

### § 3 Gebrauchtwagenkauf

692 Auch Kaufverträge zum Erwerb von gebrauchten Kraftfahrzeugen werden jährlich millionenfach abgeschlossen. Im Jahre 2005 waren es rund 6,5 Millionen.<sup>833</sup> Der Unterschied zum Neuwagengeschäft liegt in den veränderten Schwerpunkten. Hier kommt es meist zum Streit über die Frage von Fahrzeugmängeln und daraus resultierenden Gewährleistungsansprüchen. Um diese zu begründen oder abzuwehren verlagert sich sodann die Auseinandersetzung zu allgemeinen kaufrechtlichen Frage, wie Zeitpunkt des Vertragsabschlusses oder der Einordnung in ein Verbraucher- oder Unternehmergeschäft.

#### A. Vertragsschluss

693 Im Gegensatz zum Neuwagenkauf, das einem im Prinzip geregelten Ablauf mit einer durch die NWVB und ergänzende AGB folgt, handelt es sich beim Gebrauchtwagenkauf um ein Gebiet, das keiner routinemäßigen Struktur zuzuordnen ist. Der Gestaltungsspielraum wird nur durch wenige gesetzliche Regelungen begrenzt und führt angesichts der Fehleranfälligkeit von gebrauchten Fahrzeugen daher zu vielen Rechtsstreitigkeiten. Innerhalb kurzer Zeit hat sich hier der Internetbereich zum Schwerpunkt herausgebildet.

#### I. Typisierung der Vertragsparteien

- 694 Die zentrale rechtliche Rolle spielt beim Gebrauchtwagenkauf die Frage des Gewährleistungsausschlusses. Es ist daher in besonderem Maße auf den Status der Vertragsparteien zu achten. Ist der Käufer Privatmann, kann er die Gewährleistung ausschließen, ist er zwar Gewerbetreibender und auch der Käufer insoweit einzustufen, kann ebenfalls ein Gewährleistungsausschluss in Betracht kommen.
- 695 Bei der Frage der statusrechtlichen Einordnung gelten die bereits beim Neuwagenkauf unter Rn. 10 ff. angesprochenen Grundsätze.

#### II. Agenturgeschäfte

- 696 Bis zur Einführung der Differenzbesteuerung hatten die Parteien ein nachhaltiges Interesse, den Anfall der Mehrwertsteuer aus dem vollen vereinbarten „Ankaufswert“ für den in Zahlung gegebenen Altwagen zu vermeiden. Der sog. Agenturvertrag war deshalb üblich und nach der Rechtsprechung nicht zu beanstanden.<sup>834</sup> Der Händler hatte den Wert des Fahrzeugs zwar bei der Zahlungsverpflichtung des Käufers berücksichtigt, das Fahrzeug jedoch lediglich zur Weitervermittlung an einen späteren Käufer übernommen. Es handelt sich insoweit um einen Geschäftsbesorgungsvertrag. Mit der Änderung des Umsatzsteuerrechts entfiel das steuerrechtliche Bedürfnis für diese Konstruktion. Allerdings besteht weiter ein allgemeines wirtschaftliches Interesse des Verkäufers, das sich durch die Schuldrechtsreform noch verstärkt hat. Zudem wird gerade im reinen Gebrauchtwagenhandel immer wieder versucht, am mangelnden Absatz noch gut zu verdienen und für die zum Verkauf erfolgte Bereitstellung ein Standgeld ausbedungen.
- 697 Aus den genannten gewährleistungsrechtlichen Gründen wurde das Agenturgeschäft „schlagartig“<sup>835</sup> wiederbelebt. Der Weiterverkauf sollte daher von privat zu privat mit den entsprechenden rechtlichen Erleichterungen erfolgen und insbes. den Ausschluss der Gewährleistungsrechte ermöglichen.

<sup>833</sup> Vgl. die Statistik des Kraftfahrtbundesamtes, a.a.O. Statistik „Besitzumschreibungen 2005“.

<sup>834</sup> Vgl. BGH NJW 1978, 1482, 1483.

<sup>835</sup> Emmerich JuS 2005, 561, 562.

Die rechtliche Behandlung nach neuem Schuldrecht ist umstritten. Während eine strenge Auffassung von einem eindeutigen Umgehungsgeschäft ausgeht und daher zu einer Unzulässigkeit kommt<sup>836</sup>, bejaht die Gegenansicht die grundsätzliche Zulässigkeit.<sup>837</sup> Das OLG Stuttgart<sup>838</sup> hatte sich dieser Ansicht angeschlossen. Der BGH<sup>839</sup> trat dem bei und geht im Rahmen eines vermittelnden Ansatzes von der Basis einer Verteilung des wirtschaftlichen Risikos auch weiterhin aus.

Das bedeutet aber nicht die Freizeichnung des Verkäufers, wenn ein Umgehungsgeschäft tatsächlich nachgewiesen ist.

*„Wenn ein Agenturgeschäft nach der hierbei gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise missbräuchlich dazu eingesetzt wird, ein in Wahrheit vorliegendes Eigengeschäft des Unternehmers zu verschleiern, so hat dies zur Folge, dass sich der Händler beim Weiterverkauf des Gebrauchtwagens gem. § 475 I 2 BGB so behandeln lassen muss, als hätte er selbst das Fahrzeug an den Kl. verkauft (NJW 2005, 1039 = WM 2005, 807 [unter II 1 und II 1d]), während das gleichwohl gewählte Agenturgeschäft nach § 475 I 2 BGB keine Anerkennung finden kann (NJW 2005, 1039 = WM 2005, 807 [unter II 1d]). Dementsprechend führt nach zutreffender und auch nahezu einhelliger Auffassung im Schrifttum die Verschleierung eines Eigengeschäfts des Unternehmers beim Agenturgeschäft dazu, dass der Gebrauchtwagenkäufer Mängelrechte aus der Unwirksamkeit eines Gewährleistungsausschlusses gegenüber dem Händler (und nicht gegenüber dem vom Händler vertretenen Verbraucher) geltend machen kann“ (folgen Nachweise, auch zur Gegenansicht von Lorenz).<sup>840</sup>*

Die dogmatische Begründung ließ der BGH in der zitierten Entscheidung dahingestellt. In der Tat kommt es für den Käufer nicht darauf an, ob lediglich ein Vertrag zwischen Unternehmer und Käufer unter Nichtbeachtung des „Zwischengeschäfts“ mit dem „Privatverkäufer“ zustande kommt<sup>841</sup> oder eine zusätzliche Haftung des Unternehmers gemäß § 475 Abs. 1 S. 2 BGB zugrunde gelegt wird.<sup>842</sup> Die dritte, im Regelfall ebenfalls zum gleichen praktischen Ergebnis führende Lösungsmöglichkeit, nämlich dem Privatverkäufer die Unternehmereigenschaft des Hintermanns zuzuordnen<sup>843</sup>, lehnt der BGH ab.

Prozessual wirkt sich die unterschiedliche Begründung gleichwohl massiv aus, wie der zitierte Fall des BGH zeigt. Der Käufer muss sich nämlich entscheiden, welche Person er in Anspruch nehmen will. Er kann sich nach der Ansicht des BGH im Rahmen des Unternehmergeeschäfts zwar nur an den Hintermann halten, jedoch auch zusätzlich seinen tatsächlichen Vertragspartner im Rahmen der Verbrauchergewährleistung in Anspruch nehmen. Hingegen bietet die letztgenannte Lösungsmöglichkeit vordergründig ein volles Anspruchsspektrum gegen den unmittelbaren Vertragspartner, lässt jedoch das Insolvenzrisiko außer Betracht. Das von Bruns<sup>844</sup> angesprochene Insolvenzrisiko wird nämlich nach praktischer Erfahrung eher beim direkten Vertragspartner auftreten, als beim Händler oder zumindest gleich hoch sein, wenn es sich um einen kleinen Gebrauchtwagenhändler handelt, der einen Verwandten oder Bekannten vorschiebt. Damit ist der Ansicht des BGH mehr Verbraucherfreundlichkeit i. S. d. Verbrauchsgüterkauf-RL zuzuordnen als der Gegenansicht.

Gleichzeitig hat mit der Konstruktion des fingierten Zusatzvertrags zwischen Käufer und Hintermann der Käufer mehr gewonnen, als auf der Grundlage der Lösung von Lorenz.

<sup>836</sup> So Hofmann JuS 2005, 5, 8; Palandt § 475 Rn. 6.

<sup>837</sup> OLG Stuttgart.

<sup>838</sup> NJW 2004, 2169; weitgehend zustimmend Katzenmeier NJW 2004, 2632.

<sup>839</sup> NJW 2005, 1039.

<sup>840</sup> BGH NJW 2007, 759, 760.

<sup>841</sup> So Müller NJW 2003, 1975, 1980.

<sup>842</sup> So Reinking/Eggert Rn. 47.

<sup>843</sup> So MüKo-BGB/Lorenz § 475 Rn. 36.

<sup>844</sup> Gegenansicht von Lorenz NJW 2007, 761 mit im Übrigen beachtlichen dogmatischen Argumenten = Anmerkung zu BGH NJW 2007, 759.

### 1. Obhutspflichten des Händlers

- 702** Wird das Fahrzeug nicht sofort angekauft, sondern lediglich ein Vermittlungsvertrag geschlossen, begibt der Primärkäufer das Fahrzeug aus seinem Aufsichtsbereich heraus und damit in die Obhut seines Vertragspartners. Angesichts der weitgehend auf offenem Gelände in unbewachtem Zustand abgestellten und angebotenen Fahrzeuge besteht ein hohes Risiko, zumindest für eine Beschädigung.
- 703** Beim Kommissionsvertrag kommt die Haftung des Kommissionärs gemäß § 390 Abs.1 HGB in Betracht. Die Haftung scheidet aus, wenn er die Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns angewandt hat. Entscheidend ist insoweit, welche Maßnahmen beim Abstellen des Fahrzeugs auf einem öffentlich zugänglichen Platz zu treffen sind. Zugänglich muss er schon deshalb sein, weil Interessenten das Fahrzeug erreichen müssen, um einen Ankauf überlegen zu können. Ein Wegsperrern zur Nachtzeit ist schon wegen der hierfür erforderlichen Unterstellmöglichkeiten aus der Sicht der verständigen Vertragspartei nicht zu fordern.
- 704** Dementsprechend erkennt die Rechtsprechung eine besondere Überwachungs- und Obhutspflicht des Vermittlers nicht an. Es reicht, wenn die allgemein üblichen Sicherungsmaßnahmen getroffen werden, also Einrasten des Lenkradschlusses, Absperren des Fahrzeugs und sichere Verwahrung des Schlüssels.<sup>845</sup>
- 705** Eine Ausnahme kommt allenfalls in Betracht, wenn es sich um besonders bedeutende Wagen handelt.<sup>846</sup> Das ist bei der üblichen Inzahlunggabe eines Gebrauchtfahrzeugs aber ohnehin kaum der Fall.

