

# Betriebs Berater

40

62. Jahrgang  
1. Oktober 2007  
Seiten 2129 – 2188

Verlag Recht  
und Wirtschaft  
Frankfurt a.M.

Zeitschrift für Recht und Wirtschaft

**Die erste Seite: Dr. Wolfgang Schulz**  
Second Life – Second Law:  
Gibt es ein richtiges Recht im falschen?

## WIRTSCHAFTS- UND ARBEITSRECHT

*Schulz, Schlömer/Dittrich, Berger/Kleine,  
Bloesinger, Lansnicker*

### Schwerpunkt Internetrecht

- Second Life
- eBay & Recht
- AGB-Kontrolle
- Internetnutzung am Arbeitsplatz
- Surfen während der Arbeitszeit

## WIRTSCHAFTSRECHT

- 2129 **Dr. Uwe Schlömer und Jörg Dittrich**  
eBay & Recht – Bilanz der Rechtsprechung
- 2137 **Prof. Dr. Klaus Peter Berger und  
Lucas Kleine**  
AGB-Kontrolle im unternehmerischen  
Geschäftsverkehr
- 2141 **BGH: Anwendbarkeit des Verbraucherkre-  
ditgesetzes auf die Mithaftungsübernahme  
des geschäftsführenden Gesellschafters**

## STEUERRECHT

- 2147 **Bernd Früchtl und Armin Prokscha**  
Die einkommensteuerliche Behandlung  
von Erlösen aus der Liquidation von  
Kapitalgesellschaften nach dem SEStEG
- 2152 **Gerd Ludwig**  
Ermittlung des Gewerbeertrags aus der  
Veräußerung von Anteilen an mehrstöcki-  
gen Personengesellschaften
- 2158 **BFH: Teleologische Reduktion des § 9 Nr. 1  
Satz 5 GewStG bei Gewerbesteuerbefreiung  
des nutzenden Unternehmens – Gesell-  
schafter i.S. des § 9 Nr. 1 Satz 5 GewStG**

## BILANZRECHT UND BETRIEBSWIRTSCHAFT

- 2167 **Dr. Mark-Alexander Huth**  
Grundsätze ordnungsmäßiger Risiko-  
überwachung

## ARBEITS- UND SOZIALRECHT

- 2177 **Dr. Hubert Bloesinger**  
Grundlagen und Grenzen privater Internet-  
nutzung am Arbeitsplatz
- 2184 **Dr. Frank Lansnicker**  
Surfen im Internet während der Arbeitszeit

Dr. Uwe Schlömer und Jörg Dittrich, LL.M. oec., Rechtsanwälte

## eBay & Recht – Bilanz der Rechtsprechung

Als Pierre Omidyar im Jahre 1995 seine Idee von einem Online-Marktplatz zu entwickeln begann, wurde er von den einen milde belächelt, von anderen für verrückt erklärt: Warum sollte jemand über das Internet mit vollkommen Fremden Geschäfte machen? In den letzten zwölf Jahren hat sich eBay mit inzwischen mehr als 241 Millionen Mitgliedern zu dem besucherstärksten Marktplatz für den Verkauf von Gütern durch Private und Unternehmen entwickelt. Die deutsche Rechtsprechung hatte zu Anfang nicht unerhebliche Probleme, überhaupt erst einmal die Frage nach dem Zustandekommen des Vertrages im Rahmen einer Online-Auktion zu klären. Das Recht des E-Commerce steht derweil vor weit aus spezifischeren Problemstellungen. Der folgende Beitrag schafft einen Überblick über die wesentlichen Rechtsfragen, mit denen die Gerichte in den letzten Jahren befasst waren, und geht auf aktuelle Streitpunkte ein.

### 1. Vertragsabschluss und Kaufabwicklung

Der BGH hatte bereits im Jahre 2001 konstatiert, dass Willenserklärungen, die auf den Abschluss eines Vertrages gerichtet sind, auch durch elektronische Übermittlung einer Datei im Internet – online – abgegeben und wirksam werden können.<sup>1</sup> In einer so genannte Online-Auktion bei eBay betreffenden (Folge-)Entscheidung aus 2004 führte der VIII. Zivilsenat dann weiter aus, dass der bei solchen Internet-Auktionen geschlossene Vertrag nicht durch einen Zuschlag i. S. d. § 156 BGB zustande komme, sondern durch übereinstimmende Willenserklärungen der Handelspartner gemäß §§ 145 ff. BGB.<sup>2</sup> Dadurch dass ein Anbieter auf der eBay-Website einen Artikel feilbietet, gibt er ein verbindliches Verkaufsangebot ab, das sich an denjenigen richtet, der innerhalb der Laufzeit der Online-Auktion das höchste Gebot abgibt.

#### 1. Die Unwiderruflichkeit eines Angebotes

Anders also als im Fall der „*invitatio ad offerendum*“ begründet das Einstellen eines Angebotes auf der eBay-Website zwecks Durchführung einer Online-Auktion ein verbindliches Angebot zum Abschluss eines Kaufvertrages gegen Höchstgebot. Eine daran anknüpfende Frage jedoch ist, ob und ggf. wie sich eine vorzeitige Beendigung einer solchen Online-Auktion rechtlich auswirkt. Denn rein technisch ist es im Einzelfall durchaus möglich, die im Laufe einer Online-Auktion abgegebenen Gebote zu streichen und das Angebot vorzeitig zu beenden.

Die obergerichtliche Rechtsprechung geht derweil von der grundsätzlichen Unwiderruflichkeit eines auf dem Online-Marktplatz eingestellten Angebotes aus. So stellte das KG Berlin klar, dass die Regelung in den eBay-Grundsätzen, die eine vorzeitige Angebotsbeendigung und das Streichen bereits vorliegender Gebote betrifft, lediglich auf die gesetzlich vorgesehene Anfechtungsmöglichkeit wegen Irrtums hinweise; sie begründe jedoch kein Widerrufsrecht des Anbieters.<sup>3</sup> Dem schloss sich das OLG Oldenburg in einer weiteren Entscheidung an: Die Wirksamkeit eines Angebotes bei eBay werde nicht durch die nach den eBay-Grundsätzen mögliche vorzeitige Beendigung der Online-Auktion berührt; seine Willenserklärung könne der Anbieter nur im Wege der Anfechtung beseitigen.<sup>4</sup>

### 2. Keine Stellvertretung beim Verkauf „im Auftrag eines Dritten“

Bisweilen kommt es vor, dass ein eBay-Mitglied, das einen Artikel auf dem eBay-Marktplatz zum Kauf angeboten und schließlich auch an ein anderes Marktplatzmitglied verkauft hat, im Nachhinein einzuwenden versucht, bei Abschluss des Vertrages lediglich „im Auftrag eines Dritten“ gehandelt zu haben.

In der Rechtsprechung wird eine Stellvertretung über den Online-Marktplatz jedoch ganz überwiegend abgelehnt. Denn wer bei eBay für einen Dritten Ware anbietet, verkauft diese regelmäßig im eigenen Namen. Eine Stellvertretung scheitert bereits an der mangelnden Offenkundigkeit des (angeblichen) Handelns im fremden Namen; denn aufgrund des in § 164 Abs. 1 BGB verankerten Offenkundigkeitsgrundsatzes hat ein Vertretergeschäft nur dann unmittelbare Fremdwirkung, wenn der Vertreter erkennbar im Namen des Vertretenen auftritt. Tritt der Wille, in fremdem Namen zu handeln, nicht erkennbar hervor, so kommt nach § 164 Abs. 2 BGB auch der Mangel des Willens, im eigenen Namen zu handeln, nicht in Betracht. Es kommt demnach bei eBay-Auktionen regelmäßig zum Vertragsabschluss zwischen den registrierten Mitgliedern, die Inhaber der Mitgliedskonten sind.<sup>5</sup>

### 3. Recht des Kunden auf Selbstabholung?!

Für den ganz überwiegenden Anteil der über den Online-Marktplatz eBay abgeschlossenen Verträge gilt als vereinbart, dass der Verkäufer die Ware dem Käufer zusendet. Während einige Anbieter ihre Artikel ganz bewusst ausschließlich im Wege des Versandhandels vertreiben, bestehen andere auf eine Abholung der Ware vor Ort in einem Filialgeschäft. So hat ein Anbieter bei Erstellung seines eBay-Angebotes die Freiheit zu entscheiden, ob er einen Versand anbietet oder diesen ausschließt; er kann wählen zwischen „Kein Versand: Nur Abholung“ und Angabe der im Fall der Versendung anfallenden Versandkosten.

Der BGH geht für Bestellungen bei einem im Versandhandel tätigen Verkäufer davon aus, in der Bestellung des Kunden sei zumindest die schlüssige Erklärung enthalten, die Kaufsache solle ihm an seine Wohnanschrift oder eine andere angegebene Versandadresse geliefert werden<sup>6</sup> – und zwar unabhängig davon, ob der Verkäufer daneben auch die Abholung der Ware in einem Filialgeschäft ermöglicht.

