

# Zur Vermutung der Mangelhaftigkeit beim Verbrauchsgüterkauf

## Die Rechtsprechung des BGH in rechtsvergleichender Perspektive

Von GIESELA RÜHL, Berlin/Hamburg\*

### Inhaltsübersicht

I. Einleitung . . . . .	912
II. Die Vermutung der Mangelhaftigkeit in Deutschland . . . . .	914
1. Reichweite der Vermutung . . . . .	914
2. Ausschluss der Vermutung . . . . .	919
a) Art der Sache . . . . .	919
b) Art des Mangels . . . . .	920
c) Widerlegung der Vermutung. . . . .	922
III. Die Vermutung der Mangelhaftigkeit in anderen Mitgliedstaaten . . . . .	923
1. Reichweite der Vermutung . . . . .	924
2. Ausschluss der Vermutung . . . . .	926
a) Art der Sache . . . . .	927
b) Art des Mangels . . . . .	929
3. Widerlegung der Vermutung . . . . .	931
IV. Schlussfolgerungen und Ausblick . . . . .	932
Summary: <i>The Presumption of Non-Conformity in Consumer Sales Law – The Jurisprudence of the Federal Court of Justice in comparative perspective</i> . . .	934

## I. Einleitung

Das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts hat zahlreiche Bestimmungen in das BGB eingeführt, die die Rechtsprechung in den letzten Jahren ausgiebig beschäftigt haben. Die Vorschrift, die es mit Abstand am häufigsten

---

\* Abgekürzt werden zitiert: *Augenhöfer*, Die Vermutung der Mangelhaftigkeit bei Übergabe in der OGH-Rechtsprechung: JBl. 2007, 768; *Sivesand*, The Buyer's Remedies for Non-conforming Goods (2005).

figsten zum Bundesgerichtshof (BGH) gebracht hat, ist § 476 BGB. In nicht weniger als acht Entscheidungen musste sich der BGH mit der Frage auseinandersetzen, wann bei Verbrauchsgüterkaufverträgen die Mangelhaftigkeit der Kaufsache vermutet wird, wann die Vermutung ausgeschlossen ist und wie sie widerlegt werden kann. Dabei ist deutlich geworden, dass die Reichweite der Vermutung ebenso wie die Voraussetzungen ihres Ausschlusses und ihre Widerlegung alles andere als klar sind. Trotzdem verzichtet der BGH darauf, eine naheliegende Erkenntnisquelle heranzuziehen und für die Diskussion fruchtbar zu machen: die Rechtsvergleichung. Obwohl § 476 BGB auf Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zurückgeht und obwohl Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie mittlerweile in allen Mitgliedstaaten mit Ausnahme Litauens umgesetzt worden ist<sup>1</sup>, stellt sich der BGH in keinem seiner Urteile die Frage, wie die Vermutung in anderen europäischen Ländern gehandhabt wird. Gleiches gilt für die Literatur. Obwohl die Entscheidungen des BGH in unzähligen Anmerkungen und Beiträgen kommentiert, ausgelegt und nicht zuletzt kritisiert worden sind, wird auf die Rechtsprechung anderer Mitgliedstaaten mit keinem Wort eingegangen. Kein Beitrag interessiert sich dafür, wie die Probleme, mit denen der BGH seit der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie zu kämpfen hat, in anderen Mitgliedstaaten gelöst werden. Und kein Beitrag macht sich Gedanken darüber, ob sich aus der Rechtsprechung anderer Mitgliedstaaten Erkenntnisse über die wünschenswerte – oder gemeinschaftsrechtlich geforderte – Handhabung der Vermutung ergeben.

Da die deutsche Diskussion damit – zumindest bislang – die Augen vor der Rechtsvergleichung als wichtiger Erkenntnisquelle verschließt, soll im folgenden Beitrag zu Ehren von Jürgen Basedow untersucht werden, wie die Vermutung der Mangelhaftigkeit in anderen Mitgliedstaaten gehandhabt wird. Der Beitrag knüpft damit an eine Tradition an, die der Geehrte seit vielen Jahren pflegt. Schließlich gehört Jürgen Basedow zu den Wissenschaftlern, die sich schon lange um die rechtsvergleichende Erschließung des deutschen und europäischen Privatrechts, insbesondere des deutschen und europäischen Vertragsrechts bemühen. Das Kaufrecht stand dabei bereits frühzeitig im Mittelpunkt seines Interesses: Als Referent am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht legte er Ende der 1980er-Jahre im Auftrag des Bundesjustizministeriums eine umfassende rechtsvergleichende Studie vor<sup>2</sup>, die die Grundlage für die im Zuge der Modernisierung des Schuldrechts erfolgte Reform des deutschen Kaufrechts

---

<sup>1</sup> *Twigg-Flesner*, Rechtsvergleichende Studie, Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, in: EG-Verbraucherrechtskompendium, hrsg. von *Universität Bielefeld* (2008) 693 (734–735). Siehe zur Umsetzung der Richtlinie ausführlich *Mansel*, Kaufrechtsreform in Europa und die Dogmatik des deutschen Leistungsstörungenrechts: AcP 204 (2004) 396 (402–456) sowie die Beiträge in: *Verbraucherkauf in Europa*, hrsg. von *Schermaier* (2003).

<sup>2</sup> *Basedow*, Die Reform des deutschen Kaufrechts (1988).

bildete. Das Werk gilt heute – zwanzig Jahre später – immer noch als das Referenzwerk zum vergleichenden Kaufrecht und zeichnet sich nicht nur durch seine Breite, sondern auch durch die umfassende Berücksichtigung von Rechtsprechung und Literatur aus. Der folgende Beitrag versucht, an diese Arbeit des Geehrten anzuknüpfen und sie für die Vermutung der Mangelhaftigkeit beim Verbrauchsgüterkauf fruchtbar zu machen.

Der Beitrag gliedert sich in zwei Teile. Im ersten Teil werden die wesentlichen Grundzüge der BGH-Rechtsprechung zur Vermutung der Mangelhaftigkeit beim Verbrauchsgüterkauf dargestellt (unten II). Im zweiten Teil wird auf die Rechtsprechung in anderen Mitgliedstaaten eingegangen (unten III). In beiden Teilen wird zwischen der Reichweite, dem Ausschluss und der Widerlegung der Vermutung unterschieden. Als Ergebnis der Untersuchung lässt sich festhalten, dass die Rechtsprechung in anderen Mitgliedstaaten zumindest in der Tendenz der Rechtsprechung des BGH folgt. Lediglich im Hinblick auf die Reichweite der Vermutung zeichnen sich Unterschiede ab. Hier wäre der BGH deshalb gut beraten, wenn er den nächsten Fall zum Anlass nehmen und den EuGH um eine Stellungnahme zur Auslegung von Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie<sup>3</sup> bitten würde.

## II. Die Vermutung der Mangelhaftigkeit in Deutschland

Die Vermutung des § 476 BGB hat die deutsche Rechtsprechung seit der Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie im Wesentlichen unter drei Gesichtspunkten beschäftigt: Erstens, wie weit reicht die Vermutung? Zweitens, wann ist die Vermutung wegen der »Art der Sache oder des Mangels« ausgeschlossen? Und drittens, wie kann der Verkäufer die Vermutung widerlegen? Der BGH hat zu allen Fragen mittlerweile mehrfach Stellung genommen.

### 1. Reichweite der Vermutung

§ 476 BGB begründet eine in zeitlicher Hinsicht wirkende Vermutung. Kann der Käufer beweisen, dass sich innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang ein Mangel gezeigt hat, dann wird zu seinen Gunsten ver-

---

<sup>3</sup> Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wird den Mitgliedstaaten aller Voraussicht nach auch in Zukunft erhalten bleiben. Zwar plant die Europäische Kommission seit einigen Jahren die Konsolidierung und Modernisierung der verbraucherschützenden Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts. Artikel 28 V des am 8. 10. 2008 vorgelegten Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Rechte der Verbraucher, KOM(2008) 614 endg. übernimmt Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie allerdings wörtlich.

mutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war. Die Reichweite der so näher umschriebenen Vermutung ist unproblematisch, wenn sich innerhalb von sechs Monaten ein Mangel zeigt, von dem lediglich nicht bekannt ist, ob er bereits bei Gefahrübergang vorlag oder nicht. Anders sieht es demgegenüber aus, wenn sich innerhalb von sechs Monaten ein Mangel zeigt, der eindeutig erst nach Gefahrübergang entstanden ist, aber – möglicherweise – auf einen bereits anfänglich bestehenden Grundmangel zurückzuführen ist. Greift § 476 BGB auch in diesem Fall ein?

