

01/2021

24. JAHRGANG
SEITEN 1 - 72



IHR EXAMENSWISSEN EXAMENSRELEVANTE ENTSCHEIDUNGEN KLAUSURTYPISCH AUFBEREITET

ZIVILRECHT

- Verschleiß versus Mangel: Es kommt auf das Fahrzeug an! Wenn Verschleiß, wird auch kein Mangel vermutet!
- Überlassung eines Kfz zu einer unbegleiteten Probefahrt begründet freiwilligen Besitzverlust: Kaufinteressent ≠ Besitzdiener des Verkäufers! Bahn frei für den gutgläubigen Erwerb!!!
- kompakt: Die nächste Runde: Fiktive Abrechnung von Mängelbeseitigungskosten bleibt im Werkvertragsrecht unzulässig
- kompakt: Entschuldigter Überbau: Auswirkungen der Beseitigung des Gebäudeteils auf dem Stammgrundstück

STRAFRECHT

- Mord zur Verdeckung eines Eingehungsbetrugs
- Wohnungseinbruchdiebstahl: auch beim Versterben der Bewohner?

ÖFFENTLICHES RECHT

- Thüringer Paritätsgesetz ist verfassungswidrig
- Zulässigkeit des nachträglichen Rechtsschutzes im vereinsrechtlichen Ermittlungsverfahren
- Gesetzliche Kennzeichnungspflicht für Polizeivollzugsbedienstete ist verfassungsgemäß

TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

- Der Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs von abhandengekommenen beweglichen Sachen nach § 935 BGB

GRUNDFÄLLE

- Abhandenkommen, § 935 BGB
- Der Brandstifter

HEMMER.LIFE

- Macht Jura Spaß?



E-BOOK LIFE&LAW JANUAR 2021

Autoren: Tyroller/Berberich/d'Alquen/Grieger

INHALTSVERZEICHNIS

ZIVILRECHT

1 **VERSCHLEISS VERSUS MANGEL: ES KOMMT AUF DAS FAHRZEUG AN! WENN VERSCHLEISS, WIRD AUCH KEIN MANGEL VERMUTET!**

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Kaufvertrag (+)

II. Mangel bei Gefahrübergang

1. Mangel gem. § 434 I S. 1 BGB wegen Vereinbarung „TÜV neu“?

2. Mangel gem. § 434 I S. 2 Nr. 1 BGB?

3. Mangel gem. § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB?

a) Ansicht der Vorinstanz (OLG Köln)

b) BGH folgt dem jedenfalls im vorliegenden Fall

c) Kein anderes Ergebnis wegen § 477 BGB

II. Endergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

2 **ÜBERLASSUNG EINES KFZ ZU EINER UNBEGLEITETEN PROBEFAHRT BEGRÜNDET FREIWILLIGEN BESITZVERLUST: KAUFINTERESSENT ≠ BESITZDIENER DES VERKÄUFERS! BAHN FREI FÜR DEN GUTGLÄUBIGEN ERWERB!!!**

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung Frage 1

I. Anspruch auf Herausgabe gem. § 985 BGB

1. Dingliche Einigung und Übergabe gem. § 929 S. 1 BGB

2. Keine Bösgläubigkeit des K, § 932 I S. 1, II BGB

3. Ausschluss des gutgläubigen Erwerbs gem. § 935 I S. 1 BGB?

a) Kein Abhandenkommen wegen arglistiger Täuschung des N über Kaufabsicht

b) Abhandenkommen, wenn seitens des E lediglich eine Besitzlockerung vorlag

c) Abhandenkommen, wenn N lediglich ein sich zum Eigenbesitzer aufschwingender Besitzdiener

(§ 855 BGB) gewesen wäre

aa) Strittig, ob Kaufinteressent auf Probefahrt als Besitzdiener anzusehen ist

bb) BGH entscheidet die Frage dahingehend, dass § 855 BGB weder direkt noch analog zur Anwendung kommt

(1) Keine direkte Anwendung des § 855 BGB

(2) Keine analoge Anwendung des § 855 BGB

(a) § 855 BGB als Ausnahmvorschrift evtl. gar nicht analogiefähig

(b) Analogie – wenn überhaupt – allenfalls im Rahmen eines Gefälligkeitsverhältnisses

(c) Probefahrt begründet vorvertragliches Schuldverhältnis nach § 311 II Nr. 2 BGB

(d) § 311 II BGB stellt „ähnliches Verhältnis“ im Sinne des § 868 BGB dar

4. Endergebnis zu § 985 BGB

II. Kein Anspruch auf Herausgabe gem. § 1007 I, II BGB

III. Kein Anspruch auf Herausgabe gem. § 861 I BGB

IV. Kein Anspruch auf Herausgabe gem. § 812 I S. 1 Alt. 2 BGB

V. Endergebnis zu Frage 1

D) Lösung Frage 2

I. Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB bzgl. Zulassungsbescheinigung Teil II