Dennoch hat das AG Koblenz entschieden, dass ein Käufer darauf bestehen kann, die erworbene Kaufsache beim Verkäufer selbst abzuholen, wenn eine solche Selbstabholung nicht ausdrücklich ausgeschlossen wurde. Das Gericht führte insoweit

1 BGH, 7.11.2001 – VIII ZR 13/01, BB 2001, 2600, K&R 2002, 85.

2 BGH, 3.11.2004 – VIII ZR 375/03, BB 2005, 235 m. BB-Komm. Staudinger, BB 2005, 238, K&R 2005, 33.

3 KG Berlin, 25.1.2005 – 17 U 72/04.

4 OLG Oldenburg, 28.7.2005 – 8 U 93/05.

5 AG Aachen, 17.5.2005 – 10 C 69/05; OLG München, 5.2.2004 – 19 U 5114/03, K&R 2004, 352; LG Berlin, 1.10.2003 – 18 O 117/03; AG Lüneburg, 24.4.2002 – 50 C 13/02. Mit entsprechendem Hinweis: LG Bonn, 7.12.2004 – 11 O 48/04 im Fall der Überlassung eines Accounts.

6 BGH, 16.7.2003 – VIII ZR 302/02, NJW 2003, 3341.

aus, die Abholung beim Verkäufer sei nur bei einer entsprechenden Parteivereinbarung ausgeschlossen; die bloße Angabe von Versandkosten im Zusammenhang mit dem Artikelangebot auf der eBay-Website besage dabei nicht, dass ein Bezug der Ware ausschließlich auf dem Versandweg möglich ist.<sup>7</sup> Diese Begründung überzeugt nicht. Denn gerade dann, wenn der Verkäufer auf die anfallenden Versandkosten hinweist, ist daraus zu folgern, dass eine Versendung vereinbart werden sollte; ohne besondere Absprache ist dann grundsätzlich von einer Schickschuld auszugehen.<sup>8</sup>

## II. Fernabsatzrecht, §§ 312 b ff. BGB

Betrachtet man die Entwicklung des eBay-Marktplatzes über die letzten Jahre, so fällt auf, dass der Anteil der Transaktionen, die zwischen gewerblichen Anbietern und Verbrauchern erfolgen, stetig zunimmt. Allein in Deutschland zählt das für professionell handelnde Gewerbetreibende ins Leben gerufene PowerSeller-Programm derzeit rund 12000 Teilnehmer; insgesamt wurden von gewerblichen Verkäufern laut eBay 216260 Mitgliedskonten angemeldet. Damit einher geht die weiter zunehmende Bedeutung der §§ 312 b ff. BGB für Fernabsatzverträge, also für solche Rechtsgeschäfte, die zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher über die Lieferung von Waren oder die Erbringung von Dienstleistungen unter ausschließlicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln – hier über das Internet – abgeschlossen werden.

### 1. Abgrenzung: Unternehmer – Existenzgründer – Verbraucher

Nicht immer ist für die auf dem Online-Marktplatz tätigen Akteure klar, ob sie noch Verbraucher sind oder schon Unternehmer. Probleme bereitet in der Praxis immer wieder eine Personengruppe, die wegen ihrer fortlaufenden Aktivität auf dem Online-Marktplatz allmählich von einer zunächst noch privaten Tätigkeit in eine unternehmerische übergeht. Treffend stellt *Hoffmann* fest, dass sich mit der Zeit eine „besondere Form von Kleinunternehmertum“ als eine Gruppe von Personen herausgebildet hat, die besonders günstige Einkaufswege nutzt, um die Waren mit Gewinn ausschließlich im Wege des eCommerce abzusetzen.<sup>9</sup> Sie stehen auf dem weltweiten Online-Marktplatz in unmittelbarer Konkurrenz unter anderem auch zu etablierten Versandhäusern, die eBay zunehmend als einen von mehreren Vertriebskanälen nutzen.

#### a) Unternehmerhandeln schon bei Existenzgründung

Lange Zeit war umstritten, ob im Fall einer Existenzgründung bereits von einem Unternehmerhandeln i. S. d. § 14 Abs. 1 BGB auszugehen ist. Der BGH hat diese Streitfrage inzwischen jedoch geklärt und sich der herrschenden Meinung angeschlossen, derzufolge ein Unternehmerhandeln schon dann vorliegt, wenn das Geschäft, das Gegenstand der Streitigkeit ist, im Zuge der Aufnahme einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit geschlossen wird.<sup>10</sup> Nach dem Wortlaut der Verbraucherdefinition in § 13 BGB sei die – objektiv zu bestimmende – Zweckrichtung des Verhaltens ausschlaggebend, die bei Rechtsgeschäften im Zuge einer Existenzgründung klar auf ein unternehmerisches Handeln ausgerichtet ist. Zudem bestehe kein Anlass, demjenigen Verbraucherschutz zu gewähren, der sich für eine bestimmte gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit entschieden hat und zu diesem Zweck vorbereitende oder unmittelbar eröffnende Geschäfte abschließt.

#### b) Unternehmer auch ohne Gewinnerzielungsabsicht

Für Klarheit hat der BGH auch in der Diskussion um den Unternehmerbegriff gesorgt, als er entschied, dass eine gewerbliche Tä-

tigkeit zwar – jedenfalls – ein selbständiges und planmäßiges, auf eine gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt voraussetze, nicht jedoch die Absicht, mit der Geschäftstätigkeit Gewinn zu erzielen. Nach der (früheren) Rechtsprechung zum handelsrechtlichen Kaufmannsbegriff, der ebenfalls an den Gewerbebegriff anknüpft, sei eine Gewinnerzielungsabsicht des Kaufmanns oder selbständigen Unternehmers im Bereich des Handels- bzw. Unternehmensrechts grundsätzlich unverzichtbar. Allerdings sei im Fall eines Verbrauchsgüterkaufs die Unternehmerstellung – ebenso wie beim Verbraucherkredit<sup>11</sup> – nicht von der Gewinnerzielungsabsicht abhängig, sondern folge dem europäisch-autonomen Unternehmerbegriff, der vom Gedanken des Verbraucherschutzes geprägt ist.<sup>12</sup>

### 2. Anbieterkennzeichnung bei eBay

Wer Verbrauchern über den eBay-Marktplatz den Abschluss von Verträgen über die Lieferung von Waren oder über die Erbringung von Dienstleistungen offeriert und dabei als gewerblicher Anbieter agiert, hat regelmäßig ein so genanntes Impressum verfügbar zu halten. Dabei lässt sich durchaus darüber diskutieren, ob die Marktplatzmitglieder den Informationspflichten des § 5 TMG (§ 6 TDG a. F.) ohne Weiteres unterliegen. Denn Diensteanbieter im Sinne der Vorschrift ist nur derjenige, welcher als natürliche oder juristische Person eigene oder fremde Telemedien zur Nutzung bereithält oder den Zugang zur Nutzung vermittelt. Das Bereithalten der Telemedien ist an sich jedoch Aufgabe von eBay und nicht der jeweiligen Marktplatzmitglieder, die selbst lediglich Nutzer des Online-Marktplatzes sind. Im Ergebnis kommt es für das Gros der bei eBay eingestellten Artikelangebote jedoch nicht darauf an; denn es greift zumeist die Pflicht zur Anbieterkennzeichnung nach § 312 c Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 240 EGBGB i. V. m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 u. 3 BGB-InfoV ein. Danach muss ein Unternehmer dem Verbraucher bei Abschluss eines Fernabsatzvertrages rechtzeitig seine Identität sowie eine ladungsfähige Anschrift preisgeben; ggf. sind auch das öffentliche Unternehmensregister und die zugehörige Registernummer oder eine gleichwertige Kennung anzugeben.

Eine im Zusammenhang mit der Anbieterkennzeichnung ganz maßgebliche Frage war, ob es erforderlich ist, dass die Angaben im Laufe eines Bestellvorgangs zwangsläufig vom Verbraucher aufgerufen werden müssen, um so den fernabsatzrechtlichen Transparenzanforderungen zu genügen. In der Entscheidung „Anbieterkennzeichnung im Internet“ konstatierten die Richter am BGH, dass weder dem Wortlaut noch dem Sinn und Zweck der gesetzlichen Vorschriften entnommen werden könne, dass die Informationen über den Anbieter im Online-Bestellformular aufgelistet oder im Laufe eines Bestellvorgangs zwangsweise aufgerufen werden müssen. Eine bestimmte Stelle, an der die Informationen zu erteilen sind, sei gesetzlich nicht vorgeschrieben; erforderlich sei allein eine klare und verständliche Information, nicht mehr und nicht weniger.<sup>13</sup> Seit dieser Entscheidung gehen die Instanzgerichte dazu über, diese Grundsätze auf eBay zu übertragen. So hat das KG Berlin entschieden, dass ein eBay-Mitglied jedenfalls dann nicht gegen die Impressumspflichten verstößt, wenn die Angaben auf einer so genannten MICH-Seite hinterlegt wurden und Nutzer mit einem Klick auf die Schaltfläche „mich“ dorthin

7 AG Koblenz, 21.6.2006 – 151 C 624/06, NJW-RR 2006, 1643 ff.

8 So auch *Hoffmann*, in: Leible/Sosnitza (Hrsg.), Versteigerungen im Internet, 2004, Teil 3: Vertrags- und Haftungsrecht, Rn. 221.

9 *Hoffmann* (Fn. 8), Rn. 238.