### 2. Weiterverkauf

- 706** Für den Käufer, der sein Altfahrzeug in Zahlung gibt, birgt das Agenturgeschäft ein erhebliches wirtschaftliches Risiko. Ihm liegt auf Seiten des Hereinnehmenden insoweit lediglich die Verpflichtung zu Grunde, sich um einen Weiterverkauf zu bemühen. Hierzu gehört die verkehrübliche Einstellung des Fahrzeugs in den Gebrauchtwagenmarkt, etwa Ausstellung auf dem Gelände des Händlers und/oder Inseratschaltungen. Verstöße hiergegen führen zu einem Schadensersatzanspruch gemäß § 280 BGB.
- 707** Der Altfahrzeugeigentümer trägt jedoch das Absatzrisiko. Zudem ist er beim Weiterverkauf der Verkäufer, hat daher auch für die Gewährleistungsansprüche einzustehen. Kommt es aber tatsächlich zu einem Absatz des Altfahrzeugs, ergeben sich bei der Inzahlungnahme Abwicklungsprobleme, wenn der Kaufvertrag über das neue Fahrzeug scheitert und rückabgewickelt werden muss. Ein Anspruch auf Herausgabe des Fahrzeugs scheidet aus, weil der Fahrzeugverkauf vom Händler lediglich vermittelt wurde, also korrekt verkauft wurde. Der Kaufpreis ist vom Händler herauszugeben. Fraglich ist aber die Höhe, wenn der Vermittlungsvertrag keinen Mindestverkaufspreis und auch keine konkrete Provisionsvereinbarung enthält.<sup>847</sup>
- 708** Die Entscheidung kann nur im Einzelfall getroffen werden, wenn konkret dem Vertrag entnommen werden kann, in welcher Weise der Weiterverkaufspreis verwendet werden sollte und in welcher Form der Händler am Erlös beteiligt sein sollte.

## B. Vertragsinhalt

- 709** Kann man im Regelfall beim Neuwagenkauf von der üblichen Gebrauchsfähigkeit und der versprochenen Beschaffenheit ausgehen, handelt es sich beim Gebrauchtwagen um

<sup>845</sup> Vgl. OLG Hamm NJW-RR 1999, 777; vgl. auch AG Trier NJW-RR 2006, 1684 (Verwahrung anlässlich Reparaturauftrags).

<sup>846</sup> Vgl. OLG Brandenburg NJW-RR 1996, 359.

<sup>847</sup> Vgl. Reinking/Eggert Rn.1166.

ein Objekt, dessen Qualität nur schwer zu beurteilen ist. Der Gebrauchtwagenkaufvertrag ist daher vor allem durch das darin zum Ausdruck kommende Interesse des Käufers auf möglichst umfangreiche Gewährleistung einerseits und dem Versuch des Verkäufers andererseits, diese möglichst zu beschränken, gekennzeichnet.

Nach neuem Schuldrecht liegen die zentralen Begriffe des Sachmängelrechts bei der Beschaffenheit, einer Beschaffenheitsvereinbarung (§ 434 Abs.1 Satz 1 BGB) und einer Beschaffenheitsgarantie (§§ 443 Abs.1 Alt. 1, 444 Alt. 2 BGB). Erst allmählich kristallisiert sich insoweit eine Konkretisierung der dahinter verborgenen Rechtsgrundsätze heraus. Die Internetnutzung erschwert dem Käufer zudem den klaren Blick. Der Nachweis eines arglistigen Verhaltens im Sinne von § 444 BGB ist in der Praxis schwer zu führen, sodass der Vertragsauslegung eine besondere Rolle zufällt.

Bei der Beurteilung von Sachmängeln ist zu unterscheiden, zwischen dem **objektiven Fehlerbegriff** gemäß § 434 Abs.1 Nr. 2 BGB und der Abweichung von einer **Beschaffenheitsvereinbarung**.

Nach der Rechtsprechung des BGH stellen Beschädigungen des Fahrzeugs keinen Sachmangel im objektiven Sinne dar, wenn die Schäden fachgerecht repariert und damit beseitigt sind und/oder sich das Fahrzeug in einem altersgerechten Zustand befindet.<sup>848</sup> Damit ist auch die Frage gelöst, welche Bedeutung **übliche Verschleißschäden** haben, nämlich keine.

Bei der juristischen Beurteilung der diesbezüglichen Vertragsinhalte muss ferner nach der Stellung der Parteien differenziert werden.

## I. Verkauf zwischen Verbrauchern

Handelt es sich auf beiden Seiten um Verbraucher, die – ohne Vorliegen besonderer Umstände – regelmäßig als technische Laien zu beurteilen sind, besteht in der Regel Kenntnis von dem mit dem Geschäft verbundenen Risiko. Der Gewährleistungsausschluss wird in der Regel beabsichtigt, folgt jedoch in der Formulierung häufig nicht den rechtlichen Anforderungen. Zwar werden in der Öffentlichkeit, u. a. von den Automobilclubs, eine Vielzahl von juristisch geprüften Vertragsformularen kostenlos angeboten, in der Praxis aber häufig nicht verwendet und vielmehr der Vertrag unter Verwendung von vermeintlich besonders gutem eigenem Formulieren abgeschlossen.

### 1. „Gekauft wie besichtigt“

Den wohl häufigsten Zusatz in Gebrauchtwagenkaufverträgen stellt die Einschränkung „gekauft wie besichtigt“ dar. Teilweise wird mit der zusätzlichen Erläuterung „und probefahren“ noch konkreter abgefasst. Die Bevölkerung sieht hierin den typischen Gewährleistungsausschluss. Vielfach wird die Formulierung noch mit einem tatsächlich sprachlich enthaltenen Gewährleistungsausschluss kombiniert.

Es ist daher zu fragen, ob die Formulierung allein schon rechtliche Folgen zeitigt oder in Zusammenhang mit der Formulierung eines Gewährleistungsausschlusses Letzteren relativiert. Hinsichtlich einer alleinstehenden Formel „gekauft wie besichtigt“ ist davon auszugehen, dass sie einen vollständigen Haftungsausschluss enthält, ohne dass es darauf ankommt, ob diese sichtbar waren oder nicht.<sup>849</sup>

Der BGH geht auf der Grundlage einer Vertragsauslegung nach dem objektiv erklärten Parteiwillen konsequent davon aus, die Formulierung sei auch nicht geeignet, den zusätzlich angesprochenen Gewährleistungsausschluss dahingehend zu relativieren, er beziehe sich nur auf erkennbare Mängel, weil ohne ausdrückliche Erklärung es sich um eine Bestätigung des gewollten Gewährleistungsausschlusses handle.<sup>850</sup> Da in dem entschiedenen

<sup>848</sup> BGH NJW 2008, 53, 54.

<sup>849</sup> BGH NJW 2005, 3205, 3208; Reinking/Eggert Rn. 1581.

<sup>850</sup> A.a.O.

Fall die Besichtigungsklausel nachträglich zusätzlich aufgenommen wurde, kann man an dem vom BGH angenommenen „*erklärten Willen des Käufers*“ indes erhebliche Zweifel anbringen. Da das OLG Karlsruhe als Vorinstanz diese Zweifel als Entscheidungsgrundlage nahm und die Restriktion des Gewährleistungsausschlusses zugrunde legte, muss man feststellen, dass ein Laie erst recht nicht in der Lage ist, die Relevanz seiner Erklärungen in juristischer Hinsicht zu erkennen.

