

## 05/2022

25. JAHRGANG  
SEITEN 289-359

## IHR EXAMENSWISSEN EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

---

### ZIVILRECHT

- Verbrauchsgüterkauf durch Kaufmann: § 13 BGB geht § 344 I HGB vor
- Gilt § 566 BGB (analog) auch dann, wenn Vermieter nicht gleichzeitig Veräußerer ist?
- Anwalt muss sorgfältig arbeiten, auch wenn er sich selbst vertritt!
- kompakt: Bemessung des Schadens bei Verlust einer Sache: Objektive Eigenschaften sind maßgeblich

### STRAFRECHT

- Die Grenzen rechtsstaatswidriger Tatprovokation
- Teilnahme an einem verbotenen Kraftfahrzeugrennen – eigenhändiges Delikt?

### ÖFFENTLICHES RECHT

- Windenergieanlage: Anwendbarkeit von § 63 BImSchG auf bereits laufende Verfahren
- „Montagsspaziergänge“ – präventives Versammlungsverbot kraft Allgemeinverfügung rechtmäßig?

### AKTUELLE GESETZGEBUNG

---

- Gesetz zur Änderung des BGB und des EGBGB in Umsetzung der EU-Richtlinie zur besseren Durchsetzung und Modernisierung der Verbraucherschutzvorschriften der Union („New Deal for Consumers“)

### GRUNDFÄLLE

---

- 2. Versäumnisurteil; Voraussetzungen und Rechtsmittel
- Der Fahrradrambo

### HEMMER.LIFE

---

- „Erfolg ist kein Zufall“ - Die Tipps der Examensbesten!  
Konstantin Neubert und Christian Schmidt im Interview



# E-BOOK LIFE&LAW MAI 2022

**Autoren: Tyroller/Berberich/d'Alquen/Grieger**

# INHALTSVERZEICHNIS

## ZIVILRECHT

### 1 VERBRAUCHSGÜTERKAUF DURCH KAUFMANN: § 13 BGB GEHT § 344 I HGB VOR

#### A) Sounds

#### B) Problemaufriss

#### C) Lösung

I. Wirksamer Kaufvertrag zwischen V und K gem. § 433 I BGB

II. Vorliegen eines Sachmangels

1. Subjektiver Mangel gem. § 434 Var. 1 i.V.m. § 434 II S. 1 Nr. 1 BGB

- a) Rostfreiheit als Beschaffenheit
- b) Beschaffenheitsvereinbarung

2. Objektiver Mangel gem. § 434 Var. 2 i.V.m. § 434 III S. 1 Nr. 2 BGB

- a) Kein Mangel wegen Verschleißes
- b) Aber Mangel wegen Durchrostung

III. Vorliegen des Mangels bereits zur Zeit des Gefahrübergangs, § 446 S. 1 BGB, aufgrund der Vermutungswirkung des § 477 I S. 1 BGB

1. Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs i.S.d. § 474 I S. 1 BGB

- a) Definition des Verbrauchers, § 13 BGB
- b) Anderes Ergebnis wegen § 344 I HGB?
  - aa) Teilweise wird danach differenziert, ob die natürliche Person Käufer oder Verkäufer ist
  - bb) **BGH**: § 344 I BGB weder auf Käufer noch auf Verkäufer anwendbar, wenn natürliche Person (= Einzelkaufmann) handelt
- (1) Verbraucherschutz geht Vertrauensschutz des Handelsrechts vor
- (2) Normensystematik spricht für Vorrang des § 13 BGB
- c) Ergebnis

2. Keine Unvereinbarkeit der Vermutung wegen der Art des mangelhaften Zustandes, § 477 I S. 1 HS 2 BGB

IV. Endergebnis

#### D) Kommentar

#### E) hemmer-background

I. Relevante Zeitpunkte für das Vorliegen eines Sachmangels

II. Ausstrahlungswirkung des § 477 I S. 1 BGB bis zum Schluss der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung

#### F) Wiederholungsfrage

#### G) Zur Vertiefung

### 2 GILT § 566 BGB (ANALOG) AUCH DANN, WENN VERMIETER NICHT GLEICHZEITIG VERÄUSSE-

## RER IST?

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Anspruch aus § 546 I BGB

1. Kein vertraglicher Vertragseintritt

2. Eintritt in den Mietvertrag zwischen S-GmbH und K gem. §§ 578 I, 566 I BGB?

3. Vertragseintritt des K analog §§ 578 I, 566 I BGB analog?

a) Planwidrigkeit der Regelungslücke

b) Vergleichbarkeit der Interessenlage

c) Besonderheit im vorliegenden Fall

4. Aber: Neuer Mietvertrag nach Erwerb durch K!

5. Ordentliche Kündigung des neuen Mietvertrages

II. Anspruch auf Herausgabe aus § 985 BGB

III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

## 3 ANWALT MUSS SORGFÄLTIG ARBEITEN, AUCH WENN ER SICH SELBST VERTRITT!

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Berufung gegen Zweites Versäumnisurteil statthaft

II. Begründetheit: Schuldhaftes Säumnis der R?

1. Grundsatz

2. Beurteilung im vorliegenden Fall

a) Krankheit kann grds. Vertagungsgrund sein

b) Bei vorhersehbarem Ausfall aber zumutbar, Vertretung zu organisieren

c) Anderes Ergebnis, weil die Teilnahme der R selbst wegen Gewährung rechtlichen Gehörs zwingend war?

III. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

## 4 KOMPAKT: BEMESSUNG DES SCHADENS BEI VERLUST EINER SACHE: OBJEKTIVE EIGENSCHAFTEN SIND MASSGEBLICH

A) Sound

## B) Lösung

- I. Bemessung der Wiederherstellungsbetrages
- II. Kein Unterschied, wenn Wiederbeschaffung unmöglich
- III. Ergebnis

# STRAFRECHT

## 5 DIE GRENZEN RECHTSSTAATSWIDRIGER TATPROVOKATION

### A) Sounds

### B) Problemaufriss

### C) Lösung

I. Verstoß gegen das Gebot des fairen Verfahrens, Art. 2 I i.V.m. Art. 20 III GG und Art. 6 I EMRK

#### 1. Grenzen der rechtsstaatswidrigen Tatprovokation

- a) Rechtsprechung des BGH
- b) Rechtsprechung des EGMR
- c) Unzulässigkeit der sog. „Aufstiftung“

#### 2. Unzulässige Tatprovokation im vorliegenden Fall

- a) Keine Anzeichen für Tatgeneigtheit bezüglich des Handeltreibens mit größeren Mengen
- b) Unangemessenes Einwirken des Verdeckten Ermittlers
- c) Intensität der Einflussnahme

#### 3. Entscheidungsinhalt

II. Ergebnis

### D) Kommentar

### E) Wiederholungsfrage

### F) Zur Vertiefung

## 6 TEILNAHME AN EINEM VERBOTENEN KRAFTFAHRZEUGRENNEN – EIGENHÄNDIGES DELIKT?

### A) Sounds

### B) Problemaufriss

### C) Lösung

I. Strafbarkeit des P

#### 1. Strafbarkeit gem. § 315d I Nr. 2, II und IV StGB

- a) Tatbestand
  - aa) Objektiver Tatbestand
  - bb) Subjektiver Tatbestand
- b) Rechtswidrigkeit und Schuld
- c) Ergebnis