10 BGH, 24.3.2005 – III ZB 36/04, K&R 2005, 326.

11 BGH, 24.6.2003 – XI ZR 100/02 zum Abgrenzungskriterium „in Ausübung ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit“ in § 1 Abs. 1 VerbrKrG a. F.

12 BGH, 29.3.2006 – VIII ZR 173/05.

13 BGH, 20.7.2006 – I ZR 228/03, K&R 2006, 575, JurPC Web-Dok. 123/2006.

gelangen.<sup>14</sup> Wer mit den Gepflogenheiten bei eBay bereits vertraut sei, erwarte unter dieser Schaltfläche die Anbieterdaten; wer dagegen erstmals über eBay einkaufe und sich für diese Daten des Anbieters interessiere, werde diese nahe liegend unter „mich“ vermuten, die Schaltfläche anklicken und so zu den gesuchten Informationen gelangen.

#### Praxistipp:

Wer als gewerblicher Verkäufer Waren bei eBay anbietet, muss stets daran denken, seine Identität und seine ladungsfähige Anschrift für jedermann leicht erkennbar auf der Angebotsseite zu hinterlegen. Ansonsten läuft er Gefahr, gegen die Impressumspflichten zu verstoßen.

### 3. Lieferfristen im Internet-Versandhandel

Neben den bereits erwähnten Informationen zur eigenen Identität müssen Unternehmer im Fernabsatzhandel § 312c Abs. 1 S. 1 BGB i.V.m. Art. 240 EGBGB i.V.m. § 1 Abs. 1 Nr. 9 BGB-InfoV unter anderem auch über die Einzelheiten hinsichtlich der Zahlung und der Lieferung oder Erfüllung informieren. Hierzu zählt vor allem auch die Angabe über den Zeitpunkt der Lieferung. Im Zusammenhang mit einer wettbewerbsrechtlichen Entscheidung äußerte sich der BGH zu den Erwartungen, die ein Verbraucher diesbezüglich bei im Internet getätigten Bestellungen an den Tag legt: Der Durchschnittsverbraucher – so der I. Zivilsenat – gehe bei Angeboten im Internet grundsätzlich von einer sofortigen Verfügbarkeit der beworbenen Ware aus, wenn nicht auf das Bestehen einer abweichenden Lieferfrist unmissverständlich hingewiesen wird.<sup>15</sup>

Bei Versandhändlern, die nicht in der Lage sind, eine Nachfrage tagesaktuell zu erfüllen, ist unterdessen üblich geworden, innerhalb der Liefer- und Versandbedingungen auf die sich ergebenden Lieferfristen hinzuweisen. Jedoch ist darauf zu achten, dass derartige Angaben hinreichend bestimmt sein müssen, wie eine Entscheidung des KG Berlin zeigt. Das Gericht hatte die in den Lieferbedingungen eines eBay-Mitgliedes enthaltene Klausel „Eine Übergabe an den Paketdienst erfolgt in der Regel 1–2 Tage nach Zahlungseingang, bei kundenspezifischen Anfertigungen ca. 7–10 Tage nach Zahlungseingang“ moniert.<sup>16</sup> Denn die Festlegung einer Lieferfrist mit der Formulierung „in der Regel“ sei zu unbestimmt. Ein Kunde müsse ohne Weiteres in der Lage sein, das Ende einer in den Vertragsbestimmungen vorgegebenen Lieferfrist selbst zu erkennen und zu berechnen. Bei der Bestimmung, die Übergabe an den Paketdienst erfolge „in der Regel 1–2 Tage nach Zahlungseingang“ behalte sich der Verwender eine spätere Übergabe in besonderen Fällen vor und vermeide so eine Festlegung der Lieferzeit für alle in Betracht kommenden Fälle. Ein Ende des vereinbarten Lieferzeitraums sei für den Kunden dann gerade nicht zu erkennen – dies zumal der Kunde nicht absehen kann, wann ein „Regelfall“ und wann ein „Ausnahmefall“ vorliegt.

### 4. Austauschvorbehalt nur bedingt zulässig

Grundsätzlich denkbar ist, dass sich ein Unternehmen im Fernabsatz vorbehält, dem Kunden eine in Qualität und Preis gleichwertige Ware zu liefern. Es ist jedoch darauf zu achten, dass ein solcher Austauschvorbehalt wirksam vereinbart werden muss (§ 308 Nr. 4 BGB) und der Verbraucher darauf rechtzeitig klar und verständlich hingewiesen wird (§ 1 Abs. 1 Nr. 6 BGB-InfoV). Die von einem renommierten deutschen Versandhandelsunternehmen verwendete Klausel „Sollte ein bestimmter Artikel nicht lieferbar sein, senden wir Ihnen in Einzelfällen einen qualitativ und preislich gleichwertigen Artikel (Ersatzartikel) zu. Auch diesen können

Sie bei Nichtgefallen [...] zurückgeben.“ erachtete der BGH als unzulässig.<sup>17</sup> Zwar berücksichtige der Passus die Interessen des Kunden insoweit, als lediglich die Zusendung qualitativ und preislich gleichwertiger Artikel vorbehalten bleibt; dies trage dem Interesse des Kunden, nur die von ihm bestellte Ware als vertragsgemäße Erfüllung annehmen zu müssen, jedoch nicht in jedem Falle hinreichend Rechnung. Es sei nämlich nicht berücksichtigt, dass zahlreiche Artikel vom Kunden nach seinen individuellen Wünschen und Bedürfnissen ausgewählt werden. So wäre es beispielsweise möglich, dem Kunden anstelle bestellter brauner Schuhe qualitativ und preislich entsprechende schwarze Schuhe zu liefern; dies sei für den Kunden – unabhängig vom Bestehen eines befristeten Widerrufs- bzw. Rückgaberechts – nicht zumutbar, weil er sich mitunter ganz bewusst für eine bestimmte Farbe entschieden hat.

### 5. Das Widerrufs- bzw. Rückgaberecht für Verbraucher

Innerhalb des Fernabsatzrechts stellen die Regelungen zum Widerrufs- bzw. Rückgaberecht für Verbraucher das Herzstück dar. Diese Bestimmungen spielen für im Fernabsatz tätige Handelsunternehmen eine regelmäßig entscheidende Rolle. Denn neben vertraglichen Risiken, die Unternehmen treffen können, wenn sie Verbraucher nicht, nicht vollständig oder nicht ordnungsgemäß über deren Rechte informieren und belehren, laufen sie darüber hinaus Gefahr, für solche Unzulänglichkeiten wettbewerbsrechtlich sanktioniert zu werden. Die Problematik verschärft sich für Unternehmer dadurch, dass die Judikatur zum fernabsatzrechtlichen Widerrufs- bzw. Rückgaberecht aktuell geprägt ist von einer Reihe offener Streitfragen. Diese haben nicht nur weit reichende Diskussionen in der juristischen Literatur ausgelöst, sondern vor allem auch bei Online-Händlern zu nicht unerheblicher Verunsicherung geführt. Unter Juristen besteht deshalb Einigkeit, dass der Gesetzgeber aufgrund der bestehenden Praxisprobleme in der Pflicht steht, die fernabsatzrechtlichen Vorschriften der §§ 312 bff. BGB nachzubessern. Allerdings mimte die Bundesregierung zuletzt gute Miene zum bösen Spiel und antwortete auf eine kleine Anfrage der FDP-Fraktion ablehnend; man sehe keinen gesetzgeberischen Handlungsbedarf.<sup>18</sup>

#### Praxistipp:

Eine vollständige und ordnungsgemäße Belehrung über das Widerrufsrecht vermeidet in der Praxis das Risiko, sich vertraglicher Haftung bzw. wettbewerbsrechtlicher Sanktionen auszusetzen.

### a) Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufsrechts

#### aa) Kein Ausschluss des Widerrufsrechts bei Online-Auktionen

Lange Zeit war in der juristischen Literatur und auch zwischen den Gerichten umstritten, ob bei sog. Online-Auktionen ein Widerrufsrecht aufgrund der Ausnahmevorschrift des § 312d Abs. 4 Nr. 5 BGB ausgeschlossen ist. Danach besteht von Gesetzes wegen kein Widerrufsrecht bei Fernabsatzverträgen, die in der Form von

<sup>14</sup> KG Berlin, 11.5.2007 – 5 W 116/07, K&R 2007, 406, JurPC Web-Dok. 91/2007.

<sup>15</sup> BGH, 7.4.2005 – I ZR 314/02, BB 2005, 1353, K&R 2005, 373 – Internet-Versandhandel.

<sup>16</sup> KG Berlin, 3.4.2007 – 5 W 73/07.

<sup>17</sup> BGH, 21.9.2005 – VIII ZR 284/04, BB 2005, 2487, K&R 2005, 559.

<sup>18</sup> BT-Drucks. 16/3595: Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage u. a. der Fraktion der FDP (BT-Drucks. 16/3387). Der Bundesverband Informationswirtschaft, Telekommunikation und neue Medien e. V. (BITKOM) hatte bereits 2004 mit einer gesonderten Stellungnahme zum Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Vorschriften über Fernabsatzverträge bei Finanzdienstleistungen auf die wesentlichen Probleme hingewiesen (abrufbar unter: [http://www.bitkom.org/files/documents/BITKOM\\_Stellungnahme\\_28.6.4.pdf](http://www.bitkom.org/files/documents/BITKOM_Stellungnahme_28.6.4.pdf)).

