

**Die Beweislastumkehr gem. § 476 BGB beim Gebrauchtwagenkauf im
Lichte der EuGH-Entscheidung**

Masterarbeit

Zur Erlangung des Mastertitels
der Juristischen Fakultät der Universität zu Köln

vorgelegt von

Ismahan Gülen-Erdogan

(aus Istanbul)

bei Prof. Dr. Barbara Grunewald

2016

meinen Eltern

VORWORT

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2016 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität zu Köln als Masterarbeit angenommen. Literatur und Rechtsprechung sind bis September 2016 berücksichtigt.

Mein besonderer Dank gebührt zunächst meiner Betreuerin, Frau Prof. Dr. Barbara Grunewald für ihre unbürokratische Unterstützung, ihr persönliches Engagement und die Erstellung des Gutachtens.

Ich möchte mich bei meiner Eltern und Schwester persönlich dafür bedanken, dass sie mir das Studium ermöglicht haben. Ohne meine Eltern und Schwester, die mich jederzeit in jeder Hinsicht und bedingungslos unterstützt haben, wäre die vorliegende Arbeit nicht entstanden. Sie haben mit viel Liebe und Verständnis immer zu mir gestanden. Ihnen ist dieses Buch gewidmet.

Mein ganz herzlicher Dank gilt meinem Mann. Seine wertvolle Unterstützung hat zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Ebenfalls schulde ich herzlichen Dank an meinem Freunden, die mir in der anstrengenden Zeiten Spaß und Freude gebereitet haben.

Über ihre Anregung oder Kritik, die an ismgulenerdogan@gmail.com gerichtet sind, freue ich mich.

Köln, im Juli 2023

Ismahan Gülen-Erdogan

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	I
Literaturverzeichnis	III
A. Einleitung.....	1
B. Gang der Untersuchung	2
C. Die Grundlagen des Verbrauchsgüterkaufrechts	3
D. Anwendungsbereich des § 474 BGB.....	4
I. Persönlicher Anwendungsbereich des § 474 BGB	4
1. Verbrauchereigenschaft des Käufers nach § 13 BGB	4
2. Unternehmereigenschaft des Verkäufers nach § 14 BGB	5
II. Sachlicher Anwendungsbereich des § 474 BGB	6
E. Beweislastumkehr	7
I. Mangel	7
II. Frist	8
III. Beweislastumkehr	8
1. Grundsatz	8
2. Reichweite der Vermutung	12
a. Darlegungspflicht des Käufers.....	12
b. Widerlegung der Vermutung	12
aa. Die Grundlegenden Entscheidungen des BGH	13
aaa. Zahnriemen-Fall	13
bbb. Der Karosserie-Fall.....	14
ccc. Der Turbolader-Fall.....	14
ddd. Der Katalysator-Fall	14
eee. Zylinderkopfdichtung-Fall	15
fff. Der Getriebefall	16
c. Die Ansichten in der Literatur	16
aa. Mit dem BGH übereinstimmende Meinung.....	16
bb. Ablehnende und die überwiegende Meinung in der Literatur	18
d. Die Ansicht des EuGH.....	22

e. Stellungnahme.....	27
aa. Wortlaut- Argumentation	27
bb. Die teleologische Auslegung	27
F. Ausschluss der Beweislastumkehr.....	29
I. Unvereinbarkeit mit der Art der Sache	31
II. Unvereinbarkeit mit der Art des Mangels.....	33
1. Verschleißerscheinungen	33
2. Äußere/offene Beschädigung.....	34
3. Der Mangel, den der Verkäufer erkennen müssen	34
4. Mängel, die jederzeit eintreten können.....	36
5. Fahrfehler/Bedienung-Anwendungsfehler.....	37
6. Mangel bei Beteiligung Dritte	38
G. FAZIT	39

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB	Betriebs Berater
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
bzw.	beziehungsweise
EuGH	Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften
EWS	Europäisches Wirtschafts- und Steuerrecht
EWiR	Entscheidung zum Wirtschaftsrecht
evtl.	eventuell
f.ff.	fortfolgende
F.S.	Festschrift
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
Hrsg.	Herausgeber
i.S.v.	im Sinne von
JZ	Juristenzeitung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
Nr.	Nummer

OLG	Oberlandesgericht
RabelsZ	Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RL	Richtlinie
R n.	Randnummer
S.	Seite
sog.	sogenannt/en
str.	streitig
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
Vgl.	vergleiche
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht
VuR	Zeitschrift für Wirtschafts-und Verbraucherrecht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZGS	Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZAP	Zeitschrift für die Anwaltspraxis

Literaturverzeichnis

Alexander, Christian: Verbraucherschutzrecht, 2015 (zit: Alexander § Rn.)

Augenhöfer, Susanne: Beweislastumkehr und Unzumutbarkeit der Nacherfüllung in: ZGS 2004, S.385-391.

Ball, Wolfgang: Die Beweislastumkehr nach 476 BGB in: Festschrift für Gerda Müller 2009, S. 591-598.

Bamberger, Heinz Georg/ **Roth**, Herbert: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 1: §§ 1-610 BGB, 3. Auflage 2012 (zit: Bamberger/Roth/*Faust* Rn.)

Bülow, Peter/ **Artz**, Markus: Verbraucherprivatrecht, 4. Auflage 2014 (zit: Bülow Rn.)

Dauer-Lieb, Barbara/**Langen**, Werner: Nomos Kommentar BGB Schuldrecht Band 2/1: §§ 241-610 BGB, 3. Auflage 2016 (zit: Dauner-Lieb/Langen/ *Büdenbender* Rn.)

Diehl, Hans Jörg: Anm. zu dem Ur. des BGH v. 14.9. 2005- VIII ZR 363/04 in: DAR 2005, S. 671-675.

Engel, Martin, **Stark** Johanna: Verbraucherrecht ohne Verbraucher? in: ZEuP 2015, S. 32-51.

Erger, Christian: Beweislastumkehr nach § 476 BGB- zwischen Zylinderköpfen und Zahnriemen in: NJW 2015, S.405-408.

Erman, von Westermann Harm Peter, BGB-Kommentar, Band I: §§ 1-710 BGB, 14. Auflage 2014, (zitt: Erman/*Grunewald* Rn.)

Faust, Florian: Anm. zu dem Ur. des EuGH v. 17.4.2008-C-404/06 in: JuS 2008, S. 652-654.

Fellert, Marcus: Die Beweislastumkehr des § 476 BGB im Lichte der aktuellen Rechtsprechung des EuGH in: JA 2015, S. 818-822.

Fischer, Nikolaj: Umsetzung der EU-Verbraucherrechterichtlinie im deutschen Privatrecht Überblick und Bewertung in: ZAP 2015, S. 1073-1084.

Grunewald, Barbara, **Peifer**, Karl-Nikolaus: Verbraucherschutz im Zivilrecht 2010 (zit: Grunewald Rn.).

Grohmann, Uwe/**Gruschincke**, Nancy: Beweislastumkehr gem. § 476 BGB- Tendenz zu einem effizienteren Verbraucherschutz in: ZGS 2005, S. 452-455

Gsell, Beate: Beweislastumkehr zu Gunsten des Verbraucher- Käufer auch bei nur potenziellem Grundmangel in: VuR 2015, S. 446-452.

- Gsell, Beate:** Sachmangelbegriff und Reichweite der Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf in: JZ 2008, S. 29-34.
- Gsell, Beate:** Die Beweislast für den Sachmangel beim Verbrauchsgüterkauf in: JuS 2005, S. 967-971.
- Harryers, Chritopf:** Die Beweislastumkehr gem. 476 BGB, 2014, Saabrücker Schriften zu Recht und Praxis –Dissertation- (zit: Harryers, S.)
- Herresthal, Carsten:** Die Richtlinienwidrigkeit des Nutzungsersatzes bei Nachlieferung im Verbrauchsgüterkauf in: NJW 2008, S. 2475-2478.
- Höffe, Sibylle:** Die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG und ihre Auswirkungen auf den Schadensersatz beim Kauf, 2001, Uni-Tübingen –Dissertation- (zit: Höffe, S.)
- Höpfner, Clemens:** Die Reichweite der Beweislastumkehr im Verbrauchsgüterkauf in: ZGS 2007, S. 410- 414.
- Hübner, Leonhard:** Anmerkung zu der Entscheidung des EuGH vom 4.6.2015- C- 497/13 Faber in: NJW 2015, S. 2237-2241.
- Kieselstein, Jana:** Die Anwendung des 476 BGB in der neusten Rechtsprechung in: ZGS 2005, S. 338- 341.
- Klöhn, Lars:** Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf (§ 476 BGB) in: NJW 2007, S. 2811-2815.
- Koch, Raphael:** Anmerkung zu der Entscheidung des EuGH vom 4.6.2015- C- 497/13 Faber in: JZ 2015, S. 830- 837.
- Kohler, Christian/Seyr, Sibylle/Puffer-Mariette, Jean-Christophe:** Unionsrecht und Privatrecht- Zur Rechtsprechung des EuGH im Jahre 2013 in: ZEuP 2015, S. 335- 345).
- Krüger, Wolfgang/ Westermann, Harm Peter:** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Schuldrecht Besonderer Teil, Band 3: §§ 433-610 BGB, 6. Auflage 2012 (zit: MünchKommBGB/Bearbeiter)
- Lorenz,** Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch Band 3, 6. Auflage 2012 (zit:

MünschKommBGB/Lorenz Rn.)

- Lorenz**, Stephan: Anm. zu dem Urt. des BGH v. 18.7.2007-VIII ZR 259/06 in: NJW 2007, S. 2621- 2623.
- Lorenz**, Stephan: Sachmangel und Beweislastumkehr im Verbrauchsgüterkauf zur Reichweite der Vermutungsregelung in § 476 BGB in: NJW 2004, S. 3020-3022.
- Lorenz**, Stephan: Grundwissen-Zivilrecht: Verbrauchsgüterkauf in: JuS 2015, S. 398-401.
- Looschelders**, Dirk/ **Benzenberg**, Elke: Anm. zu dem Urt. des BGH v. 2.6.2004 VIII ZR 329/03 in: VersR 2005, S. 231-234.
- Najdecki**, Wolfgang: Rollenwechsel beim Verbrauchsgüterkauf in: ZGS 2009, S.155-158.
- Oechsler**, Jürgen: Verdeckte Sachmangel beim Verbrauchsgüterkauf- Die Beweisfrage nach der Faber- Entscheidung des EuGH in: BB 2015, S.1923-1926.
- Paland**, BGB-Handkommentar, 75. Auflage, 2016 (zit: Palandt/Bearbeiter Rn.)
- Schindelhauer**, Björn: Umgehungsgestaltungen beim Gebrauchtwagenkauf. 2011, –Dissertation- (zit: Schinderhauer S.)
- Purnhagen**, Kai: Die Zurechnung von Unternehmer- und Verbraucherhandeln in den §§ 13 und 14 BGB im Spiegel der Rechtsprechung-Eckpfeiler eines Konzepts? In: VuR 2015, S. 3-9.
- Reinking**, Kurt/**Eggert**, Christoph: Der Autokauf, 12. Auflage, 2014 (zit: Rinking/Eggert Rn.)
- Reinking**, Kurt: Die Rechtsprechung des BGH zur Beweislastumkehr beim Autokauf in: DAR 2007, S. 601-603.
- Rott**, Peter: Anmerkung zu der Entscheidung des EuGH vom 4.6.2015- C- 497/13 Faber in: EuZW 2015, S. 556-561.
- Roth**, Herbert: Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf in: ZIP 2004, S. 2025-2027.
- Ruckteschler**, Alexander: Haltbarkeitsgarantie durch Hintertür in: ZEuP 2016, S. 527- 542.
- Rühl**, Giesela: Zur Vermutung der Mangelhaftigkeit beim Verbrauchsgüterkauf in: Rabelsz 2009, S.912-933.
- Saenger**, Inge/**Veltman**, Till: § 476 BGB-Gesetzliche Haltbarkeitsgarantie? In: ZGS 2005, S. 450-

452.

Säcker, Franz-Jürgen/**Rixecker**, Roland: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch
Band 1, 6. Auflage 2012 (zit: MünchKommBGB/Bearbeiter)

Schinkels, Boris: Anmerkung zu der Entscheidung des BGH vom 11.7.2007- VIII ZR 110/06 in;
LMK 2007 S. 39-40.

Schattenkirchner, von Silvia: Der Autokauf-Teil 1 in: VuR 2013, S. 13-22.

Schmitt, Stephan: (Assessorexamensklausur): Innerfamiliärer Gebrauchtwagenverkauf in: JuS
2015, S. 448-454.

Schwab, Martin: Reichweite des § 476 BGB bei Grund-und Folgemängeln in: JuS 2015, S. 71-
73.

Tonner, Klaus/**Willingmann**, Armin/**Tamm**, Marina: Vertragsrechtkommentar 2010 (zit:
Tonner Rn.)

Tonner, Klaus/**Tamm**, Marina: Verbraucherrecht, Beratungshandbuch, 2. Auflage 2016 (zit:
Tamm/Tonner Rn.)

Voschepoth, Dorothee: § 476 BGB beim Pferdekauf, 2013 Üni-Münster –Dissertation- (zit:
Voschepoth S.)

Vuia, Mihai: Praxisrelevante Probleme bei der Rückabwicklung von Kaufverträgen über
Gebrauchtwagen in: NJW 2015, S. 1047-1051.

Wagner, Gerhard: Verbrauchsgüterkauf in den Händen des EuGH: Überzogener
Verbraucherschutz oder ökonomische Rationalität? in: ZEuP 2016, S. 87- 120.

Walther, Angelika: Gebrauchtwagenkauf und Schuldrechtmodernisierungsgesetz, 2011 (zit:
Walther S.)

Wendehorst, Christiane: Das neue Gesetz zur Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie in:
NJW 2014, 577-584.

Westermann, Harm Peter: Das neue Kaufrecht in: NJW 2002, S. 240-252.

Westphalen, Eduard Graf: Zur Auslegung von § 476 BGB bei Verschleiß und Bedienungsfehlern

in: ZGS 2005, 210-216.

Westphalen, Eduard Graf: Die Beweislastumkehr zu Gunsten des Pferdekäufers nach § 476 BGB

in: ZGS 2004, S.340-344.

Wietoska, Elke: Die Beweislastumkehr in 476 BGB in der Praxis des Gebrauchtwagenkaufs in:

ZGS 2004, S. 8-112.

Witt, Carl-Heinz: Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf nach § 476 BGB

in: ZGS 2007, S. 386-392.

A. Einleitung

Wir leben in einer Gesellschaft, in der jeder auch Verbraucher ist¹. Der Verbraucher gehört zu den Personengruppen, die von dem Rechtssystem besonders geschützt werden sollen². Ihm soll beim Erwerb von Gütern die Wahl- und Entscheidungsfreiheit gewährleistet werden, indem er vor Täuschungen, unlauteren und irreführenden Marktstrategien des Unternehmers geschützt wird³. Für die Eigenschaft des Verbrauchers sind Bildung, wirtschaftliche und gesellschaftliche Status, Kultur und Fachkenntnisse keine Maßstäbe⁴. Daher wird der Begriff des Verbraucherrechts als Rollenrecht definiert⁵. Diese Rolle ist von einem kleinen bis zum großen Produkt, von der Geburt bis zum Tod von großer Bedeutung. Aufgrund weltweit schnellerer Erreichbarkeit zu den Gütern und der Erhöhung von Dienstleistungsqualität ist der Verbrauch bzw. der Konsum nie so bedeutsam und interessant als denn je. Dies macht den Schutz des Verbrauchers beim grenzüberschreitenden Einkauf erforderlich⁶. Mit diesem Ziel wurde die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG⁷ am 22.05.1999 erlassen⁸. Sie ist die erste Grundlage des Europäischen Vertragsrechts⁹.

Die auf Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG beruhende Regelung des § 476 BGB ist eine der umstrittensten Vorschriften des neuen Schuldrechts¹⁰. Seit Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes am 1.1.2002 war § 476 BGB der Gegenstand von mehreren Entscheidungen des BGH sowie unzähligen Instanzgerichtlichen Urteilen¹¹. In diesen Sachverhalten ging es überwiegend um Gebrauchtwagenkäufe¹². Das Vorliegen eines Mangels, die Anwendbarkeit des § 476 BGB und die Reichweite der Vermutung stellen die zentralen

¹ Engel/Stark, ZEuP 2015, 32.

² Engel/Stark, ZEuP 2015, 32.

³ Grunewald, Rn.2.

⁴ Engel/Stark, ZEuP 2015, 32 (36).

⁵ Engel/Stark, ZEuP 2015, 32 (51).

⁶ Grunewald, Rn.190; EuGH, EWS 2015, 115; Engel/Stark, ZEuP 2015, 32 (43f); Höffe, S.5.

⁷ Erger, NJW 2015, 405; Richtlinie 1999/44/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 25.5.1999 zu bestimmten Aspekten des Verbrauchsgüterkaufs und der Garantien für Verbrauchsgüter, ABI Nr. L 171 v. S. 12.

⁸ Erman/Grunewald 474 Rn.1; Kohler/Seyr/Puffer-Mariette ZEuP 2015, 335 (339ff); Höffe, S.1.

⁹ Grunewald, Rn.190.

¹⁰ Gsell, JZ 2008, 29; Gsell, VuR 2015, 446; Wagner, ZEuP 2016, 87 (88).

¹¹ Höpfner, ZGS 2007, 410; Gsell, JZ 2008, 29 (30); Witt, ZGS 2007, 386.

¹² Tamm/Tonner/Schattenkirchner § 14 Rn. 10.

