Abschrift

I-16 O 170/17

Landgericht Bochum

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

des Herrn [redacted]

Verfügungsklägers,

Prozessbevollmächtigte: [redacted]

g e g e n

Herrn [redacted],

Verfügungsbeklagten,

Prozessbevollmächtigte: Rechtsanwälte Obladen Gaessler,
Weißhausstr. 26, 50939 Köln,

hat die 16. Zivilkammer -Kammer für Handelssachen- des Landgerichts Bochum aufgrund mündlicher Verhandlung vom 15.08.2017
durch den Vorsitzenden Richter am Landgericht Kranz, den Handelsrichter Pabst und den Handelsrichter Busch

für Recht erkannt:

Die einstweilige Verfügung vom 12.06.2017 wird bestätigt.

Der Verfügungsbeklagte trägt auch die weiteren Kosten des Verfahrens.

Tatbestand:

Beide Parteien verkaufen im Internet auf der Handelsplattform eBay Waren der Firma LEGO. Der Verfügungskläger handelt bei eBay mit seinem Onlineshop unter dem Verkäufernamen [redacted]. Der Verfügungsbeklagte vertreibt die Waren dort unter dem Verkäufernamen [redacted]". Der Verfügungsbeklagte ist auf der Handelsplattform eBay als privater Verkäufer angemeldet.

Da der Verfügungskläger der Auffassung war, die Verkaufsaktivitäten des Verfügungsbeklagten seien gewerblicher Natur, ließ er den Verfügungsbeklagten durch anwaltliches Schreiben unter dem 23.05.2017 (Anlage 4 zur Antragsschrift vom 08.06.2017, Bl. 56ff. d.A.) abmahnen und zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung bis zum 02.06.2017 auffordern. Eine Reaktion des Verfügungsbeklagten erfolgte nicht.

Der Verfügungskläger erwirkte am 12.06.2017 eine einstweilige Verfügung des Vorsitzenden der Kammer, in der dem Verfügungsbeklagten untersagt wurde,

im geschäftlichen Verkehr mit LEGO-Waren gegenüber Verbrauchern

a) den Verbraucher nicht über die einzelnen technischen Schritte, die zu einem Vertragsschluss führen zu unterrichten und/oder

b) den Verbraucher nicht darüber zu unterrichten, ob der Vertragstext nachdem Vertragsschluss vom Unterlassungsschuldner gespeichert wird und ob dieser dem Kunden zugänglich ist und/oder

c) den Verbraucher nicht über die Bedingungen, die Fristen und das Verfahren für die Ausübung des Widerrufsrechts nach § 355 Abs. 1 BGB sowie das Muster-Widerrufsformular zu informieren und/oder

d) nicht auf das Bestehen der EU-Schlichtungsplattform hinzuweisen sowie den Verbrauchern keinen leicht zugänglichen, anklickbaren Link zur EU-Plattform zur Online-Streitbeilegung bereitzustellen und/oder

e) den Verbraucher nicht zu Beginn des Nutzungsvorganges unter anderem über Art, Umfang und Zweck der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten in allgemein verständlicher Form zu unterrichten, sowie ihn ferner darauf hinzuweisen, dass er seine Einwilligung jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen kann und/oder

f) als privater Verkäufer aufzutreten, ohne tatsächlich privater Verkäufer zu sein und/oder;

g) kein oder ein nur unvollständiges Impressum vorzuhalten und/oder,

h) den Verbraucher Informationen vorzuenthalten über das Bestehen eines gesetzlichen Mängelhaftungsrecht

wie zu a) bis h) geschehen auf der Verkaufsplattform eBay in dem Angebot mit eBay-Artikelnummer [redacted] und wie dargestellt in den Bildschirmausdrucken, die dem Verfügungsantrag als Anlage 3 beiliegen.

Die Verfügungsbeklagte hat gegen die ergangene einstweilige Verfügung Widerspruch eingelegt.

Der Verfügungskläger verteidigt die erlassene einstweilige Verfügung. Er weist insbesondere darauf hin, dass der Verfügungsbeklagte in seiner Widerspruchsbegründung eingestanden habe, Sammler von LEGO-Waren zu sein und seit 13 Jahren regelmäßig LEGO-Waren – durchschnittlich etwa 20 Artikel im Jahr – verkauft zu haben. Der Verfügungskläger ist der Ansicht, dass ein Verkauf von 20 Artikeln im Jahr, respektive von ca. 2 Artikeln pro Monat, über einen Zeitraum von 13 Jahren kein privates Handeln, sondern eine planmäßige und auf Dauer angelegte Tätigkeit, die der Definition eines gewerblichen Handelns entspreche, darstelle. Auch die Tatsache, dass der Verfügungsbeklagte von den 639 Bewertungen, die er auf der Handelsplattform eBay erhalten habe, 539 Bewertungen als Verkäufer erhalten habe, belege, dass sich der Verfügungsbeklagte auf das Verkaufen bei eBay fokussiert habe. Zu berücksichtigen sei in diesem Zusammenhang auch das hohe Umsatzvolumen von ca. 20.000,00 €, das sich aus den letzten 200 Bewertungen, die der Verfügungsbeklagte als Verkäufer erhalten habe, ersehen lasse. Für eine Gewerblichkeit spreche zudem, dass der Verfügungsbeklagte die Artikel auch immer als „Neu und mit Originalverpackung" verkaufe.