„Versteigerungen“ geschlossen werden. Der BGH hat diese wichtige Grundsatzfrage im Jahre 2004 entschieden und die Anwendbarkeit der Ausnahmenvorschrift auf Online-Auktionen verneint.<sup>19</sup> Denn im Rahmen einer Online-Auktion komme der Kaufvertrag zwischen einem gewerblichen Anbieter und einem Verbraucher durch Angebot und Annahme gemäß §§ 145 ff. BGB und gerade nicht durch einen Zuschlag i. S. d. § 156 BGB zustande. Mangels Vorliegens einer Versteigerung sei das Widerrufsrecht des Verbrauchers daher auch nicht nach § 312d Abs. 4 Nr. 5 BGB ausgeschlossen. Der Entscheidung lag ein Fall zugrunde, bei dem der Kläger als gewerblicher Schmuckhändler aufgetreten war und ein Diamantenarmband auf dem eBay-Marktplatz im Rahmen einer Online-Auktion zum Kauf angeboten hatte. Der Beklagte hatte zwar das Höchstgebot für diesen Artikel abgegeben, weigerte sich dann allerdings mit Hinweis auf sein Widerrufsrecht, den Schmuck zu bezahlen und vom Verkäufer abzunehmen.

### bb) Entsigelung von CDs, DVDs oder Software

Nach § 312d Abs. 4 Nr. 2 BGB besteht das Widerrufs- bzw. Rückgaberecht nicht bei Verträgen zur Lieferung von Audio- oder Videoaufzeichnungen oder von Software, sofern die gelieferten Datenträger vom Verbraucher entsiegelt worden sind. Vorausgesetzt wird demnach, dass die Datenträger versiegelt geliefert werden und sodann vom Verbraucher entsiegelt werden – erst dann erlischt das Widerrufsrecht des Verbrauchers. Das LG Hamburg hatte sich hierzu im Rahmen einer wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzung mit der Formulierung der Widerrufsbelehrung eines Online-Händlers zu befassen, der versucht hatte, das Widerrufsrecht bei der Lieferung von Audio- oder Videoaufzeichnungen generell und bei der Lieferung von Software für den Fall auszuschließen, dass die gelieferten Datenträger „vom Kunden oder einem Dritten“ entsiegelt wurden. Das Gericht stellte klar, dass der Begriff des Datenträgers in diesem Zusammenhang als Oberbegriff für die erwähnten Audio- und Videoaufzeichnungen sowie Software zu verstehen sei, so dass das Widerrufsrecht nur dann nicht bestehe, wenn die gelieferten CDs oder DVDs vom Verbraucher entsiegelt worden sind. Der generelle Ausschluss entspreche nicht der Regelung des § 312d Abs. 4 Nr. 2 BGB. Des Weiteren sei der Gesetzeswortlaut unmissverständlich, wenn es darum gehe, dass das Widerrufsrecht lediglich dann entfällt, wenn die Datenträger vom Verbraucher entsiegelt worden sind. Dass auch die Entsigelung durch einen Dritten das Widerrufsrecht entfallen lässt, sei dem Gesetz nicht zu entnehmen.<sup>20</sup>

Welche Anforderungen an eine solche Versiegelung i. S. d. § 312d Abs. 4 Nr. 2 BGB zu stellen sind, hatte das LG Dortmund zu entscheiden. Dem Urteil lag ein Fall zugrunde, bei dem die Datenträger mit einem Klebeband zugeklebt waren. Das Gericht verneinte das Vorliegen einer Versiegelung.<sup>21</sup> Ein Siegel sei eine besondere Form der Sicherstellung der Unversehrtheit von Gegenständen oder Behältnissen mit Hilfe des Siegels. Ein solches Siegel könne vom Kunden nach dem Öffnen der Ware nicht ohne Weiteres ersetzt werden; da dies bei dem besagten Filmstreifen grundsätzlich anders sei, erfülle dieser nicht die Voraussetzungen für eine Versiegelung im Sinne der benannten Vorschrift.

### b) Bedingungen des Widerrufs- bzw. Rückgaberechts

Der Gesetzgeber hat im Einzelnen normiert, unter welchen Bedingungen der Verbraucher das Widerrufs- bzw. Rückgaberecht ausüben kann. Zugleich bestimmt § 312f. BGB, dass von diesen Vorgaben nicht zum Nachteil des Verbrauchers abgewichen werden dürfe – es sei denn, das Gesetz lässt eine Ausnahme explizit zu. Trotzdem versuchen Versandhändler immer wieder, das fernabsatzrechtliche Widerrufs- bzw. Rückgaberecht auf bestimmte Art und Weise zu beschränken.

### aa) Rücknahme nur mit Originalverpackung und Rechnung

Freilich haben Unternehmen ein legitimes Interesse, die von ihnen versandten Waren im Fall eines Widerrufs möglichst vollständig und unbeschädigt zurückzuerhalten. Dennoch lässt die Konzeption des Gesetzes es nicht zu, das dem Verbraucher zustehende Widerrufs- bzw. Rückgaberecht dahin gehend zu beschränken.<sup>22</sup> Das LG Stuttgart stellte klar, dass die Ausübung des Widerrufsrechts nicht davon abhängig gemacht werden dürfe, dass die Ware in Originalverpackung oder unbenutzt zurückgegeben wird oder eine Kopie der Rechnung und des Zahlungsnachweises vorgelegt wird.<sup>23</sup> Ähnlich urteilten auch das OLG Jena sowie das LG Düsseldorf und wiesen darauf hin, die Ausübung des Widerrufsrechts könne nicht etwa darauf beschränkt werden, dass die Ware in einwandfreiem Zustand in der Originalverpackung und zusammen mit der Originalrechnung retourniert wird.<sup>24</sup> Gesetzlich seien solche Beschränkungen nicht vorgesehen; sie führten zu einer unangemessenen Benachteiligung der Verbraucher und seien daher unzulässig. Ganz ähnlich urteilte das LG Frankfurt zu der Klausel: „Dem Kunden obliegt es, die Ware in der Originalverpackung samt Innenverpackung [...] zurückzusenden.“ Das Gericht erklärte die Klausel für unwirksam, weil sie durch den Verbraucher dahin gehend verstanden werden könne, dass er zur Zurücksendung in der Originalverpackung verpflichtet ist, anderenfalls das Widerrufs- bzw. Rückgaberecht nicht bestehe. Der durchschnittliche Kunde erkenne nämlich nicht, dass hier lediglich eine im eigenen Interesse des Verbrauchers liegende Obliegenheit ausgesprochen wird, zur Vermeidung rechtlicher Nachteile die Ware zusammen mit der Originalverpackung zurückzusenden.<sup>25</sup>

### bb) Die Dauer der Widerrufsfrist: 2 Wochen oder 1 Monat?

Als der BGH im November 2004 entschied, dass einem Verbraucher, der bei einem Unternehmer Waren im Rahmen einer Online-Auktion kauft, grundsätzlich ein Widerrufsrecht zusteht, äußerte er sich mit keiner Silbe zu der seit langem schwelenden Frage, innerhalb welcher Frist ein Verbraucher den Widerruf zu erklären bzw. die Sache zurückzugeben hat. Vielmehr ist in der damaligen Entscheidung durchweg von einem „befristeten Widerrufsrecht“ die Rede.<sup>26</sup>

Inzwischen wurde die Frage nach der Fristdauer vielfach judiziert und von der obergerichtlichen Rechtsprechung bisher einheitlich die Ansicht vertreten, dass für Fernabsatzverträge, die über den Online-Marktplatz eBay abgeschlossen werden, nach § 355 Abs. 2 S. 2 BGB regelmäßig die Frist von einem Monat zum Tragen kommt.<sup>27</sup> Denn nach der gesetzlichen Regelung in § 355

<sup>19</sup> BGH, 3.11.2004 – VIII ZR 375/03, BB 2005, 235, m. BB-Komm. *Staudinger*, BB 2005, 238, K&R 2005, 33.

<sup>20</sup> LG Hamburg, 14.10.2005 – 406 O 166/05.

<sup>21</sup> LG Dortmund, 26.10.2006 – 16 O 55/06, JurPC Web-Dok. 44/2007.

<sup>22</sup> Zur Formulierung als bloße Obliegenheit: *Schlömer/Dittrich*, K&R 2006, 102, 105 mit Verweis auf LG Frankfurt a. M., 9.3.2005 – 2/02 O 341/04.

<sup>23</sup> LG Stuttgart, 29.5.2006 – 37 O 44/06 KfH, WRP 2006, 1156. Ebenso zur Beschränkung der Rückabwicklung auf Ware in der Originalverpackung: LG Coburg, 9.3.2006 – 1 HK 95/05; OLG Hamm, 10.12.2004 – 11 U 102/04; AG Butzbach, 13.8.2004 – 51 C 224/04 (71), WRP 2004, 1518 ff.

<sup>24</sup> LG Düsseldorf, 17.5.2006 – 12 O 496/05, CR 2006, 858; ebenso: OLG Jena, 8.3.2006 – 2 U 990/05, GRUR-RR 2006, 283 ff.

