

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

3
K&R

Editorial: Nur die Tagesschau wäre ein bisschen wenig
Prof. Dr. Stephan Ory

145 Die Entwicklung des Datenschutzrechts im Jahr 2010
Dr. Flemming Moos

153 „Smart Cameras“ und automatische Verhaltensanalyse
Dr. Gerrit Hornung und Monika Desoi

159 eBay & Recht – Rechtsprechungsübersicht zum Jahr 2010
Dr. Uwe Schlömer und Jörg Dittrich

171 ACTA (Anti-Counterfeiting Trade Agreement) –
ohne Auswirkungen auf das deutsche und europäische Recht
Prof. Dr. Joachim Schrey und Dr. Thomas W. Haug

175 Die Nichtanwendung des Zugangserschwerungsgesetzes –
Ein „juristisch interessantes Konstrukt“ oder ein gezielter
Verfassungsverstoß? · *Dr. Christoph Schnabel*

177 Freie Benutzung oder abhängige Bearbeitung beim „Perlentauchen“?
Prof. Dr. Rainer Erd

181 Zum Umfang des „Ausrichtens“ einer gewerblichen Tätigkeit
im Internet · *Dr. Bartosz Sজেcki*

183 Länderreport USA · *Clemens Kochinke*

Beihefter 1/11

„Smart Sanctions“ versus Pressefreiheit
Prof. Dr. Ralf Müller-Terpitz

Beilage 1/11

Ermittlung monatlicher tatsächlicher investiver Kosten und daraus
resultierender Überlassungsentgelte für Teilnehmeranschlussleitun-
gen der Telekom Deutschland
Prof. Dr. Torsten J. Gerpott und Prof. Dr. Peter Winzer

14. Jahrgang

März 2011

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 2010

Der folgende Beitrag knüpft an die Rechtsprechungsübersicht zum Jahr 2009 (Schlömer/Dittrich, K&R 2010, 148 ff.) an. Auch diesmal stehen die fernabsatzrechtlichen Informations- und Belehrungspflichten gewerblicher eBay-Verkäufer wieder im Fokus – zumal mit Wirkung zum 11. 6. 2010 wichtige Neuregelungen durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht in Kraft getreten sind. Darüber hinaus beantwortete der EuGH im Rahmen einer Vorabentscheidung die Frage, ob für den Fall des Widerrufs eines Fernabsatzvertrages die Kosten der Hinsendung vom Unternehmer oder vom Verbraucher zu tragen sind.

I. Zur Umsatzsteuerpflicht (vermeintlich) privater eBay-Mitglieder

Das deutsche Umsatzsteuerrecht kennt einen eigenen Unternehmerbegriff, der nicht gleichzusetzen ist mit dem Gewerbetreibenden im Einkommensteuerrecht. So sieht die Legaldefinition des § 2 Abs. 1 UStG vor, dass Unternehmer ist, wer eine gewerbliche oder berufliche Tätigkeit selbständig ausübt. Gewerblich oder beruflich ist dabei jede nachhaltige Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen, auch wenn die Absicht, Gewinn zu erzielen, fehlt. Ob im Einzelfall eine Betätigung als nachhaltig und damit unternehmerisch einzuordnen ist, wird nach der Rechtsprechung des BFH anhand einer Reihe verschiedener Kriterien beurteilt, die je nach Einzelfall in unterschiedlicher Gewichtung für oder gegen Nachhaltigkeit sprechen können.¹ Von Bedeutung können in diesem Zusammenhang insbesondere die Zahl der Verkäufe und der verkauften Gegenstände sein, die Dauer der Verkaufstätigkeit, die Planmäßigkeit des Handelns und seine Anlage auf Wiederholung, die Intensität des Tätigwerdens, die Höhe der Erlöse, die Beteiligung am Markt, die Werbung, die Benutzung und das Unterhalten eines Laden-/Geschäftslokals, das Auftreten nach außen, die Verwertung anderweitig erworbener Kenntnisse und Kontakte sowie die Ausbildung des Steuerpflichtigen. Nach einer Entscheidung des FG Baden-Württemberg liegt die für die Eigenschaft als umsatzsteuerlicher Unternehmer erforderliche Nachhaltigkeit bei einem eBay-Mitglied auch dann vor, wenn der Online-Marktplatz dazu genutzt wird, um auf längere Dauer und mit erheblicher Intensität eine Vielzahl von Gegenständen mit Liebhaberwert weiterveräußern zu können.² Die gegen zuvor ergangene (Umsatz-)Steuerbescheide klagenden Ehegatten hatten dargelegt, leidenschaftliche Hobby-sammler zu sein, die sich von einem Teil ihrer Puppen- und Teddybären-Sammlung getrennt haben; in geringerem Umfang seien gebrauchte Haushaltsgegenstände betroffen gewesen, die sie selbst nicht mehr benötigten oder die durch Todesfälle in der Familie nicht mehr benötigt wurden. Die getätigten Transaktionen beliefen sich im Durchschnitt auf zwischen 4,5 (im Jahr 2004) und 11 (im Jahr 2005) Geschäftsvorfälle je Woche und bei über 1200 Verkäufen während der gesamten in Rede stehenden dreieinhalb Jahre auf etwa 7 Transaktionen wöchentlich. Eine derart intensive und langfristig angelegte Verkaufstätig-

keit sei, so die Finanzrichter, aber als nachhaltig anzusehen – zumal die Betätigung bei eBay einen nicht unerheblichen Organisationsaufwand der eigenen Arbeitsabläufe bedinge, sobald die Anzahl der Transaktionen die Schwelle bloß gelegentlichen Handelns überschreitet. Unmaßgeblich sei, dass die verkauften Sachen ursprünglich nicht in der (sei es auch nur bedingten) Absicht des späteren Wiederverkaufs erworben wurden.

II. Strafbarkeit bei Warenbetrug und Verkauf verbotener Artikel

1. Keine einheitliche Tat bei Warenbetrug im E-Commerce

Mit einer Entscheidung zum Warenbetrug im E-Commerce äußerte sich der 5. Strafsenat des BGH zu der grundlegenden strafrechtlichen Frage, ob rechtlich von einer einheitlichen Tat auszugehen ist, wenn Waren über einen gewissen Zeitraum von Anfang an mit der Vorstellung zum Kauf angeboten und verkauft wurden, auf die einzelnen Bestellungen trotz geleisteter Zahlung häufig gar nichts, nicht die bestellte Ware oder aber die bestellte in nicht ordnungsgemäßem Zustand oder nur einen Teil der Ware zu liefern. Der BGH stellte klar, dass für die Annahme eines Gesamtvorsatzes nach Aufgabe der Rechtsfigur der fortgesetzten Handlung kein Raum mehr sei.³ Das Präsentieren verschiedener Waren im Internet biete keinen Anknüpfungspunkt für die Annahme eines Gesamtvorsatzes. Auch unter dem Gesichtspunkt der natürlichen Handlungseinheit liege angesichts des lang gestreckten Tatzeitraums⁴ keine einheitliche Tat vor; vielmehr sei von jeweils selbständigen Taten auszugehen, die jeweils auf einem neuen Tatentschluss beruhen.

2. Verkauf von eigenmächtig entsperrten Mobilfunkgeräten

Mobilfunkgeräte werden bisweilen so gesperrt, dass sie nur SIM-Karten von bestimmten Ländern oder Anbietern bzw. Netzen oder SIM-Typen akzeptieren (sog. SIM-Lock). Der BGH hat bereits entschieden, dass das eigenmächtige Entfernen eines SIM-Lock zu markenrechtlichen Abwehransprüchen der Hersteller führen kann.⁵ Immer mehr in den Fokus rückt aber die Frage, ob ein unbefugtes Entsperrn von Mobilfunkgeräten auch strafbar ist. Das AG Nürtingen hatte über die Strafbarkeit eines Angeklagten zu befinden, der bei Mobilfunktelefonen, die aus Prepaid-Bundles stammten, mittels eines sog. Flasher die Dateneintragungen des SIM-Lock manipulierte, um sie dann als „neu“ und „sim-lock-frei“ über eBay zu veräußern. Das Gericht sah bereits in dem unbefugten Entfernen bzw. Löschen des SIM-Lock eine strafbare Datenveränderung jeweils Tateinheitlich mit gewerbsmäßiger Fälschung be-

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

1 Vgl. BFH, 4. 9. 2008 – V R 10/06 m. w. N.

2 Vgl. FG Baden-Württemberg, 22. 9. 2010 – 1 K 3016/08.

3 Vgl. BGH, 28. 10. 2010 – 5 StR 226/10, K&R 2010, 820 ff.

4 Im Tatzeitraum Februar bis Anfang November 2008 erfolgten zumindest 119 Warenbestellungen von Kunden, die entweder keine oder nicht die geschuldete Warenlieferung erhielten.

5 Vgl. BGH, 9. 6. 2004 – I ZR 13/02 – SIM-Lock, K&R 2005, 80 ff.

weiserheblicher Daten – strafbar gem. §§ 269, 267 Abs. 3 S. 1 u. S. 2 Nr. 1 u. 3, 303 a, 303 c StGB – und verhängte eine Gesamtfreiheitsstrafe von elf Monaten.⁶ Obwohl das Gericht im Übrigen ausführt, der Angeklagte habe zugleich den falschen Eindruck erweckt, die SIM-Sperre sei ordnungsgemäß durch den Provider entfernt worden, lässt das Urteil eine strafrechtliche Würdigung der Veräußerungsvorgänge selbst leider vermissen.

III. Aktualität von Preisangaben in Preisvergleichslisten

Erst letztes Jahr hatte der BGH⁷ entschieden, dass ein Versandhändler, der Waren über einen Produkt- und Preisvergleichsdienst im Internet bewirbt, auch auf die beim Erwerb der Waren anfallenden Versandkosten hinweisen muss.⁸ Mit zwei neuen Entscheidungen hat sich der I. Zivilsenat zwischenzeitlich dazu geäußert, welche Anforderungen an die Aktualität der Preisangaben in derartigen Preisvergleichslisten – so etwa auch auf der von einem eBay-Tochterunternehmen betriebenen Website Shopping.com – zu stellen sind.

In der Entscheidung „Espressomaschine“ weist der BGH darauf hin, dass durchschnittlich informierte Nutzer eines Preisvergleichsportals im Internet mit den dort präsentierten Informationen – vorbehaltlich gegenteiliger Hinweise – regelmäßig die Erwartung einer höchstmöglichen Aktualität verbinden.⁹ Daher sei es irreführend, wenn in einer nach dem Kaufpreis sortierten Rangliste Angebote mit einem Preis an erster Stelle stehen, der auf der verlinkten Website schon mehrere Stunden zuvor geändert und dabei dergestalt erhöht worden ist, dass das Angebot an sich nicht mehr auf dem ersten Rang platziert worden wäre. Auch genüge der Hinweis „Alle Angaben *ohne Gewähr!*“ in der Fußzeile der Preisvergleichsliste und ein von der hervorgehobenen Passage ausgehender Link zu weiteren Erläuterungen, wonach es im Einzelfall insbesondere hinsichtlich der Verfügbarkeit bzw. der Lieferzeit von Produkten zu Abweichungen kommen kann, nicht, um die zuvor erzeugte Irreführung betreffend die Aktualität der Preisangaben mit der erforderlichen Deutlichkeit auszuräumen.

In seiner Entscheidung „Versandkosten bei Froogle II“ macht der BGH zudem klar, dass der jeweilige Händler wettbewerbsrechtlich als Täter dafür verantwortlich ist, wenn in einer Preisvergleichsliste für die von ihm feilgebotenen Artikel ein Preis angezeigt wird, der niedriger ist als der Preis, den er tatsächlich verlangt.¹⁰ Das gelte jedenfalls dann, wenn er die Preisangaben dem Betreiber der Preisvergleichsseite selbst mitteilt und die Angaben dann unverändert im Internet dargestellt werden. Der Händler habe es nämlich in der Hand, eine Abweichung zwischen dem in der Preisvergleichsliste ausgewiesenen und dem tatsächlich geforderten Preis zu vermeiden – so etwa dadurch, dass er die Preisänderung erst zu dem Zeitpunkt vornimmt, zu dem mitgeteilte Preisänderungen in das System übernommen werden oder indem er aber darauf hinwirkt, dass Preisänderungen entweder unverzüglich angezeigt werden oder auf der Website ausreichend deutlich auf die möglicherweise fehlende Aktualität der Preisangaben hingewiesen wird.

