

von **Dr. Bea Brünen**

## Hobby-Auktionator oder professioneller Seller: Bin ich noch privater Anbieter oder doch schon gewerblicher Verkäufer?

Wenn der Kleiderschrank zu platzen droht und auch Vorratskammer, Kellerraum und Garage an die Grenzen ihrer Kapazitäten geraten, ist es Zeit für einen umfassenden Frühjahrsputz. Häufig und gern greifen Putzbegeisterte in diesem Fall auf verschiedene Verkaufsplattformen wie eBay & Co zurück, um sich des lästig gewordenen Hausstands gewinnbringend zu entledigen. Doch Vorsicht: Der Übergang von privatem zum gewerblichen Verkäufer ist fließend. Sobald ein größerer Hausstand aufzulösen ist oder die Hobby-Anbieter Gefallen am Verkauf finden, ist die Grenze zum gewerblichen Verkauf schnell überschritten. Im Folgenden zeigen wir Ihnen, wieso die Unterscheidung von gewerblichem und privatem Verkauf so wichtig ist und anhand welcher Merkmale Sie herausfinden, ob Sie noch privater Verkäufer oder doch schon gewerblicher Anbieter sind.

### I. Die Gretchenfrage: Noch Verbraucher oder doch Unternehmer?

Ob man sich bei eBay als privater oder gewerblicher Auktionator betätigt, hat erhebliche rechtliche Folgen:

- Gewerbliche Verkäufer müssen die Vorschriften des Fernabsatzrechts beachten. Private Verkäufer sind hingegen nicht an das Fernabsatzrecht gebunden. Gewerbliche Verkäufer müssen daher im Gegensatz zu privaten Anbietern zahlreiche komplexe (und abmahngefährdete) Informationspflichten (vgl. § 312d Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 246a EGBGB) erfüllen. Dazu gehört auch, dass die gewerblichen Auktionatoren ihre Kunden in bestimmter Art und Weise über das Widerrufsrecht belehren müssen (vgl. § 312g Abs. 1 i. V. m. § 355 BGB).
- Die Regelungen zum Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB) finden nur Anwendung, wenn ein Unternehmer an einen Verbraucher verkauft. Das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs hat erhebliche Auswirkungen auf die Zulässigkeit eines Gewährleistungsausschlusses für das angebotene Produkt: Während ein gewerblicher Verkäufer bei Neuwaren eine Gewährleistung von 24 Monaten und bei Gebrauchsgütern eine Gewährleistung von 12 Monaten einräumen muss, kann der private Verkäufer die Gewährleistung sogar komplett ausschließen.
- Ein weiterer Nachteil des gewerblichen Verkaufs gegenüber dem privaten liegt darin, dass der gewerbliche Verkäufer gegenüber dem Verbraucher das Risiko dafür trägt, dass die gekaufte Ware beim Transport nicht beschädigt wird oder verloren geht.
- Zudem sind nur gewerbliche Verkäufer den Gefahren teurer wettbewerbsrechtlicher Abmahnungen von Mitbewerbern ausgesetzt. Private Anbieter müssen keine Abmahnungen befürchten.

- Nur gewerbliche Anbieter können nach § 14 MarkenG wegen einer Markenverletzung abgemahnt werden. Private Anbieter sind auch hier keinen Gefahren ausgesetzt.

Die Grenze zwischen privatem und gewerblichem Verkauf ist häufig fließend. Viele eBay-Begeisterte finden Gefallen an der Monetisierung ihres Hausstandes, sodass sie regelmäßig Artikel anbieten. Andere Anbieter haben gleich einen größeren Hausstand, den sie auf der Plattform veräußern möchten.

## II. Rechtsprechungsübersicht

Diese fließende Grenze von Unternehmer- und Verbrauchereigenschaft wird an der Rechtsprechung zu dieser Thematik besonders deutlich. Im Folgenden stellen wir Ihnen zunächst in chronologischer Reihenfolge die Rechtsprechung des BGH vor, um im Anschluss daran auf die instanzgerichtliche Rechtsprechung einzugehen.

### 1. BGH, Urteil vom 30.04.2008, I ZR 73/05 (Internet-Versteigerung III)

In seinem Urteil vom 30.04.2008 entschied der BGH, dass bereits 25 Käuferbewertungen für ein geschäftliches Handeln auf einer Verkaufsplattform sprechen.

