

umgesetzt. Das wird er auch bei der Transformation der neuen Richtlinie können; eine Absenkung des Verbraucherschutzstandards ist damit nicht zu erwarten.

Ein Problemkreis bleibt für den Reisenden aber weiter die Beweislast, die für die erhebliche Reisebeeinträchtigung aufgrund höherer Gewalt bei ihm liegt. Abzuraten ist insofern von einem Ausweichen auf das Rücktrittsrecht nach § 651i BGB und auf das diesbzgl. Ausstellen eines ärztlichen Gefälligkeitsattests. Verlassen kann sich der Kunde aber auf das (Fort-)Bestehen der Informationspflicht des Veranstalters, die bei schuldhafter Pflichtverletzung doch noch die Wahrnehmung des Kündigungsrechts des § 651j Abs. 1 BGB (im Gewande des Schadensersatzanspruches) eröffnet.

Relativ unausgegoren gestalten sich im Pauschalreiserecht hingegen die Fragestellungen im Zusammenhang mit den internationalen Bezügen. Zwar statuiert Art. 16 EuGVVO einen Verbrauchergerichtsstand, der auch für den Pauschalreisenden gilt, wenn er Verbraucher ist. Allerdings hat die Rechtsprechung bisher eine Konkretisierung des grenzüberschreitenden Bezugs, der

notwendig ist für das Eingreifen des Art. 16 EuGVVO, vermessen lassen. Durch den Vorlagebeschluss des LG Feldkirch steht eine Klärung aber unmittelbar bevor.

Einfacher gestaltet sich hingegen die Frage des anwendbaren Sachrechts. Denn nach Art. 6 der ROM I-VO, darf dem Verbraucher bei einem grenzüberschreitenden Bezug nicht der Schutzstandard entzogen werden, den ihm sein Heimatrecht gewährt. Damit ist ein Günstigkeitsvergleich der vertraglich ggf. bezogenen Sachrechte durchzuführen, was etwa dazu führen kann, dass die Auslegung des Begriffes „höhere Gewalt“ in Deutschland weiter geht als in dem Sachrecht des betreffenden anderen Staates. Möglich ist auch eine günstigere Gestaltung der Rechtsfolgen, die dann durchschlägt – allerdings nur im Rahmen eines Gesamtvergleichs, nicht im Sinne eines Rosinenpickens.

Abzuwarten bleibt hingegen die Entwicklung der Rechtsprechung zum Verbrauchergerichtsstand, sofern der grenzüberschreitende Bezug in Frage steht. Es wird erwartet, dass der EuGH noch in diesem Jahr dazu ein Urteil absetzt, das die Vorlagefrage des LG Feldkirch beantwortet.

Zur geschäftlichen Handlung und zum Handeln im geschäftlichen Verkehr bei Internetgeschäften

Von RA Dr. Bernd Lorenz, Essen*

Viele Verbraucher erhalten unbegründete Abmahnungen für den Verkauf von Produkten im Internet, da sie bei ihren Verkäufen gar nicht geschäftlich handeln. Der folgende Beitrag grenzt das private Handeln von der geschäftlichen Handlung und dem Handeln im geschäftlichen Verkehr ab und zeigt auf, in welchen Fällen Abmahnungen unbegründet sind.

A. Einleitung

Verbraucher nehmen im großen Umfang an Internetgeschäften teil. So werden z. B. über eBay oder Amazon gebrauchte Sachen oder Sachen, die nicht gefallen, verkauft. Die Überraschung der Verbraucher ist groß, wenn sie auf einmal eine Abmahnung erhalten. Die Hintergründe für die Abmahnung können vielfältig sein. Es kann sich um eine wettbewerbsrechtliche Abmahnung für die Verletzung von Informationspflichten insbesondere nach § 5 TMG oder nach § 312c Abs. 1 BGB, Art. 246 §§ 1 f. EGBGB oder nach § 312g Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BGB, Art. 246 § 3 EGBGB oder nach § 312d Abs. 1, § 355 Abs. 2 Satz 1, § 360 BGB handeln. Es kann sich auch um eine markenrechtliche Abmahnung handeln, wenn gefälschte Produkte verkauft oder ausländische Produkte verkauft werden, für die keine Erschöpfung nach § 24 Abs. 1 MarkenG bzw. Art. 13 Abs. 1 GMVO eingetreten ist. Schließlich kann es sich auch um eine urheberrechtliche Abmahnung für Raubkopien oder illegale Konzertmitschnitte handeln.

Wettbewerbsrechtliche Ansprüche bestehen, wie sich aus § 3 UWG ergibt, nur, wenn eine geschäftliche Handlung vorliegt. Markenrechtliche Ansprüche bestehen gemäß § 14 Abs. 2, 4, § 15 Abs. 2, 3 MarkenG, Art. 9 Abs. 1 GMVO nur, wenn ein Handeln im geschäftlichen Verkehr vorliegt. Urheberrechtliche Ansprüche bestehen nach § 97 UrhG unabhängig von einem geschäftlichen Handeln. Wenn die Urheberrechtsverletzung allerdings außerhalb des geschäftlichen Verkehrs erfolgt, können die Kosten der Abmahnung nach § 97a Abs. 2 UrhG auf 100,- Euro begrenzt sein.

Sowohl der Begriff der geschäftlichen Handlung als auch der Begriff des Handelns im geschäftlichen Verkehr dienen dazu, geschäftliches Handeln von rein privatem Handeln abzugrenzen. Es stellt sich die Frage, wann die Teilnehmer von Internetgeschäften im geschäftlichen Verkehr handeln.

B. Begriffsbestimmungen

I. Wettbewerbsrecht

Das UWG 1909 verwandte den Begriff des Handelns im geschäftlichen Verkehr zu Zwecken des Wettbewerbs. Dieser Begriff wurde im UWG 2004 durch den Begriff der Wettbewerbs-

* Der Autor ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für IT-Recht und Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht bei Schulz Tegtmeier Sozien in Essen.

handlung ersetzt. Das UWG 2008 verwendet anstelle der Wettbewerbshandlung nunmehr den Begriff der geschäftlichen Handlung, während die UGP-Richtlinie vom Begriff der Geschäftspraktik spricht.

Der Begriff der geschäftlichen Handlung ist weit auszulegen.¹ Er wird in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UWG legal definiert als jedes Verhalten einer Person zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens vor, bei oder nach einem Geschäftsabschluss, das mit der Förderung des Absatzes oder der Durchführung eines Vertrags über Waren oder Dienstleistungen objektiv zusammenhängt. Der Begriff der geschäftlichen Handlung setzt folglich voraus, dass die Handlung zugunsten des eigenen oder eines fremden Unternehmens erfolgen muss. Der Begriff des Unternehmens wird im Wettbewerbsrecht definiert als ein auf eine gewisse Dauer angelegte, selbstständige wirtschaftliche Betätigung, die darauf gerichtet ist, Waren oder Dienstleistungen gegen Entgelt zu vertreiben.² Der gelegentliche Verkauf von Produkten aus dem Privatvermögen erfolgt nicht planmäßig auf Dauer und begründet deshalb keine Unternehmereigenschaft.³ Zudem kann es bei natürlichen Personen auch an einer wirtschaftlichen Betätigung fehlen. Eine wirtschaftliche Betätigung einer natürlichen Person liegt nur vor, wenn sie sich innerhalb einer Erwerbs- oder Berufsausübung abspielt.⁴ Es muss das Ziel der Person sein, sich Haupt- oder Nebeneinkünfte zu verschaffen. Wer dagegen nur alte, gebrauchte Sachen für einen Spottpreis loswerden will, handelt nicht wirtschaftlich. Handlungen von Verbrauchern im Eigeninteresse stellen deshalb keine geschäftliche Handlung dar.⁵

II. Markenrecht

Der Begriff des geschäftlichen Verkehrs wird im Markenrecht nicht legal definiert. Einigkeit besteht darin, dass der Begriff weit auszulegen ist und an das Vorliegen von geschäftlichem Verkehr keine hohen Anforderungen zu stellen sind.⁶ Die höchstrichterliche Rechtsprechung beschreibt den Begriff als die Benutzung eines Zeichens im Zusammenhang mit einer auf einen wirtschaftlichen Vorteil gerichteten kommerziellen Tätigkeit, die nicht im privaten Bereich erfolgt.⁷ *Hacker* definiert den Begriff des geschäftlichen Verkehrs als jede wirtschaftliche Betätigung, mit der in Wahrnehmung oder Förderung eigener oder fremder Geschäftsinteressen am Erwerbsleben teilgenommen wird.⁸ *Fezer* definiert den Begriff als jede wirtschaftliche Tätigkeit auf dem Markt, die der Förderung eines eigenen oder fremden Geschäftszwecks zu dienen bestimmt ist.⁹ *Ekey* beschreibt den geschäftlichen Verkehr als jede selbstständige, wirtschaftlichen Zwecken dienende Tätigkeit, die nicht rein privates, amtliches oder geschäftsinternes Verhalten ist.¹⁰ Einigkeit besteht darin, dass Handlungen im privaten Bereich nicht von dem Begriff des geschäftlichen Verkehrs erfasst werden.¹¹ Durch private Betätigungen kann keine Markenrechtsverletzung begangen werden.¹² Die Handlung der Person muss einer Erwerbstätigkeit oder sonstigen beruflichen Tätigkeit dienen.¹³

III. Urheberrecht

Der Gesetzgeber hat mit der Einführung der Kostendeckelung in § 97a Abs. 2 UrhG den Begriff des geschäftlichen Verkehrs in

der Begründung zum Gesetzentwurf definiert. Danach ist geschäftlicher Verkehr jede wirtschaftliche Tätigkeit auf dem Markt, die der Förderung eines eigenen oder fremden Geschäftszwecks zu dienen bestimmt ist.¹⁴ Mit der Tätigkeit muss folglich ein Geschäftszweck verfolgt werden. Der Begriff des geschäftlichen Verkehrs ist nach dem Gesetzgeber weit auszulegen.¹⁵ Der Begriff des geschäftlichen Verkehrs erfasst aber kein

