

# Unternehmer bei eBay

## Eigener Leitsatz:

Ein gewerblicher Handel auf der Auktionsplattform eBay ist zu bejahen, wenn bereits 60 Kundenbewertungen aus einem Jahr vorliegen sowie 250 neue Akkus gleicher Art angeboten wurden.

## Oberlandesgericht Hamm

Urteil vom 17.01.2013

Az.: 4 U 147/12

## Tenor:

Auf die Berufung der Klägerin wird das am 20. Juli 2012 verkündete Urteil der 12. Zivilkammer – Kammer für Handelssachen – des Landgerichts Bochum abgeändert:

Der Beklagte wird verurteilt, an die Klägerin 859,80 EUR nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 05.04.2012 zu zahlen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

## Gründe:

### I.

Die Klägerin vertreibt über das Internet Batterien, Akkus und Elektronikprodukte im Groß- und Einzelhandel. Der Beklagte bot auf der Internetplattform eBay unter der Verkäuferbezeichnung „t“ insgesamt 250 Akkus B AAA Micro 800mAh dect HR03 als neu in verschiedenen Verpackungen an, so auch in Zweierpacks zum Preis von 1,99 € (Anlage K 2 –Bl.15 ff.). In der Beschreibung

dieses Angebots wies der Beklagte jeweils darauf hin, dass auch größere Mengen möglich seien (Bl.17).

Im Rahmen der Internetangebote des Beklagten fand sich folgender Hinweis: „Nun noch das Übliche: Privatverkauf: keine Garantie bzw. Gewährleistung, kein Rückgaberecht.“

Die Klägerin mahnte den Beklagten mit Schreiben vom 19. März 2012 (Anlage K 3 –Bl.42 ff.) ab, weil dieser auf der Auktionsplattform die Kaufangebote eingestellt hätte, ohne beispielsweise Informationen über die Anbieterkennzeichnung und das Widerrufsrecht der Käufer zu erteilen. Ungeachtet der Tatsache, dass er sich als privater Verkäufer bezeichnet hatte, stufte die Klägerin ihn wegen Art und Umfang seiner Angebote als Unternehmer ein.

Der Beklagte stellte mit Anwaltsschreiben vom 28. März 2012 (Anlage K 4 –Bl.46 ff.) ein gewerbliches Handeln und einen Wettbewerbsverstoß in Abrede, gab aber zur Klaglosstellung eine Unterlassungserklärung ab (Bl.49).

Mit der Klage hat die Klägerin die Erstattung der Anwaltskosten in Höhe von 859,80 € netto begehrt, die ihr ihre Prozessbevollmächtigten mit der Gebührenrechnung vom

11. April 2012 (Anlage K 5 -Bl.51) in Rechnung gestellt haben. Dabei ist ein Gegenstandswert von 20.000,- € und eine Gebühr von 1,3 zugrunde gelegt worden.

Die Klägerin hat sich zum Umfang der Verkaufstätigkeit des Beklagten auf ein eBay Seller History Tool (Anlage K 2a -Bl.19 ff.) und die auf der Auktionsplattform eingestellten Bewertungsprofile (Anlage K 2b –Bl.27 ff.) bezogen. Als Indiz für die Unternehmereigenschaft des Beklagten hat sie die große Anzahl der zum Verkauf gestellten neuen gleichartigen Akkus angesehen. Für dessen gewerbsmäßiges Handeln spreche es insbesondere auch, dass er die bei ihm vorhandenen 250 Akkus nicht in einem Paket, sondern in Zweierpacks angeboten habe, um einen höheren Erlös zu erzielen. Für das Zweierpack habe er

zudem einen „Sonderversand zu 2 €“ angeboten, obwohl ihm tatsächlich nur Versandkosten in Höhe von 1,45 € entstanden seien.

Die Anwaltskosten seien auch der Höhe nach gerechtfertigt, insbesondere sei der Gegenstandswert von 20.000,- € nicht zu beanstanden. Die Klägerin meint, ihr stehe auch ein Anspruch auf Zahlung der Kosten zu, nachdem der Beklagte mit der Erstattung in Verzug geraten sei. Nur hilfsweise hat die Klägerin die Freistellung von den Kosten gegenüber ihren Prozessbevollmächtigten begehrt.