#### a. Der zugrundeliegende Streitfall

Im zugrundeliegenden Streitfall hatte der Beklagte auf einer Verkaufsplattform gefälschte Rolex-Uhren angeboten, die ausdrücklich als Plagiate gekennzeichnet waren. Die Inhaberin der Marke „Rolex“ nahm daraufhin den Betreiber der Verkaufsplattform wegen Verletzung ihrer Markenrechte auf Unterlassung in Anspruch.

#### b. BGH: 25 Käuferbewertungen als Indiz für gewerblichen Verkauf

Der BGH entschied, dass die Angebote als geschäftliches Handeln einzustufen sind. Von den in Rede stehenden Angeboten haben zwei Angebote 26 und 75 Käuferbewertungen aufgewiesen, was für eine geschäftliche Tätigkeit spreche. Im offiziellen Leitsatz stellte der BGH zudem fest, dass als Indiz für ein gewerbliches Angebot bereits 25 Käuferreaktion genügen. Mit anderen Worten: Ab 25 Bewertungen wird es für private Verkäufer auf Verkaufsplattformen wie eBay & Co eng. Die Verkaufstätigkeit kann dann schnell als gewerblich eingestuft werden. Eine zeitliche Eingrenzung (bspw. 25 Bewertungen pro Jahr) hat der BGH dabei nicht vorgenommen.

## 2. BGH, Urteil vom 04.12.2008 (I ZR 3/06)

Wegweisend ist zudem das Urteil des BGH vom 24.12.2008, indem der BGH konkrete Kriterien entwickelte, mit denen private von geschäftlichen Verkäufen abgegrenzt werden können. Maßgeblich für die Abgrenzung von gewerblichem und privatem Verkauf sind danach insbesondere Zahl und Art der angebotenen Artikel sowie die Anzahl der von Dritten erhaltenen Bewertungen.

### a. Der zugrundeliegende Streitfall

Im zugrundeliegenden Streitfall hat eine eBay-Anbieterin im Zeitraum von Mitte Januar bis Mitte Februar 2004 und zwischen dem 24.06.2004 und dem 1.07.2004 insgesamt 91 Artikel zum Verkauf angeboten. Die Produktpalette erstreckte sich dabei auf insgesamt 18 Schmuckstücke, acht Handtaschen, vier Sonnenbrillen und drei Paar Schuhe. Die Schmuckstücke bewarb sie unter anderem mit der Bezeichnung „edle Givenchy Ohrclips a la Cartier“- Die Markeninhaberin von „Cartier“ sah in den Angeboten eine Verletzung ihrer Marke und mahnte die eBay-Verkäuferin ab. Die eBay-Anbieterin verteidigte sich damit, keine gewerbliche Verkäuferin zu sein. Die beworbenen Schmuckstücke seien gebrauchte Artikel aus ihrem privaten Besitz. Einen großen Teil der übrigen Produkte habe sie für Freunde angeboten.

### b. BGH: Gesamtabwägung entscheidend

Der BGH stufte das Angebot der eBay-Verkäuferin jedoch als gewerblichen Verkauf ein.

Der BGH stellte zunächst fest, dass aufgrund der

- Zahl und
- der Art

der angebotenen Artikel von einem Handeln im geschäftlichen Verkehr auszugehen sei.

Sowohl die Anzahl von 91 im Zeitraum von Mitte Januar bis Mitte Februar und Ende Juni bis Anfang Juli angebotenen Artikeln deute auf ein Handeln im geschäftlichen Verkehr hin. Auch die Konzentration der Artikel auf wenige Produktbereiche spreche für ein Handeln im geschäftlichen Verkehr.

Die Richter stellten zudem fest, dass die Zahl der von Dritten erhaltenen Bewertungen für die Einordnung als gewerbliche Tätigkeit relevant ist. In Übereinstimmung mit dem oben dargestellten Urteil des BGH vom 30.04.2008 (I ZR 73/05) lassen mehr als 25 derartiger "Feedbacks" Rückschlüsse auf eine geschäftliche Tätigkeit zu. Im zugrundeliegenden Streitfall hatte die eBay-Anbieterin im Zeitraum vom 4.11.2003 bis 11.08.2004 Bewertungen für insgesamt 74 Transaktionen erhalten, bei denen sie in 66 Fällen Verkäuferin war.

