



**OBERLANDESGERICHT HAMM**

**IM NAMEN DES VOLKES**

**URTEIL**

Entscheidung vom 28. Februar 2008

Aktenzeichen: 4 U 196/07

In dem Rechtsstreit

...

gegen

...

hat die 6. Zivilkammer des Oberlandesgerichts Hamm auf die mündliche Verhandlung vom ... für Recht erkannt:

Auf die Berufung des Antragstellers wird das am 24. Oktober 2007 verkündete Urteil der 1. Kammer für Handelssachen des Landgerichts Mü;nster abgeändert.

Die einstweilige Verfügung des Landgerichts vom 13. Juli 2007 wird unter Aufrechterhaltung der Ordnungsmittellandrohung mit der Maßgabe bestätigt, dass es die Antragsgegnerin zu unterlassen hat, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs bei ebay zur Abgabe von Angeboten aufzufordern, wenn nicht über das Widerrufsrecht belehrt wird, wie geschehen bei ebay im Juni 2007 unter der Artikelnummer ... (gemäß Anlage 2 zur Antragschrift vom 6. Juli 2007).

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

Gründe

A.  
Der Antragsteller, der nach seiner Behauptung über die Internetplattform ebay eine umfassende Palette von Computerzubehör anbietet und sich zur Glaubhaftmachung auf den Ausdruck seines ebay-Angebotes bezieht, hat von der Antragsgegnerin die Unterlassung begehrt, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs Verbraucher bei ebay zur Abgabe von Angeboten aufzufordern, wenn nicht klar und verständlich sowie vollständig über das Widerrufsrecht belehrt wird, insbesondere wenn dies geschieht, wie es bei ebay im Juni 2007 unter der Artikelnummer ... geschehen ist.

Die Antragsgegnerin, die eines der größten Rechenzentren Europas betreibt, aktualisiert regelmäßig ihre Hardware. Die dabei ausgebauten Teile werden zum Teil bei ebay, zum Teil über andere Plattformen verkauft.

In dem vom Antragsteller gerügten Internetauftritt der Antragsgegnerin heißt es nach diversen anderen Regelungsinhalten betreffend Abwicklung, Zahlung und Versand unter "Garantie":

*"Alle von uns verkauften Artikel werden als defekt zum Ausschachten bzw. Basteln verkauft! Wir beschreiben die Artikel so genau wie möglich, damit sich jeder Käufer ein eigenes Bild davon machen kann.*

*Wir gewähren keinerlei Garantie, Gewährleistung, Umtausch oder Rücknahme der von uns versteigerten Artikel. Wir verkaufen ausschließlich an Gewerbetreibende, ein Widerrufsrecht wird deshalb ausgeschlossen.*

*Der Käufer erkennt die oben genannten Bedingungen mit Abgabe seines Gebotes an".*

Der Antragsteller hat darin einen Verstoß gegen die §§ 312 c, 312 d, 355 und 357 BGB gesehen und gemeint, die Antragsgegnerin könne sich auf einen Verkauf nur an Gewerbetreibende schon aufgrund der AGB von ebay nicht berufen.

Nachdem das Landgericht antragsgemäß eine entsprechende Beschlussverfügung erlassen hatte, gegen die die Antragsgegnerin Widerspruch erhoben hatte, hat der Antragsteller beantragt,

die einstweilige Verfügung des LG Münster vom 13.07.2007 aufrechtzuerhalten.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

die einstweilige Verfügung aufzuheben und den Antrag auf ihren Erlass zurückzuweisen.

Sie hat bestritten, dass der Antragsteller zu ihr in einem Wettbewerbsverhältnis steht, einen Wettbewerbsverstoß in Abrede gestellt und dazu ausgeführt, dass es ihr nach § 9 Ziffer 5 der AGB von ebay freistehe, ihre gebrauchten Computerteile ausschließlich an Gewerbetreibende zu veräußern.

Diese Bestimmung hat den folgenden Wortlaut:

*"Unternehmer, die Waren oder Dienstleistungen an Verbraucher anbieten, sind verpflichtet, diesen die gesetzlich vorgeschriebenen Verbraucherschutzinformationen zu erteilen und sie über das gesetzliche Widerrufs- und Rückgaberecht zu belehren, sofern ein solches besteht."*

Sie, die Antragsgegnerin, weise ausdrücklich darauf hin, dass sie ihre Ware ausschließlich nur an Gewerbetreibende veräußere.

