

Verbrauchsgüterkauf durch Einzelkaufmann zu privaten Zwecken: § 13 BGB geht § 344 Abs. 1 HGB vor

stud. iur. Aron Rössig

BGH, Urt. v. 10.11.2021 – VIII ZR 187/20

§§ 13, 14 Abs. 1, 434 Abs. 1 S. 1, 437 Nr. 3 BGB; § 476 BGB aF (§ 477 BGB nF); § 344 Abs. 1 HGB

Sachverhalt (leicht abgewandelt)

A, eine gewerbliche Gebrauchtwagenhändlerin, schaltete im Juni 2012 auf der Onlineplattform 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 EUR. Das Fahrzeug wurde darin als in einem „nahezu perfekten Zustand“, „Sammlerzustand“ sowie „technisch und optisch (...) guten Zustand“ befindlich beschrieben.

B, ein Sammler älterer Fahrzeuge, der seinerzeit als Einzelkaufmann unter der Firma A-Group ein Unternehmen (Immobilienmakler) betrieb, interessierte sich für das Fahrzeug, wollte es aber aufgrund der großen Entfernung zwischen seinem Wohnsitz und dem Standort des Fahrzeugs nicht besichtigen. A holte deshalb auf Wunsch des B einen sogenannten DEKRA-Siegel-Bericht über das Fahrzeug ein und ließ ihm diesen zukommen. Der Bericht bestätigte die Angaben aus der Internetanzeige (technisch und optisch guter Zustand) nicht vollständig, sondern führte deutliche Gebrauchsspuren (v.a. Korrosionsansätze an den Kotflügeln) an. Dennoch wies das Fahrzeug nach dem Bericht neben den angeführten alters- und nutzungsbedingten Verschleißerscheinungen keine Durchrostungen oder andere größere Mängel auf. Die vorvertraglichen Verhandlungen fanden alle über die geschäftliche E-Mail-Adresse des B statt, der als Einzelkaufmann im Handelsregister eingetragen war. Der Privatcharakter des Geschäfts war für A nicht erkennbar.

Mit schriftlichem Vertrag vom 29.06.2012 kaufte der B das Fahrzeug sodann zu einem Preis von 9.350 EUR, wobei in der Vertragsurkunde sein (bürgerlicher) Name und seine Privatschrift aufgeführt waren. Der Vertrag enthielt folgenden Zusatz: „Der Kunde kauft das Auto wie beschrieben und gebraucht. Er hat das Dekra-Siegel gelesen und unterschrieben und ist sich des Zustands anhand Beschreibung des Siegels und des Autohauses bewusst.“

Am 04.07.2012 wurde dem B das Fahrzeug übergeben; er ließ es sodann auf den Namen seiner Mutter zu. Noch in demselben Monat bemängelte er gegenüber A unter anderem einen Defekt an der Klimaanlage und das Vorhandensein von Rost an den Kotflügeln. Hierüber fanden in der Folgezeit mehrere Schriftwechsel zwischen den Parteien statt. B beanstandete die Mängel gegenüber A schriftlich unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung bis zum 31.10.2012. Ferner holte er einen Kostenvoranschlag einer fachkundigen Werkstatt ein, die die Kosten der Reparatur auf 9.530,34 EUR ohne MwSt. veranschlagte.

Mit der im Dezember 2012 zugestellten Klage nahm B die A, unter Zugrundelegung von Kostenvoranschlägen auf Schadensersatz wegen der bereits genannten sowie weiterer behaupteter Mängel (Defekte an der Drosselklappe, der Antenne und der Abgasanlage in Form der Schadhafteit eines Katalysators sowie eine Durchrostung am hinteren Teil des Auspuffs) einschließlich Untersuchungskosten in Höhe von insgesamt 9.530,34 EUR nebst Zinsen, in Anspruch. Die Klage ist in den Vorinstanzen (OLG Düsseldorf BeckRS 2020, 52849; LG Düsseldorf, Urt. v. 30.09.2019 – 15 O 393/12) ohne Erfolg geblieben, die Revision wurde jedoch vom Berufungsgericht zugelassen.

Bearbeitervermerk: Es ist die Rechtslage ab dem 01.01.2022 zugrunde zu legen. Verjährung ist nicht zu berücksichtigen.

EINORDNUNG

Für die Wahrnehmung von Mängelgewährleistungsrechten des Käufers bei Gebrauchtwagen hat die Beweislastumkehr des § 477 BGB essentielle Bedeutung.¹ Dementsprechend war die Beweislastumkehr in der Vergangenheit nicht selten Gegenstand der BGH-Rechtsprechung.² Zwar bezieht sich die im Folgenden zu beleuchtende Entscheidung noch auf § 476 BGB aF, die Norm ist jedoch mit der bis zum 31.12.2021 geltenden Fassung des § 477 BGB wortgleich. Der § 477 BGB wurde nunmehr mit Wirkung zum 01.01.2022 bei der Umsetzung der Warenkauf-RL³ durch das Gesetz zur Regelung des Verkaufs von Sachen mit digitalen Elementen und anderer Aspekte des Kaufvertrags vom 25.06.2021⁴ neu gefasst. Die zentralen Aussagen des Urteils sind allerdings auch noch auf den § 477 Abs. 1 BGB nF übertragbar.⁵

Dogmatisch befasst sich die Entscheidung v.a. mit der Abgrenzung von Verbraucher- und Unternehmerhandeln bei einem Kaufmann. Konkret geht es um das Verhältnis von § 344 Abs. 1 HGB zu § 13 BGB, da der Käufer ein eingetragener Kaufmann war. Dabei stehen sich der Verbraucherschutz⁶ und der handelsrechtliche Vertrauensschutz⁷ gegenüber. Das Verhältnis dieser beiden Normen zueinander spielt für die Anwendung der Beweislastumkehr (§ 477 BGB) beim Verbrauchsgüterkauf eine entscheidende Rolle. Nur, wenn der Kläger ein Verbraucher i.S.d. § 13 BGB ist, kommt dieser in den Genuss des § 477 BGB. Es stellt sich damit im vorliegenden Fall zudem die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs zu bejahen ist. Zudem wurde auf die Berechnung der Schadenshöhe anhand der sog. fiktiven Mängelbeseitigungskosten im Rahmen des kaufrechtlichen Schadensersatzes statt der Leistung eingegangen.

LEITSÄTZE

1. Die Vermutung des § 344 Abs. 1 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 Verbrau-

cher- oder Unternehmerhandeln nach §§ 13, 14 Abs. 1 BGB jedenfalls dann keine Anwendung, wenn es sich bei dem Kaufmann um eine natürliche Person (Einzelkaufmann) handelt.

2. Die Vermutung des § 476 BGB aF greift nur dann ein, wenn der Käufer darlegt und erforderlichenfalls beweist, dass sich an der Kaufsache innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang ein mangelhafter Zustand (Mangelerrscheinung) gezeigt hat, der – unterstellt, er hätte seine Ursache in einem dem Verkäufer zuzurechnenden Umstand – dessen Haftung wegen einer Abweichung von der geschuldeten Beschaffenheit begründete. Kommt als Ursache für eine festgestellte Mangelerrscheinung (auch) ein Umstand in Betracht, der eine Haftung des Verkäufers nicht zu begründen vermag – wie das bei gewöhnlichem Verschleiß an nicht sicherheitsrelevanten Teilen eines Gebrauchtwagens regelmäßig der Fall ist, ist dieser Beweis erst erbracht, wenn feststeht, dass die Ursache ebenfalls in einem Umstand liegen kann, der – sofern er dem Verkäufer zuzurechnen wäre – dessen Haftung auslöste.

3. Der Regelung des § 476 BGB aF ist (jedenfalls) in den Fällen, in denen der Käufer innerhalb der Sechsmonatsfrist des § 476 BGB aF alle Voraussetzungen für die Entstehung des betreffenden Mangelrechts geschaffen und dieses gegenüber dem Verkäufer geltend gemacht hat, eine „Ausstrahlungswirkung“ dergestalt beizumessen, dass bezogen auf diejenigen – für die Durchsetzung des Mangelrechts neben dem Zeitpunkt des Gefahrübergangs jeweils zusätzlich maßgeblichen – späteren Zeitpunkte, die innerhalb des Sechsmonatszeitraums liegen (etwa der Zeitpunkt des Zugangs des Gewährleistungsbegehrens), ebenfalls die Darlegung und der Nachweis des Vorhandenseins einer Mangelerrscheinung ausreicht. Darüber hinaus wirkt die Bestimmung des § 476 BGB aF in den genannten Fällen dahingehend fort, dass der Käufer – soweit er auch das Vorliegen eines Mangels zu Zeitpunkten, die außerhalb der Sechsmonatsfrist des § 476 BGB aF liegen (etwa im Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung), zu beweisen hat – ebenfalls lediglich das Fortbestehen der

¹ Looschelders, Beweislastregeln beim Verbrauchsgüterkauf durch einen Unternehmer, NJW 2022, 659.