- 1 *Emmerich*, Unlauterer Wettbewerb, 9. Aufl., 2012, § 4 Rn. 6; *Erdmann/Rojahn/Sosnitza-Mittelstaedt*, Handbuch des Fachanwalts Gewerblicher Rechtsschutz, 2. Aufl., 2011, Kap. 6 Rn. 153; *Piper/Ohly-Sosnitza*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 5. Aufl., 2010, § 2 Rn. 8.
- 2 *Büscher/Dittmer/Schiwy-Lehmler*, Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht Medienrecht, 2. Aufl., 2011, § 2 UWG Rn. 11; *Götting/Meyer/Vombrock-Weiler*, Gewerblicher Rechtsschutz und Wettbewerbsrecht, 2011, § 25 Rn. 245; *Köhler/Bornkamm-Köhler*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 31. Aufl., 2013, § 2 Rn. 21.
- 3 *Köhler/Bornkamm-Köhler*, aaO (s. o. Fn. 2), § 2 Rn. 23.
- 4 *Büscher/Dittmer/Schiwy-Lehmler*, aaO (s. o. Fn. 2), § 2 UWG Rn. 12, 17; *Harte-Bavendamm/Henning-Bodewig-Keller*, Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb, 3. Aufl., 2013, § 2 Rn. 48; *Nordemann*, Wettbewerbsrecht Markenrecht, 11. Aufl., 2012, § 3 UWG Rn. 56; *Ullmann-Ernst*, juris PraxisKommentar UWG, 3. Aufl., 2013, § 2 Rn. 9.
- 5 *Köhler/Bornkamm-Köhler*, aaO (s. o. Fn. 2), § 2 Rn. 18.
- 6 BGH, Urt. v. 04.12.2008, Az.: I ZR 3/06, GRUR 2009, 871 Abs. 23; BGH, Urt. v. 19.04.2007, Az.: I ZR 35/04, VuR 2007, 308 Abs. 23; BGH, Urt. v. 11.03.2004, Az.: I ZR 304/01, ZUM 2004, 831, 835; *Ekey/Klippel/Bender-Ekey*, Markenrecht, 2. Aufl., 2009, § 14 Rn. 50, 84; *Fezer*, Markenrecht, 4. Aufl., 2009, § 14 Rn. 25, 43; *Fischer*, WRP 2008, 193, 198; *Gefßner*, Marken- und lauterkeitsrechtliche Probleme der suchmaschinenbeeinflussenden Verwendung von Kennzeichen, 2008, S. 53; *Hacker*, Markenrecht, 2. Aufl., 2011, Rn. 371; *Ingerl/Rohnke*, Markengesetz, 3. Aufl., 2010, § 14 Rn. 72; *Lange*, Marken- und Kennzeichenrecht, 2. Aufl., 2010, Rn. 2841; *Leible/Sosnitza*, CR 2002, 372, 373; v. *Schultz-Schwever*, Kommentar zum Markenrecht, 3. Aufl., 2012, § 14 Rn. 9; *Ströbele/Hacker-Hacker*, Markengesetz, 10. Aufl., 2012, § 14 Rn. 39.
- 7 EuGH, Urt. v. 23.03.2010, Rs.: C-236/08, C-237/08, C-238/08, NJW 2010, 2029 Abs. 50; EuGH, Beschl. v. 19.02.2009, Rs.: C-62/08, GRUR 2009, 1156 Abs. 44; EuGH, Urt. v. 12.06.2008, Rs.: C-533/06, GRUR 2008, 698 Abs. 60; EuGH, Urt. v. 11.09.2007, Rs.: C-17/06, GRUR 2007, 971 Abs. 17; EuGH, Urt. v. 25.01.2007, Rs.: C-48/05, GRUR 2007, 318 Abs. 18; EuGH, Urt. v. 12.11.2002, Rs.: C-206/01, GRUR 2003, 55 Abs. 40; BGH, Urt. v. 13.12.2012, Az.: I ZR 217/10, NJW-RR 2013, 555 Abs. 16; BGH, Urt. v. 04.12.2008, Az.: I ZR 3/06, GRUR 2009, 871 Abs. 23; BGH, Urt. v. 30.04.2008, Az.: I ZR 73/05, ZUM 2008, 685 Abs. 43; BGH, Urt. v. 19.04.2007, Az.: I ZR 35/04, VuR 2007, 308 Abs. 23; BGH, Urt. v. 25.01.2007, Az.: I ZR 22/04, NJW-RR 2007, 1637 Abs. 20.
- 8 *Hacker*, aaO (s. o. Fn. 6), Rn. 371; *Ströbele/Hacker-Hacker*, aaO (s. o. Fn. 6), § 14 Rn. 39.
- 9 *Fezer*, Markenrecht, aaO (s. o. Fn. 6), § 14 Rn. 24.
- 10 *Ekey/Klippel/Bender-Ekey*, aaO (s. o. Fn. 6), § 14 Rn. 84.
- 11 BGH, Urt. v. 19.04.2007, Az.: I ZR 35/04, VuR 2007, 308 Abs. 23; BGH, Urt. v. 13.11.2003, Az.: I ZR 103/01, NJW-RR 2004, 765, 766; *Eisenführ/Schennen-Eisenführ*, Gemeinschaftsmarkensverordnung, 3. Aufl., 2010, Art. 9 Rn. 51; *Ekey/Klippel/Bender-Ekey*, aaO (s. o. Fn. 6), § 14 Rn. 83.
- 12 RG, Beschl. v. 24.11.1909, Az.: III 787/08, RGSt 43, 87, 92, 111 f.; *Leible/Sosnitza* CR 2002, 372, 373; *Ströbele/Hacker-Hacker*, aaO (s. o. Fn. 6), § 14 Rn. 38; vgl. auch BGH, Urt. v. 10.03.2004, Az.: I ZR 304/01, ZUM 2004, 831, 836.
- 13 BGH, Urt. v. 24.04.2008, Az.: I ZR 159/05, NJW 2008, 3716 Abs. 12; BGH, Urt. v. 22.11.2001, Az.: I ZR 138/99, NJW 2002, 2031, 2033; *Erdmann/Rojahn/Sosnitza-Goldmann*, aaO (s. o. Fn. 1), Kap. 5 Rn. 1078.
- 14 Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vom 20.04.2007, BT-Drs. 16/5048, S. 49, URL: <http://bit.ly/1dhpW28>.
- 15 Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums vom 20.04.2007, BT-Drs. 16/5048, S. 49, URL: <http://bit.ly/1dhpW28>; OLG Braunschweig, Urt. v. 08.02.2012, Az.: 2 U 7/11, ZUM 2012, 482, 485; LG Hamburg, Beschl. v. 30.04.2010, Az.: 308 S 12/09, ZUM 2010, 611, 612; *Buchmann/Brüggemann*, K&R 2011, 368, 371; *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 4. Aufl., 2013, § 97a Rn. 18; *Dreyer/Kotthoff-Meckel*, Urheberrecht, 3. Aufl., 2013, § 97a Rn. 8; *Faustmann/Ramsperger*, MMR 2010, 662, 666; *Fromm-Nordemann*, Urheberrecht, 2. Aufl., 2008, § 97a Rn. 35; *Lutz*, VuR 2010, 337, 345; *Mestmäcker/Schulze-Backhaus*, Kommentar zum deutschen Urheberrecht, 55. Ergl. 9/2011, § 97a UrhG Rn. 84; *Wandtke/Bullinger-Kefferpütz*, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Aufl., 2009, § 97a Rn. 37; *Weidert*, AnwBl 2008, 529, 531.

privates Handeln.¹⁶ Erforderlich ist bei natürlichen Personen ein Zusammenhang zu einer Erwerbs- oder Berufsausübung.¹⁷ Mit anderen Worten: Erforderlich ist eine kaufmännische oder unternehmerische Tätigkeit.¹⁸

IV. Ergebnis

Sachliche Unterschiede zwischen den Begriffen der geschäftlichen Handlung und des Handelns im geschäftlichen Verkehr bestehen im Wettbewerbs-, Marken- und Urheberrecht nicht.¹⁹ Die Begriffe dienen in allen drei Rechtsgebieten gleichermaßen dazu, geschäftliches von privatem Handeln abzugrenzen. Wenn die Verletzungshandlung durch eine natürliche Person begangen wird, kommt es darauf an, ob die Handlung im Zusammenhang mit einer Erwerbs- oder Berufsausübung einer Person steht. Die natürliche Person muss den Zweck verfolgen, sich oder einem Dritten mit der Handlung Haupt- oder Nebeneinkünfte zu verschaffen.

C. Die Unterscheidung von Verbrauchern und Unternehmern im Bürgerlichen Recht

Es stellt sich die Frage, ob für die Abgrenzung von privaten und geschäftlichem Handeln auch auf die Begriffe des Verbrauchers und Unternehmers in §§ 13 f. BGB zurückgegriffen werden kann. Nach § 13 BGB ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Nach § 14 Abs. 1 BGB ist Unternehmer eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Als Abgrenzungskriterium zwischen Verbrauchern und Unternehmern dient folglich die gewerbliche bzw. selbstständige berufliche Tätigkeit. Dieses Kriterium ist mit dem Abgrenzungskriterium der Erwerbs- oder Berufsausübung im Wettbewerbs-, Marken- und Urheberrecht identisch. Der Begriff der geschäftlichen Handlung bzw. des Handelns im geschäftlichen Verkehr entspricht dem Begriff des Unternehmers.²⁰ Eine geschäftliche Handlung oder ein Handeln im geschäftlichen Verkehr kann nur durch einen Unternehmer erfolgen. Die zu §§ 13 f. BGB entwickelten Abgrenzungsgrundsätze lassen sich auf das Wettbewerbs-, Marken- und Urheberrecht übertragen und umgekehrt.

Beim Handeln von Verbrauchern liegen keine geschäftliche Handlung und kein Handeln im geschäftlichen Verkehr vor. Das bedeutet, dass Wettbewerbs- und Markenverstöße nur durch Unternehmer begangen werden können. Urheberrechtsverstöße können auch durch Verbraucher begangen werden. Für die Gebührendeckelung des § 97a Abs. 2 UrhG gilt aber, dass Verbraucher außerhalb des geschäftlichen Verkehrs handeln.

Die Gleichsetzung des Unternehmerbegriffs mit einem Handeln im geschäftlichen Verkehr erscheint auch vor dem Hintergrund der Informationspflichten sinnvoll zu sein. So gelten die fernabsatzrechtlichen Informationspflichten nach § 312c Abs. 1 BGB, Art. 246 § 1 f. EGBGB oder nach § 312g Abs. 1 Satz 1

Nr. 2 BGB, Art. 246 § 3 EGBGB oder nach § 312d Abs. 1, § 355 Abs. 2 Satz 1, § 360 BGB nur für Unternehmer, nicht aber für Verbraucher. Demgemäß kann ein Wettbewerbsverstoß bei unterbliebenen oder falschen Informationen auch nur bei einem Handeln durch einen Unternehmer vorliegen. Verbraucher treffen keine fernabsatzrechtlichen Informationspflichten. Unterbliebene oder falsche Informationen von Verbrauchern können keinen Wettbewerbsverstoß begründen.

D. Die Einstufung von Internetgeschäften

In der Rechtsprechung und Literatur wurden bereits zahlreiche Abgrenzungskriterien entwickelt. Die Abgrenzung von Unternehmern und Verbrauchern ergibt sich dabei regelmäßig aus einer Zusammenschau der verschiedenen Kriterien. Im Folgenden sollen die in Betracht kommenden Kriterien näher untersucht werden. Der Übergang zwischen Verbrauchern und Unternehmern ist dabei fließend. Eine Person kann heute als Verbraucher einzustufen sein und im nächsten Monat kann sie die Schwelle zum Unternehmer überschreiten. Dabei besteht insbesondere die Gefahr, dass die Person es gar nicht bemerkt, dass sie die Schwelle zum Unternehmer überschritten hat und bspw. Wettbewerbsverstöße durch Missachtung der fernabsatzrechtlichen Informationspflichten oder ein fehlendes Widerrufsrecht begeht.

I. Die Anzahl der verkauften Gegenstände und der Status des Verkäufers

Ein wichtiges Abgrenzungskriterium ist die Anzahl der in einem bestimmten Zeitraum verkauften Gegenstände und der daraus resultierende Status des Verkäufers.

