

Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

3
K&R

- Editorial: Wegweisende Urteile des EGMR zum Presserecht
Dr. Thomas Haug
- 145 Reform des EU-Datenschutzrechts · *Dr. Markus Lang*
- 151 Die Entwicklung des Datenschutzrechts im Jahr 2011
Dr. Flemming Moos
- 160 eBay & Recht – Rechtsprechungsübersicht zum Jahr 2011
Dr. Uwe Schlömer und Jörg Dittrich
- 169 Das wettbewerbsrechtliche Dilemma bei hybriden Softwareprojekten
Arndt Hengstler und Clemens Pfitzer
- 174 Vom Profifußball als fragmentierter Öffentlichkeit
Dr. iur. Thomas Feiler und Mirko Andreas Wieczorek
- 177 Länderreport USA · *Clemens Kochinke*
- 179 EGMR: Von Hannover II: Foto-Veröffentlichung verletzt keine
Persönlichkeitsrechte Prominenter
Übersetzung von *Dr. Thomas Haug*
- 187 EGMR: Axel Springer AG: Untersagte Berichterstattung
über Verhaftung bekannten Schauspielers verletzt Meinungsfreiheit
Übersetzung von *Dr. Thomas Haug*
- 204 BGH: Basler Haar-Kosmetik: Prüfpflicht des Admin-C
bei Domaingrabbing-Verdacht
mit Kommentar von *Prof. Dr. Boris P. Paal*
- 212 BGH: Kfz-Angebot mit korrekten Angaben in falscher Suchrubrik
nicht irreführend
mit Kommentar von *Dr. Stefan Maaßen*
- 226 BVerwG: Beurteilungsspielraum der Regulierungsbehörde
bei Kostenorientierung für TAL-Zugang
mit Kommentar von *Dr. Christoph Werkmeister*

15. Jahrgang

März 2012

Seiten 145–232

Deutscher Fachverlag GmbH · Frankfurt am Main

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

eBay & Recht – Rechtsprechungsübersicht zum Jahr 2011

Der nachfolgende Beitrag knüpft an die Rechtsprechungsübersicht zum Jahr 2010 (Schlömer/Dittrich, K&R 2011, 159 ff.) an. Spürbar weniger Gerichtsentscheidungen sind diesmal zum Thema der fernabsatzrechtlichen Informations- und Belehrungspflichten ergangen, wenngleich die mit Wirkung zum 11. 6. 2010 in Kraft getretene Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht sogleich zu einer gänzlich neuen Streitfrage geführt hat. Darüber hinaus konnte sich der BGH gleich zwei Mal instruktiv zum Zustandekommen von Verträgen auf dem eBay-Marktplatz äußern und der EuGH nahm zu der Frage Stellung, ob und inwiefern sich Betreiber eines Online-Marktplatzes auf die in der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr (RL 2000/31/EG) verankerten und in § 10 TMG umgesetzten Haftungsprivilegierung für sog. Host-Provider berufen können.

I. Zollschuld wegen Verbringens von Ware in das Zollgebiet der EU

Im Rahmen eines Rechtsstreits über die Zahlung einer Zollschuld, die durch das vorschriftswidrige Verbringen von Waren in das Zollgebiet der EU entstanden ist, hatte der EuGH über die Auslegung von Art. 202 Abs. 3 zweiter Gedankenstrich der Verordnung Nr. 2913/92/EWG zu entscheiden. Ausschlaggebend war ein durch das Hauptzollamt Aachen erlassener Abgabenbescheid gegen ein eBay-Mitglied, das zwischen 2004 und 2006 Waren bei eBay einstellte, die durch einen chinesischen Lieferanten dann direkt an die in der BRD ansässigen Käufer verschickt wurden – dies, ohne dass Einfuhrabgaben entrichtet wurden. Obgleich der Lieferant die Preise festsetzte und letztlich auch die Lieferung besorgte, vereinnahmte der bei eBay registrierte Anbieter zunächst das Entgelt aus den Verkäufen.

Nachdem das FG Düsseldorf die Klage des eBay-Verkäufers abgewiesen hatte, legte dieser Revision ein. Der BFH beschloss daraufhin, das Verfahren auszusetzen und den EuGH anzurufen. Dieser teilte die Ansicht, dass eine Person auch dann als Schuldner der aufgrund des vorschriftswidrigen Verbringens von Waren in das Zollgebiet der EU entstandenen Zollschuld anzusehen sein kann, wenn sie – ohne an dem Verbringen unmittelbar mitzuwirken – beim Abschluss der Kaufverträge für die betreffenden Waren beteiligt ist.¹ Voraussetzung sei hierbei eine wissentliche Beteiligung am vorschriftswidrigen Verbringen der Waren, was impliziere, dass die betreffende Person Kenntnis vom Vorliegen einer oder mehrerer Unregelmäßigkeiten hat oder vernünftigerweise hätte haben müssen. Es sei daher danach zu fragen, ob alles unternommen wurde, was vernünftigerweise erwartet werden kann, um sich zu vergewissern, dass die fraglichen Waren nicht vorschriftswidrig in das Zollgebiet der EU verbracht werden – insbesondere, ob der Lieferant darüber informiert wurde, die Waren beim Zoll anmelden zu müssen.

II. Vertragsabschluss und Leistungsstörungen

1. Handeln bei eBay unter fremdem Namen

Der BGH hatte zu entscheiden, unter welchen Voraussetzungen der Inhaber eines eBay-Mitgliedskontos vertraglich für solche Erklärungen haftet, die ein Dritter bei unbefugter Verwendung seines Mitgliedskontos abgegeben hat. Der VIII. Zivilsenat entschied, dass die Regeln des Stellvertretungsrechts insoweit anwendbar sind.² Rechtsgeschäftliche Erklärungen, die ohne Vollmacht oder nachträgliche Genehmigung des Inhabers eines eBay-Mitgliedskontos unter fremdem Namen abgegeben werden, seien dem Kontoinhaber nur unter den Voraussetzungen der Duldungs- oder der Anscheinsvollmacht zuzurechnen. Für eine solche Zurechnung reiche es nicht aus, dass der Inhaber des Mitgliedskontos die Zugangsdaten nicht hinreichend vor dem Zugriff Dritter geschützt hat. Zwar habe der I. Zivilsenat im Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes und Urheberrechts eine unsorgfältige Verwahrung der Kontaktdaten eines eBay-Mitgliedskontos als einen eigenständigen Zurechnungsgrund genügen lassen;³ diese für den Bereich der deliktischen Haftung entwickelten Grundsätze seien jedoch nicht übertragbar auf die Zurechnung einer unbefugt abgegebenen rechtsgeschäftlichen Erklärung. Eine Haftung des Account-Inhabers lasse sich schließlich auch nicht aus § 2 Ziff. 9 der AGB von eBay ableiten. Diese Bestimmung sehe zwar vor, dass eBay-Mitglieder grundsätzlich für „sämtliche Aktivitäten“ haften, die unter Verwendung ihres Mitgliedskontos vorgenommen werden. Da die Klausel aber nur zwischen eBay und dem Inhaber eines Mitgliedskontos vereinbart werde, komme ihr keine unmittelbare Geltung zwischen den Kaufvertragsparteien zu; sie begründe allenfalls eine Einstandspflicht des Kontoinhabers gegenüber eBay für dort entstandene Schäden.

2. Vorzeitige Beendigung einer Online-Auktion

Wie mehrfach entschieden wurde, gibt ein Anbieter mit Freischaltung einer Online-Auktion auf dem eBay-Marktplatz eine verbindliche Willenserklärung zum Abschluss eines (Kauf-)Vertrages gegen Höchstgebot ab.⁴ Fraglich aber ist, unter welchen Voraussetzungen der Anbieter berechtigt ist, eine Online-Auktion vor Ende ihrer Laufzeit zu beenden. Wie der VIII. Zivilsenat am BGH nun konkretisiert hat, steht ein bei eBay eingestelltes Angebot unter dem Vorbehalt einer berechtigten Angebotsrücknahme.⁵ § 10 Abs. 1 S. 5 der AGB von eBay räume dem Anbietenden unter den genannten Voraussetzungen das Recht ein,

* Der Autor Dittrich ist RA/FA GewRS und FA IT-Recht. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII.

1 Vgl. EuGH, 17. 11. 2011 – C-454/10, K&R 2012, 199 ff. (in diesem Heft).

2 Vgl. BGH, 11. 5. 2011 – VIII ZR 289/09, K&R 2011, 496 ff.

3 Vgl. BGH, 11. 3. 2009 – I ZR 114/06 – Halzband, K&R 2009, 401 ff. Dazu auch Schlömer/Dittrich, K&R 2010, 155.

4 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.

5 Vgl. BGH, 8. 6. 2011 – VIII ZR 305/10, K&R 2011, 575 ff.

sein Angebot vor Ablauf der festgesetzten Laufzeit zurückzunehmen mit der Folge, dass bei einer berechtigten Rücknahme kein Vertrag zustande komme. Das gelte nicht nur für die Anfechtung von Willenserklärungen gem. §§ 119 ff. BGB; vielmehr werde in den eBay-Hinweisen zur Angebotsbeendigung auch der Verlust der Kaufsache als rechtfertigender Grund für eine vorzeitige Beendigung angeführt. Im vorliegenden Fall sei das beklagte eBay-Mitglied daher wegen des Diebstahls der von ihm auf dem Marktplatz angebotenen Kamera berechtigt gewesen, sein Angebot vorzeitig zurückzunehmen mit der Folge, dass kein Kaufvertrag mit dem Kläger als dem in diesem Zeitpunkt Höchstbietenden zustande gekommen ist.

Das AG Menden stellte indes fest, dass ein Verkäufer bei eBay nicht berechtigt ist, sein Angebot vorzeitig zurückzunehmen, nur weil er die Sache in der Zwischenzeit anderweitig gewinnbringender verkaufen konnte.⁶ Die allein wirtschaftliche Überlegung, anderweitig einen höheren Preis zu erzielen, stelle eine sachfremde Erwägung dar.