<sup>25</sup> LG Frankfurt a. M., 9.3.2005 – 2-02 O 341/04.

<sup>26</sup> BGH, 3.11.2004 – VIII ZR 375/03, BB 2005, 235, m. BB-Komm. *Staudinger*, BB 2005, 238, K&R 2005, 33.

<sup>27</sup> OLG Hamburg, 24.8.2006 – 3 U 103/06; KG Berlin, 18.7.2006 – 5 W 156/06; KG Berlin, 5.12.2006 – 5 W 295/06, K&R 2007, 104; OLG Hamm, 15.3.2007 – 4 W 1/07, K&R 2007, 324; OLG Naumburg, 13.7.2007 – 10 U 30/07 (Hs); OLG Köln, 3.8.2007 – 6 U 60/07. Ebenso instanzgerichtlich: LG Offenburg, 8.1.2007 – 5 O 1/07 KfH; LG Frankfurt a. M., 29.12.2006 – 3-08 O 238/06; LG Münster, 28.12.2006 – 22 O 204/06; LG Hanau, 29.11.2006 – 6 O 167/06, BB 2006, 2212;

Abs. 1 S. 2 BGB beträgt die Frist für den Widerruf bzw. die Rückgabe zwar grundsätzlich zwei Wochen, innerhalb der Regelung des § 355 Abs. 2 S. 2 BGB jedoch wird ausdrücklich bestimmt, dass die Frist einen Monat beträgt, wenn die Belehrung erst nach Vertragsschluss mitgeteilt wird. Der Gesetzgeber hat also für die Unterscheidung, ob die Frist von zwei Wochen gilt oder die von einem Monat, danach unterschieden, wann die Belehrung des Verbrauchers über das Widerrufsrecht erfolgt. Dabei ist zu beachten, dass die Belehrung i.S.d. § 355 BGB eine solche in Textform voraussetzt – d.h. die Belehrung muss den Formerfordernissen des § 126b BGB entsprechen. Kommt es aber darauf an, ob dem Verbraucher die Belehrung über das Widerrufsrecht in Textform i.S.d. § 126b BGB vor oder nach Vertragsschluss mitgeteilt worden ist, so muss man für Vertragsabschlüsse auf der Handelsplattform eBay – Ähnliches gilt auf anderen Plattformen im Internet – berücksichtigen, dass der Anbieter mit dem (potenziellen) Kunden vor Vertragsschluss regelmäßig nicht in Kontakt tritt. Es kommt der Vertrag durch das jeweilige Gebot des eBay-Mitgliedes oder das Ausüben der Funktion für den Sofort-Kauf unmittelbar zustande, ohne dass der Anbieter zuvor die Möglichkeit hat, dem Verbraucher die erforderlichen Kundeninformationen samt Widerrufsbelehrung in Textform mitzuteilen. Erst im Rahmen der Kaufabwicklung und somit nach Vertragsschluss werden die personenbezogenen Daten des Kunden mitgeteilt. Folglich gilt – dem Gesetzeswortlaut folgend – für über den eBay-Marktplatz abgeschlossene Fernabsatzverträge in der Regel eine Widerrufs- bzw. Rückgabefrist von einem Monat.<sup>28</sup>

Innerhalb der eBay-Gemeinschaft sowie in der juristischen Literatur<sup>29</sup> haben die Entscheidungen zur Fristdauer für Furore gesorgt. Inzwischen haben jedoch auch solche Händler, die früher von einer Fristdauer von lediglich zwei Wochen ausgingen, die Frist innerhalb der Informationen zum Widerrufsrecht ganz überwiegend auf einen Monat umgestellt.

#### Praxistipp:

Um sicher zu gehen, sollte im Rahmen von Online-Auktionen von einer Widerrufsfrist für Verbraucher von einem Monat ausgegangen werden. Denn dem Verbraucher wird hier im Regelfall die Widerrufsbelehrung in Textform erst nach Vertragsschluss zugehen.

### c) Zu den Einzelheiten der Ausübung des Widerrufsrechts

#### aa) Kein Bestimmungsrecht über die Art der Retoursendung

Händler haben bisweilen ein sehr großes Interesse daran, dass Retouren von Verbrauchern bei Ausübung des Widerrufs- bzw. Rückgaberechts nur über einen von ihnen ausgewählten Transporteur erfolgen. Hintergrund ist, dass Rahmenvereinbarungen mit Transportunternehmen getroffen werden, nach denen Rücksendungen kostengünstiger abgewickelt werden können. Dies kann bei einer im Fernabsatz regelmäßig in Kauf zu nehmenden Rücksendequote mitunter zu nicht unerheblichen Ersparnissen führen. Allerdings ist es nach Ansicht des LG Berlin unzulässig, Verbraucher im Zusammenhang mit der Information über das Widerrufs- bzw. Rückgaberecht dazu aufzufordern, die Rücksendung über einen ganz bestimmten Transporteur abzuwickeln.<sup>30</sup> Den Versandhandelsunternehmen sei kein solches Bestimmungsrecht eingeräumt, so dass insoweit keine Möglichkeit bestehe, den Verbraucher hinsichtlich der Art und Weise der Retoure einzuschränken.

#### bb) Verweigerter Annahme bei unfreier Rücksendung?

Teilweise findet man den Hinweis in Widerrufs- bzw. Rückgabebelehrungen, die Retoure habe frei zu erfolgen; unfreie Rücksendungen würden schon gar nicht angenommen. Aufgrund der Regelung des § 357 Abs. 2 S. 2 BGB trägt die Kosten und die Gefahr der Rücksendung bei Widerruf und Rückgabe grundsätzlich jedoch der Unternehmer. Eine Leistungs- und somit auch Vorleistungspflicht des Verbrauchers ist somit ausgeschlossen. Außerdem ist sowohl für das Widerrufsrecht (§ 355 Abs. 1 S. 2 BGB) als auch für das Rückgaberecht (§ 356 Abs. 2 S. 1 BGB) normiert, dass die Ausübung des jeweiligen Rechts durch (einfache) Rücksendung der Sache erfolgen kann bzw. muss. In der Rechtsprechung werden daher Klauseln, wie etwa „Bitte ausreichend frankieren, da unfreie Rücksendungen nicht angenommen werden“<sup>31</sup> oder aber auch „Unfreie Lieferungen werden grundsätzlich nicht angenommen“<sup>32</sup> als unzulässig angesehen.

Dieser Rechtsprechung folgte auch das Hanseatische OLG und verwies darauf, dass der Verbraucher eine Regelung, wonach unfreie Waren bzw. Pakete nicht angenommen werden, nur dahin verstehen könne, dass das Widerrufs- bzw. Rückgaberecht unter der Bedingung der Frankierung der Sendung und somit seiner Vorleistungspflicht steht.<sup>33</sup> Allerdings kann sich, wie die Hamburger Richter in einer weiteren Entscheidung ausführten, eine etwas weichere Formulierung als durchaus zulässig erweisen. Der Passus „Bitte frankieren Sie das Paket ausreichend, um Strafporto zu vermeiden. Wir erstatten Ihnen den Portobetrag dann umgehend zurück.“ sei nämlich wettbewerbsrechtlich nicht zu beanstanden.<sup>34</sup> Der Verbraucher werde hier nicht darüber getäuscht, wer die Kosten für die Rücksendung der Ware zu tragen hat; zudem erschwere die Klausel dem Verbraucher auch nicht die Rückabwicklung des Vertrages. Der Passus besage nicht und insinuiere auch nicht, dass dem Verbraucher das Strafporto in Rechnung gestellt werde, wenn und soweit er der Bitte um ausreichende Frankierung der Sendung nicht nachkommen sollte.

#### cc) Keine Abwälzung der Gefahr bei Retoursendungen

Nach § 357 Abs. 2 S. 2 BGB trägt die Kosten und Gefahr der Rücksendung bei Widerruf bzw. Rückgabe der Unternehmer. Davon abweichend dürfen dem Verbraucher die regelmäßigen Kosten der Rücksendung ausnahmsweise bei Bestehen eines Widerrufsrechts dann vertraglich auferlegt werden, wenn der Preis der zurückzusendenden Sache einen Betrag von EUR 40,00 nicht übersteigt oder wenn bei einem höheren Preis der Sache der Verbraucher die Gegenleistung oder eine Teilzahlung zum Zeitpunkt des Widerrufs noch nicht erbracht hat, es sei denn, dass die gelieferte Ware nicht der bestellten entspricht. Unwirksam ist es dagegen, dem Verbraucher neben den Kosten auch die Gefahr für die Rücksendung aufzubürden. Das LG Düsseldorf stellte fest, dass die Klausel „Bei einer Rücksendung haften wir weder für Beschädigungen noch für Verlust der Ware“ aufgrund eines Verstoßes gegen §§ 357 Abs. 2 S. 2, 307 BGB unzulässig ist.<sup>35</sup>

LG Heilbronn, 2.11.2006 – 21 O 132/06 KfH; LG Mönchengladbach, 24.10.2006 – 8 O 71/06.

28 Ausführlich hierzu: Schlömer/Dittrich, K&R 2006, 373, 376 ff. sowie K&R 2007, 117, 122 f.

29 Siehe u. a. Schirmbacher, CR 2006, 673 ff.; Hoffmann, MMR 2006, 676 ff.; Bonke/Gellmann, NJW 2006, 3169 ff.; Stadler, JurPC Web-Dok. 136/2006; Neuß/Vollmert, ZGS 2006, 448 ff.; Buchmann, K&R 2007, 14 ff.

