

Geschäftsnummer:  
8 C 130/01

verkündet am



als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

## Amtsgericht Schwäbisch Gmünd

### Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

wegen Rückabwicklung eines Kaufvertrags

hat das Amtsgericht Schwäbisch Gmünd auf die mündliche Verhandlung vom 21.03.2001 im vereinfachten schriftlichen Verfahren gemäß § 495a ZPO am 23.07.2002 durch Richter Hähne

für Recht erkannt:

1. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 314,65 nebst 4 % hieraus seit 23.12.2000 zu zahlen Zug um Zug gegen Rückgabe des Computers PC-Intel Pentium II 233 MHz MMX Midi Tower, Gehäuse ATX 250 Watt, 16 MB Hauptspeicher, 1080 MB Festplatte AT, SVGA Grafikkarte 2 MB PCI, CD-Rom Laufwerk 40fach Atapi, Soundkarte Stereo, Floppy 3,5" Laufwerk, Tastatur, Mouse, Mousepad.
2. Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

#### Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Rückabwicklung des Kaufvertrages über den unter Ziff. 1 genannten Computer Intel Pentium II 233 MHz Midi Tower, der dem Kl. vom Bekl. geliefert und mit Datum vom 04.10.2000 in Rechnung gestellt wurde.

Der Kläger hat vom Beklagten über das Internet im Rahmen einer Versteigerung der Firma eBay den genannten Computer gekauft. Zusätzlich enthalten und berechnet ist eine Speichererweiterung auf 32 MB RAM. Der Beklagte hat dem Kläger hierfür incl. Versand- und Nachnamekosten mit Rechnung vom 04.10.2000 EUR 298,08 (DM 583,-) berechnet. Der Computer ist dem Kläger frühestens am 05.10.2000 unfrei gegen Berechnung der Versand- und Nachnamekosten zugegangen.

Für einen Nachbesserungsversuch hat der Kl. den Rechner an den Bekl. zurückgeschickt, der nach Durchführung von Mängelbehebungsarbeiten an den Kl. zurückgeschickt wurde. Mit anwaltlichem Schreiben vom 12.12.2000 hat der Kl. dann den Kaufvertrag unter Bezugnahme auf § 3 FernAbsG i.V.m. § 361a BGB widerrufen und den Bekl. aufgefodert, bis 22.12.2000 den Computer beim Kl. abzuholen.

Der Kläger trägt vor,

vorliegend finde das Fernabsatzgesetz Anwendung. Danach sei er gem. § 3 FernAbsG berechtigt, den Vertrag zu widerrufen. Der Beklagte habe mit seiner Lieferung nicht auf das Widerrufsrecht gem. § 2 Abs. 3 u.4 FernAbsG hingewiesen, so dass dem Kläger ein Widerrufsrecht innerhalb von vier Monaten nach Zugang der Warenlieferung zustehe. Eine Auktionsveranstaltung liege bei einer Veranstaltung der Fa. eBay nicht vor, vielmehr handle es sich um eine moderne Form der Vertragsanbahnung. Allgemeine Geschäftsbedingungen seien nicht vereinbart worden.

Der Computer sei im übrigen mangelhaft, er stürze ohne erkennbaren Grund jeweils nach kurzer Zeit ab, auch wenn nur das Betriebssystem laufe und kein Programm gestartet wird. Ein Nachbesserungsversuch sei nicht erfolgreich gewesen; der Computer nach wie vor nicht funktionsfähig. Mit einem Arbeitsspeicher von 32 MB lägen die Voraussetzungen für die Arbeit mit MS-Office 2000 vor. Für die Rücksendung des Rechners an den Bekl. für den Nachbesserungsversuch habe der Kl. Portokosten in Höhe von EUR 16,57 (DM 32,40) aufgewendet.

Der Kläger beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger Euro 314,65 (DM 615,40) zu bezahlen nebst 4 % Zinsen hieraus seit 23.12.2000 Zug um Zug gegen Rückgabe des Computers

PC-Intel Pentium II 233 MHz MMX MidiTower, Gehäuse ATX 250 Watt, 16 MB Hauptspeicher, 1080 MB Festplatte AT, SVGA Grafikkarte 2 MB PCI, CD-ROM Laufwerk 40fach Atapi, Soundkarte Stereo, Floppy 3,5" Laufwerk, Tastatur, Mouse, Mousepad.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte trägt vor,

bei der Internet-Versteigerung der Firma eBay handle es sich um eine „echte“ Versteigerung im Sinne des § 156 BGB, so dass ein Widerrufsrecht gem. § 3 Abs. 2 Nr. 5 FernAbsG ausgeschlossen sei.

Des weiteren habe der Beklagte eine Nachbesserung erfolgreich durchgeführt. Der Fehler sei auf das Aufspielen unzureichender Software des Kl. zurückzuführen gewesen; nach der Neuinstallation durch die Firma des Bekl. sei der Rechner des Kl. einwandfrei gelaufen. Soweit es Probleme bei der Ausführung der Programmbestandteile von Microsoft Office 2000 liege, habe dies seine Ursache im zu geringen Arbeitsspeicher des Rechners des Kl. von 16 MB; es sei zusätzlicher Speicher von 4-8 MB für jede gleichzeitig ausgeführte MS-Office 2000-Anwendung erforderlich. Im übrigen habe der Bekl. nach seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen ein dreimaliges Nachbesserungsrecht.

Die Übernahme der Portokosten sei durch wirksam einbezogene AGB des Beklagten ausgeschlossen worden.

Vom Kaufpreis sei der Wert der vom Kläger gezogenen Nutzungen abzuziehen.

Das Gericht hat Beweis erhoben zur Frage der Mangelhaftigkeit des Computers durch Sachverständigengutachten vom 21.06.2001 und Ergänzungsgutachten vom 06.03.2002. Auf die gutachtlichen Ausführungen des Sachverständigen (Bl. 63 ff. d. A. und Bl. 113 ff. d. A.) wird verwiesen. Zum weiteren Sach- und Streitstand wird auf die von den Parteien eingereichten Schriftsätze und Anlagen Bezug genommen.

**Entscheidungsgründe:**

Die Klage ist zulässig.

Das Amtsgericht Schwäbisch Gmünd ist gem. §§ 1 ZPO, 23 Nr. 1, 71 GVG sachlich zuständig. Die örtliche Zuständigkeit des Amtsgericht Schwäbisch Gmünd ergibt sich aus § 29 I ZPO, da die Zahlungspflicht des Beklagten gem. § 270 I BGB am Wohnort des Klägers zu erfüllen ist.

Die Klage ist begründet.

Auf den Sachverhalt sind die Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, des AGB-Gesetzes und des Fernabsatzgesetzes in der vor dem 01.01.2002 gültigen Fassung anzuwenden, da das streitgegenständliche Schuldverhältnis vor diesem Zeitpunkt entstanden ist, Art. 229 § 5 EGBGB.

1. Dem Kläger steht ein Rückzahlungsanspruch des Kaufpreises in Höhe von Euro 298,08 Zug um Zug gegen Rückgabe des Computers gem. §§ 346 S.1, 361 a II und I BGB, 3 I 1 FernAbsG zu, da er seine auf den Vertrag gerichtete Willenserklärung wirksam widerrufen hat.
  - a) Dem Kläger stand gem. § 3 I 1 FernAbsG ein Widerrufsrecht gem. § 361 a I 1 BGB zu.
    - (1) Das Fernabsatzgesetz ist gem. § 6 I FernAbsG zeitlich anwendbar. Der Vertrag zwischen den Parteien wurde unstreitig nach dem 30. Juni 2000 abgeschlossen.
    - (2) Der persönliche Anwendungsbereich gem. § 1 I FernAbsG ist eröffnet. Es liegt ein wirksamer Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher vor.

Die Parteien haben einen Kaufvertrag gem. § 433 BGB über einen Computer des beschriebenen Typs zu einem Kaufpreis von Euro 298,08 durch Angebot und Annahme - via Internet – geschlossen. Rechtsgeschäfte im Internet folgen den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts, so dass es für den wirksamen Abschluss des Kaufvertrages eines Angebots und einer entsprechenden Annahme bedurfte, §§ 145 ff BGB. Diese Erklärungen konnten rechtswirksam auch online per Mausklick abgegeben werden. In der Freischaltung der Angebotsseite durch den Beklagten auf den Seiten von eBay ist nicht lediglich eine „invitatio ad offerendum“, d.h. eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebots, sondern bereits ein rechtsverbindliches Angebot auf Abschluss eines entsprechenden Kaufvertrages zu sehen. Der Kläger hatte bei Ablauf der Angebotszeit das höchste Gebot abgegeben und hat damit das Angebot des Beklagten wirksam angenommen. Diese Bewertung der Parteierklärungen ergibt sich durch Auslegung gem. §§ 157, 133 BGB und unter Berücksichtigung der AGB von eBay. Diese wurden von den Parteien gegenüber eBay wirksam im Sinne des § 2 AGBG einbezogen, da die Teilnehmer bereits auf der Startseite sowie nochmals bei der Anmeldung bei eBay auf die AGB hingewiesen werden und die Bestimmungen sowohl online eingesehen als auch in druckgerechter Form von den Teilnehmern abgerufen werden können. Damit ist den Anforderungen des § 2 AGBG Genüge getan. Da die Anerkennung der AGB für alle Teilnehmer zwingende Voraussetzung für die Teilnahme an Veranstaltungen von eBay ist, durfte und musste jeder Teilnehmer von einer entsprechenden Anerkennung der Bedingungen auch durch alle anderen Teilnehmer ausgehen. So haben die Parteien auch übereinstimmend jeweils gegenüber eBay erklärt, dass sie im Verhältnis Antragender/Annehmender zu den Bedingungen von eBay kontrahieren wollen. Soweit diese Bedingungen Regelungen hinsichtlich des Vertragschlusses unter den Teilnehmer enthielten, musste und durfte daher jeder Teilnehmer aus der maßgeblichen Sicht des objektiven Empfängerhorizonts davon ausgehen, dass den abgegebenen Erklärungen der in den AGB beigemessene Erklärungswert zukommt.

Auf eine wirksame Einbeziehung der Bestimmungen nach § 2 ABGB im Verhältnis der Parteien zueinander kommt es dabei nicht an. Denn bei den Vertragsbestimmungen handelt es sich, bezogen auf die Parteien, nicht um AGB i.S. der §§ 1 ff ABGB, da keiner von beiden Vertragsparteien Verwender der AGB ist. Diese sind vielmehr von einem Dritten, nämlich dem Unternehmen eBay, das die Plattform für die Versteigerung anbietet, zur Voraussetzung der Teilnahme an dem System gemacht worden. Damit bilden die AGB von eBay die Auslegungsgrundlage, wie die abgegebenen Erklärungen der Parteien nach dem objektiven Empfängerhorizont verstanden werden durften.

Bei dem Kläger handelt es sich auch um einen Verbraucher gem. § 13 BGB. Der Kauf des Computers kann weder der gewerblichen noch der selbständigen beruflichen Tätigkeit des Klägers zugerechnet werden und erfolgte damit rein privat.

Der Beklagte ist Unternehmer im Sinne des § 14 I BGB. Er ist bei der Versteigerung als bevollmächtigter Inhaber des Computer Shops aufgetreten und hat den Kaufvertrag über den PC in Ausübung seiner selbständigen beruflichen Tätigkeit geschlossen. Dies folgt auch daraus, dass er dem Kläger eine Rechnung mit Briefkopf des Computer Shops übersandt hat.

(3) Das Fernabsatzgesetz ist gem. § 1 FernAbsG auch sachlich anwendbar.

Bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrag handelt es sich um einen Vertrag über die Lieferung von Waren. Der Kaufvertrag wurde im Rahmen einer Internet-Versteigerung per E-Mail und damit unter ausschliesslicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln im Sinne des § 1 II FernAbsG geschlossen. Ebenfalls erfolgte der Vertragsschluss im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- und Dienstleistungssystems der Firma eBay. Der sachliche Anwendungsbereich ist nicht gem. § 1 III FernAbsG ausgeschlossen.

b) Der Kläger hat den Kaufvertrag in der gem. § 3 I 1 FernAbsG i.V.m. § 361 a I 2 BGB vorgeschriebenen Form widerrufen.

- (1) Im Wege der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB kann bereits in der Rücksendung des Computers zur Nachbesserung am 19.10.2000 ein formgerechter Widerruf nach o.g. Vorschrift gesehen werden. Jedenfalls hat der Kläger mit anwaltlichem Schreiben vom 12.12.2000 den Kaufvertrag schriftlich widerrufen. Eine Begründung war nicht erforderlich.
  
- (2) Die Widerrufsfrist wurde eingehalten. Sie hat noch nicht gem. § 3 I 2 FernAbsG zu laufen begonnen, denn der Bekl. hat seine Informationspflichten nach § 2 Abs. 3 und 4 FernAbsG nicht erfüllt. Die Ware ist bei dem Kläger frühestens am 05.10.2000 eingegangen. Der Beklagte als Unternehmer hat die Informationen nach § 2 II Nr. 1 bis 8 FernAbsG dem Kläger als Verbraucher nicht alsbald und auch nicht bei Lieferung der Ware auf einem dauerhaften Datenträger zu Verfügung gestellt. Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn der Text dem Empfänger in lesbarer Form zugegangen ist und der Datenträger dem Empfänger für eine angemessene Zeit eine unveränderte Wiedergabe der Informationen erlaubt, vgl. Heinrichs, Helmut in: Palandt, 61. Aufl., München 2002, § 361a Rdnr. 25. Der Beklagte hat zwar bei seinem Verkaufsangebot im Rahmen der Versteigerung bei eBay auf die AGB auf seiner Homepage, in denen er den Verbraucher über das Rücktrittsrecht informiert, hingewiesen, wobei die wirksame Einbeziehung der AGB von Klägerseite bestritten wurde und ein entsprechender Beweisantritt der beweispflichtigen Bekl. nicht erfolgte. Die Verweisung auf die Homepage genügt jedoch nicht den Anforderungen eines dauerhaften Datenträgers im Sinne des § 361 a III BGB, da der Zugriff auf die Homepage des Beklagten von dessen Bereitstellung abhängt und vom Kläger nicht beeinflusst werden kann, somit für diesen nicht dauerhaft ist. Auch bei Lieferung der Ware sind dem Empfänger die notwendigen Informationen nicht auf einem dauerhaften Datenträger mitgeteilt worden. Das Widerrufsrecht erlischt damit gem. § 3 I 3 Nr. 1 FernAbsG vier Monate nach Eingang der Waren beim Empfänger. Der Kläger konnte den Kaufvertrag somit bis zum 05.02.2001 widerrufen, §§ 187 I, 188 II BGB. Der Widerruf vom 12.12.2000 war somit rechtzeitig.
  