Probleme dieser Entscheidungen dar.¹³ Nach allgemeiner Regelung des § 363 BGB obliegt dem Käufer die Beweislast für die Abweichung der Ist-von der Sollbeschaffenheit beim Gefahrübergang¹⁴. Die Regelung des § 476 BGB stellt von diesem Grundsatz eine Abweichung dar, in den die Beweislast des Anspruchstellers erleichtert wird¹⁵. Danach „zeigt sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel, so wird vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar.“ Somit regelt sie eine Beweislastumkehr zu Gunsten des Verbrauchers. Um in diesen Genuss der Sonderregeln der §§ 474-477 BGB zu kommen, muss ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache gekauft haben¹⁶. Da der Verbraucher gegenüber dem Unternehmer ungleiche Erkenntnis- und Beweismöglichkeiten hat, muss das divergierende Verhältnis zwischen dem Unternehmer und Verbraucher ausgeglichen werden. In diesem Zusammenhang verdient der Verbraucher einen erhöhten Schutz insbesondere beim Gebrauchtwagenkauf¹⁷.

B. Gang der Untersuchung

Diese Arbeit befasst sich mit der Thematik der Beweislastumkehr i. S. v. § 476 BGB und der Entscheidung des EuGH vom 04.06.2015 zur Auslegung des Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, die ihre Wirkungen auf das deutsche Recht entfalten wird. Zunächst sind der persönliche und sachliche Anwendungsbereich eines Verbrauchsgüterkaufrechts nach § 474 BGB zu erläutern (C).

Nach der Erfüllung der Voraussetzungen eines Verbrauchsgüterkaufs ist auf die Frage der Beweislastumkehr gem. § 476 BGB zu gehen, deren Behandlung den Schwerpunkt dieser Arbeit bildet (D). Dabei rückt die Widerlegung der Vermutung i. S. v. § 476 BGB in den Vordergrund. Hier werden die unterschiedlichen Ansichten hinsichtlich der Reichweite der Vermutung geschildert. Unter Einbeziehung einzelner Entscheidungen ist die Auffassung des BGH darzustellen. Darauf folgen die divergierenden Meinungen der Literatur. Eine umfangreiche Rechnung wird dem Urteil des EuGHs vom 04.06.2015 getragen, die auf einer Vorlage eines niederländischen Gerichtshofs ergangen war. Der EuGH geht in der Faber-

¹³ Wietesko ZGS 2004, 8.

¹⁴ Schwab, JuS 2015, 71 (72); Gsell, JZ 2008, 29.

¹⁵ Grunewald, Rn. 199.

¹⁶ Grunewald, Rn. 189.

¹⁷ Reinking, AnwBl 2004, 607.

Entscheidung auf das Problem der Beweislastverteilung für verdeckte Mängel ein, das seit der Zahnriemen-Entscheidung des BGH in Deutschland im Hinblick auf die Anwendung des § 476 erörtert wird. Abschließend wird anhand der Kriterien, die die Rechtsprechung aufgestellt hat, auf die Ausschlusstatbestände der Vermutung aufgrund der Art der Sache oder des Mangels eingegangen.

C. Die Grundlagen des Verbrauchsgüterkaufrechts¹⁸

Die Vorschriften der §§ 474- 479 BGB¹⁹ stellen die Sonderregeln des Kaufrechts dar. Sie beruhen auf die Verbrauchsgüterkaufrichtlinie²⁰ 1999/44/EG vom 22.05.1999 mit den Ergänzungen durch die RL 2011/83/EU²¹. Die RL dient vor allem zur Verstärkung des Vertrauens des Verbrauchers bei internationalen Einkäufen²². Mit diesem Ziel stellt die RL die erste Grundlage des Europäischen Vertragsrechts dar²³. Zur Ergänzung des allgemeinen Kaufrechts wurden die Regeln des Verbrauchsgüterkaufrechts erlassen. Die durch das Schuldrechtmodernisierungsgesetz von 1.1.2002 eingeführte Vorschrift des § 476 BGB setzt der Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie um²⁴.

Insbesondere ist darauf hinzuweisen, dass beim Verbrauchsgüterkauf der Schutz des Verbrauchers im Vordergrund steht. Aufgrund fehlenden Ausgleichs des Information- und Machtgefälles zwischen dem Käufer und dem Verkäufer soll dem Verbraucher geholfen werden, indem er vor vertraglichen Regelungen, die ihn zu stark benachteiligen, und vor Täuschungen geschützt wird²⁵.

Der der „*ausgefeilten Absatzstrategien des Unternehmers*“ ausgesetztem Verbraucher verdient einen verstärkten Schutz auf den Konsumentenmärkten in der EU²⁶. Zu diesem Zweck werden

¹⁸ Früher als „Kundenschutzrecht“ in: Engel/Stark, ZEuP 2015, 32 (47).

¹⁹ §§ ohne Angabe sind im Folgenden solche des Bürgerliches Gesetzbuchs.

²⁰ Im Folgenden: Richtlinie bzw. RL.

²¹ Erman/*Grunewald* §474 Rn.1; Kohler/Seyr/Puffer-Mariette ZEuP 2015, 335 (339ff); Höffe, S.1. Fischer, ZAP 2015, 1073.

²² Grunewald, Rn.190; EuGH, EWS 2015, 115; Engel/Stark, ZEuP 2015, 32 (43f); Höffe, S.5.

²³ Grunewald, Rn.190.

²⁴ Alexander, § 12 Rn. 2.

²⁵ Grunewald, Rn. 189; Engel/Stark, ZEuP 2015, 32 (40).

²⁶ Grunewald, Rn. 189; Oechsler, BB 2015,1923 (1925); Wagner, ZEuP 2016, 87 (88); Engel/Stark, ZEuP 2015, 32 (40).

sowohl die RL als auch die Regelungen der §§ 474-477 dem Verbraucher zur Verfügung gestellt²⁷.

D. Anwendungsbereich des § 474 BGB

Die Anwendbarkeit des § 476 setzt einen Verbrauchsgüterkauf im Sinne des § 474 I 1 BGB voraus. Demnach muss ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache erwerben. Dazu muss ein Sachmangel innerhalb von sechs Monaten seit der Übergabe aufgetreten sein

I. Persönlicher Anwendungsbereich des § 474 BGB

Zur Eröffnung des persönlichen Anwendungsbereiches ist ein Kaufvertrag zwischen einem Unternehmer als Verkäufer im Sinne des § 14 BGB und einem Verbraucher als Käufer nach § 13 BGB also ein sog. B2C „Geschäft“ (Business-to-Consumer) erforderlich²⁸. Relevant ist lediglich die Stellung als Vertragspartei des Kaufvertrags²⁹. Daher kann jeder ein Verbrauchsgüterkaufvertrag unabhängig von seinen individuellen Fähigkeiten und Kenntnissen lediglich als Verbraucher schließen³⁰.

1. Verbrauchereigenschaft des Käufers nach § 13 BGB

Gem. § 13 BGB ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch selbständigen beruflichen Tätigkeit zugeordnet werden kann³¹.

Der Zweck des Vertrags ist nach den objektiven Kriterien festzustellen³². Als Kriterium sind der innere Wille und der Empfängerhorizont der Vertragspartei unerheblich³³. Die Beweislast dafür, dass der Vertrag zu privatem Zweck abgeschlossen wurde, obliegt allein dem Käufer in seiner Rolle als Verbraucher³⁴.

²⁷ Höffe, S.1.

²⁸ Erman/*Grunewald* § 474 Rn.2; MünchKommBGB/*Lorenz* § 474 Rn. 18.

²⁹ MünchKommBGB/*Lorenz* § 474 Rn. 19; Engel/Stark, ZEuP 2015, 32ff.

³⁰ Engel/Stark, ZEuP 2015, 32 (36f).

³¹ MünchKommBGB/*Lorenz* § 474 Rn. 22; Bülow, Rn. 62; Engel/Stark, ZEuP 2015, 32ff; Vgl. Herresthal, NJW 2008, 2475 (2476).

³² Vgl. Höffe, S. 21f; Alexander, § 3 Rn. 44.

³³ MünchKommBGB/*Lorenz* §474 Rn. 23; MünchKommBGB/*Micklitz* § 13 Rn. 35.

³⁴ Schinkels, LMK 2007, 39 (40); Engel/Stark, ZEuP 2015, 32ff; Witt ZGS 2007, 386 (387).

In den Fällen, in denen der Verbraucher neben seiner privaten Tätigkeit auch gewerblich tätig ist, kommt eine gemischte Zwecksetzung sog. „dual Use“ in Betracht, was allerdings von dem Anwendungsbereich des § 476 grundsätzlich nicht erfasst ist³⁵. Ein bloßes Überwiegen des privaten Zwecks genügt dem Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs nicht³⁶. Bei einem solchen Geschäft soll der berufliche Zweck vielmehr ganz untergeordnet sein³⁷.

Sofern einer Täuschung der Unternehmereigenschaft vorliegt, darf der Käufer sich nicht mehr auf §§ 474 ff BGB berufen³⁸. Ein Rollenwechsel vom Verbraucher zum Unternehmer ist also nicht zulässig, so dass der Grundsatz von Treu und Glauben i.S. v. § 242 BGB den Vorrang vor dem Verbraucherschutz genießt³⁹.

Gem. § 13 gelten nur natürliche Person als Käufer. Allerdings kommen die Fälle in Betracht, in denen auf der Käuferseite Personenmehrheit vorhanden ist⁴⁰. Das Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs wird jedoch dadurch nicht verhindert, dass einer von diesen beim Vertragsabschluss keinen privaten Zweck verfolgt⁴¹.

2. Unternehmereigenschaft des Verkäufers nach § 14 BGB

Nach § 14 BGB ist der Unternehmer eine natürliche oder eine juristische Person, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Dieser Unternehmerbegriff entspricht dem Art. 1 II c) der RL⁴². Da die Gewinnerzielungsabsicht keinen Maßstab nach § 476 darstellt, können die Personen, die regelmäßig private Gegenstände bei " e-Bay" veräußern, als Unternehmer i. S. d. Verbrauchsgüterkaufrechts angesehen werden⁴³. Diese Normen erfassen auch die Verkäufer, die Freiberufler oder keine professionellen Verkäufer sind⁴⁴.

³⁵ MünchKommBGB/Lorenz § 474 Rn.25; Bülow, Rn. 71; Reinking, DAR 2007, 601; Alexander, § 3 Rn. 51; Wendehorst, NJW 2014, 577.

³⁶ Vgl. EuGH, Urt. v. 20.1.2005-C-464/01 Rn. 41f. (Gruber) in: NJW 2005, 653 (655); Bamberger/Roth/ Schmidt-Räntsch § 13 Rn.12.

³⁷ MünchKommBGB/Lorenz § 474 Rn. 25; Bülow, Rn. 71; Purnhagen, VuR 2015, 3 (8f).

³⁸ Grunewald, Rn. 191.

³⁹ Najdecki; ZGS 2009, 155 (156); Vgl. Reinking, AnwBl 2004, 607 (608); Alexander, § 3 Rn. 19.

⁴⁰ Erman/ I.Saenger § 13 Rn.18; Bamberger/Roth/ Schmidt-Räntsch § 13 Rn.8.

⁴¹ Bülow, 74.

⁴² Voschepoth, S. 28.

⁴³ Grunewald, Rn.192; MünchKommBGB/Lorenz § 474 Rn.21; Bülow, Rn. 81; Purnhagen, VuR 2015, 3 (8f); Engel/Stark, ZEuP 2015, 32 (47).

⁴⁴ „PowerSeller“ in: Grunewald, Rn. 192 und MünchKommBGB/Lorenz § 474 Rn.21 und Purnhagen, VuR 2015, 3 (8f); Engel/Stark, ZEuP 2015, 32 (46).

II. Sachlicher Anwendungsbereich des § 474 BGB

Zur Erfüllung des sachlichen Anwendungsbereiches des § 474 BGB muss ein Kaufvertrag über eine bewegliche Sache geschlossen worden sein⁴⁵. Der Begriff der Sache ist in § 90 BGB legal definiert und erfasst alle körperlichen Gegenstände⁴⁶. Somit fällt der Verkauf von Rechten in den sachlichen Anwendungsbereich dieser Norm⁴⁷.

Die Sache muss beweglich sein. Daher findet § 474 auf die Immobilien keine Anwendung⁴⁸.

Die Anwendbarkeit des § 474 erstreckt sich auch auf den Vertrag, der neben dem Verkauf auch die Erbringung einer Dienstleistung zum Gegenstand hat⁴⁹. Aufgrund des Verbraucherschutzes sind Gase, frei fließendes Wasser und Fernwärme im Gegensatz zu dem Art. 1 II b) der RL unter dem Begriff der Sache zu definieren⁵⁰. Damit fällt deren Verkauf in den Anwendungsbereich der §§ 474ff⁵¹.

Allerdings ist der Verkauf gebrauchter Sachen in öffentlich zugänglichen Versteigerungen aus dem Anwendungsbereich des §§ 474 ff ausgeschlossen⁵². Dagegen sind Internetauktionen von dem Geltungsbereich des Verbrauchsgüterkaufs erfasst⁵³.

Grundsätzlich ist eine Sache dann gebraucht, wenn sie entsprechend seiner Bestimmung in Gebrauch genommen worden und dabei einer typischen Gefahr für Mangel ausgesetzt ist⁵⁴. Für den Begriff der gebrauchten Sache ist die Bestimmungsgemäße Anwendung ausschlaggebend. Es kommt nicht auf das Alter der Sache, sondern auf ihre Verwendung an, so dass die Sachen, die nicht physisch verwendet wurden⁵⁵. Somit sind die sog „Ladenhüter“⁵⁶, nicht als gebraucht einzustufen sind⁵⁷. Allein die Bezeichnung als „gebraucht“ erfüllt die Voraussetzung der gebrauchten Sache nicht⁵⁸.

⁴⁵ MünchKommBGB/Lorenz § 474 Rn.4.

⁴⁶ Auch nach Art. 1 II b RL, Höffe, S.11.

⁴⁷ Erman/Grunewald § 474 Rn.3.

⁴⁸ Erman/Grunewald 474 Rn.4 und auch in Grunewald, Rn.193); Bülow, Rn. 490.

⁴⁹ Erman/Grunewald § 474 Rn.6.

⁵⁰ Erman/Grunewald § 474 Rn.5; MünchKommBGB/Lorenz § 474 Rn. 10; Bülow, Rn. 490.

⁵¹ Erman/Grunewald § 474 Rn.5.

⁵² Dauner/Langen/Büdenbender § 476 Rn.4.

⁵³ Erman/Grunewald § 474 Rn.7; Bülow, Rn. 492.

⁵⁴ MünchKommBGB/Lorenz § 474 Rn. 14; Schindelhauer, S.49.

⁵⁵ Vgl. Roth, ZIP 2004, 2025 (2026).

⁵⁶ Grunewald, Rn. 194.

⁵⁷ MünchKommBGB/Lorenz § 474 Rn. 14.

⁵⁸ Alexander, § 12 Rn. 11; Schindelhauer, S.48ff.

Das allgemeine Kaufrecht ermöglicht es den Parteien grundsätzlich, abweichende Regelungen zu treffen. Gem. § 475 I 1 BGB genießen jedoch die Parteien keine Dispositionsfreiheit. Denn die in Abs.1 S.1 genannten Regeln sind dispositiv⁵⁹.

E. Beweislastumkehr

I. Mangel

Im Rahmen von § 476 muss außerdem ein Sachmangel i. S. v. § 434 vorhandensein. Der Sachmangel stellt eine negative Abweichung der Ist-Beschaffenheit von der Soll-Beschaffenheit dar. Die Sache ist gem. § 434 frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit besitzt⁶⁰. Der Begriff der Beschaffenheit umfasst die Eigenschaften einer Sache wie das Alter, die Größe oder die Motorkraft eines Autos sowie der Verschleiß⁶¹. Zwar unterliegt die Frage nach dem Vorliegen eines Mangels grundsätzlich der Disposition der Parteien, die bloße Kenntnis des Verkäufers über die Erwartungen des Käufers hinsichtlich der Beschaffenheit der Sache ist nicht ausreichend. Vielmehr müssen sich die Parteien über die bestimmte Beschaffenheit der Sache ausdrücklich und unmittelbar geeinigt haben⁶². Ein solcher Hinweis wie „werkstatt- geprüft“ deutet darauf hin, dass sich das Fahrzeug in einem mangelfreien Zustand befindet⁶³.

Außerdem muss dieser Mangel im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorliegen. Der Gefahrübergang stützt sich auf die Übergabe der Sache.

Aufgrund der divergierenden Zeitpunkte unterscheiden sich die Sachmangelbegriffe voneinander, so dass der Sachmangelbegriff des § 476 und der in § 434 I geregelte Begriff nicht identisch sind⁶⁴. Zeigt sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel, so wird vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war. Dagegen liegt der Mangel nach § 434 im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vor. Somit geht § 476 von einem anderen Sachmangelbegriff aus.

⁵⁹ Erman/*Grunewald* § 475 Rn.3; Bülow, 495ff.

⁶⁰ Vuia, NJW 2015, 1047f.

⁶¹ Tamm/Tonner/*Schattenkirchner* § 14 Rn. 71; Schindelhauer, S.37; Wietoska, ZGS 2004, 8.

⁶² Vuia, NJW 2015, 1047f.

⁶³ Schindelhauer, S.46; Wietoska, ZGS 2004, 8 (10); Vgl. Vuia, NJW 2015, 1047 (1048).

⁶⁴ MünchKommBGB/*Lorenz* § 476 Rn. 7; Gsell, JZ 2008, 29 (30).

Es reicht aus, dass der Mangel zu Tage tritt. Die Erkennbarkeit des Mangels durch den Käufer ist nicht zwingend⁶⁵. Es kann auch von einem Dritten bemerkt worden sein⁶⁶.

Schließlich findet diese Norm ausschließlich auf Sachmangel Anwendung, so dass Rechtsmängel von dieser Norm nicht verfasst sind⁶⁷.

II. Frist

Eine weitere Voraussetzung des § 476 ist, dass sich der Mangel innerhalb der sechs Monate zeigt⁶⁸. Der Ablauf dieser gesetzlichen Frist beginnt ab Gefahrübergang⁶⁹, der meistens mit der Übergabe der Kaufsache an den Käufer erfolgt. Diese gesetzliche Frist ist gem. §§ 186 ff BGB zu bestimmen⁷⁰.

