

FERNUNIVERSITÄT

IN HAGEN

FACHBEREICH RECHTSWISSENSCHAFT

**Vertragsschluss, Verbraucherschutz und AGB-Kontrolle
bei Internetauktionen**

Bachelorarbeit : Vertragsschluss, Verbraucherschutz und AGB-Kontrolle bei
Internetauktionen
bei : Prof. Dr. Ulrich Wackerbarth
Matr.-Nr. : 6720005
Name, Vorname : Mayer, Hubert
Anschrift : Saphirweg 4, 70174 Stuttgart
Telefon : 0711/8882241
Abgabedatum : 01.07.2011

Literaturverzeichnis

Andreae, Martin

Kaufrecht – Abschluss, Widerruf und Anfechtung des Kaufvertrags
NJW 2009, 344 ff.

Bamberger/Roth (Hrsg.)

Beck'scher Online Kommentar zum BGB
Edition 18, München Stand 01.08.2010

Borges, Georg (Hrsg.)

Rechtsfragen der Internetauktion
1. Auflage, Baden-Baden 2007

Buchmann, Felix

Widerrufsfrist bei Fernabsatzverträgen: Neues Unheil für gewerbliche
„ebay“-Verkäufer
K u. R 2007, 14 ff.

Creifelds (Begründer)

Creifelds Rechtswörterbuch
20. Auflage, München 2010

Degen, Thomas A./Deister, Jochen

Computer- und Internetrecht
1. Auflage, Stuttgart 2009

Deutsch, Andreas

Vertragsschluss bei Internetauktionen – Probleme und Streitstände
MMR 2004, 586 ff.

Faustmann, Jörg

AG Wernigerode: Widerrufsbelehrung für Tickethandel im Fernabsatz
MMR 2007, 402 ff.

Felling, Walter

Aktuelle Rechtsentwicklungen zum Fernabsatz
ZAP Fach 3, 247 ff.

Fezer, Karl-Heinz

Markenrecht
4. Auflage, München 2009

Föhlisch, Carsten

Endlich Vollharmonisierung im Fernabsatzrecht? Auswirkungen der geplanten Europäischen Verbraucherrechtsrichtlinie
MMR 2009, 75 ff.

Föhlisch, Carsten/Hoffmann, Helmut

Widerrufsfrist im Fernabsatz – Ungleichbehandlung von Online-Shops und eBay-Verkäufern?
NJW 2009, 1175 ff.

Grapentin, Sabine

Vertragsschluss bei Internet-Auktionen
GRUR 2001, 713 ff.

Hartung, Stephanie G./Hartmann, Alexander

„Wer bietet mehr?“ – Rechtssicherheit des Vertragsschlusses bei Internetauktionen
MMR 2001, 278 ff.

Heiderhof, Susanne

Internetauktionen als Umgehungsgeschäfte
MMR 2001, 640 f.

Hoeren, Thomas/Müglich, Andreas/Nielen, Michael (Hrsg.)

Online-Auktionen – Eine Einführung in die wichtigsten rechtlichen Aspekte (zitiert: „Online-Auktionen“)
1. Auflage, Berlin 2002

Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich

Handbuch Multimedia-Recht
26. Ergänzungslieferung, München 2010

Jauernig, Othmar (Hrsg.)

Bürgerliches Gesetzbuch
13. neu bearbeitete Auflage, München 2009

Knuth, Claudia

Das neue Widerrufsrecht 2010 – ein Weg zu mehr Rechtssicherheit?
ZGS 2010, Ausgabe 6, 253 ff.

Lauktien, Annette-Tabea/Varadienk, Brigitte

Der Vertragsschluss im Internet
ZUM 2000, S. 466 ff.

- Leible/Sosnitza (Hrsg.)
Versteigerungen im Internet
1. Auflage, Heidelberg 2004
- Ohly, Ansgar/Sosnitza, Olaf (Hrsg.)
Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb – Kommentar (zitiert:
„Piper/Ohly/Sosnitza“)
5. Auflage, München 2010
- Palandt, Otto (Begründer)
Bürgerliches Gesetzbuch
70. Auflage, München 2010
- Rohlfing, Bernd
Unternehmer qua Indizwirkung? Darlegungs- und Beweislast bei
geschäftsmäßigem Handeln in elektronischen Marktplätzen
MMR 2006, 271 ff.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland
Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch (zitiert: „MueKo“)
5. Auflage, München 2006
- Schlömer, Uwe/Dittrich, Jörg
eBay & Recht – Bilanz der Rechtsprechung
BB 2007, 2129 ff.
- Schulze, Reiner (Schriftleitung) u.a. (zitiert: „Schulze“)
Bürgerliches Gesetzbuch Handkommentar
6. Auflage, Berlin 2009
- Spindler, Gerald
(Anmerkungen zu:) BGH: Widerrufsrecht des Verbrauchers bei Internet-
auktionen gewerblicher Anbieter – eBay
MMR 2005, 37 ff. (Anmerkungen ab 40. ff.)
- Spindler, Gerald/Schuster, Fabian
Recht der elektronischen Medien – Kommentar
2. Auflage, München 2011
- Spindler/Wiebe (Hrsg.)
Internet-Auktionen – Rechtliche Rahmenbedingungen
(zitiert: „Spindler/Wiebe“)
1. Auflage, München 2001

Spindler/Wiebe (Hrsg.)

Internet-Auktionen und Elektronische Marktplätze (zitiert: „Internet-Auktionen“)

2. Auflage, Köln 2005

Staudinger, Julius von (Hrsg.)

Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen

Neubearbeitung, Berlin 2010

Szczesny, Michael/Holthusen, Christoph

Aktuelles zur Unternehmereigenschaft im Rahmen von Internetauktionen
NJW 2007, 2586 ff.

Tacou, Theofanis

Verbraucherschutz auf hohem Niveau oder Mogelpackung? Der Vorschlag
für eine Richtlinie über Rechte der Verbraucher

ZRP 2009, 140 ff.

Wenzel, Henning

Vertragsschluss bei Internet-Auktion – ricardo.de

NJW 2002, 1550 f.

Wiebe, Andreas

Vertragsschluss bei Online-Auktionen

MMR 2000, 323 ff.

Wiebe, Andreas

LG Münster: ricardo.de (mit Besprechung)

MMR 2000, 280 ff.

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung und Begriffsbestimmungen	1
I. Einleitung.....	1
II. Auktionstypen	1
1. Herkömmliche Auktion	1
2. Auktionen, die auch im Internet anzutreffen sind.....	2
a) Englische Auktion / Vorwärtsauktion	2
b) Holländische Auktion / Rückwärtsversteigerung.....	2
c) Reverse Auctions	3
d) Höchstpreisauktion	3
e) Einkaufsgemeinschaften / Power- / Community-Shopping	3
III. Eigen-/Fremdversteigerung.....	3
IV. Unterscheidung nach den beteiligten Personen.....	4
V. Zusammenfassung	4
B. Vertragsschluss.....	5
I. Vertragsschluss allgemein	5
II. Vertragsschluss bei Auktionen – die Sonderregelung des § 156 BGB	5
III. Vertragsschluss bei Internetauktionen	6
1. Vertragsschluss nach § 156 BGB	6
2. Abgrenzung der invitatio ad offerendum zum Angebot.....	6
a) invitatio ad offerendum.....	6
b) Angebot	7
c) Abgrenzung.....	9
d) Das ricardo.de Urteil und sein Werdegang.....	10
e) eBay AGB heute	14
f) Gesamtwürdigung.....	14
C. Einbezug der AGB des Auktionsplattformbetreibers in die über die Auktionsplattform geschlossenen Kaufverträge	16
I. Einführung	16
II. Vorliegen von AGB	16
III. Einbezug von AGB in Verträge	16
IV. Einbezug der AGB bei Internetauktionen.....	17
1. Im Verhältnis Nutzer und Auktionsplattform	17
2.) Im Verhältnis der Nutzer untereinander	17
a) Problemstellung	17
b) Vertrag zugunsten Dritter	18
c) Rahmenvertragslösung	19
d) Auslegungslösung.....	20
e) Stellungnahme.....	22
D. Verbraucherschutz.....	23
I. Einleitung.....	23
1. Fernabsatzrichtlinie (FARL)	23
a) Ziele	24
b) Begriffsbestimmung Fernabsatz.....	24
c) Mittel zur Erreichung des Zieles	24
d) Beteiligte Personen.....	25
2. Umsetzung in nationales Recht.....	25
a) Vorbemerkung	25
b) Der Verbraucher im BGB	26
c) Der Unternehmer im BGB	26
3. Unternehmer bzw. geschäftliches Handeln in Wettbewerbs- und Markenrecht.....	28
II. Der Unternehmerbegriff bei Veräußerung über Online-Auktionsplattformen	29
1. Fallgruppen ohne Abgrenzungsschwierigkeiten	29
2. Fallgruppen mit Abgrenzungsschwierigkeiten	29

a) Verkauf durch Unternehmer, wenn unklar ob privat oder unternehmerisch	29
b) Der „Scheinunternehmer“	29
c) Ein Unternehmer tritt als nicht als Unternehmer auf	30
aa) Powersellerstatus (eBay)	31
bb) Anzahl der Bewertungen/der Verkäufe	32
cc) Betreiben eines eBay-Shops	34
dd) Verkauf von Neuwaren	34
ee) Artikel der gleichen Warenkategorie	35
ff) Artikel unterschiedlicher Waren	35
gg) Weitere Indizien	36
3. Prozessuales	36
a) Vorbemerkung	36
b) Indizienlösung	36
c) Beweislastvariante	36
d) Vermutungsvariante	37
e) Sekundäre Beweislast/materiellrechtliche Lösung	37
f) Zusammenfassende Stellungnahme	37
III. Internetauktionen als Versteigerungen im Sinne des Fernabsatzrechts	38
1. Fernabsatzrichtlinie (FARL)	38
a) Einführung	38
b) Vorherige Unterrichtung	39
c) Widerrufsrecht	39
2. Umsetzung in nationales Recht	39
a) „Historisches“	39
b) Der Begriff der Versteigerung im Gesetzgebungsverfahren	40
aa) Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 14.01.2000	40
bb) Empfehlungen der Ausschüsse vom 12.04.2000	41
cc) Weiterer verkürzter Verlauf der Gesetzgebung	42
dd) Fazit	42
E. AGB-Kontrolle	44
I. Einleitung	44
1. Vorbemerkung	44
2. Historisches	45
II. Anwendungsbereich	45
1. Verträge zwischen einen Unternehmer und einem Verbraucher	45
a) Vorbemerkung	45
b) Fiktion des Stellens	45
c) Vertragsbedingungen zur einmaligen Verwendung	45
d) Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs 1 und 2 BGB	46
2. Sondervorschriften	46
III. Inhaltskontrolle	46
1. Allgemeine Klauselkontrolle	46
2. Spezielle Klauselkontrolle	47
F. Ausblick/Fazit	48
I. Ausblick	48
II. Fazit	49

A. Einleitung und Begriffsbestimmungen

I. Einleitung

Die Geschichte der Auktion reicht dabei bis in die Antike zurück; schon damals war die Veräußerung einer Sache an den Meistbietenden durch öffentlichen Aufruf bekannt.¹ Die Auktion als Möglichkeit des Warenabsatzes hat jedoch nie eine besonders große Rolle gespielt, lediglich in wenigen Branchen, wie z. B. bei Kunstgegenständen und in der Landwirtschaft, oder in Sondersituationen wie bei Pfandauktionen oder Auktionen in Insolvenzen kommt der Auktion ein gewisses Gewicht zu.² Mit zunehmender Verbreitung des Internets sind dann auch Internetauktionen entstanden.³ Mit dem Slogan: „3-2-1-meins“, der auf Auktionen anspielt, ist eBay bekannt geworden. eBay ist nicht die einzige, aber die wohl bekannteste⁴ und größte Internetauktionsplattform mit weltweit nach Eigenangaben über 83 Millionen aktiven Nutzern.⁵ Bei derzeit durchschnittlich 30 Millionen Artikeln im Angebot alleine in Deutschland und 24,3 Millionen Benutzern erreicht eBay fast die Hälfte der deutschen Internetnutzer.⁶

Die folgende Arbeit setzt sich nach einem kurzen Überblick über Auktionstypen und an Auktionen beteiligten Personen mit einem Teilgebiet der rechtlichen Probleme der Internetauktion auseinander. Ausgeklammert werden u.a. strafrechtliche Fragen, Kartell-, Datenschutz-, Börsen-, Kollisions- und das Steuerrecht. Das Wettbewerbsrecht wird nur gestreift, wenn auf das geschäftliche Handeln im Sinne des UWG Bezug genommen wird, ohne dass eine weitere Darstellung dieses Rechtsgebiets erfolgt. Ausführlich gehen bspw. Spinler/Wiebe in ihrem Werk „Internet-Auktionen“ oder auch Leible/Sosnitza in ihrem Werk „Versteigerungen“ (beide s. Literaturverzeichnis) auf die vorgenannten Rechtsgebiete ein.

II. Auktionstypen

1. Herkömmliche Auktion

Nach *Hösch* finden sich in der Literatur zwei Definitionen des Begriffes Versteigerung (der mit dem Begriff der Auktion grundsätzlich identisch ist)⁷. Nach der ersten Definition bedeutet Versteigerung, „dass innerhalb einer zeitlich und örtlich begrenzten Veranstaltung eine Mehrzahl von grundsätzlich vor Ort anwesenden Personen aufgefordert wird, eine Sache oder ein Recht zu erwerben, und dass diese Personen im gegenseitigen Wettbewerb, ausgehend von einem Mindestgebot, Vertragsangebote (Preisangebote) in Form des Überbietens gegenüber

¹ Leible/Sosnitza, Rn. 1.

² Vgl. *a.a.O.*

³ Borges/*Biallaß/Werner*, § 1, I. 2.

⁴ Borges/*Biallaß/Werner*, § 1, I. 2.

⁵ <http://pages.ebay.de/aboutebay/thecompany/companyoverview.html> (aufgerufen am 15.05.2011).

⁶ <http://www.heise.de/newsticker/meldung/eBay-will-kein-Online-Flohmarkt-mehr-sein-1248471.html> (aufgerufen am 24.05.2011).

⁷ *Creifelds*, Rechtswörterbuch zum Begriff „Auktion, Auktionator“.

dem Versteigerer abgeben, der das höchste Gebot in eigenen oder fremden Namen annimmt“.⁸ Als zweite, weiter gefasste Definition bietet er an: „Danach wird unter Versteigerung eine Mehrzahl von Personen verstanden, die nach Aufforderung durch den Versteigerer konkurrierend Angebote abgeben, um durch Zuschlag eine Sache oder ein Recht zu erwerben.“⁹

Eine gesetzliche Definition besteht nicht. Auch § 34b der Gewerbeordnung, der die öffentlich-rechtliche Bestimmung zur Erlaubnispflicht einer Versteigerung normiert, nimmt das Vorhandensein von Versteigerungen als selbstverständlich hin.

2. Auktionen, die auch im Internet anzutreffen sind

a) Englische Auktion / Vorwärtsauktion

Die englische Auktion, auch Vorwärtsauktion oder „Forward Auction“ genannt“ ist die bekannteste Form der Internetauktion.¹⁰ Hierbei geben die Bieter in offener Form ihre einander übertreffenden Angebote ab. Wer zu dem Zeitpunkt, der als Endzeitpunkt der Auktion bestimmt ist, Höchstbietender ist, erwirbt die Ware oder die Dienstleistung zum Preis seines zuletzt genannten Gebotes.¹¹ Hierbei werden teilweise unterschiedliche Möglichkeiten eingeräumt, wie bspw. die Festlegung eines Startpreises, eines Mindestgebotes¹² und/oder die Höhe der Preisschritte.¹³ Die folgende Darstellung weiterer Auktionstypen, die in der Literatur nicht klar und eindeutig voneinander abgegrenzt werden, dient nur einem kurzen Überblick und soll nicht weiter vertieft behandelt werden.

b) Holländische Auktion / Rückwärtsversteigerung

Eine weitere beliebte Form der Auktion ist die holländische Auktion, die auch als Rückwärtsversteigerung bekannt ist. Nach *Biallaß/Werner* geht hierbei das Angebot von den Abnehmern aus, während die Anbieter daraufhin versuchen, sich gegenseitig zu unterbieten oder zum gleichen Preis eine höherwertige Leistung anzubieten.¹⁴ Ein Beispiel hierfür ist für Dienstleistungen die Plattform „MyHammer“¹⁵, auf der vornehmlich Handwerkerdienstleistungen nachgesucht werden. *Leible/Sosnitzka* hingegen legen Wert darauf, dass ein Verkäufer ein Produkt in bestimmten zeitlichen Abständen mit einem kontinuierlich fallenden Preis anbietet und der Vertrag mit demjenigen zustande kommt, dem ein einmal erreichter Preis zusagt und dieses als erster annimmt.¹⁶ Diese beiden Beschreibungen unterscheiden sich grundlegend, denn bei *Biallaß/Werner* stehen einem, der die

⁸ Leible/Sosnitzka/Hösch, Rn. 31, mit zahlreichen Nachweisen.

⁹ Leible/Sosnitzka/Hösch, Rn. 31, mit weiteren Nachweisen.

¹⁰ Borges/*Biallaß/Werner*, § 1, II. 3. a).

¹¹ Borges/*Biallaß/Werner*, § 1, II. 3. a).

¹² Borges/*Biallaß/Werner*, § 1, II. 3. a).

¹³ Borges/*Biallaß/Werner*, § 1, II. 3. a).

¹⁴ Borges/*Biallaß/Werner*, § 1, II. 3. c).

¹⁵ <http://www.my-hammer.de/home/?ag> (aufgerufen am 25.05.2011).

¹⁶ Leible/Sosnitzka, Rn. 21.

Dienstleistung (oder Ware) haben möchte, eine (hoffentlich) Vielzahl von Anbietern gegenüber, während bei *Leible/Sosnitza* dem einen Anbieter mehrere Abnehmer der Dienstleistung/Ware gegenüberstehen. Beide Varianten werden von Ernst hingegen als „Ausschreibungen“ bezeichnet.¹⁷

c) Reverse Auctions

Hier gehen nach *Leible/Sosnitza* die Gebote nicht von den Abnehmern, sondern von den Anbietern aus, die nach einer ersten Nennung einer Preisvorstellung eines Abnehmers ein aus Sicht des Abnehmers möglich günstiges Angebot unterbreiten und sich im Folgenden gegenseitig unterbieten.¹⁸ Andere bezeichnen als Reverse Auction eine Variante, bei der eine Ware oder Dienstleistung zu einem zunächst vorgegebenen Preis angeboten wird, dieser in vorgegebenen Zeitintervallen in linearen Schritten fällt und solange feilgeboten wird, bis ein Kunde zu dem gerade angebotenen Preis zugreift.¹⁹

d) Höchstpreisauktion

Es existiert hier die sog. „Verdeckte Auktion / Undercover Auction“, bei der jeder Bieter nur ein Gebot ohne Kenntnis der Gebote der anderen Bieter verdeckt abgibt und der Bieter mit dem höchsten Gebot erhält den Zuschlag bzw. erwirbt die Ware/die Dienstleistung zu seinem Gebot.²⁰ Bei der sog. „Vickery-Auktion“ wird grundsätzlich auch das o.g. verdeckte Verfahren verwendet, der Meistbietende zahlt jedoch nur die Summe, auf die sich das zweithöchste Gebot beläuft.²¹

e) Einkaufsgemeinschaften / Power- / Community-Shopping

Häufig werden im Zusammenhang mit Auktionen auch Einkaufsgemeinschaften erwähnt, die auch Power-oder Community-Shopping genannt werden.²² Auch hier gibt es verschiedene Varianten, so wird z.B. eine Ware zu einem festen Preis, der regelmäßig unter der Preisempfehlung des Herstellers liegt, angeboten, und es muss sich eine Mindestanzahl an Abnehmern finden, damit dieser Preis zustande kommt.²³ Oder die Preise sinken in einer festen Staffel bei Erreichen einer jeweiligen Mindestteilnehmerzahl in eine neue niedrigere Preisstufe.²⁴

III. Eigen-/Fremdversteigerung

Diese unterscheiden sich danach, ob der Versteigerer (bzw. Versteigerungsplattform) eigene Waren oder Dienstleistungen bzw. in Ihrem Eigentum stehenden Waren anbietet, oder aber die Waren oder Dienstleistungen Dritter angeboten

¹⁷ Ernst, Internet-Auktionen, Kap. 1, Rn. 16-19.

¹⁸ Leible/Sosnitza, Rn. 18.

¹⁹ Borges/Biallaß/Werner, § 1, II. 3. c.); Ernst, Internet-Auktionen, Kap. 1, Rn. 20.

²⁰ Borges/Biallaß/Werner, § 1, II. 3. b); Ernst, Internet-Auktionen, Kap. 1, Rn. 14.

²¹ Borges/Biallaß/Werner, § 1, II. 3. b); Ernst, Internet-Auktionen, Kap. 1, Rn. 14.

²² Borges/Biallaß/Werner, § 1, II. 3. d).

²³ Leible/Sosnitza, Rn. 25, Ernst, Internet-Auktionen, Kap. 1, Rn. 28.

²⁴ Leible/Sosnitza, Rn. 26.

werden.²⁵

IV. Unterscheidung nach den beteiligten Personen

Grundsätzlich können die Nutzergruppen Privatpersonen (Verbraucher, Consumer / „C“), Unternehmer (Business / „B“) sowie die öffentliche Hand (Government / „G“) als Teilnehmer auf Marktplätzen wie Internetauktionen auftreten.²⁶

Die meisten Internetauktionen bieten an, dass Privatpersonen auf der Auktionsplattform untereinander handeln können.²⁷ Diese Konstellation wird „C2C“, also Consumer to Consumer genannt. Bei der als B2C bezeichneten Möglichkeit, stehen sich Unternehmern und Verbraucher auf den Auktionsplattformen gegenüber.²⁸

Auch ist es möglich, dass Unternehmer auf Unternehmer treffen (B2B).²⁹ *Leible/Sosnitza* stellen hier einen guten Teil der möglichen Bandbreite dar.³⁰ So finden sich hier zahlreiche Industrieunternehmen, die Ihren Bedarf an Rohstoffen oder/und Zulieferteilen so decken.³¹ Selten anzutreffen ist die Variante B2G, bei der die öffentliche Hand Internetauktionen zur Beschaffung nutzt.³² Diese Auktionen bezeichnen *Biallaß/Werner* als business to administration („b2a“) oder business to government („b2g“) und reißen kurz an, welche Probleme hierbei das Vergaberecht stellt.³³ Auch die öffentliche Hand kann als Verkäufer auftreten.³⁴ Als Beispiel hierfür seien bspw. die Auktionen des Zolls³⁵, der Oberfinanzdirektion Rheinland³⁶ oder der VEBEG GmbH³⁷ genannt, bei der aus Beständen der Bundeswehr oder anderer öffentlicher Auftraggeber Gegenstände zur Versteigerung kommen (G2C/G2B).