- (3) Das Widerrufsrecht ist nicht gem. § 3 II Nr. 5 FernAbsG ausgeschlossen. Der hier streitige Fernabsatzvertrag wurde nicht in Form einer Versteigerung nach § 156 BGB geschlossen. Vielmehr besteht es aus dem Kaufvertrag, der durch



lich und örtlich begrenzten Veranstaltung eine Mehrzahl von grundsätzlich vor Ort anwesenden Personen aufgefordert werden, eine Sache oder ein Recht zu erwerben (vgl. Heckmann, Dirk: E-Commerce: Flucht in den virtuellen Raum? in NJW 2000, 1370, 1374). Bei der Online-Auktion fehlt es jedoch an der zeitlichen und örtlichen Begrenzung. Eine örtliche Begrenzung ist ohnehin nicht möglich, auch eine zeitliche Begrenzung fehlt, da daran gedacht ist, die Auktion über mehrere Tage, sogar Wochen hinauszuziehen. Dadurch wird aber die zu einer „echten“ Versteigerung gehörende Aktion und Reaktion der Bieter verhindert, die normalerweise zu der Aufforderung, ein letztes Gebot abzugeben, und zum Zuschlag führt. Daher liegt keine Versteigerung, sondern ein Verkauf gegen Höchstgebot vor, vgl. LG Münster, Entsch. v. 21.01.2000, NJW-CoR 2000, 167. Dies verdeutlichen auch die Nutzungsbedingungen von eBay. Danach handelt es sich bei deren Webseiten lediglich um einen Marktplatz für Verkäufer und Käufer für Verkäufe gegen Höchstgebot (vgl. Nutzungsbedingungen von „eBay“ Ziff. 2; Heckmann, Dirk a.a.O.). Andererseits kann zwar der Verkäufer auch bei der Internet-Versteigerung den Kaufvertrag unter keinen Umständen wegen eines etwa zu niederen Bieterangebots rückgängig machen. Es besteht jedoch eine zeitliche Begrenzung der Angebotsabgabe; die vorhandenen Bieter können nicht solange auf die Ware Gebote abgeben, bis der Meistbietende ermittelt ist (vgl. LG Wiesbaden, Entsch. v. 13.01.2000, NJW-CoR 2000, 171). Jedenfalls wird bei einer solchen Versteigerung im Internet kein Zuschlag im Sinne von § 156 BGB erteilt. Bei den Versteigerungen der Firma eBay handelt es sich damit lediglich um eine moderne Form der Vertragsanbahnung im Internet.

2. Dem Kläger steht des weiteren auch ein Rückzahlungsanspruch des Kaufpreises aus Wandelung in Höhe von Euro 298,08 Zug um Zug gegen Rückgewähr des defekten Computers gem. §§ 433, 459, 462, 465, 467 S. 1, 346 S.1 BGB zu.
  - a) Die Parteien haben im Oktober 2000 einen wirksamen Kaufvertrag über den oben näher bezeichneten Computer im Rahmen einer Internetversteigerung geschlossen (s.o.).
  - b) Der Computer ist mit einem Fehler behaftet, der den Wert und die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch aufhebt; der Bekl. hat diesen Mangel zu vertreten,

§§ 459 Abs. 1, 462 BGB. Dies ergibt sich aus dem Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. Zimmermann vom 21.06.2001 in Verbindung mit dem ergänzenden Gutachten vom 06.03.2002. Der vom Bekl. beantragten Vernehmung des Zeugen Schlosser zu der Frage, ob der Computer nach Einsendung an den Bekl. aufgrund durch den Kl. fehlerhaft aufgespielter Software nicht richtig funktionierte, wie der Bekl. zunächst vortrug, oder aufgrund eines „eingefangenen“ Virus, wie der Bekl. später geltend machte, bedurfte es nicht, da bei der Beurteilung auf den Zustand des Rechners im Zeitpunkt der Wandlungserklärung abzustellen war. Dieser sollte und konnte vom Sachverständigen abschließend festgestellt werden.

Nach dem Gutachten stürzte der Rechner unmittelbar nach dem Hochfahren innerhalb von ca. 1 bis 3 Minuten ab, ohne dass andere Programme außer Windows selbst aktiv waren. Das gleiche Verhalten trat auch auf, nachdem das Betriebssystem vollständig neu installiert worden war. Auch eine vollständige Neuinstallation des Betriebssystems Windows 98 nach vorheriger Formatierung der Festplatte führte zu keiner Besserung. Auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass auch Windows selbst Fehler hat, die zu Abstürzen führen können, kam der Sachverständige nachvollziehbar und widerspruchsfrei zu der Schlussfolgerung, dass „mit Sicherheit gesagt werden [kann], dass die Absturzursache nicht im Bereich der Software liegen kann, sondern vielmehr im Bereich der Hardware liegen muß.“ Dabei sei am wahrscheinlichsten ein Fehler beim Prozessor, der Hauptplatine, des Hauptspeichers oder der Grafikkarte. Eine Nutzung des Rechners im aktuellen Zustand sei nicht möglich.

Der Fehler lag auch bereits bei Gefahrübergang vor. Das vorliegende Sachverständigengutachten bestätigt, dass der Fehler bereits bei Übergabe an den Kläger gem. § 446 I 1 BGB vorgelegen hat. Die Installation von Software durch den Kläger führte nicht zu dem beschriebenen Fehler. In einer Nachbegutachtung hat sich der Sachverständige mit der Behauptung des Bekl. auseinandergesetzt, der Computer sei mit einem vom Kl. aufgespielten „Party-boot-Virus“ infiziert gewesen, der die beschriebenen Auswirkungen habe, dieser sei bereits von der bekl. Firma bei der durchgeführten Nachbesserung beseitigt worden. Bei einer Untersuchung mit den Virentestprogrammen „Norton Antivirus“ und „McAfee“ konnte jedoch kein Virus gefunden werden. Auch habe der beklagte und vom Bekl. af

fensichtlich gemeinte „Parity-Boot-Virus“ (ein „Party-Virus“ existiere nicht) völlig andere Auswirkungen auf das System. Da der Fehler somit bei Übergabe vorgelegen hat, ist davon auszugehen, dass dieser auch bereits in dem früheren Zeitpunkt, nämlich bei Übergabe an die Transportperson des hier vorliegenden Versendungskauf gem. § 477 I BGB vorgelegen hat.

- c) Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei dem vom Sachverständigen untersuchten Rechner um einen anderen gehandelt hat als um denjenigen, den der Kläger dem Beklagten zur Reparatur übersandt hat, liegen nicht vor. Dem Sachverständigen war die Bezeichnung und Konfiguration des streitgegenständlichen Rechners bekannt; diese wurden vom Sachverständigen überprüft. Eine genauere Identifizierung - etwa anhand von Seriennummern etc. - erscheint dem Gericht auch schon deshalb nicht möglich, weil diese auf der Rechnung des Bekl. vom 04.10.2000 nicht aufgeführt sind. Im Ergänzungsgutachten hat der Sachverständige auch ausgeführt, dass sich der streitgegenständliche Rechner in dem Zustand befunden hat, in dem dieser ihn an den Kläger nach Abschluss des Gutachtens vom 21.06.2001 zurückgesandt hatte. Der Versandkarton war nicht geöffnet worden.
- d) Das Wandelungsbegehren des Klägers scheitert nicht an einer erfolgreichen Nachbesserung durch den Beklagten.
- (1) Die o.g. Sachverständigengutachten haben das Vorbringen des Beklagten nicht bestätigt. Die Systemvoraussetzungen des Rechners für die Installation des Programms Microsoft Office 2000 sind - aufgrund des zwischenzeitlich unstreitig vorhandenen Arbeitsspeichers von 32 MB RAM - erfüllt. Darüber hinaus konnte eine Neuinstallation des Programms und eine Entfernung eines Virus von der Festplatte des Rechners durch den Beklagten nicht zur Nachbesserung und damit zur Behebung des Fehlers führen, da wie oben bereits ausgeführt der Fehler nicht im Bereich der Software, sondern im Bereich der Hardware selbst liegt. Hieran hat der Beklagte keinen Nachbesserungsversuch vorgenommen.
- (2) Das Wandelungsbegehren des Klägers scheitert auch nicht an der mangelnden Anzahl von Nachbesserungsversuchen. Nach Ziff. 6.5.) der ABG

einem dreimaligen Fehlschlag der Nachbesserung oder Ersatzlieferung verlangt werden. Die AGB des Beklagten sind jedoch nicht gem. § 2 AGBG wirksam in den Vertrag mit dem Kläger einbezogen worden. Der diesbezügliche Vortrag des Bekl. wurde vom Kl. bestritten, Beweis hierfür wurde nicht angetreten. Im übrigen erscheint sehr zweifelhaft, ob die AGB einer Inhaltskontrolle gem. § 9 AGBG standhalten würden. Das dreifache Nachbesserungsrecht in den AGB des Beklagten dürfte mit dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren sein. Das Gesetz sieht im Kaufvertragsrecht, anders als im Werkvertragsrecht grundsätzlich kein Nachbesserungsrecht des Verkäufers vor. Eine formularmässige Festlegung, dass der Kunde sogar drei Nachbesserungen zu gestatten hat, ist bei der Lieferung neu hergestellter Sachen gem. § 11 Nr. 10. b) AGBG unwirksam (vgl. Heinrichs, Helmut in: Palandt, 61. Aufl., München 2002, § 11 AGBG Rdnr. 57a) und wäre auch bei der Beurteilung einer Lieferung gebrauchter Sachen als Grundgedanke heranzuziehen.

3. Der Kläger hat dem Beklagten keinen Nutzungsersatz gem. §§ 347 S. 2, 987 i.V.m. §§ 819 I, 818 IV, 292 BGB zu leisten.

Der Wert der Nutzungen ist durch Schätzung der zeitanteiligen linearen Wertminderung im Vergleich zwischen dem tatsächlichen Gebrauch und der voraussichtlichen Gesamtnutzungsdauer zu ermitteln, jedoch ist im Fall der Wandelung vom Preis der mangelbedingte Minderwert abzuziehen, vgl. Heinrichs, Helmut in: Palandt, 61. Aufl., München 2002, § 347 Rdnr. 9. Die Sachverständigengutachten haben bewiesen, dass ein tatsächlicher Gebrauch des streitgegenständlichen Computers nicht möglich war; die Ziehung von Nutzungen durch den Kl. war somit ausgeschlossen.

4. Der Kläger kann Rückzahlung der Portokosten in Höhe von Euro 16,57 nach § 476a S. 1 BGB bzw. § 361 a II 3 BGB verlangen.
- a) Bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrag ist die Wirkung des § 476a BGB nicht zulässig abbedungen worden. Insbesondere ist dies nicht durch AGB des Beklagten, vgl. Ziff. 6.6) (Transportkostenregelung), geschehen, da diese wie oben bereits festgestellt, nicht wirksam gem. § 2 AGBG in den Vertrag

Die Parteien haben konkludent ein Recht auf Nachbesserung vereinbart, indem der Kläger den fehlerhaften Computer an den Beklagten am 19.10.2000 zur Nachbesserung gesendet hat und dieser ihn nach vermeintlicher Reparatur wieder zurück gesendet hat. Der Verkäufer war auch zur Nachbesserung verpflichtet, da er den Mangel des Computers gem. § 459 BGB zu vertreten hat und daher ein Gewährleistungsanspruch gem. § 462 BGB gegeben war (s.o.).

b) Jedenfalls fallen die Kosten der Rücksendung dem beklagten Unternehmer gem. § 361 a II 3 BGB zur Last; eine Kostentragungspflicht des Kl. nach § 361 a II 3 BGB 2. Halbsatz wurde nicht vereinbart.

5. Dem Kläger stehen die beantragten Zinsen zu.

Dies ergibt sich aus §§ 361 a I 1 BGB, 3 I 1 FernAbsG bzw. § 347 S. 3 BGB. Danach stehen dem Kläger Verzugszinsen gem. §§ 361 a II 2, 284 III, 288 I 1 BGB maximal in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz zu. Der Unternehmer kommt mit der Pflicht zur Entgeltrückzahlung ohne Mahnung 30 Tage nach Zugang der Widerrufserklärung gem. §§ 361 a II 2, 284 III BGB in Verzug. Die Widerrufserklärung ist durch Schreiben des Klägers vom 12.12.2000 erfolgt mit Fristsetzung bis 22.12.2000.

6. Die Kostenentscheidung ergeht gem. § 91 ZPO.

7. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 11 ZPO. Von einer Abwendungsbefugnis des Bekl. nach § 711 ZPO wurde wegen § 713 ZPO abgesehen.