Das Landgericht hat seine einstweilige Verfügung aufgehoben und den auf ihren Erlass gerichteten Antrag zurückgewiesen. Es hat einen Verfügungsanspruch verneint, weil die Antragsgegnerin in ihrer Angebotsbeschreibung den Käuferkreis zulässig und ohne Verstoß gegen § 305 c BGB auf Gewerbetreibende eingeschränkt und dadurch einen Verstoß gegen §§ 312 c, 312 d, 355, 357 BGB vermieden habe. Die Beschränkung sei auch im Hinblick auf die AGB von ebay, insbesondere von § 9 Ziffer 5, nicht widersprüchlich. Sollte ein Verbraucher eine Sache der Antragsgegnerin ersteigern, greife wegen der Beschränkung der Verbraucherschutz nicht ein. An dieser Beurteilung ändere der Umstand, dass ebay keinen separaten Raum für Geschäfte mit Unternehmern bereitstelle, nichts. Angesichts dessen könne dahinstehen, ob die Parteien überhaupt in einem Wettbewerbsverhältnis stehen, was angesichts der unterschiedlich beworbenen Computerartikel zweifelhaft erscheine.

Wegen der Begründung des Landgerichts im Einzelnen wird auf die Entscheidungsgründe verwiesen.

Der Antragsteller greift das Urteil mit der Berufung an. Er macht geltend: Es sei zwar zutreffend, dass Angebote grundsätzlich beschränkt werden dürften. Es komme aber darauf an, wie dies geschehe. Die Angebote der Antragsgegnerin seien im Lichte der ebay-AGB auszulegen. Diese seien aber dahin zu verstehen, dass Verträge grundsätzlich mit jedem Mitglied geschlossen werden müssten, also auch mit Verbrauchern. Das folge für die hier abgemahnte Auktion aus § 10 Ziff. 1 S. 2 der ebay-AGB, weil dort allgemein vom Bieter die Rede sei. Demzufolge könne ein Bieter auch ein Verbraucher sein. Das folge für Sofort-Kaufen-Artikel aus § 11 der ebay-AGB, weil dort allgemein von anderen Mitgliedern die Rede sei. Demzufolge könne ein allgemeines Mitglied auch ein Verbraucher sein. Diese Auslegung trage auch dem wirtschaftlichen Interesse von ebay Rechnung. Ebay wolle Verkaufsprovisionen verdienen. Deshalb stehe es nicht im Belieben der Handelspartner, ob ein Vertrag Bestand habe oder nicht.

Der Antragsteller hält überdies die Klausel der Antragsgegnerin für überraschend. Die Antragsgegnerin versuche, Verbraucherschutzrechte von Verbrauchern zu umgehen. Alsdann verkaufe die Antragsgegnerin, was weiter ausgeführt wird, Ware auch an Verbraucher. Dies folge aus ihrem Bewertungsprofil.

Der Antragsteller beantragt,

das landgerichtliche Urteil abzuändern und die einstweilige Verfügung des Landgerichts vom 13.07.2007 aufrechtzuerhalten, mit der Maßgabe, dass im Beschlusstenor die Worte "klar und verständlich sowie vollständig" entfallen, das Wort "insbesondere" entfällt und in Klammern am Ende angefügt wird "gemäß Anlage 2 zur Antragschrift vom 06.07.2007".

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

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

B.

Die zulässige Berufung des Antragstellers ist begründet und führt zur Bestätigung der einstweiligen Verfügung des Landgerichts vom 13.07.2007. Der Antragsteller kann von der Antragsgegnerin im Wege der einstweiligen Verfügung aus §§ 3; 8 I, III Nr. 1; 4 Nr. 11 UWG i.V.m. §§ 312 c, 312 d, 355, 357 BGB ? wie tenoriert ? die Unterlassung ihrer Angebote ohne die erforderlichen Widerrufsbelehrungen verlangen.

