



I-4 U 92/14

43 O 15/14

Landgericht Essen

Vollstreckbare Ausfertigung



Verkündet am 23.10.2014

Decker, Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

Oberlandesgericht Hamm

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit



der
vertreten durch den Geschäftsführer

Klägerin und Berufungsklägerin,

Prozessbevollmächtigter: Rechtsanwalt

g e g e n

Beklagte und Berufungsbeklagte,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte

hat der 4. Zivilsenat des Oberlandesgerichts Hamm
auf die mündliche Verhandlung vom 23.10.2014
durch den Vorsitzenden Richter am Oberlandesgericht Lopez Ramos, die Richterin am
Oberlandesgericht Siemers und den Richter am Oberlandesgericht Sohlenkamp

für Recht erkannt:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 6. Juni 2014 verkündete Urteil der 3. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Essen abgeändert.

Die Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 865,00 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 31.12.2013 zu zahlen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe

I.

Gemäß §§ 313a Abs. 1, 540 Abs. 2 ZPO wird von der Darstellung des Tatbestandes abgesehen.

II.

Die zulässige Berufung ist begründet.

Denn die zulässige Klage ist begründet.

Der Klägerin steht ein Anspruch auf Ersatz der durch die Abmahnung vom 20.12.2012 entstandenen anwaltlichen Kosten, deren Höhe zwischen den Parteien nicht in Streit steht, aus §§ 280 Abs. 1, Abs. 3, 281 Abs. 1 S. 1, 249 Abs. 1, 250 S. 2 BGB, und zwar nebst Zinsen aus §§ 286, 288 Abs. 1 S. 2 BGB, zu, nachdem die Beklagte den Anspruch der Klägerin mit dem Schreiben vom 30.12.2013 dem Grunde nach in Abrede gestellt hat.

Der Klägerin stand ursprünglich ein Freistellungsanspruch aus §§ 12 Abs. 1 S. 2 UWG, 257 BGB gegen die Beklagte zu.

Denn die von ihr ausgesprochene Abmahnung war berechtigt.

1.

Der Klägerin stand die notwendige Abmahnbefugnis aus § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG zu. Denn die Parteien standen mit dem Angebot von Kleidungsstücken im Internet in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis zueinander (§ 2 Abs. 1 Nr. 2 UWG).

Der Abmahnbefugnis der Klägerin steht der Einwand des Rechtsmissbrauchs nach § 8 Abs. 4 UWG nicht entgegen (zum Begriff u.a. BGH GRUR 2002, 260 - *Vielfachabmahner*; Senat, GRUR-RR 2005, 141, 142; *Köhler/Bornkamm*, 32. Aufl., § 8 UWG, Rn. 4.10ff). Darlegungs- und beweispflichtig für die Voraussetzungen des § 8 Abs. 4 UWG ist der Verletzer, mithin hier die Beklagte (vgl. BGH, GRUR 2001, 178 - *Impfstoffversand an Ärzte*; GRUR 2006, 243 - *MEGA-Sale*; *Köhler/Bornkamm*, 32. Aufl., § 8 UWG, Rn. 4.25). Der erstmals in der Berufungsinstanz erhobene Vorwurf ist seitens der Beklagten jedoch nicht ansatzweise substantiiert dargetan worden.

2.

Das Angebot der Beklagten auf der Verkaufsplattform Ebay stellt ein geschäftliches Handeln dar, das gemäß Nr. 23 des Anhangs zur § 3 Abs. 3 UWG unzulässig war.

Denn die Beklagte trat hierbei als Verbraucher auf, obwohl sie als Unternehmer (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG) tätig war.

Eine unternehmerische (gewerbliche) Tätigkeit, an die im Sinne eines effektiven Verbraucherschutzes keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen, setzt (lediglich) eine auf eine gewisse Dauer angelegte, selbstständige wirtschaftliche Betätigung voraus, die darauf gerichtet ist, Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt zu vertreiben (BGH, GRUR 2009, 871 - *Ohrclips*; Senat, MMR 2013, 717; Beschluss vom 05.01.2012 - 4 U 161/11; MMR 2011, 537). Die auf Dauer angelegte und damit planmäßige Tätigkeit ist abzugrenzen von einer bloß ab und an erfolgenden, sich also in gelegentlichen Geschäftsakten erschöpfenden Tätigkeit (Senat, MMR 2011, 537). Verkäufe aus Privatvermögen, mögen sie auch einen gewissen Umfang erreichen (z.B. Haushaltsauflösung), begründen daher zwar zumeist keine Unternehmereigenschaft (Senat, MMR 2011, 537). Es ist jedoch keinesfalls zwingend, Verkäufe aus Privatvermögen regelmäßig dem nicht-unternehmerischen Bereich zuzuordnen (OLG Frankfurt, Beschluss vom 04.07.2007 - 6 W 66/07 -, juris). Eine Gewinnerzielungsabsicht ist für die Annahme einer gewerblichen Betätigung im hier entscheidenden Sinne - entgegen der Ansicht der Beklagten - ohnehin nicht erforderlich (Palandt/Ellenberger, BGB, 73. Aufl., § 14 Rdnr. 2).

