtszeitschrift.de

ISSN (Print) 2699-948X · ISSN (Online) 2699-2132

AUSGABE 1/2024

Pauline Rufet *

Entgelt für Zahlungsmittel bei Flugbuchungsportalen: Analyse des BGH-Urteils vom 24.8.2021 – X ZR 23/20

Die Flugbuchung im Internet bringt für Verbraucher häufig unerwartete Zusatzkosten mit sich. Wenn ein Entgelt für die Wahl eines bestimmten Zahlungsmittels verlangt wird, kann dies allerdings gegen § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB verstoßen. Der BGH hat sich im Urteil vom 24.8.2021 nicht nur mit den Voraussetzungen dieser Vorschrift auseinandergesetzt, sondern gleichzeitig ihre zumindest teilweise Unionsrechtskonformität festgestellt. Streitig ist die Vereinbarkeit der Vorschrift mit der vollharmonisierenden europäischen Verbraucherrechterichtlinie aus dem Jahre 2011. Der folgende Beitrag widmet sich schwerpunktmäßig diesem Problem und untersucht die Frage der verbleibenden Umsetzungsspielräume bei vollharmonisierenden Richtlinien. Das Urteil des BGH wird im Zuge dessen kritisch hinterfragt.

Inhaltsübersicht

A. Einleitung	50
B. Unionsrechtskonformität von	
§ 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB	51
I. Hintergründe	51
1. Entstehungsgeschichte von § 312a Abs. 4 BGB	51
2. Vollharmonisierung und ihre Grenzen	51
II. Diskussion um die Richtlinienkonformität von	
§ 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB	52
III. Kritische Würdigung der Lösung des BGH	53
1. Einstufung des Internetauftritts als AGB	53
2. AGB-Recht als von der Verbraucherrechterichtlinie unberührtes Recht	53
IV. Vorlagepflicht an den EuGH und ihre Grenzen ..	54
V. Richtlinienkonformität von § 312a Abs. 4 Nr. 1	
BGB als <i>acte clair</i> ?	55
1. Unterscheidung in Anwendungsbereich und	
Harmonisierungsgrad	55
2. Anwendungsbereich von Art. 19 VRRL	55
3. Harmonisierungsgrad von Art. 19 VRRL	56
4. Unionsrechtskonformität durch Vorrang der	
Richtlinie 2015/2366	57
5. Ergebnis	57
VI. Abschließende Bewertung	57
C. Verstoß gegen § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB	58
I. Übersicht zu § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB	58
II. Preisnachlass als Entgelt?	58
1. Kriterien zur Einordnung von Preisnachlässen	
als Entgelt	58

2. Entscheidung des BGH	59
III. Zumutbarkeit und Gängigkeit der entgeltfreien	
Zahlungsoption	61
IV. Abschließende Bewertung	61
D. Fazit und Ausblick	62

A. Einleitung

Wer im Internet einen Flug bucht, muss oft feststellen, dass während des Buchungsvorgangs überraschende Zusatzkosten hinzukommen. Das Urteil des BGH vom 24.8.2021 – X ZR 23/20¹ beschäftigt sich mit dieser Problematik. Der BGH musste entscheiden, ob ein Flugvermittlungsportal ein unzulässiges Entgelt für Zahlungsmittel verlangt hatte und ob gegebenenfalls anfallende Zusatzentgelte für Gepäckbeförderung bereits bei Beginn der Buchung ausgewiesen werden müssen. Der vorliegende Beitrag konzentriert sich auf die Analyse des ersten Aspekts, der Zulässigkeit eines Entgelts für Zahlungsmittel.

Geklagt hatte der Bundesverband der Verbraucherzentralen gegen ein Online-Flugvermittlungsportal. Das Portal berechnete pro Flugstrecke eine Servicegebühr. Bei Zahlung mit einer bestimmten *MasterCard Gold* (nachfolgend Kreditkarte der Beklagten), welche die Beklagte in Zusammenarbeit mit einer Direktbank kostenlos vertrieb, wurde ein Rabatt in der Höhe der Servicegebühr gewährt. Dieser Rabatt wurde von Beginn der Buchung an miteingerechnet, sodass der Gesamtpreis entsprechend anstieg, wenn der Kunde diese Voreinstellung änderte und ein anderes Zahlungsmittel auswählte als die Kreditkarte der Beklagten. Der BGH setzte sich mit der Frage auseinander, ob diese Gestaltung des Buchungsvorganges gegen § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB verstößt. Nach § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB müssen Unternehmer eine gängige und zumutbare unentgeltliche Zahlungsmöglichkeit bereitstellen. Das LG Leipzig verneinte einen Verstoß gegen die Vorschrift in erster Instanz.² Im Gegensatz dazu nahm das OLG Dresden als Berufungsgericht einen Verstoß gegen die Vorschrift an,³ welchen der BGH im vorliegenden Urteil bestätigte. Im Rahmen dieser Entscheidung hat sich der BGH mit zwei Aspekten des § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB beschäftigt. Zum einen ging es darum, ob die Norm mit der europäischen Verbraucherrechterichtlinie RL 2011/83/EU (im Folgenden auch: „VRRL“) vereinbar ist. Der BGH ließ diese Frage im Ergebnis offen. Dennoch (oder gerade deswegen) ist es interessant, sich den Hintergrund des Streits anzuschauen,

* Die Verfasserin studiert im 7. Semester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag wurde als Studienabschlussarbeit im Schwerpunktbereich „Deutsches und europäisches Verbraucherprivatrecht“ bei Prof. Dr. Olaf Muthorst und Prof. Dr. Bettina Rentsch erarbeitet.

¹ BGH NJW-RR 2021, 1576.

² LG Leipzig BeckRS 2019, 47890.

³ OLG Dresden MMR 2021, 75.

denn die Problematik ist komplexer als vom BGH dargestellt. In einem ersten Schwerpunkt befasst sich dieser Beitrag daher mit der Frage, ob § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB gegen die Verbraucherrechterichtlinie verstößt. Zum anderen beschäftigte sich der BGH mit dem Verstoß gegen § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB an sich und dabei insbesondere mit der Frage, ob die Gewährung des Preisnachlasses für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsmittels ein Entgelt für die Nutzung der anderen Zahlungsmittel bedeutet. Damit befasst sich der zweite Teil dieses Beitrags.

B. Unionsrechtskonformität von § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB

Das Recht der Europäischen Union ist ein wichtiger Impulsgeber für die Verbraucherschutzrechtliche Gesetzgebung⁴ und spielt daher immer wieder eine maßgebliche Rolle im deutschen Verbraucherrecht, so auch im vorliegenden Urteil.

I. Hintergründe

Um die Hintergründe der Diskussion um die Unionsrechtskonformität von § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB zu verstehen, lohnt sich ein Blick in die Entstehungsgeschichte der Norm.

1. Entstehungsgeschichte von § 312a Abs. 4 BGB

Als Teil des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie⁵ trat § 312a Abs. 4 BGB am 13.5.2014 in Kraft. § 312a Abs. 4 Nr. 2 BGB diente der Umsetzung des Art. 19 VRRL.⁶ Art. 19 VRRL schreibt das Verbot vor, mehr Gebühren zu verlangen als dem Unternehmer durch die Nutzung des Zahlungsmittels tatsächlich entstehen. § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB hingegen beruht nicht auf Unionsrecht, sondern kodifiziert die Rechtsprechung des BGH. 2010 hatte der BGH im Rahmen von § 307 BGB entschieden, dass Unternehmer eine gängige bargeldlose Zahlungsmöglichkeit vorsehen müssen, die dem Kunden mit zumutbarem Aufwand zugänglich ist, ohne dass hierfür eine zusätzliche Gebühr zu entrichten ist.⁷ § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB beruht also nicht auf der Verbraucherrechterichtlinie, sondern wurde nur wegen des sachlichen Zusammenhangs mit eingeführt.⁸ Hätte der Gesetzgeber nur die in Art. 19 VRRL vorgegebene Regelung in das BGB eingefügt, hätte man

daraus schließen können, dass diese Rechtsprechung nicht seinem Willen entspricht.⁹ Durch die Nähe zur Verbraucherrechterichtlinie fällt der Blick auf ein mögliches Problem: Art. 4 VRRL verbietet es grundsätzlich, von Bestimmungen der Richtlinie abweichende innerstaatliche Rechtsvorschriften einzuführen oder beizubehalten, auch hinsichtlich eines höheren Verbraucherschutzniveaus. Da § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB eine weitere Voraussetzung in Bezug auf Entgelte für Zahlungsmittel aufstellt, könnte man darin einen Verstoß gegen diesen Grundsatz der Vollharmonisierung sehen.

2. Vollharmonisierung und ihre Grenzen

Wenn der europäische Gesetzgeber Richtlinien erlässt, sind die Mitgliedstaaten zur Umsetzung innerhalb der Umsetzungsfrist verpflichtet, wobei sie hinsichtlich der Wahl der Form und Mittel frei sind (vgl. Art. 288 Abs. 3 AEUV). Daraus entsteht auch eine Pflicht für die Judikative der Mitgliedstaaten, die das nationale Recht richtlinienkonform auslegen muss.¹⁰ Ältere Richtlinien zum Verbraucherschutz folgen dem Grundsatz der Mindestharmonisierung.¹¹ In diesem Fall wird den Mitgliedstaaten lediglich ein Mindeststandard vorgeschrieben, den sie in ihren Rechtsordnungen umsetzen müssen. Strengere oder weitreichendere nationale Vorschriften sind dabei aber zulässig.¹² Die Mindestharmonisierung bietet den Vorteil größeren Umsetzungsspielraums, dafür gibt es allerdings kein „level playing field“ – keine einheitlichen Wettbewerbsbedingungen. Durch die Ausfüllung der Umsetzungsspielräume entstehen unterschiedliche rechtliche Voraussetzungen in den Mitgliedstaaten, die einen grenzüberschreitenden Handel für Unternehmer und Verbraucher erschweren.¹³ Neuere Richtlinien der EU verfolgen daher ausdrücklich das Prinzip der Vollharmonisierung.¹⁴ Mit dem Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher leitete die Kommission 2008 den Paradigmenwechsel zur Vollharmonisierung ein.¹⁵ Die EU will so nicht nur den grenzüberschreitenden Handel für Unternehmer erleichtern, sondern auch einen hohen einheitlichen Verbraucherschutz gewährleisten.¹⁶ Bei der Vollharmonisierung ist eine Abweichung von der Richtlinie grundsätzlich nicht erlaubt, auch nicht „nach oben“¹⁷ auf ein höheres Verbrauch-

⁴ Alexander, Verbraucherschutzrecht, 2015, § 2 Rn. 1.

⁵ BGBl. I S. 3642.

⁶ BT-Drucks. 17/12637, S. 51.

⁷ BGHZ 185, 359 (368 Rn. 44) = NJW 2010, 2719.

⁸ BT-Drucks. 17/12637, S. 51.

⁹ Schomburg, VuR 2014, 18 (20).

¹⁰ St. Rspr., vgl. EuGH, Urt. v. 10.4.1984, Von Colson und Kamann / Land Nordrhein-Westfalen, C-14/83, EU:C:1984:153, Rn. 26; EuGH, Urt. v. 13.11.1990, Marleasing / Comercial Internacional de Alimentación, C-106/89, EU:C:1990:395, Rn. 8; EuGH, Urt. v. 16.12.1993, Wagner Miret / Fondo de garantía salarial, C-334/92, EU:C:1993:945, Rn. 20.

¹¹ Heiderhoff, Europäisches Privatrecht, 6. Aufl. 2023, § 3 Rn. 21; Schulze/Zoll, Europäisches Vertragsrecht, 3. Aufl. 2021, § 1 Rn. 34; Stürner, Europäisches Vertragsrecht, 2021, § 2 Rn. 68.