V. Zusammenfassung

(Auch) auf elektronischen Marktplätzen treffen eine Vielzahl von Akteuren aufeinander, die mit verschiedenen Zielsetzungen auf unterschiedliche Art und Weise miteinander interagieren, um Waren oder Dienstleistungen aus Sicht des Käufers günstig zu erwerben bzw. aus Sicht des Verkäufers zu einem guten Preis zu verkaufen. Über Internetauktionen lassen sich mit einem geringen Aufwand eine Vielzahl von potenziellen Käufern ansprechen, was gerade kleinen Händlern ei-

²⁵ *Ernst*, Internet-Auktionen, Kap. 1, Rn. 10.

²⁶ *Borges/Biallaß/Werner*, § 1, II. 1.

²⁷ *Leible/Sosnitza*, Rn. 6; *Ernst*, Internet-Auktionen, Kap. 1, Rn. 8.

²⁸ *Leible/Sosnitza*, Rn. 7; *Ernst*, Internet-Auktionen, Kap. 1, Rn. 8.

²⁹ *Borges/Biallaß/Werner*, § 1, II. 1.

³⁰ *Leible/Sosnitza*, Rn. 8.

³¹ *Leible/Sosnitza*, Rn. 8.

³² *Leible/Sosnitza*, Rn. 9; *Borges/Biallaß/Werner*, § 1, II. 1.

³³ *Borges/Biallaß/Werner*, § 1, II. 1.

³⁴ *Borges/Biallaß/Werner*, § 1, II. 1.

³⁵ <http://www.zoll-auktion.de/auktion/index.php> (aufgerufen am 26.05.2011).

³⁶ <http://www.ofd-rheinland.de/versteigerungen/versteigerung/index.php> (aufgerufen am 26.05.2011).

³⁷ <http://www.vebeg.de/web/de/auktionen/index.htm> (aufgerufen am 26.05.2011).

nen relativ günstigen Zugang zu einem sehr großen potenziellen Kundenkreis ermöglicht bzw. auch mancher Person erst die Möglichkeit verschafft, sich beruflich selbstständig zu machen.³⁸

Die weitere Arbeit beschäftigt sich mit der sog. englischen Auktion und dem Aufeinandertreffen von Unternehmern und Verbrauchern in Internetauktionen, also dem sog. B2C Handel sowie den Auktionen zwischen zwei Verbrauchern (C2C).

B. Vertragsschluss

I. Vertragsschluss allgemein

Ein Vertrag kommt zustande durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen, Angebot und Annahme, §§ 145 ff. BGB. Dies gilt, ohne dass es hierfür einer besonderen Form bedarf, außer es wurde ausdrücklich gesetzlich festgeschrieben,³⁹ z.B. wie es nach § 311b BGB bei Verträgen über Grundstücke, das Vermögen oder den Nachlass der Fall ist. Die übereinstimmenden Willenserklärungen können nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung auch durch elektronische Übermittlung einer Datei im Internet - online - abgegeben werden.⁴⁰

II. Vertragsschluss bei Auktionen – die Sonderregelung des § 156 BGB

Für Auktionen gilt die Besonderheit, dass der Vertragsschluss nach § 156 Satz 1 BGB durch Zuschlag zustande kommt. Hierbei handelt es sich um eine den § 145 ff. BGB vorgehende Spezialvorschrift.⁴¹ Das Angebot wird hierbei durch das Gebot ersetzt, das durch Zuschlag angenommen wird.⁴² Der Zuschlag ist eine nicht empfangsbedürftige Willenserklärung, die unabhängig von der gleichzeitigen Anwesenheit des Bieters ist.⁴³ Als wesentlich gilt jedoch die körperliche Anwesenheit des Bieters oder eines Stellvertreters im Zeitpunkt des Bietens.⁴⁴ Der Zuschlag wird hierbei durch den Auktionator erteilt, der dabei regelmäßig als Vertreter oder Kommissionär des Einlieferers handelt und⁴⁵ ist Voraussetzung für den Vertragsschluss, ohne dass der Meistbietende Anspruch darauf hat, dass ein Zuschlag überhaupt erteilt wird.⁴⁶ Der Zuschlag ist wesentliches Element des Vertragsschlussverfahrens, u.a. aufgrund seiner Schutzfunktion zugunsten der Entscheidungsfreiheit der Anbieterseite.⁴⁷ Ein jeweils zuvor abgegebenes Gebot erlischt nach § 156 Satz 2 BGB, wenn ein Überangebot abgegeben wurde oder die Versteigerung ohne Erteilung des Zuschlages geschlossen wird. § 156 BGB

³⁸ *Leible/Sosnitza*, Rn. 7.

³⁹ *Lauktion/Varadinek*, ZUM 2000, 466, 467.

⁴⁰ BGH NJW 2002, 363, 364.

⁴¹ *Borges/Biallaß*, § 2 V. 2 b).

⁴² *Borges/Biallaß*, § 2 V. 2 b).

⁴³ *Wiebe*, Internetauktionen, Kap. 4., Rn. 18.

⁴⁴ *BeckOK/Eckert*, § 156 BGB, Rn. 3.; *Wiebe*, MMR 2000, 323, 324 (mit Einschränkungen).

⁴⁵ *Deutsch*, MMR 2004, 586, 586 mit weiteren Nachweisen.

⁴⁶ *BeckOK/Eckert*, § 156 BGB, Rn. 6.

⁴⁷ *Wiebe*, MMR 2000, 323, 326.

stellt jedoch dispositives Recht dar.⁴⁸

III. Vertragsschluss bei Internetauktionen

1. Vertragsschluss nach § 156 BGB

Fraglich ist nun, ob sich der Vertragsschluss auch bei Internetauktionen nach § 156 BGB richtet oder ob hier nicht auch ein anderer Vertragsschlussmechanismus, wie bspw. unter B I. dargestellt, zum Tragen kommen könnte.

Für den Vertragsschluss nach § 156 BGB spricht der Wortlaut der Norm, nach der ein Vertrag bei Versteigerungen durch Zuschlag zustande kommt. Der Begriff der Versteigerung ist jedoch nicht eindeutig. Wie bereits dargestellt, soll der Zuschlag, den der Auktionator erteilt, maßgeblich sein.

Zu klären ist daher, ob ein Zuschlag im Sinne des § 156 BGB erteilt wird. Hierfür müsste der bloße Zeitablauf der festgesetzten Auktionsdauer als Zuschlag zu werten sein. Da der Zuschlag jedoch als Willenserklärung aufgefasst wird, kommt dies nicht in Betracht.⁴⁹ Auch wenn eine entsprechende Vertragsgestaltung seitens der Auktionsplattform denkbar ist, ist in der Regel nicht vorgesehen, dass ein Zuschlag erteilt wird. Es handelt sich daher bei den meisten Internetauktionen nicht um eine Auktion, bei denen der Vertragsschluss durch Zuschlag nach § 156 BGB erteilt wird, sondern in der Mehrheit der Fälle um einen Vertragsschluss nach den §§ 145 ff. BGB.

2. Abgrenzung der invitatio ad offerendum zum Angebot

a) invitatio ad offerendum

Quasi eine Vorstufe des Angebotes stellt die sog. Invitatio ad offerendum dar. So bezeichnet man die Einladung, ein Angebot abzugeben.⁵⁰ Der Erklärende möchte hier sich noch nicht mit seiner Erklärung binden, sondern nur den potentiellen Vertragspartner über das eigene Waren- oder Leistungsangebot informieren, seine Bereitschaft erklären, einen Vertrag grundsätzlich schließen zu wollen und die Grenzen abstecken, innerhalb deren der potentielle Vertragspartner mit einem Zustandekommen des Vertrages rechnen kann.⁵¹ Ursache hierfür kann z.B. sein, dass der Unternehmer zunächst die Bonität seines Kunden oder auch seine eigenen Lieferkapazitäten prüfen möchte.⁵² Dies gilt auch für den häufigen Fall von Auslagen in einem Schaufenster eines Händlers, selbst wenn sie – wie in den allermeisten Fällen vorhanden – entsprechend den Preisauszeichnungsvorschriften mit einer verbindlichen Preisangabe versehen sind, da auch hier der Unternehmer sich die Überprüfung offen halten muss, ob noch verkaufbare Stü-

⁴⁸ Staudinger/Bork, § 156 BGB, Rn. 1

⁴⁹ Deutsch, MMR 2004, 586, 586.

⁵⁰ u.a. BGH NJW 2009, 1337, Rn. 12.

⁵¹ Staudinger/Bork, § 145 BGB, Rn. 3.

⁵² Lauktion/Varadinek, ZUM 2000, 466, 467.

cke der ausgestellten Art vorhanden sind und ob der potentielle Käufer den Kaufpreis bezahlen kann; außerdem muss bei einem Ladengeschäft sichergestellt werden, dass nicht mehrere Kunden das (vermeintliche) Angebot gegenüber verschiedenen Verkäufern des Ladens annehmen.⁵³

Eine invitatio ad offerendum kann im Handelsverkehr bspw. dadurch kenntlich gemacht werden, dass das „Angebot“ als „freibleibend“, „unverbindlich“ oder auch „ohne obligo“ bezeichnet wird.⁵⁴ Grundsätzlich darf wohl angenommen werden, dass jemand, der über Massenkommunikationsmittel offeriert, sich aus o.g. Gründen nicht binden möchte,⁵⁵ da es ihm in diesem Moment (noch) an einem Rechtsbindungswillen fehlt.⁵⁶ Dies gilt auch dann, wenn einige kaufentscheidende Informationen vorhanden sind und trifft auch bei elektronischen Medien zu.⁵⁷

b) Angebot

Unter einem Angebot (auch Antrag (§ 145 BGB) oder „Offerte“ genannt⁵⁸) versteht man hingegen die einseitige, bereits bindende, empfangsbedürftige Willenserklärung, die auf den Abschluss eines Vertrages gerichtet ist⁵⁹, wobei der Erklärende geschäftsfähig sein muss.⁶⁰ Zweck dieser Bindewirkung ist es, den Empfänger der Willenserklärung dahingehend zu schützen, dass er bei seiner Entscheidung über die Annahme des Angebotes keine Willensänderung des Antragstellers einkalkulieren müssen soll.⁶¹ Um wirksam zu sein, muss das Angebot auch hinreichend bestimmt bzw. bestimmbar sein bezüglich der angestrebten rechtsgeschäftlichen Regelung.⁶² Das bedeutet für gesetzlich geregelte Vertragstypen, dass das Angebot bzgl. der wesentlichen Vertragspunkte (essentialia negotii) des angestrebten Vertragstypus eine objektiv verständliche Regelung enthalten muss.⁶³ Der wesentliche Inhalt muss also zumindest unter Zuhilfenahme ergänzender Auslegungsregeln (vgl. §§ 133, 157, 315 ff. BGB) ermittelbar und durch bloße Zustimmung bzw. zulässige Ergänzung annahmefähig sein.⁶⁴ Dies bedeutet jedoch nicht, dass das Angebot ausdrücklich als solches bezeichnet sein muss, es kann auch durch schlüssiges Verhalten erklärt werden.⁶⁵

Obwohl das Angebot nach Zugang beim Empfänger für den Antragenden bin

⁵³ Staudinger/*Bork*, § 145 BGB, Rn. 7 (mit zahlreichen Nachweisen).

⁵⁴ BeckOK/*Eckert*, § 145 BGB, Rn. 38.

⁵⁵ BeckOK/*Eckert*, § 145 BGB, Rn. 41.

⁵⁶ Staudinger/*Bork*, § 145 BGB, Rn. 3.

⁵⁷ Staudinger/*Bork*, § 145 BGB, Rn. 3.

⁵⁸ BeckOK/*Eckert*, § 145 BGB, Rn. 2.

⁵⁹ MueKo/*Kramer*, § 145 BGB, Rn. 3.

⁶⁰ BeckOK/*Eckert*, § 145 BGB, Rn. 30.

⁶¹ Schulze/*Dörner*, § 145 BGB, Rn. 1.

⁶² MueKo/*Kramer*, § 145 BGB, Rn. 4.

⁶³ MueKo/*Kramer*, § 145 BGB, Rn. 4.

⁶⁴ BeckOK/*Eckert*, § 145 BGB, Rn. 34.

⁶⁵ BeckOK/*Eckert*, § 145 BGB, Rn. 30.

dend ist, bedeutet dies nicht, dass der Antragende nicht mehr über den Vertragsgegenstand verfügen darf.⁶⁶ Stattdessen kann die Verletzung dieser Bindungswirkung, die ein Vertrauensverhältnis zwischen Antragenden und Antragsempfänger mit beiderseitigen Sorgfaltspflichten schafft, einen Schadenersatzanspruch (§ 280 BGB) wegen einer Verletzung von Pflichten aus vorvertraglichen Schuldverhältnis nach § 311 Abs. 2 BGB auslösen.⁶⁷ Sofern nicht über Sonderregelungen, insb. aufgrund europarechtlich initiiertes Verbraucherschutzregelungen, ein Widerrufsrecht besteht, ist das Angebot nach Zugang beim Empfänger grundsätzlich nicht widerruflich.⁶⁸ Die ansonsten eintretende Bindewirkung des Angebotes kann durch einen Widerrufsvorbehalt wie „Zwischenverkauf vorbehalten“ ausgeschlossen werden.⁶⁹

Nachteil dieser Bindewirkung ist es, dass der Antragsempfänger Änderungen der Umstände, die sich in der Annahmefrist ereignen, zu seinem Vorteil ausnutzen kann.⁷⁰ Dieser rechtspolitische Nachteil war jedoch den Redaktoren des BGB bereits bekannt und wird insoweit als berechtigt angesehen, dass der Antragende die Änderungen absehen konnte.⁷¹ Sofern sich jedoch die Umstände dermaßen gravierend in einer für den Antragenden unvorhersehbaren Weise ändern, dass der Antragsempfänger nicht damit rechnen kann, dass der Antragende den Vertragsschluss angetragen hätte, wenn er diese hätte voraussehen können, so könnte ein Widerrufsrecht nach Treu und Glauben bestehen.⁷²

Durch die vorliegende Bindung steht es allein dem Antragsempfänger zu, den Vertrag durch sein „Ja“ zustande kommen zu lassen.⁷³ Diese Rechtsposition soll ein Gestaltungsrecht darstellen.⁷⁴ Dies ist jedoch umstritten, da „die Annahmeerklärung nicht isoliert gesehen werden dürfe, sondern vielmehr als ein Teilelement des Gesamtvorgangs der Vertragsperfektion gesehen werden müsse.“⁷⁵ Dieser Meinungsstreit muss jedoch nicht aufgelöst werden, da die Lösung des Streits die Rechtsfragen, die die Rechtsposition des Antragsempfängers betreffen, nicht löst.⁷⁶ Das Angebot muss dabei entweder an einen bestimmten Personenkreis gerichtet sein, oder zumindest an einen zwar unbestimmten, aber bestimmbaren

⁶⁶ BeckOK/Eckert, § 145 BGB, Rn. 31.

⁶⁷ BeckOK/Eckert, § 145 BGB, Rn. 31.

⁶⁸ BeckOK/Eckert, § 145 BGB, Rn. 32.

⁶⁹ Schulze/Dörner, § 145 BGB, Rn. 7.

⁷⁰ MueKo/Kramer, § 145 BGB, Rn. 20.

⁷¹ MueKo/Kramer, § 145 BGB, Rn. 20.

⁷² MueKo/Kramer, § 145 BGB, Rn. 20.

⁷³ Jauernig/Jauernig, § 145 BGB, Rn. 4.

⁷⁴ Jauernig/Jauernig, § 145 BGB, Rn. 4; MueKo/Kramer, § 145 BGB, Rn. 22 mit weiteren Nachweisen.

⁷⁵ MueKo/Kramer, § 145 BGB, Rn. 22 ebenfalls mit weiteren Nachweisen.

⁷⁶ MueKo/Kramer, § 145 BGB, Rn. 22 ebenfalls mit weiteren Nachweisen.

Personenkreis (ad incertas personas)⁷⁷ wobei dann die Erklärung auf den Vertragsschluss an jeden, der die Annahme dieses Angebots erklärt, gerichtet ist.⁷⁸

Eine Sonderform des Angebots ist die sog. „Realofferte“, bei der das Angebot, sofern keine Formvorschrift besteht, durch schlüssiges Verhalten, wie bspw. das Bereitstellen von Waren, erfolgt.⁷⁹

I.d.R. liegt also dann ein Angebot vor, wenn alle wesentlichen Vertragspunkte (essentialia negotii) so genau bestimmt sind, dass der potentielle Vertragspartner das Angebot mit einer bloßen Zustimmung („Ja“/„Einverstanden“) annehmen kann.⁸⁰ In Abgrenzung zu Gefälligkeitsverhältnissen, die aus gesellschaftlicher Motivation, und sog. „gentlemen agreements“, die aus geschäftlicher Motivation eingegangen werden, muss beim Angebot ein Rechtsbindungswille vorhanden sein.⁸¹ Ob dieser in Abgrenzung zum Vertrag maßgebliche Rechtsbindungswille fehlt oder doch anzunehmen ist, muss durch Auslegung ermittelt werden.⁸²

c) Abgrenzung

Schwierig ist die Abgrenzung des Angebots von der invitatio ad offerendum insb. dann, wenn sich ein (vermeintliches) Angebot nicht an einen bestimmten Empfänger, sondern an einen nur bestimmbar Personenkreis richtet. Hier ist die erforderliche Abgrenzung durch Auslegung unter Berücksichtigung der Interessenlage nach dem Empfängerverständnis vorzunehmen (§§ 133, 157 BGB).⁸³ Bei der Frage, ob der Antragende nur erste Informationen einholen bzw. Vertragsvorverhandlungen führen will oder bereits sich fest vertraglich binden möchte, ist also auf die Sicht eines objektiven Empfängers abzustellen.⁸⁴ Eine invitatio ad offerendum kann dann in Abgrenzung zu einem Angebot vorliegen, wenn die Annahme eines Vertragsangebots für den Antragenden mit einem Haftungsrisiko verbunden wäre,⁸⁵ z.B., wenn einem Händler nicht klar ist, ob seine potentiellen Vertragspartner überhaupt in der Lage sind, die erforderliche Gegenleistung zu erbringen oder er selbst ausreichend Waren zur Verfügung hat, um alle eingehenden Bestellungen befriedigen zu können. So führt auch der BGH in einem Urteil vom Februar 2009 unmissverständlich aus: „Denn es liegt auf der Hand, dass gegen den Vertragsabschluss mit einem bestimmten Kunden Bedenken bestehen könnten oder das Warenangebot für die Nachfrage nicht ausreichen

⁷⁷ Handbuch/Kitz, Teil 13.1, Rn. 83.

⁷⁸ BeckOK/Eckert, § 145 BGB, Rn. 34.

⁷⁹ Schulze/Dörner, § 145 BGB, Rn. 2.

⁸⁰ MueKo/Kramer, § 145 BGB, Rn. 5.

⁸¹ BeckOK/Eckert, § 145 BGB, Rn. 35 f.

⁸² BeckOK/Eckert, § 145 BGB, Rn. 37.

⁸³ BeckOK/Eckert, § 145 BGB, Rn. 40 f.

⁸⁴ BeckOK/Eckert, § 145 BGB, Rn. 35 f.

⁸⁵ a.a.O.

könnte.“⁸⁶

Überwiegen die Zweifel, wie es häufig bei öffentlichen „Angeboten“ in versendeten Preislisten, Katalogen, Warenprospekten, in der Presse oder auf Plakaten der Fall ist, so ergibt sich aus der Verkehrssitte, dass lediglich eine bloße Aufforderung zur Abgabe eines Vertragsangebotes angenommen werden muss.⁸⁷ Selbiges gilt auch bei „Angeboten“ einzelner Stücke in Schaufenstern, die mit Preisangaben versehen sind.⁸⁸ Fraglich ist dasinsoweit, da hier durchaus die essentialia negotii weitgehend bereits feststehen können. *Kramer* lehnt dies jedoch zu Recht ab, solange nicht die „ausdrückliche oder (nach redlicher Verkehrsüberzeugung anzunehmende) stillschweigende endgültige Erklärung des Vertragspartners hinzutritt, unter den genannten Bedingungen abschließen zu wollen“.⁸⁹ Auch die Nichterwähnung wichtiger Vertragspunkte durch den „Anbietenden“ kann ein Indiz dafür bieten, dass eine Äußerung nur als unverbindliche Äußerung einer Vertragsschlussbereitschaft und nicht als Antrag auszulegen ist.⁹⁰

Diese Aspekte treffen auch auf elektronische Medien zu. Selbst wenn ein Bestellshop im Internet den aktuellen Lagerbestand mit „verfügbar“ oder „sofort versandfertig“ angibt, ändert dies nichts daran, dass eine invitatio ad offerendum angenommen werden muss, da zeitgleiche Vorratskontrolle während der digitalen Kontaktaufnahme technisch und praktisch nicht gewährleistet ist.⁹¹

d) Das ricardo.de Urteil und sein Werdegang

Verkürzter Sachverhalt zum Urteil⁹³: Der beklagte Student, der nebenberuflich mit EU-reimportierten Kraftfahrzeugen handelte, stellte auf der damaligen Internet Auktionsplattform ricardo.de⁹⁴ im Rahmen einer sog. „privaten auktion“ einen VW Passat als Neuwagen mit einem Startpreis von 10 DM ein, ohne einen Mindestpreis als Kaufpreis festzulegen.⁹⁵ Er gab beim Einstellen des Angebotes eine vorgegebene Erklärung ab, in der es u.a. heisst: „Bereits zu diesem Zeitpunkt erkläre ich die Annahme des höchsten, wirksam abgegebenen Kaufangebots“. Der Kläger gab kurz vor Auktionsende das Höchstgebot von 26.350 DM ab und ricardo.de teilte ihm nach Auktionsende per E-Mail mit, dass er den Zuschlag erhalten habe. Der Verkäufer weigerte sich, das Fahrzeug zu diesem Preis zu übereignen und das LG Münster gab ihm als Beklagten Recht.⁹⁶ Es stellte klar, dass es sich bei diesen „private auktionen“ nicht um eine Versteigerung im Sinne des 34b

⁸⁶ BGH NJW 2009, 1337, Rn. 12.

⁸⁷ MueKo/Kramer, § 145 BGB, Rn. 10.

⁸⁸ MueKo/Kramer, § 145 BGB, Rn. 10.

⁸⁹ MueKo/Kramer, § 145 BGB, Rn. 6.

⁹⁰ MueKo/Kramer, § 145 BGB, Rn. 6.

⁹¹ BeckOK/Eckert, § 145 BGB, Rn. 41.

⁹³ BGH NJW 2002, 363 ff.

⁹⁴ <http://ricardo.de> – heute eine Informationsseite, keine Auktionsplattform mehr.

⁹⁵ BGH NJW 2002, 363, 363.

⁹⁶ LG Münster MMR 2000, 280 ff.