Im diesem Sinne entschied dann auch das AG Hamm, dass ein eBay-Mitglied nicht etwa berechtigt ist, ein Angebot vor Ablauf von 12 Stunden vor Laufzeitende ohne Begründung und Rechtsfolgen zurückzunehmen.⁷ Zwar werde auf der eBay-Website erläutert, dass sich ein Angebot ohne Einschränkung vorzeitig beenden lässt, wenn das Angebot noch 12 Stunden oder länger läuft; dennoch müsse aber ein Beendigungsgrund gegeben sein. Schließlich werde auch anhand der AGB von eBay deutlich, dass eine nur vom Willen des Verkäufers abhängige Beendigung des Angebots gerade nicht zulässig sein soll.

3. Beschaffenheitsvereinbarung bei Online-Auktion

Die Verbindlichkeit von Angaben innerhalb einer Artikelbeschreibung auf dem eBay-Marktplatz konstatierte auch das KG Berlin. Ein eBay-Verkäufer hatte angegeben, das von ihm angebotene Kfz sei scheckheftgepflegt – dies, ohne nachweisen zu können, dass die nach den Herstellerangaben erforderlichen Wartungen durch eine autorisierte Fachwerkstatt regelmäßig durchgeführt wurden. Zudem war, wie sich später herausstellte, wahrheitswidrig angegeben worden, es sei eine qualitativ hochwertige Autogasanlage professionell in das Kfz eingebaut worden. Die Berliner Richter widersprachen der Auffassung des beklagten Verkäufers, die Angaben in der Artikelbeschreibung hätten lediglich verbindlichen Charakter. Weise ein Anbieter auf eine bestimmte Beschaffenheit hin, werde diese Grundlage des Vertrages und stelle eine Beschaffenheitsvereinbarung i. S. d. § 434 Abs. 1 S. 1 BGB dar.⁸

Ähnlich urteilte das Kölner OLG in einem Fall, in dem ein Wohnmobil unter anderem wie folgt angeboten wurde: „Das Wohnmobil ist in einem guten Zustand. Zuletzt waren wir mit dem Womo in Spanien und alles hat super geklappt.“ Darin sei – so das OLG Köln – eine dahingehende Beschaffenheitsvereinbarung zu sehen, dass das Kfz fahrbereit und nicht mit Mängeln behaftet ist, aufgrund derer es bei einer Hauptuntersuchung als verkehrsunsicher eingestuft werden müsste.⁹ Werde ein Kfz zum sofortigen Gebrauch auf öffentlichen Straßen verkauft, könne der Käufer im Allgemeinen erwarten, dass es sich in einem Zustand befindet, der seine gefahrlose Benutzung im Straßenverkehr erlaubt. Der Verkäufer könne sich auch nicht darauf berufen, mit der Formulierung „Keine Garantie, keine Rücknahme nach dem neuen EU-Recht“ einen Ausschluss der Gewährleistung vereinbart zu haben. Beschaffenheitsvereinbarung und Ausschluss der Sachmängelhaft-

tung stünden gleichrangig nebeneinander und könnten nicht so verstanden werden, dass der Haftungsausschluss die Unverbindlichkeit der Beschaffenheitsvereinbarung zur Folge haben soll.

Mit einer weiteren Entscheidung stellte der BGH schließlich klar, dass nicht alleine die Beschreibung, sondern auch die in einem Artikelangebot enthaltenen Bilder für den Inhalt eines im Internet abgeschlossenen Vertrags relevant sind.¹⁰ Anlässlich des Verkaufs eines unfallbeschädigten Skoda war auf einem der im Internet eingestellten Fotos eine Webasto-Standheizung zu erkennen, die jedoch in der Fahrzeugbeschreibung als Zusatzausstattung nicht erwähnt wurde und nach dem Willen der Verkäuferin auch nicht mitverkauft werden sollte. Wie der VIII. Zivilsenat ausführte, sei der Vertrag aufgrund der Abbildung im Internet auf den Erwerb des Kfz mit der abgebildeten Standheizung gerichtet gewesen; der Vertrag sei daher mit dieser Beschaffenheitsvereinbarung zustande gekommen. Die Verkäuferin sei deshalb aufgrund der bei Übergabe des Kfz fehlenden Standheizung im Wege der Nacherfüllung zum Wiedereinbau derselben verpflichtet.

4. Haftungsausschluss bei privatem eBay-Angebot

Wie schon oben ausgeführt, deutete das OLG Köln die in einem eBay-Angebot enthaltenen Formulierung „Keine Garantie, keine Rücknahme nach dem neuen EU-Recht“ als eine Vereinbarung eines Gewährleistungsausschlusses, wengleich es nicht möglich ist, damit eine zugleich getroffene Beschaffenheitsvereinbarung auszuhebeln.¹¹ Ganz ähnlich urteilte das LG Frankfurt/O. und nahm an, der (laienhafte) Hinweis „Dies ist ein Privatverkauf, der Umtausch der Ware ist nach dem Kauf damit ausgeschlossen“ führe zu einem wirksamen Haftungsausschluss.¹² Allerdings begegnet es Bedenken, sich im Wege der Auslegung derart weitgehend von dem Wortlaut der Formulierungen zu lösen; es werden zudem die Rechte des Käufers bei Mängeln der Kaufsache (§ 437 BGB) vermengt mit der Frage, ob der Verkäufer eine Garantie (§ 443 BGB) übernimmt oder dem Käufer das Recht eingeräumt wird, die gekaufte Ware gegen eine andere Sache umzutauschen.

5. Verkauf eines Kfz ohne deutsche Fahrzeugpapiere

Um einen Oldtimer der Marke MERCEDES-BENZ ging es in einem Klageverfahren auf Zahlung des bei eBay für das Kfz erzielten Kaufpreises. Der beklagte Käufer hatte die Abnahme des Kfz unter anderem verweigert, weil lediglich schwedische Kfz-Papiere vorlagen. Wie das AG Eisenach ausführte, könne der Käufer eines deutschen Fahrzeuges erwarten, dass dieses mit deutschen Kfz-Papieren ausgerüstet ist.¹³ Das Nichtvorhandensein sei für die Zulassung des Kfz ein behördliches Hindernis, so dass es sich um einen Rechtsmangel i. S. d. § 435 S. 1 BGB handle. Da dem eBay-Angebot keine Angaben zu entnehmen waren, dass für das Kfz nur ausländische Papiere vorliegen (z. B. Hinweis darauf, dass das Kfz zeitweise in Schweden zugelassen war), sei der Käufer auch nicht zu Nachfragen verpflichtet gewesen. Der seitens des Käufers erklärte Rücktritt vom Vertrag sei auch ohne Fristsetzung

6 Vgl. AG Menden, 24. 8. 2011 – 4 C 390/10.

7 Vgl. AG Hamm, 14. 9. 2011 – 17 C 157/11.

8 Vgl. KG Berlin, 17. 6. 2011 – 7 U 179/10, MMR 2011, 585 f.

9 Vgl. OLG Köln, 28. 3. 2011 – 3 U 174/10.

10 Vgl. BGH, 12. 1. 2011 – VIII ZR 346/09, K&R 2011, 188 ff.

11 Vgl. OLG Köln, 28. 3. 2011 – 3 U 174/10.

12 Vgl. LG Frankfurt/O., 24. 2. 2011 – 15 S 48/10.

13 Vgl. AG Eisenach, 29. 9. 2011 – 54 C 295/10.

zur Nachbesserung möglich gewesen, da der Mangel arglistig verschwiegen worden sei. Täuschungsabsicht sei nicht nötig, grobe Fahrlässigkeit genüge. Die Tatsache, dass das Kfz keine deutschen Kfz-Papiere hat, sei auch kein unerheblicher Mangel, da für die (Neu-)Ausstellung deutscher Papiere mit nicht unerheblichen Kosten zu rechnen sei.

6. Bedeutung des Hinweises: „Bezahlung und Abholung innerhalb von 7 Tagen“

Nicht selten findet sich in Angeboten auf dem eBay-Marktplatz eine Frist zur Zahlung und auch gleich zur Abholung der Kaufsache. Die Verkäufer sind oftmals der Ansicht, bei Nichteinhaltung dieser Frist sei der Vertrag ohne weiteres hinfällig und es bestehe dann die Möglichkeit, die Kaufsache anderweitig zu veräußern. Das OLG Stuttgart machte deutlich, dass jedenfalls die bloße Angabe „Bezahlung und Abholung innerhalb von 7 Tagen“ in einem Angebot bei eBay nicht für die Annahme eines relativen Fixgeschäfts i. S. d. § 323 Abs. 2 Nr. 2 BGB genüge.¹⁴ Anders als in der ersten Instanz das LG Stuttgart angenommen hatte,¹⁵ sei der Vertrag auch nicht unter einer Bedingung gestanden. Für den Käufer sei bei einer solchen Formulierung nicht eindeutig zu erkennen, dass der Anbieter bei Versäumung der Frist nicht mehr an den Vertrag gebunden sein möchte. Der nicht-belieferte (Erst-)Käufer könne daher Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

7. Zustellung von Paketen an Hausbewohner und Nachbarn

Mit den tagtäglich praktizierten (Ersatz-)Zustellungen von Paketsendungen an Hausbewohner oder Nachbarn des bestimmungsgemäßen Empfängers hatte sich das OLG Köln auseinandersetzen und urteilte, dass die Klausel „Ersatzempfänger sind [...] dessen Hausbewohner und Nachbarn, sofern den Umständen nach angenommen werden kann, dass sie zur Annahme der Sendung berechtigt sind.“ in den AGB eines Paketbeförderers unwirksam ist.¹⁶ Versender, Beförderer wie auch Empfänger von Sendungen hätten zwar ein Interesse an Ersatzzustellungen zur Beschleunigung und Vereinfachung der Paketzustellungen; es müsse aber jedenfalls gewährleistet sein, dass der Empfänger einer Sendung von dieser auch erfährt und davon in Kenntnis gesetzt wird, wo er diese entgegen nehmen kann. Obig erwähnte Klausel erweise sich als unangemessene Benachteiligung, weil sie keine rechtliche Verpflichtung des Paketbeförderers beinhalte, den Empfänger über die erfolgte (Ersatz-)Zustellung zu benachrichtigen. Relevant wird diese rechtliche Beurteilung insbesondere in denjenigen Fällen, in denen es um die Frage der Haftung für verloren gegangene, angeblich aber bei einem Hausbewohner oder Nachbarn abgegebene Paketsendungen geht.