Verkäufer mit einem erheblichen Handelsvolumen werden von eBay als PowerSeller bezeichnet.²¹ Von September 2004 bis April 2010 galt, dass PowerSeller im Monat mindestens 300 Artikel verkaufen oder 3.000,- Euro Umsatz erzielen müssen.²² Im

16 OLG Brandenburg, Urte. v. 03.02.2009, Az.: 6 U 58/08, MMR 2009, 258, 259; Buchmann/Brüggemann, K&R 2011, 368, 372; Dreier/Schulze, aaO (s. o. Fn. 15), § 97a Rn. 18; Ebke, CR 2010, 687, 688; Faustmann/Ramsperger, MMR 2010, 662, 666; Hoeren, CR 2009, 378, 380; Lutz, VuR 2010, 337, 345; Malkus, MMR 2010, 382, 385.

17 Hoeren, CR 2009, 378, 380; Mestmäcker/Schulze-Backhaus, aaO (s. o. Fn. 15), § 97a UrhG Rn. 84.

18 Dreier/Schulze, aaO (s. o. Fn. 15), § 97a Rn. 18; Faustmann/Ramsperger, MMR 2010, 662, 666.

19 Erdmann/Rojahn/Sosnitza-Mittelstaedt, aaO (s. o. Fn. 1), Kap. 6 Rn. 152; Ewert/v. Hartz, MMR 2009, 84, 88; Ingerl/Rohnke, aaO (s. o. Fn. 6), § 14 Rn. 67; Fezer-Fezer, Lauterkeitsrecht, 2. Aufl., 2010, § 2 Nr. 1 Rn. 47, 51; Fezer, aaO (s. o. Fn. 6), § 14 Rn. 23; Fromm-Nordemann, aaO (s. o. Fn. 15), § 97a Rn. 35; Köhler/Bornkamm-Köhler, aaO (s. o. Fn. 2), § 2 Rn. 21; Mestmäcker/Schulze-Backhaus, aaO (s. o. Fn. 15), § 97a UrhG Rn. 84; Schulze, Internetauktionen aus vertragsrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Sicht, 2004, S. 107 weitgehende Übereinstimmung; Weidert, AnwBl 2008, 529, 531; a.A. Nussbaum/Ruess, MarkenR 2009, 233, 235.

20 OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 07.04.2005, Az.: 6 U 149/04, MMR 2005, 458, 459; a.A. Fischer, WRP 2008, 193, 194 f., 200; Leible/Sosnitza, CR 2002, 372, 374 weitgehende Übereinstimmung; Szczesny/Holthusen, NJW 2007, 2586, 2589.

21 eBay, eBay PowerSeller, URL: <http://bit.ly/1eONF6u>, abgerufen am 12.07.2013.

22 eBay, Neue PowerSeller-Kriterien vom 01.09.2004, URL: <http://news.ebay.de/showitem&id=604>.

April 2010 wurden diese Kriterien abgesenkt.²³ PowerSeller müssen nunmehr in den letzten 12 Monaten mindestens 100 Transaktionen durchgeführt und mindestens 2.500,- Euro Umsatz erzielt haben.²⁴ PowerSeller kann nur werden, wer als gewerblicher Verkäufer registriert ist.²⁵ Der Status als PowerSeller begründet nach allgemeiner Meinung die Unternehmereigenschaft.²⁶ Dies ist richtig, zumal sich das eBay-Mitglied auch selber als gewerblicher Verkäufer eingestuft hat. Wer als Unternehmer oder Scheinunternehmer auftritt, muss sich auch wie ein solcher behandeln lassen. Die Absenkung des Handelsvolumens für PowerSeller hat daran nichts geändert. Verkäufer mit 100 Transaktionen oder 2.500,- Euro Umsatz im Jahr sind aufgrund des beträchtlichen Umfangs des Handelsvolumens regelmäßig als Unternehmer einzustufen. Insofern haben Rechtsprechung und Literatur den PowerSeller-Status zu einem wichtigen Kriterium für die Unternehmereigenschaft und das Handeln im geschäftlichen Verkehr gemacht. Ein Handeln im geschäftlichen Verkehr kann aber auch schon unterhalb des PowerSeller-Status anzunehmen sein.²⁷ Nach Absenkung der Kriterien für den PowerSeller ist dafür aber nur noch wenig Raum.

Wer häufig bei Amazon verkauft, kann sich als Power-Anbieter anmelden. Anders als beim PowerSeller gibt es für den Power-Anbieter aber keinen Mindestumsatz oder keine Mindestanzahl an Transaktionen. Es kann sich jeder als Power-Anbieter anmelden. Für das Power-Anbieter-Abo entstehen monatliche Kosten von 39,- Euro netto, also Gesamtkosten von 556,92 Euro im Jahr.²⁸ Es liegt nahe, dass Privatpersonen nicht einen derartigen Betrag in private Veräußerungsgeschäfte investieren werden. Der Fall des Power-Anbieters ist mit dem Betrieb eines kostenpflichtigen Shops vergleichbar. Bei einem Power-Anbieter liegt damit regelmäßig ein Handeln im geschäftlichen Verkehr vor.

Verkäufe aus privaten Beständen des Verkäufers sprechen zunächst einmal gegen eine Unternehmereigenschaft.²⁹ Eine solche kann allerdings dann vorliegen, wenn eine kontinuierliche Verkaufstätigkeit über einen langen Zeitraum vorliegt.³⁰ Die Schwelle zum unternehmerischen Handeln wird in vielen Entscheidungen relativ niedrig angesetzt. Nach dem LG Berlin sollen bereits 39 Transaktionen in einem Zeitraum von 5 Monaten ausreichen.³¹ Nach dem BGH sollen bereits 91 Verkäufe in einem Zeitraum von zwei Monaten auf eine geschäftliche Tätigkeit hindeuten.³² Bei den Transaktionen ist zwischen Käufen und Verkäufen zu unterscheiden. Der E-Commerce hat für die Verbraucher eine wichtige Bedeutung. Auch Verbraucher können in einem großen Umfang für den privaten Gebrauch über das Internet einkaufen.³³ Indiz für eine unternehmerische Tätigkeit kann deshalb nur eine große Zahl von Verkäufen sein. Der von *Weller* vorgebrachte Einwand, dass im Internet eingekaufte Waren auch auf Flohmärkten wieder veräußert werden können,³⁴ dürfte eher selten zutreffen. Eine zahlenmäßige Grenze lässt sich kaum festlegen. Regelmäßig kommt es auch auf andere Kriterien an.³⁵ Wer jeden Monat drei Kaffeemaschinen verkauft, kann schon Unternehmer sein. Für Verbraucher ist es untypisch, dass sie eine größere Zahl von Kaffeemaschinen besitzen. Andererseits kann bei der Auflösung einer Sammlung auch eine größere Zahl gleichartigen Waren veräußert werden. Im Blick ge-

halten werden muss auch der Zeitraum der Verkäufe. Abzustellen ist auf das Handelsvolumen in einem bestimmten Zeitraum und nicht auf die Gesamtzahl der Verkäufe.³⁶

Dabei kommt es auch auf den Grund der Verkaufstätigkeit an. Bei dem Verkauf einer größeren Anzahl von Gegenständen aufgrund einer Haushaltsauflösung³⁷ oder der Auflösung einer

- 23 eBay, Verkäufer-News für April 2010, URL: <http://bit.ly/1cS1vbF>.
- 24 eBay, eBay PowerSeller, URL: <http://bit.ly/14Fmi96>, abgerufen am 12.07.2013.
- 25 Pressemitteilung von eBay vom 04.10.2005, URL: <http://presse.ebay.de/pressrelease/3120>; eBay, eBay PowerSeller, URL: <http://bit.ly/1eONF6u>, abgerufen am 12.07.2013.
- 26 OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 04.07.2007, Az.: 6 W 66/07, K&R 2007, 585; OLG Zweibrücken, Urte. v. 28.06.2007, Az.: 4 U 210/06, WRP 2007, 1005, 1006; OLG Frankfurt a.M., Urte. v. 21.03.2007, Az.: 6 W 27/07, MMR 2007, 378; OLG Karlsruhe, Urte. v. 27.04.2006, Az.: 4 U 119/04, CR 2006, 689, 690; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 27.07.2004, Az.: 6 W 54/04, GRUR 2004, 1042, 1042; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 22.12.2004, Az.: 6 W 153/04, NJW 2005, 1438; LG Mainz, Urte. v. 06.07.2005, Az.: 3 O 184/04, VuR 2005, 427; AG Bad Kissingen, Urte. v. 04.04.2005, Az.: 21 C 185/04, NJW 2005, 2463, 2463; AG Radolfzell, Urte. v. 29.07.2004, Az.: 3 C 553/03, NJW 2004, 3342; *Borges*, DB 2005, 319, 326; *Borges-Borges*, Rechtsfragen der Internet-Auktion, 2007, S. 105; *Ernst*, jurisPR-ITR 5/2006 Anm. 5 C.; *Fischer*, WRP 2008, 193, 196; *Geßner*, aaO (s. o. Fn. 6), S. 69; *Härtling/Golz*, ITRB 2005, 137, 139; *Hoeren/Sieber/Holzner/Föhlich*, Handbuch Multimedia-Recht, 33. Ergl. 10/2012, Kap. 13.4 Rn. 14-16; *Kiparski*, in: *Taeger/Wiebe*, Aktuelle Rechtsfragen zu IT und Internet, 2006, S. 69, 72; *Kiparski*, Wettbewerbsrechtliche Anforderungen an Anbieter bei Online-Auktionen, 2008, S. 33 f.; *Leible/Wildemann*, K&R 2005, 26, 28; *Lorenz*, VuR 2008, 321, 322; *Säcker/Rixecker-Micklitz*, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 6. Aufl., 2012, § 14 Rn. 29; *Neubauer*, Ihr Recht bei Ebay, 2004, S. 39; *Piper/Ohly-Sosnitsa*, aaO (s. o. Fn. 1), § 2 Rn. 9; *Rother*, Internet-Versteigerungen, 2007, S. 91; *Schlömer/Dittrich*, K&R 2006, 102, 103; *Schmittmann*, K&R 2005, 337, 338; *Schmittmann*, VuR 2006, 223, 225; *Schubert*, JurPC Web-Dok. 194/2007 Abs. 32, URL: <http://bit.ly/19xF0bj>; *Szczesny/Holthusen*, K&R 2005, 302, 305; *Szczesny/Holthusen*, NJW 2007, 2586, 2588; *Teuber/Melber*, MDR 2004, 185, 186; *Thiemrodt/Rother*, Sicher verkaufen bei eBay & Co., 2009, S. 35; *Uelzen/Burmester*, Internet-Auktionen bei eBay & Co., 2005, S. 91 f.; *Wülfing*, ITRB 2008, 10, 11.
- 27 OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 04.07.2007, Az.: 6 W 66/07, K&R 2007, 585, 585; OLG Zweibrücken, Urte. v. 28.06.2007, Az.: 4 U 210/06, WRP 2007, 1005, 1006; OLG Frankfurt a.M., Urte. v. 21.03.2007, Az.: 6 W 27/07, MMR 2007, 378; *Heckmann-Heckmann*, juris PraxisKommentar Internetrecht., 3. Aufl., 2011, Kap. 4.3 Rn. 159; *Meyer*, K&R 2007, 572, 576; *Spindler/Schuster-Spindler/Anton*, Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl., 2011, § 13 BGB Rn. 5, § 14 BGB Rn. 4.
- 28 Amazon, Verkaufen bei Amazon, URL: <http://bit.ly/XXNcpl>, abgerufen am 12.07.2013.
- 29 OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 04.07.2007, Az.: 6 W 66/07, K&R 2007, 585; OLG Frankfurt a.M., Urte. v. 21.03.2007, Az.: 6 W 27/07, MMR 2007, 378; *Lorenz*, VuR 2008, 321, 322.
- 30 LG Berlin, Urte. v. 10.06.2003, Az.: 15 O 185/03, GRUR-RR 2004, 16.
- 31 LG Berlin, Urte. v. 09.11.2001, Az.: 103 O 149/01, CR 2002, 371, 372.
- 32 BGH, Urte. v. 04.12.2008, Az.: I ZR 3/06, GRUR 2009, 871 Abs. 25.
- 33 *Leible/Sosnitsa*, CR 2002, 372, 374.
- 34 *Weller*, JurPC Web-Dok. 46/2007 Abs. 8; URL: <http://bit.ly/15NupRg>.
- 35 OLG Braunschweig, Urte. v. 08.02.2012, Az.: 2 U 7/11, ZUM 2012, 482, 485; OLG Zweibrücken, Urte. v. 28.06.2007, Az.: 4 U 210/06, WRP 2007, 1005, 1006; LG Berlin, Urte. v. 20.10.2011, Az.: 52 O 94/11, juris Rn. 37; LG Hof, Urte. v. 29.08.2003, Az.: 22 S 28/03, VuR 2004, 109; *Härtling/Golz*, ITRB 2005, 137, 139; *jurisPK-Internetrecht/Heckmann*, aaO (s. o. Fn. 27), Kap. 4.3 Rn. 160; *Leible/Wildemann*, K&R 2005, 26, 28; *Meyer*, K&R 2007, 572, 574 f.; *Peter*, ITRB 2007, 18, 19; *Schlömer/Dittrich*, eBay & Recht, 2004, Rn. 86; *Schubert*, JurPC Web-Dok. 194/2007 Abs. 19; *Uelzen/Burmester*, aaO (s. o. Fn. 26), S. 90; *Weller*, JurPC Web-Dok. 46/2007 Abs. 3.
- 36 *Götting/Meyer/Vombrock/Weiler*, aaO (s. o. Fn. 2), § 25 Rn. 265; *Weller*, JurPC Web-Dok. 46/2007 Abs. 3.
- 37 BGH, Urte. v. 19.04.2007, Az.: I ZR 35/04, VuR 2007, 308 Abs. 23; OLG Hamm, Urte. v. 15.03.2011, Az.: 4 U 204/10, MMR 2011, 537; OLG Hamburg, Beschl. v. 27.02.2007, Az.: 5 W 7/07, JurPC Web-Dok. 57/2008 Abs. 5, URL: <http://bit.ly/1bCXMeN>; *Köhler/Bornkamm-Köhler*, aaO (s. o. Fn. 2), § 2 Rn. 23.