GewO handle, sondern um einen Verkauf gegen Höchstgebot, bei dem Kaufinteressenten lediglich eine Frist zur Abgabe von Geboten eingeräumt wird, nach deren Ablauf keine Übergebote mehr möglich sind und es daher nicht zur Abgabe eines Höchstgebotes, wie es zum Wesen einer Versteigerung im Sinne der GewO gehöre, kommen könne.⁹⁷ Und selbst wenn dem so wäre, würde die fehlende gewerbeaufsichtliche Genehmigung den Vertragsschluss nicht nichtig machen, da sich die Vorschriften der GewO nicht gegen die Parteien des bürgerlichen Geschäfts richten.⁹⁸ Auch bestätigte es die Literaturmeinung, dass online abgegebene Erklärungen und auf diese Weise geschlossene Verträge nach den allgemeinen Regeln des Bürgerlichen Rechts zu beurteilen sind.⁹⁹

Ob es sich beim Einstellen des Passats lediglich um eine invitatio ad offerendum oder bereits um ein Angebot handelte, beurteilen die Gerichte unterschiedlich. Das LG Münster nahm eine invitatio ad offerendum an, da bei durch das Internet übermittelten Aufforderungen zu Bestellungen diese im Zweifel nur als invitatio ad offerendum anzusehen seien.¹⁰⁰ Es führte aus, dass auch unter Berücksichtigung der AGB¹⁰¹ die Präsentation des Fahrzeugs nur als Aufforderung zu Angeboten gesehen werden könne.¹⁰² Maßgeblich hierfür sah es die §§ 3 und 4 der AGB an, nach denen der Anbieter einer Ware die Interessenten lediglich auffordere, ein Angebot abzugeben, wobei es sich insb. auf den Wortlaut des § 4 der AGB stützte, nach dem es sich bei den Geboten um Kaufangebote handeln soll.¹⁰³ Die Erklärung des Anbietenden bei der Freischaltung der Auktion, dass er mit der Freischaltung seiner Angebotsseite bereits Annahme des höchsten wirksam abgegebenen Kaufangebots erklärt, sah das Gericht nicht als erheblich an.¹⁰⁴ Das LG Münster sah also das letzte Gebot als Kaufangebot des Klägers, das dem Beklagten aufgrund § 4 (7) der AGB eingeräumten Empfangsvertretung durch ricardo.de zugegangen ist.¹⁰⁵ Eine Annahmeerklärung wurde von ricardo.de (auch mangels Vollmacht) oder dem Beklagten nicht ausgesprochen.¹⁰⁶

Eine solche kann nach Ansicht des LG auch nicht in der nach § 5 (4) der AGB antizipierten Annahmeerklärung liegen, auch wenn es keine grundsätzlichen Bedenken in einer derartig vorweggenommenen Erklärung sah.¹⁰⁷ Es sah jedoch darin eine auslegungsbedürftige Willenserklärung, weil der Wortlaut des § 5 (4) der AGB abstrakt sei, da auch keine Aussage über den für einen Vertragsschluss

⁹⁷ LG Münster MMR 2000, 280, 281.

⁹⁸ LG Münster MMR 2000, 280, 281.

⁹⁹ LG Münster MMR 2000, 280, 281.

¹⁰⁰ LG Münster MMR 2000, 280, 282.

¹⁰¹ BGH NJW 2002, 363, 363.

¹⁰² BGH NJW 2002, 363, 363.

¹⁰³ BGH NJW 2002, 363, 363.

¹⁰⁴ BGH NJW 2002, 363, 363.

¹⁰⁵ BGH NJW 2002, 363, 363.

¹⁰⁶ BGH NJW 2002, 363, 363.

¹⁰⁷ BGH NJW 2002, 363, 363.

entscheidenden Kaufpreis enthalten sei.¹⁰⁸ Das LG kommt unter Anwendung der allgemeinen Auslegungsregelungen¹⁰⁹ zu dem Ergebnis, dass der Beklagte das Kaufangebot des Klägers von 26.350 DM über einen PKW mit Listenpreis von rund 57.000 DM nicht angenommen habe.¹¹⁰ Auch wenn beide Parteien davon ausgegangen seien, einen jeweils aus ihrer Sicht günstigen Vertrag schließen zu wollen, so hätte der Kläger nicht annehmen dürfen, dass der Beklagte sich mit einem Kaufpreis unterhalb des Listenpreises einverstanden hätte erklären wollen.¹¹¹ Mehr als einen Preisnachlass, der im Bereich der im normalen Kraftfahrzeughandel üblich sei (Hauspreis), erschien dem LG als nicht vorstellbar.¹¹² Auch der Verzicht auf einen Mindestpreis rechtfertigt nicht die Annahme, dass der Beklagte zu jedem Preis veräußern wolle.¹¹³ Das LG kommt dann zu der Erkenntnis, dass der Beklagte durch die vorweggenommene Annahmeerklärung nicht habe erklären wollen, dass Fahrzeug unter den eigenen Kosten zu verkaufen.¹¹⁴

Auch wenn *Wiebe* dem LG zustimmt, dass es begrüßenswert sei, dass Verträge auch online per Mausklick geschlossen werden können, setzt er sich anschließend kritisch mit der Begründung des LG auseinander.¹¹⁵ Insb. sieht er kritisch, dass es die Regelung des § 5 (4) der AGB ignoriert und im Folgenden auch eine fehlende Aussage über den Kaufpreis annimmt. Er zeigt, dass wenngleich dieser nicht feststeht, so doch klar bestimmbar ist, da auf das höchste Gebot abgestellt wird und nach § 5 (2), (4) der AGB auch die Rangfolge der Gebote klar ist.¹¹⁶ Deutlich widerspricht er der durch das Gericht vorgenommen Ersetzung des privatautonom erklärten Willens durch einen „vernünftigen“ Willen.¹¹⁷

Das OLG Hamm bezog in der Berufung in sein Urteil¹¹⁸ zur rechtlichen Bewertung neben den Parteierklärungen ebenfalls die AGB von ricardo.de heran.¹¹⁹ Da beide Parteien bei der Anmeldung auf der Auktionsplattform den AGB zugestimmt hatten, nahm es an, dass die dort festgelegten Regelungen zum Vertragsabschluss aus der maßgeblichen Sicht des objektiven Empfängerhorizonts der Teilnehmer den dort beigemessenen Erklärungswert zukommen.¹²⁰ Die AGB bildeten daher die Auslegungsgrundlage, wie die Parteien bzw. ricardo.de als Empfangsbevollmächtigte die jeweils abgegebenen Erklärungen der Parteien nach

¹⁰⁸ BGH NJW 2002, 363, 363.

¹⁰⁹ LG Münster MMR 2000, 280, 282 f.

¹¹⁰ LG Münster MMR 2000, 280, 283.

¹¹¹ LG Münster MMR 2000, 280, 283.

¹¹² LG Münster MMR 2000, 280, 283.

¹¹³ LG Münster MMR 2000, 280, 283.

¹¹⁴ LG Münster MMR 2000, 280, 283.

¹¹⁵ LG Münster MMR 2000, 280, 284.

¹¹⁶ LG Münster MMR 2000, 280, 284.

¹¹⁷ LG Münster MMR 2000, 280, 284.

¹¹⁸ OLG Hamm NJW 2001, 1142 ff.

¹¹⁹ OLG Hamm NJW 2001, 1142, 1142.

¹²⁰ OLG Hamm NJW 2001, 1142, 1143.

objektivem Empfängerhorizont verstehen durften.¹²¹ Zwar konnte nach dem Wortlaut des § 3 (1) der AGB angenommen werden, dass es sich um eine invitatio ad offerendum handle, da dort von der öffentlichen Präsentation von Gegenständen die Rede ist, wobei die Regelungen der §§ 3 (4), 4 (1), 4 (4), 4 (7) und 5 (1) der AGB festhielten, dass das Kaufangebot von den Bietern abgegeben wird und der Verkäufer nach § 5 (4) der AGB das letzte innerhalb der Bietzeit abgegebene Angebot antizipiert mit der Freischaltung des Angebots annehme.¹²² Anschließend legt das OLG jedoch dar, weswegen es hierbei um Falschbezeichnungen („falsa demonstratio“) handle.¹²³

Es erinnert, dass bei einer mit Rechtsbindungswillen abgegebenen Willenserklärung, die auf den Abschluss eines Vertrages gerichtet ist, es der Bestimmbarkeit von Gegenstand und Inhalt der Erklärung nicht entgegensteht, wenn der Anbietende die Festlegung einzelner Vertragspunkte dem Angebotsempfänger überlässt.¹²⁴ Nach Palandt/*Heinrichs* Vorbemerkungen zu § 145 BGB geht das Angebot der Annahme zeitlich voraus.¹²⁵ Im Rahmen der vorliegenden AGB handle es sich um eine Falschbezeichnung, da bereits mit Freischaltung der Angebotsseite die rechtlich verbindliche Erklärung auf Abschluss eines Kaufvertrages abgegeben wird, der auch hinsichtlich der wesentlichen Vertragsinhalte ausreichend bestimmt ist, sind doch neben dem Kaufgegenstand auch Vertragspartner als auch Kaufpreis hinreichend bestimmbar, da es sich entsprechend der AGB um diejenige Person handelt, die innerhalb der Bietzeit das letzte Gebot abgibt, und somit bestimmt sich auch der Kaufpreis nach diesem letzten Gebot.¹²⁶ Trotz der Falschbezeichnung als vorweggenommene bindende Annahmeerklärung handelt es sich als um eine Voraussetzungen für ein Angebot erfüllende, auf den Abschluss eines Vertrages gerichtete, Erklärung.¹²⁷ Das höchste Gebot des Klägers stellt somit die Annahme dieses Angebots dar.¹²⁸

Im Ergebnis stimmte der BGH dann in seiner Entscheidung vom 7.11.2001¹²⁹ zu, dass ein wirksamer Kaufvertrag über den PKW geschlossen wurde.¹³⁰ Er bestätigte, dass es sich bei der von der Beklagten abgegebenen Erklärung in Verbindung mit der zugleich bewirkten Freischaltung seiner Angebotsseite um eine auf den Verkauf des angebotenen PKW gerichtete Willenserklärung und nicht um eine invitatio ad offerendum handelte.¹³¹ Anders als das Berufungsgericht wollte der

¹²¹ OLG Hamm NJW 2001, 1142, 1143.

¹²² OLG Hamm NJW 2001, 1142, 1143.

¹²³ OLG Hamm NJW 2001, 1142, 1143.

¹²⁴ OLG Hamm NJW 2001, 1142, 1143.

¹²⁵ Palandt/*Heinrichs*, Vorbemerkung § 145 BGB, Rn. 4

¹²⁶ OLG Hamm NJW 2001, 1142, 1143.

¹²⁷ OLG Hamm NJW 2001, 1142, 1143.

¹²⁸ OLG Hamm NJW 2001, 1142, 1143.

¹²⁹ BGH NJW 2002, 363 ff.

¹³⁰ BGH NJW 2002, 363, 364.

¹³¹ BGH NJW 2002, 363, 364.

BGH jedoch weniger Rückgriff auf § 5 (4) der AGB nehmen, als vielmehr auf die (gleichlautende) Erklärung, die der Beklagte bei der Freischaltung der Seite durch Anklicken abgegeben hat: „Bereits zu diesem Zeitpunkt erkläre ich die Annahme des höchsten, wirksam abgegebenen Kaufangebots.“¹³². Auch sah der BGH die abgegebene Willenserklärung des Verkäufers, die an eine nicht konkret bezeichnete Person gerichtet war, als ausreichend bestimmbar an, da zweifelsfrei erkennbar war, dass der Beklagte (ausschließlich) mit dem, der innerhalb des festgelegten Angebotszeitraums das Höchstgebot abgab, den Vertrag schließen wollte.¹³³ Ob es sich hierbei jedoch um ein Angebot handelt oder um eine antizipierte Annahmeerklärung, ließ der BGH offen, da für die Rechtsfolgen ohne Bedeutung.¹³⁴ Die heutigen Nutzungsbedingungen der Auktionsplattformbetreiber, erfordern eine entsprechende Abgrenzung auch nicht mehr, da sie diesen Punkt zwischenzeitlich ausdrücklich regeln.

e) eBay AGB heute

Die aktuellen eBay AGB¹³⁵ sehen in § 10 Nr. 1 vor, dass wer einen Artikel im Angebotsformat „Auktion“ einstellt, ein verbindliches Angebot zum Abschluss eines Vertrages über diesen Artikel abgibt. Dieses Angebot wird vom Bieter durch Abgabe eines Gebotes über die Bieten-Funktion angenommen. Durch ein jeweiliges Höhergebot erlischt das vorangegangene Gebot. Der Vertrag kommt bei Ablauf der Auktion mit dem zwischen Anbieter und Höchstbietenden zustande.

f) Gesamtwürdigung

Wenngleich sich der BGH nicht darauf festlegen wollte, ob die Einstellung der Auktion das Angebot, das durch ein Gebot angenommen wird, oder die antizipierte Annahme der als Gebote gestalteten Angebote darstellen soll, hat er klargestellt, dass es sich beim Einstellen der Auktion auf der Auktionsplattform unter Würdigung der dortigen AGB und der beim Einstellen abgegebenen Erklärung nicht um eine *invitatio ad offerendum* handelt, sondern um eine auf einen konkreten Vertragsschluss gerichtete Willenserklärung. Begrüßenswert ist, dass durch alle Instanzen hinweg bestätigt wurde, dass Verträge auch durch Willenserklärungen, die elektronisch übermittelt werden, zustande kommen können.

Das Urteil des LG Münster hatte für Aufsehen gesorgt, so dass die Presse laut *Grapentin* getitelt haben soll: „Vertragsschlüsse bei Online-Auktionen sind nicht wirksam“.¹³⁶ Die Entscheidung hat nach *Hartung/Hartmann* „nicht nur beim Auktionshaus ricardo.de AG selbst, sondern auch bei dessen Konkurrenten sowie der gesamten Internetgemeinde zu einer erheblichen Verunsicherung bezüglich der

¹³² BGH NJW 2002, 363, 364 f.

¹³³ BGH NJW 2002, 363, 364.

¹³⁴ BGH NJW 2002, 363, 364.

¹³⁵ <http://pages.ebay.de/help/policies/user-agreement.html?rt=nc> (abgerufen am 04.06.2011).

¹³⁶ *Grapentin*, GRUR 2001, 713, 713.

Rechtssicherheit des Zustandekommens von Verträgen bei Internetauktionen geführt“.¹³⁷ Das Urteil des OLG Hamm hat dann – auch in dogmatischer Hinsicht¹³⁸ – die Gemüter wieder beruhigt.

Schrieben Hartung/Hartmann zu diesem Zeitpunkt noch, dass das Internet auf dem besten Wege ist, ein ganz normaler Bestandteil des Privat- und Wirtschaftslebens zu werden, bei dem die althergebrachten Grundsätze des Privatrechts ihre berechnete Anwendung finden¹³⁹, so besteht hieran heute kein Zweifel. Dem OLG Hamm ist ebenso wie Grapentin¹⁴⁰ zuzustimmen, dass den allgemeinen Erwägungen, die bei Warendarstellungen im Internet eher von einer invitatio ad offendum ausgehen, da ein Verkäufer aufgrund seiner Kapazitätsbeschränkungen nicht gegenüber allen Auktionsteilnehmern verpflichtet sein möchte, bei den damals vorliegenden Bedingungen (ebenso wenig wie bei den aktuellen eBay-Bedingungen) nicht gefolgt werden kann, da das Angebot nur einmal, nämlich durch den Höchstbietenden angenommen werden konnte (und kann). Auf keinen Fall ist der These des LG Münster zuzustimmen, dass bei Internetauktionen der Verkäufer keinesfalls mit Verlust verkaufen wolle – den Risiken stehen immer auch gleichermaßen Chancen gegenüber.¹⁴¹ Mittlerweile darf wohl zweifelsfrei davon ausgegangen werden, dass das Einstellen einer Auktion, wie sie bei eBay üblich ist, i.d.R. ein Angebot im Sinne des § 145 BGB darstellt.¹⁴²

Diese Ansicht verfestigte sich bereits 2004, als das Landgericht Coburg im Rahmen einer eBay-Streitigkeit um die Rücknahme eines Verkaufsangebotes entschied, dass der Erklärungsempfänger nach seinem objektiven Empfängerhorizont die Willenserklärung des Einstellens der Auktion nur als Willenserklärung mit Rechtsbindungswirkung deuten konnte, da beide Parteien übereinstimmend gegenüber eBay erklärt hatten, dass sie im Verhältnis Antragender/Annehmender zu deren Bedingungen kontrahieren wollen.¹⁴³

Ende des Jahres 2004 entschied auch der BGH in einem ein eBay Angebot betreffenden Rechtsstreit, der als Hauptfrage das Widerrufsrecht des Fernabsatzvertrages bei Internetauktionen hatte, dass entsprechend der dortigen Regelung in den AGB das Einstellen der Auktion das Angebot darstellt.¹⁴⁴ In der Literatur fand dies große Zustimmung.¹⁴⁵ Im Jahr 2007 bekräftigt *Buchmann* diese Ansicht mit dem Hinweis, dass der (eBay-) Verkäufer sich seinen Käufer nach dem Zu-

¹³⁷ *Hartung/Hartmann*, MMR 2001, 278, 286.

¹³⁸ *Hartung/Hartmann*, MMR 2001, 278, 286.

¹³⁹ a.a.O.

¹⁴⁰ *Grapentin*, GRUR 2001, 713, 715.

¹⁴¹ *Grapentin*, GRUR 2001, 713, 716.

¹⁴² *Andreae*, NJW 2009, 344, 345; *Felling*, ZAP Fach 3, 247, 249; anderer Ansicht: *Leible/Sosnitzal/Hoffmann*, Rn. 151; *Wiebe*, Internet-Auktionen, Kap. 4, Rz. 29 f.

¹⁴³ LG Coburg K u. R 2004, 543, 545.

¹⁴⁴ BGH NJW 2005, 53, 54.

¹⁴⁵ *Borges/Biallaß*, § 2 V. 2. mit zahlreichen Literaturnachweisen.

schlag [sic] nicht aussuchen könne und folglich im Einstellen der Auktion bereits eine verbindliche Willenserklärung vorliegt, die nicht widerrufen werden kann.¹⁴⁶

Bei dem in der Einleitung genannten Volumen von Internetauktionen kann es keinen Zweifel mehr geben, dass diese Form, Verträge zu schließen, für eine Vielzahl an Menschen hierzulande zum Alltag gehört. Daher ist zu begrüßen, dass bereits vor rund 10 Jahren der BGH klargestellt hat, dass es sich beim Einstellen einer Auktion nicht lediglich um eine invitatio ad offerendum handelt.

C. Einbezug der AGB des Auktionsplattformbetreibers in die über die Auktionsplattform geschlossenen Kaufverträge

I. Einführung

In den vorherigen Sachverhalten haben die Gerichte die AGB des Plattformbetreibers in Ihren Entscheidungen berücksichtigt. Fraglich ist, wie diese AGB zu berücksichtigen sind. Nach einem kurzen Überblick über das Wesen von AGB und wie diese grundsätzlich in Verträge einbezogen werden, soll dies anschließend für die Internetauktionen genauer beleuchtet werden.

II. Vorliegen von AGB

Nach § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB sind AGB „alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen, die eine Vertragspartei (Verwender) der anderen Vertragspartei bei Abschluss eines Vertrages stellt.“ Negativ abgegrenzt werden diese von Individualvereinbarungen durch § 305 Abs. 1 Satz 3 BGB.¹⁴⁷

III. Einbezug von AGB in Verträge

Um die AGB in einen Vertrag einzubeziehen, muss nach § 305 Abs. 2 BGB der Verwender bei Vertragsschluss auf die Existenz der AGB hinweisen, der anderen Vertragspartei die Möglichkeit zu Kenntnisnahme der AGB verschaffen und zwischen Verwender und Kunde muss Einigkeit über ihre Einziehung bestehen.¹⁴⁸

Für die Gestaltung der AGB ist ein Mindestmaß an Übersichtlichkeit und Verständlichkeit nötig.¹⁴⁹ Hierzu bedarf es bspw. der Verwendung von Absätzen und einer ausreichend großen Schriftart.¹⁵⁰ Es kann als unzumutbar angesehen werden, wenn die AGB in einem Fenster mit Scrollbalken, in dem immer nur vier Zeilen dargestellt werden, angezeigt werden.¹⁵¹ *Schlömer/Dittrich* verweisen hierzu auf die Rechtsprechung, nach der bei einer zu geringen Größe des Sichtfensters eines Scrollkastens, bei dem der Leser jeweils nur einen sehr kleinen Teil des gesamten Textes zur Kenntnis nehmen kann, die Verständlichkeit des

¹⁴⁶ *Buchmann*, K u. R 2007, 14, 17.

¹⁴⁷ *BeckOK/Becker*, § 305, Rn. 5.

¹⁴⁸ *Degen/Deister*, Rn. 202.

¹⁴⁹ *Degen/Deister*, Rn. 203.

¹⁵⁰ *Borges/Jahn*, § 4 II. 2.

¹⁵¹ a.a.O.

Inhalts selbst für den mit dem Scrollen vertrauten Nutzer in nicht mehr hinnehmbarer Weise beeinträchtigt werde.¹⁵² Ergänzend kommt im elektronischen Geschäftsverkehr nach § 312e Abs. 1 Nr. 4 BGB hinzu, dass wenn ein Unternehmer gegenüber einem Kunden einen Tele- oder Mediendienst verwendet, er diesem auch die Möglichkeit zu verschaffen hat, die AGB nicht nur aufzurufen, sondern in wiedergabefähiger Form zu speichern.

IV. Einbezug der AGB bei Internetauktionen

1. Im Verhältnis Nutzer und Auktionsplattform

Um an Internetauktionen teilnehmen zu können, müssen sich die Nutzer bei der jeweiligen Plattform anmelden und hierbei die AGB der Plattform akzeptieren. Bei eBay geschieht dies durch Anklicken einer sog. Checkbox, neben der sowohl die AGB verlinkt sind als auch ein weiterer Link direkt auf eine Druckversion der AGB steht.¹⁵³ Entsprechend den obigen Ausführungen könnten diese AGB nach § 305 Abs. 2 BGB wirksam in den Vertrag zwischen der Plattform und dem Nutzer einbezogen worden sein. Es fehlt jedoch die nach § 312e Abs. 1 Nr. 4 BGB erforderliche Möglichkeit, die wiedergabefähige Form der AGB zu speichern, da beide Links auf dieselbe html-Seite verweisen. Dies schadet der Einbeziehung der AGB in den Vertrag mit der Auktionsplattform jedoch nicht, da für die Verletzung dieser Vorschrift die Rechtsfolge in § 312e Abs. 3 Satz 2 BGB geregelt ist.¹⁵⁴ Diese besteht darin, dass der Beginn der Widerrufsfrist bis zur ordnungsgemäßen Erfüllung der Pflichten nach Abs. 1 Satz 1 hinausgeschoben wird.¹⁵⁵

Dass Zweifel an dem Einbezug der AGB in dieses Verhältnisses bestehen, ist nicht ersichtlich; auch der BGH setzt diese voraus, wenn er in seinem Urteil vom 03.11.2004 feststellt: „Dieser Erklärungsinhalt der Willenserklärungen der Parteien (§§ 133, 157 BGB) stand im Einklang mit den Bestimmungen über den Vertragsschluss in § 7 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von eBay, denen die Parteien vor der Teilnahme an der Internetauktion zugestimmt hatten.“¹⁵⁶ Die AGB von eBay werden also im Verhältnis eBay - Nutzer wirksam einbezogen.