*Die Klägerin hat beantragt,*

den Beklagten zu verurteilen, an sie 859,80 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 4. April 2012

zu zahlen,

hilfsweise,

den Beklagten zu verurteilen, sie in Höhe von 859,50 € aus der Rechnung der Rechtsanwälte E, T, B vom 11.04.2012 freizustellen.

*Der Beklagte hat beantragt,*

die Klage abzuweisen.

Er hat gemeint, dass er nicht gewerblich gehandelt habe und es deshalb schon an einem Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien fehle. Er hat behauptet, die Akkus stammten aus einem Fehlkauf seines Arbeitgebers und hätten an sich entsorgt werden sollen. Da er die Akkus für die Beschäftigung mit Modellspielzeugen in seiner Freizeit habe verwenden wollen, habe er seinen Arbeitgeber gebeten, sie ihm zu diesem Zweck unentgeltlich zu überlassen. Er habe dann aber feststellen müssen, dass die Modellspielzeuge mit solchen Akkus mit einer Spannung von 800 mAh entgegen seiner Erwartung nur wesentlich

kürzer als mit den bisher verwendeten Akkus mit einer Spannung von 1.100 mAh hätten betrieben werden können, nämlich nur für 10 Minuten statt der bisherigen 30 Minuten. Deswegen habe er sich entschieden, die Akkus über „eBay“ zu verkaufen.

Vorsorglich macht der Beklagte geltend, dass der Gegenstandswert mit 20.000,- € zu hoch angenommen worden sei. Im Gegensatz zur Rechtsprechung des hiesigen Senats würden andere Oberlandesgerichte erheblich geringere Streitwerte zugrunde legen. Nur ein erheblich geringerer Wert wäre hier auch angemessen, wenn er, der Beklagte, unwissentlich die Grenze zum geschäftlichen Handeln überschritten haben sollte und dabei nur geringe Umsätze getätigt hätte.

Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Wegen der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils Bezug genommen (Bl. 77 R ff.).

Die Klägerin greift das Urteil mit der Berufung an. Sie verfolgt ihren bisherigen Zahlungsantrag nebst Hilfsantrag weiter und bezieht sich auf ihren bisherigen Vortrag. Sie verweist darauf, dass in Bezug auf gewerbliches Handeln die Umstände des Einzelfalls in einer Gesamtschau zu würdigen seien. Wiederholte gleichartige Angebote auch von neuen Gegenständen sprächen für eine unternehmerische Tätigkeit. Davon ausgenommene Verkäufe von Waren aus Privatvermögen seien beispielsweise Haushaltsauflösungen, auch wenn die Verkäufe einen erheblichen Umfang erreichen könnten. Verkäufe von Neuwaren solchen Umfangs, insbesondere vor dem Hintergrund, dass angeblich auch größere Mengen geliefert werden könnten, seien aber davon als eine nebenberufliche gewerbliche Tätigkeit zu unterscheiden.

*Die Klägerin beantragt,*

das angefochtene Urteil abzuändern und nach Maßgabe ihrer  
erstinstanzlichen Anträge zu entscheiden, jedoch  
mit der Maßgabe, dass Zinsen ab dem 05.04.2012 verlangt

werden.

*Der Beklagte stimmt der teilweisen Klagerücknahme zu und beantragt,*

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das Urteil des Landgerichts und die darin enthaltene zutreffende Würdigung sämtlicher Umstände. Entgegen der Einschätzung der Berufung habe das Landgericht die Indizwirkung der vorliegenden Umstände berücksichtigt und sei nur deshalb zu einer sekundären Darlegungslast seinerseits gekommen. Nach dem substantiierten Vortrag zu den hier vorliegenden besonderen Umständen wäre es Sache der Klägerin gewesen, ihren Vortrag zu beweisen. Das sei ihr aber trotz eines Hinweises des Landgerichts nicht gelungen. Es gebe insoweit auch keine unerledigten Beweisangebote. Die Versandkosten seien hier nicht augenscheinlich überhöht und insoweit kein Indiz für ein unternehmerisches Handeln. Gerade aus dem vorgelegten Bewertungsprofil lasse sich deutlich ersehen, dass er, der Beklagte, seinen Account bei eBay nicht einmal ansatzweise für unternehmerische Tätigkeiten genutzt habe. Er habe in einem Zeitraum von gut zwei Jahren dort diverse Gegenstände aus seinem Haushalt veräußert. Das spreche dagegen, dass der Account gerade deshalb eröffnet worden sei, um ihn für unternehmerische Zwecke zu benutzen. Der Klägerin seien diese Umstände auch schon im Rahmen der außergerichtlichen Korrespondenz mitgeteilt worden, so dass diese keinen Anlass für ihre ohne vorherige Ankündigung eingereichte Zahlungsklage gehabt habe.

