

## **D. Aktuelle Entwicklungen im Kaufrecht II – Die Beweisvermutung des § 476 BGB**

Die in § 476 BGB vorgesehene **Beweislastumkehr** findet bei allen Ansprüchen zwischen einem Verbraucher und einem Unternehmer Anwendung, bei denen es im Zusammenhang mit der Durchsetzung von Sachmängelgewährleistungsrechten des Verbrauchers darauf ankommt, ob die verkaufte Sache bei Gefahrübergang mangelhaft war, wenn es **unaufklärbar bleibt, ob ein unstreitiger oder nachgewiesener Sachmangel bereits bei Übergabe der Sache vorlag**. Dies gilt auch dann, wenn das Bestehen eines Mangels bei Gefahrübergang Vorfrage für andere Ansprüche des Käufers ist. § 476 BGB ist zugunsten des Käufers somit auch dann anwendbar, wenn er – in Unkenntnis der Rechtslage – die vom Verkäufer in Ansatz gebrachten Kosten einer Nachbesserung bezahlt hat. Die Bezahlung einer Reparaturrechnung in Unkenntnis der Rechtslage rechtfertigt nicht die Annahme eines Anerkenntnisses oder den Ausschluss des Anspruchs aus § 812 I 1 BGB gem. § 814 BGB (BGH, Urt. v. 11.11.2008 – VIII ZR 265/07, MDR 2009, 192 = NJW 2009, 580, 581, Nr. 12, 14, 15, 17 = DAR 2009, 90 = ZGS 2009, 4).

### **I. Prüfungsschema**

Zusammenfassend ist für die Prüfung einer Beweislastumkehr nach § 476 BGB folgendes Prüfungsschema anzuwenden (vgl. Reinking, DAR 2007, 601, 603; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10.Aufl. 2009, Rz 1635, 1637, 1638, 1643, 1654, 1658, 1667):

#### **1. Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs i. S. d. §§ 474, 13, 14 BGB**

(vgl. BGH, Urt. v. 30.9.2009 – VIII ZR 7/09, NJW 2009, 3780, Nr. 8, 11; BGH, Urt. v. 11.7.2007 – VIII ZR 110/06, MDR 2007, 1245 = NJW 2007, 2619 = ZGS 2007, 347; BGH, Urt. v. 29.3.2006 – VIII ZR 173/05, NJW 2006, 2250 = MDR 2006, 1271; OLG Celle, Urt. v. 4.4.2007 – 7 U 193/06, OLGR 2008, 475; KG, Beschl. v. 11.9.2006 – 12 U 186/05, ZGS 2007, 78 = DAR 2007, 643).

#### **2. Auftreten eines Sachmangels i. S. d. §§ 434, 435 BGB innerhalb von sechs Monaten nach Übergabe der Kaufsache.**

Hier muss der Käufer den Nachweis erbringen, dass der Defekt der – neuen oder gebrauchten – Kaufsache nicht auf „normalem Verschleiß“ beruht (BGH, Urt. v. 11.11.2008 – VIII ZR 265/07, MDR 2009, 192 = NJW 2009, 580, 581, Nr. 14; BGH, Urt. v. 23.11.2005 – VIII ZR 43/05, ZGS 2006, 72, 74; BGH, Urt. v. 18.7.2007 – VIII ZR 259/06, NJW 2007, 2621, 2622 = VersR 2008, 930, 931, Nr. 15; OLG Köln, Urt. v. 1.3.2006 – 11 U 199/04, ZGS 2006, 276 = MDR 2006, 1391; KG, Urt. v. 16.7.2004 – 25 U 17/04, ZGS 2005, 76; OLG Celle, Urt. v. 16.4.2008 – 7 U 224/07, ZGS 2008, 312, 314; OLG Frankfurt, Urt. v. 4.3.2005 – 24 U 198/04, NJW-RR 2005, 920, 921; OLG Brandenburg, Urt. v. 8.10.2008 – 13 U 34/08, DAR 2009, 92, 94 = juris, Rz. 13).