¹² Vgl. Langenbucher/Donath, in: Langenbucher, Europäisches Privatrecht und Wirtschaftsrecht, 5. Aufl. 2022, § 1 Rn. 61; Schulze/Zoll (Fn. 11), § 1 Rn. 34; Stürner (Fn. 11), § 2 Rn. 68; Köndgen/Mörsdorf, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 6 Rn. 60.

¹³ Vgl. nur Stürner (Fn. 11), § 2 Rn. 69 f.

¹⁴ Herresthal, in: Gsell/Herresthal, Vollharmonisierung im Privatrecht, 2009, S. 113 (115); Stürner, in: Stürner, Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?, 2010, S. 3 (19); Schulze/Zoll (Fn. 11), § 1 Rn. 35.

¹⁵ Stürner (Fn. 11), § 2 Rn. 71.

¹⁶ Vgl. Erwägungsgründe 6 und 7 VRRL.

¹⁷ Mayer, Vollharmonisierung im Privatrecht – Einfluss und Wirkung auf die Konzeption in Österreich, in der Schweiz (über autonomen Nachvollzug) und in Deutschland, 2013, S. 51 f.; Riehm, in: Gsell/Herresthal, Voll-

erschutzniveau. Die Mitgliedstaaten dürfen keine abweichenden Vorschriften zu von der Richtlinie betroffenen Fragen beibehalten oder erlassen.¹⁸ Der Grundsatz der Vollharmonisierung in der Verbraucherrechterichtlinie wird in ihrem Art. 4 festgehalten. Daraus kann jedoch nicht ohne Weiteres abgeleitet werden, dass jede Regelung, die in irgendeiner Form über die Verbraucherrechterichtlinie hinausgeht, mit dieser unvereinbar ist. Auch bei vollharmonisierenden Richtlinien wie der Verbraucherrechterichtlinie gibt es gesetzgeberische Gestaltungsspielräume für die Mitgliedstaaten.¹⁹ Denn Richtlinien regeln immer nur einen bestimmten Themenbereich, den sog. Anwendungsbereich. Wenn ein Mitgliedstaat Regelungen außerhalb dieses Anwendungsbereichs einführt, handelt er außerhalb der Richtlinie und unterliegt keiner Bindung.²⁰ Diese strukturelle Grenze ist der Vollharmonisierung inhärent.²¹ Dass außerhalb des Anwendungsbereichs Gestaltungsspielraum für die Mitgliedstaaten besteht, wird auch in Erwägungsgrund (ErwG) 13 VRRL ausdrücklich erwähnt.²² Zudem kann innerhalb des Anwendungsbereichs vollharmonisierender Richtlinien für die Mitgliedstaaten ein Umsetzungsspielraum bleiben, worauf an späterer Stelle eingegangen werden soll. Nach diesem Überblick zur Umsetzung vollharmonisierender Richtlinien sollen in einem nächsten Schritt die verschiedenen Auffassungen zum Verhältnis von § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB zur Verbraucherrechterichtlinie beleuchtet werden.

II. Diskussion um die Richtlinienkonformität von § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB

Art. 19 VRRL sieht das Verbot vor, mehr Kosten weiterzugeben, als dem Unternehmer tatsächlich entstanden sind (sog. „*Surcharging*“²³). Nach § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB ist eine Vereinbarung über Entgelte für Zahlungsmittel aber auch dann unwirksam, wenn der Unternehmer keine gängige und zumutbare unentgeltliche Zahlungsmöglichkeit

bereitstellt. Das heißt, selbst wenn dem Unternehmer für alle gängigen Zahlungsmittel Kosten entstünden, dürfte er diese nicht an den Verbraucher weitergeben.²⁴ § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB stellt also eine weitere Voraussetzung für das Verlangen von Entgelten bei Zahlungsmitteln auf und geht damit über die Verbraucherrechterichtlinie hinaus, die im Grundsatz Vollharmonisierung anstrebt (vgl. Art. 4 VRRL). Ob die weitergehende BGB-Norm deswegen gegen die Richtlinie verstößt, ist umstritten. Der deutsche Gesetzgeber hielt § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB für mit der Verbraucherrechterichtlinie vereinbar, da Art. 19 der Richtlinie den Mitgliedstaaten nur vorgebe, ein Verbot hinsichtlich der Höhe von Preisauflagen umzusetzen. Weitergehende Einschränkungen für das Verlangen von Entgelten bei der Nutzung von Zahlungsmitteln seien dadurch nicht ausgeschlossen.²⁵ Dieser Auffassung hat sich ein Teil der Rechtsprechung²⁶ und ein Großteil der Literatur²⁷ im Ergebnis angeschlossen. Nach der von *Omlor* begründeten Gegenansicht²⁸ muss § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB als Klauselverbot mit Wertungsmöglichkeit (§ 308 BGB) eingestuft werden, damit die Norm richtlinienkonform ist. Dies hätte zur Folge, dass sie nicht für Individualvereinbarungen gilt. Diese Ansicht beruht auf der Auffassung, dass § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB auch den vollharmonisierenden Anwendungsbereich der Richtlinie betreffe, AGB-rechtliche Regelungen hingegen vom Anwendungsbereich ausgenommen seien.²⁹ Der Begründer der Position scheint inzwischen selbst nicht mehr diese Auffassung zu vertreten: 2017 schrieb *Omlor*, dass die Frage, ob die vollharmonisierende Wirkung der Verbraucherrechterichtlinie einer unterschiedslosen Anwendung von § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB auf alle Verbraucherverträge entgegenstehe, zu verneinen sei.³⁰ Anders als er es noch 2014 feststellte,³¹ falle § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB nicht in den von der Richtlinie harmonisierten Bereich.³² Auch unabhängig von der Frage der Richtlinienkonformität versteht *Omlor* § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB aber weiterhin als AGB-Regel.³³ Zu dem Streit um § 312a Abs. 4

harmonisierung im Privatrecht, 2009, S. 83 (84); *Köndgen/Mörsdorf* (Fn. 12), § 6 Rn. 60.

¹⁸ Vgl. nur *Tietje*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Band 1, 80. Ergänzungslieferung 2023, Art. 114 AEUV Rn. 39.

¹⁹ *Mayer* (Fn. 17), S. 53.

²⁰ Vgl. *Bron*, Rechtsangleichung des Privatrechts auf Ebene der Europäischen Union, 2011, S. 160; *Loos*, in: Stürner, Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?, 2010, S. 47 (58); *Riehm* (Fn. 17), S. 86 f.; *Artz*, GPR 2009, 171 (173); *Bülow*, WM 2013, 245 (247); *Riehm*, JZ 2006, 1035 (1036); *Schmidt-Kessel/Sorgenfrei*, GPR 2013, 242 (244); auch *Tonner*, VuR 2014, 23 (24), der dies als „targeted harmonisation“ bezeichnet.

²¹ *Riehm*, in: Busch/Kopp/McGuire/Zimmermann, Europäische Methodik, 2009, S. 159 (181).

²² *Bülow*, WM 2013, 245 (247).

²³ BT-Drucks. 17/12637, S. 52.

²⁴ OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 59546 Rn. 36; OLG Hamburg MMR 2021, 425 Rn. 36.

²⁵ BT-Drucks. 17/12637, S. 51.

²⁶ OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 59546; OLG Hamburg MMR 2021, 425; LG Hamburg GRUR-RS 2015, 17510; LG Hamburg BeckRS 2016, 20811; zögernd OLG Dresden BeckRS 2015, 5785.

²⁷ *Junker*, jurisPR-ITR 16/2015 Anm. 5; *Schinkels*, WuB 2017, 579 (581); *Schirmbacher/Freytag*, ITRB 2014, 144; *Tamm*, in: Tamm/Tonner/Brönneke, Verbraucherrecht, 3. Aufl. 2020, § 8 Rn. 30; *Busch*, in: BeckOGK BGB, 2023, § 312a Rn. 25.1, Stand: 1.7.2023; *Martens*, in: BeckOK BGB, 68. Edition 2023, § 312a Rn. 26, Stand: 1.11.2023; *Koch*, in: Erman BGB, 17. Aufl. 2023, § 312a Rn. 44; *Brönneke/Tavakoli*, in: Fezer/Büschler/Obergfell, Lauterkeitsrecht, Band 1, 3. Aufl. 2016, Rn. 362; *Schinkels*, in: Gebauer/Wiedmann, Europäisches Zivilrecht, 3. Aufl. 2021, Kap. 7 Rn. 65; *Schulte-Nölke*, in: HK-BGB, 11. Aufl. 2021, § 312a Rn. 7; *Wendehorst*, in: MüKo-BGB, Band 3, 9. Aufl. 2022, § 312a Rn. 82; *Ring*, in: Dauner-Lieb/Langen BGB, Band 2/1, 4. Aufl. 2021, § 312a Rn. 37; *Schirmbacher*, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 312a BGB Rn. 37; *Thüsing*, in: Staudinger BGB, Buch 2 §§ 312, 312a–k, 2019, § 312a Rn. 55.

²⁸ *Omlor*, NJW 2014, 1703; ihm folgend *Stadler*, in: Jauernig BGB, 19. Aufl. 2023, § 312a Rn. 16.

²⁹ *Omlor*, NJW 2014, 1703 (1706).

³⁰ *Omlor*, LMK 2017, 398648.

³¹ Vgl. *Omlor*, NJW 2014, 1703 (1706).

³² *Omlor*, LMK 2017, 398648.

³³ *Omlor*, LMK 2017, 398648; *ders.*, WM 2018, 937 (938); *ders.*, WuB 2023, 25 (28); ebenso *Herresthal*, in: MüKo-HGB, Band 6, 5. Aufl. 2024, B. Überweisungsverkehr Rn. 659.

Nr. 1 BGB gehört damit auch eine kurze Auseinandersetzung mit der Frage, ob der Anwendungsbereich von § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB unabhängig vom EU-Recht auf AGB zu beschränken ist. Die Systematik und der allgemeine Wortlaut („eine Vereinbarung“) sprechen dagegen, dass § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB als AGB-Regel nicht für Individualvereinbarungen gilt.³⁴ Da der Wortlaut die Grenze der Auslegung darstellt,³⁵ müsste man § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB daher womöglich sogar teleologisch reduzieren, um ihn nicht auf Individualvereinbarungen anzuwenden. *Omlor* begründet seine Ansicht unter anderem damit, dass mit einer Einstufung als Klauselverbot auch der Wille des Gesetzgebers gewahrt werde, der die Rechtsprechung zum AGB-Recht kodifizieren wollte.³⁶ Tatsächlich hat sich der Gesetzgeber an einem Urteil des BGH zum AGB-Recht orientiert. Daraus lässt sich aber nicht schließen, dass er eine AGB-Regelung einführen wollte. Sonst hätte er dies auch direkt in § 308 BGB normieren können. Es spricht also wenig dafür, § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB, unabhängig von der Frage der Unionsrechtskonformität als AGB-Regel anzusehen. Es bleibt also nur die Frage der Unionsrechtskonformität. Auch wenn die Position von *Omlor* kaum vertreten wird,³⁷ geht der BGH auf diese Ansicht ein und gibt ihr damit Bedeutung.