Der BGH musste sich mit dieser Frage erstmalig in der Zahnriemen-Entscheidung auseinandersetzen<sup>4</sup>. In dem zu entscheidenden Fall ging es um ein gebrauchtes Kraftfahrzeug, das kurz nach der Übergabe einen Motorschaden erlitten hatte. Außer Streit stand, dass der Motorschaden erst nach Gefahrübergang entstanden war. Außer Streit stand außerdem, dass der Motorschaden auf einen gelockerten Zahnriemen zurückzuführen war. Unklar blieb allerdings, ob der Zahnriemen wegen eines Materialfehlers bereits bei Gefahrübergang locker gewesen war oder ob er sich erst nachträglich durch die Fahrweise des Käufers gelockert hatte. Zu klären war deshalb, ob die Vermutung des § 476 BGB auch dann Anwendung findet, wenn ein nach Gefahrübergang aufgetretener Mangel – möglicherweise – auf einen anfänglich bestehenden Grundmangel zurückgeht. Der BGH lehnte dies ab. Die Vermutung des § 476 BGB nehme dem Käufer nur die Beweislast für das Vorliegen eines Mangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs ab, nicht aber für das Vorliegen eines Mangels an sich<sup>5</sup>. Auf der Grundlage von § 476 BGB werde deshalb nicht vermutet, dass ein nachträglich aufgetretener Mangel

---

<sup>4</sup> BGH 2. 6. 2004, NJW 2004, 2299; siehe dazu *Frassek*, § 476 BGB, Vermutung des Vorliegens eines Sachmangels im Zeitpunkt des Gefahrübergangs in lediglich zeitlicher Hinsicht: JR 2005, 204; *Gsell*, Kurzkommentar: EWiR 2004, 903; *Kieselstein*, Die Anwendung des § 476 BGB in der neuesten Rechtsprechung: Zeitschrift für das gesamte Schuldrecht (ZGS) 2005, 338 (338–339); *Stephan Lorenz*, Sachmangel und Beweislastumkehr im Verbrauchsgüterkauf: NJW 2004, 3020; *Looschelders/Benzenberg*, Reichweite der Beweislast beim Verbrauchsgüterkauf: VersR 2005, 233; *Medicus*, Gebrauchsgüterkauf; Sachmangel, Vermutung des Vorliegens beim Gefahrübergang: WM 2005, 2293; *Reinking*, Die Beweislast und ihre Umkehr: Deutsches Autorecht (DAR) 2004, 550; *Herbert Roth*, Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf: ZIP 2004, 2025; *Saenger/Kloppenbrink*, Das »neue« Kaufrecht in der Rechtsprechung 2002–2005: ZGS 2006, 61 (62); *Saenger/Veltmann*, § 476 BGB – Gesetzliche Haltbarkeitsgarantie?: ZGS 2005, 450; *Schmidt-Kessel*, Verfassungsmäßigkeit und Beweislast beim Kauf: Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht (GPR) 2004, 271; *Werthenbruch*, Reichweite der Beweislastumkehr des § 476 BGB beim Gebrauchtwagenkauf: LMK 2004, 156.

<sup>5</sup> Diese Formulierung des BGH ist ungenau, da ein Mangel überhaupt nur dann ein Mangel im Sinne des § 434 BGB ist, wenn er bei Gefahrübergang vorliegt. Tatsächlich meint der BGH eine Abweichung der Ist- von der Sollbeschaffenheit, die einen Mangel darstellen würde, wenn sie bei Gefahrübergang vorgelegen hätte; siehe dazu *Gsell*, Sachmangelbegriff und Reichweite der Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf: JZ 2008, 29 (30) (zitiert: Sachmangelbegriff).

auf einen anfänglich bestehenden Grundmangel zurückzuführen sei. Das Vorliegen eines Grundmangels habe der Käufer vielmehr zu beweisen.

Die Entscheidung des BGH im Zahnriemen-Fall ist in der Literatur heftig kritisiert worden<sup>6</sup>. Vorgeworfen wird dem BGH insbesondere, dass die Unterscheidung zwischen anfänglich bestehendem Grundmangel und nachträglich aufgetretenem Folgemangel verfehlt sei. Weder § 476 BGB noch Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie sei eine derartige Unterscheidung zu entnehmen. Der vom BGH als Grundmangel bezeichnete Mangel könne deshalb ohne weiteres als der entscheidende Mangel angesehen werden. Dies sei nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift auch erforderlich. Denn ansonsten lasse man den Käufer gerade in den Fällen allein, in denen seine Beweisschwierigkeiten am größten seien.

Der BGH hat sich von diesen Argumenten allerdings nicht beeindruckt lassen und an seiner Rechtsprechung in zwei nachfolgenden Entscheidungen, der Turbolader-Entscheidung<sup>7</sup> und der Araberhengst-Entscheidung<sup>8</sup> festgehalten. In der Turbolader-Entscheidung hatte der verkaufte elf Jahre alte Gebrauchtwagen vier Monate nach der Übergabe einen Schaden am Turbolader erlitten. Nicht aufklären ließ sich, ob dieser – eindeutig nach Übergabe aufgetretene – Schaden durch eine unfachmännisch eingebaute Papierdichtung am Ansaugkrümmer des Motors oder durch normalen Verschleiß verursacht worden war. Nur im ersten Fall hätte ein Mangel vorgelegen, dessen Vorliegen bei Gefahrübergang auf der Grundlage des § 476 BGB vermutet worden wäre. Da sich die eigentliche Schadensursache allerdings nicht ermitteln ließ, stellte der BGH fest, dass die Vermutung – wie im Zahnriemen-Fall – nicht zu Gunsten des Käufers eingreifen könne. § 476 BGB begründe keine Vermutung dafür, dass ein Folgemangel auf einem Grundmangel beruhe. Ebenso entschied der BGH im Araberhengst-Fall. Hier ging es um einen Araberhengst, der fünf Monate nach der Übergabe allergische Reaktionen in Form eines Sommererkzems gezeigt hatte. Der gerichtlich bestellte Sachverständige führte aus, dass das Sommererkzem eine saisonal sichtbare Allergie sei, bei der eine überschießende Reaktion des Immunsystems auf Mückenstiche ein klinisches Erscheinungsbild in Form von Haut-

---

<sup>6</sup> Siehe die in N. 4 genannten Anmerkungen sowie *Gsell*, Sachmangelbegriff (vorige Note) 30–31. Zustimmung nur *Wertenbruch* (oben N. 4) und *Witt*, Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf nach § 476 BGB, Versuch einer Bestandsaufnahme: ZGS 2007, 386 (387–389).

<sup>7</sup> BGH 23. 11. 2005, NJW 2006, 2619; siehe dazu *Kieselstein*, Die Rechtsprechung des BGH zu § 476 BGB: ZGS 2006, 170 (171–172); *Wertenbruch*, Beweislastumkehr nach § 476 BGB bei Einbau der gekauften Sache durch einen Dritten: LMK 2005, 21.

<sup>8</sup> BGH 29. 3. 2006, NJW 2006, 2250; siehe dazu *Faust*, Unternehmer trotz fehlender Gewinnerzielungsabsicht, Mängelvermutung bei Tierkrankheiten: LMK 2006, 185484; *Graf v. Westphalen*, Klarstellungen zum Unternehmerbegriff und zur Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf: ZGS 2006, 416; *Stephan Lorenz*, Kurzkommentar: EWiR 2006, 453; *Witt* (oben N. 6) 389.

entzündungen und Juckreiz hervorrufe. Nicht klären konnte der Sachverständige allerdings, ob die Anlage zur überschießenden Reaktion des Immunsystems, die übermäßige Sensibilisierung des Pferdes, bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorgelegen oder sich erst später entwickelt hatte. Der BGH wiederholte deshalb, dass § 476 BGB keine Vermutung begründe, dass ein eindeutig nach Gefahrübergang aufgetretener Mangel – hier das durch Mückenstiche hervorgerufene klinische Erscheinungsbild – auf einem anfänglichen Grundmangel – hier einer übermäßigen Sensibilisierung des Pferdes – beruhe.

Der BGH hat damit die Zahnriemen-Entscheidung sowohl in der Turbolader-Entscheidung als auch in der Araberhengst-Entscheidung bestätigt und damit zum Ausdruck gebracht, dass er der Vermutung des § 476 BGB einen eher engen Anwendungsbereich zumisst. Aus diesem Umstand allein lässt sich allerdings noch nicht schließen, dass der BGH die Reichweite der Vermutung auch in Zukunft in den Grundmangel-Fällen beschränken wird. Zahlreiche Entscheidungen aus den letzten Jahren legen nämlich den Eindruck nahe, dass er auf die Unterscheidung zwischen Grund- und Folgemangel möglicherweise nicht weiter zurückgreifen und die Vermutung des § 476 BGB auch auf die Grundmangel-Fälle anwenden wird. Als Beispiel dafür sei an dieser Stelle zunächst die Katalysator-Entscheidung<sup>9</sup> genannt. Hier ging es um einen drei Jahr alten Gebrauchtwagen, der zwei Monate nach der Übergabe einen Schaden am Katalysator erlitten hatte. Als Ursache für den Schaden wurde ein Aufsetzen des Fahrzeugs ermittelt. Unklar war lediglich, wann das Aufsetzen des Fahrzeugs erfolgt war. Der BGH hielt in dieser Situation die Vermutung des § 476 BGB für anwendbar, obwohl wie im Zahnriemen-Fall und im Turbolader-Fall unklar war, ob der unstreitig erst nach Gefahrübergang aufgetretene Schaden – der defekte Katalysator – auf einen anfänglich bestehenden Mangel oder eine nachträgliche unsachgemäße Behandlung zurückzuführen war. Zur Begründung führte er an, dass sowohl zum Zahnriemen- als auch zum Turbolader-Fall die Ursache des Schadens unklar war, während sie im Katalysator-Fall eindeutig festgestanden habe. Für die Frage nach der Reichweite der Vermutung hätte dies allerdings keine Rolle spielen dürfen. Denn in allen drei Fällen war im Ergebnis unklar, ob der nach Gefahrübergang aufgetretene Schaden bereits bei Gefahrübergang vorlag oder auf einen unsachgemäßen Gebrauch der verkauften Sache zurückzuführen war.

Dass der BGH an der Unterscheidung zwischen Grund- und Folgemangel möglicherweise nicht festhalten wird, legen außerdem zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2007 nahe. Im Zuchtkater-Fall<sup>10</sup> war ein für die Zucht be-

<sup>9</sup> BGH 21. 12. 2005, NJW 2006, 1195; siehe dazu *Faust*, Nachfrist für Nacherfüllung in aller Regel unentbehrlich: LMK 2006, 175920; *Kieselstein* (oben N.7) 172–173; *Reinking*, Kurzkomentar: EWiR 2006, 227.