Schließlich sprechen auch die Verkaufsaktivitäten für Dritte, auf die sich die Beklagte bei dem Verkauf verschiedener Artikel für Freunde berufen hat, für ein Handeln im geschäftlichen Verkehr. Die Bündelung und Präsentation von Angeboten für Dritte und deren Abwicklung nach einem Verkauf entspreche typischerweise einer kommerziellen Tätigkeit. Die Gesamtschau dieser Umstände

rechtfertigt den vom Berufungsgericht gezogenen Schluss, die Beklagte habe bei den Verkaufsangeboten über eBay bereits ab Mitte Januar 2004 im geschäftlichen Verkehr gehandelt.

Der offizielle Leitsatz des BGH fasste das gefundene Ergebnis zusammen:

“

*Ob ein Anbieter von Waren auf einer Internet-Plattform im geschäftlichen Verkehr oder im privaten Bereich handelt, ist auf Grund einer Gesamtschau der relevanten Umstände zu beurteilen. Dazu können wiederholte, gleichartige Angebote, ggf. auch von neuen Gegenständen, Angebote erst kurz zuvor erworbener Waren, eine ansonsten gewerbliche Tätigkeit des Anbieters, häufige sogenannte Feedbacks und Verkaufsaktivitäten für Dritte rechnen.*

”

### 3. OLG Frankfurt Urteil vom 21.03.2007, 6 W 27/07

Das OLG Frankfurt entschied mit Urteil vom 21.03.2007, dass regelmäßig eine gewerbliche Verkaufstätigkeit vorliegt, sobald sich der Anbieter als „PowerSeller“ registriert.

###a. Der zugrundeliegende Streitfall###

Der Beklagte hatte im zugrundeliegenden Streitfall innerhalb eines Jahres 484 Stempel aus einer privaten Sammlung als „Powerseller“ über eBay verkauft. Pro Woche stellte er dabei ca. 20 bis 30 Stempel zur Veräußerung auf der Versteigerungsplattform ein.

#### b. OLG Frankfurt: Registrierung als Powerseller spricht für gewerbliche Tätigkeit

Das OLG Frankfurt entschied, dass in den Angeboten des Beklagten eine geschäftliche Tätigkeit zu sehen sei. Zwar sei der Verkauf aus einer privaten Sammlung regelmäßig als privates Angebot einzustufen. Jedoch sprechen die hohe Anzahl an Verkäufen und die Regelmäßigkeit der Verkaufstätigkeit für eine gewerbliche Veräußerung. Die Richter stellten zudem fest, dass „eine Verkaufstätigkeit über die elektronische Handelsplattform eBay [...] regelmäßig als gewerblich einzustufen“ ist, „wenn der Anbieter als „Powerseller“ registriert ist [...]“. Umgekehrt sei jedoch die (freiwillige) Registrierung als „PowerSeller“ keine notwendige Voraussetzung für die Bewertung einer Internet-Verkaufstätigkeit als unternehmerisch. Mit anderen Worten: Wer PowerSeller ist, ist grundsätzlich gewerblicher Anbieter. Wer nicht als PowerSeller registriert ist, kann trotzdem gewerblicher Anbieter sein. Dann müssen jedoch andere Umstände des Einzelfalls hinzutreten, die darauf schließen lassen, dass der Anbieter gewerblich handelt. Diese können sich – so das OLG – aus der Dauer und dem Umfang der Verkaufstätigkeit ergeben.

## 4. LG München, Urteil vom 07.04.2009, 33 O 1936/08

Das LG München stellte mit Urteil vom 07.04.2009 fest, dass der Handel mit teuren antiken Waren für eine Unternehmereigenschaft spricht.

### a. Der zugrundeliegende Streitfall

Zwischen November und Dezember verkaufte und erwarb ein Anbieter auf eBay eine geringe Anzahl antiker Waren. Gegenüber einem Mitbewerber gab er am Telefon an, noch mehr antike Waren zu haben und immer neue dazu zu bekommen. Zudem habe er stets eine bestimmte Anzahl an antiken Artikeln vorrätig, von denen sich Interessenten gerne auch vor Ort überzeugen könnten. Der Konkurrent mahnte den Händler schließlich wegen Verletzung fernabsatzrechtlicher Informationspflichten und dem unzulässigen Ausschluss von Gewährleistungsrechten ab. Der eBay-Anbieter versuchte sich damit zu verteidigen, dass er privater Sammler sei. Er habe einen alten Gasthof in den neuen Bundesländern erworben, ausschließlich für diesen kaufe er passendes Inventar.

