

Herausgeber

Prof. Dr. Helmut Köhler

Prof. Dr. Christian Alexander

Wissenschaftlicher Beirat

Prof. Dr. Wolfgang Büscher

Prof. Dr. Franz Hacker

Prof. Dr. Thomas Koch

Prof. Dr. Stefan Leible

Dr. Reiner Münker

In Zusammenarbeit mit der
Zentrale zur Bekämpfung
unlauteren Wettbewerbs
Frankfurt am Main e.V.

dfv' Mediengruppe
Frankfurt am Main

Editorial: Prof. Andreas Meisterernst

Kinderwerbung, Nachhaltigkeit, Gelbwurst – 2024 kann kommen!

- 1 Prof. Dr. Wolfgang Büscher**
Die Umsetzung der Verbandsklagenrichtlinie
- 11 Prof. Dr. Franz Hofmann, LL.M.**
Zehn Thesen zu Künstlicher Intelligenz (KI) und Urheberrecht
- 19 Karl Hamacher**
Die neue Abhilfeklage und der geänderte § 10 UWG –
Anwendungsbereich und Bedeutung für die künftige Klagepraxis
- 24 Dr. Marc Laukemann und Vanessa Förster**
Digitale B2B-Beratung als erlaubnispflichtiger Fernunterricht?
- 30 Weingut A/Land Rheinland-Pfalz**
EuGH, Urteil vom 23.11.2023 – C-354/22
- 35 EDP – Energias de Portugal u. a./Autoridade da
Concorrência**
EuGH, Urteil vom 26.10.2023 – C-331/21
- 45 Gesamtverband Autoteile-Handel/Scania**
EuGH, Urteil vom 09.11.2023 – C-319/22
- 49 Seven.One Entertainment Group/Corint Media**
EuGH, Urteil vom 23.11.2023 – C-260/22
- 53 Kopiosto/Telia Finland**
EuGH, Urteil vom 23.11.2023 – C-201/22
- 57 Google Ireland u. a./Kommunikationsbehörde Austria
(KommAustria)**
EuGH, Urteil vom 09.11.2023 – C-376/22
- 61 Flaschenpfand IV**
BGH, Urteil vom 26.10.2023 – I ZR 135/20
- 64** Kommentar von **Stephan Russlies, Dipl.-Phys.**
- 65 Zigarettenausgabeautomat III**
BGH, Urteil vom 26.10.2023 – I ZR 176/19
- 72 Eigenlaborgewinn**
BGH, Urteil vom 13.07.2023 – I ZR 60/22

prüft wird und dass dafür möglichst einheitliche Tatsachensammlungen mit Gültigkeit für alle Unternehmensbereiche aufgebaut werden, um Missverständnisse und insbesondere Irrefüh-

rungsgefahren über die Eigenschaften von Unternehmen und von deren Produkten schnell zu erkennen und vermeiden zu können.

RA Dr. Marc Laukemann und Dipl.-Jur. Vanessa Förster, München*

Digitale B2B-Beratung als erlaubnispflichtiger Fernunterricht?

Wie ein Gesetz aus den 1970er Jahren dem Digitalstandort Deutschland im Wege steht

INHALT

- I. Einleitung
- II. Öffnung des Anwendungsbereichs des FernUSG
 - 1. „Überwachung des Lernerfolgs“ nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 FernUSG – Weites Verständnis in der Rechtsprechung
 - 2. Weitreichende Folgen für den digitalen Beratungsmarkt in Deutschland
- III. Verkennung der gebotenen Differenzierung zwischen Fernunterricht und Beratungsleistung
 - 1. Fernunterricht vs. Beratung
 - 2. Online-Angebote als digitale Beratungsangebote
- IV. Vertragsrechtliche Einordnung der digitalen Coaching-Angebote
- V. Beschränkung des Anwendungsbereichs auf den B2C-Bereich
 - 1. Keine Beschränkung auf B2C-Verhältnisse in der Rechtsprechung
 - 2. FernUSG nicht für reine B2B-Verhältnisse bestimmt
 - a) Entstehungsgeschichte und Zweck der Regelung des FernUSG
 - b) Wortlaut und Gesetzssystematik
 - c) Folgen einer Ausdehnung auf den reinen B2B-Bereich
- VI. Fehlende räumliche Trennung als Ausschluss-Kriterium für die Anwendbarkeit des FernUSG?
- VII. Fazit

1 Seit einiger Zeit wird auf zahlreichen Internetseiten, insbesondere von Rechtsanwaltskanzleien, damit geworben, dass Teilnehmer von Onlinekursen ihr Geld für diese Kurse zurückfordern können. Dabei wird zumeist auf eine Entscheidung des OLG Celle¹⁾ verwiesen, wonach auch Online-Kurse unter das FernUSG (Gesetz zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht) fallen und daher einer staatlichen Zulassung bedürfen. Kann eine solche Zulassung nicht vorgelegt werden, sind die Verträge mit den Kunden – unabhängig davon, ob es sich um Verbraucher oder Unternehmer handelt – unwirksam. In diesem Zusammenhang haben sich bereits erste digitale Geschäftsmodelle entwickelt, die hieran anknüpfen und damit werben, dass sich Kunden von On-

line-Kursen innerhalb von zwei Minuten von einem solchen Vertrag lösen können.²⁾

Der Beitrag setzt sich zunächst mit der bisherigen Auffassung der Gerichte zum Anwendungsbereich des FernUSG auseinander (II.). Sodann wird aufgezeigt, dass diese im Rahmen ihrer Auslegung nicht hinreichend zwischen Bildungsangeboten i. S. d. FernUSG einerseits und Beratungsleistungen andererseits differenzieren und bereits aus diesem Grund kein Raum für eine Anwendbarkeit des FernUSG auf digitale Angebote besteht (III.). Vor dem Hintergrund des Gewährleistungsrechts wie auch der Möglichkeit zur Vertragsbeendigung wird ferner eine vertragsrechtliche Einordnung vorgenommen (IV.). Schließlich macht der Beitrag deutlich, dass B2B-Verhältnisse vom Anwendungsbereich des FernUSG auszunehmen sind (V.). Zuletzt wird das Kriterium der räumlichen Trennung als weiteres Argument für den Ausschluss der Vorschriften des FernUSG im Fall digitaler Beratungsangebote näher betrachtet (VI.).

I. Einleitung

Das am 01.01.1977 in Kraft getretene Fernunterrichtsgesetz³ (FernUSG) mag zu seiner Entstehungszeit ein wichtiges Instrument zur Regulierung des Fernunterrichts gewesen sein. Heute jedoch, in einer Zeit, in der digitale Beratungsangebote in den verschiedensten Bereichen florieren, wirft das Gesetz erhebliche Probleme auf, die den digitalen Standort Deutschland gefährden können. Betroffen ist der gesamte Bereich der digitalen Beratung, der sich mit den strengen Anforderungen des FernUSG konfrontiert sieht. Zentrale Herausforderung ist die in § 12 Abs. 1 FernUSG normierte Zulassungspflicht für Fernlehrgänge. Fällt ein Angebot in den Anwendungsbereich des § 1 FernUSG, bedarf es der Zulassung durch die Staatliche Zentralstelle für Fernunterricht (ZFU). Es ist davon auszugehen, dass die Mehrzahl der Anbieter digitaler Beratungsleistungen über eine solche Zulassung nicht verfügt.³⁾ Grund dafür ist, dass ihr Angebot nicht dem klassischen Bild eines Fernlehrgangs entspricht, das der Gesetzgeber bei der Konzeption des FernUSG zugrunde gelegt hat. Hinzu kommt, dass die Zulassung nicht für einen Anbieter, sondern für den jeweiligen Fernlehrgang des Anbieters erteilt wird.⁴⁾ Werden verschiedene Leistungen angeboten, müsste tatsächlich jede einzelne von der ZFU geprüft und zugelassen werden. Wird die bisher strenge Rechtsprechung der deutschen Gerichte⁵⁾ fortgeführt und fallen auch solche Angebote unter das FernUSG, hat

* Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. 132.

