

---

**Datum:** 05.01.2012  
**Gericht:** Oberlandesgericht Hamm  
**Spruchkörper:** 4. Zivilsenat  
**Entscheidungsart:** Beschluss  
**Aktenzeichen:** 4 U 161/11  
**ECLI:** ECLI:DE:OLGHAM:2012:0105.4U161.11.00

---

**Vorinstanz:** Landgericht Bochum, 14 O 99/11

---

**Tenor:**

Der Antrag der Antragstellerin auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe vom 07.11.2011 wird **zurückgewiesen**.

---

**Gründe**

**A.**

Die Antragstellerin vertreibt auf der Internetplattform X unter dem Mitgliedsnamen „Y“ als gewerbliche Verkäuferin u.a. Digitalkameras. 1

Die Antragsgegnerin ist seit dem 14.10.2010 als private Verkäuferin unter dem Mitgliedsnamen „K“ registriert. 2

Am 20.05.2011 bot die Antragsgegnerin insgesamt 18 als defekt beschriebene Digitalkameras an. Ihr Bewertungsprofil (Anlage 1 zur Antragschrift vom 31.05.2011/Bl. 18 d.A.) wies zu diesem Zeitpunkt für den Vormonat 45 und für die letzten 12 Monate 75 positive Bewertungen auf. 3

Die Antragsgegnerin hatte seit Februar 2011 bis Anfang Juni 2011 etwa 80 Kameras bei X eingestellt, womit sie insgesamt ca. 400,00 € einnahm. Es handelte sich um defekte Geräte, die ihr ein Bekannter nach Einstellung seines Handel- und Reparaturservice für elektronische Artikel geschenkt hatte. Dieser hatte die Kameras anlässlich eines Umzuges im Juli 2010 entsorgen wollen. Der Antragsgegnerin waren die Geräte hierfür zu schade. Sie lagerte sie deshalb zunächst ein, bevor sie sie bei X anbot. 4

Mit Schreiben vom 20.05.2011 (Anlage 3 zur Antragschrift vom 31.05.2011/Bl. 29ff. d.A.) mahnte die Antragstellerin die Antragsgegnerin ab und forderte sie erfolglos zur Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung auf.

Auf Antrag der Antragstellerin vom 31.05.2011 untersagte das Landgericht Bochum der Antragsgegnerin unter Androhung der gesetzlichen Ordnungsmittel mit Beschluss vom 01.06.2011, im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs bei Fernabsatzverträgen über Digitalkameras mit privaten Endverbrauchern auf dem Onlinemarktplatz X als privater Verkäufer aufzutreten oder den Eindruck zu erwecken, privater Verkäufer zu sein, wie unter dem Mitgliedsnamen „K“ geschehen. 8

Hiergegen legte die Antragsgegnerin Widerspruch ein. 9

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien erster Instanz einschließlich ihrer Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen. 10

Das Landgericht hat die einstweilige Verfügung bestätigt und dies wie folgt begründet: 11

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung sei begründet. 12

Die Antragstellerin habe einen Anspruch auf die Untersagung, da die Antragsgegnerin bei dem Verkauf von Digitalkameras als gewerbliche Verkäuferin gehandelt habe. 13

Die wirtschaftlichen Absichten der Antragsgegnerin ergäben sich aus ihrem eigenen Vortrag. Dass die von ihr verkauften Kameras nicht wertlos gewesen seien, sei bereits dadurch belegt, dass der Antragsgegnerin selbst das Entsorgen der Kameras zu schade gewesen sei und sie letztlich beim Verkauf 400,00 € erzielt habe. Damit habe sie, da sie für diese Produkte keinen Einkaufspreis gezahlt habe, die maximal mögliche Rendite erzielen können. Dem stehe nicht entgegen, dass es sich um defekte Geräte gehandelt habe, da sie bereits nach dem eigenen Bekunden der Antragsgegnerin als Ersatzteillager verwendet werden konnten und offenkundig einen Markt hatten. 14

Die Tätigkeit der Antragsgegnerin sei auch auf gewisse Dauer angelegt gewesen. Hierfür genüge, dass sie beabsichtigt habe, Bestände abzuverkaufen. Dies habe sie über 5 bis 6 Monate mit 80 Angeboten gleichartiger Digitalkameras getan. 15

Ohne Belang sei, dass die Antragsgegnerin die Kameras geschenkt bekommen habe, da die Herkunft der Ware für die Frage der Gewerblichkeit unerheblich sei. 16

Entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin lasse sich auch kein Rechtsmissbrauch feststellen. Der Umstand, dass der Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin im Internet als „Abmahnanwalt“ geführt werde und die Antragstellerin bereits mehrfach Abmahnungen ausgesprochen habe, begründe für sich keinen Rechtsmissbrauch. Weitere Umstände seien weder ersichtlich noch dargelegt. 17

Hiergegen richtet sich die Berufung der Antragsgegnerin unter Wiederholung und Vertiefung ihres erstinstanzlichen Vorbringens wie folgt: 18

Das Landgericht habe zu Unrecht angenommen, dass sie beim Verkauf defekter Digitalkameras auf der Internetplattform X als gewerbliche Verkäuferin gehandelt habe. 19

Wenn das Landgericht ausdrücklich darauf abgestellt habe, dass sie durch den Verkauf von Produkten, für die sie keinen Einkaufspreis gezahlt habe, die maximal mögliche Rendite habe 20

erzielen könne, erkenne es, dass auch bei Angeboten im privaten Bereich regelmäßig ein möglichst hoher Verkaufspreis erzielt werden solle.

Im Gegenteil sei ein zufälliger und rein privater Erwerbsvorgang festzustellen, da sie die defekten und eigentlich zur Müllentsorgung bestimmten Kameras von einem Freund geschenkt bekommen habe. Hiermit fehle es an dem für den gewerblichen Handel typischen Element des Ankaufs zum Zwecke des Weiterverkaufs. Die Herkunft der Ware sei für die Abgrenzung zwischen gewerblicher und privater Tätigkeit entscheidend. 21

Es habe sich lediglich um den Abverkauf eines einmaligen Bestandes von ca. 80 defekten, weitgehend wertlosen Digitalkameras über einen Zeitraum von nur 4 Monaten mit einem Umsatz von knapp 400,00 €, und zwar exklusive der dem Anbieter berechneten Gebühren, gehandelt. Angesichts dessen könne von einer dauerhaften, planvoll gewerblichen Tätigkeit keine Rede sein. Auch der geringfügige Umsatz und die alles andere als professionell wirkende Präsentation des Angebots (keine Werbung, kein X-Shop, keine Powerseller-Eigenschaft) sprächen gegen eine unternehmerische Tätigkeit. 22

Die Parteien seien auch nicht Mitbewerber i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG. Es fehle an der erforderlichen Austauschbarkeit der Waren. Ein verständiger Durchschnittsverbraucher, der nach den von der Antragstellerin angebotenen Digitalkameras suche, greife nicht alternativ zu den von ihr (der Antragsgegnerin) angebotenen defekten Kameras. 23

Das Landgericht habe die einstweilige Verfügung aber auch wegen Rechtsmissbrauchs nach § 8 Abs. 4 UWG aufheben müssen. Die Antragstellerin sei der Behauptung, dass das vorliegenden Verfahren in erster Linie im Gebühreninteresse des Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin initiiert worden sei und den erhobenen Erstattungsansprüchen keine entsprechenden Gebührenforderungen gegenüber stünden, nicht entgegengetreten. Sie habe damit ihrer sekundären Beweislast nicht genügt. 24

Die Antragsgegnerin beantragt, 25

unter Abänderung des angefochtenen Urteils die einstweilige Verfügung vom 01.06.2011 aufzuheben. 26

Die Antragstellerin beantragt, 27

die Berufung zurückzuweisen 28

Wegen des weiteren Vorbringens wird auf den Inhalt der gewechselten Schriftsätze der Parteien nebst Anlagen verwiesen. 29

Die Antragsgegnerin beantragt, ihr ratenfreie Prozesskostenhilfe für das Berufungsverfahren zu bewilligen. 30

**B.** 31

Der Antrag der Berufungsklägerin auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe für das von ihr beabsichtigte Berufungsverfahren war zurückzuweisen. 32

Denn ihr Berufungsbegehren bietet zur Überzeugung des Senats keine Aussicht auf Erfolg, der Rechtssache kommt keine grundsätzliche Bedeutung zu und eine Entscheidung des Berufungsgerichts in dieser Sache ist zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung der Einheitlichkeit der Rechtsprechung nicht erforderlich. 33