III. Kritische Würdigung der Lösung des BGH

Mit Verweis auf ein früheres BGH-Urteil³⁸ entschied das Gericht, dass die Frage, ob § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB auf alle Arten von Verbraucherverträgen Anwendung findet, unbeantwortet bleiben könne, wenn die Zahlungsentgeltvereinbarung der Beklagten in den Anwendungsbereich des AGB-Rechts falle. Denn nach ErWG 14 VRRL sei das AGB-Recht vom Regelungsbereich der Richtlinie unberührt (Rn. 13). Da die im Streitfall angegriffene Regelung in den Anwendungsbereich des AGB-Rechts falle (Rn. 14), sei § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB im vorliegenden Fall auch mit der Verbraucherrechterichtlinie vereinbar (Rn. 12). Mit anderen Worten: Der BGH lässt die Frage der Richtlinienkonformität mit der Begründung offen, dass bereits die strengere der Ansichten hier zum Ergebnis der Unionsrechtskonformität käme, und macht sich dafür die Argumentation dieser Ansicht zu eigen.

Zu bedauern ist, dass sich der BGH kaum mit der eigentlichen Problematik auseinandersetzt. Das Gericht geht nicht darauf ein, warum die Norm mit der Verbraucherrechterichtlinie unvereinbar sein könnte, und stellt die Diskussion insgesamt verkürzt dar. Bei genauer Betrachtung liegt die Kernfrage nicht in der Anwendung von § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB auf Individualverträge, sondern in dessen Unionsrechtskonformität an sich. Diese beiden Punkte sind

nicht zwingend verbunden. So wurde auch vertreten, dass § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB generell unionsrechtswidrig sei.³⁹ Auf eine unbefriedigende Auseinandersetzung des Gerichts mit dem Sachproblem kommt es aber nicht an, wenn der Lösungsweg des BGH in der Sache überzeugt und der Streit tatsächlich offengelassen werden kann.

1. Einstufung des Internetauftritts als AGB

Die dargestellte Lösung des BGH ist nur dann stringent, wenn das strittige Verhalten der Beklagten in den Anwendungsbereich des AGB-Rechts fällt. Dagegen spricht auf den ersten Blick, dass der Kläger sich nicht gegen Vertragsklauseln wendet, sondern gegen die Ausgestaltung einer Internetseite an sich. Wenn es sich um eine Klage gegen Bestimmungen in AGB gehandelt hätte, läge eine Klage nach § 1 UKlaG vor. Das Berufungsgericht hatte die Klage aber gem. § 2 Abs. 1 UKlaG für begründet gehalten (Rn. 8 des BGH-Urteils) und der BGH widerspricht dem auch nicht. Der BGH schreibt selbst, dass der Kläger sich gegen die Ausgestaltung eines Buchungsvorgangs und nicht gegen Vertragsklauseln wendet. Der Sachverhalt falle aber in den Anwendungsbereich des AGB-Rechts, da der Kläger der Sache nach die abstrakten und für eine Vielzahl von Vertragsschlüssen konzipierten Regeln, die diesem Vorgang zugrunde liegen, beanstande (Rn. 14). Nach § 305 Abs. 1 S. 1 BGB sind AGB alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrags stellt. Es mag überzeugen, dass dies „der Sache nach“ der Gestaltung eines Buchungsvorgangs gleichzustellen ist. Dennoch wirkt die Einordnung gekünstelt, um den Streit um die Richtlinienkonformität teilweise offen lassen zu können. Überzeugender wäre die Begründung, dass alle Entgeltvereinbarungen, die auf Grundlage der Gestaltung der Buchungsplattform abgeschlossen werden, jedenfalls keine Individualvereinbarungen sein können. Dass die Einordnung des BGH dogmatisch nicht präzise wirkt, mag aber auch dem Umstand geschuldet sein, dass sich die Verbandsklage gegen die Gestaltung eines Internetauftritts richtet, und der Internetauftritt dafür unter eine Norm subsumiert werden muss, die sich eigentlich auf eine Vereinbarung bezieht.

2. AGB-Recht als von der Verbraucherrechterichtlinie unberührtes Recht

Aber führt die Einordnung der Norm als AGB-Recht tatsächlich dazu, dass man die Frage der Unionsrechtskonformität in diesem Fall unproblematisch bejahen kann? Dafür müsste eine Auslegung als AGB-Regel einen möglichen Konflikt mit der Verbraucherrechterichtlinie auflösen kön-

³⁴ *Wagner*, Der Einfluss Europas auf das BGB, 2016, S. 315.

³⁵ Vgl. nur *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2021, S. 39.

³⁶ *Omlor*, NJW 2014, 1703 (1706).

³⁷ Vor allem *Stadler* (Fn. 28), § 312a Rn. 16.

³⁸ BGH NJW 2017, 3289.

³⁹ *Schirnbacher*, K&R 2015, 602 (603).

nen. Nach Teilen der Rechtsprechung⁴⁰ und Literatur⁴¹ sei dies der Fall, da nach ErwG 14 VRRL das AGB-Recht vom Regelungsbereich der Richtlinie unberührt bleibe. Auch der BGH nennt dieses Argument, das auf der Ansicht von *Omlor* beruht,⁴² in Rn. 13 als entscheidenden Grund, weshalb der Streit offengelassen werden könne. In der Literatur wurde dieser Verweis auf ErwG 14 VRRL auch als „Schlupfloch“ interpretiert.⁴³

Die Begründung des BGH überzeugt nach der hier vertretenen Ansicht aber nicht. Zunächst ist nicht eindeutig, was mit der Formulierung gemeint ist, das AGB-Recht bleibe unberührt. Möglicherweise spielt dies auf den Anwendungsbereich einer Richtlinie an. Jedenfalls lässt ErwG 14 VRRL nicht ausdrücklich erkennen, dass das AGB-Recht „unberührt“ bleiben soll. In ErwG 14 VRRL heißt es unter anderem: „Diese Richtlinie sollte das innerstaatliche Vertragsrecht unberührt lassen, soweit vertragsrechtliche Aspekte durch diese Richtlinie nicht geregelt werden. Deshalb sollte diese Richtlinie keine Wirkung auf nationale Rechtsvorschriften haben, die beispielsweise den Abschluss oder die Gültigkeit von Verträgen (zum Beispiel im Fall einer fehlenden Einigung) betreffen.“ Es sind also grundlegende Regeln im Vertragsrecht gemeint. Es ist aber nicht selbstverständlich, dass die vorliegende Frage solch allgemeines Vertragsrecht betrifft, gegenüber dem die Richtlinie indifferent sein soll.⁴⁴ Wenn die Richtlinie den gesamten Bereich der AGB tatsächlich unberührt ließe, könnte sie kaum Wirkung entfalten, denn Zahlungsmodalitäten werden im automatisierten Fernabsatz wesentlich durch AGB geregelt.⁴⁵ Die Harmonisierungsgrenzen der Richtlinie könnten umgangen werden, indem die Mitgliedstaaten die unzulässig abweichenden Regelungen als AGB-rechtliche Regeln einführen oder bereits bestehende AGB-rechtliche Regeln, die von der Richtlinie abweichen, beibehalten. Dies kann nicht dem Willen des europäischen Gesetzgebers entsprechen. Zudem trifft die Verbraucherrechterichtlinie selbst in Art. 25 Abs. 2 VRRL eine Regelung für Vertragsklauseln, also AGB-Recht. Darüber hinaus soll das innerstaatliche Vertragsrecht nach ErwG 14 auch nur unberührt bleiben, soweit die Richtlinie keinen der Aspekte regelt. Wenn man annimmt, dass § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB in den harmonisierten Bereich fällt und Art. 19 VRRL keine Abweichungen zulässt, wäre die Norm auch als AGB-rechtliche Regel unzulässig. Die Prämisse, dass ein Verstoß gegen die Verbraucherrechterichtlinie dadurch umgangen werden kann,

dass die Norm als AGB-Recht eingestuft wird, ist nach der hier vertretenen Ansicht fehlerhaft. Jedenfalls reicht hierfür ein Verweis auf ErwG 14 VRRL nicht als Argument.

Omlor, der im Urteil zitierte Begründer der Ansicht, beruft sich neben ErwG 14 VRRL auch auf ErwG 62 VRRL und Art. 3 Abs. 2, Abs. 5 VRRL.⁴⁶ Aus ErwG 62 VRRL lässt sich unter anderem entnehmen, dass die Richtlinie den Mitgliedstaaten Möglichkeiten eingeräumt hat, spezifische nationale Bestimmungen beizubehalten oder einzuführen, auch im AGB-rechtlichen Bereich. Daraus lässt sich nicht direkt ableiten, dass die VRRL AGB-Recht komplett unberührt lässt. Sonst hätte sie auch keine Möglichkeiten *einräumen* müssen, Bestimmungen in diesem Bereich beizubehalten oder einzuführen. Art. 3 Abs. 5 VRRL gibt im Wesentlichen ErwG 14 VRRL wieder, sodass auch dieser keine eindeutige Begründung für die Ansicht liefert. Ebenso begründet die allgemeine *lex-specialis*-Anordnung des Art. 3 Abs. 2 VRRL nicht, dass AGB-Recht dem Regelungsbereich nicht unterfällt.

Die Begründung, mit der der BGH den Streit unbeantwortet lässt, überzeugt nicht uneingeschränkt. Es wäre vorzugsweise, § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB entweder ohne Einschränkungen für richtlinienkonform zu halten oder die Harmonisierungsvorgaben der Verbraucherrechterichtlinie auch auf AGB-rechtliche Regeln zu beziehen.⁴⁷

IV. Vorlagepflicht an den EuGH und ihre Grenzen

In der Literatur wird die Frage aufgeworfen, ob der BGH diese erstmals im Urteil vom 18.7.2017⁴⁸ vertretene „AGB-rechtliche Alternativbegründung“⁴⁹ gewählt hat, um einem Vorabentscheidungsverfahren (Art. 267 AEUV) vor dem EuGH zu entgehen.⁵⁰ Ob nationales Recht mit Unionsrecht vereinbar ist, kann nicht Gegenstand einer Vorabentscheidung sein,⁵¹ eine Frage zur Auslegung von Richtlinien hingegen schon.⁵² Daraus kann das nationale Gericht in der Folge Schlüsse für die Anwendbarkeit des innerstaatlichen Rechts ziehen.⁵³ Die Auslegung von Art. 19 VRRL hinsichtlich der Frage, inwieweit die Vorschrift harmonisieren soll und abweichendes Recht verbietet, wäre damit eine zulässige Frage für ein Vorabentscheidungsverfahren. Wenn einem letztinstanzlichen Gericht wie dem BGH eine Frage nach Art. 267 Abs. 1 AEUV gestellt wird, besteht nach Art. 267 Abs. 3 AEUV eine Pflicht zur Anrufung des Gerichtshofs der Europäischen Union. Die Vorlagepflicht besteht nur dann nicht, wenn das nationale Gericht festgestellt

⁴⁰ BGH NJW 2017, 3289; BGH MMR 2022, 390; BGH GRUR 2022, 1447; OLG Frankfurt a. M., BKR 2017, 126; ähnlich OLG Karlsruhe BKR 2019, 201, wo der Streit allerdings auf § 312a Abs. 4 Nr. 2 BGB bezogen wird.

⁴¹ Förster, JA 2018, 223 (225); Junker/Seiter, in: JurisPK-BGB, Band 2, 10. Aufl. 2023, § 312a Rn. 49.

⁴² *Omlor*, NJW 2014, 1703 (1706).

⁴³ Vgl. Mäsch, JuS 2018, 289 (290).

⁴⁴ *Schinkels*, WuB 2017, 579 (582).

⁴⁵ *Schinkels*, WuB 2017, 579 (582).

⁴⁶ *Omlor*, NJW 2014, 1703 (1706).

⁴⁷ Vgl. *Schinkels*, WuB 2017, 579 (582).

⁴⁸ BGH NJW 2017, 3289.

⁴⁹ *Schinkels*, WuB 2017, 579 (582).