Die Sechsmontatsfrist bezieht sich lediglich auf das Auftreten des Sachmangels. Somit ist der Zeitpunkt der Geltendmachung des Mangels unerheblich⁷¹. Dabei stellt die Erkennbarkeit des Mangels kein Maßstab dar⁷². Denn ein Mangel kann auch von dem Käufer nach dem Gefahrübergang wahrgenommen werden⁷³. Danach muss der Käufer sowohl die Mangelhaftigkeit der Sache als auch das Vorliegen des Mangels beim Gefahrübergang darlegen⁷⁴.

III. Beweislastumkehr

1. Grundsatz

Nach dem allgemeinen Grundsatz, der auf die Normentheorie von Rosenberg⁷⁵ zurückgeht, muss jeder das beweisen, was für ihn günstig ist⁷⁶. Die Regelung des § 476 stellt von diesem

⁶⁵ Erman/*Grunewald* § 476 Rn.2.

⁶⁶ Dauner/Langen/*Büdenbender* § 476 Rn.6.

⁶⁷ Erman/*Grunewald* § 476 Rn.3; Tamm 476, Rn. 8; Dauner/Langen/*Büdenbender* § 476 Rn.5.

⁶⁸ MünchKommBGB/Lorenz § 476 Rn. 8.

⁶⁹ Erman/*Grunewald* § 476 Rn.1.

⁷⁰ MünchKommBGB/Lorenz § 476 Rn. 8; Harryers, S.115.

⁷¹ Bülow, Rn. 504.

⁷² BGH, NJW 2005, 3490 (3492).

⁷³ MünchKommBGB/Lorenz § 476 Rn. 8.

⁷⁴ Tamm, § 476 Rn. 1.

⁷⁵ *Grunewald*, Rn. 199; Klöhn, NJW 2007, 2811; Koch, JZ 2015, 834; Gsell, JuS 2005, 967.

⁷⁶ BGH, Urt. v. 11.7.2007-VIII ZR 110/06 (LG Krefeld) in NJW 2007, 2619 (2621).

Grundsatz eine Abweichung dar, indem die Beweislast des Anspruchstellers erleichtert wird⁷⁷. Sie ist eine Sonderregelung aus dem Verbrauchsgüterkaufrechts, das die allgemeinen Regelungen des Kaufrechts ergänzt⁷⁸. Damit ist unter der amtlichen Überschrift der Norm „Beweislastumkehr“ zu verstehen, so dass nicht der Käufer die Beweislast der Mangelhaftigkeit der Kaufsache zum Zeitpunkt der Gefahrübergang trägt, sondern der Verkäufer selbst⁷⁹. § 476 normiert eine Vermutung für das Vorliegen eines Sachmangels. Danach ist die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft, wenn sich der Mangel innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang zeigt⁸⁰. Ausnahmsweise ist die Vermutung dann ausgeschlossen, wenn sie entweder mit der Art der Sache oder mit der Art des Mangels unvereinbar ist⁸¹. Dafür ist entscheidend, in welcher Form der Mangel sich zeigt. Meistens beruht der geltend gemachte Mangel auf einer Mangelhaftigkeit der Sache. Dies macht eine Differenzierung zwischen dem Sachmangel und dem Grundmangel erforderlich⁸². Wobei wird der Grundmangel⁸³ als „ bei Gefahrübergang vorhandener Sachmangel“ definiert, während der Sachmangel⁸⁴ als „ nach Gefahrübergang eingetretener, durch den Grundmangel hervorgerufener Folgemangel, zu verstehen ist.

Den Verbraucher vor der Beweisnot zu schützen, ist der Sinn und Zweck der Vermutungsregelung des § 476 BGB⁸⁵. Allerdings ist die Reichweite der Vermutung umstritten⁸⁶. Streitig ist insbesondere, ob die Vermutung zeitliche Wirkung oder sachliche Wirkung entfaltet⁸⁷.

Vermutung in zeitlicher Hinsicht: Der BGH vertritt in seinen Entscheidungen⁸⁸ die Ansicht, dass sich die Beweislastumkehr nur zeitliche Wirkung entfaltet. Nach seiner engen Auffassung begründet die Regelung keine Vermutung hinsichtlich der Sachmangelhaftigkeit⁸⁹. Tritt ein

⁷⁷ Grunewald; Rn. 199.

⁷⁸ Erman/*Grunewald*, § 474 Rn.1.

⁷⁹ EuGH, EWS 2015, 115 (116); Harryers, S.121; Voschepoth, S. 46; Klöhn, NJW 2007, 2811; Lorenz, NJW 2004, 3020 (3021); Roth, ZIP 2004, 2025.

⁸⁰ Erman/*Grunewald* § 476 Rn.4; MünchKommBGB/*Lorenz* § 476 Rn. 1; Voschepoth, S. 21.

⁸¹ Palandt/*Weidenkanff*, § 476 Rn.10f; Harryers, S.121; Voschepoth, S. 21.

⁸² Vgl. Diehl, DAR 2005, 674 (675); Schwab, JuS 2015, 71f.

⁸³ Erman/*Grunewald* § 476 Rn. 5; MünchKommBGB/*Lorenz* § 476 Rn. 4; BGH, NJW 2004, 2299 (2300); Lorenz, NJW 2004, 3020; Fellert, JA 2015, 819; Klöhn, NJW 2007, 2811 (2815).

⁸⁴ MünchKommBGB/*Lorenz* § 476 Rn. 4; BGH, NJW 2006; 434 (435); Lorenz, NJW 2004, 3020 (3021); Fellert, JA 2015, 819f; BGH, NJW 2006, 434 (436); Gsell, JZ 2008, 29 (32).

⁸⁵ MünchKommBGB/*Lorenz* § 476 Rn. 4.

⁸⁶ MünchKommBGB/*Lorenz* § 476 Rn. 4; Klöhn, NJW 2007, 2811.

⁸⁷ MünchKommBGB/*Lorenz* § 476 Rn. 4; Voschepoth, S. 46.

⁸⁸ BGH NJW 2009, 580 (581); Alexander, § 12 Rn. 33; Bülow, Rn. 506.

⁸⁹ MünchKommBGB/*Lorenz* § 476 Rn. 4.

Sachmangel erst nach dem Gefahrübergang auf, so muss der Verbraucher sowohl den auftretenden Mangel⁹⁰ beweisen, als auch darlegen, dass dieser Mangel auf einem Grundmangel beruht⁹¹.

Vermutung in sachlicher Hinsicht: Die Rechtsprechung des BGH ist von der Literatur stark kritisiert worden. Nach der Literatur ist die Vermutung des § 476 weit auszulegen. Um dem Verbraucherschützenden Charakter der Norm gerecht zu werden, soll die Vermutung über den Zeitpunkt hinaus bewirken⁹². Denn die Wirkung nur in zeitlicher Hinsicht würde den Anwendungsbereich der Norm wesentlich beschränken. Zudem spricht der Wortlaut des § 476 nur von „einem“ Mangel, der sowohl den Folge- als auch Grundmangel erfassen soll. Da der Verkäufer die besseren Erkenntnismöglichkeiten hat, wäre für ihn einfacher, die Mangelfreiheit der Sache im Zeitpunkt der Übergabe zu beweisen. Hiernach wäre ausreichend, wenn sich der Käufer nur den Mangel beweist, der sich innerhalb der Sechsmonatsfrist gezeigt hat. In einer Entscheidung wurde eine Vermutung in sachlicher Hinsicht ausgesprochen⁹³: Da die Norm die schlechtere Beweismöglichkeiten des Käufers überwinden soll, darf dem Käufer nicht obliegen, auch die Ursache für den eingetretenen Mangel zu beweisen. In den meisten Fällen soll aufgrund der sachlichen Unkenntnis des Verbrauchers ein Sachverständiger hinzugezogen werden. Daher wäre es ungerecht die Beweislast für den Grundmangel dem Käufer aufzuerlegen⁹⁴. Dabei stützt sich diese Ansicht auf den Wortlaut des Art. 5 III der RL und auf dessen verbraucherfreundlichen Charakter. Die Verkürzung des Anwendungsbereichs des § 476 wird weder durch den Wortlaut noch den Sinn und Zweck der Norm gerechtfertigt.

Stellungnahme: In einem Urteil⁹⁵ aus dem Jahr 2008 lässt der BGH zu, dass die Vermutung für die ungeklärt gebliebene Frage des Entstehungszeitpunkts des eingetretenen Mangels eingreift. Jedoch führt dieses Urteil zu keiner Änderung der Rechtsprechung hinsichtlich der zeitlichen Vermutungswirkung. Trotz dieser Entscheidung, die die bisherige Rechtsprechung des BGH relativiert und der Literatur annähert, hält der BGH an seiner Auffassung in den

⁹⁰ BGH, Urt. v. 15.1.2014-VIII ZR 70/13; als „akute Mangel“ in: Palandt/*Weidenkaff*, § 476 Rn.8; Als „latenter Fehler“ und „manifestierter Fehler“ in: Wagner, ZEuP 2016, 87 (98); Voschepoth, S. 47.

⁹¹ Als „latenter Mangel“ in: Palandt/*Weidenkaff*, § 476 Rn.8; Wagner, ZEuP 2016, 87 (98); Schwab, JuS 2015, 71f.;

Voschepoth, S. 47.

⁹² Lorenz, NJW 2004, 3020 (3021); Roth ZIP 2004, 2025 (2027).

⁹³ OLG Brandenburg, DAR 2009, 92 (93f).

⁹⁴ Dauner-Lieb/Langen/*Büdenbender* § 476 Rn.12; Wagner, ZEuP 2016, 87 (111f).

⁹⁵ BGH NJW 2009, 580 (581f).

Fällen, in denen die Entstehungszeitpunkt des Mangels nicht geklärt werden kann, weiterhin fest⁹⁶.

Das Auftreten eines Mangels gehört dem Tatbestandsmerkmal des § 476 BGB. Die Vermutung stellt nur dessen Rechtsfolge dar. Aufgrund der Wesensungleichheit und strikte Trennung von Tatbestand und der Rechtsfolge darf das Merkmal des Mangels nicht auch auf der Rechtsfolgeseite stehen⁹⁷.

Folgt man der Auffassung des BGH wirkt die Vermutung des § 476 lediglich in zeitlicher Hinsicht. Danach wird nur dem Käufer die Beweislast des Grundsachmangels auferlegt. Soll Verbraucher auch den Grundmangel beweisen, der den später auftretenden Sachmangel verursacht hat, verliert die Norm den Großteil ihres Anwendungsbereichs und dadurch wird sie zur Makulatur⁹⁸.

Die ratio der Regelung besteht darin, den Verbrauchern vor den höchstaufwendigen und riskanten Beweisverfahren zu schützen. Mit der Einschränkung des Anwendungsbereiches des § 476 wird dessen Sinn und Zweck gefährdet. Der Wortlaut des § 476 geht über die Vorgaben der RL hinaus. Während sich nach Art. 5 III der RL die Vermutung nur auf den Zeitpunkt des zutage getretenen Mangels bezieht, bezieht sich die Vermutung nach § 476 auf die Mangelhaftigkeit der Sache. Da auch Art. 8 II der RL lediglich einen Mindeststandard regelt, besteht kein Grund dafür die Reichweite der Vermutung nur auf die zeitliche Hinsicht nach BGH zu beschränken⁹⁹.

Die Ansicht des BGH überzeugt nicht, da sich die Vermutung des § 476 nach Gesetzeswortlaut auch auf den Grundmangel erstrecken soll, so dass dem Verbraucherschutz Rechnung getragen werden kann. Dann kann der Verbraucher einen umfassenden Schutz genießen. Die Norm darf nicht zu Ungunsten des Verbrauchers angewendet werden.

⁹⁶ Voschepoth, S. 50.

⁹⁷ Voschepoth, S. 51.

⁹⁸ MünchKommBGB/Lorenz § 476 Rn. 4.

⁹⁹ Höffe, S. 9.

2. Reichweite der Vermutung

a. Darlegungspflicht des Käufers

Ab dem Zeitpunkt der Entgegennahme der Sache obliegt dem Käufer nach § 363 das Vorliegen eines Sachmangels z. B. defekte Zylinderkopfdichtung, die den Anriss der Zahnriemen oder einen anderen Motorschaden verursacht hat, zu beweisen¹⁰⁰. Problematisch wäre meistens für den Verbraucher den Zeitpunkt des Mangels darzulegen¹⁰¹. Dafür regelt § 476 eine Beweislastumkehr. Um in den Genuss einer Beweislastumkehr zu kommen, muss der Verbraucher die Voraussetzungen dieser Norm erfüllen¹⁰². Die Anwendbarkeit des § 476 ist dann gegeben, wenn der Verbraucher das Vorliegen des Verbrauchgüterkaufes, eines Sachmangels und sowie das Auftreten dieses Mangels innerhalb der Sechsmonatsfrist beweist¹⁰³.

Allerdings muss sich der Mangel innerhalb der ersten sechs Monate nach Gefahrübergang zeigen. Der Gefahrübergang liegt gem. § 446 S.1 BGB im Zeitpunkt der Übergabe der Kaufsache vom Verkäufer an den Käufer¹⁰⁴. Unter dem „sich zeigen“ ist zu verstehen, dass der Mangel vom Käufer bemerkt wird¹⁰⁵. Die Erkennbarkeit des Mangels bei Gefahrübergang durch den Käufer fällt auch unter diesem „Begriff“. Damit soll verhindert werden, dass der Verbraucherschutz ausgehöhlt wird¹⁰⁶.

b. Widerlegung der Vermutung

Bei § 476 BGB handelt es sich um eine widerlegbare Vermutung. Diese gesetzliche Vermutung kann durch den Verkäufer widerlegt werden, indem er beweist, dass der vom Verbraucher geltend gemachte Mangel, der innerhalb der Sechsmonatsfrist aufgetreten ist, bei dem Gefahrübergang noch nicht vorlag¹⁰⁷. Der Verkäufer muss weiterhin darlegen, dass der Mangel nicht auf einen Grundmangel beruht. Jedoch trägt er keine Beweislast für die Frage jeglicher

¹⁰⁰ Höpfner, ZGS 2007, S. 410 (411).

¹⁰¹ Höpfner, ZGS 2007, S. 410 (411).

¹⁰² Lorenz JuS 2016, 398 (400).

¹⁰³ EuGH, EWS 2015, 115 (116); Voschepoth, S. 52; MünchKommBGB/Lorenz § 476 Rn. 3 und 24; Reinking, DAR 2007, 601 (603).

¹⁰⁴ Dauner/Langen/Büdenbender § 476 Rn.7; Voschepoth, S. 54.

¹⁰⁵ Palandt/Weidenkaff § 476 Rn. 7.

¹⁰⁶ Voschepoth, S. 54; Wietoska, ZGS 2004, 8 (10); Bülow, Rn. 507.

¹⁰⁷ EuGH, EWS 2015, 115 (116); Wietoska, ZGS 2004, 8 (10); Gsell, JuS 2005, 967.

Mangelfreiheit der Sache bei Gefahrübergang¹⁰⁸. Da der Verkäufer meistens die bessere Sachkenntnis hat, obliegt es ihm, nachzuweisen, dass er die Sache mangelfrei übergeben hat. Hier genügt aber nicht, wenn er darlegt, dass der Mangel gerade auf einen unsorgfältigen Umgang des Verbrauchers mit der Sache beruht¹⁰⁹.

aa. Die Grundlegenden Entscheidungen des BGH

aaa. Zahnriemen-Fall

Der BGH hat im sog. Zahnriemenfall¹¹⁰ erstmal über die Reichweite der Vermutung entschieden. Bei diesem Fall war der Zahnriemen eines Gebrauchtwagens knapp sechs Monate nach der Übergabe gerissen, so dass ein Motorschaden entstanden ist. Der Grund war eine Fehlsteuerung der Zylinderkopfventile, die durch ein Überspringen des Zahnriemens am Stirnrad der Nockwelle ausgelöst worden war. Wobei ungeklärt war, wodurch es zum Überspringen des Zahnriemens gekommen war. Es konnte nicht ermittelt werden, ob der Defekt des Zahnriemens bereits bei der Übergabe vorlag oder ob er aufgrund eines Fehlverhalten des Käufers nach der Übergabe eingetreten war¹¹¹. Da der Motorschaden nach der Übergabe aufgetreten war, war fraglich, ob sich die Anwendung des 476 auch auf den Grundmangel (Lockerung des Zahnriemens) erstreckte. Hier war der BGH der Meinung, dass die in § 476 geregelte Vermutung nur auf den Mangel beruht, der sich innerhalb der Sechsmonatsfrist gezeigt hat und bei dem Gefahrübergang vorlag. § 476 beschäftigt sich nicht mit der Frage, „ob“ überhaupt ein Sachmangel gegeben ist. Das Gesetz setzt das Vorliegen eines Mangels voraus und beinhaltet eine Vermutung nur in zeitlicher Hinsicht. Da die Vermutung vom Verkäufer entkräftet wurde und nur die Ursache des Mangels ungeklärt geblieben war, hat sich der BGH gegen die Anwendbarkeit des § 476 entschieden¹¹².

¹⁰⁸ MünchKommBGB/Lorenz § 476 Rn. 25.

¹⁰⁹ Erman/*Grunewald* § 476 Rn.6; Ball, F.S. für Gerda Müller 2009, 591 (597f).

¹¹⁰ BGH, Urt. v. 2.6. 2004- VIII ZR 329/03 BGH, NJW 2004, 2299.

¹¹¹ BGH, NJW 2004, 2299 (2300).

