

# Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

3  
K&R

- Editorial: Die neuen TK-Märkte sind in Luxemburg  
in guten Händen!  
*Prof. Dr. Christian Koenig*
- 145 eBay & Recht – Rechtsprechungsübersicht zum Jahr 2008  
*Dr. Uwe Schlömer und Jörg Dittrich*
- 154 Die Entwicklung des Datenschutzrechts im Jahr 2008  
*Dr. Flemming Moos*
- 161 Pflichtablieferung von Netzpublikationen  
*Dr. Eric W. Steinhauer*
- 167 Gezielte Behinderung bei teilidentischen Rufnummern  
*Dr. Sascha Vander*
- 170 Rücktrittsrecht bei Software-Leasing  
*Thomas Söbbing*
- 172 Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Tonträger-Sampling  
*Christoph Röhl*
- 182 BGH: Umfang der GEMA-Nutzungsrechte  
bei Klingeltönen für Mobiltelefone  
mit Kommentar von *Dr. Stefan Ventroni*
- 211 LG Darmstadt: Keine Akteneinsicht wegen  
Urheberrechtsverletzung bei Bagatelltat  
mit Kommentar von *Barry Sankol*

12. Jahrgang

März 2009

Seiten 145–216

Verlag Recht und Wirtschaft · Frankfurt am Main



RA Dr. Uwe Schlömer und RA Jörg Dittrich, LL.M. oec., Hamburg\*

## eBay & Recht – Rechtsprechungsübersicht zum Jahr 2008

*Der nachfolgende Beitrag knüpft an die Rechtsprechungsübersichten zum Jahr 2007 (Schlömer/Dittrich, K&R 2007, 433ff. sowie K&R 2008, 129ff.) an. Neben einer Reihe von instanzgerichtlichen Entscheidungen sind auch durch den BGH mehrere Urteile ergangen, die sich mit dem Thema „eBay & Recht“ befassen. Darüber hinaus äußerte sich das BVerfG zu der Frage, ob ein Rechtsanwalt seine Beratungsleistungen in der Gestalt einer Online-Auktion bei eBay anbieten darf. Ein gewisses Maß an Ungewissheit bleibt in Detailfragen des Fernabsatzrechts, obgleich das Bundesjustizministerium angesichts der vielfach geübten Kritik die in der BGB-InfoV enthaltenen Muster für die Widerrufs- bzw. Rückgabebelehrung im März 2008 neugefasst hat.*

### I. Vertragsabschluss und Leistungsstörungen

#### 1. Handeln bei eBay unter fremdem Namen

##### a) Keine Stellvertretung bei Verkauf im Auftrag eines Dritten

Zwischen eBay-Mitgliedern entsteht gelegentlich Streit darüber, wer tatsächlich Vertragspartei geworden ist – so vor allem dann, wenn ein Handelspartner einwendet, er habe bei Abschluss des Vertrages nur „im Auftrag eines Dritten“ gehandelt. So argumentierte in einem durch das AG Saarbrücken entschiedenen Fall auch der Inhaber eines eBay-Mitgliedskontos, er habe seinen Account lediglich zur Verfügung gestellt, ohne damit eigene vertragliche Bindungen eingehen zu wollen<sup>1</sup>. Er wehrte sich damit gegen eine Klage des Käufers, der eine über eBay gekaufte Cappuccinomaschine unter Berufung auf das gewährte Rückgaberecht zurückgeschickt und vom Inhaber des Mitgliedskontos die Rückzahlung des Kaufpreises verlangte. Das Gericht folgte der ganz überwiegenden Rechtsprechung<sup>2</sup> und stellte fest, dass auch dann von einem Geschäft des Accountinhabers auszugehen ist, wenn das Mitgliedskonto einer dritten Person zur Benutzung überlassen wurde. Es liege dann ein Handeln „unter“ und nicht „in“ fremdem Namen vor – dies auch vor dem Hintergrund, dass der Käufer bei eBay regelmäßig in Vorleistung trete und darauf vertrauen dürfe, dass die unter dem Mitgliedsnamen angemeldete Person auch der Vertragspartner ist. Die Angabe eines Dritten als Zahlungsempfänger oder die Beifügung der Rechnung eines Dritten bei Lieferung der Kaufsache in der Kaufabwicklung sei für die entscheidende Frage, wer Vertragspartei ist, nicht weiter relevant.

##### b) Privatkauf eines Artikels über ein gewerbliches eBay-Mitgliedskonto?

Ähnlich entschied das OLG Koblenz, dass stets der zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses angemeldete Nutzer Par-

tei des über eBay geschlossenen Vertrages wird<sup>3</sup>. Im zugrundeliegenden Fall hatte der spätere Kläger über ein Mitgliedskonto, das nicht auf ihn persönlich, sondern auf eine GmbH registriert war, ein Collier gekauft. Mit der Behauptung, er persönlich sei Vertragspartner geworden, versuchte der Kläger später den Vertrag zu widerrufen und verlangte die Rückzahlung des Kaufpreises. Die Koblenzer Richter bestätigten das klageabweisende Urteil aus der ersten Instanz. Der Kläger sei nicht sachbefugt, da der Kaufvertrag, den er persönlich im eigenen Namen widerrufen hat, nicht mit ihm, sondern mit der GmbH zustande gekommen ist. Maßgeblich sei, wer zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses angemeldet war. Der Umstand, dass der Kläger nachträglich die bei eBay hinterlegten Mitgliedsdaten geändert hat, sei nicht weiter entscheidungsrelevant. Als unerheblich erachtete das Gericht auch den Einwand, der gekaufte Schmuck gehöre nicht zu den Gegenständen, welche die GmbH als Weinhandelsunternehmen für den allgemeinen Geschäftsbetrieb benötige. Die GmbH habe als Unternehmerin den Vertrag abgeschlossen, so dass kein fernabsatzrechtliches Widerrufsrecht bestehe.

#### 2. Zur (Un-)Zulässigkeit bestimmter Leistungsangebote

Bei eBay werden längst nicht mehr nur Waren feilgeboten. So finden sich etwa zum Thema „Business & Industrie“ unter einer gesonderten Rubrik zahlreiche Kategorien zu diversen Dienstleistungen. Mit der Frage der Zulässigkeit solcher Leistungsangebote befasste sich die Justiz im letzten Jahr in zwei Sonderkonstellationen.

##### a) Angebote zur Übernahme laufender Leasingverträge

Gegenstand eines Verfahrens vor dem OLG Frankfurt war ein Pkw-Leasingvertrag mit monatlichen Leasingraten von EUR 845,64 und einer (Rest-)Laufzeit von noch etwa sieben Monaten<sup>4</sup>. Da sich die Beklagte als Höchstbietende weigerte, den Vertrag zu übernehmen, machte der Anbieter Schadensersatz in Höhe der Leasingraten bis zum Vertragsablauf geltend – dies jedoch ohne Erfolg. Der 17. Zivilsenat am OLG Frankfurt bestätigte in einem Hinweisbeschluss die Ansicht des LG, das die Schadensersatzklage mit der Begründung abgewiesen hatte, der Übernahmevertrag sei wegen mangelnder Schriftform unwirksam. Ein laufender Leasingvertrag könne von einem Verbraucher nicht im Rahmen einer Online-Auktion übernommen werden; denn der angebotene „Leasingübernahmevertrag“

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

1 AG Saarbrücken, 15. 2. 2008 – 37 C 1251/06.

2 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.

3 OLG Koblenz, 30. 7. 2008 – 5 U 397/08.

4 OLG Frankfurt, 11. 6. 2008 – 17 U 70/08.



unterliege als Vorvertrag des formbedürftigen Finanzierungsleasingvertrages zwischen der Leasinggeberin als Unternehmerin und der Beklagten als Verbraucherin dem gleichen Formzwang nach §§ 500, 492 Abs. 1 S. 1 BGB und damit der Schriftform.

#### b) Versteigerung anwaltlicher Beratungsleistungen

Kann es zulässig sein, dass auch ein Rechtsanwalt seine Beratungsleistungen in der Gestalt einer Online-Auktion über eBay anpreist? Zu dieser berufsrechtlichen Frage hat sich das BVerfG geäußert und Rechtsanwälten/-innen den Weg zur Mandanten-Gewinnung per Klick geebnet<sup>5</sup>. Die für den Beschwerdeführer zuständige Rechtsanwaltskammer hatte eine Rüge mit der Begründung erteilt, die Versteigerung anwaltlicher Dienstleistungen in der Form von Online-Auktionen sei berufsrechtswidrig. Das Amtsgericht bestätigte die Rüge; allerdings wurde diese Entscheidung durch die Karlsruher Richter dann wieder aufgehoben. Die Versteigerung anwaltlicher Beratungsleistungen könne nicht als unzulässige Werbung um ein Mandat im Einzelfall behandelt werden. Zwar komme mit dem Meistbietenden ein Mandatsvertrag zustande, jedoch ziele die Werbung des Anwalts – schon mangels Kenntnis vom potentiellen Mandanten und dessen Beratungsbedarf und weil der Aufruf der eBay-Website vom Willen des Rechtssuchenden abhängt – nicht auf die Erteilung eines Auftrages im Einzelfall. Die Werbung sei auch nicht unsachlich i. S. d. § 43 b BRAO; denn die Art und Weise der Informationsübermittlung bei Online-Auktionen sei dadurch gekennzeichnet, dass nur derjenige, der die entsprechende Website direkt oder über eine Suchmaschine aufruft, davon Kenntnis nimmt. Die Werbung über eine solche passive Darstellungsplattform belästige regelmäßig nicht und dränge sich auch keiner breiten Öffentlichkeit unvorbereitet auf. Verstößen werde auch nicht gegen das Verbot aus § 49 b Abs. 3 S. 1 BRAO, wonach dem Rechtsanwalt untersagt ist, für die Vermittlung von Aufträgen einen Teil der Gebühren oder sonstige Vorteile abzugeben. Der Plattformbetreiber stelle lediglich das Medium für die Werbung zur Verfügung; die zu zahlende Provision werde nicht für die Vermittlung eines Auftrages geschuldet.