Hähnle

Richter

Geschäftsnummer:  
8 C 130/01

verkündet am



als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

## Amtsgericht Schwäbisch Gmünd

### Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

wegen Rückabwicklung eines Kaufvertrags

hat das Amtsgericht Schwäbisch Gmünd auf die mündliche Verhandlung vom 21.03.2001 im vereinfachten schriftlichen Verfahren gemäß § 495a ZPO am 23.07.2002 durch Richter Hähne

für Recht erkannt:

1. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 314,65 nebst 4 % hieraus seit 23.12.2000 zu zahlen Zug um Zug gegen Rückgabe des Computers PC-Intel Pentium II 233 MHz MMX Midi Tower, Gehäuse ATX 250 Watt, 16 MB Hauptspeicher, 1080 MB Festplatte AT, SVGA Grafikkarte 2 MB PCI, CD-Rom Laufwerk 40fach Atapi, Soundkarte Stereo, Floppy 3,5" Laufwerk, Tastatur, Mouse, Mousepad.
2. Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

#### Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Rückabwicklung des Kaufvertrages über den unter Ziff. 1 genannten Computer Intel Pentium II 233 MHz Midi Tower, der dem Kl. vom Bekl. geliefert und mit Datum vom 04.10.2000 in Rechnung gestellt wurde.

Der Kläger hat vom Beklagten über das Internet im Rahmen einer Versteigerung der Firma eBay den genannten Computer gekauft. Zusätzlich enthalten und berechnet ist eine Speichererweiterung auf 32 MB RAM. Der Beklagte hat dem Kläger hierfür incl. Versand- und Nachnamekosten mit Rechnung vom 04.10.2000 EUR 298,08 (DM 583,-) berechnet. Der Computer ist dem Kläger frühestens am 05.10.2000 unfrei gegen Berechnung der Versand- und Nachnamekosten zugegangen.

Für einen Nachbesserungsversuch hat der Kl. den Rechner an den Bekl. zurückgeschickt, der nach Durchführung von Mängelbehebungsarbeiten an den Kl. zurückgeschickt wurde. Mit anwaltlichem Schreiben vom 12.12.2000 hat der Kl. dann den Kaufvertrag unter Bezugnahme auf § 3 FernAbsG i.V.m. § 361a BGB widerrufen und den Bekl. aufgefordert, bis 22.12.2000 den Computer beim Kl. abzuholen.

Der Kläger trägt vor,

vorliegend finde das Fernabsatzgesetz Anwendung. Danach sei er gem. § 3 FernAbsG berechtigt, den Vertrag zu widerrufen. Der Beklagte habe mit seiner Lieferung nicht auf das Widerrufsrecht gem. § 2 Abs. 3 u.4 FernAbsG hingewiesen, so dass dem Kläger ein Widerrufsrecht innerhalb von vier Monaten nach Zugang der Warenlieferung zustehe. Eine Auktionsveranstaltung liege bei einer Veranstaltung der Fa. eBay nicht vor, vielmehr handle es sich um eine moderne Form der Vertragsanbahnung. Allgemeine Geschäftsbedingungen seien nicht vereinbart worden.

Der Computer sei im übrigen mangelhaft, er stürze ohne erkennbaren Grund jeweils nach kurzer Zeit ab, auch wenn nur das Betriebssystem laufe und kein Programm gestartet wird. Ein Nachbesserungsversuch sei nicht erfolgreich gewesen; der Computer nach wie vor nicht funktionsfähig. Mit einem Arbeitsspeicher von 32 MB lägen die Voraussetzungen für die Arbeit mit MS-Office 2000 vor. Für die Rücksendung des Rechners an den Bekl. für den Nachbesserungsversuch habe der Kl. Portokosten in Höhe von EUR 16,57 (DM 32,40) aufgewendet.

Der Kläger beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger Euro 314,65 (DM 615,40) zu bezahlen nebst 4 % Zinsen hieraus seit 23.12.2000 Zug um Zug gegen Rückgabe des Computers

PC-Intel Pentium II 233 MHz MMX MidiTower, Gehäuse ATX 250 Watt, 16 MB Hauptspeicher, 1080 MB Festplatte AT, SVGA Grafikkarte 2 MB PCI, CD-ROM Laufwerk 40fach Atapi, Soundkarte Stereo, Floppy 3,5" Laufwerk, Tastatur, Mouse, Mousepad.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.



Der Beklagte trägt vor,

bei der Internet-Versteigerung der Firma eBay handle es sich um eine „echte“ Versteigerung im Sinne des § 156 BGB, so dass ein Widerrufsrecht gem. § 3 Abs. 2 Nr. 5 FernAbsG ausgeschlossen sei.

Des weiteren habe der Beklagte eine Nachbesserung erfolgreich durchgeführt. Der Fehler sei auf das Aufspielen unzureichender Software des Kl. zurückzuführen gewesen; nach der Neuinstallation durch die Firma des Bekl. sei der Rechner des Kl. einwandfrei gelaufen. Soweit es Probleme bei der Ausführung der Programmbestandteile von Microsoft Office 2000 liege, habe dies seine Ursache im zu geringen Arbeitsspeicher des Rechners des Kl. von 16 MB; es sei zusätzlicher Speicher von 4-8 MB für jede gleichzeitig ausgeführte MS-Office 2000-Anwendung erforderlich. Im übrigen habe der Bekl. nach seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen ein dreimaliges Nachbesserungsrecht.

Die Übernahme der Portokosten sei durch wirksam einbezogene AGB des Beklagten ausgeschlossen worden.

Vom Kaufpreis sei der Wert der vom Kläger gezogenen Nutzungen abzuziehen.

Das Gericht hat Beweis erhoben zur Frage der Mangelhaftigkeit des Computers durch Sachverständigengutachten vom 21.06.2001 und Ergänzungsgutachten vom 06.03.2002. Auf die gutachtlichen Ausführungen des Sachverständigen (Bl. 63 ff. d. A. und Bl. 113 ff. d. A.) wird verwiesen. Zum weiteren Sach- und Streitstand wird auf die von den Parteien eingereichten Schriftsätze und Anlagen Bezug genommen.

**Entscheidungsgründe:**

Die Klage ist zulässig.

Das Amtsgericht Schwäbisch Gmünd ist gem. §§ 1 ZPO, 23 Nr. 1, 71 GVG sachlich zuständig. Die örtliche Zuständigkeit des Amtsgericht Schwäbisch Gmünd ergibt sich aus § 29 I ZPO, da die Zahlungspflicht des Beklagten gem. § 270 I BGB am Wohnort des Klägers zu erfüllen ist.

Die Klage ist begründet.

Auf den Sachverhalt sind die Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, des AGB-Gesetzes und des Fernabsatzgesetzes in der vor dem 01.01.2002 gültigen Fassung anzuwenden, da das streitgegenständliche Schuldverhältnis vor diesem Zeitpunkt entstanden ist, Art. 229 § 5 EGBGB.

1. Dem Kläger steht ein Rückzahlungsanspruch des Kaufpreises in Höhe von Euro 298,08 Zug um Zug gegen Rückgabe des Computers gem. §§ 346 S.1, 361 a II und I BGB, 3 I 1 FernAbsG zu, da er seine auf den Vertrag gerichtete Willenserklärung wirksam widerrufen hat.
  - a) Dem Kläger stand gem. § 3 I 1 FernAbsG ein Widerrufsrecht gem. § 361 a I 1 BGB zu.
    - (1) Das Fernabsatzgesetz ist gem. § 6 I FernAbsG zeitlich anwendbar. Der Vertrag zwischen den Parteien wurde unstreitig nach dem 30. Juni 2000 abgeschlossen.
    - (2) Der persönliche Anwendungsbereich gem. § 1 I FernAbsG ist eröffnet. Es liegt ein wirksamer Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher vor.

Die Parteien haben einen Kaufvertrag gem. § 433 BGB über einen Computer des beschriebenen Typs zu einem Kaufpreis von Euro 298,08 durch Angebot und Annahme - via Internet – geschlossen. Rechtsgeschäfte im Internet folgen den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts, so dass es für den wirksamen Abschluss des Kaufvertrages eines Angebots und einer entsprechenden Annahme bedurfte, §§ 145 ff BGB. Diese Erklärungen konnten rechtswirksam auch online per Mausklick abgegeben werden. In der Freischaltung der Angebotsseite durch den Beklagten auf den Seiten von eBay ist nicht lediglich eine „invitatio ad offerendum“, d.h. eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebots, sondern bereits ein rechtsverbindliches Angebot auf Abschluss eines entsprechenden Kaufvertrages zu sehen. Der Kläger hatte bei Ablauf der Angebotszeit das höchste Gebot abgegeben und hat damit das Angebot des Beklagten wirksam angenommen. Diese Bewertung der Parteierklärungen ergibt sich durch Auslegung gem. §§ 157, 133 BGB und unter Berücksichtigung der AGB von eBay. Diese wurden von den Parteien gegenüber eBay wirksam im Sinne des § 2 AGBG einbezogen, da die Teilnehmer bereits auf der Startseite sowie nochmals bei der Anmeldung bei eBay auf die AGB hingewiesen werden und die Bestimmungen sowohl online eingesehen als auch in druckgerechter Form von den Teilnehmern abgerufen werden können. Damit ist den Anforderungen des § 2 AGBG Genüge getan. Da die Anerkennung der AGB für alle Teilnehmer zwingende Voraussetzung für die Teilnahme an Veranstaltungen von eBay ist, durfte und musste jeder Teilnehmer von einer entsprechenden Anerkennung der Bedingungen auch durch alle anderen Teilnehmer ausgehen. So haben die Parteien auch übereinstimmend jeweils gegenüber eBay erklärt, dass sie im Verhältnis Antragender/Annehmender zu den Bedingungen von eBay kontrahieren wollen. Soweit diese Bedingungen Regelungen hinsichtlich des Vertragschlusses unter den Teilnehmer enthielten, musste und durfte daher jeder Teilnehmer aus der maßgeblichen Sicht des objektiven Empfängerhorizonts davon ausgehen, dass den abgegebenen Erklärungen der in den AGB beigemessene Erklärungswert zukommt.

Auf eine wirksame Einbeziehung der Bestimmungen nach § 2 ABGB im Verhältnis der Parteien zueinander kommt es dabei nicht an. Denn bei den Vertragsbestimmungen handelt es sich, bezogen auf die Parteien, nicht um AGB i.S. der §§ 1 ff ABGB, da keiner von beiden Vertragsparteien Verwender der AGB ist. Diese sind vielmehr von einem Dritten, nämlich dem Unternehmen eBay, das die Plattform für die Versteigerung anbietet, zur Voraussetzung der Teilnahme an dem System gemacht worden. Damit bilden die AGB von eBay die Auslegungsgrundlage, wie die abgegebenen Erklärungen der Parteien nach dem objektiven Empfängerhorizont verstanden werden durften.

Bei dem Kläger handelt es sich auch um einen Verbraucher gem. § 13 BGB. Der Kauf des Computers kann weder der gewerblichen noch der selbständigen beruflichen Tätigkeit des Klägers zugerechnet werden und erfolgte damit rein privat.

Der Beklagte ist Unternehmer im Sinne des § 14 I BGB. Er ist bei der Versteigerung als bevollmächtigter Inhaber des Computer Shops aufgetreten und hat den Kaufvertrag über den PC in Ausübung seiner selbständigen beruflichen Tätigkeit geschlossen. Dies folgt auch daraus, dass er dem Kläger eine Rechnung mit Briefkopf des Computer Shops übersandt hat.

(3) Das Fernabsatzgesetz ist gem. § 1 FernAbsG auch sachlich anwendbar.

Bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrag handelt es sich um einen Vertrag über die Lieferung von Waren. Der Kaufvertrag wurde im Rahmen einer Internet-Versteigerung per E-Mail und damit unter ausschliesslicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln im Sinne des § 1 II FernAbsG geschlossen. Ebenfalls erfolgte der Vertragsschluss im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- und Dienstleistungssystems der Firma eBay. Der sachliche Anwendungsbereich ist nicht gem. § 1 III FernAbsG ausgeschlossen.

b) Der Kläger hat den Kaufvertrag in der gem. § 3 I 1 FernAbsG i.V.m. § 361 a I 2 BGB vorgeschriebenen Form widerrufen.

(1) Im Wege der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB kann bereits in der Rücksendung des Computers zur Nachbesserung am 19.10.2000 ein formgerechter Widerruf nach o.g. Vorschrift gesehen werden. Jedenfalls hat der Kläger mit anwaltlichem Schreiben vom 12.12.2000 den Kaufvertrag schriftlich widerrufen. Eine Begründung war nicht erforderlich.

(2) Die Widerrufsfrist wurde eingehalten. Sie hat noch nicht gem. § 3 I 2 FernAbsG zu laufen begonnen, denn der Bekl. hat seine Informationspflichten nach § 2 Abs. 3 und 4 FernAbsG nicht erfüllt. Die Ware ist bei dem Kläger frühestens am 05.10.2000 eingegangen. Der Beklagte als Unternehmer hat die Informationen nach § 2 II Nr. 1 bis 8 FernAbsG dem Kläger als Verbraucher nicht alsbald und auch nicht bei Lieferung der Ware auf einem dauerhaften Datenträger zu Verfügung gestellt. Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn der Text dem Empfänger in lesbarer Form zugegangen ist und der Datenträger dem Empfänger für eine angemessene Zeit eine unveränderte Wiedergabe der Informationen erlaubt, vgl. Heinrichs, Helmut in: Palandt, 61. Aufl., München 2002, § 361a Rdnr. 25. Der Beklagte hat zwar bei seinem Verkaufsangebot im Rahmen der Versteigerung bei eBay auf die AGB auf seiner Homepage, in denen er den Verbraucher über das Rücktrittsrecht informiert, hingewiesen, wobei die wirksame Einbeziehung der AGB von Klägerseite bestritten wurde und ein entsprechender Beweisantritt der beweispflichtigen Bekl. nicht erfolgte. Die Verweisung auf die Homepage genügt jedoch nicht den Anforderungen eines dauerhaften Datenträgers im Sinne des § 361 a III BGB, da der Zugriff auf die Homepage des Beklagten von dessen Bereitstellung abhängt und vom Kläger nicht beeinflusst werden kann, somit für diesen nicht dauerhaft ist. Auch bei Lieferung der Ware sind dem Empfänger die notwendigen Informationen nicht auf einem dauerhaften Datenträger mitgeteilt worden. Das Widerrufsrecht erlischt damit gem. § 3 I 3 Nr. 1 FernAbsG vier Monate nach Eingang der Waren beim Empfänger. Der Kläger konnte den Kaufvertrag somit bis zum 05.02.2001 widerrufen, §§ 187 I, 188 II BGB. Der Widerruf vom 12.12.2000 war somit rechtzeitig.