Als Reaktion auf diese Entscheidungen haben die diversen Anbieter von Preisvergleichslisten erläuternde Hinweise in unmittelbarer Nähe zu den Preisangaben aufgenommen. So findet sich z. B. bei Shopping.com der Hinweis „Preis kann inzwischen abweichen*“ direkt unterhalb der jeweiligen Preisangabe und es wird der Sternchenhinweis in der

Fußzeile der Website wie folgt erläutert: „Sämtliche Produktdaten stammen von unseren Händlern und werden mehrmals täglich aktualisiert. Zwischen den Aktualisierungen kann es vereinzelt zu Änderungen der Produktdaten in den einzelnen Shops kommen. Shopping.com kann daher nicht garantieren, dass jedes Produkt auch tatsächlich zu dem beworbenen Preis und sonstigen Konditionen erworben werden kann. Dies gilt auch für andere Produktdaten wie Verfügbarkeit, Lieferzeit und Versandkosten. Bitte prüfen Sie daher sorgfältig die Produktdaten innerhalb des jeweiligen Shops, bevor Sie das Produkt erwerben.“ Nutzt man hingegen die von Shopping.com zuletzt am 16. 7. 2010 aktualisierte App der Version 1.4, um Preise über mobile Endgeräte (z. B. iPhone) zu vergleichen, fehlen erläuternde Hinweise.

IV. Vertragsabschluss und Leistungsstörungen

1. Keine Stellvertretung bei Verkauf im Auftrag eines Dritten

Streit darüber, wer tatsächlich Vertragspartei einer eBay-Transaktion geworden ist, entsteht gelegentlich dann, wenn einer der Handelspartner einwendet, er habe bei Abschluss des Vertrages nur „im Auftrag eines Dritten“ gehandelt.¹¹ Das LG Memmingen bestätigte in einem Berufungsverfahren, dass auch dann von einem Geschäft des (gewerblichen) Accountinhabers auszugehen ist, wenn innerhalb des Angebotes die Hinweise „Im Auftrag zur Versteigerung“ und „Privatauktion“ mit aufgeführt sind.¹² Ein Beauftragter könne sowohl im eigenen Namen als auch im fremden Namen handeln; aus der Mitteilung, dass der Verkauf „im Auftrag“ erfolgt, sei daher nicht mit erforderlicher Sicherheit zu schließen, dass ein Handeln in fremdem Namen gewollt ist. Auch dann, wenn aus dem Angebot zwar die Anmeldung als „gewerblicher Anbieter“ ersichtlich ist, andererseits aber von einer „Privatauktion“ die Rede ist, werde dem durchschnittlichen Kunden die beabsichtigte Stellvertretung nicht hinreichend offengelegt.

2. Unwiderruflichkeit der Angebote bei Online-Auktionen

Mit der Freischaltung eines Angebotes auf dem eBay-Marktplatz gibt der Anbieter eine verbindliche Willenserklärung zum Abschluss eines (Kauf-)Vertrages gegen Höchstgebot ab.¹³ Wird eine laufende Online-Auktion vorzeitig durch den Anbieter beendet, stellt sich regelmäßig die Frage nach der Wirksamkeit des Vertrages mit dem bis dahin Höchstbietenden. Nach bisheriger Rechtsprechung wird die Wirksamkeit eines Angebotes bei eBay durch die technisch mögliche vorzeitige Beendigung nicht berührt. Das Angebot soll der Anbieter vielmehr nur im Wege der Anfechtung beseitigen können.¹⁴ Auch das AG Gummersbach sieht eine Berechtigung zur vorzeitigen

6 Vgl. AG Nürtingen, 20. 9. 2010 – 13 Ls 171 Js 13423/08, K&R 2011, 67 ff.

7 Vgl. BGH, 16. 7. 2009 – I ZR 140/07 – Versandkosten bei Froogle I, K&R 2010, 187 ff.

8 Dazu auch Schlömer/Dittrich, K&R 2010, 157.

9 Vgl. BGH, 11. 3. 2010 – I ZR 123/08 – Espressomaschine, K&R 2010, 648 ff.

10 Vgl. BGH, 18. 3. 2010 – I ZR 16/08 – Versandkosten bei Froogle II, K&R 2010, 734 ff.

11 Dazu auch Schlömer/Dittrich, K&R 2009, 145 m. w. N. sowie K&R 2006, 102 m. w. N.

12 Vgl. LG Memmingen, 7. 7. 2010 – 12 S 657/10.

13 Vgl. BGH, 3. 11. 2004 – VIII ZR 375/03, K&R 2005, 33 ff., BGH, 7. 11. 2001 – VIII ZR 13/01, K&R 2002, 85 ff.

14 Dazu auch Schlömer/Dittrich, K&R 2006, 102 m. w. N. sowie K&R 2007, 118.

Beendigung eines Angebotes dann gegeben, wenn der Anbieter seine Vertragserklärung anfechten kann.¹⁵ Allerdings stelle es keinen Anfechtungsgrund i. S. d. §§ 119 ff. BGB dar, wenn ein Verkäufer behauptet, nach dem Einstellen des Angebotes bei eBay habe er nicht mehr auf sein PayPal-Konto zugreifen können. Ein solches Problem sei für das Angebot schon nicht ursächlich.

3. Kein Haftungsausschluss durch Verkauf als „Bastlerfahrzeug“

Werden nach erfolgter Abwicklung eines Vertrages Mängel an der gekauften Sache offenkundig, stellt sich zwangsläufig die Frage, ob dem Käufer Gewährleistungsrechte zustehen. Das LG Hamburg hatte in zwei Verfahren zu entscheiden, wie es sich auf die Haftung des Anbieters auswirkt, dass das jeweils über eBay verkaufte Kfz als „Bastlerfahrzeug“ ausgewiesen wurde.

In einem Fall bot der Beklagte im April 2009 ein Cabrio der Marke MERCEDES BENZ, Modell SL 500 über eBay zum Kauf an, das er zuvor im Dezember 2008 in England erworben und nach Deutschland überführt hatte. In der Artikelbeschreibung fanden sich Formulierungen wie „Gut gepflegter Mercedes Benz SL 500, Bj. 1992, Tachostand 49 712 mls (ca. 80 000,00 km), kein Rost am Fahrzeug zu erkennen!!! Das Fahrzeug ist in sehr schönem Zustand für 17 Jahre, jedoch bestimmt kein Showroom-Car“. Weiter gab er an, das Kfz aufgrund des Alters als „Bastlerfahrzeug“ und „ohne Garantie, Gewährleistung, Nachverhandlung oder Rücknahme“ zu verkaufen. Wie sich später herausstellte, war unter anderem der Meilenzähler defekt, weshalb der Käufer nach erfolgloser Fristsetzung zur Nacherfüllung die Rückabwicklung des Vertrages verlangte. Das LG Hamburg war der Auffassung, dass sich der Verkäufer gem. § 444 BGB nicht auf den Ausschluss der Gewährleistung berufen könne, da er arglistig Mängel verschwiegen habe. Es spreche alles dafür, dass er während und jedenfalls nach der Überführungsfahrt von England nach Deutschland wahrgenommen hat, dass der Meilenzähler nicht ordnungsgemäß funktionierte.¹⁶

In dem anderen Verfahren hob das LG Hamburg die Entscheidung der Vorinstanz auf, welche die Klage eines eBay-Mitglieds gegen den Verkäufer eines CHEVROLET noch abgewiesen hatte.¹⁷ In der Artikelbeschreibung hatte der Beklagte das Folgende stehen: „Der Verkauf erfolgt als Bastlerfahrzeug/Teileträger unter Ausschluss jeglicher Garantie, Gewährleistung oder Rücknahme.“ Das Bemerkenswerte an dem Fall: nach Beendigung der Online-Auktion nahmen die Parteien Kontakt zueinander auf und führten eine Probefahrt durch; im Anschluss daran unterzeichneten beide Parteien eine mit „Kaufvertrag“ überschriebene Vereinbarung, in der das Kfz erneut als „Bastlerfahrzeug (Teileträger)“ bezeichnet war und die den Passus „Verkauf erfolgt unter Ausschluss jeglicher Gewährleistung, Garantie oder Rücknahme.“ beinhaltete. Die Richter am LG führten aus: „Die Angaben über den Zustand des Dachs sind irreführend, denn sie lassen auf einen nur unbedeutenden Mangel schließen, während in Wahrheit das Verdeck völlig funktionsunfähig war und insgesamt erneuert werden musste. Auf die fehlende Innenraumabdichtung hat der Beklagte gar nicht hingewiesen, obwohl er als Verkäufer diesen für jeden Käufer wesentlichen Umstand auch ungefragt nicht hätte verschweigen dürfen. [...] Dass der Beklagte als Eigentümer und vormaliger Nutzer des Fahrzeugs diese Mängel kannte, ist offensichtlich. Dass der Beklagte das Fahrzeug in der Internet-Offerte auch als ‚Bastlerfahrzeug-Teileträger‘ bezeichnet hat, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Ein Käufer konnte daraus auf die arglistig verschwiegenen Mängel nicht schließen, zumal der Beklagte den Pkw als Hingucker mit nur einigen Gebrauchsspuren angepriesen hat.“ Außerdem betonte das Gericht, dass sich an der Rechtslage auch durch den nach der Probefahrt (erneut) geschlossenen Vertrag nichts ändere; der Käufer sei nämlich auch zu diesem Zeitpunkt nicht über die zuvor arglistig verschwiegenen Mängel aufgeklärt worden.

tigt keine andere Beurteilung. Ein Käufer konnte daraus auf die arglistig verschwiegenen Mängel nicht schließen, zumal der Beklagte den Pkw als Hingucker mit nur einigen Gebrauchsspuren angepriesen hat.“ Außerdem betonte das Gericht, dass sich an der Rechtslage auch durch den nach der Probefahrt (erneut) geschlossenen Vertrag nichts ändere; der Käufer sei nämlich auch zu diesem Zeitpunkt nicht über die zuvor arglistig verschwiegenen Mängel aufgeklärt worden.

4. Obliegenheit eines Käufers im Rahmen eines Nacherfüllungsverlangens

In einem gerade für den Distanzhandel relevanten Urteil hat der BGH entschieden, dass sich die Obliegenheit eines Käufers, dem Verkäufer Gelegenheit zur Nacherfüllung zu geben, nicht auf eine mündliche oder schriftliche Aufforderung zur Nacherfüllung beschränkt, sondern auch die Bereitschaft des Käufers umfasst, diesem die Sache zur Überprüfung der Mängelrügen zur Verfügung zu stellen.¹⁸ Der Verkäufer sei nicht verpflichtet, sich auf ein Nacherfüllungsverlangen des Käufers einzulassen, bevor dieser ihm nicht Gelegenheit zur Untersuchung der Kaufsache gegeben hat; ihm soll ermöglicht werden, die Sache darauf zu überprüfen, ob der behauptete Mangel besteht und ob er bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen hat, auf welcher Ursache er beruht und ob und wie er beseitigt werden kann.

V. Rechtsschutz gegen negative Bewertungen

Den meisten eBay-Mitgliedern sind negative Bewertungen ein Dorn im Auge – zumal entsprechende Beurteilungen und Kommentare dauerhaft im betreffenden Bewertungsprofil gespeichert und durch eBay nur in seltenen Ausnahmefällen entfernt werden.¹⁹ Umso mehr stellt sich die Frage, wann im Fall einer negativen Bewertung die Möglichkeit besteht, mit gerichtlichen Schritten dagegen vorzugehen.

Nach Auffassung des LG Aachen soll die Qualifizierung eines Geschäftsvorgangs als „betrügerisch“ eine von dem Recht auf freie Meinungsäußerung gedeckte Wertung und nicht etwa eine Tatsachenbehauptung sein.²⁰

Einen Anspruch auf Zustimmung zur Löschung von Bewertungen bejahte dagegen das AG Frankfurt a. M. mit der Begründung, das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Verkäuferin sei widerrechtlich verletzt.²¹ Der Kommentar „Gibt DHL als Versand an, verschickt aber mit billigerem DPD – Note 6“ habe sich als unwahr erwiesen nachdem aus der Artikelbeschreibung ersichtlich war, dass dort sowohl die Firma DHL als auch die Firma DPD als Versandpartner aufgeführt sind. Und auch der weitere Kommentar „Magnete sind auf beiden Seiten und in voller Größe mit Eigenwerbung bedruckt.“ sei als unwahre Tatsachenbehauptung zu löschen gewesen, da es sich tatsächlich „nur“ um Warnhinweise gehandelt habe.

In einem vor dem AG Neumünster geführten Rechtsstreit klagte ein eBay-Mitglied schließlich auf Ersatz angefallener

15 Vgl. AG Gummersbach, 28. 6. 2010 – 10 C 25/10.

16 Vgl. LG Hamburg, 26. 3. 2010 – 322 O 222/09.

17 Vgl. LG Hamburg, 4. 6. 2010 – 332 S 51/08 (Vorinstanz: AG Hamburg-Altona, 30. 4. 2008 – 315B C 335/07).

18 Vgl. BGH, 10. 3. 2010 – VIII ZR 310/08.

19 Zum Rechtsschutz gegen negative Bewertungen auch *Schlömer/Dittrich*, K&R 2007, 119; K&R 2009, 147 f. sowie K&R 2010, 151 f.