¹¹² BGH, NJW 2004, 2299 (2300); Schattenkirchner, VuR 2013, 13 (22).

bbb. Der Karosserie-Fall

In dieser Entscheidung¹¹³ ging es um einen Gebrauchtwagen, der eine Verformung des rechten Kotflügels aufwies, die auf eine seitliche Krafteinwirkung zurückzuführen war. Es war lediglich zu untersuchen, ob diese Verformung vor oder nach der Übergabe aufgetreten ist¹¹⁴. Da § 476 nur eine Vermutung in zeitlicher Hinsicht regelt und hier gerade um eine zeitliche Frage geht, hat sich der BGH für die Anwendung des 476 entschieden. Im Unterschied zu dem Zahnriemenfall¹¹⁵ stand hier eine seitliche Krafteinwirkung als die Ursache des eingetretenen Mangels fest. Mit seiner Entscheidung hat der BGH den Verbraucherschutz berücksichtigt.

ccc. Der Turbolader-Fall

In diesem Urteil¹¹⁶ ist nach der Übergabe des Kfz ein Defekt am Turbolader aufgetreten. Der Gebrauchtwagen, der im Zeitpunkt der Übergabe neuen Jahre alt war und über 190000 km gelaufen hat, erlitt vier Monate nach der Übergabe einen Schaden am Turbolader. Der Mangel beruhte auf eine unfachmännisch eingebaute Papierdichtung am Ansaugkrümmer des Motors. Jedoch hielt der Sachverständige dies für fast unwahrscheinlich¹¹⁷. Denn ein schlagartiger Defekt eines Dichtungsringes könnte auch die Ursache des Mangels am Turbolader darstellen. Dies wäre aber als normale Verschleißerscheinung einzuordnen, so dass überhaupt kein Mangel gegeben wäre. Weiter blieb ungeklärt, ob der Ausfall des Turboladers auf einem Grundmangel oder auf einem normalen Verschleiß beruht¹¹⁸. Da die Anwendung des § 476 das Vorliegen eines Mangels voraussetze, lehnte der BGH in diesem Fall die Anwendung des 476 ab¹¹⁹.

ddd. Der Katalysator-Fall

Dieser Entscheidung¹²⁰ lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem ein Defekt des Katalysators auf einen Aufsetzvorgang zurückzuführen war. Hier hatte der drei Jahre alte Gebrauchtwagen zwei

¹¹³ BGH, Urt. v. 14.9.2005-VIII ZR 363/04; BGH, NJW 2005, 3490.

¹¹⁴ Ball, F.S. für Gerda Müller 2009, 591 (593).

¹¹⁵ BGH, NJW 2005, 3490 (3492).

¹¹⁶ BGH, Urt. v. 23.11.2005. VIII ZR 43/05 BGH, NJW 2006, 434.

¹¹⁷ BGH, NJW 2006, 434; Ball, F.S. für Gerda Müller 2009, 591 (597); Schmitt, JuS 2015, 448 (453).

¹¹⁸ Rühl, RabelZ 2009, 913 (916); Witt, ZGS 2007, 386 (388); Roth, ZIP 2004, 2025 (2026).

¹¹⁹ Höpfner, ZGS 2007, 410 (411).

¹²⁰ BGH, Urt. v. 21.12.2005- VIII ZR 49/05 BGH, NJW 2006, 1195.

Monate nach der Übergabe einen Schaden am Katalysator erlitten. Ursache war ein Aufsetzen des Wagens. Allerdings war zu ermitteln, ob der Aufsetzvorgang vor oder nach der Übergabe stattfand. Lag ein Mangel unstreitig vor und ist nur die Zeit des Mangelauftritts streitig, dann greift die Vermutung des § 476 ein. Damit wiederholte der BGH hier seine ständige Rechtsprechung zur Reichweite der Vermutung, die lediglich in zeitlicher Hinsicht wirkt. In dem vorliegenden Fall stand die Ursache des Mangels (der Aufsetzvorgang) fest. Ungeklärt ist nur geblieben, wann der Mangel aufgetreten ist. Nach dem BGH kommt § 476 hier zur Anwendung¹²¹.

eee. Zylinderkopfdichtung-Fall

Bei der als Zylinderkopfdichtungsfall bekannt gewordenen Entscheidung des BGH¹²² ging es um einen Defekt der Zylinderkopfdichtung und der Ventilstege. Fast vier Wochen später nach der Übergabe wurde bei dem Gebrauchtwagen festgestellt, dass sich im Kühlsystem des Fahrzeugs zu wenig Wasser befand. Es konnte nicht geklärt werden, ob ein Defekt der Zylinderkopfdichtung bereits bei der Übergabe vorlag, oder durch ein Fahrfehler des Käufers später entstanden war. Zwar führt die Überhitzung des Motors den Anriss der Ventilstege, konnte aber die endgültige Ursache für den Anriss der Ventilstege nicht eindeutig ermittelt werden. Denn die Überhitzung kann auch infolge einer defekten Zylinderkopfdichtung oder eines geringen Kühlmittelstands oder der Überbeanspruchung des Motors eingetreten sein¹²³. Als Ursache kann auch ein Fehlverhalten des Käufers in Betracht kommen. Der Zeitpunkt des Anrisses der Ventilstege konnte auch nicht festgestellt werden¹²⁴. Der BGH hielt hier § 476 für einschlägig¹²⁵. Da der defekte Zylinderkopf und die gerissenen Ventilstege unabhängig von der eventuellen Schadensursache als Mangel feststanden, blieb hier im Unterschied zu dem sog. Zahnriemenfall das Vorliegen eines Mangels nicht ungeklärt. Streitig wäre nur der Zeitpunkt des Mangleintritts. Der BGH erklärte hier § 476 für anwendbar, sodass er seine Rechtsprechung fortführte¹²⁶.

¹²¹ Reinking, DAR 2007, 601f; Ball, F. S. für Gerda Müller 2009, 591 (594).

¹²² BGH, Urt. v. 18.7.2007- VIII ZR 259/06; BGH, NJW 2007, 2621; Reinking, DAR 2007, 601; Schattenkirchner, VuR 2013, 13 (22).

¹²³ Ball, F.S. für Gerda Müller 2009, 591 (594); Rühl, RabelZ 2009, 912 (918); Rinking, EWiR 2006, 227.

¹²⁴ Höpfner, ZGS 2007, 410 (412); Schattenkirchner, VuR 2013, 13 (22).

¹²⁵ BGH, NJW 2007, 2621; Ball, F.S. für Gerda Müller 2009, 591 (594).

¹²⁶ Lorenz, BGH, NJW 2007, 2621 (2623).

fff. Der Getriebefall

In dieser Entscheidung¹²⁷ ging es darum, dass ein Kfz knapp sechs Monate nach der Übergabe einen Getriebeschaden aufwies, der bei der Übergabe nicht vorgelegen hatte. Als mögliche Ursache kam nur der vorzeitige übermäßige Getriebeverschleiß¹²⁸ in Betracht. Ungeklärt bleibt hier lediglich, ob der übermäßige Getriebeverschleiß vor oder nach der Übergabe eingetreten war. Zudem hat der BGH entschieden, dass die Vermutung des § 476 in zeitlicher Hinsicht hier zur Anwendung kommt¹²⁹.

Zwischenfazit: Nach der Meinung des BGH entfaltet § 476 lediglich eine zeitliche Wirkung. Darin geregelte Vermutung beruht nicht auf die Mangelhaftigkeit der Sache selbst. Sondern es wird nur vermutet, dass der nachgewiesene Mangel im Zeitpunkt der Gefahrübergang vorlag¹³⁰.

c. Die Ansichten in der Literatur

aa. Mit dem BGH übereinstimmende Meinung

Die Ansichten in der Literatur sind uneinheitlich. Während einige Autoren in der Literatur der Auffassung des BGH zustimmen¹³¹, der andere Teil der Literatur kritisiert die Ansicht des BGH heftig¹³².

Autoren, die der Ansicht des BGH zustimmen, halten den Wortlaut des § 476 für maßgeblich. Sie sind der Meinung, dass die Beweislastumkehr lediglich auf den Zeitpunkt des Vorliegens eines Sachmangels beruht, der innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang auftritt.

§ 476 setzt voraus, dass sich ein Sachmangel innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang zeigt¹³³. Somit erfüllte das Auftreten eines Sachmangels lediglich die Tatbestandsvoraussetzung des § 476¹³⁴. Daher kann der Sachmangel nicht sowohl Gegenstand des Tatbestands als auch der Rechtsfolge sein¹³⁵.

¹²⁷ BGH, Urt. v. 11.11.2008-VIII ZR 265/07 BGH, NJW 2009, 580; Ball, F. S. für Gerda Müller 2009, 591 (597f).

¹²⁸ BGH, NJW 2009, 580 (581); Schmitt, JuS 2015, 448 (453).

¹²⁹ BGH, NJW 2009, 580 (581).

¹³¹ Höpfner, ZGS 2007, 410ff; Ball, F.S. für Gerda Müller 2009, 591 (592).

¹³² Palandt/Weidenkaff, § 476 Rn.8; Witt, ZGS 2007, 386 (388).

¹³³ Höpfner, ZGS 2007, 410 (412).

¹³⁴ Höpfner, ZGS 2007, 410 (412).

¹³⁵ Höpfner, ZGS 2007, 410 (412).

Jedoch geht der Wortlaut des § 476 über dem Art. 5 III der RL hinaus. Danach greift die Vermutung nur dann ein, wenn ein konkreter Mangel bereits bei der Lieferung des Gegenstandes vorgelegen hat. Der deutsche Gesetzgeber soll diese Abweichung übersehen haben¹³⁶. Denn er habe niemals beabsichtigt, über die Vorgaben der RL hinauszugehen¹³⁷. Er wollte nur die Vermutung übernehmen¹³⁸. Vielmehr entspreche die Ansicht des BGH dem Willen des deutschen Gesetzgebers, so dass sie nicht europarechtswidrig ist¹³⁹.

Da der umfangreiche Verbraucherschutz nicht auf den Grundgedanken des deutschen Rechts sondern auf dem Gemeinschaftsrecht beruht, und da nur ein Mindeststandard festgelegt wurde, steht die Auslegung des BGH mit dem Gemeinschaftsrecht im Einklang¹⁴⁰

Der BGH hat sowohl in dem Zahnriemenfall¹⁴¹ als auch in der Entscheidung von Zylinderkopfdichtungsfall¹⁴² seine Ansicht gefestigt und seinen Kritikern¹⁴³ widersprochen. In beiden Fällen ist die Mangelursache unklar geblieben, jedoch hielt der BGH nur in Zylinderkopfdichtungsfall § 476 für einschlägig, was auch hinsichtlich des Zahnriemenfalls gefordert wurde¹⁴⁴. Dieser Meinung ist zuzustimmen¹⁴⁵. Im Zahnriemenfall war der Zahnriemen erst kurz vor der Auslieferung an den Käufer gewechselt worden, so dass der Wagen lediglich ca. 50 km mit diesem Zahnriemen vor der Übergabe gefahren war. Da der Käufer dagegen etwa 11.000 km mit dem Wagen zurückgelegt hat, kam der Fahrfehler des Käufers als Ursache des Mangels wahrscheinlicher als andere Faktoren in Betracht. Es war hoch Wahrscheinlich, dass der Käufer den Fahrfehler begangen hat¹⁴⁶. Daher liegt dem Käufer die Beweislast dafür, dass er den Motorschaden nicht durch einen Fahrfehler verursacht hat¹⁴⁷. Da in diesem Fall¹⁴⁸ weder der Motorschaden noch dessen Ursache (Lockerung des Zahnriemens) im Zeitpunkt des Gefahrübergangs ermittelt werden konnte¹⁴⁹, war die

¹³⁶ Bamberg/Roth/*Faust* 476 Rn. 10; Witt, ZGS 2007, 386 (388); Oechsler, BB 2015, 1923 (1924); Tamm, 476 Rn. 15.

¹³⁷ Höpfner, ZGS 2007, 410 (412); MünchKommBGB/*Lorenz* § 476, Rn. 4.

¹³⁸ Witt, ZGS 2007, 386 (388); Höpfner, ZGS 2007, 410 (412).

¹³⁹ Reinking, DAR 2007, 601 (602); Gsell, JuS 2005, 967 (972).

¹⁴⁰ Höpfner, ZGS 2007, 410 (413). Harryers, S.128.

¹⁴¹ BGH, NJW 2004, 2299.

¹⁴² BGH, NJW 2007, 2621.

¹⁴³ Lorenz, NJW 2004, 3020, (3021); Roth, ZIP 2004, 2025.

¹⁴⁴ Lorenz, NJW 2004, 3020, (3021).

¹⁴⁵ Höpfner, ZGS 2007, 410 (414).

¹⁴⁶ Ball, F. S. für Gerda Müller 2009, 591 (595).

¹⁴⁷ Reinking/Eggert Rn. 3378.

¹⁴⁸ BGH, NJW 2004, 2299.

¹⁴⁹ Höpfner, ZGS 2007, 410 (411); Reinking, DAR 2007, 601 (602); Ball, F. S. für Gerda Müller 2009, 591 (595).

Vermutung des § 476 nicht anwendbar. In dem Zylinderkopfdichtungsfall war jedoch feststellbar, dass der Mangel in Form von der defekten Zylinderkopfdichtung bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen habe. Denn der Mangel ist auf die eventuell unsachgemäße Behandlung des Wagens zurückzuführen ist, der schon vor dem Gefahrübergang erfolgt sein könnte. Daher gelangt § 476 die Anwendung¹⁵⁰.

Weiterhin wurde ein Beispiel ausgeführt um die Meinung zu untermauern, dass die enge Auslegung des BGH den Großteil des Anwendungsbereichs des § 476 nicht entkleidet¹⁵¹. Der nach dem Gefahrübergang eingetretene Schaden beruht meistens auf den Zwischenursachen¹⁵², die genauso ein Mangel i. S. v. § 476 darstellen würden. So ist es z. B, wenn ein Käufer aus unaufkläraren Gründen mit dem gekauften Pkw gegen einen Baum fahre und angebe, es müsse ein Defekt der Bremse vorgelegen haben¹⁵³.

Die Beweislast beim Käufer zu lassen, scheint in diesem Fall nicht ungerecht. Der Beweis des Vorliegens eines Sachmangels durch den Käufer stellt keine unbillige Belastung dar. Heute ist es sehr üblich, dass sich die Käufer vor dem Erwerb einer Sache frühzeitig informieren und besonders beim Kauf eines Gebrauchtwagens einen Sachverständigen zur Untersuchung bestellen oder eine Probefahrt machen¹⁵⁴.

bb. Ablehnende und die überwiegende Meinung in der Literatur

Die Rechtsprechung des BGH wurde hingegen von dem überwiegenden Teil der Literatur abgelehnt. Die restriktive Auslegung des § 476 durch BGH stellt ihren Kritikpunkt dar. Sie vertreten die Ansicht, dass die Vermutung weit ausgelegt werden soll¹⁵⁵.

¹⁵⁰ Höpfner, ZGS 2007, 410 (411); Reinking/Eggert Rn. 3378.

¹⁵¹ Gsell, JZ 2008, 29 (31); Roth, ZIP 2004, 2025.

¹⁵² Ball, F.S. für Gerda Müller 2009, 591 (592); Als „weiterfressenden“ Schadensverläufen in Gsell, JZ 2008, 29 (31); Reinking, DAR 2007, 601 (602).

¹⁵³ Gsell, JZ 2008, 29 (32).

¹⁵⁴ Wietoska, ZGS 2004, 8 (11).

¹⁵⁵ Bamberger/Roth/Faust § 476 Rn. 12; Schwab, JuS 2015, 71 (72); Klöhn, NJW 2007, 2811, (2812); Lorenz, NJW 2004, 3020 (3021); MünchKommBGB/Lorenz § 476 Rn.4; Roth, ZIP 2004, 2025; Dauner-Lieb/Langen/Büdenbender § 476 Rn.12.

Von vielen Literaten wird vertreten, dass die Vermutung nicht nur auf den Folgemangel sondern auch auf den Grundmangel beruht, der bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen hat¹⁵⁶.

Im Zahnriemenfall¹⁵⁷ würde dies konkret bedeuten, dass der erst nach Gefahrübergang eingetretene Mangel (Motorschaden) auf dem bereits vor Gefahrübergang vorliegenden Grundmangel (Lockerung des Zahnriemens) beruht¹⁵⁸. Damit erstreckt sich die Vermutung auf den Grundmangel. Der in § 476 geregelte Vermutungsausschluss könnte für die Umstände eine Lösung darstellen, in denen der sich nach Gefahrübergang zeigende Mangel keine hinreichenden Schlüsse auf einen Grundmangel zulässt. Dem Verbraucherschutz kann dadurch Rechnung getragen werden, indem die Vermutung bei einer Unvereinbarkeit mit der Art des Mangels oder der Sache ausgeschlossen wird¹⁵⁹.

Mit dem Mangel in § 476 ist irgendein Mangel gemeint. Der Ausdruck „Sich zeigen“ ist hier als „erkennbar werden“ zu verstehen. Damit erfasst die Regelung nur die Sachmängel, die zwar bei Gefahrübergang vorhanden aber noch nicht zutage getreten bzw. erkennbar waren¹⁶⁰. „Sich zeigen“ beruht nach dem Wortlaut nur auf irgendeinem Mangel. Die Vermutung bezieht sich also nicht nur auf den konkret aufgetretenen Sachmangel, der bei Gefahrübergang vorlag, sondern auch auf die Mangelhaftigkeit der Sache selbst¹⁶¹. Das Gesetz hat diese Norm nicht wie folgendes formuliert: „zeigt sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel, so wird vermutet, dass der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorhanden war“, sondern wurde so eine allgemeine Formulierung ausgewählt, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war“¹⁶².

Weiterhin wurde auf eine unnötige Eingrenzung der Vermutung auf der Rechtsfolgenseite hingewiesen. Denn die Eingrenzung ist nach dem Wortlaut des § 476 schon auf Tatbestandsebene erschöpft, indem die Vermutung ausgeschlossen werden kann, wenn sie mit der Art des Mangels oder der Sache unvereinbar ist¹⁶³.

¹⁵⁶ Klöhn, NJW 2007, 2811, (2815); Lorenz, NJW 2004, 3020 (3021); MünchKommBGB/Lorenz § 476 Rn.4; Reinking, DAR 2007, 601 (603); Oechsler, BB 2015, 1923 (1925).

¹⁵⁷ BGH NJW 2004, 2299.

¹⁵⁸ Lorenz, NJW 2004, 3020.