### 3. Vertragsstrafen gegen so genannte Spaßbieter

Das Einstellen eines Artikels auf der eBay-Website stellt grundsätzlich ein verbindliches Angebot zum Abschluss eines Vertrages dar. Ebenso verbindlich ist aber auch das Gebot eines Käufers. Umso ärgerlicher ist es daher für Verkäufer, wenn ein Höchstbietender nach der Beendigung einer Online-Auktion den Vollzug des Geschäfts verweigert. Ein vor dem AG Wittmund auf Zahlung einer Vertragsstrafe klagender Verkäufer hatte sich für einen solchen Fall abgesichert. Sein Verkaufsangebot enthielt eine Klausel mit dem Inhalt, dass so genannte Spaßbieter 25 Prozent des Höchstgebotes zahlen. Der Beklagte hatte als einer von insgesamt 15 Bietern das Höchstgebot von EUR 6250,00 für einen angebotenen VW Polo abgegeben, lehnte dann aber die Abnahme zu diesem Preis ab. Der Verkäufer forderte deshalb die Vertragsstrafe in Höhe von 25 Prozent des Höchstgebotes, mithin EUR 1562,50 und bekam Recht<sup>6</sup>. Die in der Artikelbeschreibung enthaltene Vertragsstrafenregelung sei – so das Gericht – wirksam. Das Klauselverbot nach § 309 Nr. 6 BGB greife vorliegend nicht ein, da nicht nachgewiesen sei, dass der Verkäufer die betreffende Regelung formularmäßig verwendet hat. Auch sei die Bestimmung nicht zu unbestimmt; es

genüge, wenn die Pflichtverletzung, welche die Strafe auslöst, sowie Art und Höhe der Strafe wenigstens bestimmbar vereinbart werden. Es bleibt aber zu berücksichtigen, dass es sich im zugrunde liegenden Fall – ebenso wie in einer ganz ähnlichen Fallkonstellation, über die das AG Bremen 2005 zu entscheiden hatte<sup>7</sup> – um ein privates Angebot handelte. Unternehmern bleibt es beim Abschluss von Verbraucherverträgen verwehrt, derartige Vertragsstrafen zu vereinbaren – dies wegen § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB auch dann, wenn die Klausel nur zur einmaligen Verwendung bestimmt ist.

### 4. Gewährleistung: Rechte der Käufer bei Mängeln

Zeigen sich bei der Abwicklung von Verträgen zwischen eBay-Mitgliedern Mängel an der gekauften Sache, kommt es bisweilen zu Streitigkeiten über die Frage, ob der Verkäufer dafür haftbar gemacht werden kann und, falls ja, in welchem Umfang dem Käufer Mängelansprüche zustehen. Eine Entscheidung des LG Krefeld zum Gewährleistungsrecht betrifft die in der Praxis äußerst relevante Abgrenzung bloßer Anpreisungen ohne eine gewährleistungsrechtliche Bedeutung zu vereinbarten Beschaffungsangaben i. S. d. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB. Der Beklagte bot – unter Ausschluss der Gewährleistung – einen gebrauchten Plasmabildschirm der Marke FUJITSU über eBay zum Kauf an. In der Artikelbeschreibung fanden sich Formulierungen wie „Top-Zustand“ und „sieht echt klasse aus“; weiter gab er an: „Das Display verfügt über keine nennenswerten Fehler und funktionierte immer“. Da der Monitor Fehler in Form eingebraunter Leuchtschichten sowie eines erheblichen Laufgeräusches des Lüfters aufwies, die bereits bei Übergabe vorhanden waren, machte der Käufer Gewährleistungsrechte geltend. In der ersten Instanz wurde die auf Rückabwicklung des Vertrages gerichtete Klage wegen des Haftungsausschlusses abgewiesen; die dagegen gerichtete Berufung war jedoch erfolgreich. Zwar pflichteten die Richter am Landgericht der Ansicht bei, dass die Formulierungen „Top Zustand“ sowie „sieht echt klasse aus“ bloße Anpreisungen sind; soweit der Beklagte jedoch darüber hinaus den Zustand des Displays mit „keine nennenswerten Fehler“ bzw. „funktionierte immer (tadellos)“ beschrieb, ergebe sich hinreichend deutlich, dass keine über den normalen Gebrauch hinausgehenden Bildfehler vorhanden sein sollten<sup>8</sup>. Ungeachtet der Frage, ob dem Verkäufer die Fehler bekannt waren und er sich arglistig verhalten hat, habe er auf diese Weise eine Beschaffenheit des Bildschirms vereinbart. Die in das Angebot aufgenommene Haftungsausschlussklausel greife – entsprechend der Rechtsprechung des BGH – bei Fehlen dieser Beschaffenheit i. S. d. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB nicht ein.

## II. Zur Strafbarkeit im Fall der Veräußerung von Diebesgut

Mit zwei Entscheidungen zur Strafbarkeit im Fall der Veräußerung von Diebesgut über Online-Marktplätze äußerten sich zwei Strafsenate am BGH zu grundlegenden strafrechtlichen Fragen.

5 BVerfG, 19. 2. 2008 – 1 BvR 1886/06, K&R 2008, 236 ff. = WRP 2008, 492 ff.

6 AG Wittmund, 28. 8. 2008 – 4 C 183/08.

7 AG Bremen, 20. 10. 2005 – 16 C 168/05, NJW 2006, 518. Dazu auch Schlömer/Dittrich, K&R 2006, 375.

8 LG Krefeld, 1. 2. 2008 – 1 S 119/07, MMR 2008, 858.

## 1. Veräußerung gestohlener Ware über eBay

Der BGH stellte klar, dass beim Vertrieb von Waren über einen Online-Marktplatz, die zuvor in dem Wissen erworben wurden, dass sie aus einer rechtswidrigen Tat stammen, die Tatbestände der (gewerbsmäßigen) Hehlerei und des (versuchten) Betruges in Tatmehrheit zueinander stehen. Es liege insbesondere keine mitbestrafte Nachtat vor<sup>9</sup>. Der zuständige Strafsenat begründete seine Entscheidung vor allem damit, dass der Verkauf der Waren an redliche Dritte ein anderes Rechtsgut schädige als der Ankauf der Waren. Mit dem Ankauf des Diebesguts werde der bestohlene Eigentümer (weiter) geschädigt; der Betrug dagegen werde zum Nachteil der Käufer der gestohlenen Sachen begangen. Verletzt werde deshalb jeweils ein anderer Rechtsgutsträger, so dass in diesen Fällen von Tatmehrheit auszugehen ist.

## 2. Begünstigung durch Überlassen eines Accounts?

In der Vergangenheit war ungeklärt, wie es strafrechtlich zu beurteilen ist, wenn einem Dritten ein eBay-Mitgliedskonto zur Verfügung gestellt wird, damit dieser darüber Diebesgut anbieten kann. Im zugrunde liegenden Fall hatte ein eBay-Nutzer den unter seinem Namen eingerichteten Account seinem Bruder zur Verfügung gestellt, damit dieser darüber Waren veräußern konnte, die von ihm, später auch von Dritten gestohlen wurden. Die jeweils auf dem Konto eingehenden Kundenzahlungen wurden an den Bruder weitergeleitet; es konnte nicht festgestellt werden, dass der Inhaber des Mitgliedskontos Gelder für sich behalten hat. Das LG hatte die Förderung des Absatzens der gestohlenen Gegenstände und das Weiterleiten der Verkaufserlöse an den Bruder als Begünstigung nach § 257 StGB gewertet. Dagegen wendete der BGH nun ein, der Erlös aus dem Verkauf des Erlangten sei kein unmittelbarer Vorteil mehr, der Gegenstand der Begünstigung i. S. d. § 257 Abs. 1 StGB sein könne<sup>10</sup>. Eine taugliche Begünstigungshandlung könne zwar darin zu sehen sein, dass der Angeklagte seinem Bruder seinen eBay-Account zur Verfügung stellte und ihm dadurch bei dem Verkauf der entwendeten Gegenstände Hilfe leistete. Insoweit müsse aber belegt werden, dass der Angeklagte zumindest auch in der Absicht handelte, seinen Bruder vor der Wiederentziehung der entwendeten Gegenstände zu bewahren. Unabhängig davon sei vorliegend aber eine Strafbarkeit wegen Beihilfe zu Diebstahl und Hehlerei gegeben. Wird ein eBay-Account in dem Wissen zur Verfügung gestellt, dass unter diesem gestohlene Waren veräußert werden, so mache sich das eBay-Mitglied nicht wegen Begünstigung, sondern regelmäßig wegen Beihilfe zu Diebstahl und/oder Hehlerei strafbar.