8. Leistungspflicht trotz Verlust auf dem Transportweg?

Mit einem geradezu klassischen Missverständnis im Zusammenhang mit den Regelungen zur Gefahrtragung räumte das OLG Hamm auf. Die beklagte Verkäuferin veräußerte an den Kläger Gold- und Silbermünzen, die vereinbarungsgemäß an diesen verschickt werden sollten. Obgleich die Goldmünzen auf dem Transportweg von einem unbekanntem Dritten gestohlen wurden, hat der Kläger die Beklagte auf Lieferung in Anspruch genommen. Wie das OLG Hamm richtig feststellt, ist der An-

spruch auf Leistung jedoch nach § 275 Abs. 1 BGB ausgeschlossen, weil sie nach dem Verlust auf dem Transportweg unmöglich geworden ist.¹⁷ Schließlich beschränke sich das Schuldverhältnis bei Gattungsschulden auf die konkrete Sache, wenn der Schuldner das seinerseits Erforderliche – hier: Übergabe der Sache an die Transportperson – getan hat. Die Annahme des erstinstanzlich mit dem Fall befassten LG Bielefeld, der Ausschluss des § 447 BGB beim Verbrauchsgüterkauf durch § 474 Abs. 2 S. 2 BGB und die Unwirksamkeit abweichender Vereinbarungen nach § 475 BGB bedeuteten, dass die Leistungspflicht erst dann erfüllt ist, wenn dem Käufer Besitz und Eigentum übertragen worden sind, treffe nicht zu.

Tatsächlich regeln die §§ 446, 447 BGB die Gegenleistungs- bzw. Preisgefahr – d. h. sie betreffen „nur“ die Frage, ob seitens des Gläubigers der Hauptleistung trotz des Wegfalls dieser Hauptleistung die Gegenleistung (hier: Zahlung des Kaufpreises) geschuldet ist.

9. Nacherfüllung bei Fernabsatzverträgen, aber wo?

Auch bei Verträgen, die über den Online-Marktplatz eBay geschlossen werden, stellt sich bisweilen die Frage, an welchem Ort eine zu leistende Nacherfüllung im Fall eines Mangels der Kaufsache zu erfolgen hat. Der Sitz des Verkäufers ist regelmäßig nicht identisch mit dem Belegenheitsort der gekauften Sache, wenn ein Fehler festgestellt wird.¹⁸ Wie der BGH feststellte, hat der Erfüllungsort der Nacherfüllung im Kaufrecht keine eigenständige Regelung erfahren; es gelte daher die allgemeine Vorschrift des § 269 Abs. 1 BGB.¹⁹ Danach seien in erster Linie die von den Parteien getroffenen Vereinbarungen entscheidend; fehlten diese, sei auf die jeweiligen Umstände, insbesondere die Natur des Schuldverhältnisses, abzustellen. Könnten auch daraus keine abschließenden Erkenntnisse gewonnen werden, sei Erfüllungsort der Ort, an dem der Verkäufer zum Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses seinen Sitz hatte.

10. Umfang einer Ersatzlieferung für mangelhaftes Verbrauchsgut

Mit einem nicht nur für den Distanzhandel bedeutsamen Urteil entschied der EuGH, dass ein Verkäufer im Rahmen einer Ersatzlieferung verpflichtet ist, entweder selbst den Ausbau eines mangelhaften Verbrauchsguts aus der Sache, in die es eingebaut wurde, vorzunehmen und das als Ersatz gelieferte Verbrauchsgut in diese Sache wieder einzubauen oder aber diejenigen Kosten zu tragen, die für Ausbau und (Wieder-)Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts notwendig sind, wenn das mangelhafte Verbrauchsgut vor dem Auftreten des Mangels vom Verbraucher gutgläubig gemäß seiner Art und seinem Verwendungszweck eingebaut wurde. Diese Verpflichtung eines Verkäufers bestehe auch unabhängig davon, ob im Kaufvertrag vereinbart war, das ursprünglich gekaufte Verbrauchsgut einzubauen.²⁰ Darüber hinaus stellte das Gericht klar, dass dem Verkäufer eines mangelhaften Verbrauchsgutes nicht das Recht zustehen könne, eine Ersatzlieferung als einzig mögliche Art der Abhilfe zu verwei-

14 Vgl. OLG Stuttgart, 25. 11. 2011 – 3 U 173/11.

15 Vgl. LG Stuttgart, 26. 8. 2011 – 20 O 144/11.

16 Vgl. OLG Köln, 2. 3. 2011 – 6 U 165/10.

17 Vgl. OLG Hamm, 24. 5. 2011 – I-2 U 177/10.

18 Dazu auch Schlömer/Dittrich, K&R 2010, 149 m. w. N.

19 Vgl. BGH, 13. 4. 2011 – VIII ZR 220/10.

20 Vgl. EuGH, 16. 6. 2011 – C-65/09 u. C-87/09.

gern, weil sie ihm wegen der Verpflichtung, den Ausbau des mangelhaften Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts vorzunehmen, Kosten verursachen würde, die – verglichen mit dem Wert, den das Verbrauchsgut hätte, wenn es vertragsgemäß wäre, und der Bedeutung der Vertragswidrigkeit – unverhältnismäßig wären (sog. absolute Unverhältnismäßigkeit). Ergänzend unterstrich der EuGH jedoch, dass Art. 3 Abs. 3 der RL 1999/44 nicht ausschliesse, den Anspruch des Verbrauchers auf Erstattung der Kosten für den Ausbau des mangelhaften Verbrauchsguts und den Einbau des als Ersatz gelieferten Verbrauchsguts in einem solchen Fall auf einen angemessenen Betrag zu beschränken. Wichtig sei aber, dem Verbraucher dann die Möglichkeit zu geben, statt einer Ersatzlieferung eine angemessene Minderung des Kaufpreises oder die Vertragsauflösung zu verlangen.

III. Rechtsschutz gegen negative Bewertungen

Negative Bewertungen sind gerade für gewerbliche Verkäufer regelmäßig ein großes Ärgernis – zumal Beurteilungen und Kommentare dauerhaft im jeweiligen Bewertungsprofil gespeichert werden und durch eBay nur in Ausnahmefällen gelöscht werden.²¹ Unabhängig davon, dass es bei eBay möglich ist, auf erhaltene Bewertungen direkt zu antworten, stellt sich nicht selten die Frage, ob und ggf. welche gerichtlichen Maßnahmen bei negativen Bewertungen möglich sind. Das OLG Düsseldorf bestätigte seine bisherige Rechtsprechung, dass es an einem für den Erlass einer einstweiligen Verfügung erforderlichen Verfügungsgrund regelmäßig fehlt, wenn der Antragsteller seine Rechte einstweilen selbst gewahrt hat, indem er auf die angegriffene Negativbewertung direkt geantwortet und so seine Sicht der Dinge für jeden nachvollziehbar geschildert hat.²² Unter diesen Umständen sei es grundsätzlich zuzumuten, den Ausgang eines Hauptsacheverfahrens abzuwarten.

Anderer Auffassung ist hingegen das LG Köln, das einen Verfügungsgrund bejahte, obgleich die Antragstellerin zuvor die Möglichkeit genutzt hatte, sich innerhalb des Bewertungssystems selbst zu äußern.²³ Die negative Bewertung bleibe vorhanden und sei ungeachtet einer eigenen Stellungnahme dazu geeignet, zu schädigen; sie habe nämlich einen abschreckenden Effekt.

IV. §§ 312 b ff. BGB – Fernabsatzrecht

Nachdem erst im Jahr 2010 die Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht neu geordnet wurden, kam es mit Wirkung zum 4. 8. 2011 erneut zu einer Änderung der fernabsatzrechtlichen Vorschriften. Anlass hierfür war eine Entscheidung aus 2009; damals stellte der EuGH fest, dass ein Verbraucher, der von seinem Widerrufsrecht im Fernabsatz Gebrauch macht, nicht generell dazu verpflichtet werden darf, dem Verkäufer Wertersatz für die Nutzung der Ware zu leisten.²⁴ Die deutschen Gesetzesvorschriften standen daraufhin in der Kritik, die europäischen Vorgaben nicht korrekt umzusetzen. Ziel eines daher von der Bundesregierung eingebrachten Gesetzentwurfs war es, die Regelungen zum Wertersatz im Fall des Widerrufs eines Fernabsatzvertrags gemäß den Vorgaben des EuGH auszugestalten.

1. Abgrenzung: Unternehmer – Verbraucher

Für die Abgrenzung von (noch) privatem Handeln zu schon unternehmerischer Tätigkeit gibt es keine klar de-

finierten Kriterien. Bezug nehmend auf die von der bisherigen Rechtsprechung erarbeiteten Grundsätze betonte das OLG Hamm, dass stets die jeweiligen Umstände des Einzelfalls in einer Gesamtschau zu würdigen sind.²⁵ Anhaltspunkte für eine unternehmerische Tätigkeit seien dabei wiederholte, gleichartige Angebote ggf. auch von neuen Gegenständen, Angebote erst kurz zuvor erworbener Waren, eine ansonsten gewerbliche Tätigkeit des Anbieters wie auch häufige Bewertungen und Verkaufstätigkeiten für Dritte. Grundsätzlich trage der Anspruchsgläubiger im Rahmen einer wettbewerbsrechtlichen Streitigkeit die Darlegungs- und Beweislast für die Tatsache eines gewerblichen Handelns des vermeintlichen Mitbewerbers; diese werde aber dadurch abgemildert, dass den Angegriffenen eine sekundäre Darlegungslast trifft. Im zugrunde liegenden Fall hatte der Beklagte im Zeitraum vom 11. 2. 2010 bis 23. 3. 2010 insgesamt 552 Artikel (überwiegend Schellackplatten) feilgeboten, wovon 175 auch erfolgreich veräußert wurden. Dabei wurde ein Umsatz von EUR 693,66 erzielt. Für die Zeit von August 2007 bis Mai 2010 erhielt er 855 Bewertungen. Dies genüge dem Gericht, von einer gewerblichen Tätigkeit des Beklagten auszugehen. Die Beweisanzeichen und den dadurch begründeten Anschein für ein gewerbliches Handeln habe der Beklagte auch nicht durch den Hinweis darauf ausräumen können, dass er Sammler von Schallplatten sei und beabsichtigt habe, seine private Sammlung zu verkaufen.