#### 2. Strafbarkeit wegen fahrlässiger Tötung einer der Mitinsassen gem. § 222 StGB

- a) Tatbestand

bb) Objektive Sorgfaltspflichtverletzung bei objektiver Vorhersehbarkeit des tatbestandlichen Erfolgs

b) Rechtswidrigkeit

c) Schuld

d) Ergebnis

3. Strafbarkeit wegen fahrlässiger Körperverletzung in vier Fällen gem. § 229 StGB

4. Konkurrenzen

II. Strafbarkeit des H

1. Strafbarkeit gem. § 315d I Nr. 2, II und V StGB

a) Tatbestand

aa) Grundtatbestand

bb) Erfolgsqualifikation

b) Rechtswidrigkeit und Schuld

2. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

# ÖFFENTLICHES RECHT

## 7 WINDENERGIEANLAGE: ANWENDBARKEIT VON § 63 BImSchG AUF BEREITS LAUFENDE VERFAHREN

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Sachentscheidungsvoraussetzungen

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

2. Statthafte Antragsart

3. Antragsbefugnis

4. Rechtsschutzbedürfnis

II. Beiladung

III. Begründetheit des Antrags

1. Keine Verletzung subjektiver Rechte des Antragstellers in formeller Hinsicht

2. Keine Verletzung subjektiver Rechte des Antragstellers in materieller Hinsicht

a) Rechtsgrundlage der Genehmigung

b) Einhaltung der Voraussetzungen des § 6 I Nr. 1 BImSchG

c) Einhaltung der Voraussetzungen des § 6 II Nr. 2 BImSchG

III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

## 8 „MONTAGSSPAZIERGÄNGE“ – PRÄVENTIVES VERSAMMLUNGSVERBOT KRAFT ALLGEMEIN- VERFÜGUNG RECHTMÄSSIG?

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

### I. Sachentscheidungsvoraussetzungen

1. Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs

2. Statthafte Antragsart

3. Antragsbefugnis

4. Beteiligungs- und Prozessfähigkeit

5. Rechtsschutzbedürfnis

a) Vorheriger Antrag an die Behörde, § 80 IV VwGO

b) Vorherige Einlegung eines Widerspruchs

c) Keine offensichtliche Unzulässigkeit des Widerspruchs

### II. Begründetheit

1. Antragsgegner, § 78 I Nr. 1 VwGO analog

2. Formelle Rechtmäßigkeit der Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit, § 80 II S. 1 Nr. 4 VwGO

a) Zuständigkeit der Behörde

b) Verfahren

c) Ordnungsgemäße Begründung der Vollziehungsanordnung, § 80 III VwGO

3. Materielle Aspekte: Eigene Interessenabwägung des Gerichts

a) Rechtsgrundlage für das Versammlungsverbot

b) Formelle Rechtmäßigkeit

c) Materielle Rechtmäßigkeit

aa) Tatbestand

(1) Versammlung unter freiem Himmel

(2) Unmittelbare Gefährdung der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung

bb) Rechtsfolge

(1) Erforderlichkeit

(2) Angemessenheit

d) Interessenabwägung im Übrigen

### III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

# GRUNDFÄLLE

## 2. VERSÄUMNISURTEIL; VORAUSSETZUNGEN UND RECHTSMITTEL

A) Sound

B) Gliederung

C) Lösung

### 1. Voraussetzungen für den Erlass eines 2. VU

a) Prozessantrag

b) Zulässiger Einspruch

aa) Statthaftigkeit des Einspruchs, § 338 ZPO

bb) Frist- und formgerechte Einlegung, §§ 339 I, 340 I, II ZPO

cc) Zwischenergebnis

c) Prüfungsumfang des Gerichts

aa) Gesetzmäßigkeit des 1. VU

(1) E.A.: Prüfung der Gesetzmäßigkeit des 1. VU

(2) BGH: Keine Prüfung der Gesetzmäßigkeit des 1. VU

Umkehrschluss aus § 700 VI ZPO

§ 345 ZPO als lex specialis zu § 342 ZPO

VU als Sanktion für mangelhafte Prozessführung

(3) Zwischenergebnis

bb) Säumnis im Einspruchstermin

d) Vertagungsgrund, § 337 ZPO

aa) Verschulden der Partei selbst

bb) Verschulden des Prozessbevollmächtigten, § 85 II ZPO

cc) Verschulden des Büropersonals des Prozessbevollmächtigten

e) Ergebnis

### 2. Rechtsbehelf gegen 2. VU

a) Einspruch, § 338 ZPO

b) Berufung, § 514 ZPO

D) Zusammenfassung

E) Zur Vertiefung

## DER FAHRRADRAMBO

A) Sound

B) Gliederung

C) Lösung

## **Strafbarkeit des R**

### **I. Gefährdung des Straßenverkehrs, § 315c Nr. 2 StGB**

#### **1. Objektiver Tatbestand**

a) Führen eines Fahrzeugs im Straßenverkehr

b) Verletzung einer der in § 315c I Nr. 2 a) bis g) StGB normierten Verkehrsregeln

aa) § 315c I Nr. 2 a) StGB

(1) Nichtbeachtung der Vorfahrt

(2) Grob verkehrswidriges Verhalten

(3) Konkrete Gefährdung

bb) § 315c I Nr. 2 c) StGB

(1) Falsches Fahren an einem Fußgängerüberweg

(2) Grob verkehrswidriges Verhalten

(3) Konkrete Gefährdung

cc) § 315c I Nr. 2 f) StGB

#### **2. Subjektiver Tatbestand**

#### **3. Rechtswidrigkeit und Schuld**

### **II. Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr, § 315b I Nr. 3 StGB**

#### **III. Ergebnis**

## **D. Zusammenfassung**

#### **E. Vertiefung**

# **HEMMER.LIFE**

# ZIVILRECHT

BGH, URTEIL VOM 11.11.2021, VIII ZR 187/20, NJW 2022, 686 FF. = JURISBYHEMMER

## 1 VERBRAUCHSGÜTERKAUF DURCH KAUFMANN: § 13 BGB GEHT § 344 I HGB VOR

+++ Kaufvertrag über Gebrauchtwagen +++ Kauf durch Kaufmann zu privaten Zwecken +++ Verbrauchsgüterkauf +++ Vorrang des § 13 BGB gegenüber § 344 I HGB +++ Vereinbarte Beschaffenheit +++ Beweislast +++ §§ 13, 14, 433, 434, 437, 477 BGB; § 344 I HGB +++

**Sachverhalt (abgewandelt):** V, eine gewerbliche Gebrauchtwagenhändlerin, schaltete im Jahr 2021 auf der Onlineplattform [www.mobile.de](http://www.mobile.de) eine Anzeige über den Verkauf eines zu diesem Zeitpunkt 20 Jahre alten Mercedes-Benz 600 SEL mit einer Laufleistung von 117.500 km zu einem Preis von 9.990 €. Dem Angebot war ein DEKRA-Bericht beigefügt, wonach das Fahrzeug keine Durchrostungen oder andere größere Mängel aufweise, aber nicht frei von alters- und nutzungsbedingten Verschleißerscheinungen sei.

K, ein Sammler älterer Fahrzeuge, der als Einzelkaufmann im Handelsregister eingetragen war, meldete sich bei V. Nach vorvertraglichen Verhandlungen, die alle über die geschäftliche E-Mail-Adresse des K geführt wurden, kaufte K von V den PKW am 10.01.2022<sup>1</sup> zum Preis von 9.350,- €. Im Kaufvertrag wurde auf den Inhalt des DEKRA-Berichts Bezug genommen. Der PKW wurde noch am selben Tag übergeben und an K übereignet. K ließ den PKW in der Folgezeit auf seine Mutter zu. Für V war der Privatcharakter des Geschäfts nicht erkennbar.

Bei der Durchführung eines Ölwechsels am 19.04.2022 wurde am hinteren Auspuffteil zwischen den Rohreingängen des Endtopfs eine erhebliche Durchrostung festgestellt. K verlangte daraufhin von der V die Reparatur der Roststellen. V beruft sich auf die Richtigkeit des Gutachtens. Der Rost könne auch in den Wintermonaten aufgrund der gesalzenen Straßen aufgetreten sein.