1) OLG Celle, 01.03.2023 – 3 U 85/22, WRP 2024, 98, Rn. 20 (in diesem Heft), nicht rechtskräftig. Die Revision beim BGH ist anhängig unter dem Aktenzeichen III ZR 56/23.

2) Vgl. etwa https://www.aboalarm.de/widerruf/fitnessstudio/calory-coach-langen-widerrufen?msclkid=c40ef74e36b11610465693bfad3952aa&utm_source=bing&utm_medium=cpc&utm_campaign=Dynamic%20Search%20Ads&utm_term=aboalarm&utm_content=Alle%20Webseiten.

3) Eine Übersicht der derzeit zugelassenen Fernlehrgänge findet sich unter <https://www.zfu.de/suche/>. Derzeit sind hiernach (Stand: Dezember 2023) 4.316 Fernlehrgänge zugelassen.

4) Siehe <https://www.zfu.de/files/Veranstalter/Antraege/Zulassungsantrag.pdf>.

5) OLG Celle, 01.03.2023 – 3 U 85/22, WRP 2024, 98; LG Leipzig, 01.02.2023 – 05 O 1598-22, n. v.

Laukemann/Förster, Digitale B2B-Beratung als erlaubnispflichtiger Fernunterricht?

dies erhebliche Konsequenzen für die digitale Beratung. Hintergrund ist, dass ein geschlossener Fernunterrichtsvertrag im Sinne des FernUSG bei fehlender Zulassung durch die ZFU als nichtig anzusehen ist. Kunden hätten dann einen Anspruch gegen die Anbieter auf Rückzahlung bereits geleisteter Zahlungen. Das Risiko einer Zulassungspflicht besteht nicht nur für den derzeit intensiv diskutierten Bereich des Online-Coachings, sondern für den gesamten Bereich der digitalen Beratung.

- 4 Eine allgemein verbindliche Definition und damit ein gemeinsames, einheitliches Verständnis dessen, was unter „Coaching“ eigentlich zu verstehen ist, hat sich bislang nicht etabliert. Auch ist der Begriff „Coach“ weder hinsichtlich der Qualifikation des Anbieters noch hinsichtlich der Inhalte seiner Tätigkeit geschützt. Anbieter aus den unterschiedlichsten Branchen verwenden den Begriff und bewerben ihre Dienstleistungen als „Finanz-Coach“, „Business-Coach“, „Gesundheits-Coach“, „Life-Coach“, „Mental-Coach“ oder „Job-Coach“.⁶⁾ Coaching kann zumindest als interaktive, individuelle und professionelle Begleitung und Unterstützung von Menschen unter Nutzung digitaler Technologien verstanden werden, wobei es in verschiedenen Formaten durchgeführt wird, sei es durch persönliche Gespräche per Video-Call, eine Beratung per E-Mail oder einen digitalen Mitgliederbereich. Primär ist Coaching eine Prozessberatung und keine Fachberatung.⁷⁾
- 5 Jedenfalls könnten Unternehmen, die digitale Schulungen, Webinare o. ä. als Coach oder in sonstiger Weise anbieten, den strengen Anforderungen des FernUSG unterworfen werden und damit eine Hürde für diese Angebote schaffen, die eben nicht als klassischer Fernunterricht konzipiert sind. Dies hat letztlich erhebliche Auswirkungen auf die Wettbewerbsfähigkeit deutscher Unternehmen im Bereich der digitalen Beratung.

II. Öffnung des Anwendungsbereichs des FernUSG

- 6 Die strengen Anforderungen des FernUSG gelten nur, wenn es sich bei dem betreffenden Angebot um Fernunterricht handelt. Darunter versteht das Gesetz in § 1 FernUSG die entgeltliche Vermittlung von Kenntnissen und Fertigkeiten auf vertraglicher Grundlage, bei der Lehrender und Lernender ausschließlich oder überwiegend räumlich getrennt sind und der Lehrende oder sein Beauftragter den Lernerfolg überwacht. Voraussetzung ist also, dass der Unterricht überwiegend asynchron und zu weniger als 50% synchron erfolgt und eine individuelle Lernerfolgskontrolle für den Teilnehmer möglich ist.⁸⁾

1. „Überwachung des Lernerfolgs“ nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 FernUSG – Weites Verständnis in der Rechtsprechung

- 7 Das FernUSG selbst definiert nicht, was unter dem Erfordernis der „Überwachung des Lernerfolgs“ zu verstehen ist. Dies führt zu Auslegungsproblemen und Rechtsunsicherheit sowohl bei den Anbietern digitaler Dienstleistungen als auch bei deren Kunden. Mit der enormen Zunahme digitaler Beratungsangebote kam es in jüngster Zeit mehrfach zu gerichtlichen Auseinander-

setzungen, die die Gerichte veranlassten, sich mit dieser Frage zu befassen.⁹⁾ Das Ergebnis ist ein weites Begriffsverständnis, welches auf eine BGH-Entscheidung aus dem Jahr 2009¹⁰⁾ zurückzuführen ist, welche die Fülle der gegenwärtigen digitalen Angebote noch gar nicht erfassen konnte.

Die wohl bislang jüngste Entscheidung ist die des OLG Celle vom 01.03.2023.¹¹⁾ Dieses ließ bereits die Möglichkeit der Kontrolle des Lernerfolgs ausreichen, um von der nach dem FernUSG erforderlichen Lernerfolgskontrolle sprechen zu können. Demnach ist auch die mündliche Kontrolle während eines begleitenden Direktunterrichts als ausreichende Lernerfolgskontrolle anzusehen, z. B. durch Fragen und Antworten. Auch eine individuelle Betreuung des Lernenden, die eine Lernerfolgskontrolle ermöglicht, sei ausreichend. Eine Lernerfolgskontrolle ist auch dann möglich, sofern „Sprechstunden, einen WhatsApp-Support, in dem sie [die beklagte Lernende] Fragen stellen könne, und sie Zugang zu der Akademie habe, die Videos, Dokumente, Checklisten und Prüfungen beinhalte.“¹²⁾ vorliegen. Individuelle Prüfungsaufgaben seien hingegen keine Voraussetzung für die Überwachung des Lernerfolgs, da die Möglichkeit zur Rücksprache ausreichen soll.¹³⁾

Hierin übereinstimmend hat auch das LG Leipzig¹⁴⁾ für ausreichend erachtet, dass Teilnehmer im Rahmen von Informationsveranstaltungen Fragen stellen und anhand der Antworten ihren Lernfortschritt feststellen können. Auch hier sollte die Möglichkeit für Rückfragen ausreichen.

Argumentationsstütze für die vorstehenden Entscheidungen¹⁵⁾ ist das Urteil des BGH aus dem Jahr 2009.¹⁶⁾ Danach sollte es genügen, dass der Lernende nach dem Vertrag den Anspruch hat, z. B. in einer begleitenden Unterrichtsveranstaltung durch mündliche Fragen zum erlernten Stoff eine individuelle Kontrolle des Lernerfolgs¹⁷⁾ durch den Lehrenden oder seinen Beauftragten zu erhalten: „Es ist ausreichend, wenn eine individuelle Anleitung des Lernenden vorgesehen ist.“¹⁸⁾ Der BGH legte den Willen des Gesetzgebers zugrunde, wonach das Interesse an Fernlehrgängen gestiegen sei und demnach der Verbraucherschutz gestärkt werden müsse, da „Mängel beim Angebot von Fernlehrgängen dergestalt festgestellt worden [sind], dass Angebote von geringer methodischer und fachlicher Qualität angeboten wurden, die nicht geeignet sind, das in der Werbung genannte Lehr-gangsziel zu erreichen.“¹⁹⁾

2. Weitreichende Folgen für den digitalen Beratungsmarkt in Deutschland

Sollten die Gerichte an dem bisher vertretenen weiten Verständnis der Überwachung des Lernerfolgs i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 2 FernUSG festhalten, hätte dies zur Folge, dass zahlreiche (zumindest kostenpflichtige) digitale Beratungsangebote und vergleichbare Angebote einer Zulassungspflicht durch die ZFU unterlägen, da es sich um „Fernunterricht“ handeln müsste. So verlangt beispielsweise die Internet-Vertriebsplattform Digistore24²⁰⁾ mitt-

6) Vgl. <https://praxistipps.focus.de/wie-werde-ich-coach-diese-moeglichkeiten-gibt-es-162845>.