² Vgl. nur BGHZ 212, 224; 226, 1; BGH NJW 2021, 151.

³ RL (EU) 2019/771.

⁴ Gesetz zur Umsetzung der RL (EU) 2019/771 (Warenkaufrichtlinie), BGBl. 2019 I, S. 2133.

⁵ So auch Looschelders (Fn. 2), NJW 2022, 659; Scholl, EWIR 2022, 209, Anm. zu BGH, Urt. v. 10.11.2021 VIII ZR 187/20.; A. Staudinger, Neues aus Karlsruhe: In dubio pro Verbrauchsgüterkauf, jM 2022, 232 (234).

⁶ Allgemein zum Verbraucherschutz im BGB Hager, Grundlagen des Deutschen Verbraucherschutzes, JA 2011, 721; zum Verhältnis von Verbraucherschutz und Handelsrecht siehe Zimmermann, Der Verbrauchsgüterhandelskauf Zum Verhältnis von Verbraucherschutz und Handelsrecht, JuS 2018, 842.

⁷ Dazu Macathy, Die Grundprinzipien des Rechts der Kaufleute, JuS 2022, 301 (302f.).

jeweiligen nachweislich innerhalb der Frist des § 476 BGB aF aufgetretenen Mangelercheinung bis zu diesen Zeitpunkten, nicht aber deren Verursachung durch den Verkäufer nachzuweisen hat.

4. Der kaufvertragliche Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung (kleiner Schadensersatz) gem. § 437 Nr. 3, §§ 280, 281 Abs. 1 BGB kann nach wie vor anhand der sogenannten fiktiven Mangelbeseitigungskosten bemessen werden.

GUTACHTERLICHE LÖSUNG

A. Anspruch des B gegen A aus §§ 437 Nr. 3, 434 Abs. 1 S. 1, 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB

I. Wirksamer Kaufvertrag zwischen A und B
gem. § 433 Abs. 1 BGB

II. Vorliegen eines Sachmangels

1. Subjektiver Mangel gem. § 434 Abs. 1 Var. 1,
§ 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB

- a) Rostfreiheit als Beschaffenheit
- b) Beschaffenheitsvereinbarung
- c) Abweichung von der Beschaffenheitsvereinbarung
- d) Zwischenergebnis

2. Objektiver Mangel gem. § 434 Abs. 1 Var. 2,
§ 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB

3. Zwischenergebnis

III. Vorliegen der Mängel zur Zeit des
Gefahrübergangs (§ 446 S. 1 BGB)

1. Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs

i.S.d. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB

- a) Verbraucher i.S.d. § 13 BGB
- b) Anderes Ergebnis wegen § 344 Abs. 1 HGB?
- c) Zwischenergebnis

2. Keine Unvereinbarkeit der Vermutung
nach § 477 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB

3. Zwischenergebnis

IV. Angemessene Frist zur Nacherfüllung,
§§ 437 Nr. 1, 439 BGB

V. Rechtsfolge

B. Endergebnis

A. Anspruch des B gegen A aus §§ 437 Nr. 3, 434 Abs. 1 S. 1, 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB

A könnte einen Anspruch auf Schadensersatz gegen B i.H.v. 9.530,34 EUR aus §§ 437 Nr. 3, 434 Abs. 1 S. 1, 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB haben.

I. Wirksamer Kaufvertrag

A und B haben mit dem Vertrag vom 26.09.2012 einen wirksamen Kaufvertrag bezüglich des Mercedes-Benz 600 SEL gem. § 433 Abs. 1 BGB geschlossen.

II. Vorliegen eines Sachmangels

Ferner müsste ein Sachmangel i.S.d. § 434 BGB vorliegen. Der Defekt an der Klimaanlage, der Drosselklappe sowie an der Antenne und der Abgasanlage in Form der Schadhaflichkeit eines Katalysators, der Rost an den Kotflügeln, sowie die Durchrostung am hinteren Teil des Auspuffs könnten Sachmängel i.S.d. § 434 BGB darstellen. Nach § 434 Abs. 1 BGB ist die Sache sachmangelfrei, wenn sie bei Gefahrübergang den subjektiven Anforderungen, den objektiven Anforderungen und den Montageanforderungen nach § 434 Abs. 2-4 BGB entspricht.

Anmerkung:

Insoweit wurde der § 434 BGB nach der Umsetzung von Art. 5 Warenkauf-RL ausgeweitet und es hat sich u.a. die Definition des Sachmangels in § 434 BGB geändert.⁸ Der zuvor vorherrschende Vorrang des subjektiven Mangelbegriffs wurde aufgegeben und es herrscht nun vielmehr ein Gleichrang von subjektivem und objektivem Fehlerbegriff.⁹ Dennoch wird diese Änderung für Kaufverträge zwischen reinen Unternehmern und solchen zwischen reinen Verbrauchern keine Auswirkungen haben, da die Parteien nach § 434 Abs. 3 S. 1 BGB weiterhin eine ausdrückliche oder konkludente Beschaffenheit der Kaufsache vereinbaren können, die von den objektiven Anforderungen abweicht.¹⁰ Anders ist dies bei einem Verbrauchsgüterkauf aufgrund des § 476 Abs. 1 S. 2 BGB hinsichtlich einer „negativen Beschaffenheitsvereinbarung“, bei der von den objektiven Anforderungen nach § 434 Abs. 3 BGB abgewichen wird, zu beurteilen; hier sind durch die Informationspflicht nach § 476 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BGB und die besondere Form nach § 476 Abs. 1 S. 2

⁸ Zum Begriff des Produktmangels i.S.d. § 327e BGB siehe: Weiß, Die Neuerungen durch die Umsetzung der Digitale-Inhalte-RL und der Warenkauf-RL, ZVertriebsR 2021, 208 (210).

⁹ BT-Drs. 19/27424, S. 23; Kupfer/Weiß, Der Referentenentwurf zur Warenkaufrichtlinie – Verbote einer endgültigen Fragmentierung des nationalen Kaufrechts?, ZVertriebsR 2021, 21 (22ff.); Lorenz, Die Umsetzung der EU-Warenkaufrichtlinie in deutsches Recht, NJW 2021, 2065 (2065f.); Weiß (Fn. 9), ZVertriebsR 2021, 208 (213f.).

¹⁰ Vgl. die Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 19/27424, S. 23.

Nr. 2 BGB deutlich höhere Anforderungen zu beachten.¹¹

1. Subjektiver Mangel gem. § 434 Abs. 1 Var. 1,

§ 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB

Der PKW könnte subjektive Mängel aufweisen. Dies wäre der Fall, wenn er nicht die vereinbarte Beschaffenheit aufweisen würde (§ 434 Abs. 1 Var. 1, Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB). In Betracht kommt eine Verletzung einer Beschaffenheitsvereinbarung bezüglich etwaiger Rostspuren oder größerer Mängel am PKW.

a) Rostfreiheit als Beschaffenheit

Die Rostfreiheit müsste eine Beschaffenheit i.S.d. § 434 Abs. 2 S. 1 BGB sein. „Beschaffenheit“ bezeichnet jegliche Merkmale einer Sache, die dieser selbst anhaften oder sich aus ihrer Beziehung zur Umwelt ergeben.¹² Nach der Konkretisierung durch § 434 Abs. 2 S. 2 BGB gehören die Art, Menge, Qualität, Funktionalität, Kompatibilität, Interoperabilität und die sonstigen Merkmale der Sache, für die die Parteien Anforderungen vereinbart haben, zur Beschaffenheit der Kaufsache.¹³ Als eine physische Eigenschaft der Kaufsache stellt die Rostfreiheit ein „sonstiges Merkmal der Sache“ und damit eine Beschaffenheit i.S.d. § 434 Abs. 2 S. 2 a.E. BGB dar.

b) Beschaffenheitsvereinbarung

Ferner müssten A und B eine Beschaffenheitsvereinbarung bezüglich der Rostfreiheit des PKW getroffen haben. Eine Beschaffenheitsvereinbarung i.S.d. § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB setzt 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.¹⁴ Auch für den Abschluss einer Beschaffenheitsvereinbarung – die konkludent getroffen werden kann – bedarf es zweier aufeinander bezogener korrespondierender Willenserklärungen nach §§ 145ff. BGB (Angebot und Annahme).¹⁵ An das Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 S. 1 BGB sind strenge Anforderungen zu stellen, wobei eine

solche nicht mehr im Zweifel, sondern nur noch in eindeutigen Fällen in Betracht kommt und im Einzelfall mittels tatrichterlicher Vertragsauslegung festzustellen ist.¹⁶