## **II.**

Die Berufung ist begründet, weil der Klägerin der geltend gemachte Zahlungsanspruch zusteht, insbesondere weil der Beklagte gewerblich gehandelt hat.

I) Die Klägerin hat gegen den Beklagten einen Anspruch auf Erstattung der ihr durch die Abmahnung entstandenen

Abmahnkosten in Höhe von 859,80 € aus § 12 Abs. 1 Satz 2 UWG. Denn die Abmahnung der Klägerin vom 19. März 2012 ist berechtigt gewesen. Der damit geltend gemachte Unterlassungsanspruch der Klägerin bestand und die Abmahnung war auch der geeignete Weg, es wegen des Wettbewerbsverstoßes nicht zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung kommen zu lassen.

1) Die Abmahnung war geeignet, ihre ureigene Funktion zu erfüllen und dazu beizutragen, einen Rechtsstreit zu vermeiden. Sie hat sogar dazu geführt, dass der Beklagte die Unterlassungserklärung abgegeben hat und damit für die Zukunft die Wiederholungsgefahr entfiel.

2) Der Klägerin stand auch der geltend gemachte Unterlassungsanspruch aus §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. §§ 355 BGB, 5 Nr. 1 TMG, 475 Abs. 1 BGB zu. Der Beklagte hat als Unternehmer im Rahmen einer geschäftlichen Handlung und damit im Hinblick auf den Verkauf der Akkus zugleich als Mitbewerber der Klägerin gegen die genannten Verbraucherschutzvorschriften, die Marktverhaltensvorschriften im Sinne des § 4 Nr. 11 UWG sind, verstoßen.

a) Hauptstreitpunkt der Parteien ist es hier, ob der Beklagte im Rahmen seiner unstreitigen Internetangebote als Unternehmer im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 6 UWG anzusehen ist, der als solcher auch geschäftliche Handlungen vorgenommen hat. Das ist im Rahmen einer Gesamtschau der Umstände dieses Falles zu würdigen und zu bejahen. Ein Handeln im geschäftlichen Verkehr, an das im Sinne eines effektiven Verbraucherschutzes keine zu hohen Anforderungen gestellt werden dürfen, setzt lediglich eine auf eine gewisse Dauer angelegte, selbständige wirtschaftliche Betätigung voraus, die darauf gerichtet ist, Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt zu vertreiben. Eine solche Betätigung liegt nahe, wenn ein Anbieter auf Internet-Plattformen wiederholt mit gleichartigen, insbesondere auch mit neuen Gegenständen handelt (vgl. Köhler/Bornkamm, UWG, 30. Auflage, § 2 Rdn. 23). Dabei können neben der Art der

angebotenen Waren auch die Anzahl der getätigten Verkäufe und die Zahl der vorliegenden Bewertungen durch die Käufer entscheidend sein. Eine Anzahl von 74 Bewertungen in etwa 10 Monaten ist dabei als erhebliches Indiz gewürdigt worden (vgl. BGH GRUR 2009, 871, 873 –Ohrclips).