### **3. Keine Unvereinbarkeit der Vermutung mit der Art der Sache oder der Art des Mangels**

Die Vermutung, dass ein Sachmangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat, ist nicht schon dann mit der Art des Mangels unvereinbar, wenn der Mangel typischerweise jederzeit auftreten kann und deshalb keinen hinreichend sicheren Rückschluss darauf zulässt, dass er schon bei Gefahrübergang (Übergabe der Kaufsache) vorhanden war (BGH, Urt. v. 14.9.2005 – VIII ZR 363/04, MDR 2006, 253, 254 = NJW 2005, 3490, 3492; a. A. OLG Stuttgart, Urt. v. 31.01.2005 – 5 U 153/04, MDR 2006, 253, 254 = ZGS 2005, 156, 158; Lorenz, NJW 2004, 3020, 3022; Reinking/Eggert, 9. Aufl. 2006, Rz 1312; Staudinger/Matusche-Beckmann, 2004, § 476 BGB Rz 9, 35).

### **4. Keine Widerlegung der gesetzlichen Vermutung durch den Unternehmer/Verkäufer**

Die gesetzliche Vermutung des § 476 BGB kann nur durch den Beweis des Gegenteils durch den Verkäufer widerlegt werden (BGH, Urt. v. 23.11.2005 – VIII ZR 43/05, ZGS 2006, 72, 74 = NJW 2006, 434, 435: „Dem Verkäufer obliegender Beweis des Gegenteils“; BGH, Urt. v. 29.03.2006 – VIII ZR 173/05, ZGS 2006, 260, 264 = NJW 2006, 2250, 2252: voller Beweis des Gegenteils der vermuteten Sache erforderlich; OLG Celle, Urt. v. 4.8.2004 – 7 U 30/04, MDR 2005, 207 = NJW 2004, 3566, 3567: Vollbeweis nach § 292 ZPO erforderlich).

### **5. Keine Beweisvereitelung durch den Käufer**

Dem unternehmerischen Verkäufer ist die Führung des Gegenteilsbeweises nicht zuzumuten, wenn dem Käufer/Verbraucher eine zumindest fahrlässige Beweisvereitelung anzulasten ist, etwa wenn er ein angeblich mangelhaftes Teil durch eine Werkstatt austauschen lässt und keine Sorge dafür trägt, dass dieses nach Durchführung der Reparatur aufbewahrt wird (BGH, Urt. v. 23.11.2005 – VIII ZR 43/05, ZGS 2006, 72, 74 = NJW 2006, 434, 436).

## **II. Vorliegen eines Verbrauchsgüterkaufs**

Beim Verbrauchsgüterkauf setzt die Unternehmerstellung des Verkäufers nicht voraus, dass dieser mit seiner Geschäftstätigkeit die Absicht verfolgt, Gewinn zu erzielen. So reicht es für die Bejahung der „Verbrauchereigenschaft“ etwa aus, wenn eine vom Verkäufer betriebene Pferdezucht nur die damit verbundenen Kosten deckt bzw. decken soll (BGH, Urt. v. 29.3.2006 – VIII ZR 173/05, NJW 2006, 2250, 2251, 16, 19 = MDR 2006, 1271).

Der Käufer, der sich auf die ihm günstige Beweislastumkehr nach § 476 BGB beruft, muss im Streitfall beweisen, dass die für die Anwendung dieser Vorschrift erforderlichen Voraussetzungen eines Verbrauchsgüterkaufs nach §§ 474, 13 BGB erfüllt sind. Er muss deshalb darlegen und beweisen, dass er beim Abschluss des Kaufvertrages nicht in Ausübung einer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit gehandelt hat (BGH, Urt. v. 11.07.2007 – VIII ZR 110/06, MDR 2007, 1245 = NJW 2007, 2619, 2621, Nr. 12, 13).

Wird die Kaufsache sowohl gewerblich wie auch privat genutzt (dual use), so ist für die Einordnung des Geschäfts als gewerbliches oder als Verbrauchsgüterkauf auf den erklärten Parteiwillen des Vertrages abzustellen. Entscheidend ist daher grundsätzlich, wie der Verkäufer gegenüber dem Käufer auftritt und wie dieses Auftreten vom Verkäufer unter Berücksichtigung der Lebens- und Berufssituation des Käufers objektiv verstanden werden kann (OLG Celle, Urt. v. 4.4.2007 – 7 U 193/06, OLGR 2008, 475, 476 im Ansl. an BGH, Urt. v. 24.2.2005 – III ZB 36/04, MDR 2005, 796 = NJW 2005, 1273).