Diese nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) vom „objektiven Empfängerhorizont“¹⁷ nach den §§ 133, 157 BGB durchzuführende Auslegung umfasst auch die Frage, ob die Vertragsparteien die in einer Internetanzeige getroffenen Angaben zur Kaufsache (stillschweigend) in den Vertrag einbezogen und auf diese Weise zum Inhalt einer Beschaffenheitsvereinbarung gemacht haben.¹⁸

Eine solche Beschaffenheitsvereinbarung könnte in der Anzeige auf mobile.de in Verbindung mit dem Inhalt des DEKRA-Siegel-Berichts liegen. B wurde vor Abschluss des Kaufvertrags ein DEKRA-Siegel-Bericht über das Fahrzeug durch A übermittelt. Ebenfalls enthielt der Kaufvertrag den Zusatz, dass B den Bericht gelesen habe und sich des Fahrzeugzustands anhand des Berichts bewusst sei. Ihm war der DEKRA-Siegel-Bericht bei Vertragsschluss bekannt und dieser wurde im Kaufvertrag aufgenommen. Der Bericht bestätigt die Angaben aus der Internetanzeige (technisch und optisch guter Zustand) nicht vollständig, sondern führte deutliche Gebrauchsspuren (v.a. Korrosionsansätze) auf, sodass eine Auslegung des Kaufvertrags, die zu dem Ergebnis gelangt, dass die Parteien (stillschweigend) das Vorhandensein von altersentsprechendem Verschleiß als vertragsgerecht angesehen haben, zunächst nicht zu be-
anstanden ist.¹⁹ Jedoch enthielt die Anzeige gleichzeitig die Angaben „nahezu perfekter Zustand“, „Sammlerzustand“ sowie „technisch und optisch guter Zustand“. Dies könnte im Rahmen der Auslegung darauf deuten lassen, dass die vereinbarte Beschaffenheit das Vorhandensein eines altersentsprechenden Verschleißes gerade nicht umfasst. Indes lassen die Angaben bereits einen aussagekräftigen Inhalt vermissen und sind des Weiteren im Lichte der im eingeholten Bericht angeführten, nicht nur geringfügigen Gebrauchsspuren zu beurteilen.²⁰ Insoweit rechtfertigen die ausschließlich in der Anzeige auf mobile.de enthaltenen Angaben zum Fahrzeug („Sammlerzustand“ und „nahezu perfekter Zustand“) daher nicht die Annahme, die Parteien hätten eine höherwertige Beschaffenheit, als in

¹¹ Falk/Piehler, Fortgeschrittenenklausur – Zivilrecht: Kaufrecht nach Umsetzung der Warenkauf-RL und der Digitale-Inhalte-RL, JuS 2022, 37 (38); siehe auch Lorenz (Fn. 10), NJW 2021, 2065 (2072f.); Kupfer/Weiß (Fn. 10), ZVertriebsR 2021, 21 (24).

¹² Begründung des Regierungsentwurfs, BT-Drs. 19/27424, S. 23; siehe auch für das vom Entwurf unangetastete weite Beschaffenheitsverständnis des BGH: BGH NJW 2016, 2874 m.w.N.

¹³ Siehe zu den in § 434 BGB nF aufgenommenen Begriffen der „Kompatibilität“ und der „Interoperabilität“ Lorenz (Fn. 10), NJW 2021, 2065 (2066).

¹⁴ St. Rspr. BGHZ 135, 393 (396); BGH NJW 2008, 1517 (1517) Rn. 13; NJW 2017, 2817 (2818) Rn. 13.

¹⁵ BGH NJW 2018, 150 (152) Rn. 21.

¹⁶ BGH NJW 2017, 2817 (2818) Rn. 13; NJW 2018, 150 (151) Rn. 16 f.; NJW 2022, 686 (688) Rn. 35.

¹⁷ Ausführlich zu dieser Auslegungsregel Stöhr, Der objektive Empfängerhorizont und sein Anwendungsbereich im Zivilrecht, JuS 2010, 292.

¹⁸ Vgl. BGH NJW 2022, 686 (688) Rn. 35.

¹⁹ Vgl. BGH NJW 2022, 686 (688) Rn. 37.

²⁰ Vgl. BGH NJW 2022, 686 (688) Rn. 40.

dem DEKRA-Siegel-Bericht angeführt, vereinbart.²¹ Folglich haben A und B eine Beschaffenheitsvereinbarung mit dem Inhalt getroffen, dass der PKW zwar Durchrostungen oder sonstige größere Mängel nicht aufweise, jedoch nicht frei von alters- und nutzungsbedingten Schäden durch Verschleiß sei.²²

c) Abweichung von der Beschaffenheitsvereinbarung

Da sich jedoch Durchrostungen und grobe Mängel (z.B. Defekte) am PKW gezeigt haben, wurde von der Beschaffenheitsvereinbarung auch abgewichen.

d) Zwischenergebnis

Es liegen damit subjektive Mängel gem. § 434 Var. 1, § 434 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BGB vor.

2. Objektiver Mangel nach § 434 Abs. 1 Var. 2, § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB

Auch könnte der PKW objektiv mangelhaft sein, was der Fall ist, wenn er nicht den objektiven Anforderungen entsprechen würde (§ 434 Abs. 1 Var. 2 BGB). Bezüglich der bereits benannten Verschleißerscheinungen, die auf das Alter und die Nutzung zurückzuführen sind und im DEKRA-Bericht aufgeführt wurden, ist die Kaufsache, wie erörtert, als vertragsgerecht anzusehen. Es könnte jedoch eine „negative Beschaffenheitsvereinbarung“ vorliegen. Dafür müsste der gesetzliche Standard nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB unterschritten werden. Ein der Laufleistung, Qualitätsstufe und dem Alter eines PKW entsprechender, nicht ungewöhnlicher („normaler“) Verschleiß begründet in der Regel, sofern keine besonderen Umstände gegeben sind, keinen Sachmangel i.S.d. Norm.²³ Damit wurde der gesetzliche Standard nach § 434 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB nicht unterschritten.

Es könnte jedoch bezüglich der weiteren im Sachverhalt angeführten Mängel des PKW ein Sachmangel i.S.d. § 434 Abs. 1 Var. 2, Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB vorliegen. Der Defekt an der Klimaanlage und Drosselklappe sowie an der Antenne und an der Abgasanlage in Form der Schadhaftigkeit

eines Katalysators, der Rost an den Kotflügeln,²⁴ sowie die Durchrostung am hinteren Teil des Auspuffs weisen eine Beschaffenheit auf, die bei Sachen dieser Art nicht üblich sind und unzweifelhaft nicht lediglich altersentsprechenden Verschleiß darstellen. Damit liegen auch objektive Mängel i.S.d. § 434 Abs. 1 Var. 2, Abs. 3 S. 1 Nr. 2 BGB vor.

3. Zwischenergebnis

Folglich liegen mehrere Sachmängel vor.

III. Vorliegen der Mängel zur Zeit des Gefahrübergangs

Es fragt sich allerdings, ob diese Mängel bereits bei Gefahrübergang, also der Übergabe (vgl. § 446 S. 1 BGB) am 04.07.2012, vorlagen, wie dies von § 434 Abs. 1 BGB gefordert wird. Nach der sog. „Rosenbergschen Formel“²⁵ haben die Parteien im Zivilprozess diejenigen Tatsachen darzulegen und zu beweisen, die für die Anwendung der für sie günstigen Rechtsnorm Voraussetzung sind. Vorliegend wäre dies der B, denn das Vorliegen eines Mangels bei Gefahrübergang ist Voraussetzung für den Nacherfüllungsanspruch aus §§ 437 Nr. 3, 434 Abs. 1 S. 1, 280 Abs. 1, 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB. Es ließ sich aber nicht mehr aufklären, ob die Durchrostungen bereits zum Zeitpunkt der Übergabe vorlagen oder erst danach entstanden sind, sodass nach den allgemeinen Beweislastregeln kein Sachmangel bei Gefahrübergang vorliegt.

Ein anderes Ergebnis könnte jedoch aus § 477 Abs. 1 S. 1 BGB folgen, der eine Vermutung aufstellt, dass die Ware bei Gefahrübergang mangelhaft war, wenn sich innerhalb eines Jahres²⁶ seit Gefahrübergang ein von den Anforderungen des § 434 BGB abweichender Zustand der Ware gezeigt hat. Voraussetzung für die Anwendung des § 477 BGB ist allerdings, dass ein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 Abs. 1 S. 1 o. S. 2 BGB vorliegt.

1. Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs

i.S.d. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB

Gem. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB liegt ein Verbrauchsgüterkauf vor, wenn ein Verbraucher i.S.d. § 13 BGB von einem Un-

²¹ Vgl. ebd.

²² Vgl. BGH NJW 2022, 686 (688) Rn. 34.