(3) Das Widerrufsrecht ist nicht gem. § 3 II Nr. 5 FernAbsG ausgeschlossen. Der hier streitige Fernabsatzvertrag wurde nicht in Form einer Versteigerung nach § 156 BGB geschlossen. Versteigerung bedeutet, dass der Verkäufer die Ware

lich und örtlich begrenzten Veranstaltung eine Mehrzahl von grundsätzlich vor Ort anwesenden Personen aufgefordert werden, eine Sache oder ein Recht zu erwerben (vgl. Heckmann, Dirk: E-Commerce: Flucht in den virtuellen Raum? in NJW 2000, 1370, 1374). Bei der Online-Auktion fehlt es jedoch an der zeitlichen und örtlichen Begrenzung. Eine örtliche Begrenzung ist ohnehin nicht möglich, auch eine zeitliche Begrenzung fehlt, da daran gedacht ist, die Auktion über mehrere Tage, sogar Wochen hinauszuziehen. Dadurch wird aber die zu einer „echten“ Versteigerung gehörende Aktion und Reaktion der Bieter verhindert, die normalerweise zu der Aufforderung, ein letztes Gebot abzugeben, und zum Zuschlag führt. Daher liegt keine Versteigerung, sondern ein Verkauf gegen Höchstgebot vor, vgl. LG Münster, Entsch. v. 21.01.2000, NJW-CoR 2000, 167. Dies verdeutlichen auch die Nutzungsbedingungen von eBay. Danach handelt es sich bei deren Webseiten lediglich um einen Marktplatz für Verkäufer und Käufer für Verkäufe gegen Höchstgebot (vgl. Nutzungsbedingungen von „eBay“ Ziff. 2; Heckmann, Dirk a.a.O.). Andererseits kann zwar der Verkäufer auch bei der Internet-Versteigerung den Kaufvertrag unter keinen Umständen wegen eines etwa zu niederen Bieterangebots rückgängig machen. Es besteht jedoch eine zeitliche Begrenzung der Angebotsabgabe; die vorhandenen Bieter können nicht solange auf die Ware Gebote abgeben, bis der Meistbietende ermittelt ist (vgl. LG Wiesbaden, Entsch. v. 13.01.2000, NJW-CoR 2000, 171). Jedenfalls wird bei einer solchen Versteigerung im Internet kein Zuschlag im Sinne von § 156 BGB erteilt. Bei den Versteigerungen der Firma eBay handelt es sich damit lediglich um eine moderne Form der Vertragsanbahnung im Internet.

2. Dem Kläger steht des weiteren auch ein Rückzahlungsanspruch des Kaufpreises aus Wandelung in Höhe von Euro 298,08 Zug um Zug gegen Rückgewähr des defekten Computers gem. §§ 433, 459, 462, 465, 467 S. 1, 346 S.1 BGB zu.
  - a) Die Parteien haben im Oktober 2000 einen wirksamen Kaufvertrag über den oben näher bezeichneten Computer im Rahmen einer Internetversteigerung geschlossen (s.o.).
  - b) Der Computer ist mit einem Fehler behaftet, der den Wert und die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch aufhebt; der Bekl. hat diesen Mangel zu vertreten,

§§ 459 Abs. 1, 462 BGB. Dies ergibt sich aus dem Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. Zimmermann vom 21.06.2001 in Verbindung mit dem ergänzenden Gutachten vom 06.03.2002. Der vom Bekl. beantragten Vernehmung des Zeugen Schlosser zu der Frage, ob der Computer nach Einsendung an den Bekl. aufgrund durch den Kl. fehlerhaft aufgespielter Software nicht richtig funktionierte, wie der Bekl. zunächst vortrug, oder aufgrund eines „eingefangenen“ Virus, wie der Bekl. später geltend machte, bedurfte es nicht, da bei der Beurteilung auf den Zustand des Rechners im Zeitpunkt der Wandlungserklärung abzustellen war. Dieser sollte und konnte vom Sachverständigen abschließend festgestellt werden.

Nach dem Gutachten stürzte der Rechner unmittelbar nach dem Hochfahren innerhalb von ca. 1 bis 3 Minuten ab, ohne dass andere Programme außer Windows selbst aktiv waren. Das gleiche Verhalten trat auch auf, nachdem das Betriebssystem vollständig neu installiert worden war. Auch eine vollständige Neuinstallation des Betriebssystems Windows 98 nach vorheriger Formatierung der Festplatte führte zu keiner Besserung. Auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass auch Windows selbst Fehler hat, die zu Abstürzen führen können, kam der Sachverständige nachvollziehbar und widerspruchsfrei zu der Schlussfolgerung, dass „mit Sicherheit gesagt werden [kann], dass die Absturzursache nicht im Bereich der Software liegen kann, sondern vielmehr im Bereich der Hardware liegen muß.“ Dabei sei am wahrscheinlichsten ein Fehler beim Prozessor, der Hauptplatine, des Hauptspeichers oder der Grafikkarte. Eine Nutzung des Rechners im aktuellen Zustand sei nicht möglich.

Der Fehler lag auch bereits bei Gefahrübergang vor. Das vorliegende Sachverständigengutachten bestätigt, dass der Fehler bereits bei Übergabe an den Kläger gem. § 446 I 1 BGB vorgelegen hat. Die Installation von Software durch den Kläger führte nicht zu dem beschriebenen Fehler. In einer Nachbegutachtung hat sich der Sachverständige mit der Behauptung des Bekl. auseinandergesetzt, der Computer sei mit einem vom Kl. aufgespielten „Party-boot-Virus“ infiziert gewesen, der die beschriebenen Auswirkungen habe, dieser sei bereits von der bekl. Firma bei der durchgeführten Nachbesserung beseitigt worden. Bei einer Untersuchung mit den Virentestprogrammen „Norton Antivirus“ und „McAfee“ konnte jedoch kein Virus gefunden werden. Auch habe der beklagte und vom Bekl. af

fensichtlich gemeinte „Parity-Boot-Virus“ (ein „Party-Virus“ existiere nicht) völlig andere Auswirkungen auf das System. Da der Fehler somit bei Übergabe vorgelegen hat, ist davon auszugehen, dass dieser auch bereits in dem früheren Zeitpunkt, nämlich bei Übergabe an die Transportperson des hier vorliegenden Versandkauf gem. § 477 I BGB vorgelegen hat.

- c) Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei dem vom Sachverständigen untersuchten Rechner um einen anderen gehandelt hat als um denjenigen, den der Kläger dem Beklagten zur Reparatur übersandt hat, liegen nicht vor. Dem Sachverständigen war die Bezeichnung und Konfiguration des streitgegenständlichen Rechners bekannt; diese wurden vom Sachverständigen überprüft. Eine genauere Identifizierung - etwa anhand von Seriennummern etc. - erscheint dem Gericht auch schon deshalb nicht möglich, weil diese auf der Rechnung des Bekl. vom 04.10.2000 nicht aufgeführt sind. Im Ergänzungsgutachten hat der Sachverständige auch ausgeführt, dass sich der streitgegenständliche Rechner in dem Zustand befunden hat, in dem dieser ihn an den Kläger nach Abschluss des Gutachtens vom 21.06.2001 zurückgesandt hatte. Der Versandkarton war nicht geöffnet worden.
- d) Das Wandelungsbegehren des Klägers scheitert nicht an einer erfolgreichen Nachbesserung durch den Beklagten.

(1) Die o.g. Sachverständigengutachten haben das Vorbringen des Beklagten nicht bestätigt. Die Systemvoraussetzungen des Rechners für die Installation des Programms Microsoft Office 2000 sind - aufgrund des zwischenzeitlich unstreitig vorhandenen Arbeitsspeichers von 32 MB RAM - erfüllt. Darüber hinaus konnte eine Neuinstallation des Programms und eine Entfernung eines Virus von der Festplatte des Rechners durch den Beklagten nicht zur Nachbesserung und damit zur Behebung des Fehlers führen, da wie oben bereits ausgeführt der Fehler nicht im Bereich der Software, sondern im Bereich der Hardware selbst liegt. Hieran hat der Beklagte keinen Nachbesserungsversuch vorgenommen.

(2) Das Wandelungsbegehren des Klägers scheitert auch nicht an der mangelnden Anzahl von Nachbesserungsversuchen. Nach Ziff. 6.5.) der ABG



einem dreimaligen Fehlschlag der Nachbesserung oder Ersatzlieferung verlangt werden. Die AGB des Beklagten sind jedoch nicht gem. § 2 AGBG wirksam in den Vertrag mit dem Kläger einbezogen worden. Der diesbezügliche Vortrag des Bekl. wurde vom Kl. bestritten, Beweis hierfür wurde nicht angetreten. Im übrigen erscheint sehr zweifelhaft, ob die AGB einer Inhaltskontrolle gem. § 9 AGBG standhalten würden. Das dreifache Nachbesserungsrecht in den AGB des Beklagten dürfte mit dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren sein. Das Gesetz sieht im Kaufvertragsrecht, anders als im Werkvertragsrecht grundsätzlich kein Nachbesserungsrecht des Verkäufers vor. Eine formularmässige Festlegung, dass der Kunde sogar drei Nachbesserungen zu gestatten hat, ist bei der Lieferung neu hergestellter Sachen gem. § 11 Nr. 10. b) AGBG unwirksam (vgl. Heinrichs, Helmut in: Palandt, 61. Aufl., München 2002, § 11 AGBG Rdnr. 57a) und wäre auch bei der Beurteilung einer Lieferung gebrauchter Sachen als Grundgedanke heranzuziehen.

3. Der Kläger hat dem Beklagten keinen Nutzungsersatz gem. §§ 347 S. 2, 987 i.V.m. §§ 819 I, 818 IV, 292 BGB zu leisten.

Der Wert der Nutzungen ist durch Schätzung der zeitanteiligen linearen Wertminderung im Vergleich zwischen dem tatsächlichen Gebrauch und der voraussichtlichen Gesamtnutzungsdauer zu ermitteln, jedoch ist im Fall der Wandelung vom Preis der mangelbedingte Minderwert abzuziehen, vgl. Heinrichs, Helmut in: Palandt, 61. Aufl., München 2002, § 347 Rdnr. 9. Die Sachverständigengutachten haben bewiesen, dass ein tatsächlicher Gebrauch des streitgegenständlichen Computers nicht möglich war; die Ziehung von Nutzungen durch den Kl. war somit ausgeschlossen.

4. Der Kläger kann Rückzahlung der Portokosten in Höhe von Euro 16,57 nach § 476a S. 1 BGB bzw. § 361 a II 3 BGB verlangen.
  - a) Bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrag ist die Wirkung des § 476a BGB nicht zulässig abbedungen worden. Insbesondere ist dies nicht durch AGB des Beklagten, vgl. Ziff. 6.6) (Transportkostenregelung), geschehen, da diese wie oben bereits festgestellt, nicht wirksam gem. § 2 AGBG in den Vertrag

Die Parteien haben konkludent ein Recht auf Nachbesserung vereinbart, indem der Kläger den fehlerhaften Computer an den Beklagten am 19.10.2000 zur Nachbesserung gesendet hat und dieser ihn nach vermeintlicher Reparatur wieder zurück gesendet hat. Der Verkäufer war auch zur Nachbesserung verpflichtet, da er den Mangel des Computers gem. § 459 BGB zu vertreten hat und daher ein Gewährleistungsanspruch gem. § 462 BGB gegeben war (s.o.).

b) Jedenfalls fallen die Kosten der Rücksendung dem beklagten Unternehmer gem. § 361 a II 3 BGB zur Last; eine Kostentragungspflicht des Kl. nach § 361 a II 3 BGB 2. Halbsatz wurde nicht vereinbart.

5. Dem Kläger stehen die beantragten Zinsen zu.

Dies ergibt sich aus §§ 361 a I 1 BGB, 3 I 1 FernAbsG bzw. § 347 S. 3 BGB. Danach stehen dem Kläger Verzugszinsen gem. §§ 361 a II 2, 284 III, 288 I 1 BGB maximal in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz zu. Der Unternehmer kommt mit der Pflicht zur Entgeltrückzahlung ohne Mahnung 30 Tage nach Zugang der Widerrufserklärung gem. §§ 361 a II 2, 284 III BGB in Verzug. Die Widerrufserklärung ist durch Schreiben des Klägers vom 12.12.2000 erfolgt mit Fristsetzung bis 22.12.2000.

6. Die Kostenentscheidung ergeht gem. § 91 ZPO.

7. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 11 ZPO. Von einer Abwendungsbefugnis des Bekl. nach § 711 ZPO wurde wegen § 713 ZPO abgesehen.