⁵⁰ *Maume*, BKR 2022, 799 (804); *Schinkels*, WuB 2017, 579 (581 f.).

⁵¹ *Gaitanides*, in: von der Groeben/Schwarze, Europäisches Unionsrecht, Band 4, 7. Aufl. 2015, Art. 267 AEUV Rn. 26.

⁵² *Wegener*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 6. Aufl. 2022, Art. 267 AEUV Rn. 10.

⁵³ Vgl. *Gaitanides* (Fn. 51), Art. 267 AEUV Rn. 27.

hat, dass die gestellte Frage für die Entscheidung nicht erheblich ist, dass das betroffene Gemeinschaftsrecht bereits Gegenstand einer Auslegung durch den Gerichtshof war (*acte éclairé*) oder dass die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts „derart offenkundig ist, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum bleibt“⁵⁴ (*acte clair*).⁵⁵

Im vorliegenden Fall stützt sich der BGH vor allem darauf, dass die Frage nicht entscheidungserheblich sei. In Rn. 26 legt der BGH dar, dass keine Vorlage an den EuGH veranlasst sei, da sich im Streitfall keine *entscheidungserheblichen* Fragen zur Auslegung des Unionsrechts stellen, „die nicht zweifelsfrei zu beantworten sind“. Die Entscheidung hänge im Streitfall nicht von der Verbraucherrechterichtlinie ab, weil diese ergänzenden Regelungen für AGB nicht entgegenstehe (Rn. 27). Warum diese letzte Aussage aber gerade nicht „zweifelsfrei“ überzeugt, wurde oben dargelegt. Eine Vorlagepflicht hätte auch dann nicht bestanden, wenn § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB zweifelsfrei mit der Verbraucherrechterichtlinie vereinbar ist, was aber zumindest nicht in der gleichen Kürze begründet werden könnte. In der Literatur wird angeführt, dass zum Bejahen der uneingeschränkten Vereinbarkeit von § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB mit der Verbraucherrechterichtlinie wahrscheinlich eine Vorlage an den EuGH erforderlich gewesen wäre.⁵⁶ In Anbetracht der Diskussion könne es sich wohl nicht um einen *acte clair* handeln.⁵⁷

V. Richtlinienkonformität von § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB als *acte clair*?

In einem letzten Abschnitt zu der Frage der Unionsrechtskonformität von § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB soll daher erläutert werden, wie man bestimmt, ob eine Norm unzulässig von einer vollharmonisierenden Richtlinie abweicht oder sich noch in den Grenzen der Vollharmonisierung bewegt. Möglicherweise ließe sich der Streit damit eindeutig zu Gunsten der herrschenden Meinung lösen. Auch die Frage nach der Vorlagepflicht an den EuGH wäre beantwortet, wenn sich herausstellt, dass § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB eindeutig mit europäischem Recht vereinbar ist.

1. Unterscheidung in Anwendungsbereich und Harmonisierungsgrad

Nach der wohl herrschenden Auffassung muss zur Bestimmung der Grenzen der Vollharmonisierung getrennt werden zwischen dem Anwendungsbereich einer Richtlinie und dem Harmonisierungsgrad, den die Richtlinie innerhalb des Anwendungsbereiches verfolgt.⁵⁸ Eine Richtlinie kann nur innerhalb ihres Anwendungsbereiches harmonisierend wirken, außerhalb unterliegen die Mitgliedstaaten keinerlei Bindung. Innerhalb des Anwendungsbereiches ist der Mitgliedstaat an die Richtlinie (und damit an Regelungen zur Harmonisierung) gebunden, und strengere Vorschriften sind nur erlaubt, wenn die Richtlinie dies zulässt.⁵⁹ Während der Anwendungsbereich die „Breite“ der Harmonisierungsmaßnahmen regelt, betrifft der Harmonisierungsgrad ihre „Tiefe“.⁶⁰ Es gibt nach diesem Verständnis also zwei Möglichkeiten für Mitgliedstaaten die verbleibenden Umsetzungsspielräume zu nutzen: Entweder der Gesetzgeber handelt außerhalb der Richtlinie (des Anwendungsbereiches), oder er erlässt abweichende Vorschriften innerhalb des Anwendungsbereiches der Richtlinie, übersteigt dabei aber nicht den Harmonisierungsgrad.⁶¹ Teilweise wird Letzteres auch als „inhaltliche Übererfüllung“⁶² oder „modifizierende Umsetzung“⁶³ bezeichnet.

2. Anwendungsbereich von Art. 19 VRRL

Zunächst muss der Anwendungsbereich bestimmt werden.⁶⁴ Dies muss für jede Vorschrift getrennt geschehen.⁶⁵ Die Verbraucherrechterichtlinie enthält in Art. 3 und in Art. 17 Vorgaben zum Geltungsbereich. Generell werden die Begriffe „Geltungsbereich“,⁶⁶ „Gegenstandsbereich“⁶⁷ und wohl auch „harmonisierter Bereich“⁶⁸ synonym zum „Anwendungsbereich“ verwendet. In Art. 3 Abs. 1 S. 1 VRRL heißt es, dass die Richtlinie für jegliche Verträge, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossen werden, gelte. Die einzelnen Vertragstypen sind durch Art. 3 Abs. 3 und Art. 17 Abs. 2 (konkret für Art. 19) der Richtlinie eingegrenzt. Der Anwendungsbereich der Richtlinie wäre demnach eindeutig verlassen, wenn die nationale Vorschrift sich zum Beispiel auf b2c-Situationen oder von der Verbraucherrechterichtlinie nicht

⁵⁴ St. Rspr., vgl. EuGH, Urt. v. 6.10.1982, CILFIT, C-283/81, EU:C:1982:335, Rn. 13 ff.; EuGH, Urt. v. 6.10.2021, Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi, C-561/19, EU:C:2021:799, Rn. 33.

⁵⁵ Vgl. Wegener (Fn. 52), Art. 267 AEUV Rn. 33; Kotzur/Dienelt, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair, EUV/AEUV, 7. Aufl. 2023, Art. 267 AEUV Rn. 19.

⁵⁶ Maume, BKR 2022, 799 (804).

⁵⁷ Schinkels, WuB 2017, 579 (581).

⁵⁸ Vgl. Bron (Fn. 20), S. 99 ff.; Buchmann, Umsetzung vollharmonisierender Richtlinien, 2008, S. 40 ff.; Jäger, Überschneidende Richtlinienumsetzung im Privatrecht, 2006, S. 30 ff.; Mayer (Fn. 17), S. 53; Wagner, Das Konzept der Mindestharmonisierung, 2001, S. 41 ff.; Riehm (Fn. 17), S. 86 ff.; ders. (Fn. 21), S. 181 ff.; Kuhn, EuR 2015, 216 (224); Riehm, JZ 2006, 1035 (1036 ff.); Stürner (Fn. 11), § 8 Rn. 89 ff.; Könd-

gen/Mörsdorf (Fn. 12), § 6 Rn. 60; Tietje (Fn. 18), Art. 114 AEUV Rn. 36; abweichende Konzeption: Herresthal (Fn. 14), S. 113.

⁵⁹ Vgl. Bron (Fn. 20), S. 159 f.; Riehm (Fn. 17), S. 87; Stürner, Jura 2015, 30 (34).

⁶⁰ Buchmann (Fn. 58), S. 40; Mayer (Fn. 17), S. 53.

⁶¹ Vgl. Bron (Fn. 20), S. 160; Riehm, JZ 2006, 1035 (1036); Heiderhoff (Fn. 11), § 4 Rn. 93 ff.; Stürner (Fn. 11), § 8 Rn. 89.

⁶² Stürner (Fn. 11), § 8 Rn. 94; Habersack/Mayer, in: Riesenhuber, Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 14 Rn. 11.

⁶³ Riehm, JZ 2006, 1035 (1036).

⁶⁴ Vgl. Buchmann (Fn. 58), S. 40.

⁶⁵ Riehm (Fn. 17), S. 94.

⁶⁶ Vgl. Riehm (Fn. 17), S. 88.

⁶⁷ Jäger (Fn. 58), S. 30.

⁶⁸ Riehm (Fn. 17), S. 90; Bülow, WM 2013, 245 (247).

geregelt Vertragstypen bezieht.⁶⁹ § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB geht allerdings nicht auf diese Weise eindeutig über den Anwendungsbereich von Art. 19 VRRL hinaus. Um zu bestimmen, ob eine Norm auch außerhalb solcher offensichtlichen Fälle in den Anwendungsbereich einer Richtlinie fällt, werden verschiedene Kriterien diskutiert.⁷⁰ Im Kern scheint, anknüpfend an Art. 288 Abs. 3 AEUV, wonach Richtlinien hinsichtlich ihres Ziels verbindlich sind, entscheidend zu sein, für welche Fälle die Richtlinie eine Regelung vorgeben wollte. Der Anwendungsbereich umfasse die durch den Rechtsakt zu regelnde Materie,⁷¹ diejenigen Sachverhalte, für welche die Richtlinie eine Regelungsanordnung trifft⁷².

Entscheidend ist damit, wie man Art. 19 VRRL versteht. Wenn Art. 19 VRRL die Situation regeln soll, dass ein Unternehmer ein Entgelt verlangt, das den Betrag der ihm tatsächlich entstehenden Kosten übersteigt, erfasst § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB einen anderen Sachverhalt (die Bereitstellung eines unentgeltlichen Zahlungsmittels) und fällt damit nicht in den Anwendungsbereich von Art. 19 VRRL. Versteht man den von Art. 19 VRRL geregelten Lebenssachverhalt hingegen allgemein als die Situation, in der ein Unternehmer von einem Verbraucher Entgelte für Zahlungsmittel verlangt, fällt § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB in den Bereich der Richtlinie. Das erste Verständnis scheint die überwiegende Auffassung in Literatur und Rechtsprechung zu sein. Vereinzelt wird ausdrücklich formuliert, dass § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB über den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 19 der VRRL hinausgehe und daher auch nicht der Richtlinie und ihren Vorgaben unterliege.⁷³ Die Norm stelle ein Verbot mit einer anderen Zielsetzung dar, die außerhalb des von der Richtlinie harmonisierten Bereichs liege.⁷⁴ Andere Stimmen in der Literatur kommen in der Sache zum selben Ergebnis, wenngleich sie sich nicht konkret auf den Anwendungs- oder Geltungsbereich beziehen. Der Inhalt von § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB sei nicht von der Richtlinie erfasst.⁷⁵ Art. 19 VRRL betreffe nur einen Teilaspekt der Zahlungsmodalitäten, das Verbot von Preisauflagen, und schließe damit nicht aus, andere Voraussetzungen an die Erhebung von Entgelten für Zahlungsmittel zu knüpfen.⁷⁶ Die Richtlinie sehe keine umfassende und abschließende Regelung der Zahlungsmodalitäten vor.⁷⁷ Das bloße Schweigen zu der vom deutschen Ge-

setzgeber erfassten Situation bedeute nicht zwingend, dass die Regelung nicht gestattet sei, denn „was die Richtlinie gar nicht regelt, unterliegt auch nicht der Vollharmonisierung“.⁷⁸ Dieses Verständnis hätte zur Folge, dass § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB unionsrechtskonform ist. Selbst wenn man hier aber zum gegenteiligen Ergebnis käme und bejahte, dass § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB in den Anwendungsbereich fällt, bedeutet dies nicht, dass die Norm deswegen gegen die Verbraucherrechterichtlinie verstößt.

