

## ALLGEMEINE RECHTSFRAGEN - R50

Stand: Oktober 2018

Ihr Ansprechpartner  
Ass. Heike Cloß  
E-Mail  
heike.closs@saarland.ihk.de  
Tel.  
(0681) 9520-600  
Fax  
(0681) 9520-690

### 3210-Meins! Kriterien zur Bestimmung der Unternehmereigenschaft im Onlinehandel

Auf den Marktplätzen im Internet finden sowohl gewerbliche wie auch private Verkäufe statt. Jeder, der sich als Verkäufer oder Käufer registrieren will, muss für sich selbst entscheiden, wann ein gewerbliches Handeln vorliegt. Diese Entscheidung ist wohlüberlegt zu treffen, denn: Wer die Schwelle **vom privaten Anbieter** zur **Gewerblichkeit der Tätigkeit** überschreitet, droht ins Visier der Finanzämter zu geraten - wenn der plötzlich entstehenden **Gewerbsteuerpflicht** nicht nachgekommen wird. Außerdem sind an die Unternehmereigenschaft eine Vielzahl von rechtlichen Pflichten gekoppelt, die zum Schutz der Verbraucher beachtet werden müssen. So hängt der Umfang der **gesetzlichen Gewährleistung** von der Unternehmereigenschaft ab, den Unternehmer treffen **Informationspflichten**, er muss dem Verbraucher ein **Widerrufsrecht** einräumen und außerdem sein Angebot mit einer gesonderten **Anbieterkennzeichnung** - Impressum - versehen. Wichtig ist daher für den Online-Anbieter zu wissen, ab wann sein Handeln als gewerblich gilt und er damit zum Unternehmer wird. Diese Frage näher zu beleuchten, soll Aufgabe dieses Infoblattes sein.

#### Wer ist Unternehmer?

- **Gewerbliche oder selbstständige berufliche Tätigkeit:**  
Wer Unternehmer ist, richtet sich nach dem „europäischen Unternehmensbegriff“ des § 14 BGB. Danach können Unternehmer einzelne Personen, juristische Personen wie etwa eine GmbH oder eine rechtsfähige Personengesellschaft wie etwa die Gesellschaft bürgerlichen Rechts sein. Entscheidend für die Unternehmereigenschaft ist die Ausübung einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts. Damit knüpft die Unternehmereigenschaft nicht an einen bestimmten Status an, wie etwa die Kaufmannseigenschaft im Handelsrecht, sondern bemisst sich allein danach, ob jemand im Rahmen einer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit auftritt.

- **Gewerbliches Handeln:**

Voraussetzung für die Unternehmereigenschaft ist immer, dass eine **gewerbliche** – und keine private - **Tätigkeit** vorliegt. Abstrakt wird „gewerblich“ definiert als ein **planvolles, auf gewisse Dauer angelegtes, selbstständiges und entgeltliches Tätigwerden, welches nach außen hervortritt. Eine Gewinnerzielungsabsicht** wird nach § 14 BGB überwiegend nicht für erforderlich gehalten. Diese abstrakte Definition kann in der Praxis auftauchende Abgrenzungsprobleme nicht immer eindeutig lösen. Gerade auf Internet-Auktionsplattformen wie „e-bay“ treten auch **(Privat-) Personen als Anbieter** auf, die nicht nur vereinzelt Gegenstände zur Versteigerung anbieten, sondern teilweise über einen längeren Zeitraum eine größere Anzahl von Auktionen eingerichtet haben. Es stellt sich dann die Frage, ob diese Personen schon gewerblich handeln, oder ob die Auktionen noch dem privaten Bereich zuzuordnen sind und damit eine Unternehmereigenschaft zu verneinen ist.

- **Planvolles und dauerhaftes Tätigwerden:**

Maßgebliches Abgrenzungskriterium ist in diesen Fällen das planvolle und dauerhafte Tätigwerden. Dieses wird dann angenommen, wenn der Anbieter über einen **gewissen Zeitraum am Markt tätig** ist und dazu ein **organisatorischer Mindestaufwand** notwendig ist. Nicht erforderlich ist hingegen, dass die Organisation des Vertriebs unter kaufmännischen Gesichtspunkten erfolgt. Demnach wird der **Privatverkäufer zum Unternehmer, sobald er gezielt Gegenstände erwirbt, um diese anschließend im Internet zum Verkauf anzubieten**. Denn dann ist für den Einkauf und den sich anschließenden Verkauf samt Abwicklung der Geschäfte ein Mindestmaß an Organisation erforderlich. Dies grenzt den Unternehmer vom Privatverkäufer ab, der zwar auch Gegenstände verkauft, diese sich aber nicht planmäßig zum Zweck des Verkaufs beschafft hat. Wer seine alten Schulbücher verkauft, gebrauchte Kinderkleidung oder Gegenstände aus der Haushaltsauflösung der verstorbenen Oma, wird nicht planvoll tätig. Dies gilt auch für den Briefmarkensammler, der sich aus einer im Internet käuflich erworbenen Briefmarkensammlung noch fehlende Marken heraussucht und den Restbestand anschließend weiterveräußert. Typischerweise liegt ein planvolles und dauerhaftes Tätigwerden vor, wenn Artikel gekauft werden, um sie über die eBay-Plattform wiederzuverkaufen, regelmäßig große Artikelmengen verkauft werden, über einen längeren Zeitraum gleichartige Waren, vor allem Neuwaren, verkauft werden, häufig neue Artikel verkauft werden, die nicht für den eigenen Gebrauch erworben wurden.