Schließt etwa eine Rechtsanwältin einen Kaufvertrag über verschiedene Lampen ab und gibt sie dabei als Liefer- und Rechnungsadresse an „Kanzlei Dr. B.“, lässt dies für den Verkäufer keinen eindeutigen und zweifelsfreien Schluss auf eine Bestellung der Lampen zu selbständigen, freiberuflichen Zwecken zu. In einem solchen Fall bleibt es dabei, dass im Zweifel grundsätzlich von einem Verbraucherhandeln auszugehen ist (BGH, Urt. v. 30.9.2009 – VIII ZR 7/09, NJW 2009, 3780, 3781, Nr. 11, 12).

Dies gilt selbst dann, wenn ein Rechtsanwalt ein Fahrzeug der Oberklasse für 52.000,00 € bestellt, dabei nicht als Rechtsanwalt auftritt, ins Vertragsformular die Frage nach einer „beruflichen oder selbständigen Tätigkeit“ verneint und bei seinem Namen ohne Hinweis auf die Anwaltstätigkeit lediglich die postalische Anschrift der Anwaltskanzlei nimmt, selbst wenn sich die private und gewerbliche Nutzung des Fahrzeugs anschließend in etwa die Waage halten (OLG Celle, Urt. v. 4.4.2007 – 7 U 193/06, OLGR 2008, 475, 476).

Allein die steuerliche Zuordnung des Fahrzeugs ist nicht entscheidend; der Rechtsgedanke des § 346 HGB ist insoweit nicht einschlägig (KG, Beschl. v. 11.9.2006 – 12 U 186/05, DAR 2007, 643; OLG Celle, NJW-RR 2004, 1645 = OLGR 2004, 525).

### III. Auftreten eines Sachmangels innerhalb von sechs Monaten

Der Verbraucher/Käufer hat darzulegen und zu beweisen, dass ein Mangel der Kaufsache vorliegt (§ 434 BGB) und sich dieser **innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang (Übergabe) gezeigt** hat (BGH, Urt. v. 14.9.2005 – VIII ZR 363/04, MDR 2006, 253, 254 = NJW 2005, 3490, 3492; Urt. v. 18.7.2007 – VIII ZR 259/06, NJW 2007, 2621, 2622 = NZV 2007, 512, 513, Nr. 15, 16; BGH, Urt. v. 23.11.2005 – VIII ZR 43/05, ZGS 2006, 72, 74 = NJW 2006, 434, 436).

Der Käufer muss dabei den Nachweis erbringen, dass der **Sachmangel nicht auf einem normalen Verschleiß** beruht (BGH, Urt. v. 23.11.2005 – VIII ZR 43/05, ZGS 2006, 72, 74; BGH, Urt. v. 18.7.2007 – VIII ZR 259/06, NZV 2007, 512, 513, Nr. 15, 16; OLG Brandenburg, Urt. v. 8.10.2008 – 13 U 34/08, DAR 2009, 92, 94 = juris, Rz. 12, 13; OLG Bremen, Urt. v. 11.3.2004 – 2 U 99/03, ZGS 2004, 394; OLG Köln, Urt. v. 1.3.2006 – 11 U 199/04, MDR 2006, 1391; OLG Koblenz, Urt. v. 19.4.2007 – 5 U 768/06, MDR 2007, 950 = NJW 2007, 1828; OLG Frankfurt, Urt. v. 4.3.2005 – 24 U 198/04).