### b. LG München: Handel mit teurer Ware als Indiz für Unternehmereigenschaft

Die Verteidigungsversuche des Beklagten konnten die Richter des LG München jedoch nicht überzeugen. Sie bejahten die Unternehmereigenschaft des Händlers unter dem Gesichtspunkt, dass er bei eBay ausschließlich hochwertige antike Artikel (mit einem Einzelpreis zwischen 500-1000 €; der Wert des gesamten Warenangebots lag bei etwa 4000 €) angeboten hatte. Aufgrund des hohen Warenwertes handele es sich hierbei – so das LG München – nicht mehr um Alltagsgegenstände, so dass für die Abgrenzung von privaten und unternehmerischen Geschäften an die Anzahl der getätigten Käufe und Verkäufe keine hohen Anforderungen zu stellen seien. Ferner lasse auch die Tatsache, dass Besichtigungstermine im Rahmen der Vertragsverhandlungen vereinbart wurden, auf eine Betriebsorganisation schließen, die für eine unternehmerische Tätigkeit spreche.

## 5. OLG Hamm, Urteil vom 15.03.2011, I-4 U 204/10

In seinem Urteil vom 15.03.2011 entschied das OLG Hamm, dass 522 angebotene Artikel in eineinhalb Monaten und 26 Verkäuferbewertungen pro Monat für ein gewerbliches Handeln sprechen.

### a. Der zugrundeliegende Streitfall

Im zugrundeliegenden Streitfall hat der Beklagte auf einer Verkaufsplattform Schallplatten verkauft. Im Zeitraum vom 11.02.2010 bis zum 23.03.2010 hat er insgesamt 552 Artikel zum Verkauf angeboten, wovon 175 erfolgreich veräußert wurden. Dabei erzielte er einen Umsatz von 693,66 €. Seit dem 07.05.2010 verkauft der Beklagte keine weiteren Artikel mehr über die Verkaufsplattform. Für die Zeit von August 2007 bis Mai 2010 erhielt er insgesamt 855 Kundenbewertungen. Ein Mitbewerber mahnte ihn schließlich wegen der Verletzung von Verbraucherschutzbestimmungen wettbewerbsrechtlich ab, weil er weder Informationen über die Anbieterkennzeichnung noch das Widerrufsrecht bereitgestellt hatte.

Er hatte sich vielmehr selbst als privaten Verkäufer bezeichnet.

### b. OLG Hamm: 522 Artikel in eineinhalb Monaten und 855 Kundenbewertungen sprechen für gewerbliches Handeln

Das OLG Hamm bejahte in seiner Entscheidung die Unternehmereigenschaft des Beklagten. Für die geschäftliche Tätigkeit sprachen neben der hohen Anzahl der angebotenen Artikel insbesondere die vielen erhaltenen Verkäuferbewertungen (26 Bewertungen pro Monat, insgesamt 855 Bewertungen). Hinzu kam, dass der Anbieter mehrfach die gleichen Schallplatten anbot (unter anderem sechsmal die Schallplatte von Queen „You don't fool me“). Der Online-Händler versuchte sich zwar damit zu verteidigen, dass er als Sammler von Schallplatten häufig das gesamte Sortiment von anderen Sammlern aufgekauft hatte. Die Richter stufte es jedoch als „sehr unwahrscheinlich“ ein, dass er dabei „zufällig“ fünfmal ein und dieselbe Platte gekauft habe.

## 6. OLG Hamm, Beschluss vom 05.01.2012, I-4 U 161/11 PKH

Das OLG Hamm stellte mit Beschluss vom 05.01.2012 fest, dass der Verkauf von ca. 80 defekten Digitalkameras gewerblich ist.

### a. Der zugrundeliegende Streitfall

Im zugrundeliegenden Fall hatte die Beklagte von einem Bekannten aus dessen gewerblichen Vorrat ca. 80 Kameras erhalten, die ansonsten entsorgt worden wären. Die Beklagte fand die Geräte jedoch „zu schade“ für den Abfall. Anschließend verkaufte er die Kameras im Zeitraum von vier Monaten über eBay und erzielte dabei etwa 400 Euro. Eine Konkurrentin mahnte den Beklagten wettbewerbsrechtlich ab. Sie war der Auffassung, dass der Beklagte nicht wie vorgegeben ein privater, sondern ein gewerblicher Verkäufer sei.