Sammlung³⁸ handelt der Verkäufer noch als Verbraucher. Wer mit Briefmarken und Münzen handelt, kann aber die Schwelle zu einer unternehmerischen Tätigkeit überschreiten. Entscheidend kommt es darauf an, ob die Tätigkeiten des Verkäufers der eigenen Sammlung dienen oder ob eine über die eigene Sammlung hinausgehende Tätigkeit entfaltet wird. Wer Briefmarken oder Münzen kauft, die er bereits in seiner Sammlung hat, um sie wieder zu verkaufen, handelt unternehmerisch. Wer Briefmarken oder Münzen verkauft, die er zufällig doppelt in seiner eigenen Sammlung hat, handelt noch als Verbraucher.³⁹ Als Indiz für ein Handeln im geschäftlichen Verkehr wird dabei nicht zuletzt die Anzahl der Transaktionen dienen. Personen mit Hunderten von Transaktionen in einem Monat werden kaum für die eigene Sammlung handeln. Von der Auflösung einer Sammlung ist dann nicht auszugehen, wenn die Artikel derart unterschiedlich sind, dass sie nicht zu einer Sammlung passen wie z. B. völlig unterschiedliche musikalische Stilrichtungen einer Schallplattensammlung.⁴⁰

Ein wichtiges Kriterium für die Ermittlung des geschäftlichen Handelns sind die Anzahl der Bewertungen.⁴¹ Nach einer durchgeführten Transaktion besteht die Möglichkeit seinen Vertragspartner zu bewerten. Aus der Anzahl der Bewertungen, die ein Anbieter als Verkäufer erhalten hat, lassen sich Rückschlüsse auf den Umfang der Tätigkeit ziehen. Die Anzahl der Bewertungen ist die Mindestzahl der durchgeführten Verkäufe. Die tatsächliche Zahl wird regelmäßig noch darüber liegen, da nicht jeder Käufer auch eine Bewertung abgibt. Gleichwohl verbietet es sich das Dunkelfeld miteinzubeziehen.⁴² Das Dunkelfeld ist immer nur eine vage Schätzung, die keine verlässliche Grundlage bildet. Hinsichtlich der Gesamtzahl der Verkäufe trifft aber den Abgemahnten eine sekundäre Darlegungslast. Nach dem BGH sollen bereits mehr als 25 Feedbacks einen Rückschluss auf eine geschäftliche Tätigkeit zulassen.⁴³

Die Tatsache, dass der Anbieter ansonsten gewerblich tätig ist, deutet auf eine geschäftliche Tätigkeit hin.⁴⁴ Wenn jemand als Gewebetreibender auftritt oder ein Gewerbe angemeldet hat, spricht dies dafür, dass er bei seinen Angeboten als Unternehmer handelt.

II. Die Art der verkauften Gegenstände

Die Art der verkauften Gegenstände kann als Abgrenzungskriterium herangezogen werden. Der Verkauf eines hohen Anteils an Neuwaren spricht für ein Handeln im geschäftlichen Verkehr.⁴⁵ Verbraucher verkaufen vorwiegend gebrauchte Waren, da sie die angeschafften Waren zunächst für eigene Zwecke benutzen. Neuwaren werden Verbraucher nur in Ausnahmefällen verkaufen. Dies kann bspw. der Fall sein, wenn ein Artikel nach dem Kauf oder ein Geschenk nicht gefällt und ein Umtausch nicht möglich ist. Es ist jedoch unüblich, dass Verbraucher eine Vielzahl von Neuwaren kaufen, um sie dann ungebraucht und mit einem Verlustrisiko weiter zu verkaufen.

Der Verkauf von gebrauchten Sachen lässt keinen Rückschluss auf ein Handeln im geschäftlichen Verkehr zu.⁴⁶ Für ein privates Handeln spricht, wenn die Sachen durch den Verkäufer selber über einen längeren Zeitraum benutzt wurden. Bei dem

Verkauf von Sachen, die für die Freizeitgestaltung oder ein Hobby genutzt wurden, liegt kein unternehmerisches Handeln vor.⁴⁷ Ebenso wenig liegt ein unternehmerisches Handeln vor, wenn ein Arbeitnehmer selbst angeschaffte und benutzte Arbeitsmittel oder Arbeitskleidung weiterverkauft.⁴⁸ Wer als Selbstständiger gebrauchte Arbeitsmittel weiterverkauft, handelt dagegen als Unternehmer. Die Tätigkeit ist dann seiner unternehmerischen Tätigkeit zuzuordnen.

Schwierig ist die Abgrenzung, wenn ein Selbstständiger Gegenstände verkauft, die er sowohl privat als auch gewerblich genutzt hat, wie z. B. ein Auto (sog. dual use). Nach einer Ansicht liegt immer ein Verbraucherhandeln vor.⁴⁹ Nach anderer Ansicht ist stets eine unternehmerische Tätigkeit anzunehmen.⁵⁰ Nach der h.M. kommt es auf den Schwerpunkt der Nutzung an.⁵¹ Hier wird man mit der h.M. davon ausgehen müssen, dass eine geschäftliche Handlung bzw. ein Handeln im geschäftlichen

38 OLG Zweibrücken, Urt. v. 28.06.2007, Az. 4 U 210/06, WRP 2007, 1005, 1006; OLG Hamburg, Beschl. v. 27.02.2007, Az.: 5 W 7/07, JurPC Web-Dok. 57/2008 Abs. 5, URL: <http://bit.ly/1bCXMeN>.

39 *Leible/Sosnitza*, CR 2002, 372, 374.

40 OLG Hamm, Urt. v. 15.03.2011, Az.: 4 U 204/10, MMR 2011, 537.

41 OLG Hamm, Urt. v. 21.08.2012, Az.: 4 U 114/12, NRWE Rn. 57, abrufbar unter <http://www.nrwe.de>; Baumgärtel/Laumen/Prütting-Kessen, Handbuch der Beweislast, 3. Aufl., 2007, §§ 13, 14 Rn. 17; *Borges*, DB 2005, 319, 326; *Borges/Borges*, aaO (s. o. Fn. 26), S. 104; *Büscher/Dittmer/Schiwy-Büscher*, aaO (s. o. Fn. 2), § 14 MarkenG Rn. 108; *Dreyer/Kotthoff-Meckel*, aaO (s. o. Fn. 15), § 97a Rn. 8; *Geßner*, aaO (s. o. Fn. 6), S. 64; *Hansen*, ZGS 2004, 455, 459; *Hoeren/Sieber/Holzengel-Föhlich*, aaO (s. o. Fn. 26), Kap. 13.4 Rn. 14-16; *Kiparski*, in: *Taeger/Wiebe*, aaO (s. o. Fn. 26), S. 69, 71; *Mankowski*, VuR 2004, 79, 82; *Nordemann*, aaO (s. o. Fn. 4), § 3 UWG Rn. 57; *Rother*, aaO (s. o. Fn. 26), S. 91; *Szczesny/Holthusen*, K&R 2005, 302, 304.

42 LG Coburg, Urt. v. 19.10.2006, Az.: 1 HK O 32/06, MMR 2007, 399, im Volltext: JurPC Web-Dok. 35/2007 S. 6, URL: <http://bit.ly/1abpbGG>; *Meyer*, K&R 2007, 572, 575.

43 BGH, Urt. v. 04.12.2008, Az.: I ZR 3/06, GRUR 2009, 871 Abs. 25; BGH, Urt. v. 30.04.2008, Az.: I ZR 73/05, ZUM 2008, 685 Abs. 46.

44 BGH, Urt. v. 04.12.2008, Az.: I ZR 3/06, GRUR 2009, 871 Abs. 23; BGH, Urt. v. 30.04.2008, Az.: I ZR 73/05, ZUM 2008, 685 Abs. 43; BGH, Urt. v. 19.04.2007, Az.: I ZR 35/04, VuR 2007, 308 Abs. 23; *Büscher/Dittmer/Schiwy-Lehmler*, aaO (s. o. Fn. 2), § 2 UWG Rn. 18; *Dreyer/Kotthoff-Meckel*, aaO (s. o. Fn. 15), § 97a Rn. 8; *Götting/Meyer/Vombrock-Weiler*, aaO (s. o. Fn. 2), § 25 Rn. 265; *Köhler/Bornkamm-Köhler*, aaO (s. o. Fn. 2), § 2 Rn. 23; *Lange*, aaO (s. o. Fn. 6), Rn. 2843; *Mestmäcker/Schulze-Backhaus*, aaO (s. o. Fn. 15), § 97a UrhG Rn. 84; *Nordemann*, aaO (s. o. Fn. 4), § 3 UWG Rn. 57.