Die angefochtene Entscheidung des Landgerichts Bochum lässt keinen entscheidungserheblichen Rechtsfehler zu Lasten der Berufungsklägerin erkennen. Das Berufungsvorbringen vermag auch keine konkreten Zweifel an der Vollständigkeit und Richtigkeit der vom Landgericht festgestellten, entscheidungserheblichen Tatsachen, an die der Senat nach § 529 Abs.1 Nr.1 ZPO gebunden ist, zu begründen. 34

Der Verfügungsantrag der Berufungsbeklagten ist zulässig und begründet. 35

I. 36

Dem Begehren der Antragstellerin steht nicht etwa von vorneherein der seitens der Antragsgegnerin bereits vor dem Landgericht erhobene Vorwurf, die gerichtliche Geltendmachung des Unterlassungsanspruches sei missbräuchlich i.S.d. § 8 Abs. 4 UWG, entgegen. Die hierzu seitens der Antragsgegnerin angeführten Umstände lassen weder für sich genommen noch in ihrer Gesamtheit den Schluss zu, dass die Antragstellerin im vorliegenden Fall überwiegend sachfremde, für sich gesehen nicht schutzwürdige wettbewerbsrechtliche Interessen verfolgt. 37

Ein Missbrauch im Sinne des § 8 Abs. 4 UWG setzt voraus, dass beherrschendes Motiv des Mitbewerbers bei der Geltendmachung des Unterlassungsanspruches sachfremde Ziele sind. Als typischen Beispielsfall des sachfremden Motivs umschreibt das Gesetz das Gebührenerzielungsinteresse. Damit wird die Art der unzulässigen Geltendmachung eines solchen Anspruchs näher charakterisiert, aber der Weg zu anderen Missbrauchsformen durch die Rechtsverfolgung offen gelassen. Das beschriebene Vorgehen selbst oder jedenfalls die Art des Vorgehens muss rechtsmissbräuchlich sein. Der Anspruchsberechtigte muss mit der Geltendmachung des Anspruchs überwiegend sachfremde, für sich gesehen nicht schutzwürdige Interessen verfolgen und diese müssen unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls als die eigentliche Triebfeder und das beherrschende Motiv der Verfahrenseinleitung erscheinen. Davon ist beispielsweise dann auszugehen, wenn die äußeren Umstände in ihrer Gesamtheit aus Sicht eines wirtschaftlich denkenden Unternehmers deutlich machen, dass der Gläubiger kein nennenswertes wirtschaftliches oder wettbewerbspolitisches Interesse an der Rechtsverfolgung haben kann und er deshalb allein oder ganz überwiegend nur ein Gebühreninteresse verfolgt. (vgl. zum Vorstehenden BGH GRUR 2001, 260 – Vielfachabmahner; Senat, GRUR-RR 2005, 141, 142; Köhler/Bornkamm, 29. Aufl., § 8 UWG, Rn. 4.10ff.). 38

Darlegungs- und beweispflichtig für die Voraussetzungen des § 8 Abs. 4 UWG ist der Verletzer, mithin hier die Antragsgegnerin. Erst wenn in ausreichendem Umfang Indizien vorgetragen sind, die für eine rechtsmissbräuchliche Geltendmachung des Unterlassungsanspruches sprechen, obliegt es dem Anspruchsteller, diese zu widerlegen (BGH, GRUR 2001, 178 – Impfstoffversand an Ärzte; GRUR 2006, 243 – MEGA-Sale; Köhler/Bornkamm, 29. Aufl., § 8 UWG, Rn. 4.25). 39

Die Antragsgegnerin hat insoweit schon keine hinreichenden Indizien vorgetragen. 40

Der pauschale Verweis darauf, der Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin sei ausweislich von Recherchen im Internet als Abmahnanwalt tätig und die Antragstellerin sei bereits mehrfach als Abmahnerin in Erscheinung getreten, lässt für sich genommen nicht ansatzweise den Schluss auf ein rechtsmissbräuchliches Vorgehen der Antragstellerin im vorliegenden Fall zu. 41