3. Harmonisierungsgrad von Art. 19 VRRL

Denn für Umsetzungsspielräume innerhalb eines Anwendungsbereichs ist der Harmonisierungsgrad maßgeblich. Der Harmonisierungsgrad betrifft die Frage, inwieweit die Mitgliedstaaten innerhalb des Anwendungsbereichs einer Richtlinie abweichende Vorschriften erlassen dürfen.⁷⁹ Auch bei vollharmonisierenden Richtlinien können Abweichungen von einzelnen Vorschriften zulässig sein,⁸⁰ gegebenenfalls bedarf es eindeutiger Hinweise, damit dem nationalen Gesetzgeber Umsetzungsspielräume verbleiben.⁸¹ Generell ist der verbleibende Spielraum der Mitgliedstaaten wohl geringer, je detaillierter eine Richtlinie ist.⁸²

Die Verbraucherrechterichtlinie ist (anders als ursprünglich geplant) nicht flächendeckend vollharmonisierend und das Harmonisierungskonzept ist daher für jede Regelung einzeln zu bestimmen.⁸³ Art. 4 VRRL ordnet zwar eine Vollharmonisierung an, aber nur „solange die Richtlinie nichts anderes bestimmt“. Nach ErWG 7 VRRL sollen *wesentliche* Aspekte der einschlägigen Regelungen vollständig harmonisiert werden. In vielen Artikeln wird die Vollharmonisierung explizit angeordnet (zum Beispiel Art. 7 Abs. 5 VRRL und Art. 8 Abs. 10 VRRL), was die Bedeutung von Art. 4 VRRL für den Harmonisierungsgrad der gesamten Verbraucherrechterichtlinie relativiert. Zudem heißt es in ErWG 13 VRRL, dass die Mitgliedstaaten nationale Rechtsvorschriften zu Themen beibehalten oder einführen können, die in der Richtlinie nicht speziell behandelt werden. Nach einer Auffassung stelle Art. 19 VRRL sogar nur eine Mindestharmonisierung dar, was sich aus ErWG 54 VRRL ergebe.⁸⁴

⁶⁹ Vgl. Kuhn, EuR 2015, 216 (220).

⁷⁰ Siehe Buchmann (Fn. 58), S. 41 f.; Jäger (Fn. 58), S. 31 ff.; Herresthal (Fn. 14), S. 128 ff.; Riehm (Fn. 17), S. 90 f.; ders., JZ 2006, 1035 (1037 ff.).

⁷¹ Jäger (Fn. 58), S. 31.

⁷² Vgl. Herresthal (Fn. 14), S. 130; Riehm, (Fn. 17), S. 88; ders., JZ 2006, 1035 (1038).

⁷³ OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 59546 Rn. 38; OLG Hamburg MMR 2021, 425 Rn. 38; Ersteres stellt auch Paschke/Lorenz, jurisPR-ITR 22/2017 Anm. 3 fest.

⁷⁴ Brönneke/Tavakoli (Fn. 27), Rn. 362.

⁷⁵ Junker, jurisPR-ITR 16/2015 Anm. 5.

⁷⁶ Schirnbacher/Freytag, ITRB 2014, 144; Martens (Fn. 27), § 312a Rn. 26, Stand: 1.11.2023; Wendehorst (Fn. 27), § 312a Rn. 82; Schirnbacher (Fn. 27), § 312a BGB Rn. 37; Thüsing (Fn. 27), § 312a Rn. 55.

⁷⁷ Busch (Fn. 27), § 312a Rn. 25.1, Stand: 1.7.2023.

⁷⁸ Schinkels, WuB 2017, 579 (581).

⁷⁹ Vgl. Bron (Fn. 20), S. 101; Jäger (Fn. 58), S. 34; Wagner (Fn. 58), S. 45.

⁸⁰ Riehm (Fn. 17) S. 100.

⁸¹ Vgl. Artz, GPR 2009, 171 (175).

⁸² Stürner (Fn. 11), § 8 Rn. 3.

⁸³ Mittwoch, Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht, 2013, S. 85.

⁸⁴ LG Hamburg GRUR-RS 2015, 17510 Rn. 24; LG Hamburg BeckRS 2016, 20811.

ErwG 54 VRRL ist tatsächlich aufschlussreich für die Frage, inwieweit der europäische Gesetzgeber mit Art. 19 VRRL eine abschließende Regelung für Entgelte bei Zahlungsmitteln einführen wollte. Dort wird auf die Richtlinie 2007/64/EG vom 13. November 2007 verwiesen. Nach deren Art. 52 Abs. 3 konnten die Mitgliedstaaten das Recht auf Erhebung von Entgelten untersagen oder begrenzen, um der Notwendigkeit Rechnung zu tragen, den Wettbewerb und die Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente zu fördern.⁸⁵ In ErwG 54 VRRL stellt der europäische Gesetzgeber eine Verbindung zwischen dieser älteren Richtlinie und Art. 19 VRRL her und schreibt: „In jedem Falle sollte es Unternehmern untersagt werden, von Verbrauchern Entgelte zu verlangen, die über die dem Unternehmer für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsmittels entstehenden Kosten hinausgehen.“ Dieser Formulierung kann man entnehmen, dass die Regelung in Art. 19 VRRL nur eine Obergrenze darstellen soll. Es dürfen nie mehr Entgelte verlangt werden, als dem Unternehmer tatsächlich an Kosten entstehen. Auch in ErwG 1 der zweiten Zahlungsdiensterichtlinie RL 2015/2366 (im Folgenden auch: ZaDiRL II) heißt es in Bezug auf die Verbraucherrechterichtlinie, dass mit ihr eine Obergrenze für Aufschläge, die Einzelhändler ihren Kunden für die Nutzung eines bestimmten Zahlungsmittels berechnen dürfen, festgelegt wurde. Dies bezieht sich ersichtlich auf Art. 19 VRRL⁸⁶ und deutet weiter darauf hin, dass der europäische Gesetzgeber die Regelung in Art. 19 VRRL nicht als vollharmonisierend angeordnet hat. Zudem gibt Art. 62 Abs. 5 ZaDiRL II den Mitgliedstaaten erneut die Möglichkeit, Entgelte für Zahlungsmittel ganz zu verbieten.⁸⁷ Dabei sollen die Mitgliedstaaten der Notwendigkeit Rechnung tragen, den Wettbewerb und die Nutzung effizienter Zahlungsinstrumente zu fördern, wie in Art. 62 Abs. 5 ZaDiRL II deutlich wird. Es ist aber nicht ersichtlich, dass Art. 62 Abs. 5 ZaDiRL II dies als zwingende Voraussetzung vorschreibt, um eine solche Beschränkung zu erlassen.

4. Unionsrechtskonformität durch Vorrang der Richtlinie 2015/2366

Teilweise wurde auch vertreten, dass die Verbraucherrechterichtlinie nach ihrem Art. 3 Abs. 2 ohnehin hinter der in diesem Fall spezielleren zweiten Zahlungsdiensterichtlinie zurücktrete.⁸⁸ Da § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB unter den Tatbestand von Art. 62 Abs. 5 ZaDiRL II falle, könne die Norm nicht gegen Art. 19 VRRL verstoßen, da dieser von Art. 62 Abs. 5 ZaDiRL II verdrängt wird.⁸⁹ Dem könne es

auch nicht entgegenstehen, dass Art. 62 Abs. 5 ZaDiRL II erst nach § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB in Kraft getreten sei. Die Frage nach einem Verstoß gegen EU-Recht stelle sich unabhängig davon, wann eine EU-Regelung in Kraft getreten sei.⁹⁰ Auch eine zeitlich nachfolgende EU-Norm kann eine nationale Norm „legitimieren“, unabhängig davon, ob bis dahin von ihrer Unionsrechtswidrigkeit auszugehen war.⁹¹

5. Ergebnis

Wenn man die Fragen nach Anwendungsbereich und Harmonisierungsgrad zusammenfasst, stellt sich im Wesentlichen eine Auslegungsfrage. Soll Art. 19 VRRL eine abschließende Regelung von Zahlungsmittelentgelten bewirken? Entweder Art. 19 VRRL stellt nur ein Verbot kostenübersteigender Entgelte dar und gewährt ansonsten volle Regelungsfreiheit, oder man versteht Art. 19 VRRL so, dass Entgelte in der Höhe der tatsächlich entstandenen Kosten für den Unternehmer immer gestattet sein sollen.⁹² Solche Fragen werden teils als sehr komplexe Auslegungsfragen eingestuft, die stets einer Vorlage beim EuGH bedürfen.⁹³ Nach der hier vertretenen Ansicht kann § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB aber als uneingeschränkt unionsrechtskonform angesehen werden. Damit bestünde im Sinne eines *acte clair* auch keine Vorlagepflicht. ErwG 54 VRRL und Art. 62 Abs. 5 ZaDiRL II machen deutlich, dass es nicht dem Willen des europäischen Gesetzgebers entspricht, durch Art. 19 VRRL jegliche andere Regelung zu Entgelten bei Zahlungsmitteln zu verbieten. Wenn eines der Ziele der Vollharmonisierung ist, Rechtssicherheit für Unternehmer zu schaffen, sich Unternehmer durch die Möglichkeit in Art. 62 Abs. 5 ZaDiRL II aber ohnehin grenzüberschreitend darauf einstellen müssen, dass die Erhebung von Entgelten für Zahlungsmittel untersagt ist, dann scheint es nicht sinnvoll § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB aus Gründen der Vollharmonisierung für unionsrechtswidrig zu halten.

VI. Abschließende Bewertung

Der BGH ordnet die Gestaltung eines Internetauftritts dem AGB-Recht zu, um der genannten Mindermeinung gerecht zu werden und den Streit um die Vereinbarkeit von § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB mit der Verbraucherrechterichtlinie offen lassen zu können, möglicherweise, um einer Vorlage an den EuGH zu entgehen. Es ist aber bereits fraglich, ob eine Einschränkung von § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB auf AGB einen etwaigen Konflikt mit der Verbraucherrechterichtlinie auflösen könnte. Ein Verweis auf ErwG 14 VRRL begrün-

⁸⁵ Darauf hinweisend: *Schinkels*, WuB 2017, 579 (581); *Busch* (Fn. 27), § 312a Rn. 25.1, Stand: 1.7.2023.

⁸⁶ OLG Hamburg MMR 2021, 425 Rn. 42; OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 59546 Rn. 42.

⁸⁷ Darauf hinweisend: *Schinkels*, WuB 2017, 579 (582); *ders.* (Fn. 27), Kap. 7, Rn. 65; *Wendehorst* (Fn. 27), § 312a Rn. 82.

⁸⁸ Vgl. OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 59546 Rn. 43; OLG Hamburg MMR 2021, 425 Rn. 43; *Schinkels*, WuB 2017, 579 (581).

⁸⁹ OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 59546 Rn. 43; OLG Hamburg MMR 2021, 425 Rn. 43.

⁹⁰ OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 59546 Rn. 44; OLG Hamburg MMR 2021, 425 Rn. 44.

⁹¹ OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 59546 Rn. 44.

⁹² *Bydlinski*, in: *Bydlinski/Lurjer*, Die Richtlinie über die Rechte der Verbraucher, 2012, S. 99 (119 f.).

⁹³ Vgl. *Riehm* (Fn. 21), S. 187.

det dies jedenfalls nicht. Die Lösung wirkt damit gekünstelt. Eine dogmatisch stringenter Entscheidung hätte direkt die Vereinbarkeit von § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB mit der Verbraucherrechtlichlinie bejaht, wofür gute Argumente sprechen (siehe V.).⁹⁴ Auch das Offenlassen eines Streits hat Bedeutung für die rechtliche Diskussion zu der Problematik und zieht Konsequenzen nach sich. Nachfolgende BGH-Entscheidungen⁹⁵ haben diese Rechtsprechung im Wesentlichen übernommen, selbst in Fällen in denen die Berufungsgerichte⁹⁶ mit ausführlicher Begründung zu dem Schluss gekommen sind, dass § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB uneingeschränkt unionsrechtskonform ist. Statt sich mit den Argumenten auseinanderzusetzen, wird der „Streit“ mit derselben Begründung wie im vorliegenden Urteil erneut offengelassen.⁹⁷ Gerade dies macht deutlich, warum eine eingehendere Auseinandersetzung mit der Verbraucherrechtlichlinie wünschenswert gewesen wäre.