II. Herausgabeanspruch gem. § 985 BGB bzgl. des Zweitschlüssels

E) Kommentar

F) Wiederholungsfrage

G) hemmer-background

I. Privatperson erwirbt bei Privatperson Gebrauchtwagen

II. Privatperson erwirbt bei Händler Neuwagen

III. Privatperson erwirbt bei Händler Gebrauchtwagen

1. Variante 1: Zulassungsbescheinigung Teil II wird vorgelegt, Händler ist aber nicht eingetragen

2. Variante 2: Zulassungsbescheinigung Teil II wird nicht vorgelegt

H) Zur Vertiefung

3 KOMPAKT: DIE NÄCHSTE RUNDE: FIKTIVE ABRECHNUNG VON MÄNGELBESEITIGUNGSKOSTEN BLEIBT IM WERKVERTRAGSRECHT UNZULÄSSIG

A) Sound

B) Problemaufriss

B) Lösung

I. Tatbestand der §§ 634 Nr. 4, 280 I, III, 281 I S. 1 BGB (+)

II. Fiktive Abrechnung wäre Überkompensation

III. Ergebnis?

4 KOMPAKT: ENTSCULDIGTER ÜBERBAU: AUSWIRKUNGEN DER BESEITIGUNG DES GEBÄUDE- TEILS AUF DEM STAMMGRUNDSTÜCK

B) Sound

C) Lösung

I. Eigentumsverhältnisse

II. Beseitigungsanspruch des S gegen E

STRAFRECHT

5 MORD ZUR VERDECKUNG EINES EINGEHUNGSBETRUGS

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

1. Tatkomplex: Geschlechtsverkehr ohne Zahlungsfähigkeit des A

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung

b) Irrtum

c) Vermögensverfügung

d) Vermögensschaden

2. Subjektiver Tatbestand

3. Ergebnis

2. Tatkomplex: Das Erwürgen der P

1. Objektiver Tatbestand

2. Subjektiver Tatbestand

a) Verdeckungsabsicht

b) Ermöglichungsabsicht

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

III. Gesamtergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

6 WOHNUNGSEINBRUCHDIEBSTAHL: AUCH BEIM VERSTERBEN DER BEWOHNER?

A) Sound

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Wohnungseinbruchdiebstahl gem. §§ 242 I, 244 I Nr. 3 Var. 1 StGB

1. Tatbestand

- a) Objektiver Tatbestand des Grunddelikts
- b) Objektiver Tatbestand der Qualifikation des § 244 I Nr. 3 Var. 1 StGB
- c) Subjektiver Tatbestand

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

II. Sachbeschädigung gem. § 303 I StGB

III. Hausfriedensbruch gem. § 123 I StGB

IV. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

ÖFFENTLICHES RECHT

7 THÜRINGER PARITÄTSGESETZ IST VERFASSUNGSWIDRIG

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

I. Zulässigkeit

- 1. Zuständigkeit
- 2. Antragsberechtigung
- 3. Verfahrensgegenstand
- 4. Antragsgrund
- 5. Form

II. Begründetheit des Normenkontrollantrags

1. Beeinträchtigte Rechtspositionen

- a) Freiheit der Wahl, Art. 46 I ThürVerf
 - aa) Gewährleistungsumfang
 - bb) Eingriff
- b) Passive Wahlfreiheit, Art. 46 I ThürVerf
- c) Gleichheit der Wahl, Art. 46 I ThürVerf
 - aa) Gewährleistungsumfang
 - bb) Eingriff

- d) Passive Wahlrechtsgleichheit, Art. 46 I ThürVerf
- aa) Gewährleistungsumfang
- bb) Eingriff
- e) Freiheit der Parteien, Art. 21 I GG i.V.m. Art. 9 II ThürVerf
- aa) Tauglicher Prüfungsmaßstab
- bb) Gewährleistungsumfang
- cc) Eingriff
- f) Chancengleichheit, Art. 21 I GG

2. Rechtfertigung

- a) Demokratieprinzip, Art. 45 S. 1 ThürVerf, Art. 20 II S. 1 GG
- b) Wahl als Integrationsvorgang bei der politischen Willensbildung
- c) Gleichstellungsgebot, Art. 2 II S. 2 ThürVerf
- aa) Vergleich mit Art. 3 II S. 2 GG
- bb) Art. 2 II S. 2 ThürVerf als taugliche Schranke
- cc) Keine Ermächtigung für einfachgesetzliche paritätische Quotenregelungen

III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfragen

F) Zur Vertiefung

8 ZULÄSSIGKEIT DES NACHTRÄGLICHEN RECHTSSCHUTZES IM VEREINSRECHTLICHEN ERMITTLUNGSVERFAHREN

A) Sounds

B) Problemaufriss

C) Lösung

- I. Sachliche Zuständigkeit des Gerichts
- II. Rechtmäßigkeit der Verweisung an das BVerwG durch das VG Freiburg
- III. Ergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

9 GESETZLICHE KENNZEICHNUNGSPFLICHT FÜR POLIZEIVOLLZUGSBEDIENSTETE IST VERFASSUNGSGEMÄSS

A) Sounds

B) Problemaufriss

- I. Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift des § 9 II S. 1 BbgPolG
- 1. Eingriff in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts

2. Rechtfertigung des Eingriffs in den Schutzbereich
 - a) Gesetzesvorbehalt / Bestimmtheitsgrundsatz
 - b) Verhältnismäßigkeit
 - c) Kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz
 - d) Kein Verstoß gegen die Fürsorgepflicht

II. Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift des § 9 II S. 2 BbgPolG

1. Eingriff in den Schutzbereich des allgemeinen Persönlichkeitsrechts
2. Rechtfertigung des Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht

IV. Gesamtergebnis

D) Kommentar

E) Wiederholungsfrage

F) Zur Vertiefung

TYPISCHE KLAUSURPROBLEME

DER AUSSCHLUSS DES GUTGLÄUBIGEN ERWERBS VON ABHANDENGEKOMMENEN BEWEGLICHEN SACHEN NACH § 935 BGB

A) Begriff des Abhandenkommens

- I. Voraussetzung ist der unfreiwillige Verlust des unmittelbaren Besitzes
- II. Beispielsfälle zu § 935 I S. 2 BGB

B) Problemfälle des Abhandenkommens

I. Sonderfälle zum Besitzverlust

1. Abgrenzung zwischen Besitzaufgabe und bloßer Besitzlockerung
2. Abhandenkommen bei Mitbesitzern
 - a) Der mitbesitzende Eigentümer
 - b) Der mitbesitzende Dritte

3. Abhandenkommen des Erbenbesitzes, § 857 BGB

4. Bestandteile und Früchte

II. Sonderfälle zur Freiwilligkeit des Besitzverlustes

1. Weisungswidrige Weggabe durch Besitzdiener bzw. Aufschwingen zum Eigenbesitzer
2. Weggabe durch Organe oder gesetzliche Vertreter einer Gesellschaft
3. Weggabe durch Geschäftsunfähigen bzw. beschränkt Geschäftsfähigen
 - a) Weggabe durch Geschäftsunfähigen
 - b) Besitzherausgabe durch beschränkt Geschäftsfähigen
4. Abhandenkommen bei Willensmängeln und Drohung
 - a) Herausgabe aufgrund eines Irrtums oder einer arglistigen Täuschung
 - b) Herausgabe aufgrund Drohung

5. Wegnahme durch Hoheitsakt

C) Gutgläubiger Erwerb trotz eines Abhandenkommens gem. § 935 II BGB

I. Geld und Inhaberpapiere

1. Geld

- a) Sinn und Zweck der Norm
- b) Keine Anwendbarkeit des § 935 II BGB auf Sammlermünzen

2. Inhaberpapiere

- a) Inhaberkarten/ -marken nach § 807 BGB
- b) Briefmarken

II. Öffentliche Versteigerung (§ 383 BGB) - Internetversteigerung (§ 979 Ia BGB)

1. Öffentliche Versteigerung (§ 383 BGB)

2. Internetversteigerung (§ 979 Ia BGB)

GRUNDFÄLLE

ABHANDENKOMMEN, § 935 BGB

A) Sound

B) Gliederung

C) Lösung

1. Weggabe durch Besitzdiener

- a) V unmittelbarer Besitzer nach § 854 I BGB?
- b) § 855 BGB
- c) E hat Besitz ohne seinen Willen verloren

2. Minderjährigkeit

- a) Besitzaufgabe Realakt oder geschäftsähnliche Handlung?
- b) Eigene Willensbildung des V und Einsichtsfähigkeit in Bedeutung des Vorgangs

3. Geschäftsunfähigkeit

4. Drohung

5. Täuschung

D) Zusammenfassung

E) Zur Vertiefung

DER BRANDSTIFTER

A) Sound

B) Gliederung

C) Lösung

I. Mord, §§ 211 II Gr. 2 Var. 3, Gr. 3 Var. 2, 212 I StGB

1. Objektiver Tatbestand

2. Subjektiver Tatbestand

II. Ergebnis

D) Zusammenfassung

E) Zur Vertiefung

HEMMER.LIFE

1 VERSCHLEISS VERSUS MANGEL: ES KOMMT AUF DAS FAHRZEUG AN! WENN VERSCHLEISS, WIRD AUCH KEIN MANGEL VERMUTET!

+++ Verkauf eines gebrauchten PKW +++ Voraussetzung für die Mangelhaftigkeit +++ Abgrenzung eines Mangels i.S.d. § 434 I S. 2 Nr. 1, 2 BGB zu Verschleiß +++ §§ 433 I S. 2 Nr. 1, 2, 477 BGB +++

Sachverhalt (leicht abgewandelt): V ist Gebrauchtwagenhändler. Mit Vertrag vom 11. Januar 2014 kaufte K zu privaten Zwecken bei V einen bei Vertragsschluss über 9 Jahre alten, gebrauchten PKW mit einer Laufleistung von über 80.000 km zum Preis von 5.650 €. Der PKW hatte bereits mehrere Vorbesitzer.

Im Kaufvertrag findet sich unter der Rubrik „sonstige Vereinbarungen“ die Aussage „TÜV/AU neu“. Die Hauptuntersuchung des Fahrzeugs erfolgte am 14. Januar 2014, wobei es keine Beanstandungen gab. Drei Tage später, am 17. Januar 2014, fand die Übergabe des Fahrzeugs an K statt.

In der Folgezeit machte K gegenüber V mehrere Mängel des Fahrzeugs geltend, u.a. beanstandete sie eine starke Geräuschentwicklung am Auspuff. Anfang Juli 2014 führte V (kostenlos) Schweißarbeiten am Auspuff (Mittelschalldämpfer und Endschalldämpfer) durch.