Während ein Teil der Lehre meint, die gesetzliche Vermutung des § 476 BGB beziehe sich auch auf die Mangelhaftigkeit der Kaufsache als solche und nicht nur auf den Zeitpunkt des Vorliegens eines vom Verbraucher nachgewiesenen Mangels (vgl. Lorenz, NJW 2004, 3020, 3022; Lorenz, DAR 2006, 611, 614; Müko-Lorenz, 4. Aufl., § 476 BGB, Rz 4; Roth, ZIP 2004, 2025; Maultzsch, NJW 2006, 3091; zustimmend OLG Brandenburg, Urt. v. 8.10.2008 – 13 U 34/08, DAR 2009, 92, 94 = juris, Rz. 12), zieht der BGH den Anwendungsbereich des § 476 BGB deutlich enger. Danach **beschränkt sich die Vermutung nur auf den Zeitpunkt des Mangels, nicht aber auf den Mangel als solchen** (BGH, Urt. v. 2.6.2004 – VIII ZR 239/03, MDR 2004, 1181 = NJW 2004, 2299, 2300; Urt. v. 23.11.2005 – VIII ZR 43/05, MDR 2006, 510 = NJW 2006, 434, 435; Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, MDR 2006, 677 = NJW 2006, 1195, 1196; Urt. v. 29.3.2006 – VIII ZR 133/05; Urt. v. 11.7.2007 – VIII ZR 110/06, MDR 2007, 1245, 1246 = NJW 2007, 2619, 2620; BGH, Urt. v. 18.7.2007 – VIII ZR 259/06, NJW 2007, 2621, 2622 = VersR 2008, 930, 931; OLG Frankfurt, Urt. v. 18.7.2007 – 13 U 164/06, OLGR 2008, 222, 224; OLG Köln, Urt. v. 1.3.2006 – 11 U 199/04, MDR 2006, 1391; OLG Celle, Urt. v. 16.4.2008 – 7 U 224/07, ZGS 2008, 312, 324).

Deshalb muss der Käufer/Verbraucher den Nachweis erbringen, dass der Defekt nicht auf einem normalen Verschleiß der Kaufsache, etwa einem Gebrauchtwagen, beruht (BGH, Urt. v. 23.11.2005 – VIII ZR 43/05, NJW 2006, 434, 436; Urt. v. 18.7.2007 – VIII ZR 259/06, NZV 2007, 512, 513, Nr. 15).

Kann also in tatsächlicher Hinsicht nicht geklärt werden, ob der bei einem gekauften Gebrauchtwagen aufgetretene Motorschaden durch einen Sachmangel oder auf andere Weise - etwa aufgrund eines Fahrfehlers des Käufers oder eines normalen Verschleißes - aufgetreten ist, greift die Vermutung des § 476 BGB nicht ein (BGH, Urt. v. 18.07.2007 – VIII ZR 259/06, NZV 2007, 512, 513, Nr. 15, 16; BGH, Urt. v. 11.11.2008 – VIII ZR 265/07, MDR 2009, 192 = NJW 2009, 580, 581, Nr. 14; OLG Frankfurt, Urt. v. 18.7.2007 – 13 U 164/06, OLG 2008, 222, 224; OLG Brandenburg, Urt. v. 8.10.2008 – 13 U 34/08, DAR 2009, 92, 94; OLG Köln, Urt. v. 1.3.2006 – 11 U 199/04, MDR 2006, 1391; OLG Celle, Urt. v. 16.4.2008 – 7 U 224/07, ZGS 2008, 312, 314; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rz 1636, 1652, 1658, 1659, 1660, 1663, 1665).

So handelt es sich bei einem schlagartig auftretenden Defekt eines Dichtungsringes im Turbolader des Motors eines mit ca. 190.000 km verkauften, zum Zeitpunkt des Auftretens des Defekts innerhalb der 6-Monatsfrist weitere 7.000 km gelaufenen, neun Jahre alten Gebrauchtwagens um „normalen Verschleiß“ und nicht zwingend um einen Sachmangel (BGH, Urt. v. 23.11.2005 – VIII ZR 43/05, ZGS 2006, 72, 74 = NJW 2006, 434, 436; zum „normalen Verschleiß“ bei Gebrauchtwagen Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rz 1338, 1511 – 1541, 1655 – 1666).