30 LG Berlin, 24.5.2007 – 103 O 107/07; LG Berlin, 13.3.2007 – 97 O 57/07.

31 LG Berlin, 14.6.2005 – 96 O 134/05.

32 LG Hamburg, 30.9.2005 – 315 O 687/05.

33 OLG Hamburg, 14.2.2007 – 5 W 15/07.

34 OLG Hamburg, 20.4.2007 – 3 W 83/07.

35 LG Düsseldorf, 17.5.2006 – 12 O 496/05, CR 2006, 858.

**d) Rechtsfolgen des Widerrufs oder der Rückgabe**  
**aa) Zur Erstattungspflicht von Hinsendekosten**

Eine vielfach gestellte Frage ist die, ob im Fall eines erklärten Widerrufs oder einer durch den Verbraucher veranlassten Rückgabe neben dem Kaufpreis auch die Kosten der Hinsendung durch den Unternehmer zu erstatten sind. Denn im Gegensatz zu der Regelung des § 357 Abs. 2 BGB, die sich mit den Rücksendekosten befasst, ist die Frage der Erstattung von Hinsendekosten gesetzlich nicht explizit geregelt. Die Rechtsprechung geht im Wesentlichen davon aus, dass die Hinsendekosten dem Verbraucher im Fall der Ausübung des Widerrufs- bzw. Rückgaberechts nicht auferlegt werden dürfen.<sup>36</sup> Dies ergebe sich bei richtlinienkonformer Auslegung aus den Bestimmungen der §§ 346, 357 Abs. 1 S. 1 BGB. Denn die Fernabsatzrichtlinie sehe vor, dass dem Verbraucher sämtliche von ihm geleisteten Zahlungen zu erstatten sind; dabei stelle Art. 6 Abs. 1 S. 2 FARL insoweit klar: „Die einzigen Kosten, die dem Verbraucher infolge der Ausübung des Widerrufsrechts auferlegt werden können, sind die unmittelbaren Kosten der Rücksendung.“

Eine abweichende Ansicht vertritt offenbar das OLG Nürnberg, das sich im Rahmen eines Hinweisbeschlusses zu der Thematik der Hinsendekosten äußerte.<sup>37</sup> Da die Erstattungspflicht der Hinsendekosten gesetzlich nicht geregelt ist, sei es allein die Aufgabe der am konkreten Vertragsverhältnis beteiligten Personen, das Problem der anteiligen Versandkosten im Falle eines Widerrufs bzw. einer Rückgabe zu klären.

**bb) Wertersatz bei bestimmungsgemäßer Ingebrauchnahme?**

Große Unsicherheit herrscht derzeit darüber, ob bei einem Verkauf von Waren über den Online-Marktplatz eBay Verbraucher dazu verpflichtet werden können, an den Unternehmer Wertersatz zu leisten, wenn und soweit sich der empfangene Gegenstand verschlechtert hat und dies auf eine bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache durch den Verbraucher zurückzuführen ist. Das Gesetz sieht im Normalfall aufgrund von § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB vor, dass eine Verschlechterung der Ware, die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entsteht, außer Betracht bleibt; demnach hätte ein Verbraucher für die insoweit eingetretene Verschlechterung der Ware keinen Wertersatz zu leisten. Abweichend von diesem Grundsatz lässt die Vorschrift des § 357 Abs. 3 S. 1 BGB ausnahmsweise zu, vom Verbraucher Wertersatz auch für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme der Sache entstandene Verschlechterung zu verlangen – dies aber nur unter der Prämisse, dass der Verbraucher spätestens bei Vertragsschluss in Textform auf diese Rechtsfolge und eine Möglichkeit hingewiesen worden ist, sie zu vermeiden.

Nach bisher ganz überwiegender Rechtsprechung ging man davon aus, dass Unternehmer auf dem eBay-Marktplatz Verbraucher nicht rechtzeitig nach Maßgabe des § 357 Abs. 3 S. 1 BGB in Textform auf eine Pflicht zum Wertersatz für eine durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung und eine Möglichkeit zu deren Vermeidung hinweisen können.<sup>38</sup> Denn eine bloße Vorabinformation auf der Website erfüllt nicht die Anforderung an die geforderte Textform i.S.d. § 126b BGB.<sup>39</sup> Dies hat in der Konsequenz zur Folge, dass eine Belehrung in Textform i.S.d. § 357 Abs. 3 S. 1 BGB im Zusammenhang mit Verträgen, die über den eBay-Marktplatz geschlossen werden, nicht möglich ist. Die Belehrung in Textform kann dem Verbraucher erst nach Vertragsschluss mitgeteilt werden – dies mit der Folge, dass eine von § 346 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BGB abweichende Regelung unzulässig wäre und die durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstandene Verschlechterung bei der Bestimmung der Wertersatzpflicht für Verbraucher außer Betracht zu bleiben hat.

Für Aufsehen sorgte in diesem Zusammenhang zuletzt eine Entscheidung des Hanseatischen OLG, derzufolge es Unternehmern bei eBay doch möglich sein soll, sich die Haftung des Verbrauchers für solche Verschlechterungen zu erhalten, die durch eine bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme entstanden sind – so jedenfalls dann, wenn der Unternehmer innerhalb der Online-Auktion entsprechend der Anlage 2 zu § 14 BGB-InfoV über die Rechtsfolgen des Widerrufs informiert, sofern er noch spätestens bis zur Lieferung der Ware dem Verbraucher die Widerrufsbelehrung in Textform zukommen lässt.<sup>40</sup> Ob sich diese dogmatisch nicht widerspruchsfrei zu begründende Ansicht durchsetzt, ist zweifelhaft. Es bleibt die weitere Entwicklung in der Rechtsprechung abzuwarten.

**III. Einbeziehung von AGB im Internet**

Gewerbliche Anbieter stellen ihren Kunden bei Abschluss von Verträgen über den eBay-Marktplatz typischerweise vorformulierte Vertragsbedingungen. Solche Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) werden nach § 305 Abs. 2 BGB aber nur dann Bestandteil des Vertrages, wenn der Verwender a) auf sie hinweist und b) der anderen Vertragspartei die Möglichkeit verschafft, in zumutbarer Weise von ihrem Inhalt Kenntnis zu nehmen. Welche konkreten Anforderungen speziell im Internet an die wirksame Einbeziehung von AGB zu stellen sind, war lange Zeit umstritten.

**1. Die Verwendung von Hyperlinks**

Mit einer Entscheidung aus dem Jahr 2006 hat der BGH abermals bestätigt, dass im eCommerce auf die im Internet üblichen Gepflogenheiten Rücksicht zu nehmen ist. Es genüge daher für die Möglichkeit der Kenntnisverschaffung von AGB, wenn bei einer Bestellung über das Internet die AGB über einen auf der Bestellseite gut sichtbaren Hyperlink aufgerufen und ausgedruckt werden können.<sup>41</sup> Von einem Verbraucher, der sich für seine Bestellung des Internets bedient, könne erwartet werden, dass er ohne Weiteres mit solchen Links umgehen kann. Überträgt man die grundsätzlichen Aussagen dieses Urteils auf eBay-Artikelangebote, so ist für die Einbeziehung von AGB ausreichend, aber auch erforderlich, dass diese aus der Artikelbeschreibung heraus über einen gut sichtbaren Hyperlink aufgerufen und ausgedruckt werden können. Dabei ist zu beachten, dass Verlinkungen von der Artikelseite aus zu eBay-externen Websites auf dem Online-Marktplatz grundsätzlich nicht erlaubt sind;<sup>42</sup> eine Verweisung von der Artikelbeschreibung auf AGB hat daher hin zu einer eBay-internen Website zu erfolgen, wie etwa der so genannten MICH-Seite oder einer persönlichen Website innerhalb eines eBay-Shops.

*Praxistipp:*  
 Für die Möglichkeit der Kenntnisverschaffung von AGB im Internet wird es als zulässig erachtet, wenn diese über einen gut sichtbaren Hyperlink abgerufen und ausgedruckt werden können.

36 LG Karlsruhe, 19.12.2005 – 10 O 794/05, K&R 2006, 194; LG Hamburg, 2.12.2005 – 406 O 127/05; *Kaestner/Tews*, WRP 2005, 1335 mit Verweis auf AG Gütersloh, 25.5.2005 – 10 C 314/05; OLG Frankfurt a. M., 28.11.2001 – 9 U 148/01 (a. A. aber die Vorinstanz: LG Frankfurt a. M., 20.4.2001 – 2/25 O 454/00); OLG Karlsruhe, 5.9.2007 – 15 U 226/06.  
 37 OLG Nürnberg, 5.10.2004 – 3 U 2464/04.  
 38 Vgl. etwa: LG Berlin, 4.6.2007 – 103 O 120/07; LG Berlin, 15.3.2007 – 52 O 88/07, K&R 2007, 424; LG Berlin, 2.2.2007 – 103 O 19/07; LG Rostock, 30.5.2007 – 5 O 60/07; LG Stuttgart, 25.7.2007 – 37 O 67/07 KfH.  
 39 Hierzu auch: *Schlömer/Dittrich*, K&R 2006, 373, 377 m. w. N.  
 40 OLG Hamburg, 19.6.2007 – 5 W 92/07.  
 41 BGH, 14.6.2006 – I ZR 75/03, BB 2006, 1990, K&R 2006, 460.  
 42 Grundsatz für die Verwendung von Links auf den eBay-Artikelseiten (abrufbar unter: <http://pages.ebay.de/help/policies/listing-links.html>).