7) Vgl. *Rauen*, Handburch Coaching, 4. Aufl. 2021, S. 37 ff. zu den verschiedenen Varianten sowie *ders.*, unter <http://www.coaching-report.de/definition-coaching/modell-theoretischer-hintergrund-coaching-vs-beratung.html>.

8) Vgl. OLG Köln, 24.11.2006 – 81 Ss-Owi 71/06 – 210 B, BeckRS 2013, 10622, Rn. 10; LG Hamburg, 19.07.2023 – 304 O 277/22, juris Rn. 35 ff. sowie die Grafik der ZFU unter <https://www.zfu.de/veranstaltende.html>. Die Teilnahme mittels Videokonferenz wird nach einer Mindermeinung nicht als Fall einer räumlichen Trennung i. S. d. § 1 FernUSG angesehen, da es auf den direkten Kontakt zwischen Lehrendem und Lernendem bei der Wissensvermittlung ankomme (vgl. VG München, 14.09.1988 – M 6 K 86.7044, NVwZ-RR 1989, 473); *Vennemann*, Nomos Kommentar FernUSG, 2. Aufl. 2014, FernUSG § 1 Rn. 10.

9) OLG Celle, 01.03.2023 – 3 U 85/22, WRP 2024, 98, Rn. 32 ff.; LG Leipzig, 01.02.2023 – 05 O 1598-22, n. v.

10) BGH, 15.10.2009 – III ZR 310/08, NJW 2010, 608.

11) OLG Celle, 01.03.2023 – 3 U 85/22, WRP 2024, 98, Rn. 32 ff.

12) OLG Celle, 01.03.2023 – 3 U 85/22, WRP 2024, 98, Rn. 35.

13) OLG Celle, 01.03.2023 – 3 U 85/22, WRP 2024, 98, Rn. 36.

14) LG Leipzig, 01.02.2023 – 05 O 1598-22, n. v.

15) Ebenso die Vorinstanz des OLG Celle: LG Stade, 18.08.2022 – 3 O 5/22, n. v.; LG Hamburg, 19.07.2023 – 304 O 277/22, BeckRS 2023, 28841; LG Leipzig, 01.02.2023 – 05 O 1598-22, n. v.; LG Berlin, 15.02.2022 – 102 O 42/21, GRUR-RS 2022, 10940; VG Köln, 20.04.2016 – 10 K 3426/14, juris 28.

16) BGH, 15.10.2009 – III ZR 310/08, NJW 2010, 608.

17) BGH, 15.10.2009 – III ZR 310/08, NJW 2010, 608, 609, Rn. 19, 21; sowie die in Fn. 15 genannten Gerichte.

18) BGH, 15.10.2009 – III ZR 310/08, NJW 2010, 608, 609, Rn. 19.

19) BGH, 15.10.2009 – III ZR 310/08, NJW 2010, 608, 609, Rn. 17; vgl. hierzu auch *Lach*, jurisPR-ITR 12/2023 Anm. 4.

20) Vgl. unter <https://help.digistore24.com/de/articles/1579-kurse-und-coachings-in-deutschland-verkaufen>.

Laukemann/Förster, Digitale B2B-Beratung als erlaubnispflichtiger Fernunterricht?

lerweile selbst von Anbietern von Online-Kursen und Online-Coachings eine Kopie der ZFU-Zulassung und hat die eigenen Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) dahingehend geändert, dass im Fall eines Fernunterrichtsvertrags die Bedingungen hinsichtlich des Vertrags nach FernUSG vorrangig vor den Bestimmungen der AGB von Digistore24 gelten.²¹⁾ Neben klassischen Online-Coaching-Angeboten wären dann in konsequenter Anwendung der weiten Grundsätze der Gerichte ggf. auch bereits bloße Online-Schulungen für Unternehmen, etwa im Bereich der Implementierung neuer Software im Unternehmen, betroffen, die tagtäglich angeboten werden. Die Erlangung einer solchen Zulassung setzt zunächst den Nachweis voraus, dass der Fernlehrgang nach Inhalt, Umfang, Dauer und Art der Durchführung zum Erreichen des vom Veranstalter angegebenen Lehrgangsziele geeignet sein muss (§ 12 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, S. 2 FernUSG i. V. m. Art. 7 Nr. 1 des Staatsvertrags über das Fernunterrichtswesen (StVFU)). Dazu gehört, dass der Fernlehrgang die zum Erreichen des angegebenen Lehrgangsziele erforderlichen Kenntnisse und Fähigkeiten vollständig, fachwissenschaftlich einwandfrei und didaktisch aufbereitet vermittelt (Art. 8 Abs. 1 und 2 StVFU).²²⁾ Es bleibt völlig offen, wie digitale Beratungsangebote solche Nachweise erbringen sollen. Darüber hinaus drohen den Anbietern erhebliche Kosten für das Prüfungsverfahren, wenn die ZFU wegen fehlenden eigenen Fachwissens Sachverständige zur Beurteilung der Geeignetheit des Lehrganges heranziehen muss.²³⁾ In diesem Zusammenhang wäre insbesondere auch zu klären, ob dann auch digitale Gesundheitsanwendungen (DiGA) einer Zulassung durch die ZFU bedürfen. Hierbei handelt es sich um Anwendungen, deren Kosten von den Krankenkassen übernommen werden können. Damit die Anwendungen als DiGA gelten können, prüft das Bundesinstitut für Arzneimittel und Medizinprodukte (BfArM), ob die Anwendung die gesetzlichen Voraussetzungen zur Qualifizierung als DiGA erfüllt. Für die Aufnahme in das DiGA-Verzeichnis ist beispielsweise die CE-Zertifizierung als Medizinprodukt erforderlich.²⁴⁾ („Zunächst einmal mussten alle Antragsteller nachweisen, dass ihre DiGA bereits als Medizinprodukt mit niedrigem Risiko CE-zertifiziert ist und dafür alle notwendigen Anforderungen an Sicherheit und Leistungsfähigkeit, klinische Bewertung, Qualitätssicherung, Risikobewertung etc. erfüllt hat.“²⁵⁾). Die jeweilige Anwendung hat also bereits eine behördliche (Qualitäts-)Prüfung durchlaufen und wird anschließend vom BfArM erneut daraufhin geprüft, ob sie in das DiGA-Verzeichnis aufgenommen werden kann und die dafür erforderlichen Anforderungen erfüllt. Wäre eine weitere Zulassung durch die ZFU erforderlich, würde dies eine dritte behördliche (Qualitäts-)Prüfung bedeuten.

- 12 Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob der dem FernUSG zugrunde liegende Gedanke eines stärkeren Verbraucherschutzes im Umfang dieses Gesetzes auch für digitale Angebote gelten muss. Für DiGA hat der Gesetzgeber beispielsweise bereits umfassende gesetzliche Anforderungen an die Zertifizierung von Medizinprodukten und die Aufnahme in die Liste des BfArM gestellt (vgl. §§ 33a Abs. 1 Nr. 1, 139e Abs. 1, Abs. 2 SGB V, §§ 3 ff. DiGAV).

21) § 3.13 der AGB von Digistore24 lautet nunmehr: „Liegt ein Vertrag gemäß § 1 Abs. 1 FernUSG vor, so gelten die bei Vertragsschluss vereinbarten allgemeinen Bedingungen für den Kauf von Leistungen im Anwendungsbereich des Fernunterrichtsschutzgesetzes (FernUSG) gegenüber diesen Bedingungen vorrangig.“ (im Internet unter <https://www.digistore24.com/page/terms/1/de>).