§ 476 BGB greift ebenfalls nicht ein, wenn es trotz weniger Monate zuvor erfolgter Erneuerung eines Zahnriemens bei einem sechs Jahre alten, ca. 118.000 km gelaufenen Gebrauchtwagens innerhalb von sechs Monaten nach Übergabe zu einem Motorschaden kommt und nicht geklärt werden kann, ob dieser auf einen Materialfehler (hier: des Zahnriemens) bzw. einen Einbaufehler einerseits oder einen Fahrfehler des Käufers durch Einlegen eines kleineren Gangs bei hoher Motordrehzahl andererseits zurückzuführen ist. Kommt ein Fahrfehler ernstlich in Betracht, greift § 476 BGB auch bei nur geringer Fahrleistung des Käufers nach der Übergabe nicht ein (BGH, Urt. v. 2.6.2004 – VIII ZR 329/03, MDR 2004, 1181, 1182 = VersR 2005, 231, 232 = NJW 2004, 2299, 2300 „Zahnriemen-Fall“; ablehnend Looschelders, VersR 2005, 234; Fischinger, NJW 2009, 563, 565/566; Klöhn, NJW 2007, 2811, 2815; Maultzsch, NJW 2006, 3091, 3097; Lorenz, NJW 2007, 3020, 3022; Lorenz, DAR 2006, 611, 614; Roth, ZIP 2004, 2025, 2026).

Besteht die Möglichkeit, dass der Motor des verkauften Gebrauchtwagens schon im Zeitpunkt der Übergabe an übermäßigem Verschleiß litt, hilft § 476 BGB dem Käufer also nicht (OLG Köln, Urt. v. 1.3.2006 – 11 U 199/04, MDR 2006, 1391). So handelt es sich etwa beim Anriss im Bereich des Zylinderkopfes eines zehn Jahre alten Motorbootes oder Gebrauchtwagens um einen typischen Verschleißmangel (OLG Bremen, Urt. v. 11.3.2004 – 2 U 99/03, ZGS 2004, 394). Kann nicht ausgeschlossen werden, dass die fehlerhafte Funktionsweise eines Verschleißteils (z. B. defektes Zündkabel, defekte Zündspule, defekte Zündkerzen o. a.) einen Katalysatorschaden verursacht hat oder der Defekt am Katalysator auf einen „Aufsetzer“ des Fahrzeugs auf den Boden nach Übergabe des Fahrzeugs an den Käufer zurückzuführen ist, greift die lediglich in zeitlicher Hinsicht wirkende Vermutung des § 476 BGB ebenfalls nicht ein (BGH, Urt. v. 21.12.2005 – VIII ZR 49/05, NJW 2006, 1195; Reinking/Eggert, 10. Aufl. 2009, Rz 1648).

Steht dagegen fest, dass ein Mangel der Kaufsache vorliegt, dessen „Symptom“ sich innerhalb von sechs Monaten nach der Übergabe gezeigt hat, etwa ein übermäßiger Verschleiß oder ein feststehender Materialfehler (hier: defekte Zylinderkopfdichtung) und können die dafür als ursächlich infrage kommenden Umstände (Überhitzung des Motors infolge zu geringen Kühlmittelstandes oder Überbeanspruchung) sowohl auf einen Fahr- oder Bedienungsfehler des Käufers als auch auf einen bereits vor der Übergabe des Fahrzeugs bestehenden Sachmangel zurückzuführen sein, so begründet § 476 BGB die Vermutung, dass der Mangel bereits bei Gefahrübergang vorhanden war (BGH, Urt. v. 18.7.2007 – VIII ZR 259/06, NJW 2007, 2621, 2622 = NZV 2007, 512, 513, Nr. 15, 16 „Zylinderkopf-Fall“; ebenso OLG Brandenburg, Urt. v. 8.10.2008 – 13 U 34/08, DAR 2009, 92, 94 = juris, Rz. 12, 13: Getriebeschaden bei 69.000 km nach 2.000 gefahrenen Kilometern; OLG Celle, Urt. v. 16.4.2008 – 7 U 224/07, ZGS 2008, 312, 314).

Anders als im „Zahnriemen-Fall“ (s.o.; BGH, Urt. v. 2.6.2004 – VIII ZR 329/03, NJW 2004, 2299, 2300) konnte im „Zylinderkopf-Fall“ positiv festgestellt werden, dass ein Sachmangel des Fahrzeugs - und kein „normaler Verschleiß“ des Gebrauchtwagens - vorlag. Nicht geklärt werden konnte im „Zylinderkopf-Fall“ allein die Frage, ob der Defekt der Zylinderkopfdichtung und die daraus folgende bzw. dafür ursächliche Überhitzung des Motors bereits vor der Übergabe des Fahrzeugs eingetreten war oder ob sie - etwa durch einen Fahr- oder Bedienungsfehler des Käufers - erst nach Gefahrübergang entstanden war. Für diese Fallgestaltung begründet § 476 BGB in zeitlicher Hinsicht die Vermutung, dass die zutage getretenen Mängel bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen haben. (BGH, Urt. v. 18.7.2007 – VIII ZR 259/06, NJW 2007, 2621, 2622, Nr. 15, 16).