## 2. Kundeninformation in Scrollfenstern

Bei Anbietern im Internet durchaus beliebt ist auch die Variante, die eigenen Vertragsbestimmungen in einem so genannten Scrollkasten zu hinterlegen. Es ist jedoch darauf zu achten, die (horizontalen und vertikalen) Scrollleisten in entsprechender Größe zu gestalten. Das OLG Frankfurt am Main untersagte in diesem Zusammenhang einem eBay-Mitglied, die Information über das Widerrufsrecht und die verwendeten AGB innerhalb eines solchen Textfensters zum Abruf bereit zu halten, wenn und soweit dieses von zu geringer Größe ist.<sup>43</sup> Bei einer zu geringen Größe des Sichtfensters eines Scrollkastens, bei welcher der Leser jeweils nur einen sehr kleinen Teil des gesamten Textes zur Kenntnis nehmen kann, werde die Verständlichkeit des Inhalts selbst für den mit dem Scrollen vertrauten Nutzer in nicht mehr hinnehmbarer Weise beeinträchtigt.

## IV. Korrekte Preisauszeichnung bei eBay

### 1. Preiszusatzangaben im Fernabsatz

#### a) Hinweis auf im Preis enthaltene Mehrwertsteuer

Gemäß § 1 Abs. 2 PAngV hat derjenige, welcher Letztverbrauchern gewerbs- oder geschäftsmäßig oder regelmäßig in sonstiger Weise Waren oder Leistungen zum Abschluss eines Fernabsatzvertrages anbietet, anzugeben, dass die für Waren oder Leistungen geforderten Preise die Umsatzsteuer und sonstige Preisbestandteile enthalten. Nach § 1 Abs. 6 S. 2 PAngV ist dieser Hinweis dem Angebot oder der Werbung eindeutig zuzuordnen sowie leicht erkennbar und deutlich lesbar oder sonst gut wahrnehmbar zu machen.

In der Rechtsprechung ist aktuell umstritten, ob ein fehlender Hinweis – üblich ist der Zusatz „inkl. MwSt.“ – zu wettbewerbliehen Unterlassungsansprüchen führt. Während das KG Berlin die Ansicht vertritt, ein Verstoß gegen die Hinweispflicht gem. § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 1, Abs. 6 S. 2 PAngV löse grundsätzlich keinen Unterlassungsanspruch eines Mitbewerbers aus,<sup>44</sup> sieht das Hanseatische OLG in einer Zuwiderhandlung gegen die Hinweispflicht des § 1 Abs. 2 PAngV einen Verstoß gegen preisangabenrechtliche Vorschriften, der die Erheblichkeitsschwelle des § 3 UWG erreicht.<sup>45</sup>

#### Praxistipp:

Ob der Hinweis „inkl. MwSt.“ den Anforderungen der Hinweispflicht nach PAngV genügt, ist höchstrichterlich noch nicht entschieden und daher mit Vorsicht zu genießen.

#### b) Angabe anfallender Liefer- und Versandkosten

Nach Maßgabe der Grundvorschrift des § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAngV hat derjenige, welcher Letztverbrauchern gewerbs- oder geschäftsmäßig Waren im Fernabsatz anbietet, unter anderem auch anzugeben, ob zusätzlich Liefer- und Versandkosten anfallen. Die identische Verpflichtung ergibt sich aus der fernabsatzrechtlichen Bestimmung des § 1 Abs. 1 Nr. 8 BGB-InfoV. Dabei differenziert das Gesetz nicht danach, ob eine inländische Lieferung vorliegt oder der Versand in das Ausland erfolgt. Tatsächlich sehen sich Versandhandelsunternehmen aber nicht in der Lage, jeweils für einzelne Waren exakte Angaben zu machen. In bestimmten Fällen, z. B. bei ins Ausland gehenden Sendungen oder bei Bestellungen, die mehrere Artikel umfassen, ist es nicht möglich, die genauen Versandkosten vorab zu bestimmen und anzugeben. Das Gesetz verlangt jedoch auch dann, dass dem Verbraucher zumindest Informationen zur Verfügung gestellt werden, auf deren Grundlage dieser die Versandkosten leicht errechnen kann. Der bloße Hinweis, die konkreten Kosten würden

dem Kunden entweder auf Anfrage oder im Rahmen der Kaufabwicklung mitgeteilt, genügt nicht.

Fehlt die Angabe, ob Versandkosten anfallen und – falls ja – in welcher Höhe die Liefer- und Versandkosten berechnet werden, handelt es sich nach Ansicht der Richter am OLG Hamm allerdings um eine erhebliche Wettbewerbsverletzung.<sup>46</sup> Es würden insbesondere auch die Interessen der betroffenen Verkehrskreise, nämlich der Käufer, ernstlich betroffen, wenn sie im Einzelfall die Versandkosten nicht korrekt mitgeteilt bekommen oder entsprechend berechnen können. Mittelbar könne hierdurch auch der Wettbewerb verzerrt werden. Der Verbraucher werde irreführt, die Möglichkeit eines richtigen Preisvergleichs werde erheblich erschwert.

## 2. Grundpreisauszeichnungspflicht

Nach § 2 PAngV besteht eine Pflicht zur Grundpreisauszeichnung, wenn und soweit Letztverbrauchern gewerbs- oder geschäftsmäßig oder regelmäßig in sonstiger Weise Waren in Fertigpackungen, offenen Packungen oder als Verkaufseinheiten ohne Umhüllung nach Gewicht, Volumen, Länge oder Fläche angeboten werden. Der Grundpreis ist in diesen Fällen als Preis je Mengeneinheit<sup>47</sup> einschließlich der Umsatzsteuer und der sonstigen Preisbestandteile in unmittelbarer Nähe des Endpreises anzugeben. Ob Verstöße gegen diese Grundpreisauszeichnungspflicht als wettbewerbswidrig i.S.d. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG anzusehen sind, ist in der Rechtsprechung umstritten. Während etwa das OLG Jena Mitbewerbern einen Unterlassungsanspruch zugesprochen hat,<sup>48</sup> ging das OLG Koblenz davon aus, es handele sich um Bagatelverstöße, die nicht geeignet sind, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber, der Verbraucher oder der sonstigen Marktteilnehmer nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen.<sup>49</sup>

## V. Wettbewerbsrecht

### 1. Fehlerhafte Widerrufs- bzw. Rückgabebelehrung

In der Praxis werden Auseinandersetzungen über die Wirksamkeit bestimmter Formulierungen zum fernabsatzrechtlichen Widerrufs- bzw. Rückgaberecht vornehmlich im Rahmen wettbewerbsrechtlicher Verfahren geführt. Umso wichtiger ist es für Unternehmen, sich nicht durch unzulässige Belehrungstexte gegenüber Mitbewerbern angreifbar zu machen. Hintergrund ist, dass nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH unlauter handelt, wer seinen Vertragspartner über ein diesem durch Gesetz eingeräumtes Widerrufs- bzw. Rückgaberecht entgegen den gesetzlichen Vorschriften nicht, nicht vollständig oder nicht richtig belehrt – dies vor allem mit Blick auf das Ausnutzen von dessen fehlender Rechtskenntnis.<sup>50</sup> Anerkannt ist insoweit auch, dass es sich bei der Regelung des § 1 Abs. 1 Nr. 10 BGB-InfoV, die sich mit der Information und der Belehrung der Verbraucher über das diesen zustehende Widerrufs- bzw. Rückgaberecht befasst, um eine Vorschrift handelt, die gemäß § 4 Nr. 11 UWG dazu bestimmt ist, im

43 OLG Frankfurt a. M., 9.5.2007 – 6 W 61/07; zur Verwendung von Textfenstern im Zusammenhang mit einer Datenschutzinformation: OLG Oldenburg, 11.1.2006 – 7 U 52/05, JurPC Web-Dok. 47/2006., K&R 2006, 234.

44 KG Berlin, 11.5.2007 – 5 W 116/07 (K&R 2007, 406) mit Verweis auf KG Berlin, 9.2.2007 – 5 W 5/07.

45 OLG Hamburg, 4.1.2007 – 3 W 224/06.

46 OLG Hamm, 28.3.2007 – 4 W 19/07; a. A. für einen besonders gelagerten Ausnahmefall: KG Berlin, 7.9.2007 – 5 W 266/07.

47 Die Mengeneinheit für den Grundpreis ist im Regelfall 1 Kilogramm, 1 Liter, 1 Kubikmeter, 1 Meter oder 1 Quadratmeter der Ware.