45 BGH, Urt. v. 04.12.2008, Az.: I ZR 3/06, GRUR 2009, 871 Abs. 23; BGH, Urt. v. 30.04.2008, Az.: I ZR 73/05, ZUM 2008, 685 Abs. 43; BGH, Urt. v. 19.04.2007, Az.: I ZR 35/04, VuR 2007, 308 Abs. 23; LG Berlin, Urt. v. 05.09.2006, Az.: 103 O 75/06, MMR 2007, 401; *Baumgärtel/Laumen/Prütting-Kessen*, aaO (s. o. Fn. 41), §§ 13, 14 Rn. 19; *Borges-Borges*, aaO (s. o. Fn. 26), S. 104, 106; *Geßner*, aaO (s. o. Fn. 6), S. 66; *jurisPK-Internetrecht-Heckmann*, aaO (s. o. Fn. 27), Kap. 4.3 Rn. 161; *Kiparski*, aaO (s. o. Fn. 26), S. 36 f.; *Lorenz*, VuR 2008, 321, 322; *Meyer*, K&R 2007, 572, 575; *Szczesny/Holthusen*, K&R 2005, 302, 305; *Szczesny/Holthusen*, NJW 2007, 2586, 2588; *Teuber/Melber*, MDR 2004, 185, 186; *Schlegel*, MDR 2005, 133, 134.

46 *Kiparski*, aaO (s. o. Fn. 26), S. 37.

47 *Palandt-Ellenberger*, Bürgerliches Gesetzbuch, 72. Aufl., 2013, § 13 Rn. 2.

48 *Nordemann*, aaO (s. o. Fn. 4), § 3 UWG Rn. 57.

49 *Schwerdtfeger*, DStR 1997, 499, 500; v. *Westphalen*, BB 1996, 2101, 2101.

50 *Bamberger/Roth-Schmidt-Ränsch*, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 3. Aufl., 2012, § 13 Rn. 12; *Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer/Schäfer*, AGB-Recht, 11. Aufl., 2011, § 310 BGB Rn. 63.

51 OLG Celle, Urt. v. 11.08.2004, Az.: 7 U 17/04, NJW-RR 2004, 1645, 1646; OLG Bremen, Urt. v. 11.03.2004, Az.: 2 U 99/03, ZGS 2004, 394; OLG Naumburg, Urt. v. 11.12.1997, Az.: 3 U 144/96, NJW-RR 1998, 1351; *Erman-Saenger*, Bürgerliches Gesetzbuch, 13. Aufl., 2011, § 13 Rn. 17; *Lieb/Heidel/Ring-Ring*, Bürgerliches Gesetzbuch, 2. Aufl., 2012, § 13, 14 Rn. 31; *Neubauer*, aaO (s. o. Fn. 26), S. 35; *Prütting/Wegen/Weinreich-Prütting*, BGB Kommentar, 8. Aufl. 2013, § 13 BGB Rn. 9; *Schlömer/Dittrich*, aaO (s. o. Fn. 34), Rn. 87; v. *Westphalen/Emmerich/v. Rottenburg*, VerbraucherKreditgesetz, 2. Aufl., 1996, § 1 Rn. 49 f.

Verkehr nur vorliegt, wenn der unternehmerische Bezug überwiegt. Der verkaufte Gegenstand muss vorwiegend zu geschäftlichen Zwecken genutzt worden sein.

Verkaufsaktivitäten für Dritte können die Unternehmereigenenschaft begründen.⁵² Wer gebrauchte Sachen von anderen Personen verkauft, kann schon im geschäftlichen Verkehr handeln. Maßgeblich wird es darauf ankommen, ob es sich um Familienangehörige handelt oder nicht. Bei dem Verkauf von gebrauchten Sachen von oder für Familienangehörige fehlt es regelmäßig an einer wirtschaftlichen Betätigung. Wer dagegen von außenstehenden Dritten Sachen erwirbt, sich schenken lässt oder auf dem Sperrmüll sammelt und anschließend verkauft, handelt schon als Unternehmer. Dementsprechend handelt als Unternehmer, wer defekte Sachen ankauft, sie im Rahmen der Gewährleistung umtauscht und das umgetauschte Produkt anschließend verkauft.⁵³

Auch der Verkauf einer Vielzahl von gleichartigen Waren⁵⁴ oder der wiederholte Verkauf desselben Produkts⁵⁵ oder eine Konzentration auf wenige Produktbereiche⁵⁶ kann auf ein geschäftliches Handeln hinweisen. Verbraucher werden Gebrauchsgegenstände nicht mehrfach anschaffen, da sie diese nur einmal oder in geringer Zahl benötigen. Etwas anderes kann allerdings im Rahmen eines Hobbies gelten, wo eine Vielzahl gleichartiger Artikel gesammelt werden können und später auch wieder verkauft werden können.

Auch wenn kurz zuvor erworbene Artikel wieder weiterveräußert werden, kann dies für ein Handeln im geschäftlichen Verkehr sprechen.⁵⁷ Zwar können auch Verbraucher Sachen, die ihnen nicht gefallen oder die nicht passen, wieder weiterverkaufen. Wenn jedoch eine große Anzahl von Artikeln erworben und sogleich weiterveräußert wird, lässt dies einen Rückschluss auf eine unternehmerische Tätigkeit zu. Ein ständiger An- und Verkauf von Artikeln, die nicht zu eigenen Zwecken genutzt werden, deuten auf ein geschäftliches Handeln hin.

III. Die Aufmachung der Angebote

Eine professionelle Aufmachung der Angebote kann ein Indiz für eine unternehmerische Tätigkeit sein.⁵⁸ Ein gewerblicher Verkäufer wird regelmäßig mehr Aufwand in die Präsentation seiner Angebote stecken als eine Privatperson.

Dabei kann insbesondere eine werbliche Gestaltung der Angebote auf ein geschäftliches Handeln hindeuten. So deuten Werbeslogans wie „Gebrauchte Hardware in Massen“, „Tonnenweise Hardware“ oder „Eine Riesen-Menge Hardware“ auf ein geschäftliches Handeln hin.⁵⁹ Auch ein Werbeslogan „Wir bieten alles an, was Käufer vielleicht interessiert. Der Verkauf erfolgt mit größter Sorgfalt zur Zufriedenheit unserer Kunden.“ spricht für ein geschäftliches Handeln.⁶⁰ Ferner deutet die Werbung mit der Aussage, dass der Verkäufer wöchentlich neue Ware aus Nachlässen und Haushaltsauflösungen erhält, auf ein geschäftliches Handeln hin.⁶¹

Hinsichtlich Allgemeiner Geschäftsbedingungen, die zum Teil auch als Versteigerungs- oder Verkaufsbedingungen bezeichnet werden, ist es notwendig, nach der Art der Klauseln zu differenzieren. Bestimmte Versteigerungs- oder Verkaufsbedingungen

wie z. B. der Ausschluss der Gewährleistung oder Haftungsbeschränkungen können auch von Privatpersonen verwandt werden.⁶² Umfangreiche Allgemeine Geschäftsbedingungen wie z. B. detaillierte Liefer- und Zahlungsbedingungen oder ungewöhnliche Klauseln wie die Vereinbarung einer Vertragsstrafe oder eines Gerichtsstands sprechen für eine unternehmerische Tätigkeit.⁶³ Derartige Bedingungen werden von Privatanbietern regelmäßig nicht gestellt. Dies ergibt sich im Hinblick auf Gerichtsstandsvereinbarungen schon daraus, dass prorogationsbefugt nach § 38 Abs. 1 ZPO nur Kaufleute, juristische Personen

