

Einmal Gewerbe, immer Gewerbe

Eigener Leitsatz:

Ist ein Verkäufer bei einem Auskunftsdienst im Internet normalerweise als gewerblicher Händler eingetragen, kann er sich bei Verkäufen über Internet-Auktionsplattformen nicht darauf berufen, er würde nur Privatverkäufe tätigen, wenn die Verkäufe mit seinem Geschäft im Zusammenhang stehen. Auch eine zeitweise eigene Nutzung der Ware als Privatperson, schließt die gewerbliche Tätigkeit nicht aus.

Oberlandesgericht Hamm

Urteil vom 18.03.2010

Az.: 4 U 177/09

Tenor:

Auf die Berufung des Klägers wird das am 22. September 2009 verkündete Urteil der I. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Detmold abgeändert.

Der Beklagte wird verurteilt,

1.

es bei Vermeidung eines vom Gericht für jeden Fall der Zuwiderhandlung festzusetzenden Ordnungsgeldes bis zu 250.000,- EUR, ersatzweise Ordnungshaft oder einer Ordnungshaft bis zu 6 Monaten zu unterlassen, anders als in seinem Verkaufsangebot auf der Handelsplattform F unter der Artikelnummer 130283913470 geschehen, im geschäftlichen Verkehr mit dem Endverbraucher auf der Internet-Handelsplattform F Telefonanlagen sowie Telefone zum Kauf anzubieten,

a) ohne seinen vollständigen Namen, seine ladungsfähige

Anschrift sowie die Adresse der elektronischen Post anzugeben,

b) ohne über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufs- oder Rückgaberechts sowie die Bedingungen, Einzelheiten der Ausübung und Rechtsfolgen des Widerrufs- oder Rückgaberechts zu informieren;

2.

den Kläger von der Gebührenforderung des Rechtsanwalts F, T-Straße, #####1 C3 in Höhe von 755,80 EUR durch Zahlung freizustellen.

Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

G r ü n d e

A.

Der Kläger verlangt von dem Beklagten die Unterlassung von F-Angeboten für Telefonanlagen und Telefone ohne Anbieterkennzeichnung und ohne Widerrufsbelehrung, ferner die Freistellung von Abmahnkosten in Höhe von 755,80 €. Das angegriffene Angebot des Beklagten war als "Privatkauf, keine Garantie oder Rücknahme" gekennzeichnet. In der Sache besteht zuvörderst Streit zwischen den Parteien darüber, ob der Beklagte hierbei gewerblich gehandelt hat.

Hinsichtlich des Sach- und Streitstandes in erster Instanz wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils (S. 2 bis 5) Bezug genommen.

Das Landgericht hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, der Beklagte habe nicht im geschäftlichen Verkehr gehandelt. Hierfür könne zwar sprechen, dass der Beklagte Mitinhaber der QTeam C & V GbR sei, die sich auch mit dem Vertrieb von Telekommunikationsgeräten und -systemen befasse. Der Vortrag des Beklagten, dass es sich bei den von ihm am 03. und

04.11.2008 veräußerten Schnurlostelefonen um "Fehlkäufe" und bei der angebotenen Telefonanlage mit den dazugehörigen Systemendgeräten um von einem Bekannten unentgeltlich zur Eigennutzung überlassene Gegenstände gehandelt habe, sei indes unwiderlegt geblieben. Die Verkaufstätigkeit des Beklagten über die Internetplattform F habe insgesamt noch einen Umfang gehabt, der noch mit der Vornahme lediglich privater Gelegenheitskäufe zu erklären sei. Ansonsten habe der Beklagte seit 1999 dort vorwiegend Haushaltswaren, die überwiegend aus dem privaten Bereich stammten, veräußert.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils (S. 5 bis 7) Bezug genommen.

Der Kläger verfolgt seine Klageanträge mit der Berufung weiter. Er meint, das Landgericht habe rechtsirrig ein Handeln des Beklagten im geschäftlichen Verkehr verneint. Der Verkauf von mehr als 30 identischen Telefonen im Zeitraum von November 2008 bis Februar 2009 bei 8 Internetauktionen lasse sich nach der Lebenserfahrung nicht mehr mit einem privaten Gelegenheitskauf erklären. Vielmehr begründe dies eine tatsächliche Vermutung dafür, dass die Verkaufstätigkeit des Beklagten den privaten Bereich verlassen habe und als geschäftlich zu qualifizieren sei. Dafür sprächen auch die Typen der angebotenen Geräte und die verschiedenen Farben in schwarz und cremefarben. Es sei abwegig und werde bestritten, dass der Beklagte, der als Gesellschafter eines in G a.M. ansässigen Unternehmens selber mit neuen und hochwertigen Telefonanlagen der Fa. Q1 handele, eine gebrauchte und für den privaten Bereich völlig überdimensionierte Telefonanlage vom Typ I 3550 aus einem Verwertungsbehälter in seinem Privatbereich habe einsetzen wollen. Auch aus der eMail des Beklagten vom 15.01.2009 gehe hervor, dass dieser auf Anfrage weitere gebrauchte T P-Telefone liefern könne. So müsse er notwendigerweise Zugriff auf weitere Geräte gehabt haben. Es sei dem Beklagten ersichtlich darum gegangen, eine dauerhafte