C. Verstoß gegen § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB

Anschließend an die Frage der Unionsrechtskonformität musste der BGH entscheiden, ob die Gestaltung des Internetauftritts der Beklagten gegen § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB verstößt.

I. Übersicht zu § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB

§ 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB gilt grundsätzlich für alle Verbraucherverträge, bei denen sich der Verbraucher zu der Zahlung eines Preises verpflichtet (vgl. § 312 Abs. 1 BGB), also unabhängig davon, ob es sich z.B. um einen Fernabsatz- oder Außergeschäftsraumvertrag handelt. § 312a Abs. 4 BGB regelt zwei Unwirksamkeitsgründe. Voraussetzung für beide Unwirksamkeitsgründe ist eine Vereinbarung zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher, die den Verbraucher verpflichtet ein Entgelt dafür zu zahlen, dass er für die Erfüllung seiner vertraglichen Pflichten ein bestimmtes Zahlungsmittel nutzt. Nach dem hier relevanten § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB ist eine solche Vereinbarung dann unwirksam, wenn der Unternehmer nicht mindestens eine gängige und zumutbare unentgeltliche Zahlungsmöglichkeit anbietet. Der Begriff des Zahlungsmittels ist im BGB oder in der Verbraucherrechtlichlinie nicht definiert, ist aber weit zu verstehen und umfasst jede Art der Zahlung, die der Schuldner mit dem Gläubiger für die Erfüllung einer Geldschuld vereinbaren kann.⁹⁸ Rechtsfolge eines Verstoßes gegen § 312a Abs. 4 BGB ist die Un-

wirksamkeit der Vereinbarung. Es bleibt dann bei dem allgemeinen Grundsatz, nach dem der Gläubiger den Aufwand für die Entgegennahme der Zahlung zu tragen hat.⁹⁹ Nach § 312a Abs. 6 BGB bleibt der Vertrag im Übrigen wirksam. Wenn der Verbraucher bereits das unwirksam verlangte Entgelt gezahlt hat, kann er dies gem. § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB zurückverlangen.¹⁰⁰ Durch die Einführung von § 270a BGB, wonach Entgelte für die Nutzung einer SEPA-Basislastschrift, SEPA-Firmenlastschrift, SEPA-Überweisung oder einer Zahlungskarte unzulässig sind, hat die Norm an praktischer Relevanz verloren.¹⁰¹ Auf § 270a BGB geht der BGH im vorliegenden Urteil aber nicht ein, auch wenn in der faktischen Bepreisung anderer Kreditkarten als der selbst emittierten ein Verstoß gegen § 270a S. 1 und 2 BGB liegen dürfte.¹⁰²

II. Preisnachlass als Entgelt?

Das Tatbestandsmerkmal, das im vorliegenden Fall schwierig zu bestimmen war, war das des Entgelts für ein Zahlungsmittel. Die Beklagte erhob keine Gebühr im klassischen Sinne. Stattdessen berechnete sie ihren Kunden pro Flugstrecke eine „ServiceFee“. Bei Zahlung mit der Kreditkarte der Beklagten wurde die entsprechende Summe als Rabatt wieder abgezogen. Fraglich war, ob dieser Preisnachlass von der „ServiceFee“ bei Zahlung mit der Kreditkarte der Beklagten als Erhebung eines Entgelts für die anderen Zahlungsmittel zu qualifizieren ist. Das LG Leipzig hatte dies in erster Instanz abgelehnt.¹⁰³ Das OLG Dresden hatte in zweiter Instanz festgestellt, dass die Beklagte zwar kein gesondertes Entgelt für die Nutzung eines Zahlungsmittels ausweist, in ihrer Gestaltung des Buchungsvorgangs aber eine unzulässige Umgehung von § 312a Abs. 4 BGB liegt, was nach § 312k Abs. 1 S. 2 BGB a.F. (nun § 312m Abs. 1 S. 2 BGB) unzulässig ist.¹⁰⁴

1. Kriterien zur Einordnung von Preisnachlässen als Entgelt

Bevor die Entscheidung des BGH dazu näher beleuchtet wird, soll kurz dargestellt werden, welche Kriterien in Literatur und Rechtsprechung vorgebracht werden, um einzuordnen, wann die Gewährung eines Preisnachlasses für nur eine oder wenige Zahlungsarten ein Entgelt für alle anderen Zahlungsmittel bedeutet. Unstreitig ist zunächst, dass die

⁹⁴ Vgl. *Maume*, BKR 2022, 799 (804).

⁹⁵ BGH MMR 2022, 390; BGH GRUR 2022, 1447.

⁹⁶ OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 59546; OLG Hamburg MMR 2021, 425.

⁹⁷ A.A. *Weinmann*, jurisPR-BKR 12/2022 Anm. 2, nach dessen Ansicht BGH GRUR 2022, 1447 die Unionsrechtskonformität feststellt.

⁹⁸ BT-Drucks. 17/12637 S. 52; Umsetzungsleitfaden zur RL 2011/83/EU der GD Justiz, 2014, S. 71; *Schomburg*, VuR 2014, 18 (21); *Grüneberg*, in: *Grüneberg*, BGB, 83. Aufl. 2024, § 312a Rn. 5; *Busch* (Fn. 27), § 312a Rn. 28, Stand: 1.7.2023; *Wendehorst* (Fn. 27), § 312a Rn. 78; *Stürner*, in: *Prütting/Wegen/Weinrich*, BGB, 18. Aufl. 2023, § 312a Rn. 8; *Gomille*,

in: *Soergel*, BGB, Band 5/1b: Schuldrecht 3/1b, 13. Aufl. 2022, § 312a Rn. 76.

⁹⁹ *Omlor*, NJW 2014, 1703 (1707); *Martens* (Fn. 27), § 312a Rn. 36, Stand: 1.11.2023; *Wendehorst* (Fn. 27), § 312a Rn. 87.

¹⁰⁰ Vgl. *Bülow/Artz*, Verbraucherprivatrecht, 6. Aufl. 2018, Rn. 102; *Martens* (Fn. 27), § 312a Rn. 36, Stand: 1.11.2023; *Wendehorst* (Fn. 27), § 312a Rn. 87.

¹⁰¹ *Grüneberg* (Fn. 98), § 312a Rn. 5; *Wendehorst* (Fn. 27), § 312a Rn. 77.

¹⁰² *Zahrte*, BKR 2022, 69 (72).

¹⁰³ LG Leipzig BeckRS 2019, 47890.

¹⁰⁴ OLG Dresden MMR 2021, 75.

Bezeichnung nicht maßgeblich sein kann.¹⁰⁵ Grundsätzlich erforderlich ist eine Preisdifferenz zwischen den Beträgen, die der Verbraucher für eine Leistung je nach Zahlungsmittel zahlen soll. Abs. 4 greift erst ein, wenn für dieselbe Leistung bei verschiedenen Zahlungsmitteln verschiedene Preise verlangt werden.¹⁰⁶ Nicht erfasst sind damit Kosten, die in den Gesamtpreis einer vertraglichen Leistung bereits einkalkuliert wurden.¹⁰⁷ Nach (rechtlich nicht bindenden) Ausführungen der Europäischen Kommission zu dem Merkmal „Entgelt für Zahlungsmittel“ in Art. 19 VRRLL sollen Preisnachlässe grundsätzlich nicht so verstanden werden, dass für Zahlungsmittel ohne Preisnachlass ein Entgelt verlangt wird. Es könne ein berechtigtes Interesse des Unternehmers bestehen, zur Verwendung bestimmter Zahlungsmittel anzuregen. Dennoch müsse man jede Rabattregelung auf Einzelfallbasis prüfen.¹⁰⁸ Nach anderer Ansicht ist der Hinweis auf das Interesse der Unternehmer aber problematisch, da eine zuverlässige Abgrenzung zwischen zulässigem und unzulässigem Verhalten nur möglich sei, wenn ökonomische Interessen nicht als Rechtfertigung herangezogen werden.¹⁰⁹ Der richtige Bezugspunkt sei nach dieser Ansicht der Gesamtpreis, der im Rahmen der vorvertraglichen Informationspflichten und während des Bestellvorgangs primär angezeigt wird. Es sei zulässig, wenn erst beim Bezahlvorgang ein Nachlass für die Nutzung bestimmter Zahlungsmittel angeboten werde. Damit Preisnachlässe im Rahmen von § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB zulässig sind, müsse sichergestellt werden, dass der Verbraucher zunächst mit dem höheren Preis konfrontiert wird und der Abzug erst an späterer Stelle angeboten wird.¹¹⁰ Wenn allerdings zuerst der niedrigere Preis geboten wird und ein Aufschlag nur als mögliche Zusatzkosten erwähnt wird, sei dies ein Fall für Abs. 4 und nur in diesen Grenzen zulässig.¹¹¹ Teilweise wird dieses Ergebnis auch mit der Sicht eines durchschnittlichen Verbrauchers bzw. dem Empfängerhorizont begründet.¹¹²

2. Entscheidung des BGH

Der BGH nahm einen Verstoß gegen § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB an. Zusammengefasst entschied er, dass die Beklagte nach der maßgeblichen Sicht des Kunden (Rn. 15) ein Entgelt für alle Zahlungsmittel, mit Ausnahme ihrer eigenen Kreditkarte, verlangt habe. Denn für die Kunden sei in erster Linie der Gesamtpreis von Bedeutung (Rn. 18). Wenn

dieser sich erhöht, sobald man die Voreinstellung des Zahlungsmittels so ändert, dass nicht mehr die Kreditkarte der Beklagten ausgewählt ist, entstehe für den Kunden der Eindruck, dass ein Entgelt für die anderen Zahlungsmittel verlangt werde (Rn. 16). Der BGH macht deutlich, weshalb die Vorgehensweise der Beklagten erkennbar ein Versuch ist, die Regelung in § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB zu umgehen. Es fällt auf, dass der BGH – anders als das Berufungsgericht¹¹³ – nicht thematisiert, ob Rabatte grundsätzlich zulässig sind und diese Frage damit offenlässt. Ebenfalls geht der BGH nicht auf eine verbotene Umgehung nach § 312m Abs. 1 S. 2 BGB (§ 312k Abs. 1 S. 2 BGB a.F) ein, welche das Berufungsgericht¹¹⁴ prüfte. Stattdessen versteht er das Merkmal des Entgelts für Zahlungsmittel so weit, dass auch der vorliegende Fall davon erfasst ist. Es ist nicht eindeutig, warum der BGH nicht einfach auf § 312m BGB abstellt. Aufgrund der uneindeutigen Rolle von Preisnachlässen wäre dies ebenso überzeugend und hätte dieselbe Rechtsfolge. Möglicherweise hat der BGH einen direkten Verstoß gegen § 312a BGB angenommen, um mit seiner weiten Auslegung des Merkmals des Entgelts auch über seine Entscheidung hinaus ein hohes Verbraucherschutzniveau zu gewährleisten. Dies wäre aber auch durch ein klares Urteil zu § 312m i.V.m § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB möglich gewesen.

a) Sicht des Kunden und der „typische Verbraucher“

Der BGH hält die Sicht des Kunden für maßgeblich. Möglicherweise wählt er dieses Kriterium, um eine Prüfung der internen Kalkulationen der Unternehmer zu vermeiden. Der (nicht gewährte) Preisnachlass einer „ServiceFee“ kann auf diese Weise klar als Entgelt für Zahlungsmittel eingeordnet werden, ohne dass der BGH explizit den Vorwurf erheben muss, die Beklagte nehme die „ServiceFee“ nur aus diesem Grund mit in die Kalkulation auf. Allerdings wäre dieses Ergebnis auch möglich, wenn ganz generell auf den erstausgewiesenen Gesamtpreis abgestellt wird. Das Merkmal der Sicht des Kunden bringt jedenfalls den Vorteil, dass es auf viele Konstellationen anwendbar ist. Ähnliche Kriterien sind im Zivilrecht zudem verbreitet. Vor allem die Nähe zu AGB, die objektiv nach der Perspektive eines verständigen Durchschnittskunden auszulegen sind,¹¹⁵ fällt auf. In Rn. 21 und 22 stellt der BGH dies unter Verweis auf seine AGB-Rechtsprechung klar. Es entsteht der Eindruck, dass der BGH § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB auch unabhängig

¹⁰⁵ Busch (Fn. 27), § 312a Rn. 29, Stand: 1.7.2023; Wendehorst (Fn. 27), § 312a Rn. 79; Gomille (Fn. 98), § 312a Rn. 80.