Die K erklärte mit Schreiben vom 11. Dezember 2014 den Rücktritt vom Kaufvertrag mit der Behauptung, der PKW sei bereits bei Übergabe am Auspuff mangelbehaftet gewesen, die Nacherfüllung habe den Mangel nicht beseitigt. V stellt in Abrede, dass das Fahrzeug bei Übergabe mangelhaft war, die Schweißarbeiten seien zudem nicht zum Zwecke einer Nacherfüllung durchgeführt worden, sondern wegen normalen Verschleißes und der Abnutzung des Auspuffs auf Kulanzbasis.

Ist der von K erklärte Rücktritt wirksam?

A) Sounds

1. Ein bei Gefahrübergang vorliegender, dem Alter, der Laufleistung und der Qualitätsstufe entsprechender, gewöhnlicher, die Verkehrssicherheit nicht beeinträchtigender Verschleiß eines für den Straßenverkehr zugelassenen Kraftfahrzeugs begründet keinen Sachmangel i.S.d. § 434 I S. 2 Nr. 1, 2 BGB. Dies gilt auch dann, wenn sich daraus in absehbarer Zeit – insbesondere bei der durch Gebrauch und Zeitablauf zu erwartenden weiteren Abnutzung – ein Erneuerungsbedarf ergibt.

2. Die Vermutung des § 477 HS 1 BGB entbindet den Käufer nicht davon, darzulegen und notfalls zu beweisen, dass sich an der Kaufsache innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang ein mangelhafter Zustand (Mangelercheinung) gezeigt hat. Der Käufer ist dann des Vortrags und des Nachweises enthoben, auf welche Ursache der zu Tage getretene mangelhafte Zustand zurückzuführen ist, sowie dass diese Ursache in den Verantwortungsbereich des Verkäufers fällt, d.h. schon bei Gefahrübergang vorgelegen hat.

B) Problemaufriss

Wer ein Fahrzeug erwirbt, wird stets einen einwandfreien Zustand erwarten. Von dieser subjektiven Einschätzung ist die Frage zu trennen, welchen Zustand er erwarten kann, vgl. den Wortlaut des § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB. Naturgemäß ist die berechnete Erwartungshaltung beim Neuwagenkauf eine andere als beim Kauf gebrauchter Fahrzeuge. Je älter das Fahrzeug ist, desto weniger wird auch die Erwartung des Käufers an ein „perfektes“ Fahrzeug geschützt. Das macht dieser Fall deutlich, in dem es um die Abgrenzung zwischen Mangelhaftigkeit und Verschleiß geht.

Anmerkung: Diese Abgrenzungsfrage stellt sich nicht nur im Kaufrecht. Auch im Reisevertragsrecht muss man den Mangel

i.S.d. § 651i II S. 2 Nr. 2 BGB von bloßen „Unannehmlichkeiten“ abgrenzen, für welche der Reisende keine Rechte gegenüber dem Reiseveranstalter geltend machen kann.¹

Dabei sind die Grenzen in gewisser Weise fließend. Insbesondere mit der vorliegenden Entscheidung macht der BGH deutlich, dass stets das konkrete Fahrzeug betrachtet werden muss, um die berechnete Erwartungshaltung des Käufers ausfindig zu machen.

Zudem klärt der BGH, ob sich im Rahmen des Verbrauchsgüterkaufs an dieser Betrachtung durch die Vorschrift des § 477 BGB etwas ändert, wenn die Parteien darüber streiten, ob eine bestimmte Eigenschaft des PKW einen Mangel darstellt oder eben nur Verschleiß. Hier geht es um die Frage der Beweislastverteilung.

C) Lösung

Zu prüfen ist, ob der von K erklärte Rücktritt wirksam war.

Der Rücktritt könnte gem. §§ 433 I S. 2, 434 I S. 2 Nr. 1 bzw. 2, 437 Nr. 2, 323 I BGB berechnigt gewesen sein. Dann müsste zwischen V und K ein wirksamer Kaufvertrag bestehen, der PKW müsste bei Gefahrübergang einen Mangel aufgewiesen haben, der trotz Fristsetzung durch V nicht behoben wurde. Zudem dürfte der Rücktritt nicht ausgeschlossen sein.

Voraussetzungen des Rücktritts nach §§ 437 Nr. 2, 323 BGB:

- 1. Wirksamer KV (= gegenseitiger Vertrag)**
- 2. Rücktrittserklärung, § 349 BGB**
- 3. Vorliegen eines Rechtsmangels, § 435 BGB**
- 4. Erfolgreicher Ablauf einer angemessenen Frist zur Nacherfüllung bzw. Entbehrlichkeit, §§ 323 I, II, 440 BGB**
- 5. Keine Unerheblichkeit der Pflichtverletzung (§ 323 V S. 2 BGB) bzw. keine sonstigen Ausschlussgründe (§§ 323 VI, 438 IV, 218 I BGB) bzw. § 242 BGB**
- 6. Rechtsfolge: Rückabwicklung Zug-um-Zug, §§ 348, 320 I, 322 I BGB**

I. Kaufvertrag (+)

V und K haben am 11. Januar 2014 einen Kaufvertrag über den streitgegenständlichen PKW geschlossen. Unwirksamkeitsgründe lassen sich dem Sachverhalt nicht entnehmen.

II. Mangel bei Gefahrübergang

Der PKW müsste bei Gefahrübergang mangelhaft gewesen sein, § 434 I BGB. Der Gefahrübergang erfolgte vorliegend durch die Übergabe des PKW an K am 17. Januar 2014.