Ob ein Anbieter von Waren auf einer Internetplattform wie Ebay solchermaßen gewerblich oder im privaten Bereich handelt, ist aufgrund einer Gesamtschau der relevanten Umstände zu beurteilen (Senat, Beschluss vom 05.01.2012 – 4 U 161/11 –, juris; MMR 2011, 537). Für eine gewerbliche Betätigung können dabei vor allem der wiederholte Handel mit gleichartigen, insbesondere auch neuen Gegenständen (Senat, MMR 2013, 717), das Angebot erst kurz zuvor erworbener Waren (Senat, MMR 2011, 537), eine ansonsten gewerbliche Tätigkeit des Anbieters (Senat, MMR 2011, 537) oder Verkaufsaktivitäten für Dritte (Senat, MMR 2011, 537) sprechen. Auch die Anzahl der getätigten Verkäufe oder die Zahl der vorliegenden Bewertungen durch Käufer – als Indiz für die Anzahl der getätigten Verkäufe – können von Bedeutung sein (Senat, MMR 2013, 717).

a)

Dementsprechend ist das mit der in Rede stehenden Abmahnung beanstandete Handeln der Beklagten auf der Grundlage der vorgelegten Dokumentation ihrer Verkaufstätigkeit auf der Internetplattform Ebay als gewerblich einzustufen.

Hierfür spricht vor allem und entscheidend, dass die Beklagte noch am 13.12.2013, mithin kurz vor der Abmahnung, insgesamt 52 laufende Angebote (Anlage A2 – Bl. 7ff. d.A.) eingestellt hatte. Hierbei handelte es sich um überwiegend gleichartige, insbesondere neue Produkte. Das Angebot der Beklagten umfasste unter anderem 12 ausdrücklich als „NEU“ bezeichnete Blusen, und zwar bis auf eine Ausnahme der Marke Esprit. 10 davon hatten einen zumindest ähnlichen Schnitt. Hinzu kamen insgesamt 20 Taschen/Rucksäcke, die mit zwei Ausnahmen durchweg explizit als „NEU!!!“ angeboten wurden. Bis auf eine Abendtasche handelte es sich um eher als „sportlich“ zu bezeichnende Modelle unterschiedlicher Marken. Ferner fanden sich 5 „SEXY – Gogo“ - Bekleidungsstücke (Korsage, Minikleid, Stiefel), die ebenfalls als „NEU“ ausgewiesen waren. Neben 3 weiteren Artikeln „Herren Hemd – Slim Fit – S – NEU“ umfasste das Angebot sodann noch 6 weitere ebenso als „NEU“ gekennzeichnete Bekleidungsartikel.

Schon in Anbetracht dieses beachtlichen Angebots an neuen Bekleidungsstücken und Taschen respektive Rucksäcken am 13.12.2013 liegt eine planmäßige Verkaufstätigkeit auf der Hand. Denn der Umfang der angebotenen Artikel geht deutlich über die üblicherweise in einem Privathaushalt vorhandenen Mengen an Neuware hinaus. Soweit die Beklagte inzwischen in Abrede stellt, dass es sich bei den Taschen tatsächlich um Neuware gehandelt habe, ist ihr Vorbringen nicht erheblich. Denn es

steht ihrem eigenen Angebotstext diametral entgegen. Auch wenn die Taschen nach gelegentlichem Gebrauch noch „wie neu“ – so die Formulierung der Beklagten in ihrer persönlichen Anhörung im Senatstermin - ausgesehen haben mögen, wären sie damit dennoch nicht „NEU“, sondern allenfalls „wie neu“ gewesen.

Hinzu kommt, dass auch das Bewertungsprofil der Beklagten als Verkäuferin für das vorangegangene Jahr 2013 für eine auf Dauer angelegte Verkaufstätigkeit spricht. Immerhin finden sich 50 Bewertungen (Anlage B2 – Bl. 40ff. d.A.), und zwar überwiegend für diverse Bekleidungsstück. Neben 10 weiteren Blusen, 6 weiteren Artikeln unter der Bezeichnung „SEXY-Gogo“ und 4 weiteren Taschen werden dort diverse weitere Bikinis, Badeanzüge, Hosen etc. der Marke Esprit bewertet.

b)

Demgegenüber hat die Beklagte keine erheblichen Umstände vorgetragen, denen zu entnehmen wäre, dass sie tatsächlich keinen gewerblichen Zweck verfolgte.