Die Vermutung, dass ein Sachmangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat, ist nicht schon dann ausgeschlossen bzw. mit der Art des Mangels unvereinbar, wenn der Mangel typischerweise jederzeit auftreten kann und deshalb keinen hinreichend sicheren Rückschluss darauf zulässt, dass er schon bei Gefahrübergang vorhanden war (BGH, Urt. v. 14.9.2005 – VIII ZR 363/04, MDR 2006, 253, 254 = NJW 2005, 3490, 3492; Urt. v. 18.7.2007 – VIII ZR 259/06, NZV 2007, 512, 514, Nr. 17 = VersR 2008, 930, 931, Nr. 17; Reinking/Eggert, 10. Aufl. 2009, Rz 1648, 1660, 1664).

Erleidet ein moderner Mittelklassewagen bei einem Kilometerstand von 88.000 einen schweren Motorschaden und war der Motor ausreichend mit Schmier- und Kühlmitteln befüllt, soll sogar eine tatsächliche Vermutung dafür sprechen, dass der Motorschaden in einem technischen Mangel des Wagens angelegt war. Vom Verkäufer behauptete „Bedienungsfehler“ sind als Ursache eines sogenannten „Kolbenfressers“ unter den heutigen technischen Bedingungen nicht ernstlich in Erwägung zu ziehen (OLG Frankfurt, Urt. v. 4.3.2005 – 24 U 198/04, NJW-RR 2005, 920, 921; auch OLG Brandenburg, Urt. v. 8.10.2008 – 13 U 34/08, DAR 2009, 92, 94 = juris, Rz. 12, 13: Getriebeschaden bei 69.000 km nach 2.000 gefahrenen Kilometern kein „normaler Verschleiß“).

Die Vermutung des § 476 BGB ist grundsätzlich **auch auf den Tierkauf anzuwenden**. Auch dabei setzt die Vermutung nicht voraus, dass der Verkäufer in Bezug auf den betreffenden Mangel bessere Erkenntnismöglichkeiten hat als der Käufer (BGH, Urt. v. 11.07.2007 – VIII ZR 110/06, MDR 2007, 1245 = NJW 2007, 2619, 2620, Nr. 11).

#### IV. Unvereinbarkeit der Vermutung mit der Art der Sache oder des Mangels

Die Vermutung des § 476 BGB ist nicht bereits dann mit der Art des Mangels unvereinbar, wenn der Mangel, falls er schon bei Gefahrübergang vorgelegen hat, für den Verkäufer ebenso wie für den Käufer **nicht erkennbar** war. Die Beweislastumkehr setzt nicht voraus, dass der Verkäufer in Bezug auf den betreffenden Mangel, etwa bei einer Tierkrankheit oder bei Verschleißmängeln eines Gebrauchtwagens, bessere Erkenntnismöglichkeiten hat als der Käufer (BGH, Urt. v. 11.7.2007 – VIII ZR 110/06, NJW 2007, 2619, 2620 = VersR 2008, 928, 930 = ZGS 2007, 347, 348, Nr. 11; BGH, Urt. v. 29.3.2006 – VIII ZR 173/05, MDR 2006, 1271 = NJW 2006, 2250, 2251 = ZGS 2006, 260, 263; BGH, Urt. v. 18.7.2007 – VIII ZR 259/06, NJW 2007, 2621, 2623 = NZV 2007, 512, 514 = VersR 2008, 930, 931, Nr. 17: Unvereinbarkeit nicht schon dann, wenn der Mangel typischerweise jederzeit auftreten bzw. sich realisieren kann; BGH, Urt. v. 11.7.2007 – VIII ZR 118/06, NJW 2007, 2619, 2620, Nr. 10: auch beim Tierkauf nicht schon dann mit der Art des Mangels unvereinbar, wenn der Mangel typischerweise jederzeit auftreten kann).