22) OVG Nordrhein-Westfalen, 18.09.2018 – 4 A 1133/16, juris, Rn. 17, Rn. 18.

23) Vgl. VG Köln, 20.04.2016 – 10 K 3426/14, juris, Rn. 29.

24) Vgl. zur CE-Zertifizierung auch § 3 Abs. 1 Digitale Gesundheitsanwendungen-Verordnung (DiGAV).

25) Vgl. <https://diga.bfarm.de/de/diga-nutzende>.

III. Verknennung der gebotenen Differenzierung zwischen Fernunterricht und Beratungsleistung

Es ist fraglich, ob diese immensen Auswirkungen auf den Bereich der digitalen Angebote vom Gesetzgeber bei Erlass des FernUSG im Jahre 1977 gewollt waren. Dies scheinen auch die Gerichte in jüngerer Zeit zu verkennen, wenn sie die Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2009 für ihre Argumentation heranziehen. Der dort zugrundeliegende Sachverhalt unterscheidet sich wesentlich von den heutigen Angeboten im Online-Bereich: Die Entscheidung betraf einen „Geldlehrgang“, bei dem das Lehrmaterial in gedruckter Form zugesandt wurde. Diese klassische Form des Fernunterrichts hat jedoch wenig Ähnlichkeit mit den heutigen digitalen Angeboten. Diese finden online und ohne physisches Material statt und sind häufig nicht an einen vorgegebenen Lehrplan gebunden. Häufig erhält der Teilnehmer hierbei Zugang zu einem digitalen Mitgliederbereich, beschränkt auf die Dauer des Coaching-Programms. Neben der digitalen Betreuung der einzelnen Teilnehmer werden zudem Live-Calls zum unmittelbaren Austausch angeboten. Damit unterscheidet sich die Nutzung von Online-Plattformen, Videos, Webinaren und anderen digitalen Tools grundlegend von der traditionellen Wissensvermittlung durch den Versand von Lehrmaterialien, wie es bei dem der Entscheidung zugrunde liegenden „Geldlehrgang“ der Fall war. Die notwendigen Grenzen zwischen Fernunterrichts- und Beratungsangeboten verschwimmen bei den aktuellen Angeboten mit erheblichen Auswirkungen auf den Bereich der digitalen Angebote.²⁶⁾

1. Fernunterricht vs. Beratung

Wesentlich für die Einschlägigkeit des FernUSG und das Vorliegen von Fernunterricht ist wie oben erwähnt die Lernerfolgskontrolle. Diese ist aber denklogisch nur möglich, wenn der Lehrende und letztlich Kontrollierende zum Zeitpunkt der Durchführung der Lernerfolgskontrolle auch das Ergebnis bzw. die richtige Antwort auf die gestellte Frage kennt, anhand derer der Lernstand und der Lernfortschritt des Lernenden überprüft werden soll. Der BGH selbst hat in seiner Entscheidung von einem „in der Werbung genannten Lehrgangsziel“²⁷⁾ gesprochen. Durch die Lehre sollen systematisch Wissen und Fähigkeiten vermittelt und klare wie auch vordefinierte Lernziele verfolgt werden.

Anders verhält es sich bei Beratungsleistungen. Hier kann der Berater im Rahmen seiner Tätigkeit zwar auf bestimmte Erfahrungswerte zurückgreifen, ist sich aber selbst noch nicht über das Ergebnis bzw. den Erfolg seiner Beratung im Klaren. Vielmehr begibt er sich gemeinsam mit seinem Kunden in den Beratungsprozess und gestaltet mit ihm einen Weg, dessen Ziel jedoch nicht konkretisierbar ist, da sich der Prozess erst im Rahmen der Beratung entwickelt. Beratung zeichnet sich durch Ratschläge und andere Hilfestellungen für die jeweils individuellen Probleme und Herausforderungen des Kunden aus. Ein vordefiniertes Lernziel gibt es hier nicht, vielmehr werden individuelle Ansätze besprochen und umgesetzt. Eine formale Lernkontrolle findet naturgemäß nicht statt. Im Rahmen dieser Beratungsleistungen sammelt der Berater nicht selten selbst neue Erfahrungen, die er wiederum für weitere Beratungsleistungen nutzen kann.

2. Online-Angebote als digitale Beratungsangebote

Betrachtet man das derzeit vorhandene Online-Angebot, so wird man zwischen den jeweils angebotenen Leistungen unterschei-

26) Vgl. zu den nachfolgenden Ausführungen Svoboda/Vogl, Lernen beraten – Haltungen, Grundlagen und Praxis der Lernberatung in: Pädagogische Horizonte, 2017, S. 123, 130; Lach, jurisPR-ITR 12/2023 Anm. 4.

27) BGH, 15.10.2009 – III ZR 310/08, NJW 2010, 608, 609, Rn. 17; vgl. hierzu auch Lach, jurisPR-ITR 12/2023 Anm. 4.

Laukemann/Förster, Digitale B2B-Beratung als erlaubnispflichtiger Fernunterricht?

den müssen; ein Persönlichkeitscoaching ist inhaltlich anders aufgebaut als eine PR-Beratung oder ein Kurs für Kunstinteressierte. Bei vielen Angeboten wird es jedoch nicht darum gehen, theoretisches oder vorgegebenes Wissen zu vermitteln, das erst in einem weiteren Schritt in die Praxis umgesetzt werden soll. Vielmehr zielen viele Angebote darauf ab, die Teilnehmer während der Laufzeit in ihrer Tätigkeit zu begleiten und zu beraten. So sollen sie beispielsweise in ihrer unternehmerischen Praxis unterstützt werden, etwa bei der Umsatzsteigerung im Bereich des digitalen Marketings. Die Vermittlung von Fähigkeiten oder Wissen durch die Vermittlung von didaktisch aufbereitetem Material steht dagegen regelmäßig nicht im Vordergrund.²⁸⁾ Der Fokus liegt vielmehr auf der unmittelbaren Umsetzung der Ratschläge des Anbieters. Wird etwa ein Coaching betriebsbegleitend angeboten und ist Inhalt des Coachings, dass die Kunden von Beginn an eigene unternehmerische Aktivitäten verfolgen und hierdurch Verbesserungen in ihrem digitalen Marketing erzielen, kann hierin keine theoretische Fortbildung gesehen werden.

- 17 Für die Abgrenzung wird es entscheidend darauf ankommen, ob der Schwerpunkt auf einer abstrakten Wissensvermittlung oder auf einer gezielten individuellen Unterstützung bei der Lösung/Beantwortung konkreter Fragestellungen aus der Unternehmenspraxis (z. B. Generierung von Neukunden, Steigerung des Absatzes, Verbesserung der Reichweite des Produktes) liegt. Maßgeblich wird in diesem Zusammenhang auch sein, ob der Anbieter damit wirbt, Kenntnisse und Fertigkeiten im Rahmen einer digitalen „Akademie“ o. ä. zu vermitteln. Fernunterrichtsteilnehmer vergleichen sich regelmäßig mit anderen Teilnehmern derselben Ausbildung; Teilnehmer einer Beratung vergleichen sich mit ihren Wettbewerbern am Markt. Das Ziel eines Fernlehrgangs ist regelmäßig auch die Erlangung eines Abschlusses: Ergab z. B. die Suche nach dem Begriff „Coaching“ unter den von der ZFU zugelassenen Fernlehrgängen noch 72 Treffer, konnten nach der Eingrenzung auf „kein Abschluss“ keine Treffer mehr erzielt werden.²⁹⁾ Die von der ZFU angebotenen Eingrenzungsmöglichkeiten im Rahmen der Suche umfassen neben Hochschulabschlüssen auch andere Prüfungen, wie z. B. staatliche/schulische oder institutionelle Prüfungen und machen deutlich, dass der Fokus der ZFU durchaus auf der Erlangung eines Abschlusses liegt, der gerade für den Teilnehmer eine Bestätigung seines neu erworbenen Wissens darstellt. Dies wird bei vielen Online-Angeboten und deren Kunden gerade nicht der Fall sein, da hier weder Zertifikate oder andere Bestätigungen über einen Lernerfolg ausgestellt werden noch didaktisch vermittelte Lerninhalte Gegenstand des Angebots sind.