²³ St. Rspr. BGH NJW 2006, 434; NJW 2008, 53 (54); NJW 2009, 1588; NJW 2021, 151 (152) Rn. 23; NJW 2022, 686 (688) Rn. 39. Da bereits kein Sachmangel im Verschleiß zu sehen ist, kommt es an dieser Stelle noch nicht auf das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs und den dadurch implizierten Anforderungen durch den § 476 Abs. 1 S. 2 BGB im Falle des Abweichens von § 434 Abs. 3 BGB an.

²⁴ Im Originalfall stand dem Kläger kein Anspruch auf Schadensersatz bezüglich des gerügten Rosts an den Kotflügeln zu, da die Revision des Klägers nach Ansicht des BGH nicht dargetan hatte, dass es sich bei den Rosterscheinungen um ungewöhnlichen oder atypischen Verschleiß oder gar um eine Durchrostung handelte. Es sei daher weder ein subjektiver als auch ein objektiver Mangel anzunehmen. Siehe dazu BGH NJW 2022, 686 (694) Rn. 98ff.

²⁵ Rosenberg, Die Beweislast Auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs und der Zivilprozessordnung, 5. Aufl. 1965, § 9, S. 98f.

²⁶ Insoweit wurde durch Umsetzung der EU-Warenkaufrichtlinie in deutsches Recht die Dauer der Beweislastumkehr von sechs auf zwölf Monate ausgedehnt. Siehe dazu Biemann, Das neue Kaufrecht: Die wichtigsten Änderungen, DAR 2022, 134 (135f.); Lorenz (Fn. 10), NJW 2021, 2065 (2072); Wilke, Das neue Kaufrecht nach Umsetzung der Warenkauf-Richtlinie, VuR 2021, 283 (292).

ternehmer i.S.d. § 14 BGB eine Ware, also eine bewegliche Sache (vgl. § 241a Abs. 1 BGB),²⁷ kauft. Dass A als gewerbliche Autohändlerin das Fahrzeug als Unternehmerin i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB an B veräußert hat, steht nicht zur Debatte.²⁸ Problematisch ist hingegen, dass ein Kaufmann i.S.d. § 1 HGB stets auch Unternehmer i.S.v. § 14 BGB ist, sodass es zu Überschneidungen der Anwendungsbereiche mit dem Recht des Handelskaufs aus den §§ 373ff. HGB kommen kann und sich folglich Verbrauchsgüterkauf- und Handelsrecht in einem gewissen Spannungsverhältnis gegenüberstehen.²⁹ Vice versa kann der Kaufmann selbst im Zusammenhang mit seinem Betrieb auch als Verbraucher handeln, was wiederum zu Kollisionen von Handels- und Verbraucherrecht führt.³⁰

a) Verbraucher i.S.d. § 13 BGB

Fraglich ist deshalb, ob B, der als eingetragener Kaufmann³¹ stets auch Unternehmer i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB ist, den PKW als Verbraucher i.S.d. § 13 BGB erworben hat. Verbraucher ist nach der Legaldefinition in § 13 BGB jede natürliche³² Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Ein Unternehmer ist nach § 14 Abs. 1 BGB eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Somit ist zu erörtern, zu welchem Zweck B, welcher als eingetragener Einzelkaufmann gewerblich und selbstständig tätig sein kann, den Kaufvertrag abgeschlossen hat. Grundsätzlich ist für die Abgrenzung zwischen Verbraucher- und Unternehmerhandeln die objektiv zu bestimmende Zweckrichtung des Rechtsgeschäfts entscheidend, wobei es maßgeblich auf die konkreten Umstände des Einzelfalls, insbesondere auf das Verhalten der Parteien bei Vertragsschluss, ankommt.³³ Eine Zurechnung zum Unternehmerhandeln, die

nicht dem mit dem rechtsgeschäftlichen Handeln objektiv verfolgten Zweck entspricht, kann nur erfolgen, wenn die dem Vertragspartner erkennbaren Umstände eindeutig und zweifelsfrei darauf deuten lassen, dass die natürliche Person in Verfolgung ihrer gewerblichen oder selbstständigen beruflichen Tätigkeit handelt.³⁴ Dem Verbraucherhandeln zuordenbar können z.B. Rechtsgeschäfte im Zusammenhang mit der persönlichen Freizeitgestaltung, dem Ausüben von Hobbies sowie sportlichen Aktivitäten sein.³⁵ Vorliegend wollte B das Auto als Sammler erwerben. Für einen privaten Zweck spricht ferner der Umstand, dass das Auto auf seine Mutter zugelassen wurde. Dass B bei den Vertragsverhandlungen über die geschäftliche E-Mail-Adresse tätig geworden ist, ändert daran nichts, denn dieser private Zweck muss für A grundsätzlich nicht erkennbar gewesen sein. Aus der vom Gesetzgeber gewählten negativen Formulierung von § 13 Hs. 2 BGB geht nämlich hervor, dass entgegen der allgemeinen Grundregeln zur Beweislast³⁶ das rechtsgeschäftliche Handeln einer natürlichen Person grundsätzlich als Verbraucherhandeln anzusehen ist und insoweit verbleibende Zweifel nicht zulasten des Verbrauchers gehen.³⁷ Insofern kommt dem B also aus der Negativformulierung des § 13 Hs. 2 BGB eine Erleichterung zu, die eine Vermutungswirkung zugunsten des Verbraucherhandels entfaltet.³⁸ Damit ist bei vorliegendem Vertragsschluss mit einer natürlichen Person grundsätzlich von einem Verbraucherhandeln auszugehen, sodass im Ergebnis ein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegen würde.

b) Anderes Ergebnis aufgrund von § 344 Abs. 1 HGB?

Problematisch ist allerdings, ob die o.g. Grundsätze auch noch angewendet werden können, wenn es sich bei der rechtsgeschäftlich handelnden natürlichen Person um einen Einzelkaufmann i.S.d. HGB handelt. Nach § 344 Abs. 1 HGB gelten nämlich die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte als im Zweifel zum Betriebe

²⁷ Es empfiehlt sich den § 241a Abs. 1 BGB als Legaldefinition von „Ware“ an den § 474 BGB im Gesetzestext zu kommentieren.

²⁸ Vgl. BGH NJW 2022, 686 (689) Rn. 44.

²⁹ Hoffmann, Das Zusammentreffen von Handelskauf und Verbrauchsgüterkauf: Wertungswidersprüche und Korrekturbedarf, BB 2005, 2090.

³⁰ Zimmermann, Der Verbrauchsgüterhandelskauf Zum Verhältnis von Verbraucherschutz und Handelsrecht, JuS 2018, 842.

³¹ Wegen der in § 1 Abs. 2 HGB kodifizierten Vermutung ist B im Zweifel „Ist-Kaufmann“. Insofern hat die Eintragung im Handelsregister nach § 29 HGB lediglich deklaratorische Wirkung. Vertiefend zum Kaufmannsbegriff Müller, Der Kaufmannsbegriff, JA 2021, 454; Petig/Freisfeld, Die Kaufmannseigenschaft, JuS 2008, 770.

³² Nach dem Wortlaut des § 13 BGB bezieht sich der Verbraucherbegriff nur auf natürliche Personen, sodass jegliche juristischen Personen ausgeschlossen sind. Strittig ist hingegen, ob auch rechtsfähige Personengesellschaften i.S.d. § 14 Abs. 2 BGB (z.B. GbR, OHG, KG) ausgeschlossen sind. Siehe dazu Fritzsche in: Staudinger, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2018, § 13 Rn. 35ff. m.w.N.

³³ St. Rspr. BGH NJW 2009, 3780 (3780) Rn. 8ff.; NJW 2018, 146 (149) Rn. 41; NJW 2021, 2281 (2288) Rn. 75; NJW 2022, 686 (689) Rn. 46.

³⁴ BGH NJW 2009, 3780 (3781) Rn. 10f.; NJW 2013, 2107 Rn. 18; NJW 2021, 2277 (2278) Rn. 18; NJW 2021, 2281 (2289) Rn. 84; NJW 2022, 686 (689) Rn. 46.

³⁵ Alexander in: beck-online.GROSSKOMMENTAR, Stand: 01.05.2022, § 13 Rn. 291.

³⁶ Siehe auch zur Beweislast der Verbrauchereigenschaft Bülow, Beweislast für die Verbrauchereigenschaft nach § 13 BGB, WM 2011, 1349; Wolf/von Bismarck, Kaufmann, Unternehmer, Verbraucher – wann gilt das BGB, wann das HGB, wann Verbraucherrecht?, JA 2010, 841 (845).

³⁷ BGH NJW 2009, 3780 (3781) Rn. 10; NJW 2021, 2277 (2278) Rn. 18; NJW 2021, 2281 (2290) Rn. 94; NJW 2022, 686 (689) Rn. 47.