## III. Rechtsschutz gegen Bewertungen und die Sperrung von Mitgliedskonten

### 1. Persönlichkeitsrechtsverletzung durch unwahre Bewertungen?!

Für Furore sorgten die von eBay im Jahr 2008 durchgeführten Änderungen innerhalb des Bewertungssystems. Bislang konnten sich die an einer Transaktion beteiligten Handelspartner jeweils gegenseitig positiv, neutral oder negativ bewerten. Nun haben eBay-Verkäufer nur noch die Wahl, einen Käufer entweder positiv oder eben gar nicht zu bewerten; neutrale oder negative Bewertungen können Verkäufer nicht (mehr) abgeben. Besonders ärgerlich sind daher ungerechtfertigte negative Bewertungen, die sich zugleich unmittelbar negativ auf das eigene Be-

wertungsprofil auswirken und derer sich der Verkäufer nicht dadurch erwehren kann, dass er selbst eine negative Bewertung abgibt. Zwar gibt eBay in seinen Grundsätzen vor, dass nur „faire und sachliche Kommentare“ abgegeben werden dürfen, die sich zudem ausschließlich auf den Ablauf der jeweiligen Transaktion beziehen müssen. Nach wie vor gilt jedoch, dass eBay selbst nicht in das Bewertungssystem eingreift und daher Kommentare nur in krassen Ausnahmefällen entfernt<sup>11</sup>. Liegt kein Bewertungsmisbrauch vor, bleibt dem eBay-Mitglied, das eine negative Bewertung erhalten hat, nur noch der Gerichtsweg. Ob und unter welchen Voraussetzungen einem eBay-Mitglied ggfs. ein Anspruch auf Rücknahme einer Bewertung oder auch auf Unterlassung der Abgabe einer solchen zusteht, wird in der Rechtsprechung kontrovers beurteilt<sup>12</sup>. Das AG Brühl wies darauf hin, dass die prozessuale Beweislast in Bezug auf angegriffene Tatsachenbehauptungen stets beim Anspruchsgläubiger liege – er habe daher darzulegen und zu beweisen, woraus sich deren Unwahrheit ergibt. Handelt es sich bei einem Kommentar dagegen um Werturteile, bestehe generell kein Anspruch auf Widerruf<sup>13</sup>. Dabei konnte es das Gericht dahingestellt lassen, ob sich auch aus der vertraglichen Beziehung zwischen den Handelspartnern, in Verbindung mit den von eBay aufgestellten, oben erwähnten Kriterien zur Abgabe von Bewertungen, ein Anspruch auf Widerruf einer Bewertung ergeben kann<sup>14</sup>. Die Grenze zur Unsachlichkeit sei in jedem Fall erst dann überschritten, wenn bewusste Fehlurteile oder Verzerrungen vorgenommen werden oder aber abschließende Bewertungen als indiskutabel erscheinen.

Dass aber keineswegs jede Kundenbewertung hinzunehmen ist, stellte das AG Dessau klar<sup>15</sup>. Zugrunde lag ein Vorgang, wie er tagtäglich passiert: Ein Kunde erwirbt einen Artikel – im Rahmen der Kaufabwicklung wird er aufgefordert, seine Rechnungs- und Lieferadresse anzugeben – dies einschließlich Telefonnummer für etwaige Rückfragen. Als der Kunde bemerkt, dass die Website hinsichtlich der Zahlungsmodalitäten und der Kontodaten nicht aufgerufen werden kann, ohne dass im Feld „Telefonnummer tagsüber“ eine Angabe gemacht wird, wendet er sich an den Verkäufer. Dieser erläuterte dem Kunden per E-Mail, auch die Angabe einer „1“ in diesem Feld zur Weiterbearbeitung des Vorgangs genüge. Doch die Freude über die erfolgreiche Transaktion währte nicht lange – schon bald darauf folgte die negative Bewertung mit dem Kommentar: „Um die Kontodaten einzusehen wurde ich genötigt meine private Tel-Nr. anzugeben?“ Das Gericht bejahte einen Anspruch auf Beseitigung der negativen Bewertung. Die Bewertung stelle eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Verkäufers dar. Die Behauptung, er – der Käufer – sei durch den Kläger zur Angabe seiner privaten Telefonnummer genötigt worden, sei unwahr. Die negative Bewertung sei geeignet, den hier klagenden Powerseller zu diskreditieren und dessen wirtschaftliches Fortkommen zu beeinträchtigen. Auch wenn davon auszugehen sei, dass ein juristischer Laie, der die Bewertung zur Kenntnis nimmt, die juristische Definition des Begriffs „Nötigung“

9 BGH, 27. 8. 2008 – 2 StR 329/08, MMR 2008, 728 f. = NSZ 2009, 38 f.

10 BGH, 29. 4. 2008 – 4 StR 148/08, K&R 2008, 533 ff.

11 Grundsatz zur Entfernung von Bewertungen abrufbar unter: <http://pages.ebay.de/help/policies/feedback-removal.html> (Stand: 9. 2. 2009).

12 Dazu auch *Schlömer/Dittrich*, K&R 2007, 119 m. w. N.

13 AG Brühl, 7. 4. 2008 – 28 C 447/07, ITRB 2008, 201 f.

14 Einen Anspruch wegen Verletzung einer vertraglichen Nebenpflicht nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB i. V. m. den eBay-eigenen Grundsätzen behandelnd: AG Erlangen, 26. 4. 2004 – 1 C 457/04; AG Peine, 15. 9. 2004 – 18 C 234/04; a. A. LG Arnsberg, 18. 5. 2005 – 3 S 22/05.

15 AG Dessau, 21. 2. 2008 – 4 C 610/07.

nicht in den Einzelheiten kennt, sei dennoch davon auszugehen, dass auch der Laie das Wort „Nötigung“ damit in Zusammenhang bringt, dass eine Person gezwungen wird, etwas zu tun, das diese nicht tun will und zu dem sie auch grundsätzlich nicht verpflichtet ist. Auch die Tatsache, dass der Begriff grundsätzlich eine strafrechtliche Relevanz hat und ein im StGB verzeichnetes Vergehen darstellt, dürfte – so das Gericht weiter – dem juristischen Laien bekannt sein.

## 2. Einstweiliger Rechtsschutz gegen die Sperrung von Mitgliedskonten

Mit der Frage, ob sich ein eBay-Mitglied auch im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen eine von eBay verhängte Zugangssperre zur Wehr setzen kann, hatten sich die Richter am OLG Brandenburg zu befassen<sup>16</sup>. Der mit der Sache befasste Senat führte aus, dass eine von eBay angeführte Begründung hinreichend deutlich machen müsse, woraus sich ein Recht zur sofortigen Sperrung ergeben soll. Im zugrunde liegenden Fall sei dies nicht geschehen. Einer daher gerechtfertigten einstweiligen Verfügung, eBay aufzugeben, das Mitgliedskonto wieder freizuschalten, stehe dabei auch nicht entgegen, dass mit dem Vollzug dieser Verfügung die Hauptsache ganz oder teilweise vorweggenommen wird. Es seien in einem solchen Fall die jeweiligen Interessen der Beteiligten gegeneinander abzuwägen, wobei im vorliegenden Fall das glaubhaft gemachte Interesse der Nutzerin an der durch die Sperrung des Zugangs bedrohten wirtschaftlichen Existenz überwiege. Übertragen lasse sich auch der in den §§ 858 ff. BGB verankerte Rechtsgedanke; insoweit sei nämlich anerkannt, dass einstweilige Verfügungen, mit denen verbotener Eigenmacht begegnet werden soll, in aller Regel die Wiedereinräumung des Besitzes anzuordnen haben und damit letztendlich den Hauptsacheanspruch erledigen.

## IV. Anbieterkennzeichnung bei eBay

In der Vergangenheit wurde vielfach die Frage diskutiert, ob ein eBay-Mitglied gegen die so genannte Impressumspflicht nach § 312 c Abs. 1 S. 1 BGB, § 5 TMG (früher: § 6 TDG) verstößt, wenn die Angaben nur auf der MICH-Seite hinterlegt sind und der Nutzer mit einem Klick auf die Schaltfläche „mich“ dorthin gelangt<sup>17</sup>. Seitdem eBay allerdings die von gewerblichen Mitgliedern registrierten Daten automatisiert in deren Artikelangebote integriert, geht es bei rechtlichen Auseinandersetzungen um die Anbieterkennzeichnung vorrangig darum, ob die dafür gesetzlich vorgeschriebenen Angaben vollständig und ordnungsgemäß mitgeteilt werden.

### 1. Telefonnummer (k)ein zwingender Bestandteil

Zuletzt war umstritten, ob die Angabe einer Telefonnummer nach § 5 Abs. 1 Nr. 2 TMG zwingend erforderlich ist. Als der BGH<sup>18</sup> damit befasst wurde, setzte er das Verfahren aus und legte die Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vor. Darauf antwortete der EuGH, dass die zugrunde liegende Vorschrift des Art. 5 Abs. 1 lit. c) der Richtlinie 2000/31/EG dahin auszulegen sei, dass Diensteanbieter verpflichtet sind, neben einer E-Mail-Adresse weitere Informationen zur Verfügung zu stellen, die eine schnelle Kontaktaufnahme und eine unmittelbare und effiziente Kommunikation ermöglichen. Diese Informationen müssten aber nicht zwingend eine Telefonnummer umfassen; sie könnten auch eine elektronische Anfragemaske betref-

fen, über die sich Nutzer im Internet an den Anbieter wenden können, woraufhin dieser per E-Mail antwortet. Anders verhalte es sich jedoch in Situationen, in denen ein Nutzer nach elektronischer Kontaktaufnahme keinen Zugang zum elektronischen Netz hat und den Anbieter deshalb um Zugang zu einem anderen, nicht-elektronischen Kommunikationsweg ersucht<sup>19</sup>.

## 2. Unvollständiger Name eines Vertretungsberechtigten

Im Jahre 2007 hatte das KG Berlin entschieden, dass es einen mehr als nur unerheblichen Wettbewerbsverstoß darstellt, wenn ein Unternehmer bei Angeboten im Fernabsatz seinen Namen nicht vollständig angibt, sondern den Vornamen abkürzt<sup>20</sup>. In Abgrenzung zu dieser Rechtsprechung hat der 5. Zivilsenat am KG Berlin im Jahre 2008 entschieden, dass es zwar ebenso einen Verstoß gegen fernabsatzrechtliche Informationspflichten – hier: § 1 Abs. 1 Nr. 3 BGB-InfoV – darstellt, wenn eine GmbH & Co. KG eine (natürliche) Vertretungsperson nicht mit vollem Namen, sondern lediglich mit dem Familiennamen nebst vorangestelltem ersten Buchstaben des Vornamens angibt; ein solcher Verstoß sei in der Regel aber nicht geeignet, den Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber und der Verbraucher mehr als nur unerheblich i. S. d. § 3 UWG zu beeinträchtigen<sup>21</sup>.