- 52 BGH, Urt. v. 04.12.2008, Az.: I ZR 3/06, GRUR 2009, 871 Abs. 24; Dreyer/Kotthoff-Meckel, aaO (s. o. Fn. 15), § 97a Rn. 8; Geßner, aaO (s. o. Fn. 6), S. 70 f.; Götting/Meyer/Vombrock-Weiler, aaO (s. o. Fn. 2), § 25 Rn. 265; Köhler/Bornkamm, aaO (s. o. Fn. 2), § 2 Rn. 23; Nordemann, aaO (s. o. Fn. 4), § 3 UWG Rn. 57.
- 53 OLG Hamm, Urt. v. 21.08.2012, Az.: 4 U 114/12, NRWE, abrufbar unter <http://www.nrwe.de>.
- 54 BGH, Urt. v. 04.12.2008, Az.: I ZR 3/06, GRUR 2009, 871 Abs. 23, 25; BGH, Urt. v. 30.04.2008, Az.: I ZR 73/05, ZUM 2008, 685 Abs. 43; BGH, Urt. v. 19.04.2007, Az.: I ZR 35/04, VuR 2007, 308 Abs. 23; OLG Hamburg, Beschl. v. 27.02.2007, Az.: 5 W 7/07, JurPC Web-Dok. 57/2008 Abs. 6, URL: <http://bit.ly/1bCXMeN>; Baumgärtel/Laumen/Prütting-Kessen, aaO (s. o. Fn. 41), §§ 13, 14 Rn. 20; Borges-Borges, aaO (s. o. Fn. 26), S. 104; Büscher/Dittmer/Schiwy-Büscher, aaO (s. o. Fn. 2), § 14 MarkenG Rn. 108; Büscher/Dittmer/Schiwy-Lehmle, aaO (s. o. Fn. 2), § 2 UWG Rn. 18; Dreyer/Kotthoff-Meckel, aaO (s. o. Fn. 15), § 97a Rn. 8; Geßner, aaO (s. o. Fn. 6), S. 65; Götting/Meyer/Vombrock-Weiler, aaO (s. o. Fn. 2), § 25 Rn. 265; Hoeren/Sieber/Holznel-Föhlisch, aaO (s. o. Fn. 26), Kap. 13.4 Rn. 17; Köhler/Bornkamm-Köhler, aaO (s. o. Fn. 2), § 2 Rn. 23; Lange, aaO (s. o. Fn. 6), Rn. 2843; Mestmäcker/Schulze-Backhaus, aaO (s. o. Fn. 15), § 97a UrhG Rn. 84; Nordemann, aaO (s. o. Fn. 4), § 3 UWG Rn. 57.
- 55 OLG Hamm, Urt. v. 17.01.2013, Az.: 4 U 147/12, juris Rn. 28; OLG Hamm, Urt. v. 15.03.2011, Az.: 4 U 204/10, MMR 2011, 537; Geßner, aaO (s. o. Fn. 6), S. 65; Lange, aaO (s. o. Fn. 6), Rn. 2843.
- 56 BGH, Urt. v. 04.12.2008, Az.: I ZR 3/06, GRUR 2009, 871 Abs. 25; Büscher/Dittmer/Schiwy-Lehmle, aaO (s. o. Fn. 2), § 2 UWG Rn. 18.
- 57 BGH, Urt. v. 04.12.2008, Az.: I ZR 3/06, GRUR 2009, 871 Abs. 23; BGH, Urt. v. 30.04.2008, Az.: I ZR 73/05, ZUM 2008, 685 Abs. 43; BGH, Urt. v. 19.04.2007, Az.: I ZR 35/04, VuR 2007, 308 Abs. 23; LG Berlin, Urt. v. 05.09.2006, Az.: 103 O 75/06, MMR 2007, 401; Büscher/Dittmer/Schiwy-Büscher, aaO (s. o. Fn. 2), § 14 MarkenG Rn. 108; Büscher/Dittmer/Schiwy-Lehmle, aaO (s. o. Fn. 2), § 2 UWG Rn. 18; Dreyer/Kotthoff-Meckel, aaO (s. o. Fn. 15), § 97a Rn. 8; Geßner, aaO (s. o. Fn. 6), S. 67 f.; jurisPK-Internetrecht-Heckmann, aaO (s. o. Fn. 27), Kap. 4.3 Rn. 161; Köhler/Bornkamm-Köhler, aaO (s. o. Fn. 2), § 2 Rn. 23; Mestmäcker/Schulze-Backhaus, aaO (s. o. Fn. 15), § 97a UrhG Rn. 84; Nordemann, aaO (s. o. Fn. 4), § 3 UWG Rn. 57; Schubert, JurPC Web-Dok. 194/2007 Abs. 23; a.A. Kiparski, in: Taeger/Wiebe, aaO (s. o. Fn. 26), S. 69, 73.
- 58 OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 04.07.2007, Az.: 6 W 66/07, K&R 2007, 585; OLG Zweibrücken, Urt. v. 28.06.2007, Az.: 4 U 210/06, WRP 2007, 1005, 1007; OLG Hamburg, Beschl. v. 27.02.2007, Az.: 5 W 7/07, JurPC Web-Dok. 57/2008 Abs. 6, URL: <http://bit.ly/1bCXMeN>; LG Berlin, Urt. v. 20.10.2011, Az.: 52 O 94/11, juris Rn. 37; Baumgärtel/Laumen/Prütting-Kessen, aaO (s. o. Fn. 41), §§ 13, 14 Rn. 13; Büscher/Dittmer/Schiwy-Lehmle, aaO (s. o. Fn. 2), § 2 UWG Rn. 18; Geßner, aaO (s. o. Fn. 6), S. 68; Hoeren/Sieber/Holznel-Föhlisch, aaO (s. o. Fn. 26), Kap. 13.4 Rn. 18; jurisPK-Internetrecht-Heckmann, aaO (s. o. Fn. 27), Kap. 4.3 Rn. 161; Meyer, K&R 2007, 572, 576; Spindler/Schuster-Spindler/Anton, aaO (s. o. Fn. 27), § 14 BGB Rn. 4; Uelzen/Burmester, aaO (s. o. Fn. 26), S. 91; a.A. Dieselhorst, ITRB 2007, 111.
- 59 OLG Hamburg, Beschl. v. 27.02.2007, Az.: 5 W 7/07, JurPC Web-Dok. 57/2008 Abs. 6, URL: <http://bit.ly/1bCXMeN>.
- 60 OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 04.07.2007, Az.: 6 W 66/07, K&R 2007, 585.
- 61 OLG Frankfurt a.M., Urt. v. 22.12.2004, Az.: 6 W 153/04, NJW 2005, 1438; Meyer, K&R 2007, 572, 576.
- 62 LG Coburg, Urt. v. 19.10.2006, Az.: 1 HKO 32/06, MMR 2007, 399, 400; AG Detmold, Urt. v. 27.04.2004, Az.: 7 C 117/04, MMR 2004, 638; Meyer, K&R 2007, 572, 577; Szczesny/Holthusen, K&R 2005, 302, 306; Szczesny/Holthusen, NJW 2007, 2586, 2590; a.A. Schmittmann, VuR 2006, 223, 225.
- 63 LG Mainz, Urt. v. 06.07.2005, Az.: 3 O 184/04, VuR 2005, 427; Baumgärtel/Laumen/Prütting-Kessen, aaO (s. o. Fn. 41), §§ 13, 14 Rn. 13; Meyer, K&R 2007, 572, 577; Schmittmann, VuR 2006, 223, 225; Szczesny/Holthusen, K&R 2005, 302, 306.

des öffentlichen Rechts oder öffentlich-rechtliches Sondervermögen sind. Der Wortlaut des § 38 Abs. 1 ZPO ist zwar zu eng gefasst. Auch Träger freier Berufe sind zum Kreis prorogationsfähiger Personen zu zählen.⁶⁴ Jedenfalls können aber Privatpersonen keine Gerichtsstandsvereinbarungen treffen. Auch die Verwendung einer Widerrufsbelehrung spricht für ein unternehmerisches Handeln.⁶⁵ Die Einräumung eines Widerrufsrechts nach § 312d Abs. 1 BGB ist nur für Fernabsatzverträge i.S.d. § 312b Abs. 1 BGB zwingend. Bei Fernabsatzverträgen im Sinne dieser Vorschrift ist der Verkäufer ein Unternehmer i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB. Verbraucher räumen ihren Kunden regelmäßig kein Widerrufsrecht ein, da sie sonst eine Vielzahl von Rücksendungen abwickeln müssten.

Auch eine Zusammenfassung verschiedener Angebote in Form eines Shops spricht regelmäßig für ein Handeln im geschäftlichen Verkehr. Insofern hat sich die Einstufung von eBay Shops geändert. Bis September 2008 konnten auch private Verkäufer einen eBay Shop betreiben. Zutreffend wurde deshalb vertreten, dass die Eröffnung eines Shops noch keinen Rückschluss auf die Unternehmereigenschaft zulässt.⁶⁶ Ein Shop konnte nach Ansicht von eBay auch durch Verbraucher, z. B. bei Haushaltsauflösungen oder Auflösung einer Sammlung, betrieben werden.⁶⁷ Nach a. A. war der Betrieb eines Shops ein Indiz für die Unternehmereigenschaft.⁶⁸ Bei eBay Shops war es erforderlich, nach der Art des Shops zu unterscheiden.⁶⁹ Zutreffend war es, dass ein Basic Shop, der lediglich 9,95 Euro im Monat kostete, alleine noch nicht die Annahme der Unternehmereigenschaft rechtfertigte. Er konnte aber im Zusammenhang mit anderen Indizien ein Kriterium für die Annahme der Unternehmereigenschaft sein. Ein Premium-Shop, der monatlich 49,95 Euro kostete, legte die Annahme nahe, dass es sich um einen Unternehmer handelt. Verbraucher würden nicht einen derartigen Betrag in private Veräußerungsgeschäfte investieren. Bei einem Top-Shop, der 50 Angebote pro Monat voraussetzte und monatlich 299,95 Euro kostete, lag die Unternehmereigenschaft unzweifelhaft vor. Im September 2008 hat eBay Shops von privaten Verkäufern abgeschafft.⁷⁰ Seitdem muss man als gewerblicher Verkäufer registriert sein, wenn man einen eBay Shop betreiben möchte. Folgerichtig ist der Betreiber eines eBay Shops nunmehr immer als Unternehmer einzustufen.⁷¹ Der Betreiber hat sich selber als gewerblicher Verkäufer registriert.

IV. Der Zweck der Erwerbstätigkeit und die Höhe des Umsatzes

Unerheblich ist es, ob der Verkäufer einen Gewerbebetrieb anmeldet⁷² und ob er mit seiner Tätigkeit tatsächlich einen Gewinn erzielt oder ob er eine Gewinnerzielungsabsicht hat.⁷³ Für ein unternehmensbezogenes Verhalten kommt es nicht auf eine Gewinnerzielung an. Ausreichend ist eine wirtschaftliche Betätigung, die auch bei nicht gewinnbringenden Verkäufen vorliegt.

Personen, die ihren Lebensunterhalt mit dem Verkauf von Gegenständen über das Internet verdienen, handeln als Unternehmer.⁷⁴ Aus diesem Grunde sind Existenzgründer⁷⁵ und Kleingewerbetreibende⁷⁶ als Unternehmer einzustufen, auch wenn sie nur einen geringen Umsatz erzielen. Ihr Ziel ist es, sich Ein-

künfte aus der Verkaufstätigkeit zur Finanzierung des Lebensunterhalts zu verschaffen. Dies stellt eine unternehmerische Tätigkeit und damit ein Handeln im geschäftlichen Verkehr dar.

Schwierig ist die Abgrenzung bei Nebenerwerbstätigkeiten. Der Umstand, dass Personen hauptberuflich tätig sind, schließt eine unternehmerische Nebenerwerbstätigkeit nicht aus.⁷⁷ Wer in einem Beschäftigungsverhältnis steht, kann auch nach Feierabend noch eine Nebenerwerbstätigkeit ausüben und dabei die Schwelle zum geschäftlichen Handeln überschreiten. Zur Abgrenzung, ob es sich um geschäftliches oder privates Handeln handelt, kommt es maßgeblich auf den Umfang der ausgeübten Tätigkeit an. *Micklitz* schlägt vor, bei Nebenerwerbstätigkeiten auf die Höhe des monatlichen Umsatzes abzustellen.⁷⁸ Wer sich

64 Zöller/Vollkommer, Zivilprozessordnung, 29. Aufl., 2012, § 38 Rn. 18; a.A. OLG Hamburg, Beschl. v. 18.01.2008, Az.: 13 AR 37/07, OLGR Hamburg 2008, 340; Prütting/Gehrlein-Lange, ZPO Kommentar, 5. Aufl., 2013, § 38 ZPO Rn. 5; Thomas/Putzo-Hüßtege, Zivilprozessordnung, 34. Aufl., 2013, § 38 Rn. 10.

65 Hoeren/Sieber/Holznapel-Föhlisch, aaO (s. o. Fn. 26), Kap. 13.4 Rn. 18; jurisPK-Internetrecht-Heckmann, aaO (s. o. Fn. 27), Kap. 4.3 Rn. 161; Mankowski, VuR 2004, 79, 82; Schubert, JurPC Web-Dok. 194/2007 Abs. 27; Spindler/Schuster-Spindler/Anton, aaO (s. o. Fn. 27), § 14 BGB Rn. 4.

66 OLG Thüringen, Urt. v. 18.08.2004, Az.: 2 W 355/04, MMR 2005, 184; LG Berlin, Urt. v. 05.09.2006, Az.: 103 O 75/06, MMR 2007, 401; Lorenz, VuR 2008, 321, 321; Meyer, K&R 2007, 572, 576.

67 Pressemitteilung von eBay vom 13.12.2007, abrufbar unter: <http://bit.ly/16gY20T>.

68 OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 04.07.2007, Az.: 6 W 66/07, K&R 2007, 585; OLG Zweibrücken, Urt. v. 28.06.2007, Az.: 4 U 210/06, WRP 2007, 1005, 1006; OLG Hamburg, Beschl. v. 27.02.2007, Az.: 5 W 7/07, JurPC Web-Dok. 57/2008 Abs. 5, URL: <http://bit.ly/1bcXMeN>; Borges DB 2005, 319, 326; Borges/Borges, aaO (s. o. Fn. 26), S. 105; Fischer WRP 2008, 193, 196; Geßner, aaO (s. o. Fn. 6), S. 69 f.; Goldmann, Rechtliche Rahmenbedingungen für Internet-Auktionen, 2005, S. 97; Kiparski, in: Taeger/Wiebe, aaO (s. o. Fn. 26), S. 69, 74; Kiparski, aaO (s. o. Fn. 26), S. 43 ff.; Szczyzny/Holthusen, NJW 2007, 2586, 2588.