<sup>10</sup> BGH 11. 7. 2007, NJW 2007, 2619; siehe dazu *Klöhn*, Kurzkomentar: EWiR 2007,

stimmter Kater nach der Übergabe an einem Hautpilz erkrankt. Nicht feststellen ließ sich, ob das Tier bereits zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs mit dem Hautpilz infiziert war oder ob es sich erst später angesteckt hatte. Auch hier hielt der BGH die Vermutung ohne weiteres für anwendbar, obwohl er auch hier die unstreitig erst nach Gefahrübergang aufgetretene Hautpilzerkrankung als Folgemangel und die Infektion als Grundmangel hätte ansehen können. Bei Anwendung der in der Zahnriemen-Entscheidung entwickelten Grundsätze hätte der BGH die Klage deshalb auch hier zurückweisen müssen<sup>11</sup>. Gleiches gilt für die Zylinderkopf-Entscheidung<sup>12</sup>, die dem Zahnriemen-Fall von allen bislang genannten Entscheidungen wahrscheinlich am nächsten kommt. Hier wurde vier Wochen nach Gefahrübergang des gebrauchten Kraftfahrzeugs festgestellt, dass sich im Kühlsystem des Fahrzeugs zu wenig Wasser befand. Festgestellt wurde außerdem, dass die Zylinderkopfdichtung defekt und die Ventilstege gerissen waren. Unklar blieb lediglich, ob beide Schäden bereits bei Gefahrübergang vorgelegen hatten oder ob sie erst nachträglich durch die Missachtung der Kühlwasseranzeige verursacht worden waren. Der BGH entschied, dass § 476 BGB anzuwenden sei. Der Käufer habe bewiesen, dass das Kraftfahrzeug wegen der defekten Zylinderkopfdichtung und der gerissenen Ventilstege mangelhaft gewesen sei. Zu Gunsten des Käufers werde deshalb vermutet, dass beide Defekte bereits bei Gefahrübergang vorliegen hätten. Von der Zahnriemen-Entscheidung sei der Fall zu unterscheiden, weil der Käufer dort nicht habe nachweisen können, dass die Sache mangelhaft gewesen sei. Tatsächlich überzeugt diese Unterscheidung nicht<sup>13</sup>: Wie in der Literatur mittlerweile deutlich gemacht worden ist, lag in der Zylinderkopf-Entscheidung mit dem nicht funktionierenden Kühlsystem wie in der Zahnriemen-Entscheidung ein nach Gefahrübergang aufgetretener Schaden vor. Und wie in der Zahnriemen-Entscheidung war unklar, ob dieser Schaden auf einem anfänglich vorhandenen Grundmangel, dem defekten Zylinderkopf und den gerissenen Ventilstegen, beruhte oder auf unsachgemäßen Gebrauch. Bei konsequenter Anwendung der Zahnriemen-Entscheidung hätte der BGH die Anwendung der Vermutung folglich ablehnen müssen. Dass der BGH dies nicht tat, sondern die Vermutung bezogen auf den Grundmangel zur Anwendung brachte, kann als Hinweis darauf gewertet werden, dass er von den Grundsätzen

---

585; *Stephan Lorenz*, Die Beweislastumkehr nach § 476 BGB und ihre Reichweite: NJW 2007, 2623; *Reinking*, Die Rechtsprechung des BGH zur Beweislastumkehr beim Autokauf: DAR 2007, 601; *Schinkels*, Zur Anwendbarkeit der Vermutung des § 476 BGB in Fällen einer bei Gefahrübergang nicht erkennbaren Tierinfektion: LMK 2007, 240778.

<sup>11</sup> So auch *Schinkels* (vorige Note).

<sup>12</sup> BGH 18. 7. 2007, NJW 2007, 2621; siehe dazu *Höpfner*, Die Reichweite der Beweislastumkehr im Verbrauchsgüterkauf: ZGS 2007, 410; *Klöhn*; *Lorenz*; *Reinking* (alle oben N. 10); *Theis*, Kurzkommentar: EWiR 2008, 75.

<sup>13</sup> *Gsell*, Sachmangelbegriff (oben N. 5) 31; *Reinking* (oben N. 10) 602–603.

der Zahnriemen-Entscheidung langsam Abstand nimmt. Zu betonen ist allerdings, dass der BGH seine Rechtsprechung bislang nicht ausdrücklich aufgegeben hat.

## 2. Ausschluss der Vermutung

Die Vermutung der Mangelhaftigkeit greift nach § 476 2. Halbsatz BGB nicht ein, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels nicht zu vereinbaren ist. Wann dies der Fall ist, musste der BGH ebenfalls bereits mehrfach klären. Anders als bei der Reichweite der Vermutung, die das oberste deutsche Gericht zu Lasten des Verbrauchers eng fasst, zeigt sich der BGH dabei verbraucherfreundlich. Insbesondere spricht er sich gegen eine Pauschalisierung und für eine Einzelfallbetrachtung aus.

### a) Art der Sache

Der Ausschluss der Vermutung wegen der Art der Sache hat den BGH bislang lediglich im Hinblick auf gebrauchte Sachen und Tiere beschäftigt. Für beides lehnt er die Anwendung der Ausschlussklausel – ausdrücklich oder konkludent – ab. Im Hinblick auf gebrauchte Sachen gab er insofern in der Zahnriemen-Entscheidung<sup>14</sup> die Richtung vor. Zwar verlor er hier über den Ausschluss der Vermutung kein einziges Wort. Trotzdem brachte er mehr als deutlich zum Ausdruck, dass er die grundsätzliche Anwendbarkeit der Vermutung nicht anzweifelt. Diese Auffassung bestätigte der BGH in zahlreichen Entscheidungen, namentlich in der Karosserie-Entscheidung<sup>15</sup>, der Katalysator-Entscheidung und der Zylinderkopf-Entscheidung<sup>16</sup>. In allen drei Fällen ging es wie in der Zahnriemen-Entscheidung um gebrauchte Kraftfahrzeuge. Und in allen drei Fällen stellte der BGH die grundsätzliche Anwendbarkeit der Vermutung nicht in Frage. In der Karosserie-Entscheidung betonte der BGH sogar, dass »die Vorschrift des § 476 BGB auch auf den Verkauf gebrauchter Sachen Anwendung« finde<sup>17</sup>. Im Übrigen war ihm

<sup>14</sup> BGH 2. 6. 2004 (oben N. 4); siehe dazu die in N. 4 genannten Anmerkungen.

<sup>15</sup> BGH 14. 9. 2005, NJW 2005, 3490; siehe dazu *Diehl*, Anm. zu BGH Urteil vom 14. 9. 2005, DAR 2005, 674; *Grohmann/Gruschinske*, Beweislastumkehr gem. § 476 BGB, Tendenz zu einem effizienten Verbraucherschutz?: ZGS 2005, 452; *Gsell*, Kurzkomm. EWiR 2006, 69; *Holter*, Mangelvermutung beim Verbrauchsgüterkauf: LMK 2005, 163301; *Kieselstein* (oben N. 7) 170–171; *Medicus*, Anm. zu BGH Urteil vom 14. 9. 2005, WuB IV A § 476 BGB 1.06 (2006) 148; *Reinking* (oben N. 9); *Saenger/Klockenbrink* (oben N. 4) 62; *Witt*, Beweislastumkehr nach § 476 BGB bei äußerlichen Beschädigungen der Kaufsache: NJW 2005, 3468.

<sup>16</sup> BGH 18. 7. 2007 (oben N. 12) 2621; siehe Anmerkungen oben N. 12.

<sup>17</sup> BGH 14. 9. 2005 (oben N. 15) 3492; siehe dazu die in N. 15 genannten Anmerkungen.



die Ausschlussklausel wie schon in der Zahnriemen-Entscheidung keine Zeile wert.

Im Hinblick auf Tiere hat sich der BGH etwas ausführlicher mit der Ausschlussklausel auseinandergesetzt, und zwar in der Araberhengst-Entscheidung<sup>18</sup>. Auch hier kam er – wie im Hinblick auf gebrauchte Sachen – zu dem Ergebnis, dass die Ausschlussklausel nicht greife. Durch das Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts seien die bis dahin für Tiere geltenden Bestimmungen über den Viehkauf aufgehoben worden. Nach § 90a Satz 3 BGB fänden deshalb auf den Kauf von Tieren die allgemeinen Vorschriften einschließlich § 476 BGB Anwendung. Dies sei auch in der Sache gerechtfertigt, da der Unternehmer den Zustand eines Tieres im Zeitpunkt der Übergabe im Regelfall besser beurteilen könne als der Verbraucher. In der Zuchtkater-Entscheidung<sup>19</sup> bestätigte der BGH diese Rechtsprechung ohne weitere Diskussion.

#### b) Art des Mangels

Der Ausschluss der Vermutung wegen der Art des Mangels hat den BGH insbesondere im Hinblick auf Tierkrankheiten und im Hinblick auf Schäden beschäftigt, die – wie beispielsweise äußerliche Beschädigungen – grundsätzlich jederzeit auftreten können. Und ähnlich wie bei der Vermutung wegen der Art der Sache hat sich der BGH dagegen ausgesprochen, beide Mängel pauschal vom Anwendungsbereich der Vermutung auszunehmen. Im Hinblick auf Schäden, die typischerweise jederzeit auftreten können, ergibt sich dies erstmalig aus der Teichbecken-Entscheidung<sup>20</sup>. Hier hatte der Käufer ein Teichbecken aus glasfaserverstärktem Kunststoff erworben und durch einen Dritten, einen Fachbetrieb für Gartenbau, auf seinem Grundstück einbauen lassen. Nach dem Befüllen des Teichbeckens, wenige Tage nach der Übergabe, zeigte sich, dass das Becken undicht war. Der BGH entschied, dass die Vermutung anwendbar sei. Dabei stellte er zwar keinen unmittelbaren Bezug zur Ausschlussklausel des § 476 2. Halbsatz BGB her<sup>21</sup>. Trotzdem lässt sich der Entscheidung entnehmen, dass die Anwendung der Vermutung nicht schon deshalb ausgeschlossen ist, weil der Mangel – hier der Riss im Teichbecken – grundsätzlich jederzeit auftreten und durch den Käufer – oder einen Dritten – verursacht worden sein kann. Deutlicher als in der Teichbecken-Entscheidung formulierte der BGH dies

---

<sup>18</sup> BGH 29. 3. 2006 (oben N. 8) 2252; siehe dazu die in N. 8 genannten Anmerkungen.