I. Die Berufung der Antragstellerin ist frist- und auch formgerecht eingelegt worden. Dem steht nicht entgegen, wie im Senatstermin erörtert worden ist, dass der Berufungs- und Berufungsbegründungsschriftsatz vom 11.01.2007 (nur) per Telefax eingereicht worden ist. Denn dieser gibt die Unterschrift des Prozessbevollmächtigten des Antragstellers wieder, so dass die Einlegung der Berufung und ihre Begründung als zulässig anzusehen sind (vgl. BVerfG NJW 1996, 2858; BGH NJW 1994, 2097; 1997, 948; NJW-RR 1997, 250; Zöller-Gummer/Heßler, ZPO, § 519 Rn. 18 a; § 520 Rn. 20). Das Erfordernis der Unterschrift besteht zwar fort, wenn ein bestimmender Schriftsatz durch Telefax übermittelt wird. In einem solchen Fall verzichtet die Rechtsprechung jedoch darauf, dass das bei Gericht eingehende Schriftstück eigenhändig unterschrieben sein muss. Ausreichend ist in einem solchen Falle, dass die Kopiervorlage unterschrieben ist und dass diese Unterschrift auf der Fernkopie wiedergegeben wird. Das war hier der Fall.

II. Soweit die Antragsfassung im Termin modifiziert worden ist, handelt es sich lediglich um eine Klarstellung im Hinblick auf § 253 II Nr. 2 ZPO, die weder den Streitgegenstand berührt noch sich entsprechend auf die Kostenentscheidung auswirkt. Im Kern geht es bereits nach der Antragschrift vom 06.07.2007 um den Vorwurf, dass die hier fragliche Widerrufsbelehrung verabsäumt worden ist, so wie dies gemäß der Anlage 2) zur Antragschrift geschehen ist.

III. Der Verfügungsgrund ist gegeben. Die Dringlichkeit der Angelegenheit wird gemäß § 12 II UWG vermutet. Die Vermutung ist nicht widerlegt. Auf die Anzeige vom Juni 2007 ist unter dem 16.06.2007 die Abmahnung erfolgt und mit Fax vom 10.07.2007 (Eingangsstempel des Landgerichts) der streitgegenständliche Antrag bei Gericht eingegangen. Eine schädliche Verzögerung auf Seiten des Antragstellers und eine Überschreitung der vom Senat geforderten "Monatsfrist" ist nicht feststellbar.

IV. Der Antragsteller kann ? bezogen auf den Verfügungsanspruch ? die geforderte Unterlassung verlangen.

In der beanstandeten Internetanzeige ist eine unlautere Wettbewerbshandlung der Antragsgegnerin, nämlich ein Verstoß gegen §§ 312 c, 312 d, 355, 357 BGB, zu sehen, der den Wettbewerb im Interesse der Marktteilnehmer nicht nur unwesentlich beeinträchtigt.

1. Der Antragsteller ist als Mitbewerber der Antragsgegnerin antragsbefugt. Die Parteien stehen in einem unmittelbaren Wettbewerbsverhältnis miteinander. Beide handeln mit Computerzubehör. Der Antragsteller ist von Beruf, wie sich aus dem Protokoll zur mündlichen Verhandlung vom 24.10.2007 ergibt, zwar Gas- und Wasserinstallateur. Er hat aber durch die Vorlage der Anlage 1 zu seiner Antragschrift glaubhaft gemacht, dass er im Internet als gewerblicher Händler und bei ebay auch entsprechende Computerartikel vertreibt. Dort ist zum einen sein Name genannt, wobei er seit dem 14.01.2003 als gewerblicher Verkäufer ausgewiesen ist. Er vertreibt zum anderen eine Vielzahl entsprechender Produkte und verfügt über eine professionell anmutende Internetpräsentation, wonach er überdies 1778 Bewertungspunkte, 99,9 % positiv, aufweist, was sich bei dieser Produktpalette als händlertypisch darstellt.

2. Bei den genannten Vorschriften über die Unterrichtungspflichten des Unternehmers bei Fernabsatzverträgen handelt es sich um Verbraucherschutzvorschriften, die das Marktverhalten von Unternehmen im Interesse der Marktteilnehmer im Sinne von § 4 Nr. 11 UWG bestimmen (BGH MMR 2007, 40 ? Anbieterkennzeichnung im Internet, Rz. 30; Senat NJW 2005, 2319 = MMR 2005, 540).