2.) Im Verhältnis der Nutzer untereinander

a) Problemstellung

Fraglich ist jedoch, ob die AGB der Auktionsplattform auch in Verträgen zwischen den Nutzern Geltung erlangen. Ohne sich tiefer mit der Thematik auseinanderzusetzen, bejahen dies *Föhlisch/Hoffmann*¹⁵⁷ für eBay mit dem Verweis auf das

¹⁵² *Schlömer/Dittrich*, BB 2007, 2129, 2134.

¹⁵³ https://scgi.ebay.de/ws/eBayISAPI.dll?RegisterEnterInfo&siteid=77&UsingSSL=1&co_partnerid=2 (aufgerufen am 07.06.2011).

¹⁵⁴ *Schulte-Nölke*, Schulze, § 312e, Rn. 10.

¹⁵⁵ *Schulte-Nölke*, Schulze, § 312e, Rn. 12.

¹⁵⁶ BGH NJW 2005, 53, 54.

¹⁵⁷ *Föhlisch/Hoffmann*, NJW 2009, 1175, 1176.

ricardo.de Urteil¹⁵⁸ des BGH und das Urteil zu eBay¹⁵⁹, weil die Parteien den AGB vor der Teilnahme an der Internetauktion zugestimmt hatten. Vertragliche Vereinbarungen zwischen der Auktionsplattform und dem jeweiligen Nutzer, wie hier die AGB, haben jedoch zunächst einmal aufgrund der Relativität der Schuldverhältnisse nur Wirkung zwischen diesen beiden Vertragsparteien.¹⁶⁰ Die Regelungen der AGB, die das Verhältnis zwischen der Auktionsplattform und dem Nutzer regeln, werden nicht weiter dargestellt. Dann gibt es in den AGB auch Regelungen, die sich bspw. auf den Vertragsschluss zwischen den Nutzern beziehen. Ob bzw. wie diese Geltung erlangen, war in der Literatur sehr umstritten.

b) Vertrag zugunsten Dritter

Wiebe nennt diese Bestandteile eine Marktordnung, die er mit den Regeln bei der Veranstaltung eines Wochenmarktes vergleicht.¹⁶¹ Er hält die Annahme eines Vertrages zugunsten Dritter zwischen dem Auktionshaus und dem jeweiligen Teilnehmer mit Wirkung für den zukünftigen Vertragspartner für denkbar, wenn gleich er die Problematik sieht, dass auch den Dritten belastende Regelungen enthalten sind.¹⁶² Über den Grundsatz, dass Verträge zulasten Dritter nicht möglich sind, da diese die Privatautonomie widersprechen, setzt er sich hinweg, weil er eine Zustimmung beider Beteiligten annehmen möchte, da sie jeweils den gesamten AGB zustimmen.¹⁶³ Da eine Marktordnung nötig sei und ein Auktionator als vermittelnde Instanz teilweise fehle, müsse man ein berechtigtes Interesse aller Beteiligten hieran anerkennen.¹⁶⁴ Diese Ansicht behält er auch später bei, wenn aus diesen genannten Grundsätzen eine Ausnahme vom grundsätzlichen Verbot [des Vertrags zulasten Dritter] fordert, zumal die Parteien ja auch jeweils zwischen den Rollen des Begünstigten und Belasteten wechseln.¹⁶⁵ Bei dieser Konstruktion bliebe die Aktionsplattform Verwender der AGB und damit wäre eine volle AGB-Kontrolle möglich.¹⁶⁶

Diese Konstruktion wurde zu Recht bereits aus dogmatischer Sicht abgelehnt. Ein Vertrag zugunsten Dritter verlangt nach § 328 Abs 1. BGB, dass der Schuldner eine geschuldete Leistung an einen Dritten erbringen muss. Somit passt die Vereinbarung einer Marktordnung mit Wirkung für zukünftige Vertragspartner mangels Leistungsversprechen nicht zu diesem Begriff.¹⁶⁷ Auch das OLG Hamm widerspricht dieser Ansicht ausdrücklich.¹⁶⁸ *Grapentin* ergänzt hierzu noch zutref-

¹⁵⁸ BGH NJW 2002, 363 ff.

¹⁵⁹ BGH NJW 2005, 53 ff.

¹⁶⁰ *Borges/Meyer*, § 3 II 1.

¹⁶¹ *Wiebe*, MMR 2000, 323, 325.

¹⁶² a.a.O.

¹⁶³ a.a.O.

¹⁶⁴ A.a.O.; derselbe in *Spindler/Wiebe*, Teil D, Rn. 45.

¹⁶⁵ *Spindler*, Internet-Auktionen, Kap. 4, Rz. 134 mit Nachweisen von anderen Ansichten.

¹⁶⁶ *Spindler*, Internet-Auktionen, Kap. 4, Rz. 136.

¹⁶⁷ *Borges/Meyer*, § 3 II 2. b) aa); *Leible/Sosnitza/Hoffmann*, Rn. 195.

¹⁶⁸ OLG Hamm NJW 2001, 1142, 1143.

find, dass es bezüglich der Vertragsschlussmechanik auch schwer fallen dürfte, eine eindeutige Bewertung als „begünstigend“ oder „belastend“ festzustellen.¹⁶⁹ Weitere negative Folge dieser Konstruktion ist, dass wenn die Nutzungsbedingungen den Vertragsinhalt zwischen den Vertragsparteien im Marktverhältnis bindend vorgeben, der Verkäufer keine einseitig abweichenden AGB vorgeben kann, ohne dass der Käufer – wie Wiebe konsequenterweise fordert – diesen ausdrücklich zustimmen müsse, was in der Folge die durch die Wahl der Auktionsplattform bereits eingeschränkte Privatautonomie zusätzlich beschränkt.¹⁷⁰

c) Rahmenvertragslösung

Eine andere diskutierte Konstruktion des Einbezugs der AGB der Plattformbetreiber in die Verträge zwischen den Nutzern stellt die Rahmenvertragslösung dar. Rechtliche Grundlage dieser Konstruktion wäre § 305 Abs. 3 BGB. Nach diesem Lösungsansatz wird durch Abschluss des Teilnahmevertrages (also zwischen Plattform und dem einzelnen Nutzer) allen Teilnehmern angeboten, einen Rahmenvertrag über den zukünftigen Abschluss der Marktverträge zu schließen.¹⁷¹ Dieses Angebot wird von allen Teilnehmern – ebenfalls durch die Registrierung – angenommen.¹⁷² Es wird hierbei die Ansicht vertreten, dass ein durchschnittlicher Nutzer den Abschluss des Nutzungsvertrages (= Teilnahmevertrages) so verstehen müsse, dass die AGB des Betreibers auch für die Rechtsbeziehungen der Nutzer untereinander gelten sollen.¹⁷³ Das Auktionshaus dient hier als Empfangsvertreter aller Beteiligten.¹⁷⁴ Der Rahmenvertrag regelt den Inhalt der erst künftig abzuschließenden Einzelverträge, enthält aber in Abgrenzung zum Vorvertrag keine Abschlusspflicht der Beteiligten und ist auch kein vorläufiger Vertrag, da er endgültig bestehen und den Rahmen für die später abzuschließenden Einzelverträge abstecken soll.¹⁷⁵ Bei dieser Lösung wird zwar die Möglichkeit der Inhaltskontrolle unter direkter Anwendung der §§ 305 ff. BGB verneint, da keiner der Vertragsparteien als Verwender der AGB festgestellt werden kann, und somit begrifflich die AGB-Eigenschaft der im Sinne des § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB verneint wird, dennoch soll eine Inhaltskontrolle der AGB des Betreibers stattfinden können, indem eine Analogie zu den §§ 307 ff. BGB gebildet wird.¹⁷⁶ Grundlage hierfür sei eine gleichgerichtete Interessenlage.¹⁷⁷ Denkbar wäre dann hier, dass die so einbezogenen Klauseln unmittelbare Wirkung für die Marktverträge erlangen, wie *Wiebe*¹⁷⁸ anmerkt, ohne dieser Konstruktion jedoch

¹⁶⁹ *Grapentin*, GRUR 2001, 713, 714.

¹⁷⁰ a.a.O.

¹⁷¹ *Wiebe*, Internet-Auktionen, Kap. 4, Rz. 128.

¹⁷² a.a.O.

¹⁷³ *Borges/Meyer*, § 3 II 2. a).

¹⁷⁴ a.a.O.

¹⁷⁵ *Meyer/Mönig*, Online-Auktionen, Kap. 3, A. II. 1.

¹⁷⁶ *Spindler*, ZIP 2001, 809, 813.

¹⁷⁷ *Spindler*, ZIP 2001, 809, 816, *Burgand*, WM 2001, 2102, 2108; *Sester*, CR 2001, 89, 107 f.

¹⁷⁸ *Wiebe*, Internet-Auktionen, Kap. 4, Rz. 129.

im Weiteren folgen zu wollen (s.o.; Vertrag zugunsten Dritter).

Die gesamte Konstruktion eines Rahmenvertrages wird durch *Meyer* abgelehnt, da es bereits am Zugang einer entsprechenden Willenserklärung fehle, wenn diese jeweils nur der Auktionsplattform, nicht aber den jeweiligen anderen Nutzern zugehe.¹⁷⁹ Es fehle an einer Empfangsvertretung nach § 164 Abs 1, Abs. 4 BGB, da die hierfür erforderliche Voraussetzung einer entsprechenden Bevollmächtigung nach § 167 Abs 1 BGB fehlt.¹⁸⁰ Eine solche sei in den eBay-AGB nicht ersichtlich.¹⁸¹ Doch selbst wenn eine solche Bevollmächtigung in den AGB vorhanden sein sollte, lehnt sie einen konkludenten entsprechenden Vertragsschluss ab, da sie eine Auslegung der Willenserklärung, die der Nutzer bei Abschluss des Nutzungsvertrages abgibt, dahingehend, dass damit auch gleichzeitig ein Vertragsschluss mit allen bereits angemeldeten und allen künftigen Nutzer gewollt wäre, ablehnt.¹⁸² Grundsätzlich ist zwar die Verständnismöglichkeit des Stellvertreters, demgegenüber eine Willenserklärung abgegeben wird, für die Auslegung maßgeblich.¹⁸³ Da hier jedoch die „Anmeldung“ von der Auktionsplattform vorformuliert sei, müsse nach dem Rechtsgedanken des § 305c Abs. 2 BGB anstelle dessen auf die Verständnismöglichkeit des Erklärenden abgestellt werden¹⁸⁴, dessen Vorstellung nicht umfasse, einen Vertrag mit allen bereits angemeldeten und künftigen Nutzern schließen zu wollen.¹⁸⁵ Möglich wäre dies aber durch Vereinbarung einer entsprechenden (zur Vermeidung der Bedenken in Hinblick auf § 305c BGB) optisch deutlich hervorgehobenen Klausel, nach der mit der Anmeldung bei der Auktionsplattform ein solcher Rahmenvertrag ausdrücklich geschlossen wird und die Plattform als Empfangsvertreter fungiert.¹⁸⁶ Diese Möglichkeit nimmt jedoch bislang kein Anbieter wahr.

d) Auslegungslösung

Einen weiteren Lösungsansatz stellt die sog. „Auslegungslösung“ dar, die u.a. von *Hoffmann* und *Wiebe* erklärt wird¹⁸⁷. Es kann davon ausgegangen werden, dass dieser Ansatz die herrschende Literaturmeinung ist. Auch die Rechtsprechung hat diesen übernommen, so bspw. das OLG Hamm.¹⁸⁸ Bei dieser Lösung wird davon ausgegangen, dass jeder Nutzer weiß, dass alle anderen Nutzer die AGB der Auktionsplattform ebenfalls akzeptiert haben.¹⁸⁹ Ausgangslage ist, dass bei einer Auslegung von Willenserklärungen nach §§ 133, 157 BGB der objektive

¹⁷⁹ *Borges/Meyer*, § 3 II 2. a).

¹⁸⁰ *Borges/Meyer*, § 3 II 2. a).

¹⁸¹ *Borges/Meyer*, § 3 II 2. a).

¹⁸² *Borges/Meyer*, § 3 II 2. a).

¹⁸³ *Borges/Meyer*, § 3 II 2. a) mit zahlreichen Nachweisen in Fussnote 57.

¹⁸⁴ *Borges/Meyer*, § 3 II 2. a). mit weiteren Nachweisen in Fussnote 58.

¹⁸⁵ *Borges/Meyer*, § 3 II 2. a)..

¹⁸⁶ *Borges/Meyer*, § 3 II 2. a).

¹⁸⁷ *Leible/Sosnizza/Hoffmann*, Rn. 202; *Wiebe*, Internet-Auktionen, Kap. 4, Rz. 124.

¹⁸⁸ OLG Hamm NJW 2001, 1142, 1143.

¹⁸⁹ *Wiebe*, Internet-Auktionen, Kap. 4, Rz. 124.

Empfängerhorizont maßgeblich ist.¹⁹⁰ Bei der Überlegung, welchen objektiven Erklärungswert der Empfänger aufgrund seiner Verständnismöglichkeiten nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte zugrunde legen darf, kommt man zu dem Ergebnis, dass der Erklärungswert maßgeblich von den Nutzungsbedingungen der Plattform bestimmt wird.¹⁹¹

Hoffmann prüft hier zunächst, ob sich durch die Verwendung der AGB eine Verkehrssitte bildet.¹⁹² Eine Verkehrssitte bildet sich durch eine tatsächliche, von der Zustimmung der Beteiligten getragene Übung einer Gruppe, die über einen längeren Zeitraum praktiziert wird und von sämtlichen in dem betreffenden Verkehrsbereich beteiligten Kreisen getragen sein.¹⁹³ Wenn auch Abweichungen durch einzelne Nutzer hierbei dem nicht entgegenstehen, so tut dies jedoch eine häufige Nichtbefolgung.¹⁹⁴ *Hoffmann* lehnt daher ab, dass alle Regelungen in den Nutzungsbedingungen Teil einer Verkehrssitte werden, bejaht dies aber nach seinen Beobachtungen für die Verbindlichkeit des Vertragsschlusses durch die Vertragsschlussklauseln der AGB.¹⁹⁵ Doch selbst wenn eine Verkehrssitte nach den vorgenannten Grundsätzen sich nicht bildet, misst *Hoffmann* den Nutzungsbedingungen bei der Ermittlung des objektiven Erklärungswerts eine erhebliche Bedeutung zu – i.d.R. geht einem Kauf über die Auktionsplattform weder eine Vereinbarungsabsprache per Nachrichtensystem der Plattform voraus noch werden eigene AGB der Verkäufer vorgegeben, daher können die Nutzungsbedingungen als Maßstab herangezogen werden, da beide Nutzer sich mit der Geltung dieser grundsätzlich einverstanden erklärt haben.¹⁹⁶ Dieser Ansicht schien im Jahr 2001 auch der BGH zu sein, obwohl er sich aufgrund der aus seiner Sicht ausreichenden Erklärung des Anbieters in der Angebotsmaske hier nicht festlegen wollte¹⁹⁷, wenn er jedoch ausführt, dass Verständnislücken unter Rückgriff auf die durch die Anerkennung der AGB „begründeten wechselseitigen Erwartungen der Auktionsteilnehmer und deren gemeinsames Verständnis über die Funktionsweise der Online-Auktionen geschlossen werden“ können.¹⁹⁸

Wiebe lehnt diesen Lösungsansatz hingegen ab, da zum einen eine mögliche Unwirksamkeit von Klauseln nach den §§ 307 ff. BGB im Verhältnis Auktionsplattform und Teilnehmer nicht unbedingt auf die Auslegung durchschlage und sich der Anbieter im Extremfall dadurch an grob benachteiligenden Klauseln festhalten lassen müsse, sofern diese in den AGB enthalten sind und zum anderen

¹⁹⁰ Leible/Sosnitzer/Hoffmann, Rn. 202.

¹⁹¹ a.a.O.

¹⁹² Leible/Sosnitzer/Hoffmann, Rn. 203.

¹⁹³ MueKo/Busche, § 157, Rn. 22.

¹⁹⁴ Leible/Sosnitzer/Hoffmann, Rn. 203.

¹⁹⁵ a.a.O.

¹⁹⁶ Sinngemäß Leible/Sosnitzer/Hoffmann, Rn. 203.

¹⁹⁷ *Wiebe*, Internet-Auktionen, Kap. 4, Rz. 125.

¹⁹⁸ BGH NJW 2002, 363, 364.

dem Anbieter (Verkäufer) die Möglichkeit eröffnet wäre, durch abweichende AGB oder Erklärungen die Wirkung der AGB [der Auktionsplattform] auszuschalten.

e) Stellungsnahme

Die Frage, ob bzw. wie die AGB der Auktionsplattformbetreiber in die über die Auktionsplattform geschlossenen Verträge einbezogen werden, versuchen die Autoren auf unterschiedliche Art und Weise zu beantworten.

Wiebe ist zustimmen, wenn er schreibt, dass die verschiedenen Lösungen jeweils Vor- und Nachteile aufweisen¹⁹⁹ und dass weder Käufer noch Verkäufer als Verwender der AGB der Auktionsplattform zu klassifizieren sind.²⁰⁰ Wenn er dann jedoch zugunsten seiner bevorzugten Variante des Vertrags zugunsten Dritter die anderen Konstruktionen ablehnt, zeigt sich, dass seine Darstellung ergebnisge-trieben ist, er also die AGB um jeden Preis zu Vertragsbestandteilen machen möchte. Seine favorisierte Ausnahme von dem grundsätzlichen Verbot, den Drit-ten belastende Regelungen innerhalb eines Vertrages zugunsten Dritter zulassen zu wollen, muss abgelehnt werden.

Meyer ist daher zustimmen, wenn sie feststellt, dass die Rechtsfigur des Vertra-ges zugunsten Dritter hierbei überdehnt wird, da dies bereits im Ansatz dogma-tisch nicht zu vertreten ist, fehlt es doch an der geschuldeten Leistung.²⁰¹ Und auch *Hoffmann* verdient hier Zustimmung, wenn er ausführlich zeigt, dass diese Rechtsfigur dem Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse widerspricht.²⁰²

Auch die häufig diskutierte Möglichkeit, dass die AGB über einen vorvertraglichen Rahmenvertrag in den Kaufvertrag eingeschlossen werden, überzeugt nicht, da es zum einen bereits an dem jeweiligen Zugang der entsprechenden Willenser-klärung, nach der diese AGB Vertragsbestandteil werden sollen, fehlt²⁰³ (da keine Empfangsbevollmächtigung erteilt wird) und zum anderen es sehr zweifelhaft er-scheint, annehmen zu wollen, dass die Teilnehmer durch Anerkennung der AGB im Verhältnis zur Auktionsplattform damit auch einen Vertrag mit allen anderen bereits angemeldeten und zukünftigen Teilnehmern schließen möchten.²⁰⁴

Es bleibt damit lediglich die Annahme, dass die AGB der Plattformbetreiber zwar nicht in die über die Auktionsplattform geschlossenen Verträge einbezogen wer-den, jedoch bei der Auslegung der Willenserklärungen der Teilnehmer zu be-rücksichtigen sind. Diese auch in der Literatur bevorzugte Lösung überzeugt auch durch Ihre Einfachheit. Es müssen hierbei keine dogmatischen Grundsätze

¹⁹⁹ *Wiebe*, Internet-Auktionen, Kap. 4, Rz. 123.

²⁰⁰ *Wiebe*, Internet-Auktionen, Kap. 4, Rz. 116.

²⁰¹ *Borges/Meyer*, § 3 II 2. b) aa).

²⁰² *Leible/Sosnitzer/Hoffmann*, Rn. 194 ff.

²⁰³ *Borges/Meyer*, § 3 II 2a).

²⁰⁴ *Borges/Meyer*, § 3 II 2a).

verbogen oder gebrochen werden, und der Lösungsansatz ist wohl auch für einen juristischen Laien nachvollziehbar.

Auch hat sich nach Ansicht des Verfassers zwischenzeitlich eine Verkehrssitte dahingehend gebildet, dass jeder Teilnehmer an Internetauktionen fest davon ausgeht, dass die dort geschlossenen Verträge uneingeschränkt wirksam sind. Dass die AGB bei dieser Lösung nicht unmittelbar als in den Vertrag eingeschlossenen Bestandteil geprüft werden können, ist indes auch unproblematisch. Schutzzweck des ehemaligen AGB-Gesetzes (jetzt § 305 ff. BGB) ist es, den (vermeintlich) schwächeren Vertragspartner davor zu schützen, dass der andere, erfahrenere Vertragspartner diesen durch seine überlegenen Kenntnisse der Materie quasi über den Tisch zieht oder wie *Grapentin* es formuliert „es geht nicht darum, der Gefahr einseitiger Ausnutzung der faktischen Vertragsgestaltungsfreiheit zu Lasten des Kunden entgegenzutreten, sondern beide Vertragsparteien unterwerfen sich den von einem Dritten vorgegebenen Bedingungen.“²⁰⁵

Die Einbeziehung der AGB als Auslegungsgrundlage für abgegebene Willenserklärungen hat auch das Landgericht Coburg im Jahr 2004 mit Hinweis auf das BHG-Urteil²⁰⁶ zu *ricardo.de* übernommen, wenn es ausführt: „Verständnislücken können daher unter Rückgriff durch die Anerkennung der AGB begründeten wechselseitigen Erwartungen der Auktionsteilnehmer und deren gemeinsames Verständnis über die Funktionsweise der Online-Auktion geschlossen werden“.²⁰⁷

Den Sorgen *Wiebes*, dass eine mögliche Unwirksamkeit von Klauseln nach den §§ 307 ff. BGB im Verhältnis von Auktionshaus und Teilnehmern nicht unbedingt auf die Auslegung durchschlagen müsse und dadurch im Extremfall sich der Anbieter auch an grob benachteiligenden Klauseln festhalten lassen müsse,²⁰⁸ kann entgegnet werden, dass für die Auslegung der Willenserklärungen auch weiterhin die Grundsätze von Treu und Glauben maßgeblich sind, so dass gerade ein als „Extremfall“ bezeichnetes Ergebnis wohl kaum wird hingenommen werden müssen und entsprechend korrigiert werden kann.

Die besseren Argumente überwiegen also für die Auslegungslösung, nach der die AGB maßgeblich für die Auslegung der abgegebenen Willenserklärungen der Teilnehmer sind (sofern denn ein Auslegungsbedarf überhaupt besteht).

D. Verbraucherschutz

I. Einleitung

1. Fernabsatzrichtlinie (FARL)

²⁰⁵ *Grapentin*, GRUR 2001, 713, 714.

²⁰⁶ BGH NJW 2002, 363 ff.

²⁰⁷ K u.R 2004, 543, 546.