IV. Vertragsrechtliche Einordnung der digitalen Coaching-Angebote

- 18 Auswirkungen auf die Herangehensweise an Streitigkeiten im Zusammenhang mit digitalen Coaching-Verträgen hat auch die rechtliche Einordnung dieser Verträge in das Vertragsgefüge des BGB. Dies gilt insbesondere für Fragen der Gewährleistung sowie der Möglichkeit zur Vertragsbeendigung. Dafür ist zunächst erforderlich, die konkrete Vertragsnatur genauer zu bestimmen. Aus der unter III. vorgenommenen Betrachtung der digitalen Beratungsangebote lässt sich schließen, dass es hier regelmäßig an einem geschuldeten konkreten Leistungserfolg fehlen wird, um den Vertrag als Werkvertrag einordnen zu können.³⁰⁾ Die Beratungsfunktion steht im Vordergrund der Tätigkeit des Coaching-Anbieters, weshalb eine Einordnung als Dienstvertrag

gem. § 611 BGB nahe liegt. Eine Einordnung als Kaufvertrag wird schon deshalb scheitern, weil der Zugang zum Mitgliederbereich gerade nur für die Dauer des Coaching-Programms zur Verfügung gestellt wird. Eine Eigentumsübertragung wird hier naturgemäß nicht stattfinden.³¹⁾

Aufgrund des Dauerschuldcharakters des Coaching-Vertrags (die Rede ist etwa von drei- oder sechsmonatigen Programmen) kann dieser jedoch als Dienstvertrag nach § 611 BGB eingestuft werden. Die Bestimmung einer festen Vertragslaufzeit hat zur Folge, dass der Vertrag nicht ohne Weiteres gekündigt werden kann. Eine Kündigung vor Ende des Vertragslaufzeit wäre nur unter den strengen Voraussetzungen der §§ 626 BGB, 627, 628 Abs. 2 BGB denkbar, die wohl in den seltensten Fällen einschlägig wären, weil es sich schon nicht um Dienste höherer Art handelt bzw. im Rahmen der Interessenabwägung nach § 626 BGB eine Unzumutbarkeit der Fortsetzung bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht festgestellt werden kann.³²⁾ Mit der Qualifikation als Dienstvertrag geht ferner einher, dass im Fall eines „Mangels“ nur beschränkt Rechte geltend gemacht werden können. Gewährleistungsrechte im Dienstvertragsrecht bestehen an sich nicht. Einzig ein Schadensersatzanspruch des Teilnehmers wäre denkbar, wenn die mangelhafte Erbringung der Dienste für den Teilnehmer ohne Interesse gewesen ist.³³⁾ Anders als im Fall des klassischen Fernunterrichts sind im Fall der digitalen Coaching-Angebote die zum 01.01.2022 neu eingeführten §§ 327 ff. BGB zu berücksichtigen. Mag der Coach für die Vertragserfüllung digitale Produkte in Form von Daten, die er in digitaler Form erstellt und/oder bereitstellt (vgl. „digitale Inhalte“, § 327 Abs. 2 BGB), nutzen,³⁴⁾ kann nach den Vorschriften der §§ 327 ff. BGB aber nicht eine unzureichende fachliche Qualität des Angebots angegriffen werden, sondern nur eine fehlerhafte Zurverfügungstellung der Produkte,³⁵⁾ was regelmäßig nicht der Fall sein wird.

V. Beschränkung des Anwendungsbereichs auf den B2C-Bereich

Eine weitere zentrale Frage ist die Beschränkung der Anwendbarkeit des FernUSG auf B2C-Verhältnisse. Würde man den Anwendungsbereich des FernUSG auf den reinen B2B-Bereich ausdehnen, bestehen erhebliche Bedenken im Hinblick auf die damit verbundene Einschränkung der unternehmerischen Freiheit im Geschäftsverkehr. Sollten die Regelungen des FernUSG gerade zur Stärkung des Verbraucherschutzes beitragen, könnten sie nun eine unangemessene Belastung für Anbieter im reinen B2B-Bereich darstellen.

1. Keine Beschränkung auf B2C-Verhältnisse in der Rechtsprechung

Betrachtet man die bisher ergangenen Entscheidungen, so fällt auf, dass die Gerichte die Anwendbarkeit des FernUSG nicht auf Verträge mit Verbrauchern beschränken.

Zwar nennt das OLG Celle im Rahmen seiner Abwägung auch gewichtige Gründe, die gegen eine Anwendbarkeit im B2B-Verhältnis sprechen. Dennoch kommt es zu dem Ergebnis, dass es auf die Verbraucher- oder Unternehmereigenschaft des Kunden

28) Lach, jurisPR-ITR 12/2023 Anm. 4.

29) Die Suche ist durchführbar unter: <https://www.zfu.de/suche>.

30) Faix, MMR 2023, 821, 822.

31) Faix, MMR 2023, 821, 822.

32) Zur Frage, was unter „Dienste höherer Art“ i. S. d. § 627 BGB verstanden werden kann, vgl. BGH, 08.10.2020 – III ZR 80/20, NJW 2021, 1392, Rn. 20 und ablehnend für den Online-Business-Coach Faix, MMR 2023, 821, 823; dort auch zu weiteren Möglichkeiten, sich vom Coaching-Vertrag zu lösen.

33) Vgl. OLG Köln, 24.11.1993 – 27 U 44/93, BeckRS 1994, 331; OLG Köln, 26.05.1986 – 7 U 77/84, BeckRS 1986, 31127424; Faix, MMR 2023, 821, 823.

34) Faix, MMR 2023, 821, 823; Wendehorst, NJW 2021, 2913, 2914; Wendland/Soritz, in: BeckOK BGB, 67. Edition, Stand 01.05.2023, § 327, Rn. 37 f.; Metzger, in: MüKo BGB, 9. Aufl. 2022, § 327, Rn. 7.

35) Faix, MMR 2023, 821, 823.

Laukemann/Förster, Digitale B2B-Beratung als erlaubnispflichtiger Fernunterricht?

nicht ankomme. Unter Berufung auf den Wortlaut des FernUSG sehen auch das LG Leipzig sowie das LG Hamburg, den Anwendungsbereich für reine B2B-Verhältnisse für eröffnet.³⁶⁾ Allein die Begründung der Gerichte für die Anwendbarkeit auf den B2B-Bereich, das FernUSG verwende mit Ausnahme des § 3 FernUSG nicht den Verbraucherbegriff und müsse daher sowohl für B2C als auch für B2B gelten, überzeugt aber nicht.³⁷⁾

2. FernUSG nicht für reine B2B-Verhältnisse bestimmt

23 In Übereinstimmung mit der Auffassung des KG³⁸⁾ und des LG Frankfurt a. M.³⁹⁾ lassen sich gewichtige Argumente für die Auffassung finden, dass das FernUSG im B2B-Bereich gerade nicht anwendbar ist. Diese können das Argument des OLG Celle, das FernUSG nenne den Verbraucherbegriff mit einer Ausnahme in § 3 FernUSG nicht, entkräften.