Die Vermutung, dass ein Sachmangel bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hat, kann grundsätzlich auch für **äußere Beschädigungen der Kaufsache** wie etwa einen Karoserieschaden eines verkauften Kraftfahrzeugs eingreifen. Sie ist jedoch dann mit der Art des Mangels **unvereinbar, wenn es sich um äußerliche Beschädigungen handelt, die auch dem fachlich nicht versierten Käufer auffallen müssen**. Hat er die Sache ohne Beanstandung entgegengenommen, so spricht dies gegen die Vermutung, der Mangel sei schon bei Gefahrübergang vorhanden gewesen (BGH, Urt. v. 14.9.2005 – VIII ZR 363/04, MDR 2006, 253, 254 = NJW 2005, 3490, 3492).

Nach Ansicht des KG (Urt. v. 16.7.2004 – 25 U 17/04, ZGS 2005, 76) ist die Vermutung des § 476 BGB bei einem Gebrauchtwagen mit der Art des Mangels **unvereinbar**, wenn Verschleißerscheinungen auftreten, die allmählich über mehrere 10.000 km entstanden sind. M.E. ist mit dem BGH (s.o. III.) darauf abzustellen, ob dem Käufer im Einzelfall der Nachweis eines schon bei Gefahrübergang zumindest „im Keim“ vorhandenen Sachmangels in der Form eines übermäßigen Verschleißes gelingt oder ob die Frage auch nach Einholung eines Gutachtens letztlich nicht geklärt werden kann. Im ersten Fall greift § 476 BGB ein, im Letzten nicht. Auf die Frage, ob die Verschleißerscheinungen allmählich über mehrere zehntausend Kilometer entstanden sind, kommt es nicht an.

Die Vermutung kann auch wegen der Art des Mangels **bei bestimmten Tierkrankheiten ausgeschlossen** sein (BGH, Urt. v. 29.3.2006 – VIII ZR 173/05, MDR 2006, 1271 = NJW 2006, 2250, 2252 = ZGS 2006, 260, 263; OLG Hamm, Urt. v. 3.5.2005 – 19 U 123/04, NJW-RR 2005, 1369). Dies ist etwa bei einer sich schleichend fortentwickelnden Krankheit des Tiers mit kurzer Inkubationszeit oder bei einer Krankheit aufgrund eines Spontanereignisses der Fall (OLG Hamm, Urt. v. 3.5.2005 – 19 U 123/04, NJW-RR 2005, 1369), nicht aber bei einer Krankheit, deren Inkubationszeit vor der Übergabe begonnen hat (OLG Hamm a. a. O.) oder bei einer nur saisonal sichtbaren Allergie, z. B. einem Sommerexzem eines Pferdes (BGH, Urt. v. 29.3.2006 – VIII ZR 173/05, MDR 2006, 1271 = NJW 2006, 2250, 2252 = ZGS 2006, 260, 264).

Bei einer nur saisonal sichtbaren Allergie, etwa einem Sommerexzem, handelt es sich nicht um eine versteckte Krankheit, sondern um einen Sachmangel des Tieres. Das Auftreten dieses Sachmangels begründet gem. § 476 BGB die in zeitlicher Hinsicht wirkende Vermutung, dass der Mangel bereits zum Zeitpunkt der Übergabe vorlag.

Auch in einem solchen Fall muss der Verkäufer den vollen Beweis des Gegenteils der vermuteten Tatsache erbringen, dass die Allergie (Sommerekzem) bei Gefahrübergang noch nicht bestand (BGH, Urt. v. 29.3.2006 – VIII ZR 173/05, MDR 2006, 1271 = NJW 2006, 2250, 2252 = ZGS 2006, 260, 264 a.E.: im entschiedenen Fall „könnte der Beklagten dieser Beweis gelungen sein“; der Rechtsstreit wurde an das OLG Hamm zurückverwiesen).