2. Information über die zur Verfügung stehenden Vertragssprachen

Aufgrund der gesetzlichen Informationspflichten bei Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr muss ein Unternehmer die Kunden unter anderem auch darüber unterrichten, welche Sprachen für den Vertragsschluss zur Verfügung stehen.²⁶ Kommt ein gewerblicher Verkäufer dem nicht nach, liegt nach Ansicht des OLG Hamm ein spürbarer Wettbewerbsverstoß vor.²⁷ Es sei ungenügend, nur sog. Länderbuttons mit deutscher und britischer Flagge darzustellen – so auch dann, wenn die Inhalte der Website bei einem Klick auf die Flagge in die jeweilige Sprache umspringen. Es sei nämlich möglich, dass zwar die Angebote in englischer oder sonstiger Sprache präsentiert werden, die Vertragsabwicklung dann aber nur in einer Sprache erfolgt. Die Gewichtung eines solchen Verstoßes möge zwar nach allgemeiner Betrachtung eher unterdurchschnittlich sein; einem Gericht stehe es indes nicht an, die gesetzlich getroffene Wertung insoweit einzuschränken und den vorhandenen Verstoß als eine unmaßgebliche Bagatelle abzutun.

3. Verwendung einer veralteten Widerrufsbelehrung

Wie erwähnt, wurden die Vorschriften über das fernabsatzrechtliche Widerrufs- und Rückgaberecht in den letzten

21 Zum Rechtsschutz gegen negative Bewertungen auch *Schlömer/Dittrich*, K&R 2007, 119, K&R 2009, 147 f., K&R 2010, 151 f. sowie K&R 2011, 161 f.

22 Vgl. OLG Düsseldorf, 11. 3. 2011 – I-15 W 14/11, K&R 2011, 265 ff. mit Verweis auf OLG Düsseldorf, 28. 12. 2010 – I-15 W 70/10.

23 Vgl. LG Köln, 28. 9. 2011 – 28 O 325/11.

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

25 Vgl. OLG Hamm, 15. 3. 2011 – 4 U 204/10, MMR 2011, 537.

26 Das ergibt sich aus § 312 e Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB i. V. m. Art. 246 § 3 Nr. 4 EGBGB a. F. bzw. § 312 g Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BGB i. V. m. Art. 246 § 3 Nr. 4 EGBGB n. F. Die Informationspflicht gilt im elektronischen Geschäftsverkehr und somit nicht nur im Hinblick auf Fernabsatzverträge mit Verbrauchern.

27 Vgl. OLG Hamm, 26. 5. 2011 – I-4 U 35/11.

Jahren mehrfach geändert – so zunächst durch das Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht vom 29.7.2009 und zuletzt nochmals durch das Gesetz zur Anpassung der Vorschriften über den Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen und über verbundene Verträge vom 27.7.2011. Dies hatte jeweils zur Folge, dass Unternehmer den Inhalt der Widerrufs- bzw. Rückgabebelehrung anpassen mussten. Neu aufkommen ist jetzt die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen die Verwendung einer lediglich veralteten, ehemals aber korrekten Widerrufs- bzw. Rückgabebelehrung zu beanstanden ist.

Das OLG Hamm stellte klar, dass ein Unternehmer rechtswidrig handelt, wenn er im Internet eine Widerrufsbelehrung mit Verweis auf eine falsche Vorschrift, etwa die frühere BGB-InfoV anstatt auf Art. 246 §§ 2-3 EGBGB, zur Verfügung stellt.²⁸ Die fehlerhafte Information sei auch unlauter und nicht lediglich ein Bagatellverstoß. Auch wenn „nur“ falsche Normen angegeben werden, werde die beabsichtigte Überprüfung eines Verbrauchers im Hinblick auf seine Rechte in der konkreten Situation erschwert. Ein Verbraucher könne sich dann, wenn er die in der Belehrung genannten Paragraphen nicht findet, verunsichern lassen und dadurch ggf. von der Geltendmachung seines Widerrufsrechts abhalten lassen.

Die gleichen Grundsätze gelten nach Ansicht des OLG Hamm auch dann, wenn sich eine veraltete Widerrufsbelehrung „nur“ in den AGB eines Anbieters wiederfindet, gleichwohl aber über einen separaten Link „Widerrufsbelehrung“ eine richtige und aktuelle Widerrufsbelehrung abrufbar ist. Daran ändere sich auch nichts, wenn die Umsetzung des neuen Rechts in den AGB nur versehentlich nicht erfolgt ist; ein Verschulden sei für den Unterlassungsanspruch nicht Voraussetzung.²⁹

Das Thüringer OLG sah hingegen bei Nutzung einer veralteten Widerrufsbelehrung ausnahmsweise die Wiederholungsgefahr als Voraussetzung für einen Anspruch auf Unterlassung dadurch als entfallen an, dass der betreffende Unternehmer den Verstoß nach erfolgter Abmahnung umgehend berichtigt.³⁰ Dies gelte – so die Jenaer Richter – jedenfalls dann, wenn ein zunächst rechtmäßiges Verhalten nur durch Veränderung der tatsächlichen Umstände unlauter wurde, ohne dass dies vom Unternehmer hätte zeitnah bemerkt werden müssen. Abgesehen davon, dass das Thüringer OLG faktisch ein Verschuldenskriterium konstruiert, auf das es bei einem Unterlassungsanspruch nicht ankommt, müssten sich eBay-Mitglieder ggf. den Vorwurf gefallen lassen, sich jederzeit auf dem gesondert bei eBay eingerichteten Rechtsportal³¹ über die Gesetzesänderungen informieren zu können.

4. Widerrufsrecht trotz (Vorab-)Besuch im Ladengeschäft?!

Grundgedanke des Fernabsatzrechts ist, dass der Verbraucher in der Regel keine Möglichkeit hat, vor Abschluss des Vertrags das angebotene Erzeugnis zu sehen. Nach Ansicht des AG Frankfurt a. M. sei ausweislich § 312 b Abs. 2 BGB daher grundsätzlich auch zu berücksichtigen, falls im Rahmen der Vertragsanbahnung ein persönlicher Kontakt zwischen den Vertragsparteien bestand.³² Um die Anwendbarkeit der §§ 312 b ff. BGB wegen eines solchen Kontakts zu verneinen, sei erforderlich, dass sich der Verbraucher während des Anbahnungskontakts über alle für

den Vertragsschluss wesentlichen Umstände informiert hat und der Vertrag im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit diesem persönlichen Kontakt zustande kommt. Liege – wie im zugrunde liegenden Fall – zwischen dem Besuch im Ladengeschäft des Unternehmers und dem späteren Vertragsschluss ein Zeitraum von mehr als einhalb Monaten, sei der unmittelbare zeitliche Konnex keinesfalls mehr gegeben und ein Fernabsatzvertrag zu bejahen.

5. Erneut Streit um die Dauer der Widerrufsfrist bei eBay

Nach § 355 Abs. 2 BGB beträgt die Frist zur Ausübung des fernabsatzrechtlichen Widerrufsrechts 14 Tage, wenn dem Verbraucher unverzüglich nach Vertragsschluss eine den Anforderungen des § 360 Abs. 1 BGB entsprechende Widerrufsbelehrung in Textform mitgeteilt wird und der Verbraucher vor Vertragsschluss ordnungsgemäß nach Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 10 EGBGB unterrichtet wurde. Da Käufer seit Oktober 2010 nach Transaktionsende neben einer Kaufbestätigung auch eine automatisch generierte E-Mail mit den jeweils hinterlegten Rücknahmebedingungen gewerblicher Verkäufer erhalten, gingen Literatur und Rechtsprechung zuletzt übereinstimmend davon aus, dass die Frist zur Ausübung des Widerrufs- bzw. Rückgaberechts bei eBay regelmäßig 14 Tage beträgt.³³ Für Furore sorgte daher eine durch das LG Dortmund erlassene einstweilige Verfügung, mit der es einem eBay-Mitglied untersagt wurde, über die Länge der Frist zum Widerruf von 14 Tagen zu informieren, wenn der Verbraucher die Widerrufsbelehrung in Textform erst 49 Stunden nach Abschluss des Kaufvertrages erhält.³⁴ Anlässlich eines durchgeführten (Test-)Kaufs hatte der Käufer am 31. 1. 2011 um 17:42 Uhr das Höchstgebot für einen Artikel abgegeben; endgültig endete die Online-Auktion dann am 2. 2. 2011 um 19:20 Uhr – erst dann wurde dem Käufer die Widerrufsbelehrung per E-Mail übermittelt. Nachdem Widerspruch gegen die Beschlussverfügung eingelegt worden war, hob das Dortmunder Gericht das Verbot auf und wies den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurück. Die Erklärung des Bieters – so die Begründung des Gerichts – stehe unter der aufschiebenden Bedingung des Auktionsendes,³⁵ da anderenfalls mit jedem Höchstgebot ein neuer Vertrag zustande käme.³⁶ Deshalb sei die Übersendung der Widerrufsbelehrung am 2. 2. 2011 unverzüglich nach Vertragsabschluss erfolgt und die Frist von 14 Tagen nicht zu beanstanden.

Die Begründung, ein Vertrag komme bei einer eBay-Auktion erst mit dem Ende der Laufzeit zustande, überzeugt nicht. Wie sich aus den AGB für die Nutzung der deutschsprachigen eBay-Websites ergibt und auch durch den BGH bereits instruktiv entschieden wurde, erklärt der Bieter bei einer Online-Auktion die Annahme durch Abgabe seines Gebots über die Bieten-Funktion. Diese rechtsverbindliche

28 Vgl. OLG Hamm, 13. 10. 2011 – I-4 U 99/11, K&R 2012, 218.

29 Vgl. OLG Hamm, 26. 5. 2011 – I-4 U 35/11.

30 Vgl. Thüringer OLG, 20. 7. 2011 – 2 W 320/11, K&R 2011, 667 f.; a. A. OLG Hamm, 26. 5. 2011 – I-4 U 35/11.

31 Das Rechtsportal auf der deutschen eBay-Website ist abrufbar unter: pages.ebay.de/rechtsportal.

32 Vgl. AG Frankfurt a. M., 6. 6. 2011 – 31 C 2577/10 (17), K&R 2011, 747 ff.

33 Dazu auch Schlömer/Dittrich, K&R 2011, 164.

34 Vgl. LG Dortmund, 7. 4. 2011 – 20 O 19/11.

35 So kurioserweise auch eine Stellungnahme seitens eBay selbst auf dem sog. Rechtsportal (abrufbar unter: <http://pages.ebay.de/rechtsportal/index.html>).