b) Unter Berücksichtigung dieser Voraussetzungen sprechen hier für eine gewerbliche Tätigkeit neben den 60 Bewertungen in einem Jahr die Art und der Umfang der Verkaufstätigkeit, insbesondere in Zusammenhang mit den B Akkus. Dabei ging es um 250 Akkus gleicher Art, die neu waren und vom Beklagten auch ausdrücklich als neuwertig verkauft wurden. Das Angebot und der Verkauf der Akkus in einer so großen Anzahl erfolgten nach den vorgelegten Bewertungen in losen Mengen, und zwar teils von 2 Akkus, aber teils auch von 4 Akkus, sowie gelegentlich auch von einzelnen Produkten. Dadurch zogen sich die Verkäufe über einen längeren Zeitraum hin. Bei dem Angebot der kleinen Mengen wurde jeweils darauf hingewiesen, dass neben der angebotenen Menge zu dem genannten Preis auch größere Mengen zur Verfügung stünden. Diesem Anschein einer dauerhaften gewerblichen Tätigkeit steht auch nicht entgegen, dass der Beklagte diese 250 Akkus von seinem Arbeitgeber geschenkt bekam und es sich deshalb um private Verkäufe aus dem Privatvermögen gehandelt haben könnte. Der Senat hat im Falle eines Angebots von 299 kg Kirschkernen im Internet, die der Anbieter von seinem Vater geschenkt erhalten hat, wegen des Umfangs der überlassenen Menge, die den Rahmen einer sozusagen spielerischen Verkaufstätigkeit sprengte, eine gewerbliche Tätigkeit angenommen (vgl. Urteil vom 27. Mai 2010 –4 U 48 / 10). Zwar waren dem Sohn im damaligen Fall die Kirschkerne gerade zu dem Zweck überlassen wurden, sie bei eBay zu verkaufen. Im vorliegenden Fall soll die unentgeltliche Überlassung der Akkus an den Beklagten zu dem Zweck erfolgt sein, sie im Rahmen von dessen Hobby nutzen zu können, also privat. Zum Zeitpunkt der Überlassung war demnach hier eine wirtschaftliche Verwertung noch nicht vorgesehen. Dazu kam es erst, als der Beklagte erkannte, dass die Nutzung der Akkus im

Rahmen seiner Modellspielzeuge zwar nicht unmöglich, aber jedenfalls unpraktisch war. Erst danach bot der Beklagte die Akkus in kleinen Mengen auf seinem eBay-Account an, um sie besser und mit größerem Ertrag absetzen zu können. Angesichts dieser besonderen Umstände ist aber ein entscheidender Unterschied zum Kirschkernelfall nicht ersichtlich. Es wurde dem Beklagten unentgeltlich ein Sondervermögen aus einem Neuwarenbestand zur Verfügung erstellt, welches mit seinem Privatvermögen nichts zu tun hatte. Dieses Sondervermögen erhielt der Beklagte im Hinblick auf sein Hobby geschenkt. Als er es dafür nicht verwenden konnte (oder wollte), veräußerte er es nach einer Stückelung in ganz kleine Einheiten geschäftsmäßig zu seinem wirtschaftlichen Vorteil. Es mag zwar sein, dass auch ein privater Verkäufer bei einer eBay-Versteigerung für Objekte aus seinem Privatvermögen einen besonders guten Preis erzielen will. Das spricht dann nicht allein für ein gewerbliches Handeln. Etwas anderes ist es aber, wenn eine schenkweise überlassene große Anzahl neuer Gegenstände besonders einträglich nach und nach im Fernabsatz veräußert werden soll. Die Kontrollüberlegung ist, dass bei Verneinung eines geschäftlichen Handelns in einem solchen Fall größere Margen neuer Handelsgegenstände, die von einem Unternehmen nicht mehr benötigt würden, an Privatleute verschenkt und von diesen dann privat in Konkurrenz zu den damit geschäftlich handelnden Unternehmen ohne Rücksicht auf die Verbraucherschutzrechte veräußert werden könnten. Das könnte einem Missbrauch solchen Warenüberlassungen Tür und Tor öffnen.

c) Zeigt gerade die Verkaufstätigkeit im Hinblick auf die geschenkten Akkus ein gewerbliches Handeln auf, kann es auch nicht mehr darauf ankommen, ob der Beklagte zuvor nur verschiedene Gegenstände aus seinem Privathaushalt veräußert haben mag. Der Account „t“ bei eBay mag nicht für unternehmerische Zwecke eröffnet worden sein. Er wurde aber jedenfalls aus Anlass des Geschenks der Akkus für deren Veräußerung benutzt. Das reicht aus.