¹⁵⁹ Grohmann/Gruschinke, ZGS 2005, 452, (454); Walther, S. 90.

¹⁶⁰ Witt, ZGS 2007, 386 (388); Roth, ZIP 2004, 2025 (2026).

¹⁶¹ Lorenz, NJW 2004, 3020 (3021); Bamberger/Roth/Faust § 476 Rn. 10; Witt, ZGS 2007, 386 (388); Roth, ZIP 2004, 2025 (2026).

¹⁶² Bamberger/Roth/Faust, 476 Rn.10.

¹⁶³ Lorenz, NJW 2004, 3020 (3021).

Dass der BGH im Zahnriemenfall § 476 nicht angewendet hat, wurde von Teilen der Literatur¹⁶⁴ auch als „systemwidrig“ betrachtet. Denn die Ursache des Mangels könnte bei dem Ausschlussgrund des § 476 I 2 nach „Art des Mangels“ berücksichtigt bzw. korrigiert werden. Als weiteres Argument kommt die ratio der Norm in Betracht¹⁶⁵. Der Sinn und Zweck des Gesetzes besteht darin, den Verbraucher vor der Beweisnot zu bewahren¹⁶⁶. Nach der Ansicht des BGH muss der Verbraucher auch den Grundmangel beweisen. Er muss also darlegen, wie es zu dem Ausfall gekommen ist¹⁶⁷. Dies wäre mit der ratio der Norm nicht vereinbar. Aufgrund besserer Fachkenntnisse des Unternehmers würde dem Verbraucher schwerfallen, das Vorliegen eines Grundmangels zu beweisen. Der Gesetzgeber bezweckte gerade diesen Zustand zu verhindern, indem er dem Verbraucher einen Schutz vor Beweisschwierigkeiten gewährleistet. Durch die Auslegung des BGH wird der Vermutung ein Großteil ihres Anwendungsbereichs genommen¹⁶⁸. Besonders bei den technischen Geräten ist häufig zu sehen, dass die Geräte nach einiger reibungslos funktionierender Zeit (meistens innerhalb der Sechsmonatsfrist) einen Defekt aufweisen¹⁶⁹. Für die Anwendung von § 476 würde ausreichen, wenn ein in der Sache angelegter Mangel nach längerer Zeit des Gebrauchs manifestiert¹⁷⁰. Hiernach muss der Käufer lediglich nachweisen, dass ein Sachmangel innerhalb der Sechsmonatsfrist nach der Übergabe entstanden ist und dieser Mangel bei der Übergabe zumindest in der Anlage vorgelegen hätte¹⁷¹. Damit ist bei solchen Fällen davon auszugehen, dass der Mangel nicht vom Käufer verursacht wurde¹⁷².

Teilweise wird zur Begründung auch darauf hingewiesen, dass die weite Auslegung der Vermutung mit Geist der RL vereinbar ist. Denn Art. 8 II der RL lässt zu, über den Inhalt der RL hinauszugehen¹⁷³. Nach Art. 5 III der RL wird vermutet, dass die Vertragswidrigkeiten, die binnen sechs Monaten nach Lieferung des Gutes offenbar werden, bereits zum Zeitpunkt der Lieferung bestanden. Während sich die Vermutung in Art.5 III der RL lediglich auf dem Zeitpunkt des aufgetretenen Mangels bezieht und damit auf einen konkreten Mangel

¹⁶⁴ Reinking, DAR 2007, 601 (602).

¹⁶⁵ MünchKommBGB/Lorenz § 476 Rn. 4.

¹⁶⁶ Gsell, JZ 2008, 29 (31); Oechsler, BB 2015, 1923 (1925).

¹⁶⁷ Lorenz, NJW 2004, 3020 (3021).

¹⁶⁸ Roth, ZIP 2004, 2025.

¹⁶⁹ Bamberger/Roth/Faust, § 476 Rn. 9.

¹⁷⁰ Looschelders/Benzenberg, VersR 2005, 233; Wagner, ZEuP 2016, 87 (98).

¹⁷¹ Saenger/Veltmann, ZGS 2005, 450, (452).

¹⁷² Looschelders/Benzenberg, VersR 2005, 233 (234). Ältere Ansicht in Reinking, DAR 2007, 601 (602).

¹⁷³ Höffe, S. 9.

beschränkt¹⁷⁴, beruht sie in § 476 auf die Mangelhaftigkeit selbst¹⁷⁵. Mit dieser abweichenden Formulierung geht zwar die Regelung in § 476 über Art. 5 III der RL hinaus, liegt aber kein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht vor, weil die RL es zulässt, somit genießt der Verbraucher einen hohen Schutz¹⁷⁶.

Gegen die Ansicht des BGH wurde weiter ausgeführt, dass der Käufer unangemessen belastet wird, wenn man von ihm verlangt, dass er einziger Schadensursache erbringen und alle anderen möglichen Ursachen ausschließen soll. Dies würde der allgemeinen Lebenserfahrung widersprechen. Denn es ist immer möglich, dass viele verschiedene Faktoren für einen Schadenseintritt ursächlich sind¹⁷⁷. Das Verlangen nach dem Beweis des Ausschlusses anderer möglichen Ursachen durch den Käufer würde die Regelung des § 476 entwerten¹⁷⁸. Die Ansicht des BGH ist abzulehnen, da sie die Norm eines Großteils ihrer Anwendungsfälle entkleidet¹⁷⁹.

Eine andere Ansicht stimmt der Entscheidung des BGH zwar zu, dass sich die Vermutung nicht auf den eventuellen Grundmangel bezieht, verlangt sie jedoch im Unterschied zum BGH in den Fällen eine Beweiserleichterung für den Käufer, in denen der Schaden auf einen Grundmangel zurück zu führen ist¹⁸⁰. Es wurde vor allem kritisiert, dass der BGH die Anwendung des § 476 im Zylinderkopfdichtungsfall zugelassen aber in dem Zahnriemenfall abgelehnt hat. Da es im Zahnriemenfall auch feststand, dass der Defekt am Zahnriemen den Motorschaden verursacht hat, müsste § 476 wie im Zylinderkopfdichtungsfall zur Anwendung kommen. Einziger Unterschied bestand darin, dass eine Weiterfahrt beim Zahnriemenfall gar nicht möglich gewesen¹⁸¹. Im Zahnriemenfall war sowie im Zylinderkopfdichtungsfall lediglich der Entstehungszeitpunkt des Mangels unklar¹⁸². Da bei der Anwendung des § 476 auf den Entstehungspunkt der Abweichung nicht kommt, würde auch die feststehende Lockerung des Zahnriemens den Mangel i. S. v. § 476 darstellen. Es ist ungerecht, dass der BGH zwischen den

¹⁷⁴ Bamberger/Roth/Faust § 476 Rn. 10.

¹⁷⁵ Lorenz, NJW 2004, 3020 (3021).

¹⁷⁶ Westphalen, ZGS 2005, 210 (211); Saenger/Veltmann, ZGS 2005, 450, (451).

¹⁷⁷ Bamberger/Roth/Faust § 476 Rn. 14.

¹⁷⁸ Reinking, DAR 2007, 601 (603); Wagner, ZEuP 2016, 87 (112).

¹⁷⁹ Roth, ZIP 2004, 2025.

¹⁸⁰ Reinking, DAR 2007, 601 (602); Gsell, JZ 2008, 29 (30); Roth, ZIP 2004, 2025f.

¹⁸¹ Tamm/Tonner/Schattenkirchner § 14 Rn. 75.

¹⁸² Gsell, JZ 2008, 29 (31).

Fragen nach dem „ob“ und „Wann“ eines Sachmangels strikt differenziert¹⁸³. Da meistens für einen Schaden alternative Schadensszenarien in Betracht kommen können, kann diese Unterscheidung gerade bei modernen, technisch äußerst komplexen Waren nicht berücksichtigt werden¹⁸⁴. Die ratio der Regelung bestand genau darin, den Verbrauchern vor diesem Beweisproblem zu schützen. Daher sind bei der Anwendung des § 476 die Wahrscheinlichkeit der denkbaren Schadensszenarien vor Augen zu behalten¹⁸⁵.

Zwischenfazit: Hinsichtlich der Meinung des BGH über die Reichweite der Vermutung herrscht in der Literatur Uneinigkeit. Ein Teil der Literatur vertritt zwar die Ansicht des BGH nur teilweise, stimmen andere Autoren aber seiner Meinung uneingeschränkt zu, während die meisten Literaturen die Sichtweise BGH ablehnen. Die herrschende Meinung in der Literatur dagegen lehnt die Meinung des BGH ab. Nach der herrschenden Meinung muss die Vermutung weit ausgelegt werden. Demnach muss der Käufer lediglich den Sachmangel beweisen, der sich innerhalb der Sechsmonatsfrist gezeigt hat. Ihm obliegt also keine Beweislast eines Grundmangels¹⁸⁶.

d. Die Ansicht des EuGH

Es besteht die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung. Dies ergibt sich aus Art. 10, 249 III EG¹⁸⁷. Aufgrund dieser Pflicht ist eine Kooperation zwischen dem BGH und EuGH erforderlich¹⁸⁸. Danach war der BGH verpflichtet in den oben genannten Fällen im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens gem. Art. 234 III EG (heute Art. 267 III AEUV)¹⁸⁹ den EuGH anzurufen.

Am 4.6. 2015 hat der EuGH eine Grundsatzentscheidung¹⁹⁰ getroffen. Auf Vorlage eines niederländischen Gerichts musste sich der EuGH mit der Frage nach der Darlegungs- und

¹⁸³ Kieselstein, ZGS 2005, 338 (339).

¹⁸⁴ Bamberger/Roth/Faust, § 476 Rn. 9.

¹⁸⁵ Palandt/Weidenkanff, § 476 Rn.8; Reinking, DAR 2007, 601 (602).

¹⁸⁶ Roth, ZIP 2004, 2025 (2026); Höpfner, ZGS 2007, 410 (412).

¹⁸⁷ Herresthal, NJW 2008, 2475 (2477).

¹⁸⁸ Höpfner, ZGS 2007, 410 (414); Kohler/Seyr/Puffer-Mariette ZEuP 2015, 335 (339ff).

¹⁸⁹ Bamberger/Roth/Faust, § 476 Rn. 12.

¹⁹⁰ EuGH, 4.6.2015 C-497/13 in: BB 2015, 1930ff; Fellert, JA 2015, 818; EuGH, EWS 2015, 115f. Dauner/Langen/Büdenbender § 476 Rn.12.

Beweislast für verdeckte Sachmängel beschäftigen und darüber entscheiden, ob in Sachen von Faber die Vermutung nach Art. 5 III der RL den Grundmangel erfasst. Nach seiner spektakulären¹⁹¹ Entscheidung muss der Verbraucher erstens vortragen und den Beweis erbringen, dass das verkaufte Gut nicht vertragsgemäß ist. Der Verbraucher muss nur das Vorliegen der Vertragswidrigkeit beweisen. Er muss weder den Grund für die Vertragswidrigkeit noch den Umstand beweisen, dass sie dem Verkäufer zuzurechnen ist¹⁹². Zweitens hat er zu beweisen, dass die in Rede stehende Vertragswidrigkeit binnen sechs Monaten nach der Lieferung des Gutes offenbar geworden ist, also sich ihr Vorliegen tatsächlich herausgestellt hat. Gelingt es ihm die Tatsachen zu beweisen, wird er von dem weiteren Nachweis befreit, dass die Vertragswidrigkeit bereits zum Zeitpunkt der Lieferung des Gutes bestand. Das Auftreten der Vertragswidrigkeit innerhalb einer kurzen Zeit von sechs Monaten lässt vermuten, dass sie zum Zeitpunkt der Lieferung „zumindest im Ansatz“ bereits vorlag, auch wenn sie sich erst nach der Lieferung des Gutes herausgestellt hat¹⁹³. Gegebenenfalls hat der Unternehmer den Beweis zu erbringen, dass die Vertragswidrigkeit zum Zeitpunkt der Lieferung des Gutes noch nicht vorlag, indem er darlegt, dass sie ihren Grund oder Ursprung in einem Handeln oder Unterlassen nach der Lieferung des Gutes hat¹⁹⁴. Bringt der Unternehmer rechtlich keine hinreichenden Beweise dafür, dass der Grund oder Ursprung der Vertragswidrigkeit in einem Umstand liegt, der erst nach der Lieferung des Gutes eingetreten ist, dann kann sich der Verbraucher auf seine Rechte aus der RL berufen¹⁹⁵.

Mit seiner Entscheidung ist der EuGH gegen die Ansicht des BGH¹⁹⁶, indem er der Unterscheidung zwischen dem Grundmangel und Folgemangel keine Rechnung getragen und die Norm weit ausgelegt hat. Da der EuGH die weite Auslegung der Norm befürwortete und sich damit der herrschenden Meinung in der deutschen Literatur angeschlossen hat, ist seine Entscheidung gleichzeitig auf die Kritik gestoßen. In der Literatur wurde bezüglich der mangelnden Begründung der Entscheidung¹⁹⁷, der Herabsetzung der Darlegungs- und

¹⁹¹ Wagner, ZEuP 2016, 87 (98).

¹⁹² Ruckteschler, ZEuP 2016, 528 (531); EuGH Urt. v. 4.6.2015 Rn.70, 71; EuGH, EWS 2015, 115f.

¹⁹³ EuGH Urt. v. 4. 6.2015 Rn. 72; EuGH, EWS 2015, 115f.; Hübner, NJW 2015, 2241.

¹⁹⁴ EuGH Urt. v. 4.6.2015 Rn.73; Erger, NJ 2015, 405 (406).

¹⁹⁵ EuGH Urt. v. 4.6.2015 Rn.74; Gsell, VuR 2015 446 (447).

¹⁹⁶ Koch, JZ 2015, 834 (836); Wagner, ZEuP 2016, 87 (111).

¹⁹⁷ Ruckteschler, ZEuP 2016, 528 (532); Gsell, VuR 2015 446 (447).

Beweislast des Verbrauchers¹⁹⁸ und der eventuell neuen Hürden für die Parteien,¹⁹⁹ Kritik ausgeübt worden. Der EuGH habe nur grobe Feststellungen gemacht. Er soll ohne argumentative Äußerungen und nur mit einem Verweis auf die Begründung der Kommission hier eine weitreichende Entscheidung getroffen haben²⁰⁰. Die Darlegungs- und Beweislast des Verbrauchers beschränkt sich danach nur auf das Vorliegen der Vertragswidrigkeit, die innerhalb der Sechsmonatsfrist offenbar wurde. In dem er die Vermutung auf den Grundmangel erstrecken und die Beweislast des Verbrauchers verkürzen lässt, setzt er damit die Beweislastumkehr einer Haltbarkeitsgarantie gleich²⁰¹. Denn hier soll auch der Verkäufer beweisen, dass es keine Vertragswidrigkeit der Kaufsache im Zeitpunkt der Gefahrübergang vorlag und somit es kein Garantiefall gegeben ist²⁰². Dem Wortlaut der Norm ist keine Vermutung auf den Grundmangel zu entnehmen. Dennoch soll allein die Erstreckung der Vermutung auf den Grundmangel nicht immer ermöglichen, dass der Verbraucher von jedem Vortrag hinsichtlich der Ursache des behaupteten Mangels befreit wäre. Denn der Verbraucher müsse immer darlegen, warum die vorliegende Beeinträchtigung der Funktion ausschließlich auf einem Mangel der Kaufsache beruht²⁰³. Der EuGH übertreibe es mit dem Verbraucherschutz und berücksichtige die berechtigten Interessen des Käufers nicht wie behauptet wird²⁰⁴. Mit der Aufschiebung der Beweislast der Mangelursache bzw. Mangelursprung auf den Unternehmer sollen sowohl auf den Unternehmer als auch auf den Käufer neue Hürden zukommen²⁰⁵. Zur Vermeidung der Gewährleistungshaftung werden die Unternehmer vor dem Verkauf eine sehr umfangreiche und kosten gebundene Untersuchung der angebotenen Waren vornehmen und diesbezügliche Dokumente ausstellen müssen. Es ist nicht zu vermeiden, dass dadurch entstandene Kosten letztlich auf den Verbraucher umgelegt werden, so dass dieser Umstand auch auf den Verbraucher mittelbare Auswirkungen habe²⁰⁶.

¹⁹⁸ Ruckteschler, ZEuP 2016, 528 (537).

¹⁹⁹ Ruckteschler, ZEuP 2016, 528 (540-541); Wagner, 2016 ZEuP, 87 (112).

²⁰⁰ Gsell, VuR 2015 446 (447); Oechsler, BB 2015, 1923 (1924).

²⁰¹ Ruckteschler, ZEuP 2016, 528 (532); Hübner, NJW 2015, 2241.

²⁰² Ruckteschler, ZEuP 2016, 528 (537); Wagner, ZEuP 2016, 87 (111); Gsell, JuS 2005, 967.

²⁰³ Ruckteschler, ZEuP 2016, 528 (539).

²⁰⁴ Wagner, 2016 ZEuP, 87 (99).

²⁰⁵ Ruckteschler, ZEuP 2016, 528 (540-541).

²⁰⁶ Wagner, ZEuP 2016, 87 (112); Ruckteschler, ZEuP 2016, 528 (540-541).