Mit diesem Zeitpunkt ging die Gefahr zufälliger (weiterer) Verschlechterungen auf die K über, § 446 S. 1 BGB.

Die Mangelhaftigkeit könnte sich vorliegend daraus ergeben, dass sich die Auspuffanlage nicht in einem geschuldeten Zustand befand. Der Umstand, dass Schweißarbeiten am Auspuff, konkret an Mittel- und Endschalldämpfer, erforderlich waren, könnte dafür sprechen, dass sich das Fahrzeug nicht in geschuldetem Zustand befand.

1. Mangel gem. § 434 I S. 1 BGB wegen Vereinbarung „TÜV neu“?

Gem. § 434 I S. 1 BGB ist die Sache frei von Sachmängeln, wenn sie bei Gefahrübergang die vereinbarte Beschaffenheit aufweist. Allerdings sind dem Sachverhalt keine – auch nicht stillschweigende – Vereinbarungen über den Zustand des Auspuffs zu entnehmen. Es wäre auch atypisch, ohne konkreten Anlass eine derartige Verständigung zu treffen.

Etwas anderes könnte sich jedoch daraus ergeben, dass sich im Kaufvertrag der Passus fand „TÜV neu“. Zwar wurde das Fahrzeug vor der Übergabe dem TÜV zur Überprüfung vorgestellt und es wurden keine Beanstandungen vorgenommen. Möglicherweise beinhaltet die Vereinbarung „TÜV neu“ über das bloße Erlangen der Plakette hinaus jedoch auch eine Verständigung darüber, dass sich das Fahrzeug auch in einem Zustand befindet, welcher der Straßenverkehrszu-

¹ Vgl. dazu Palandt, § 651i, Rn. 9.

lassungsordnung entspricht, § 29 StVZO. Dann würde das Übersehen etwaiger Umstände, welche der Zulassung entgegenstehen, zu Lasten des Verkäufers gehen.

Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass ein verständiger Käufer die Zusage „TÜV neu“ so verstehen darf, dass der Verkäufer auch für einen dem § 29 StVZO entsprechenden Zustand einstandspflichtig sein will.²

hemmer-Methode: Das wird man jedenfalls annehmen müssen, wenn ein Händler diese Zusage tätigt.

Beim Verkauf von privat darf ein Käufer jedenfalls grundsätzlich diesen Erklärungsinhalt nicht annehmen, denn der Privatverkäufer strahlt keine besondere Kompetenz hinsichtlich des Zustands des von ihm veräußerten PKW aus. Diese Rechtsprechung hat der BGH zudem auf die Beschaffenheitsvereinbarung „H-Kennzeichen“ übertragen. Erfolgt diese Vereinbarung im Rahmen eines Privatverkaufs, kann der Käufer nur erwarten, dass das H-Kennzeichen vorhanden ist.

Erfolgt die Zusage demgegenüber von einem Händler als Verkäufer, darf der Käufer auch hier vom Vorliegen der Voraussetzungen für die Erteilung des H-Kennzeichens i.S.d. § 21c StVZO ausgehen.³

Überträgt man dies auf den vorliegenden Fall, würde sich daraus jedoch nur dann eine Mangelhaftigkeit des PKW ableiten lassen, wenn die „Probleme“ an der Auspuffanlage der Zulassung i.S.d. § 29 StVZO entgegenstehen würden. Nur wenn der TÜV die Plakette nicht hätte erteilen dürfen, wäre von der Mangelhaftigkeit auszugehen. Dass die Auspuffanlage sich in einem Zustand befand, welcher der Zulassung entgegenstand, lässt sich dem Sachverhalt aber gerade nicht entnehmen. Der Umstand, dass die Mitarbeiter des TÜV den Zustand des Fahrzeugs nicht gerügt hatten, spricht jedenfalls gegen die Annahme eines Zulassungshindernisses.

Zwischenergebnis: Der PKW war nicht mangelhaft i.S.d. § 434 I S. 1 BGB.

2. Mangel gem. § 434 I S. 2 Nr. 1 BGB?

Dem Fahrzeug der K fehlte bei Gefahrübergang auch nicht die Eignung zu einer vertraglich vorausgesetzten Verwendung.

Eine vertraglich vorausgesetzte Verwendung betrifft nach überzeugender Rechtsprechung des BGH jedenfalls keine konkreten Eigenschaften des PKW, sondern nur eine besondere Nutzungsart.⁴ Andernfalls würde dem § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB ein Großteil seines Anwendungsbereichs genommen werden.

Da es vorliegend jedoch um eine konkrete Eigenschaft des Fahrzeugs geht – nämlich um die Funktionstauglichkeit der Auspuffanlage – ist § 434 I S. 2 Nr. 1 BGB nicht einschlägig.

Anmerkung: Der BGH hat in der Entscheidung nicht zwischen Nr. 1 und Nr. 2 differenziert, sondern beide zusammengeprüft. Das sollten Sie in der Klausur vermeiden. Der Korrektor erwartet eine genaue Subsumtion unter die Norm. Da § 434 I S. 2 Nr. 1 BGB – wie gesehen – nach besonderen Voraussetzungen verlangt (konkrete Nutzungsart), ist eine Differenzierung auch stets möglich!