Im Mai 2022 verklagt K die V auf Nacherfüllung. In der mündlichen Verhandlung beim zuständigen Gericht am 25.10.2022 lässt sich nicht mehr aufklären, ob die Durchrostungen bereits am 10.01.2022 vorlagen oder erst danach entstanden sind.

Ist die Klage des K begründet?

### A) Sounds1

1. Die Vermutung des § 344 I HGB, wonach die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehörig gelten, findet im Rahmen der Einordnung des rechtsgeschäftlichen Handelns eines Kaufmanns als Verbraucher- oder Unternehmerhandeln nach §§ 13, 14 BGB jedenfalls dann keine Anwendung, wenn es sich bei dem Kaufmann um eine natürliche Person (Einzelkaufmann) handelt.

2. Zeigt sich innerhalb eines Jahres nach Gefahrübergang an der Kaufsache ein mangelhafter Zustand (Mangelercheinung), so wird nach § 477 BGB vermutet, dass dessen Ursache bereits bei Gefahrübergang vorlag.

3. Dies gilt nicht, wenn die Funktionsstörungen auf gewöhnlichem Verschleiß beruhen, weil es sich bei den Funktionsstörungen in diesem Fall nicht um eine Mangelercheinung i.S.d. § 477 BGB handeln würde.

### B) Problemaufriss

Im Mittelpunkt des Falles steht (mal wieder) die Frage, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen das Vorliegen eines

1 **Hinweis:** Der Kaufvertrag wurde im Originalfall bereits im Jahre 2012 geschlossen. Der Sachverhalt wurde für die Besprechung in der **Life&LAW** in das Jahr 2022 „verlegt“, damit der Fall nach der seit dem 01.01.2022 geltenden Rechtslage gelöst werden kann!

Verbrauchsgüterkaufs bejaht werden kann.

Nach § 474 I S. 1 BGB liegt ein Verbrauchsgüterkauf vor, wenn ein Verbraucher (§ 13 BGB) von einem Unternehmer (§ 14 BGB) eine Ware i.S.d. § 241a I BGB (= bewegliche Sache) kauft. Der Käufer war im konkreten Fall ein eingetragener Kaufmann, sodass sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen § 344 I HGB einerseits und § 13 BGB andererseits gestellt hat.

**hemmer-Methode: Wenn der Käufer bzw. der Verkäufer ein freiberuflicher Unternehmer, also kein Kaufmann i.S.d. HGB ist, wird die Vorschrift des § 344 I HGB nach gefestigter Rechtsprechung des BGH nicht angewendet.<sup>2</sup>**

**Nach Ansicht des BGH gilt § 344 I HGB nicht zu Lasten eines freiberuflichen Unternehmers. Ein auf alle selbstständig Erwerbstätigen anzuwendender Rechtsgedanke, dass die Rechtsgeschäfte eines Unternehmers „im Zweifel“ seinem geschäftlichen Bereich zuzuordnen sind, ist § 344 I HGB nicht zu entnehmen, da die auf den Verbraucherschutz ausgerichteten Bestimmungen in §§ 13, 14 BGB ein anderes Regelungsziel verfolgen als der auf Vertrauensschutz gerichtete § 344 I HGB.**

**Beispiel 1:** *Verkauft ein freiberuflicher Reitlehrer/-trainer sein Pferd, das er zunächst ausschließlich zu eigenen privaten Zwecken erworben, ausgebildet und trainiert hat, an einen Verbraucher, dem diese Privatnutzung unbekannt war, so liegt nach Ansicht des BGH kein Verbrauchsgüterkauf vor, weil der Vertragszweck objektiv zu bestimmen ist und daher der Verkäufer nicht als Unternehmer gehandelt hat.<sup>3</sup>*

**Beispiel 2:** *Genauso wenig ist spiegelbildlich das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufes ausgeschlossen, wenn eine Rechtsanwältin zu privaten Zwecken Lampen kauft und sich die gekauften Lampen an ihre Kanzleianschrift liefern lässt. Auch hier ist der tatsächliche Vertragszweck entscheidend und nicht dessen Erkennbarkeit für den Verkäufer.<sup>4</sup>*

Im hier zu besprechenden Urteil hat der BGH nun zum ersten Mal ausdrücklich entschieden, dass die Vorschrift des § 13 BGB auch dann gegenüber der Vermutung des § 344 I HGB vorrangig ist, wenn ein Einzelkaufmann (also eine natürliche Person) ein Rechtsgeschäft abschließt und zwischen den Parteien die Frage umstritten ist, ob die Vorschriften des BGB zum Verbraucherschutz zur Anwendung kommen.

Die Vermutung des § 344 I HGB, wonach alle von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zu seinem Handelsgewerbe gehörig gelten, greift daher nicht ein, wenn ein Käufer eine bewegliche Sache nachweislich zu einem privaten Zweck gekauft hat.

Dabei beschränkt sich der BGH nicht auf die im zu entscheidenden Fall allein relevante Käuferseite, sondern bezieht in einem „Rundumschlag“ auch die Verkäuferseite in die Betrachtung mit ein.<sup>5</sup>

## C) Lösung

Die Klage wäre begründet, wenn dem K gegen V ein Anspruch auf Nacherfüllung gem. §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 1 BGB zustünde.

### I. Wirksamer Kaufvertrag zwischen V und K gem. § 433 I BGB

Zwischen K und V wurde am 10.01.2022 durch Angebot und Annahme gem. §§ 145, 147 BGB ein wirksamer Kaufvertrag (§ 433 BGB) geschlossen.

### II. Vorliegen eines Sachmangels

Die Durchrostung am hinteren Auspuffteil müsste einen Sachmangel i.S.d. § 434 BGB darstellen.

Nach § 434 I BGB ist eine Sache nur dann frei von Sachmängeln, wenn sie den subjektiven (Var. 1) **und** den objektiven Anforderungen (Var. 2) dieser Vorschrift entspricht („Gleichrang“ von subjektivem und objektivem Mangelbegriff).

**hemmer-Methode: Soweit eine Montage der Kaufsache durchzuführen ist, muss die Sache auch den Montageanforderungen entsprechen, § 434 I Var. 3 i.V.m. § 434 IV BGB.**

2 Nur nach einer Mindermeinung in der Literatur enthält § 344 I HGB einen allgemeinen Rechtsgedanken, der auf alle selbstständig Erwerbstätigen anzuwenden sei und daher Rechtsgeschäfte „im Zweifel als in Ausübung der Erwerbstätigkeit geschlossen“ anzusehen sind, vgl. dazu Mankowski, VuR 2004, 79 (80).

3 **BGH, Life&LAW 02/2018, 91 ff.** = NJW 2018, 150 ff. = [jurisbyhemmer](#).

4 BGH, Life&LAW 01/2010, 16 ff. = NJW 2009, 3780 ff. = [jurisbyhemmer](#), bestätigt von BGH, NJW 2021, 2281 ff. = [jurisbyhemmer](#) für den Kauf eines Reitpferdes durch die Betreiberin eines Gestüts in England.

5 Zustimmend Looschelders, Beweislastprobleme beim Kauf eines Gebrauchtwagens durch einen Kaufmann, NJW 2022, 659 (660).

## 1. Subjektiver Mangel gem. § 434 Var. 1 i.V.m. § 434 II S. 1 Nr. 1 BGB

Der PKW wäre (subjektiv) mangelhaft, wenn er nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweisen würde, § 434 I Var. 1, II S. 1 Nr. 1 BGB.