Trotz der streitigen Punkte hat die Entscheidung des EuGH den Verbraucherschutz auf ein neues Niveau gehoben²⁰⁷. Aus den Ausführungen der Entscheidung ergibt sich, dass der EuGH den Verbraucher von jeder weitreichenden Beweis- und Darlegungslasten befreien möchte. Nach der Entscheidung im Rahmen Art. 5 III der RL muss der Verbraucher „weder den Grund der Vertragswidrigkeit noch den Umstand beweisen, dass deren Ursprung dem Verkäufer zuzurechnen ist“. Sondern beschränkt sich seine Aufgabe nur auf den Nachweis, „dass das verkaufte Gut nicht vertragsgemäß ist“ und dass die fragliche Vertragswidrigkeit binnen sechs Monaten nach Lieferung des Gutes offenbar geworden ist, d.h. sich ihr Vorliegen tatsächlich herausgestellt hat. Damit hat der EuGH die Differenzierung zwischen dem Grundmangel und Folgemangel aufgehoben. In dem vom EuGH entschiedenen Faber-Fall war ein Pkw verkauft worden, der innerhalb der ersten sechs Monate nach der Übergabe des Pkw Feuer gefangen hatte und ausgebrannt war. Die entscheidende Frage bestand darin, ob nach Art. 5 III der RL in Sachen Faber vermutet wird, dass das Ausbrennen des Fahrzeuges auf einem zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorliegender Vertragswidrigkeit beruht. Gem. Art. 2 I und Art. 3 I der RL liegen die Vertragswidrigkeiten grundsätzlich bei der Lieferung der Kaufsache²⁰⁸ vor. Da das Fahrzeug fast 6 Monate später nach der Lieferung ausgebrannt war, würde der Fahrzeugbrand keine Vertragswidrigkeit i. S. v. Art. 5 III der RL darstellen. Demnach kann davon ausgegangen werden, dass sich der Brand des Fahrzeugs auf eine Vertragswidrigkeit beruht, die bereits bei Lieferung des Fahrzeuges nach Art. 2 I und Art. 3 I der RL vorlag²⁰⁹. Da dies nicht mehr aufgeklärt werden kann, hat der EuGH sich nun mit der Frage zu beschäftigen, wie eine Beweislastverteilung i. S. v. Art 5 III der RL funktioniert und insbesondere, welche Umstände der Verbraucher beweisen muss²¹⁰. Zwei verschiedene Varianten sind hier zu denken. Ein möglicher technischer Fehler, der zum Zeitpunkt der Lieferung als eine verdeckte Vertragswidrigkeit vorgelegen hat, würde erste Variante darstellen. Als zweite Variante könnte das Fehlverhalten der Käuferin im Umgang mit der Kaufsache in Betracht kommen²¹¹. Diese Konstellation lässt sich an die kontrovers diskutierte Zahnriemensentscheidung des VIII Senat des BGH erinnern²¹². Denn dort konnte auch nicht geklärt werden, welche Ursache zu der Mangelhaftigkeit der Kaufsache bzw. dem Fahrzeugbrand geführt hat. Mit dem

²⁰⁷ Dauner/Langen/Büdenbender § 476 Rn.16; Ruckteschler, ZEuP 2016, 528 (539); Hübner, NJW 2015, 2241.

²⁰⁸ Oechsler, BB 2015, 1923.

²⁰⁹ Oechsler, BB 2015, 1923.

²¹⁰ Fellert, JA 2015, 818 (821).

²¹¹ Oechsler, BB 2015, 1923; Hübner, NJW 2015, 2241.

²¹² Koch, JZ 2015, 834 (836); Rott, EuZW 2015, 560 (561).

Grundgedanken, den Verbraucher vor „unüberwindbaren“ Beweisschwierigkeiten zu schützen, legte der BGH die Vermutung des Art.5 III der RL weit aus und wendete diese Norm für den zu entscheidenden Fall an. Somit schob der EuGH dem Verkäufer die Beweislast dafür zu, dass sich der Fahrzeugbrand auf einen bei der Lieferung vorliegenden Grundmangel beruht²¹³. Hinsichtlich der Darlegungs- und Beweislast ist somit die Verantwortungssphäre des Käufers verkürzt worden. Da der EuGH der restriktiven Auslegung der Mangelvermutung nicht gefolgt ist, hat die Unterscheidung zwischen Grundmangel und Folgemangel ihre Grundlage verloren²¹⁴. Der EuGH hat sich ausdrücklich im Sinne der Literatur ausgesprochen und damit sich gegen eine enge Auslegung der Vermutungsregelung geäußert²¹⁵. Die großzügige Auslegung der Vermutung könnte einen besseren und stärkeren Schutz des Verbrauchers ermöglichen. Gleichzeitig kann sie aber auch die unnötige Haftung des Verkäufers für die Mängel, die der Käufer selbst verursacht hat, verhindern²¹⁶. Schließlich würde dies eine Last für die Endverbraucher verursachen. Also die Übertreibung des Schutzes des Verbrauchers würde im Endeffekt die Verbraucher belasten.

Trotz der oben dargestellten Bedenken ist die Entscheidung des EuGHs zu begrüßen. Mit der Aufhebung der Differenzierung zwischen dem Grundmangel und Folgemangel wird ein neuer und verbraucherfreundlicher Kurs in europäischem Rechtsraum eröffnet²¹⁷. Da meistens für denselben Sachverhalt zwei Sachverständige hinzugezogen werden und diese Sachverständigen jeweils für den Verbraucher und den Unternehmer ein umfangreicher Untersuchungsbericht anfertigen müssten, kamen beider Seiten die unvermeidbaren Doppelarbeiten zu. Mit einer Entscheidung, die die beiden Beweisthemen hinsichtlich der Ursache und Entstehungszeitpunkt des Mangels einheitlich bestimmt, würden sowohl der Verbraucher als auch der Unternehmer finanziell entlastet und vor einigen Doppelarbeiten geschützt bzw. bewahrt²¹⁸.

²¹³ Wagner, ZEuP 2016 87 (99).

²¹⁴ Wagner, ZEuP 2016, 87 (111); Fellert, JA 2015, 818 (821).

²¹⁵ Koch, JZ 2015, 834 (837); Fellert, JA 2015, 818 (821); Lorenz, JuS 2015, 398 (400).

²¹⁶ Wagner, ZEuP 2016, 87 (112).

²¹⁷ Fellert, JA 2015, 818 (822).

²¹⁸ Wagner, 2016 ZEuP, 87 (112).

e. Stellungnahme

Die Ansicht des BGH überzeugt nicht, dass die Regelung des § 476 nur eine Vermutung in einer zeitlichen Hinsicht erlaubt²¹⁹. Zuzustimmen ist hingegen der Ansicht, wonach die Norm eine sowohl in zeitlicher als auch in sachlicher Hinsicht wirkende Vermutung beinhaltet.

Für eine weite Auslegung der Norm sprechen die folgenden Argumente:

aa. Wortlaut- Argumentation

Hierfür spricht zunächst der Wortlaut der Norm, der voraussetzt, dass sich ein Sachmangel zeigt²²⁰. Ein konkreter Bezug zwischen dem sich zeigenden Mangel und der Mangelhaftigkeit der Sache ist keine Voraussetzung des § 476²²¹. Somit würde für ihre Anwendbarkeit das Vorliegen irgendeines Mangels ausreichen. Aus dem Begriff „sich zeigen“ geht das Vorliegen eines konkreten Mangels bei Gefahrübergang nicht hervor, sondern lediglich die allgemeine Mangelhaftigkeit der Sache als solche²²². Dies stellt eine Abweichung des Art. 5 III der RL dar²²³.

bb. Die teleologische Auslegung

Die ratio der Norm ist der Verbraucherschutz²²⁴. Der beabsichtigte Verbraucherschutz könnte dadurch zu einer Makulatur²²⁵ werden, in dem von dem Verbraucher verlangt wird, die Kausalität zwischen dem versteckten Grundmangel und dem später sichtbaren Folgemangel zu beweisen. Das Gesetz will dem Verbraucher aber gerade die Beweisprobleme ersparen, die ihm gegenüber dem regelmäßig fachkundigen Unternehmer entständen²²⁶. Der BGH nimmt mit seiner restriktiven Auslegung der Vermutung einen Großteil ihres Anwendungsbereichs. Bei technischen Geräten tritt einige Zeit später nach dem Gefahrübergang eine Funktionsstörung auf²²⁷. Soll der Verbraucher auch die Ursache dieser Störung aufweisen, dann ist er damit überfordert²²⁸. Vor dem Erwerb einer Sache verbringt ein durchschnittlicher Verbraucher nicht

²¹⁹ BGH NJW 2004, 2299 (2300).

²²⁰ Höpfner, ZGS 2007, 410 (412).

²²¹ Schwab, JuS 2015, 71 (72).

²²² Lorenz, NJW 2004, 3020 (3021).

²²³ Bamberg/Roth/*Faust* § 476 Rn. 10; Oechsler, BB 2015, 1923 (1925).

²²⁴ Lorenz, NJW 2004, 3020 (3021); Grohmann/Gruschinke, ZGS 2005, 452.

²²⁵ Lorenz, NJW 2004, 3020 (3022).

²²⁶ Lorenz, NJW 2004, 3020 (3021).

²²⁷ Bamberger/Roth/*Faust* § 476 Rn. 9.

²²⁸ Lorenz, NJW 2004, 3020 (3021).

zu viel Zeit mit der Marktrecherche oder investiert keine große Energie für das Erlangen einer Markenübersicht²²⁹. Aus einer solchen Beweislast des Verbrauchers könnte eine Ursachenkette resultieren²³⁰, die einen Dominoeffekt verursachen kann. Der Sinn und Zweck der Regelung wird dadurch entwertet. Die Norm würde nicht mehr die Überschrift „Beweislastumkehr“ haben sondern „Umkehr der Beweislastumkehr“²³¹.

Allerdings geht aus den Gesetzeserwägungen folgendes hervor, dass die Gesetzesbegründung, dass die „Grundlage der Vorschrift die schlechteren Beweismöglichkeiten des Verbrauchers und die ungleich besseren Erkenntnismöglichkeiten des Unternehmers sind“. Daher ist eine Auslegung der Norm in der Weise geboten, die dem Verbraucher Beweisprobleme abnimmt²³². Der Verbraucher glaubt daran, dass der Gesetzgeber durch die Gewährleistung eines Mindestschutzes ihn vor der Täuschung oder unlauteren Unternehmerhandlungen schützen wird²³³.

Der Ansicht des BGH ist dahingehend zu folgen, als dass die Vermutung nach § 476 widerlegbar ist. Im Zahnriemenfall wurde sie treffenderweise vorgenommen. Jedoch hat sich der BGH gegen die Anwendbarkeit des § 476 entschieden. Nach der Meinung des BGH greift 476 nicht ein, sofern die Ursache des sich zeigenden Mangels unklar bleibt, also das Vorliegen eines Grundmangels nicht nachgewiesen ist. Mit der Lockerung des Zahnriemens steht zwar die Ursache des Motorschadens fest²³⁴, blieb lediglich die Ursache dieser Lockerung also die Ursache der Ursache des Motorschadens ungeklärt. Dies ist nicht nachvollziehbar. Denn es geht hier nicht überwiegend um die sich variierenden Schadenursachen, sondern vielmehr um den Zeitpunkt des Mangleintritts. Zu Illustration ein krasses Beispiel: Ein 6-monatiges Kind erlebt einen schweren Bandscheibenvorfall. Die Ärzte konnten den genauen Grund, der zu einer solchen Krankheit geführt hat, nicht feststellen. Es kann sein, dass bei der Geburt was schiefgelaufen ist. Ein Fehlverhalten der Eltern bei der Pflege des Kindes könnte genauso ursächlich sein. Oder auch ein genetischer Fehler für die Krankheit des Kindes kommt in Betracht. Es wäre auch nicht auszuschließen, dass die Krankheit auf eine falsche Bewegung des Kindes zurückzuführen ist. Bei einem solchen krassen Fall konnte sowohl die Ursache der

²²⁹ Engel/Stark, ZEuP 2015, 32 (40).

²³⁰ „Als multikausale Schadenprozess“ in: Reinking, DAR 2007, 601 (602); vgl. „Monokausalfälle“ in: Ball, F.S. für Gerda Müller 2009, 591 (595).

²³¹ Reinking, AnwBl 2004, 607 (611).

²³² Lorenz, DAR 2006, 611 (615); Rott, EuZW 2015, 560f.

²³³ Engel/Stark, ZEuP 2015, 32 (40).

²³⁴ Gsell, JuS 2005, 967 (971).

Krankheit als auch der Zeitpunkt des Krankheitsauftritts nicht ermittelt werden. Folgt man der Meinung des BGH kann das Kind nicht geheilt werden. Diese Lösung wäre mit dem Schutz und Wohl des Kindes nicht vereinbar. Übertragen auf die Ansicht des BGH wäre der Verbraucher nicht geschützt, wie ratio der Norm und der EuGH verlangen. Daher ist der Meinung des BGH nicht zu folgen.

Da im Rahmen der § 476 eine richtlinienkonforme Auslegung erforderlich ist, entfaltet die Entscheidung des EuGH ihre Auswirkungen auch im deutschen Recht²³⁵. Aufgrund der Äußerungen des EuGH wäre die enge/restriktive Auslegung veraltet²³⁶. Die Entscheidungen des EuGH sind für die nationalen Gerichte bindend²³⁷. Daher muss sich BGH seine Auffassung bezüglich der Reichweite der Vermutungswirkung des § 476 an die Grundlegende Entscheidung des EuGH neu orientieren und verändern²³⁸. In der Literatur wurde der BGH sowohl für Differenzierung des Mangels als auch für seine unbegründete Weigerung der Vorlage an EuGH kritisiert. Diese Kritiker haben von dem EuGH eine bedeutsame Unterstützung bekommen²³⁹.

Zu berücksichtigen ist hier auch, dass die Entscheidung des EuGH in weiten Teilen die Rechtsklarheit geschaffen und die Position des Verbrauchers gestärkt hat, die in der Zukunft die Lösung der Rechtstreitigkeiten erleichtern wird²⁴⁰.

Der BGH müsste -wie im Quelle-Fall- an den EuGH wenden²⁴¹. Da der BGH die Vorlagepflicht in oben genannten Fällen verletzt hat, liegt damit ein Verstoß gegen Art.101 I 2 GG vor, so dass diese Fälle richtlinienwidrig gelöst worden sind²⁴².

F. Ausschluss der Beweislastumkehr

Neben der Problematik der Reichweite der Vermutung stellt auch der Ausschlussstatbestand des § 476 ein zentrales Problem der Norm dar. Danach gilt die Vermutung nicht, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist. Da die Vermutung des § 476 nicht nur auf den

²³⁵ Erger, NJ 2015, 405 (406).

²³⁶ Fellert, JA 2015, 818.

²³⁷ Koch, JZ 2015, 834 (836); Kohler/Seyr/Puffer-Mariette, ZEuP 2015, 335 (345); Wagner, ZEuP 2016, 87 (88).

²³⁸ Dauner-Lieb/Langen/Büdenbender § 476 Rn.12.

²³⁹ Hübner, NJW 2015, 2241.

²⁴⁰ Ruckteschler, ZEuP 2016, 528 (540-541); Rott, EuZW 2015, 560 (561); Reinking, DAR 2007, 601.

²⁴¹ Der BGH legte dem EuGH, die Frage vor, ob die VerbrGüterKRL im Falle der Ersatzlieferung der Pflicht zum Nutzungsersatz entgegensteht: EuGH, Urt. v. 17.04.2008-C-404/06 mit Besprechung von Faust in: JuS 2008, 652ff; Herresthal, NJW 2008, 2475ff; Wagner, ZEuP 2016 87 (92).

²⁴² Rott, EuZW 2015, 560 (561); Höpfner, ZGS 2007, 410 (414).

Zeitpunkt des Mangels sondern auch auf das Vorliegen des Mangels beruht, verdient der Ausschlussstatbestand zur Vermeidung von unbilligen Ergebnissen eine besondere Achtung²⁴³. Zudem muss der Mangel nachträglich entstanden sein²⁴⁴.

Die Vermutung kommt nicht nur in dem Fall in Betracht, in dem der Käufer von seinem Gewährleistungsrecht Gebrauch macht, sondern auch für alle Ansprüche zwischen dem Käufer und dem Verkäufer, die auf die Mangelhaftigkeit der Sache zurückzuführen sind²⁴⁵.

Bezüglich der Frage, welche Anforderungen an den Beweis einer Ausnahme nach Art der Sache oder Art des Mangels zu stellen sind, herrscht in der Literatur Uneinigkeit²⁴⁶. Ein Teil der Literatur vertritt die Meinung, nach der die Vermutung nicht eingreift, wenn der Verkäufer darlegt, dass kein hinreichender Rückschluss auf den geltend gemachten Sachmangel im Zeitpunkt der Übergabe gegeben ist²⁴⁷. Nach der Meinung des BGH ist hingegen für den Ausschluss der Vermutung nach der Art des Mangels nicht ausreichend, wenn es sich bei diesem Mangel um einen Mangel handelt, der „typischerweise jederzeit auftreten kann und deshalb keinen sicheren Rückschluss darauf zulässt, dass er schon bei Gefahrübergang vorhanden war“²⁴⁸. Hiernach genügt die bloße Erschütterung des Vortrages des Verkäufers für die Widerlegung der Vermutung nicht²⁴⁹. Da der Verbraucher im Gegensatz zum Unternehmer eine schlechtere Nachweismöglichkeit hat, obliegt dem Verkäufer den Ausschluss der Vermutung aufgrund der Art der Sache oder des Mangels darzulegen²⁵⁰.

Die Ansicht der Literatur überzeugt nicht. Die Natur der Sache und die Art des Mangels sind für den Ausschluss entscheidend. Daher ist bei jedem Fall gesondert zu beurteilen. Der Verkäufer muss den vollen Beweis für den Ausschlussstatbestand als Ausnahmeregelung erbringen²⁵¹.

²⁴³ MünchKommBGB/Lorenz § 476 Rn. 14; Tamm, 476 Rn. 16.

²⁴⁴ BGH NJW 2009, 580; Rott, EuZW 2015, 560 (561); MünchKommBGB/Lorenz § 476 Rn. 15.

²⁴⁵ BGH NJW 2009, 580; Erman/*Grunewald* § 476 Rn.10; Ball, F.S. für Gerda Müller 2009, 591.

²⁴⁶ Kieselstein, ZGS 2005, 338 (341).

²⁴⁷ Lorenz, NJW 2004, 3020 (3022); Kieselstein, ZGS 2005, 338 (341); OLG Stuttgart, ZGS 2005, 36 (38); Gsell, JuS 2005, 967; Walther, S. 94.

²⁴⁸ BGH NJW 2005, 3490 (3493); Theis, EWiR 2008, 73 (75f).