3. Mangel gem. § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB?

Daher kann sich die Mangelhaftigkeit allenfalls aus § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB ergeben. Danach ist die Sache **frei** von Sachmängeln, wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet, **und** eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann.

hemmer-Methode: Achten Sie auf die Formulierung der Vorschrift: Es ist nicht Voraussetzung für einen Sachmangel, dass beide Varianten der Norm verwirklicht sind. Vielmehr genügt es für die Mangelhaftigkeit, dass die Sache entweder nicht zur gewöhnlichen Verwendung taugt oder keine Beschaffenheit aufweist, die der Käufer i.S.d. Norm erwarten kann!

Die gewöhnliche Verwendung eines PKW besteht darin, im Straßenverkehr benutzt werden zu können. Es kommt daher darauf an, ob das verkaufte Fahrzeug dazu nicht oder nur eingeschränkt geeignet war.

2 BGHZ 103, 275 (280 ff.), Life&Law 07/2015, 480 ff. = NJW 2015, 1669 ff. = jurisbyhemmer.

3 BGH, Life&Law 02/2016, 75 ff. = jurisbyhemmer. Die Besonderheit dieses Falles bestand darin, dass der Verkäufer zwar Privatperson war, sich aber als besonders fachkundig im Hinblick auf Oldtimer ausgegeben hatte. Daraus hat der BGH sodann wiederum einen besonderen Einstandswillen abgeleitet.

4 BGH, Life&Law 10/2019, 659 ff. = jurisbyhemmer.

a) Ansicht der Vorinstanz (OLG Köln)⁵

Nach Auffassung der Vorinstanz ist normaler Verschleiß an der Auspuffanlage eines Gebrauchtfahrzeugs nicht als Sachmangel anzusehen. Was unter normalem Verschleiß zu verstehen ist, bestimmt sich nach Alter, Laufleistung, Anzahl der Vorbenutzer sowie der Art der Vorbenutzung des Fahrzeugs.

Daran gemessen wird man im vorliegenden Fall nicht von einem Mangel ausgehen können. Bei einem 9 Jahre alten Fahrzeug mit einer Laufleistung von über 80.000 km und mehreren Vorbesitzern sind Durchrostungen an der Auspuffanlage nichts Außergewöhnliches.

b) BGH folgt dem jedenfalls im vorliegenden Fall

Dem stimmt der BGH in der vorliegenden Entscheidung grundsätzlich zu. Allerdings macht der BGH deutlich, dass dies nicht ausnahmslos zu gelten hat.

Bei sicherheitsrelevanten Teilen – wie etwa der Bremsanlage – wird es **im Fall der Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit** regelmäßig an der Eignung des Fahrzeugs zur Verwendung im Straßenverkehr fehlen und somit ein Mangel gem. § 434 I S. 2 Nr. 1 und 2 BGB vorliegen.

Denn der Käufer eines als fahrbereit veräußerten (auch älteren) Gebrauchtfahrzeugs kann erwarten, dass Verschleißteile in einem solchen Fall ersetzt oder repariert worden sind.

Anmerkung: Das ist für die Praxis von entscheidender Bedeutung: Sind bei einem Gebrauchtfahrzeug die Bremsen also „vollständig runter“ oder die Reifen unter der zulässigen Profiltiefe, muss der Händler, wenn er den Austausch scheut, bei Vertragsschluss auf diesen Umstand hinweisen, um die Mängelrechte des Käufers entfallen zu lassen, § 442 I S. 1 BGB. Es ist davon auszugehen, dass dies bei der Veräußerung von privat wiederum weniger streng zu sehen ist, da der Käufer nicht davon ausgehen kann, dass sich der Verkäufer vor der Veräußerung darüber Gedanken gemacht haben wird. Insoweit wäre es dann Sache des Käufers, das Fahrzeug (ggfs. im Zuge einer Probefahrt) in einer Werkstatt vorzustellen, um eine entsprechende Überprüfung vorzunehmen.

Soweit jedoch – wie im vorliegenden Fall hinsichtlich der Auspuffanlage – die Verkehrssicherheit nicht betroffen ist, ist ein „normaler“ Verschleiß i.S.d. Beurteilungen durch die Vorinstanz nicht als Mangel einzustufen.

Anmerkung: Genau lesen! Bei außergewöhnlichem Verschleiß kann sich also auch hier etwas anderes ergeben. In einem solchen Fall – wenn etwa die gesamte Auspuffanlage nicht mehr richtig befestigt ist, weil auch die Aufhängung durchgerostet ist – wäre es aber auch vertretbar, bei dem Punkt der Verkehrssicherheit anzusetzen und diese in Abrede zu stellen.

Der Umstand, dass Schweißarbeiten durch V nach knapp einem halben Jahr nach Übergabe durchgeführt wurden, deutet noch nicht auf außergewöhnlichen Verschleiß hin, weil dies bei entsprechenden Fahrzeugen nicht unüblich erscheint.

Dies gilt auch dann, wenn sich aus dem Verschleiß in absehbarer Zeit – insbesondere bei der durch Gebrauch und Zeitablauf zu erwartenden weiteren Abnutzung – ein Erneuerungsbedarf ergibt. Andernfalls würde der Verkäufer faktisch im Sinne einer Haltbarkeitsgarantie auch für Entwicklungen nach Übergabe der Sache haftbar gemacht werden können.

c) Kein anderes Ergebnis wegen § 477 BGB

Fraglich ist, ob sich aus der Tatsache etwas anderes ergibt, dass der Kaufvertrag zwischen V und K ein Verbrauchsgüterkauf i.S.d. § 474 I S. 1 BGB ist. Hier besteht zugunsten des Verbrauchers die Beweislastumkehr des § 477 BGB.