Voraussetzung hierfür wäre, dass die Parteien mit Blick auf den in der Anzeige auf [www.mobile.de](http://www.mobile.de) beigefügten DEKRA-Bericht, wonach das Auto keine Durchrostungen oder andere größere Mängel aufweise, aber nicht frei von alters- und nutzungsbedingten Verschleißerscheinungen sei, eine Beschaffenheitsvereinbarung dahingehend getroffen wurde, dass der verkaufte PKW keine Durchrostungen aufweist.

### a) Rostfreiheit als Beschaffenheit

Zur Beschaffenheit der Kaufsache gehören neben den in § 434 II S. 2 BGB genannten Beispielen auch alle sonstigen Merkmale. Die Freiheit von Durchrostungen ist als körperliche (physische) Eigenschaft der Kaufsache zweifelsfrei ein sonstiges Merkmal der Sache und damit eine Beschaffenheit i.S.d. § 434 II S. 2 a.E. BGB.

### b) Beschaffenheitsvereinbarung

Eine **Beschaffenheitsvereinbarung** i.S.d. § 434 II S. 1 Nr. 1 BGB setzt nach ständiger Rechtsprechung des BGH voraus, dass der Verkäufer in vertragsgemäß bindender Weise die Gewähr für das Vorhandensein einer Eigenschaft der Kaufsache übernimmt und damit seine Bereitschaft zu erkennen gibt, für alle Folgen des Fehlens dieser Eigenschaft einzustehen.<sup>6</sup> An das Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung sind strenge Anforderungen zu stellen.

Aufgrund des breit gefächerten Mangelbegriffs in § 434 I bis V BGB kommt die Vereinbarung einer Beschaffenheit nach § 434 II S. 1 Nr. 1 BGB nur in eindeutigen Fällen in Betracht, da eine großzügige Bejahung konkludenter Beschaffenheitsvereinbarungen die weiteren Fälle des Vorliegens eines Sachmangels weitgehend leerlaufen lassen und damit dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers widersprechen würde!<sup>7</sup>

Im vorliegenden Fall ist aufgrund der Angaben in der Internetanzeige und in dem DEKRA-Bericht eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung, dass das verkaufte Auto keine Durchrostungen aufweise, zu bejahen. Dem K wurde vor Vertragsabschluss ein DEKRA-Bericht über das Fahrzeug übermittelt. Außerdem nahm der Kaufvertrag auf den Inhalt des DEKRA-Berichts Bezug.

Die nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) aus Sicht eines objektiv verständigen Empfängers nach §§ 133, 157 BGB vorzunehmende Vertragsauslegung ergibt daher, dass die in der Internetanzeige enthaltenen Angaben zur Kaufsache nicht nur als öffentliche Äußerung über Eigenschaften gelten, welche das Gesetz nach § 434 I Var. 2, III S. 1 Nr. 2b BGB zu den objektiven Anforderungen der Kaufsache zählt.

Vielmehr wurden die Angaben aus dem Angebot auf [www.mobile.de](http://www.mobile.de) und dem DEKRA-Bericht als Beschaffenheit nach § 434 II S. 1 Nr. 1 BGB zumindest stillschweigend in den Kaufvertrag einbezogen und auf diese Weise zum Inhalt einer Beschaffenheitsvereinbarung gemacht.

## 2. Objektiver Mangel gem. § 434 Var. 2 i.V.m. § 434 III S. 1 Nr. 2 BGB

Das Auto wäre zudem mangelhaft, wenn es nicht den objektiven Anforderungen entsprechen würde, § 434 I Var. 2 BGB.

### a) Kein Mangel wegen Verschleißes

Da im DEKRA-Bericht erwähnt wurde, dass das Auto nicht frei von alters- und nutzungsbedingten Verschleißerscheinungen sei, wurde das Vorhandensein altersentsprechenden Verschleißes als vertragsgerecht angesehen.

Dabei handelt es sich nicht um eine sog. „negative Beschaffenheitsvereinbarung“. Die Vereinbarung enthält keine Unterschreitung des gesetzlichen Standards nach § 434 III S. 1 Nr. 2 BGB, da ein dem Alter und der Laufleistung eines PKW entsprechender, gewöhnlicher Verschleiß in der Regel keinen Sachmangel in diesem Sinne begründet.<sup>8</sup>

**hemmer-Methode: Die Vereinbarung müsste beim Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs daher auch nicht den formalen Anforderungen des § 476 I S. 2 BGB<sup>9</sup> standhalten, um einen Rückgriff auf § 434 III BGB zu verhindern.**

6 BGH, NJW 2008, 1517 ff. = [jurisbyhemmer](#); NJW 2017, 2817 ff. = [jurisbyhemmer](#).

7 BGH, Life&LAW 10/2019, 659 ff. = NJW 2019, 1937 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGH, NJW 2018, 150 ff.; BGH, NJW 2016, 3015 ff. = [jurisbyhemmer](#); BGH, NJW 2016, 2874 ff. = [jurisbyhemmer](#).

8 BGH, Life&LAW 01/2021, 1 ff. = NJW 2021, 150 ff. = [jurisbyhemmer](#).

9 Vgl. zu § 476 I S. 2 BGB Hemmer/Wüst/Tyroller/d'Alquen, Das neue Schuldrecht 2022, Rn. 11 und Rn. 51.

**Auf die Frage, ob hier ein Verbrauchsgüterkauf vorgelegen hat, kam es daher an dieser Stelle noch nicht entscheidend an!**

## **b) Aber Mangel wegen Durchrostung**

Der PKW ist aber (objektiv) mangelhaft, weil er aufgrund der Durchrostungen am hinteren Auspuffteil keine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen dieser Art üblich ist, § 434 I Var. 2, III S. 1 Nr. 2 BGB. Diese massive Art der Durchrostung überschreitet eindeutig die Grenzen eines altersentsprechenden Verschleißes.

## **III. Vorliegen des Mangels bereits zur Zeit des Gefahrübergangs, § 446 S. 1 BGB, aufgrund der Vermutungswirkung des § 477 I S. 1 BGB**

Fraglich ist allerdings, ob dieser Mangel bereits bei Gefahrübergang - also der Übergabe des PKWs am 10.01.2022 (vgl. § 446 S. 1 BGB) - vorlag, wie dies § 434 I BGB ausdrücklich voraussetzt.

Nach der sog. „Rosenbergschen Formel“<sup>10</sup> trägt jeder die Beweislast für das Vorliegen der ihm günstigen Tatsachen. Dies wäre grds. der K, da das Vorliegen eines Mangels bei Gefahrübergang Voraussetzung für den Nacherfüllungsanspruch ist.

Da sich in der mündlichen Verhandlung am 25.10.2022 aber nicht mehr aufklären ließ, ob die Durchrostungen bereits am 10.01.2022 vorlagen oder erst danach entstanden sind, wäre nach der allgemeinen Beweislastregel die Klage des K unbegründet.

Etwas anderes könnte sich aber aus § 477 I S. 1 BGB ergeben, wonach vermutet wird, dass die Ware bei Gefahrübergang mangelhaft war, wenn sich innerhalb eines Jahres seit Gefahrübergang ein von den Anforderungen nach § 434 BGB abweichender Zustand der Ware zeigt.

§ 477 BGB ist aber nur dann anwendbar, wenn ein **Verbrauchsgüterkauf** vorliegen würde.

## **1. Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs i.S.d. § 474 I S. 1 BGB**

Nach § 474 I S. 1 BGB ist ein Verbrauchsgüterkauf gegeben, wenn ein Verbraucher im Sinne des § 13 BGB von einem Unternehmer im Sinne des § 14 BGB eine Ware, also eine bewegliche Sache (vgl. § 241a I BGB) kauft.