<sup>19</sup> BGH 11. 7. 2007 (oben N. 10) 2619; siehe dazu die in N. 10 genannten Anmerkungen.

<sup>20</sup> BGH 22. 11. 2004, NJW 2004, 2299; siehe dazu *Gsell*, Kurzkomentar: EWiR 2005, 591; *Kieselstein* 341; *Saenger/Klockenbrink* 62 (beide oben N. 4); *Wertenbruch*, Beweislastumkehr nach § 476 BGB: LMK 2005, 21.

<sup>21</sup> Kritisch dazu *Gsell* (vorige Note) 592.

in der Karosserie-Entscheidung<sup>22</sup>, der Katalysator-Entscheidung<sup>23</sup> und der Zylinderkopf-Entscheidung<sup>24</sup>. In allen drei Fällen stellte der BGH fest, dass der Ausschluss der Vermutung nach der Formulierung des § 476 BGB die Ausnahme und nicht die Regel darstelle. Ließe man die Ausschlussklausel immer schon dann eingreifen, wenn es um einen Mangel gehe, der typischerweise jederzeit auftreten könne, werde dieses Regel-Ausnahme-Verhältnis umgekehrt. Anders liege der Fall nur bei sehr auffälligen äußeren Beschädigungen, die auch ein fachlich nicht versierter Käufer bei der Übergabe sofort hätte bemerken müssen und bei denen angenommen werden könne, dass der Käufer die Beschädigung sofort gerügt hätte<sup>25</sup>. Da hier das Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht umgekehrt werde, stehe die Art des Mangels der Anwendung der Vermutung entgegen.

Im Hinblick auf Tierkrankheiten hat sich der BGH mit der Anwendbarkeit der Vermutung in der Araberhengst-Entscheidung<sup>26</sup> und der Zuchtkater-Entscheidung<sup>27</sup> auseinandergesetzt. In beiden Fällen wandte sich der BGH gegen einen pauschalen Ausschluss der Vermutung, da Tierkrankheiten zu vielfältig seien, als dass sie einer einheitlichen Betrachtung unterworfen werden könnten. Erforderlich sei eine differenzierte Beurteilung je nach Art der Krankheit oder des sonstigen Mangels, bei der zum einen der Sinn und Zweck von § 476 BGB – die Privilegierung des Verbrauchers auf Grund besserer Erkenntnismöglichkeiten des Unternehmers – und zum anderen die Besonderheiten der in Rede stehenden Krankheit zu berücksichtigen seien. In der Zuchtkater-Entscheidung fügte der BGH außerdem hinzu, dass Tierkrankheiten auch dann nicht mit der Vermutung unvereinbar seien, wenn der Verkäufer die Krankheit – hier die Infektion – bei Gefahrübergang nicht hätte erkennen können. Die Erkenntnismöglichkeiten des Verkäufers im konkreten Fall spielten keine Rolle. Allein entscheidend sei, dass der Verkäufer bei typisierender Betrachtung einen Mangel besser erkennen könne als der Käufer. Eine Tierkrankheit sei nur dann nicht mit der Vermutung des § 476 BGB zu vereinbaren, wenn es nach dem konkreten Erscheinungsbild der Krankheit überwiegend wahrscheinlich sei, dass sie erst nach Gefahrübergang entstanden sei<sup>28</sup>.

---

<sup>22</sup> BGH 14. 9. 2005 (oben N. 15) 3490; siehe dazu die in N. 15 genannten Anmerkungen.

<sup>23</sup> BGH 21. 12. 2005 (oben N. 9) 1195; siehe dazu die in N. 9 genannten Anmerkungen.

<sup>24</sup> BGH 18. 7. 2007 (oben N. 12) 2621; siehe dazu die in N. 12 genannten Anmerkungen.

<sup>25</sup> BGH 14. 9. 2005 (oben N. 15) 3490; siehe dazu die in N. 15 genannten Anmerkungen.

<sup>26</sup> BGH 29. 3. 2006 (oben N. 8) 2252; siehe dazu die in N. 8 genannten Anmerkungen.

<sup>27</sup> BGH 11. 7. 2007 (oben N. 10) 2619; siehe dazu die in N. 10 genannten Anmerkungen.

<sup>28</sup> In der Literatur und in der Rechtsprechung der Instanzgerichte wird davon ausgegangen, dass dies beispielsweise der Fall ist, wenn die Inkubationszeit kürzer ist als die Zeit, die seit Gefahrübergang verstrichen ist. So etwa LG Essen 4. 11. 2003, ZGS 2004, 399; Lorenz

## c) Widerlegung der Vermutung

§ 476 BGB ist wie Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie als Vermutung formuliert. Während Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie allerdings ausdrücklich bestimmt, dass die Vermutung nur »bis zum Beweis des Gegenteils« gilt, findet sich in § 476 BGB kein Hinweis darauf, wie der Verkäufer das Eingreifen der Vermutung verhindern kann. Der BGH hat in seiner Rechtsprechung jedoch mehrfach klargestellt, dass sich der Verkäufer gegen die Wirkung der Vermutung durch Beweis des Gegenteils im Sinne von § 292 ZPO und damit nur wehren kann, wenn er das Gericht vollständig davon überzeugt, dass der Mangel bei Gefahrübergang noch nicht vorlag. Erforderlich ist deshalb, dass er zur vollen Überzeugung des Gerichts nachweist, dass die verkaufte Sache bei Gefahrübergang mangelfrei war oder dass der aufgetretene Schaden später entstanden ist. Die Erbringung von Gegenbeweisen durch Darlegung eines anderen möglichen Kausalverlaufs, der die Überzeugung des Gerichts lediglich erschüttert, reicht demgegenüber nicht aus. Sie kann allenfalls dazu führen, dass die Art des Mangels mit der Vermutung unvereinbar ist.

Erstmals angedeutet wurden diese Grundsätze vom BGH in der bereits oben erwähnten Karosserie-Entscheidung<sup>29</sup>. Hier hatte der Verkäufer versucht, die Mangelfreiheit des verkauften Gebrauchtwagens im Zeitpunkt des Gefahrübergangs durch Vorlage des bei der Übergabe verfassten formularmäßigen Protokolls nachzuweisen, in dem der Fahrzeugzustand durch Ankreuzen bestimmter Klassifizierungen festgehalten worden war. Der BGH entschied, dass sich dieses Protokoll lediglich als »Indiz« für die vom Verkäufer zu beweisende Tatsache darstelle, dass der Karosserieschaden bei der Übergabe des Fahrzeugs noch nicht vorhanden war. Der Zustand des Fahrzeugs werde durch das Protokoll lediglich pauschal, aber nicht in allen Einzelheiten beschrieben. Deshalb sei nicht zu erwarten, dass der Mitarbeiter des Verkäufers die Verformungen des Kotflügels und des Stoßfängers, wenn sie bereits bei Gefahrübergang vorhanden waren, in das Protokoll aufgenommen hätte. Im Übrigen erbringe das Protokoll als Privaturkunde nach § 416 ZPO ohnehin keinen Beweis über seine inhaltliche Richtigkeit, sondern lediglich darüber, dass die in ihm enthaltenen Erklärungen von den Ausstellern tatsächlich abgegeben wurden.

Weiter ausgebaut und verdeutlicht hat der BGH die Anforderungen an die Widerlegung der Vermutung in der ebenfalls bereits oben erwähnten Turbolader-Entscheidung<sup>30</sup>. Hier lehnte der BGH zwar bereits das Eingrei-

---

(oben N. 8) 454; *Tiedtke*, Zur Rechtsprechung des BGH auf dem Gebiet des Kaufrechts – Teil 2: JZ 2008, 452 (454–455).

<sup>29</sup> BGH 14. 9. 2005 (oben N. 15) 3490; siehe dazu die in N. 15 genannten Anmerkungen.

<sup>30</sup> BGH 23. 11. 2005, NJW 2006, 434; siehe dazu die in N. 7 genannten Anmerkungen.

fen der Vermutung ab. Hilfsweise führte er allerdings aus, dass der Käufer dem Verkäufer die Möglichkeit genommen habe, den ihm obliegenden »Beweis des Gegenteils« zu führen. Der Käufer hatte nämlich den Mangel auf eigene Kosten beheben lassen, ohne die Werkstatt anzuweisen, den defekten Turbolader aufzubewahren. Da der Käufer damit fahrlässig die Beweismöglichkeiten des Verkäufers verschlechtert habe, sei dem Verkäufer nach den Grundsätzen der Beweisvereitelung eine Beweiserleichterung in der Form zu gewähren, dass der nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme wahrscheinlichste Geschehensablauf als bewiesen angesehen werde. Dies sei im vorliegenden Fall der altersbedingte Verschleiß des Turboladers. Durch den Hinweis auf die Grundsätze der Beweisvereitelung machte der BGH deutlich, dass die Widerlegung der Vermutung durch den Verkäufer den Beweis des Gegenteils erfordert.

Bestätigt hat der BGH diese Rechtsprechung schließlich in der Araberhengst-Entscheidung<sup>31</sup>. Hier führte das Gericht ausdrücklich aus: »Die Vermutung des § 476 BGB ist widerleglich. Greift sie ein, so obliegt dem Verkäufer der Beweis des Gegenteils. Hierfür ist auch bei § 476 BGB eine Erschütterung der Vermutung nicht ausreichend; erforderlich ist vielmehr der volle Beweis des Gegenteils der vermuteten Tatsache. Da sich die Beweislastumkehr des § 476 BGB [...] auf die in zeitlicher Hinsicht wirkende Vermutung beschränkt, dass der binnen sechs Monaten seit Gefahrübergang aufgetretene Sachmangel bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorlag, ist zur Widerlegung der Vermutung voller Beweis dafür zu erbringen, dass dieser Mangel – hier: die Allergie Sommereczem – bei Gefahrübergang noch nicht bestand«<sup>32</sup>. Die Anforderungen, die der Verkäufer zur Widerlegung der Vermutung erfüllen muss, stehen damit nach der Rechtsprechung des BGH im Wesentlichen fest. Zweifelhaft kann im Einzelfall lediglich sein, ob der Verkäufer den Beweis des Gegenteils erbracht hat.