Zu prüfen ist, ob sich diese Beweislastumkehr auch auf die Frage bezieht, ob der Umfang des (unstreitigen) Verschleißes an der Auspuffanlage so hoch ist, dass dies zur Mangelhaftigkeit führt.

Mit anderen Worten: Ist die vom BGH im Rahmen des § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB vorgenommene Differenzierung zwischen gewöhnlichem und außergewöhnlichem Verschleiß Gegenstand einer Beweislastumkehr? Dann würde zugunsten der K vermutet werden, dass der Verschleiß außergewöhnlich war (so dass etwa ein Austausch der gesamten Auspuffan-

lage erforderlich war).

Zudem würde sodann – sofern sich diese Erscheinung (wie vorliegend) innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang zeigt – auch vermutet werden, dass dieser Mangel schon bei Gefahrübergang vorgelegen hatte.

Nach der neueren Rechtsprechung des BGH greift die Vermutung des § 477 HS 1 BGB zugunsten des Käufers bereits dann ein, wenn diesem der Nachweis gelingt, dass sich innerhalb von sechs Monaten ab Gefahrübergang ein mangelhafter Zustand (eine Mangelercheinung) gezeigt hat, der – unterstellt, er hätte seine Ursache in einem dem Verkäufer zuzurechnenden Umstand – dessen Haftung wegen Abweichung von der geschuldeten Beschaffenheit begründen würde.

Der Käufer ist durch die Vorschrift des Vortrags und des Nachweises enthoben, auf welche Ursache der zu Tage getretene mangelhafte Zustand zurückzuführen ist, sowie dass diese Ursache in den Verantwortungsbereich des Verkäufers fällt.⁶

Die Vermutungswirkung des § 477 HS 1 BGB kommt dem Käufer grundsätzlich auch dahin zugute, dass der binnen sechs Monaten nach Übergabe zu Tage getretene mangelhafte Zustand zumindest im Ansatz (latent) schon bei Gefahrübergang vorgelegen hat.

hemmer-Methode: Die Fälle, die das betrifft, sind die der sog. Weiterfresserschäden. Das sind Schäden an der Kaufsache selbst, die durch einen Mangel bei Gefahrübergang ausgelöst werden.⁷

Taucht ein Mangel innerhalb von sechs Monaten auf, wird das Vorliegen eines Grundmangels als Ursache für den Folgemangel bereits bei Gefahrübergang vermutet.

Im vorliegenden Fall ist jedoch ein mangelhafter Zustand (Mangelercheinung), an den die Vermutung des § 476 BGB anknüpfen könnte, innerhalb der Sechsmonatsfrist nicht aufgetreten.

Die von K innerhalb von sechs Monaten nach Gefahrübergang beanstandete starke Geräusentwicklung an der Auspuffanlage mag zwar darauf schließen lassen, dass an der Auspuffanlage zu diesem Zeitpunkt mehr oder minder starke Durchrostungen vorhanden waren.

Selbst wenn man dies unterstellt, ergibt sich daraus – wie oben aufgezeigt – aber gerade keine Mangelhaftigkeit des PKW, sondern nur der beschriebene „normale“ Verschleiß.

Nach Intention und Wortlaut des § 477 BGB ändert die Vorschrift aber nichts an dem Grundsatz, dass den Käufer auch im Rahmen des Verbrauchsgüterkaufs die Beweislast dafür trifft, dass der als vertragswidrig gerügte Zustand seinerseits überhaupt die Qualität eines Mangels hat. Anderes ergibt sich auch nicht aus der der Norm zugrunde liegenden Verbrauchsgüterkaufrichtlinie, nach der die Vermutung erst dann relevant wird, wenn der Käufer innerhalb von sechs Monaten eine Mangelercheinung vorträgt. Wann ein Zustand als mangelhaft zu qualifizieren ist, ist in § 477 BGB jedoch nicht geregelt, sondern bestimmt sich vielmehr abschließend nach § 434 I BGB.

Dementsprechend hätte K entweder eine außergewöhnliche Verschleißerscheinung oder aber eine solche vortragen müssen, aus der sich eine Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit ergibt. Entsprechendes lässt sich dem Sachverhalt jedoch nicht entnehmen. Auch der Umstand, dass V (kostenlos) im Juli 2014 Schweißarbeiten vorgenommen hatte, lässt nicht auf eine außergewöhnliche Verschleißerscheinung schließen.

Der PKW der K wies damit keinen Mangel auf, so dass es auf die weiteren Voraussetzungen des Rücktritts nicht mehr ankommt.

II. Endergebnis

Der von K erklärte Rücktritt, § 349 S. 1 BGB, war nicht wirksam, da es an einem Rücktrittsgrund fehlte.