¹⁰⁶ Wendehorst (Fn. 27), § 312a Rn. 79.

¹⁰⁷ Martens (Fn. 27), § 312a Rn. 30, Stand: 1.11.2023; Gomille (Fn. 98), § 312a Rn. 79.

¹⁰⁸ Umsetzungsleitfaden zur RL 2011/83/EU der GD Justiz, 2014, S. 72.

¹⁰⁹ Wendehorst (Fn. 27), § 312a Rn. 81.

¹¹⁰ Vgl. OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 59546 Rn. 33; OLG Hamburg MMR 2021, 425 Rn. 32; OLG Dresden MMR 2021, 75 (76); Würdinger/Maus, EWiR 2022, 730 (731); Martens (Fn. 27), § 312a Rn. 30, Stand: 1.11.2023; Wendehorst (Fn. 27), § 312a Rn. 81; Thüsing (Fn. 27), § 312a Rn. 59.

¹¹¹ Wendehorst (Fn. 27), § 312a Rn. 81.

¹¹² OLG Dresden BeckRS 2015, 5785; OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 59546 Rn. 29; OLG Hamburg MMR 2021, 425 Rn. 29; OLG Dresden MMR 2021, 75 (76); Busch (Fn. 27), § 312a Rn. 29, Stand: 1.7.2023; Martens (Fn. 27), § 312a Rn. 30, Stand: 1.11.2023.

¹¹³ OLG Dresden MMR 2021, 75 (76 Rn. 23).

¹¹⁴ OLG Dresden MMR 2021, 75 (76 Rn. 21 ff.).

¹¹⁵ St. Rspr., vgl. nur BGHZ 210, 206 (219 Rn. 42) = NJW 2016, 2878; Schwab, AGB-Recht, 3. Aufl. 2019, S. 118 Rn. 3, S. 129 Rn. 58; Stoffels, AGB-Recht, 4. Aufl. 2021, Rn. 360; Fornasier, in: MüKo-BGB, Band 3, 9. Aufl. 2022, § 305c Rn. 34; Grüneberg (Fn. 98), § 305c Rn. 16.

von der Frage der Richtlinienkonformität der Norm als AGB-rechtliche Regelung ansehen möchte.

Auch wenn die „maßgebliche Sicht des Kunden“ als Einordnungskriterium überzeugt, gibt sie Anlass für die Frage, welchen Maßstab man an das Verständnis eines „typischen Verbrauchers“ anlegen soll. Verbraucherleitbilder dienen dem Gesetzgeber und der Rechtsprechung als normative Zielgröße,¹¹⁶ als Begründung und Rechtfertigung¹¹⁷ sowie als Wertungsmaßstäbe, um rechtlich relevante Verhaltensweisen gegenüber Verbrauchern zu bewerten¹¹⁸. Es geht also unter anderem um das Bild, das das jeweilige Gericht vom typischen Verbraucher hat.¹¹⁹ Dabei handelt es sich nicht um eine rein tatsächlich-psychologische Beschreibung menschlichen Verhaltens.¹²⁰ Verbraucherleitbilder basieren im Ausgangspunkt auf zwei Modellen: Es gibt das Informationsmodell, das heute auf einem Verbraucher beruht, der in erster Linie informiert („aufgeklärt“) werden muss. Daneben gibt es das soziale Modell, das auf einen Verbraucher abstellt, welcher unabhängig von der Informationslage generell oder situativ unterlegen ist.¹²¹ Darauf aufbauend kann man sich fragen, wie hoch der BGH die Auffassungsgabe der Kunden einschätzt. Bei Betrachtung des Sachverhalts entsteht zunächst der Eindruck, dass der BGH diesbezüglich niedrige Vorstellungen hat. Die Webseite hätte von den Kunden so angepasst werden können, dass ihnen direkt der mit üblichen Zahlungsmitteln zu zahlende Preis angezeigt wird. Aus Sicht des Kunden sei aber in erster Linie der Gesamtpreis von Bedeutung (Rn. 18). Der BGH geht also von einem Kunden aus, der wenig aufmerksam ist und schnelle Schlüsse aus den Informationen zieht, die ihm als erstes auf einer Webseite präsentiert werden. Dies passt zu der Annahme, dass Verbraucher im Internet generell schützenswerter sind, da Informationen im Internet häufig flüchtiger wahrgenommen werden als im Alltag.¹²² Wenn man annimmt, dass der BGH seiner Argumentation einen unaufmerksameren, weniger verständigen Verbraucher zugrunde legt, könnte man den Schluss ziehen, dass er dies tut, um mehr Verbraucherschutz zu gewährleisten. Andererseits könnte man auch argumentieren, dass der BGH eine hohe Auffassung vom Verständnishorizont des Verbrauchers hat. Denn nach seiner Ansicht führen die Kunden den erhöhten Preis auf ein Entgelt für Zahlungsmittel zurück. Die Argumentation des BGH kann insgesamt nicht eindeutig einem bestimmten Verbraucherbild oder einer besonders hohen oder niedrigeren Vorstellung vom Verständnishorizont von Kunden zugeordnet werden.

¹¹⁶ Tamm (Fn. 27), § 1 Rn. 20.

¹¹⁷ Kaufmann, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Band 1, 80. Ergänzungslieferung 2023, Art. 169 AEUV Rn. 13.

¹¹⁸ Alexander, in: BeckOGK BGB, 2023, § 13 Rn. 379, Stand: 1.11.2023.

¹¹⁹ Wagner, Verbraucherschutz bei Vertragsschluss im Internet, 2010, S. 12.

¹²⁰ Rehberg, in: Klinck/Riesenhuber, Verbraucherleitbilder, 2015, S. 33 (36).

¹²¹ Vgl. Wagner (Fn. 119), S. 12 ff.; Klinck/Riesenhuber, in: Klinck/Riesenhuber, Verbraucherleitbilder, 2015, S. 1 (2); Weber, ZRP 2020, 98 (98 f.); Tamm (Fn. 27), § 1 Rn. 24 ff.

Insgesamt scheint die Auffassung des BGH tatsächlich zum Großteil der Verbraucher zu passen und ist damit in sich kohärent und überzeugend.

b) Bedeutung für den Schutzzweck von § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB

Die vorliegende Entscheidung ist auch aufschlussreich in Bezug auf die Frage, worin der BGH den Schutzzweck von § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB sieht. Das Verbraucherprivatrecht schützt unterschiedliche Interessen. Verbraucherrecht wird grundsätzlich begründet und legitimiert durch die Idee, dass zwischen Verbrauchern und Unternehmern am Markt ein Ungleichgewicht besteht. Als der Rat der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft ein erstes Programm für eine Verbraucherpolitik beschloss, begründete er die Notwendigkeit einer Verbraucherpolitik mit der Stellung des Verbrauchers, der in einem Massenmarkt Ziel von Werbekampagnen und Pressionen durch mächtige, gut organisierte Systeme der Unternehmer sei, wodurch der Verbraucher nicht mehr voll in der Lage sei, als Marktteilnehmer seine Rolle eines Gleichgewichtselements zu spielen.¹²³ Verbraucherschutz greift typischerweise in bestimmten Konstellationen und dieser punktuelle Schutz beruht wiederum auf bestimmten schützenswerten Interessen.¹²⁴ Im Bürgerlichen Recht kristallisieren sich als verbraucherspezifische Interessen unter anderem die Richtigkeit und Transparenz von Informationen, die Entscheidungsfreiheit und der Schutz bei komplexen Geschäften heraus.¹²⁵ Insbesondere bei Distanzkäufen müssen Informationen über den Vertrag für Verbraucher leicht zugänglich und verständlich sein.¹²⁶ Worin liegt also nun der Schutzzweck von § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB?

Das BGH-Urteil, auf das der Gesetzgeber abstellte,¹²⁷ als er § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB in das BGB einführte, sah in der Entgeltklausel eine Abweichung von wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, da zu diesem gehöre, dass gesetzliche Verpflichtungen zu erfüllen sind, ohne, dass dafür ein gesondertes Entgelt verlangt werden könne.¹²⁸ Dieser Begründung folgend könnte man annehmen, dass der Gesetzgeber mit § 312a Abs. 4 BGB Verbraucher in erster Linie vor höheren Kosten schützen wollte. Teilweise wird in der Literatur aber angebracht, die Vorschrift solle in Wahrheit nicht verhindern, dass wegen Entgelten für Zahlungsmittel die absolute Höhe des Preises steigt (der Unternehmer könnte ja auch von Beginn an einen höheren Preis verlangen), sondern dass der Verbrauch-

¹²² Siehe dazu Lederer, NJW 2011, 3274.

¹²³ ABl. EG C 92/3 v. 25.4.1975.

¹²⁴ Alexander (Fn. 4), § 1 Rn. 11.

¹²⁵ Vgl. Alexander (Fn. 4), § 1 Rn. 27 ff.

¹²⁶ Grunewald/Peifer, Verbraucherschutz im Zivilrecht, 2010, Rn. 9.

¹²⁷ Vgl. BT-Drucks. 17/12637 S. 51.

¹²⁸ BGHZ 185, 359 (367 f. Rn. 42) = NJW 2010, 2719.

er irreführt wird, indem er mit einem niedriger angegebenen Grundpreis angelockt wird.¹²⁹ Das Missbrauchspotenzial solcher Zusatzgebühren liege vor allem darin, dass häufig erst im Bezahlvorgang klar wird, welche Kosten anfallen, und Verbraucher zu diesem Zeitpunkt bereits alle sonst notwendigen Bestellschritte vollzogen haben und sich womöglich auf einen Preis einlassen, den sie ursprünglich nicht bezahlt hätten.¹³⁰ Danach soll die Entscheidungsfreiheit des Verbrauchers gewahrt werden, der durch die intransparente Gestaltung nicht direkt die notwendigen Informationen zu den Preisen erhält. Diese Wertung lässt sich auch der Argumentation des BGH im vorliegenden Urteil entnehmen. Der BGH bemängelt nicht generell, dass Rabatte bei bestimmten Zahlungsmitteln gewährt wurden, oder prüft, wofür die Beklagte die eingewonnen „ServiceFee“ intern tatsächlich verwendet. Stattdessen stellt der BGH wiederholt auf den Eindruck der Kunden ab, für die vor allem der erstausgewiesene Gesamtpreis von Bedeutung sei. Daraus folgt, dass auch der BGH den Schutzzweck des § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB darin sieht, die Irreführung von Verbrauchern zu verhindern, und nicht darin, erhöhte Kosten an sich zu vermeiden.