a) Entstehungsgeschichte und Zweck der Regelung des FernUSG

24 Ebenso wie der BGH hat sich auch das OLG Celle im Rahmen seiner richterlichen Würdigung mit der Entstehungsgeschichte des FernUSG auseinandergesetzt. Im Gesetzentwurf hieß es hierzu: „Der Schutz der Fernunterrichtsteilnehmer vor unseriösen Fernunterrichtsangeboten und nachteiliger Vertragsgestaltung soll bundeseinheitlich geregelt, Prüfung und Zulassung von Fernunterrichtslehrgängen sollen übersichtlich organisiert werden. Auf diese Weise soll der Weg für eine größere Anerkennung und Verbreitung des Fernunterrichts geebnet werden.“⁴⁰⁾ Mit dem Gesetz sollten letztlich die Verbraucherrechte gestärkt und Verbraucher vor unseriösen Fernunterrichtsangeboten und nachteiligen Vertragsgestaltungen geschützt und der „für den Fernunterricht typische ‚Schaden‘, nämlich Enttäuschung der Bildungswilligkeit“ verhindert werden.⁴¹⁾ In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass zum Zeitpunkt der Entstehung des Gesetzes die Möglichkeiten für potentielle Teilnehmer, die Werbung und die Angebote von Fernlehrgängen im Vorfeld auf ihre Qualität hin zu überprüfen, begrenzt waren. Sie hatten eben nicht – wie heute – die Möglichkeit, in Bewertungsportalen zu einzelnen Lehrgängen zu recherchieren und die Bewertungen und Erfahrungen anderer Kunden nachzulesen. Aus diesem Grund sahen sie sich ggf. mit einem Vertrag konfrontiert, der aufgrund von Versprechungen der Fernunterrichtsanbieter mit entsprechenden Zahlungsverpflichtungen geschlossen wurde, die der Kurs letztlich aber nicht erfüllte. Genau davor sollten die Teilnehmer geschützt werden und eine staatliche Stelle sollte die Qualität der angebotenen Kurse überprüfen. Im digitalen Zeitalter, in dem die Mehrheit der Menschen über einen ständigen Internetzugang verfügt, sind beispielsweise Kundenbewertungen in Sekundenschnelle abrufbar. Suchmaschinen wie Google oder auch Wissensplattformen wie Wikipedia ermöglichen die Überprüfung von Kursangeboten durch den Kunden selbst, wenngleich nicht in Form einer forma-

len Prüfung wie im Fall der Beurteilung durch die ZFU. Dennoch hat ein potentieller Kunde die Möglichkeit, sich selbst ein erstes Bild über die Qualität des Kurses zu informieren, da er in den Bewertungsportalen bzw. auf den entsprechenden Internetseiten die Erfahrungsberichte früherer Kunden einsehen kann.

Dies gilt auch für die Prüfung der vermittelten Lerninhalte selbst. Aufgabe der ZFU ist es gerade, im Rahmen ihrer staatlichen Prüfung die vom Anbieter eingereichten Kursunterlagen und damit letztlich die Lerninhalte auf ihre Qualität hin zu überprüfen. Dies ist jedoch nur möglich, wenn diese anhand anerkannter Standards überprüft werden können. Dies geschieht anhand anerkannter Regeln der Technik, die sich aus didaktischen Richtlinien und ähnlichen Kontrollmechanismen ergeben. Außerdem müssen diese Lernmaterialien zum Zeitpunkt der Prüfung durch die ZFU fertiggestellt sein. Sollten die Materialien zum Zeitpunkt der Antragstellung noch nicht fertiggestellt sein, wird der Antrag als Antrag auf „Vorläufige Zulassung eines Fernlehrgangs“ behandelt.⁴²⁾ Handelt es sich bei dem angebotenen Online-Kurs jedoch um einen reinen oder überwiegend individuellen Beratungsprozess, können der ZFU die für ihre Prüfung erforderlichen konkreten Kursunterlagen gar nicht zur Verfügung gestellt werden, da die Kursinhalte individuell für den jeweiligen Kunden entwickelt bzw. angepasst werden. Dies hätte aber zur Folge, dass jeder Antrag für ein solches Angebot nur als Antrag auf „vorläufige Zulassung eines Fernlehrgangs“ behandelt werden könnte. Für die betroffenen Anbieter wird hier keine Rechtsicherheit geschaffen. Wenn man ihnen eine Zulassungspflicht auferlegt, können sie dieser Pflicht nicht umfassend nachkommen, da sie aufgrund der Art ihres Angebotes allenfalls nur eine vorläufige Zulassung erreichen können. Auch hier müsste im Übrigen ein „vollständiges Lehrgangskonzept, dargestellt in der abgeschlossenen Lehrgangsplanung“⁴³⁾ vorgelegt werden, was im Falle eines individuellen Beratungsprozesses nicht möglich ist.

b) Wortlaut und Gesetzssystematik

Das in § 8 FernUSG normierte Umgehungsverbot ist typisch für verbraucherschützende Vorschriften, wie sie etwa in § 476 Abs. 4, § 478 Abs. 2 S. 3 BGB zu finden sind. Sinn und Zweck ist es, dass die gesetzlich vorgesehenen Schutzmechanismen für den Verbraucher nicht durch anderweitige Vertragsgestaltung durch den Unternehmer umgangen werden können. Gleiches gilt für den in § 10 FernUSG normierten Ausschluss abweichender Vereinbarungen. Auch hier soll dem Lehrenden die Möglichkeit genommen werden, eine für den Lernenden nachteilige Vereinbarung zu treffen. Derartigen Klauseln liegt regelmäßig der Gedanke zugrunde, ein vermeintliches Ungleichgewicht der Verhandlungsmacht auszugleichen. Ein solches Missverhältnis wird jedoch bei Beteiligung zweier Unternehmer nicht vorliegen. Im unternehmerischen Geschäftsverkehr wird ein größerer Gestaltungsspielraum hinsichtlich vertraglicher Absprachen gewährt. So zielt das Handelsrecht vielmehr darauf ab, für Rechtsklarheit zu sorgen und den Vertrauensschutz im Rechtsverkehr zu gewährleisten.⁴⁴⁾ Ferner ist zu bedenken, dass § 4 FernUSG ausdrücklich ein Widerrufsrecht nach § 355 BGB normiert und die §§ 356 ff. BGB für anwendbar erklärt. Bei § 355 BGB handelt es sich jedoch um ein Widerrufsrecht bei Verbraucherverträgen.

Ein wesentliches Argument in diesem Zusammenhang, welches die bisherige Rechtsprechung zu verkennen scheint, ist auch der Widerspruch hinsichtlich der Formbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts. So verlangt § 3 Abs. 1 FernUSG, dass die auf den Ab-

36) LG Leipzig, 01.02.2023 – 05 O 1598-22, n. v.; LG Hamburg, 19.07.2023 – 304 O 277/22, juris, Rn. 43.

37) KG, 22.06.2023 – 10 U 74/23, n. v., das in einem nicht in Beschlussform gefassten richterlichen Hinweis an die Parteien unter Hinweis auf die Gesetzesbegründung (dazu BT-Drs 74245, 13, 32) eine Anwendbarkeit auf Unternehmer für nicht überzeugend erachtet, weil das FernUSG den Teilnehmer am Fernunterricht unter dem Gesichtspunkt des Verbraucherschutzes sichern soll und sich in die übrigen Bemühungen des Gesetzgebers zum Schutz der Verbraucher einreicht; zust. LG Frankfurt a. M., 15.09.2023 – 2-21 O 323/21, n. v.

38) KG, 22.06.2023 – 10 U 74/23, n. v.

39) LG Frankfurt a. M., 15.09.2023 – 2-21 O 323/21, n. v.

40) Vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung „Entwurf eines Gesetzes zum Schutz der Teilnehmer am Fernunterricht – Fernunterrichtsschutzgesetz – (FernUSG)“ v. 03.11.1975, BT-Drs. 7/4245, abrufbar unter <https://dserver.bundestag.de/btd/07/042/0704245.pdf>.