²⁴⁹ Dauner-Lieb/Langen/*Büdenbender* § 476 Rn.12; Tamm/Tonner § 14 Rn.122.

²⁵⁰ BGH NJW 2005, 3490 (3493); Theis, EWiR 2008, 73 (75f); Voschepoth, S. 58; Wietoska, ZGS 2004, 8 (9); Vgl. Reinking, DAR 2007, 601 (603); Walther, S. 92.

²⁵¹ Theis, EWiR 2008, 73 (76); Voschepoth, S. 58.

I. Unvereinbarkeit mit der Art der Sache

Die Vermutung ist ausgeschlossen, wenn sie mit der Art der Sache unvereinbar ist. Ein solcher Ausschluss kommt besonders bei leicht verderblichen Waren²⁵² oder beim Verschleiß in Betracht²⁵³. Zwar wird zwischen den gebrauchten und neuen Sachen unterscheiden, aber ein genereller Ausschluss der Vermutung bei den gebrauchten Sachen erfolgt nicht²⁵⁴. Da aus dem Wortlaut des § 476 keine Differenzierung zwischen den neuen und gebrauchten Sachen hervorgeht, finden die Verbraucherrechtvorschriften grundsätzlich auch auf die gebrauchte Sachen Anwendung²⁵⁵. § 474 I 2 regelt, dass die Vorschriften über den Verbrauchsgüterkauf nicht auf gebrauchte Sache anzuwenden sind, die im Rahmen in einer Auktion erworben wurden. Somit ist für das Verbrauchsgüterkaufrecht eine Unterscheidung zwischen neuen und gebrauchten Sachen nicht fremd. Das hohe Sachmangelrisiko bei gebrauchten Sachen macht eine solche Differenzierung erforderlich.

Streitig ist, welche Rolle eine solche Unterscheidung beim Ausschluss der Vermutung nach Art der Sache spielt.

Die Vorgaben der RL und Gesetzesbegründung: Eine solche Differenzierung widerspricht den Vorgaben der RL²⁵⁶. In Erwägungsgrund 8 wird zwar das Abhängigkeitsverhältnis zwischen dem vertragsmäßigen Zustand der Sache und dem neuen oder gebrauchten Gegenstand betont, werden aber die gebrauchten Sachen von dem Anwendungsbereich der RL nicht ausgeschlossen. Nach Art. 7 I der RL können die Mitgliedstaaten bei gebrauchten Sachen die Haftungsfristen des Verkäufers auf mindestens ein Jahr verkürzen²⁵⁷. Damit unterlässt die RL eine Differenzierung zwischen den neuen und gebrauchten Sachen, so dass keine Ausnahme für gebrauchte Sachen besteht.

Auch die Gesetzesbegründung sieht keine grundsätzliche Unvereinbarkeit dieser Norm mit gebrauchten Sachen vor. Es ist immer darauf zu achten, dass irgendein Mangel an der Sache jederzeit auftreten kann. Zweck der Beweislastumkehr ist eine Kompensation hinsichtlich der

²⁵² Lorenz, NJW 2004, 3020 (3022); Gsell, JuS 2005, 967 (968).

²⁵³ BGH NJW 05, 3490; 06, 1196; 07, 2619; Reinking, ZGS 2003, 105 (106); Erman/Grunewald 476 Rn.7; MünchKommBGB/Lorenz § 476 Rn. 16; Tamm, 476 Rn. 18; Gsell, JZ 2008, 29 (32); Roth, ZIP 2004, 2025.

²⁵⁴ Grunewald, Rn. 200, MünchKommBGB/Lorenz § 476 Rn. 16; Tamm, 476 Rn. 18.

²⁵⁵ MünchKommBGB/Lorenz § 476 Rn. 16; Tamm, 476 Rn. 18; Westplan, ZGS 2004, 341; Reinking, ZGS 2003, 105 (106); Ball, F.S. für Gerda Müller 2009, 591; Westphalen, ZGS 2005, 210 (212); Roth, ZIP 2004, 2025 (2026).

²⁵⁶ Grohmann/Gruschinke, ZGS 2005, 452, (455).

²⁵⁷ Höffe, S. 2 f.

Beweismöglichkeiten zwischen dem Unternehmer und dem Verbraucher²⁵⁸. Da der Verkäufer die Kaufsache länger und besser kennt, würde ihm leichter fallen, darzulegen, welche Belastungen bzw. Störungen der Kaufsache ausgesetzt, und wie hoch das Risiko der Mangelhaftigkeit der Kaufsache ist²⁵⁹.

Der BGH ist gegen einen generellen Ausschluss der BLU bei gebrauchten Sachen²⁶⁰. Nach der Formulierung des § 476 kann die Vermutung lediglich in Ausnahmefällen ausgeschlossen werden. Ein solcher pauschaler Ausschluss bei gebrauchten Sachen würde das Regel-Ausnahme-Verhältnis zu Nichte machen²⁶¹. Somit ist weder nach dem BGH noch der Intention des Gesetzgebers ein Ausschluss bei gebrauchten Sachen vorzunehmen²⁶².

Die Anwendbarkeit des § 476 auf gebrauchten Sachen wird in der Literatur unterschiedlich beurteilt. Einige Vertreter der Literatur sind der Meinung, dass bei gebrauchten Sachen ein Ausschluss vorgenommen werden soll²⁶³. Hiernach kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein auftretender Mangel bei gebrauchten Sachen auch nur einen Verschleiß darstellt²⁶⁴. Der andere Teil der Literatur sieht dagegen keinen generellen Ausschluss der Beweislastumkehr bei gebrauchten Gegenständen vor²⁶⁵. Ein solcher Ausschluss wäre mit den Vorgaben der RL nicht zu vereinbaren²⁶⁶. Zudem muss eine Gesamtschau hinsichtlich der konkreten Sache und des konkreten Mangels vorgenommen werden²⁶⁷.

Stellungnahme:

Die Regelung des § 476 findet auch auf die gebrauchte Gegenstände Anwendung. Ansonsten könnte der Zweck eines Ausgleichs des Wissens- und Erkenntnisgefälles zwischen Unternehmer und Verbraucher nicht erreicht werden. Auch die Intention des Gesetzgebers bei der Umsetzung der RL beruhte nicht auf einen pauschalen Ausschluss der Vermutung bei gebrauchten Sachen. Er stand vielmehr auf den Standpunkt, dass die Gefahr eines

²⁵⁸ Vgl. Oechsler, BB 2015, 1923 (1925).

²⁵⁹ Voschepoth, S. 116; Witt, ZGS 2007, 387 (389).

²⁶⁰ BGH NJW 2004, 2299 (2300); BGH NJW 2005, 3490 (3492); BGH NJW 2006, 434 (436); BGH NJW 2006, 1195 (1196); BGH NJW 2006, 2250 (2252); BGH NJW 2007, 2621 (2622); BGH NJW 2009, 580 (581 f).

²⁶¹ Vgl. BGH NJW 2005, 3490 (3492); Wietoska, ZGS 2004, 8 (10); Gsell, JZ 2008, 29 (30).

²⁶² BGH NJW 2005, 3490 (3492); Grohmann/Gruschinske, ZGS 2005, 452 (454); (Gsell, JZ 2008, 29 (30); OLG Naumburg ZGS 2010, 526 (527); KG, ZGS 2005, 76 (76); OLG Celle, ZGS 2004, 472 (473); OLG Stuttgart, ZGS 2005, 36 (38); OLG Düsseldorf, ZGS 2007, 320 (320)

²⁶³ Westermann, NJW 2002, 241 (252).

²⁶⁴ Westermann, NJW 2002, 241 (252); Wietoska, ZGS 2004, 8.

²⁶⁵ Reinking, ZGS 2003, 105 (106); Augenhöfer, ZGS 2004, 385 (387); Lorenz, NJW 2004, 3020 (3021); Westplan, ZGS 2004, 341; Wietoska, ZGS 2004, 8 (9); Grohmann/Gruschinske, ZGS 2005, 452 (454); Witt, ZGS 2007, 386 (389); Reinking, AnwBl 2004, 607 (609f).

²⁶⁶ Augenhöfer, ZGS 2004, 385 (387); Lorenz, NJW 2004, 3020 (3021); Westplan, ZGS 2004, 341; Reinking, ZGS 2003, 105 (106).

²⁶⁷ MünchKommBGB/Lorenz § 476 Rn. 16; Tamm, 476 Rn. 18.

Mangeleintritts bei gebrauchten Sachen höherer und aufgrund der unterschiedlichen Grad der Abnutzung ein allgemeiner Erfahrungsgrundsatz nicht geboten ist²⁶⁸. Die bessere Erkenntnismöglichkeit des Verkäufers darf nicht zu einer Besserstellung gegenüber dem Verbraucher führen, so dass der Schutz des Verkäufers einer gebrauchten Sache über den Schutz des Verbrauchers hinausgeht²⁶⁹.

Aus dem Wortlaut des § 476 geht keine Differenzierung zwischen neuen und gebrauchten Sachen hervor. Der Gesetzgeber gibt mit seiner Formulierung in § 476 ein Zeichen für die Gleichbehandlung der Sachen. Eine Gesamtschau nach Art der Sache und des Mangels ist für die Beurteilung der Unvereinbarkeitsvermutung erforderlich. Schließlich ist kein genereller Ausschluss der Vermutung bei gebrachten Sachen gegeben.

II. Unvereinbarkeit mit der Art des Mangels

Die in § 476 geregelte Vermutung ist immer dann ausgeschlossen, wenn sie mit der Art des Mangels nicht vereinbar ist. Die Regelung des Art. 5 III der RL sieht eine Unvereinbarkeit aufgrund der Art der Vertragswidrigkeit vor.

Seit der Schuldrechtsreform hat der BGH zahlreiche Entscheidungen zu § 476 getroffen. In diesen Urteilen, in den es sich überwiegend um Autokäufe handelt, hat er juristische Kriterien, für einen Ausschluss nach Art des Mangels festgelegt. Hierunter geht es um bestimmte Sachverhalte, die hier zu untersuchen sind:

1. Verschleißerscheinungen

Bei üblichen Sachverschlechterungen wie etwa Verschleiß ist die Vermutung aufgrund der Art des Mangels ausgeschlossen. Als Verschleißerscheinung bezeichnet werden Gebrauchsspuren an der Sache, die im Laufe der Zeit erkennbar werden. Sie kann schon beim Gefahrübergang als Mangel vorgelegt haben oder infolge eines nachträglichen Gebrauchs entstanden sein²⁷⁰. Bei jeder Sache kann mit der Zeit durch gewöhnliche Nutzung ein Mangel entstehen. Hierfür muss der Käufer das Vorliegen des Mangels bei der Übergabe beweisen²⁷¹. In diesem Zusammenhang kommt der Zahnriemenfall in Betracht²⁷². Da in diesem Fall die Ursache des Überspringens des Zahnriemens nicht eindeutig ermittelt werden konnte, war auch einer der

²⁶⁸ Klöhn, NJW 2007, 2811 (2813); Looschelders/Benzenberg, VersR 2005, 233 (234).

²⁶⁹ Engel/Stark, ZEuP 2015, 32 (35ff); Westphalen, ZGS 2005, 210 (212).

²⁷⁰ MünchKommBGB/Lorenz § 476 Rn. 18; Vuia, NJW 2015, 1047 (1048f); Walther, S. 71.

²⁷¹ BGH, NJW 2004, 2299; Westphalen, ZGS 2005, 210.

²⁷² BGH, NJW 2004, 2299.

Gründe nämlich der übermäßige Verschleiß aufgrund der hohen Belastung einschlägig. Da der Käufer aber nicht überzeugend darlegen konnte, dass der Motorschaden auf einem Grundmangel beruhte, der bereits bei der Übergabe vorgelegen hat, war die Anwendung des § 476 nicht möglich. Der BGH ist auch im Turbolader-Fall ²⁷³ zu dem Ergebnis gekommen, dass es sich bei dem Mangel aufgrund der hohen Laufleistung sowie des Alters von knapp 10 Jahren um einen Verschleißschaden handelt, der keinen Sachmangel darstellt²⁷⁴. Da bei Verschleißerscheinungen die Voraussetzung des § 476 nicht gegeben ist, so dass die Vermutung ausgeschlossen ist²⁷⁵.

2. Äußere/offene Beschädigung

Ferner ist ein Ausschluss nach Art der Sache bei Mängeln möglich, die auch dem fachlich nicht versierten Käufer bei Übergabe der Kaufsache hätte auffallen müssen²⁷⁶. Damit ist an Unfallschäden oder äußere Veränderungen der Sache zu denken. Im Karoserieschaden-Fall²⁷⁷ wie ebenso im Katalysator-Fall ²⁷⁸ hat der BGH entschieden, dass die Mängel nur dann mit der Vermutung nicht vereinbar sind, wenn sie so offensichtlich sind, dass ein Laie hätte erkennen können²⁷⁹. Nimmt der Käufer die Sache ohne Anmerkung entgegen, ist dann davon auszugehen, dass er mit dem Zustand zufrieden wäre²⁸⁰. Hier fehlt es gerade an der die Beweislastumkehr rechtfertigenden „Asymmetrie der Erkenntnismöglichkeiten“²⁸¹. Eine spätere Beanstandung durch den Käufer deutet auf die Mangelentstehung nach der Übergabe. Somit kann bei solchen Varianten der Vermutungsausschluss ausgesprochen werden²⁸².

3. Der Mangel, den der Verkäufer erkennen müssen

Ein Ausschluss nach Art des Mangels ist dann anzunehmen, wenn es sich um einen Mangel handelt, den auch der Verkäufer nicht erkennen konnte.

²⁷³ BGH, NJW 2006, 434.

²⁷⁴ BGH, NJW 2006, 434; Voschepoth, S. 135; Gsell, JZ 2008, 29 (32); Schmitt, JuS 2015, 448 (453).

²⁷⁵ OLG Düsseldorf, ZGS 2007, 320; Gsell, JZ 2008, 29 (30ff); Wietoska, ZGS 2004, 8.

²⁷⁶ MünchKommBGB/Lorenz § 476 Rn. 17; Bamberger/Roth/Faust § 476 Rn. 19; Witt, ZGS 2007, 386 (390); Reinking/Eggert, Rn. 3354ff.

²⁷⁷ BGH, NJW 2005, 3490.

²⁷⁸ BGH, NJW 2006, 1195 (1196).

²⁷⁹ Ermann/Grunewald § 476 Rn. 8; Witt, ZGS 2007, 386 (390); Bülow, Rn. 508; Walther, S. 90.

²⁸⁰ Bamberger/Roth/Faust § 476 Rn. 19; Ball, F.S. für Gerda Müller 2009, 591 (596f).

²⁸¹ Grohmann/Gruschinske, ZGS 2005, 452 (454); Engel/Stark, ZEuP 2015, 32 (36ff).

²⁸² BGH, NJW 2005, 3490 (3492); Klöhn, NJW 2007, 2814.

Umstritten ist, ob die Vermutung dann nicht eingreift, wenn der Verkäufer den Mangel nicht erkennen konnte, obwohl dieser bei Gefahrübergang bereits vorlag.

Nach der Ansicht einer Teils der Literatur²⁸³ ist die Vermutung mit der Art des Mangels unvereinbar, wenn der Mangel bei Gefahrübergang für den Verkäufer ebenso wie für den Käufer nicht erkennbar war. Denn Die besseren Erkenntnismöglichkeiten des Unternehmers stellen die Grundlage der Norm dar, so dass sie im Einzelfall auch tatsächlich vorliegen müssten²⁸⁴. Wird der Mangel von dem Unternehmer nicht wahrgenommen, dann liegt kein Bedarf an Ausgleich hinsichtlich des Wissensvorsprungs vor²⁸⁵.

Dagegen sehen der BGH und ein Teil der Literatur²⁸⁶ den Grundgedanken der Beweislastumkehr in dem Ausgleich der Erkenntnismöglichkeiten zwischen dem Unternehmer und dem Verbraucher. Zwar stellt die ratio des § 476 lediglich auf die bessere Erkenntnismöglichkeit des Unternehmers ab, muss sie aber nicht im konkreten Einzelfall gegeben sein²⁸⁷. Unabhängig von der Erkenntnismöglichkeit des Unternehmers befindet sich der Verbraucher in einer Beweisnot. Dem Gesetzeszweck ist nicht zu entnehmen, dass das Eingreifen der Vermutung im Einzelfall von dem Wissenssprung des Unternehmers hinsichtlich Mangelhaftigkeit der Sache abhängig sein soll. Aus der Gesetzesbegründung geht hervor, dass ein Verkäufer in engem zeitlichem Zusammenhang mit der Übergabe typischerweise über bessere Erkenntnis- und Beweismöglichkeiten verfügt als der Verbraucher. Dies darf aber aufgrund des Verbraucherschutzes kein Abhängigkeitsverhältnis begründen. Anderenfalls würde die Vermutung bei verdeckten Mängeln wie etwa beim Verkauf original verpackter Ware generell nicht eingreifen, so dass der verbrauchschützende Charakter der Vorschrift entwertet wird²⁸⁸. Besonders bei den massenhaft Produzierten Waren ist fast unmöglich, dass der Unternehmer über jedem Produkt eine bessere Erkenntnismöglichkeit verfügen kann²⁸⁹. Da eindeutig nicht festgestellt werden kann, ab welchem Grad, Dauer bzw. Intensität des Mangels die Erkennbarkeit zu bejahen ist, ist nicht auf Erkenntnismöglichkeiten

²⁸³ Westphelen, ZGS 2005, 210 (214); Grohmann/Gruschinske, ZGS 2005, 452 (454); Wietoska, ZGS 2004, 8 (10); OLG Stuttgart, ZGS 2005, 36 (38); Witt ZGS 2007, 386 (389ff).

²⁸⁴ Wietoska, ZGS 2004, 8 (9f).

²⁸⁵ BGH, NJW 2007, 2619 (2620); Schinkels, LMK 2007, 39 (40); Witt ZGS 2007, 386 (390); Bülow, Rn. 508.