## V. §§ 312 b ff. BGB – Fernabsatzrecht

### 1. Fristbeginn für die Ausübung des Widerrufsrechts

Hatte das OLG Köln zuletzt noch entschieden, der Passus „Die Frist beginnt frühestens mit Erhalt der Ware und dieser Belehrung“ informiere den Verbraucher hinreichend klar und verständlich über den Fristbeginn für die Ausübung des fernabsatzrechtlichen Widerrufs- bzw. Rückgaberechts<sup>22</sup>, ließ das OLG München diese Klausel nicht genügen<sup>23</sup>. Die bajuwarischen Richter ließen offen, ob die Klausel deshalb unwirksam ist, weil dem Durchschnittsverbraucher mit der Wendung „mit Erhalt der Ware und dieser Belehrung“ nicht hinreichend klar verdeutlicht wird, dass es für den Beginn des Fristlaufs auf den Erhalt der Belehrung über das Rückgaberecht in Textform ankommt. Der Verbraucher werde nach Ansicht des Senats in jedem Fall nicht hinreichend darüber informiert, von welchen Voraussetzungen der Fristbeginn insgesamt abhängt. Der Verbraucher könne dem Wort „frühestens“ zwar entnehmen, dass der Beginn des Fristlaufs möglicherweise noch von weiteren Voraussetzungen abhängt; er werde jedoch im Unklaren gelassen, was das für Voraussetzungen sind. Dadurch bestehe die Gefahr, dass er bei Nichterfüllung der betreffenden weiteren Voraussetzungen die Frist für die Ausübung des Rückgaberechts irrig für bereits abgelaufen hält und deshalb von der Ausübung eines ihm an sich noch zustehenden Rückgaberechts absieht. Damit hat das OLG München die Diskussion um die Frage, wie detailliert eine Information der Verbraucher im Fernabsatz erfolgen muss, auf ein neues Niveau gehoben. Bis zuletzt gingen die Diskussionen, wie etwa auch Entscheidungen des OLG Stutt-

16 OLG Brandenburg, 12. 11. 2008 – 6 W 183/08, K&R 2009, 195 ff. Dazu auch: Schlömer/Dittrich, K&R 2006, 107 m. w. N.

17 Dazu auch: Schlömer/Dittrich, K&R 2007, 434 m. w. N.

18 BGH, 26. 4. 2007 – I ZR 190/04, K&R 2007, 400 ff. = WRP 2007, 797 ff.

19 EuGH, 16. 10. 2008 – C-298/07, K&R 2008, 670 ff.

20 KG Berlin, 13. 2. 2007 – 5 W 34/07, K&R 2007, 212 f.

21 KG Berlin, 11. 4. 2008 – 5 W 41/08, K&R 2008, 375 ff.

22 OLG Köln, 3. 8. 2007 – 6 U 60/07, MMR 2007, 713 ff.

23 OLG München, 26. 6. 2008 – 29 U 2250/08, K&R 2008, 620 ff.



gart<sup>24</sup> und LG Erfurt<sup>25</sup> zeigen – nämlich vor allem darum, ob die Verpflichtung zur Belehrung über die Bedingungen und Einzelheiten der Ausübung des Widerrufsrechts den Hinweis darauf erfasst, dass die Widerrufs- bzw. Rückgabefrist nicht vor Zugang der Belehrung „in Textform“ zu laufen beginnt. Zwischenzeitlich sehen allerdings auch die neugefassten Muster des BMJ für die Widerrufs- bzw. Rückgabebelehrung vor, dass bei Fernabsatzverträgen über Warenlieferungen im E-Commerce en détail von Fristbeginn informiert wird<sup>26</sup>.

## 2. Telefon- und Faxnummer in der Widerrufsbelehrung

Im Jahre 2004 hatte das OLG Frankfurt entschieden, die Angabe einer Telefonnummer in der Widerrufsbelehrung könne wettbewerbswidrig sein<sup>27</sup>. Das KG Berlin bestätigte diese Rechtsprechung 2007 für das Widerrufsrecht; anders sei der Fall aber dann gelagert, wenn die Rufnummer im Zusammenhang mit einer Belehrung über das Rückgaberecht i. S. d. § 356 BGB angeführt wird<sup>28</sup>. Nun führte das LG Lübeck zu dieser Problematik aus, die Gefahr einer Irreführung bestehe bei einer Widerrufsbelehrung (auch) dann nicht, wenn zuvor innerhalb der Belehrung klargestellt wird, dass der Widerruf respektive das Rückgabeverlangen „in Textform“ zu erfolgen haben; insoweit eröffne die Telefonnummer dem Verbraucher nur die Möglichkeit, ohne weitere Suche weitere Informationen zur Rücksendung einzuholen<sup>29</sup>. Dass es umgekehrt auch keinen Wettbewerbsverstoß darstellt, wenn innerhalb der Widerrufsbelehrung auf die Angabe einer Faxnummer verzichtet wird, entschied das LG Kempten. In den Gestaltungshinweisen des Musters für die Widerrufsbelehrung sei die Bekanntgabe einer Faxnummer lediglich fakultativ ausgestaltet<sup>30</sup>.

## 3. Unzulässige Anforderungen an die Rücksendung

Unternehmer haben ein nachvollziehbares Interesse, die von ihnen versendete Ware im Fall der Ausübung des Widerrufsrechts durch den Verbraucher möglichst vollständig und unbeschädigt zurückzuerhalten. Die Konzeption des Gesetzes lässt es jedoch nicht zu, das dem Verbraucher zustehende Widerrufs- bzw. Rückgaberecht dahingehend zu beschränken. Diese ganz einheitliche Rechtsprechung<sup>31</sup> hat das LG Dortmund<sup>32</sup> nochmals bestätigt und klargestellt, dass es unlauter ist, das Widerrufsrecht des Verbrauchers von der Rücksendung der unbenutzten Ware in ursprünglicher Verpackung abhängig zu machen.

## 4. Zur Wertersatzpflicht bei bestimmungsgemäßer Ingebrauchnahme

Weiterhin uneinheitlich ist die Rechtsprechung bei der Beantwortung der Frage, ob der Verbraucher im Hinblick auf eine etwaige Wertersatzpflicht zu belehren ist, wenn und soweit sich der nach erklärtem Widerruf zurückzugewährende Gegenstand verschlechtert hat<sup>33</sup>. So widersetzte sich das OLG Stuttgart<sup>34</sup> der zuletzt durch das OLG Köln<sup>35</sup> vertretenen Meinung, es stelle keinen Wettbewerbsverstoß dar, wenn ein Unternehmer nicht darauf hinweist, dass von der Wertersatzpflicht des Verbrauchers eine Verschlechterung durch die bestimmungsgemäße Ingebrauchnahme ausgenommen ist. Das KG Berlin bestätigte indes seine Rechtsprechung, dass der bei Vertragsabschlüssen über eBay verwendete Passus „Im Übrigen kann der Verbraucher die Wertersatzpflicht vermeiden, indem er die Sache nicht wie ein Eigentümer in Gebrauch nimmt und alles unterlässt, was deren Wert beeinträchtigt“ nicht unrichtig, aber unvollständig ist<sup>36</sup>. Es bleibe jedoch eine Frage des Einzelfalls, ob

ein daraus resultierender Verstoß geeignet ist, den Wettbewerb mehr als nur unerheblich zu beeinträchtigen. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass besagter Passus dem (ehemaligen) Muster des BMJ für die Widerrufsbelehrung entspricht. Dieses Muster sei zwar durch die dritte Verordnung zur Änderung der BGB-InfoV geändert worden; jedoch habe der Verordnungsgeber in Kenntnis der dadurch behobenen Informationslücke für einen Übergangszeitraum die Weiterverwendung des alten, lückenhaften Musters zur Belehrung der Verbraucher zugelassen. Daraus sei der Schluss zu ziehen, dass die Informationsinteressen der Verbraucher während dieses Übergangszeitraums zurückgestellt werden sollten; jedenfalls für den Zeitraum bis zum Ablauf der Übergangsfrist am 1. 10. 2008 sei von einem bloßen Bagatelverstoß auszugehen.

## 5. Zur Erstattungspflicht von Hinsendekosten

Nach wie vor ist nicht abschließend geklärt, ob im Fall der Ausübung des Widerrufs- bzw. Rückgaberechts vom Verbraucher für die Zusendung gezahlte Liefer- und Versandkosten zu erstatten sind. In der Rechtsprechung wurde bislang überwiegend die Auffassung vertreten, dass dem Verbraucher die Hinsendekosten im Fall der Ausübung des Widerrufs- bzw. Rückgaberechts nicht auferlegt werden dürfen<sup>37</sup>. Anderer Ansicht waren zuletzt aber das OLG Nürnberg-Fürth<sup>38</sup> und das LG Frankfurt<sup>39</sup>. Nachdem das OLG Karlsruhe<sup>40</sup> die Revision zum BGH zugelassen hatte, hat der VIII. Zivilsenat das Verfahren ausgesetzt und die Frage dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt. Allerdings äußerte sich der BGH eindeutig dahingehend, dass ein Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für die Zusendung ausscheide<sup>41</sup>.

## 6. Hinweise zum Nichtbestehen des Widerrufsrechts

### a) Unzureichende Geltungsklausel

Der persönliche Anwendungsbereich des Fernabsatzrechts setzt voraus, dass es sich um einen Vertrag handelt, der zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher geschlossen wird. Folgerichtig steht das fernabsatzrechtli-

24 OLG Stuttgart, 4. 2. 2008 – 2 U 71/07, MMR 2008, 616 ff.

25 LG Erfurt, 2. 9. 2008 – 1 HK O 93/08.

26 Das BMJ hat auf die bis dahin ergangene Rechtsprechung und die stetig wachsende Kritik an den Formulierungen der früheren Muster reagiert; die dritte Verordnung zur Änderung der BGB-InfoV ist am 1. 4. 2008 in Kraft getreten.

27 OLG Frankfurt, 17. 6. 2004 – 6 U 158/03.

28 KG Berlin, 7. 9. 2007 – 5 W 266/07, K&R 2007, 530 ff.

29 LG Lübeck, 22. 4. 2008 – 11 O 9/08, K&R 2008, 483; ebenso: *Schlömer/Dittrich*, K&R 2008, 131.

30 LG Kempten, 26. 2. 2008 – 3 O 146/08; ebenso: OLG Hamburg, 5. 7. 2007 – 5 W 77/97.

31 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.; LG Düsseldorf, 17. 5. 2006 – 12 O 496/05, CR 2006, 858; OLG Jena, 8. 3. 2006 – 2 U 990/05, GRUR-RR 2006, 283 ff. Zur Formulierung als bloße Obliegenheit: *Schlömer/Dittrich*, K&R 2006, 102, 105 mit Verweis auf LG Frankfurt am Main, 9. 3. 2005 – 2/02 O 341/04.