### III. Die Vermutung der Mangelhaftigkeit in anderen Mitgliedstaaten

Die von Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vorgeschriebene Vermutung der Mangelhaftigkeit hat auch in anderen Mitgliedstaaten die Gerichte beschäftigt. Allerdings sind die einschlägigen nationalen Vorschriften in anderen Mitgliedstaaten wesentlich seltener Gegenstand gerichtlicher Entscheidungen gewesen als in Deutschland. Die meisten Urteile finden sich in Österreich. Hier hat der Oberste Gerichtshof (OGH) bereits in drei Entscheidungen zu der einschlägigen nationalen Vorschrift Stellung

<sup>31</sup> BGH 29. 3. 2006 (oben N. 8) 2253; siehe dazu die in N. 8 genannten Anmerkungen.

<sup>32</sup> BGH 29. 3. 2006 (oben N. 8) 2254.

genommen. Eine größere Zahl von Urteilen wird daneben aus den Niederlanden, Schweden und Spanien vermeldet. Jeweils ein Urteil findet sich in Belgien und im Vereinigten Königreich. Der Kreis der Vergleichsobjekte ist damit insgesamt zwar eher klein. Trotzdem lassen sich interessante Beobachtungen machen. Im Hinblick auf die Reichweite der Vermutung zeigt sich, dass die vom BGH vorgeschlagene, aber nicht immer konsequent durchgehaltene Unterscheidung zwischen Grund- und Folgemangel in anderen Mitgliedstaaten nicht getroffen wird. Vielmehr wird die Vermutung auch dann zur Anwendung gebracht, wenn ein nach Gefahrübergang offenbar gewordener Schaden nur möglicherweise auf einen anfänglich bestehenden Grundmangel zurückzuführen ist. Im Hinblick auf den Ausschluss der Vermutung ergeben sich demgegenüber weitgehende Übereinstimmungen. Hier zeigen sich die Gerichte in anderen Mitgliedstaaten ebenso einzelfallorientiert wie der BGH und schließen ihre Anwendung weder bei gebrauchten Sachen und bei Tieren noch bei äußerlichen Beschädigungen sowie Tierkrankheiten pauschal aus. Im Hinblick auf die Widerlegung der Vermutung verlangen Gerichte in anderen Mitgliedstaaten schließlich ebenso wie der BGH den vollständigen Beweis des Gegenteils.

### 1. Reichweite der Vermutung

Die Reichweite der Vermutung ist außerhalb Deutschlands, soweit ersichtlich, nur in Österreich Gegenstand der Diskussion. In Anlehnung an die deutsche Rechtsprechung und Lehre wird hier im Schrifttum erwogen, zwischen Grund- und Folgemangel zu unterscheiden und die Vermutung des § 924 Satz 2 ABGB nicht anzuwenden, wenn nicht klar ist, ob ein unstreitig nach Gefahrübergang aufgetretener Folgemangel auf einen bereits bei Gefahrübergang vorliegenden Grundmangel zurückzuführen ist<sup>33</sup>. In der österreichischen Rechtsprechung hat sich diese Unterscheidung ebenso wie in anderen Mitgliedstaaten bislang allerdings nicht durchgesetzt. Obwohl es durchaus Fälle gab, die der Zahnriemen-Entscheidung vergleichbar waren, wenden Gerichte die einschlägigen nationalen Vorschriften ohne Diskussion an. Als Beispiel kann hier zunächst auf eine Entscheidung des OGH aus dem Jahr 2006<sup>34</sup> verwiesen werden. In dem zugrunde liegenden Fall ging es um einen gebrauchten Traktor, bei dem wenige Wochen nach der Übergabe beim erstmaligen Betrieb unter Last eines Anhängers Probleme mit dem Getriebe auftraten. Eine Untersuchung ergab, dass der Traktor im Bereich des Antriebs schwere, aber behebbare Mängel aufwies. Der

---

<sup>33</sup> Siehe dazu *Augenhof* 772–773.

<sup>34</sup> OGH 16. 2. 2006, JBl. 2006, 587; siehe dazu *Augenhof* 770; *Jud*, Neuere Rechtsprechung zum Konsumentenschutz: ÖJZ 2007, 1 (12).

Verkäufer bat den Käufer darauf hin, den Traktor in eine Lagerhauswerkstatt zu bringen, allerdings ohne ihn darauf hinzuweisen, dass eine weitere Inbetriebnahme des Fahrzeugs zu einer schweren Beschädigung des Getriebes führen könne. Der Käufer fuhr den Traktor deshalb in die vom Verkäufer benannte Werkstatt. Dort konnte nur noch ein nicht zu reparierender Totalschaden des Getriebes festgestellt werden. Ähnlich wie der BGH hätte der OGH in diesem Fall zwischen dem nach Gefahrübergang aufgetretenen Totalschaden des Getriebes als Folgemangel auf der einen Seite und der möglicherweise anfänglichen Beschädigung des Getriebes als Grundmangel auf der anderen Seite unterscheiden und die Anwendung der Vermutung des § 924 Satz 2 ABGB ablehnen können. Dies tat das Gericht allerdings nicht. Stattdessen wandte es die Vermutung der Mangelhaftigkeit an – bezogen auf den anfänglichen Getriebeschaden – und verurteilte den Verkäufer zur Haftung.

Weitere Beispiele dafür, dass in anderen Mitgliedstaaten nicht zwischen Grund- und Folgemangel unterschieden wird, finden sich in der schwedischen Rechtsprechung. Hier musste sich die Allgemeine Reklamationsstelle (*Allmänna reklamationsnämnden*)<sup>35</sup> – eine staatliche Behörde, die wie ein Gericht funktioniert und deren Hauptaufgabe die Beilegung von Streitigkeiten zwischen Verbrauchern und Unternehmern ist – mehrfach mit der Vermutung des § 20a des schwedischen Gesetzes über den Verbrauchsgüterkauf (*Konsumentköplagen*) auseinandersetzen. Genannt sei hier nur eine Entscheidung aus dem Jahr 2004, in der es um einen Gebrauchtwagen ging, der drei Monate nach der Übergabe einen Motorschaden erlitten hatte<sup>36</sup>. Ursache des Motorschadens war – ähnlich wie im Zahnriemen-Fall des BGH – ein gerissener Riemen. Probleme mit der Anwendung des § 20a Konsumentköplagen sah die Reklamationsstelle allerdings nicht. Vielmehr stellte sie direkt auf den gerissenen Riemen als maßgeblichen Mangel ab und wandte bezogen auf diesen Mangel die Vermutung zu Gunsten des Käufers an.

Weitere Entscheidungen, die die abweichende Haltung anderer Gerichte zeigen, finden sich in Spanien und im Vereinigten Königreich. In Spanien musste sich die *Audiencia Provincial de Barcelona* in einer Entscheidung aus dem Jahr 2007<sup>37</sup> mit einem Gebrauchtwagen beschäftigen, der wenige Wochen nach der Übergabe einen Motorschaden erlitten hatte. Ursache für den Motorschaden war ein Verlust an Kühlwasser. Unklar blieb allerdings, ob die Ursache für den Verlust an Kühlwasser ein anfänglicher Mangel des Fahrzeugs, eine defekte Kühlwasseranlage, oder ein fehlerhafter Gebrauch, insbesondere die Missachtung der Kühlwasseranzeige durch den Käufer ge-

<sup>35</sup> Siehe dazu *Sivesand* 196–198.

<sup>36</sup> *Allmänna reklamationsnämnden* 3. 6. 2004, 2002–8731, zitiert nach *Sivesand* 197.

<sup>37</sup> *Audiencia Provincial de Barcelona* 18. 12. 2007, 650/2007.

wesen war. Die Audiencia Provincial de Barcelona unterschied trotzdem nicht zwischen dem Motorschaden als nachträglich eingetretenem Folgemangel und einem möglichen Schaden der Kühlwasseranlage als anfänglich vorhandenem Grundmangel. Stattdessen wandte es die Vermutung ohne Diskussion bezogen auf die fehlerhafte Kühlwasseranlage an und ließ den Verkäufer haften. Ebenso entschied der *Sheriff Court of Lothian and Borders* in Edinburgh im Jahr 2008 in *O'Farrell v. Moroney*<sup>38</sup>. Hier hatte der Käufer vom Verkäufer einen Falken für die Falkenjagd erstanden. 25 Tage nach der Lieferung fand er das Tier tot in seinem Käfig auf. Eine Autopsie ergab, dass der Falke an den Folgen einer *Escherichia Coli* Bakteriämie oder einer Coliseptikämie verstorben war. Diese wiederum war nicht auf die äußere Einwirkung der in Rede stehenden Bakterien zurückzuführen, sondern auf eine übermäßige Eigenproduktion des Vogels. Umstritten war zwischen den Parteien allerdings, ob Ursache für die übermäßige Eigenproduktion eine bereits im Zeitpunkt des Gefahrübergangs vorhandene Krankheit gewesen war oder ein unsachgemäßes Training durch den Käufer. Der Sheriff Court brachte die Vermutung ohne weitere Diskussion zur Anwendung, obwohl sich der eigentliche Schaden – der frühzeitige Tod des Tieres – unstreitig erst nach der Übergabe gezeigt hatte. Deshalb hätte es – in Anlehnung an die Zahnriemen-Entscheidung des BGH – ebenso zwischen dem nach Gefahrübergang aufgetretenen Mangel – dem frühzeitigen Tod des Tieres – und einem möglichen Grundmangel als Ursache – einer möglichen Krankheit – unterscheiden und dem Käufer die Beweislast für das Vorliegen einer entsprechenden Krankheit auferlegen können. Genau dies tat das Gericht allerdings nicht. Stattdessen begnügte es sich mit der Darlegung des eigentlich aufgetretenen Mangels und verlangte vom Verkäufer die Widerlegung der Vermutung. Wie der österreichische OGH, die schwedische Reklamationsstelle und die Audiencia Provincial de Barcelona hielt der Sheriff Court damit die Vermutung ohne weiteres für anwendbar.