42

Die Behauptung, das vorliegende Verfügungsverfahren sei in erster Linie im Gebühreninteresse des Prozessbevollmächtigten der Antragstellerin initiiert worden und den hierbei erhobenen Erstattungsansprüchen stünde keine entsprechende an die Antragstellerin gerichtete Gebührenforderung gegenüber, ist mangels jeglicher Anhaltspunkte eine solche „in`s Blaue hinein“ und dementsprechend unerheblich. Wenn der Prozessbevollmächtigte der Antragstellerin nach Erlaß der einstweiligen Verfügung vom 10.06.2011 mit außergerichtlichen Schreiben vom 01.07.2011 (Anlage AG3 zum Widerspruch vom 27.07.2011/BI. 62f. d.A.) die endgültige Beendigung des Verfahrens mittels Abschlusserklärung und Kostenübernahme durch die Antragsgegnerin vorschlug, lässt dies nicht den Schluss zu, die Antragstellerin sei von vorneherein seitens ihres Prozessbevollmächtigten von einem eventuellem Kostenrisiko freigestellt worden.	
Mangels erheblichen Vorbringens der Antragsgegnerin oblag es der Antragstellerin damit auch nicht etwa, im Rahmen einer sekundären Darlegungslast zu erwidern.	43
II.	44
Der für den Erlass einer einstweiligen Verfügung erforderliche Verfügungsgrund ist gegeben. Denn die hierfür nötige Dringlichkeit wird gemäß § 12 Abs. 2 UWG tatsächlich vermutet und ist vorliegend auch nicht widerlegt.	45
III.	46
Der Verfügungs- und Unterlassungsanspruch der Antragstellerin ergibt sich aus § 8 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr.1, § 3 Abs. 3 UWG i.V.m. Nr. 23 des Anh. zu § 3 Abs. 3 UWG.	47
1.	48
Die Parteien sind Mitbewerber i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG und die Antragstellerin ist als solche gemäß § 8 Abs. 3 Nr. 1 UWG aktivlegitimiert.	49
Mitbewerber i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 3 UWG ist jeder Unternehmer, der mit dem Anspruchsgegner als Anbieter von Waren in einem konkreten Wettbewerbsverhältnis steht, wobei im Interesse eines wirksamen lauterkeitsrechtlichen Individualschutzes an das Bestehen dieses konkreten Wettbewerbsverhältnisses keine allzu hohen Anforderungen zu stellen sind (vgl. BGHZ 93, 96 – DIMPLE; Köhler/Bornkamm, 29. Aufl., § 2 UWG, Rn. 95). Dementsprechend genügt es, wenn durch die geschäftliche Handlung eines Unternehmens die lauterkeitsrechtlich geschützten Interessen eines auf demselben relevanten Markt tätigen anderen Unternehmens irgendwie fassbar negativ betroffen werden können (Harte/Henning-Keller, 2. Aufl., § 2 UWG, Rn. 125).	50
Dies ist bei dem hier in Rede stehenden Absatz von Digitalkameras der Fall, auch wenn die von der Antragsgegnerin angebotene Ware ausweislich der Angebotsbeschreibung defekt ist. Hierbei handelt es sich zumindest um den Absatz gleichartiger Waren innerhalb desselben Abnehmerkreises (vgl. hierzu Köhler/Bornkamm, 29. Aufl., § 2 UWG, Rn. 97ff.). Dies wird umso deutlicher, wenn die Antragsgegnerin – wie unter der Artikelnummer #####/##### (Anlage 1 zur Antragsschrift vom 31.05.2011/BI. 13 d.A.) – defekte, aber funktionstüchtige und nicht allein als „Ersatzteillager“ geeignete Digitalkameras zum Verkauf anbietet. Diese können aus Sicht der durch das Angebot angesprochenen Verkehrskreise eine Alternative zu preisgünstigen neuen Digitalkameras darstellen.	51
2.	52