³⁸ Vgl. BGH NJW 2022, 686 (689) Rn. 49.

seines Handelsgewerbes gehörig. Solche Geschäfte sind damit Handelsgeschäfte i.S.d. § 343 Abs. 1 HGB, bei dessen Abschluss der Kaufmann in Ausübung seiner gewerblichen Tätigkeit und damit als Unternehmer i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB gehandelt hat.³⁹ Damit regeln die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB und § 13 Hs. 2 BGB jeweils entgegengesetzte Rechtsfolgen. Es stellt sich insoweit die Frage nach dem Verhältnis des § 344 Abs. 1 HGB zu § 13 Hs. 2 BGB.

Der § 344 Abs. 1 HGB greift nur im Zweifel ein, d.h. nur, wenn der private Charakter nicht eindeutig feststeht,⁴⁰ was vorliegend der Fall ist. Für das Widerlegen der Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB, dass Geschäfte eines Kaufmanns zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören, wird vorausgesetzt, dass der Vertragspartner den privaten Charakter des Geschäfts bei Vertragsschluss kannte oder kennen musste.⁴¹ Die Beweislast hierfür trägt der Kaufmann als diejenige Partei, die sich auf den privaten Charakter des Geschäfts beruft.⁴² Im konkreten Fall war der Privatcharakter für A indes nicht erkennbar. Maßgeblicher Zeitpunkt ist der Zeitpunkt der Geschäftsvornahme,⁴³ sodass der nachträgliche Beweis des Privatcharakters durch B die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB nicht widerlegen kann. Prima facie läge damit kein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB vor. Der § 344 Abs. 1 HGB könnte jedoch im vorliegenden Fall nicht anwendbar sein. Ob und ggf. inwieweit § 344 BGB der Anwendung von Verbraucherrecht entgegensteht bzw. umgekehrt die Vermutungswirkung des § 344 Abs. 1 HGB durch Verbraucherrecht eingeschränkt wird, ist strittig.⁴⁴

aa) Eine Ansicht: Differenzierung zwischen Käufer und Verkäufer

Vereinzelt wird danach unterschieden, ob die natürliche Person als Käufer oder Verkäufer auftritt.⁴⁵ So sei die Vermutungswirkung des § 344 Abs. 1 HGB überwiegend heranzuziehen, wenn auf Anbieterseite ein Unternehmer i.S.d. § 14 BGB gehandelt hat.⁴⁶ Gegen eine solche Anwendung des § 344 HGB auf Anbieterseite sollen keine unionsrechtlichen Bedenken bestehen, denn das unionsrechtliche Verbraucherrecht schütze Verbraucher regelmäßig nur in ihrer Rolle als Nachfrager und nicht als Anbieter.⁴⁷ Auf Käuferseite wird daher von einigen Literaturstimmen die Anwendbarkeit des § 344 HGB verneint, da ansonsten der unionsrechtlich vorgegebene Verbraucherschutz unterlaufen werden könnte.⁴⁸ Vorliegend steht B auf Käuferseite, sodass die Vermutungswirkung des § 344 Abs. 1 HGB nicht zur Anwendung kommen würde.

bb) Andere Ansicht: Anwendbarkeit des § 344 Abs. 1 HGB

Andere hingegen nehmen unabhängig von Anbieter- oder Verkäuferseite grundsätzlich eine Anwendung von § 344 Abs. 1 HGB an.⁴⁹ Es wird dabei vereinzelt darauf hingewiesen, dass der Verkauf beweglicher Sachen durch eine GmbH nach Rechtsprechung des BGH⁵⁰ gem. § 344 Abs. 1 HGB im Zweifel zum Betrieb ihres Handelsgewerbes gehört und für sie ein Unternehmergeschäft i.S.d. § 14 Abs. 1 BGB darstellt.⁵¹ Folgt man diesem Ansatz, so lässt sich die Vermutungswirkung des § 344 Abs. 1 HGB im konkreten Fall anwenden, sodass B nicht als Verbraucher, sondern als Unternehmer i.S.d. § 14 BGB angesehen werden müsste. Im Ergebnis würde damit kein Verbrauchsgüterkauf vorliegen, sodass die Beweislastumkehr des § 477 Abs. 1 S. 1 BGB

³⁹ Fest in: Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, Handelsgesetzbuch, Band 2, 4. Aufl. 2020, HGB § 344 Rn. 20.

⁴⁰ Roth in: Koller/Kindler/Roth/Drüen, Handelsgesetzbuch: HGB, 9. Aufl. 2019, § 344 Rn. 4.

⁴¹ BGH WM 1976, 424 (425); Fest in: Ebenroth et al. (Fn. 40), HGB § 344 Rn. 35; Kort, Zum Begriff des Kaufmanns im deutschen und französischen Handelsrecht, AcP 193 (1993), 453 (462); Leyens in: Hopt (vormals Baumbach/Hopt), Handelsgesetzbuch: HGB, 41. Aufl. 2022, HGB § 344 Rn. 3; K. Schmidt, Handelsrecht – Unternehmensrecht I, 6. Aufl. 2014, § 18 Rn. 22; a.A. Weyer, Handelsgeschäfte (§§ 343ff. HGB) und Unternehmergeschäfte (§ 14 BGB), WM 2005, 490 (500f.).

⁴² Roth in: Koller et al. (Fn. 41), § 344 Rn. 4; K. Schmidt, HGB (Fn. 42), § 18 Rn. 22.

⁴³ Maultzsch in: Drescher/Fleischer/K. Schmidt, Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Band 5, 5. Aufl. 2021, § 344 Rn. 3; Schmidt in: Ensthaler, Gemeinschaftskommentar zum HGB, 8. Aufl. 2015, § 344 Rn. 2.

⁴⁴ Vgl. dazu Pamp in: Oetker, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 7. Aufl. 2021, § 344 Rn. 7; vgl. auch Hoffmann (Fn. 30), BB 2005, 2090 (2091); Maultzsch in: MüKoHGB (Fn. 44), § 344 Rn. 24ff.; Micklitz in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1, 9. Aufl. 2021, § 14 Rn. 33ff.; Weyer (Fn. 43), WM 2005, 490 (500) Wolf/von Bismarck (Fn. 37), JA 2010, 841 (847).

⁴⁵ Vgl. Maultzsch in: MüKoHGB (Fn. 44), § 344 Rn. 25f.

⁴⁶ Maultzsch in: MüKoHGB (Fn. 44), § 344 Rn. 24ff.; Fest in: Ebenroth et al. (Fn. 40), HGB § 344 Rn. 20.

⁴⁷ Maultzsch in: MüKoHGB (Fn. 44), § 344 Rn. 25.

⁴⁸ Herresthal, Scheinunternehmer und Scheinverbraucher im BGB, JZ 2006, 695 (699); Micklitz in: MüKoBGB (Fn. 45), § 13 Rn. 78; Pfeiffer, Vom kaufmännischen Verkehr zum Unternehmerverkehr – Die Änderungen des AGB-Gesetzes durch das Handelsrechtsreformgesetz, NJW 1999, 169 (173f.).

⁴⁹ Faber, Elemente verschiedener Verbraucherbegriffe in EG-Richtlinien, zwischenstaatlichen Übereinkommen und nationalem Zivil- und Kollisionsrecht, ZEuP 1998, 854 (865f.); Lettl, NJW 2021, 2280, Anm. zu BGH, Urt. v. 07.04.2021 – VIII ZR 191/19; Lorenz in: Säcker/Rixecker/Oetker/Limberg, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 4, § 474 Rn. 32; Mansel in: Jauernig, Bürgerliches Gesetzbuch, 18. Aufl. 2021, § 14 Rn. 2.; Maultzsch in: MüKoHGB (Fn. 44), § 344 Rn. 26.; Oetker/Maultzsch, Vertragliche Schuldverhältnisse, 5. Aufl. 2018, § 2 Rn. 589.

⁵⁰ BGH NJW 2011, 3435 (3436) Rn. 19.