69 Lorenz, VuR 2008, 321, 321 f.; Schubert, JurPC Web-Dok. 194/2007 Abs. 30.

70 Onlinezeitung24 vom 25.08.2008, URL: <http://www.onlinezeitung24.de/article/576>.

71 Hoeren/Sieber/Holznapel-Föhlisch, aaO (s. o. Fn. 26), Kap. 13.4 Rn. 14–16; Spindler/Schuster-Spindler/Anton, aaO (s. o. Fn. 27), § 14 BGB Rn. 4.

72 OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 27.07.2004, Az.: 6 W 54/04, GRUR 2004, 1042, 1042; LG Berlin, Urt. v. 20.10.2011, Az.: 52 O 94/11, juris Rn. 36; Fischer, WRP 2008, 193, 197; Heidrich/Forgó/Feldmann-Haase/Hawellek, Heise Online-Recht, 3. Ergl. 10/2011, Kap. VI. Rn. 35.

73 OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 27.07.2004, Az.: 6 W 54/04, GRUR 2004, 1042, 1042; AG Düsseldorf, Urt. v. 14.12.2011, Az.: 57 C 4871/11, NRWE Zeile 331 f.; Borges-Borges, aaO (s. o. Fn. 26), S. 101; Büscher/Dittmer/Schiwy/Lehmler, aaO (s. o. Fn. 2), § 2 UWG Rn. 13, 18; Ekey/Klippel/Bender-Ekey, aaO (s. o. Fn. 6), § 14 Rn. 85; Erdmann/Rojahn/Sosnitza-Schulz, aaO (s. o. Fn. 1), Kap. 5 Rn. 400; Ernst, jurisPR-ITR 5/2006 Anm. 5 C.; Hacker, aaO (s. o. Fn. 6), Rn. 371; Härting/Golz ITRB 2005, 137, 138; Meyer, K&R 2007, 572, 577 f.; Piper/Ohly-Sosnitza, aaO (s. o. Fn. 1), § 2 Rn. 11; Rohnke in: Bornhard/Pagenberg/Schennen, Harmonisierung des Markenrechts, 2005, S. 117, 123; Schmittmann, VuR 2006, 223, 225; Schricker/Loewenheim-Wild, Urheberrecht, 4. Aufl., 2010, § 97a Rn. 34; Ströbele/Hacker-Hacker, aaO (s. o. Fn. 6), § 14 Rn. 39.

74 Neubauer, aaO (s. o. Fn. 26), S. 37.

75 BGH, Beschl. v. 24.02.2005, Az.: III ZB 36/04, NJW 2005, 1273; Bamberger/Roth-Schmidt-Ränsch, aaO (s. o. Fn. 50), § 14 Rn. 13; Erman-Saenger, aaO (s. o. Fn. 51), § 13 Rn. 16, § 14 Rn. 14, NK-BGB-Ring, aaO (s. o. Fn. 51), §§ 13, 14 Rn. 25; Palandt-Ellenberger, aaO (s. o. Fn. 47), § 13 Rn. 3; Rother, aaO (s. o. Fn. 26), S. 92 ff.; Thiemrodt/Rother, aaO (s. o. Fn. 26), S. 35; Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer/Schäfer, aaO (s. o. Fn. 50), § 310 BGB Rn. 23; a.A. MünchKommBGB-Micklitz, aaO (s. o. Fn. 26), § 13 Rn. 54.

76 Schmittmann, VuR 2006, 223, 224; Szczyzny/Holthusen, NJW 2007, 2586, 2587.

77 OLG Hamm, Urt. v. 21.08.2012, Az.: 4 U 114/12, NRWE Rn. 58, abrufbar unter <http://www.nrwe.de>; LG Berlin, Urt. v. 05.09.2006, Az.: 103 O 75/06, MMR 2007, 401; Borges-Borges, aaO (s. o. Fn. 26), S. 101; Härting/Golz, ITRB 2005, 137, 138; Meyer, K&R 2007, 572, 577 f.; NK-BGB-Ring, aaO (s. o. Fn. 51), §§ 13, 14 Rn. 40; Schmittmann, K&R 2004, 361, 362.

78 Säcker/Rixecker-Micklitz, aaO (s. o. Fn. 26), § 13 Rn. 57.

nur ein „Taschengeld“ verdienen will, handelt als Verbraucher. Wer im Monatsdurchschnitt gebrauchte Bücher, Filme, Musik, Software oder Spielsachen für nicht mehr als 50,- Euro veräußert, wird noch als Verbraucher einzustufen sein und damit nicht im geschäftlichen Verkehr handeln. Die von *Szczesny/Holthusen* vorgeschlagene Grenze von 1.000,- Euro im Monat⁷⁹ erscheint viel zu hoch gegriffen.

V. Hinweis

Ein Hinweis im Angebot, dass der Artikel von privat verkauft wird, entlastet nicht.⁸⁰ Maßgeblich sind vielmehr die tatsächlichen Umstände, ob der Verkauf als Privatverkauf oder gewerblicher Verkauf einzustufen ist. Dies ist anhand von objektiven Kriterien zu bestimmen, wobei es auf den Willen des Verkäufers nicht ankommt. Die bloße Behauptung, dass es sich um einen Privatverkauf handelt, entlastet folglich nicht. Wenn ein Hinweis im Angebot jedoch nicht ausreicht, wird sich die Person für ihre Privatverkäufe einen weiteren Account zu legen müssen. Es erscheint sinnvoll, das private und unternehmerische Handeln durch zwei unterschiedliche Accounts voneinander zu trennen.⁸¹

E. Darlegungs- und Beweislast

Die primäre Darlegungslast trifft im Wettbewerbs- und Markenrecht den Anspruchsteller.⁸² Er muss darlegen, dass der Anspruchsgegner im geschäftlichen Verkehr gehandelt hat. Es besteht allerdings eine sekundäre Darlegungslast des Anspruchsgegners, wenn der Anspruchsteller keine weitergehenden Kenntnisse zu den näheren Umständen des Handelns des Anspruchsgegners hat und auch keine Möglichkeit hat den Sachverhalt weiter aufzuklären.⁸³ In einem solchen Fall muss der Anspruchsgegner vortragen, warum er als Privatperson gehandelt hat.

Hinsichtlich der Beweislast wird zum Teil vertreten, dass bei gewerblichen Verkäufern ein Anscheinsbeweis⁸⁴ oder eine Umkehr der Beweislast in Betracht käme. Der BGH hat bereits mit Urteil vom 22.04.1993 entschieden, dass ein Handeln im geschäftlichen Verkehr vermutet werden kann, wenn ein Kaufmann eine Tätigkeit entfaltet, die sich äußerlich betrachtet nicht von seinen sonstigen kaufmännisch-beruflichen Tätigkeiten unterscheidet.⁸⁵ Dementsprechend wird vertreten, dass bei gewerblichen Verkäufern ein Handeln im geschäftlichen Verkehr vermutet werden kann.⁸⁶ In diesem Sinne wird auch angenommen, dass bei PowerSellern eine Beweislastumkehr stattfindet.⁸⁷ Derartige Ansätze vermögen nicht zu überzeugen. Ein Anscheinsbeweis⁸⁸ und eine Beweislastumkehr⁸⁹ sind abzulehnen. Möglich ist aber ein Indizienbeweis aufgrund der festgestellten Indizien.

Im Hinblick auf rechtsgeschäftliches Handeln wird auch vom BGH die zutreffende Auffassung vertreten, dass die Unternehmereigenschaft nicht vermutet werden kann.⁹⁰ Dies folgt zum einen aus der Negativformulierung des § 13 BGB. Zum anderen ergibt sich dies aus Gründen des Verbraucherschutzes. Ein effektiver Verbraucherschutz verbietet es, die Unternehmereigenschaft zu vermuten. Insofern wird auch eine analoge Anwen-

dung von § 344 Abs. 1 HGB auf die Unternehmereigenschaft zutreffend abgelehnt.

Es lässt sich nicht nachvollziehen, warum dies im Hinblick auf das Handeln im geschäftlichen Verkehr anders sein soll. Auch das Handeln im geschäftlichen Verkehr muss grundsätzlich positiv festgestellt werden.⁹¹ Ein effektiver Verbraucherschutz verbietet es, ein Handeln im geschäftlichen Verkehr zu vermuten. Es kann nicht der Verbraucher sein, der sich durch einen Negativbeweis entlasten muss, indem er beweisen muss, dass er nicht im geschäftlichen Verkehr gehandelt hat. Nach der Normentheorie trifft denjenigen, welcher sich auf die Anwendung einer ihn günstigen Norm beruft, die Beweislast für die Tatbestandsvoraussetzungen der Norm.⁹² Das bedeutet, dass den Anspruchsteller die Beweislast für die rechtsbegründenden, den Anspruchsgegner für die rechtsvernichtenden, rechtshindernden und rechtshemmenden Tatbestandsmerkmale trifft.⁹³ Eine Ab-

79 *Szczesny/Holthusen*, K&R 2005, 302, 306.

80 OLG Hamm, Urt. v. 17.01.2013, Az.: 4 U 147/12, juris; OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 22.12.2004, Az.: 6 W 153/04, NJW 2005, 1438; Büscher/Dittmer/Schiwy-Lehmle, aaO (s. o. Fn. 2), § 2 UWG Rn. 18; Fischer, WRP 2008, 193, 197; Geßner, aaO (s. o. Fn. 6), S. 73; Heidrich/Forgó/Feldmann-Haase/Hawellek, aaO (s. o. Fn. 72), Kap. VI. Rn. 35; Hoeren/Sieber/Holzengel-Föhlich, aaO (s. o. Fn. 26), Kap. 13.4 Rn. 13; Spindler/Schuster-Spindler/Anton, aaO (s. o. Fn. 27), § 13 BGB Rn. 5.

81 Graf, ITRB 2006, 53, 54; vgl. auch Uelzen/Burmester, aaO (s. o. Fn. 26), S. 92.

82 Götting/Meyer/Vombrock-Weiler, aaO (s. o. Fn. 2), § 25 Rn. 247; Ingerl/Rohnke, aaO (s. o. Fn. 6), § 14 Rn. 69; Lange, aaO (s. o. Fn. 6), Rn. 2845.

83 BGH, Urt. v. 04.12.2008, Az.: I ZR 3/06 GRUR 2009, 871 Abs. 27; Büscher/Dittmer/Schiwy-Büscher, aaO (s. o. Fn. 2), § 14 MarkenG Rn. 108; Götting/Meyer/Vombrock-Weiler, aaO (s. o. Fn. 2), § 25 Rn. 247; Ingerl/Rohnke, aaO (s. o. Fn. 6), § 14 Rn. 78; Lange, aaO (s. o. Fn. 6), Rn. 2845; Ströbele/Hacker-Hacker, aaO (s. o. Fn. 6), § 14 Rn. 40.