3. Ein Verstoß gegen die Unterrichtungspflichten nach §§ 312 c, 312 d, 355, 357 BGB ist bei dem ebay-Angebot der Antragsgegnerin gegeben. Unstreitig wird insoweit nicht über die gesetzlichen Widerrufsmöglichkeiten für Verbraucher informiert. Diese Notwendigkeit entfällt auch nicht unter dem Gesichtspunkt, dass es in dem beanstandeten Internetauftritt der Antragsgegnerin unter "Garantie" heißt "Wir verkaufen ausschließlich an Gewerbetreibende, ein Widerrufsrecht wird deshalb ausgeschlossen." Zwar gelten die hier maßgeblichen Verbraucherschutzregelungen nicht für den Kauf durch Unternehmen. Aus der genannten Klausel kann jedoch nicht in der nötigen Weise hergeleitet werden, dass tatsächlich nicht auch an Verbraucher verkauft wird, mit der Folge, dass die nötigen Widerrufsbelehrungen entfallen könnten. Ein Verkauf an Verbraucher wird nicht mit hinreichender Sicherheit ausgeschlossen, und zwar schon deshalb, weil die Klausel dort überaus versteckt eingestellt ist, so dass sie leicht auch übersehen werden kann. Sie stellt sich insofern in diesem Zusammenhang als ein Umgehungstatbestand dar, wie er etwa auch beim Verbrauchsgüterkauf nach § 475 I BGB ausgeschlossen werden soll.

a) Im Grundsatz besteht kein Zweifel, dass Verkaufsangebote auf den Verkauf an Gewerbetreibende beschränkt werden können. Das folgt bereits aus der im Zivilrecht grundsätzlich geltenden Privatautonomie.

Für den Grundsatz dahin, dass ein entsprechender Verkäuferwille Bestand haben soll, spricht dabei auch die Entscheidung des BGH vom 22.12.2004 (NJW 2005, 1045) zu §§ 474 ff. BGB, wonach dem Käufer, der dem Verkäufer einen gewerblichen Verwendungszweck der Kaufsache vortäuscht, die Berufung auf die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf verwehrt ist. Wer eine Sache von einem Unternehmer kaufen will, der zu einem Geschäftsabschluss mit einem Verbraucher nicht bereit ist, weil er keine Gewähr für die Kaufsache übernehmen will, darf sich den Schutz der ihn begünstigenden Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf danach nicht dadurch erschleichen, dass er sich gegenüber dem Unternehmer wahrheitswidrig als Händler ausgibt, um diesen zum Vertragsschluss zu bewegen. Verstößt er dagegen, so ist ihm die spätere Berufung darauf, er sei in Wahrheit Verbraucher, nach Treu und Glauben (sog. "venire contra factum proprium") verwehrt. Ein solcher Fall liegt hier aber nicht vor. Vielmehr ist für eine solche Beurteilung jedenfalls gerade zu fordern, dass diese Beschränkung für die Parteien, sprich für die Erwerber

transparent und klar sein muss. Daran mangelt es beim Angebot der Antragsgegnerin. Insofern stellt sich der Sachverhalt entscheidend auch anders dar als in der Spielsperreentscheidung des 8. Zivilsenats vom 17.07.2002 (in NJWRR 2002, 1634), nach der für beschränkte Spieler kein wirksamer Spielvertrag zustande kommen soll, zumal der gesperrte Spieler dort selbst die Spielsperre veranlasst hatte und an den Zugängen zum dortigen Automatenaal entsprechende Hinweise aufgestellt waren. Im vorliegenden Streitfall konnte demgegenüber die hier fragliche Klausel, die einen Verkauf an Verbraucher vermeintlich ausschließt, leicht übersehen werden.