Der Verfügungskläger beantragt,

die einstweilige Verfügung vom 12.06.2017 aufrechtzuerhalten.

Der Verfügungsbeklagte beantragt,

die einstweilige Verfügung des Kammervorsitzenden vom 12.06.2017 aufzuheben und den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung vom 08.06.2017 zurückzuweisen.

Der Verfügungsbeklagte bestreitet die Aktivlegimation des Verfügungsklägers. Er ist der Ansicht, er selbst sei Verbraucher und nicht als Unternehmer anzusehen. Dazu behauptet er, er habe bei eBay lediglich Sammlerstücke verkauft, die er ursprünglich erworben habe, um sie mit einem Sammlerkollegen in Singapur zu tauschen. Dies sei gescheitert, da seinerzeit sein Fluggepäck mitsamt den für den Tausch erworbenen LEGO-Sets abhandengekommen sei, so dass der beabsichtige Tausch in Singapur nicht habe stattfinden können. Später habe er sein Fluggepäck zurückerhalten und die LEGO-Sets, für die er nunmehr keine Verwendung mehr gehabt habe, bei eBay veräußert.

Der Verfügungsbeklagte ist ferner der Ansicht, es fehle auch an einem Wettbewerbsverhältnis, da der Verfügungskläger lediglich Spielzeugartikel der Firma LEGO zum Verkauf anbiete, während er (der Verfügungsbeklagte) ausschließlich hochwertige LEGO-Artikel für Sammler anbiete, die gerade nicht von Kindern bzw. deren Eltern abgenommen würden. Sein Angebot richte sich ausschließlich an Sammler, so dass die Parteien sich schon nicht an die gleichen Abnehmerkreise richteten und nicht auf demselben sachlichen und räumlichen Markt tätig seien.

Die Rechtsverfolgung des Verfügungsklägers sei zudem rechtsmissbräuchlich im Sinne von § 8 Abs. 4 UWG. Dazu behauptet der Verfügungsbeklagte, sein Prozessbevollmächtigter habe in den letzten 12 Monaten 8 wettbewerbsrechtliche Abmahnungen des Verfügungsklägers bearbeitet. Davon sei in 7 Fällen jegliche Zahlung verweigert worden, ohne dass die Abgemahnten sodann vom Verfügungskläger gerichtlich auf Zahlung der Abmahnkosten in Anspruch genommen worden seien, so dass auf Seiten des Verfügungsklägers Kosten in Höhe von 8.000,00 € entstanden seien, die in keinem Verhältnis zu den von diesem bei eBay erzielten Umsätzen stünden. Das Kostenrisiko übersteige den Umsatz des Unternehmens des Verfügungsklägers dermaßen, dass kein vernünftiger Kaufmann dieses Risiko eingehen würde. Allein vor diesem Hintergrund sei die Anspruchsdurchsetzung rechtsmissbräuchlich.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung waren, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die einstweilige Verfügung vom 12.06.2017 war zu bestätigen, da sie zu Recht ergangen ist.