### b. OLG Hamm: Verkauf einer begrenzten Anzahl von defekten Kameras gewerblich

Das OLG Hamm stellte in seiner Entscheidung fest, dass der Verkauf einer begrenzten Anzahl von defekten Digitalkameras sehr wohl gewerblich ist. Schon die Zahl und die Art der angebotenen durchweg gleichartigen Artikel sowie die Anzahl der insgesamt getätigten Verkäufe über eine mehrmonatige Zeitspanne lassen den Schluss auf ein Handeln im geschäftlichen Verkehr zu. Zudem spreche gerade das Merkmal des Weiterverkaufs für eine gewerbliche Tätigkeit. Der unentgeltliche Erwerb sei eben gerade nicht rein privater Natur gewesen, sondern von dem Gedanken motiviert, die Geräte wären „zu schade“ für die Entsorgung. Das wiederum spreche letztlich dafür, dass der wirtschaftliche Wert der Ware und ein gewisses Gewinnerzielungsinteresse bei der Übernahme der Kameras im Vordergrund standen.

## 7. OLG Hamm, Urteil vom 17.01.2013, 4 U 147/12

In seinem Urteil vom 17.01.2013 bejahte das OLG Hamm die Unternehmereigenschaft des Beklagten, der von seinem Arbeitgeber 250 Akkus geschenkt bekommen und diese in einem Jahr über eBay angeboten hatte.

### a. Der zugrundeliegende Streitfall

Der Beklagte hatte auf eBay 250 original verpackte Akkus zu einem Stückpreis von 1,99 Euro angeboten. In den Artikelbeschreibungen fand sich folgender Hinweis: „Nun noch das Übliche: Privatverkauf: keine Garantie bzw. Gewährleistung, kein Rückgaberecht“.

Dies war einem professionellen Online-Händler, der Batterien, Akkus und Elektronikprodukte anbot, ein Dorn im Auge. Er mahnte den Anbieter wegen Verletzung der fernabsatzrechtlichen Informationspflichten ab. Der Beklagte verteidigte sich damit, dass die Akkus aus einem Fehlkauf seines Arbeitgebers stammten und entsorgt werden sollten. Da er die Akkus für die Beschäftigung mit Modellspielzeugen in seiner Freizeit habe verwenden wollen, habe er seinen Arbeitgeber gebeten, sie ihm zu diesem Zweck unentgeltlich zu überlassen. Er habe dann aber feststellen müssen, dass die Modellspielzeuge mit solchen Akkus entgegen seiner Erwartung nur wesentlich kürzer als mit den bisher verwendeten Akkus hätten betrieben werden können. Deswegen habe er sich entschieden, die Akkus über „eBay“ zu verkaufen.

### b. OLG Hamm: Abmahngefahr bei 250 Artikel und 60 Bewertungen pro Jahr

Die Richter stellten sich auf die Seite des Klägers und stuften die Verkaufstätigkeit des Anbieters als gewerblich ein. Im Sinne eines effektiven Verbraucherschutzes dürften keine zu hohen Anforderungen an ein Handeln im geschäftlichen Verkehr gestellt werden.

Die Richter entschieden, dass neben den 50 Bewertungen in einem Jahr insbesondere die Art und der Umfang der Verkaufstätigkeit ein gewerbliches Angebot nahelegten. So spreche ein Angebot so hoher Mengen gleichartiger und neuer Ware für eine gewerbliche Tätigkeit. Hinzu kam, dass sich die Verkäufe über einen längeren Zeitraum zogen (ein Jahr). Dies habe unterm Strich den Anschein einer dauerhaften gewerblichen Tätigkeit erweckt. Dass er die Akkus von seinem Arbeitgeber geschenkt bekommen und sie zunächst nur für private (nicht wirtschaftliche) Zwecke verwenden wollte, stehe dem nicht entgegen.

Die Richter stellten dazu konkret fest: „Die Kontrollüberlegung ist, dass bei Verneinung eines geschäftlichen Handelns in einem solchen Fall größere Margen neuer Handelsgegenstände, die von einem Unternehmen nicht mehr benötigt würden, an Privatleute verschenkt und von diesen dann privat in Konkurrenz zu den damit geschäftlich handelnden Unternehmen ohne Rücksicht auf die Verbraucherschutzrechte veräußert werden könnten. Das könnte einem Missbrauch solchen Warenüberlassungen Tür und Tor öffnen.“

## 8. OLG Köln, Beschluss vom 08.05.2014, 6 U 64/14

Das OLG Köln stellte mit Beschluss vom 08.05.2014 fest, dass der Ankauf von 22 gleichartigen Produkten für ein geschäftliches Handeln des eBay-Anbieters spricht. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn der Anbieter auch sonst gewerblich tätig ist.