Dass die V als gewerbliche Autohändlerin das Fahrzeug als Unternehmerin i.S.d. § 14 I BGB an K verkauft hat, steht außer Streit.

Problematisch erscheint allerdings, ob K, der als eingetragener Kaufmann<sup>11</sup> eindeutig Unternehmer i.S.d. § 14 I BGB war, das Fahrzeug als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB erworben hat.

## **a) Definition des Verbrauchers, § 13 BGB**

Verbraucher ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann. Demgegenüber ist nach der Legaldefinition des § 14 I BGB eine natürliche Person Unternehmer, wenn sie bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt.

Der Gesetzgeber geht somit davon aus, dass auch Selbstständige Verbraucher sein können. Für die Verbrauchereigenschaft kommt es daher auf das konkrete Rechtsgeschäft an.

Für die Abgrenzung zwischen Verbraucher- und Unternehmerhandeln ist grundsätzlich die **objektiv zu bestimmende Zweckrichtung** des Rechtsgeschäfts entscheidend. Dabei kommt es maßgeblich auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalls, insbesondere auf das Verhalten der Parteien bei Vertragsschluss an. Eine Zurechnung entgegen dem mit dem rechtsgeschäftlichen Handeln tatsächlich verfolgten Zweck kommt nur in Betracht, wenn die dem Vertragspartner erkennbaren Umstände eindeutig und zweifelsfrei darauf hinweisen, dass die natürliche Person in Verfolgung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt.<sup>12</sup>

<sup>10</sup> Begründet von dem deutschen Rechtswissenschaftler Leo Rosenberg ([https://de.wikipedia.org/wiki/Leo\\_Rosenberg](https://de.wikipedia.org/wiki/Leo_Rosenberg)).

<sup>11</sup> Wegen der Vermutung in § 1 II HGB ist K im Zweifel „Ist-Kaufmann“. Die Eintragung im Handelsregister hat in diesem Fall nach § 29 HGB nur deklaratorische Bedeutung!

<sup>12</sup> BGH, Life&LAW 09/2021, 575 ff. = NJW 2021, 2277 ff. = jurisbyhemmer; BGH, NJW 2021, 2281 ff. = jurisbyhemmer; BGH, NJW 2018, 146 ff. = jurisbyhemmer;

Vorliegend wollte K das Auto für seine Sammlung älterer Fahrzeuge kaufen. Für den Privatcharakter des Geschäfts spricht auch der Umstand, dass das Auto auf die Mutter des K zugelassen wurde.

Der Umstand, dass Vertragsverhandlungen über die geschäftliche E-Mail-Adresse des K geführt wurden, ändert nichts am Vorliegen eines privaten Geschäfts, da der private Zweck des Geschäfts für V grundsätzlich nicht erkennbar gewesen sein muss. Aus der vom Gesetzgeber gewählten negativen Formulierung des § 13 HS 2 BGB wird nämlich deutlich, dass entgegen der allgemeinen Grundregel zur Beweislast das rechtsgeschäftliche Handeln einer natürlichen Person grundsätzlich als Verbraucherhandeln anzusehen ist. Etwa verbleibende Unsicherheiten und Zweifel aufgrund der äußeren, für den Vertragspartner erkennbaren Umstände des Geschäfts gehen daher nach der negativen Formulierung des Gesetzes in § 13 BGB nicht zu Lasten des Verbrauchers.<sup>13</sup>

In Anbetracht dessen ist bei einem Vertragsschluss mit einer natürlichen Person - wie hier - grundsätzlich von einem Verbraucherhandeln auszugehen.

## **b) Anderes Ergebnis wegen § 344 I HGB?**

Fraglich ist aber, ob diese Grundsätze auch dann Anwendung finden, wenn die rechtsgeschäftlich handelnde natürliche Person, wie im vorliegenden Fall, ein Einzelkaufmann i.S.d. HGB ist.

Nach § 344 I HGB gelten nämlich die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig.

Die Vermutung des § 344 I HGB regelt somit das Gegenteil von § 13 HS 2 BGB, sodass sich die Frage stellt, in welchem Verhältnis diese beiden Vorschriften zueinander stehen.

Gerade in den Fällen, wie dem vorliegenden, in welchem der Käufer K eine Sache als Verbraucher gekauft hat, dies aber bei Vertragsschluss für die Verkäuferin V nicht erkennbar war, ist die Frage der Anwendbarkeit des § 344 I HGB tatsächlich von Bedeutung.

Die Widerlegung der Vermutung des § 344 I HGB, dass Geschäfte eines Kaufmanns zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, setzt nämlich voraus, dass der Vertragspartner den privaten Charakter des Geschäfts **bei Vertragsschluss** kannte oder kennen musste.<sup>14</sup>

Da der Privatcharakter des Geschäfts für die V bei Vertragsschluss aber nicht erkennbar war und der nachträgliche Beweis des Privatcharakters die Vermutung des § 344 HGB nicht widerlegen kann, läge ein Verbrauchsgüterkauf nur dann vor, wenn § 344 I HGB nicht angewendet werden könnte.

Ob die Vermutung des § 344 I HGB auch bei der Feststellung der Unternehmer- bzw. Verbrauchereigenschaft i.S.d. §§ 13, 14 BGB als persönliche Anwendungsvoraussetzungen des Verbraucherrechts anwendbar ist, ist umstritten.

### **aa) Teilweise wird danach differenziert, ob die natürliche Person Käufer oder Verkäufer ist**

Nach einer in der Literatur verbreiteten Auffassung wird danach differenziert, ob die natürliche Person als Käufer oder Verkäufer auftritt.

**(1)** Soweit das Verbraucherrecht voraussetzt, dass auf **Verkäuferseite** ein Unternehmer gehandelt hat, wird die Vermutungswirkung des § 344 I HGB überwiegend herangezogen, wenn das Geschäft von einem Kaufmann vorgenommen worden ist.

Gegen die Anwendbarkeit des § 344 HGB auf der Anbieterseite bestehen keine europarechtlichen Bedenken, da das europäische Verbraucherrecht Verbraucher regelmäßig nur in ihrer Rolle als Nachfrager, nicht aber als Anbieter schützt.<sup>15</sup>

**(b)** Problematischer ist aber die Anwendung des § 344 I HGB, wenn - wie im vorliegenden Fall - ein kaufmännischer **Käufer** wegen der Vermutung des § 344 I BGB nicht in den Genuss des durch § 13 BGB vermittelten Verbraucherschutzes kommt.

Teilweise wird in der Literatur die Anwendbarkeit des § 344 HGB auf Käuferseite wegen europarechtlicher Bedenken verneint.<sup>16</sup>

Nach anderer Ansicht soll § 344 HGB aber auch in diesem Fall zur Anwendung kommen.<sup>17</sup>

13 Vgl. dazu bereits BGH, Life&LAW 01/2010, 16 ff. = NJW 2009, 3780 ff. = jurisbyhemmer.

14 Baumbach/Hopt, HGB, 41. Auflage 2021, § 344, Rn. 3; BGH, WM 1976, 424 ff. = jurisbyhemmer.

15 MüKo/Maultzsch, HGB, 5. Aufl. 2021, § 344, Rn. 25; Fest in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl., § 344, Rn. 20.

16 MüKo/Micklitz, BGB, 9. Aufl. 2021, § 13, Rn. 78; Fest in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl., § 344, Rn. 17; Pfeiffer, NJW 1999, 169 (173 f.); Herresthal, JZ 1996, 695 (699).

17 MüKo/Maultzsch, HGB, 5. Auflage 2021, § 344, Rn. 26; Lettl, NJW 2021, 2280; MüKo/Lorenz, BGB, 8. Aufl. 2019, § 474, Rn. 32; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018, § 2, Rn. 589.