⁵¹ So verweisen z.B. Lorenz in: MüKoBGB (Fn. 45), § 474 Rn. 90 und Mansel in: Jauernig (Fn. 50), § 14 Rn. 2 auf das Urteil; dazu kritisch Looschelders (Fn. 2), NJW 2022, 659 (660).

nicht greifen würde.

cc) Dritte Ansicht: Unanwendbarkeit des

§ 344 Abs. 1 BGB

Nach wohl h.M., die auch vom BGH im vorliegenden Fall vertreten wird, ist der § 344 Abs. 1 BGB (in direkter oder analoger Anwendung) weder auf Käufer noch auf Verkäufer anwendbar, wenn natürliche Personen handeln.⁵² Nach Argumentation des BGH scheide eine Anwendung des § 344 Abs. 1 BGB schon nach den Grundsätzen der Normensystematik aus.⁵³ Demnach gehe im Falle 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 sog. „lex posterior-Grundsatzes“⁵⁴ wird abbedungen.⁵⁵ Der mit dem Fernabsatzgesetz⁵⁶ in seiner ursprünglichen Fassung eingeführte § 13 BGB ist im Verhältnis zu dem seit dem 01.01.1964 unverändert geltenden § 344 Abs. 1 HGB die jüngere⁵⁷ Vorschrift.⁵⁸ Ferner sei § 13 BGB nicht nur die jüngere, sondern im Bereich des hier einschlägigen Verbraucherrechts auch die speziellere⁵⁹ Vorschrift.⁶⁰ So kommt den §§ 13, 14 BGB nach dem in Erfüllung unionsrechtlicher⁶¹ Vorgaben zum Verbraucherschutz entwickelten gesetzgeberischen Konzept u.a. die Funktion zu, die Voraussetzungen für das Eingreifen der an verschiedenen Stellen im BGB verankerten verbraucherschützenden Normen (z.B. beim hier vorliegenden Verbrauchsgüterkauf, §§ 474ff. BGB), einheitlich zu

bestimmen.⁶² Die §§ 13, 14 BGB treffen zu diesem Zweck in Bezug auf die europarechtlich⁶³ geprägte Abgrenzung zwischen Verbraucher- und Unternehmerhandeln eine eigenständige Regelung, die der Einordnung des rechtsgeschäftlichen Handelns einer natürlichen Person diene, die eine gewerbliche oder selbstständige (neben-)berufliche Tätigkeit ausübt, also nach diesen Bestimmungen grundsätzlich sowohl Verbraucher als auch Unternehmer sein könne.⁶⁴ Für eine ergänzende Heranziehung des § 344 Abs. 1 HGB, dessen Regelungsziel allein der handelsrechtlich gebotene Vertrauens- und nicht der Verbraucherschutz ist,⁶⁵ bestehe im Rahmen des § 13 BGB, jedenfalls sofern es um die verbraucherrechtsliche Einordnung des rechtsgeschäftlichen Handelns einer natürlichen Person geht, kein Platz.⁶⁶ Damit einhergehend würde durch Anwendung des § 344 Abs. 1 HGB in Fällen, in denen die Verbrauchereigenschaft desjenigen, der sich auf das Vorliegen eines Verbrauchergeschäfts für sich beruft, streitig ist, die in § 13 BGB zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wertung einer den Verbraucher privilegierten Verteilung der Darlegungs- und Beweislast unterlaufen werden und damit zu einer dieser Regelung und den europarechtlichen Vorgaben widersprechenden Einschränkung des Verbraucherschutzes führen.⁶⁷

Übertragen auf den vorliegenden Fall würde es deshalb bei dem schon festgestellten Ergebnis, dass die Vermutung des § 13 Hs. 2 BGB für die Verbrauchereigenschaft des B

⁵² BGH NJW 2022, 686 (689) Rn. 42ff.; dem Ergebnis des Urteils hinsichtlich der Unanwendbarkeit des § 344 HGB auch zustimmend Eufinger, GWR 2022, 95, Anm. zu BGH, Urt. v. 10.11.2021 – VIII ZR 187/20; Looschelders (Fn. 2), NJW 2022, 659 (660); A. Staudinger (Fn. 6), jM 2022, 232; ebenfalls für eine Unanwendbarkeit Alexander in: BeckOGK (Fn. 36), § 14 Rn. 236; Fritzsche in: Staudinger (Fn. 33), § 13 Rn. 46, 67; Lehmann-Richter in: Häublein/Hoffmann-Theinert, Beck'scher Online-Kommentar zum HGB, 36. Ed., Stand: 15.04.2022, § 344 Rn. 5; Roth in: Koller et al. (Fn. 41), § 344 Rn. 2; Saenger in: Erman, BGB, Band 1, 16. Aufl. 2020, § 13 Rn. 17; zurückhaltender Leyens in: Hopt (Fn. 42), HGB § 344 Rn. 2 und Pamp in: Oetker (Fn. 45), § 344 Rn. 7, welche die Ansicht vertreten, dass die Anwendung von Verbraucherschutzvorschriften durch § 344 HGB zumindest nicht erschwert werden solle.

⁵³ BGH NJW 2022, 686 (690) Rn. 52.

⁵⁴ *Lex posterior derogat legi priori* (lat.: „Das jüngere Gesetz hebt das ältere Gesetz auf“). Ausführlich zu diesem Rechtsgrundsatz und weiteren Rechtsgrundsätzen Vranes, *Lex Superior, Lex Specialis, Lex Posterior – Zur Rechtsnatur der „Konfliktlösungsregeln“*, ZaöRV 2005, 391; Siehe auch Barczak, *Rechtsgrundsätze, Baupläne für die normative Einheits- und Systembildung*, JuS 2021, 1; ders., *Normenkonkurrenz und Normenkollision*, JuS 2015, 969.

⁵⁵ BVerfGE 141, 1 (21 Rn. 50); BGHZ 219, 1 (23); BGH NJW 2022, 686 (690) Rn. 52.

⁵⁶ Gesetz über Fernabsatzverträge und andere Fragen des Verbraucherrechts sowie zur Umstellung von Vorschriften auf Euro, 27.06.2000, BGBl. 2000 I, S. 897.

⁵⁷ Zuletzt wurde die Vorschrift nach Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie (ABl. 2011 L 304, S. 64ff.) durch das am 13.06.2014 in Kraft getretene „Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie und zur Änderung des Gesetzes zur Regelung der Wohnungsvermittlung“ vom 20.09.2013 (BGBl. I S. 3642) verändert. Hierbei wurde der Wortlaut der Norm um ein „überwiegend“ ergänzt. Ausführlich zur Reform Meier, *Der Verbraucherbegriff nach der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie*, JuS 2014, 777.

⁵⁸ BGH NJW 2022, 686 (690) Rn. 52.

⁵⁹ Dies entspricht also dem Grundsatz „*lex specialis derogat legi generali*“ (lat.: Das speziellere Gesetz geht dem Allgemeineren vor“).

⁶⁰ BGH NJW 2022, 686 (690) Rn. 52.

⁶¹ Zu den europarechtlichen Ursprüngen des Verbraucherbegriffs und dem Unterschied zwischen dem deutschen und dem europäischen Verbraucherbegriff Kellermann, *Der deutsche Verbraucherbegriff – eine Würdigung der streitigen Einzelfälle*, JA 2005, 546ff.; Siehe auch zu den europarechtlichen Rechtsquellen und Vorgaben für die Auslegung des Verbraucherbegriffs Prütting in: Prütting/Wegen/Weinreich, *BGB Kommentar*, 17. Aufl. 2022, § 13 Rn. 2ff.

⁶² BGH NJW 2022, 686 (689) Rn. 49.

⁶³ Vgl. Art. 2 lit.b, c RL 93/13/EWG (RL über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen); Art. 1 Abs. 2 lit.a, c RL 1999/44/EG (Verbrauchsgüterkauf-RL); BT-Drs. 14/6040, S. 242f.

⁶⁴ BGH NJW 2022, 686 (689) Rn. 49.

⁶⁵ BGH NJW 2018, 150 (154) Rn. 37 m.w.N.

⁶⁶ BGH NJW 2022, 686 (689) Rn. 50. Der BGH erstreckt seine Entscheidung auch auf die Verkäuferseite: BGH NJW 2022, 686 (690) Rn. 54ff. Siehe dazu Looschelders (Fn. 2), NJW 2022, 659 (660).

⁶⁷ BGH NJW 2022, 686 (689) Rn. 51.

spricht, bleiben. Es ergebe sich damit die objektive Zweckrichtung eines Verbrauchergeschäfts, sodass im Ergebnis ein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB vorliegen würde.

dd) Stellungnahme

Da die Meinungen der einen Ansicht und der dritten wohl h.M. mit der anderen Ansicht nicht im Einklang stehen, ist eine Stellungnahme erforderlich. Zunächst sei festzuhalten, dass sich die von der anderen Ansicht herangezogene BGH-Rechtsprechung⁶⁸, gar nicht auf den vorliegenden Fall übertragen lässt. In der zitierten Entscheidung war auf der Verkäuferseite eine GmbH als Formkaufmann gem. § 6 Abs. 1 HGB, § 13 Abs. 3 GmbHG an dem Rechtsgeschäft beteiligt, weshalb sich die Abgrenzungsfrage zwischen Verbraucher- und Unternehmerhandeln mangels Verbrauchereigenschaft einer GmbH (da sie als juristische Person nicht Verbraucher i.S.d. § 13 BGB sein kann), gar nicht gestellt hat und der Senat vielmehr eine anders gelagerte Frage bejaht hat.⁶⁹ Ferner sind ohnehin alle Geschäfte einer Handelsgesellschaft i.S.d. § 6 HGB dem Betrieb eines Handelsgewerbes zurechenbar, da sie keine private Rechtssphäre haben, sodass dem § 344 Abs. 1 HGB in solchen Fällen keine praktische Bedeutung zukommt.⁷⁰ Auch ist es überzeugend im Falle der Normenkollision von § 13 BGB und § 344 HGB auf allgemeine Rechtsgrundsätze, wie in diesem Fall auf den lex-posterior-Grundsatz zurückzugreifen.⁷¹