## 2. „Unfallfrei“

- 717** Zwar kommen hier bei vielen Kaufverträgen besondere Beschaffenheitsvereinbarungen dahingehend vor, dass im Kaufvertragstext ausdrücklich die Frage von Unfallschäden angesprochen und vom Verkäufer entsprechend beantwortet wird.
- 718** Trotz aller Hinweise und Warnungen von Automobilclubs und Verbraucherberatungen gibt es weiterhin eine Vielzahl von Gebrauchtwagenkäufen ohne schriftlichen Kaufvertrag oder Verträgen, bei denen die Frage der Unfallfreiheit nicht geregelt ist. Schließlich stellt sich wiederum die Problematik bei der Internetauktion und dem Zustandekommen des Vertrags über den „*Käuferklick*“. Die bereits oben angesprochene Frage des objektiven Sachmangels wirkt sich im Bereich der Unfallschäden daher besonders aus.
- 719** Fehlt nämlich die konkrete Beschaffenheitsvereinbarung, so kommt ein Sachmangel nur in Betracht, wenn man einen objektiven Fehler bejaht und damit die Erwartung jedes Käufers, ein Unfallschaden liege nicht vor, als ungeschriebenen Bestandteil der Fahrzeugeigenschaft bezeichnet. Die Frage des Verschleißmangels spielt in der Praxis eine große Rolle, sollte aber durch eine grundlegende und überzeugende Entscheidung nunmehr endgültig im rechtlichen Bereich geklärt sein:
- 720** *„Bei einem Gebrauchtwagen ist, sofern keine besonderen Umstände gegeben sind, jedenfalls der normale alters- und gebrauchsbedingte Verschleiß üblich und hinzunehmen (vgl. Senat, NJW 2006, 434 = NZV 2006, 82 [unter II 1a bb] m.w.Nachw.). Welche Beschaffenheit üblich ist, hängt im Übrigen von den Umständen des Einzelfalls ab, wie beispielsweise dem Alter und der Laufleistung des Fahrzeugs, der Anzahl der Vorbesitzer und der Art der Vorbenutzung; für das, was der Käufer erwarten darf, kann ferner der Kaufpreis oder der dem Käufer erkennbare Pflegezustand des Fahrzeugs von Bedeutung sein (OLG Düsseldorf, SP 2007, 32; Palandt/Wéidenkaff, § 434 Rdrrn. 29, 30; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 9. Aufl., Rn. 1236). Bei Beschädigungen des Fahrzeugs kann es für die Unterscheidung, ob es sich um einen möglicherweise nicht unüblichen und daher hinzunehmenden ‚Bagatellschaden‘ oder um einen außergewöhnlichen, nicht zu erwartenden Fahrzeugmangel handelt, auf die Art des Schadens und die Höhe der Reparaturkosten ankommen.*
- 721** *Der Revision ist darin beizupflichten, dass zur Abgrenzung zwischen einem ‚Bagatellschaden‘ und einem Sachmangel i. S. des § 434 I 2 Nr. 2 BGB auf die ständige Rechtsprechung des BGH zur Offenbarungspflicht von Schäden und Unfällen beim Gebrauchtwagenkauf zurückgegriffen werden kann. Danach muss der Verkäufer eines Gebrauchtwagens einen Schaden oder Unfall, der ihm bekannt ist oder mit dessen Vorhandensein er rechnet, grundsätzlich auch ungefragt dem Käufer mitteilen, wenn er sich nicht dem Vorwurf arglistigen Verschweigens aussetzen will, es sei denn, der Schaden oder Unfall war so geringfügig, dass er bei vernünftiger Betrachtungsweise den Kaufentschluss nicht beeinflussen kann. Die Grenze für nicht mitteilungspflichtige ‚Bagatellschäden‘ ist bei Personenkraftwagen sehr eng zu ziehen. Als ‚Bagatellschäden‘ hat der Senat bei Personenkraftwagen nur ganz geringfügige, äußere (Lack-)Schäden anerkannt, nicht dagegen andere (Blech-)Schäden, auch wenn sie keine weitergehenden Folgen hatten und der Reparaturaufwand nur gering (folgen Nachweise). Ob das Fahrzeug nach dem Unfall fachgerecht repariert worden ist, ist nicht von Bedeutung (vgl. Senat, WM 1983, 934 [unter II 2]). Alleine die Tatsache, dass das Fahrzeug bei einem Unfall einen erheblichen Schaden erlitten hat, stellt einen Sachmangel i. S. des § 434 I 2 Nr. 2 BGB dar. Auch beim Kauf eines gebrauchten Kraftfahrzeugs kann der Käufer, wenn keine besonderen Umstände vorliegen, erwarten, dass das Fahrzeug keinen Unfall erlitten hat, bei dem es zu mehr als ‚Bagatellschäden‘ gekommen ist.“<sup>851</sup>*

<sup>851</sup> BGH NJW 2008, 53, 54.

Die Beurteilung von Unfallschäden ist gleichzeitig ebenso klar und einheitlich für den gesamten Kaufvertragsbereich geregelt. Für den Verkäufer bedeutet dies dem Grunde nach eine grundlegende Aufklärungspflicht oder, wenn er diese mangels Kenntnissen nicht erfüllen kann, den Zwang zu einem vertraglichen Ausschluss von Gewährleistungsansprüchen gemäß § 442 BGB in Form eines Hinweises auf mögliche Unfallschäden.<sup>852</sup> Lorenz<sup>853</sup> weist jedoch zutreffend auf die Probleme mit § 475 Abs. 1 BGB hin, der an sich die „*Vereinbarung zum Gewährleistungsausschluss für mögliche Mängel*“ untersagt. Lorenz meldet, durchaus berechtigt, Zweifel daran an, ob hier über § 242 BGB eine Korrektur möglich sei.

Wollte man aber über § 242 BGB dem Verkäufer nicht helfen, wenn er den Verbraucher darauf hinweist, dass hier ein Risiko vorliege, das sich naturgemäß für beide Vertragspartien auch dahingehend auswirkt, dass der Verkaufswert für das Fahrzeug deutlich sinkt, so verbleibt nur die Alternative, den Verkäufer zu zwingen, vor dem Verkauf eine umfassende Fahrzeuguntersuchung vornehmen zu lassen – ein Weg, der bei älteren Fahrzeugen, die gerade häufig mehrere Vorbesitzer hatten, finanziell offensichtlich ausscheidet.

Es ist völlig offen, wie sich hier die juristische und faktische Lage entwickeln wird. Da Risiken und der zur Vermeidung erforderliche Aufwand zumindest im gewerblichen Bereich „*eingepreist*“ werden, müsste die Entscheidung des BGH eigentlich zu einem Anstieg der Gebrauchtwagenpreise führen.

Mit der nunmehrigen Entscheidung des BGH<sup>854</sup> kann ein derartiger Warnhinweis allenfalls noch bei entsprechender Formulierung in Betracht kommen. Der BGH lehnt eine sog. „*negative Beschaffenheitsvereinbarung*“, also die möglicherweise fehlende Unfallfreiheit ab, wenn sie lediglich mit den Worten „*Unfallschäden lt. Vorbesitzer: Nein*“ besteht. Fraglich ist nun, ob mit der Entscheidung, die sich darauf beruft, die genannte Formulierung stelle weder eine positive noch eine negative Beschaffenheitsvereinbarung dar, generell letztere auszuschließen ist. Ob eine ausdrückliche Vereinbarung „*Der Käufer stellt den Verkäufer ausdrücklich von einer Haftung für Mängel, die durch Vorbesitzer verschwiegen wurden, frei*“ als zulässige Haftungsfreizeichnung anzuerkennen ist, ist offen. Der BGH hat jedenfalls ausdrücklich ausgeführt, die Zulässigkeit negativer Beschaffenheitsvereinbarungen bedürfe im konkreten Fall keiner Entscheidung. Einerseits stehen derartige Klauseln einem unzulässigen Gewährleistungsausschluss nahe, andererseits würde das Verbot dieser Freizeichnung auf eine **Garantiehaftung des Letztverkäufers** hinauslaufen, die er angesichts des üblichen Zeitablaufs auch nicht an seinen Vorverkäufer weiterreichen könnte. Die Folge wäre damit eine eminente Bedeutungssteigerung beim Faktor „*Anzahl der Vorbesitzer*“ für den Gebrauchtwagenpreis. Konsequenz wäre es für den Neuwagenhändler, keine Altfahrzeuge in Zahlung zu nehmen. Das wird der Markt jedoch nicht zulassen, sodass das Risiko wiederum „*eingepreist*“, also mit einem Abzug verwirklicht werden müsste.

Das Risiko des Verkäufers manifestiert sich damit im Ergebnis nicht nur bei der Frage der richtigen Formulierung, sondern auch bei der Frage der grundsätzlichen Zulässigkeit, diese Garantie abwenden zu können. Auch insoweit bekommt damit das Agenturgeschäft erneut einen An Schub.

### 3. „*Scheckheftgepflegt*“

Die Unterhaltung des Fahrzeugs nach den Vorgaben des Herstellers, insbes. die Einhaltung der Wartungsintervalle, zählt zu den bedeutenden Qualitätsmerkmalen, da im Rahmen von Inspektionen die typischen Verschleißerscheinungen erkannt und beseitigt werden und damit die Nutzungsdauer eines Kraftfahrzeugs regelmäßig verlängert wird.

<sup>852</sup> Lorenz BOLMK 2008, 249603.

<sup>853</sup> A.a.O.

<sup>854</sup> NJW 2008, 1617.

Voraussetzung ist allerdings die ordnungsgemäße Pflege nach den Vorgaben des Scheckhefts, das bei neueren Modellen auch eine nähere Beschreibung des diesbezüglichen Wartungsumfanges enthalten kann. Die Angabe des Verkäufers, das Fahrzeug sei „*scheckheftigepflegt*“, muss daher an diesen Vorgaben gemessen werden. Das OLG Koblenz<sup>855</sup> bekräftigt dies unter Berufung auf den BGH.<sup>856</sup>

- 726 Konnte man ursprünglich davon ausgehen, dass mit der Scheckheftpflege die Wartung in der entsprechenden Fachwerkstätte und damit der Verwendung von Originalersatzteilen verbunden ist, kann dies unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Weiterentwicklung und europarechtlichen Einflüssen nicht mehr angenommen werden. Letztlich stellt sich auch hier wie im Verkehrsunfallschadensbereich die Frage, ob stets herstellereigene Ersatzteile verwendet werden müssen oder dürfen.
- 727 Kann der Hersteller entsprechend Art. 3 Nr. 4 GFVO<sup>857</sup> Werkstätten nur beschränkt verpflichten, ausschließlich Originalersatzteile des Herstellers zu verwenden, so kann der Käufer auch nicht erwarten, dass ausschließlich diese Bedingungen bei der Fahrzeugwartung vorlagen. Offenbart der Blick in das bei Fahrzeugübergabe vorgelegte Scheckheft die Wartungsbestätigung durch eine sog. Unabhängige Werkstatt, ergibt sich hieraus kein Mangel.
- 728 Über den Begriff „*scheckheftigepflegt*“ geht das OLG Koblenz<sup>858</sup> drastisch hinaus. Ohne auch nur im Ansatz die Frage zu diskutieren, welche Bedeutung etwa Alter und Laufleistung, Stellung des Verkäufers, welche Umstände für die Beschaffenheit eines Fahrzeugs haben, geht es davon aus (Leitsatz 2), dass bei den vom Fahrzeughersteller vorgeschriebenen Inspektionen sämtliche erforderlichen Arbeiten durchgeführt worden seien und damit bei einer Verneinung ein Mangel vorliege. Eine derartige Annahme kann nur erfolgen, wenn tatsächlich ein Scheckheft mit lückenlosen Nachweisen der Wartungsintervalle vom Verkäufer vorgelegt wird. Dann erklärt er konkludent, dass die Wartung des Fahrzeugs herstellergemäß erfolgt sei.