41) Gesetzentwurf des FernUSG, BT-Drs. 7/4245 (Fn. 40); BGH, 15.10.2009 – III ZR 310/08, NJW 2010, 608, 609, Rn. 17; OLG Celle, 01.03.2023 – 3 U 85/22, WRP 2024, 98, Rn. 30 unter Verweis auf BT-Drs. 7/4245, S. 13, 32; LG Hamburg, 19.07.2023 – 304 O 277/22 juris, Rn. 30; vgl. hierzu auch *Lach*, jurisPR-ITR 12/2023 Anm. 4.

42) Formular „Zulassung eines Fernlehrgangs“ unter <https://www.zfu.de/antraege.html>.

43) <https://www.zfu.de/antraege.html>.

44) *Micklitz*, in: MüKo, BGB, 9. Aufl. 2021, § 14 Rn. 26.

Laukemann/Förster, Digitale B2B-Beratung als erlaubnispflichtiger Fernunterricht?

schluss des Vertrages gerichteten Willenserklärungen des Teilnehmers der Textform bedürfen. Wird diese Form nicht eingehalten, wäre der geschlossene Vertrag formnichtig. Die Folge wäre wiederum ein Rückforderungsanspruch des Kunden, trotz ggf. bereits erbrachter Leistungen des Anbieters. Allerdings macht der Gesetzgeber beispielsweise im Bereich des Handelsverkehrs ausdrücklich eine Ausnahme von den bestehenden Formvorschriften, wie § 350 HGB zeigt. Bürgschaften, Schuldversprechen sowie Schuldanerkenntnisse bedürfen grundsätzlich nach den Vorschriften des BGB der Schriftform. Hintergrund sind die weitreichenden und ggf. erheblichen wirtschaftlich nachteiligen Folgen einer solchen rechtsgeschäftlichen Erklärung. Insofern hat die Schriftform hier auch eine Warnfunktion. Bei einem einseitigen Handelsgeschäft soll diese besondere Formvorschrift jedoch gerade nicht erforderlich sein. § 350 HGB trägt damit gerade der Geschäftserfahrung von Kaufleuten Rechnung, indem er den Spielraum der Privatautonomie erweitert.⁴⁵⁾ Hierdurch soll der Handel unter Geschäftsleuten erleichtert werden und Hemmnisse für eine schnelle Abwicklung abgebaut werden.⁴⁶⁾ Auch wenn das HGB naturgemäß Sonderrecht für Kaufleute untereinander darstellt, lassen sich daraus Schlüsse für die hiesige Konstellation ziehen. Nicht ersichtlich ist, weshalb sodann im Fall eines Fernunterrichtsvertrags höhere Anforderungen im reinen B2B-Verhältnis gestellt werden sollten, verfügen die Parteien doch regelmäßig über eine der eben geschilderten Konstellation vergleichbare Geschäftserfahrung.

c) Folgen einer Ausdehnung auf den reinen B2B-Bereich

- 28** Zu bedenken sind auch die weitreichenden Konsequenzen für Anbieter von Online-Angeboten, die mit der Ausweitung des Anwendungsbereichs des FernUSG einhergehen. Diese ist ein erheblicher Eingriff in die unternehmerische Gestaltungs- und Vertragsfreiheit, indem z. B. strenge inhaltliche Anforderungen an die Vergütungsvereinbarung sowie an die Kündbarkeit eines Vertrages gestellt und die Gestaltungsmöglichkeiten erheblich eingeschränkt werden:
- 29** Einschränkungen hinsichtlich der Vergütungsvereinbarung finden sich in § 2 Abs. 2 FernUSG, wonach die Möglichkeit von Teilleistungen auf einen Zeitraum von höchstens drei Monaten beschränkt ist. Ebenso finden sich dort Beschränkungen hinsichtlich der Höhe der Teilleistungen. Zudem wird dem Anbieter nach § 2 Abs. 4 FernUSG die Möglichkeit genommen, für sonstige Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Abschluss des Fernunterrichtsvertrages sowie für etwaige Nebenleistungen ein Entgelt gleich welcher Art zu vereinbaren oder zu verlangen. Darunter fallen auch Anmeldegebühren, Provisionen und Aufwendersatz. Unzulässig sind die im geschäftlichen Verkehr üblichen Vertragsstrafen. Dies gilt auch für Vereinbarungen über pauschalisierte Schadensersatzansprüche oder den Ausschluss oder die Beschränkung von Schadensersatzansprüchen.
- 30** Ferner hat § 6 Abs. 1 FernUSG Auswirkungen auf die Kündigungsmöglichkeit des Vertragspartners: „*Hat der Fernunterrichtsvertrag die Lieferung einer beweglichen Sache zum Gegenstand, die nicht Teil des schriftlichen oder audiovisuellen Fernlehrmaterials ist, so wird dieser Teil des Vertrags durch die Kündigung des Fernunterrichtsvertrags nicht berührt.*“ Auch hierin liegt ein wesentlicher Eingriff in die Gestaltungsfreiheit von Verträgen.
- 31** Es ist nicht ersichtlich, warum für den reinen B2B-Bereich derartige strenge Anforderungen gelten sollen. Insbesondere handelt es sich bei der Prüfung durch die ZFU faktisch um eine vorwegge-

nommene Beratungskontrolle, die aufgrund der inhaltlichen Prüfung auch in die Gestaltungsfreiheit des Unternehmers eingreifen kann. Ein Regelungsbedürfnis besteht im Übrigen schon aufgrund des bereits angesprochenen ähnlichen Kräfteverhältnisses und der auch in anderen Gesetzen zum Ausdruck kommenden Besonderheit des B2B-Verhältnisses nicht.

VI. Fehlende räumliche Trennung als Ausschlusskriterium für die Anwendbarkeit des FernUSG?

In die vorstehenden Überlegungen ist ein weiteres Element einzubeziehen. Das FernUSG setzt nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 voraus, dass Lehrender und Lernender ausschließlich oder überwiegend räumlich getrennt sind. Digitale Coachings finden in einem digitalen Raum statt; aufgrund der unmittelbaren Verbindung zwischen Anbieter und Teilnehmer kann von einer echten räumlichen Trennung nicht die Rede sein, jedenfalls wenn Synchronität vorliegt. Dann wäre der Anwendungsbereich des FernUSG unabhängig von der Unternehmer- oder Verbrauchereigenschaft des Teilnehmers nicht eröffnet und die strengen Regelungen des FernUSG kämen nicht zur Anwendung.

Für die Frage, ob eine räumliche Trennung im Sinne des FernUSG vorliegt, ist entscheidend, ob der Lernende einen Mehraufwand hat, um mit dem Lehrenden in Kontakt zu treten.⁴⁷⁾ Hintergrund ist, dass dem klassischen Fernunterricht überwiegende Selbstlernphasen immanent sind. Ob im Fall des digitalen Coaching-Angebots eine räumliche Trennung vorliegt, wird nach dem jeweiligen Einzelfall zu bestimmen sein. Gleichwohl können Elemente vorliegen, die gegen die Annahme einer solchen Trennung sprechen. Dies gilt insbesondere für angebotene Live-Calls, in welchen der Coaching-Anbieter in direkten Kontakt zu den Teilnehmern tritt.⁴⁸⁾ Mit den Live-Calls oder vergleichbaren Kontaktmöglichkeiten wird eine vermeintlich aufgrund der physischen Trennung vorhandene Kontaktbarriere durchbrochen. Dies gilt nicht nur in akustischer, sondern auch in visueller Hinsicht, sodass die persönliche Komponente nochmal gesteigert werden kann. In diese Überlegung ist zudem einzubeziehen, dass dem FernUSG im Zeitpunkt seiner Entstehung digitale Kommunikationswege wie Video-Calls unbekannt waren. Hinsichtlich der Angebote wird jedoch auch zu berücksichtigen sein, was in den Live-Calls thematisiert wird, letztlich, ob hier inhaltliche Punkte besprochen werden, wie auch die Frage, ob die Teilnehmer verpflichtet sind, in den Calls anwesend zu sein oder ob diese selbst entscheiden können, daran teilzunehmen.⁴⁹⁾ Letztlich wird es hier also auf die konkrete Ausgestaltung des Coaching-Programms im Einzelfall ankommen.