36 Vgl. LG Dortmund, 13. 7. 2011 – 20 O 19/11.

Erklärung erlischt, wenn ein anderer Bieter während der Laufzeit der Online-Auktion ein höheres Gebot abgibt.³⁷ Fraglich allerdings ist, ob eine umgehend nach Ende der Laufzeit per E-Mail übermittelte Widerrufsbelehrung nicht deshalb als „unverzüglich nach Vertragsschluss“ angesehen werden kann, weil ein Verkäufer die Identität der am Bietgefecht teilnehmenden eBay-Mitglieder bis dahin nicht kennt und auch zum Angebotsende neben den Pseudonymen der einzelnen Bieter lediglich die Identität des Höchstbietenden mitgeteilt bekommt. Maßgeblich ist ja, ob der Unternehmer ohne schuldhaftes Zögern die erste ihm zumutbare Möglichkeit ergreift, um dem Verbraucher die Belehrung in Textform mitzuteilen.³⁸

6. Abwälzung nur der regelmäßigen (!) Rücksendekosten auf den Verbraucher!

Nach wie vor nicht höchstrichterlich geklärt ist die Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen es für Unternehmer bei eBay möglich ist, dem Verbraucher die Kosten der Rücksendung nach einem erklärten Widerruf aufzuerlegen.³⁹ Wie das Brandenburgische OLG klarstellte, können ausweislich § 357 Abs. 2 S. 3 BGB nur die „regelmäßigen Kosten der Rücksendung“ auf den Verbraucher abgewälzt werden.⁴⁰ Mit außergewöhnlichen oder sonst besonderen Kosten (z. B. durch Einschaltung aufwendiger Abholdienste) dürfe der Verbraucher nicht belastet werden. Die Klausel „Der Käufer hat nach einem Widerruf die Kosten der Rücksendung zu tragen, wenn die gelieferte Ware der bestellten Ware entspricht und wenn der Preis der zurückzusendenden Sache einen Betrag von 40 Euro nicht übersteigt oder wenn der Käufer bei einem höheren Preis der Sache zum Zeitpunkt des Widerrufs noch nicht die Gegenleistung oder eine vertraglich vereinbarte Teilzahlung erbracht hat.“ genüge nicht, weil – ohne Einschränkung – sämtliche „Kosten der Rücksendung“ erfasst werden. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass das gesetzliche Muster nach Anlage 1 zu Art. 246 § 2 Abs. 3 S. 1 EGBGB in der vor dem 4. 8. 2011 geltenden Fassung ebenfalls nur auf „Kosten der Rücksendung“ ohne einschränkenden Zusatz abstellte.⁴¹

7. Zum Ausschluss des Widerrufsrechts im Fernabsatz

a) Hinweispflicht (auch) bei Nichtbestehen des Widerrufsrechts

Nach Art. 246 § 1 Abs. 1 Nr. 10 EGBGB muss ein Unternehmer den Verbraucher bei Fernabsatzverträgen ggf. auch über das Nichtbestehen eines Widerrufsrechts informieren. Nach einer jüngst ergangenen Entscheidung des BGH ist (auch) die Pflicht zur Information über das Nichtbestehen dazu bestimmt, im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln. Das Fehlen einer Belehrung über das Nichtbestehen eines Widerrufsrechts begründe zudem die Gefahr, dass Verbraucher im Vertrauen auf das Bestehen eines Widerrufsrechts einen Vertrag abschließen, den sie dann nicht widerrufen können.⁴² Ein entsprechender Verstoß durch Unterlassen eines Hinweises auf das Nichtbestehen des Widerrufsrechts sei daher unlauter und unzulässig.

b) Ausschluss des Widerrufsrechts für „entsiegelte Hygieneartikel“?

Um Bestehen oder Nichtbestehen des fernabsatzrechtlichen Widerrufsrechts ging es auch in einem vor dem OLG Koblenz verhandelten Antrag auf Erlass einer einst-

weiligen Verfügung.⁴³ Streitgegenständlich ging es um Badeenten und den vom Anbieter verwendeten Hinweis: „Bitte beachten Sie, dass entsiegelte Software, entsiegelte Datenträger sowie entsiegelte Hygieneartikel vom Rückgaberecht ausgeschlossen sind.“ Ob nun tatsächlich entsiegelte Hygieneartikel vom Widerrufsrecht ausgenommen werden dürfen oder nicht, ließ das Gericht leider offen. Der Antragsteller habe schon nicht glaubhaft gemacht, dass die von der Antragsgegnerin vertriebenen Badeenten bei den Verkehrskreisen als ein „Hygieneartikel“ im Sinne der beanstandeten Widerrufsbelehrung angesehen werden.

8. Streitwert bei fehlerhafter Widerrufsbelehrung

Die Streitwertpraxis der Gerichte in wettbewerbsrechtlichen Verfahren wegen fehlender oder fehlerhafter Widerrufsbelehrungen ist uneinheitlich. Wie das OLG Frankfurt a. M. jüngst betonte, sei der Streitwert für Unterlassungsansprüche von Mitbewerbern gegen die Verwendung fehlerhafter Belehrungen regelmäßig sehr gering zu bemessen, weil die Interessenlage des Mitbewerbers durch einen solchen Wettbewerbsverstoß nur mittelbar berührt werde. Diese Erwägungen ließen sich, so die hessischen Richter, allerdings nicht auf die Bewertung des Interesses von Verbraucherschutzverbänden übertragen.⁴⁴ Zum Schutze der Verbraucher bestehe ein erhebliches Allgemeininteresse daran, dass Käufer über das ihnen zustehende Widerrufsrecht zutreffend informiert werden. Da ein Verbraucherschutzverband die Aufgabe habe, diese Belange zu vertreten, sei sein Interesse an der gerichtlichen Durchsetzung höher zu bewerten als das Interesse einzelner Mitbewerber.

Zweifelhaft ist, ob diese Argumentation für die Zukunft Bestand haben kann; kommt es bei Verbandsklagen von Verbraucherschutzverbänden doch gerade nicht auf eine drohende Umsatzverlagerung zwischen Wettbewerbern an. Auch hatte der BGH zuletzt angemerkt, dass bei Verbraucherschutzverbänden eine Herabsetzung des Streitwerts häufiger und in stärkerem Maße in Betracht komme als bei Klagen von Wettbewerbsverbänden.⁴⁵

V. Marken-, Urheber- und Wettbewerbsrecht

1. Zur Erstattungspflicht von Patentanwaltskosten

Lange Zeit war in Rechtsprechung und Literatur umstritten, unter welchen Voraussetzungen Erstattung von Patentanwaltskosten für eine markenrechtliche Abmahnung verlangt werden kann, wenn der Patentanwalt an der Abmahnung neben einem Rechtsanwalt mitgewirkt hat. Entgegen der bislang überwiegenden Rechtsprechung urteilte der I. Zivilsenat am BGH jetzt, die Erstattung der

37 Zum Zustandekommen eines Vertrages bei einer Online-Auktion instruktiv: BGH, 3. 11. 2004 – VIII ZR 375/03 sowie BGH, 7. 11. 2001 – VIII ZR 13/01, K&R 2002, 85 ff.

38 So BT-Drs. 16/11643 S. 70.

39 Dazu auch *Schlömer/Dittrich*, K&R 2011, 164 f. und K&R 2010, 153 f. m. w. N.

40 Vgl. OLG Brandenburg, 22. 2. 2011 – 6 U 80/10, K&R 2011, 267 ff.

41 Mit der Neufassung des Musters durch das Gesetz zur Anpassung der Vorschriften über den Wertersatz bei Widerruf von Fernabsatzverträgen und über verbundene Verträge hat der Gesetzgeber die Formulierung zwischenzeitlich geändert in „regelmäßigen Kosten der Rücksendung“.

42 Vgl. BGH, 9. 6. 2011 – I ZR 17/10 – Computer-Bild, K&R 2012, 51 ff.

43 Vgl. OLG Koblenz, 9. 2. 2011 – 9 W 680/10.

44 Vgl. OLG Frankfurt a. M., 4. 8. 2011 – 6 W 70/11, K&R 2011, 806 (Streitwert EUR 15 000,00) mit Verweis auf OLG Frankfurt a. M., 12. 11. 2009 – 6 W 164/09.

45 Vgl. BGH, 17. 3. 2011 – I ZR 183/09.

durch die Mitwirkung des Patentanwalts entstandenen Kosten könne nur dann beansprucht werden, wenn der Anspruchsteller darlegt und nachweist, dass die Mitwirkung des Patentanwalts erforderlich war.⁴⁶ Ist aber der Rechtsanwalt nach seinen Fähigkeiten allein imstande, den Fall rechtlich zu beurteilen und den Verletzer abzumahnern, sei es nicht nötig, zusätzlich noch einen Patentanwalt einzuschalten.

2. Haftung wegen des rechtswidrigen Vertriebs von Waren

a) Veräußerung von Einzelbestandteilen aus sog. Software-Paketen

Um die urheberrechtliche Zulässigkeit der Veräußerung von Seriennummern für den Download einer Software ging es in einem Verfahren vor dem LG Frankfurt a. M.⁴⁷ Nachdem die beklagte Firma die streitgegenständliche Software offiziell als sog. Software-Paket mit Datenträger, Umverpackung und weiteren Verkaufsunterlagen erworben hatte, vertrieb diese über das Internet die bloße Seriennummer ohne die im Originalzustand zugehörigen Bestandteile, insbesondere ohne Datenträger – dies mit der Maßgabe, dass sich der Käufer die Software selbständig mittels der Seriennummer im Wege des Downloads direkt auf der Website des Herstellers herunterladen könne.