#### 4. „Kilometerstand lt. Tacho“

- 729 Einen Schwerpunkt bei den Mängelprozessen im Gebrauchtwagenbereich stellt der Streit um den Kilometerstand dar. Angesichts der offensichtlich unschwierigen Manipulationsmöglichkeit bei elektronischen Fahrstreckenzählern, aber auch Austauschmotoren, sind einerseits Änderungsvorgänge problemlos möglich, andererseits die Prüfungsmöglichkeit für den Käufer kaum vorhanden. In der Praxis werden Abweichungen teilweise durch im Fahrzeug vergessene Reparaturrechnungen oder über Kontakte mit früheren Vorbesitzern erkannt.

#### a) Beschaffenheitsgarantie

- 730 Hier stellt sich die Frage, inwieweit es sich bei der Angabe im Kaufvertrag um eine zugesicherte Eigenschaft nach altem Schuldrecht bzw. nach neuem Schuldrecht als Beschaffenheitsgarantie handelt.
- 731 *„Zugesichert ist nach allgemeiner Ansicht eine Eigenschaft, wenn der Verkäufer oder Vermittler durch eine ausdrückliche oder stillschweigende Erklärung, die Vertragsinhalt geworden ist, dem Käufer zu erkennen gibt, dass er für den Bestand diese Eigenschaft an der Kaufsache eintreten wolle. Unter welchen Voraussetzungen im Zusammenhang mit der Fahr- oder Laufleistung eines Pkw eine Eigenschaftszusicherung angenommen wird, wird unterschiedlich beantwortet und richtet sich nicht nur nach Art und Weise der Erklärung und der Wahl der Worte, sondern möglicherweise auch nach der Person des Erklärenden. Denn ob auch der vermittelnde Händler – ebenso wie der ein Eigengeschäft führende Händler*

<sup>855</sup> NJW 2007, 1828.

<sup>856</sup> NJW 2006, 434.

<sup>857</sup> Vgl. hierzu Immenga-Mestmäcker/Veelken GFVO Art. 3 Rn. 42, 44.

<sup>858</sup> NJW 2007, 1828.

*oder der private Verkäufer – aus der schlichten Angabe der Km-Zahl auf einem Verkaufsschild (vgl. BGH, NJW 1975, 1693 = WM 1975, 895) oder im Kaufvertrag (vgl. OLG München, NJW-RR 1986, 1181) auf Gewährleistung wegen Eigenschaftszusicherung in Anspruch genommen werden kann, kann schon zweifelhaft sein, weil der Käufer davon ausgehen kann, dass dieser seine Kenntnisse in erster Linie und häufig ausschließlich von seinem Auftraggeber/Verkäufer erlangt haben kann, und deswegen in aller Regel dafür selbst nicht einstehen will und kann.“<sup>859</sup>*

Das OLG Celle benennt auch gleichzeitig wichtige Anhaltspunkte, um diese Eigenschaft zu verneinen: *„Diese Angaben können bei Fehlen anderer Umstände vernünftigerweise nach Treu und Glauben nur so verstanden werden, dass der Vermittler/Vertreter nur das weitergibt, was ihm sein Auftraggeber offenbart hat. Ähnliches muss gelten, wenn der Vertrag lediglich den Stand des Km-Zählers wiedergibt. Auch hier gibt der Vermittler regelmäßig kein eigenes Wissen weiter. Die Annahme einer Zusicherung setzt in einem solchen Fall die weitere Zusicherung voraus, dass der Km-Zähler stets ordnungsgemäß gelaufen, nie ausgewechselt und nie manipuliert worden ist. Ob der Käufer dies nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte erwarten darf und erwartet, ist angesichts des Umstandes, dass gerade eine Feststellung zu Tachometer und Km-Zähler regelmäßig schwierig oder unmöglich ist, fraglich.“<sup>860</sup>* Andererseits wird in der Rechtsprechung auch für eine Eintragung des Kilometerstandes eine zugesicherte Eigenschaft angenommen.<sup>861</sup> 732

Schließlich ergibt sich aus den oben dargestellten allgemeinen Grundsätzen, dass bei positiver Kenntnis des Verkäufers von der Unrichtigkeit des Kilometerstandes eine Aufklärungspflicht besteht.<sup>862</sup> Das OLG Köln hat insoweit Arglist angenommen, wenn der Verkäufer die Unrichtigkeit des Kilometerstandes kennt, jedoch nicht ausdrücklich darauf hinweist.<sup>863</sup> 733

Das OLG Rostock<sup>864</sup> hat bei den Kilometerangaben eine Beschaffenheitsgarantie angenommen, ebenso das OLG Düsseldorf<sup>865</sup> sowie OLG Hamm für einen Leasingwagen<sup>866</sup> Das OLG Braunschweig<sup>867</sup> differenziert nach der Interessenlage der Beteiligten.

Eine endgültig klärende Entscheidung des BGH liegt noch nicht vor. In einer Entscheidung aus dem Jahre 2005<sup>868</sup> hatte er angesichts fehlender tatsächlicher Umstände noch keine Gelegenheit, sich zur Frage zu äußern. 734

Über den Streit zu den Tatsachen hinaus geht es sodann stets um die Frage, inwieweit Angaben im Kaufvertrag als Beschaffenheitsgarantie anzusehen sind.

Das OLG Köln<sup>869</sup> führt aus, auch ein privater Verkäufer müsse sich daran festhalten lassen, dass er mit Angaben zur Laufleistung regelmäßig eine Zusicherung des Inhalts abgebe, die Laufleistung liege nicht wesentlich höher als angegeben. *„Dass der Käufer in der Regel aus der Angabe des Kilometerstandes durch den privaten Verkäufer darüber hinaus keine Zusicherung über den Erhaltungszustand des Fahrzeugs, also darüber erwarten kann, der Verschleißgrad des Fahrzeugs oder des Motors entspreche der angegebenen Laufleistung (BGH, NJW 1984, 1454), ändert nichts daran, dass er von einer Zusicherung der Laufleistung ausgeht und ausgehen kann. Unabhängig von der Frage des Erhaltungszustands verbindet der Käufer auch beim Kauf von einem privaten Käufer mit der Kilometerangabe konkrete Vorstellungen und Erwartungen über die Werthaltigkeit des Fahrzeugs.“<sup>870</sup>* 735

<sup>859</sup> OLG Celle NJW-RR 1988, 1135.

<sup>860</sup> A.a.O.

<sup>861</sup> So OLG München 1986, 1881, 1182.

<sup>862</sup> Vgl. OLG Köln NJW-RR 1988, 1136.

<sup>863</sup> OLGR Köln 2007, 587; Besprechung bei Dillmann SVR 2008, 19.

<sup>864</sup> NJW 2007, 3290.

<sup>865</sup> NZV 1999, 514.

<sup>866</sup> NJW-RR 200, 505.

<sup>867</sup> zfs 1997, 137.

<sup>868</sup> DAR 2006, 143; Besprechung bei Otting SVR 2005, 379.

<sup>869</sup> KG NJW-RR 1996, 173, 174.

<sup>870</sup> A.a.O.

- 736 Vor allem kollidiert hier in den Verträgen die Angabe über den Kilometerstand mit dem üblichen Gewährleistungsausschluss.
- 737 Zunächst ist angesichts der möglichen Bedeutung der Bezeichnung die rechtliche Einordnung der Kilometerzahl hervorzuheben. Denn Kilometerstand und Laufleistung eines Fahrzeugs können durchaus unterschiedlich sein.

*„Eine solche Kilometerangabe ist, anders als die Revision meint, aus der maßgeblichen Sicht eines Kaufinteressenten nicht als Wiedergabe des Tachometerstands, sondern als Angabe der Laufleistung zu verstehen. Dem Kaufwilligen kommt es, wie allgemein bekannt ist, nicht auf den Tachometerstand, sondern auf die Laufleistung an. Er kann und darf daher davon ausgehen, dass eine ohne Einschränkung oder deutlichen gegenteiligen Hinweis gemachte Kilometerangabe sich auf die für ihn entscheidende Laufleistung des Fahrzeugs bezieht (Senat, WM 1975, 895 unter III 1; OLG Naumburg, MDR 1997, 1026; OLG Köln, OLG-Report 1991, 19).“<sup>871</sup>*

- 738 Sodann kommt es auf die Frage der Zusicherung an. Der Begriff der zugesicherten Eigenschaft nach § 459 Abs. 2 BGB a.F., der in der Praxis auch heute noch häufig zu hören ist, wurde durch die Schuldrechtsreform durch die Übernahme einer Garantie für die Beschaffenheit einer Sache nach § 444 BGB abgelöst. *„Die Übernahme einer Garantie setzt daher – wie früher die Zusicherung einer Eigenschaft (Senat, NJW 1991, 1880 = WM 1991, 1224 [unter II 2a aa] m.w.Nachw.) – voraus, dass der Verkäufer in vertragsmäßig bindender Weise die Gewähr für das Vorhandensein der vereinbarten Beschaffenheit der Kaufsache übernimmt und damit seine Bereitschaft zu erkennen gibt, für alle Folgen des Fehlens dieser Beschaffenheit einzustehen.“<sup>872</sup>* Abzugrenzen ist die Beschaffenheitsgarantie gemäß § 444 BGB von der bloßen Beschaffenheitsangabe gemäß § 434 Abs. 1 S. 1 BGB. Nach der Rechtsprechung des BGH kommt es hierbei auf die typischerweise gegebene Interessenlage an und zu unterscheiden, ob es sich beim Verkäufer um einen Gebrauchtwagenhändler oder eine Privatperson handelt.<sup>873</sup>