### a. Der zugrundeliegende Streitfall

Im zugrundeliegenden Fall hatte ein gewerblicher Unternehmer bei eBay über ein sowohl privat als auch gewerblich genutztes Konto 22 iPhone-Schalen gekauft und anschließend wieder über eBay verkauft. Der Markenrechtsinhaber warf ihm vor, dass er diese Produkte mit seinem Markenzeichen ohne seine Zustimmung rechtswidrig in den geschäftlichen Verkehr eingeführt habe und mahnte ihn wegen einer Markenrechtsverletzung ab. Der eBay-Verkäufer trug vor, er habe die Produkte als Geschenke für seine Ehefrau und Mitarbeiter erworben. Er sei daher als privater Verkäufer einzustufen.

### b. OLG Köln: Gewerbliches Handeln bei Ankauf von 22 gleichartigen Produkten durch Unternehmer

Das OLG Köln schlug sich auf die Seite des Markenrechtsinhabers. Im Interesse eines effektiven Markenschutzes seien an das Vorliegen einer geschäftlichen Tätigkeit keine hohen Anforderungen zu stellen. Grundsätzlich sei im Markenrecht von einem gewerblichen Handeln auszugehen, wenn das durch die Marke geschützte Zeichen im Zusammenhang mit einer auf einen wirtschaftlichen Vorteil gerichteten kommerziellen Tätigkeit und nicht im privaten Bereich genutzt werde. Ein Handeln im geschäftlichen Verkehr liege demnach beispielsweise bei Angeboten im Internet nahe, bei denen ein Anbieter wiederholt mit gleichartigen, insbesondere auch neuen Gegenständen handelt. Die Tatsache, dass der Anbieter ansonsten gewerblich tätig ist, deute ebenfalls auf eine geschäftliche Tätigkeit hin. Da der Verkäufer 22 gleichartige Produkte über sein (auch) gewerblich genutztes Konto erworben hat und diese an die Anschrift hat senden lassen, unter der er (auch) sein Gewerbe betreibt, liege ein gewerbliches Handeln vor. Seine Verteidigung, dass er die iPhone-Schalen als Geschenke erworben habe, sei nicht geeignet, diese Indizien zu widerlegen.

## 9. LG Hamburg, Beschluss vom 10.12.2014, 310/O 394/14

Das LG Hamburg stellte mit Beschluss vom 10.12.2014 fest, dass das Angebot von Tonträgern bei eBay bei 499 Bewertungen – 261 davon in den letzten 6 Monaten – gewerblicher Natur ist.

### a. Der zugrundeliegende Streitfall

Ein eBay-Verkäufer hatte sogenannte Bootleg-LPs mit Aufnahmen einer Musikgruppe über eBay angeboten. Die Inhaberin der Nutzungsrechte ging gegen den Anbieter vor und beantragte den Erlass einer einstweiligen Verfügung.

### b. LG Hamburg: Geschäftliche Tätigkeit bei 499 Bewertungen innerhalb eines Jahres

Die Richter aus Hamburg erließen mit Beschluss vom 10.12.2014 die begehrte einstweilige Verfügung. Sie waren der Auffassung, dass der Anbieter beim Verkauf der urheberrechtswidrigen Bootlegs gewerblich gehandelt habe. Dafür spreche bereits die erhebliche Anzahl von Veräußerung. Auch die hohe Anzahl von Bewertungen innerhalb des vergangenen Jahres und innerhalb der vergangenen sechs Monate legen den Schluss nahe, dass der eBay-Verkäufer nicht als privater Anbieter tätig war. Zudem seien überwiegend Tonträger veräußert worden. Das Gesamtbild spreche daher für eine gewerbliche Verkaufstätigkeit.

## 10. LG Dessau-Rosslau, Urteil vom 11.01.2017, 3 O 36/16

Das LG Dessau-Rosslau stellte mit seinem Urteil vom 11.01.2017 fest, dass 15 - 25 Verkäufe mit professionell gestaltetem Angebot pro Monat für ein gewerbliches Handeln sprechen.