## 2. Ausschluss der Vermutung

Der Ausschluss der Vermutung ist – anders als ihre Reichweite – in fast allen Mitgliedstaaten Gegenstand der Diskussion. Dies gilt zumindest für die Länder – namentlich Belgien<sup>39</sup>, Frankreich<sup>40</sup>, Griechenland<sup>41</sup>, Irland<sup>42</sup>,

---

<sup>38</sup> Edinburgh Sheriff Court of Lothian and Borders 17. 10. 2008 (*O'Farrell v. Moroney*), 2008 WL 4698892; abrufbar unter <[www.scotcourts.gov.uk/opinions/SA1046\\_08.html](http://www.scotcourts.gov.uk/opinions/SA1046_08.html)>.

<sup>39</sup> Art. 1649*quater* § 4 Code civil.

<sup>40</sup> Art. 211–7 Code de la consommation.

<sup>41</sup> Art. 537 II ZGB.

<sup>42</sup> Reg. 8(1) und (2) European Communities (Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees) Regulations 2003.

Italien<sup>43</sup>, Malta<sup>44</sup>, die Niederlande<sup>45</sup>, Österreich<sup>46</sup>, Portugal<sup>47</sup>, Rumänien<sup>48</sup>, Schweden<sup>49</sup>, Spanien<sup>50</sup> und das Vereinigte Königreich<sup>51</sup> –, die Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wie Deutschland im Wesentlichen wörtlich übernommen haben<sup>52</sup>. In den Ländern – namentlich Polen, Luxemburg und Slowenien –, die auf den einschränkenden Zusatz aus der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie verzichtet haben<sup>53</sup>, wird über die Voraussetzungen, unter denen die Vermutung wegen der Art der Sache und des Mangels ausgeschlossen ist, selbstredend nicht diskutiert. Soweit der Zusatz nicht ausgeschlossen ist, zeigt sich in der Rechtsprechung der meisten Mitgliedstaaten die gleiche Tendenz wie in Deutschland. Die Ausnahme des Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie greift dementsprechend nicht pauschal in bestimmten Fällen ein. Sie findet vielmehr nur dann Anwendung, wenn die Art der verkauften Sache oder die Art des aufgetretenen Mangels im konkreten Einzelfall mit der Vermutung unvereinbar ist.

#### a) Art der Sache

Die Diskussion um den Ausschluss der Vermutung wegen der Art der Sache dreht sich auch in anderen Mitgliedstaaten vornehmlich um gebrauchte Sachen, insbesondere Gebrauchtwagen und Tiere. Einigkeit besteht dahingehend, dass keine dieser Sachen grundsätzlich und stets vom Anwendungsbereich der Vermutung ausgeschlossen ist. Dies ergibt sich für gebrauchte Sachen zum Teil sogar aus den einschlägigen gesetzlichen Bestimmungen. Artikel 123 I 2 des spanischen Real Decreto Legislativo Nr. 1/2007 schreibt ausdrücklich vor, dass die Vermutung sowohl auf neue

<sup>43</sup> Art. 1519*sexies* III Codice civile, mittlerweile ersetzt durch Art. 132 III Codice del consumo vom 6. 9. 2005.

<sup>44</sup> Art. 80 Att dwar l-Affarijiet tal-Konsumatur Kapitlu 378 tal-Ligijiet ta' Malta.

<sup>45</sup> Art. 7:18 II Burgerlijk Wetboek.

<sup>46</sup> § 924 Satz 2 und 3 ABGB.

<sup>47</sup> Art. 3 II Decreto-Lei no. 67/2003, de 8 de Abril.

<sup>48</sup> Art. 18 Lege nr. 449 din 12 noiembrie 2003 privind vânzarea produselor si garantiile asociate acestora.

<sup>49</sup> § 20a I Konsumentköplagen.

<sup>50</sup> Art. 9 I 2 Ley 23/2003 de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo vom 10. 7. 2003, mittlerweile ersetzt durch Art. 123 I 2 des Real Decreto Legislativo 1/2007 vom 16. 11. 2007.

<sup>51</sup> Section 48A(3) Sale of Goods Act.

<sup>52</sup> Leichte Abweichungen von der Formulierung der Richtlinie finden sich beispielsweise in Frankreich und in Malta. In Frankreich schreibt Art. L. 211–7 Satz 2 Code de la consommation vor, dass der Verkäufer die Vermutung widerlegen kann, wenn sie mit der Art der Sache oder des Mangels nicht vereinbar ist. Die Art der Sache oder des Mangels schließt deshalb nicht den Tatbestand der Vermutung aus, sondern ist Voraussetzung für ihre Widerlegung. In Malta ist die Art der Sache und des Mangels Voraussetzung dafür, dass die Vermutung überhaupt eingreift.

<sup>53</sup> Twigg-Flesner (oben N. 1) 735.



als auch auf gebrauchte Sachen Anwendung findet<sup>54</sup>. Artikel 1649*quater* § 4 des belgischen Code civil legt zumindest eine entsprechende Auslegung nahe. Denn die Vorschrift ordnet ausdrücklich an, dass bei der Feststellung, ob die Vermutung wegen der Art der Sache oder des Mangels ausgeschlossen ist, zu berücksichtigen ist, ob die Sache neu oder gebraucht ist<sup>55</sup>. Soweit die einschlägigen nationalen Bestimmungen – wie in Deutschland – keine eindeutige Regelung enthalten, finden sich gerichtliche Entscheidungen, die ähnlich wie die Entscheidungen des BGH, die Vermutung auf gebrauchte Sachen erstrecken. Als Beispiel sei hier auf die bereits oben erwähnte Entscheidung des österreichischen OGH aus dem Jahr 2006<sup>56</sup> verwiesen, in der es um einen gebrauchten Traktor ging. Wie der BGH entschied der OGH nach kurzer Diskussion, dass die Vermutung des § 924 Satz 2 ABGB auch bei gebrauchten Sachen eingreife. In einer weiteren Entscheidung aus dem Jahr 2007, in dem es um ein gebrauchtes Kraftfahrzeug ging, bestätigte der OGH diese Rechtsprechung<sup>57</sup>. Dass die Vermutung des Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie auch gebrauchte Sachen erfasst, wurde schließlich auch von der schwedischen Reklamationsstelle<sup>58</sup> in mehreren Fällen entschieden, in denen es um Gebrauchtwagen ging. In den meisten Entscheidungen wurde die Frage der Anwendbarkeit der einschlägigen Bestimmung dabei nicht einmal thematisiert.

Im Hinblick auf Tiere weist die Rechtsprechung in anderen Mitgliedstaaten in die gleiche Richtung wie bei gebrauchten Sachen. Auch hier gehen die Gerichte davon aus, dass die einschlägigen nationalen Vorschriften zumindest dem Grunde nach anwendbar sind. In *O'Farrell v. Moroney* wandte ein schottisches Gericht, wie oben gesehen, die Vermutung in einem Fall an, in dem ein Falke nur 25 Tage nach der Übergabe verstorben war. Ähnlich hielten es mehrere niederländische Gerichte in Entscheidungen aus den

<sup>54</sup> Art. 9 I 2 Ley de Garantías en Venta de Bienes de Consumo vom 10. 7. 2003, der durch Art. 123 I 2 Real Decreto Legislativo 1/2007 vom 16. 11. 2007 ersetzt worden ist, enthielt diesen Zusatz noch nicht. Spanische Gerichte wandten allerdings auch auf der Grundlage des alten Rechts die Vermutung auf gebrauchte Sachen an. Siehe dazu nur die Entscheidungen der Audiencia Provincial de Barcelona 18. 12. 2007 (oben N. 37) und der Audiencia Provincial de Avila 18. 7. 2007, 179/2007.

<sup>55</sup> Siehe zur Anwendung der Vermutung auf gebrauchte Sachen auch die Entscheidung des Cour d'appel Liège 8. 10. 2007, J. Trib. (Brux.) 2007, Nr. 6302 mit Anm. *Glansdorff*. Die Entscheidung bezog sich zwar auf einen Kaufvertrag, der vor Umsetzung der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie geschlossen worden war. Aufgrund der Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung sah sich das Gericht allerdings gezwungen, die Vermutung des Art. 5 III trotzdem anzuwenden.

<sup>56</sup> OGH 16. 2. 2006 (oben N. 34) 589; siehe dazu *Augenhofer* 770; *Jud* (oben N. 34) 12.

<sup>57</sup> OGH 27. 3. 2007, JBl. 2007, 786 (787); siehe dazu *Augenhofer* 771; *Jud* (oben N. 34) 12.

<sup>58</sup> Allmänna reklamationsnämnden 3. 6. 2004 (oben N. 36); 3. 3. 2004, 2003–5348; 3. 3. 2004, 2003–5348; 3. 3. 2004, 2003–4343; 3. 3. 2004, 2003–5093; 3. 3. 2004, 2003–4991, alle zitiert nach *Sivesand* 197–198.

Jahren 2004, 2006 und 2008, in denen es jeweils um den Kauf eines Pferdes ging<sup>59</sup>. Und auch der OGH zögerte in seiner Entscheidung aus dem Jahr 2007<sup>60</sup> nicht, § 924 ABGB auf ein Pferd anzuwenden, das unter dem Kissing-Spine-Syndrom litt. Die Frage, ob die Vermutung überhaupt anzuwenden sei, wurde dabei lediglich vom OGH problematisiert. Ansonsten gingen alle Gerichte von der Anwendbarkeit der einschlägigen nationalen Vorschriften ohne weitere Diskussion aus.