- 739 *„Handelt es sich bei dem Verkäufer um einen Gebrauchtwagenhändler, so ist die Interessenlage typischerweise dadurch gekennzeichnet, dass der Käufer sich auf die besondere, ihm in aller Regel fehlende Erfahrung und Sachkunde des Händlers verlässt. Er darf daher darauf vertrauen, dass der Händler für Erklärungen zur Beschaffenheit des Fahrzeugs, die er in Kenntnis dieses Umstands abgibt, die Richtigkeitsgewähr übernimmt. Der Senat hat deshalb zum alten, bis zum 31.12.2001 geltenden Kaufrecht in ständiger Rechtsprechung entschieden, der Kaufinteressent könne und dürfe den Angaben des Gebrauchtwagenhändlers über die Laufleistung des Fahrzeugs besonderes Vertrauen entgegenbringen und davon ausgehen, der Händler wolle sich für die Kilometerangabe „stark machen“, mithin zusichern – in heutiger Terminologie: garantieren –, dass die bisherige Laufleistung nicht wesentlich höher liege als die angegebene (vgl. Senat, WM 1975, 895 [unter III 2 und 3]; NJW 1998, 2207 = WM 1998, 1590 [unter II]; NJW 1984, 1454 = WM 1984, 534 [unter II 1]; NJW 1981, 1268 = WM 1981, 380 [unter II 1b aa]). Wölle der Händler für die von ihm angegebene Laufleistung nicht eintreten, müsse er dies gegenüber dem Käufer hinreichend deutlich zum Ausdruck bringen, indem er etwa darauf hinweise, dass er die Laufleistung nicht überprüft habe (vgl. Senat, NJW 1998, 2207 = WM 1998, 1590 [unter II]).“<sup>874</sup>*

- 740 Allerdings lässt es der BGH unter ausdrücklicher Erwähnung der Gegenansicht von Reinking/Eggert<sup>875</sup> dahingestellt, ob er diese Grundsätze auch nach neuer Rechtslage für zutreffend erachtet, weil er in dem zu entscheidenden Fall ein Geschäft zwischen Privatleuten zu beurteilen hatte. Die oben dargestellte Differenzierung nach den Umständen des einzelnen Geschäfts führt der BGH beim reinen Privatgeschäft konsequent weiter:

*„Auf den privaten Verkauf trifft die für den gewerblichen Verkauf maßgebliche Erwägung, dass der Käufer sich auf die besondere Erfahrung und Sachkunde des Händlers verlässt und in dessen Erklärungen daher*

<sup>871</sup> BGH NJW 2007, 1346, 1347.

<sup>872</sup> BGH a.a.O. S. 1348.

<sup>873</sup> BGH a.a.O.

<sup>874</sup> BGH a.a.O.

<sup>875</sup> R., 1352.

die Übernahme einer Garantie sieht, in der Regel nicht zu. Hier steht vielmehr dem Interesse des Käufers gleichgewichtig das Interesse des Verkäufers gegenüber, für nicht mehr als dasjenige eintreten zu müssen, was er nach seiner laienhaften Kenntnis zu beurteilen vermag (Senat, NJW 1991, 1880 = WM 1991, 1224 [unter II 2a cc]). Der Käufer kann nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass der Verkäufer als Laie nachprüfen kann, ob der Tachometerstand die Laufleistung des Fahrzeugs zutreffend wiedergibt. Alleine aus der Angabe der Laufleistung kann der Käufer beim Privatverkauf eines Gebrauchtfahrzeugs daher nicht schließen, der Verkäufer wolle für die Richtigkeit dieser Angabe unter allen Umständen eintreten und gegebenenfalls auch ohne Verschulden auf Schadensersatz haften. Von der Übernahme einer Beschaffenheitsgarantie darf der Käufer unter diesen Umständen deshalb grundsätzlich auch dann nicht ausgehen, wenn der Verkäufer nicht zum Ausdruck gebracht hat, dass er für die angegebene Laufleistung nicht eintreten will (folgen Nachweise) ausgesprochen hat, dass (auch) der private Verkäufer mit der Angabe der Laufleistung regelmäßig eine Zusicherung des Inhalts abgibt, die Laufleistung liege nicht wesentlich höher als die angegebene, wird daran nicht festgehalten.<sup>876</sup>

Der Verbraucher hat sich daher beim Kauf vom Privatmann den Kilometerstand ausdrücklich bestätigen zu lassen, um zu einer Garantie zu gelangen. Ausnahmsweise könnte hierauf verzichtet werden, wenn besondere Umstände vorliegen, etwa „der Verkäufer bei den vorvertraglichen Verhandlungen auf ausdrückliche Nachfrage erklärt, die Gesamtfahrleistung des Fahrzeugs stimme mit dem Tachometerstand überein (OLG Koblenz, NJW 2004, 1670 [1671]), oder wenn der Verkäufer sich als Erstbesitzer bezeichnet, denn auf die Kilometerangabe eines Verkäufers, der sein Fahrzeug vom ‚Tachostand null‘ an kennt, darf der Käufer in aller Regel vertrauen (Reinking/Eggert, Rn. 1358; OLG Köln, NJW 1999, 2601 [2602])“<sup>877</sup>

Angesichts der Distanz zum Vertragspartner und den eingeschränkten Kommunikationsmöglichkeiten ist fraglich, ob nicht das Internetgeschäft an sich bereits eine Ausnahmesituation darstellt. Der BGH lehnt dies jedoch ab. 742

„Der Käufer muss sich auch sonst bei einem Kaufvertrag, den er ohne vorherige Inaugenscheinnahme der Kaufsache schließt, häufig auf die Angaben des Verkäufers verlassen. So verhält es sich etwa bei Kaufverträgen, die unter Verwendung von Fernkommunikationsmitteln (vgl. § 312b II BGB), wie beispielsweise Katalogen, zu Stande kommen. Auf die Angaben des Verkäufers verlassen muss der Käufer sich ferner dann, wenn er selbst nicht über die notwendige Sachkunde verfügt, um deren Richtigkeit überprüfen zu können. So ist ein privater Kaufinteressent regelmäßig auch bei einer Besichtigung oder Probefahrt nicht in der Lage, festzustellen, ob die Laufleistung dem Tachometerstand des angebotenen Fahrzeugs entspricht. Alleine die – häufig – fehlende Möglichkeit oder Fähigkeit, die Angaben des Verkäufers vor Abschluss des Kaufvertrags zu überprüfen, berechtigen den Käufer nicht zu der Annahme, der Verkäufer wolle, auch ohne dies ausdrücklich erklärt zu haben, für fehlerhafte Angaben unter allen Umständen eintreten und damit gegebenenfalls auch ohne Verschulden auf Schadensersatz haften.“<sup>878</sup>

Das OLG Rostock geht auf der Grundlage der BGH-Entscheidung konsequent weiter. 743

„Erteilt ein Kraftfahrzeughändler in dieser Weise eine Angabe über die Gesamtfahrleistung eines von ihm angebotenen Gebrauchtwagens, erstreckt sich diese Erklärung nicht ausschließlich auf die zurückgelegte Fahrstrecke. Zugesagt wird auch ein bestimmter Erhaltungszustand des Fahrzeugs und insbesondere des Motors. Es wird nämlich zugleich erklärt, dass der Verschleißgrad der mitgeteilten Gesamtfahrleistung entspreche, der Motor also nicht wesentlich stärker verschlissen sei, als es die angegebene Laufleistung erwarten lasse (vgl. BGH, NJW 1981, 1268, und in Abgrenzung dazu NJW 1984, 1454). Der Käufer kann bei einer solchen ohne Einschränkung oder einen deutlich gegenteiligen Hinweis erteilten Angabe davon ausgehen, dass die Kilometerangabe sich auf die entscheidende Gesamtfahrleistung bezieht (vgl. BGH, NJW 1975, 1693 [1694]; OLG Bremen, NJW 2003, 3713; Palandt/Weidenkaff, § 434 Rn. 72). Denn die tatsächliche Laufleistung eines Fahrzeugs prägt regelmäßig die berechtigten Erwartungen des Käufers über den Wert des Fahrzeugs und den zu zahlenden Kaufpreis.“<sup>879</sup>

<sup>876</sup> BGH a.a.O.

<sup>877</sup> BGH a.a.O. S. 1349.

<sup>878</sup> A.a.O.

<sup>879</sup> NJW 2007, 3290.

- 744 Die Frage, ob der Verkäufer tatsächlich Privatmann war, stellt sich demgemäß in besonderer Weise.<sup>880</sup> Der Nachweis eines rechtsgeschäftlichen Willen des Verkäufers, für das Vorliegen eines Sachmangels ohne Rücksicht auf Verschulden eintreten zu wollen, wird zudem zum zentralen Punkt der Beweisführung, wobei nach der Rechtsprechung des BGH bei der Annahme einer stillschweigenden Übernahme einer solchen Einstandspflicht „Zurückhaltung geboten“ ist.<sup>881</sup>

### b) Sollbeschaffenheit

- 745 Mit der Verneinung der Beschaffenheitsgarantie ist jedoch noch keine endgültige Freizeichnung des Verkäufers verbunden. Es kommt vielmehr sodann darauf an, ob der regelmäßig zwischen Privatleuten vereinbarte Gewährleistungsausschluss auch die Angaben zum Kilometerstand umfasst. Es kommt vielmehr darauf an, wie die Angaben zum Gewährleistungsausschluss und die Angabe des Kilometerstandes im Kaufvertrag zueinander in Bezug stehen. Stehen sich, wie im Regelfall, beide Angaben textlich gleichrangig gegenüber, liegt eine Sollbeschaffenheit vor, die vom Gewährleistungsausschluss nicht erfasst wird.

*„Beide Regelungen stehen, zumindest aus der Sicht des Käufers, gleichrangig nebeneinander und können deshalb nicht in dem Sinne verstanden werden, dass der umfassende Gewährleistungsausschluss die Unverbindlichkeit der Beschaffenheitsvereinbarung zur Folge haben soll (a.A. Emmert, NJW 2006, 1765 [1768]). Denn bei einem solchen Verständnis wäre Letztere für den Käufer – außer im Falle der Arglist des Verkäufers (§ 440 Alt. 1 BGB) – ohne Sinn und Wert. Eine nach beiden Seiten interessengerechte Auslegung der Kombination von Beschaffenheitsvereinbarung und Gewährleistungsausschluss kann deshalb nur dahin vorgenommen werden, dass der Haftungsausschluss nicht für das Fehlen der vereinbarten Beschaffenheit (§ 434 I 1 BGB), sondern nur für solche Mängel gelten soll, die darin bestehen, dass die Sache sich nicht für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet (§ 434 I 2 Nr. 1 BGB), bzw. sich nicht für die gewöhnliche Verwendung eignet und keine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann (§ 434 I 2 Nr. 2 BGB).“<sup>882</sup>*

Trotz der dogmatischen Bedenken von Faust<sup>883</sup> bietet die Ansicht des BGH eine sachgerechte Lösung der Problematik an.