### a. Der zugrundeliegende Streitfall

Ein eBay-Anbieter bot als privater Verkäufer Schmuckartikel an. Diese waren neu und mit Etikett versehen. Sein Profil wies mehr als 25 Käuferbewertungen auf. Ein Online-Händler, der ebenfalls Schmuckstücke vertrieb, war die Registrierung des eBay-Anbieters als privater Verkäufer ein Dorn im Auge. Er mahnte den Verkäufer wegen Verletzung von fernabsatzrechtlichen Informationspflichten ab. Bereits die professionelle Gestaltung seiner Angebote spreche für eine Unternehmereigenschaft.

### b. LG-Dessau-Rosslau: Professionelle Angebotsgestaltung als Indiz für gewerbliches Handeln

Das LG Dessau-Rosslau sprach dem abmahnenden Online-Händler die geltend gemachten Ansprüche zu. Der eBay-Anbieter habe entgegen seiner Registrierung als privater Verkäufer als gewerblicher Anbieter gehandelt. Der Verkäufer habe in größerem Umfang gleichartige neuwertige Schmuckstücke angeboten. Bereits 15-25 Verkaufsaktionen sprechen für ein gewerbliches Handeln, insbesondere dann, wenn die Verkäufe über einen längeren Zeitraum getätigt werden. Zudem lasse auch die professionelle Gestaltung des Accounts des Verkäufers den Schluss zu, dass der eBay Anbieter ein gewerblicher Verkäufer sei. Unerheblich sei zudem, ob die Verkaufsartikel von Verwandten oder Bekannten zur Verfügung gestellt worden sind.

## 11. AG Kassel, Urteil vom 02.05.2018, 435 C 419/18

Das AG Kassel entschied mit Urteil vom 02.05.2018, dass trotz einer relativ niedrigen Anzahl von 51 Bewertungen innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten eine gewerbliche Einordnung in Betracht kommt.

### a. Der zugrundeliegende Streitfall

Die Beklagte kaufte beim Kläger über eBay einen „Super Nintendo classic mini“, der per Post an sie versendet werden sollte. Tatsächlich kam der Nintendo jedoch nie bei der Käuferin an, sodass diese die Kaufpreiszahlung verweigerte. Der eBay-Verkäufer klagte daraufhin gegen die Käuferin auf Zahlung des Kaufpreises vor dem AG Kassel insbesondere mit dem Argument, er habe den Nintendo ordnungsgemäß zur Post gegeben und versendet. Nach § 447 Abs. 1 BGB, wonach der Käufer die Gefahr des Unterganges ab Versendung der Kaufsache zu tragen hat, habe die Käuferin das Verlustrisiko auf dem Transportweg zu tragen.

### b. AG Kassel: Käuferbewertungen lediglich Indiz für gewerbliches Handeln

Das Gericht entschied, dass der eBay-Verkäufer gegen die Käuferin keinen Anspruch auf Kaufpreiszahlung habe. Nach Meinung des Gerichts konnte sich der Verkäufer auf die Vorschrift des § 447 Abs. 1 BGB nicht berufen, da zwischen den Parteien ein Verbrauchsgüterkauf vorlag. So sei die Käuferin unstreitig als Verbraucherin zu qualifizieren. Doch auch der eBay-Verkäufer sei als Unternehmer einzuordnen. Dieser bezeichnete sich auf seinem eBay-Account zwar als Privatverkäufer. Maßgeblich sei jedoch nicht diese Selbstbezeichnung, sondern das tatsächliche Erscheinungsbild. Und nach diesem lag ein gewerbliches Handeln vor.

So bot der Verkäufer im Monat zwischen 17 und 25 Verkäufe über die genannte Internetplattform an, darunter (im Zeitpunkt der Klageerwiderung) 17 gleichartige Artikel aus dem Segment der Computerspiele, Spielekonsolen und Comics. Auch die relativ niedrige Anzahl von Bewertungen, nämlich 51 innerhalb eines Zeitraums von sechs Monaten, stehe einer gewerblichen Einordnung nicht entgegen. Die Anzahl der Bewertungen stelle nämlich lediglich ein Indiz für die gewerbliche Tätigkeit einer Person auf der Internetplattform eBay dar.

## 12. OLG Frankfurt, Urteil vom 11.04.2019, 6 U 121/18

Erweckt ein Internetauftritt für den angesprochenen Käuferkreis unzweifelhaft den Eindruck eines gewerblichen Angebots, kann der Händler sich nicht erfolgreich darauf berufen, es liege kein gewerbliches Handeln vor, da das angebotene Produkt tatsächlich aus seinem privaten Bestand stamme. Dies entschied das OLG Frankfurt mit Urteil vom 11.04.2019.