Geschäftsbeziehung mit dem Kläger aufzubauen. Die Verkaufsangebote bei eBay seien klar im Rahmen des geschäftlichen Verkehrs erfolgt.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landgerichts aufzuheben und den Beklagten wie erkannt zu verurteilen.

Der Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt das Urteil mit näheren Ausführungen. Er führt aus, dass er einen guten Kontakt zu der Fa. G1 + Team in G habe, die fast ausschließlich nur Großkunden in G und Umgebung bediene. Der dortige Geschäftsführer habe ihm gestattet, Teile aus dem Verwertungsbehälter nach Belieben zu entnehmen, da diese Teile für die Fa. G1 + Team keinen Wert mehr gehabt hätten. Er, der Beklagte, habe die Telefonanlage T P aus dem Verwertungsbehälter – einem Müllcontainer – entnommen und versucht, diese zunächst für sich privat zu installieren. Dies sei für ihn auch günstiger gewesen als jede andere kostenpflichtige Alternative. Er habe indes festgestellt, dass die Telefonanlage für sein privates Wohnhaus in der Bedienung zu komplex und umständlich sei und sich die Familie nicht damit einverstanden erklärt habe. Er habe entgegen den Ausführungen des Klägers auch keine Bundles angeboten, weil überhaupt nur eine Telefonanlage zum Verkauf gestanden habe. Da die Wahrscheinlichkeit eines Verkaufs nur einer Telefonanlage mit einer kleineren Anzahl von Systemapparaten größer gewesen sei, als das Angebot sofort mit 30 Systemapparaten feilzubieten, hätten die anderen Apparate sukzessiv zum Verkauf über F angeboten werden sollen. Die Auswahl der angebotenen Farbe der Apparate mit oder ohne Beistellmodul sei dabei reiner Zufall gewesen. Tatsächlich verfüge die Fa. C GbR nicht über T-Telefone, so dass auch über das Gewerbe des Beklagten keinerlei T-Systemapparate zu

erlangen gewesen seien. Er habe nicht gewerblich gehandelt. Seine Transaktionen (Kauf und Verkauf) mit der einen Telefonanlage mit den 30 Systemapparaten, Haushaltsgegenständen und Spielwaren seien ausschließlich privat erfolgt. Der Umstand, dass er mit Telefonanlagen der Fa. Q1 gewerblichen Handel im Rahmen eines Unternehmens betreibe, mache einen privaten Verkauf von Telekommunikationsmittel nicht automatisch gewerblich.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

B.

Die zulässige Berufung des Klägers ist begründet. Er kann von dem Beklagten die Unterlassung von F-Angeboten ohne die nach §§ 5 TMG, 312 c BGB erforderliche Anbieterkennzeichnung (Antrag zu 1 a) und ohne die nach §§ 312 c BGB, 1 BGB-InfoVO erforderliche Widerrufsbelehrung (Antrag zu 1 b) sowie die Freistellung von Abmahnkosten in Höhe von 755,80 € (Antrag zu 2) verlangen.

Der Unterlassungsanspruch folgt aus §§ 8 I, III Nr. 1; 3; 4 Nr. 11 UWG in Verbindung mit den vorbezeichneten Vorschriften, bei denen es sich auch um Verbraucherschutz- und Marktverhaltensregelungen handelt. Der Zahlungsanspruch folgt aus § 12 I 2 BGB. Die Abmahnung vom 05.03.2009 war insoweit berechtigt.

Dabei ist abweichend von der Beurteilung durch das Landgericht davon auszugehen, dass der Beklagte bei dem beanstandeten F-Angebot (Anl. K 2) im geschäftlichen Verkehr und insoweit auch gewerblich gehandelt hat. Die streitgegenständlichen Verstöße als solche liegen, da eine Anbieterkennzeichnung und eine Widerrufsbelehrung gemäß den gesetzlichen Vorschriften fehlten, unzweifelhaft vor.