Dem Verfügungskläger steht gegen den Verfügungsbeklagten ein Unterlassungsanspruch gegen §§ 8, 3, 3a, 5, 5a UWG zu. Zwischen den Parteien liegt ein Wettbewerbsverhältnis vor. Der Verfügungsbeklagte, dessen Handeln als gewerblich einzustufen ist, verschafft sich erhebliche Wettbewerbsvorteile dadurch, dass er den Verkehr durch sein Auftreten als „privater Verkäufer" auf der Handelsplattform eBay über die Gewerblichkeit seiner Angebote hinwegtäuscht und die Verbraucher pflichtwidrig nicht über ihre Rechte informiert. Als gewerblicher Verkäufer ist der Verfügungsbeklagte ein Unternehmer im Sinne von § 14 BGB und muss folglich die rechtlichen Vorschriften über Fernabsatzgeschäfte einhalten, die in § 312c BGB geregelt sind, was er aber – wie vom Verfügungskläger durch Vorlage der Anlage 3 zur Antragsschrift vom 08.06.2017 glaubhaft gemacht – nicht getan hat. Demnach würden ihm zahlreiche Informations- und Belehrungspflichten gegenüber Verbrauchern obliegen, denen er nicht nachkommt. Der Verfügungsbeklagte ist gemäß Art. 246c Nr. 1 EGBGB verpflichtet, bei Verträgen im elektronischen Geschäftsverkehr über die einzelnen technischen Schritte, die zum Vertragsschluss führen, zu unterrichten. Er ist gemäß Art. 246c Nr. 2 EGBGB verpflichtet, den Verbraucher darüber zu informieren, ob der Vertragstext nach dem Vertragsschluss von ihm gespeichert wird und ob er dem Verbraucher zugänglich ist. Er ist verpflichtet, den Verbraucher über die Bedingungen, die Fristen und das Verfahren für die Ausübung des Widerrufsrechts gemäß § 355 Abs. 1 BGB sowie das Musterwiderrufsformular zu informieren. Gemäß Art. 14 Abs. 1 EU-Verordnung Nr. 524/2013 ist er verpflichtet, den Verbraucher auf das Bestehen der EU-Streitschlichtungsplattform („OS-Plattform") hinzuweisen und ihm an leicht zugänglicher Stelle einen funktionierenden Link zu der Plattform zur Verfügung zu stellen. Er ist gemäß § 13 Abs. 1 TMG verpflichtet, den Nutzer zu Beginn des Nutzungsvorganges unter anderem über Art, Umfang und Zweck der Erhebung und Verwendung personenbezogener Daten in allgemein verständlicher Form zu unterrichten und den Nutzer gemäß § 13 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 2 Nr. 4 TMG darauf hinzuweisen, dass er seine Einwilligung hierzu jederzeit mit Wirkung für die Zukunft widerrufen kann. Er ist ferner verpflichtet, ein vollständiges Impressum bereitzuhalten, um dem Kunden Details über seinen Vertragspartner zu vermitteln, nicht als privater Verkäufer aufzutreten, wenn er tatsächlich gar kein privater Verkäufer, und den Verbraucher (zutreffende) Informationen über das Bestehen eines gesetzlichen Mängelhaftungsrechts zur Verfügung zu stellen. Da der Verfügungsbeklagte, wie der Verfügungskläger glaubhaft gemacht hat, sämtlich gegen diese vorstehenden Verpflichtungen verstoßen hatte, ist die einstweilige Verfügung vom 12.06.2017 zu Recht ergangen.

Im Einzelnen:

Entgegen der Rechtsauffassung des Verfügungsbeklagten ist vorliegend ein konkretes Wettbewerbsverhältnis gegeben. An der Unternehmereigenschaft des Verfügungsklägers bestehen für die Kammer keine beachtlichen Zweifel. Der Verfügungskläger hat durch Vorlage des Anlagenkonvoluts 1 zur Antragsschrift vom 08.06.2017 sowie nochmals durch die mit Schriftsatz vom 14.08.2017 nachgereichte Anlage 6 zur Überzeugung der Kammer glaubhaft gemacht, dass er als gewerblicher Verkäufer auf der Handelsplattform eBay in erheblichem Umfang LEGO-Waren veräußert und deshalb als Unternehmer im Sinne des § 14 BGB anzusehen ist.

Auch die Verkaufstätigkeit des Verfügungsbeklagten ist nach Überzeugung der Kammer eindeutig als gewerbliche bzw. unternehmerische Tätigkeit einzustufen.

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 (vgl. BGH, GRUR 2009, 871 – *Ohrclips;* OLG Hamm, MMR 2013, 717; OLG Hamm Beschluss vom 05.01.2012 – Az. 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 (vgl. OLG Hamm, MMR 2011, 537).

Verkäufe aus Privatvermögen, mögen sie auch einen gewissen Umfang erreichen (z.B. Haushaltsauflösung), begründen daher zwar zumeist keine Unternehmereigenschaft (vgl. OLG Hamm, MMR 2011, 537). Es ist jedoch keinesfalls zwingend, Verkäufe aus Privatvermögen regelmäßig dem nichtunternehmerischen Bereich zuzuordnen (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 04.07.2007 – Az. 6 W 66/07, zitiert nach juris). Eine Gewinnerzielungsabsicht ist für die Annahme einer gewerblichen Betätigung im hier entscheidenden Sinne – entgegen der Ansicht des Verfügungsbeklagten – ohnehin nicht erforderlich (vgl. Palandt/Ellenberger, BGB, 75. Aufl. (2016), § 14 Rdnr. 2 m.w.Nw.).

Ob ein Anbieter von Waren auf einer Internetplattform wie eBay solchermaßen gewerblich oder im privaten Bereich handelt, ist nach der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Hamm, der die Kammer folgt, aufgrund einer Gesamtschau der relevanten Umstände zu beurteilen (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 05.01.2012 – Az. 4 U 161/11, zitiert nach juris; OLG Hamm, MMR 2011, 537). Für eine gewerbliche Betätigung können dabei vor allem der wiederholte Handel mit gleichartigen, insbesondere auch neuen Gegenständen (vgl. OLG Hamm, MMR 2013, 717), das Angebot erst kurz zuvor erworbener Waren (vgl. OLG Hamm, MMR 2011, 537), eine ansonsten gewerbliche Tätigkeit des Anbieters (vgl. OLG Hamm, MMR 2011, 537) oder Verkaufsaktivitäten für Dritte (vgl. OLG Hamm, 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 (vgl. OLG Hamm, MMR 2013, 717).