32 LG Dortmund, 8. 5. 2008 – 18 O 118/07, WRP 2008, 1396.

33 Dazu ausführlich: *Schlömer/Dittrich*, K&R 2008, 132 ff.

34 OLG Stuttgart, 4. 2. 2008 – 2 U 71/07, MMR 2008, 616 ff.

35 OLG Köln, 3. 8. 2007 – 6 U 60/07, MMR 2007, 713 ff. = CR 2008, 44 ff.

36 KG Berlin, 11. 4. 2008 – 5 W 41/08, K&R 2008, 375 ff. = CR 2008, 586 ff. mit Verweis auf KG Berlin, 25. 3. 2008 – 5 W 58/08.

37 OLG Frankfurt, 28. 11. 2001 – 9 U 148/01; LG Karlsruhe, 19. 12. 2005 – 10 O 794/05; LG Hamburg, 2. 12. 2005 – 406 O 127/05; *Kaestner/Tews*, WRP 2005, 1335 m. Verweis auf AG Gütersloh, 25. 5. 2005 – 10 C 314/05.

38 OLG Nürnberg-Fürth, 5. 10. 2004 – 3 U 2464/04, NJW-RR 2005, 1581.

39 LG Frankfurt, 20. 4. 2001 – 2/25 O 454/00.

40 OLG Karlsruhe, 5. 9. 2007 – 15 U 226/06, K&R 2007, 586 ff.; Vorinstanz: LG Karlsruhe, 19. 12. 2005 – 10 O 794/05.

41 BGH, 1. 10. 2008 – VIII ZR 268/07, K&R 2009, 40 ff. = NJW 2009, 66 ff.

che Widerrufs- bzw. Rückgaberecht i. S. d. §§ 355, 356, 312 d Abs. 1 BGB nur einem Verbraucher zu und findet deshalb bei einem Vertragsabschluss zwischen Unternehmern (B2B) keine Anwendung. In einem dem OLG Hamm vorliegenden Fall hatte ein gewerblicher EDV-Händler nach diversen anderen Regelungsinhalten betreffend Abwicklung, Zahlung und Versand unter der Überschrift „Garantie“ den Passus aufgenommen: „Wir verkaufen ausschließlich an Gewerbetreibende, ein Widerrufsrecht wird deshalb ausgeschlossen.“ Dies ließen die Richter aus Hamm jedoch nicht genügen und untersagten dem Händler, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs bei eBay zur Abgabe von (An-)Geboten aufzufordern, wenn nicht über das Widerrufsrecht belehrt wird<sup>42</sup>. Im Grundsatz bestehe kein Zweifel, dass Verkaufsangebote auf den Verkauf an Gewerbetreibende beschränkt werden können; die vorliegende Beschränkung des Verkaufs nur an Gewerbetreibende sei jedoch leicht zu übersehen gewesen. Der Verbraucher müsse nicht damit rechnen und vermute eine seinen primären Käuferstatus berührende Klausel jedenfalls nicht unter der Rubrik „Garantie“. Die Beschränkung des Verkaufs „nur an Gewerbetreibende“ sei nicht im Angebot selbst an hervorgehobener Stelle vorangestellt oder jedenfalls in eine entsprechende Rubrik zum Vertragsabschluss eingebettet, sondern in eine Klausel an anderer Stelle eingefügt, die mit dem Kaufadressaten und dem Abschluss des Vertrages selbst überhaupt nichts zu tun hat. Ein Verkauf an Verbraucher werde daher nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen.

#### b) Irreführender Hinweis auf „Versteigerungen“

Im Zusammenhang mit der von ihm erteilten Widerrufsbelehrung hatte ein Unternehmer darauf hingewiesen, dass das Widerrufsrecht für Verbraucher nach § 312 d Abs. 4 BGB in bestimmten Fallkonstellationen nicht besteht – so unter anderem bei „Verträgen, die in der Form von Versteigerungen geschlossen werden“. Das LG Memmingen hatte in erster Instanz entschieden, es liege keine unlautere Wettbewerbshandlung vor<sup>43</sup>. Dem konnte sich das OLG München nicht anschließen. Der Hinweis in einer fernabsatzrechtlichen Belehrung zum Widerrufs- bzw. Rückgaberecht, dem Kunden stehe bei Verträgen, die in Form von Versteigerungen geschlossen werden, kein solches Recht zu, sei irreführend und deshalb unlauter<sup>44</sup>. Die Verwendung des Begriffs „Versteigerung“ sei im Streitgegenständlichen Zusammenhang geeignet, bei den Verkehrskreisen den Eindruck zu erwecken, dass – entgegen der Rechtslage<sup>45</sup> – kein Widerrufsrecht besteht. Im allgemeinen Sprachgebrauch werde die Bezeichnung auch für Online-Auktionen verwendet, wie sie bei eBay stattfinden.

#### 7. Rückgaberecht statt Widerrufsrecht bei eBay?

Es wurde bereits über die in der Rechtsprechung entbrannte Streitfrage berichtet, ob es unzulässig sein kann, auch bei Fernabsatzverträgen, die über den eBay-Marktplatz abgeschlossen werden, Verbrauchern statt eines Widerrufsrechts i. S. d. § 355 BGB ein Rückgaberecht i. S. d. § 356 BGB einzuräumen<sup>46</sup>. Denn das LG Berlin ist der Ansicht, ein Rückgaberecht müsse dem Verbraucher zwingend bei Vertragsschluss in Textform eingeräumt werden<sup>47</sup>. Anders hat nun das LG Düsseldorf entschieden, das der Meinung ist, § 356 Abs. 1 BGB stelle nicht die Voraussetzung auf, dass auf das Rückgaberecht noch vor dem Vertragsabschluss in Textform hingewiesen werden

muss<sup>48</sup>. Dies sei dem Gesetzestext nicht zu entnehmen; auch die Besonderheiten des E-Commerce würden eine solche Notwendigkeit nicht erkennen lassen. Gerade die Abstufung in § 356 Abs. 1 BGB zeige, dass zwischen Kenntnisnahmemöglichkeit und Textformübermittlung ein auch zeitlicher Unterschied bestehen darf. Für den Verbraucher werde im Regelfall das Verfahren der Rückgabe als einfachere Möglichkeit der Rückabwicklung anzusehen sein; gegenüber dem Widerrufsrecht verschärfte Bedingungen aufzustellen, erscheine nicht sachgerecht. Ebenso hat das LG Mainz entschieden, es stelle keine unzulässige Wettbewerbshandlung dar, wenn ein Unternehmer es unterlässt, dem Verbraucher die Belehrung über das anstelle des Widerrufsrechts eingeräumte Rückgaberecht vor Vertragsschluss in Textform zu überlassen<sup>49</sup>. Ein relevanter Wettbewerbsverstoß sei schon dadurch ausgeschlossen, dass das Rückgaberecht allenfalls nicht Vertragsbestandteil wird und der Vertrag im Übrigen nach Maßgabe der gesetzlichen Vorschriften und somit unter Geltung des fernabsatzrechtlichen Widerrufsrechts wirksam bestehen bleibe.

### VI. Marken- und Wettbewerbsrecht

#### 1. Handeln im geschäftlichen Verkehr bei eBay

Mit Spannung erwartet wurden die Ausführungen des BGH zu den Anforderungen, die an das bei der Prüfung einer Markenrechtsverletzung stets zu prüfende Merkmal „Handeln im geschäftlichen Verkehr“ zu stellen sind. Wenngleich es in der früheren Prozesspraxis die Frage nach dem Handeln im geschäftlichen Verkehr nur selten zu problematisieren galt<sup>50</sup>, hat dieses Merkmal angesichts der großen Beliebtheit von Online-Marktplätzen eine inzwischen ganz maßgebliche praktische Bedeutung erlangt. Das OLG Köln hatte zuletzt eine extrem weitgehende Auffassung vertreten<sup>51</sup>. An der Richtigkeit dieser Auffassung hatte der BGH jedoch bereits in der Entscheidung „Internet-Versteigerung II“ Zweifel angemeldet<sup>52</sup>. Mit der Entscheidung „Internet-Versteigerung III“ stellen die Karlsruher Richter nochmals ausdrücklich klar, dass sich von einem Handeln im geschäftlichen Verkehr eben nicht schon dann ausgehen lässt, wenn Ware einer Vielzahl von Personen zum Kauf angeboten wird – mag dies auch mit dem Ziel geschehen, einen möglichst hohen Verkaufspreis zu erzielen<sup>53</sup>. Da auch bei einem Angebot im privaten Bereich regelmäßig ein möglichst hoher Verkaufspreis erzielt werden soll, würden alle Fallgestaltungen dem Bereich des Handelns im geschäftlichen Verkehr zugeordnet, in denen ein Privater einen einzelnen Gegenstand einer unbestimmten Anzahl von Personen zum Kauf anbietet. Dies würde dann jedoch zu einer uferlosen und ungewollten Ausdehnung des Handelns im geschäftlichen Verkehr führen sowie solche Verhaltensweisen mit umfassen, die

42 OLG Hamm, 28. 2. 2008 – 4 U 196/07, K&R 2008, 379 ff.

43 LG Memmingen, 8. 8. 2007 – 1 HO 761/07.

44 OLG München, 31. 1. 2008 – 29 U 4448/07. So auch bereits: LG Dortmund, 22. 12. 2005 – 8 O 349/05, WRP 2006, 780.

45 Dazu BGH, 3. 11. 2004 – VIII ZR 375/03, K&R 2005, 33 ff.

46 Dazu ausführlich: Schlömer/Dittrich, K&R 2007, 437.

47 LG Berlin, 7. 5. 2007 – 103 O 91/07.

48 LG Düsseldorf, 20. 11. 2008 – 38 O 61/08.

49 LG Mainz, 30. 9. 2008 – 10 HK.O 63/08.

50 Ingerl/Rohnke, Markengesetz, 2. Aufl. 2003, § 14 Rn. 46 mit dem Hinweis auf „in neuerer Zeit im Zusammenhang mit Kennzeichenverwendungen über das Internet“ zunehmend auftretende Fragestellungen.