### a. Der zugrundeliegende Streitfall

Die Klägerin ist Inhaberin einer eingetragenen Unionswortmarke, die unter anderem Schutz für Motorradhelme und Schutzhelme für den Sport beansprucht. Der Beklagte betreibt auf eBay einen Onlineshop für Film- und Fanartikel und ist dort als gewerblicher Verkäufer registriert. Im Oktober 2017 bot er unter seinem Profil einen Helm an, welcher als Schriftzug den Markennamen der Klägerin aufwies. Die Klägerin mahnte den eBay-Händler wegen Markenrechtsverletzung ab. Dieser gab daraufhin eine strafbewehrte Unterlassungserklärung ab. Die Abmahnkosten wollte er nicht übernehmen. Dabei verwies er insbesondere darauf, dass er den Helm privat angeschafft und zum Zwecke des privaten Weiterverkaufs in seinen Account eingestellt habe.

### b. Die Entscheidung des OLG Frankfurt: Äußere Angebotsgestaltung entscheidend

Das Gericht stellte fest, dass sich das streitgegenständliche Angebot nahtlos in die geschäftliche Verkaufstätigkeit des Beklagten auf eBay einreihe. Denn: Der Beklagte stellte das Angebot in seinen gewerblichen Account ein, welcher über 6.156 Feedbacks verfügte. Bereits die Anzahl der Bewertungen lasse auf eine umfangreiche Handelstätigkeit schließen. Der Helm wurde zudem als „Neu!“ bezeichnet. Auch die Tatsache, dass der Anbieter ansonsten gewerblich tätig ist, deute auf eine geschäftliche Tätigkeit hin.

Das Angebot sei zudem von der Aufmachung her (Angabe der Umsatzsteuer-Identifikationsnummer, Belehrung zur OS-Plattform) von einem typischen gewerblichen Onlineangebot nicht zu unterscheiden. Schließlich führe auch der Umstand, dass der Händler sonst nur Artikel im „Filmfanbereich“ verkauft, zu keinem anderen Ergebnis. Vielmehr passe der Helm durchaus in die Kategorie „Fanartikel“.

Ebenfalls unerheblich sei nach Meinung des Gerichts die Angabe des Händlers, er habe den Helm privat bei eBay erworben. Zwar können objektive Umstände, auch wenn sie wie vorliegend nicht nach außen erkennbar sind, ein gewerbliches Handeln im Einzelfall durchaus ausschließen. Dies gelte jedoch nur dann, wenn das zugrundeliegende Angebot selbst den Charakter des Handelns nicht erkennen lässt. Wird ein Produkt hingegen – wie vorliegend – im Rahmen eines Geschäftsbetriebs angeboten, liege in jedem Fall gewerbliches Handeln vor.

## III. Folgen aus der Rechtsprechung: Merkmale, die für die Unternehmereigenschaft sprechen

Die dargestellte Rechtsprechung zeigt, wie fließend die Grenze zwischen privatem Hobbyanbieter und gewerblichem Online-Händler ist. Unterm Strich setzt die Rechtsprechung die Schwelle zum gewerblichen Handeln insbesondere im Sinne eines effektiven Schutzes der Verbraucher sehr niedrig an. Folgende Punkte lassen sich aus der Rechtsprechungsübersicht herausarbeiten, aus denen sich die gewerbliche Tätigkeit eines Anbieters ergibt:

- gleichartige Waren
- Neuwaren
- Gegenstände von hohem Wert bzw. keine Alltagsgegenstände
- Wiederholte Verkaufstätigkeit (zwischen 15 - 25 Verkäufen innerhalb eines Monats)
- Verkaufsaktionen erstrecken sich über einen längeren Zeitraum
- mehr als 25 Käuferbewertungen
- Powersellerstatus
- Anbieter handelt auch „sonst“ gewerblich
- Veräußerung für Dritte
- Äußere Gestaltung des Angebots (Angabe der Umsatzsteuer-Identifikationsnummer, Hinweis auf OS-Plattform)

Grundsätzlich ist eine Gesamtabwägung sämtlicher Indizien notwendig, die für bzw. gegen eine Unternehmereigenschaft des Anbieters sprechen. Treffen daher mehrere dieser Kriterien auf Sie zu, sollten Sie aktiv werden und ihre (vermeintlich) private Verkaufstätigkeit überdenken.

Autor:

**Dr. Bea Brünen**

(freie jur. Mitarbeiterin der IT-Recht Kanzlei)