Die hessischen Richter entschieden, dass aufgrund der Übermittlung des jeweiligen Product-Key ohne dazugehörigen Datenträger in das Recht des § 69 c Nr. 1 UrhG, die Vervielfältigung des Computerprogramms zu gestatten, eingegriffen werde. Infolge des Inverkehrbringens der Software-Pakete durch die Klägerin möge sich zwar das Verbreitungsrecht nach § 69 c Nr. 3 S. 2 UrhG erschöpft haben; eine Erschöpfung des Gestattungsrechts „Vervielfältigung“ sehe das Gesetz indes nicht vor. Darüber hinaus könne sich die Klägerin auch der Benutzung ihrer Marke im Zusammenhang mit dem Vertrieb der Software aus berechtigten Gründen widersetzen, weil der Verkehr die Verpackung als für das Produkt wesentlich ansehe.

b) Keine Verbreiterhaftung eines Buchhändlers

Mit der für den Buchhandel äußerst relevanten Frage nach einer etwaigen (Verbreiter-)Haftung für rechtsverletzende Buchinhalte hatte sich das LG Hamburg auseinandersetzen. Weil ein Verkäufer über das Internet ein Buch zum Verkauf angeboten hatte, das unter anderem Aufnahmen eines Fotografen enthält, ohne dass entsprechende Nutzungsrechte eingeholt worden wären, beantragte der Fotograf den Erlass einer einstweiligen Verfügung.

Nach Ansicht des Gerichts haftet ein Buchhändler in einem solchen Fall jedoch weder als Täter noch als Teilnehmer.⁴⁸ Auch der Buchhändler stehe unter dem verfassungsrechtlichen Schutz der Medienfreiheit nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG. Um der Einschränkung der Pluralität im Medienbereich sowie Beschränkung des öffentlichen Meinungsbildungsprozesses entgegenzuwirken, müsse jedenfalls im Schutzbereich der Medienfreiheit gelten, dass der bloß technische Verbreiter nur dann haftet, wenn er von der konkreten Verletzung Kenntnis hat oder aber Umstände vorliegen, aufgrund derer sich das Vorliegen einer Rechtsverletzung aufdrängt. Nehme der Buchhändler das Buch nicht unverzüglich nach Kenntnis von der Rechtsverletzung aus dem Angebot, hafte er ab diesem Zeitpunkt mindestens als Störer.⁴⁹

3. Urheberrechtsverletzungen im privaten Bereich – § 97 a Abs. 2 UrhG

Nach § 97 a Abs. 2 UrhG beschränkt sich der Anspruch auf Ersatz der erforderlichen Aufwendungen für die Inanspruchnahme anwaltlicher Dienstleistungen für eine erstmalige (urheberrechtliche) Abmahnung in einfach gelagerten Fällen mit einer nur unerheblichen Rechtsverletzung außerhalb des geschäftlichen Verkehrs zwar auf einen Betrag von max. EUR 100,00. Wie der BGH inzwischen festgestellt hat, ist die Frage, ob und inwieweit die Erstattung von Abmahnkosten verlangt werden kann, jedoch bei sog. Altfällen, die auf ein Geschehen vor Inkrafttreten der Norm zum 1. 9. 2008 zurückgehen, nicht nach § 97 a UrhG zu beurteilen.⁵⁰ Es komme allein auf die Rechtslage zum Zeitpunkt der Abmahnung an.

Uneinheitlich ist die Rechtsprechung weiterhin bei der Frage, ob § 97 a Abs. 2 UrhG auch dann eingreifen kann, wenn nicht nur ein einzelnes Lichtbild kopiert und öffentlich zugänglich gemacht wurde, sondern mehrere Fotos unbefugt benutzt wurden.⁵¹ Wie das AG Köln meint, kann auch dann ein einfach gelagerter Fall mit nur unerheblicher Rechtsverletzung vorliegen, wenn im Rahmen eines privaten eBay-Angebots insgesamt sechs Lichtbilder für einen einzigen Verkauf benutzt werden.⁵² Eine Besonderheit des Falles lag aber darin, dass der Beklagte die auf den dort streitgegenständlichen Fotos abgebildeten Felgen zuvor bei der Klägerin gekauft, dann aber als mangelhaft reklamiert hatte. Da keine Einigung erzielt werden konnte, entschloss sich der Beklagte, die Felgen bei eBay weiterzuveräußern und teilte dies auch der Klägerin mit. Für die Klägerin sei – so das Gericht – aufgrund der Vorgeschichte vorherzusehen gewesen, dass die Nutzung der Fotos lediglich im Rahmen eines einzigen Verkaufs erfolgte.

4. Streitwertpraxis bei unbefugter Lichtbildnutzung

Ungleich ist die in einzelnen Gerichtsbezirken praktizierte Streitwertfestsetzung in den Fällen unbefugter Lichtbildnutzung; die Spanne reicht von wenigen Hundert Euro bis hin zu Regelstreitwerten von EUR 6000,00 und mehr.

Seine bisherige Rechtsprechung, wonach der Streitwert in Fällen der Verletzung eines Leistungsschutzrechts aus § 72 UrhG wegen ungenehmigter Verwendung eines vom Kläger im Rahmen eines eigenen Warenangebots ins Internet gestellten Fotos durch privat oder kleingewerblich Tätige regelmäßig mit EUR 6000,00 bemessen wurde, hat das OLG Köln jetzt aufgegeben und erachtet nun stattdessen einen (Regel-)Streitwert von EUR 3000,00 für angemessen und ausreichend.⁵³

Dahingegen sah das OLG München einen Streitwert von EUR 10 000,00 noch als angemessen an, wobei der Entscheidung ein Fall zugrunde lag, bei dem nicht ein privates, sondern ein gewerblich tätiges eBay-Mitglied ein Produktfoto für die Darstellung der geschäftsmäßig feilgebotenen Artikel verwendete.⁵⁴ Bei einem gewerblichen Anbieter auf eBay sei die Intensität der Wiederholungsgefahr deut-

46 Vgl. BGH, 24. 2. 2011 – I ZR 181/09 – Kosten des Patentanwalts II, GRUR 2011, 754, MMR 2011, 830.

47 Vgl. LG Frankfurt a. M., 31. 3. 2011 – 2-03 O 331/10, MMR 2011, 683.

48 Vgl. LG Hamburg, 11. 3. 2011 – 308 O 16/11, K&R 2011, 428 ff.

49 Ähnlich auch schon: LG Berlin, 14. 11. 2008 – 15 O 120/08, K&R 2009, 130 ff.

50 Vgl. BGH, 28. 9. 2011 – I ZR 145/10, K&R 2011, 797 f.

51 Dazu bereits Schlömer/Dittrich, K&R 2011, 167.

52 Vgl. AG Köln, 21. 4. 2011 – 137 C 691/10.

53 Vgl. OLG Köln, 22. 11. 2011 – 6 W 256/11.

54 Vgl. OLG München, 21. 6. 2011 – 6 W 1049/11.

lich höher einzustufen als bei der Verwendung eines urheberrechtlich geschützten Produktfotos durch einen privaten Anbieter. Bei Letzterem werde, anders als bei einem gewerblichen Anbieter, in der Regel davon auszugehen sein, dass nur ein einzelner Gegenstand bzw. wenige Gegenstände vorhanden sind, die angeboten werden können.

Das OLG Braunschweig ist unterdessen der Ansicht, für die Streitwertbemessung des Unterlassungsanspruchs sei ein vom Anspruchsgläubiger genannter Lizenzsatz zu verdoppeln, weil mit dem Unterlassungsanspruch gleichgerichtete weitere Verletzungen verhindert werden sollten. Dies gelte, so das Gericht, zumindest dann, wenn das Foto lediglich für einen privaten eBay-Verkauf verwendet worden ist und keine weiteren konkreten Anhaltspunkte für eine umfassendere Nutzung des Bildes durch den Verletzer dargetan werden, die einen höheren Multiplikations-Faktor rechtfertigen. Eine Prüfung dahingehend, ob der Lizenzsatz marktgerecht ist, finde bei der Streitwertbemessung nicht statt und unterliege daher nur eingeschränkt einer Überprüfung.⁵⁵

5. Mitteilung zusätzlich anfallender Liefer- und Versandkosten

Schon in früheren Beiträgen wurde dargestellt, dass ein Unternehmer, der Waren im Fernabsatz anbietet, grundsätzlich anzugeben hat, ob und ggfs. in welcher Höhe zusätzlich zum Preis auch Liefer- und Versandkosten anfallen.⁵⁶ Trotzdem fehlen in den Angeboten häufig Angaben zu den Versandkosten, die anfallen, wenn der Versand auf Inseln oder in das Ausland erfolgt – dies oft mit dem Argument, es sei nicht möglich, die Versandkosten dafür pauschal anzugeben. Wie das OLG Hamm klarlegte, sieht § 1 Abs. 2 S. 3 PAngV insoweit explizit eine Ausnahmemöglichkeit dahingehend vor, dass dann wenigstens die näheren Einzelheiten der Berechnung angegeben werden.⁵⁷ Im Übrigen sei es auch nicht unmöglich, die Versandkosten für jeden einzelnen Artikel und jede Insel zu ermitteln. Nicht ausreichend sei es, wenn dem Kunden nur auf entsprechende Nachfrage die konkreten Versandkosten für seine Lieferung mitgeteilt werden; eine solche dem Verbraucher aufgebürdete Fragelast entspreche nicht den gesetzlichen Vorgaben.

6. Grundpreisangabepflicht (auch) bei eBay

Der BGH hatte zuletzt bereits klargestellt, dass die Pflicht zur Grundpreisangabe in unmittelbarer Nähe des Endpreises auch dann gilt, wenn für die Waren in Fertigpackungen, offenen Packungen oder Verkaufseinheiten ohne Umhüllung lediglich unter Angabe von Preisen geworben wird.⁵⁸ Daraus leitete das LG Hamburg nun ab, dass eine Grundpreisangabe ausschließlich im Text der Artikelbeschreibung eines Angebots bei eBay nicht den gesetzlichen Anforderungen genügt.⁵⁹ Vielmehr müsse der Grundpreis auch schon auf den vorgelagerten Übersichtsseiten und im Übrigen räumlich in „unmittelbarer Nähe“ des Endpreises angegeben werden. Dies sei bei eBay durch eine Angabe im Zusammenhang mit der Artikelbezeichnung oder dem optional zur Verfügung stehenden Untertitel auch möglich.