²⁰⁸ *Wiebe*, Internet-Auktionen, Kap. 4, Rz. 127.

a) Ziele

Der Verbraucherschutz ist ein Teilaspekt des Zieles der Europäischen Union, einen europäischen Raum ohne Binnengrenzen zu schaffen, in dem Waren, Personen, Dienstleistungen und Kapital frei zirkulieren können.²⁰⁹ Um dies zu verwirklichen, werden die Instrumente „gegenseitige Anerkennung von nationalen Standards“ und die „Harmonisierung der nationalen Vorschriften“ eingesetzt, wobei durch letzteres die Rechtsvorschriften in den Mitgliedstaaten durch EU-Richtlinien einander angeglichen werden.²¹⁰ Hier hat bei Internetauktionen insb. die Richtlinie 97/7EG vom 20. Mai 1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz²¹¹ (FARL) und die daraus resultierenden deutschen Vorschriften eine große Bedeutung. Durch die FARL sollten eine Mindestzahl gemeinsamer Regeln bei Verbraucherschutzbestimmungen auf Gemeinschaftsebene eingeführt werden, da einige Mitgliedsstaaten bereits unterschiedliche oder abweichende entsprechende Bestimmungen erlassen hatten, die negative Auswirkungen auf den Wettbewerb zwischen den Unternehmen im Binnenmarkt zur Folge hatten.²¹²

b) Begriffsbestimmung Fernabsatz

Im Fernabsatz werden Verträge durch die Verwendung einer oder mehrerer Fernkommunikationstechniken, die aufgrund ihrer ständigen Weiterentwicklung nicht in einer erschöpfenden Liste erfasst werden können, geschlossen.²¹³ Diese Techniken müssen im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystems und ohne gleichzeitige Anwesenheit des Lieferers oder Dienstleistungserbringers und des Verbrauchers erbracht werden.²¹⁴ In der FARL wird dann wie folgt legaldefiniert:

„Im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet der Ausdruck "Vertragsabschluss im Fernabsatz" jeden zwischen einem Lieferer und einem Verbraucher geschlossenen, eine Ware oder eine Dienstleistung betreffenden Vertrag, der im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- bzw. Dienstleistungssystems des Lieferers geschlossen wird, wobei dieser für den Vertrag bis zu dessen Abschluss einschließlich des Vertragsabschlusses selbst ausschließlich eine oder mehrere Fernkommunikationstechniken verwendet;“²¹⁵.

c) Mittel zur Erreichung des Zieles

In der FARL wurden insb. bestimmte zu erteilende Informationen sowie Regelungen bezüglich eines Widerrufsrechts als erforderlich erachtet, dieses Ziel der

²⁰⁹ http://www.europarl.de/view/de/Europa/Politikfelder_A-Z/Binnenmarkt-und-Verbraucherschutz.html (aufgerufen am 13.06.2011).

²¹⁰ http://www.europarl.de/view/de/Europa/Politikfelder_A-Z/Binnenmarkt-und-Verbraucherschutz.html (aufgerufen am 13.06.2011).

²¹¹ ABl. L 144 vom 4.6.1997, S. 19 ff.

²¹² a.a.O., Erwägungsgrund (4).

²¹³ a.a.O., Erwägungsgrund (9).

²¹⁴ a.a.O.

²¹⁵ FARL, Artikel 2 Nr. 1

Teilharmomisierung zu erreichen. Zu erstgenannten wollte der Richtliniengeber vermeiden, dass die Verwendung der Techniken der Fernkommunikation (nach Artikel 2 Nr. 4 der FEARL jedes Kommunikationsmittel, das zum Abschluss eines Vertrages zwischen einem Verbraucher und einem Lieferer ohne gleichzeitige körperliche Anwesenheit der Vertragsparteien eingesetzt werden kann) dazu führt, dass der Verbraucher weniger Informationen erhält.²¹⁶ Es sollten daher die Informationen, die dem Verbraucher unabhängig von der verwendeten Kommunikationstechnik zwingend übermittelt werden müssen, festgelegt werden.²¹⁷ Die als erforderlich erachteten Mindestinformationen werden in Artikel 4 FEARL aufgeführt. Das Widerrufsrecht wurde als erforderlich erachtet, da der Verbraucher in der Praxis beim Fernabsatz im Gegensatz zum stationären Handel keine Möglichkeit hat, das Erzeugnis vor Abschluss des Vertrages zu sehen oder die Eigenschaften der Dienstleistung im Einzelnen zur Kenntnis zu nehmen.²¹⁸ Die Mindestvoraussetzungen des Widerrufsrechts, insb. bezüglich Fristen und Kostentragung bei Ausübung des Widerrufsrechts, wurden in Artikel 6 FEARL geregelt.

d) Beteiligte Personen

Nach Art. 2 Nr. 2 FEARL ist Verbraucher jede natürliche Person, die bei Abschluss von Verträgen im Sinne dieser Richtlinie zu Zwecken handelt, die nicht ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Als Lieferer definiert Art. 2 Nr. 3 FEARL jede natürliche oder juristische Person, die beim Abschluss von Verträgen im Sinne dieser Richtlinie im Rahmen ihrer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt.

2. Umsetzung in nationales Recht

a) Vorbemerkung

Die FEARL wurde durch das Fernabsatzgesetz (FernAbsG) in nationales Recht umgesetzt und dessen Vorschriften dann ohne größere inhaltliche Änderungen durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (Schuldrechtsmodernisierungsgesetz) ins BGB integriert.²¹⁹ Die Definitionen für Verbraucher (§ 13 BGB) und Unternehmer (§ 14 BGB) wurden parallel zum FernAbsG durch das „Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro“²²⁰ direkt ins BGB aufgenommen, da im BGB verwendete Schlüsselbegriffe von anderen Verbraucherschutzgesetzen ohne Verweisung verwendet werden können.²²¹

²¹⁶ ABI. L 144 vom 4.6.1997; Erwägungsgrund (11).

²¹⁷ ABI. L 144 vom 4.6.1997; Erwägungsgrund (11).

²¹⁸ ABI. L 144 vom 4.6.1997; Erwägungsgrund (14).

²¹⁹ Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I Seite 3138).

²²⁰ Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro vom 27.6.2000 (BGBl. I S 897).

²²¹ BT-Drucks. 14/2658 S. 47 f.

b) Der Verbraucher im BGB

Nach § 13 BGB ist ein Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugeordnet werden kann. Voraussetzung für die Verbrauchereigenschaft ist also zunächst, dass es sich um eine natürliche Person handelt.²²² Teilweise wird auch die Ansicht vertreten, dass aufgrund des Schutzzweckes der Norm auch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts Verbraucher sein könne.²²³ Zusätzlich muss objektiv bestimmbar sein, dass der Zweck des Vertrages weder der gewerblichen noch der selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugeordnet werden kann.²²⁴ Durch diese negative Formulierung muss zunächst bestimmt werden, was unter einer gewerblichen oder einer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zu verstehen ist.²²⁵ Die Definition des BGB unterscheidet sich von der europäischen durch das zusätzliche Wort „selbstständigen“ vor der „beruflichen“ Tätigkeit. Mit dieser Definition geht das deutsche Recht über das EU-Recht hinaus, damit auch Arbeitnehmer in den Verbraucherschutz einbezogen werden können.²²⁶ Der dadurch erreichte erweiterte Schutz ist EU-rechtlich zulässig, da aufgrund bereits älterer Verbraucherschutzrichtlinien das nationale Recht den Verbraucher durch einen weiter gefassten Verbraucherbegriff besser stellen darf als das EU-Recht.²²⁷

c) Der Unternehmer im BGB

Den Unternehmerbegriff sehen die verschiedenen Verbraucherschutzrichtlinien nicht vor. Die Bezeichnungen für den Gegenüber des dort vorgesehenen Verbrauchers variieren. In der FARL wird dieser Gegenüber als „Lieferer“ bezeichnet. Andere Bezeichnungen sind bspw. Gewerbetreibende (Haustürgeschäfte-RL und RL über missbräuchliche Klauseln), Kreditgeber (Verbrauchercredit-RL) oder auch Verkäufer (Verbrauchsgüterkauf-RL und Teilzeitwohnrechte-RL). Allen diesen Begriffen ist gemeinsam, dass der Unternehmer in seinen verschiedenen Ausprägungen als Vertragspartner des Verbrauchers durch seine Funktion bestimmt wird.²²⁸ Der deutsche Gesetzgeber hat sich dafür entschieden, die meisten dieser Gegenüber des Verbrauchers in § 14 Abs. 1 BGB als Unternehmer zu bezeichnen und als natürliche oder juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt, definiert. So soll-

²²² BeckOK/ *Schmidt-Räntsch*, § 13 BGB, Rn. 5; *Jauernig*, § 13, Rn. 2; MueKo/Micklitz, § 13 BGB, Rn. 8.; Spindler/Schuster/Spindler/Anton, § 13 BGB, Rn. 2.

²²³ BeckOK/ *Schmidt-Räntsch*, § 13 BGB, Rn. 6; Spindler/Schuster/Spindler/Anton, § 13 BGB, Rn. 2 mit zahlreichen Nachweisen und Nennung der diese Meinung ablehnenden; a.A. bspw: *Jauernig*, § 13 BGB, Rn. 2

²²⁴ Spindler/Schuster/Spindler/Anton, § 13 BGB, Rn. 3.

²²⁵ MueKo/Micklitz, § 13, Rn. 30.

²²⁶ BeckOK/ *Schmidt-Räntsch*, Vorbemerkung zu § 13 BGB.

²²⁷ BeckOK/ *Schmidt-Räntsch*, § 13 BGB, Rn. 4.

²²⁸ Staudinger/*Habermann*, § 14 BGB, Rn. 9.

ten die unterschiedlichen Begriffe zusammenfasst auch eine einheitliche Auslegung und Anwendung erreicht werden.²²⁹ Da der Gesetzgeber hiermit die EU-Verbraucherschutzrichtlinien umgesetzt hat, ist der Begriff des Unternehmers – ebenso wie der Begriff des Verbrauchers – EU-konform auszulegen.²³⁰ Damit die Rechtsstellung des Verbrauchers nicht verschlechtert wird, darf der nationale Gesetzgeber jedoch den Begriff des Unternehmers im Anwendungsbereich der Richtlinien – anders als den des Verbrauchers – nicht ausweiten, da dies dazu führen würde, dass dann der Verbraucher den Regeln unterworfen würde, die für Unternehmer gelten.²³¹ Dies ist bei der EU-konformen Auslegung zu beachten.²³²

Die Feststellung des betroffenen Personenkreises „natürliche oder juristische Person bzw. rechtsfähige Personengesellschaft“ birgt hierbei keine nennenswerten Schwierigkeiten. Die Zweckrichtung des Handelns muss jedoch gewerblich ausgerichtet sein. Nach einer vielfach verwendeten Formulierung ist unter gewerblich die planmäßige, auf gewisse Dauer angelegte, wirtschaftliche Tätigkeit, die nach außen hervortritt, zu verstehen.²³³ Somit wird eine nur gelegentliche Tätigkeit nicht vom Unternehmerbegriff erfasst.²³⁴ Teilweise wird zur planvollen, auf gewisse Dauer angelegten Tätigkeit auch die Ansicht vertreten, dass ein organisatorischer Mindestaufwand erforderlich sein muss.²³⁵ Dies ist jedoch fraglich, da auch Kleingewerbetreibende²³⁶, Landwirte²³⁷ und Existenzgründer²³⁸ ebenso zu den Unternehmern im Sinne des § 14 BGB gezählt werden wie die Betreiber eines Nebengewerbes.²³⁹ Nach der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur ist zumindest im Bereich des Verbrauchsgüterkaufs keine Gewinnerzielungsabsicht erforderlich.²⁴⁰ Durch das Merkmal selbstständig beruflich tätig sollen auch die freiberuflich Tätigen erfasst werden.²⁴¹ Gleichzeitig wird der Arbeitnehmer als Unternehmer im Sinne des § 14 BGB durch die Formulierung „gewerbliche oder selbstständige berufliche Tätigkeit“ ausgeschlossen.

Weiteres maßgebliches Merkmal ist, dass das Handeln in Ausübung der gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit erfolgen muss. Ob ein Handeln unternehmerisch ist, ist hierbei nach objektiven Gesichtspunkten zu beurteilen.²⁴²

²²⁹ BeckOK/Schmidt-Räntsch, § 14 BGB, Rn. 1.

²³⁰ BeckOK/Schmidt-Räntsch, § 14 BGB, Rn. 4.

²³¹ BeckOK/Schmidt-Räntsch, § 14 BGB, Rn. 4.

²³² BeckOK/Schmidt-Räntsch, § 14 BGB, Rn. 4.

²³³ Borges, § 8, II., 1. mit weiteren Nachweisen.

²³⁴ Borges, § 8, III., 1. mit weiteren Nachweisen.

²³⁵ MueKo/Micklitz, § 14, Rn. 19.; Rohlfig, MMR 2006, 271, 273;

²³⁶ Leible/Sosnitz/Hoffmann, Rn 238. Szczesny/Holthusen, NJW 2007, 2586, 2587.

²³⁷ Szczesny/Holthusen, NJW 2007, 2586, 2587.

²³⁸ BGH NJW 2005, 1273, 1274.

²³⁹ BeckOK/Schmidt-Räntsch, § 14 BGB, Rn. 8; LG Berlin MMR 2007, 401, 401.

²⁴⁰ BGH NJW 2006, 2250, 2251; OLG Frankfurt GRUR 2004, 1042, 1042; LG Hanau MMR 2007, 339, 339; LG Berlin MMR 2007, 401, 401; u.a. BeckOK/Schmidt-Räntsch, § 14 BGB, Rn. 8 mit zahlreichen Nachweisen.

²⁴¹ MueKo/Micklitz, § 14, Rn. 31; Spindler/Schuster/Spindler/Anton, § 14 BGB, Rn. 2.

²⁴² BeckOK/Schmidt-Räntsch, § 14 BGB, Rn. 14.

Verkauft bspw. ein selbstständiger Patentanwalt einen Zahnarztbehandlungsstuhl, den er von seinem verstorbenen Vater geerbt hat, erfolgt dies zweifelsohne nicht in Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit.

Gerade bei Internetauktionen ist bei einem Verkauf nicht immer ohne weiteres erkennbar, ob dieser im Rahmen einer unternehmerischen oder privaten Tätigkeit stattfindet,²⁴³ die verschiedenen Fallgruppen werden daher nachfolgend erläutert.

3. Unternehmer bzw. geschäftliches Handeln in Wettbewerbs- und Markenrecht

Nach § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG ist „Unternehmer“ jede natürliche oder juristische Person, die geschäftliche Handlungen im Rahmen ihrer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit vornimmt, sowie jede Person, die im Namen oder Auftrag einer solchen Person handelt. Unter Nr. 1 desselben Absatzes werden geschäftliche Handlungen als jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder des Bezugs von Waren oder Dienstleistungen oder mit dem Abschluss oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt, definiert.

Diese Definition des Unternehmers weicht also von der des Unternehmers nach § 14 BGB ab. Dennoch wird in zahlreichen Urteilen auch der Begriff des Unternehmers bzw. des geschäftlichen Handelns im Zusammenhang mit (vermeintlichen) Verstößen gegen das Wettbewerbsrecht in Verbindung gebracht. Dies liegt daran, dass das Wettbewerbsrecht die obige Definition erst seit 2008 kennt und zuvor auf § 14 BGB verwiesen hatte. Ältere Urteile beziehen sich daher auf den Unternehmer nach § 14 BGB. Die Änderung des UWG wurde vom Gesetzgeber als nötig erachtet, um die Richtlinie 2005/29/EG des Parlaments und des Rates vom 11. 5. 2005 über unlautere Geschäftspraktiken (UGP-RL) umzusetzen.²⁴⁴

Auch im Markenrecht taucht in § 14 MarkenG der Begriff „geschäftliches Handeln“ als Voraussetzung für Unterlassungsansprüche und teilweise auch Schadenersatzansprüche auf. An den Begriff des geschäftlichen Verkehrs sind im Interesse des Markenschutzes keine hohen Ansprüche zu stellen, es reicht aus, „dass ein Zeichen im Zusammenhang mit einer auf einen wirtschaftlichen Vorteil gerichteten kommerziellen Tätigkeit und nicht im privaten Bereich genutzt wird“.²⁴⁵ Der Begriff des geschäftlichen Verkehrs im Markenrecht ist derselbe wie im Wettbewerbsrecht, die Auslegung folgt daher einheitlichen Grundsätzen.²⁴⁶ Daher können zur Prüfung, ob ein Unternehmer im Sinne des Fernabsatzrechts

²⁴³ Borges, § 8, II., 1.

²⁴⁴ Piper/Ohly/Sosnitza/Ohly, Einführung vor § 1 UWG, Rn. 49.

²⁴⁵ Spindler/Schuster/Müller, § 14 MarkenG, Rn. 22.

²⁴⁶ Fezer, § 14 MarkenG, Rn. 23.

vorliegt, auch Urteile zum UWG und MarkenG herangezogen werden.

II. Der Unternehmerbegriff bei Veräußerung über Online-Auktionsplattformen

1. Fallgruppen ohne Abgrenzungsschwierigkeiten

Keine Probleme bestehen, wenn ein Unternehmer bei einer Internetauktion auch nach objektiven Maßstäben als Unternehmer auftritt und dies deutlich macht, bspw. indem er seine Firmierung in der Angebotsbeschreibung verwendet²⁴⁷ oder bereits als gewerblicher Verkäufer angemeldet ist.²⁴⁸ Diese Fallgruppe ist häufig anzutreffen, wird eine Auktionsplattform doch häufig durch einen Unternehmer offen als einer von mehreren Absatzkanälen für seine Produkte genutzt.²⁴⁹ Genauso wenig bereitet auch die entgegengesetzte Situation Probleme, wenn der Verkäufer objektiv Verbraucher ist und als solcher auftritt, bspw. durch die Bezeichnung „von privat“.²⁵⁰ Häufig lässt sich jedoch gerade bei elektronischen Marktplätzen und Internetauktionen die Eigenschaft des anderen Vertragspartners als Unternehmer gem. § 14 BGB nicht erkennen.²⁵¹

2. Fallgruppen mit Abgrenzungsschwierigkeiten

a) Verkauf durch Unternehmer, wenn unklar ob privat oder unternehmerisch

So stellt sich die Frage, wie es zu beurteilen ist, wenn ein Unternehmer, z.B. der bereits genannte Patentanwalt, im Rahmen einer Internetauktion einen gebrauchten PC ohne weitergehende Hinweise in der Angebotsbeschreibung verkauft. Dies kann ein unternehmerisches Geschäft sein, wenn der PC zum seinem Betriebsvermögen gehört, kann aber genauso gut ein privates Geschäft sein, wenn er dabei seinen Privat-PC veräußert.²⁵² Bei dieser Zuordnungsproblematik kann in analoger Anwendung des § 344 HGB die Vermutung gelten, dass das Geschäft eines Unternehmers im Zweifel zum Unternehmen gehört.²⁵³

b) Der „Scheinunternehmer“

Fraglich ist auch, wie ein Verbraucher, der als Unternehmer auftritt, ohne es nach objektiven Kriterien auch zu sein, zu behandeln ist. Dieser sog. Scheinunternehmer muss sich - mit verschiedenen Erklärungsansätzen - ebenfalls als Unternehmer behandeln lassen. Dies wird sowohl mit allgemeinen Rechtsscheingesichtspunkten begründet, teilweise damit, dass es auf den objektiven Horizont des Verbrauchers ankomme, oder auch damit, dieses Erlebnis aus dem Verbot des *venire contra factum proprium* (§ 242 BGB) abzuleiten, wonach er sich aufgrund seines widersprüchlichen Verhaltens, bei dem er erst als Unternehmer auftritt, da-

²⁴⁷ *Borges*, § 8, I.

²⁴⁸ *Spindler/Schuster/Spindler/Anton*, § 14 BGB, Rn. 3.

²⁴⁹ *Borges*, § 8, I.

²⁵⁰ *Borges*, § 8, I.

²⁵¹ *Spindler*, Anmerkungen zu BGH MMR 2005, 37, 44.

²⁵² In Anlehnung an *Borges*, § 8, II., 1.

²⁵³ *Borges*, § 8, II., 1.

nach davon aber nichts mehr wissen möchte, so behandeln lassen muss, als würde er die Kriterien erfüllen, die zur Unternehmereigenschaft führen.²⁵⁴

c) Ein Unternehmer tritt als nicht als Unternehmer auf

Am häufigsten beschäftigen die Gerichte die Unternehmer, die sich bei einer Internetauktion nicht als Unternehmer zu erkennen geben. Dies kann auf zwei Ursachen zurückgeführt werden. Zum einen gibt es die Fallgruppe, in der die Verkäufer unbewusst und unbeabsichtigt durch ihre fortlaufende Aktivität auf dem Online-Marktplatz langsam den Übergang von privatem zu unternehmerischem Handeln überwunden haben.²⁵⁵ Diese Gruppe handelt ohne Absicht, die Unternehmereigenschaft zu verschleiern. Dem gegenüber steht die zweite Fallgruppe, in denen Unternehmer als Verkäufer auf der Auktionsplattform bewusst ihre Unternehmereigenschaft verschleiern, um den Verpflichtungen des Verbraucherschutzes zu entgehen. Diese melden sich einerseits als Privatpersonen bei eBay an und kennzeichnen ihre Verkäufe in der Angebotsbeschreibung als „von privat“ und/oder „unter Ausschluss der Gewährleistung/Sachmängelhaftung“.

eBay weist bereits bei der erstmaligen Anmeldung auf der Auktionsplattform darauf hin, dass wer als gewerblicher Verkäufer tätig werden möchte, ein gewerbliches Mitgliedskonto anmelden muss und dadurch bestimmte gesetzliche Pflichten hat.²⁵⁶ Wer dem Link „Mehr zum Thema Anmeldung eines gewerblichen Mitgliedskontos“ folgt, wird auf die Anmeldeseite für Unternehmer weitergeleitet.²⁵⁷ Von dort kommt man über einen weiteren Link²⁵⁸ auf eine Seite, auf der Anhaltspunkten genannt werden, wann eher von einem gewerbliche oder von einem privaten Handeln auszugehen ist. Auch die Vorteile des gewerblichen Mitgliedskontos werden dort aufgeführt, bspw. die Möglichkeit, alle erforderlichen Pflichtangaben wie Widerrufs- oder Rückgabebelehrung oder Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) bequem in „Mein eBay“ zu hinterlegen.²⁵⁹ Mittels eines weiteren Links²⁶⁰ wird auf das Rechtsportal verwiesen, wo die rechtlichen Rahmenbedingungen für gewerbliche Verkäufer im Online-Handel als Übersicht zur Verfügung stehen. Ergänzend wird darauf hingewiesen, dass Anmelder, die ihr Konto als privat kennzeichnen, obwohl gewerblich gehandelt wird, damit rechnen müssen, von Mitbewerbern oder Verbraucherschutzverbänden kostenpflichtig abge-

²⁵⁴ *Szczesny/Holthusen*, NJW 2007, 2586, 2587 mit entsprechenden Literaturhinweisen; *Spindler/Schuster/Pfeiffer/Weller/Nordmeier*, Rom I Art. 6, Rn. 10.

²⁵⁵ *Schlömer/Dittrich*, BB 2007, 2129, 2130.

²⁵⁶

https://scgi.ebay.de/ws/eBayISAPI.dll?RegisterEnterInfo&siteid=77&UsingSSL=1&co_partnerId=2 (abgerufen am 15.06.2011).

²⁵⁷ <https://scgi.ebay.de/ws/eBayISAPI.dll> (aufgerufen am 15.06.2011).