20 Vgl. LG Aachen, 5. 1. 2010 – 7 S 164/09; ähnlich bereits LG Hannover, 13. 5. 2009 – 6 O 102/08, K&R 2009, 666 ff.

21 Vgl. AG Frankfurt a. M., 21. 10. 2010 – 29 C 1485/10-81, ITRB 2011, 9.

ner Anwaltskosten nachdem ein Kunde mit dem Kommentar „Ware gut, aber Verkäufer verlangt nach Ausweis und Kontodaten trotz PayPalzahlung“ negativ bewertet hatte und diese Bewertung durch eBay erst auf Betreiben der von der Klägerin bevollmächtigten Anwaltskanzlei gelöscht wurde.²² Das Gericht sah in der negativen Bewertung eine vertragliche Nebenpflichtverletzung durch das beklagte eBay-Mitglied, die gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB eine Schadensersatzpflicht nach sich ziehe. Mit der verlangten Identitätsprüfung habe die Klägerin lediglich eine Kontrolle vorgenommen, die ihr oblag; dies dürfe nicht negativ zu ihren Lasten ausgelegt werden, so dass eine Behauptung, die dieses Vorgehen kritisiert, zu löschen gewesen sei. Da es sich um eine Auseinandersetzung von einiger rechtlicher Schwierigkeit gehandelt habe und auch die Betreiber des eBay-Marktplatzes kontaktiert werden mussten, habe die Klägerin die Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts für gerechtfertigt halten dürfen.

VI. §§ 312 b ff. BGB – Fernabsatzrecht

1. Abgrenzung: Unternehmer – Verbraucher

Oft stellt sich das Problem der Abgrenzung zwischen noch privatem Handeln und schon unternehmerischer Tätigkeit. Wie eine Entscheidung des OLG Hamm zeigt, ist die Frage auch bei wettbewerbsrechtlichen Auseinandersetzungen relevant, wenn ein eBay-Mitglied als (scheinbar) privater Anbieter auftritt, sein Handeln tatsächlich aber als unternehmerische Tätigkeit einzustufen ist.²³ Der 4. Zivilsenat arbeitete sehr ausführlich heraus, dass der Beklagte gewerblich auf dem eBay-Marktplatz tätig geworden ist, wengleich er ansonsten bei eBay bisher ausschließlich Waren aus dem Privatbereich verkauft bzw. gekauft hat. Unter anderem war auch ausschlaggebend, dass sich der Beklagte in einer E-Mail als Gewerbetreibender gerierte und den Vorschlag unterbreitete: „Brauchen Sie noch weitere Apparate? Welche Hersteller suchen oder benötigen Sie in der Regel? Eventuell können wir ja auch ohne eBay ins Geschäft kommen!“ Ein Urteil des AG Köpenick belegt, dass auch bei der Einordnung eines Käuferverhaltens ähnliche Abgrenzungsprobleme entstehen können.²⁴ Der Käufer eines Laptops retournierte das Gerät unmittelbar nach dessen Erhalt und forderte Rückzahlung seiner geleisteten Zahlung. Der beklagte Verkäufer hatte die Verbrauchereigenschaft des Kunden bestritten. Das Berliner Gericht war jedoch der Ansicht, dass dies alleine nicht ausreiche. Aus der negativen Formulierung der Vorschrift des § 13 BGB ergebe sich, dass das rechtsgeschäftliche Handeln einer natürlichen Person zunächst für ein Verbraucherhandeln spricht; deshalb habe der Unternehmer konkrete Umstände darzulegen, die diese Vermutung widerlegen. Dabei verkennt das Gericht allerdings, dass der Verbraucher durchaus die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass nach dem von ihm objektiv verfolgten Zweck ein seinem privaten Rechtskreis zuzuordnendes Rechtsgeschäft vorliegt. Nach den allgemeinen Grundsätzen zur Darlegungs- und Beweislast hat der Verbraucher zunächst darzulegen und ggf. zu beweisen, dass die Verbraucherschutzvorschriften in seinem Fall eingreifen. Nur Unsicherheiten und Zweifel aufgrund der äußeren, für den Vertragspartner erkennbaren Umstände des Geschäfts gehen nach der negativen Formulierung von § 13 HS. 2 BGB nicht zu Lasten des Verbrauchers. Das bedeutet aber nur, dass es nicht darauf ankommt, ob sich der Verbraucher gegenüber seinem Vertragspartner eindeutig als Verbraucher zu erkennen gegeben hat. Vielmehr kommt umge-

kehrt eine Zurechnung entgegen dem mit dem rechtsgeschäftlichen Handeln objektiv verfolgten Zweck nur in Betracht, falls die dem Vertragspartner erkennbaren Umstände eindeutig und zweifelsfrei darauf hinweisen, dass die Person in Verfolgung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt.²⁵

2. Anbieterkennzeichnung bei eBay

Unternehmer haben im Fernabsatz dem Verbraucher Informationen über ihre Identität zur Verfügung zu stellen; anzugeben ist auch das öffentliche Unternehmensregister, bei dem der Rechtsträger eingetragen ist, und die zugehörige Registernummer.²⁶

Werden im Impressum eines gewerblichen Anbieters diese Angaben nicht mit aufgeführt, handelt es sich nach Ansicht des LG Berlin um Bagatellverstöße.²⁷ Das gelte entsprechend auch für die gem. § 5 Abs. 1 Nr. 6 TMG anzugebende Umsatzsteueridentifikationsnummer. Nach Ansicht der Berliner Richter liege eine spürbare Beeinträchtigung nicht schon deshalb vor, weil es sich bei den Angaben nach § 5 TMG um wesentliche Informationen i. S. d. § 5 a Abs. 2, Abs. 4 UWG handelt. Die Norm des § 5 a UWG setze Art. 7 der RL 2005/29/EG (UGP-Richtlinie) um; dieser verbiete eine Anwendung von § 3 Abs. 1 UWG aber nicht.

Ähnlich hat auch das LG München I in einem Fall auf einen Bagatellverstoß entschieden, in dem die Umsatzsteueridentifikationsnummer nicht angeführt wurde.²⁸ Obwohl es sich bei der Regelung des § 5 TMG um eine Umsetzung der Vorgaben nach Art. 5 der RL 2000/31/EG (E-Commerce-Richtlinie) handelt, soll sich aus Art. 7 Abs. 5 der UGP-Richtlinie i. V. m. Anhang II nicht ergeben, dass jede Information als wesentlich zu qualifizieren und bei deren Fehlen eine spürbare Beeinträchtigung zu bejahen sei.

Die dargestellten Entscheidungen stellen sich damit gegen die Rechtsprechung des OLG Hamm, das zuletzt von einem relevanten Verstoß ausging.²⁹ Ob sich die Auffassung aus Berlin und München durchsetzt, erscheint fraglich. Die herrschende Meinung in Literatur und Rechtsprechung geht davon aus, dass die geschäftliche Relevanz schon nicht mehr gesondert zu prüfen ist, wenn es um das Fehlen wesentlicher Informationen geht.³⁰

3. Information über Erkennbarkeit und Möglichkeit der Berichtigung von Eingabefeldern

Aufgrund der gesetzlichen Informationspflichten bei Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr muss ein Unternehmer die Kunden unter anderem auch darüber unterrichten, wie diese mit den zur Verfügung gestellten technischen Mitteln Eingabefelder vor Abgabe ihrer Vertrags-

22 Vgl. AG Neumünster, 23. 3. 2010 – 32 C 53/10.

23 Vgl. OLG Hamm, 18. 3. 2010 – 4 U 177/09.

24 Vgl. AG Köpenick, 25. 8. 2010 – 6 C 369/09.

25 Vgl. BGH, 30. 9. 2009 – VIII ZR 7/09 mit Verweis auf BGH, 11. 7. 2007 – VIII ZR 110/06.

26 Das ergibt sich aus § 312 c Abs. 1 S. 1 BGB i. V. m. Art. 240 EGBGB i. V. m. § 1 Abs. 1 Nr. 1 BGB-InfoV a. F. bzw. § 312 c Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB n. F. Eine dementsprechende Kennzeichnungspflicht ergibt sich im Übrigen auch aus § 5 Abs. 1 Nr. 4 TMG.

27 Vgl. LG Berlin, 31. 8. 2010 – 103 O 34/10, K&R 2010, 748 ff. mit Verweis auf KG Berlin, 16. 7. 2009 – 24 W 102/09.

28 Vgl. LG München I, 4. 5. 2010 – 33 O 14269/09.

29 Vgl. OLG Hamm, 2. 4. 2009 – 4 U 213/08, K&R 2009, 504 ff. = MMR 2009, 552 f.

30 So auch *Bornkamm*, in: Köhler/Bornkamm, UWG, 29. Aufl. 2011, § 5 a Rn. 57.

erklärung erkennen und berichtigen können.³¹ Kommt ein gewerblicher eBay-Anbieter dem nicht nach, liegt nach Ansicht des OLG Hamburg ein Wettbewerbsverstoß i. S. d. §§ 3, 4 Nr. 11 UWG vor.³² Der Kunde wisse nicht im Vorhinein, welche Überprüfungsmöglichkeiten ihm später noch zur Verfügung stehen werden; seine Unterrichtung sei daher auch nicht überflüssig und stelle nicht bloßen Formalismus dar. Der Pflicht, über die Möglichkeit zum Erkennen etwaiger Eingabefehler zu informieren, genüge der Unternehmer allerdings grundsätzlich schon mit einem Hinweis darauf, dass die Eingabe nach dem Klick auf die Schaltfläche „Sofort Kaufen“ noch einmal überprüft werden kann. Darüber hinaus müsse der Kunde aber auch darüber informiert werden, wie er seine ggf. fehlerhafte Eingabe korrigieren kann, nachdem er auf „Sofort-Kaufen“ geklickt hat. Hierzu genüge es nicht, wenn der Käufer vor Abgabe seiner Vertragserklärung lediglich aufgefordert wird, zu überprüfen, ob die Auswahl richtig ist.³³ Vielmehr sei der Kunde auch darauf hinzuweisen, wie er verfahren soll, wenn sich seine Angaben als falsch erweisen – so vor allem dann, wenn bei einem Mehrfach-Angebot eine Eingabe hinsichtlich der Stückzahl der gewünschten Ware getätigt wurde.

Als Reaktion auf diese Entscheidung hat eBay zwischenzeitlich den folgenden Hinweis auf der Website, auf welcher der Käufer seine Eingaben durch Klicken auf den Button „Kaufen“ bestätigt, hinzugefügt: „Um die Transaktion abzubrechen, betätigen Sie die ‚Zurück‘-Schaltfläche Ihres Browsers, um wieder auf die Artikelseite zu gelangen.“ Nutzt man die von eBay zuletzt am 7. 1. 2011 aktualisierte App „eBay Mobile“ der Version 2.0.2, fehlt ein erläuternder Hinweis. Stattdessen stehen die beiden Schaltflächen „Kaufen“ und „Abbrechen“ zur Option; ob das genügt, ist umstritten³⁴ und hat das OLG Hamburg in seiner Entscheidung ausdrücklich offengelassen.