Hähnle

Richter

Geschäftsnummer:  
8.C 130/01

verkündet am



als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

## Amtsgericht Schwäbisch Gmünd

### Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

wegen Rückabwicklung eines Kaufvertrags

hat das Amtsgericht Schwäbisch Gmünd auf die mündliche Verhandlung vom 21.03.2001 im vereinfachten schriftlichen Verfahren gemäß § 495a ZPO am 23.07.2002 durch Richter Hähle

für Recht erkannt:

1. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 314,65 nebst 4 % hieraus seit 23.12.2000 zu zahlen Zug um Zug gegen Rückgabe des Computers PC-Intel Pentium II 233 MHz MMX Midi Tower, Gehäuse ATX 250 Watt, 16 MB Hauptspeicher, 1080 MB Festplatte AT, SVGA Grafikkarte 2 MB PCI, CD-Rom Laufwerk 40fach Atapi, Soundkarte Stereo, Floppy 3,5" Laufwerk, Tastatur, Mouse, Mousepad.
2. Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

#### Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Rückabwicklung des Kaufvertrages über den unter Ziff. 1 genannten Computer Intel Pentium II 233 MHz Midi Tower, der dem Kl. vom Bekl. geliefert und mit Datum vom 04.10.2000 in Rechnung gestellt wurde.

Der Kläger hat vom Beklagten über das Internet im Rahmen einer Versteigerung der Firma eBay den genannten Computer gekauft. Zusätzlich enthalten und berechnet ist eine Speichererweiterung auf 32 MB RAM. Der Beklagte hat dem Kläger hierfür incl. Versand- und Nachnamekosten mit Rechnung vom 04.10.2000 EUR 298,08 (DM 583,-) berechnet. Der Computer ist dem Kläger frühestens am 05.10.2000 unfrei gegen Berechnung der Versand- und Nachnamekosten zugegangen.

Für einen Nachbesserungsversuch hat der Kl. den Rechner an den Bekl. zurückgeschickt, der nach Durchführung von Mängelbehebungsarbeiten an den Kl. zurückgeschickt wurde. Mit anwaltlichem Schreiben vom 12.12.2000 hat der Kl. dann den Kaufvertrag unter Bezugnahme auf § 3 FernAbsG i.V.m. § 361a BGB widerrufen und den Bekl. aufgefördert, bis 22.12.2000 den Computer beim Kl. abzuholen.

Der Kläger trägt vor,

vorliegend finde das Fernabsatzgesetz Anwendung. Danach sei er gem. § 3 FernAbsG berechtigt, den Vertrag zu widerrufen. Der Beklagte habe mit seiner Lieferung nicht auf das Widerrufsrecht gem. § 2 Abs. 3 u.4 FernAbsG hingewiesen, so dass dem Kläger ein Widerrufsrecht innerhalb von vier Monaten nach Zugang der Warenlieferung zustehe. Eine Auktionsveranstaltung liege bei einer Veranstaltung der Fa. eBay nicht vor, vielmehr handle es sich um eine moderne Form der Vertragsanbahnung. Allgemeine Geschäftsbedingungen seien nicht vereinbart worden.

Der Computer sei im übrigen mangelhaft, er stürze ohne erkennbaren Grund jeweils nach kurzer Zeit ab, auch wenn nur das Betriebssystem laufe und kein Programm gestartet wird. Ein Nachbesserungsversuch sei nicht erfolgreich gewesen; der Computer nach wie vor nicht funktionsfähig. Mit einem Arbeitsspeicher von 32 MB lägen die Voraussetzungen für die Arbeit mit MS-Office 2000 vor. Für die Rücksendung des Rechners an den Bekl. für den Nachbesserungsversuch habe der Kl. Portokosten in Höhe von EUR 16,57 (DM 32,40) aufgewendet.

Der Kläger beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger Euro 314,65 (DM 615,40) zu bezahlen nebst 4 % Zinsen hieraus seit 23.12.2000 Zug um Zug gegen Rückgabe des Computers

PC-Intel Pentium II 233 MHz MMX MidiTower, Gehäuse ATX 250 Watt, 16 MB Hauptspeicher, 1080 MB Festplatte AT, SVGA Grafikkarte 2 MB PCI, CD-ROM Laufwerk 40fach Atapi, Soundkarte Stereo, Floppy 3,5" Laufwerk, Tastatur, Mouse, Mousepad.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte trägt vor,

bei der Internet-Versteigerung der Firma eBay handle es sich um eine „echte“ Versteigerung im Sinne des § 156 BGB, so dass ein Widerrufsrecht gem. § 3 Abs. 2 Nr. 5 FernAbsG ausgeschlossen sei.

Des weiteren habe der Beklagte eine Nachbesserung erfolgreich durchgeführt. Der Fehler sei auf das Aufspielen unzureichender Software des Kl. zurückzuführen gewesen; nach der Neuinstallation durch die Firma des Bekl. sei der Rechner des Kl. einwandfrei gelaufen. Soweit es Probleme bei der Ausführung der Programmbestandteile von Microsoft Office 2000 liege, habe dies seine Ursache im zu geringen Arbeitsspeicher des Rechners des Kl. von 16 MB; es sei zusätzlicher Speicher von 4-8 MB für jede gleichzeitig ausgeführte MS-Office 2000-Anwendung erforderlich. Im übrigen habe der Bekl. nach seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen ein dreimaliges Nachbesserungsrecht.

Die Übernahme der Portokosten sei durch wirksam einbezogene AGB des Beklagten ausgeschlossen worden.

Vom Kaufpreis sei der Wert der vom Kläger gezogenen Nutzungen abzuziehen.

Das Gericht hat Beweis erhoben zur Frage der Mangelhaftigkeit des Computers durch Sachverständigengutachten vom 21.06.2001 und Ergänzungsgutachten vom 06.03.2002. Auf die gutachtlichen Ausführungen des Sachverständigen (Bl. 63 ff. d. A. und Bl. 113 ff. d. A.) wird verwiesen. Zum weiteren Sach- und Streitstand wird auf die von den Parteien eingereichten Schriftsätze und Anlagen Bezug genommen.

**Entscheidungsgründe:**

Die Klage ist zulässig.

Das Amtsgericht Schwäbisch Gmünd ist gem. §§ 1 ZPO, 23 Nr. 1, 71 GVG sachlich zuständig. Die örtliche Zuständigkeit des Amtsgericht Schwäbisch Gmünd ergibt sich aus § 29 I ZPO, da die Zahlungspflicht des Beklagten gem. § 270 I BGB am Wohnort des Klägers zu erfüllen ist.

Die Klage ist begründet.

Auf den Sachverhalt sind die Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, des AGB-Gesetzes und des Fernabsatzgesetzes in der vor dem 01.01.2002 gültigen Fassung anzuwenden, da das streitgegenständliche Schuldverhältnis vor diesem Zeitpunkt entstanden ist, Art. 229 § 5 EGBGB.

1. Dem Kläger steht ein Rückzahlungsanspruch des Kaufpreises in Höhe von Euro 298,08 Zug um Zug gegen Rückgabe des Computers gem. §§ 346 S.1, 361 a II und I BGB, 3 I 1 FernAbsG zu, da er seine auf den Vertrag gerichtete Willenserklärung wirksam widerrufen hat.
  - a) Dem Kläger stand gem. § 3 I 1 FernAbsG ein Widerrufsrecht gem. § 361 a I 1 BGB zu.
    - (1) Das Fernabsatzgesetz ist gem. § 6 I FernAbsG zeitlich anwendbar. Der Vertrag zwischen den Parteien wurde unstreitig nach dem 30. Juni 2000 abgeschlossen.
    - (2) Der persönliche Anwendungsbereich gem. § 1 I FernAbsG ist eröffnet. Es liegt ein wirksamer Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher vor.

Die Parteien haben einen Kaufvertrag gem. § 433 BGB über einen Computer des beschriebenen Typs zu einem Kaufpreis von Euro 298,08 durch Angebot und Annahme - via Internet – geschlossen. Rechtsgeschäfte im Internet folgen den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts, so dass es für den wirksamen Abschluss des Kaufvertrages eines Angebots und einer entsprechenden Annahme bedurfte, §§ 145 ff BGB. Diese Erklärungen konnten rechtswirksam auch online per Mausklick abgegeben werden. In der Freischaltung der Angebotsseite durch den Beklagten auf den Seiten von eBay ist nicht lediglich eine „invitatio ad offerendum“, d.h. eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebots, sondern bereits ein rechtsverbindliches Angebot auf Abschluss eines entsprechenden Kaufvertrages zu sehen. Der Kläger hatte bei Ablauf der Angebotszeit das höchste Gebot abgegeben und hat damit das Angebot des Beklagten wirksam angenommen. Diese Bewertung der Parteierklärungen ergibt sich durch Auslegung gem. §§ 157, 133 BGB und unter Berücksichtigung der AGB von eBay. Diese wurden von den Parteien gegenüber eBay wirksam im Sinne des § 2 AGBG einbezogen, da die Teilnehmer bereits auf der Startseite sowie nochmals bei der Anmeldung bei eBay auf die AGB hingewiesen werden und die Bestimmungen sowohl online eingesehen als auch in druckgerechter Form von den Teilnehmern abgerufen werden können. Damit ist den Anforderungen des § 2 AGBG Genüge getan. Da die Anerkennung der AGB für alle Teilnehmer zwingende Voraussetzung für die Teilnahme an Veranstaltungen von eBay ist, durfte und musste jeder Teilnehmer von einer entsprechenden Anerkennung der Bedingungen auch durch alle anderen Teilnehmer ausgehen. So haben die Parteien auch übereinstimmend jeweils gegenüber eBay erklärt, dass sie im Verhältnis Antragender/Annehmender zu den Bedingungen von eBay kontrahieren wollen. Soweit diese Bedingungen Regelungen hinsichtlich des Vertragschlusses unter den Teilnehmer enthielten, musste und durfte daher jeder Teilnehmer aus der maßgeblichen Sicht des objektiven Empfängerhorizonts davon ausgehen, dass den abgegebenen Erklärungen der in den AGB beigemessene Erklärungswert zukommt.



Auf eine wirksame Einbeziehung der Bestimmungen nach § 2 ABGB im Verhältnis der Parteien zueinander kommt es dabei nicht an. Denn bei den Vertragsbestimmungen handelt es sich, bezogen auf die Parteien, nicht um AGB i.S. der §§ 1 ff ABGB, da keiner von beiden Vertragsparteien Verwender der AGB ist. Diese sind vielmehr von einem Dritten, nämlich dem Unternehmen eBay, das die Plattform für die Versteigerung anbietet, zur Voraussetzung der Teilnahme an dem System gemacht worden. Damit bilden die AGB von eBay die Auslegungsgrundlage, wie die abgegebenen Erklärungen der Parteien nach dem objektiven Empfängerhorizont verstanden werden durften.

Bei dem Kläger handelt es sich auch um einen Verbraucher gem. § 13 BGB. Der Kauf des Computers kann weder der gewerblichen noch der selbständigen beruflichen Tätigkeit des Klägers zugerechnet werden und erfolgte damit rein privat.

Der Beklagte ist Unternehmer im Sinne des § 14 I BGB. Er ist bei der Versteigerung als bevollmächtigter Inhaber des Computer Shops aufgetreten und hat den Kaufvertrag über den PC in Ausübung seiner selbständigen beruflichen Tätigkeit geschlossen. Dies folgt auch daraus, dass er dem Kläger eine Rechnung mit Briefkopf des Computer Shops übersandt hat.

(3) Das Fernabsatzgesetz ist gem. § 1 FernAbsG auch sachlich anwendbar.

Bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrag handelt es sich um einen Vertrag über die Lieferung von Waren. Der Kaufvertrag wurde im Rahmen einer Internet-Versteigerung per E-Mail und damit unter ausschliesslicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln im Sinne des § 1 II FernAbsG geschlossen. Ebenfalls erfolgte der Vertragsschluss im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- und Dienstleistungssystems der Firma eBay. Der sachliche Anwendungsbereich ist nicht gem. § 1 III FernAbsG ausgeschlossen.

b) Der Kläger hat den Kaufvertrag in der gem. § 3 I 1 FernAbsG i.V.m. § 361 a I 2 BGB vorgeschriebenen Form widerrufen.

- (1) Im Wege der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB kann bereits in der Rücksendung des Computers zur Nachbesserung am 19.10.2000 ein formgerechter Widerruf nach o.g. Vorschrift gesehen werden. Jedenfalls hat der Kläger mit anwaltlichem Schreiben vom 12.12.2000 den Kaufvertrag schriftlich widerrufen. Eine Begründung war nicht erforderlich.
- (2) Die Widerrufsfrist wurde eingehalten. Sie hat noch nicht gem. § 3 I 2 FernAbsG zu laufen begonnen, denn der Bekl. hat seine Informationspflichten nach § 2 Abs. 3 und 4 FernAbsG nicht erfüllt. Die Ware ist bei dem Kläger frühestens am 05.10.2000 eingegangen. Der Beklagte als Unternehmer hat die Informationen nach § 2 II Nr. 1 bis 8 FernAbsG dem Kläger als Verbraucher nicht alsbald und auch nicht bei Lieferung der Ware auf einem dauerhaften Datenträger zu Verfügung gestellt. Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn der Text dem Empfänger in lesbarer Form zugegangen ist und der Datenträger dem Empfänger für eine angemessene Zeit eine unveränderte Wiedergabe der Informationen erlaubt, vgl. Heinrichs, Helmut in: Palandt, 61. Aufl., München 2002, § 361a Rdnr. 25. Der Beklagte hat zwar bei seinem Verkaufsangebot im Rahmen der Versteigerung bei eBay auf die AGB auf seiner Homepage, in denen er den Verbraucher über das Rücktrittsrecht informiert, hingewiesen, wobei die wirksame Einbeziehung der AGB von Klägerseite bestritten wurde und ein entsprechender Beweisantritt der beweispflichtigen Bekl. nicht erfolgte. Die Verweisung auf die Homepage genügt jedoch nicht den Anforderungen eines dauerhaften Datenträgers im Sinne des § 361 a III BGB, da der Zugriff auf die Homepage des Beklagten von dessen Bereitstellung abhängt und vom Kläger nicht beeinflusst werden kann, somit für diesen nicht dauerhaft ist. Auch bei Lieferung der Ware sind dem Empfänger die notwendigen Informationen nicht auf einem dauerhaften Datenträger mitgeteilt worden. Das Widerrufsrecht erlischt damit gem. § 3 I 3 Nr. 1 FernAbsG vier Monate nach Eingang der Waren beim Empfänger. Der Kläger konnte den Kaufvertrag somit bis zum 05.02.2001 widerrufen, §§ 187 I, 188 II BGB. Der Widerruf vom 12.12.2000 war somit rechtzeitig.
- (3) Das Widerrufsrecht ist nicht gem. § 3 II Nr. 5 FernAbsG ausgeschlossen. Der hier streitige Fernabsatzvertrag wurde nicht in Form einer Versteigerung nach § 156 BGB geschlossen. Vielmehr besteht es aus dem Kaufvertrag, der durch