## **bb) BGH: § 344 I BGB weder auf Käufer noch auf Verkäufer anwendbar, wenn natürliche Person (= Einzelkaufmann) handelt**

Nach Ansicht des BGH findet die Vorschrift des § 344 I HGB auf eine rechtsgeschäftlich handelnde natürliche Person unabhängig davon, ob sie als Käufer oder Verkäufer auftritt, keine Anwendung.

### **(1) Verbraucherschutz geht Vertrauensschutz des Handelsrechts vor**

Den Vorschriften der §§ 13, 14 BGB kommt nach dem zum Verbraucherschutz entwickelten Konzept u.a. die Funktion zu, die Voraussetzungen für das Eingreifen der an verschiedenen Stellen im BGB verankerten verbraucherschützenden Normen, etwa - wie hier - beim Verbrauchsgüterkauf (§§ 474 ff. BGB) oder beim Verbraucherdarlehensvertrag (§§ 491 ff. BGB), einheitlich zu bestimmen.

In Bezug auf die unionsrechtlich geprägte Abgrenzung zwischen Verbraucher- und Unternehmerhandeln dienen die Vorschriften der Einordnung des rechtsgeschäftlichen Handelns einer natürlichen Person, die eine gewerbliche oder selbständige (neben-)berufliche Tätigkeit ausübt, mithin nach diesen Bestimmungen grundsätzlich sowohl Verbraucher als auch Unternehmer sein kann.

Dabei kommt der - für das Eingreifen einer ihr günstigen Verbraucherschutznorm regelmäßig beweislasterlasteten - Prozesspartei aufgrund der Negativformulierung in § 13 HS 2 BGB insofern eine Erleichterung zu, als sich hieraus eine Vermutung zugunsten des Verbraucherhandelns ergibt.

Für eine (ergänzende) Heranziehung des § 344 I HGB, dessen Regelungsziel allein der handelsrechtlich gebotene Vertrauens- und nicht der Verbraucherschutz ist<sup>18</sup>, besteht daneben - jedenfalls sofern es um die verbraucherrechtliche Einordnung des rechtsgeschäftlichen Handelns einer natürlichen Person geht - kein Raum.

Ist die Verbrauchereigenschaft desjenigen, der das Vorliegen eines Verbrauchergeschäfts für sich in Anspruch nimmt, zwischen den Parteien streitig, ist die Anwendung des § 344 I HGB mit § 13 BGB nicht vereinbar. Die Anwendung des § 344 I HGB würde der in § 13 BGB zum Ausdruck kommenden Wertung einer zugunsten des Verbrauchers modifizierten Verteilung der Darlegungs- und Beweislast widersprechen.

Dadurch würden in unzulässiger Weise die unionsrechtlichen Vorgaben des Verbraucherschutzes eingeschränkt.

### **(2) Normensystematik spricht für Vorrang des § 13 BGB**

Die Anwendung des § 344 I HGB scheidet auch nach den Grundsätzen der Normensystematik aus.

Danach geht im Fall der Kollision ranggleicher innerstaatlicher Normen grundsätzlich das jüngere dem älteren Gesetz vor, es sei denn, die ältere Regelung ist spezieller als die jüngere oder die Geltung des sogenannten lex-posterior-Grundsatzes wird abbedungen.<sup>19</sup>

Beide Ausnahmen treffen auf das Verhältnis des erst mit dem „Fernabsatzgesetz“ vom 27.06.2000 eingefügten § 13 BGB zu dem seit dem 01.01.1964 unverändert geltenden § 344 I HGB nicht zu.

§ 13 BGB ist die jüngere und im Bereich des hier einschlägigen Verbraucherrechts auch speziellere Vorschrift gegenüber § 344 I HGB.

**Anmerkung:** Der BGH dehnt seine Entscheidung **auch auf die Verkäuferseite** aus. Auch wenn es um die Feststellung der Unternehmereigenschaft einer auf der Verkäuferseite handelnden natürlichen Person nach § 14 I BGB geht, würde eine Heranziehung des § 344 I HGB zu einer in §§ 13, 14 BGB nicht vorgesehenen Verlagerung der Beweislast zum Nachteil des (kaufmännischen) Unternehmers führen.

Die verschiedenen Regelungsziele des unionsrechtlich geprägten Verbraucherrechts einerseits und des auf den nach deutschem Handelsrecht gebotenen Vertrauensschutz ausgerichteten § 344 I HGB andererseits verbieten eine Verschränkung dieser Regelungsbereiche auch dann, wenn strittig ist, ob ein Einzelkaufmann im Sinne des HGB auf Verkäuferseite in Ausübung seiner kaufmännischen Tätigkeit gehandelt hat.

Dieser Sichtweise steht das Urteil des BGH vom 13. Juli 2011<sup>20</sup> nicht entgegen, da in diesem Fall auf der Verkäuferseite eine GmbH gehandelt hat, die nach §§ 13 III GmbHG, 6 HGB Formkaufmann ist. Hier hat der BGH – zu Recht – entschieden, dass gem. § 344 I HGB auch der Verkauf beweglicher Sachen durch die GmbH im Zweifel zum Betrieb ihres Handelsgewerbes gehört.

Damit unterfällt auch ein branchenfremdes Nebengeschäft den Bestimmungen der §§ 474 ff. BGB, sofern die Vermutung des § 344 I HGB nicht widerlegt ist.

Die Erwägungen aus jener Entscheidung sind auf den Fall, dass es - wie hier - um die Einordnung des rechtsgeschäftlichen Handelns eines Einzelkaufmanns als natürlicher Person geht, schon deshalb nicht übertragbar, weil eine GmbH als juristische Person niemals Verbraucher i.S.d. § 13 BGB sein kann. Die Frage der Abgrenzung zwischen Verbraucher- und

18 BGH, NJW 2018, 150 ff. = jurisbyhemmer.

19 BVerfGE 141, 1 ff. = jurisbyhemmer; BGHZ 219, 1 ff. = jurisbyhemmer.

20 BGH, Life&LAW 10/2011, 695 (700 ff.) = NJW 2011, 3435 ff. = jurisbyhemmer.

### c) Ergebnis

Wegen der Unanwendbarkeit des § 344 I HGB kommt daher die Vermutung des § 13 HS 2 BGB zur Anwendung, sodass es sich im vorliegenden Fall um einen Verbrauchsgüterkauf gehandelt hat.

## 2. Keine Unvereinbarkeit der Vermutung wegen der Art des mangelhaften Zustandes, § 477 I S. 1 HS 2 BGB

Nach § 477 I S. 1 BGB wird im vorliegenden Fall daher vermutet, dass das verkaufte Auto bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, wenn sich - wie hier - innerhalb eines Jahres seit Gefahrübergang ein von den Anforderungen nach § 434 BGB abweichender Zustand der Ware zeigt.

Die Vermutung scheidet hier auch nicht wegen einer Unvereinbarkeit mit der Art des mangelhaften Zustandes (§ 477 I S. 1 HS 2 BGB) im Hinblick auf Verschleißschäden aus.

Auf diesen Ausnahmetatbestand kann sich die V jedenfalls deshalb nicht berufen, weil sie mit dem K eine Beschaffenheitsvereinbarung dahingehend getroffen hat, dass das Fahrzeug frei von Durchrostungen ist.

Haben die Kaufvertragsparteien eine Beschaffenheit vereinbart, wonach stärkerer Verschleiß (hier in Gestalt von Durchrostungen) nicht vorliegt, ist im Fall des Auftretens entsprechender Verschleißerscheinungen innerhalb eines Jahres nach Gefahrübergang die Vermutung des § 477 I S. 1 BGB nicht nach dessen zweitem Halbsatz ausgeschlossen.