Unter Anwendung dieser Grundsätze ist das mit der Abmahnung des Verfügungsklägers vom 23.05.2017 beanstandete Handeln des Beklagten nach Auffassung der Kammer auf der Grundlage der vom Verfügungskläger vorgelegten Dokumentation der Verkaufstätigkeit des Verfügungsbeklagten unter dem Verkäufernamen „[redacted]" auf der Handelsplattform eBay eindeutig als gewerblich einzustufen.

Hierfür spricht vor allem und entscheidend, dass der Verfügungsbeklagte unstreitig in den letzten 13 Jahren wiederholt zahlreiche Artikel aus dem Sortiment der Firma LEGO im Artikelzustand „Neu und Originalverpackt" – darunter zahlreiche Artikel auch mehrfach und insbesondere nicht mehr in haushaltsüblichen Mengen – zum Verkauf angeboten und auch dort verkauft hat. Dies ergibt sich für die Kammer sowohl aus der zum Zwecke der Glaubhaftmachung vom Verfügungskläger als Anlage 2 zur Antragsschrift vom 08.06.2017 (vgl. Bl. 42ff. d.A.) Übersicht über die zurückliegenden Bewertungen des Verfügungsbeklagten als Verkäufer als auch gleichermaßen aus der entsprechenden, vom Verfügungsbeklagten als Anlage OG1 zur Widerspruchsbegründung vorgelegten Bewertungsübersicht. Dabei geht auch die Kammer davon aus, dass letztlich nicht jeder Käufer die Bewertungsfunktion auf der Handelsplattform eBay nach einem Kauf nutzt und den Verkäufer tatsächlich dort bewertet, so dass es darüber hinaus eine „Dunkelziffer" weiterer Verkäufe durch den Verfügungsbeklagten gegeben haben mag, auch die es aber aus den nachstehenden Gründen nicht entscheidungserheblich ankommt. Allein die (unstreitige) Dauer seiner Verkaufstätigkeit lässt eine Einstufung als eine bloß ab und an erfolgende, sich also in gelegentlichen Geschäftsakten erschöpfenden Tätigkeit nicht mehr zu.

Entgegen der von ihm geäußerten Auffassung kann der Verfügungsbeklagte gegenüber dieser Einordnung seiner Verkaufstätigkeit als „gewerblich" auch nicht erfolgreich damit gehört werden, dass es sich nur einen ausnahmsweise, aufgrund der infolge eines Gepäcksverlusts eingetretenen Unmöglichkeit eines Tausches, einmalig zum Zwecke eines Tausches unter ausgewiesenen LEGO-Artikel-Sammlern in Singapur extra erworbenen Artikeln erfolgten Verkaufs gehandelt haben soll. Mit diesen vom Verfügungsbeklagten durch eidesstattliche Versicherung vom 03.08.2017 (Anlage OG2, Bl. 158 d.A.) sowie durch Vorlage von E-Mail-Ausdrucken sowie der Vorlage eines Ticketausdrucks für einen AirBerlin-Flug (Anlage OG3, Bl. 159ff. d.A.) glaubhaft gemachten Umstände lassen sich – schon nach dem eigenen Wortlaut der eidesstattlichen Versicherung des Verfügungsbeklagten vom 03.08.2017 – allenfalls die zahlreichen Verkäufe der LEGO-Sets „LEGO 400016 Billund Airport LIMITED EDITION neu OVP Rar Brand new unopened" bzw. „LEGO 400010 Billund Lego House LIMITED EDITION Neu OVP Rar Brand new" erklären, zu denen der Verfügungsbeklagte an Eides statt versichert hat, sie zum Zwecke des Tausches mit einem Sammlerkollegen in Singapur extra in Billund/Dänemark erworben zu haben. Damit lässt sich aber beispielsweise für die Kammer nicht nachvollziehbar erklären, warum der Verfügungsbeklagte ausweislich der vorgenannten Bewertungsübersichten in der Vergangenheit unter anderem

mindestens 5 Mal das LEGO-Set „Architecture 21021 Marina Bay Sands", mindestens 7 Mal das LEGO-Set „Star Wars Millennium Falcon Falke 7965", mindestens 3 Mal „Lego VW Käfer 2016 10252", mindestens 6 Mal „LEGO 10233 Horizon Express Eisenbahn Zug Set", mindestens 3 Mal das LEGO-Set „10227 Star Wars UCS B-Wing Starfighter", mindestens 4 Mal „LEGO CREATIR 40079 Mini VW BS CAMPINGBUS T1" oder mindestens 4 Mal „LEGO 3677 EISENBAHN GÜTERZUG ROTE LOK + MOTOR + POWER FUNKTION" – jeweils alles „neu & OVP" – verkauft bzw. am Tag der Überprüfung durch den Verfügungskläger (10.05.2017) ausweislich der Anlage 2 zur Antragsschrift vom 08.06.2017 (vgl. Bl. 51/52 d.A.) insgesamt 3 Mal das Set „Jabba's Sail Barge Lego Star Wars 75020 neu ovp selten rar" auf der Handelsplattform eBay zum Verkauf angeboten hat.