#### b) Art des Mangels

Auch im Hinblick auf den Ausschluss der Vermutung wegen der Art des Mangels zeichnen sich in anderen Mitgliedstaaten ähnliche Tendenzen ab wie in Deutschland. Insbesondere wird ein Ausschluss der Vermutung nicht schon deswegen angenommen, weil der Mangel seiner Art nach typischerweise jederzeit auftreten kann oder weil er für den Käufer bei der Übergabe zu erkennen ist. Besonders gut zeigen lässt sich dies an einer Entscheidung der schwedischen Reklamationsstelle<sup>61</sup>. In dem zugrunde liegenden Fall hatte der Käufer eines Mantels beim zweiten Tragen erhebliche Verschmutzungen festgestellt. Die schwedische Reklamationsstelle entschied, dass der Käufer Gewährleistungsrechte geltend machen könne. Für ihn streite die Vermutung der Mangelhaftigkeit nach § 20a Konsumentköplagen. Anhaltspunkte dafür, dass die Anwendung der Vermutung mit der Art der Sache oder des Mangels nicht vereinbar sei, gebe es nicht. Insbesondere sei die Verschmutzung nur bei bestimmten Lichtverhältnissen zu erkennen. Ebenso wie der BGH wandte die schwedische Reklamationsstelle die Vermutung damit an, obwohl die Verschmutzung jederzeit hätte auftreten können und obwohl sie – bei geeigneten Lichtverhältnissen – erkennbar gewesen wäre. Und wie der BGH stellte die Reklamationsstelle auf die Umstände des Einzelfalls, insbesondere die Auffälligkeit der Verschmutzung ab. In anderen Mitgliedstaaten finden sich Fälle, die auf die gleiche Handhabung der Ausschlussklauseln schließen lassen. So entschied die niederländische *Rechtbank Breda*<sup>62</sup> im Jahr 2008, dass die Anwendung von Art. 7:18 II des Burgerlijk Wetboek nicht bereits deshalb ausgeschlossen sei, weil die Kratzer in der verkauften Duschkabine auch durch Installation oder Gebrauch hätten entstehen können. Ebenso entschied die spanische *Audiencia Provincial Ciudad Real* im Jahr 2005 in einer Entscheidung, in der es um ein beschädigtes Tür-

---

<sup>59</sup> Gerichtshof Arnhem 2. 5. 2006, Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak civiele uitspraken 2006, 342; Rechtbank (Rb.) Arnhem 24. 5. 2004, Tijdschrift voor consumentenrecht 2004, 200; Rb. Zutphen 15. 2. 2008, 91380/KG ZA 08–26, abrufbar unter <<http://ljn.rechtspraak.nl>>.

<sup>60</sup> Siehe dazu *Augenhof* 771.

<sup>61</sup> Allmänna reklamationsnämnden 5. 6. 2003, 2003–0397, zitiert nach *Sivesand* 197.

<sup>62</sup> Rb. Breda 4. 6. 2008, 465937 ev 07–6659, abrufbar unter <<http://ljn.rechtspraak.nl>>.

schluss ging<sup>63</sup>. Und der OGH stellte in der oben bereits erwähnten Entscheidung aus dem Jahr 2006<sup>64</sup> fest, dass ein Getriebebeschaden bei einem gebrauchten Traktor mit der Vermutung des § 924 ABGB dem Grund nach ohne weiteres vereinbar sei. Da auch ein Getriebebeschaden grundsätzlich jederzeit und insbesondere aufgrund fehlerhafter Fahrweise auftreten kann, hat damit auch der OGH deutlich gemacht, dass ein Mangel nicht schon deswegen mit der Vermutung des § 924 ABGB unvereinbar ist, weil er typischerweise jederzeit auftreten und durch Gebrauch verursacht werden kann.

In die gleiche Richtung wie der BGH gehen Gerichte in anderen Mitgliedstaaten auch, soweit es um den Ausschluss der Vermutung bei Tierkrankheiten angeht. Als wegweisend stellt sich hier die bereits oben erwähnte Entscheidung des österreichischen OGH<sup>65</sup> dar, in der das verkaufte Pferd am Kissing-Spine-Syndrom litt. Entgegen einer nicht zu vernachlässigenden Ansicht im österreichischen Schrifttum lehnte das Gericht einen generellen Ausschluss von Tierkrankheiten ab und sprach sich für eine flexible Anwendung des § 924 ABGB aus. Abzustellen sei auf den konkreten Zeitpunkt des Hervorkommens und die Art und Wurzel der jeweiligen Erkrankung. Im Lichte dieser Erkenntnisse sei danach zu fragen, ob die erstmals nach Übergabe festgestellte Krankheit unter Berücksichtigung des Alters des betroffenen Tieres und unter Berücksichtigung des Zeitraumes, der zwischen dem Beginn der Erkrankung und der Wahrnehmbarkeit erster Symptome üblicherweise verstreiche, im Zeitpunkt der Übergabe in ihrer Wurzel vorhanden gewesen sein können. Sei diese Frage zu bejahen, finde die Vermutung Anwendung. In die gleiche Richtung wie die Entscheidung des OGH weisen die beiden bereits oben genannten niederländischen Entscheidungen<sup>66</sup>. In allen Entscheidungen ging es dabei um Pferde, die kurz nach dem Verkauf erkrankt waren. Und in allen Entscheidungen lehnten es die Gerichte ab, die Anwendbarkeit der Vermutung schon allein deswegen zu verneinen, weil es um Tierkrankheiten ging. Ausdrücklich wiesen sie darauf hin, dass es auf die Umstände des Einzelfalls, insbesondere die jeweils in Rede stehende Inkubationszeit ankomme. Sei diese kürzer als die Zeit, die seit der Übergabe verstrichen sei, sei der Mangel mit der Vermutung unvereinbar. Auch in der schottischen Entscheidung *O'Farrell v. Moroney*<sup>67</sup> stellte das Gericht die grundsätzliche Anwendbarkeit der Vermutung nicht in Frage. Stattdessen widmete es sich ausführlich der Frage, ob der Tod des

---

<sup>63</sup> Audiencia Provincial Ciudad Real 9.2. 2005, 32/2005.

<sup>64</sup> OGH 16.2. 2006 (oben N. 34) 589–590; siehe dazu *Augenhöfer* 770; *Jud* (oben N. 34) 12.

<sup>65</sup> Siehe dazu *Augenhöfer* 771.

<sup>66</sup> Gerechtshof Arnhem 2.5. 2006, 342; Rb. Arnhem 24.5. 2004; Rb. Zutphen 15.2. 2008 (alle oben N. 59).

<sup>67</sup> *O'Farrell v. Moroney* (oben N. 38).

Falken in seiner konkreten Form auf eine genetische Disposition oder auf eine unsachgemäße Behandlung zurückzuführen sei. Insgesamt sprechen sich die Gerichte in anderen Mitgliedstaaten damit bei Tierkrankheiten wie der BGH für eine flexible Handhabung der Ausschlussklausel aus, die die Umstände der jeweils in Rede stehenden Krankheit berücksichtigt.

### 3. Widerlegung der Vermutung

Gleiche Tendenzen zeichnen sich schließlich auch im Hinblick auf die Widerlegung der Vermutung ab. Hier zeigt sich, dass auch in anderen Ländern der Beweis des Gegenteils verlangt wird, um ein Eingreifen der Vermutung zu verhindern. Wie nach der Rechtsprechung des BGH ist deshalb erforderlich, dass der Verkäufer die Vertragsmäßigkeit der Ware im Zeitpunkt der Lieferung oder die nachträgliche Beeinträchtigung der Sache beweist. Dies ergibt sich zum Teil aus der Formulierung der einschlägigen nationalen Bestimmungen, zum Teil aus der Rechtsprechung.

Zu den Ländern, in denen die Anforderungen an die Widerlegung der Vermutung gesetzlich vorgeschrieben ist, gehören insbesondere Belgien<sup>68</sup>, Frankreich<sup>69</sup>, Irland<sup>70</sup>, Italien<sup>71</sup>, Luxemburg<sup>72</sup>, Österreich<sup>73</sup>, Spanien<sup>74</sup> und Rumänien<sup>75</sup>. Hier stellen die einschlägigen Vorschriften die Vermutung unter den Vorbehalt, dass der Verkäufer den Beweis des Gegenteils nicht erbringt. Section 48A(4)(a) des im Vereinigten Königreich geltenden Sales of Goods Act bringt immerhin zum Ausdruck, dass die Vermutung keine Anwendung findet, wenn feststeht, dass die verkaufte Sache bei Lieferung vertragsgemäß war<sup>76</sup>. Zu den Ländern, in denen sich die Anforderungen an die Widerlegung der Vermutung aus der Rechtsprechung ergeben, gehören ins-

<sup>68</sup> Art. 1649<sup>quarter</sup> IV Code civil; siehe dazu auch die Entscheidung des Cour d'appel Liège 8. 10. 2007 (oben N. 55) mit Anm. *Glansdorff*.

<sup>69</sup> Art. L211–7 Code de la consommation.

<sup>70</sup> Reg. 8 (1) European Communities (Certain Aspects of the Sale of Consumer Goods and Associated Guaranties) Regulations 2003.

<sup>71</sup> Art. 132 III Codice del consumo.

<sup>72</sup> Art. 6 Satz 9 Loi du 21 avril 2004 relative à la garantie de conformité due par le vendeur de biens meubles corporels.

<sup>73</sup> § 924 Satz 2 ABGB.