4. Mitteilung zusätzlich anfallender Liefer- und Versandkosten

Wer Letztverbrauchern gewerbs- oder geschäftsmäßig Waren im Fernabsatz anbietet, hat unter anderen auch anzugeben, ob und ggfs. in welcher Höhe zusätzlich zum Preis Liefer- und Versandkosten anfallen.³⁵ Das Gesetz differenziert nicht danach, ob es um eine inländische Lieferung geht oder der Versand in das Ausland erfolgt. Schon in der Vergangenheit war in der Rechtsprechung umstritten, ob es sich um eine spürbare Wettbewerbsverletzung handelt, falls Angaben zu Liefer- und Versandkosten für Sendungen in das Ausland fehlen.³⁶ Das KG Berlin hält weiterhin an seiner Rechtsprechung fest, der zufolge nur ein Bagatellverstoß vorliegt.³⁷ Im zugrunde liegenden Fall war zwar „Versand nach: Weltweit“ angegeben, die Höhe der Liefer- und Versandkosten waren aber nur für die EU und die Schweiz aufgeführt; darüber hinaus führte der Anbieter nur folgenden Hinweis an: „Versand in alle anderen Länder weltweit auf Anfrage“. Zur Begründung führten die Berliner Richter aus: „Die (zudem eher geringe) Erschwerung eines Preisvergleichs für allenfalls (wenn überhaupt) vereinzelte wenige Verbraucher in den Ländern außerhalb der EU und der Schweiz (oder für die wenigen Verbraucher aus diesen Ländern, die an einem Versand in das übrige Ausland interessiert sind) geht über einen bloßen Bagatellverstoß nicht hinaus.“

5. Wahlrecht des Verbrauchers zwischen Widerrufs- und Rückgaberecht?

Wie in früheren Beiträgen dargestellt, bestand Uneinigkeit in der Rechtsprechung, ob es im Zusammenhang mit Fernabsatzverträgen, die über eBay geschlossen werden, zulässig ist, Verbrauchern statt eines Widerrufsrechts i. S. d. § 355 BGB ein Rückgaberecht i. S. d. § 356 BGB einzuräumen.³⁸ Ob es zulässig ist, dem Verbraucher beide Gestaltungsmöglichkeiten zu eröffnen indem sowohl über das Widerrufsrecht als auch das Rückgaberecht belehrt wird, hatte das OLG Hamm zu entscheiden.³⁹ Die westfälischen Richter sehen darin allerdings kein Problem, wenn dem Verbraucher die Wahl überlassen bleibt, welches von beiden Rechten er im Einzelfall ausüben möchte. Der Gesetzgeber habe beide Möglichkeiten nebeneinander geschaffen und dem Verbraucher damit zugemutet, zwischen beiden Gestaltungsrechten zu wählen. Werde die Ware kommentarlos retourniert, sei durch Auslegung zu ermitteln, was für den Verbraucher die günstigste Rechtsausübung darstellt; bezogen auf die Kosten der Rücksendung sei dies das Rückgaberecht, weil in diesem Fall die Kosten immer der Unternehmer zu tragen habe. Die Entscheidung lässt sich wohl nur damit erklären, dass die Verfügungsklägerin das Nebeneinander von Widerrufs- und Rückgaberecht nur im Hinblick auf das unterschiedliche Schicksal der Versandkosten angegriffen hatte. Der Gesetzgeber geht nämlich davon aus, dass das dem Verbraucher im Fernabsatz zustehende Widerrufsrecht ggf. im Vertrag durch ein Rückgaberecht „ersetzt“ wird. Die Norm des § 312 d Abs. 1 S. 2 BGB sieht ausdrücklich vor, dass das Rückgaberecht „anstelle“ des Widerrufsrechts eingeräumt wird. Der Unternehmer muss zudem klar und verständlich über Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufs- oder (!) Rückgaberechts informieren. Wird der Verbraucher infolge widersprüchlicher Belehrungen im Unklaren gelassen, ob ihm ein Widerrufs- oder Rückgaberecht zusteht, wäre dies als irreführend i. S. d. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 7 UWG anzusehen.

6. Einleitung zur Widerrufsbelehrung: „Verbraucher haben das folgende gesetzliche Widerrufsrecht“

In einer vor dem OLG Hamburg verhandelten negativen Feststellungsklage ging es darum, ob gegen das fernabsatzrechtliche Deutlichkeits-/Transparenzgebot alleine deshalb verstoßen wird, weil der Belehrung über das Widerrufsrecht einleitend der folgende Satz vorangestellt wird: „Verbraucher haben das folgende gesetzliche Widerrufsrecht“. Anders als das OLG Stuttgart⁴⁰ in einem Urteil aus 2008 befanden die Hanseatischen Richter den Vorspann für unmissverständlich.⁴¹ Durchschnittsverbraucher

31 Das ergibt sich aus § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. Art. 241 EGBGB i.V.m. § 3 Nr. 3 BGB-InfoV a.F. bzw. § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB i.V.m. Art. 246 § 3 Nr. 3 EGBGB n.F. Die Informationspflicht gilt im elektronischen Geschäftsverkehr und somit nicht nur im Hinblick auf Fernabsatzverträge mit Verbrauchern.

32 Vgl. OLG Hamburg, 14. 5. 2010 – 3 W 44/10, K&R 2010, 520 ff., a. A. LG Frankenthal, 14. 2. 2008 – 2 HK O 175/07.

33 A. A. LG Frankenthal, 14. 2. 2008 – 2 HK O 175/07.

34 Dafür *Föhlich*, in: Handbuch Multimedia-Recht, 25. Aufl. 2009, Teil 13.4 Rn. 167; dagegen: *Micklitz*, in: Vertriebsrecht Handkommentar, § 312 e Rn. 64.

35 Das ergibt sich sowohl aus § 1 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 PAngV als auch § 312 c Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 246 Abs. 1 Nr. 8 EGBGB.

36 Dazu auch *Schlömer/Dittrich*, K&R 2007, 135 f.

37 Vgl. KG Berlin, 13. 4. 2010 – 5 W 62/10, K&R 2010, 598 ff.

38 Dazu auch *Schlömer/Dittrich*, K&R 2010, 152 f.; K&R 2007, 437 sowie K&R 2009, 150 m. w. N.

39 Vgl. OLG Hamm, 5. 1. 2010 – 4 U 197/09, K&R 2010, 354 ff.

40 Vgl. OLG Stuttgart, 11. 12. 2008 – 2 U 57/08.

41 Vgl. OLG Hamburg, 3. 6. 2010 – 3 U 125/09, K&R 2010, 821 ff.

würden durch den Passus nicht verleitet, den verwendeten Verbraucherbegriff falsch zu interpretieren – zumal den Kunden des betreffenden Unternehmers auch noch AGB per E-Mail übermittelt wurden, innerhalb derer der Begriff des Verbrauchers näher erläutert wurde.

7. Fristbeginn und -dauer für die Ausübung des Widerrufsrechts

Bereits 2009 hatte der VIII. Zivilsenat am BGH entschieden, dass der im Zusammenhang mit Angeboten auf der eBay-Website verwendete Passus „Die Frist beginnt frühestens mit Erhalt der Ware und dieser Belehrung“ den Verbraucher nicht hinreichend über den Beginn der Frist für die Ausübung des fernabsatzrechtlichen Widerrufs- bzw. Rückgaberechts informiert.⁴² Dem hat sich der I. Zivilsenat am BGH nun angeschlossen.⁴³ Die Information werde – unabhängig davon, ob der Text der (ehemaligen) Musterbelehrung entspricht – den Voraussetzungen des § 355 Abs. 2 S. 1 BGB nicht gerecht. Insbesondere genüge die Website als solche und die Speicherung auf dem eBay-Server nicht, um die Widerrufsfrist anlaufen zu lassen. Die dem Verbraucher in Textform zu erteilenden Informationen müssten nicht nur vom Unternehmer in einer zur dauerhaften Wiedergabe geeigneten Weise abgegeben werden, sondern auch dem Verbraucher in einer zur dauerhaften Wiedergabe geeigneten Weise zugehen. Die Belehrung gehe dem Verbraucher aber nicht ohne dessen weiteres Zutun in Textform zu, solange er sie nicht auf seinem eigenen Computer abspeichert oder ausdruckt. Nicht abschließend äußern mussten sich die Richter zu der weiterhin umstrittenen Frage, ob die Textform dadurch gewahrt sein kann, dass der Verbraucher die Widerrufsbelehrung unter der Rubrik „Ich habe gekauft“ bis zu 60 Tage nach Vertragsschluss abrufen kann. Nach der zum Zeitpunkt der Entscheidung geltenden Rechtslage hätte bei einer solchen, in besagter Rubrik erst nach Vertragsschluss abrufbaren Belehrung die Frist zur Ausübung des Widerrufsrechts einen Monat und nicht zwei Wochen betragen; die streitgegenständliche Widerrufsbelehrung wäre damit in jedem Fall falsch gewesen.⁴⁴

Die Diskussion um die Anforderungen an die Textform ist zuletzt deshalb wieder aufgeflammt, weil der EFTA-Gerichtshof der Ansicht ist, dass eine Website als ein dauerhafter Datenträger eingestuft werden kann, wenn sie dem Verbraucher ermöglicht, die fraglichen Informationen so zu speichern, dass diese während eines für den Informationszweck angemessenen Zeitraums abgerufen werden können und zudem die unveränderte Wiedergabe der gespeicherten Informationen erlaubt, also nicht einseitig durch denjenigen geändert werden können, der verpflichtet ist, die Informationen zur Verfügung zu stellen.⁴⁵ Die dahinter stehende Problematik dürfte – jedenfalls für den Handel über eBay – aber nur noch von rechtsdogmatischer Bedeutung sein. Seit Oktober 2010 erhält der Käufer nach Transaktionsende neben der Kaufbestätigung eine automatisch versendete E-Mail mit den Rücknahmebedingungen des gewerblichen eBay-Verkäufers, falls diese zuvor in den dafür vorgesehenen Formularfeldern hinterlegt wurden.⁴⁶ Aufgrund der zum 11. 6. 2010 in Kraft getretenen Neuerungen im Fernabsatzrecht steht jetzt eine unverzüglich nach Vertragsschluss in Textform mitgeteilte Widerrufsbelehrung einer solchen bei Vertragsschluss gleich, wenn der Unternehmer den Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe von dessen Vertragserklärung über das Widerrufs- bzw. Rückgaberecht unterrichtet hat – dies mit der Folge,

dass die Frist zur Ausübung des Widerrufs- bzw. Rückgaberechts 14 Tage beträgt.⁴⁷

8. Zur Erstattungspflicht von Hinsendekosten

Abschließend geklärt ist jetzt die Frage, ob im Fall der Ausübung des Widerrufs- bzw. Rückgaberechts vom Verbraucher für die Zusendung gezahlte Liefer- und Versandkosten zu erstatten sind.⁴⁸ Der BGH hatte die Ansicht vertreten, dass ein Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für die Zusendung der Ware ausscheide, die Frage aber dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt.⁴⁹ Daraufhin stellte der EuGH klar, dass ein Verkäufer bei einem im Fernabsatz abgeschlossenen Vertrag dem Verbraucher die Kosten der Zusendung der Ware nicht auferlegen darf.⁵⁰ Die Bestimmungen der RL 97/7/EG hätten zum Ziel, den Verbraucher nicht von der Ausübung seines Widerrufsrechts abzuhalten. Eine Auslegung, nach der es den Mitgliedstaaten erlaubt wäre, zuzulassen, dass im Widerrufsfall die Kosten der Zusendung zulasten dieses Verbrauchers gingen, liefe diesem Ziel zuwider. Der BGH hat sich nun auch dieser Ansicht angeschlossen.⁵¹

9. Abwälzung der regelmäßigen Rücksendekosten auf den Verbraucher?!

Nicht abschließend geklärt ist hingegen, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen es für Unternehmer bei eBay möglich ist, dem Verbraucher die regelmäßigen Kosten der Rücksendung aufzuerlegen.⁵² Während das LG Frankfurt a. M. zuletzt davon ausgegangen war, es genüge, wenn der Unternehmer den maßgeblichen Hinweis zur Kostenverlagerung auf den Verbraucher in die Widerrufsbelehrung aufnimmt, um dies zum Vertragsbestandteil zu machen,⁵³ stellte die obergerichtliche Judikatur zuletzt höhere Anforderungen. Das OLG Hamm wies darauf hin, dass die bloße Erwähnung der (beabsichtigten) Kostenüberwälzung innerhalb der Widerrufsbelehrung nicht genüge. Für eine entsprechende Vereinbarung möge zwar eine Klausel in den AGB des Verwenders genügen; diese müsse dort aber gesondert geregelt sein. Mit der Belehrung als solche erfülle der Unternehmer nur seine Informationspflichten; sie besitze daher einen einseitigen Charakter und beanspruche gerade nicht, Vertragsbestandteil zu sein.⁵⁴ Diese Auffassung teilen auch das OLG Koblenz⁵⁵ sowie das OLG Hamburg,⁵⁶ das außerdem darauf hinweist, dass eine entsprechende vertragliche Regelung, mit der vom gesetzlichen Regelfall abgewichen werden soll, hinreichend klar und eindeutig sein muss, da sie sonst als überraschende bzw. unklare Klausel i. S. d. § 305 c BGB noch nicht ein-

42 Vgl. BGH, 9. 12. 2009 – VIII ZR 219/08, K&R 2010, 181 ff.

43 Vgl. BGH, 29. 4. 2010 – I ZR 66/08 – Holzhocker, K&R 2010, 813 ff.

44 Zur Dauer der Widerrufsfrist bei eBay bereits: *Schlömer/Dittrich*, K&R 2007, 122 f.

45 Vgl. EFTA-Gerichtshof, 27. 1. 2010 – E-4/09 – Inconsult.

46 So die eBay-News v. 18. 10. 2010 (abrufbar unter: <http://news.ebay.de/showitem&id=1466>).

47 So nach § 355 Abs. 2 S. 2 BGB in der Fassung aufgrund des Gesetzes zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht v. 29. 7. 2009.