Soweit der Verfügungsbeklagte – hierzu in der mündlichen Verhandlung persönlich angehört – unter anderem erklärt hat, es sei üblich, dass er als Sammler alle Artikel in mehrfacher Ausfertigung kaufe, um sie gegebenenfalls mit anderen Sammlern zu tauschen, und z.B. hinsichtlich des Artikels „VW KÄFER" sei es so gewesen, dass dieser ihm selbst nicht gefallen habe, weswegen er sich dann entschlossen habe, die Packungen vom „VW KÄFER" bei eBay wieder zu veräußern, so vermag diese Erklärung die Kammer bei der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung schlichtweg nicht zu überzeugen. Die Anschaffung von ein oder zwei Duplikaten zu Tauschzwecken würde der Kammer – wenn man, was im Ergebnis aber gerade nicht der Fall ist, wie nachstehend noch näher auszuführen sein wird, bei der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung feststellen würde, dass sich der Verfügungsbeklagte bei seiner Verkaufstätigkeit tatsächlich auf LEGO-Waren als Sammelobjekte beschränkt hätte – insoweit noch nachvollziehbar erscheinen, dass sich ein Sammler aber derart hochpreisige Artikel wie z.B. LEGO-Set „Architecture 21021 Marina Bay Sands" gleich mindestens 5 Mal oder das LEGO-Set „Star Wars Millennium Falcon Falke 7965" gleich mindestens 7 Mal zu Tauschzwecken „auf Lager legt", erscheint der Kammer selbst unter Zugrundlegung der glaubhaft gemachten, überaus guten wirtschaftlichen Verhältnisse des Verfügungsbeklagten kaum glaubhaft. Ebensowenig erschließt sich der Kammer, warum der Verfügungsbeklagte mindestens 3 Mal den Artikel „Lego VW Käfer 2016 10252" gekauft haben will, obwohl ihm dieser selbst nicht gefallen habe.

Soweit der Verfügungsbeklagte im Rahmen seiner mündlichen Anhörung ferner erklärt hat, er habe viele der von ihm verkauften „Überstücke" nur unter dem offiziellen Verkaufspreis verkaufen (und damit nur mit „Verlust") wieder verkaufen können, fehlt es dafür bereits an der erforderlichen Glaubhaftmachung, so dass diese Ausführungen bei der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung von der Kammer nicht zu berücksichtigen waren.

Bei der von der Kammer vorzunehmenden Gesamtbetrachtung ist festzustellen, dass die Anzahl und der Umfang der vom Verfügungsbeklagten auf der Handelsplattform eBay in den letzten Jahren angebotenen Artikel an LEGO-Waren weit über die üblicherweise in einem Privathaushalt vorhandenen Mengen an Neuware hinausgingen (vgl. ähnlich in einem vergleichbaren Fall auch das OLG Hamm, Urteil vom 23.10.2014 – Az. I-4 U 92/14), ohne dass der Verfügungsbeklagte dies für die Kammer nachvollziehbar begründen konnte. Hinzu kommt im Streitfall aber zudem, dass auch die übrigen Verkäufe, die der Verfügungsbeklagte ausweislich der von ihm

selbst als Anlage OG1 zur Widerspruchsbegründung vom 06.08.2017 (Bl. 144ff. d.A.) vorgelegten Übersicht über seine Verkäuferbewertungen in den letzten Jahren auf der Handelsplattform eBay getätigt, ihrem Umfang nach ebenfalls deutlich über die üblicherweise in einem Privathaushalt vorhandenen Mengen an Neuware hinausgingen, ohne dass der Verfügungsbeklagte dies nachvollziehbar erklären konnte.

So ergibt sich aus der Seite 6 von 14 der Bewertungsübersicht (Bl. 149 d.A.), dass Verfügungsbeklagte vor über einem Jahr mindestens 3 Mal den Artikel „Nespresso Aeroccino 3 Milchaufschäumer schwarz Nagelneu m. Rechnungskopie Mai 14" sowie in mindestens zwei Fällen weiteres Zubehör für Nepresso-Kaffeemaschinen wie „Nepresso-Kapsel" in größerer Stückzahl bei eBay verkauft hat. Eine nachvollziehbare Erklärung konnte der Verfügungsbeklagte im Rahmen seiner persönlichen Anhörung nicht abgeben.