b) Die Beschränkung eines Verkaufs nur an Gewerbetreibende war, ohne dass streitentscheidend ist, ob die Antragsgegnerin nach den ebay-Bedingungen § 9 V auch an Verbraucher verkaufen muss, nach der vorliegenden Gestaltung des Angebots leicht zu übersehen. Denn die Klausel war, wenn auch auf der Angebotsseite, an einer überaus versteckten Stelle plziert. Der Verbraucher, der nach dem Internetangebot der Antragsgegnerin kaufen will, muss hiermit nicht rechnen und vermutet eine seinen primären Käuferstatus berührende Klausel jedenfalls nicht unter der Rubrik "Garantie", die demgegenüber erst die Abwicklung des noch abzuschließenden Vertrages betrifft. Die Beschränkung des Verkaufs "nur an Gewerbetreibende" ist nicht im Angebot selbst an hervorgehobener Stelle vorangestellt oder jedenfalls in eine entsprechende Rubrik zum Vertragsabschluss eingebettet, sondern in eine Klausel an anderer Stelle eingefügt, die mit dem Kaufadressaten und dem Abschluss des Vertrages selbst überhaupt nichts zu tun hat (s.a. Senat Ur. v. 14.04.2005, NJW 2005, 2319, wonach es unzulässig ist, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs im Internet Verbraucher zur Abgabe von Angeboten aufzufordern, wenn auf das Widerrufsrecht auf die Weise hingewiesen wird, dass auf "mich" unter der Rubrik "Angaben zum Verkäufer" geklickt werden muss, damit der Käufer von seinem Widerrufsrecht erfährt). Dort liest der potentielle Käufer nicht notwendigerweise nach, wenn er die Essentialia des Kaufes abgreifen will und ihm mitgeteilt werden soll, dass er als Verbraucher nicht kaufen können soll. Die Frage der Widerrufsmöglichkeit hat mit der Frage der Garantie im Kern nichts zu tun. Die Klausel kann dem Verbraucher auf diese Weise leicht verborgen bleiben, so dass es mangels entsprechender Kenntnis hiervon lebensnah auch zu Verkäufen an Verbraucher kommen kann, ohne dass sich die Antragsgegnerin demgegenüber in Bezug auf die Wirksamkeit des Abschlusses auf Treu und Glauben (§ 242 BGB) berufen kann, weil die fragliche Beschränkung von Verkäufen nur an Gewerbetreibende dem Käufer nach der konkreten Gestaltung des Angebots nicht in der nötigen Weise deutlich gemacht wird. Der Verbraucher geht bei einer Bestellung mitunter in schutzwürdiger Weise davon aus, dass er sein Produkt wirksam und unter Beibehaltung seiner gesetzlichen Rechte bei der Antragsgegnerin einkauft.

Der Verweis auf den Verkauf bloßen Bastelmaterials und nur an Unternehmer weist insofern deutliche Parallelen zu Umgehungstatbeständen etwa beim Verbrauchsgüterhandel auf, zumal der vorliegende Tatbestand gerade auch in die Gewährleistungsbedingungen eingebettet ist. So werden Umgehungen des Verbrauchsgüterkaufs mitunter dadurch versucht, dass Händler nach den Vertragsbedingungen Kunden zu Unternehmern zu machen versuchen (vgl. dazu Palandt-Weidenkaff, BGB, 67. Aufl. 2008, § 475 Rn. 6; Müller, NJW 2003, 1975, 1979). Wegen des Verkehrsschutzes ist aus diesem Grunde erforderlich, dass der Vertragspartner, also der Käufer, den Verkauf eben nur an Gewerbetreibende kennt oder in evidenter Weise kennen muss. Das ist bei dem vorliegenden Angebot, wie ausgeführt, nicht der Fall.

Hinzu kommt, dass im Computerteilehandel im Allgemeinen häufig auch von Verbrauchern gekauft wird. Im Besonderen verkauft die Antragsgegnerin, die eines der größten Rechenzentren Europas betreibt und die regelmäßig ihre Hardware aktualisiert, ihre ausgebauten Altteile bei ebay und auch über andere Plattformen.

Dabei ist unwidersprochen geblieben, dass es gerade Verbraucher sind, die günstige Computerartikel wie die von der Antragsgegnerin angeboten zum "Ausschlachten und Basteln" erwerben wollen. Jedenfalls sind die Artikel nicht nur für Gewerbetreibende interessant. Die Antragsgegnerin legt sodann in keiner Weise dar, wie sie ansonsten Verbraucher "ausfiltert" und damit nur Verkäufe an Gewerbetreibende ausführt. Dies tut sie offenkundig weitergehend nicht, so dass erhebliche Teile des Verkehrs den Hinweis auf einen Verkauf nur an Gewerbetreibende nicht zur Kenntnis nehmen und bei ihr vermeintlich verbraucherschutzlos einkaufen, ohne dass es noch auf die vom Antragsteller mit der Berufung vorgelegten Bewertungsprofile der Mitglieder "E" und "J" ankommt (die den Abschriften der Berufungsbegründung für die Antragsgegnerin nicht beilagen), aus

denen hervorgeht oder jedenfalls hervorgehen soll, dass erkennbar auch Verbraucher tatsächlich die fraglichen Artikel bei der Antragsgegnerin kaufen.

Das streitgegenständliche Angebot wird damit ersichtlich auch Verbrauchern unterbreitet. Die gesetzlichen Informationspflichten sind dementsprechend ? wie auch in § 9 V der ebay-Bedingungen vorgesehen ? einzuhalten.

V. Die prozessualen Nebenentscheidungen beruhen auf §§ 91 I, 708 Nr. 10 ZPO.

(Unterschriften)