51 OLG Köln, 18. 3. 2005 – 6 U 12/01, MMR 2005, 545 f. = CR 2005, 669 ff.

52 BGH, 19. 4. 2007 – I ZR 35/04, K&R 2007, 387 ff. = WRP 2007, 964 ff.

53 BGH, 30. 4. 2008 – I ZR 73/05, K&R 2008, 435 ff. mit Kommentar Dittrich, K&R 2008, 440 ff.

typischerweise dem privaten Bereich zuzuordnen sind. Derjenige, welcher beispielsweise anlässlich eines Umzugs in eine kleinere Wohnung eine Vielzahl verschiedener Gegenstände über die Plattform zum Verkauf anbietet, handele aber nicht bereits deshalb im geschäftlichen Verkehr, weil jedermann auf sein Angebot zugreifen kann. Nahe liege – so der BGH weiter – ein Handeln im geschäftlichen Verkehr indes bei Fallgestaltungen, bei denen ein Anbieter wiederholt mit gleichartigen, insbesondere auch neuen Gegenständen handelt. Als Indiz für eine geschäftliche Tätigkeit könne insoweit schon sprechen, wenn ein Anbieter mehr als 25 Bewertungspunkte von Käufern aufweist. Für ein Handeln im geschäftlichen Verkehr spreche zudem auch, wenn ein Anbieter die zum Kauf angebotenen Produkte erst kurz zuvor erworben hat oder ansonsten gewerblich tätig ist.

## 2. Zur Werbung mit Garantiezusagen

Garantiezusagen stellen auch für eBay-Verkäufer ein nicht unerhebliches Werbeargument dar; sie haben eine extreme Anziehungskraft auf Kunden. Nicht zuletzt deswegen hat der Gesetzgeber mit § 477 BGB Sonderbestimmungen für Garantien geschaffen, die vor allem auch dem Schutz des Verbrauchers vor ungenauen Garantiebedingungen und die damit mögliche Ungewissheit über die Rechte bei Lieferung einer mangelhaften Kaufsache dienen.

### a) Missachtung der Sonderbestimmungen für Garantien

In der Rechtsprechung herrscht derzeit Uneinigkeit darüber, welche Anforderungen an Händler zu stellen sind, die bei eBay unter Angabe einer „Garantie“ Produkte feilbieten. Nach Ansicht des OLG Hamm verstößt der in der Artikelbeschreibung eines Angebots bei eBay enthaltene Passus „Neuware mit ordentlicher Rechnung und 24 Monaten Garantie“ gegen § 477 BGB, wenn nicht gleichzeitig auf die gesetzlichen Rechte des Verbrauchers und darauf hingewiesen wird, dass diese durch die Garantie nicht eingeschränkt werden und/oder der Inhalt der Garantie und alle wesentlichen Angaben mit angeführt werden, die für die Geltendmachung der Garantie erforderlich sind. Der Verstoß begründe einen wettbewerbsrechtlichen Unterlassungsanspruch nach §§ 3, 4 Nr. 11 UWG<sup>54</sup>. Das KG Berlin hingegen ist anderer Auffassung und weist in bislang ständiger Rechtsprechung darauf hin, es sei zwischen Garantieerklärung und Garantiewerbung zu unterscheiden<sup>55</sup>. Die Norm des § 477 BGB betreffe nur die „Garantieerklärung“ im Sinne einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung des Unternehmers, nicht dagegen den Fall, dass der Verkäufer in seiner „Werbung“ die Ware auch mit dem Hinweis auf eine Garantie anpreist. Im zweiten Fall bestehe daher keine Verpflichtung des Verkäufers, einen Verbraucher vor Vertragsschluss auf die konkreten Bedingungen der Garantieerklärung hinzuweisen. Dies ergebe sich auch aus einem systematischen Wortlautvergleich zwischen Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 1999/44/EG, der sowohl die Garantieerklärung als auch die Werbung anführt, und § 477 Abs. 1 S. 2 BGB, der nur die Garantieerklärung betrifft. Auch schreibe § 312 c Abs. 2 S. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. § 1 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 b BGB-InfoV für Fernabsatzverträge zwar eine alsbaldige Information über die Garantiebedingungen vor; dies könne aber bis zur Lieferung der Ware erfolgen.

Die Rechtsprechung der Berliner Richter überzeugt nicht. Es ist nicht erkennbar, weshalb die im Rahmen eines rechtsverbindlichen, nicht einseitig widerruflichen eBay-

Angebots erfolgende Garantiezusage als bloße Garantiewerbung angesehen werden soll. Eine solche bloße Garantiewerbung liegt bestenfalls dann vor, wenn das eBay-Mitglied keine eigene Garantiezusage macht, sondern mit einer Herstellergarantie wirbt, aus welcher der Hersteller und nicht er selbst in Anspruch genommen werden kann. Darüber hinaus dient die Norm des § 477 BGB der Umsetzung von Art. 6 Abs. 2, 3 u. 5 der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie und ist daher mit Blick auf die europarechtlichen Vorgaben auszulegen. Die Vorschrift des Art. 6 Abs. 1 der Richtlinie 1999/44/EG sieht aber vor, dass die Garantieerklärung den jeweiligen Garantiegeber zu den angegebenen Bedingungen binden muss; so heißt es: „Die Garantie muss denjenigen, der sie anbietet, zu den in der Garantieerklärung und der einschlägigen Werbung angegebenen Bedingungen binden.“ Es ist demzufolge gerade von besonderer Bedeutung, dass schon in der einschlägigen Werbung für den Verbraucher klar wird, wer Garantiegeber ist und was eigentlich genauer Inhalt der Garantieerklärung ist. Dies entspricht auch dem Sinn und Zweck des § 477 Abs. 1 BGB, wonach gerade geschäftlich unerfahrene Verbraucher vor Irreführungen durch unklare, missverständliche oder aber auch unvollständige Garantieerklärungen geschützt werden sollen.

### b) Werbung mit einer 40-jährigen Garantie

Dass die Werbung mit einer 40-jährigen Garantie für die Haltbarkeit einer Sache nicht unlauter ist, wenn und soweit sie sich auf Sachen bezieht, die bei normaler Benutzung eine entsprechend lange Lebensdauer haben, hat unterdessen der BGH entschieden<sup>56</sup>. Nach § 202 Abs. 2 BGB kann die Verjährung durch Rechtsgeschäft zwar nicht über eine Verjährungsfrist von 30 Jahren ab dem gesetzlichen Verjährungsbeginn hinaus erschwert werden. Ein selbständiger Garantievertrag, der für die Dauer von 40 Jahren abgeschlossen werden soll, unterliege jedoch nicht der Verjährung. Es handle sich um ein Dauerschuldverhältnis, das – anders als die daraus erwachsenden Ansprüche – unverjährbar ist<sup>57</sup>.

## 3. Unterlassene Rohstoffgehaltsangabe bei Textilien

Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 TextilKennzG dürfen Textilerzeugnisse gewerbsmäßig nur in den Verkehr gebracht oder zur Abgabe an Letztverbraucher feilgehalten werden, wenn sie mit einer Angabe über Art und Gewichtsanteil der verwendeten textilen Rohstoffe versehen sind. Freilich müssen diese Rohstoffgehaltsangaben in deutlich erkennbarer Weise eingewebt oder an dem Textilerzeugnis angebracht sein oder aber – bei Textilerzeugnissen, die in für die Abgabe an Verbraucher bestimmten Verpackungen feilgehalten werden – auf der Verpackung angebracht sein. Darüber hinaus regelt § 1 Abs. 2 TextilKennzG aber auch, dass Abbildungen oder Beschreibungen von Textilerzeugnissen sowie Kataloge oder Prospekte mit derartigen Abbildungen oder Beschreibungen Letztverbrauchern zur Entgegennahme von Bestellungen auf Textilerzeugnisse nur gezeigt werden dürfen, wenn (auch) sie mit einer Rohstoffgehaltsangabe für die angebotenen Textilerzeugnisse versehen sind.

Das LG Frankenthal hat einem auf dem eBay-Marktplatz tätigen Unternehmer untersagt, Verbraucher zur Abgabe

54 OLG Hamm, 17. 7. 2008 – 4 U 97/08.

55 KG Berlin, 2. 9. 2008 – 5 W 254/08, KG Berlin, 2. 11. 2007 – 5 W 306/07.

56 BGH, 26. 6. 2008 – I ZR 221/05, WRP 2008, 1326 ff.

57 BGH, 9. 6. 1994 – I ZR 91/92, WRP 1994, 732.



von Angeboten oder Bestellungen aufzufordern, ohne beim Verkauf von Textilien die vorgeschriebene Rohstoffgehaltsangabe mitzuteilen<sup>58</sup>. Anlass war ein über eBay angebotenes Karnevalskostüm, bei dem sich nur unzureichende Angaben über die verwendeten textilen Rohstoffe vorfinden. Die Pfälzer Richter stellten klar, dass sich der Anbieter nicht auf die in Ziffer 24 der Anlage 3 zu § 11 Abs. 2 TextilKennzG geregelte Ausnahme für „Spielzeuge“ berufen könne. Im Übrigen sei es Sinn und Zweck des TextilKennzG, dass sich der Verbraucher über die verarbeiteten Materialien, deren Qualität und Verwendbarkeit unterrichten und seinen Kaufentschluss in voller Kenntnis dieser Umstände treffen kann. Diese Möglichkeit biete sich einem Verbraucher aber nicht, wenn die Materialzusammensetzung der angebotenen Kleidung verschwiegen wird. Da es sich demnach bei den Regelungen des TextilKennzG um Marktverhaltensvorschriften<sup>59</sup> handle, sei die unterlassene Rohstoffgehaltsangabe unzulässig i. S. d. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG. Das LG Lübeck indes sah in einem Verstoß gegen das TextilKennzG einen bloßen Bagatelverstoß<sup>60</sup>. Ausgehend von der Annahme, dass ein unerheblicher Verstoß dann anzunehmen ist, wenn die unlautere Wettbewerbshandlung lediglich geeignet ist, irgendeinen geringfügigen Wettbewerbsvorsprung zu begründen, vermochte das Gericht im zugrunde liegenden Fall nicht nachzuvollziehen, dass durch das Fehlen der exakten Materialangaben einer verkauften Textilware bei einem ohnehin eher kleinen eBay-Shop der Verbraucher überhaupt in irgendeiner Weise beeinflusst wird, und falls doch, sei diese Beeinflussung von lediglich marginaler Art.