Aus den Seiten 8 bis 10 (von 14) der Bewertungsübersicht (Bl. 151-153 d.A.) ist zu ersehen, dass der Verfügungsbeklagte auch das Spiel „Guitar Hero" in mehrfacher Stückzahl bzw. unterschiedlichen Ausgaben und für mehrere unterschiedliche Spielekonsolen (Sony Playstation PS2, PS3 oder Microsoft XBOX 360) bei eBay veräußert hat. Soweit der Verfügungsbeklagte – hierzu angehört – erklärt hat, das Spiel sei seinerzeit ein Hobby seiner Tochter gewesen, aber irgendwann sei „das durch gewesen", so überzeugt auch diese Erklärung die Kammer in keiner Weise. Der Verweis darauf, dass seine Tochter, das Spiel gemocht habe, vermag nicht zu erklären, warum es offenbar im Haushalt diverse verschiedene Ausgaben für völlig unterschiedliche Spielekonsolen gegeben hat, die der Verfügungsbeklagte dann später gleichwohl sämtlich noch als „neu" – also ungeöffnet (!) – bei eBay verkaufen konnte.

Aus den Seiten 9 und 10 (von 14) der Bewertungsübersicht (Bl. 152/153 d.A.) ergab sich ferner, dass der Verfügungsbeklagte auf der Handelsplattform eBay vor über einem Jahr in mindestens 11 Fällen „Europcar Gutscheine" – jeweils für die Nutzung eines Mittelklassefahrzeugs wie z.B. Audi A4, 3er BWM für ein Wochenende – zu Stückpreisen zwischen 89,99 € und 107,00 € veräußert hat. Auch hierfür konnte der Verfügungsbeklagte letztlich keine überzeugende Begründung abgegeben. Seine pauschale Erklärung, er habe „halt selbst häufig Mietwagen bei der Firma Europcar angemietet" und aus diesem Anlass die Gutscheine geschenkt bekommen, vermag die Kammer nicht zu überzeugen, weil dies nicht erklärt, warum er diese Gutscheine bei eBay gewinnbringend veräußert hat, anstatt sie selbst zu nutzen.

Aus der Seite 11 von 14 der Bewertungsübersicht (Bl. 154 d.A.), dass Verfügungsbeklagte vor über einem Jahr mindestens 3 Mal den Artikel „Braun Oral-B Triumph 5000 mit SmartGuide, NEU & OVP" zu Preisen von jeweils über 80 € bei eBay verkauft hat. Auch insoweit handelt es sich sicherlich nicht um eine üblicherweise in einem Privathaushalt vorgehaltene Menge an Neuwaren. Eine nachvollziehbare Erklärung hierfür konnte der Verfügungsbeklagte im Rahmen seiner persönlichen Anhörung ebenso wenig abgeben, wie er Angaben zur Herkunft dieser Geräte gemacht hat. Bei diesem Artikel erscheint für die Kammer auch völlig ausgeschlossen, dass es sich – wie ansonsten vom Verfügungsbeklagten mehrfach, z.B. auch als er auf die von ihm zahlreich veräußerten Schuhe („High Heels") in der

Größe 40 angesprochen wurde, angeführt – um ein „Sammelobjekt" aus einer (zum Teil früheren) Sammelleidenschaft von ihm selbst oder einem Familienangehörigen (wie im Fall der Konsolenspiele der Tochter bzw. im Fall der High Heels der Ehefrau) gehandelt haben könnte.

Aus den Seiten 11 bis 14 der Bewertungsübersicht (Bl. 154 – 157 d.A.) ist überdies zu ersehen, dass der Verfügungsbeklagte auf der Handelsplattform eBay vor über einem Jahr in mindestens 30 Fällen ähnlich bezeichnete Artikel „Microsizers Microsizer TOMY ..." – vermutlich Zubehör für diverse fernlenkbare Automodelle – sämtlich im Artikelzustand „Neu & OVP" zu Verkaufspreisen zwischen 1,00 € und 27,49 € veräußert hat. Auch diese Mengen an Neuwaren sind weder haushaltsüblich noch mit einer „Sammelleidenschaft" nachvollziehbar erklärbar.