lich und örtlich begrenzten Veranstaltung eine Mehrzahl von grundsätzlich vor Ort anwesenden Personen aufgefordert werden, eine Sache oder ein Recht zu erwerben (vgl. Heckmann, Dirk: E-Commerce: Flucht in den virtuellen Raum? in NJW 2000, 1370, 1374). Bei der Online-Auktion fehlt es jedoch an der zeitlichen und örtlichen Begrenzung. Eine örtliche Begrenzung ist ohnehin nicht möglich, auch eine zeitliche Begrenzung fehlt, da daran gedacht ist, die Auktion über mehrere Tage, sogar Wochen hinauszuziehen. Dadurch wird aber die zu einer „echten“ Versteigerung gehörende Aktion und Reaktion der Bieter verhindert, die normalerweise zu der Aufforderung, ein letztes Gebot abzugeben, und zum Zuschlag führt. Daher liegt keine Versteigerung, sondern ein Verkauf gegen Höchstgebot vor, vgl. LG Münster, Entsch. v. 21.01.2000, NJW-CoR 2000, 167. Dies verdeutlichen auch die Nutzungsbedingungen von eBay. Danach handelt es sich bei deren Webseiten lediglich um einen Marktplatz für Verkäufer und Käufer für Verkäufe gegen Höchstgebot (vgl. Nutzungsbedingungen von „eBay“ Ziff. 2; Heckmann, Dirk a.a.O.). Andererseits kann zwar der Verkäufer auch bei der Internet-Versteigerung den Kaufvertrag unter keinen Umständen wegen eines etwa zu niederen Bieterangebots rückgängig machen. Es besteht jedoch eine zeitliche Begrenzung der Angebotsabgabe; die vorhandenen Bieter können nicht solange auf die Ware Gebote abgeben, bis der Meistbietende ermittelt ist (vgl. LG Wiesbaden, Entsch. v. 13.01.2000, NJW-CoR 2000, 171). Jedenfalls wird bei einer solchen Versteigerung im Internet kein Zuschlag im Sinne von § 156 BGB erteilt. Bei den Versteigerungen der Firma eBay handelt es sich damit lediglich um eine moderne Form der Vertragsanbahnung im Internet.

2. Dem Kläger steht des weiteren auch ein Rückzahlungsanspruch des Kaufpreises aus Wandelung in Höhe von Euro 298,08 Zug um Zug gegen Rückgewähr des defekten Computers gem. §§ 433, 459, 462, 465, 467 S. 1, 346 S.1 BGB zu.
  - a) Die Parteien haben im Oktober 2000 einen wirksamen Kaufvertrag über den oben näher bezeichneten Computer im Rahmen einer Internetversteigerung geschlossen (s.o.).
  - b) Der Computer ist mit einem Fehler behaftet, der den Wert und die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch aufhebt; der Bekl. hat diesen Mangel zu vertreten,

§§ 459 Abs. 1, 462 BGB. Dies ergibt sich aus dem Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. Zimmermann vom 21.06.2001 in Verbindung mit dem ergänzenden Gutachten vom 06.03.2002. Der vom Bekl. beantragten Vernehmung des Zeugen Schlosser zu der Frage, ob der Computer nach Einsendung an den Bekl. aufgrund durch den Kl. fehlerhaft aufgespielter Software nicht richtig funktionierte, wie der Bekl. zunächst vortrug, oder aufgrund eines „eingefangenen“ Virus, wie der Bekl. später geltend machte, bedurfte es nicht, da bei der Beurteilung auf den Zustand des Rechners im Zeitpunkt der Wandlungserklärung abzustellen war. Dieser sollte und konnte vom Sachverständigen abschließend festgestellt werden.

Nach dem Gutachten stürzte der Rechner unmittelbar nach dem Hochfahren innerhalb von ca. 1 bis 3 Minuten ab, ohne dass andere Programme außer Windows selbst aktiv waren. Das gleiche Verhalten trat auch auf, nachdem das Betriebssystem vollständig neu installiert worden war. Auch eine vollständige Neuinstallation des Betriebssystems Windows 98 nach vorheriger Formatierung der Festplatte führte zu keiner Besserung. Auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass auch Windows selbst Fehler hat, die zu Abstürzen führen können, kam der Sachverständige nachvollziehbar und widerspruchsfrei zu der Schlussfolgerung, dass „mit Sicherheit gesagt werden [kann], dass die Absturzursache nicht im Bereich der Software liegen kann, sondern vielmehr im Bereich der Hardware liegen muß.“ Dabei sei am wahrscheinlichsten ein Fehler beim Prozessor, der Hauptplatine, des Hauptspeichers oder der Grafikkarte. Eine Nutzung des Rechners im aktuellen Zustand sei nicht möglich.

Der Fehler lag auch bereits bei Gefahrübergang vor. Das vorliegende Sachverständigengutachten bestätigt, dass der Fehler bereits bei Übergabe an den Kläger gem. § 446 I 1 BGB vorgelegen hat. Die Installation von Software durch den Kläger führte nicht zu dem beschriebenen Fehler. In einer Nachbegutachtung hat sich der Sachverständige mit der Behauptung des Bekl. auseinandergesetzt, der Computer sei mit einem vom Kl. aufgespielten „Party-boot-Virus“ infiziert gewesen, der die beschriebenen Auswirkungen habe, dieser sei bereits von der bekl. Firma bei der durchgeführten Nachbesserung beseitigt worden. Bei einer Untersuchung mit den Virentestprogrammen „Norton Antivirus“ und „McAfee“ konnte jedoch kein Virus gefunden werden. Auch habe der beklagte und vom Bekl. af

fensichtlich gemeinte „Parity-Boot-Virus“ (ein „Party-Virus“ existiere nicht) völlig andere Auswirkungen auf das System. Da der Fehler somit bei Übergabe vorgelegen hat, ist davon auszugehen, dass dieser auch bereits in dem früheren Zeitpunkt, nämlich bei Übergabe an die Transportperson des hier vorliegenden Versendungskauf gem. § 477 I BGB vorgelegen hat.

- c) Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei dem vom Sachverständigen untersuchten Rechner um einen anderen gehandelt hat als um denjenigen, den der Kläger dem Beklagten zur Reparatur übersandt hat, liegen nicht vor. Dem Sachverständigen war die Bezeichnung und Konfiguration des streitgegenständlichen Rechners bekannt; diese wurden vom Sachverständigen überprüft. Eine genauere Identifizierung - etwa anhand von Seriennummern etc. - erscheint dem Gericht auch schon deshalb nicht möglich, weil diese auf der Rechnung des Bekl. vom 04.10.2000 nicht aufgeführt sind. Im Ergänzungsgutachten hat der Sachverständige auch ausgeführt, dass sich der streitgegenständliche Rechner in dem Zustand befunden hat, in dem dieser ihn an den Kläger nach Abschluss des Gutachtens vom 21.06.2001 zurückgesandt hatte. Der Versandkarton war nicht geöffnet worden.
- d) Das Wandelungsbegehren des Klägers scheitert nicht an einer erfolgreichen Nachbesserung durch den Beklagten.
- (1) Die o.g. Sachverständigengutachten haben das Vorbringen des Beklagten nicht bestätigt. Die Systemvoraussetzungen des Rechners für die Installation des Programms Microsoft Office 2000 sind - aufgrund des zwischenzeitlich unstreitig vorhandenen Arbeitsspeichers von 32 MB RAM - erfüllt. Darüber hinaus konnte eine Neuinstallation des Programms und eine Entfernung eines Virus von der Festplatte des Rechners durch den Beklagten nicht zur Nachbesserung und damit zur Behebung des Fehlers führen, da wie oben bereits ausgeführt der Fehler nicht im Bereich der Software, sondern im Bereich der Hardware selbst liegt. Hieran hat der Beklagte keinen Nachbesserungsversuch vorgenommen.
- (2) Das Wandelungsbegehren des Klägers scheitert auch nicht an der mangelnden Anzahl von Nachbesserungsversuchen. Nach Ziff. 6.5.) der ABG

einem dreimaligen Fehlschlag der Nachbesserung oder Ersatzlieferung verlangt werden. Die AGB des Beklagten sind jedoch nicht gem. § 2 AGBG wirksam in den Vertrag mit dem Kläger einbezogen worden. Der diesbezügliche Vortrag des Bekl. wurde vom Kl. bestritten, Beweis hierfür wurde nicht angetreten. Im übrigen erscheint sehr zweifelhaft, ob die AGB einer Inhaltskontrolle gem. § 9 AGBG standhalten würden. Das dreifache Nachbesserungsrecht in den AGB des Beklagten dürfte mit dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren sein. Das Gesetz sieht im Kaufvertragsrecht, anders als im Werkvertragsrecht grundsätzlich kein Nachbesserungsrecht des Verkäufers vor. Eine formularmässige Festlegung, dass der Kunde sogar drei Nachbesserungen zu gestatten hat, ist bei der Lieferung neu hergestellter Sachen gem. § 11 Nr. 10. b) AGBG unwirksam (vgl. Heinrichs, Helmut in: Palandt, 61. Aufl., München 2002, § 11 AGBG Rdnr. 57a) und wäre auch bei der Beurteilung einer Lieferung gebrauchter Sachen als Grundgedanke heranzuziehen.

3. Der Kläger hat dem Beklagten keinen Nutzungsersatz gem. §§ 347 S. 2, 987 i.V.m. §§ 819 I, 818 IV, 292 BGB zu leisten.

Der Wert der Nutzungen ist durch Schätzung der zeitanteiligen linearen Wertminderung im Vergleich zwischen dem tatsächlichen Gebrauch und der voraussichtlichen Gesamtnutzungsdauer zu ermitteln, jedoch ist im Fall der Wandelung vom Preis der mangelbedingte Minderwert abzuziehen, vgl. Heinrichs, Helmut in: Palandt, 61. Aufl., München 2002, § 347 Rdnr. 9. Die Sachverständigengutachten haben bewiesen, dass ein tatsächlicher Gebrauch des streitgegenständlichen Computers nicht möglich war; die Ziehung von Nutzungen durch den Kl. war somit ausgeschlossen.

4. Der Kläger kann Rückzahlung der Portokosten in Höhe von Euro 16,57 nach § 476a S. 1 BGB bzw. § 361 a II 3 BGB verlangen.
  - a) Bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrag ist die Wirkung des § 476a BGB nicht zulässig abbedungen worden. Insbesondere ist dies nicht durch AGB des Beklagten, vgl. Ziff. 6.6) (Transportkostenregelung), geschehen, da diese wie oben bereits festgestellt, nicht wirksam gem. § 2 AGBG in den Vertrag

Die Parteien haben konkludent ein Recht auf Nachbesserung vereinbart, indem der Kläger den fehlerhaften Computer an den Beklagten am 19.10.2000 zur Nachbesserung gesendet hat und dieser ihn nach vermeintlicher Reparatur wieder zurück gesendet hat. Der Verkäufer war auch zur Nachbesserung verpflichtet, da er den Mangel des Computers gem. § 459 BGB zu vertreten hat und daher ein Gewährleistungsanspruch gem. § 462 BGB gegeben war (s.o.).

b) Jedenfalls fallen die Kosten der Rücksendung dem beklagten Unternehmer gem. § 361 a II 3 BGB zur Last; eine Kostentragungspflicht des Kl. nach § 361 a II 3 BGB 2. Halbsatz wurde nicht vereinbart.

5. Dem Kläger stehen die beantragten Zinsen zu.

Dies ergibt sich aus §§ 361 a I 1 BGB, 3 I 1 FernAbsG bzw. § 347 S. 3 BGB. Danach stehen dem Kläger Verzugszinsen gem. §§ 361 a II 2, 284 III, 288 I 1 BGB maximal in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz zu. Der Unternehmer kommt mit der Pflicht zur Entgeltrückzahlung ohne Mahnung 30 Tage nach Zugang der Widerrufserklärung gem. §§ 361 a II 2, 284 III BGB in Verzug. Die Widerrufserklärung ist durch Schreiben des Klägers vom 12.12.2000 erfolgt mit Fristsetzung bis 22.12.2000.

6. Die Kostenentscheidung ergeht gem. § 91 ZPO.

7. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 11 ZPO. Von einer Abwendungsbefugnis des Bekl. nach § 711 ZPO wurde wegen § 713 ZPO abgesehen.



Hähnle

Richter

Geschäftsnummer:  
8.C 130/01

verkündet am



als Urkundsbeamter  
der Geschäftsstelle

## Amtsgericht Schwäbisch Gmünd

### Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

wegen Rückabwicklung eines Kaufvertrags

hat das Amtsgericht Schwäbisch Gmünd auf die mündliche Verhandlung vom 21.03.2001 im vereinfachten schriftlichen Verfahren gemäß § 495a ZPO am 23.07.2002 durch Richter Hähne

für Recht erkannt:



1. Der Beklagte wird verurteilt, an den Kläger EUR 314,65 nebst 4 % hieraus seit 23.12.2000 zu zahlen Zug um Zug gegen Rückgabe des Computers PC-Intel Pentium II 233 MHz MMX Midi Tower, Gehäuse ATX 250 Watt, 16 MB Hauptspeicher, 1080 MB Festplatte AT, SVGA Grafikkarte 2 MB PCI, CD-Rom Laufwerk 40fach Atapi, Soundkarte Stereo, Floppy 3,5" Laufwerk, Tastatur, Mouse, Mousepad.
2. Der Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.
3. Das Urteil ist vorläufig vollstreckbar.