## V. Widerlegung der Beweisvermutung durch den Verkäufer

Liegen die Voraussetzungen des § 476 BGB vor, muss der Verkäufer/Unternehmer die gesetzliche Vermutung durch den **Vollbeweis des Gegenteils (§ 292 ZPO)** führen (BGH, Urt. v. 29.3.2006 – VIII ZR 173/05, MDR 2006, 1271, 1272 = NJW 2006, 2250, 2252 = ZGS 2006, 260, 264; BGH, Urt. v. 23.11.2005 – VIII ZR 43/05, NJW 2006, 434, 436 = ZGS 2006, 72, 74; OLG Celle, Urt. v. 4.8.2004 – 7 U 30/04, MDR 2005, 207 = NJW 2004, 3566, 3567; offen gelassen von OLG Brandenburg, Urt. v. 8.10.2008 – 13 U 34/08, DAR 2009, 92, 94 = juris, Rz. 15: der Verkäufer wird die gesetzliche Vermutung durch den Nachweis einer vor Übergabe festgestellten Mangelfreiheit oder einer konkreten anderen Schadensursache führen können).

Beruhet der Sachmangel auf einem festgestellten, übermäßigen Verschleiß innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang, muss der Verkäufer eines gebrauchten Kfz die gesetzliche Vermutung widerlegen, dass das Fahrzeug bereits bei der Übergabe fehlerhaft war. Kann er beweisen, dass die turnusgemäße Wartung des Fahrzeugs beim km-Stand von 120.000 ordnungsgemäß durchgeführt worden ist und lag am fraglichen Teil (hier: Riemenspanndämpferelement) zu diesem Zeitpunkt keinerlei Verschleiß vor, ist der vom Verkäufer zu führende Beweis als geführt anzusehen, wenn das Fahrzeug kurz darauf übergeben und beim km-Stand von 153.000 durch den Ausfall des dann verschlissenen Riemenspanndämpferelements einen schweren Motorschaden erleidet (OLG Koblenz, Urt. v. 19.4.2007 – 5 U 768/06, MDR 2007, 950 = NJW 2007, 1828: beim Kauf eines Gebrauchtwagens gehört es auch ohne ausdrückliche Vereinbarung zur vertraglich vorausgesetzten Beschaffenheit, dass bei den vom Fahrzeughersteller vorgeschriebenen Inspektionen sämtliche erforderlichen Arbeiten einschließlich der Kontrolle der Verschleißteile durchgeführt werden).

## VI. Keine Beweisvereitelung durch den Käufer

Ein Anspruch aus §§ 434, 437 ff. i. V. m. § 476 BGB ist ausgeschlossen, wenn der Käufer den dem Verkäufer obliegenden Beweis des Gegenteils zumindest fahrlässig vereitelt. Dies ist etwa dann der Fall, wenn der Käufer erkennen kann, dass ein defekter Turbolader des vor weniger als sechs Monaten übergebenen Gebrauchtwagens **noch als Beweismittel benötigt** werden kann und er es versäumt, die mit der Reparatur beauftragte Fremdwerkstatt anzuweisen, das ausgebaute Teil aufzubewahren (BGH, Urt. v. 23.11.2005 – VIII ZR 43/05, NJW 2006, 434, 436 = ZGS 2006, 72, 74; Reinking/Eggert, 10. Aufl. 2009, Rz 1644). Dagegen liegt keine fahrlässige Beweisvereitelung vor - und § 476 BGB greift ein -, wenn an dem mit einer Fahrleistung von 60.000 km übergebenen Gebrauchtwagen nach knapp sechs Monaten ein Getriebeschaden auftritt, das Fahrzeug dann in der Werkstatt des Verkäufers instandgesetzt und die Reparatur vom Käufer in Unkenntnis der Rechtslage (§§ 439 I, II, 476 BGB) bezahlt wird, der Verkäufer das ausgebaute Altteil dann entsorgt und an (hier im Ergebnis erfolgreiche) Rückforderungsansprüche des Käufers aus §§ 812, 814 BGB nicht gedacht wird (BGH, Urt. v. 11.11.2008 – VIII ZR 265/07, MDR 2009, 192 = NJW 2009, 580, 582, Nr. 15: Rechtsfolge des § 476 BGB ist eine Beweislastumkehr, die auch im Rahmen der §§ 812, 814 BGB eingreift).

Gleiches gilt – und § 476 BGB kommt zum Zuge -, wenn der Käufer das Übertragungssystem der Kupplung in einer Werkstatt teilweise zerlegen lässt, sodass die Kupplung nur noch in diesem Zustand zur weiteren Begutachtung zur Verfügung steht (BGH, NJW 2008, 214; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 10. Aufl. 2009, Rz 1644).