#### 4. Irreführende Blickfangwerbung mit Markennamen

Ein bei eBay explizit geregelter Grundsatz befasst sich mit dem Verbot des so genannten Keyword-Spamming<sup>61</sup>. Den eBay-Mitgliedern wird demnach untersagt, innerhalb der Artikelbezeichnung und/oder -beschreibung unpassende Begriffe einzugeben, um so die Abfrageergebnisse der auf der eBay-Website integrierten Suchmaschine zu manipulieren. Nicht gestattet ist unter anderem der Gebrauch von Markennamen, die nicht das dargestellte Angebot beschreiben. Dass ein Verstoß gegen diesen Richtsatz auch wettbewerbsrechtliche Relevanz erlangen kann, belegt eine Entscheidung des LG Oldenburg, mit der einem Unternehmer untersagt wurde, auf dem eBay-Marktplatz für Waschbecken mit der Artikelbezeichnung „Waschbecken Center, Katalog von Duravit“ zu werben, sofern das beworbene Produkt nicht tatsächlich vom Hersteller DURAVIT stammt – dies ungeachtet der Tatsache, dass die Überschrift im Untertitel um den Zusatz „gibt es auf Wunsch kostenlos dazu“ ergänzt wurde<sup>62</sup>. Die in dem Angebot blickfangmäßig herausgestellte Artikelbezeichnung sei missverständlich. Der angesprochene Durchschnittsverbraucher gehe aufgrund der durch ein großes, fett gedrucktes Schriftbild deutlich hervorgehobenen Schlagworte zunächst davon aus, dass es sich um ein Produkt aus dem Katalog des Markenherstellers DURAVIT handelt. Durch Verwendung der Marke DURAVIT locke das eBay-Mitglied Verbraucher, die sich über die Suchmaschine Produkte dieses Herstellers anzeigen lassen wollen, auf die eigenen Angebote. Auch die übrige Gestaltung des Angebots lasse den Verbraucher sodann nicht gleich erkennen, dass es sich bei dem angebotenen Waschbecken nicht um ein Produkt des Herstellers DURAVIT handelt. Die Angabe im Untertitel „gibt es auf Wunsch kostenlos dazu“ werde leicht übersehen; erst bei einer genaueren Lektüre des Angebotes werde er über den tatsächlichen

Hersteller aufgeklärt. Diese Art der Werbung täusche also den Verbraucher und sei deswegen zu untersagen.

#### 5. Gewerblicher Tickethandel trotz Wiederveräußerungsverbot

Die Rubrik für „Tickets“ ist bei eBay gut frequentiert. In der Rechtsprechung war zuletzt umstritten, ob der Verkauf von Eintrittskarten den Vorschriften über Fernabsatzverträge nach §§ 312 b ff. BGB unterliegt<sup>63</sup>. Nunmehr lag dem BGH eine weitere, im Zusammenhang mit dem gewerblichen Tickethandel verbundene, Frage vor<sup>64</sup>: Stehen einem Selbstvermarkter Unterlassungsansprüche wegen des Ankaufs und (Wieder-)Verkaufs von Eintrittskarten zu, wenn er den gewerblichen und kommerziellen Weiterverkauf der erworbenen Tickets ohne Einholung einer vorherigen Zustimmung durch den Veranstalter in seinen AGB untersagt? Hintergrund ist, dass vielfach Eintrittskarten – vorliegend ging es um Tickets für Fußballspiele – zu erheblich über dem offiziellen Verkaufspreis des Veranstalters liegenden Preisen im Internet feilgeboten werden. Dabei werden die Eintrittskarten direkt vom Veranstalter erworben, ohne dass sich die gewerblichen Wiederverkäufer als kommerzielle Anbieter zu erkennen geben; teilweise werden aber auch Privatpersonen zum Zwecke des Ankaufs umworben oder es werden die Karten von Dritten angekauft, welche diese über den Online-Marktplatz zum Kauf angeboten haben.

Der BGH führte zunächst aus, dass es keine vertragsrechtliche Grundlage dafür geben könne, einen Wiederverkäufer allgemein im Hinblick auf die Verletzung künftiger noch nicht geschlossener Verträge zur Unterlassung zu verpflichten; denn § 280 Abs. 1 BGB setze das Bestehen eines Schuldverhältnisses voraus. Darüber hinaus könne allerdings ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch unter dem Aspekt des Schleichbezugs nach §§ 3, 4 Nr. 10 UWG bestehen, wenn und soweit Wiederverkäufer – selbst oder unter Einschaltung von Strohmannern – Eintrittskarten direkt beim Veranstalter oder dessen autorisierten Verkaufsstellen erwerben. Denn ohne eine Täuschung über die Wiederverkaufsabsicht könnten die Karten beim Veranstalter nicht erworben werden, wenn dieser in seinen AGB klarstellt, dass kein Verkauf an gewerbliche Wiederverkäufer erfolgt. Kein Unterlassungsanspruch bestehe hingegen, wenn und soweit die Eintrittskarten nicht vom Veranstalter oder über autorisierte Verkaufsstellen, sondern von Dritten erworben wurden. Das Schalten von Such- und Werbeanzeigen für den Ankauf von Tickets im Internet oder in anderen Medien erweise sich nicht als unlauteres Verleiten zum Vertragsbruch; es fehle an einer gezielten Einwirkung auf konkrete Karteninhaber. Darüber hinaus liege auch kein unlauteres Ausnutzen eines fremden Vertragsbruchs vor. Das bloße Ausnutzen eines fremden Vertragsbruchs, ohne den vertraglich Gebundenen zu dem Vertragsbruch zu verleiten, sei grundsätzlich nur unlauter, wenn besondere die Unlauterkeit begründende Umstände hinzutreten. Solche Umstände seien weder das systemati-

58 LG Frankenthal, 14. 2. 2008 – 2 HK O 175/07, BB 2008, 509 = ITRB 2008, 154.

59 Ausführlich zur Qualifizierung des TextilKennzG als wertneutrale Ordnungsvorschrift mit sekundärem Marktbezug: OLG Hamm, 9. 11. 2003 – 4 U 86/03, GRUR-RR 2004, 115 f.

60 LG Lübeck, 22. 4. 2008 – 11 O 9/08, K&R 2008, 483 f.

61 Grundsatz zur Manipulation von Suchergebnissen abrufbar unter: <http://pages.ebay.de/help/policies/keyword-spam.html> (Stand: 9. 2. 2009)

62 LG Oldenburg, 24. 4. 2008 – 5 O 854/08, WRP 2008, 985 f.

63 Dazu auch: Schlömer/Dittrich, K&R 2008, 129 f.

64 BGH, 11. 9. 2008 – I ZR 74/06, K&R 2009, 110 ff.

sche und planmäßige Vorgehen der Wiederverkäufer noch die Tatsache, dass diese die Karten nicht direkt beim Veranstalter beziehen oder aber Kenntnis davon haben oder haben müssen, dass Karteninhabern ein kommerzieller Weiterverkauf nicht gestattet ist. Im Übrigen liege auch kein Schwarzhandel im eigentlichen Sinne, d. h. ein Warenverkauf unter Umgehung polizeilicher oder gesetzlicher Vorschriften zu überhöhten Preisen vor.

## VII. Herstellerverbot eines Vertriebs über den Online-Marktplatz eBay?!

Mit der Frage, ob eine von einem Hersteller von Markenartikeln verwendete Klausel, die es Vertriebshändlern untersagt, Waren über Internet-Auktionsplattformen anzubieten und/oder zu verkaufen, als kartellrechtlich unzulässige Lieferbeschränkung oder bloße Qualitätsanforderung anzusehen ist, haben sich das LG Mannheim<sup>65</sup> wie auch das LG München I<sup>66</sup> befasst. Es stelle eine sachlich gerechtfertigte Behinderung dar, wenn ein Hersteller – hier von Schulranzen – in seinen Vertriebs-Auswahlkriterien die Belieferung an solche Händler ausschließt, die über den Online-Marktplatz eBay oder vergleichbare Auktionsformate lediglich einzelne Produkte des Sortiments des Herstellers anbieten. Anders urteilte indes das LG Berlin in einer früheren Entscheidung. Der Hersteller von Markenartikeln dürfe die Belieferung von Einzelhändlern nicht davon abhängig machen, dass diese seine Markenartikel nicht über eBay vertreiben<sup>67</sup>. Der in den Auswahlkriterien vorgesehene Ausschluss des Vertriebs über das Internet stelle eine unzulässige Einschränkung des Wettbewerbs i. S. d. § 1 GWB dar, weil dadurch die Handlungsfreiheit der an der Vereinbarung beteiligten Unternehmen beschränkt werde.