7. Verstoß gegen Registrierungspflicht nach ElektroG

Der 6. Zivilsenat am OLG München hatte sich mit der Frage zu befassen, ob gegen einen Gerätevertreiber ein wettbewerbsrechtlicher Unterlassungsanspruch besteht, wenn dieser gegen die Registrierungspflicht nach § 6

Abs. 2 S. 1 ElektroG verstößt.⁶⁰ Das Gericht bejahte dies mit der Begründung, die fehlende Registrierung führe nach § 6 Abs. 2 S. 5 ElektroG zu einem Vertriebsverbot; insoweit sei dann bei einem Verkauf der Waren ohne Registrierung von einem Verstoß gegen eine Marktverhaltensregelung auszugehen.⁶¹

8. Preisgegenüberstellung mit durchgestrichenen Preisen

In früheren Beiträgen wurde bereits wiederholt darauf hingewiesen, dass die Werbung mit einer Preisgegenüberstellung unlauter sein kann, wenn nicht klargestellt wird, um was für einen Preis es sich bei dem gegenübergestellten Betrag handelt.⁶² Wie der BGH jetzt zu Recht festgestellt hat, erweist sich eine Werbung als irreführend und damit unlauter, bei der einem tatsächlich verlangten Kaufpreis ein höherer durchgestrichener Preis gegenübergestellt wird.⁶³ Adressaten der Werbung könnten allenfalls vermuten, um welchen Preis es sich bei dem durchgestrichenen Preis handeln soll.

9. Werbung mit Testergebnissen

Bereits 2009 hatte der BGH entschieden, dass es erforderlich ist, bei einer Produktwerbung im Internet mit einem Testergebnis die Fundstelle entweder bereits deutlich auf der ersten Bildschirmseite der Werbung anzugeben oder jedenfalls durch einen deutlichen Sternchenhinweis den Verbraucher ohne weiteres zu der Fundstellenangabe zu führen.⁶⁴ Mit den Anforderungen an die Lesbarkeit einer Fundstellenangabe setzte sich das KG Berlin auseinander und orientierte sich insoweit an den Grundsätzen, welche die höchstgerichtliche Rechtsprechung zur Lesbarkeit von Pflichtangaben im Rahmen der Heilmittelwerbung aufgestellt hat.⁶⁵ Dies bedeute Lesbarkeit für den normalsichtigen Betrachter ohne besondere Konzentration und Anstrengung, was im Regelfall nur bei Verwendung einer Schrift der Fall sei, deren Größe 6-Punkt nicht unterschreite.

10. Unzureichender Aufklärungshinweis bei sog. Mouse-Over-Effekt

Mit der Erkennbarkeit erläuternder Hinweise im Internet befasste sich auch das OLG Frankfurt a. M. im Zusammenhang mit dem als irreführend monierten Werbeslogan: „Wir schlagen jeden Preis“. Das Gericht sah es als unzureichend an, den Slogan über einen sog. Mouse-Over-Link mit den AGB zu verknüpfen, weil ein solcher Link von den Nutzern nur dann erkannt werde, wenn der Besucher der Website den Cursor über den als Link ausgestalteten Bestandteil der Webseite bewegt.⁶⁶ Daher sei keineswegs

55 Vgl. OLG Braunschweig, 14. 10. 2011 – 2 W 92/11.

56 Dazu auch *Schlömer/Dittrich*, K&R 2011, 163 sowie K&R 2007, 135 f.

57 Vgl. OLG Hamm, 1. 2. 2011 – I-4 U 196/10, K&R 2011, 416 ff.

58 Vgl. BGH, 26. 2. 2009 – I ZR 163/06, K&R 2009, 651 ff. sowie *Schlömer/Dittrich*, K&R 2010, 156.

59 Vgl. LG Hamburg, 24. 11. 2011 – 327 O 196/11, K&R 2012, 66 f.

60 Zum Vertrieb von Elektro-/Elektronikgeräten ohne Herstellerkennzeichnung und deutsche Gebrauchsanweisung auch *Schlömer/Dittrich*, K&R 2011, 168.

61 Vgl. OLG München, 4. 8. 2011 – 6 U 3128/10, GRUR 2011, 424; a. A. noch OLG Düsseldorf, 3. 6. 2008 – 20 U 207/07, GRUR-RR, 2009, 69.

62 Dazu auch *Schlömer/Dittrich*, K&R 2011, 169 sowie K&R 2010, 156 f. und K&R 2008, 134.

63 Vgl. BGH, 17. 3. 2011 – I ZR 81/09 – Original Kanchipur.

64 Vgl. BGH, 16. 7. 2009 – I ZR 50/07, K&R 2010, 189 ff. – Kamerakauf im Internet.

65 Vgl. KG Berlin, 11. 2. 2011 – 5 W 17/11, GRUR-RR 2011, 278.

66 Vgl. OLG Frankfurt a. M., 23. 2. 2011 – 6 W 111/10, K&R 2011, 414 ff.

sichergestellt und hänge es eher vom Zufall ab, ob der Link überhaupt wahrgenommen werde.

11. Anforderung an Garantiewerbung/-zusagen

Lange Zeit herrschte Ungewissheit darüber, welche Anforderungen ein Händler zu erfüllen hat, der seine Produkte im Internet mit dem Hinweis auf eine Garantie feilbietet.⁶⁷ Klarstellend führte der BGH nunmehr aus, dass unter den Begriff der Garantieverklärung i. S. d. § 477 Abs. 1 BGB nur die zum Abschluss eines Kaufvertrages oder eines eigenständigen Garantievertrages führende Willenserklärung falle, nicht dagegen die Werbung, mit der eine Garantie im Zusammenhang mit Angeboten noch nicht rechtsverbindlich versprochen wird.⁶⁸

Das OLG Hamm entschied in der Folge wiederholt, dass ein Händler, der bei einem „Sofort-Kaufen“-Angebot auf dem eBay-Marktplatz eine „volle Garantie“ bzw. „Garantie“ anbietet, die vom Gesetz für den Fall einer Garantierklärung geforderten Angaben i. S. d. § 477 Abs. 1 S. 2 BGB machen muss.⁶⁹ Ungewissheit besteht hingegen nach wie vor, ob die besagten Angaben auch dann gemacht werden müssen, wenn ein Unternehmer im Zusammenhang mit einem Verkaufsangebot nicht eine eigene Garantie verspricht, aber explizit auf die Garantiezusage eines Dritten (z. B. Hersteller) hinweist. Während das OLG Hamm⁷⁰ und das OLG Hamburg⁷¹ für diesen Fall annehmen, dass der Anwendungsbereich des § 477 BGB ebenfalls eröffnet ist, vertritt das KG Berlin⁷² die Auffassung, dass der Verkäufer dann keine detaillierten Angaben zu Art und Umfang der Herstellergarantie machen muss. Dem BGH liegt diese Fallkonstellation bereits vor;⁷³ abzuwarten bleibt daher, wie der I. Zivilsenat entscheidet.

12. Irreführung durch unzutreffende Rubrizierung?

Schließlich stellte der BGH klar, dass eine irreführende geschäftliche Handlung darin liegen kann, dass ein Kfz auf einer Internethandelsplattform in eine Suchrubrik mit einer geringeren als der tatsächlichen Laufleistung des Pkw eingestellt wird; denn es handele sich insoweit grundsätzlich um eine unwahre Angabe i. S. d. § 5 Abs. 1 UWG über das angebotene Fahrzeug. Zur Irreführung des Publikums sei eine solche unzutreffende Einordnung aber nicht geeignet, wenn diese für einen durchschnittlich informierten und verständigen Leser bereits aus der Überschrift der Anzeige ohne weiteres hervorgeht, so dass das angesprochene Publikum nicht getäuscht wird.⁷⁴ Im zugrunde liegenden Fall inserierte die beklagte Verkäuferin in der Rubrik „bis 5 000 km“ ein Kfz mit der im Druck hervorgehobenen Überschrift „BMW 320 d Tou. * Gesamt-KM 112 970 ** ATM-1260 KM ** – EUR 17 800“. Aus der anschließenden Fahrzeugbeschreibung ergab sich indes, dass der Pkw zum Angebotszeitpunkt einen Gesamtkilometerstand von 112 970 km aufwies und dass bei 111 708 km ein Austauschmotor eingebaut worden war, der einen Kilometerstand von 1260 km hatte.

VI. Zur Haftung der Plattformbetreiber

1. Haftungsprivilegierung als sog. Host-Provider?

In der Frage der (Störer-)Haftung seitens eBay wegen rechtsverletzender Angebote von Mitgliedern des Marktplatzes hat der EuGH zwischenzeitlich entschieden. Es sei grundsätzlich denkbar, dass die Haftungsprivilegierung für sog. Host-Provider i. S. d. Art. 14 Abs. 1 RL 2000/31/EG

auf eBay als Betreiber des Online-Marktplatzes Anwendung findet, sofern eBay keine aktive Rolle spielt, die eine Kenntnis der gespeicherten Daten oder eine Kontrolle über sie ermöglicht.⁷⁵ Eine solche „aktive Rolle“ sei zu bejahen, wenn Hilfestellung geleistet wird, die etwa darin besteht, die Präsentation der fraglichen Verkaufsangebote zu optimieren oder diese zu bewerben. Ungeachtet der Frage, ob eBay eine aktive Rolle spielt oder nicht, komme eine Haftungsprivilegierung aber dann nicht in Betracht, wenn sich eBay etwaiger Tatsachen oder Umstände bewusst war, auf deren Grundlage ein sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer die Rechtswidrigkeit der fraglichen Angebote hätte feststellen müssen und, falls ein solches Bewusstsein gegeben war, nicht unverzüglich tätig geworden ist. Zudem machte der EuGH klar, es sei sicherzustellen, dass die für den Schutz der Rechte des geistigen Eigentums zuständigen nationalen Gerichte eBay als Betreiber des Online-Marktplatzes aufgeben können, Maßnahmen zu ergreifen, die nicht nur zur Beendigung der von Benutzern dieses Marktplatzes hervorgerufenen Verletzungen, sondern auch zur Vorbeugung gegen erneute derartige Verletzungen beitragen.