- Das Einstellen der von der Antragstellerin monierten Angebote auf der Internetplattform X seitens der Antragsgegnerin unter der Bezeichnung „K“ stellt eine geschäftliche Handlung i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG dar und ist unlauter i.S.d. § 3 Abs.3 UWG, da mit der Angabe „Privatverkauf“ der gewerbliche Charakter des Handelns nicht aufgedeckt wird (Nr. 23 des Anh. zu § 3 Abs. 3 UWG). 53
- Eine gewerbliche Tätigkeit setzt ein selbständiges und planmäßiges, auf eine gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt voraus (BGHZ 167, 40). Ob ein Anbieter von Waren auf einer Internetplattform wie X solchermaßen im geschäftlichen Verkehr oder im privaten Bereich handelt, ist auf Grund einer Gesamtschau der relevanten Umstände zu beurteilen (BGH GRUR 2009, 871 – Ohrclips). 54
- Das Landgericht geht mit der angefochtenen Entscheidung insoweit zu Recht davon aus, dass die Antragsgegnerin mit dem in Rede stehenden Verkauf der Digitalkameras nicht im privaten, sondern im geschäftlichen Verkehr tätig geworden ist. 55
- Schon die Zahl und die Art der angebotenen durchweg gleichartigen Artikel sowie die Anzahl der insgesamt getätigten Verkäufe über eine mehrmonatigen Zeitspanne von Februar bis Juni 2011 – und damit durchaus (schon) auf eine gewisse Dauer angelegt - lässt den Schluss auf ein Handeln im geschäftlichen Verkehr zu. Denn ein solches Handeln liegt schon bei Fallgestaltungen nahe, bei denen ein Anbieter wiederholt mit gleichartigen Gegenständen handelt (BGH, aaO.). 56
- Gesichtspunkte für eine hiervon abweichende Beurteilung liegen nicht vor. 57
- Zwar spricht gerade das Merkmal des Weiterverkaufs in der Abgrenzung zu privaten Gelegenheitsverkäufen für eine gewerbliche Tätigkeit, während Verkäufe aus einem privaten Bestand eher dem nicht unternehmerischen Bereich zuzuordnen sein werden. Der Antragsgegnerin kann jedoch nicht in der Einschätzung gefolgt werden, der Einkauf der Verkaufswaren sei ein konstitutives Element des Unternehmerbegriffs. Bei Verkäufen aus Privatvermögen wird es zwar häufig an dem Merkmal einer auf Dauer angelegten wirtschaftlichen Betätigung fehlen (vgl. Köhler/Bornkamm, Wettbewerbsrecht, 29. Aufl., § 2 UWG Rdnr. 23). Zwingend ist dies jedoch nicht (vgl. auch OLG Frankfurt MMR 2007, 378). Dies zeigt gerade der vorliegende Fall. Denn der unentgeltliche Erwerb durch die Antragsgegnerin war gerade nicht rein privater und zufälliger Natur, sondern nach ihrem eigenen Vorbringen von dem Gedanken motiviert, dass es zu schade sei, die Digitalkameras wegzuworfen. Das heißt letztlich nichts anderes, als dass der Antragstellerin der wirtschaftliche Wert der Ware bewusst und ihr Handeln von vorneherein – und hierin liegt der Unterschied zum herkömmlichen Verkauf aus einem ursprünglich privaten Zwecken angelegten Bestand - von einem Gewinnerzielungsinteresse getragen war, auch wenn sie zu diesem Zeitpunkt noch keine konkreten Vorstellungen hinsichtlich der wirtschaftlichen Verwertung gehabt haben mag. Dass die Antragsgegnerin ursprünglich auch nur in Erwägung zog, die insgesamt 80 Kameras tatsächlich rein privat zu nutzen, trägt sie selbst nicht vor. 58
- Gegen eine gewerbliche Tätigkeit spricht auch nicht der mit 400,00 € letztlich begrenzte Umsatz der Antragsgegnerin. Denn die Unternehmerstellung des Verkäufers setzt noch nicht einmal voraus, dass dieser die Absicht verfolgt, überhaupt Gewinn, geschweige denn erheblichen Gewinn zu erzielen (BGH NJW 2006, 2250). 59
- Dass die Antragsgegnerin nicht als „Powerseller“, sondern als Privatverkäufer registriert ist und auch keinen X-Shop betreibt, steht einem Handeln im geschäftlichen Verkehr nicht 60

entgegen. Zwar wird im gegenteiligen Fall eine Beweislastumkehr zugunsten des Mitbewerbers mit der Folge angenommen, dass der Verkäufer beweisen muss, dass er kein Unternehmer i.S. von § 14 BGB ist (so auch OLG Zweibrücken, WRP 2007, 1005, OLG Frankfurt MMR 2007, 378). Daraus folgt jedoch nicht im Umkehrschluss, dass die Anwendung des Unternehmerbegriffes des § 14 BGB im vorliegenden Fall ausgeschlossen wäre (vgl. OLG Zweibrücken, aaO.).

3.

61

Die Wiederholungsgefahr wird aufgrund des bereits verwirklichten Verstoßes tatsächlich vermutet (Köhler/Bornkamm, 29. Aufl., § 8 UWG, Rn. 1.33). Eine Unterwerfungserklärung seitens der Antragsgegnerin liegt nicht vor.

62