²⁵⁸ <http://pages.ebay.de/help/sell/business/contextual/businessaccount.html> (aufgerufen am 15.06.2011).

²⁵⁹ <http://pages.ebay.de/help/sell/business/contextual/businessaccount.html> (aufgerufen am 15.06.2011).

²⁶⁰ http://pages.ebay.de/rechtsportal/gewerbliche_verkaeuer.html (aufgerufen am 15.06.2011).

mahnt und gerichtlich auf Unterlassung in Anspruch genommen zu werden.²⁶¹

Für die erste Fallgruppe wird jedoch die bei Beginn der erstmaligen Anmeldung bei eBay möglicherweise wahrgenommene Unterscheidung zwischen Privat und Gewerblichkeit nicht mehr in Erinnerung sein, insb., da hier auch zum Zeitpunkt der Anmeldung die Voraussetzungen für eine gewerbliche Tätigkeit nicht vorlagen und der Anmelder daher gar nicht auf den Gedanken kommen musste, die weiterführenden Hinweise zur Gewerblichkeit zu lesen. Hilfreich sind diese Hinweise daher vor allem für die Zielgruppe, bei der bereits bei der Anmeldung Unsicherheiten bestehen, ob sie denn privat oder gewerblich handelt.

Fraglich ist nun, woran diese in den beiden ersten Fallgruppen genannten Personengruppen, die faktisch als Unternehmer handeln, sich aber formal aber als Privatperson darstellen, zu erkennen sind. Hierzu haben Literatur und Rechtsprechung zahlreiche Kriterien herausgearbeitet, die unterschiedlich starke Indizwirkung haben und auf eine Unternehmereigenschaft hindeuten. Diese unterscheiden sich deutlich und es herrscht wenig Einigkeit in der Rechtsprechung²⁶², wie diese Kriterien zu bewerten sind. Einig ist sich die Rechtsprechung, dass einzelne Indizien selten ausreichen – in fast allen Fällen werden mehrere der nachstehenden Indizien sichtbar und zur Beurteilung kumulativ herangezogen.

aa) Powersellerstatus (eBay)

Eines der in der Vergangenheit am häufigsten von der Rechtsprechung herangezogenen Indizien ist der Powersellerstatus.²⁶³ Ohne Einschränkung vertreten *Szczesny/Holthusen* diese Ansicht und verweisen hierzu auf eine Vielzahl von Urteilen.²⁶⁴ Die alleinige Einstufung als Powerseller, die das OLG Frankfurt bereits für sich allein betrachtet regelmäßig für die Annahme der Unternehmereigenschaft als ausreichend hält,²⁶⁵ wird von *Rohlfing* kritisch betrachtet, da diesen Status sicherlich auch die Personen erreichen, die lediglich vor dem Hintergrund der Auflösung eines Nachlasses aus rein privatem Antrieb Verkäufe getätigt haben. Welches Interesse dieser Verkäufer jedoch haben sollte, den Powersellerstatus bei eBay zu beantragen, erklärt er allerdings nicht.

Nahmen die Gerichte früher noch an, dass die Registrierung als Powerseller ein starkes Indiz für die Unternehmereigenschaft darstellt, da dieser Status vom Teilnehmer selbst beantragt werden musste und seitens eBay ein monatliches Verkaufsvolumen von mind. 300 Artikel im Monat oder mind. vier Artikel im Monat bei einem monatlichen Handelsvolumen von mindestens 3.000 EUR vorausge-

²⁶¹ <http://pages.ebay.de/help/sell/business/contextual/businessaccount.html> (aufgerufen am 15.06.2011).

²⁶² *Rohlfing*, MMR 2006, 271, 271.

²⁶³ <http://pages.ebay.de/help/sell/sell-powersellers.html>

²⁶⁴ *Szczesny/Holthusen*, NJW 2007, 2586, 2588.

²⁶⁵ OLG Frankfurt MMR 2007, 378.

setzt wurde,²⁶⁶ so kann diese Mutmaßung heute nicht mehr so gelten. Der Powersellerstatus heute nicht mehr explizit beantragt werden, sondern wird automatisch vergeben, jedoch ist hierfür mittlerweile Voraussetzung, dass der Betroffene als gewerblicher Verkäufer bei eBay angemeldet ist. Die zum Powersellerstatus entwickelte Rechtsprechung kann daher kaum mehr herangezogen werden, wenn der Unternehmerstatus heute als Bedingung vorausgesetzt wird.²⁶⁷

bb) Anzahl der Bewertungen/der Verkäufe

Eng verknüpft mit der Rechtsprechung zum Powersellerstatus ist die Rechtsprechung, die die Einstufung als Unternehmer an der Anzahl der Bewertungen (teilweise auch als Feedbacks bezeichnet) festmacht – i.d.R. unter Betrachtung eines bestimmten Zeitraumes. Hier haben die Gerichte die unterschiedlichsten, dadurch auch nicht vergleichbaren, Maßstäbe bei der Beurteilung angesetzt, wer den Eindruck eines Unternehmers erweckt und wer nicht. Grund für die Heranziehung der Anzahl der Bewertungen als Indiz für die Unternehmereigenschaft ist, dass der Käufer regelmäßig kaum den Nachweis erbringen kann, in welchem Zeitraum der Verkäufer welchen Umsatz gemacht hat.²⁶⁸

Das AG Wernigerode hat bspw. 1.378 Bewertungen (ohne Zeitraumangabe) als ausreichend erachtet, um eine planmäßige und mit Wiederholungsabsicht durchgeführte Verkaufstätigkeit anzunehmen und daher auf einen Unternehmer zu schließen.²⁶⁹

Vom LG Mainz wurde bereits 2006 festgestellt, dass, wenn auch nicht als einziges Indiz, die „hohe Anzahl von Verkäufen, mind. 252 in einem Zeitraum von zwei Jahren und sieben Monaten“, als Indiz für ein planmäßiges geschäftliches Handeln gewertet werden kann.²⁷⁰ Für das LG Hanau reichten bereits 25 Bewertungen im Zeitraum vom 12.01. bis 20.03.2006 zur Annahme eines Gewerbes, da es ausreicht, wenn das Gewerbe lediglich als Nebenerwerb ausgeübt wird.²⁷¹ Auch das LG Berlin stellte fest, dass das Anbieten von hohen Anzahlen (hier: 100 Artikeln im April 2006) zusammen mit anderen Kriterien (u.a. der hohe Anteil an Neuwaren) auf eine nebenberufliche gewerbliche Tätigkeit hindeutet.²⁷²

Das OLG Frankfurt/M. zählte im Dezember 2004 einen Beklagten „ohne Zweifel zu den geschäftlich bzw. unternehmerisch tätigen Akteuren auf der Handelsplattform eBay“, der neben dem Hinweis, dass er wöchentlich neue Ware aus Nachlässen und Haushaltsauflösungen erhalte, den Powersellerstatus hatte und seit

²⁶⁶ OLG Frankfurt MMR 2007, 378.

²⁶⁷ <http://pages.ebay.de/help/sell/sell-powersellers.html>

²⁶⁸ *Faustmann*, MMR 2007, 402, 403.

²⁶⁹ AG Wernigerode MMR 2007, 402, 403.

²⁷⁰ LG Main MMR 2006, 51, 51.

²⁷¹ LG Hanau MMR 2007, 339, 339.

²⁷² LG Berlin MMR 2007, 401, 401.

seiner Mitgliedschaft bei eBay (01.04.1999) 3767 Bewertungen vorweisen konnte. Auch hielt es den Anstieg der Bewertungen von 205 im Dezember 2002 auf 476 bis zum 22.09.2003 neben anderen Hinweisen wie das Betreiben eines eBay-Shops für ausreichend, um mit hinreichender Sicherheit auf eine planmäßige und auf Dauer angelegte Tätigkeit zu schließen.²⁷³ In einem weiteren Verfahren, das am selben Tag von derselben Kammer entschieden wurde, wurden gleich zwei Zeiträume betrachtet. So gab es hier im November und Dezember 2002 86, im Zeitraum 10.11.-10.12.2002 50 Bewertungen und auch diese Zahlen wurden zusammen mit der Höhe der Umsätze als Indiz herangezogen, dass von Handeln im geschäftlichen Verkehr auszugehen war.²⁷⁴ Auch in 2007 zog diese Kammer die Anzahl von 484 Bewertungen als Verkäufer binnen eines Jahres zusammen mit dem Betreiben eines eBay-Shops als eindeutigen Maßstab für eine gewerbliche Tätigkeit heran.²⁷⁵

Das OLG Zweibrücken nahm in 2007 42 Auktionen im Zeitraum 17.8.-10.09.2006 neben weiteren Kriterien als Indiz, dass der Beklagte Unternehmer im Sinne des § 14 BGB ist,²⁷⁶ weist aber deutlich darauf hin, dass zur Annahme der Unternehmereigenschaft erforderlich ist, dass eine dauerhafte, planmäßige Ausrichtung auf eine Vielzahl von Geschäften vorliegen muss und somit jemand nicht nur dadurch zum Unternehmer wird, dass er seine aus mehreren 100 Teilen bestehende private Comicsammlung auflöst.²⁷⁷ Es hält damit allein die Anzahl der Auktionen oder die abgegebenen Bewertungen der Ersteigerer für sich genommen noch nicht für ein zuverlässiges Indiz für die Unternehmereigenschaft.²⁷⁸

Dem Bundesgerichtshof reichen 2008 bereits 26 bzw. 75 Feedbacks (ohne Zeitraumangabe) als Hinweis auf eine geschäftliche Tätigkeit im Sinne des Markenrechts aus und hält fest, dass die Kläger über keine weitergehende Kenntnisse zu näheren Umständen des Handelns verfügen.²⁷⁹ Im Dezember 2008 hat der BGH dann bestätigt, dass Zahl und Art der angebotenen Artikel auf ein Handeln im geschäftlichen Verkehr hindeuten, wenn in den Zeiträumen Mitte Januar bis Mitte Februar 2004 und 24. Juni bis 01. Juli 2004 insgesamt 91 Artikel verkauft wurden.²⁸⁰ Explizit bezieht sich der BGH anschließend zusätzlich auf die Anzahl der erhaltenen Bewertungen und hält fest, dass die insg. 74 für den Zeitraum 4.11.2003 bis 11.8.2004 erhaltenen Bewertungen, von denen 66 Fälle Verkaufs-

²⁷³ OLG Frankfurt/M. NJW 2004, 3433, 3433.

²⁷⁴ OLG Frankfurt/M. GRUR 2004, 1042.

²⁷⁵ OLG Frankfurt/M. MMR 2007, 378, 378 f.

²⁷⁶ OLG Zweibrücken BeckRS 2007, 12389.

²⁷⁷ OLG Zweibrücken BeckRS 2007, 12389.

²⁷⁸ OLG Zweibrücken BeckRS 2007, 12389.

²⁷⁹ BHG MMR 2008, 531, 532.

²⁸⁰ BGH MMR 2009, 538, 539.

aktivitäten waren, ebenfalls auf eine geschäftliche Tätigkeit hindeuten.²⁸¹

Die Anzahl der Bewertungen erscheint unter Berücksichtigung der vorgenannten Urteile als Indiz geeignet, ist doch Voraussetzung für eine Bewertung, dass zuvor jeweils ein Geschäft getätigt wurde. Es muss jedoch differenziert betrachtet werden, ob es sich um Bewertungen aus Verkäufen oder aus Käufen (letztere ggf. wieder unter dem Aspekt des Weiterverkaufs) handelt. Auch ist zu bedenken, dass sich nicht alle Transaktionen in Bewertungen niederschlagen,²⁸² so dass die tatsächliche Anzahl von Verkäufen durchaus nochmals deutlich höher liegen kann. Die verschiedenen Urteile lassen jedoch keine pauschale Betrachtung zu, ab welcher Anzahl von Bewertungen (ggf. innerhalb welchen Zeitraumes) ein Handeln als Unternehmer angenommen werden darf. Es müssen immer die besonderen Umstände des Einzelfalles betrachtet werden.

cc) Betreiben eines eBay-Shops

Ein klares Kriterium dürfte es sein, wenn bei eBay nicht nur versteigert, sondern zusätzlich ein Shop betrieben wird. Das LG Berlin hielt zwar das Betreiben eines Shops für sich genommen als nicht ausreichend, um die Mutter von vier Kindern, die einen schwunghaften Handel über eBay mit Baby-, Kinder-, Damenbekleidung und Büchern betrieb, als Unternehmerin im Sinne des § 14 BGB zu sehen.²⁸³ Im Zusammenhang mit weiteren Indizien (Anzahl und Gebrauchszustand der angebotenen Artikel; vorheriger Kauf der Artikel bei eBay), stellte es dann doch fest, dass diese nebenberufliche gewerbliche Tätigkeit über gelegentliche Verkäufe im Rahmen der privaten Haushaltsführung hinausgeht.²⁸⁴

Für das OLG Frankfurt a.M. war das Betreibens eines e-Bay-Shops zusammen mit einer schnell steigenden Anzahl von Bewertungen bereits ausreichend, um den Schluss auf eine planmäßige und auf Dauer angelegte geschäftliche Tätigkeit mit hinreichender Sicherheit zuzulassen.²⁸⁵ Auch *Szczesny/Holthusen* halten das Betreiben eines Shops bei eBay für ausreichend, da bereits die Bezeichnung Shop verdeutliche, dass man unternehmerisch Produkte anbieten wolle und ein eBay-Shop nichts anderes als ein virtuelles Ladengeschäft darstelle.²⁸⁶

dd) Verkauf von Neuwaren

Wenn *Szczesny/Holthusen* mit dem LG Berlin der Ansicht sind, dass ein hoher Verkaufsanteil von Neuwaren im Privatbereich ungewöhnlich sei und dies eher für eine unternehmerische Tätigkeit spreche²⁸⁷, kann dem uneingeschränkt zu-

²⁸¹ BGH MMR 2009, 538, 539.

²⁸² *Faustmann*, MMR 2007, 402, 403.

²⁸³ LG Berlin MMR 2007, 401, 401.

²⁸⁴ a.a.O.

²⁸⁵ OLG Frankfurt NJW 2004, 3433, 3433; Rohlfig, MMR 2006, 271, 272.

²⁸⁶ *Szczesny/Holthusen*, NJW 2007, 2586, 2588.

gestimmt werden. Auch *Faustmann* hält in seiner Anmerkung zum Urteil des AG Wernigerode fest, dass unzweifelhaft von gewerblichem Handeln auszugehen ist, wenn regelmäßig Neuwaren verkauft werden und/oder besonders hochpreisige Auktionen stattfinden, die eindeutig nicht dem Bereich des privaten Gebrauches entstammen.²⁸⁸ Das LG Coburg hingegen hielt Neuware als Art der verkauften Artikel zumindest dann nicht als ausreichend, eine Unternehmereigenschaft anzunehmen, wenn in einer Vielzahl von Fällen lediglich ein Stück aus einem Sortiment angeboten wird.²⁸⁹ Dem kann zugestimmt werden, da hier eher der Weiterverkauf eines zu privaten Zwecken angeschafften Produktes angenommen werden kann, das möglicherweise doch nicht die gewünschten Eigenschaften hat. Auch *Szczesny/Holthusen* schränken dieses Indiz dahingehend ein, dass, wenn einmalig Gegenstände en bloc verkauft werden, es an der für die unternehmerische Tätigkeit erforderlichen Nachhaltigkeit fehlt oder auch bei einem nicht benötigten Handy aus einer Vertragsverlängerung mit dem Mobilfunkbetreiber, das dann weiterverkauft wird.²⁹⁰

ee) Artikel der gleichen Warenkategorie

In der Rechtsprechung zum Markenrecht wird angenommen, dass das vermehrte Handeln mit Artikeln aus einer Warengruppe auf geschäftliches Handeln hindeutet. So hat bspw. das LG Berlin festgestellt, dass von einem Handeln im geschäftlichen Verkehr ausgegangen werden kann, wenn innerhalb von fünf Monaten 39 An- und Verkäufe von Kleidungsstücken stattfinden; das OLG Frankfurt/M. sah das bei einer Gesamtzahl von 50 Versteigerungen innerhalb eines Monats ebenfalls als gegeben an.²⁹¹ Nur einschränkend stimmen *Szczesny/Holthusen* dem zu, wenn sie feststellen, dass der Begriff des geschäftlichen Verkehrs im Sinne des Markenrechts deutlich weiter gefasst sei und eine Mindestanzahl etwa 100 Geschäften im Jahr für Artikel der gleichen Warengruppe fordern.²⁹²

ff) Artikel unterschiedlicher Waren

Den von *Szczesny/Holthusen* ebenfalls aufgeführten Beispielen, nach denen der Handel mit unterschiedlichen Waren auf eine gewerbliche Tätigkeit schließen lasse,²⁹³ kann nicht gefolgt werden. Bei genauer Betrachtung wird in den dort aufgeführten Urteilen weniger auf die Unterschiedlichkeit der angebotenen Waren abgehoben als auf die schon festgestellte Anzahl der Verkäufe. Eher erscheint dies als Hinweis darauf, dass es sich um Privatverkäufe handeln könnte.

²⁸⁷ *Szczesny/Holthusen*, NJW 2007, 2586, 2588.

²⁸⁸ AG Wernigerode mit Anmerkung von *Jörg Faustmann*, MMR 2007, 402, 403.

²⁸⁹ LG Coburg MMR 2007, 399, 400.

²⁹⁰ *Szczesny/Holthusen*, NJW 2007, 2586, 2588.

²⁹¹ *Szczesny/Holthusen*, NJW 2007, 2586, 2588 mit Fussnoten zu den Urteilen.

²⁹² *Szczesny/Holthusen*, NJW 2007, 2586, 2589.

²⁹³ *Szczesny/Holthusen*, NJW 2007, 2586, 2589.

gg) Weitere Indizien

Szczesny/Holthusen nennen dann mit entsprechenden Nachweisen noch weitere Anhaltspunkte,²⁹⁴ aus denen die Unternehmereigenschaft folgen könne, so z.B. die Höhe des Auktionsumsatzes (auch bei niedrigen Stückzahlen), die Verwendung von eigenen Versteigerungsbedingungen, die Verwendung der Sofort-Kauf-Option, das Verwenden einer Widerrufsbelehrung in der Angebotsdarstellung, das Anbieten der Zahlung über externe Dienstleister wie PayPal oder professionelle Angebotsdarstellungen. Zumindest bei den letzten beiden Punkten erscheint dies zweifelhaft, da diese auch bei vielen Privatanbietern große Verbreitung haben. Zutreffend ist jedoch, dass das Aufeinandertreffen mehrerer dieser Indizien geeignet ist, den Eindruck gewerblichen Handelns zu verstärken.

3. Prozessuales

a) Vorbemerkung

Eng verbunden mit den bislang als „Indizien“ bezeichneten Merkmalen, die auf unternehmerisches Handeln schließen lassen können, ist die Frage, wie diese in einem Prozess behandelt werden. Grundsätzlich muss jede Partei die ihr günstigen Umstände darlegen und beweisen.²⁹⁵ Daher muss der Verbraucher als Käufer die Unternehmereigenschaft des Verkäufers nachweisen.²⁹⁶ Hierzu haben unterschiedliche dogmatische Ansätze Einzug in die Literatur gefunden.

b) Indizienlösung

Bei der Indizienlösung werden die o.g. Merkmale als Indiz genommen, dass die Unternehmereigenschaft vorliegt. Hierfür werden Kriterienkataloge aufgestellt, die schematisch für die Beurteilung zu Grunde gelegt werden.²⁹⁷ Als Indizien werden meist die zuvor dargestellten Merkmale herangezogen und bei Vorliegen von einem oder meist mehrerer dieser Kriterien die Unternehmereigenschaft positiv festgestellt.²⁹⁸ Diese Indizienlösung wird durch die Literatur bevorzugt.²⁹⁹

c) Beweislastvariante

Teilweise wird auch über Beweiserleichterungen für den Verbraucher nachgedacht, da von ihm kein Vollbeweis verlangt werden könne, dass der andere Unternehmer ist.³⁰⁰ Von der Literatur wird dann teilweise ein Anscheinsbeweis für die Annahme unternehmerischen Handelns eingeräumt, wenn bspw. bei 50 durchgeführten Auktionen Neuwaren verkauft werden oder der Anscheinsbeweis als geführt gesehen, wenn bestimmte Indizien vorliegen, die typischerweise Belege

²⁹⁴ *Szczesny/Holthusen*, NJW 2007, 2586, 2589 f.

²⁹⁵ *Szczesny/Holthusen*, NJW 2007, 2586, 2590.

²⁹⁶ *Wiebe*, Internet-Auktionen, Kap. 4, Rz. 78.

²⁹⁷ *Rohlfing*, MMR 2006, 271, 272 f.

²⁹⁸ *Rohlfing*, MMR 2006, 271, 272 f.

²⁹⁹ *Rohlfing*, MMR 2006, 271, 272 mit zahlreichen Literaturnachweisen in Fußnote 17.

³⁰⁰ *Rohlfing*, MMR 2006, 271, 273.

unternehmerischen Handeln darstellen.³⁰¹

d) Vermutungsvariante

Bei Vorliegen bestimmter Faktoren wie dem Powersellerstatus nehmen andere Teile der Literatur dann gleich die Unternehmereigenschaft an und gestehen diesem dann nur mehr die Möglichkeit zu, diese Vermutung zu widerlegen.³⁰²

e) Sekundäre Beweislast/materiellrechtliche Lösung

Rohlfing zeigt, dass es solcher Konstruktionen nicht bedarf.³⁰³ Nachdem jede Partei darzulegen hat, dass die Tatbestände der Norm, auf die sie sich berufen, vorliegen, sollte es dem Verbraucher aufgrund der vorhandenen Erkenntnisquellen nicht schwer fallen, Tatsachen wie den Powersellerstatus oder die Anzahl der Bewertungen in den Prozess einzuführen.³⁰⁴ Bei Bestreiten der Unternehmereigenschaft muss der (vermeintliche) Unternehmer im Rahmen der ihm dann obliegenden sekundären Beweislast durch substantiierten Sachvortrag darlegen, warum das so ist, da der Verbraucher als eigentlich Darlegungsverpflichteter außerhalb des konkreten Geschehensablauf steht und auch selbst den Sachverhalt nicht weiter ermitteln kann, während der (vermeintliche) Unternehmer die hierfür erforderlichen Informationen hat oder zumindest leicht beschaffen kann.³⁰⁵ Der (vermeintliche) Unternehmer kann sich nicht einfach auf bloßes Bestreiten zurückziehen, sondern muss nach Maßgabe von Treu und Glauben im Einzelnen darlegen, dass die von ihm bestrittene Tatsache unrichtig ist, so dass der beweisbelastete Verbraucher den Beweis der Richtigkeit antreten kann.³⁰⁶

f) Zusammenfassende Stellungnahme

Diese Möglichkeiten sind in der Literatur umstritten. Ein Anscheinsbeweis kann nicht herangezogen werden, da dieser nur für Geschehensabläufe herangezogen werden kann und ein solcher, für die zu beweisende Tatsache nach der Lebenserfahrung typischer Geschehensablauf, der sich unter Berücksichtigung aller unstrittigen und festgestellten Einzelumstände und unter Berücksichtigung der besonderen Merkmale des Sachverhaltes ergibt, gerade nicht existiert.³⁰⁷ Für die Vermutungsvariante gibt es keine gesetzliche Grundlage.³⁰⁸ Es müsste aus einer tatbestandsfremden Tatsache, meist einem Indiz, vermutet werden können, dass das gesetzliche Tatbestandsmerkmal erfüllt ist.³⁰⁹ Diese Ansicht ist daher mit

³⁰¹ *Rohlfing*, MMR 2006, 271, 273.

³⁰² *Rohlfing*, MMR 2006, 271, 273.

³⁰³ *Rohlfing*, MMR 2006, 271, 274 f.

³⁰⁴ *Rohlfing*, MMR 2006, 271, 274.

³⁰⁵ *Rohlfing*, MMR 2006, 271, 274 f.

³⁰⁶ *Rohlfing*, MMR 2006, 271, 274 f.

³⁰⁷ *Rohlfing*, MMR 2006, 271, 274; *Szczesny/Holthusen*, NJW 2007, 2586, 2590; *Borges*, § 8, II. 2.

³⁰⁸ *Rohlfing*, MMR 2006, 271, 274.

³⁰⁹ *Rohlfing*, MMR 2006, 271, 274.

Rohlfing,³¹⁰, *Borges*³¹¹ und wohl auch *Szczesny/Holthusen*³¹² abzulehnen. Während *Borges* und *Rohlfing* auch den Indizienbeweis ablehnen und die materiellrechtliche Lösung bevorzugen³¹³, lehnen *Szczesny/Holthusen* diese ab, da dies nicht mit dem Verbraucherschutz in Einklang stehe, weil dem Verbraucher wieder die Beweislast obliegt, wenn der Unternehmer substantiiert vorträgt.³¹⁴

Das Plädoyer von *Szczesny/Holthusen* für den Indizienbeweis³¹⁵ überzeugt jedoch insb. dann nicht, wenn sie in Ihrer Zusammenfassung eine pauschale Beweiserleichterung zugunsten des Verbrauchers unter Verwendung fixer Indizienbeweise fordern, nach der eine Unternehmereigenschaft indiziert sein soll, wenn als Grenzen 150 Auktionen als Versteigerer insgesamt im Jahr, 100 Auktionen im gleichen Geschäftsfeld, 50 neuwertige Geschäftsgegenstände oder je mindestens 1.500 EUR Verkaufsumsatz in den letzten drei Monaten genannt werden.³¹⁶

Diese Grenzen sind vollkommen willkürlich eingeführt und werden auch nur leicht abgeschwächt, wenn sie zugestehen, dass der Verkäufer diese Indizien erschüttern könne, indem er die besonderen Umstände dartut, die gegen ein unternehmerisches Handeln sprechen oder wenn sie feststellen, dass auch unterhalb dieser Schwellenwerte bei Erfüllung von zusätzlichen Kriterien eine Unternehmereigenschaft indiziert sein kann.³¹⁷

Da stets die besonderen Umstände des Einzelfalls zu berücksichtigen sind, sofern keine gesetzlichen Regelungen für eine Beweiserleichterung bestehen, verbietet sich eine vereinfachend pauschalisierende Herangehensweise. Die materiellrechtliche Lösung ist daher, trotz der damit verbundenen Schwierigkeiten für den Verbraucher, zu bevorzugen.

III. Internetauktionen als Versteigerungen im Sinne des Fernabsatzrechts

1. Fernabsatzrichtlinie (FARL)

a) Einführung

Wie bereits dargestellt, soll die FARL einigermaßen einheitliche Voraussetzungen im Bereich des Verbraucherschutzes in den Ländern der EU schaffen. Einer der Punkte, der im Fernabsatz als kritisch für die Verbraucher angesehen wurde, ist die fehlende Möglichkeit, die das Erzeugnis vor Abschluss des Vertrages zu sehen.³¹⁸ Die FARL definiert in Artikel 2 Nr. 2 den Verbraucher und in Nr. 3 den

³¹⁰ *Rohlfing*, MMR 2006, 271, 274.

³¹¹ *Borges*, § 8, II. 2.

³¹² *Szczesny/Holthusen*, NJW 2007, 2586, 2590.

³¹³ *Borges*, § 8, II. 2.; *Rohlfing*, MMR 2006, 271, 274.

³¹⁴ *Szczesny/Holthusen*, NJW 2007, 2586, 2590.

³¹⁵ *Szczesny/Holthusen*, NJW 2007, 2586, 2590.

³¹⁶ *Szczesny/Holthusen*, NJW 2007, 2586, 2591.

³¹⁷ *Szczesny/Holthusen*, NJW 2007, 2586, 2591.

³¹⁸ Richtlinie 97/7/EG vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz; ABl. L 144 vom 4.6.1997, Erwägungsgrund (14).

„Lieferer“. In Artikel 3 dieser Richtlinie werden dann Ausnahmen festgelegt, u.a. in Absatz 1 unter dem 5. Spiegelstrich für Verträge, die bei einer Versteigerung geschlossen werden. Weitere Ausführungen zu Versteigerungen werden in der Richtlinie nicht gemacht. Vorgegangen war allerdings eine Begründung des Rates zu dem Gemeinsamen Standpunkt (EG) Nr. 19/95³¹⁹. Hier war die Ausnahmebestimmung für Versteigerungen erstmals enthalten. Hierzu wurde lediglich ausgeführt, dass die „praktischen Einzelheiten einer Versteigerung“ deren Ausschluss aus dem Anwendungsbereich der Richtlinie rechtfertigten.³²⁰

Als Schutzbestimmungen für den Verbraucher werden dem nationalen Gesetzgeber insb. eine vorherige Unterrichtung nebst schriftlicher Bestätigung und ein Widerrufsrecht zur Umsetzung aufgegeben. Beachtenswert sind in diesem Zusammenhang noch Artikel 12, nach dem der Verbraucher auf die Rechte, die ihm aufgrund der Umsetzung dieser Richtlinie in innerstaatliches Recht zustehen, nicht verzichten kann und Artikel 14, der festlegt, dass die Mitgliedsstaaten berechtigt sind, zur Sicherstellung eines höheren Schutzniveaus für die Verbraucher strengere Bestimmungen zu erlassen oder aufrecht zu erhalten. Die Richtlinie stellt es daher den Mitgliedsstaaten frei, von den Inhalten der Richtlinie abzuweichen, wenn dadurch ein höherer Verbraucherschutz erreicht wird.

b) Vorherige Unterrichtung

Nach Art. 4 FARL müssen dem Verbraucher rechtzeitig vor Abschluss des Fernabsatzvertrages die dort aufgezählten Informationen, deren kommerzieller Zweck nach Abs. 2 unzweideutig erkennbar sein muss, zur Verfügung gestellt werden. Zusätzlich wird in Art. 5 festgehalten, welche Informationen schriftlich oder auf einem anderen für ihn dauerhaft verfügbaren Datenträger zu liefern sind, soweit diese nicht bereits vor Vertragsschluss in dieser Form erteilt wurden.

c) Widerrufsrecht

Nach Art. 6 Abs. 1 FARL erhält der Verbraucher bei einem Fernabsatzvertrag ein Widerrufsrecht innerhalb von mind. sieben Werktagen, ohne dass er für die Ausübung des Widerrufsrecht Gründe benennen oder eine Strafzahlung leisten muss.

2. Umsetzung in nationales Recht

a) „Historisches“

Nachstehend wird der Gang der Gesetzgebung betrachtet, wie der Ausschluss für „Versteigerungen“ entsprechend Artikel 3 Abs. 1, 5. Spiegelstrich der FARL umgesetzt wurde. Es wird sich dabei zeigen, dass die unglückliche Art der Um-

³¹⁹ ABI. EG Nr. C 288/1 v. 30.10.1995.

³²⁰ ABI. EG Nr. C 288/1 v. 30.10.1995.

setzung lange Zeit zur Folge hatte, dass in Literatur und Rechtsprechung umstritten war, ob bei Onlineauktionen ein Widerrufsrecht ausgeschlossen ist.³²¹

b) Der Begriff der Versteigerung im Gesetzgebungsverfahren
aa) Gesetzesentwurf der Bundesregierung vom 14.01.2000322

Zur Umsetzung der FARL in nationales Recht übersandte die Bundesregierung den von ihr beschlossenen „Entwurf eines Gesetzes über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro“ am 14.01.2000 als „besonders eilbedürftig“,³²³ da die Umsetzung in nationales Recht bis zum 4.6.2000 erfolgen musste, an den Bundesrat. In diesem Entwurf wurden in Artikel 1, der das künftige Fernabsatzgesetz (FernAG) darstellt, unter § 1 Abs. 2 u.a. Tele- und Mediendienste als Fernkommunikationsmittel definiert. Dadurch wurde das Medium „Internet“ ausdrücklich in den Geltungsbereich einbezogen (im Gegensatz zur FARL mit einer nur beispielhaften Aufzählung im Anhang)³²⁴ In § 1 Abs. 3 wurden dann unter Nr. 7 c Verträge, die im Wege der Versteigerung geschlossen wurden, von diesem Gesetz ausgeschlossen. In der Begründung³²⁵ wurde auf Seite 38 nochmals dargelegt, dass die Vertriebsart „Fernabsatz“ dadurch gekennzeichnet ist, dass sich Anbieter und Verbraucher nicht physisch begegnen und der Verbraucher die Ware in der Regel nicht vor Vertragsschluss in Augenschein nehmen kann und auf Seite 39 dann ausdrücklich auch „Heimcomputer (Internet)“ als Medium des Fernabsatzes genannt.

Weiter wurde in der Gesetzesbegründung zu § 1 Abs 3. FernAG auf Seite 83 darauf hingewiesen, dass die Ausnahmen des Artikels 3 der FARL weitgehend wörtlich übernommen wurden. Auf Seite 90 wird der Ausschluss von Versteigerungen (sowohl die gerichtliche als auch die öffentliche Privatversteigerung) vom Anwendungsbereich der Vorschrift damit begründet, dass Versteigerungen im Wege des Fernabsatzes (z.B. im Internet) unangemessen behindert würden, wenn der Verbraucher hier ein Widerrufsrecht habe. Dies soll aber nur für Verträge gelten, bei denen „der Abschluss im unmittelbaren Anschluss an die Abgabe der Gebote durch virtuellen Zuschlag erfolgt“. Wenn das Gebot später angenommen wird, soll es sich hingegen um einen vom FernAG erfassten Vertragsschluss unter Abwesenden handeln. Was unter „virtuellem Zuschlag“ verstanden wird, wird nicht erläutert. Ob damit der Zuschlagsbegriff in einem untechnischen Sinne verstanden wurde oder ein online erteilter Zuschlag im Rechtssinne (§ 156 BGB), wird nicht deutlich, kann aber nach Ansicht des BGH dahingestellt bleiben.³²⁶

³²¹ Schlömer/Dittrich, BB 2007, 2129, 2131.

³²² BT-Drucksache 25/00.

³²³ BT-Drucksache 25/00 (Anschreiben Bundeskanzler an Bundesratpräsidenten).

³²⁴ Richtlinie 97/7/EG vom 20.05.1997 über den Verbraucherschutz bei Vertragsabschlüssen im Fernabsatz; ABl. L 144 vom 4.6.1997, Anhang I

³²⁵ BT-Drucksache 25/00, Seite 38 ff.

³²⁶ BGH MMR 2005, 37, 39.

Bei einer unveränderten Umsetzung dieses Entwurfes, wäre bei den heute gebräuchlichsten Onlineauktionen, wie sie u.a. bei eBay stattfinden, keine klare Rechtslage geschaffen worden, wenn man mit der Meinung des BGH³²⁷ und der herrschenden Meinung³²⁸ davon ausgeht, dass die bei eBay geschlossenen Verträge durch Angebot und Annahme gem. 145 ff. BGB zustande kommen. Denn die Annahme erfolgt bereits mit der Abgabe des Gebotes unter Berücksichtigung, dass der Anbietende eine Frist für die Annahme seines Angebotes nach § 148 BGB für den Meistbietenden zum Ablauf der Auktion gesetzt hat.³²⁹ Das Angebot wird also nicht erst später angenommen. Ob man von einem „virtueller Zuschlag“ durch den Zeitablauf ausgehen kann, wäre unklar, da der Gesetzgeber diesen nicht weiter erläutert hat. Ginge man von einem Zuschlag im Sinne des § 156 BGB aus, so wäre dies nicht der Fall, da die hierfür erforderliche Willenserklärung, also eine auf die Herbeiführung eines rechtsgeschäftlichen Erfolgs gerichtete Äußerung einer Person, fehlt.³³⁰ Lediglich bei Annahme einer untechnischen Beschreibung könnte man hier zu dem Ergebnis eines „virtuellen Zuschlages“ und damit dem klaren Ausschluss des Fernabsatzrechts. Am 17.02.2000 wurde in 1. Beratung der Gesetzesentwurf an verschiedene Ausschüsse unter Federführung des Rechtsausschusses überwiesen.³³¹

bb) Empfehlungen der Ausschüsse vom 12.04.2000³³²

Die Ausschüsse empfahlen dem Bundestag verschiedene Änderungen des Gesetzesentwurfes. U.a. wurde empfohlen, anstelle des generellen Ausschlusses der Anwendbarkeit des Fernabsatzrechts bei Versteigerungen in § 1 Abs. 3 Nr. 7 c) FernAbsG [SIC: es erfolgte eine Abkürzungsänderung] nur mehr einen Ausschluss des Widerrufsrecht bei Versteigerungen im Fernabsatz vorzusehen³³³ und die Informationspflichten beizubehalten. Technisch sollte dies durch Streichung von § 1 Abs. 3 Nr. 7 c) FernAbsG und Aufnahme in § 3 Abs 2 FernAbsG als Nr. 5 mit Änderung des Wortlautes vorgenommen werden, nachdem dieser nur mehr für Fernabsatzverträge, „die in der Form von Versteigerungen (§ 156 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) geschlossen werden“ gelten sollte.

Als Begründung nannte der Rechtsausschuss, dass die meisten sog. Internetversteigerungen keine Versteigerungen im Rechtssinne sind, da Versteigerungen im Rechtssinne nach § 156 BGB als ein Vertragsschluss, bei dem Angebot durch ein Gebot des einen Teils und die Annahme desselben durch den Zuschlag er-

³²⁷ BGH MMR 2005, 37, 38.

³²⁸ Borges/*Biallaß*, § 2 V. 2. mit zahlreichen Literaturnachweisen.

³²⁹ BGH MMR 2005, 37, 38.

³³⁰ BGH MMR 2005, 37, 38.

³³¹ Plenarprotokoll 14/87 17.02.2000 S. 8046D-8047A Beschluss: S. 8047A

³³² BT-Drucksache 14/3195.

³³³ BT-Drucksache 14/3195, Begründung Seite 30.

folgt, definiert sind.³³⁴ Sofern sich der andere Teil die Annahme trotz Zuschlag vorbehält, liegt keine Versteigerung im Rechtssinne vor, sondern ein Kaufvertrag gegen Höchstgebot, der auch nach dem Vorschlag des Regierungsentwurfes im vollen Umfang dem Fernabsatzgesetz unterliegen soll.³³⁵ Insb. das Widerrufsrecht mache eine echte Versteigerung im Fernabsatz unmöglich und daher soll diese Versteigerung daher nicht vollständig dem Fernabsatzgesetz unterworfen werden solle. Die Endgültigkeit des Zuschlages müsse als das Wesensmerkmal der Versteigerung auch bei einer Versteigerung im Fernabsatz erhalten bleiben.³³⁶ Da jedoch die Kunden regelmäßig keine Klarheit darüber haben, an welcher Art von Versteigerung sie teilnehmen, also ob an einer echten Versteigerung oder an einem als „Versteigerung“ deklarierten Kauf gegen Höchstgebot, der das erhöhte Risiko für den Kunden birgt, dass er die „ersteigerte Ware am Ende doch nicht erhalte“³³⁷, schlug der Ausschuss die o.g. vermittelnde Lösung vor. Die Fassung des Ausschusses wurde vom Bundestag am 13-04.2000 angenommen.³³⁸

cc) Weiterer verkürzter Verlauf der Gesetzgebung

Die Informationspflichten („vorherige Unterrichtung“) wurden zunächst in § 2, das Widerrufsrecht in § 3 Abs. 1 Satz 1 FernAbsG i. V.m. § 361a BGB a. F. umgesetzt. Im Rahmen der Schuldrechtmodernisierung wurde das FernAbsG aufgehoben und die Unterrichtung des Verbrauchers in § 312c BGB a.F. und die BGB-Infopflichtenverordnung, das Widerrufsrecht in § 312d BGB verschoben. Zuletzt wurde 2010 dann das Widerrufsrecht neu geordnet³³⁹ und damit die bislang nicht diskutierte Problematik, dass im Rahmen einer Onlineauktion es aufgrund der Art des Vertragsschlusses dem Verkäufer nicht möglich war, seiner Informationspflicht in Textform bei/vor Vertragsschluss Genüge zu tun, da er erst bei Ablauf der Auktionszeit erfährt, wer Käufer ist, beseitigt. Gleichzeitig wurden die Informationspflichten von der BGB-Informationspflichten-Verordnung in Art. 246 EGBGB übernommen, um eine höhere Rechtssicherheit zu erreichen.³⁴⁰

dd) Fazit

Es zeigt sich, dass auch bei unklarer Intension der Macher der FARL in Bezug auf Versteigerungen zumindest der deutsche Gesetzgeber bei der Umsetzung der Richtlinie Internetauktionen im Blick hatte, insb. bei den Beratungen in den Ausschüssen. Umso bedauerlicher ist daher, dass keine klare Festlegung getroffen wurde, welche Arten der Internetauktionen dem Fernabsatzrecht unterliegen

³³⁴ BT-Drucksache 14/3195, Begründung Seite 30.

³³⁵ BT-Drucksache 14/3195, Begründung Seite 30.

³³⁶ BT-Drucksache 14/3195, Begründung Seite 30.

³³⁷ BT-Drucksache 14/3195, Begründung Seite 30.

³³⁸ BT-Plenarprotokoll 14/99 13.04.2000 S. 9341D.

³³⁹ Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherkreditrichtlinie, des zivilrechtlichen Teils der Zahlungsdiensterichtlinie sowie zur Neuordnung der Vorschriften über das Widerrufs- und Rückgaberecht, BGBl. 2009 Teil I Nr. 49, S. 2355 ff.

³⁴⁰ Knuth, ZGS 2010, Ausgabe 6, 253, 260.

sollen und welche nicht. Der Verweis auf den Zuschlag nach § 156 BGB ist, insb. im Zusammenhang mit der Herleitung des Gesetzes, in dem von „virtuellen Zuschlag“ ohne weitere Erläuterung die Rede ist, handwerklich unglücklich.

Diese unglückliche Umsetzung führte zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit im Bereich der Internetauktionen.³⁴¹ Nimmt *Heiderhoff*³⁴² 2001 noch an, dass das Widerrufsrecht nach § 3 FernAbsG (§ 312d Abs. 4 Nr. 5 BGB) keine Anwendung auf Internetauktionen findet und begründet dies damit, dass unter Versteigerungen im Sinne des § 156 BGB sehr wohl auch Internetauktionen fallen können, da die vom Gesetzgeber gewünschte Bindung des Verkäufers grundsätzlich vorgesehen sei, so verkennt sie die maßgebliche Bedeutung des Zuschlages, wenn sie ausführt, dass unerheblich sei, dass anstelle des Zuschlages der Fristablauf tritt. Zustimmung kann man ihr, wenn sie feststellt, dass der Verbraucher schutzwürdig sei, da er einerseits in einen typischen Sog oder Rausch geraten kann, der zu verminderter Kontrolle beim Abschluss von Rechtsgeschäften führen kann und andererseits ein Informationsdefizit hat, da er vorher den Kaufgegenstand nicht sieht oder nur geschickt aufgenommene Bilder.³⁴³ Gerade die erstgenannte Problematik lag bspw. dem Urteil des LG Coburgs zugrunde, bei denen der Verkäufer angab, aus privater Einsamkeit „kaufsüchtig“ geworden zu.³⁴⁴

Hat der BGH im Jahr 2001 noch offen gelassen, ob er in einer Internetauktion in der Ausgestaltung, wie sie ricardo.de oder eBay anboten bzw. anbieten, eine Auktion im Sinne des § 156 BGB sieht,³⁴⁵ so hat er sich hierzu am 3.11.2004 klar positioniert und dies für eine eBay-Auktion verneint, da der Zuschlag als Voraussetzung des Vertragsschlusses gem. § 156 BGB eine Willenserklärung ist und ein bloßer Zeitablauf, mit dem eine Internetauktion endet, eben keine Willenserklärung ist und diese auch nicht zu ersetzen vermag.³⁴⁶ Zustimmung kann man dem BGH auch, wenn er festhält, dass der Gesetzgeber zulässigerweise dem Verbraucherschutz eine starke Stellung einräumen wollte als es im ersten Regierungsentwurf und in der FARL vorgesehen war, wenn er den Anwendungsbereich der Ausnahme für die Anwendbarkeit der FARL auf Auktionen nach § 156 BGB auf Empfehlung des Rechtsausschusses verengte.³⁴⁷ Und auch die Feststellung, dass der Schutzzweck des Widerrufsrechts in § 312d Abs. 1 gegen eine erweiternde Auslegung des § 312d Abs. 4 Nr. 5 spricht,³⁴⁸ ist begrüßenswert.

³⁴¹ *Wenzel*, NJW 2002, 1550, 1551.

³⁴² *Heiderhof*, MMR 2001, 640, 642.

³⁴³ *Heiderhof*, MMR 2001, 640, 642.

³⁴⁴ LG Coburg MMR 2007, 399, 400.

³⁴⁵ BGH NJW 2002, 363, 364.

³⁴⁶ BGH MMR 2005, 37, 38.

³⁴⁷ BGH MMR 2005, 37, 39.

³⁴⁸ BGH MMR 2005, 37, 40.

Unverständlich bleibt in diesem Zusammenhang die die historische Auslegung des BGH ablehnende Anmerkung *Spindlers*, wenn er behauptet, dass der Ausschuss zwar das Merkmal der Endgültigkeit des Zuschlages in den Vordergrund gestellt hat, „damit aber im Zusammenhang offensichtlich keineswegs allein die Zuschläge nach § 156 BGB gemeint“ habe.³⁴⁹ Diese „Offensichtlichkeit“ vermag er auch nicht mit seinen nachfolgenden Ausführungen begründen, was nicht verwundert, da es eben nicht offensichtlich ist, was letztendlich unter dem im Regierungsentwurf genannten virtuellen Zuschlag zu verstehen ist, welchen der Rechtsausschuss als wesentliches Element der Versteigerung sieht. Jedoch ist auch *Knuth* 2010 der Ansicht, dass die Terminologie „echte Versteigerung“ als Abgrenzungsmerkmal zum Kauf gegen Höchstgebot gemeint war.³⁵⁰ Sie möchte Internetauktionen ähnlich wie Versteigerungen nach § 156 BGB behandeln und demnach das Widerrufsrecht gem. § 312d Abs. 4 Nr. 5 BGB ausschließen. Nicht von der Hand zu weisen ist, wenn *Spindler* die teleologische Auslegung des BGH dahingehend kritisiert, dass das vom Senat als im Wesentlichen ins Feld geführte Argument, dass der Verbraucher bei einer Internetversteigerung die Ware nicht persönlich prüfen könne, sich keineswegs auf Versteigerungen beschränkt, die nicht vom § 156 BGB erfasst sind.³⁵¹ Dieser Grund tritt vielmehr auf alle Formen der Versteigerung zu, egal ob es sich um eine Versteigerung nach § 156 BGB handle oder durch Zeitablauf und dies vielmehr dafür spricht, dass alle Versteigerungsformen, die dieselbe Wirkung entfalten wie die Versteigerung nach § 156 BGB, gleich zu behandeln sind.³⁵²

Im Ergebnis überzeugt jedoch die Annahme eines Widerrufsrechtes eher, da damit dem Verbraucherschutz besser genüge getan wird.