- **Dauerhaftigkeit:**

An die Dauerhaftigkeit der unternehmerischen Tätigkeit sind keine allzu hohen Anforderungen zu stellen, insbesondere sind **keine starren zeitlichen Grenzen** anzunehmen. Eine Dauerhaftigkeit der Tätigkeit liegt bereits dann vor, wenn nicht nur über einen kurz bemessenen Zeitraum vereinzelt Gegenstände versteigert werden - insofern korrespondiert die Dauerhaftigkeit mit dem Merkmal des planvollen Vorgehens. Es ist auch **kein ununterbrochenes Tätigwerden erforderlich**, vielmehr genügt es, wenn der Anbieter mit zeitlichem Abstand Auktionen anbietet, die in einem sachlichen Zusammenhang stehen.

- **Anzahl der Verkäufe:**

Die Anzahl der Verkäufe ist nur bedingt ein taugliches Abgrenzungskriterium. Dies bestätigte auch der EuGH in einem aktuellen Fall (Urteil des EuGH vom 4. Oktober 2018, Aktenzeichen: EU:C:2018:808). Es sagte ausdrücklich, dass die Einstufung als Gewerbetreibender nicht allein an der Zahl der angebotenen Artikel festgemacht werden darf. Ausschlaggebend ist, so der EuGH, dagegen, ob die Verkäufe Teil einer gewerblichen, handwerklichen oder beruflichen Tätigkeit sind. Anhaltspunkte dafür sind u. a., ob der Verkauf planmäßig erfolgt, ob eine gewisse Regelmäßigkeit vorliegt oder ob mit dem Verkauf ein Erwerbszweck verfolgt wird. Außerdem müssten die Rechtsformen sowie die technischen Fähigkeiten des Verkäufers berücksichtigt werden.

Von der deutschen Rechtsprechung wurde auch schon bislang die Zahl der von Verkäufen nur als ein Indiz von mehreren für die Bejahung der Unternehmereigenschaft herangezogen. So hat das LG Mainz, Urteil vom 06.07.2005 (Az.: 3 O 148/04), entschieden, dass dann eine gewerbsmäßige Betätigung vorliegt, wenn in einem Zeitraum von dreißig Monaten 252 Artikel verkauft werden und der Käufer sich zusätzlich als „Powerseller“ bezeichnet. Als Powerseller darf sich bei eBay nur derjenige bezeichnen, der kontinuierlich besonders viele Artikel verkauft oder ein hohes Handelsvolumen vorweisen kann. Zusätzlich müssen Powerseller bei eBay als gewerblicher Verkäufer registriert sein, mindestens 100 Bewertungspunkte erhalten haben, von denen mindestens 98 % positiv sein müssen. Da die Teilnahme an dem Powersellerprogramm freiwillig ist und jederzeit beendet werden kann, ist derjenige, der sich freiwillig als Powerseller bezeichnet, als Profiverkäufer einzustufen.

In der Rechtsprechung gilt als Indiz für ein gewerbliches Handeln eine hohe Anzahl an Bewertungen in Relation zum Zeitraum der Tätigkeit: Mehr als 100 Bewertungen pro Monat über einen längeren Zeitraum deuten nach der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung auf eine gewerbliche Tätigkeit hin. Dies hat noch einmal das Finanzgericht Baden-Württemberg, Az.: I K 3016/08, entschieden. Ein eBay-Händler hat in knapp dreieinhalb Jahren über 1.200 einzelne Verkaufsvorgänge und einen Erlös von mehr als 100.000 € erzielt. Hier ging das Finanzgericht davon aus, dass der intensive und regelmäßige Verkauf eigener Gegenstände über eBay aus einem Privatverkäufer einen umsatzsteuerpflichtigen Unternehmer macht.

**PRAXISTIPP:**

Wer bei eBay als Powerseller auftritt oder einen eBay-Shop unterhält, sollte seine Informations- und Hinweispflichten überprüfen.