48 Dazu auch *Schlömer/Dittrich*, K&R 2009, 149 m. w. N.

49 Vgl. BGH, 1. 10. 2008 – VIII ZR 268/07, K&R 2009, 40 ff.

50 Vgl. EuGH, 15. 4. 2010 – C-511/08.

51 Vgl. BGH, 7. 7. 2010 – VIII ZR 268/07, K&R 2010, 577 ff., m. Anm. *Cichon*.

52 Dazu auch *Schlömer/Dittrich*, K&R 2010, 153 f. m. w. N.

53 Vgl. LG Frankfurt a. M., 4. 12. 2009 – 3-12 O 123/09, K&R 2010, 208 ff.

54 Vgl. OLG Hamm, 30. 3. 2010 – 4 U 212/09, K&R 2010, 411 ff.; OLG Hamm, 5. 1. 2010 – 4 U 197/09, K&R 2010, 354 ff.

55 Vgl. OLG Koblenz, 8. 3. 2010 – 9 U 1283/09, K&R 2010, 353 ff.

56 Vgl. OLG Hamburg, 17. 2. 2010 – 5 W 10/10.

mal Vertragsbestandteil werde bzw. gem. § 307 Abs. 1 S. 2 BGB wegen Verstoßes gegen das Transparenzgebot inhaltlich unwirksam sei.

10. Zur Wertersatzpflicht des Verbrauchers nach erklärtem Widerruf

Der EuGH hatte 2009 entschieden, dass ein Verbraucher, der von seinem Widerrufsrecht im Fernabsatz Gebrauch macht, nur dann verpflichtet werden darf, dem Verkäufer Wertersatz für die Nutzung der Ware zu leisten, wenn dies mit den Grundsätzen des bürgerlichen Rechts wie denen von Treu und Glauben oder der ungerechtfertigten Bereicherung vereinbar ist;⁵⁷ dies zu beurteilen sei Sache des nationalen Gerichts. Seitdem ist die Verunsicherung darüber, unter welchen Voraussetzungen ein Verbraucher nach erklärtem Widerruf zum Wertersatz verpflichtet ist, groß. Ein Gesetzentwurf der Bundesregierung sieht bereits die (nächste) Anpassung der Vorschriften über den Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen vor.⁵⁸

Das AG Berlin-Mitte hat sich – als eines der ersten Gerichte nach der Entscheidung des EuGH – dazu geäußert, ob die deutsche Regelung des § 357 Abs. 3 BGB als mit der RL 97/7/EG vereinbar anzusehen ist.⁵⁹ Dies sei – so das Gericht – der Fall, wobei die in § 357 Abs. 3 BGB enthaltene Ausnahmeregelung im Lichte der EuGH-Rechtsprechung dahingehend auszulegen sei, dass der Begriff „Prüfung der Sache“ auch ein Ausprobieren der Ware einschließt. Dem beklagten Verkäufer sei im zugrunde liegenden Fall aufgrund der festgestellten Gebrauchsspuren an der vom Verbraucher retournierten Kaufsache ein Anspruch auf Wertersatz zuzugestehen, da diese über solche Verschlechterungen hinausgehen, die bei einer Prüfung und beim Ausprobieren der Ware zwangsläufig entstehen, indem die Sache vorsichtig und mit größtmöglicher Sorgfalt ausgepackt und in Betrieb genommen wird. Der aus § 357 Abs. 3 S. 1 BGB folgenden Pflicht zur Aufklärung sei der Unternehmer ausreichend nachgekommen, indem die Widerrufsbelehrung einen Hinweis darauf enthielt, dass ein Wertersatz dann nicht zu leisten ist, „wenn die Verschlechterung der Sache ausschließlich auf deren Prüfung – wie sie Ihnen etwa im Ladengeschäft möglich gewesen wäre – zurückzuführen ist“ und im Übrigen die Wertersatzpflicht dadurch vermieden werden kann, dass die Sache nicht wie ein Eigentümer in Gebrauch genommen und alles unterlassen wird, was deren Wert beeinträchtigt.

Der BGH bekräftigte in einer späteren Entscheidung, dass ein Verbraucher grundsätzlich Gelegenheit haben muss, die im Fernabsatz gekaufte Ware zu prüfen und auszuprobieren. Dies schließe die Ingebrauchnahme ein, soweit sie zu Prüfzwecken erforderlich ist, selbst wenn sie zu einer Wertminderung der Ware führt. Der VIII. Zivilsenat versagte einem Unternehmer deshalb, mit einem Wertersatzanspruch gegenüber der Rückzahlungsforderung eines Kunden aufzurechnen, der zuvor ein Wasserbett gekauft und dieses bei sich aufgebaut sowie die Matratze mit Wasser befüllt hatte, dann jedoch sein Widerrufsrecht ausübte. Offen gelassen haben die Richter insoweit, ob § 357 BGB mit den Regelungen der RL 97/7/EG vereinbar ist, da in § 357 Abs. 3 S. 2 BGB a. F. (= § 357 Abs. 3 S. 3 BGB n. F.) jedenfalls diejenige Verschlechterung, die ausschließlich auf die Prüfung der Sache zurückzuführen ist, von der Haftung des Verbrauchers generell ausgeschlossen ist; nur darauf kam es vorliegend an.

Die erwähnte Entscheidung des BGH erweist sich eigentlich aber als beachtenswert, weil mit ihr – mehr oder weniger beiläufig – darauf hingewiesen wird, dass die streitgegenständliche Widerrufsbelehrung, die betreffend die Widerrufsfolgen dem insoweit bisher unveränderten Muster für die Widerrufsbelehrung entsprach, wohl nicht den Anforderungen des § 357 Abs. 3 S. 1 BGB genügt, wonach dem Verbraucher eine Möglichkeit aufzuzeigen ist, wie eine Verschlechterung bei bestimmungsgemäßer Ingebrauchnahme der Sache vermieden werden kann. Offenbar lässt der VIII. Zivilsenat den Passus „Im Übrigen können Sie die Wertersatzpflicht vermeiden, indem Sie die Sache nicht wie Ihr Eigentum in Gebrauch nehmen und alles unterlassen, was deren Wert beeinträchtigt.“ nicht ausreichen. Von Bedeutung ist dies vor allem auch, weil der BGH zuletzt nochmals darauf hingewiesen hat, dass einem Unternehmer die Berufung auf die gesetzlichen Muster für die Widerrufs- bzw. Rückgabebelehrung verwehrt ist, wenn er gegenüber dem Verbraucher ein Formular verwendet, das inhaltlich auch nur teilweise von der Musterbelehrung abweicht oder in der äußeren Gestaltung nicht den gesetzlichen Anforderungen entspricht.⁶⁰ Vielmehr unterfällt der Inhalt der Belehrung dann insgesamt der gerichtlichen Überprüfung.

11. Zum Ausschluss des Widerrufsrechts im Fernabsatz

a) Ausschluss des Widerrufsrechts bei Bahnfahrkarten!

Die Frage, ob der Verkauf von Eintrittskarten, die bei eBay in der Rubrik „Tickets“ angeboten werden, den Vorschriften über Fernabsatzverträge nach §§ 312 b ff. BGB unterliegt, wurde bereits in einem früheren Beitrag erörtert.⁶¹ Eine ähnliche Problematik stellt sich derzeit im Zusammenhang mit dem Handel von Bahnfahrkarten, die vielfach in der Kategorie „Reise > Bahntickets“ feilgeboten werden. Streitgegenstand in einem vor dem OLG Frankfurt a. M. geführten Verfahren war der Verkauf von als Einzelfahrscheine nutzbaren Bahntickets mit einer exakt angegebenen Gültigkeitsdauer (hier: 16. 8. 2008 – 31. 10. 2008). Nach Ansicht der hessischen Richter greift insoweit die Bereichsausnahme des § 312 b Abs. 3 Nr. 6 BGB ein, der zufolge die Vorschriften über Fernabsatzverträge unter anderem auch keine Anwendung auf Verträge über die Erbringung von Dienstleistungen im Bereich Beförderung finden, wenn sich der Unternehmer bei Vertragsschluss verpflichtet, die Dienstleistungen zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb eines genau angegebenen Zeitraums zu erbringen.⁶² Dabei könne die gesetzgeberische Maßgabe „zu einem bestimmten Zeitpunkt oder innerhalb eines genau angegebenen Zeitraums“ nicht so verstanden werden, dass die zweite Alternative nur Konstellationen erfassen soll, in denen die Dienstleistung als Dauerleistung den vereinbarten Zeitraum ausfüllt. Maßgebend sei, dass die betreffenden Dienstleister vor Nachteilen geschützt werden sollen, die sich daraus ergeben, dass sie Vorkehrungen für die Erbringung der vereinbarten Leistung zu

57 Vgl. EuGH, 3. 9. 2009 – C-489/07, K&R 2009, 703 ff.

58 Der Referentenentwurf sowie dazu veröffentlichte Stellungnahmen und der Regierungsentwurf sind über die Website des BGH in der Rubrik „Gesetzesmaterialien“ abrufbar: <http://www.bundesgerichtshof.de/DE/Bibliothek/GesMat/WP17/W/Wertersatz.html>.

59 Vgl. AG Berlin-Mitte, 5. 1. 2010 – 5 C 7/09.

60 Vgl. BGH, 1. 12. 2010 – VIII ZR 82/10 (im Anschluss an BGH, 12. 4. 2007 – VII ZR 122/06, K&R 2007, 404 ff.; BGH, 9. 12. 2009 – VIII ZR 219/08, K&R 2010, 181 ff.)

61 Dazu auch *Schlömer/Dittrich*, K&R 2008, 129 f.

62 Vgl. OLG Frankfurt a. M., 15. 4. 2010 – 6 U 49/09, K&R 2010, 517 ff.

dem bei der Bestellung festgelegten Zeitpunkt treffen müssen. Das sei aber auch dann der Fall, wenn die Dienstleister zu einer punktuellen Leistung verpflichtet sind, die der Verbraucher innerhalb eines im Voraus festgelegten, zeitlich begrenzten, Zeitraums abrufen kann.

b) Ausschluss des Widerrufsrechts bei gebrauchten Kosmetika?

Unternehmer haben gemeinhin ein valides Interesse daran, die von ihnen versendeten Artikel im Fall eines Widerrufs möglichst vollständig und unbeschädigt zurückzuerhalten. Dennoch lässt die Konzeption des Gesetzes es im Regelfall nicht zu, das Widerrufs- bzw. Rückgaberecht diesbezüglich zu beschränken. So untersagte das OLG Köln einer gewerblichen Anbieterin, Kosmetikartikel über eBay anzubieten, wenn im Rahmen der Information zum Widerrufsrecht darauf hingewiesen wird: „Kosmetik kann nur in einem unbenutzten Zustand zurückgenommen werden.“⁶³ Der Verbraucher bleibe darüber im Unklaren, ab wann bei Kosmetikprodukten sein Widerrufsrecht ausgeschlossen sein soll – so etwa erst bei der Entnahme eines größeren oder kleineren Teils der Creme oder schon aufgrund des bloßen Öffnens der Tube oder der Entfernung einer Versiegelung oder schon beim Öffnen einer Original-Umverpackung. Geöffnete oder benutzte Kosmetikprodukte seien auch nicht aufgrund ihrer Beschaffenheit zur Rücksendung ungeeignet i. S. d. § 312 d Abs. 4 Nr. 1 Var. 3 BGB oder generell schnell verderblich i. S. d. § 312 d Abs. 4 Nr. 1 Var. 4 BGB, sobald mit ihrer Benutzung begonnen oder ihre Primärverpackung geöffnet wurde. Keineswegs könne es für den Widerrufsabschluss genügen, dass der Verkäufer nach dem Öffnen der Verpackung durch den Verbraucher Gefahr läuft, auf der Ware sitzen zu bleiben; zudem habe die Verfügungsklägerin erfolgreich glaubhaft gemacht, dass durchaus ein Markt für gebrauchte Gesichtscreme existiert.

c) Ausschluss des Widerrufsrechts bei Öffnung einer Cellophanhülle?

Nach § 312 d Abs. 4 Nr. 2 BGB besteht das Widerrufsrecht 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. Wie das OLG Hamm klargestellt hat, ist ein ausdrücklich als solches bezeichnetes Siegel nicht zwingend erforderlich; das oftmals übliche Einschweißen einer Software-CD mit Kunststoffolie genüge aber nicht.⁶⁴ Entscheidend sei, dass eine Verpackung, die der Verbraucher öffnet, auch als Versiegelung erkennbar ist. Die Versiegelung solle dem Verbraucher deutlich machen, dass er die Ware behalten muss, wenn er diese spezielle Verpackung öffnet. Unmaßgeblich sei hingegen, ob der Käufer nach dem Entschluss zum Widerruf in der Lage ist, die Ware wieder in gleicher Weise zu verpacken.

d) Ausschluss des Widerrufsrechts bei antiquarischem Cognac?