III. Zumutbarkeit und Gängigkeit der entgeltfreien Zahlungsoption

Unproblematisch waren die Merkmale der Zumutbarkeit und Gängigkeit. Der BGH stellt fest, dass die einzige entgeltfreie Zahlungsoption nicht zumutbar und gängig war (Rn. 23–25) und legt damit abschließend den Verstoß gegen § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB dar. Der BGH hatte sich seit der Einführung der Norm bereits mit der Zumutbarkeit,¹³¹ aber nicht im Detail mit der Gängigkeit von Zahlungsmitteln auseinandergesetzt. Es fällt auf, dass der BGH hier erneut das BGH-Urteil vom 20.5.2010¹³² zitiert, statt auf eine Quelle direkt zu § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB zu verweisen. Wieder betont der BGH damit einen Zusammenhang zwischen § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB und dem AGB-Recht. Der BGH orientiert sich lediglich an den Ausführungen dieses früheren Urteils und definiert die Merkmale der Zumutbarkeit und Gängigkeit nicht getrennt. Die Voraussetzung einer kostenlosen, gängigen bargeldlosen Zahlungsmöglichkeit, die dem Kunden mit zumutbarem Aufwand zugänglich ist, sei bereits dann nicht erfüllt, wenn als einzige Zahlungsmöglichkeit eine Kreditkarte angeboten wird, über die ein Großteil der Kunden nicht verfügt (Rn. 24). Das Berufungsgericht hatte festgestellt, dass die Kreditkarte der Beklagten keine große Verbreitung hatte, und der BGH kam

somit direkt zu dem Ergebnis, dass ein Verstoß gegen § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB vorlag. Obwohl er dies nicht genau benennt, dürfte der BGH damit an das Merkmal der Gängigkeit anknüpfen und bereits dieses als nicht erfüllt ansehen. Die Ausführungen zur Zumutbarkeit und Gängigkeit von Zahlungsmitteln werden zwar ohne dogmatische Präzision dargestellt, entsprechen aber der Literatur und Rechtsprechung zu dem Begriff der Gängigkeit¹³³ und überzeugen bei dem vorliegenden Sachverhalt.

IV. Abschließende Bewertung

Hinsichtlich des Verstoßes gegen § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB überzeugt das Ergebnis des BGH aus verbraucherschützenden und sachlogischen Gesichtspunkten. Die Gewährung von Rabatten für bestimmte Zahlungsmittel kann zulässig sein. Der erstausgewiesene Gesamtpreis sollte den Rabatt aber nicht bereits beinhalten. Anderenfalls entsteht für den Betrachter nachvollziehbar der Eindruck, dass der höhere Preis auf der Wahl des Zahlungsmittels beruht. Der „Kniff mit dem Rabatt“¹³⁴ stellt einen Versuch der Unternehmer dar, die Regelungen zu Entgelten für Zahlungsmittel zu umgehen, und ist nicht mit § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB vereinbar. Diesen offensichtlichen Versuch der Umgehung des gesetzlichen Verbots hat der BGH erkannt und unterbunden.¹³⁵ Insbesondere angesichts des Schutzzwecks der Norm, der Verhinderung der Irreführung von Verbrauchern, ist die Argumentation des BGH nachvollziehbar.¹³⁶ Hilfreich für weitere Anwendungsfälle und das allgemeine Verständnis von § 312a Abs. 4 BGB wäre es aber wohl gewesen, wenn der BGH erläutert hätte, warum gerade die Sicht des Kunden maßgeblich ist, oder allgemeinere Kriterien zur Einordnung von Preisnachlässen formuliert hätte.

Im Übrigen dürfte die vorliegende Gestaltung des Buchungsvorgangs neben § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB auch gegen Art. 23 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 1008/2008 verstoßen.¹³⁷ Danach ist bei angebotenen Flugpreisen im Internet der zu zahlende Endpreis stets auszuweisen und muss unter anderem alle Entgelte, die unvermeidbar und zum Zeitpunkt der Veröffentlichung vorhersehbar sind, einschließen. Der EuGH entschied 2020, dass Verwaltungsgebühren für Käufe mit einer anderen als der vom Luftfahrtunternehmen bevorzugten Kreditkarte unvermeidbare und vorhersehbare Preisbestandteile im Sinne der Norm sind.¹³⁸ Der angezeigte Gesamtpreis muss solche Gebühren daher stets beinhalten. Das gilt auch bei seiner erstmaligen Angabe.¹³⁹

¹²⁹ Wendehorst (Fn. 27), § 312a Rn. 76.

¹³⁰ Martens (Fn. 27), § 312a Rn. 27, Stand: 1.11.2023; Wendehorst (Fn. 27), § 312a Rn. 76.

¹³¹ BGH NJW 2017, 3289.

¹³² BGHZ 185, 359 = NJW 2010, 2719.

¹³³ Vgl. OLG Frankfurt BeckRS 2016, 19239 Rn. 29; OLG Hamburg GRUR-RS 2020, 59546 Rn. 27; OLG Hamburg MMR 2021, 425 Rn. 27; LG Mannheim BeckRS 2017, 110354 Rn. 18; Busch (Fn. 27), § 312a Rn. 33, Stand: 1.7.2023; Grüneberg (Fn. 98), § 312a Rn. 5; Wendehorst

(Fn. 27), § 312a Rn. 83; Gomille (Fn. 98), § 312a Rn. 83; Thüsing (Fn. 27), § 312a Rn. 61.

¹³⁴ Frisch, EWiR 2021, 707 (708).

¹³⁵ Zahrtke, BKR 2022, 69 (72).

¹³⁶ Stenzel, jurisPR-ITR 23/2021 Anm. 4.

¹³⁷ Vgl. in einem ähnlichen Fall OLG Dresden BeckRS 2015, 5785 Rn. 6 ff.

¹³⁸ EuGH Urt. v. 23.4.2020, Ryanair, C-28/19, EU:C:2020:301, Rn. 32 ff.

¹³⁹ EuGH Urt. v. 15.1.2015, Air Berlin, C-573/13, EU:C:2015:11, Rn. 26 ff.

D. Fazit und Ausblick

Die Entscheidung des BGH behandelt zwei wichtige Probleme: Einerseits die Vereinbarkeit von § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB mit Unionsrecht und andererseits die Rolle und Einordnung von Preisnachlässen. Zur Frage der Konformität mit der vollharmonisierenden Verbraucherrechterichtlinie entscheidet der BGH, dass § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB jedenfalls als AGB-rechtliche Regelung richtlinienkonform ist. Darüber hinaus lässt er die Frage offen. Unabhängig davon, dass nach der hier vertretenen Ansicht die besseren Argumente dafür sprechen, § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB als uneingeschränkt unionsrechtskonform anzusehen, zeigt die Lösung des BGH einige Schwächen. Insbesondere erläutert der Verweis auf ErWG 14 VRRL nicht, warum AGB-Recht angeblich von der Richtlinie unberührt bleibt. Insgesamt werden die Ausführungen des BGH dem komplexen Thema der Umsetzung vollharmonisierender Richtlinien nicht gerecht. Die Argumentation, die den Verstoß gegen § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB darlegt, ist hingegen schlüssig, beruht auf einem nachvollziehbaren Verständnis von der Sicht eines Kunden und führt zu einem hohen Verbraucherschutz. In ähnlichen Verfahren, die seitdem beim BGH anhängig waren, hat der BGH diese Rechtsprechung bestätigt.¹⁴⁰

Ein Blick in die Praxis zeigt jedoch, dass Verbraucher weiterhin mit Vorgehensweisen von Unternehmern konfrontiert sind, die gegen § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB verstoßen dürften. Bei den Flugbuchungsportalen www.flug.de und www.billigfluege.de der *Invia Flights Germany GmbH* ist eine *MasterCard Gold* des jeweiligen Portals als Zahlungsmittel in den Einstellungen von Anfang an ausgewählt. Bei Änderung des Zahlungsmittels steigt der Gesamtpreis, da viele Gebühren nur dann nicht anfallen, wenn mit der Kreditkarte des Portals gezahlt wird. Beide Portale weisen darauf hin, dass der angezeigte Preis bei Zahlung mit einer bestimmten Kreditkarte gilt. (Stand: 11.3.2024). Die *Verbraucherzentrale Bundesverband* plant eine Sammelklage, damit betroffene Verbraucher bereits bezahlte Gebühren zurückerstattet bekommen.¹⁴¹ Es ist also mit künftigen Gerichtsverfahren zu § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB zu rechnen, die weiter klarstellen dürften, wann genau Preisnachlässe zulässig sind. Falls es im Zuge dessen erneut zu einer Entscheidung des BGH kommen sollte, wäre es erfreulich, wenn er bei dieser Gelegenheit seine Position zur Vereinbarkeit von § 312a Abs. 4 Nr. 1 BGB mit der Verbraucherrechterichtlinie aufarbeiten und entweder genauer begründen oder sich für die uneingeschränkte Unionsrechtskonformität entscheiden würde.

Marcel Kalif*

Verfassungsfeindliche politische Parteien

Wie ist umzugehen mit dem bekennenden Brandstifter im eigenen Haus? Verlangt das Grundgesetz, diesem noch die benötigten Zündhölzer zu verschaffen? Mit dieser Metapher beschrieb Erwin Sellering im Februar 2017 die Widersprüchlichkeit, die aus seiner Sicht im Umgang mit verfassungsfeindlichen politischen Parteien bestand, nachdem kurz zuvor das Bundesverfassungsgericht die rechtsextreme NPD nicht verboten hatte, da ihr die „Potentialität“ zur Erreichung ihrer verfassungswidrigen Ziele fehlte.

Selling sprach damit ein klassisches Dilemma der wehrhaften Demokratie an: Das Spannungsfeld zwischen der grundsätzlich schützenswerten Chancengleichheit aller nicht-verfassungswidrigen Parteien und der Notwendigkeit, verfassungsfeindlichen Bestrebungen Einhalt zu gebieten. Diesen Zielkonflikt soll der nachstehende Beitrag anhand der Judikatur des Bundesverfassungsgerichts und der Reaktion des verfassungsändernden Gesetzgebers be-

leuchten. Hieran schließt sich eine Beurteilung der Rechtsstellung solcher Parteien an, die zwar nicht gem. Art. 21 II GG verboten werden können, jedoch die Voraussetzungen eines Finanzierungsausschlusses gem. Art. 21 III GG erfüllen (verfassungsfeindliche Parteien). Dabei steht die Vereinbarkeit restriktiver Maßnahmen mit dem Parteienprivileg im Fokus.

Besondere Aufmerksamkeit verdient schließlich das kürzlich verkündete Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 23. Januar 2024 zum Ausschluss der Partei „Die Heimat“ (vormals NPD) von der staatlichen Parteienfinanzierung. Dieses eröffnet eine aktuelle Perspektive auf die Frage, ob das seit 74 Jahren existierende und seit 67 Jahren nicht mehr angewandte Instrument des Parteiverbots angesichts der Möglichkeit eines Finanzierungsausschlusses inzwischen obsolet geworden ist.

¹⁴⁰ BGH MMR 2022, 390; BGH GRUR 2022, 1447.

¹⁴¹ <https://www.vzbv.de/pressemitteilungen/vzbv-plant-sammelklage-gegen-fluegede> (zuletzt abgerufen am 11.3.2024).

* Der Verfasser studiert im siebten Semester Rechtswissenschaft an der Freien Universität Berlin. Der Beitrag geht aus dem Seminar „Die wehrhafte Demokratie“ hervor, das im Sommersemester 2023 von Univ.-Prof. Dr. Markus Heintzen angeboten wurde.