## VIII. Zur Haftung der Plattformbetreiber

Nach wie vor aktuell ist die Frage, unter welchen Voraussetzungen Betreiber eines Online-Marktplatzes für Rechtsverletzungen ihrer Mitglieder in Haftung genommen werden können. Im Jahre 2004 hatte der BGH festgestellt, dass eine Haftung der Diensteanbieter wegen Markenrechtsverletzungen der Nutzer nach den Grundsätzen der Störerhaftung in Betracht kommt<sup>68</sup>. Mit der Entscheidung „Internet-Versteigerung II“ konstatierten die Richter am I. Zivilsenat, dass sich daran auch durch das am 1. 3. 2007 in Kraft getretene TMG nichts geändert hat<sup>69</sup>. Diese Rechtsprechung hat der BGH im Jahre 2008 mit seiner Entscheidung „Internet-Versteigerung III“ fortgeführt, weist aber darauf hin, dass die grundsätzlich denkbare Störerhaftung der Plattformbetreiber dadurch eingeschränkt ist, dass die Betreiber die Rechtsverletzungen mit zumutbarem Aufwand in einem vorgeschalteten Filterverfahren und eventueller anschließender manueller Kontrolle der dadurch ermittelten Treffer erkennen können<sup>70</sup>.

### 1. Sekundäre Darlegungs- und Beweislast des Störers

Für die Praxis von Bedeutung sind vor allem auch die in den Entscheidungen „Internet-Versteigerung III“<sup>71</sup> wie auch „Namensklau im Internet“<sup>72</sup> enthaltenen prozessrechtlichen Grundsätze. Der I. Zivilsenat hat bestätigt, dass die Darlegungs- und Beweislast für die eine Störerhaftung begründenden Umstände grundsätzlich beim Anspruchsgläubiger liegen. Diese Darlegungs- und Beweislast werde allerdings dadurch gemildert, dass die Plattformbetreiber nach dem auch im Prozessrecht geltenden Grundsatz von Treu und Glauben eine prozessuale Erklärungsspflicht trifft. So könne ein Plattformbetreiber nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast seiner-

seits gehalten sein, zum Handeln der betreffenden Anbieter auf dem Marktplatz substantiiert vorzutragen, wenn er ein Handeln im geschäftlichen Verkehr in Abrede stellen will, der Markeninhaber als Anspruchsgläubiger jedoch einen Sachverhalt dargelegt und beweist, der ein Handeln im geschäftlichen Verkehr nahelegt<sup>73</sup>. Ebenso sei ein Plattformbetreiber gehalten, im Einzelnen vorzutragen, welche Schutzmaßnahmen er ergreifen kann und weshalb ihm – falls diese Maßnahmen keinen lückenlosen Schutz gewährleisten – weitergehende Maßnahmen nicht zuzumuten sind, wenn auf der anderen Seite der Anspruchsgläubiger keinen Einblick in die technischen Möglichkeiten hat und von sich aus nicht erkennen kann, ob diesem der Einsatz einer bestimmten Maßnahme im Hinblick auf interne Betriebsabläufe zumutbar ist<sup>74</sup>.

### 2. Verkehrssicherungspflicht der Plattformbetreiber zur Eindämmung von Verhaltensunrecht

Eine zunehmend aufkeimende Frage ist, ob und in welchem Umfang Betreiber einer Internet-Plattform für Fälle des Verhaltensunrechts haftbar gemacht werden können, in denen also keine Verletzung eines absoluten Rechts in Rede steht. Ähnlich wie der BGH in der Entscheidung „Jugendgefährdende Medien bei eBay“<sup>75</sup> stellte das OLG Frankfurt darauf ab, ob ein Verstoß gegen wettbewerbsrechtliche Verkehrspflichten festzustellen ist<sup>76</sup>. Nach Ansicht der hessischen Richter treffe die Betreiber eines Internet-Portals für Kleinanzeigen eine gewisse Pflicht dafür zu sorgen, dass gewerbliche Anbieter ihrer Verpflichtung zu einer Anbieterkennzeichnung i. S. d. § 5 TMG nachkommen. An Art und Intensität der hierzu erforderlichen Maßnahmen seien jedoch keine allzu hohen Anforderungen zu stellen; es könne ausreichen, dass die Anzeigenkunden vor Abgabe ihres Anzeigenauftrags in geeigneter Form über die Impressumspflicht belehrt, zur Preisabgabe der Gewerblichkeit ihres Angebots bei der Anmeldung nachdrücklich angehalten und in diesem Fall zur Angabe ihres Namens und ihrer Anschrift gezwungen werden.

### 3. Proaktive Prüfungspflichten der Plattformbetreiber vor Veröffentlichung von Angeboten?

Eine durch das OLG Hamburg verkündete Entscheidung befasst sich mit der Frage nach einer proaktiven, also vor der für jedermann zugänglichen Darstellung auf dem Online-Marktplatz erfolgenden Überprüfung neu eingestellter Angebote und deren Löschung bzw. Sperrung im Falle der Feststellung einer (Marken-) Rechtsverletzung<sup>77</sup>. Nach Ansicht der Hanseaten haftet eBay – abhängig davon, ob die Anbieter der beanstandeten Angebote im geschäftlichen Verkehr handeln oder nicht – als Täter oder Gehilfe nach den Grundsätzen der Täterschaft bzw. Teilnahme durch Unterlassen; auf die bislang durch den BGH angewandten Grundsätze der so genannten Störerhaftung komme es nicht an. Die Hamburger Richter stützen sich insoweit unter anderem auch auf den vom BGH in obig er-

65 LG Mannheim, 14. 3. 2008 – 7 O 263/07 Kart, K&R 2008, 388 ff.

66 LG München I, 24. 6. 2008 – 33 O 22144/07.

67 LG Berlin, 24. 7. 2007 – 16 O 412/07 Kart, K&R 2008, 321 f.

68 BGH, 11. 3. 2004 – I ZR 304/01, K&R 2004, 486 ff. = WRP 2004, 1287 ff.

69 BGH, 19. 4. 2007 – I ZR 35/04, K&R 2007, 387 ff. = WRP 2007, 964 ff.

70 BGH, 30. 4. 2008 – I ZR 73/05, K&R 2008, 435 ff.

71 BGH, 30. 4. 2008 – I ZR 73/05, K&R 2008, 435 ff.

72 BGH, 10. 4. 2008 – I ZR 227/05, K&R 2008, 677 f. = WRP 2008, 1517 ff.

73 BGH, 30. 4. 2008 – I ZR 73/05, K&R 2008, 435 ff.

74 BGH, 10. 4. 2008 – I ZR 227/05, K&R 2008, 677 f. = WRP 2008, 1517 ff.

75 BGH, 12. 7. 2007 – I ZR 18/04, K&R 2007, 517 ff.

76 OLG Frankfurt, 23. 10. 2008 – 6 U 139/08, K&R 2009, 60 f.

77 OLG Hamburg, 24. 7. 2008 – 3 U 216/06, WRP 2008, 1569 ff.



wählter Entscheidung „Jugendgefährdende Medien bei eBay“<sup>78</sup> zugrunde gelegten Ansatz zur Begründung einer täterschaftlichen Unterlassungshaftung aufgrund (Überwachungs-) Garantenstellung wegen Eröffnung einer Gefahrenquelle und durch Verletzung von Handlungspflichten.

Gegen dieses Urteil des OLG Hamburg wurde Revision eingelegt. Ob der BGH das Urteil aus Hamburg bestätigt, erscheint angesichts der bisher durch den I. Zivilsenat aufgestellten Grundsätze äußerst zweifelhaft. Während das OLG davon ausgeht, dass eBay den Tatbestand einer täterschaftlich begangenen Markenverletzung erfüllt, allerdings die Täterqualifikation der Anbieter als Tatnächste eine täterschaftliche Haftung ausschließt, so dass letztlich „nur“ eine Gehilfenhaftung in Betracht komme, hat der BGH zuletzt sogar noch besonders betont, dass eine Störerhaftung nur insoweit in Betracht kommt, wie keine zumutbaren Kontrollmaßnahmen ergriffen werden. Darüber hinaus sehen die Richter am OLG Hamburg eBay als Täter durch Unterlassen in der Haftung, soweit ein Mitglied privat und daher nicht im geschäftlichen Verkehr handelt, obwohl der BGH für solche Fälle ausdrücklich eine Haftung verneint hat.

#### **4. Gehilfenhaftung bei fortdauernder Zugänglichmachung versteigertter Kunstwerke?**

Eine die Internet-Plattform eART betreffende, aber auf eBay ohne weiteres übertragbare Entscheidung erging durch das OLG Köln und befasst sich mit der Haftung der Portalbetreiber wegen einer öffentlichen Zugänglichma-

chung von Abbildungen einer künstlerischen Bleistiftzeichnung<sup>79</sup>. Anlass für den Rechtsstreit war dabei, dass der betreffende Künstler das von ihm geschaffene Kunstwerk auf der Website der Portalbetreiber entdeckte als es zum Kauf angeboten wurde. Da die Abbildung auch noch nach Abschluss der Transaktion über die Website abrufbar war, beantragte er den Erlass einer einstweiligen Verfügung – dies im Ergebnis mit Erfolg. Dabei stellte der 6. Zivilsenat des OLG Köln zunächst fest, dass die öffentliche Zugänglichmachung von zum öffentlichen Verkauf bestimmten Werken der bildenden Künste nach § 58 Abs. 1 UrhG zulässig ist, soweit dies zur Förderung der (Verkaufs-)Veranstaltung erforderlich ist. Daher sei auch die öffentliche Zugänglichmachung einer Abbildung der Zeichnung im Internet davon zumindest bis zum Abschluss der Transaktion gerechtfertigt. Nicht mehr von der gesetzlichen Schrankenbestimmung zur so genannten Katalogbildfreiheit erfasst werde hingegen, dass die Abbildung anschließend noch länger als eine Woche auf der Website belassen wird. Die Haftung der Portalbetreiber folge insoweit unter dem Aspekt der Gehilfenhaftung. Denn mit dem Betrieb der Website werde eine Plattform geschaffen, auf der mit derartigen Rechtsverstößen zu rechnen ist. Die Verkäufer seien – so das Gericht weiter – in aller Regel nämlich nicht Inhaber der Rechte, die sie zu einer solchen öffentlichen Zugänglichmachung berechtigen würden.

<sup>78</sup> BGH, 12. 7. 2007 – I ZR 18/04, K&R 2007, 517 ff.

<sup>79</sup> OLG Köln, 26. 9. 2008 – 6 U 111/08, K&R 2009, 128 ff.

## 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