Um das Bestehen oder Nichtbestehen des fernabsatzrechtlichen Widerrufsrechts ging es auch in einem vor dem LG Potsdam verhandelten Berufungsverfahren.⁶⁵ Der auf Kaufpreistrückzahlung klagende Verbraucher hatte über eBay eine Flasche Cognac „Société d’Agriculture – Petite Champagne Concour“ des Jahrgangs 1919 zum Preis von

EUR 695,00 gekauft, diese jedoch unter Berufung auf sein Widerrufsrecht wieder retour geschickt. Da er die mit einem Band zugebundene Cellophanhülle, in welche die Flasche eingepackt war, entfernt hatte, weigerte sich der Verkäufer, den Kaufpreis zu erstatten. Das Gericht bestätigte zunächst die Auffassung der Vorinstanz, die Bereichsausnahme des § 312 b Abs. 3 Nr. 5 BGB greife schon deshalb nicht ein, da es sich um kein Getränk des täglichen Bedarfs handele. Darüber hinaus sei das Widerrufsrecht auch nicht gem. § 312 d Abs. 4 Nr. 1 Var. 4 u. 5 BGB ausgeschlossen. Bei einem Cognac des Jahrgangs 1919 sei prima facie nicht von einer schnellen Verderblichkeit auszugehen. Das Entfernen der Cellophanhülle habe weder zu einer generellen Gefährdungslage unter dem Gesichtspunkt „Gesundheitsaspekte von Dritten“ noch in der Wertschätzung des Produktes dazu geführt, dass der Cognac völlig wertlos ist. Es liege auch keine Beschädigung der Kaufsache vor, die zu einer Unzumutbarkeit des erklärten Widerrufs führen würde.

VII. Marken-, Urheber- und Wettbewerbsrecht

1. Markenrechtsverletzende Angebotsgestaltungen

Dass der Gebrauch von Markennamen in einem Artikelangebot nicht gestattet ist, wenn diese nicht das dargestellte Produkt beschreiben, liegt auf der Hand. Mitunter schwierig zu beurteilen sind Fallgestaltungen, bei denen die Verwendung fremder Markennamen darauf ausgelegt ist, die Ergebnisse der Suchmaschine zu manipulieren. Der BGH hat insoweit bereits unmissverständlich klargestellt, dass in die Rechte der Markeninhaber eingegriffen wird, wenn ein produktfremder Markenname im HTML-Code als sog. Meta-Tag hinterlegt oder in „Weiß-auf-Weiß“-Schrift auf der Website versteckt wird.⁶⁶

a) Suchmaschinenbeeinflussung durch verwechslungsfähige Zeichen

Der BGH hat jüngst noch einmal bestätigt, dass es für eine markenmäßige Verwendung ausreicht, wenn ein als Suchwort verwendetes Zeichen benutzt wird, um das Ergebnis des Auswahlverfahrens in der Trefferliste einer Suchmaschine zu beeinflussen und den Nutzer zu der Internetseite des Verwenders zu führen.⁶⁷ Gibt ein Unternehmer in einer bestimmten Zeile der Website, von der er weiß, dass eine Suchmaschine auf die dort angegebenen Wörter zugreift, zusammen mit seiner Produktkennzeichnung eine Bezeichnung an, die mit der Marke eines Dritten verwechselbar ist, ist er – so der I. Zivilsenat – als Täter und nicht nur als Störer dafür verantwortlich, dass die Suchmaschine die Kennzeichen zusammen als Treffer anführt.

b) Markenartikel kombiniert mit No-name-Produkten

Das LG Stuttgart hatte sich mit der spannenden Frage zu befassen, ob eine Markeninhaberin auch gegen Angebote vorgehen kann, bei denen (namenlose) Drittherstellerprodukte mit branchenverwandten Markenprodukten in Gesamtangeboten kombiniert werden.⁶⁸ Der beklagte Verkäufer hatte Motorsägen vornehmlich chinesischer Billig-

63 Vgl. OLG Köln, 27. 4. 2010 – 6 W 43/10, K&R 2010, 597 ff.

64 Vgl. OLG Hamm, 30. 3. 2010 – 4 U 212/09, K&R 2010, 411 ff.

65 Vgl. LG Potsdam, 27. 10. 2010 – 13 S 33/10 (Vorinstanz: AG Potsdam, 17. 2. 2010 – 31 C 209/09).

66 BGH, 18. 5. 2006 – I ZR 183/03 – Impuls, K&R 2006, 572 ff.; BGH, 8. 2. 2007 – I ZR 77/04 – AIDOL, K&R 2007, 474 ff. Dazu auch *Schlömer/Dittrich*, K&R 2008, 134.

67 Vgl. BGH, 4. 2. 2010 – I ZR 51/08 – POWER BALL, K&R 2010, 574 ff.

68 Vgl. LG Stuttgart, 22. 6. 2010 – 17 O 41/10.

hersteller in Kombination mit der kleinstmöglichen Gebindegröße von „STIHL Öl“ angeboten. Die Aufnahme des Begriffs „STIHL“ in der Artikelbezeichnung (z. B. „Motorsäge Benzin Kettensägen 58 cc + Stihl Öl + Koffer“) hatte dementsprechend zur Folge, dass bei einer Suche nach „STIHL Motorsäge“ auch das Angebot des Beklagten in der Trefferliste ausgewiesen wurde. In dieser Vorgehensweise sah das Stuttgarter Gericht eine ungerechtfertigte Ausbeutung und Beeinträchtigung der Wertschätzung der Marke STIHL und bejahte daher eine Markenrechtsverletzung i. S. d. § 14 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG. Dass der interessierte Kunde bei näherer Betrachtung der Angebote erkennt, dass nur das Motoröl aus dem Hause STIHL stammt, habe nur insoweit Bedeutung, als dem Fortbestehen einer Verwechslungsgefahr entgegengewirkt wird. Der Beklagte könne sich auch nicht auf Erschöpfung berufen, da sich die Markeninhaberin gem. § 24 Abs. 2 MarkenG der Benutzung ihrer Marke im Zusammenhang mit dem weiteren Vertrieb der Waren aus berechtigten Gründen widersetzen könne. Aufgrund der Branchennähe der Waren sei die Werbung geeignet, den Ruf der Marke zu schädigen.

2. Urheberrechtsverletzungen im privaten Bereich

Seit Inkrafttreten des § 97 a Abs. 2 UrhG beschränkt sich der Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für die Inanspruchnahme anwaltlicher Dienstleistungen für eine erstmalige Abmahnung in einfach gelagerten Fällen mit einer nur unerheblichen Rechtsverletzung außerhalb des geschäftlichen Verkehrs auf EUR 100,00. Umstritten ist, unter welchen konkreten Voraussetzungen diese gesetzlich vorgeschriebene Limitierung eingreift. Hierzu lässt sich der Gesetzesbegründung entnehmen, dass eine nur unerhebliche Rechtsverletzung ein geringes Ausmaß der Verletzung erfordert – und zwar in qualitativer wie auch in quantitativer Hinsicht.⁶⁹

a) Unbefugte Lichtbildnutzung

Immer wieder kommt es vor, dass Artikelbilder widerrechtlich benutzt werden – beispielshalber deshalb, weil eBay-Mitglieder die Fotos anderer Anbieter kopieren und ungefragt in ihre eigenen Artikelangebote einbinden.⁷⁰ Bisher wird in der Rechtsprechung sehr unterschiedlich beurteilt, ob § 97 a Abs. 2 UrhG auch dann eingreifen kann, wenn nicht nur ein einzelnes Lichtbild kopiert und öffentlich zugänglich gemacht wurde, sondern mehrere Artikelbilder unbefugt benutzt wurden. In der Beschlussempfehlung und dem Bericht des Rechtsausschusses wurde darauf abgestellt, dass ein einzelnes Lichtbild unbefugt verwertet wird:⁷¹ „Die Regelung soll dabei insbesondere Fallgestaltungen wie die folgenden erfassen: [...] Verwendung eines Lichtbildes in einem privaten Angebot einer Internetversteigerung ohne vorherigen Rechtserwerb vom Rechteinhaber.“ Nach einer Entscheidung des AG Köln soll es sich bei einer Abmahnung wegen unbefugter Nutzung von drei Fotos für Privatverkäufe über eBay dann noch um einen Fall des § 97 a Abs. 2 UrhG handeln, wenn die Rechtsverletzung durch Bildvergleich ohne weiteres festzustellen war und die Bearbeitung weder in tatsächlicher noch in rechtlicher Hinsicht irgendwelche Schwierigkeiten bot.⁷²

b) Verkauf sog. bootlegs

Um die urheberrechtliche Kappungsgrenze für den Aufwendungsersatzanspruch bei einer Abmahnung ging es

auch in einem vor dem LG Hamburg geführten Berufungsverfahren.⁷³ Die Beklagte hatte zwei CDs (davon eine Doppel-CD) mit nicht autorisierten Livemitschnitten der Gruppe IRON MAIDEN über eBay angeboten. Nachdem das AG Hamburg die Klage betreffend die Kostenerstattung für die Abmahnung unter Berufung auf § 97 a Abs. 2 UrhG mit dem EUR 100,00 übersteigenden Betrag abgewiesen hatte, sprach das Berufungsgericht der Klägerseite eine (volle) 1,3-Geschäftsgebühr aus einem Streitwert von EUR 20 000,00 zu. Durch die Angabe „bootleg“ im Angebotstext sei nach dem Verständnis des durchschnittlichen eBay-Nutzers aktiv darauf hingewiesen worden, dass es sich um nicht-autorisierte Livemitschnitte handelte; es liege bereits keine nur unerhebliche Rechtsverletzung vor.

3. Zum Wettbewerbsverhältnis mit eBay-Verkäufern

Nach § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG stehen „jedem Mitbewerber“ Abwehransprüche zu, falls ein Dritter unlautere geschäftliche Handlungen vornimmt, die geeignet sind, die Interessen von Marktteilnehmern spürbar zu beeinträchtigen. Als „Mitbewerber“ ist dabei nach § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG jeder Unternehmer anzusehen, der in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht. Das OLG Braunschweig verneinte auf dieser Grundlage das Bestehen eines konkreten Wettbewerbsverhältnisses zwischen dem Kläger, der Herrenunterwäsche und -bademode vertreibt, und der Beklagten, die bei eBay Damenoberbekleidung, Schuhe, Accessoires und Kinderbekleidung zum Kauf anbietet.⁷⁴ Der Kläger hatte zwar behauptet, sich mit der Entwicklung einer entsprechenden Damenlinie zu beschäftigen; nach Ansicht des Gerichts genüge die bloß abstrakte Möglichkeit eines Marktzutritts aber nicht.

4. Verstoß gegen eBay-Grundsätze = wettbewerbswidrig?

Nach dem Grundsatz zum Einstellen von mehreren identischen Artikeln ist es bei eBay untersagt, als Verkäufer gleichzeitig mehr als drei Angebote mit identischen Artikeln anzubieten.⁷⁵ Ob es (auch) einen Wettbewerbsverstoß darstellt, wenn ein Anbieter entgegen diesem Grundsatz jeweils sechs Mal identische Radioblenden und Adapterkabel zeitgleich offeriert, hatte das OLG Hamm zu entscheiden. Der 4. Zivilsenat sah in dem Verhalten wie zuvor auch das LG Bochum⁷⁶ jedoch keinen Wettbewerbsverstoß.⁷⁷ Der Verstoß gegen das vertragliche Werbeverbot betreffe den Kreis der Vertragspartner und könne dort sanktioniert werden; mangelnde Vertragstreue führe aber nicht automatisch zu einem Unlauterkeitsverdikt. Der Umstand, dass das beklagte eBay-Mitglied in der Suchergebnisliste erheblich öfter mit gleichen Produkten auftaucht als der klagende Konkurrent, führe nicht zu einer ernsthaften Behinderung der Marktchancen. Eine spürbare Beeinträchtigung der Verbraucher sei ebenfalls nicht erkennbar.

69 Vgl. BT-Drs. 16/5048, S. 49.

70 Zur Schadensersatzhöhe bei unbefugter Lichtbildnutzung auch: *Schlömer/Dittrich*, K&R 2010, 155 m. w. N.

71 Vgl. BT-Drs. 16/8783, S. 50.

72 Vgl. AG Köln, 31. 3. 2010 – 125 C 417/09, K&R 2010, 526 ff.

73 Vgl. LG Hamburg, 30. 4. 2010 – 308 S 12/09.

74 Vgl. OLG Braunschweig, 27. 1. 2010 – 2 U 225/09.

75 Grundsatz zum Einstellen von mehreren identischen Artikeln abrufbar unter: <http://pages.ebay.de/help/policies/listing-multi.html>.