Das OLG Hamburg urteilte unterdessen, dass eBay jedenfalls dann die Rolle eines neutralen Vermittlers verlasse und eine aktive Rolle übernehme, wenn für Artikelangebote auf dem Online-Marktplatz über sog. AdWords-Anzeigen bei Google geworben werde. Insoweit beschränke sich eBay nicht auf das Bereitstellen technischer Strukturen, sondern fördere mit gezielten Werbemaßnahmen das Auffinden bestimmter Angebote durch Kaufinteressenten.⁷⁶

2. Zum Prüfungsumfang bei Verletzungshinweisen

Derweil hat der BGH seine bisherige Rechtsprechung fortgeführt, wonach eBay bei Eingang eines Hinweises auf eine Rechtsverletzung die Verpflichtung trifft, zukünftig derartige Verletzungen zu verhindern.⁷⁷ Dies setze aber voraus, dass der Hinweis des Rechteinhabers so konkret gefasst ist, dass eBay den Rechtsverstoß unschwer – d. h. ohne eingehende rechtliche und tatsächliche Überprüfung – feststellen kann. Das Ausmaß des insoweit von eBay zu verlangenden Prüfungsaufwandes hänge dabei von den Umständen des Einzelfalls ab – insbesondere vom Gewicht der angezeigten Rechtsverletzungen auf der einen und den Erkenntnismöglichkeiten des Betreibers auf der anderen Seite. Ein Beleg der Rechtsverletzung durch den beanstandenden Rechteinhaber sei indes nur dann erforderlich, wenn schutzwürdige Interessen von eBay als Marktplatzbetreiber dies rechtfertigen. Das könne etwa der Fall sein,

67 Dazu auch Schlömer/Dittrich, K&R 2011, 170 sowie K&R 2010, 157 und K&R 2009, 151 m. w. N.

68 Vgl. BGH, 14. 4. 2011 – I ZR 133/09 – Werbung mit Garantie, K&R 2011, 501 ff. m. Komm. Dittrich.

69 Vgl. OLG Hamm, 22. 11. 2011 – I-4 U 98/11; OLG Hamm, 15. 12. 2011 – I-4 U 116/11.

70 Vgl. OLG Hamm, 5. 4. 2011 – I-4 U 221/10.

71 Vgl. OLG Hamburg, 6. 7. 2011 – 5 U 103/09.

72 Vgl. KG Berlin, 11. 10. 2010 – 5 U 40/10; KG Berlin, 31. 8. 2010 – 5 W 126/09; KG Berlin, 2. 11. 2007 – 5 W 306/07.

73 Die erwähnten Verfahren werden zwischenzeitlich beim BGH unter den Aktenzeichen I ZR 88/11 und I ZR 146/11 geführt.

74 Vgl. BGH, 6. 10. 2011 – I ZR 42/10, K&R 2012, 212 – Falsche Suchrubrik.

75 Vgl. EuGH, 12. 7. 2011 – C-324/09, K&R 2011, 567 ff.

76 Vgl. OLG Hamburg, 4. 11. 2011 – 5 U 45/07. Wegen der grundsätzlichen Bedeutung der Sache hat das Gericht die Revision zum BGH erneut zugelassen, da nicht abschließend geklärt sei, welche Auswirkungen werbende Maßnahmen eines Diensteanbieters zu rechtsverletzenden Angeboten seiner Nutzer haben.

77 Vgl. BGH, 17. 8. 2011 – I ZR 57/09, K&R 2011, 727 ff.

wenn eBay nach den Umständen des Einzelfalls berechnete Zweifel am Bestehen eines Schutzrechts, an der Befugnis zur Geltendmachung des Schutzrechts oder aber am Wahrheitsgehalt der mitgeteilten tatsächlichen Umstände haben darf und deshalb aufwendige eigene Recherchen anstellen müsste, um eine Rechtsverletzung hinreichend

sicher feststellen zu können. Bestehen derart berechnete Zweifel, sei eBay grundsätzlich gehalten, dem Hinweisenden diese Zweifel mitzuteilen und nach den Umständen angemessene Belege für die behauptete Rechtsverletzung und die Befugnis des Hinweisenden zu ihrer Verfolgung zu verlangen.

RA Arndt Hengstler und RA Clemens Pfitzer, Stuttgart*

Das wettbewerbsrechtliche Dilemma bei hybriden Softwareprojekten

Bei der Umsetzung von Softwareprojekten ist die Arbeit mit Open Source Software-Komponenten zwischenzeitlich weit verbreitet und etabliert, insbesondere der kombinierte Vertrieb von „proprietärer“ Software mit OSS-Komponenten. Dieser Beitrag soll im Folgenden die nach deutschem Wettbewerbsrecht problematische Einbeziehung von OSS-Lizenzbestimmungen in Projekte im B2B-Bereich aufzeigen und Möglichkeiten aufzeigen, diesen Risiken aus Sicht des IT-Unternehmens bereits im Stadium der Vertragsgestaltung vorzubeugen. Hierbei wird als Beispiel der Umgang mit grundsätzlich kostenlos zur Verfügung stehender OSS aufgegriffen, die von IT-Unternehmen im Rahmen von Softwareprojekten kostenfrei an Kunden weitergegeben wird und deren Lizenzbestimmungen nicht dem deutschen Rechtsraum entstammen, was für die meisten OSS-Lizenzen zutreffen dürfte.¹

I. Ausgangssituation

Bei der Durchführung von Softwareprojekten unter Mitbeziehung von Open Source Software (OSS), die neben der vom umsetzenden IT-Unternehmen eigens entwickelten Software an Kunden – wobei es sich um Verbraucher oder Unternehmer handeln kann – mitgeliefert wird, sind bezüglich der Überlassung der OSS-Komponenten grundsätzlich drei Vertragsverhältnisse zu differenzieren: Der Vertrag zwischen dem Urheber (bzw. primär lizenzgebenden Anbieter) der OSS und dem IT-Unternehmen, zwischen dem IT-Unternehmen und dessen Kunden und dem Kunden wiederum mit dem Urheber.² Um gegenüber dem Urheber zur Weiterlizenzierung von OSS berechtigt zu sein, sind IT-Unternehmen häufig verpflichtet, wiederum ihre Kunden auf die Einhaltung von OSS-Lizenzbestimmungen zu verpflichten. Die Rechtmäßigkeit von OSS-Lizenzbestimmungen ist jedoch zumindest aus der Sicht des deutschen Rechts fraglich.

II. OSS-Lizenzbestimmungen als AGB

Nach wohl allgemeiner Ansicht sind OSS-Lizenzbestimmungen AGB i. S. d. § 305 BGB.³ In Englisch abgefasste Lizenzbestimmungen könnten bei einem ansonsten in Deutsch abgefassten Projektvertrag einer wirksamen Einbeziehung entgegenstehen, da es an der zumutbaren Kenntnisnahme fehlen könnte.⁴ Es ist allerdings zwischenzeitlich anerkannt, dass wenn sich die Parteien bezüglich

einzelner Teile der AGB einer ausländischen Vertragsprache bedienen, auch diese AGB wirksam einbezogen werden können.⁵ Dies gilt umso mehr im unternehmerischen Geschäftsverkehr, da sich die Gegenmeinung vor allem an Verbraucherschutzorientierten Gesichtspunkten festmacht, die im Bereich B2B nicht entscheidungserheblich sind. Die Wirksamkeit der Einbeziehung von englischsprachigen Lizenzbestimmungen stößt auch deshalb auf keine Bedenken, da kein „Kontrahierungszwang“ besteht.⁶

III. Einzelne OSS-Lizenzen

Nahezu alle OSS-Lizenzen haben ihren Ursprung in anderen Rechtsordnungen, vornehmlich den USA. Solche OSS-Lizenzverträge enthalten üblicherweise sehr weitreichende Gewährleistungs- und Haftungsausschlüsse, für die der deutsche Gesetzgeber strenge Schranken setzt.⁷ Insbesondere scheitern vollumfängliche Gewährleistungs- und Haftungsausschlussklauseln bei der Beurteilung nach deutschem AGB-Recht.⁸ Hier zeigt sich die Unvereinbarkeit mit deutschem Recht beispielsweise darin, dass solche gängigen Gewährleistungs- und Haftungsausschlussklauseln die Haftung für Vorsatz im Vorhinein ausschließen, was gegen § 276 Abs. 3 BGB verstößt. Ein solcher Ausschluss ist insofern im B2C Bereich gemäß § 309 Nr. 7 a) und b) BGB unzulässig. Ein solcher Ausschluss ist i. d. R. daneben auch wegen Verstoßes gegen den Gerechtigkeits-

* RA und FA für IT-Recht Arndt Hengstler ist Syndikusanwalt bei der dmc digital media center GmbH in Stuttgart, RA und FA für gewerblichen Rechtsschutz Clemens Pfitzer ist Partner der Kanzlei Kurz Pfitzer Wolf Rechtsanwälte in Stuttgart. Mehr über die Autoren erfahren Sie auf S. VIII.

1 So auch Thalhofer, CRi 2008, 129, 130.

2 Jaeger/Metzger, Open Source Software, 3. Aufl. 2011, Rn. 249 f.

3 LG München I, 19. 5. 2004 – 21 O 6123/04, MMR 2004, 693; Deike CR 2003, 9, 13; Koch CR 2000, 333, 339; Plaß, GRUR 2002, 670, 678; LG Frankfurt a. M., 6. 9. 2006 – 2-06 O 224/06; LG München I, 19. 5. 2004 – 21 O 6123/04, K&R 2004, 451; Paul, in: Hoeren/Sieber, Handbuch Multimedia-Recht, 26. EL 2010, Teil 7.4 Rn. 114.

4 Plaß, GRUR 2002, 670, 678; Spindler, in: Spindler, Rechtsfragen bei Open Source, 2004, S. 67 f.; a. A. Sester, CR 2000, 767, 804; Schulz, Dezentrale Softwareentwicklungs- und Softwarevermarktungskonzepte, 2005, S. 200 ff.

5 BGH, 10. 3. 1983 – VII ZR 302/82, NJW 1983, 1489; Jaeger/Metzger (Fn. 2), Rn. 181 m. w. N.

6 Dieser Gedanke kommt z. B. in Ziffer 5 GPL zum Ausdruck: „[...] You are not required to accept this licence, [...]“.

7 Grüneberg, in: Palandt, 70. Aufl. 2011, § 276 BGB Rn. 35.

8 Metzger, in: Die GPL kommentiert und erklärt, 2005, S. 138; Martens, KommJur 2007 94, 97; für die GNU General Public License Version 3, Funk/Zeifang, CR 2007, 617, 624; Deike, CR 2003, 9, 14; Spindler, in: Spindler (Fn. 4), S. 165 ff.; Thalhofer, CRi 2008, 129, 131.

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