- 746 In einer neuen Entscheidung hat der BGH seine Ansicht zur Frage des Kilometerstandes als Kriterium der Sollbeschaffenheit bekräftigt.

*„Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass bei dem Fahrzeug ein Sachmangel (§ 434 Abs. 1 BGB) vorliegt. Nach den rechtsfehlerfreien Tatsachenfeststellungen des Berufungsgerichts waren die tatsächliche Kilometerlaufleistung des Fahrzeugs und die Anzahl der Betriebsstunden bei Vertragsschluss wesentlich höher als vom Kilometer- und Betriebsstundenzähler angezeigt und von den Parteien angenommen worden war. Da dieser bei Vertragsschluss bereits vorhandene Mangel nicht behebbar ist, ist der Anspruch des Klägers aus § 433 Abs. 1 Satz 2 BGB auf die Lieferung einer mangelfreien Sache ausgeschlossen (§ 275 Abs. 1 BGB); dies berechtigt den Kläger zum Rücktritt vom Kaufvertrag nach § 437 Nr. 2, § 326 Abs. 5 BGB, ohne dass es einer Fristsetzung nach § 323 BGB bedürfte.“<sup>884</sup>*

- 747 Das Urteil betraf nach dem festgestellten Tatbestand den Verkauf durch einen Händler an einen Unternehmer, sodass davon auszugehen ist, dass auch die oben dargestellte Differenzierung bei den Vertragsparteien inzidenter bestätigt wird.

<sup>880</sup> Vgl. R.n. 53.

<sup>881</sup> Lorenz JuS 2007, 611, 613.

<sup>882</sup> BGH a.a.O.

<sup>883</sup> JuS 2007, 586, 588.

<sup>884</sup> NJW 2007, 3774, 3775.

### 5. „Aus erster Hand“

Bekanntlich spielt die Frage der Anzahl von Vorbesitzern bei einem Gebrauchtwagen preislich eine erhebliche Rolle. Selbst die Ummeldung zwischen Ehegatten wird bereits mit der Möglichkeit eines Preisabschlags in Zusammenhang gebracht. Jeder Wechsel in den Eigentumsverhältnissen birgt nämlich ein weiteres Risiko aus der Vergangenheit des Fahrzeugs in sich. Das hat schließlich sogar dazu geführt, dass die Verkehrsauffassung einen Jahreswagen nur noch annimmt, wenn er „aus erster Hand“ stammt.<sup>885</sup> In der Bevölkerung wird insoweit die Anzahl der Halter regelmäßig mit der Anzahl der Eigentümer gleichgesetzt.

Das Angebot mit der entsprechenden Werbeaussage stimmt daher nur mit der Verkehrsauffassung überein, wenn das Fahrzeug tatsächlich diese Eigenschaft aufweist.

Nun lässt sich zwar aus dem Kfz-Brief problemlos ersehen, welche Halter eingetragen wurden. Bei der Internetauktion mit dem bereits elektronisch ohne Blick auf den Kfz-Brief zustande gekommenen Vertrag verbleibt es aber bei der Problematik.

### 6. „Jahreswagen“

Das Jahreswagengeschäft hat sich vom Zubrot für die Mitarbeiter der Automobilhersteller zu einem lukrativen Markt auch für die Hersteller selbst entwickelt. Die von herstellereigenen Betrieben offerierten Angebote sprechen für sich. Unter dem Gesichtspunkt der Schonung angesichts des Wiederverkaufswerts stellt der Jahreswagen für den Käufer auch eine gute Möglichkeit dar, unter Umgehung des im ersten Jahr besonders hohen Wertverlustes ein sehr gutes Fahrzeug zu erhalten. Trotz des im Begriff stehenden Jahres stellt sich auch hier wie im Neuwagenbereich die Frage, ob die Stand- oder Vornutzungszeit auch zu einem Mangel führen kann.

Ausgangspunkt der Betrachtung ist der Beschaffenheitsbegriff gemäß § 433 Abs. 1 S. 1 BGB n.F. Es entspricht allgemeiner Meinung, dass insoweit die Rechtsprechung zu § 459 BGB a.F. herangezogen werden kann, weil mit der Schuldrechtsmodernisierung die Rechtsstellung des Käufers ohnehin gestärkt werden sollte.<sup>886</sup> Andererseits stellt sich beim Neuwagenkauf die Altersproblematik lediglich im Zusammenhang mit dem Modellwechsel. Der BGH hat sich der Ansicht, auch beim Jahreswagen bilde die 12-Monatsfrist die Obergrenze, angeschlossen und definiert den „Jahreswagen“ wie folgt:

*„Auch die Vereinbarung der Beschaffenheit eines Gebrauchtfahrzeugs als Jahreswagen gem. § 434 I 1 BGB (n.F.) hat jedenfalls – ohne dass es einer ausdrücklichen Vereinbarung hierüber bedarf – regelmäßig zum Inhalt, dass das verkaufte Fahrzeug bis zum Zeitpunkt seiner Erstzulassung keine Standzeit von mehr als zwölf Monaten aufweist. Darüber, ob Gleiches etwa für den Fall eines Modellwechsels vor der Erstzulassung gilt, braucht nicht entschieden zu werden.“<sup>887</sup>*

Ausgangspunkt für die Standzeit ist hierbei der Auslieferungszeitpunkt, nicht etwa der Tag der Erstzulassung. Insoweit hatte der BGH der in der vorher ergangenen Rechtsprechung, auch jener der Vorinstanz, deutlich widersprochen.

Auf die Verkehrserwartung, wonach ein Jahreswagen „aus erster Hand“ stammen müsse, wurde bereits oben hingewiesen.

### 7. Fahrbereitschaft

Die Geschichte über den Gebrauchtwagenverkauf, bei dem das Fahrzeug keinen Motor enthielt und der Verkäufer nach dem Verkauf erklärte, er habe keinen Motor zugesichert, ist bekannt, aber leider thematisch nicht bloß Fiktion. Sie zeigt in besonderem Maße die Problematik der Fahrbereitschaft auf. Dass der Bürger beim Kauf eines Gebrauchtwagens

<sup>885</sup> OLG Köln NJW-RR 1989, 699; Staudinger/Matusche-Beckmann § 434 Rn. 164.

<sup>886</sup> Vgl. hierzu Emmerich JuS 2007, 82.

<sup>887</sup> NJW 2006, 2694, 2695.

davon ausgeht, ohne ausdrücklichen Hinweis könne man erwarten, dass das Fahrzeug fahrbereit sei, kann man im Gespräch mit dem Normalbürger problemlos feststellen. Beim Gespräch mit dem Juristen stellt sich das allerdings anders dar.

- 754 Schließlich ist zu fragen, ob die zum Verkaufszeitpunkt bestehende Fahrbereitschaft von gewisser **Dauer** sein muss. So hatte der BGH darüber zu entscheiden, ob ein Gebrauchtfahrzeug, bei dem 3 Monate nach der Übergabe der Einbau eines Austauschmotors erforderlich wurde, ansonsten das Fahrzeug jedoch verkehrssicher war, zum Verkaufszeitpunkt einen Mangel aufwies. Der BGH verneint dies.

*„Zwar trifft es zu, dass der Begriff ‚fahrbereit‘ nicht auf den Aspekt der Verkehrssicherheit verengt werden kann. Um sich in einem ‚Zustand (zu befinden), der eine gefahrlose Benutzung im Straßenverkehr erlaubt‘ (BGHZ 122, 256 [261] = NJW 1993, 1854), muss ein Fahrzeug im Hinblick auf seine wesentlichen technischen Funktionen so beschaffen sein, dass ein Betrieb des Fahrzeugs überhaupt möglich ist. Daran kann es fehlen, wenn ein Fahrzeug schon im Zeitpunkt der Übergabe wegen gravierender technischer Mängel nicht instande ist, eine auch nur minimale Fahrstrecke zurückzulegen (vgl. OLG Frankfurt a. M., OLG-Report 1995, 265). Jedoch übernimmt der Verkäufer mit der Angabe im Kaufvertrag, dass ein Fahrzeug ‚fahrbereit‘ ist, nicht ohne Weiteres die Gewähr im Sinne einer Haltbarkeitsgarantie (§ 443 BGB) dafür, dass das Fahrzeug auch noch nach Gefährübergang über einen längeren Zeitraum oder über eine längere Strecke fahrbereit bleibt.“<sup>888</sup>*

- 755 Offen bleibt nach der Entscheidung allerdings, welche zum Zeitpunkt des Verkaufs noch technisch zu erwartende Fahrleistung die Grenze zum Mangel darstellt. Im konkreten Fall geht der BGH davon aus, dass eine zu erwartende Fahrleistung von 1000 bis 2000 Kilometer jedenfalls noch nicht den Mangelbegriff erfüllt. Die vom BGH angesprochene ausdrückliche Übernahme einer Garantie für eine bestimmte Fahrleistung wird indes in einem Kaufvertrag über ein älteres Fahrzeug nie zu erwarten sein.

Die Frage, ob zu einem späteren Zeitpunkt ein **Sachverständiger** klären kann, welche Fahrleistung zum Übergabezeitpunkt erwartbar war, wird meist schon an den Anknüpfungspunkten scheitern.

- 756 Ohne **Sicherung des Fahrzeugs** vor Ausführung der erforderlichen Reparaturarbeiten oder die Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens scheitern Ansprüche schon auf der Ebene der Beweisbarkeit. Insoweit stellt sich auch die Frage der Beweise.
- 757 Unverzichtbar ist in diesem Zusammenhang auch die **Aufbewahrung von ausgebauten Teilen**. Die Beweislastverteilung gemäß § 476 BGB begünstigt den Käufer in hohem Maße. Zur Widerlegung kommt es für den Verkäufer naturgemäß darauf an, auf der Grundlage jener Teile, die zum Verkaufszeitpunkt im Fahrzeug eingebaut waren, beweismäßig anzusetzen. Wer als Käufer die ausgewechselten Teile nicht zur **Sicherung der Beweismöglichkeiten** aufbewahrt, kann seinen Vorteil gemäß § 476 BGB schnell verspielen. Zwar hat der Käufer zunächst darzulegen, dass zum Zeitpunkt des Verkaufs überhaupt ein Sachmangel vorlag. Selbst wenn dies aber im Einzelfall ohne Rückgriff auf die ausgewechselten Teile ermöglicht wird, kann dann auch für die weiteren Fragen eine **Beweislastumkehr** in Betracht kommen.