76 LG Bochum, 16. 6. 2010 – I-13 O 37/10.

77 Vgl. OLG Hamm, 21. 12. 2010 – I-4 U 142/10.

5. Zur Anwendbarkeit der PAngV bei öffentlichen Internetangeboten

Die Vorschriften der PAngV sind nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 PAngV nicht auf Angebote oder Werbung gegenüber Letztverbrauchern anzuwenden, welche die Ware in ihrer selbständigen beruflichen oder gewerblichen oder in ihrer behördlichen oder dienstlichen Tätigkeit verwenden. Die Frage, ob sich ein Angebot oder eine Werbung nur an Wiederverkäufer und Gewerbetreibende oder zumindest auch an private Letztverbraucher richtet, ist nach Ansicht des BGH aus Sicht der Adressaten der Werbung zu beurteilen; es komme nicht darauf an, an welchen Abnehmerkreis der Werbende die Anzeige richten wollte.⁷⁸ Bei Internetangeboten, die für jedermann zugänglich sind, sei deshalb davon auszugehen, dass sie zumindest auch Privatkunden ansprechen, wenn sie nicht eindeutig und unmissverständlich eine Beschränkung auf Wiederverkäufer enthalten. Ein Anbieter müsse daher, wenn er nur für Wiederverkäufer bestimmte Angebote in den öffentlich zugänglichen Bereich eines Internetportals stellt, einen deutlich hervorgehobenen und klar verständlichen Hinweis auf die Beschränkung anbringen – so etwa den Zusatz: „Verkauf nur an Händler“.

6. Unlautere Werbung mit dem Hinweis „Lieferung frei Haus“

Die Werbung mit einem kostenlosen Versand ist inzwischen gang und gäbe. Auf dem eBay-Marktplatz galt zeitweilig sogar die Pflicht, in einigen Kategorien einen kostenlosen Versand für die erste nationale Versandart anzubieten.⁷⁹ Wie das OLG Hamm entschieden hat, erweist sich die Werbung mit der Aussage „Lieferung frei Haus“ allerdings dann als irreführend, wenn die Kunden nicht darauf hingewiesen werden, dass bei Unterschreiten eines bestimmten Auftragswertes ein Mindermengenzuschlag berechnet wird und bei einem Warenversand zusätzlich Verpackungskosten in Rechnung gestellt werden.⁸⁰ Die Werbeaussage werde so verstanden, dass keine zusätzlichen Kosten mehr anfallen. Es sei zwar richtig, dass es bei einer Lieferung „frei Haus“ darum geht, dass keine Versandkosten anfallen und die Verpackungskosten hingegen Teil der Eigenaufwendungen des Verkäufers sind. Selbst wenn die Verpackungskosten aber rechtlich, soweit sie gesondert zu berechnen oder zu pauschalieren sind, in den Endpreis nicht einzubeziehen sein sollten, gingen Kunden nicht davon aus, dass sie solche Kosten zusätzlich übernehmen müssen, wenn diese nicht erwähnt werden. Betreffend den mitunter berechneten Mindermengenzuschlag sei es nicht ausreichend, wenn auf diesen erst in einer gesonderten Versandkostenliste hingewiesen wird. Kunden hätten sich wegen der vermeintlich besonders günstigen Versandkostenregelung dann schon näher mit dem Angebot befasst; eine spätere Aufklärung könne die Eignung zur Irreführung nicht mehr beseitigen.

7. Elektro-/Elektronikgeräte ohne Herstellerkennzeichnung und deutsche Gebrauchsanweisung

Nach § 7 S. 1 ElektroG sind Elektro- und Elektronikgeräte, die nach dem 13. 8. 2005 in einem Mitgliedstaat der EU erstmals in Verkehr gebracht wurden, dauerhaft so zu kennzeichnen, dass der Hersteller eindeutig zu identifizieren ist und festgestellt werden kann, dass das Gerät nach diesem Zeitpunkt erstmals in Verkehr gebracht wurde. Wie das LG Bochum entschieden hat, ist es unlauter, Elektro- und Elektronikgeräte im geschäftlichen Verkehr anzu-

bieten, wenn keine solche Herstellerkennzeichnung vorliegt oder der Lieferung keine deutschsprachige Gebrauchsanweisung beigelegt ist.⁸¹ Die Herstellerkennzeichnungspflicht gehöre zum System der präventiven Kontrolle nach dem ElektroG, das die Inanspruchnahme der Kollektivgemeinschaft verhindern soll. Zudem ermögliche die Kennzeichnungspflicht erst die Prüfung, ob der Hersteller registriert und damit die spätere Rücknahme und Entsorgung des Geräts wirtschaftlich gesichert sind. Das ElektroG diene daher auch dem Interesse der Allgemeinheit und der Verbraucher an einer geordneten Entsorgung. Irreführend i. S. d. § 5 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 bzw. § 5 a Abs. 2 UWG sei es zudem, wenn derartige Geräte nur mit einer englischsprachigen Bedienungsanleitung vertrieben werden, ohne vorab auf das Fehlen einer deutschsprachigen Anleitung hinzuweisen. Werde herstellerseitig eine gedruckte Bedienungsanleitung für erforderlich erachtet, liege es nahe, dass bei einem Vertrieb in Deutschland das Produkt auch mit einer solchen in deutscher Sprache versehen wird; die Verkehrskreise würden daher in ihrer berechtigten Erwartung getäuscht, wenn das Produkt nur mit einer englischsprachigen Anleitung vertrieben wird, ohne dass darauf vorher hingewiesen wurde.

8. Kühlgefrierkombination „sehr sparsam im Verbrauch“

In der Rechtsprechung besteht Einigkeit, dass die fehlerhafte Kennzeichnung von Haushaltsgeräten mit einer besseren Energieeffizienzklasse als zutreffend unlauter ist.⁸² In einem ähnlich gelagerten Fall bejahte das LG Freiburg eine wettbewerblich relevante Irreführung, weil eine Kühlgefrierkombination der Marke SAMSUNG, Modell RL-24FCAS mit Energieeffizienzklasse A+ als „sehr sparsam im Energieverbrauch“ beworben wurde.⁸³ Tatsächlich zählen heute mehr als 50 % aller Geräte zu den beiden höchsten Energieeffizienzklassen, wobei die Klasse A++ alleine selbst 17 % ausmacht. Unter diesen Umständen könne, so das Gericht, ein Gerät, welches nur zur Energieeffizienzklasse A+ gehört, nicht mehr als „sehr sparsam“ bezeichnet werden. Die insoweit begründete Irreführung werde auch nicht dadurch korrigiert, dass die Energieeffizienzklasse des Geräts in der Werbung zutreffend mit A+ angegeben ist. Der aufgeklärte Verbraucher erwarte aufgrund der Angabe „sehr sparsam“, dass sich das Gerät im obersten Bereich der Sparsamkeit bewegt.

9. Angabe zu Kraftstoffverbrauch und CO₂-Emissionen bei Vorführwagen?

Nach § 1 Abs. 1 Pkw-EnVKV haben unter anderem auch Händler, die neue Personenkraftwagen ausstellen, zum Kauf oder Leasing anbieten oder für diese werben, Angaben über den Kraftstoffverbrauch und die CO₂-Emissionen zu machen. Das gilt gem. § 5 Abs. 2 S. 1 Pkw-EnVKV auch für in elektronischer Form verbreitetes Werbematerial. Wie das OLG Koblenz feststellte, herrscht in der Rechtsprechung Einigkeit darüber, dass auch Fahrzeuge mit einer Tageszulassung dem Neuwagenbegriff und damit der Kennzeichnungspflicht unterfallen. Die Nichtbeachtung der

78 Vgl. BGH, 29. 4. 2010 – I ZR 99/08 – Preiswerbung ohne Umsatzsteuer, K&R 2010, 816 ff.

79 Die Pflicht, bei eBay kostenlosen Versand anzubieten, wurde mit dem 8. 2. 2010 durch neue Obergrenzen für Versandkosten ersetzt.

80 Vgl. OLG Hamm, 4. 5. 2010 – 4 U 32/10, K&R 2011, 61 ff.

81 Vgl. LG Bochum, 2. 2. 2010 – I-17 O 159/09, K&R 2010, 525 ff.

82 Dazu auch Schlömer/Dittrich, K&R 2008, 135.

83 Vgl. LG Freiburg, 12. 7. 2010 – 12 O 37/10.

Vorschriften der Pkw-EnVKV könne grundsätzlich auch einen Wettbewerbsverstoß darstellen. Nach Auffassung des 9. Zivilsenats sei jedoch ein Pkw, der von einem Autohaus als Vorführgewagen erworben und auch als solcher vor dem Weiterverkauf genutzt wurde, nicht mehr als „neu“ i. S. d. § 2 Nr. 1 Pkw-EnVKV anzusehen; denn das Fahrzeug sei nicht mehr ungebraucht, wenn es im Straßenverkehr gefahren worden ist.⁸⁴ Der beklagte Autohändler hatte über die Website von mobile.de einen PEUGEOT 207 SW Sport HDI 110 1.6 beworben, der nur knapp zwei Monate lang zugelassen und erst 500 km weit gefahren war. Ausweislich der vorliegenden Entscheidungen handelte er nicht unlauter, weil er auf der Website keine Angaben zum Kraftstoffverbrauch und den CO₂-Emissionen machte.

10. Größenangaben in Zentimeter statt in Zoll?!

Das Gesetz über die Einheiten im Messwesen und die Zeitbestimmung (EinhZeitG) i. V. m. der dazu vom BMWi erlassenen Ausführungsverordnung sieht als Einheit für Größenangaben „Meter“ vor, wobei die in Anlage 2 Spalten 3 und 4 aufgeführten Vorsätze und Vorsatzzeichen zur Bezeichnung dezimaler Vielfache und Teile von Einheiten anwendbar sind, also z. B. Zentimeter. Trotzdem werden Größenangaben (z. B. zur Displaygröße bei TV-Geräten, Monitoren, digitalen Bilderrahmen) in der Praxis oftmals nur mit Angaben in „Zoll“ gemacht. Die Verwendung anderer als der gesetzlichen Einheiten ist gem. § 3 EinhV jedoch nicht singulär, sondern nur zusätzlich zu den gesetzlichen Einheiten gestattet – und dies auch nur dann, wenn die Angabe in der gesetzlichen Einheit hervorgehoben ist. Nach Ansicht des OLG Hamm ist ein Verstoß gegen das EinhZeitG jedoch nicht geeignet, die Interessen der Mitbewerber, Verbraucher und sonstigen Marktteilnehmer spürbar zu beeinträchtigen.⁸⁵ Der Trend möge sich zwar inzwischen dahin verlagern, dass cm-Maße jedenfalls zusätzlich angegeben und hervorgehoben werden; das Längenmaß „Zoll“ habe sich zuvor aber durchgesetzt und sei allgemein gebräuchlich gewesen. Der Markt sei mit dieser Maßeinheit, die ebenso eine Vergleichbarkeit der Größen ermöglicht, vertraut, so dass der Verbraucher einen zutreffenden Überblick über die wesentlichen Angaben des Produkts, sprich vor allem die Größe, erhalte.

11. Anwendbarkeit der AltöIVO auch im E-Commerce!

Wer gewerbsmäßig Verbrennungsmotoren- oder Getriebeöl an Endverbraucher abgibt, muss vor der Abgabe eine Annahmestelle für solche gebrauchten Öle einrichten oder eine solche durch entsprechende vertragliche Vereinbarung nachweisen. Nach § 8 Abs. 1 S. 2 AltöIVO ist bei der Abgabe an private Endverbraucher zudem durch leicht erkennbare und lesbare Schrifttafeln am Ort des Verkaufs auf die Annahmestelle hinzuweisen. Nachdem das LG Hamburg zunächst die Auffassung vertrat, dass die Hinweispflicht nach § 8 Abs. 1 S. 2 AltöIVO für den Vertrieb von Motorenöl über das Internet nicht gelte, entschied das OLG Hamburg in zweiter Instanz anders und gab damit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung statt.⁸⁶ Der Wortlaut der Bestimmung, insbesondere der Begriff der „Schrifttafel“, der zunächst an körperliche Schilder denken lässt, sei auf den stationären Handel mit Motorenöl in Ladengeschäften oder an Tankstellen zugeschnitten. Das liege – so die Hanseatischen Richter – ersichtlich aber daran, dass zum Zeitpunkt des Erlasses der AltöIVO im Jahr 1987 die Entwicklung des Internets noch in den Anfängen steckte; erst recht habe es noch keinen

Versandhandel über das Internet gegeben. Dennoch sei der Anwendungsbereich des § 8 Abs. 1 S. 1 AltöIVO im digitalen Zeitalter entsprechend anzuwenden. Zwar stelle nicht jeder Verstoß gegen Umweltschutzbestimmungen auch einen Verstoß gegen eine Bestimmung i. S. d. § 4 Nr. 11 UWG dar. Vorliegend falle jedoch die Hinweispflicht nach § 8 Abs. 1 S. 2 AltöIVO mit dem Wettbewerbsverhalten zusammen, da der Hinweis am „Ort des Verkaufs“ und damit zum Zeitpunkt der Umwerbung des Käufers und damit „am Markt“ zu erteilen sei.