²⁸⁶ Bamberger/Roth/*Faust* § 476 Rn.19; Klöhn, EWiR 2007, 585 (586); Wietoska, ZGS 2004, 8 (10).

²⁸⁷ Gsell, JZ 2008, 29 (33).

²⁸⁸ BGH, Urt. v. 11.7.2007-VIII ZR 110/06 (LG Krefeld) in NJW 2007, 2619 (2620); Bülow, Rn. 508; Witt, ZGS 2007, 386 (390); Ball, F.S. für Gerda Müller 2009, 591 (596).

²⁸⁹ Gsell, JZ 2008, 29 (33).

des Unternehmers abzustellen²⁹⁰. Danach bleibt der für den Unternehmer nicht erkennbare Mangel genauso für den Verbraucher unerkennbar.

Aus dem Wortlaut der Norm geht auch nicht hervor, dass es darauf ankommt, ob der Unternehmer in jedem Einzelfall die besseren Erkenntnismöglichkeiten als der Käufer hat²⁹¹. Die Erkennbarkeit des Mangels durch den Verkäufer ist für die Vermutung somit nicht ausschlaggebend, so dass die gebotene Rechtssicherheit nicht gefährdet wird. Damit verdient die Ansicht des BGH Zustimmung.

Die Anwendung der Norm ausschließlich von den Erkenntnismöglichkeiten des Unternehmers abhängig zu machen, entspricht der Verbraucherschutzintention des Gesetzgebers nicht²⁹².

Die Vermutung des 476 ermöglicht den Schutz des Verbrauchers vor der Beweisnot unabhängig von den Erkenntnismöglichkeiten des Verkäufers²⁹³.

4. Mängel, die jederzeit eintreten können

Über die Frage, ob die Vermutung ausgeschlossen ist, wenn es sich um einen Mangel handelt, der typischerweise jederzeit eintreten kann, herrscht Uneinigkeit. In der Literatur²⁹⁴ wird teilweise die Auffassung vertreten, dass die Vermutung in einem solchen Fall nicht eingreift und daher keinen hinreichend wahrscheinlichen Rückschluss darauf zulässt, dass der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen habe²⁹⁵. Das ist bei Unfallschaden bei einem Kfz üblich²⁹⁶. Diese Meinung wurde damit begründet, dass anderenfalls eine unerträgliche Ausweitung der Haftung des Verkäufers zu befürchten wäre. Ein Unfallschaden kann zu jeder Zeit vorkommen, so dass nicht vermutet werden kann, dass der Mangel schon bei Gefahrübergang vorlag²⁹⁷.

Der überwiegende Teil der Rechtsprechung²⁹⁸ und Teile der Literatur²⁹⁹ stehen auf dem Standpunkt, dass die Vermutung in solchen Fällen nicht ausgeschlossen ist. Ein möglicher

²⁹⁰ OLG Stuttgart, ZGS 2005, 36 (38); Klöhn, EWiR 2007, 585 (586) und NJW 2007, 2811 (2813).

²⁹¹ Bamberger/Roth/Faust § 476 Rn.19.

²⁹² Engel/Stark, ZEuP 2015, 32ff.

²⁹³ Gsell, JZ 2008, 29 (34); Tamm, 476 Rn.1; Bamberger/Roth/Faust § 476 Rn.19.

²⁹⁴ Lorenz, NJW 2004, 3020 (3022); Reinking/Eggert, Rn. 3358f.

²⁹⁵ Westphalen, ZGS 2005, 210 (212).

²⁹⁶ Lorenz, NJW 2004, 3020 (3022); Mangel, der jederzeit typischeren Folge eines unsachgemäßen Gebrauchs Vgl. Looschelders/Benzenberg, VersR 2005, 233 (234).

²⁹⁷ Reinking/Eggert, Rn. 3358f.

²⁹⁸ OLG Stuttgart, ZGS 2005, 36 (38); BGH, NJW 2005, 3490 (3492); BGH, NJW 2006, 1195 (1196).

²⁹⁹ Erman/Grunewald § 476 Rn.8; Bamberger/Roth/Faust 476 Rn.19; Gsell, JZ 2008, 29 (30); Klöhn, NJW 2007, 2811 (2813);

Ausschluss würde dem Grundsatz der Regel-Ausnahme Verhältnis der Norm widersprechen³⁰⁰. Sonst droht in den Fällen der Funktionslosigkeit der Vermutungsregelung, in denen der Zeitpunkt des Mangleintritts nicht eindeutig festgestellt werden kann³⁰¹. Da im Karosserieschaden-Fall nicht zuverlässig geklärt werden konnte, ob der Karosserieschaden auf einer seitlichen Gewalteinwirkung beruht, hat der BGH entschieden, dass die Vermutung nicht dann schon mit der Art des Mangels unvereinbar ist, wenn der Mangel typischerweise jederzeit auftreten kann und deshalb keinen hinreichend sicheren Rückschluss darauf zulässt, dass er schon bei Gefahrübergang vorhanden war³⁰². Er hat weiter ausgeführt, dass zum Zweck des Verbraucherschutzes die Vermutung grundsätzlich immer eingreift, aber nur in den Ausnahmefällen einen Ausschluss einschlägig sein kann. Ebenso hat der BGH in Katalysator-Fall³⁰³ und auch im Zylinderkopfdichtung-Fall³⁰⁴ entschieden und seine Rechtsprechung fortgeführt. Da der Zweck des § 476 darin besteht, dass das Gefälle hinsichtlich der Erkenntnis- und Beweismöglichkeiten zwischen dem Unternehmer und Verbraucher ausgeglichen werden und dadurch dem Verbraucherschutz gerecht werden soll, ist der Ansicht des BGH zu folgen. Zudem steht dem Unternehmer immer die Möglichkeit zur Verfügung, sich gegen die Ausweitung seiner Haftung abzusichern³⁰⁵.

5. Fahrfehler/Bedienung-Anwendungsfehler

Die Vermutung des § 476 kann auch dann aufgrund der Art des Mangels nicht eingreifen, wenn dieser Mangel wie Falschtanken, Überfüllen mit Motoröl oder Wartungsfehler auf einen Bedienungs- oder Anwendungsfehler des Käufers zurückzuführen ist³⁰⁶. In solchen Fällen trägt das Risiko allein der Verbraucher. Allerdings ist zu beachten, dass der Fehler nach Übergabe durch die Anwendung des Käufers verursacht wird³⁰⁷.

Looschelders/Benzenberg, VersR 2005, 233 (234); MünchKommBGB/Lorenz § 476 Rn. 17; Grohmann/Gruschinske, ZGS 2005, 452 (453f); Reinking, DAR 2007, 601 (603); Ball, F.S. für Gerda Müller 2009, 591 (596).

³⁰⁰ Wietoska, ZGS 2004, 8 (10); Witt ZGS 2007, 386 (389ff); Gsell, JZ 2008, 29 (30ff); Ball, F.S. für Gerda Müller 2009, 591 (596).

³⁰¹ MünchKommBGB/Lorenz § 476 Rn. 17; Westphalen, ZGS 2005, 210 (214).

³⁰² BGH, NJW 2005, 3490; Bülow, Rn. 508; Witt, ZGS 2007, 387 (389); Gsell, JZ 2008, 29 (31); Ball, F.S. für Gerda Müller 2009, 591 (596), Dauner-Lieb/Langen/Büdenbender § 476 Rn.16.

³⁰³ BGH, NJW 2006, 1195.

³⁰⁴ BGH, NJW 2007, 2621; Gsell, JZ 2008, 29 (30).

³⁰⁵ Westphalen, ZGS 2005, 210 (214).

³⁰⁶ Dauner-Lieb/Langen/Büdenbender § 476 Rn.16; Reinking/Eggert, Rn. 3376f.

³⁰⁷ Palandt/Weidenkaff, § 476 Rn.8a.

6. Mangel bei Beteiligung Dritte

Streitig ist, ob die Vermutung für den Fall ausgeschlossen ist, in dem ein Dritter mit der Kaufsache unmittelbar in Kontakt tritt.

Es wird die Ansicht vertreten, wonach ein Ausschluss der Vermutung auch für den Fall zu denken ist, in dem ein Dritter mit der Kaufsache in Kontakt gekommen und danach ein Sachmangel aufgetreten ist. Da das Risiko des Schadenseintritts dem Verkäufer auferlegt werden darf, ist die Vermutung ausgeschlossen.

Dagegen hat der BGH im Teichbecken-Fall³⁰⁸ entschieden, dass die reine Möglichkeit der Schadensverursachung durch einen Dritten die Vermutung nicht ausschließen kann. Der Kläger kaufte ein Teichbecken aus Kunststoff, das er von einem Fachbetrieb in seinem Garten einbauen ließ. Nach Einfüllen des Wassers stellte sich heraus, dass das Becken undicht war. Steht ein Sachmangel fest und fraglich ist nur, dieser Mangel bei Gefahrübergang vorlag oder durch den Dritten verursacht wurde, greift die Vermutung in ihrer zeitlichen Wirkungsweise ein³⁰⁹. Weder aus dem Wortlaut noch aus der ratio des Gesetzes geht keine Einschränkung der Vermutung in dem Fall der Beteiligung Dritte hervor. Da für den Unternehmer keine Rolle spielt, ob der Käufer die Sache selbst eingebaut hat oder den Einbau einem Dritten überlassen hat, genießt dieser Verbraucher den Schutz in vollem Maße wie der Verbraucher, der die Sache selbst eingebaut hat³¹⁰. Somit sind die Ausführungen des BGH überzeugend.

Zwischenergebnis: Zusammenfassend ist die Vermutung nach Art des Mangels in den Fällen wie Offenkundige Mängel, Verschleiß und Bedienungs- und Anwendungsfehler ausgeschlossen, während die Vereinbarkeit in den Fällen wie Mängeln, die typischerweise und jederzeit auftreten können, Mängeln, die auch der Verkäufer nicht erkennen konnte, Mängeln bei Beteiligung Dritter gegeben ist³¹¹.

³⁰⁸ BGH, ZGS 2005, 74; Ball, F. S. für Gerda Müller 2009, 591 (596).

³⁰⁹ Bülow, Rn. 508.

³¹⁰ Witt, ZGS 2007, 386.

³¹¹ Ball, F.S. für Gerda Müller 2009, 591 (596).

G. FAZIT

Die auf Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie 1999/44/EG beruhende Regelung des § 476 ist eine der umstrittensten Vorschriften des neuen Schuldrechts³¹². Somit ist sie eine Sonderregelung aus dem Verbrauchsgüterkaufrechts, das in §§ 474-479 zur Ergänzung der allgemeinen Regelungen des Kaufrechts geregelt wird³¹³. Abweichend von der Regel in § 363 normiert sie die widerlegbare Vermutung eines Sachmangels beim Gefahrübergang, sofern sich bei einem Verbrauchsgüterkauf innerhalb von Sechs Monaten seit dem Gefahrübergang ein Sachmangel zeigt³¹⁴. Hingegen ist diese Vermutung ausgeschlossen, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar ist.

Die Anwendbarkeit des § 476 BGB setzt einen Verbrauchsgüterkauf im Sinne des § 474 I 1 BGB voraus. Demnach muss ein Verbraucher von einem Unternehmer eine bewegliche Sache erwerben. Allerdings ist gem. § 474 I 2 BGB der Verkauf gebrauchter Sachen in öffentlich zugänglichen Versteigerungen aus dem Anwendungsbereich des §§ 474 ff. ausgeschlossen. Zu dem Zweck eines Ausgleichs des Wissens- und Erkenntnisgefälles zwischen Unternehmer und Verbraucher, findet § 476 auch auf die gebrauchte Gegenstände Anwendung³¹⁵.

Zur Erfüllung der Voraussetzungen eines Verbrauchsgüterkaufs sind die Begriffe Verbraucher und Unternehmer von großer Bedeutung. Dabei ist unabhängig von den individuellen Fähigkeiten und Kenntnissen des Verbrauchers lediglich auf die Funktionalität der Eigenschaft in ihrer Rolle abzustellen³¹⁶.

Der Sinn und Zweck der Vermutungsregelung des § 476 BGB³¹⁷ ist, den Verbraucher vor der Beweisnot zu schützen. Daher soll die Differenzierung zwischen Grundmangel und Folgemangel aufgehoben werden und die Vermutung über den Zeitpunkt hinaus bewirken und auch den Grundmangel erfassen³¹⁸, indem sie im Gegensatz zu der Auffassung des BGH weit ausgelegt wird³¹⁹. Dafür sprechen der Wortlaut und die ratio des § 476. Demnach muss der

³¹² Gsell, JZ 2008, 29; Gsell, VuR 2015, 446; Wagner, ZEuP 2016, 87 (88).

³¹³ Grunewald, Rn. 199.

³¹⁴ Schinkels, LMK 2007, 39.

³¹⁵ Erman/*Grunewald*, § 476, Rn. 8; MünchKommBGB/*Lorenz* § 476 Rn. 16; Vgl. Westermann, NJW 2002, 241 (252); Bülow, Rn. 508; Westphalen, ZGS 2005, 210 (212).

³¹⁶ Bamberger/Roth/*Schmidt-Räntsch* § 13 Rn. 2, 5; MünchKommBGB/*Micklitz*, § 13 Rn. 3, 8.

³¹⁷ MünchKommBGB/*Lorenz* § 476 Rn. 4; BGH, NJW 2004, 2299; BGH, NJW 2005, 3490; BGH, NJW 2006, 434; BGH, NJW 2006, 1195; BGH, NJW 2007, 2621; Grohmann/ Gruschinske, ZGS 2005, 452, 455; Höpfner, ZGS 2007, 410 (412); Witt, ZGS 2007, 386 (388).

³¹⁸ Lorenz, NJW 2004, 3020 (3021); Roth ZIP 2004, 2025 (2026).

³¹⁹ MünchKommBGB/*Lorenz* § 476 Rn. 4; Klöhn, NJW 2007, 2811; Rühl, *RabelsZ* 2009, 912 (933).

Käufer lediglich den Sachmangel beweisen, der sich innerhalb der Sechsmonatsfrist gezeigt hat. Ihm obliegt also keine Beweislast eines Grundmangels³²⁰.

Der gesetzliche Ausschluss der Vermutung erfolgt gem. § 476 I 2 BGB dann, wenn sie mit der Art der Sache oder mit der Art des Mangels unvereinbar ist³²¹. Zur Bestimmung einer Unvereinbarkeit der Vermutung sind die von der Rechtsprechung entwickelten Fallgruppen heranzuziehen.

Eine Unvereinbarkeit ist etwa bei leicht verderblichen Waren oder offensichtlicher Mängel³²² anzunehmen; gebrauchte Sachen³²³ oder Mängel, die typischerweise jederzeit auftreten können³²⁴, sind dagegen nicht pauschal vom Anwendungsbereich des § 476 auszuschließen.

Zur Widerlegung³²⁵ der Vermutung kann der Unternehmer entweder den vollen Beweis dahingehend erbringen, dass kein Mangel bei Gefahrübergang vorlag, oder er beruft sich auf die Unvereinbarkeit der Vermutung mit der Art der Sache oder Mangels³²⁶.

Hinsichtlich der Reichweite der Vermutung des § 476 BGB ist der Entscheidung des EuGH zu der Auslegung von Art. 5 III der RL eine große Bedeutung zu messen. Um dem Verbraucherrecht gerecht zu werden, legt der EuGH die Vermutung weit aus. Zu erwarten ist somit, dass die EuGH- Entscheidung den BGH zu der Änderung seiner Rechtsprechung zwingt³²⁷. Dem BGH bleibt nichts übrig als seine Rechtsprechung anzupassen und sich nach der Auffassung des EuGH orientieren³²⁸. Ruft der BGH wie in den oben genannten Fällen³²⁹ im Wege des Vorabentscheidungsverfahrens Art. 234 III EG³³⁰ (heute Art. 267 III AEUV)³³¹ nicht den EuGH an, dann kann der Verbraucher aufgrund der Verletzung der Vorlagepflicht i.S.v. Art. 101 I 2 GG³³² eine Verfassungsbeschwerde beim BVerfG einlegen.

³²⁰ Roth, ZIP 2004, 2025 (202).

³²¹ Bamberger/Roth/Faust, § 476 Rn. 15; Gsell, JuS 2005, 967.

³²² BGH, NJW 2005, 3490 (3492); Grohmann/Gruschinske, ZGS 2005, 452 (454).

³²³ BGH, NJW 2005, 3490 (3492); BGH, NJW 2006, 1195 (1196); Grunewald, Rn.194; MünchKommBGB/Lorenz § 476 Rn. 16.

³²⁴ BGH, NJW 2005, 3490 (3492); BGH, NJW 2006, 1195 (1196); OLG Stuttgart, ZGS 2005, 36 (38); Bamberger/Roth/Faust, § 476 Rn. 19; Gsell, JZ 2008, 29 (30); Klöhn, NJW 2007, 2811 (2813); Looschelders/Benzenberg, VersR 2005, 233 (234); MünchKommBGB/Lorenz § 476 Rn. 17.

³²⁵ Erman/Grunewald § 476 Rn.6; Roth, ZIP 2004, 2025 (2026).

³²⁶ Palandt/Weidenkaff, § 476, Rn. 9; Dauner- Lieb/Langen/Büdenbender § 476 Rn.12f.

³²⁷ Höpfner, ZGS 2007, 410 (414).

³²⁸ Wagner, 2016, ZEuP, 87 (99); Rühl, RabelsZ 2009, 912 (933).

³²⁹ Höpfner, ZGS 2007, 410 (412).

³³⁰ Schinkels, LMK 2007, 39 (40).

³³¹ Bamberger/Roth/Faust, § 476 Rn. 12.

³³² Höpfner, ZGS 2007, 410 (414).

Den bisherigen Entscheidungen ist zwar kein Zeichen für Rechtsprechungsänderung zu entnehmen, ist aber auf die verbraucherfreundlichen Entscheidungen des BGH zu hoffen. Sonst droht ein Verbraucherrecht ohne Verbraucher³³³.

³³³ Engel/Stark, ZEuP 2015, 32ff.