Das auch durch Unionsrecht geprägte deutsche gesetzgeberische Ziel eines umfassenden Schutzniveaus für Verbraucher kann nur erreicht werden, wenn keine handelsrechtlichen Vorschriften – wie hier der § 344 Abs. 1 HGB – Anwendung finden, die das Verbrauchsgüterkaufrecht aushebeln und so den Schutz des Käufers einschränken würden.⁷² Würde man den § 344 Abs. 1 HGB (direkt oder entsprechend) in Konstellationen vorliegender Art anwenden, so würden sämtliche Rechtsgeschäfte eines Kaufmanns bis zum Nachweis ihrer Zugehörigkeit zum privaten Handeln des potentiell unternehmerisch Tätigen dem

§ 14 BGB zugeordnet, was den Anwendungsbereich des § 13 BGB erheblich verkürzen würde.⁷³ Überdies würde eine Anwendung des § 344 Abs. 1 HGB auf die Abgrenzung zwischen Verbraucher- und Unternehmerhandeln dem europäischen Richtlinienrecht widersprechen, sodass die Anwendung der Vermutungsregelung im Rahmen der Auslegung nicht mehr als europarechtskonform zu beurteilen wäre.⁷⁴

Damit sind die Ansichten vorzugswürdig, die zu einem Vorrang der §§ 13, 14 BGB kommen, sodass die Anwendung des § 344 Abs. 1 HGB auf die Abgrenzung zwischen Verbraucher- und Unternehmerhandeln im Kontext der §§ 13, 14 BGB bei natürlichen Personen abzulehnen ist.

c) Zwischenergebnis

Folglich ist § 344 Abs. 1 HGB auf den vorliegenden Sachverhalt nicht anwendbar, sodass es bei der Verbrauchereigenschaft des B kraft Negativformulierung des § 13 Hs. 2 BGB bleibt. Es liegen damit alle Voraussetzungen eines Verbrauchsgüterkaufs i.S.d. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB vor.

2. Keine Unvereinbarkeit der Vermutung nach § 477 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB

Infolgedessen begründen die innerhalb eines Jahres⁷⁵ seit Gefahrübergang i.S.d. § 446 S. 1 BGB auftretenden Mängel die Vermutung, dass der von § 434 BGB abweichende Zustand der Ware bei Gefahrübergang vorlag.⁷⁶ Die Mängel am Auto des B zeigten sich noch im selben Jahr, in dem auch die Kaufsache übergeben wurde, sodass sich innerhalb eines Jahres seit Gefahrübergang ein von § 434 BGB abweichender Zustand der Ware gezeigt hat.

Bezüglich der Verschleißschäden könnte die Vermutung jedoch wegen einer etwaigen Unvereinbarkeit mit der Art des mangelhaften Zustandes (§ 477 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB) ausscheiden. Die Beweislastumkehr kommt jedoch auch bei einer Beschaffenheitsvereinbarung über das Fehlen stärkeren Verschleißes zur Anwendung, da sich ein Verschleiß vom vorliegenden Gewicht nicht innerhalb eines halben Jahres nach Gefahrübergang entwickelt.⁷⁷ Da sich

⁶⁸ BGH NJW 2011, 3435 (3436) Rn. 19.

⁶⁹ Vgl. BGH NJW 2022, 686 (689) Rn. 57.

⁷⁰ Looschelders (Fn. 2), NJW 2022, 659 (660); Maultzsch in: MüKoHGB (Fn. 44), § 344 Rn. 2.

⁷¹ Der Begründung des BGH anhand des lex-posterior-Grundsatzes ebenfalls zustimmend Eufinger (Fn. 53), GWR 2022, 95, Anm. zu BGH, Urt. v. 10.11.2021 – VIII ZR 187/20; Looschelders (Fn. 2), NJW 2022, 659 (660, 662); a.A. Staudinger (Fn. 6), jM 2022, 232.

⁷² Hoffmann (Fn. 30), BB 2005, 2090 (2093).

⁷³ Herresthal (Fn. 49), JZ 2006, 695 (699).

⁷⁴ Pfeiffer (Fn. 49), NJW 1999, 169 (173f.).

⁷⁵ Siehe Fn. 27.

⁷⁶ Grund für diese Umkehr der Beweislast ist laut Gesetzesbegründung zu § 476 BGB aF (nun: § 477 BGB) der Umstand, dass Unternehmer in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Übergabe über die im Vergleich zum Verbraucher besseren Erkenntnis- und Beweismöglichkeiten verfügt. BT-Drs. 14/6040, S. 245.

⁷⁷ Vgl. BGH NJW 2022, 686 (691) Rn. 68.

die beiden Vertragsparteien vorliegend mittels Beschaffensvereinbarung darauf geeinigt haben, dass stärkerer Verschleiß wie im vorliegenden Fall in Form der Durchrostungen nicht vorliegt, ist die Vermutung des § 477 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 BGB innerhalb der Dauer der Beweislastumkehr nicht nach § 477 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB ausgeschlossen.⁷⁸

3. Zwischenergebnis

Damit wird zugunsten des B vermutet, dass die Sachmängel zum Zeitpunkt des Gefahrenüberganges bereits vorlagen.

IV. Angemessene Frist zur Nacherfüllung,

§§ 437 Nr. 1, 439 BGB

Aufgrund des „Rechts zur zweiten Andienung“⁷⁹ gebührt der Nacherfüllung (§§ 437 Abs. 1 Nr. 1, 439 BGB) durch den Verkäufer der Vorrang.⁸⁰ B hat der A eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt, sodass er Schadensersatz geltend machen kann.

V. Rechtsfolge

B könnte damit von A Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 437 Nr. 3, § 434 Abs. 1 S. 1, § 280 Abs. 1, 3, § 281 Abs. 1 S. 1 BGB verlangen, wenn ein zu ersetzender Schaden vorliegt. Ein Schaden im Rechtssinne liegt bei jeder Beeinträchtigung eines vermögenswerten oder rein ideellen Interesses vor.⁸¹ Der PKW des B trägt Verschleißspuren (u.a. Durchrostungen) und Defekte an unterschiedlichen Fahrzeugteilen davon, sodass sein Vermögen beeinträchtigt wurde. Beim Schadensersatz statt der Leistung ist der Käufer so zu stellen, wie er bei ordnungsgemäßer Erfüllung gestanden hätte (§§ 249 Abs. 1, 251 Abs. 1 BGB). Die Schadensberechnung erfolgt nach der Differenzhypothese,⁸² also durch den Vergleich der tatsächlichen Vermögenslage des Käufers mit der hypothetischen Lage bei ordnungsgemäßer Erfüllung.⁸³

B hat den Schaden nicht beheben lassen, sondern berechnet seinen Schaden auf Basis eines Kostenvoranschlags der Nettopreparaturkosten i.H.v. 9.530,34 EUR einschließlich der Untersuchungskosten, sodass ihm die Reparaturkosten tatsächlich (noch) gar nicht entstanden sind. Dies ist jedoch unschädlich, da sich der Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung aus §§ 437 Nr. 3, § 434 Abs. 1 S. 1, § 280 Abs. 1, 3, § 281 Abs. 1 S. 1 BGB auch anhand der voraussichtlich erforderlichen („fiktiven“) Mängelbeseitigungskosten bemessen lassen kann.⁸⁴ Ansonsten hätte der Käufer bedingt durch die Pflichtverletzungen des Verkäufers – in Form der mangelhaften Lieferung und ausgebliebenen Nacherfüllung – die Nachteile und Risiken einer Vorfinanzierung für die Mängelbeseitigung zu tragen, denn einen Anspruch auf Vorschuss für eine Selbstvornahme kennt das Kaufrecht, anders als das Werkvertragsrecht⁸⁵ (siehe § 637 Abs. 3 BGB), nicht.⁸⁶ Da die Mängel nicht behoben sind, sondern nur die fiktiven Mängelbeseitigungskosten festgestellt wurden, ist die Umsatzsteuer nicht schadensersatzfähig. Diese wäre nur zu ersetzen, wenn und soweit sie tatsächlich angefallen ist.⁸⁷ B kann damit Schadensersatz statt der Leistung i.H.v. insgesamt 9.530,34 EUR verlangen.

B. Gesamtergebnis

Folglich hat B gegen A einen Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung i.H.v. 9.530,34 EUR aus §§ 437 Nr. 3, § 434 Abs. 1 S. 1, § 280 Abs. 1, 3, § 281 Abs. 1 S. 1 BGB.