#### Tatbestand:

Die Parteien streiten über die Rückabwicklung des Kaufvertrages über den unter Ziff. 1 genannten Computer Intel Pentium II 233 MHz Midi Tower, der dem Kl. vom Bekl. geliefert und mit Datum vom 04.10.2000 in Rechnung gestellt wurde.

Der Kläger hat vom Beklagten über das Internet im Rahmen einer Versteigerung der Firma eBay den genannten Computer gekauft. Zusätzlich enthalten und berechnet ist eine Speichererweiterung auf 32 MB RAM. Der Beklagte hat dem Kläger hierfür incl. Versand- und Nachnamekosten mit Rechnung vom 04.10.2000 EUR 298,08 (DM 583,-) berechnet. Der Computer ist dem Kläger frühestens am 05.10.2000 unfrei gegen Berechnung der Versand- und Nachnamekosten zugegangen.

Für einen Nachbesserungsversuch hat der Kl. den Rechner an den Bekl. zurückgeschickt, der nach Durchführung von Mängelbehebungsarbeiten an den Kl. zurückgeschickt wurde. Mit anwaltlichem Schreiben vom 12.12.2000 hat der Kl. dann den Kaufvertrag unter Bezugnahme auf § 3 FernAbsG i.V.m. § 361a BGB widerrufen und den Bekl. aufgefördert, bis 22.12.2000 den Computer beim Kl. abzuholen.

Der Kläger trägt vor,

vorliegend finde das Fernabsatzgesetz Anwendung. Danach sei er gem. § 3 FernAbsG berechtigt, den Vertrag zu widerrufen. Der Beklagte habe mit seiner Lieferung nicht auf das Widerrufsrecht gem. § 2 Abs. 3 u.4 FernAbsG hingewiesen, so dass dem Kläger ein Widerrufsrecht innerhalb von vier Monaten nach Zugang der Warenlieferung zustehe. Eine Auktionsveranstaltung liege bei einer Veranstaltung der Fa. eBay nicht vor, vielmehr handle es sich um eine moderne Form der Vertragsanbahnung. Allgemeine Geschäftsbedingungen seien nicht vereinbart worden.

Der Computer sei im übrigen mangelhaft, er stürze ohne erkennbaren Grund jeweils nach kurzer Zeit ab, auch wenn nur das Betriebssystem laufe und kein Programm gestartet wird. Ein Nachbesserungsversuch sei nicht erfolgreich gewesen; der Computer nach wie vor nicht funktionsfähig. Mit einem Arbeitsspeicher von 32 MB lägen die Voraussetzungen für die Arbeit mit MS-Office 2000 vor. Für die Rücksendung des Rechners an den Bekl. für den Nachbesserungsversuch habe der Kl. Portokosten in Höhe von EUR 16,57 (DM 32,40) aufgewendet.

Der Kläger beantragt,

den Beklagten zu verurteilen, an den Kläger Euro 314,65 (DM 615,40) zu bezahlen nebst 4 % Zinsen hieraus seit 23.12.2000 Zug um Zug gegen Rückgabe des Computers

PC-Intel Pentium II 233 MHz MMX MidiTower, Gehäuse ATX 250 Watt, 16 MB Hauptspeicher, 1080 MB Festplatte AT, SVGA Grafikkarte 2 MB PCI, CD-ROM Laufwerk 40fach Atapi, Soundkarte Stereo, Floppy 3,5" Laufwerk, Tastatur, Mouse, Mousepad.

Der Beklagte beantragt,

die Klage abzuweisen.

Der Beklagte trägt vor,

bei der Internet-Versteigerung der Firma eBay handle es sich um eine „echte“ Versteigerung im Sinne des § 156 BGB, so dass ein Widerrufsrecht gem. § 3 Abs. 2 Nr. 5 FernAbsG ausgeschlossen sei.

Des weiteren habe der Beklagte eine Nachbesserung erfolgreich durchgeführt. Der Fehler sei auf das Aufspielen unzureichender Software des Kl. zurückzuführen gewesen; nach der Neuinstallation durch die Firma des Bekl. sei der Rechner des Kl. einwandfrei gelaufen. Soweit es Probleme bei der Ausführung der Programmbestandteile von Microsoft Office 2000 liege, habe dies seine Ursache im zu geringen Arbeitsspeicher des Rechners des Kl. von 16 MB; es sei zusätzlicher Speicher von 4-8 MB für jede gleichzeitig ausgeführte MS-Office 2000-Anwendung erforderlich. Im übrigen habe der Bekl. nach seinen allgemeinen Geschäftsbedingungen ein dreimaliges Nachbesserungsrecht.

Die Übernahme der Portokosten sei durch wirksam einbezogene AGB des Beklagten ausgeschlossen worden.

Vom Kaufpreis sei der Wert der vom Kläger gezogenen Nutzungen abzuziehen.

Das Gericht hat Beweis erhoben zur Frage der Mangelhaftigkeit des Computers durch Sachverständigengutachten vom 21.06.2001 und Ergänzungsgutachten vom 06.03.2002. Auf die gutachtlichen Ausführungen des Sachverständigen (Bl. 63 ff. d. A. und Bl. 113 ff. d. A.) wird verwiesen. Zum weiteren Sach- und Streitstand wird auf die von den Parteien eingereichten Schriftsätze und Anlagen Bezug genommen.

**Entscheidungsgründe:**

Die Klage ist zulässig.

Das Amtsgericht Schwäbisch Gmünd ist gem. §§ 1 ZPO, 23 Nr. 1, 71 GVG sachlich zuständig. Die örtliche Zuständigkeit des Amtsgericht Schwäbisch Gmünd ergibt sich aus § 29 I ZPO, da die Zahlungspflicht des Beklagten gem. § 270 I BGB am Wohnort des Klägers zu erfüllen ist.

Die Klage ist begründet.

Auf den Sachverhalt sind die Normen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, des AGB-Gesetzes und des Fernabsatzgesetzes in der vor dem 01.01.2002 gültigen Fassung anzuwenden, da das streitgegenständliche Schuldverhältnis vor diesem Zeitpunkt entstanden ist, Art. 229 § 5 EGBGB.

1. Dem Kläger steht ein Rückzahlungsanspruch des Kaufpreises in Höhe von Euro 298,08 Zug um Zug gegen Rückgabe des Computers gem. §§ 346 S.1, 361 a II und I BGB, 3 I 1 FernAbsG zu, da er seine auf den Vertrag gerichtete Willenserklärung wirksam widerrufen hat.
  - a) Dem Kläger stand gem. § 3 I 1 FernAbsG ein Widerrufsrecht gem. § 361 a I 1 BGB zu.
    - (1) Das Fernabsatzgesetz ist gem. § 6 I FernAbsG zeitlich anwendbar. Der Vertrag zwischen den Parteien wurde unstreitig nach dem 30. Juni 2000 abgeschlossen.
    - (2) Der persönliche Anwendungsbereich gem. § 1 I FernAbsG ist eröffnet. Es liegt ein wirksamer Vertrag zwischen einem Unternehmer und einem Verbraucher vor.

Die Parteien haben einen Kaufvertrag gem. § 433 BGB über einen Computer des beschriebenen Typs zu einem Kaufpreis von Euro 298,08 durch Angebot und Annahme - via Internet – geschlossen. Rechtsgeschäfte im Internet folgen den allgemeinen Regeln des bürgerlichen Rechts, so dass es für den wirksamen Abschluss des Kaufvertrages eines Angebots und einer entsprechenden Annahme bedurfte, §§ 145 ff BGB. Diese Erklärungen konnten rechtswirksam auch online per Mausklick abgegeben werden. In der Freischaltung der Angebotsseite durch den Beklagten auf den Seiten von eBay ist nicht lediglich eine „invitatio ad offerendum“, d.h. eine Aufforderung zur Abgabe eines Angebots, sondern bereits ein rechtsverbindliches Angebot auf Abschluss eines entsprechenden Kaufvertrages zu sehen. Der Kläger hatte bei Ablauf der Angebotszeit das höchste Gebot abgegeben und hat damit das Angebot des Beklagten wirksam angenommen. Diese Bewertung der Parteierklärungen ergibt sich durch Auslegung gem. §§ 157, 133 BGB und unter Berücksichtigung der AGB von eBay. Diese wurden von den Parteien gegenüber eBay wirksam im Sinne des § 2 AGBG einbezogen, da die Teilnehmer bereits auf der Startseite sowie nochmals bei der Anmeldung bei eBay auf die AGB hingewiesen werden und die Bestimmungen sowohl online eingesehen als auch in druckgerechter Form von den Teilnehmern abgerufen werden können. Damit ist den Anforderungen des § 2 AGBG Genüge getan. Da die Anerkennung der AGB für alle Teilnehmer zwingende Voraussetzung für die Teilnahme an Veranstaltungen von eBay ist, durfte und musste jeder Teilnehmer von einer entsprechenden Anerkennung der Bedingungen auch durch alle anderen Teilnehmer ausgehen. So haben die Parteien auch übereinstimmend jeweils gegenüber eBay erklärt, dass sie im Verhältnis Antragender/Annehmender zu den Bedingungen von eBay kontrahieren wollen. Soweit diese Bedingungen Regelungen hinsichtlich des Vertragschlusses unter den Teilnehmer enthielten, musste und durfte daher jeder Teilnehmer aus der maßgeblichen Sicht des objektiven Empfängerhorizonts davon ausgehen, dass den abgegebenen Erklärungen der in den AGB beigemessene Erklärungswert zukommt.

Auf eine wirksame Einbeziehung der Bestimmungen nach § 2 ABGB im Verhältnis der Parteien zueinander kommt es dabei nicht an. Denn bei den Vertragsbestimmungen handelt es sich, bezogen auf die Parteien, nicht um AGB i.S. der §§ 1 ff ABGB, da keiner von beiden Vertragsparteien Verwender der AGB ist. Diese sind vielmehr von einem Dritten, nämlich dem Unternehmen eBay, das die Plattform für die Versteigerung anbietet, zur Voraussetzung der Teilnahme an dem System gemacht worden. Damit bilden die AGB von eBay die Auslegungsgrundlage, wie die abgegebenen Erklärungen der Parteien nach dem objektiven Empfängerhorizont verstanden werden durften.

Bei dem Kläger handelt es sich auch um einen Verbraucher gem. § 13 BGB. Der Kauf des Computers kann weder der gewerblichen noch der selbständigen beruflichen Tätigkeit des Klägers zugerechnet werden und erfolgte damit rein privat.

Der Beklagte ist Unternehmer im Sinne des § 14 I BGB. Er ist bei der Versteigerung als bevollmächtigter Inhaber des Computer Shops aufgetreten und hat den Kaufvertrag über den PC in Ausübung seiner selbständigen beruflichen Tätigkeit geschlossen. Dies folgt auch daraus, dass er dem Kläger eine Rechnung mit Briefkopf des Computer Shops übersandt hat.

(3) Das Fernabsatzgesetz ist gem. § 1 FernAbsG auch sachlich anwendbar.

Bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrag handelt es sich um einen Vertrag über die Lieferung von Waren. Der Kaufvertrag wurde im Rahmen einer Internet-Versteigerung per E-Mail und damit unter ausschliesslicher Verwendung von Fernkommunikationsmitteln im Sinne des § 1 II FernAbsG geschlossen. Ebenfalls erfolgte der Vertragsschluss im Rahmen eines für den Fernabsatz organisierten Vertriebs- und Dienstleistungssystems der Firma eBay. Der sachliche Anwendungsbereich ist nicht gem. § 1 III FernAbsG ausgeschlossen.

b) Der Kläger hat den Kaufvertrag in der gem. § 3 I 1 FernAbsG i.V.m. § 361 a I 2 BGB vorgeschriebenen Form widerrufen.

(1) Im Wege der Auslegung nach §§ 133, 157 BGB kann bereits in der Rücksendung des Computers zur Nachbesserung am 19.10.2000 ein formgerechter Widerruf nach o.g. Vorschrift gesehen werden. Jedenfalls hat der Kläger mit anwaltlichem Schreiben vom 12.12.2000 den Kaufvertrag schriftlich widerrufen. Eine Begründung war nicht erforderlich.

(2) Die Widerrufsfrist wurde eingehalten. Sie hat noch nicht gem. § 3 I 2 FernAbsG zu laufen begonnen, denn der Bekl. hat seine Informationspflichten nach § 2 Abs. 3 und 4 FernAbsG nicht erfüllt. Die Ware ist bei dem Kläger frühestens am 05.10.2000 eingegangen. Der Beklagte als Unternehmer hat die Informationen nach § 2 II Nr. 1 bis 8 FernAbsG dem Kläger als Verbraucher nicht alsbald und auch nicht bei Lieferung der Ware auf einem dauerhaften Datenträger zu Verfügung gestellt. Diese Voraussetzung ist dann erfüllt, wenn der Text dem Empfänger in lesbarer Form zugegangen ist und der Datenträger dem Empfänger für eine angemessene Zeit eine unveränderte Wiedergabe der Informationen erlaubt, vgl. Heinrichs, Helmut in: Palandt, 61. Aufl., München 2002, § 361a Rdnr. 25. Der Beklagte hat zwar bei seinem Verkaufsangebot im Rahmen der Versteigerung bei eBay auf die AGB auf seiner Homepage, in denen er den Verbraucher über das Rücktrittsrecht informiert, hingewiesen, wobei die wirksame Einbeziehung der AGB von Klägerseite bestritten wurde und ein entsprechender Beweisantritt der beweispflichtigen Bekl. nicht erfolgte. Die Verweisung auf die Homepage genügt jedoch nicht den Anforderungen eines dauerhaften Datenträgers im Sinne des § 361 a III BGB, da der Zugriff auf die Homepage des Beklagten von dessen Bereitstellung abhängt und vom Kläger nicht beeinflusst werden kann, somit für diesen nicht dauerhaft ist. Auch bei Lieferung der Ware sind dem Empfänger die notwendigen Informationen nicht auf einem dauerhaften Datenträger mitgeteilt worden. Das Widerrufsrecht erlischt damit gem. § 3 I 3 Nr. 1 FernAbsG vier Monate nach Eingang der Waren beim Empfänger. Der Kläger konnte den Kaufvertrag somit bis zum 05.02.2001 widerrufen, §§ 187 I, 188 II BGB. Der Widerruf vom 12.12.2000 war somit rechtzeitig.