VII. Fazit

War das FernUSG zu seiner Zeit zweifellos ein wichtiger Schritt zur Regulierung des Fernunterrichts, so stellt seine Anwendung in der heutigen Zeit ein erhebliches Hemmnis für den digitalen Standort Deutschland dar. Dies betrifft insbesondere den Bereich der digitalen Beratung, der sich mit den strengen Anforderungen des FernUSG konfrontiert sieht. Die fehlende Zulassung eines digitalen Angebots, das nach derzeitiger Rechtsprechung in den Anwendungsbereich des FernUSG fallen würde, führt zur Unwirksamkeit des betreffenden Rechtsgeschäfts und kann erhebliche wirtschaftliche Folgen für die Anbieter dieser digitalen Dienstleistungen haben. Dies gilt nicht nur für Anbieter von Online-Coachings, sondern auch für Webinare und ähnliche Beratungsleistungen, die nicht als klassische Fernlehrgänge konzi-

45) *Lehmann-Richter*, in: BeckOK, HGB, 39. Ed. 2023, § 350 Rn. 1; *Hopt/Leyens*, HGB, 42. Aufl. 2023, § 350 Rn. 7.

46) BGH, 08.12.1992 - XI ZR 96/92 NJW 1993, 584; *Lehmann-Richter*, in: BeckOK, HGB (Fn. 45), § 350 Rn. 1.

47) *Vennemann*, NK-FernUSG (Fn. 8), § 1, Rn. 10; *Faix*, MMR 2023, 821, 825.

48) *Bejaht* von VG München, 14.09.1988 - M 6 K 86.7044, NVwZ 1989, 473; *Vennemann*, NK-FernUSG (Fn. 8), § 1 Rn. 10.

49) Vgl. hierzu *Faix*, MMR 2023, 821, 825.

EuGH: Weingut A/Land Rheinland-Pfalz

piert sind, welche der Gesetzgeber 1977 vor Augen hatte. Die bisherige Rechtsprechung wird der notwendigen Differenzierung zwischen Fernunterrichtsangeboten und digitalen Beratungsdienstleistungen nicht gerecht. Der BGH sollte daher das Revisionsverfahren gegen das Urteil des OLG Celle⁵⁰⁾ nutzen, um seine bisherige Rechtsprechung neu zu justieren und um Rechtssicherheit für den Beratungsmarkt zu schaffen. Die bisherige herrschende Meinung verkennt auch die fehlende Anwendbarkeit der Regelungen des FernUSG auf den reinen B2B-Bereich bzw. die Möglichkeit, dass die Angebote gänzlich aus dem Anwendungsbereich des FernUSG fallen können, sofern sie überwiegend aus einer unmittelbaren Kommunikationsmöglichkeit mit dem Coaching-Anbieter bestehen. Die aktuell herrschende Meinung wird weder den unternehmerischen Interessen, dem dem FernUSG zugrunde liegenden Verbraucherschutzgedanken noch den mit der digitalen Kommunikation einhergehenden Möglichkeiten gerecht.

35 Kurz und bündig:

- Die bisherige Anwendbarkeit des FernUSG auf digitale B2B-Beratungsangebote durch die meisten Gerichte stellt eine erhebliche Gefahr für den Digitalstandort Deutschland dar.

- Eine staatliche Prüfung durch die ZFU ist nur dann möglich, wenn ihr ein vollständiges Lehrgangskonzept und eine entsprechende Lernplanung vorgelegt wird. Im Fall individueller Beratungsangebote, bei welchen sich erst im Laufe der Beratung ein bestimmter Prozess in Gang setzt, ist dies nicht möglich.
- Das FernUSG ist entgegen der Entscheidung des OLG Celle nicht auf den reinen B2B-Bereich anwendbar, da es zum Zweck des Verbraucherschutzes geschaffen wurde und erheblich in die unternehmerische Freiheit eingreift. Beruht das Angebot auf einer überwiegenden unmittelbaren Kommunikation mit dem Anbieter, ist der Anwendungsbereich des FernUSG unabhängig von einer Verbraucher- oder Unternehmerstellung nicht eröffnet.
- Unternehmer sollten im Rahmen ihrer Online-Angebote darauf achten, dass diese individuelle, einzelfallbezogene Beratungsprozesse offerieren und keine individuelle Kontrolle didaktisch vermittelter Lerninhalte vornehmen.

50) Anhängig unter BGH III ZR 56/23.

RECHTSPRECHUNG

Wettbewerbsrecht

Weingut A/Land Rheinland-Pfalz

Delegierte VO (EU) 2019/33 Art. 54 Abs. 1 Unterabs. 2;
Wein-VO § 38

EuGH, Urteil vom 23.11.2023 – C-354/22

ECLI:EU:C:2023:916

1. Art. 54 Abs. 1 Unterabs. 2 der Delegierten Verordnung (EU) 2019/33 der Kommission vom 17. Oktober 2018 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf Anträge auf Schutz von Ursprungsbezeichnungen, geografischen Angaben und traditionellen Begriffen im Weinsektor, das Einspruchsverfahren, Einschränkungen der Verwendung, Änderungen der Produktspezifikationen, die Löschung des Schutzes sowie die Kennzeichnung und Aufmachung in der durch die Delegierte Verordnung (EU) 2021/1375 der Kommission vom 11. Juni 2021 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass der Umstand, dass die Kelterung der von gepachteten Rebflächen stammenden Trauben in einer Anlage stattfindet, die der namensgebende Weinbaubetrieb für einen kurzen Zeitraum bei einem anderen Weinbaubetrieb anmietet, nicht ausschließt, dass die Weinbereitung als im Sinne dieser Bestimmung vollständig im namensgebenden Weinbaubetrieb erfolgt anzusehen ist, sofern diese Anlage für die für den Kelturvorgang erforderliche Zeit ausschließlich dem namensgebenden Weinbaubetrieb zur Verfügung gestellt wird und dieser zuletzt genannte Betrieb die tatsächliche Leitung, die enge und ständige Überwachung und die Verantwortung für diesen Vorgang übernimmt.

2. Art. 54 Abs. 1 Unterabs. 2 der Delegierten Verordnung 2019/33 in der durch die Delegierte Verordnung 2021/1375 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass eine Weinbereitung selbst dann vollständig im Sinne dieser Bestimmung im namensgebenden Weinbaubetrieb erfolgt, wenn der Vorgang der Kelterung von Mitarbeitern des dem namensgebenden Weinbaubetrieb die Kelteranlage vermietenden Weinbaubetriebs durchgeführt wurde, sofern der Inhaber des namensgebenden Weinbaubetriebs die tatsächliche Leitung, die enge und ständige Überwachung und die Verantwortung für diesen Vorgang übernimmt. Für die Frage, ob davon ausgegangen werden kann, dass die Weinbereitung im namensgebenden Weinbaubetrieb erfolgt, ist es irrelevant, dass der Weinbaubetrieb, der die Kelteranlage vermietet, ein Eigeninteresse an der Art und Weise der Durchführung der Kelterung hat, insbesondere aufgrund einer Vertragsklausel über einen ertrags- und qualitätsabhängigen Zuschlag je Hektoliter Wein.

Urteil

Das Vorabentscheidungsersuchen betrifft die Auslegung von Art. 54 Abs. 1 Unterabs. 2 der Delegierten Verordnung (EU) 2019/33 der Kommission vom 17. Oktober 2018 zur Ergänzung der Verordnung (EU) Nr. 1308/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates in Bezug auf Anträge auf Schutz von Ursprungsbezeichnungen, geografischen Angaben und traditionellen Begriffen im Weinsektor, das Einspruchsverfahren, Einschränkungen der Verwendung, Änderungen der Produktspezifikationen, die Löschung des Schutzes sowie die Kennzeichnung und Aufmachung (ABl. 2019, L 9, S. 2) in der durch die Delegierte