84 LG Mainz, Urt. v. 06.07.2005, Az.: 3 O 184/04, VuR 2005, 427; Baumgärtel/Laumen/Prütting-Kessen, aaO (s. o. Fn. 41), §§ 13, 14 Rn. 31 f.; jurisPK-Internetrecht-Heckmann, aaO (s. o. Fn. 27), Kap. 4.3 Rn. 156 f.; Leible/Wildemann, K&R 2005, 26, 28; Mankowski, VuR 2004, 79, 81; Mankowski, MMR 2006, 236; Meyer, K&R 2007, 572, 573 f., 578; Peter, ITRB 2007, 18, 20; Schmittmann, VuR 2006, 223, 225; Spindler/Schuster-Spindler/Anton, aaO (s. o. Fn. 27), § 14 BGB Rn. 4; Spindler, MMR 2006, 41, 44 für vorsichtigen Anscheinsbeweis.

85 BGH, Urt. v. 22.04.1993, Az.: I ZR 75/91, NJW-RR 1993, 1063, 1064.

86 Büscher/Dittmer/Schiwy-Büscher, aaO (s. o. Fn. 2), § 14 MarkenG Rn. 108; Ekey/Klippel/Bender-Ekey, aaO (s. o. Fn. 6), § 14 Rn. 87; Hacker, aaO (s. o. Fn. 6), Rn. 372; Ströbele/Hacker-Hacker, aaO (s. o. Fn. 6), § 14 Rn. 40.

87 OLG Zweibrücken, Urt. v. 28.06.2007, Az. 4 U 210/06, WRP 2007, 1005, 1006; OLG Koblenz, Beschl. v. 17.05.2005 – 5 U 1145/05, VuR 2006, 22; MünchKommBGB-Micklitz, aaO (s. o. Fn. 26), § 14 Rn. 29, 35; NK-BGB-Ring, aaO (s. o. Fn. 51), §§ 13, 14 Rn. 41.

88 Borges-Borges, aaO (s. o. Fn. 26), S. 100 f.; Kiparski, aaO (s. o. Fn. 26), S. 21 f.; Rohlfing, MMR 2006, 271, 274; *Szczesny/Holthusen*, K&R 2005, 302, 304; *Szczesny/Holthusen*, NJW 2007, 2586, 2590.

89 Borges-Borges, aaO (s. o. Fn. 26), S. 101; Bülow, WM 2011, 1349, 1351; jurisPK-Internetrecht-Heckmann, aaO (s. o. Fn. 27), Kap. 4.3 Rn. 158 Peter, ITRB 2007, 18, 20 *Szczesny/Holthusen*, NJW 2007, 2586, 2588.

90 BGH, Urt. v. 30.09.2009, Az.: VIII ZR 7/09, MMR 2010, 92; Baumgärtel/Laumen/Prütting-Kessen, aaO (s. o. Fn. 41), §§ 13, 14 Rn. 24 ff.; Erman-Saenger, aaO (s. o. Fn. 51), § 14 Rn. 17; Palandt-Ellenberger, aaO (s. o. Fn. 47), § 14 Rn. 2; Ulmer/Brandner/Hensen-Ulmer/Schäfer, aaO (s. o. Fn. 50), § 310 BGB Rn. 22; a.A. Borges-Borges, aaO (s. o. Fn. 26), S. 99; Leible/Wildemann, K&R 2005, 26, 28; Mankowski, VuR 2004, 79, 80 f.; NK-BGB-Ring, aaO (s. o. Fn. 51), §§ 13, 14 Rn. 40; Spindler/Schuster-Spindler/Anton, aaO (s. o. Fn. 27), § 14 BGB Rn. 5; diff. Weyer, WM 2005, 490, 501 f.

91 BGH, Urt. v. 24.04.2008, Az.: I ZR 159/05, NJW 2008, 3716 Abs. 12; Ingerl/Rohnke, aaO (s. o. Fn. 6), § 14 Rn. 77.

92 BGH, Urt. v. 13.11.1998, Az.: V ZR 386/97, NJW 1999, 352, 353; Baumgärtel/Laumen/Prütting-Kessen, aaO (s. o. Fn. 41), §§ 13, 14 Rn. 1; Bülow, WM 2011, 1349, 1349; Mankowski, VuR 2004, 79, 79; Rosenberg, Die Beweislast, 5. Aufl., 1965, S. 12, 98 f.

93 BGH, Urt. v. 13.11.1998, Az.: V ZR 386/97, NJW 1999, 352, 353 m.w.N.; PG-Laumen, aaO (s. o. Fn. 64), § 286 ZPO Rn. 59; Rosenberg, aaO (s. o. Fn. 91), S. 105 f.; Zöller/Greger, aaO (s. o. Fn. 64), vor § 284 Rn. 17a.

weichung von diesen allgemeinen Grundsätzen ist nicht gerechtfertigt. Das Gericht hat anhand einer sorgfältigen Würdigung der ihm vorliegenden Indizien, eine für richtig gehaltene Überzeugungsbildung nach § 286 Abs. 1 Satz 1 ZPO zu erarbeiten.⁹⁴ Das Handeln im geschäftlichen Verkehr, die geschäftliche Handlung und die Unternehmereigenschaft lassen sich so mithilfe eines Indizienbeweises feststellen.⁹⁵ Dafür können die oben genannten Kriterien herangezogen werden. Wenn die Kriterien zum Beweis eines Handelns im geschäftlichen Verkehr nicht ausreichen, ist im Zweifel von einem privaten Handeln auszugehen.

Im Urheberrecht gilt nichts anderes. Soweit vertreten wird, dass die Darlegungs- und Beweislast für die Voraussetzungen des § 97a Abs. 2 UrhG den Abgemahnten trifft,⁹⁶ ist dies abzulehnen. Hier stellt sich bereits die Frage, ob § 97a Abs. 2 UrhG überhaupt als Ausnahmeregelung gegenüber Nr. 2300 VV RVG anzusehen ist. Sicherlich enthält § 97a Abs. 2 UrhG eine Beschränkung der Nr. 2300 VV RVG. Wenn der abmahnende Anwalt die Geschäftsgebühr nach Nr. 2300 VV RVG verdienen will, dann muss er aber auch darlegen und beweisen, dass die Voraussetzungen für die volle Geschäftsgebühr vorliegen. Der Rechtsanwalt bzw. wenn der Kostenerstattungsanspruch gegenüber der Gegenseite geltend gemacht wird sein Mandant, ist dafür nachweislich, dass die Gebühren in der geltend gemachten Höhe entstanden sind. Insofern mag den Abgemahnten auch hier eine sekundäre Darlegungslast treffen. Die Beweislast verbleibt aber zugunsten des Verbraucherschutzes beim Anspruchsteller. Diese Verteilung der Darlegungs- und Beweislast ist auch deshalb geboten, um Verbraucher vor überzogenen Abmahnkosten zu schützen. Es gibt Kanzleien, die Verbrauchern selbst für kleine Verstöße 700,- Euro und mehr für ihre Gebühren in Rechnung stellen. Vor diesem Hintergrund beabsichtigt der Gesetzgeber auch, zukünftig den Streitwert im Urheberrecht gemäß § 49 GKG-E auf 1.000,- Euro zu begrenzen.⁹⁷

Die primäre Darlegungslast liegt bei demjenigen, der die Abmahnung ausspricht. Den Abgemahnten kann aber eine sekundäre Darlegungslast treffen. Die Beweislast für das Handeln im geschäftlichen Verkehr liegt beim Abmahnenden und zwar auch dann wenn den Abgemahnten eine sekundäre Darlegungslast trifft. Kommt der Abgemahnte seiner sekundären Darlegungslast nach, so ist die weitere Beweisführung wiederum Sache des Abmahnenden.⁹⁸ Die sekundäre Darlegungslast führt folglich nicht zu einer Umkehr der Beweislast. Die Konsequenz ist, dass die Darlegungs- und Beweislast unter Umständen auch auseinanderfallen können.⁹⁹

F. Fazit

Bei wettbewerbs- oder markenrechtlichen Abmahnungen gegenüber Personen, die nicht als gewerbliche Verkäufer registriert sind, ist Vorsicht geboten. Es ist genau zu prüfen, ob es sich um einen Verbraucher oder Unternehmer handelt. Abmahnungen gegenüber Verbrauchern sind mangels einer geschäftlichen Handlung bzw. eines Handelns im geschäftlichen Verkehr unbegründet. Bei urheberrechtlichen Abmahnungen gegenüber Verbrauchern können die Kosten der Abmahnung nach derzeitiger Rechtslage auf 100,- Euro begrenzt sein.

94 Bülow, WM 2011, 1349, 1351.

95 Fischer, WRP 2008, 193, 195 f.; Kiparski, aaO (s. o. Fn. 26), S. 22; Szczesny/Holthusen, K&R 2005, 302, 304; Szczesny/Holthusen, NJW 2007, 2586, 2590; a.A. Rohlfing, MMR 2006, 271, 274.

96 Ewert/v. Hartz, MMR 2009, 84, 88 f.; Wandtke/Bullinger-Kefferpütz, aaO (s. o. Fn. 15), § 97a Rn. 34; Weidert, AnwBl 2008, 529, 531.

97 Entwurf eines Gesetzes gegen unseriöse Geschäftspraktiken vom 15.04.2013, BT-Drs. 17/13057, 9, URL: <http://bit.ly/13M6bHv>.

98 BGH, Urt. v. 22.01.2009, Az.: I ZR 139/07, NJW 2009, 2384 Abs. 17; Zöller-Greger, aaO (s. o. Fn. 64), vor § 284 Rn. 34c.

99 Vgl. dazu Beckmann/Matusche-Beckmann-v. Rintelen, Versicherungsrechts-Handbuch, 2. Aufl., 2009, § 23 Rn. 87 ff.

Die Rückgabe vor Ort bei dualer Vertriebsstruktur im Versandhandel

Von Wiss. Mit. Dr. Daniel Matthias Klocke, LL.M. oec., Halle (Saale)*

Die Rechtslage ist scheinbar eindeutig und „der Verbraucher“ wurde wahrscheinlich auch darauf hingewiesen: Im Falle eines Versandhandelskaufs muss er die gekaufte Sache gem. § 357 Abs. 2 Satz 1 BGB zurücksenden. Zumindest wird er eine Adresse in seinen Unterlagen finden („Die Rücksendung oder das Rücknahmeverlangen hat zu erfolgen an: ...“). Betreibt ein Unternehmen nun nicht nur einen Onlineshop, sondern verkauft Waren auch vor Ort, wird manch ein Verbraucher auf die Idee kommen, das Gekaufte direkt im Laden zurückzugeben. Dies liegt besonders nahe, wenn der Weg zum Laden mit weniger Aufwand verbunden ist als der zur Post. Davon ausgehend soll der Frage nachgegangen werden, ob man in einer Verkaufsstelle

des Rechtsträgers¹ einen Fernabsatzvertrag widerrufen und gekaufte Ware dort zurückzugeben kann. In dieser Konstellation bestehen zwei Szenarien: die Ware wird abgelehnt oder akzeptiert. Stellen sich im ersten Szenario eine Reihe interessanter Fragen um Rücknahmepflicht und Annahmeverzug, geht es im zweiten Fall allein um die Frage der Erfüllung. In beiden Szenarien

* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherung (Prof. Dr. Armin Höland).

1 Die Organisations- und Vertriebsformen von Unternehmen sind dabei sehr unterschiedlich; manchmal besteht sogar nur ein Franchise; zum Ort der gewerblichen Niederlassung i.S.v. § 21 ZPO beim Franchise: BayObLG, Beschl. v. 17.04.2003, Az.: I ZR 23/03, BeckRS 2003, 16579.