d) Die Klägerin ist auch Mitbewerberin des Beklagten im Sinne des § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG. Ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien ist darin zu sehen, dass beide neue Akkus im Internet verkauften. Der unterschiedliche Umfang und die unterschiedliche Dauer des Handels kann dann nichts daran ändern, dass insoweit austauschbare Waren angeboten wurden und der Kauf eines oder mehrerer Akkus beim Beklagten zu Lasten der Klägerin gehen könnte. Da der Mitbewerberbegriff handlungsbezogen ist, ist für das Wettbewerbsverhältnis an die jeweilige konkrete Verletzungshandlung anzuknüpfen. Jedenfalls als der Beklagte die Internetangebote betreffend die Akkus einstellte, bestand ein konkretes Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien, das damals die Klagebefugnis und Aktivlegitimation der Klägerin begründete.

e) Die Tatsache, dass im Falle eines gewerblichen Handelns ein Verstoß gegen § 4 Nr. 11 UWG und damit ein Wettbewerbsverstoß vorgelegen hat, ist zwischen den Parteien nicht im Streit. Der Beklagte hat beispielsweise zu Unrecht nicht über seine Identität informiert und auf das Bestehen des Widerrufsrechts nicht hingewiesen. Ein solches Verhalten ist schon deshalb stets unlauter, weil es auch unter Nr. 23 der sog. Black List fällt, wenn die Unternehmereigenschaft verschleiert wird. Der Klägerin stand nach § 8 Abs. 1 UWG im Hinblick auf ein solches Verhalten für die Zukunft somit ein Unterlassungsanspruch zu.

3) Der Klägerin steht auch ein Zahlungsanspruch in Höhe von 859,80 € nebst Zinsen für die Zeit ab dem 5. April 2012 zu.

a) Der Zahlungsanspruch besteht unabhängig davon, ob die Klägerin die Gebühren bereits bezahlt hat. Der Abmahnende kann in Verbindung mit einem Erstattungsanspruch aus § 12 Abs. 1 S. 2 UWG unmittelbar Zahlung der anwaltlichen Abmahnkosten verlangen, wenn der Abgemahnte mit der Freistellung in Verzug gerät oder diese endgültig ablehnt. Dann wandelt sich der Freistellungsanspruch nach §§ 281 Abs. 1, 280 Abs. 1 BGB in einen schuldrechtlichen Schadensersatzanspruch um, der statt einer Naturalrestitution im Sinne des § 249 BGB nach § 250 S.

1 BGB auf Geldersatz gerichtet ist (Senat, Urteil vom 23. Oktober 2012 – 4 U 134 / 12).

Die Voraussetzungen für eine solche Umwandlung liegen hier vor. Der Beklagte ist von der Klägerin aufgefordert worden, die für die Abmahnung anfallenden Gebühren an seine Anwälte zu zahlen, und zwar bis zum 4. April 2012 (Bl.44). Dieser berechtigten Forderung ist der Beklagte nicht nachgekommen und damit mit der Freistellung in Verzug geraten. Das gilt unabhängig davon, dass der Beklagte auch die Berechtigung des Anspruchs in Frage gestellt und deshalb eine Freistellung ebenso wie eine Zahlung abgelehnt hat.

b) Die geltend gemachten Gebühren sind auch angemessen und erstattungsfähig.

Der Gegenstandswert von 20.000,- €, der wegen des auf die Erledigung des Verfahrens ausgerichteten Charakters der Abmahnung dem Streitwert der Hauptsache entspricht, ist angemessen. Es kommt insoweit auch nicht auf den Wert der vom Beklagten getätigten Umsätze an, sondern auf die Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Interessen der Klägerin durch die Tatsache, dass ein Gewerbetreibender sich als Privatmann geriert und sich dadurch entsprechende wirtschaftliche Vorteile verschafft. Dadurch wird die Gefahr einer Nachahmung begründet, die die Interessen des Verbraucherschutzes erheblich beeinträchtigen kann.

c) Der Zinsanspruch folgt aus §§ 286, 288 ZPO. Als Zinsbeginn kommt allerdings erst der Tag nach Ablauf der von der Klägerin für die Freistellung gesetzten Frist in Betracht.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 91 Abs. 1, 92 Abs. 2, 516 Abs. 3 ZPO.

Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit ergibt sich aus §§ 708 Nr.10, 711, 713 ZPO.