Der Umstand, dass der Unternehmer in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Übergabe über die im Vergleich zum Verbraucher besseren Erkenntnis- und Beweismöglichkeiten verfügt, kommt auch bei einer Beschaffenheitsvereinbarung über das Fehlen stärkeren Verschleißes zum Tragen, weil sich ein solch starker Verschleiß üblicherweise nicht innerhalb eines Jahres nach Gefahrübergang entwickelt.

## IV. Endergebnis

Da der verkaufte Mercedes bei Gefahrübergang mangelhaft war, steht dem K gegen V nach §§ 437 Nr. 1, 439 I Alt. 1 BGB ein Anspruch auf Nachbesserung zu.

Die Klage ist daher begründet.

## D) Kommentar

(**mt**y). Das Urteil des BGH vom 07.04.2021 zum Privatkauf von Hölzern durch einen Tischler war (noch) eine inhaltliche Enttäuschung.<sup>21</sup> In diesem Urteil ging der BGH mit keiner Silbe auf die Frage ein, ob der Tischler Kaufmann war. Es fand sich lediglich ein lapidarer Satz, der auf die BGH-Entscheidung zum Kauf von Lampen durch eine freiberuflich tätige Anwältin<sup>22</sup> hinwies (vgl. dazu den **Problemaufriss**).

Die in der Literatur diskutierte Frage, ob bei einem kaufmännischen Käufer zu seinen Lasten die Vermutung des § 344 I HGB zur Anwendung kommt, wurde in diesem Urteil nicht diskutiert.

Mit dem hier besprochenen Urteil holt der BGH dieses Versäumnis nun nach und macht „reinen Tisch“: Auf Rechtsgeschäfte eines Einzelkaufmannes, also einer natürlichen Person, kommt § 344 I HGB nicht zur Anwendung. § 13 HS 2 BGB vermutet das rechtsgeschäftliche Handeln einer natürlichen Person im Zweifel als Verbraucherhandeln. Die gegenteilige Vermutung enthält § 344 I HGB für das rechtsgeschäftliche Handeln eines Kaufmannes. Diesen Widerspruch löst der BGH zugunsten des § 13 BGB auf. Zum einen sei § 344 I HGB als „ältere“ Norm aufgrund allgemeiner Normsystematik im Verhältnis zu § 13 BGB subsidiär. Zum anderen würden die in §§ 13, 14 BGB umgesetzten unionsrechtlichen Vorgaben zum Verbraucherschutz ausgehöhlt, wenn man zu Lasten einer natürlichen Person § 344 I HGB anwenden würde.

Dies gilt - so der BGH - **jedenfalls dann, wenn** es um die verbraucherrechtliche Einordnung des rechtsgeschäftlichen Handelns einer natürlichen Person geht. Unklar bleibt, was der BGH mit dieser Einschränkung („jedenfalls“) meint.

21 BGH, Life&LAW 09/2021, 575 ff. = NJW 2021, 2277 ff. = jurisbyhemmer.

22 BGH, Life&LAW 01/2010, 16 ff. = jurisbyhemmer.

Nach Ansicht der Life&LAW-Redaktion hält sich der BGH ein Hintertürchen für die Anwendung des § 344 I HGB auf einen Einzelkaufmann offen, wenn es um einen Sachverhalt geht, bei dem es um die Anwendbarkeit der §§ 343 ff. HGB geht, ohne dass der Verbraucherschutz des BGB tangiert wird.

**Beispiel 1:** Steht die Rügeobliegenheit des § 377 HGB im Raum, würde bei Bejahung eines beiderseitigen Handelsgeschäfts der Verbraucherschutz der §§ 474 ff. BGB tangiert, bei welchem es keine Präklusion der Mängelrechte bei versäumter Untersuchung und Mängelrüge gibt. In diesem Fall dürfte § 344 I HGB von § 13 BGB verdrängt sein.

**Beispiel 2:** Geht es um die Frage, ob § 376 HGB zum Fixhandelskauf oder § 369 HGB zum kaufmännischen Zurückbehaltungsrecht anwendbar sind, dürften gegen die Anwendung des § 344 I HGB keine Bedenken bestehen, weil dadurch kein im BGB normierter Verbraucherschutz ausgehöhlt würde.

Würde man § 344 I HGB auch im Beispiel 2 nicht anwenden, so wäre bei Rechtsgeschäften eines Einzelkaufmannes die Vermutung des § 344 I HGB „mausetot“. Ob der BGH wirklich so weit gehen wollte, darf - auch im Hinblick auf Art. 2 I EGHGB - bezweifelt werden.

**Anmerkung:** Im Originalurteil hat der Käufer nicht Nacherfüllung, sondern Schadensersatz statt der Leistung nach §§ 437 Nr. 3, 280 I, III BGB geltend gemacht und dabei eine fiktive Abrechnung auf Gutachterbasis verlangt.

**Der BGH bestätigt erneut seine Rechtsprechung, dass im kaufrechtlichen Mängelrecht der Käufer für den „kleinen“ Schadensersatz statt der Leistung die Mängelbeseitigungskosten fiktiv abrechnen kann.**

**Bei der fiktiven Abrechnung kann der Käufer aber nach dem Rechtsgedanken des § 249 II S. 2 BGB<sup>23</sup> nur den Nettobetrag verlangen.**

**Der für das werkvertragliche Mängelrecht zuständige 7. Senat des BGH hat im Jahr 2018 seine gefestigte Rechtsprechung zur Zulässigkeit der fiktiven Abrechnung der Mängelbeseitigungskosten aufgegeben.<sup>24</sup>**

**Der 5. Senat<sup>25</sup> und jetzt auch der 8. Senat halten im Kaufrecht nach wie vor an der Möglichkeit der fiktiven Abrechnung fest, weil die werkvertraglichen Erwägungen des 7. Senats für das Kaufrecht als unpassend angesehen werden.**

**Der Schutz des Unternehmers vor einer Überkompensation würde im Kaufrecht durch geringere Anforderungen an die Unverhältnismäßigkeit der Nacherfüllung gewährleistet.**

**Im Übrigen gibt es im Kaufrecht für den Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung - anders als bei der Selbstvornahme der Mängelbeseitigung im Werkvertragsrecht (vgl. § 637 III BGB) - keinen Anspruch auf Vorschuss. Daher müsse zumindest der Käufer die Möglichkeit der fiktiven Abrechnung haben.**

**Damit besteht im Kauf- und Werkvertragsrecht eine wenig erfreuliche „gespaltene Rechtslage“.<sup>26</sup>**

## E) hemmer-background

Im **hemmer-background** soll auf einen weiteren Aspekt des BGH-Urteils eingegangen werden, der für die Entscheidungsbesprechung aus Gründen der Übersichtlichkeit ausgeblendet wurde.

Nach früherer (völlig verfehlter) Rechtsprechung des BGH war die Beweislastumkehr des § 476 BGB a.F. darauf beschränkt, dass ein vom Käufer nachgewiesener Mangel, der sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang zeigt, bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat. Der Verkäufer konnte die Vermutung damit widerlegen, dass der *konkrete* Mangel bei Gefahrübergang noch nicht vorhanden war.<sup>27</sup>

Dieses enge Verständnis hat der BGH nach dem Urteil des EuGH in der Rechtssache Faber<sup>28</sup> aufgegeben. Nach der neueren Rechtsprechung des BGH wird nicht nur vermutet, dass der konkret aufgetretene Mangel bei Gefahrübergang vorgelegen hat, sondern der Mangel zum Zeitpunkt der Lieferung „zumindest im Ansatz“ bereits als sog. latenter Grundmangel vorhanden war.<sup>29</sup>

In der vorliegenden Entscheidung entwickelt der BGH hinsichtlich weiterer zwischen den Parteien streitiger Mängel seine Rechtsprechung zur Reichweite der Beweislastumkehr weiter.