Die Beurteilung der "gewerblichen" Tätigkeit des Mitbewerbers und einer "unternehmerischen" Tätigkeit als Grundlage für die hier in Rede stehenden Informationspflichten ist in diesem Zusammenhang einheitlich zu beurteilen. Unternehmer ist nach der Legaldefinition des § 14 BGB eine Person, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Eine gewerbliche Tätigkeit setzt insofern ein selbständiges und planmäßiges, auf eine gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt voraus, wobei eine Gewinnerzielungsabsicht nicht erforderlich ist (BGHZ 167, 40 ff. = NJW 2006, 2250). Bei der Frage, welches Maß an Planmäßigkeit und Dauerhaftigkeit die Verkaufstätigkeit insoweit erreichen muss, ist die Funktion der Abgrenzung zwischen privater und gewerblicher Tätigkeit zu berücksichtigen. Das Gesetz erlegt dem Unternehmer deshalb die Beachtung der für ihn geltenden besonderen Vorschriften des Wettbewerbsrechts und des sonstigen Zivilrechts, insbesondere über Belehrungs- und Informationspflichten, auf, weil die Tätigkeit des Unternehmers von vornherein auf die Vornahme einer Vielzahl von Geschäften ausgerichtet ist. Damit ist einerseits ein erhöhtes Schutzbedürfnis für die anderen Marktteilnehmer verbunden. Andererseits versetzt die bei dem Unternehmer vorhandene Betriebsorganisation einen solchen auch in die Lage, sich auf die besonderen Anforderungen einzustellen (OLG G MMR 2007, 378). So werden bei F registrierte Powerseller regelmäßig als Gewerbetreibende eingestuft.

Im Streitfall ist nach den Gesamtumständen, auch wenn der Beklagte bei F nicht als sog. Powerseller, sondern als Privatverkäufer registriert ist, in Bezug auf die von ihm angebotenen Telefone eine unternehmerische Tätigkeit im oben genannten Sinne anzunehmen. Unstreitig ist zunächst, dass der Beklagte mit dem Unternehmen C2 & V2 GbR in G aM gerade auch einen Handel mit Telekommunikationsgeräten und Telefonanlagen betreibt, wie sich aus dem diesbezüglichen Gewerberegister und

der Internetseite Internetadresse ergibt. Das bedeutet freilich noch nicht, dass der Beklagte nicht auch im privaten Umfeld, so gerade auch gebrauchte Telefone, verkaufen kann. Alsdann finden sich freilich auch für ihn unter seiner Privatanschrift in den Gelben Seiten und im Telefonbuch von "goyellow" Einträge für einen Handel konkret mit Kommunikationssystemen. Genau dies ist sein Geschäft. Er handelt insofern unstreitig auch selbst gewerblich mit Telefonen und Telefonanlagen. Auch das konkret abgemahnte Angebot mit der Telefonanlage T P, die zwecks besseren Verkaufs "gestückelt" worden ist, lässt sich demgegenüber nicht als nur privat einordnen, auch wenn der Beklagte ansonsten bei F Waren aus dem Privatbereich wie Haushalts- und Spielwaren kauft und verkauft. Es handelte sich vorliegend nicht nur um eine große offiziell ausgestattete Telefonanlage mit 30 Telefonen und entsprechenden Modulen, die üblicherweise nicht aus einem rein privaten Bereich herrührt. Vielmehr hat sich der Beklagte letztlich auch selbst im Zusammenhang mit seiner Verkaufstätigkeit bei F in Bezug auf das Telefongeschäft gewerblich dargestellt, unabhängig davon, dass er einen Privatverkauf explizit betont und Garantierechte etc. nicht einräumen will. So hat er u.a. auch ein Q1 Telefon angeboten, das nur einmal "zum Vorführen ausgepackt", aber nie benutzt worden sei, so "wie aus einem Laden". Festzustellen ist dabei, dass der Beklagte gerade auch gewerblich mit Q1-Telefonen handelt. Alsdann hat er in diesem zeitlichen Zusammenhang auch ein Telefon T H angeboten, das als Geschenk gedacht und nur zum Vorführen ausgepackt gewesen sein soll. Vor allem hat sich der Beklagte mit eMail vom 15.01.2009 an den Kläger selbst als Gewerbetreibender geriert. Es heißt dort: "Hallo Herr G2, da kommen wir ja schon wieder ins Geschäft! Ich hoffe, die Steuer ist dieses Mal schon abgebucht: Brauchen Sie noch weitere P-Apparate? Welche Hersteller suchen oder benötigen Sie in der Regel? Eventuell können wir ja auch ohne F ins Geschäft kommen! N C". Er spricht insofern selbst von einer geschäftlichen Tätigkeit, bietet weitere Telefone an und zudem noch von verschiedenen