Entgegen der vom Verfügungsbeklagten vertretenen Rechtsauffassung fehlt es im Streitfall auch nicht an dem erforderlichen Wettbewerbsverhältnis zwischen den Parteien. Insofern kann – entgegen der Ansicht des Verfügungsbeklagten – nicht maßgeblich darauf abgestellt werden, dass der Verfügungsbeklagte sich mit seinen Angeboten ausschließlich Sammlerkreise, nicht aber an Kinder oder deren Eltern wende, und deshalb nicht sachlich und räumlich auf demselben Markt tätig werde, wie der Verfügungskläger. Es ist schon tatsächlich nicht zutreffend, dass der Verfügungsbeklagte ausschließlich mit hochpreisigen LEGO-Waren gehandelt hat, die ausschließlich nur von Sammlern gekauft würden. Ausweislich der vom Verfügungskläger als Anlage 2 zur Antragsschrift vom 08.06.2017 Bewertungsübersicht (Bl. 47 d.A.) finden sich – wenn auch eher selten – in der Verkaufshistorie des Verfügungsbeklagten auch Artikel, die von ihm zu eher geringen Verkaufspreisen veräußert worden sind wie beispielsweise der Artikel „Lego Legends of Chima 30625 Worriz, neu und OVP, selten!!!" für 4,99 € oder der Artikel „Lego 40049 Mini Sowith Camel Polybag Creator Neu Ovp Rar" für 5,49 €. Im Übrigen erscheint es in Ansehung der vom Verfügungsbeklagten mit Verkaufspreisen von bis zu 100,00 € veräußerten LEGO-Waren nach Auffassung der Kammer auch nicht von vorneherein völlig ausgeschlossen, dass Eltern derartige Artikel z.B. als Weihnachts- oder Geburtstaggeschenk für ihre LEGO-begeisterten Kinder auch bei dem Verfügungsbeklagten erwerben, wenn sie auf der Handelsplattform eBay auf dessen Angebote stoßen und dort womöglich den Eindruck gewinnen, diese Sets bei dem Verfügungsbeklagten günstiger erwerben zu können als bei anderen Anbietern bzw. im örtlichen Handel. Letztlich bewegt sich der Verfügungsbeklagte daher auf demselben sachlichen und räumlichen Markt wie der Verfügungskläger, so dass das Vorliegen eines Wettbewerbsverhältnisses für die Kammer im Streitfall außer Frage steht.

Der Verfügungsbeklagte kann sich auch nicht mit Erfolg darauf berufen, dass die Rechtsverfolgung des Verfügungsklägers rechtsmissbräuchlich im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG sei. Aus dem diesbezüglichen Sachvortrag des insoweit darlegungs- und beweisbelasteten Verfügungsbeklagten ergibt sich schon nicht hinreichend, dass der Verfügungskläger hier nur aus überwiegend sachfremden Motiven tätig geworden ist. Der Verfügungsbeklagte, der sich in seinem dazu gehaltenen Vortrag darauf beschränkt hat, Spekulationen darüber anzustellen, ob die Abmahnkosten, die der Verfügungskläger durch seine gesamte Abmahntätigkeit „verursacht" in einem angemessenen Verhältnis zu den von ihm bzw. seinem Unternehmen

erwirtschafteten Umsätzen stehen oder nicht, verkennt, dass sich derjenige, der – wie der Verfügungsbeklagte – Waren auf der Handelsplattform eBay vermeintlich als „privater Verkäufer" anbietet und damit den angesprochenen Verkehrskreisen das gesetzliche Widerrufsrecht im Fernabsatzgeschäft „abschneidet", einen ganz erhebliche Wettbewerbsvorteil gegenüber einem Unternehmer wie dem Verfügungskläger, der seinen Kunden ein Widerrufsrecht einräumt und entsprechende Kosten durch etwaige Rücksendungen und deren Bearbeitung zu tragen hat, verschafft. Angesichts der hohen Zahl solcher Verstöße auf der Handelsplattform eBay hat der Verfügungskläger ein erhebliches Interesse, solche Verstöße von Mitbewerbern zu unterbinden. Dies stellt bereits ein durchaus beachtliches, schützenswertes Motiv auch für die Abmahnung gegenüber dem Verfügungsbeklagten dar.