## I. Relevante Zeitpunkte für das Vorliegen eines Sachmangels

23 Hinweis: § 249 BGB gilt im Fall des § 281 BGB nicht direkt. Eine Naturalrestitution widerspräche dem § 281 IV BGB, wonach der Erfüllungsanspruch ausgeschlossen ist, wenn Schadensersatz statt der Leistung verlangt worden ist. Da § 249 II BGB sich auf § 249 I BGB bezieht, gilt auch diese Norm nicht direkt.

24 BGH, Life&LAW 10/2018, 656 ff. = NJW 2018, 1463 ff. = jurisbyhemmer; BGH, Life&LAW 01/2021, 16 ff. = NJW 2021, 53 ff. = jurisbyhemmer.

25 BGH, Life&LAW 06/2021, 371 ff. = NJW 2021, 1532 ff. = jurisbyhemmer.

26 Vgl. dazu ausführlicher auch d'Alquen, „Unterschiede zwischen kaufrechtlicher und werkvertraglicher Mängelhaftung“, Life&LAW 04/2022, 273 (277 f.).

27 BGH, Life&LAW 08/2006, 507 ff. = NJW 2006, 2250 ff. = jurisbyhemmer; Life&LAW 10/2004, 645 ff. = NJW 2004, 2299 ff. = jurisbyhemmer („Opel-Vectra-Zahnriemen-Fall“).

28 EuGH, Life&LAW 08/2015, 551 ff. = NJW 2015, 2237 ff. = jurisbyhemmer.

29 BGH, Life&LAW 01/2017, 1 ff. = jurisbyhemmer; BGH, NJW 2020, 2879 ff. = jurisbyhemmer.

1. Nach der Rechtsprechung des BGH muss der Sachmangel nicht nur zur Zeit des Gefahrübergangs, sondern auch im **Zeitpunkt der Ausübung der Mängelrechte** vorliegen.<sup>30</sup>

Der BGH verweist dabei zu Recht darauf, dass ein behebbarer Sachmangel jederzeit vom Verkäufer beseitigt werden kann.

Außerdem kann ein Mangel auch ohne Zutun des Verkäufers von selbst wieder entfallen.

Denkbar ist dies insbesondere beim Kauf eines Tieres, bei welchem sich eine Tierkrankheit (= Mangel) zum Beispiel „herauswachsen“ kann.

Auch beim Sachkauf ist dies denkbar. So kann beim Kauf eines Autos ein zunächst vorhandenes „Ruckeln“ des Motors entfallen, wenn das Auto längere Zeit eingefahren wurde.

2. Beim Anspruch auf Nacherfüllung und auch beim Anspruch auf Schadensersatz muss der Mangel nach Ansicht des BGH darüber hinaus auch noch im **Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung** vorhanden sein.

**hemmer-Methode: Nach erklärtem Rücktritt oder erklärter Minderung gilt diese unter 2. dargestellte Voraussetzung grundsätzlich nicht, da die Gestaltungswirkung mit dem Zugang der Willenserklärung eintritt, § 130 I S. 1 BGB.**

**Lediglich im Einzelfall kann der Käufer nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) daran gehindert sein, an der Rückabwicklung des Kaufvertrags oder der Minderung des Kaufpreises festzuhalten, obwohl der Mangel im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung bereits behoben worden oder entfallen ist.<sup>31</sup>**

Dieser Umstand führt zu der Frage, ob der Käufer sich auch im Hinblick auf das Fortbestehen des Sachmangels bei Ausübung des Mängelrechts bzw. im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung auf die Beweislastumkehr berufen kann.<sup>32</sup>

Fraglich ist dies deshalb, weil der Wortlaut des § 477 I S. 1 BGB die Beweislastumkehr allein auf den Zeitpunkt des Gefahrübergangs bezieht.

## II. Ausstrahlungswirkung des § 477 I S. 1 BGB bis zum Schluss der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung

Der BGH bejaht eine Ausstrahlungswirkung des § 477 I S. 1 BGB „**jedenfalls**“ dann, wenn innerhalb des Zeitraums der Beweislastumkehr alle Voraussetzungen für das Mängelgewährleistungsrecht vorliegen (z.B. Ablauf einer angemessenen Frist, § 475d I Nr. 1 BGB) und der Käufer dieses Recht gegenüber dem Verkäufer geltend gemacht hat.

§ 477 I S. 1 BGB hat dann bis zum Schluss der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung eine dahingehende „Fortwirkung“, dass der Käufer nur das Fortbestehen des Mangelzustands beweisen muss, auch wenn der Termin zur mündlichen Verhandlung nach Ablauf der Jahresfrist des § 477 I S. 1 BGB liegt.

Diese Ausstrahlungswirkung folgt nach Ansicht des BGH aus dem Schutzzweck des § 477 BGB.

Die Beweislastumkehr liefe weitgehend leer, wenn der Käufer im Hinblick auf den Zeitpunkt der Geltendmachung des Mängelrechts bzw. den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung jetzt auf einmal doch nachweisen müsste, dass der (fortbestehende) Mangelzustand auf einer dem Verkäufer zurechenbaren Ursache, also einem latenten Grundmangel, beruht. Alles andere wäre ein nicht hinzunehmender Wertungswiderspruch.

Diese Ausstrahlungswirkung des § 477 I S. 1 BGB ist geradezu zwingend. Kritisiert wird der BGH aber zu Recht dafür, dass er diese Fortwirkung dahingehend einschränkt, dass innerhalb der Jahresfrist des § 477 BGB alle Voraussetzungen für die Entstehung des betreffenden Mängelrechts geschaffen wurden **und** der Käufer dieses Recht gegenüber dem Verkäufer auch geltend gemacht haben muss.

Aus der Systematik der kaufrechtlichen Mängelrechte ergäbe sich - so die Kritik in der Literatur -, dass Rücktritt, Minderung und Schadensersatz statt der Leistung grundsätzlich erst nach erfolglosem Ablauf einer angemessenen Frist ab Unterrichtung des Verkäufers über den Mangel (§ 475d I Nr. 1 BGB) geltend gemacht werden können. Macht man - wie der BGH - die Ausstrahlungswirkung der Beweislastumkehr gleichwohl davon abhängig, dass der Käufer das Mängelrecht während der Frist des § 477 I BGB geltend gemacht hat, so wird der Zeitraum der Beweislastumkehr zulasten des Käufers erheblich verkürzt.

Zeigt sich der Mangelzustand erst am Ende der Jahresfrist, so hätte der Käufer keine realistische Möglichkeit, nach Fristablauf bei der Geltendmachung sekundärer Rechtsbehelfe in den Genuss der Beweislastumkehr zu kommen. Dies würde sowohl dem Schutzzweck des § 477 BGB als auch den unionsrechtlichen Vorgaben widersprechen.

Durch die Verwendung des Wortes „**jedenfalls**“ deutet der BGH aber darauf hin, dass er einen längeren Zeitraum für

30 BGH, Life&LAW 03/2009, 147 ff. = NJW 2009, 508 ff. = jurisbyhemmer.

31 BGH, Life&LAW 10/2020, 664 ff. = NJW 2020, 2879 ff. = jurisbyhemmer.

32 Lesenswert dazu Looschelders, Beweislastprobleme beim Kauf eines Gebrauchtwagens durch einen Kaufmann, NJW 2022, 659 (661 f.).