Herstellern. Er will Telefone verschiedener Hersteller auf Bestellung liefern. Das hat mit rein privater Tätigkeit nichts mehr zu tun und auch nichts mit einer vermeintlich geschäftlichen Akquisetätigkeit der Q C & V2 GbR. Abgesehen davon, dass diese nicht bezeichnet ist und der Kläger diese zum damaligen Zeitpunkt überhaupt nicht kannte, ist unstreitig, dass diese nur mit Q1-Telefonen handelt. Insofern erschließt sich nicht, dass nun auch Telefone verschiedener Hersteller, so auch von T, von der GbR angeboten werden sollen. Im Gesamtzusammenhang ist in tatsächlicher Hinsicht von daher zu vermuten, dass auch die streitgegenständlich angebotenen T P-Telefone gewerblich veräußert worden sind. Diese können keineswegs isoliert betrachtet und außerhalb der weiteren Verkaufstätigkeit des Beklagten in Bezug auf Telefone und Telefonanlagen beurteilt werden.

Diese Vermutung ist auch keineswegs ausgeräumt, selbst wenn der Beklagte auf der Internet-Plattform ansonsten überwiegend private Waren (Haushaltswaren, Spielwaren) kauft und verkauft. Auch eine unentgeltliche Entnahme der Telefonanlage P aus einem Verwertungsbehälter der Fa. G + Team und eine zeitweise eigene Nutzung schließen in diesem Gefüge eine gewerbliche Tätigkeit nicht aus. Vor allem hat der Beklagte persönlich gerade mit der Mail vom 15.01.2009 unter shoper34 nicht nur weitere P-Apparate angeboten (die noch zu den entnommenen Geräten stammen mögen), sondern auch noch Lieferungen anderer Hersteller angesprochen. Soweit sodann auch das angebotene Q1-Telefon und das Telefon T H Fehlkäufe gewesen sein sollen, wird dies in keiner Weise konkretisiert und beispielsweise durch eine private Einkaufsquittung belegt. Außerdem wäre dies widersprüchlich dazu, dass es in dem Angebot heißt "nur einmal ausgepackt zum Vorführen". Ein Vorführen bei einem Eigenkauf ist eher lebensfremd und atypisch. Nicht zuletzt ist festzustellen, dass der Beklagte in diesem Zusammenhang jedenfalls auch widersprüchlich vorgetragen hat, wenn er mit der Klageerwiderung einschränkungslos mitgeteilt hat, er habe neben den zwei Telefonanlagen nie weitere Telefonanlagen

angeboten; er handele weder mit Telefonanlagen, noch sei er sonst einer Weise gewerblich tätig – weder in F noch anderweitig. Das Gewerberegister weist als Gegenstand der GbR des Klägers u.a. aus "Handel mit und die Beratung für Telekommunikationsgeräte- und -systeme (...)". In der Gesamtbetrachtung kann insofern nicht nur von einem Privatverkauf ausgegangen werden. Nicht durchschlagend ist demgegenüber schließlich, dass der Kläger mit 448 Transaktionen bei F über einen Zeitraum von 10 Jahren ansonsten immer privat gehandelt haben mag.

Soweit der Beklagte im Übrigen zur Untermauerung seines Rechtsstandpunkts einen Vergleich mit einem Anwalt gezogen hat, der privat seinen Palandt verkaufe, ist dieser Vergleich schon deshalb nicht tragend, weil der Anwalt üblicher Weise nicht vornehmlich mit Büchern handelt. Ein anderes lässt sich auch aus der vorgelegten BGH-Entscheidung vom 30.09.2009, Az. VIII ZR 7/09, nicht herleiten.

Der Umstand schließlich, dass der Kläger selbst bei dem Beklagten die Geräte zuvor eingekauft hatte und dann wandeln wollte und so durch den Kauf vermeintlich verärgert gewesen sein mag, reicht zur Annahme eines Rechtsmissbrauchs i.S.v. § 8 IV UWG nicht aus, wobei der Beklagte, wie die mündliche Verhandlung ergeben hat, auch eine rechtsmissbräuchliche Abmahntätigkeit letztlich überhaupt nicht geltend machen wollen.

Die Androhung der Ordnungsmittel folgt aus § 890 I ZPO.

Die prozessualen Nebenentscheidungen folgen aus §§ 708 Nr. 10, 91 I ZPO.

Die Zulassung der Revision ist, da es sich ohne grundsätzliche Bedeutung um eine bloße Einzelfallentscheidung handelt, nicht veranlasst, § 543 ZPO.