E. AGB-Kontrolle

I. Einleitung

1. Vorbemerkung

Die nachstehende Darstellung zur AGB-Kontrolle im Allgemeinen ist bewusst kurz gehalten, da eine ausführliche Darstellung den Rahmen sprengen würde, füllen doch Rechtsprechung und Literatur zu allgemeinen Regelungen und einzelnen Klauseln, die sich zufällig in einem über das Internet geschlossenen Vertrag finden, Bände.³⁵³ Ergänzend zu den allgemeinen Ausführungen sollen einige der Klauseln dargestellt werden, die in Onlineauktionen auftauchen, deren Inhalt jedoch einer Prüfung nach den Vorschriften des BGB jedoch nicht standhält.

³⁴⁹ *Spindler*, Anmerkungen zu BGH MMR 2005, 37, 41.

³⁵⁰ *Knuth*, ZGS 2010, Ausgabe 6, 253, 256.

³⁵¹ *Spindler*, Anmerkungen zu BGH MMR 2005, 37, 42.

³⁵² *Spindler*, Anmerkungen zu BGH MMR 2005, 37, 42.

³⁵³ *Degen/Deister*, Rn. 205.

2. Historisches

Über lange Zeit war es vor allem die Rechtsprechung, die den Schutz gegen unangemessene AGB wahrgenommen hat.³⁵⁴ Anfang der 70er-Jahre wurde das Problem der Verbesserung des Schutzes der Verbraucher vor unangemessenen AGB in der breiten Öffentlichkeit diskutiert, nachdem zuvor die Bundesregierung entsprechende gesetzliche Maßnahmen angekündigt wurden und vom Justizministerium eine Arbeitsgruppe zur Erarbeitung eines Gesetzesvorschlages eingesetzt wurde.³⁵⁵ Nach längerem hin und her wurde das AGB-Gesetz dann im November 1976 beschlossen.³⁵⁶ 1993 hat dann der Rat der EG die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen erlassen.³⁵⁷ Seit der Umsetzung dieser Richtlinie sind die Vorschriften des ehemaligen AGB-Gesetzes, heute also der §§ 305 ff. BGB, richtlinienkonform auszulegen.³⁵⁸

II. Anwendungsbereich

1. Verträge zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher

a) Vorbemerkung

Nach § 310 Abs. 3 BGB wird der Anwendungsbereich der §§ 305 ff. BGB bei der Beteiligung eines Verbrauchers und eines Unternehmers nicht nur in vollen Umfang geöffnet, sondern dieser auch noch erweitert.

b) Fiktion des Stellens

Nach § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB gelten die AGB als vom Unternehmer gestellt, außer sie werden durch den Verbraucher in den Vertrag eingeführt. Dies bedeutet, dass auch AGB, die von niemanden gestellt im Sinne des § 305 Abs. 1 S. 1 BGB werden, dennoch als vom Unternehmer gestellt in den Vertrag einbezogen werden.³⁵⁹ Hauptziel dieser Vorschrift ist es, auch von dritter Seite formulierte Vertragsbedingungen der Inhaltskontrolle zu unterstellen.³⁶⁰

c) Vertragsbedingungen zur einmaligen Verwendung

§ 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB regelt, dass bei vorformulierten Vertragsbedingungen, auf deren Inhalt der Verbraucher aufgrund der Vorformulierung keinen Einfluss nehmen konnte, selbst dann im Zweifel bei der Auslegung zu Lasten des Verwenders auszulegen, wenn diese nur zur einmaligen Verwendung bestimmt sind. Zusätzlich gilt für diese vorformulierten Vertragsbedingungen die volle Inhaltskontrolle der §§ 307-309 und den internationalen Regelungen des Art. 46 b EGBGB.

³⁵⁴ MueKo/Basedow, Vorbemerkung zu § 305 BGB, Rn. 8.

³⁵⁵ MueKo/Basedow, Vorbemerkung zu § 305 BGB, Rn. 12.

³⁵⁶ MueKo/Basedow, Vorbemerkung zu § 305 BGB, Rn. 13.

³⁵⁷ RL 93/13/EWG über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen; ABl. EG Nr. L 95 S. 29.

³⁵⁸ MueKo/Basedow, § 310 BGB, Rn. 22.

³⁵⁹ MueKo/Basedow, § 310 BGB, Rn. 22.

³⁶⁰ Staudinger/Schlosser, § 310 BGB, vor Rn. 54.

Die praktische Bedeutung dieser Regelung ist wohl eher gering.³⁶¹ Eine besondere Bedeutung sieht *Schlosser* hier bei notariellen Verträgen, da hier praktisch keine Einflussnahme des Verbrauchers auf den Vertragsinhalt genommen werden kann.³⁶²

d) Beurteilung der unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB

Über § 310 Abs. 3 Nr. 3 BGB werden bei der Beurteilung einer unangemessenen Benachteiligung nach § 307 Abs. 1 und 2 BGB zusätzlich die den Vertragsabschluss begleitenden Umstände herangezogen. *Schlosser* nennt hierbei als Beispiele u.a. „Überrumpelungssituation, geschäftliche Unerfahrenheit, intellektuelles oder wirtschaftliches Ungleichgewicht der Vertragspartner, unlautere Art der Einflussnahme auf die Willensbildung des Verbrauchers, überraschender und intransparenter Inhalt der Klausel, wenn eine andere Vertragserwartung geweckt wurde.“³⁶³

2. Sondervorschriften

Über die weiteren Absätze des § 310 BGB werden Teile der AGB-Kontrolle für einzelne Konstellationen begrenzt. Hier soll nur erwähnt werden, dass die insb. die Klauselverbote der §§ 308 und 309 BGB bei Verträgen zwischen Unternehmern ebenso wenig Anwendung finden wie die Regelungen des § 305 Abs. 2 und 3 BGB zum Einbezug der AGB.

III. Inhaltskontrolle

1. Allgemeine Klauselkontrolle

Grundnorm der Inhaltskontrolle ist § 307 BGB,³⁶⁴ da sie das Grundprinzip, das den besonderen Klauselverboten der §§ 308, 309 BGB zugrunde liegt, formuliert.³⁶⁵ Nach § 307 Abs. 1 BGB sind Bestimmungen in AGB unwirksam, wenn sie den Vertragspartner des Verwenders entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligen. Diese Benachteiligung kann sich nach Satz 2 des § 307 Abs. 1 BGB auch daraus ergeben, dass die Bestimmung nicht klar und verständlich ist. § 307 Abs. 2 BGB legt zwei grundlegende Konstellationen hierfür fest:³⁶⁶ Nach der Nr. 1 ist von einer unangemessenen Benachteiligung auszugehen, wenn eine Bestimmung in den AGB mit wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren ist bzw. nach Nr. 2 wesentliche Rechte oder Pflichten, die sich aus der Natur des

³⁶¹ MueKo/Basedow, § 310 BGB, Rn. 22.

³⁶² Staudinger/Schlosser, § 310 BGB, Rn. 65.

³⁶³ Staudinger/Schlosser, § 310 BGB, Rn. 72.

³⁶⁴ Degen/Deister, Rn. 204.

³⁶⁵ Staudinger/Coester, § 307 BGB, Rn. 1.

³⁶⁶ Degen/Deister, Rn. 204.

Vertrages ergeben, durch die Bestimmung so eingeschränkt werden, dass die Erreichung des Vertragszweckes gefährdet ist.

Aufgrund seiner weitgreifenden, auch in Abs. 2 noch sehr unbestimmten Rechtsbegriffe, hat § 307 BGB den Charakter einer Generalklausel,³⁶⁷ der in sachlicher Hinsicht gegenüber den gesetzlichen Klauselverböten der §§ 308, 309 eine Aufangfunktion zukommt.³⁶⁸ Bei der Prüfungsreihenfolge gilt: Speziellere Regelung vor allg. Regelung, sofern nicht der Ausnahmetatbestand des § 307 Abs. 2 BGB erfüllt ist,³⁶⁹ nach dem die Absätze 1 und 2 sowie die §§ 308 und 309 BGB nur für Bestimmungen in AGB gelten, durch die von Rechtsvorschriften abweichende oder ergänzende Regelungen vereinbart werden. Formulierungen, die so ungewöhnlich sind, dass der Vertragspartner des Verwenders nicht mit Ihnen zu rechnen braucht, müssen hierbei jedoch überhaupt nicht geprüft werden, da diese bereits nach § 305c Abs. 1 BGB nicht Vertragsbestandteil werden können.³⁷⁰

Das OLG Hamburg hat bspw. erhebliche Bedenken³⁷¹ an der Zulässigkeit der nachstehenden Klausel geäußert: „Für Gebrauchtware gilt eine Gewährleistungsfrist von 1 Jahr. Sollten innerhalb dieses Zeitraums Funktionsstörungen auftreten, so erfolgt eine Ersatzlieferung oder eine Erstattung des Kaufpreises nur dann, wenn eine Reparatur nicht möglich oder wirtschaftlich nicht sinnvoll ist.“ Dazu führte es aus: „Darin, dass der Käufer bei Mängeln der Kaufsache von vornherein auf eine Reparatur verwiesen wird und eine Ersatzlieferung oder Erstattung des Kaufpreises nur erfolge, wenn die Reparatur wirtschaftlich nicht sinnvoll sei, dürfte eine Einschränkung des Wahlrechts nach § BGB § 439 Abs. BGB § 439 Absatz 1, BGB § 439 Absatz 3 BGB zu sehen sein. „Wirtschaftlich nicht sinnvoll“ kann auch nicht mit „unverhältnismäßigen Kosten“ gleichgesetzt werden, worauf die Ast. zu Recht hinweist. Damit könnte die Klausel gegen § 475 Abs. 1 BGB und zugleich gegen § 307 Abs. 1 BGB wegen unangemessener Benachteiligung des Kunden verstoßen.“³⁷²

2. Spezielle Klauselkontrolle

Sofern eine Klausel nicht bereits nach § 305c Abs. 1 BGB aus der Prüfung auszunehmen ist, kann zunächst nach § 309 BGB geprüft werden, da hier eine Vielzahl von Bestimmungen als unzulässig erklärt werden, ohne dass bei diesen Bestimmungen eine Wertungsmöglichkeit besteht, auch wenn Abweichungen von gesetzlichen Bestimmungen möglich wären. Bei diesen Bestimmungen nimmt der Gesetzgeber eine besondere Gefährlichkeit an.³⁷³ Hierbei ist eine Interessenabwägung, mittels derer man trotz typischer Benachteiligungswirkung zu

³⁶⁷ Staudinger/Coester, § 307 BGB, Rn. 9.

³⁶⁸ Staudinger/Coester, § 307 BGB, Rn. 8.

³⁶⁹ MueKo/Schmidt, § 307 BGB, Rn. 16.

³⁷⁰ Degen/Deister, Rn. 204.

³⁷¹ OLG Hamburg MMR 2007, 324, 324.

³⁷² OLG Hamburg MMR 2007, 324, 324.

³⁷³ Schulze/Schulte-Nölke, § 309 BGB, Rn. 3.

einer Wirksamkeit der Bestimmung kommen könnte, grundsätzlich versperrt.³⁷⁴

Als Beispiel für eine dieser Bestimmungen sei hier § 309 Nr. 6 BGB genannt, nach der eine Bestimmung in den AGB unwirksam ist, durch die dem Verwender für den Fall der Nichtabnahme oder verspäteten Abnahme einer Leistung, des Zahlungsverzuges oder für den Fall, dass der andere Vertragsteil sich vom Vertrag löst, Zahlung einer Vertragsstrafe versprochen wird. Eine Bestimmung, die hiergegen verstößt, findet sich recht häufig in den Angebotsbeschreibungen, wenn es heißt, dass Spaßbieter sich mit Abgabe eines Gebotes damit einverstanden erklären, einen festen Betrag oder prozentualen Teil des Verkaufspreises zu zahlen. Hierzu hat das Kammergericht festgestellt: „Dies - nämlich die Vereinbarung einer Vertragsstrafe - soll nach dem Willen des Gesetzgebers nur aufgrund einer individuellen Vereinbarung in zulässiger Weise geschehen können, die gerade nicht (nur) in Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten ist.“³⁷⁵

Ebenfalls unwirksam sind Bestimmungen in AGB, die in §308 BGB aufgeführt werden. Anders als bei den Bestimmungen, die § 309 BGB nennt, besteht bei diesen Bestimmungen jedoch eine Wertungsmöglichkeit, das heißt, dass sich diese Klauseln unbestimmter Rechtsbegriffe bedienen, die erst vom Gericht wertend ausgefüllt werden müssen.³⁷⁶ Maßstab für diese Wertung ist im Wege einer umfassenden Interessenabwägung § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2.³⁷⁷ Die hier genannten Klauseln dienen typischerweise den Interessen des Verwenders und schaffen gleichzeitig eine besondere Gefahrenlage für die andere Vertragspartei.³⁷⁸ Ob die Klausel unwirksam ist, ergibt erst eine Einzelfallprüfung.³⁷⁹

F. Ausblick/Fazit

I. Ausblick

In seiner Sitzung vom 23.06.2011 hat das Europäische Parlament in erster Lesung die legislative Entschließung über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher (KOM (2008)0614 – C6-0349/2008 – 2008/0196(COD)) getroffen.³⁸⁰ Mit dieser sog. Verbraucherrichtlinie (abgekürzt: „VRRL“) wird, sofern diese vom Rat angenommen wird, auch die bereits vorgestellte Fernabsatz-Richtlinie aufgehoben. Hierdurch soll in Teilen des Verbraucherschutzrechtes eine Vollharmonisierung erreicht werden, um die Rechtssicherheit für Verbraucher und wie Gewerbetrei-

³⁷⁴ Schulze/Schulte-Nölke, § 309 BGB, Rn. 3.

³⁷⁵ KG Berlin BeckRS 2009, 27112.

³⁷⁶ Degen/Deister, Rn. 204

³⁷⁷ Schulze/Schulte-Nölke, § 308 BGB, Rn. 1.

³⁷⁸ Schulze/Schulte-Nölke, § 308 BGB, Rn. 1.

³⁷⁹ Schulze/Schulte-Nölke, § 308 BGB, Rn. 1.

³⁸⁰ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+20110623+SIT-03+DOC+WORD+V0//DE&language=DE> (Direktzugriff auf Worddatei; abgerufen am 28.06.2011).

bende zu erhöhen³⁸¹ und die aus der Rechtszersplitterung sich ergebenden Hindernisse zu beseitigen.³⁸² Im Rahmen der VRRL werden u.a. neben dem Fernabsatzvertrag auch der Verbraucher³⁸³ und der Gewerbetreibende³⁸⁴ als dessen Gegenüber sowie der Begriff der „öffentlichen Versteigerung“³⁸⁵ definiert. Insbesondere stellt künftig klar, dass eine Auktion, wie sie bei eBay stattfindet, keine „öffentliche Versteigerung“, die ein Widerrufsrecht nach den neuen Vorschriften ausschließen würde³⁸⁶, darstellt, da hier auf eine Verkaufsmethode, bei der der Gewerbetreibende Verbrauchern, die der Versteigerung persönlich beiwohnen oder denen diese Möglichkeit gewährt wird, Waren oder Dienstleistungen anbietet. Auch der Erwägungsgrund 24 der VRRL stellt dies in Satz 4 deutlich fest: „Die Verwendung von Online-Auktionsplattformen, die Verbrauchern und Gewerbetreibenden zu Versteigerungszwecken zur Verfügung stehen, sollten nicht als öffentliche Versteigerungen im Sinne dieser Richtlinie gelten.“ Zusätzlich wird eine in diesem Zusammenhang erwähnenswerte einheitliche Widerrufsfrist von 14 Tagen geschaffen.³⁸⁷ Interessant ist hier noch, dass der ursprüngliche Entwurf der Kommission³⁸⁸ getrennte Definitionen von Versteigerungen (Art. 2 Nr. 15) und öffentlichen Versteigerungen (Art. 2 Nr. 16) vorsah und in der Folge auch eBay-Auktionen vom Widerrufsrecht ausgeschlossen worden wären (Art. 19, h)!

II. Fazit

Gab es durch die Umsetzung der Fernabsatz-Richtlinie in deutsches Recht und der auch schon vorherig fehlenden Definition der Versteigerung im europäischen Recht in Literatur und Rechtsprechung große Wirrungen, wie Internet-Auktionen einzustufen sind, so hat die deutsche Rechtsprechung durch das wegweisende *ricardo.de-Urteil*³⁸⁹ hier 2001 eine deutliche Richtung vorgegeben und zunächst klargestellt, dass mangels eines Zuschlages kein Vertragsschluss nach § 156 BGB vorliegt, sondern ein Vertrag nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 145 ff. BGB zustande kommt³⁹⁰ und es sich beim Einstellen einer Auktion um eine auf Abschluss eines Vertrages gerichtete Willenserklärung und nicht um eine bloße *invitatio ad offerendum* handelt.³⁹¹ Ließ der BGH hier noch offen, ob das Einstellen der Auktion als ein Angebot oder eine vorweggenommene Annahme zu qualifizieren ist³⁹², so hat er dies – insb. aufgrund der entsprechenden AGB von eBay,

³⁸¹ VRRL, Erwägungsgrund 6.

³⁸² VRRL, Erwägungsgrund 7.

³⁸³ VRRL, Art. 2, (1).

³⁸⁴ VRRL, Art. 2, (2).

³⁸⁵ VRRL, Art. 2, (13).

³⁸⁶ VVRL, Art. 16, 1. k)

³⁸⁷ VRRL, Art. 9, 1.

³⁸⁸ KOM/2008/0614 endg. - COD 2008/0196.

³⁸⁹ BGH NJW 2002, 363 ff.

³⁹⁰ BGH NJW 2002, 363, 364.

³⁹¹ BGH NJW 2002, 363, 364.

³⁹² BGH NJW 2002, 363, 364.

die heute in entsprechender Form üblicherweise bei Onlineauktionen verwendet werden – dann im Jahr 2004 klar entschieden und festgestellt, dass es sich hierbei um ein Angebot handelt.³⁹³ Ebenfalls darf angenommen werden, dass entsprechend der Auslegungslösung jeder Nutzer weiß, dass auch die anderen Nutzer die AGB akzeptiert haben und der Inhalt der AGB was den Vertragsschluss anbelangt, bindend für die Beteiligten ist. Auch die durch Literatur und Rechtsprechung herangezogenen Kriterien gewerblichen Handelns sind nach wie vor aktuell, wie das Urteil des OLG Hamm vom 15.03.2011 zeigt, wenn dort festgestellt wird, dass die Beklagte Unternehmerin im Sinne von § 14 BGB ist und dies mit der Anzahl der angebotenen Artikeln, der Anzahl der Bewertungen und der Art der Angebotsdarstellung begründet wird.³⁹⁴

Wenn *Tacou* 2009 zu dem „Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher“³⁹⁵ zunächst provozierend fragt, ob es sich hier um Verbraucherschutz auf hohem Niveau oder [eine] Mogelpackung [handelt],³⁹⁶ so ist ihm in seiner abschließenden Feststellung, dass der Vorschlag insgesamt auf europäischer Ebene das Verbraucherschutzniveau erhöht,³⁹⁷ zustimmen. Besonders begrüßenswert ist es, dass künftig innerhalb der EU einheitliche Definitionen gelten, wer Verbraucher, wer Gewerbetreibender und was unter einer öffentlichen Versteigerung zu verstehen ist. Dies hat auch Auswirkungen auf das BGB, da aufgrund der Vollharmonisierung diese Definitionen unverändert umzusetzen sind und auch keine strengeren oder weniger strengen Rechtsvorschriften zur Gewährleistung eines anderen Verbraucherschutzniveaus zulässig sind.³⁹⁸ Dadurch, dass Internetauktionen in der Ausgestaltung, wie sie derzeit üblich sind, nicht als öffentliche Versteigerungen eingestuft werden und so keine Ausnahmegesetzgebung bezüglich eines Widerrufsrechtes gilt, wird der Verbraucherschutz bestärkt. Die Befürchtungen, die *Föhlisch* nach dem Bekanntwerden des Vorschlags der Kommission hegte, dass der Verbraucher bei Internetauktionen kein Widerrufsrecht mehr haben solle³⁹⁹, haben sich daher durch die zwischenzeitlich erfolgten Änderungen nicht bestätigt.

Sofern nicht der Rat nicht noch einen Strich durch die Rechnung macht, wird der Verbraucherschutz bei Internetauktionen – aus deutscher Sicht – nicht nur gewahrt bleiben, sondern durch klare gesetzliche Bestimmungen verbessert werden, wenn der deutsche Gesetzgeber nicht wieder im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens Änderungen vornimmt, die zu neuen Unsicherheiten führen.

³⁹³ BGH NJW 2005, 53, 54.

³⁹⁴ OLG Hamm BeckRS 2011, 08082.

³⁹⁵ KOM(2008) 614. endg.

³⁹⁶ *Tacou*, ZRP 2009, 140, 140.

³⁹⁷ *Tacou*, ZRP 2009, 140, 143.

³⁹⁸ VRRL, Art. 4

³⁹⁹ *Föhlisch*, MMR 2009, 75, 80.

Was die Richtlinie jedoch nicht zu regeln vermag, ist die eindeutige Abgrenzung, ab wann ein Verkäufer Unternehmer bzw. künftig Gewerbetreibender ist, da auch nach Art. 2 (2) VRRL auf das Handeln mit einem Zweck, der der gewerblichen, geschäftlichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit des Gewerbetreibenden zugerechnet werden kann, abzielt. Hier wird auch weiterhin auf die durch die Rechtsprechung und Literatur entwickelten Kriterien zur Annahme der gewerblichen Tätigkeiten zurückgegriffen werden müssen.

Erklärung:

Ich versichere an Eides Statt, dass ich die Bachelorarbeit selbstständig und nur unter Verwendung der angegebenen Quellen und Hilfsmittel angefertigt und die den benutzten Quellen wörtlich oder inhaltlich entnommenen Stellen als solche kenntlich gemacht habe. Die Arbeit hat in gleicher oder ähnlicher Form noch keiner anderen Prüfungsbehörde vorgelegen. Ich erkläre mich hiermit einverstanden, dass die Arbeit auf Verlangen des Prüfenden mit Hilfe eines Plagiatserkennungsprogrammes auf ggf. enthaltene Plagiate überprüft wird.

Stuttgart, den

Hubert Mayer