FAZIT

Nach Lektüre der Entscheidung sollte dem Leser bekannt sein, dass nach Ansicht des BGH im Falle von Rechtsgeschäften einer natürlichen Person, die auch Einzelkaufmann sein kann, die Vermutung des § 344 Abs. 1 HGB nicht greifen solle, sondern das Handeln kraft Vermutung des

⁷⁸ Vgl. BGH NJW 2022, 686 (691) Rn. 68; Wäre keine Beschaffensvereinbarung über das Fehlen stärkeren Verschleißes getroffen, wäre es im vorliegenden Fall auf die strittige Frage angekommen, ob Verschleißmängel unter den Vermutungsausschluss nach § 477 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BGB (§ 476 Hs. 2 Alt. 2 BGB aF) fallen. Siehe zu einzelnen Fundstellen in Bezug auf den Streitstand BGH NJW 2022, 686 (691) Rn. 69.

⁷⁹ Zur Entstehung des juristischen Terminus „Andienung“ Schroeter, Das Recht zur zweiten Andienung im System des Schuldrechts, AcP 207 (2007), 28 (29); begrifflich wurde im Gesetzgebungsverfahren auch von einer „letzten Chance“ oder „Möglichkeit zur zweiten Andienung“ für den Verkäufer gesprochen, BT-Drs. 14/6040, S. 220.

⁸⁰ BGHZ 162, 219 (227); Westermann in: MüKoBGB (Fn. 45), § 439 Rn. 2; Höpfner in: BeckOGK (Fn. 36), Stand: 01.05.2022, § 437 Rn. 68ff.; Ausführlich zum Vorrang der Nacherfüllung Lorenz, Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers: Zur Reichweite des „Rechts zur zweiten Andienung“, NJW 2006, 1175; Schubel, Die zweite Andienung des Verkäufers nach der Umsetzung der Warenkaufrichtlinie, JZ 2022, 73.

⁸¹ Oetker in: Sackner/Rixecker/Oetker/Limberg, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, 9. Aufl. 2022, § 249 Rn. 16.

⁸² Ausführlich Mohr, Berechnung des Schadens nach der Differenzhypothese, Jura 2010, 327.

⁸³ Grüneberg (vormals Palandt), Vorb. § 249 Rn. 10.

⁸⁴ BGHZ 200, 350 (354); BGH NJW 2022, 686 (694) Rn. 94; siehe dazu auch Ernst in: MüKoBGB (Fn. 82), § 281 Rn. 149f.

⁸⁵ Im Werkvertragsrecht hat der VII. Zivilsenat des BGH seine frühere Rechtsprechung in Bezug auf die Bezifferung des Schadensersatzes statt der Leistung anhand der fiktiven Mängelbeseitigungskosten aufgegeben. Nun umfasst der werkvertragliche Anspruch auf kleinen Schadensersatz gem. § 634 Nr. 4, §§ 280, 281 Abs. 1 BGB keine fiktiven Mängelbeseitigungskosten mehr. Vgl. BGHZ 218, 1 (10 Rn. 31ff.); bestätigt durch BGH NJW-RR 2018, 1038.

⁸⁶ BGH NJW 2022, 686 (694) Rn. 95.

⁸⁷ Vgl. BGHZ 229, 115.

§ 13 Hs. 2 BGB im Zweifel als Verbraucherhandeln zu klassifizieren ist. Wie im Hauptteil ausführlich dargelegt wird dies u.a. mit Hilfe des „lex-posterior-Grundsatzes“ sowie den in den §§ 13, 14 BGB umgesetzten europarechtlichen Vorgaben im Hinblick auf den Verbraucherschutz begründet, die unterlaufen werden würden, sofern man § 344 Abs. 1 HGB zuungunsten einer natürlichen Person anwenden würde. Die Entscheidungsbesprechung sollte den Examenkandidaten Anlass geben sich noch einmal die ausgesprochen hohe Prüfungsrelevanz des neuen Kaufrechts, insbesondere des Verbrauchsgüterkaufs i.S.d. § 474 Abs. 1 S. 1 BGB, zu vergegenwärtigen und ggf. weiter zu vertiefen.⁸⁸ Ebenfalls ist die Argumentation des BGH mithilfe von allgemeinen Rechtsgrundsätzen didaktisch wertvoll, denn ebenso wie der klassische Auslegungskanon⁸⁹, gehören diese zum juristischen Handwerkszeug.

Auf zwei im Gutachten nicht aufgegriffene wichtige Schwerpunkte der Entscheidung soll in gebotener Kürze noch im Folgenden eingegangen werden:

Der BGH präzisiert mit seiner Entscheidung die Reichweite der Vermutung nach § 476 BGB aF (§ 477 BGB nF). Nach früherer, enger BGH-Rechtsprechung war die Beweislastumkehr des § 476 BGB aF darauf begrenzt, dass ein vom Käufer nachgewiesener Mangel, welcher sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang gezeigt hat, bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat und der Verkäufer konnte diese damit widerlegen, dass der konkrete Mangel bei Gefahrübergang noch nicht vorhanden war.⁹⁰ Geprägt durch das Urteil des EuGH aus 2015 in der Rechtssache Faber⁹¹ wurde diese enge Auffassung verworfen.⁹² Nunmehr ist nach neuer Rechtsprechung des BGH die Vermutung bereits dann zugunsten des Verbrauchers anwendbar, wenn der Käufer darlegen und beweisen kann, dass sich innerhalb von sechs (nach § 477 Abs. 1 S. 1 BGB nF nunmehr zwölf) Monaten ab Gefahrübergang ein mangelhafter Zustand (sog. „Mangelercheinung“) gezeigt hat, der unterstellt, er hätte seine Ursache in einem dem Verkäufer zuzurechnenden Umstand dessen Haftung wegen Abweichung von der geschuldeten Beschaffenheit begrün-

den würde.⁹³ Weiterhin führt der BGH aus, dass der Nachweis einer Funktionsstörung im konkreten Fall nicht für die Feststellung eines Mangelzustands ausreiche, sondern der Käufer ferner nachweisen müsse, dass diese innerhalb des Zeitraums der Beweislastumkehr aufgetreten seien und nicht auf „normalen“ Verschleiß beruhen, denn letzterer stelle keinen Mangel dar.⁹⁴

Zudem ist der BGH in seinem Urteil noch auf weitere prozessualrechtliche Aspekte des § 477 BGB nF im Hinblick auf die Darlegungs- und Beweislast eingegangen und hat der Norm eine „Ausstrahlungswirkung“ und „Fortwirkung“ dahingehend zugebilligt, dass der Käufer auch zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Tatsachenverhandlung oder ggf. im Zeitpunkt der im Wege einer berechtigten Selbstvornahme durchgeführten Mangelbeseitigung ebenfalls nur das Fortbestehen des innerhalb dieser Frist unstreitig oder nachgewiesenermaßen aufgetretenen mangelhaften Zustands zu beweisen habe.⁹⁵ Hierauf konnte aus didaktischen Gründen nicht weiter eingegangen werden.⁹⁶

⁸⁸ Zur Vertiefung des Verbrauchsgüterkaufs siehe z.B. Looschelders, Schuldrecht Besonderer Teil, 17. Aufl. 2022, § 14 Rn. 1ff.

⁸⁹ Gemeint sind natürliche die auf v. Savigny zurückzuführende Wortlaut-, die systematische, die teleologische sowie die (in Klausuren weniger relevante) historische Auslegung. Zur Vertiefung der Auslegungsgrundgrundsätze siehe z.B. Möllers, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 4 Rn. 1ff., § 5 Rn. 1ff.; Zippelius, Juristische Methodenlehre, 12. Aufl. 2021, § 8.; Schäfers, Einführung in die Methodik der Gesetzesauslegung, JuS 2015, 875.

⁹⁰ Vgl. BGHZ 159, 215 (217f.); 167, 40 (48).

⁹¹ EuGH, 04.06.2015, ECLI:EU:C:2015:357 – Faber, NJW 2015, 2237 (2240) Rn. 66ff.

⁹² Ausführlich zur Änderung der BGH-Judikatur BGHZ 212, 224 (231) Rn. 20ff.

⁹³ BGHZ 212, 224 (236) Rn. 35ff.; 226, 1 (16) Rn. 54ff.; BGH NJW 2022, 686 (692) Rn. 72.

⁹⁴ BGH NJW 2022, 686 (692) Rn. 74f.

⁹⁵ BGH NJW 2022, 686 (693) Rn. 87ff.

⁹⁶ Das Nachlesen der prozessualen Fragen des Urteils ist jedoch für Referendare zu empfehlen. Dazu ausführlich Looschelders (Fn. 2), NJW 2022, 659 (660ff.); A. Staudinger (Fn. 6), Jm 2022, 232 (233f.).