- **Auftreten nach außen:**

Bei der Frage, ob der Verkäufer bei Vertragsschluss als Verbraucher oder Unternehmer tätig war, kommt es nicht darauf an, wie der Verkäufer nach außen hin auftritt oder ob der Käufer Kenntnis von der Unternehmereigenschaft hat. Denn ansonsten bestünde die Möglichkeit, durch Verschleierung der Unternehmereigenschaft die daran geknüpften Verbraucherrechte ins Leere laufen zu lassen.

- **Einmal Unternehmer, nicht immer Unternehmer:**

Die Unternehmereigenschaft schließt es nicht aus, daneben auch als Privatverkäufer Auktionen zu tätigen, oder als Privatkäufer Gegenstände zu erwerben. Es muss jedoch aus den Umständen hinreichend deutlich werden, dass die Auktion nicht der gewerblichen Betätigung zuzurechnen ist. Wer gewerblich über „e-bay“ handelt, sollte daher für Privatauktionen einen gesonderten Account nutzen.

## Unternehmer – und jetzt?

An die Unternehmereigenschaft knüpfen unterschiedliche Rechte und Pflichten an. Auf die folgenden Punkte muss der Unternehmer besonders achten:

- Vor- und nachvertragliche Informationspflichten im Fernabsatz und elektronischem Geschäftsverkehr und Gewährung eines Widerrufs- bzw. Rückgaberechts (→ **R14** „Informationspflichten bei außerhalb von Geschäftsräumen geschlossenen Verträgen“)
- Pflicht zur Anbieterkennzeichnung (→ **R13** „Anbieterkennzeichnung bei einer Firmenhomepage - Impressum“)
- Geltung besonderer Gewährleistungsvorschriften (→ **R03** „Kauf: Umtausch, Reklamationen, Gewährleistung und Garantie“)
- Unternehmerregress: Rechte gegenüber dem eigenen Lieferanten (→ **R03** „Kauf: Umtausch, Reklamationen, Gewährleistung und Garantie“)
- Beachtung gewerblicher Schutzrechte und Urheberrechte (→ **R49** „Verwendung von Stadtplänen und Anfahrtsskizzen im Internet“)
- Umsatzsteuerpflichtigkeit
- Pflicht zur Gewerbeanmeldung (→ **G08** „Betriebsbeginn und betriebliche Veränderungen stets anzeigen“)

## Muss mein Onlineangebot einen ausdrücklichen Hinweis auf die Unternehmereigenschaft enthalten?

- **Gesetzliche Normierung:**

Eine ausdrücklich gesetzlich normierte Kennzeichnungspflicht gibt es nicht. Faktisch ergibt sich aber eine Pflicht zur Kennzeichnung aus den **zwingenden Informationsverpflichtungen im Online-Handel**. Denn wer diesen nachkommt, offenbart dadurch auch gleichzeitig seine Unternehmereigenschaft bereits im Vorfeld eines Vertragsschlusses.

- **Irreführungsverbot:**

Eine Pflicht zur Offenlegung der gewerblichen Betätigung im Vorfeld des Vertragsschlusses kann sich darüber hinaus aus dem **wettbewerbsrechtlichen Irreführungsverbot** des § 5 UWG ergeben. Dem liegt der Gedanke zugrunde, das der **Verbraucher mit Privatangeboten günstigere Preise verbindet**. Denn ein Verbraucher kalkuliert nicht immer nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten, vielmehr wird die Motivation seines Verkaufes oftmals darin liegen, nicht mehr benötigte Dinge „zu Geld zu machen.“ Dann trifft den Händler ein Irreführungsvorwurf, wenn er sein Angebot nicht als Händlerangebot kennzeichnet und daher **falsche Preisvorstellungen** beim Käufer weckt.

**PRAXISTIPP:**

*Es ist daher zu raten, neben der Erfüllung der Impressums- und Informationsverpflichtungen zusätzlich auf die Gewerblichkeit des Angebotes gesondert hinzuweisen.*

## Verklagt - wer muss die Unternehmereigenschaft beweisen?

Die **Beweislast** hinsichtlich der Eigenschaft des Verkäufers als Unternehmer liegt grundsätzlich beim **Käufer/Verbraucher**. Unproblematisch kann der Nachweis der Unternehmereigenschaft in den Fällen erbracht werden, in denen der Unternehmer unter einer Firma auftritt, einen eigenen Internetshop betreibt oder sein Angebot explizit als gewerblich kennzeichnet. Tritt die Unternehmereigenschaft nicht so deutlich hervor, muss diese im Einzelfall unter Berücksichtigung aller auf eine unternehmerische Betätigung hindeutender objektiver Indizien bestimmt werden.

*Dieses Merkblatt soll – als Service Ihrer IHK – nur erste Hinweise geben und erhebt daher keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Obwohl es mit größtmöglicher Sorgfalt erstellt wurde, kann eine Haftung für die inhaltliche Richtigkeit nicht übernommen werden.*