48 OLG Jena, 2.11.2005 – 2 U 384/05 = GRUR 2006, 246 f.

49 OLG Koblenz, 25.4.2006 – 4 U 1219/05.

50 BGH, 13.3.2003 – I ZR 290/00, BB 2003, 1353.



Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.<sup>51</sup> Eine unzureichende Verbraucherbelehrung kann darüber hinaus aber auch unlauter i.S.d. § 4 Nr. 2 UWG sein oder eine wettbewerbsrechtliche Irreführung nach §§ 3, 5 UWG begründen.<sup>52</sup>

## 2. Preisgegenüberstellung mit „UVP“

Eine auch unter eBay-Mitgliedern äußerst beliebte Marketingmethode ist die Werbung für feilgebotene (Marken-) Artikel mit Preisgegenüberstellungen. Diese wurden in der obergerichtlichen Rechtsprechung überwiegend dann als unlauter angesehen, wenn der Betrag, der dem tatsächlich verlangten Preis gegenübergestellt wurde, mit der bloßen Abkürzung „UVP“ versehen war.<sup>53</sup> Der BGH ist dem in einer aktuellen Entscheidung entgegengetreten und stellte klar, dass in der Verwendung der Abkürzung „UVP“ im Zusammenhang mit einer Preisgegenüberstellung keine wettbewerbsrechtlich relevante Irreführung zu sehen ist.<sup>54</sup> Der angesprochene Verkehr sei mit dem Ausdruck „UVP“ als gängige Abkürzung für „Unverbindliche Preisempfehlung“ vertraut; es bedürfe deshalb keiner weitergehenden Erläuterung.

## 3. Mitbewerber gegen unwirksame AGB?!

Immer häufiger werden auch vereinzelte Vertragsbestimmungen in AGB zum Gegenstand wettbewerbsrechtlicher Auseinandersetzungen. Ob ein Verstoß gegen die Vorschriften zur Gestaltung rechtsgeschäftlicher Schuldverhältnisse durch AGB überhaupt einen Wettbewerbsverstoß indiziert, ist umstritten. Überwiegend werden die §§ 305 ff. BGB in der obergerichtlichen Judikatur als Verbraucherschützende Vorschriften angesehen, die auch dazu bestimmt sind, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln.<sup>55</sup> Es handele sich um geschäftsbezogene Regelungen, die sich auf das Auftreten eines Unternehmens am Markt beziehen. Anderer Ansicht sind indes das Hanseatische OLG sowie neuerdings auch das OLG Köln, nach deren Auffassung nicht jede Verbraucherschützende Norm zugleich eine solche ist, die auch dazu bestimmt ist, das Marktverhalten i.S.d. § 4 Nr. 11 UWG zu regeln.<sup>56</sup> Der Gedanke des Verbraucherschutzes gehöre neben dem Schutz der Vertragsgestaltungsfreiheit zwar zu den anerkannten Zielen des AGB-Rechts; der wettbewerbsrechtliche Schutz des Verbrauchers sei allerdings nicht mit dem allgemeinen zivilrechtlichen Verbraucherschutz gleichzusetzen. Letztendlich fehle den Vorschriften des bürgerlichen Rechts zur Nichteinbeziehung oder Unwirksamkeit bestimmter AGB-Klauseln in der Regel ein entsprechender Marktbezug; nur ausnahmsweise seien die Bestimmungen der §§ 305 ff. BGB auch dazu bestimmt, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln – so etwa bei Klauselverböten, die eine Nähe zu gesetzlichen Informationspflichten aufweisen.

## VI. Zur Störerhaftung der Plattformbetreiber

Mit der Frage nach einer (Störer-) Haftung der Online-Marktplatzbetreiber für auf den eBay-Websites eingestellte rechtswidrige Angebote hat sich der BGH in seinen Entscheidungen „Internet-Versteigerung“ befasst. Dabei haben die Richter am I. Zivilsenat mit einem ersten Urteil aus dem Jahr 2004 den früher bestehenden Streit um das Verhältnis zwischen der Haftungsprivilegierung nach § 11 S. 1 TDG a.F. (jetzt: § 10 S. 1 TMG) und der Störerhaftung vorläufig entschieden. Demzufolge umfasse das Haftungsprivileg für Diensteanbieter bei der Speicherung von fremden Informationen grundsätzlich nicht den Unterlassungsanspruch – dies mit der Folge, dass eine Störerhaftung der Plattformbetreiber denkbar sei; eine Haftung komme aber nur in Betracht, wenn zumutbare Kontrollmöglichkeiten bestanden, um die Rechtsverletzung zu unterbinden.<sup>57</sup>

Auch in seiner Entscheidung „Internet-Versteigerung II“ hielt der BGH an diesem Grundsatz fest.<sup>58</sup> Die Betreiber des Online-Marktplatzes seien zwar weder als Täter noch als Teilnehmer haftbar. Dennoch lasse sich eine Störerhaftung – auch bei der Verletzung von Gemeinschaftsmarken i.S.d. GMV – nicht ausschließen. Daran habe sich auch mit dem Inkrafttreten des Telemediengesetzes (TMG) nichts geändert. Die Störerhaftung könne nicht nur für den auf eine bereits geschehene Verletzung gestützten, sondern auch für den vorbeugenden Unterlassungsanspruch in Betracht kommen. Allerdings gelte auch hier die Einschränkung, dass eine Haftung seitens eBay die Verletzung von Prüfungspflichten voraussetzt. Der BGH hat die Sache deshalb zur neuen Verhandlung an das Berufungsgericht zurückverwiesen.

## VII. Fazit

Die Vision des eBay-Gründers Omidyar ist schon so gut wie Realität geworden: Alle Menschen haben die Möglichkeit, weltweit miteinander zu handeln. Der Online-Marktplatz ist mit derzeit 38 Länderplattformen auf allen Kontinenten vertreten. Die sich in diesem Kontext aus rechtlicher Sicht ergebenden Fragen des nationalen und auch des grenzüberschreitenden Handels stellen die Rechtsprechung vor Aufgaben, die längst nicht abschließend geklärt sind.

### DR. UWE SCHLÖMER



Er ist Mitgründer der Hamburger Kanzlei Schlömer & Sperl Rechtsanwälte, deren Schwerpunkte unter anderem auch im Bereich der neuen Medien liegen. Er ist als Repetitor für Studenten und Rechtsreferendare sowie in der Ausbildung von Wirtschaftsprüfern tätig. Darüber hinaus ist er Dozent auf den eBay-Universities und den eBay-Workshops und zusammen mit Rechtsanwalt Jörg Dittrich Herausgeber des Rechtsratgebers „eBay&Recht“.

### JÖRG DITTRICH, LL.M. OEC.



Er ist Partner der Kanzlei Schlömer & Sperl Rechtsanwälte in Hamburg. Seine Schwerpunkte liegen im Bereich des Gewerblichen Rechtsschutzes einschließlich des Wettbewerbs- und Urheberrechts. Des Weiteren ist er Dozent auf den eBay-Universities und den eBay-Workshops und zusammen mit Rechtsanwalt Dr. Uwe Schlömer Herausgeber des Rechtsratgebers „eBay&Recht“.

51 Köhler, in: Hefermehl/Köhler/Bornkamm (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, 24. Aufl. 2006, § 4 Rn. 11.170.

52 Steinbeck, in: Leible/Sosnitza (Hrsg.), Versteigerungen im Internet, 2004, Rn. 542.

53 So unter anderem auch OLG Köln, 28.11.2003 – 6 U 71/03; OLG Hamburg, 16.1.2003 – 5 U 216/01; OLG Frankfurt a.M., 22.3.2001 – 6 U 221/00 zu „eUVP“; OLG Koblenz, 5.10.2000 – 6 U 1215/98; OLG Karlsruhe, 27.1.1999 – 6 U 153/98.

54 BGH, 7.12.2006 – I ZR 271/03 – UVP.

55 OLG Frankfurt a.M., 9.5.2007 – 6 W 61/07; KG Berlin, 3.4.2007 – 5 W 73/07; OLG Jena, 8.3.2006 – 2 U 990/05; OLG Frankfurt a.M., 1.12.2005 – 6 U 116/05; KG Berlin, 4.2.2005 – 5 W 13/05.

56 OLG Hamburg, 13.11.2006 – 5 W 162/06; OLG Köln, 30.3.2007 – 6 U 249/06.

57 BGH, 11.3.2004 – I ZR 304/01, BB 2005, 293, K&R 2004, 486 – Internet-Versteigerung I.

58 BGH, 19.4.2007 – I ZR 35/04, K&R 2007, 387 – Internet-Versteigerung II.

## MIT DEN AUTOREN KONTAKT AUFNEHMEN?

Bei Rückfragen können Sie sich natürlich jederzeit gerne an uns wenden. Im Fall von rechtlichen Fragen, rufen Sie unter der untenstehenden Rufnummer an oder Sie senden einfach eine E-Mail.

SCHLÖMER & SPERL Rechtsanwälte  
Steinhöft 5-7 / Haus am Fleet in 20459 Hamburg / BRD  
Fon: +49(0)40 – 317 669 00  
Fax: +49(0)40 – 317 669 20  
E-Mail: [info@schloemer-sperl.de](mailto:info@schloemer-sperl.de)



RA Dr. Uwe Schlömer



RA Jörg Dittrich, LL.M. oec. (Köln)  
Fachanwalt für gewerblichen Rechtsschutz  
Fachanwalt für Informationstechnologierecht