Vielmehr ist sie schon eine plausible Erklärung zur Herkunft wie zu den Umständen des Erwerbs der angebotenen Ware schuldig geblieben. Die „lapidare“ Begründung, diese hätte sich im Laufe der Zeit angesammelt, ist jedenfalls im Hinblick auf ihre Angebotspalette vom 13.12.2013 ebenso wenig plausibel wie substantiiert. Die Beklagte und ihr Ehemann mögen schon immer besonders konsumfreudig gewesen sein. Das erklärt jedoch nicht ohne weiteres den Vorrat an immerhin 12 weitgehend gleichartigen Blusen, 3 Herrenhemden und 20 Taschen bzw. Rucksäcken ähnlichen Stils. Der nach der Schilderung der Beklagten anstehende Antritt eines Ausbildungsverhältnisses als Bankkauffrau macht in der Regel nicht den Kauf einer solchen Menge von Blusen, geschweige denn von 20 Taschen und erst Recht nicht von 3 Herrenhemden oder diverser „SEXY-Gogo“-Artikel notwendig. Eine solche Tätigkeit mag das Tragen frischer Blusen und damit einhergehend den täglichen Wechsel dieses Kleidungsstückes erfordern. Dies erklärt jedoch auch unter Berücksichtigung des nach eigener Schilderung ausgeprägten Modebewusstseins der Beklagten nicht ohne weiteres die vorherige einmalige Anschaffung einer solchen Vielzahl, geschweige denn den Kauf von sogar – so die eigenen Angaben der Beklagten in ihrer persönlichen Anhörung im Senatstermin – 40 bis 50 Blusen. Dies gilt umso mehr, als die Beklagte nach eigenen Angaben bereits zum damaligen Zeitpunkt unter Gewichtsschwankungen litt und demzufolge damit rechnen musste, die Kleidungsstücke nicht mehr tragen zu können.

Eine überzeugende Erklärung für den nachfolgenden Verkauf der nach wie vor neuen Ware fehlt ebenfalls. Die Gewichtsschwankungen der Beklagten vermögen noch den Verkauf von gebrauchten Bekleidungsstücken in nicht mehr passenden Konfektionsgrößen, nicht jedoch plausibel den Umstand zu erklären, dass die im Hinblick auf das anstehende Anstellungsverhältnis im Jahr 2008 angeschafften Blusen tatsächlich gar nicht getragen, sondern erst im Jahre 2013, mithin fünf Jahre später verkauft wurden. Eine Begründung für den Verkauf der übrigen gleichermaßen neuen Ware fehlt ohnehin. Bei Handtaschen mag es sich um modische Accessoires handeln, jedoch nur, wenn sie auch tatsächlich getragen werden. Dass die modebewusste Beklagte über Jahre hinweg Taschen, die ihr nach eigenem Bekunden beim Kauf durchaus gut gefielen, über längere Zeit ungenutzt einlagert, ist nicht ohne weiteres einleuchtend. Warum auch alle drei Herrenhemden niemals getragen wurden, ist ebenso unerfindlich. Dass es sich von vorneherein um einen „Fehlkauf“ gehandelt hatte, trägt die Beklagte selbst nicht vor. Wenn die Hemden ihrem Ehemann – so ihre Erklärung in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht - nicht mehr passten, setzt dies voraus, dass er sie zunächst (passend) getragen hatte. Dann wären sie jedoch nicht mehr neu gewesen.

Letztlich räumt die Beklagte selbst ein, dass sie sich durch ihre Verkaufstätigkeit eine Einnahmequelle verschaffen wollte, wenn sie im Rahmen ihrer persönlichen Anhörung durch das Landgericht ausführt, die Zeit ihrer Arbeitslosigkeit dazu genutzt zu haben, „bei Ebay zu kaufen und zu verkaufen“.

3.

Da es sich bei Tatbeständen des Anhangs zu § 3 Abs. 3 UWG um Per-se-Verbote handelt, kommt es auf die geschäftliche Relevanz nicht an (*Köhler/Bornkamm*, UWG, 32. Aufl., Anh zu § 3 III Rn. 0.10)

4.

Die Wiederholungsgefahr wurde aufgrund des bereits verwirklichten Verstoßes tatsächlich vermutet (*Köhler/Bornkamm*, 31. Aufl., § 8 UWG, Rn. 1.33).

III.

Die Entscheidungen zur Kostentragung und vorläufigen Vollstreckbarkeit beruhen auf den §§ 91 Abs.1, 708 Nr. 10, 711, 713 ZPO.

Lopez Ramos

Siemers

Sohlenkamp

Ausgefertigt

Decker, JBe
Decker, Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Vorstehende Ausfertigung wird dem
Wagon zum Zwecke der
Zwangsvollstreckung erteilt.

Hamm, den 1. NOV. 2014

Decker, JBe
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle
des Oberlandesgerichts