(3) Das Widerrufsrecht ist nicht gem. § 3 II Nr. 5 FernAbsG ausgeschlossen. Der hier streitige Fernabsatzvertrag wurde nicht in Form einer Versteigerung nach § 156 BGB geschlossen. Vielmehr besteht es aus dem Kaufvertrag, der durch

lich und örtlich begrenzten Veranstaltung eine Mehrzahl von grundsätzlich vor Ort anwesenden Personen aufgefordert werden, eine Sache oder ein Recht zu erwerben (vgl. Heckmann, Dirk: E-Commerce: Flucht in den virtuellen Raum? in NJW 2000, 1370, 1374). Bei der Online-Auktion fehlt es jedoch an der zeitlichen und örtlichen Begrenzung. Eine örtliche Begrenzung ist ohnehin nicht möglich, auch eine zeitliche Begrenzung fehlt, da daran gedacht ist, die Auktion über mehrere Tage, sogar Wochen hinauszuziehen. Dadurch wird aber die zu einer „echten“ Versteigerung gehörende Aktion und Reaktion der Bieter verhindert, die normalerweise zu der Aufforderung, ein letztes Gebot abzugeben, und zum Zuschlag führt. Daher liegt keine Versteigerung, sondern ein Verkauf gegen Höchstgebot vor, vgl. LG Münster, Entsch. v. 21.01.2000, NJW-CoR 2000, 167. Dies verdeutlichen auch die Nutzungsbedingungen von eBay. Danach handelt es sich bei deren Webseiten lediglich um einen Marktplatz für Verkäufer und Käufer für Verkäufe gegen Höchstgebot (vgl. Nutzungsbedingungen von „eBay“ Ziff. 2; Heckmann, Dirk a.a.O.). Andererseits kann zwar der Verkäufer auch bei der Internet-Versteigerung den Kaufvertrag unter keinen Umständen wegen eines etwa zu niederen Bieterangebots rückgängig machen. Es besteht jedoch eine zeitliche Begrenzung der Angebotsabgabe; die vorhandenen Bieter können nicht solange auf die Ware Gebote abgeben, bis der Meistbietende ermittelt ist (vgl. LG Wiesbaden, Entsch. v. 13.01.2000, NJW-CoR 2000, 171). Jedenfalls wird bei einer solchen Versteigerung im Internet kein Zuschlag im Sinne von § 156 BGB erteilt. Bei den Versteigerungen der Firma eBay handelt es sich damit lediglich um eine moderne Form der Vertragsanbahnung im Internet.

2. Dem Kläger steht des weiteren auch ein Rückzahlungsanspruch des Kaufpreises aus Wandelung in Höhe von Euro 298,08 Zug um Zug gegen Rückgewähr des defekten Computers gem. §§ 433, 459, 462, 465, 467 S. 1, 346 S.1 BGB zu.
  - a) Die Parteien haben im Oktober 2000 einen wirksamen Kaufvertrag über den oben näher bezeichneten Computer im Rahmen einer Internetversteigerung geschlossen (s.o.).
  - b) Der Computer ist mit einem Fehler behaftet, der den Wert und die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen Gebrauch aufhebt; der Bekl. hat diesen Mangel zu vertreten,



§§ 459 Abs. 1, 462 BGB. Dies ergibt sich aus dem Gutachten des Sachverständigen Dipl.-Ing. Zimmermann vom 21.06.2001 in Verbindung mit dem ergänzenden Gutachten vom 06.03.2002. Der vom Bekl. beantragten Vernehmung des Zeugen Schlosser zu der Frage, ob der Computer nach Einsendung an den Bekl. aufgrund durch den Kl. fehlerhaft aufgespielter Software nicht richtig funktionierte, wie der Bekl. zunächst vortrug, oder aufgrund eines „eingefangenen“ Virus, wie der Bekl. später geltend machte, bedurfte es nicht, da bei der Beurteilung auf den Zustand des Rechners im Zeitpunkt der Wandlungserklärung abzustellen war. Dieser sollte und konnte vom Sachverständigen abschließend festgestellt werden.

Nach dem Gutachten stürzte der Rechner unmittelbar nach dem Hochfahren innerhalb von ca. 1 bis 3 Minuten ab, ohne dass andere Programme außer Windows selbst aktiv waren. Das gleiche Verhalten trat auch auf, nachdem das Betriebssystem vollständig neu installiert worden war. Auch eine vollständige Neuinstallation des Betriebssystems Windows 98 nach vorheriger Formatierung der Festplatte führte zu keiner Besserung. Auch unter Berücksichtigung der Tatsache, dass auch Windows selbst Fehler hat, die zu Abstürzen führen können, kam der Sachverständige nachvollziehbar und widerspruchsfrei zu der Schlussfolgerung, dass „mit Sicherheit gesagt werden [kann], dass die Absturzursache nicht im Bereich der Software liegen kann, sondern vielmehr im Bereich der Hardware liegen muß.“ Dabei sei am wahrscheinlichsten ein Fehler beim Prozessor, der Hauptplatine, des Hauptspeichers oder der Grafikkarte. Eine Nutzung des Rechners im aktuellen Zustand sei nicht möglich.

Der Fehler lag auch bereits bei Gefahrübergang vor. Das vorliegende Sachverständigengutachten bestätigt, dass der Fehler bereits bei Übergabe an den Kläger gem. § 446 I 1 BGB vorgelegen hat. Die Installation von Software durch den Kläger führte nicht zu dem beschriebenen Fehler. In einer Nachbegutachtung hat sich der Sachverständige mit der Behauptung des Bekl. auseinandergesetzt, der Computer sei mit einem vom Kl. aufgespielten „Party-boot-Virus“ infiziert gewesen, der die beschriebenen Auswirkungen habe, dieser sei bereits von der bekl. Firma bei der durchgeführten Nachbesserung beseitigt worden. Bei einer Untersuchung mit den Virentestprogrammen „Norton Antivirus“ und „McAfee“ konnte jedoch kein Virus gefunden werden. Auch habe der beklagte und vom Bekl. af

fensichtlich gemeinte „Parity-Boot-Virus“ (ein „Party-Virus“ existiere nicht) völlig andere Auswirkungen auf das System. Da der Fehler somit bei Übergabe vorgelegen hat, ist davon auszugehen, dass dieser auch bereits in dem früheren Zeitpunkt, nämlich bei Übergabe an die Transportperson des hier vorliegenden Versendungskauf gem. § 477 I BGB vorgelegen hat.

- c) Anhaltspunkte dafür, dass es sich bei dem vom Sachverständigen untersuchten Rechner um einen anderen gehandelt hat als um denjenigen, den der Kläger dem Beklagten zur Reparatur übersandt hat, liegen nicht vor. Dem Sachverständigen war die Bezeichnung und Konfiguration des streitgegenständlichen Rechners bekannt; diese wurden vom Sachverständigen überprüft. Eine genauere Identifizierung - etwa anhand von Seriennummern etc. - erscheint dem Gericht auch schon deshalb nicht möglich, weil diese auf der Rechnung des Bekl. vom 04.10.2000 nicht aufgeführt sind. Im Ergänzungsgutachten hat der Sachverständige auch ausgeführt, dass sich der streitgegenständliche Rechner in dem Zustand befunden hat, in dem dieser ihn an den Kläger nach Abschluss des Gutachtens vom 21.06.2001 zurückgesandt hatte. Der Versandkarton war nicht geöffnet worden.
- d) Das Wandelungsbegehren des Klägers scheitert nicht an einer erfolgreichen Nachbesserung durch den Beklagten.
- (1) Die o.g. Sachverständigengutachten haben das Vorbringen des Beklagten nicht bestätigt. Die Systemvoraussetzungen des Rechners für die Installation des Programms Microsoft Office 2000 sind - aufgrund des zwischenzeitlich unstreitig vorhandenen Arbeitsspeichers von 32 MB RAM - erfüllt. Darüber hinaus konnte eine Neuinstallation des Programms und eine Entfernung eines Virus von der Festplatte des Rechners durch den Beklagten nicht zur Nachbesserung und damit zur Behebung des Fehlers führen, da wie oben bereits ausgeführt der Fehler nicht im Bereich der Software, sondern im Bereich der Hardware selbst liegt. Hieran hat der Beklagte keinen Nachbesserungsversuch vorgenommen.
- (2) Das Wandelungsbegehren des Klägers scheitert auch nicht an der mangelnden Anzahl von Nachbesserungsversuchen. Nach Ziff. 6.5.) der ABG

einem dreimaligen Fehlschlag der Nachbesserung oder Ersatzlieferung verlangt werden. Die AGB des Beklagten sind jedoch nicht gem. § 2 AGBG wirksam in den Vertrag mit dem Kläger einbezogen worden. Der diesbezügliche Vortrag des Bekl. wurde vom Kl. bestritten, Beweis hierfür wurde nicht angetreten. Im übrigen erscheint sehr zweifelhaft, ob die AGB einer Inhaltskontrolle gem. § 9 AGBG standhalten würden. Das dreifache Nachbesserungsrecht in den AGB des Beklagten dürfte mit dem wesentlichen Grundgedanken der gesetzlichen Regelung, von der abgewichen wird, nicht zu vereinbaren sein. Das Gesetz sieht im Kaufvertragsrecht, anders als im Werkvertragsrecht grundsätzlich kein Nachbesserungsrecht des Verkäufers vor. Eine formularmässige Festlegung, dass der Kunde sogar drei Nachbesserungen zu gestatten hat, ist bei der Lieferung neu hergestellter Sachen gem. § 11 Nr. 10. b) AGBG unwirksam (vgl. Heinrichs, Helmut in: Palandt, 61. Aufl., München 2002, § 11 AGBG Rdnr. 57a) und wäre auch bei der Beurteilung einer Lieferung gebrauchter Sachen als Grundgedanke heranzuziehen.

3. Der Kläger hat dem Beklagten keinen Nutzungsersatz gem. §§ 347 S. 2, 987 i.V.m. §§ 819 I, 818 IV, 292 BGB zu leisten.

Der Wert der Nutzungen ist durch Schätzung der zeitanteiligen linearen Wertminderung im Vergleich zwischen dem tatsächlichen Gebrauch und der voraussichtlichen Gesamtnutzungsdauer zu ermitteln, jedoch ist im Fall der Wandelung vom Preis der mangelbedingte Minderwert abzuziehen, vgl. Heinrichs, Helmut in: Palandt, 61. Aufl., München 2002, § 347 Rdnr. 9. Die Sachverständigengutachten haben bewiesen, dass ein tatsächlicher Gebrauch des streitgegenständlichen Computers nicht möglich war; die Ziehung von Nutzungen durch den Kl. war somit ausgeschlossen.

4. Der Kläger kann Rückzahlung der Portokosten in Höhe von Euro 16,57 nach § 476a S. 1 BGB bzw. § 361 a II 3 BGB verlangen.
  - a) Bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrag ist die Wirkung des § 476a BGB nicht zulässig abbedungen worden. Insbesondere ist dies nicht durch AGB des Beklagten, vgl. Ziff. 6.6) (Transportkostenregelung), geschehen, da diese wie oben bereits festgestellt, nicht wirksam gem. § 2 AGBG in den Vertrag

Die Parteien haben konkludent ein Recht auf Nachbesserung vereinbart, indem der Kläger den fehlerhaften Computer an den Beklagten am 19.10.2000 zur Nachbesserung gesendet hat und dieser ihn nach vermeintlicher Reparatur wieder zurück gesendet hat. Der Verkäufer war auch zur Nachbesserung verpflichtet, da er den Mangel des Computers gem. § 459 BGB zu vertreten hat und daher ein Gewährleistungsanspruch gem. § 462 BGB gegeben war (s.o.).

b) Jedenfalls fallen die Kosten der Rücksendung dem beklagten Unternehmer gem. § 361 a II 3 BGB zur Last; eine Kostentragungspflicht des Kl. nach § 361 a II 3 BGB 2. Halbsatz wurde nicht vereinbart.

5. Dem Kläger stehen die beantragten Zinsen zu.

Dies ergibt sich aus §§ 361 a I 1 BGB, 3 I 1 FernAbsG bzw. § 347 S. 3 BGB. Danach stehen dem Kläger Verzugszinsen gem. §§ 361 a II 2, 284 III, 288 I 1 BGB maximal in Höhe von 5 % über dem Basiszinssatz zu. Der Unternehmer kommt mit der Pflicht zur Entgeltrückzahlung ohne Mahnung 30 Tage nach Zugang der Widerrufserklärung gem. §§ 361 a II 2, 284 III BGB in Verzug. Die Widerrufserklärung ist durch Schreiben des Klägers vom 12.12.2000 erfolgt mit Fristsetzung bis 22.12.2000.

6. Die Kostenentscheidung ergeht gem. § 91 ZPO.

7. Die Entscheidung über die vorläufige Vollstreckbarkeit folgt aus § 708 Nr. 11 ZPO. Von einer Abwendungsbefugnis des Bekl. nach § 711 ZPO wurde wegen § 713 ZPO abgesehen.



Hähnle

Richter