12. Preisgegenüberstellung mit durchgestrichenen „statt“-Preisen

Das OLG Düsseldorf hatte sich mit der Frage zu befassen, ob die angesprochenen Verkehrskreise durch einen Preisvergleich in die Irre geführt werden, bei dem einem tatsächlich verlangten (Kauf-)Preis ein höherer durchgestrichener „statt“-Preis gegenübergestellt wird (hier: statt 49,95 € nur 19,95 €), ohne ausdrücklich darauf hinzuweisen, um was für einen Preis es sich bei dem gegenübergestellten Preis handelt.⁸⁷ Es sah jedoch keine Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise, da nicht ersichtlich sei, dass interessierte Durchschnittsverbraucher in dem durchgestrichenen Preis etwas anderes sehen könnten als den vom werbenden Unternehmen früher geforderten Preis. Bemerkenswert ist diese Entscheidung vor allem deshalb, weil der BGH bereits wiederholt klargestellt hat, dass die Bezugnahme auf einen „statt“-Preis irreführend ist, wenn in der Werbung nicht klargestellt wird, um was für einen Preis es sich dabei handelt.⁸⁸ Das Gleiche muss für durchgestrichene Preise gelten – zumal es in der Praxis fürwahr keine festen Usancen dahingehend gibt, dass es sich bei einem „statt“-Preis bzw. durchgestrichenen Preis um einen früheren Preis des Werbenden handelt, wie überzeugend zuletzt auch das OLG Hamburg festgestellt hat.⁸⁹

13. Angekündigter Gewährleistungsausschluss bei eBay?

Zu der angekündigten Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses im Angebot eines gewerblich tätigen eBay-Mitgliedes hat der BGH entschieden, dass eine derartige Geschäftspraxis dann unzulässig ist, wenn sich das Angebot zumindest auch an Verbraucher richtet.⁹⁰ Das sei im zugrunde liegenden Sachverhalt der Fall gewesen, obwohl der Beklagte darauf hingewiesen hatte, nur an Gewerbetreibende zu verkaufen; denn im Nachgang dazu habe er ausgeführt: „Für Privatbieter gilt das handelsübliche 30-tägige Widerrufs- und Rückgaberecht.“ Daraus habe das angesprochene Publikum den Schluss ziehen können, der Beklagte sei gleichwohl bereit, auch an Privatpersonen zu verkaufen. Dem in dem Angebot des Beklagten enthaltenen Gewährleistungsausschluss stehe deshalb § 475 Abs. 1 S. 1 BGB entgegen. Es handele sich bei § 475

84 Vgl. OLG Koblenz, 13. 10. 2010 – 9 U 518/10 (a. A. KG Berlin, 20. 11. 2009 – 5 U 115/07; KG Berlin, 15. 9. 2009 – 5 U 116/08; KG Berlin, 11. 5. 2007 – 5 U 190/06, K&R 2007, 528 ff.; LG Berlin, 26. 9. 2006 – 15 O 521/06; OLG Stuttgart, 27. 11. 2008 – 2 W 61/08).

85 Vgl. OLG Hamm, 10. 5. 2010 – 4 W 48/10, K&R 2010, 522 ff. (Vorinstanz: LG Bochum, 30. 3. 2010 – I-17 O 21/10, K&R 2010, 430 ff.).

86 Vgl. OLG Hamburg, 2. 6. 2010 – 5 W 59/10, K&R 2010, 747 ff.

87 Vgl. OLG Düsseldorf, 29. 6. 2010 – I-20 U 28/10, K&R 2010, 601 ff.

88 Vgl. BGH, 4. 5. 2005 – I ZR 127/02 – statt-Preis; BGH, 25. 1. 1980 – I ZR 10/78 – Preisgegenüberstellung III (für eine Werbung, die sich ganz oder überwiegend auf Markenartikel bezieht). Zu einer Preisgegenüberstellung mit „Ladenpreis“ oder „regulärer Ladenpreis“ auch: *Schlömer/Dittrich*, K&R 2010, 156 f. sowie K&R 2008, 134 m. w. N.

89 Vgl. OLG Hamburg, 30. 1. 2009 – 3 W 181/08.

90 Vgl. BGH, 31. 3. 2010 – I ZR 34/08, K&R 2010, 737 ff.

Abs. 1 BGB auch um eine Marktverhaltensregelung i. S. d. § 4 Nr. 11 UWG; die Zuwiderhandlung dagegen sei daher wettbewerbswidrig.

14. Anforderung an Garantiewerbung/-zusagen

Zuletzt wurde wiederholt darauf hingewiesen, dass Uneinigkeit in der Rechtsprechung darüber herrscht, welche Anforderungen an Händler zu stellen sind, die bei eBay ihre Waren unter Angabe einer „Garantie“ oder auch unter Hinweis auf eine „Herstellergarantie“ feilbieten.⁹¹ Das KG Berlin ging zuletzt noch davon aus, dass einen Verkäufer keine Pflicht treffe, den Verbraucher bereits vor Vertragsabschluss i. S. d. § 477 Abs. 1 BGB zu informieren; es genüge, wenn die Garantiebedingungen nach Vertragsabschluss – spätestens bis zur Lieferung der Ware – in Textform zugehen.⁹² Zwischenzeitlich hat der 5. Zivilsenat am KG Berlin seine Rechtsprechung geändert und geht jetzt davon aus, dass der Anwendungsbereich des § 477 BGB bei Angeboten auf dem eBay-Marktplatz eröffnet ist, wenn in einem Artikelangebot mit der Aussage „Auf alle Holzteile bekommen Sie eine Garantie von 5 Jahren“ geworben wird.⁹³ Aufgrund der Besonderheiten des Zustandekommens eines Kaufvertrages über eBay sei schon die zum Vertragsschluss führende Willenserklärung des Verkäufers an den in § 477 BGB enthaltenen Anforderungen zu messen.⁹⁴ Für den Fall, dass ein eBay-Anbieter als Wiederverkäufer erkennbar nur auf eine „Herstellergarantie“ hinweist, blieb das KG Berlin jedoch bei der Auffassung, dass § 477 BGB keine Anwendung findet, der Händler daher keine detaillierten Angaben zu Art und Umfang der Herstellergarantie machen müsse.⁹⁵

15. eBay Mobile – Darstellung auf Mobilfunkgeräten

Eine Entscheidung des OLG Hamm sorgte vor allem bei denjenigen Händlern für Verwunderung, die bislang keinerlei Erfahrung mit Apps gesammelt hatten, die eBay für mobile Endgeräte zur Verfügung stellt.⁹⁶ Konkret ging es um die Frage, ob ein Online-Händler auch dafür haftbar gemacht werden kann, dass gesetzliche Pflichtangaben bei einem Abruf der Artikelangebote über mobile Endgeräte (hier: Apple iPod touch) fehlen bzw. nicht leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar oder ständig verfügbar sind, obwohl die Inhalte im Falle einer konventionellen Darstellung der Website ordnungsgemäß wiedergegeben wurden. Der 4. Zivilsenat am OLG Hamm bejahte eine unlautere geschäftliche Handlung des betreffenden eBay-Mitgliedes. Die Haftung setze alleine ein objektiv rechtswidriges Verhalten voraus; auf die Kenntnis der die Unlauterkeit begründenden Umstände wie die Art der Darstellung komme es nicht an.

VIII. Zur Haftung der Plattformbetreiber

In der Frage der (Störer-)Haftung seitens eBay wegen markenrechtsverletzender Angebote von Mitgliedern des Online-Marktplatzes zeichnet sich eine Entscheidung des EuGH ab. Ausweislich der Schlussanträge des Generalanwalts Niilo Jääskinen in einem Rechtsstreit zwischen L'ORÉAL und eBay ist dieser der Ansicht, es bestehe durchaus die Möglichkeit, dass eBay hinsichtlich der Speicherung von Informationen, die von einem Nutzer zur Verfügung gestellt werden, von der Haftung freigestellt ist, wenn die Voraussetzungen von Art. 14 der RL 2000/31/EG erfüllt sind. Die Beschränkung der Verantwortlichkeit im Bereich des Hostings bestehe aber dann nicht (mehr), wenn eBay als Betreiber des Marktplatzes die verletzende

Benutzung einer Marke gemeldet worden ist und derselbe Nutzer dieselbe Verletzungshandlung fortsetzt oder wiederholt.⁹⁷

1. Manuelle Bildkontrolle durch die Plattformbetreiber unzumutbar

Derweil hat der BGH entschieden, dass eBay als Betreiber des Online-Marktplatzes nicht dazu verpflichtet ist, sämtliche Verkaufsangebote, welche die Marken eines Markeninhabers anführen, einer manuellen Bildkontrolle darauf zu unterziehen, ob unter den Marken von den Originalerzeugnissen abweichende Produkte angeboten werden.⁹⁸ Der I. Zivilsenat bestätigte zwar erneut die Ansicht, der zufolge das Haftungsprivileg i. S. d. §§ 8 Abs. 2 S. 1, 11 S. 1 Nr. 1 TDG a. F. bzw. §§ 7 Abs. 2 S. 1, 10 S. 1 Nr. 1 TMG n. F. auf Unterlassungsansprüche keine uneingeschränkte Anwendung finden soll; eine Haftung der Betreiber des Marktplatzes als Täter oder auch als Teilnehmer von Markenrechtsverletzungen scheidet aber dennoch aus. Insbesondere leiste eBay keine Beihilfe zu den Markenverletzungen einzelner Nutzer durch Unterlassen. Selbst wenn eBay eine Erfolgsabwendungspflicht träfe, wäre diese nicht verletzt worden. Kontrollmaßnahmen, bei denen jedes Angebot einer manuellen Kontrolle unterzogen werden muss, seien unzumutbar und würden das Geschäftsmodell gefährden – zumal Markeninhaber mit der über das VeRI-Programm zur Verfügung gestellten Suchfunktion Angebote mit ihren Klagemarken ebenfalls herausfiltern und einer manuellen Kontrolle auf Verletzungsfälle unterziehen können. Aus den gleichen Gründen scheidet schließlich auch eine Haftung nach den Grundsätzen der Störerhaftung aus.

2. Auskunftsanspruch gegen eBay wegen (schein-)privaten Anbietern

Tritt ein eBay-Mitglied als scheinbar privater Anbieter ohne Anbieterkennzeichnung auf und verletzt durch die auf dem Online-Marktplatz eingestellten Artikel Markenrechte, kann der Rechteinhaber über das sog. VeRI-Programm die Mitteilung der personenbezogenen Daten des betreffenden eBay-Mitgliedes verlangen. Wie das LG Frankfurt a. M. entschieden hat, kann eBay ggfs. auch im Wege einer einstweiligen Verfügung aufgegeben werden, dem Rechteinhaber nähere Auskünfte zu einem bestimmten Nutzer zu erteilen – und zwar unabhängig von der Frage, ob eBay selbst als Täter, Teilnehmer oder Störer haftbar gemacht werden kann.⁹⁹ Das Gericht bejahte einen Auskunftsanspruch gegenüber eBay gem. § 19 Abs. 2 Nr. 3 MarkenG, wonach in Fällen offensichtlicher Rechtsverletzung unverzügliche Auskunft auch gegenüber einer Person geltend gemacht werden kann, die in gewerblichem Ausmaß Dienstleistungen erbringt, die für rechtsverletzende Tätigkeiten genutzt werden.

91 Dazu auch *Schlömer/Dittrich*, K&R 2010, 157 sowie K&R 2009, 151 m. w. N.

92 Vgl. KG Berlin, 1. 4. 2009 – 24 U 133/08 im Anschluss an KG Berlin, 2. 11. 2007 – 5 W 306/07 sowie KG Berlin, 2. 9. 2008 – 5 W 254/08.

93 Vgl. KG Berlin, 31. 8. 2010 – 5 W 126/09 (ausdrücklich unter Aufgabe der Rechtsprechung aus KG Berlin, 2. 9. 2008 – 5 W 254/08).

94 Zu der diesbezüglichen Kritik an der früheren Rechtsprechung des KG Berlin bereits *Schlömer/Dittrich*, K&R 2009, 151.

95 Vgl. KG Berlin, 11. 10. 2010 – 5 U 40/10.

96 Vgl. OLG Hamm, 20. 5. 2010 – 1-4 U 225/09, K&R 2010, 591 ff. mit ausführlichem Kommentar von *Dittrich*, K&R 2010, 549 ff.

97 Schlussantrag des Generalanwalts, 9. 12. 2010 – C-324/09.

98 Vgl. BGH, 22. 7. 2010 – I ZR 139/08 – Kinderhochstühle im Internet, K&R 2011, 117 ff.

99 Vgl. LG Frankfurt a. M., 1. 9. 2010 – 3-08 O 86/10.

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



RA Dr. Uwe Schlömer



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