<sup>74</sup> Art. 123 Real Decreto Legislativo 1/2007 und vorher Art. 9 II 2 Ley 23/2003 de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo vom 10. 7. 2003. Siehe dazu auch die Entscheidungen der Audiencia Provincial Ciudad Real 9. 2. 2005 (oben N. 63); Audiencia Provincial de Segovia 2. 5. 2007, 88/2007; Audiencia Provincial de Avila 18. 7. 2007 (oben N. 54); Audiencia Provincial de Barcelona 18. 12. 2007 (oben N. 37) (alle zu Art. 9 I 2 Ley 23/2003 de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo vom 10. 7. 2003).

<sup>75</sup> Art. 18 Lege nr. 449 din 12 noiembrie 2003 privind vânzarea produselor si garantiile asociate acestora.

<sup>76</sup> Siehe dazu die Entscheidung *O'Farrell v. Moroney* (oben N. 38).

besondere die Niederlande und Schweden. In den Niederlanden, wo Art. 7:18 II ähnlich wie § 476 BGB formuliert ist, entschied der Gerichtshof Arnhem in der bereits oben erwähnten Entscheidung aus dem Jahr 2006 nach ausführlicher Beschäftigung mit Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, dass der Verkäufer die Vermutung nur durch den Beweis des Gegenteils widerlegen könne, während die bloße Erschütterung der Vermutung nicht ausreiche<sup>77</sup>. In Schweden, wo § 20a Konsumentköplagen ebenfalls keinen ausdrücklichen Hinweis auf die Notwendigkeit zum Beweis des Gegenteils enthält, entschied die Allgemeine Reklamationsstelle in der oben dargestellten Mantel-Entscheidung aus dem Jahr 2003, dass die bloße Möglichkeit einer nachträglichen Entstehung des Schadens die Anwendung der Vermutung nicht ausschließe<sup>78</sup>. Auch wenn sie sich mit diesen Ausführungen nicht ausdrücklich auf die Widerlegung der Vermutung bezog, stellte sie auf diese Weise klar, dass der Verkäufer mehr als die Möglichkeit eines anderen Kausalverlaufs beweisen muss, um ein Eingreifen von § 20a Konsumentköplagen zu verhindern. Ausdrücklich bestätigte die Reklamationsstelle diese Auffassung in einer Entscheidung aus dem Jahr 2004<sup>79</sup>. Hier urteilte sie, dass die Vermutung des § 20a Konsumentköplagen zwar auf einen gerissenen Riemen eines Gebrauchtwagens Anwendung fände. Da der Verkäufer den Wagen allerdings vor der Übergabe durch einen unabhängigen Experten habe untersuchen lassen und dieser keinen Hinweis auf einen gerissenen Riemen gefunden habe, sei die Vermutung widerlegt<sup>80</sup>.

#### IV. Schlussfolgerungen und Ausblick

Die nationalen Vorschriften, die in Umsetzung von Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie erlassen worden sind, haben die Gerichte in vielen Mitgliedstaaten in den letzten Jahren beschäftigt. Die Reaktion, die die Umsetzung von Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie im Ausland ausgelöst hat, ist mit der Reaktion, die § 476 BGB in Deutschland nach sich gezogen hat, zwar nicht vergleichbar<sup>81</sup>. Trotzdem lassen sich Tendenzen er-

<sup>77</sup> Gerichtshof Arnhem 2. 5. 2006 (oben N. 59) 342. Ebenso Rb. Zutphen 15. 2. 2008 (oben N. 59), Rb. Arnhem 19. 12. 2007, 149758 en 155819, erhältlich unter <<http://ijn.recht.spraak.nl>>, und Rb. Breda 4. 6. 2008 (oben N. 62).

<sup>78</sup> Allmänna reklamationsnämnden 5. 6. 2003 (oben N. 61).

<sup>79</sup> Allmänna reklamationsnämnden 3. 3. 2004, 2003–4991 (oben N. 58).

<sup>80</sup> Ebenso im Ergebnis das Urteil der Rb. Arnhem 19. 12. 2007 (oben N. 77). Hier sah das Gericht die Vermutung wegen einer umfassenden tierärztlichen Untersuchung des verkauften Pferdes vor der Übergabe als widerlegt an.

<sup>81</sup> Über die Gründe für diesen Befund lässt sich nur spekulieren. Zumindest in einigen Ländern dürften aber die prozessualen Gegebenheiten dafür verantwortlich sein, dass sich keine oder nur wenige Entscheidungen finden. Dies dürfte beispielsweise für das Vereinigte Königreich und Italien gelten: Im Vereinigten Königreich sind die Kosten gerichtlicher Ver-

kennen, die für die Anwendung von § 476 BGB aufschlussreich sind. Dazu gehört zunächst, dass Gerichte in Mitgliedstaaten, die Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie wie Deutschland im Wesentlichen wortgleich übernommen haben, die einschlägigen nationalen Bestimmungen so auslegen wie der BGH, wenn es um den Ausschluss und die Widerlegung der Vermutung geht. Dazu gehört aber auch, dass Gerichte in eben diesen Mitgliedstaaten einen anderen Weg wählen, wenn die Reichweite der Vermutung zur Diskussion steht. Während sich der BGH hier in den Grundmangel-Fällen schwer getan hat, eine konsequente Linie zu entwickeln, wenden Gerichte in anderen Mitgliedstaaten die Vermutung ohne weiteres an. Über die Richtigkeit der deutschen Rechtsprechung ist mit diesem Befund natürlich noch kein Urteil gefällt. Allerdings sollte er dem BGH Anlass geben, darüber nachzudenken, ob er sich mit seiner Rechtsprechung zu den Grundmangel-Fällen, insbesondere der Unterscheidung zwischen Grund- und Folgemangel, auf dem richtigen Weg befindet. Dafür spricht neben der unterschiedlichen Handhabung der einschlägigen Vorschriften in der Rechtsprechung der Mitgliedstaaten auch die Tatsache, dass das »Offenbaren eines Mangels« im Sinne von Art. 5 III der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie aus Art. 36 I CISG übernommen wurde<sup>82</sup> und Art. 36 CISG auch Mängel erfasst, die im Zeitpunkt der Übergabe lediglich »im Keim« angelegt sind<sup>83</sup>. Da deshalb nicht auszuschließen ist, dass sich die Rechtsprechung des BGH nicht mit der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie vereinbaren lässt<sup>84</sup>, sollte der BGH in Erwägung ziehen, beim nächsten Fall den Europäischen Gerichtshof (EuGH) anzurufen<sup>85</sup>. Unabhängig davon, ob der BGH diesem Rat folgt, sollte er der Rechtsvergleichung als Erkenntnisquelle aber zumindest im Kontext des europäischen Gemeinschaftsrechts größere Bedeutung beimessen. Wie in diesem Beitrag gesehen, können rechtsvergleichende Betrachtungen neue Perspektiven eröffnen und alte Probleme in neuem Licht erscheinen lassen. Jürgen Basedow hat dies bereits vor langer Zeit erkannt. Es wäre deshalb schön, wenn auch der BGH die Augen vor der Rechtsvergleichung nicht länger verschließen würde.

---

fahren hoch. In Italien dauern gerichtliche Verfahren lange. Unternehmer und Verbraucher legen ihre Streitigkeiten deshalb in beiden Ländern lieber außergerichtlich bei.

<sup>82</sup> *Grundmann/Bianca (-Hondius)*, EU-Kaufrechtsrichtlinie, Kommentar (2002) Art. 5 Rz. 7; *Saenger/Veltmann* (oben N. 4) 451; *Staudenmayer*, The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees: European Rev. Priv. L. 8 (2000) 547 (566).

<sup>83</sup> *Looschelders/Benzenberg* 234; *Saenger/Veltmann* 451 (beide oben N. 4).

<sup>84</sup> So im Hinblick auf die »Grundmangel-Fälle« auch schon *Graf v. Westphalen*, Das neue Kaufrecht, Bilanz gelöster und teilweise ungelöster Fragen: BB 2008, 2 (7); *Gsell*, Die Beweislast für den Sachmangel beim Verbrauchsgüterkauf: JuS 2005, 967 (970); *Schinkels* (oben N. 10); *Schmidt-Kessel* (oben N. 4) 271–273.

<sup>85</sup> So auch schon *Graf v. Westphalen* (vorige Note) 7; *Höpfner* (oben N. 12) 413–414; *Schinkels* (oben N. 10).

## Summary

## THE PRESUMPTION OF NON-CONFORMITY IN CONSUMER SALES LAW

– The Jurisprudence of the Federal Court of Justice in comparative perspective –

The Law on the Modernisation of the Law of Obligations has introduced a large number of provisions into the German Civil Code. One of these provisions has kept German courts particularly busy during the last years: § 476. The provision implements Art. 5 III of the Consumer Sales Directive and provides that any lack of conformity which becomes apparent within six months of delivery of the goods is presumed to have existed at the time of delivery unless this presumption is incompatible with the nature of the goods or the nature of the lack of conformity. The presumption has proved to be difficult to apply in practice: the German Federal Court of Justice (*Bundesgerichtshof*; hereinafter BGH) alone as issued eight – highly controversial – decisions. And numerous articles, case notes and commentaries have analysed and criticised each and every one of them. It is therefore surprising to see that both the BGH and the German literature refrain from exploiting one very obvious source of information that might help to deal with § 476: comparative law. Even though Art. 5 III of the Consumer Sales Directive has been implemented in all Member States except for Lithuania nobody has endeavoured to analyse its application in other countries to this date. The above article tries to fill this gap and looks at § 476 from a comparative perspective. It finds that courts across Europe apply the provision in the same way as the BGH regarding the exclusion and the rebuttal of the presumption. However, regarding the scope of the presumption, the BGH stands alone with its strict interpretation. In fact, no other court in Europe refuses to apply the presumption in cases in which a defect that occurs after delivery *might* be the result of a basic defect present at the time of delivery. The article, therefore, concludes that the BGH should rethink its position regarding the scope of the presumption and refer the next case to the European Court of Justice.