Im Übrigen war der vom Verfügungsbeklagten zur Rechtsmissbräuchlichkeit des Vorgehens der Verfügungsklägers gehaltene, vom Verfügungskläger bestrittene Sachvortrag auch nicht so substantiiert, dass er einer Beweisaufnahme durch die Kammer zugänglich gewesen wäre, weil eine Vernehmung des hierzu als präsenten Zeugen benannten Prozessbevollmächtigten des Verfügungsbeklagten auf der Grundlage dieses Sachvortrages eine im Zivilprozess unzulässige Ausforschung des Sachverhalts durch die Kammer dargestellt hätte. Hierauf hatte der Kammervorsitzende im Rahmen der Erörterung des Sach- und Streitstandes im Rahmen der vor der mündlichen Verhandlung durchgeführten Güteverhandlung ausdrücklich hingewiesen. Von einer Protokollierung dieses Hinweises ist abgesehen worden, nachdem der Prozessbevollmächtigte des Verfügungsbeklagten durch die sinngemäße Äußerung, die Kammer verkenne, dass sie wegen des behaupteten Rechtsmissbrauchs zur „Amtsermittlung" verpflichtet sei, deutlich gemacht hatte, dass er den Hinweis zwar zur Kenntnis genommen und inhaltlich verstanden hatte, in der Sache aber wegen anderer Rechtsauffassung nicht gewillt sei, konkreter vorzutragen, weil er sich hierzu nicht verpflichtet fühlte. Die diesbezügliche Rechtsauffassung des Prozessbevollmächtigten ist unzutreffend. Die Kammer verkennt nicht, dass die Frage, ob die Voraussetzungen eines Rechtsmissbrauchs im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG vorliegen, jeweils auch von Amts wegen zu prüfen ist. Dies führt kann aber nicht dazu führen, dass insoweit der Amtsermittlungsgrundsatz, der der Zivilprozessordnung völlig fremd ist, an die Stelle des Beibringungsgrundsatzes treten würde und die Kammer deshalb im Streitfall von dem als präsenten Zeugen im Einzelnen durch Vernehmung in Erfahrung bringen müsste, welche Mandate von anderen durch den hiesigen Verfügungskläger abgemahnten Personen er wann bearbeitet hat, welche Abmahnkosten hierdurch auf Seiten des Klägers in der Person seiner jeweiligen Bevollmächtigten entstanden sind und welche Umsätze der Verfügungskläger mit seinem Unternehmen im gleichen Zeitraum erzielt hat.

Soweit der Verfügungsbeklagte in diesem Zusammenhang in seiner Widerspruchsbegründung Spekulationen über die Höhe der vom Unternehmen des Verfügungsklägers in der Vergangenheit erzielten Umsätze angestellt hat, in dem er unter Zugrundelegung von Verkaufspreisen von 10,00 € bis 20,00 € durch den Verkauf von LEGO-Waren auf der Handelsplattform eBay und unter Berücksichtigung der Anzahl der dortigen Bewertungen des Verfügungsklägers als

Verkäufer auf die Höhe der jährlichen Umsätze des Unternehmens des Verfügungsklägers Rückschlüsse zu ziehen versucht hat, ist dieser (höchst spekulative) Vortrag schon deshalb nicht berücksichtigen, weil der Verfügungsbeklagte ausblendet, dass der Verfügungskläger in der Antragsschrift (unwidersprochen) vorgetragen hatte, dass er „unter anderem" auf der Handelsplattform eBay gewerblich handeln würde. Aus diesem Vortrag ergibt sich, dass der Verfügungskläger mit seinem Unternehmen offensichtlich auch noch außerhalb der Handelsplattform eBay gewerblich tätig ist.

Schließlich sprechen auch die durch anwaltliche Versicherung des Prozessbevollmächtigten des Verfügungsklägers im Termin zur mündlichen Verhandlung glaubhaften gemachten Umsätze im bisherigen Teil des Geschäftsjahres 2017 sowie dessen Umsatzprognose für das Jahr 2017 gegen die Annahme einer Rechtsmissbräuchlichkeit allein wegen eines Missverhältnisses zwischen der Höhe der vom Verfügungsbeklagten behaupteten, durch den Verfügungskläger verursachten Abmahnkosten und den Umsätzen des Verfügungsklägers.

Da auch die übrigen Voraussetzungen des Unterlassungsanspruchs gegeben sind und der erforderliche Verfügungsgrund vorliegt, da die Dringlichkeitsvermutung des § 12 UWG nicht widerlegt ist, war die bereits ergangene einstweilige Verfügung mit der gesetzlichen Kostenfolge des § 91 ZPO zu bestätigen.

Rechtsbehelfsbelehrung:

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Berufung für jeden zulässig, der durch dieses Urteil in seinen Rechten benachteiligt ist,

1. wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 600,00 EUR übersteigt oder

2. wenn die Berufung in dem Urteil durch das Landgericht zugelassen worden ist.

Die Berufung muss **innerhalb einer Notfrist von einem Monat nach Zustellung** dieses Urteils schriftlich bei dem Oberlandesgericht Hamm, Heßlerstr. 53, 59065 Hamm, eingegangen sein. Die Berufungsschrift muss die Bezeichnung des Urteils (Datum des Urteils, Geschäftsnummer und Parteien) gegen das die Berufung gerichtet wird, sowie die Erklärung, dass gegen dieses Urteil Berufung eingelegt werde, enthalten.

Die Berufung ist, sofern nicht bereits in der Berufungsschrift erfolgt, binnen zwei Monaten nach Zustellung dieses Urteils schriftlich gegenüber dem Oberlandesgericht Hamm zu begründen.

Die Parteien müssen sich vor dem Oberlandesgericht Hamm durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen, insbesondere müssen die Berufungs- und die Berufungsbegründungsschrift von einem solchen unterzeichnet sein.

Mit der Berufungsschrift soll eine Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des angefochtenen Urteils vorgelegt werden.

Kranz Pabst Busch

Verkündet am 15.08.2017

Talarowski, Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle