

Volltext zu MIR Dok.: 277-2007
Veröffentlicht in: MIR 07/2007
Gericht: OLG Zweibrücken (Pfälzisches OLG Zweibrücken)
Aktenzeichen: 4 U 210/06
Entscheidungsdatum: 28.06.2007
Vorinstanz(en): LG Frankenthal (Pfalz), Az. 2 HK.O 169/06

Permanenter Link zum Dokument: http://www.medien-internet-und-recht.de/volltext.php?mir_dok_id=1300

www.medien-internet-und-recht.de

ISSN: 1861-9754

MEDIEN INTERNET und RECHT und alle in der Publikation/Zeitschrift enthaltenden Inhalte, Beiträge, Abbildungen und Veröffentlichungen sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen sowie die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen. Die Verlagsrechte erstrecken sich auch auf die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und deren Leitsätze, die urheberrechtlichen Schutz genießen, soweit sie vom Einsender oder von der Schriftleitung/Redaktion redigiert bzw. erarbeitet sind. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt der Autor dem Verlag das ausschließliche Nutzungs-/Verlagsrecht für die Zeit bis zum Ablauf des Urheberrechts. Diese Rechtsübertragung bezieht sich insbesondere auf das Recht des Verlages, das Werk zu gewerblichen Zwecken per Kopie (Mikrofilm, Fotokopie, CD-ROM, Dateikopien oder andere Verfahren in Online- und Printmedien etc.) zu vervielfältigen und/oder in elektronische oder andere Datenbanken aufzunehmen. Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Mit Namen (Autor/Gericht/Quelle) gekennzeichnete Beiträge stellen ausdrücklich nicht unbedingt die Meinung der Redaktion dar.

Inhaltliche oder redaktionelle Fehler vorbehalten.

**PFÄLZISCHES OBERLANDESGERICHT
ZWEIBRÜCKEN
Im Namen des Volkes
URTEIL**

In dem Rechtsstreit

Berufungsklägerin und Verfügungsklägerin,

gegen

Berufungsbeklagter und Verfügungsbeklagter,

wegen Unterlassung unlauteren Wettbewerbs

hat der 4. Zivilsenat des Pfälzischen Oberlandesgerichts Zweibrücken durch ...
auf die mündliche Verhandlung vom 28. Juni 2007

für R e c h t erkannt:

- I. Auf die Berufung der Verfügungsklägerin wird das Urteil der 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankenthal (Pfalz) vom 16. Oktober 2006 geändert:

Der Verfügungsbeklagte wird verurteilt, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung hiermit angedrohten Ordnungsgeldes bis zu 250 000, 00 €, ersatzweise Ordnungshaft oder Ordnungshaft bis zu 6 Monaten zu unterlassen,

im geschäftlichen Verkehr des Fernabsatzhandels mit Verbrauchern zu Wettbewerbszwecken, Waren anzubieten, ohne

- a) Verbraucher vor Abschluss eines Fernabsatzvertrages auf das Bestehen eines Widerrufsrechtes gemäß § 355 I, II BGB hinzuweisen,
- b) im Rahmen der Anbieterkennung den vollständigen Namen, Angaben zur schnellen elektronischen Kontaktaufnahme einschließlich der Adresse der elektronischen Post zu machen und die ladungsfähige Anschrift leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten.

II. Der Verfügungsbeklagte hat die Kosten des Rechtsstreits zu tragen.

Gründe

I. Die Verfügungsklägerin betreibt - teilweise über das Internet - einen Versandhandel. U.a. vertreibt sie Telekommunikationsartikel wie Handys samt Zubehör und Prepaidkarten. Der Verfügungsbeklagte ist bei dem Internetauktionshaus ... unter dem Namen „...“ registriert. Er vertreibt im Rahmen so genannter Internetauktionen u.a. auch Handys und Zubehör, wobei er als privater Verkäufer auftritt. In seinen Angeboten weist er weder auf ein Widerrufsrecht der Käufer hin, noch ist seiner Internetseite sein Name, seine elektronische Postadresse oder seine ladungsfähige Anschrift zu entnehmen.

Die Verfügungsklägerin hält die Werbung des Verfügungsbeklagten wegen Verstoßes gegen die Vorschriften des Teledienstegesetzes (TDG) und der Bestimmungen über Fernabsatzverträge (§§ 312 ff. BGB, 1 BGB - InfoV) für wettbewerbswidrig. Sie begehrt im Wege der einstweiligen Verfügung dem Beklagten solche Internetauftritte zu verbieten.

Durch das angefochtene Urteil vom 16. 10. 2006 hat die 2. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Frankenthal (Pfalz) den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zurückgewiesen, weil die Verfügungsklägerin nicht glaubhaft gemacht habe, dass der Verfügungsbeklagte als Unternehmer handele.

Mit ihrer Berufung bekämpft die Verfügungsklägerin das Urteil in vollem Umfang. Sie rügt die Rechtsauffassung des Landgerichts.

Ergänzend trägt Sie vor: Ausweislich eines Internetauszugs vom 16. 10. 2006 (Bl. 77) habe der Verfügungsbeklagte vom 16. 9. 2006 bis 14. 10. 2006 26 weitere Internetauktionen durchgeführt.

Sie beantragt,

das angefochtene Urteil zu ändern und den Verfügungsbeklagten zu verurteilen, es bei Meidung eines für jeden Fall der Zuwiderhandlung hiermit angedrohten Ordnungsgeldes bis zu 250 000,00 €, ersatzweise Ordnungshaft bis zu 6 Monaten, wobei die Ordnungshaft an dem Antragsgegner zu vollziehen ist, zu unterlassen,

im gesetzlichen Verkehr des Fernabsatzhandels mit Verbrauchern zu Wettbewerbszwecken, wie aus den Anlagen K5 - 16 der Antragschrift vom 26. 9. 2006 ersichtlich, Waren anzubieten, ohne

- Verbraucher vor Abschluss eines Fernabsatzvertrages auf das Bestehen eines Widerrufsrechtes gemäß § 355 I, II BGB hinzuweisen,
- im Rahmen der Anbieterkennung den vollständigen Namen, Angaben zur schnellen elektronischen Kontaktaufnahme einschließlich der Adresse der elektronischen Post und die ladungsfähige Anschrift leicht erkennbar, unmittelbar erreichbar und ständig verfügbar zu halten.

Der Verfügungsbeklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er verteidigt die erstinstanzliche Entscheidung unter Wiederholung seines dortigen Vorbringens.

Ergänzend trägt er vor:

Er habe am 9. 11. 2006 ein Gewerbe bezüglich des Handelns mit Mobilfunkanlagen und Zubehör sowie Reparaturen als Nebenerwerb bei der zuständigen Verbandsgemeinde D... angemeldet.

Auf die gewechselten Schriftsätze und vorgelegten Urkunden wird zur Ergänzung des Tatbestandes Bezug genommen.

II. Die zulässige Berufung der Verfügungsklägerin führt zum Erfolg.

1. Die Verfügungsklägerin hat gegen die Verfügungsbeklagte Anspruch, es nach §§ 8 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1, 3, 4 Nr. 11 UWG i.V.m. § 312 c, 355 bis 357 i.V.m. Art. 240; §§, Nr. 1 und 10, § 14 BGB - InfoV sowie § 5 Nr. 1 und 2 TDG bzw. nunmehr § 5 Abs. 1 Nr. 1 und 2 des elektronischen Geschäftsverkehrsvereinheitlichungsgesetzes (EIGVG) zu unterlassen, im Rahmen ihrer Auktionsangebote im Internet zu werben, ohne auf das Bestehen eines Widerrufsrechtes nach § 355 Abs. 1, Abs. 2 BGB hinzuweisen und ohne die nach den genannten Vorschriften des TDG bzw. EIGVG erforderlichen Identifizierungsmerkmale anzugeben.

Bei den streitgegenständlichen Internetauftritten des Verfügungsbeklagten handelt es sich um Teledienste im Sinne des bis 28. 2. 2007 geltenden TDG (§§ 2 Abs. 1, Abs. 2 TDG und §§ 1, 2 des im Anschluss in Kraft getretenen EIGVG).

Entgegen der Auffassung des Landgerichts ist der Verfügungsbeklagte Unternehmer im Sinne der § 312 b Abs. 1, 312 c BGB, 1 BGB-InfoV. Nach diesen Vorschriften muss ein Unternehmer im Rahmen des Abschlusses von Fernabsatzverträgen (§ 312 b Abs. 1 BGB) dem Verbraucher die nach Art. 240 EGBGB in Verbindung mit § 1 BGB-InfoV vorgesehenen Informationen klar und verständlich zur Verfügung stellen, namentlich seine Identität angeben (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 BGB-InfoV) und über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Widerrufs- oder Rückgaberechts (§§ 355 ff. BGB) hinweisen.

Der Beklagte ist Unternehmer im Sinne dieser Vorschriften.

Unternehmer ist nach der Legaldefinition des § 14 Abs. 1 BGB eine Person, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Eine gewerbliche Tätigkeit setzt ein selbständiges und planmäßiges, auf eine gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt voraus, nicht aber, dass dieser mit seiner Tätigkeit die Absicht verfolgt, Gewinn zu erzielen (BGH NJW 2006, 2250, 2251 m.w.N.). Soweit die Kammer die Unternehmereigenschaft des Verfügungsbeklagten u.a. mit der Begründung verneint hat, die (teilweise) vom Verfügungsbeklagten bei den Auktionen erzielten niedrigen Preise genügten nicht, um einen Schluss auf seine Unternehmereigenschaft zuzulassen, kann dem nicht gefolgt werden.

Die Beantwortung der Frage, ob ein Verkäufer, der seine Waren auf elektronischem Wege z. B. bei Internet-Auktionshäusern wie ... anbietet, dabei planvoll und auf Dauer Handel betreibt oder als Verbraucher private Gebrauchsgegenstände veräußert, ist oft nicht einfach zu entscheiden. Die Unternehmereigenschaft des Verkäufers ist daher bei Würdigung der Gesamtumstände des Einzelfalles anhand von Indizien zu bestimmen (Micklitz in MüKo. BGB 5. Aufl., 14 Rdnr. 28). Ist ein Verkäufer bei dem Internet-Auktionshaus ... als sog. "powerseller" registriert, wird eine Beweislastumkehr zugunsten des Verbrauchers oder Mitbewerbers mit der Folge angenommen, dass der Verkäufer beweisen muss, dass er kein Unternehmer im Sinne von § 14 BGB ist (OLG Frankfurt am Main NJW 2005, 1438; OLG Koblenz NJW 2006, 1438; OLG Karlsruhe WRP 2006, 1038). Der Verfügungsbeklagte hat sich unstreitig bei dem Internetauktionshaus nicht als "powerseller", also als Angehöriger eines (kleinen) Kreises von Anbietern, die pro Monat einen bestimmten Umsatz erzielen oder mindestens eine bestimmte Anzahl von Artikeln verkaufen (vgl. Micklitz, a.a.O.), sondern als Privatverkäufer registrieren lassen. Das schließt jedoch nicht aus, dass auf ihn gleichwohl der Unternehmerbegriff des § 14 BGB anzuwenden ist (vgl. z. B. OLG Frankfurt NJW 2004, 3433). Indizien, aus denen die Unternehmereigenschaft folgen kann, sind Zahl und Häufigkeit der vom Verkäufer durchgeführten Auktionen, wonach auch der Geschäftsgegenstand - Neuware, Veräußerung gleicher oder unterschiedlicher Waren - eine Rolle spielt, der Auktionsumsatz, der Auftritt oder die Verwendung von Werbebeschreibungen, die einen professionellen Eindruck machen oder die Betreibung eines ...-Shops. Allerdings sind allein die Anzahl der Auktionen oder die abgegebenen Bewertungen der Ersteigerer für sich genommen noch kein zuverlässiges Indiz für die Unternehmereigenschaft. Voraussetzung für eine gewerbliche Tätigkeit ist immer auch eine dauerhafte, planmäßige Ausrichtung auf eine Vielzahl von Geschäften. So wird z. B. nicht jemand zum Unternehmer, der seine aus mehreren 100 Teilen bestehende private (Comic-)Sammlung auflösen (vgl. zu allem Micklitz, aaO, Rdnr. 28 m. w. N.).

Aufgrund der von i der Verfügungsklägerin glaubhaft gemachten Umstände ist hier davon auszugehen; dass der Verfügungsbeklagte Unternehmer im Sinne von § 14 BGB ist.

So hat er in relativ kurzem Zeitraum zwischen; dem 17. 8. und 10. 9. 2006 42 Auktionen durchgeführt, bei denen er zwar überwiegend (neue und gebrauchte) Handys, darüber hinaus aber auch neuwertige und gebrauchte Fahrräder nebst Zubehör und ein gebrauchtes Fahrzeug verkauft hat. Die Auktionspreise schwankten zwischen 1,00 € (für ein "altes Rennrad" und 440,00 € für einen gebrauchten VW Passat Variant"). Den vom Verfügungskläger vorgelegten weiteren vom Verfügungsbeklagten in das Internet gestellten Listen ist zu entnehmen, dass der Verfügungsbeklagte jedenfalls die angebotenen Handys mehrfach vorrätig hielt. Dem vom Verfügungskläger des Weiteren vorgelegten Auszug einer Internetseite vom 15. 10. 2006 zu entnehmen, dass ihn seit der Registrierung des Verfügungsbeklagten bei "... " am 21. 1. 2006 andere Mitglieder bewertet haben, mithin offenbar mit ihm in geschäftlichen Kontakt getreten sind. Die Gesamtaufmachung des Internetauftritts des Verfügungsbeklagten, der darin einen "Versand nach Deutschland, Österreich, Schweiz" anbietet; macht den Eindruck eines professionellen Händlers. Dass der Verfügungsbeklagte nicht nur als privater Verkäufer, sondern als Händler tätig ist, hat er in seinem Schriftsatz vom 10. 10. 2006 jedenfalls teilweise auch selbst eingeräumt, indem er vorgetragen hat, er veräußere "gelegentlich" Waren, die er auf Flohmärkten oder selbst günstig im Internet erworben habe. Ein Indiz für die professionelle Händlereigenschaft des Verfügungsbeklagten ist schließlich auch, dass er am 9. 11. 2006 bei der zuständigen Verbandsgemeinde nunmehr ein Gewerbe für die von ihm betriebene Tätigkeit angemeldet hat.

Wie bereits ausgeführt, hat der Verfügungsbeklagte es bei seinem Internetauftritt entgegen §§ 312 c Abs. 1 Satz 1, 312 b Abs. 1, 355 BGB i.V.m. Art. 240 EGBGB, § 1 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 10, 14 BGB - InfoV i.V.m. den Bestimmungen des TDG bzw. EIGVI unterlassen, die Verbraucher rechtzeitig vor Abgabe deren Vertragserklärung über seine Identität und die zur schnellen elektronischen Kontaktaufnahme erforderlichen Angaben zu informieren und sie auf ihr nach § 3 BGB bestehendes Widerrufsrecht hinzuweisen. Der Verfügungsbeklagte verstieß dadurch gegen §§ 3 i.V.m. 4 Nr. 11 UWG. Er handelte gesetzlichen Vorschriften zuwider, die auch dazu bestimmt sind; im Interesse der Marktteilnehmer das Marktverhalten zu regeln (§ 4 Nr. 11 UWG). Bei den vorgenannten Bestimmungen über die Angabe von Identitätsmerkmalen und die Belehrung über ein Widerrufsrecht handelt es sich um Marktverhaltensregeln in diesem Sinne (BGH, Urteil vom 20. 7. 2006 - I ZR 226103 - OLG Karlsruhe WRP 2006, a.a.O., BrandOLG Urteil vom 13. 6. 2006 - 6 U 121/05 -).

Ein subjektives Element ist im Rahmen von § 4 Nr. 11 UWG nicht erforderlich (OLG Karlsruhe, a.a.O.). Die Verhaltensweise des Beklagten war auch geeignet, der Wettbewerb zum Nachteil der Mitbewerber und Verbraucher nicht nur unerheblich zu beeinträchtigen. Maßgeblich für die Frage der Erheblichkeit sind u.a. die Art der Handlung, die Schwere, die Häufigkeit, die Marktmacht und die Anzahl der Betroffenen (OLG Karlsruhe a.a.O., Hefermehl/Köhler/Bornkamm, UWG 25. Aufl.; § 3 Rdnr. 59 ff.). Die Schwelle ist nicht zu hoch anzusetzen; auszuschließen sind allein Bagatellfälle (OLG Karlsruhe a.a.O.; Hefermehl./Köhler/Bornkamm a.a.O. Rdnr. 54). Vorliegend ergibt bereits die Anzahl der von dem Verfügungsbeklagten durchgeführten Internetauktionen; dass es sich bei seinem Verhalten nicht nur um eine vernachlässigbare Bagatelle handelt.

2. Die Dringlichkeit für die begehrte einstweilige Verfügung wird nach 2 Abs. 2 UWG vermutet. Der Verfügungsbeklagte hat nichts vorgetragen, was diese Vermutung entkräften könnte.

3. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf R 91 ZPO.