*„Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH liegt in Anwendung des Rechtsgedankens aus §§ 427, 441 III 3, 444, 446, 453 II, 454 I ZPO und § 242 BGB eine Beweisvereitelung vor, wenn eine Partei ihrem beweispflichtigen Gegner die Beweisführung schuldhaft erschwert oder unmöglich macht. Dies kann vorprozessual oder während des Prozesses durch gezielte oder fahrlässige Handlungen geschehen, mit denen bereits vorhandene Beweismittel vernichtet oder vorenthalten werden. Das Verschulden muss sich dabei sowohl auf die Zerstörung oder Entziehung des Beweisobjekts als auch auf die Beseitigung seiner Beweisfunktion beziehen, also darauf, die Beweislage des Gegners in einem gegenwärtigen oder künftigen Prozess nachteilig zu beeinflussen. Als Folge der Beweisvereitelung kommen in solchen Fällen Beweiserleichterungen in Betracht, die unter Umständen bis zur Umkehr der Beweislast gehen können (z. B. NJW 1996, 315 = WM 1996, 208 unter B II 2, insoweit in BGHZ 131, 163 nicht abgedruckt;“*

<sup>888</sup> NJW 2007, 759, 761.

NJW 1998, 79 = WM 1998, 204 unter I 4b; NJW 2002, 825 = WM 2001, 2450 unter II 2a; NJW 2004, 222 = WM 2003, 2325 unter II 1a, jew. m.w.Nachw.<sup>889</sup>

Als fahrlässig hat es der BGH insoweit schon ausreichen lassen, wenn der Käufer hätte erkennen können, dass die Werkstätte das ausgebaute Teil nicht aufbewahrt.<sup>890</sup> Schwierigkeiten ergeben sich für den Käufer aber schon insoweit, als vielfach Teile „**im Austausch**“ verbaut werden, die Ersatzteilkosten also auf der Grundlage einer Rückgabe des ausgebauten Teils beruhen, weil sie beim Hersteller in irgendeiner Weise Verwendung finden. Obgleich diese Frage für den BGH aus prozessualen Gründen (unzulässiger neuer Sachvortrag) nicht entscheidungsrelevant war, weist er ausdrücklich darauf hin, dass sich der Käufer insoweit nicht entlasten könne. 758

## 8. TÜV vorhanden

Die Bedeutung des „TÜV“, also einer bestimmten **Restlaufzeit** zur erneuten Prüfung gemäß § 29 StVZO (sogenannte Hauptuntersuchung – HU) auf dem Gebrauchtwagen-sektor, ist in zweierlei Hinsicht von Bedeutung. Zum einen bedeutet die Zeitspanne bis zur erneuten Vorfahrt zur Kontrolle trotz zwischenzeitlich längerer Lebenszeit von Kraftfahrzeugen nach wie vor ein Korrelat zum Kaufpreis. Bei sehr alten Fahrzeugen kann dies den einzigen Gegenwert darstellen. Dementsprechend kommt dem „TÜV-Bericht“ nicht nur eine erhebliche werbliche Bedeutung, sondern auch ein Gewährleistungsmoment zu. 759

### a) Gewährleistungsansprüche

Trotz gegenläufiger Rechtsprechung geht die Bevölkerung vielfach davon aus, dass die Untersuchung durch den Sachverständigen ein objektives Gütesiegel darstelle und der bestandene Test den Nachweis des ordnungsgemäßen Zustands erbringt. In diesem Fall wird meist die Prüfbescheinigung vorgelegt, um die Mangelfreiheit zum Zeitpunkt der Untersuchung darzulegen. Dies weckt ein Vertrauen in den guten Zustand des Fahrzeugs, das jedoch häufig nicht gerechtfertigt ist. Andererseits findet der Käufer erstaunlich oft bei der gründlichen Untersuchung und Pflege des Fahrzeugs einen „TÜV-Bericht“, der erhebliche Mängel aufweist. 760

Der Wert älterer Gebrauchtwagen wird weitgehend über die noch für die Verwendung zur Verfügung stehende Zeit definiert, mit anderen Worten muss sich der Anschaffungspreis über „die Restlaufzeit“ amortisieren lassen. Obgleich man davon ausgehen sollte, dass dieses Problem nur für die vorvertraglichen Verhandlungen und für die Internetgeschäfte relevant sein kann, gibt es nach wie vor in der Praxis auch Fälle, bei denen anlässlich der Fahrzeugübergabe eine Kontrolle der Plakette nicht stattfindet. Nach der Rechtsprechung des BGH ist ohne einschränkende Erklärungen von einer zugesicherten Eigenschaft auszugehen: 761

*„Die als handschriftlicher Zusatz in den Vertrag eingesetzte Abrede ‚TÜV neu 85‘ bedeutete unstreitig, der verkaufte Pkw solle vor der Fahrzeugübergabe noch einer Hauptuntersuchung nach § 29 StVZO unterzogen werden. . . . Eine ausdrückliche Zusicherung enthält die Klausel nicht. Bei interessengerechter Auslegung ist ihr aber die stillschweigende Zusicherung zu entnehmen, dass sich das verkaufte Fahrzeug im Zeitpunkt der Übergabe in einem für die Hauptuntersuchung nach § 29 StVZO geeigneten verkehrssicheren Zustand befinde und die Hauptuntersuchung durchgeführt sei.“<sup>891</sup>*

Sinnvollerweise könnte die TÜV-Problematik durch eine entsprechende Gestaltung der üblichen Kaufvertragsformulare entschärft werden.

<sup>889</sup> BGH NJW 2006, 434, 436.

<sup>890</sup> A.a.O.

<sup>891</sup> NJW 1988, 1378, 1379.

- 762 Weitgehend wird ein TÜV-Bericht der Mängel aufweist während der Eigentümerzeit des Verkäufers geeignet sein, gemäß § 286 ZPO auf das Vorhandensein der Mängel zum Verkaufszeitpunkt und zugleich auf die Kenntnis des Verkäufers von den ausgewiesenen Mängeln zu schließen. Regelmäßig wird sogar eine arglistige Täuschung in Betracht kommen.
- 763 Die praktische Umsetzung fällt indes nicht leicht. Treten Mängel auf, die im Rahmen des Gewährleistungsrechts geltend gemacht werden, verweist der Käufer regelmäßig auf die Bescheinigung der Mängel zum Zeitpunkt der HU. Andererseits beruft sich der Verkäufer wegen anderer Mängel auch auf den TÜV-Bericht. Die Rolle der zeitlichen Differenz zwischen HU und Verkauf kann hierbei nur im Einzelfall geklärt werden. Die Bescheinigung selbst wird aber für die Durchsetzung der Gewährleistungsansprüche eine Indizwirkung zugunsten des Zustands zum Verkaufszeitpunkt erbringen, wenn die HU nicht lange zurückliegt. Dem Käufer wird es kaum gelingen können, nicht nur die Fehlerhaftigkeit des „TÜV-Berichts“, sondern auch der Kenntnis des Verkäufers von der Mangelhaftigkeit nachzuweisen.

### b) Amtshaftungsansprüche

- 764 Ersatzweise wären daher für den Käufer Ansprüche gegen den Prüfer günstig. Bei der Durchführung der HU handelt es sich um eine hoheitliche Tätigkeit, sodass nicht der Prüfer selbst, sondern die für den Prüfungsbereich zuständige Körperschaft bei Schadensersatzansprüchen dem Geschädigten gegenüber eintrittspflichtig ist. Die Regeln des Amtshaftungsanspruches, insbes. die Zuständigkeit der Landgerichte gemäß § 71 Abs. 2 Nr. 2 GVG i.V.m. § 839 BGB, Art. 34 S. 1 GG, sind zu beachten. Die Pflicht zur sorgfältigen Prüfung kann durchaus auch gegenüber dem durch ein verkehrsunsicheres Fahrzeug Geschädigten zu einem Schadensersatzanspruch führen.<sup>892</sup>
- 765 Die Durchsetzung derartiger Ansprüche ist gleichwohl in rechtlicher wie auch tatsächlicher Hinsicht schwierig. Das Prüfungsverfahren ist durch das pflichtgemäße Ermessen des Sachverständigen gekennzeichnet.<sup>893</sup> Damit muss es sich schon um einen Prüfungsfehler handeln, der in der Regel auf einem Übersehen beruht und einer groben Fahrlässigkeit zumindest nahe kommt. Eine gutachterliche Äußerung ist hierzu unumgänglich.
- 766 Letztlich stellt aber auch die rechtliche Beurteilung der Frage den Geschädigten vor ein kaum lösbares Problem. Wie bereits angesprochen, geht die Rechtsprechung bislang davon aus, dass die Untersuchungstätigkeit lediglich im Rahmen des Schutzes der Allgemeinheit vorgenommen wird. Dieser Ansicht hat sich zwischenzeitlich entgegen seiner früheren Ansicht auch der BGH<sup>894</sup> angeschlossen. Zur vergleichbaren Rechtssituation von § 21 StVG führt er aus:

*„Das klageabweisende Urteil des BerGer. liegt auf der Linie der bisherigen Rechtsprechung. Im Falle des § 21 StVZO handelt der amtlich anerkannte Sachverständige für den Kraftfahrzeugverkehr, der in dem vorzulegenden Kfz-Brief bescheinigen muss, dass das Fahrzeug richtig beschrieben ist und den geltenden Vorschriften entspricht, zwar in Ausübung hoheitlicher Befugnisse, jedoch verletzt er keine ihm gegenüber einem späteren Erwerber des Fahrzeugs obliegende Amtspflicht, wenn er fahrlässig Mängel übersieht oder unrichtige technische Angaben in dem Brief als richtig bescheinigt und der Erwerber dadurch einen Vermögensschaden erleidet; denn die Bescheinigung dient nicht dazu, allgemein im rechtsgeschäftlichen Verkehr das Vertrauen auf die Richtigkeit der Beschreibung in dem Brief zu schützen und dem Erwerber eine eigene Prüfung des fahrtechnischen Zustands des Fahrzeugs abzunehmen (BGHZ 18, 110 = NJW 1955, 1316; BGH, NJW 1973, 458 [459f.]). Diese Rechtsprechung ist auch in der Fachliteratur anerkannt, und sie hat – soweit ersichtlich – keinen Widerspruch gefunden (folgen umfangreiche Nachweise).“*

<sup>892</sup> Vgl. schon BGHZ 49, 108; ferner OLG Koblenz NJW 2003, 297; OLG Karlsruhe VersR 2007, 498 mit ausf. Nachw.

<sup>893</sup> Zur inhaltlichen Bestimmung durch Untersuchungsrichtlinien siehe Hentschel § 29 Rn. 23.

<sup>894</sup> NJW 2004, 3484; hierzu NJW-Spezial 2004, 352.

Das OLG Karlsruhe<sup>895</sup> und das OLG Hamm<sup>896</sup> haben die Rechtsansicht des BGH zum Amtshaftungsanspruch erneut bestätigt. Die beiden neuen Entscheidungen zeigen aber, dass trotz der gefestigten Rechtsprechung das Thema weiterhin forensisch akut werden kann. 767

### 9. „Generalüberholt“

Während die Gebrauchtwagen im äußeren Bereich zumindest durch einen geschulten Blick kontrolliert werden können und auch das Fahrwerk noch vernünftig beurteilt werden kann, verschleißt sich die Beurteilung des Motorzustandes im Regelfall selbst sogenannten speziellen Gebrauchtwagenuntersuchungen. Der Zustand des Motors ist daher in hohem Maße risikobehaftet. 768

Umso mehr weckt der Hinweis, er sei generalüberholt, nicht nur Vertrauen beim Interessenten, sondern wirkt sich auch auf den Preis aus. Die Verkehrserwartung darf daher unter dem Begriff der Generalüberholung etwas Besonderes erwarten. Der BGH hat dies ausdrücklich hervorgehoben. 769

*„Demgemäß wird im Gebrauchtwagenhandel unter der Generalüberholung eines Motors verstanden, dass in einer beliebigen Werkstatt sämtliche beweglichen Motorteile ausgebaut und, soweit erforderlich, entweder hergerichtet oder erneuert und die feststehenden Teile auf ihre Unversehrtheit hin untersucht werden (OLG Nürnberg, DAR 1962, 202; Reinking/Eggert, Der Autokauf, 5. Aufl., Rn. 1679; vgl. auch Senat, NJW 1986, 316 (unter II 1a) = LM § 377 HGB Nr. 28 = WM 1985, 1418). Das geht weit über die bloße Prüfung und Wiederherstellung der Funktionstüchtigkeit hinaus. Nach dieser Definition sind im Zuge einer Generalüberholung alle beweglichen Teile, die bereits Verschleißspuren aufweisen, zu erneuern oder so herzurichten, dass sie Neuteilen möglichst nahe kommen, und zwar auch dann, wenn der Motor vor der Generalüberholung noch funktionstüchtig war. Die Generalüberholung zielt also darauf ab, den Eintritt der alters- und verschleißbedingten Funktionstüchtigkeit dadurch hinauszuschieben, dass Verschleißteile erneuert oder aufgebessert werden. Wer ein gebrauchtes Kraftfahrzeug mit generalüberholtem Motor kauft, kann zwar keinen neuwertigen, wohl aber einen solchen Zustand des Motors erwarten, der der Neuwertigkeit möglichst nahe kommt und den unter Berücksichtigung des Alters und der Dauer des Gebrauchs des Fahrzeugs zu erwartenden Normalzustand deutlich übertrifft. Die mit der Generalüberholung verbundene gesteigerte Qualitätserwartung des Käufers pflegt sich denn auch erfahrungsgemäß in einer nicht unerheblichen Kaufpreisdifferenz gegenüber dem Verkauf eines Gebrauchtwagens mit bloß funktionstüchtigem Motor niederzuschlagen.“<sup>897</sup>*

Jede Abweichung hiervon führt häufig beim Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen zur Bejahung einer arglistigen Täuschung oder zumindest zu einem Sachmangel.

## II. Verkauf zwischen Unternehmern

Auch beim Geschäft zwischen Unternehmern kann nicht von vornherein mit der Sachkunde des Käufers und daher reduzierten Anforderungen an den Verkäufer ausgegangen werden. Lediglich in Fällen, bei denen der Verkäufer Unternehmer im Bereich des Automobilhandels ist, also typischerweise bei der Inzahlungnahme, kann erwartet werden, dass er nach den für ihn geltenden besonderen Sorgfaltspflichten eine ordnungsgemäße Kontrolle des Fahrzeugs durchführt. 770

Hierzu haben sich in der Rechtsprechung Kriterien zur Lösung der Frage vor allem in Bezug auf **Arglist** entwickelt. Neben diesen unter Rn. 1103 erörterten Gesichtspunkten ist zu differenzieren in die Untersuchungspflicht bei Hereinnahme des Fahrzeugs zur Erkennung von Mängeln, die einen Gewährleistungsausschluss des Händlers verursachen können und der eigenen Haftung des Gebrauchtwagenhändlers beim Weiterverkauf. 771

<sup>895</sup> VersR 2007, 498.

<sup>896</sup> NVwZ-RR 2007, 315.

<sup>897</sup> BGH NJW 1995, 955, 956.

- 772 Der BGH hat zunächst die bereits vorhandene Ansicht<sup>898</sup> einer Untersuchungspflicht für das nachfolgende Weiterverkaufsgeschäft bejaht, wenn besondere Anhaltspunkte aus der Sicht des hereinnehmenden Verkäufers sprechen. Er legt hierzu das Erfordernis einer **Sichtkontrolle** als Minimalanforderung zugrunde, wobei er dies aber im Prinzip als sorgfältige und ausführliche Sichtkontrolle begriffte, weil – was Streitgegenständlich war – hierzu auch die Kontrolle der Reifenmarkierungen gehören.<sup>899</sup> Damit kann davon ausgegangen werden, dass bei einem „*intensiven Blick*“ alle äußeren Schäden, wie Rost, Reifenprobleme, Felgenschäden, Dellen, Steinschlagspuren, Glasschäden, Schäden im Fahrzeuginnenen unter die Erkennbarkeit fallen. Weiter ist auch ein Blick unter die Motorhaube Teil einer optischen Prüfung, sodass dort erkennbare Mängel ebenfalls der Untersuchungspflicht unterliegen.
- 773 Zudem ist davon auszugehen, dass der Maßstab auch von der Fähigkeit des Händlers abhängt. Wer eine **gut ausgestattete Werkstätte** betreibt, hat höheren Ansprüchen zu genügen, wie ein Gebrauchtwagenhändler, der lediglich Fahrzeughandel ohne Werkstätte betreibt.<sup>900</sup>
- 774 Die Konsequenz der Untersuchung vor dem Weiterverkauf ist die Vorverlegung der Untersuchungspflicht auf den Zeitpunkt der Hereinnahme des Fahrzeugs. Das OLG Schleswig nimmt dies deshalb an. *„So ist es ohnehin im Kfz-Handel heute allgemein üblich, einen Gebrauchtwagen vor der Hereinnahme jedenfalls einer Sicht- und Funktionsprüfung zu unterziehen. Dabei hat sich die Sicht- und Funktionsprüfung an den Angaben des Verkäufers zum Zustand des Fahrzeugs zu orientieren, will sich der Aufkäufer nicht dem Vorwurf grober Fahrlässigkeit ausgesetzt sehen.“*<sup>901</sup> Das OLG Schleswig hat insoweit grobe Fahrlässigkeit angenommen, wenn ein Unfallschaden vom Verkäufer angegeben war, gleichwohl aber eine Untersuchung nicht vorgenommen wurde. Die Folge ist ein Gewährleistungsausschluss gemäß § 442 BGB.
- 775 Das OLG Rostock<sup>902</sup> hat die Untersuchungspflicht erheblich verschärft und zur Frage, inwieweit ein Gebrauchtwarenhändler auch verpflichtet ist, den Kilometerstand zu prüfen, ausgeführt, bei den *„dem gewerblichen Kfz-Händler gegebenen technischen Möglichkeiten, die tatsächliche Kilometerlaufleistung selbst zu überprüfen bzw. überprüfen zu lassen, muss in der Unterlassung entsprechender Untersuchungen zugleich auch ein nicht unerhebliches Verschulden erkannt werden“*. Demgegenüber hat das OLG Hamm<sup>903</sup> die Untersuchungspflicht insoweit eingeschränkt als keine Prüfung erforderlich sei, ob die Befestigungsschraube der Spannrolle korrekt angezogen sei, wenn kein Austausch dieser Spannrolle nach dem Serviceplan vorgesehen sei. Hier wird zu differenzieren sein, welche Werkstattniveau dem Händler zur Verfügung steht.

### III. Agenturgeschäfte

Die zwischenzeitlich erneut gesteigerte Bedeutung des Agenturgeschäfts wurde bereits angesprochen und bei den Arten der Vertragsparteien unter Rn. 53 sowie bei den Modalitäten des Vertragsschlusses im Gebrauchtwagengeschäft unter Rn. 696 dargestellt. Die Auswirkungen dieser Rechtsfigur zeigen sich aber auch innerhalb der Bestimmung des Vertragsinhaltes selbst. Hierbei muss zwischen den einzelnen Vertragsbeziehungen unterschieden werden.

<sup>898</sup> Vgl. Reinking/Eggert Rn. 1550 m.w.Nachw.

<sup>899</sup> 2004, 1032, 1033.

<sup>900</sup> Vgl. BGH a.a.O.

<sup>901</sup> OLG Schleswig SVR 2006, 219.

<sup>902</sup> NJW 2007, 3290, 3291.

<sup>903</sup> UrT. v. 18. 6. 2006 – 2 U 220/06 n.v. = BeckRS 2007 14370.