D) Kommentar

(cda). Die Entscheidung bringt im Grunde genommen keine neuen Erkenntnisse, weil die einzelnen Problemkreise (TÜV neu, Abgrenzung Verschleiß zu Mangel, Reichweite der Vermutung des § 477 BGB) letztlich bereits zuvor ent-

6 BGH, Life&Law 01/2017, 1 ff. = jurisbyhemmer.

7 Nicht zu verwechseln mit den sog. Mangelfolgeschäden. Diese setzen zwar ebenfalls einen Mangel bei Gefahrübergang voraus, treten dann aber an anderen Rechtsgütern auf. Wird innerhalb von sechs Monaten ein anderes Rechtsgut des Käufers beschädigt (Gesundheit, Eigentum), wird aber gerade nicht vermutet, dass dies auf einen Mangel bei Gefahrübergang zurückzuführen ist. Denn die Beeinträchtigung eines anderen Rechtsgutes ist selbst kein Mangel, sondern eben nur – wie der Name schon sagt – die Folge eines Mangels!

schieden worden waren.

Gleichwohl könnte die Vielzahl der in dem Fall relevanten Probleme für einen Klausurersteller reizvoll sein.

Hinsichtlich der von V vorgenommenen Schweißarbeiten steht nach dem Ergebnis natürlich fest, dass es sich nicht um einen Nacherfüllungsleistung handelte. Denn diese würde ja zunächst einmal einen Mangel voraussetzen, den es zu beheben gilt.

Vertiefen Sie im Hinblick auf das Thema „nicht erfolgreicher Nacherfüllungsversuch“ noch einmal die Entscheidung des BGH im Heft 12 der Life&Law 2020, in der der BGH klarstellt, dass eine gesetzte Frist nicht nur dann fruchtlos verstrichen ist, wenn der Verkäufer gar nicht nacherfüllt, sondern auch dann, wenn er sich an einer Behebung versucht, dies aber nicht gelingt. Hier muss der Käufer – in Abgrenzung zu § 440 S. 1 Alt. 2, S. 2 BGB – keine zweite Chance zur Behebung des Mangels einräumen.⁸

E) Wiederholungsfrage

- **Welchen Inhalt hat die Zusage eines Kfz-Händlers im Kaufvertrag „TÜV neu“?**

Der BGH geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass ein verständiger Käufer die Zusage „TÜV neu“ so verstehen darf, dass der Verkäufer auch für einen dem § 29 StVZO entsprechenden Zustand einstandspflichtig sein will und nicht nur für das Vorhandensein der Plakette.

F) Zur Vertiefung

Zur Mangelhaftigkeit gem. § 434 I S. 2 Nr. 2 BGB

- Hemmer/Wüst/Tyroller, Schuldrecht BT I, Rn. 99 ff.

2 ÜBERLASSUNG EINES KFZ ZU EINER UNBEGLEITETEN PROBEFAHRT BEGRÜNDET FREIWILLIGEN BESITZVERLUST: KAUFINTERESSENT ≠ BESITZDIENER DES VERKÄUFERS! BAHN FREI FÜR DEN GUTGLÄUBIGEN ERWERB!!!

+++ Probefahrt mit Kraftfahrzeug +++ Besitzdiener +++ Besitzlockerung vs. Besitzverlust +++
Abhandenkommen +++ Gutgläubiger Erwerb +++ §§ 854, 855, 929, 932, 935 BGB +++

Sachverhalt (leicht abgewandelt): E betreibt ein Autohaus. Ende August 2017 suchte N das Autohaus des E auf und gab vor, am Kauf eines Mercedes-Van (V-Klasse) interessiert zu sein, der einen Wert von 52.900 € hatte und von E als Vorführwagen benutzt wurde.

Da N eine Probefahrt machen wollte, ließ sich E von N dessen Papiere zeigen. N legte einen italienischen Personalausweis, eine Meldebestätigung einer deutschen Stadt und einen italienischen Führerschein vor. Die Unterlagen, die sich später als hochwertige Fälschungen herausstellten, wurden von E kopiert und die angebliche Mobilnummer des N notiert.

Dem N wurden daraufhin ein Fahrzeugschlüssel, das mit einem roten Kennzeichen versehene Fahrzeug sowie eine Kopie der Zulassungsbescheinigung Teil I („Fahrzeugschein“) für eine einstündige Probefahrt von 11:30 Uhr bis 12:30 Uhr ausgehändigt. N kehrte in der Folgezeit mit dem Fahrzeug allerdings nicht mehr zu dem Autohaus zurück. Vielmehr bot er es im September 2017 im Internet zum Verkauf an.

Dieses Angebot fiel dem K auf, der das Auto erwerben wollte. Bei dem telefonisch vereinbarten Treffen am Hauptbahnhof legte N die Zulassungsbescheinigungen Teil I und II vor, die auf seine angeblichen Personalien ausgestellt waren und die die Fahrzeugidentifikationsnummer des Fahrzeuges auswiesen. Die Bescheinigungen waren auf Originalvordrucken, die aus einer Zulassungsstelle gestohlen worden waren, angefertigt. K, der nicht erkennen konnte, dass es sich um Fälschungen handelte, schloss mit N einen Kaufvertrag über das Fahrzeug zum Preis von 46.500,- €. K zahlte bar. Nach der Zahlung wurden dem K das Fahrzeug, die Zulassungspapiere, ein passender sowie ein weiterer - nicht dem Fahrzeug zuzuordnender - Schlüssel übergeben.

Als K den Wagen zulassen wollte, wurde dies von der zuständigen Behörde abgelehnt, da das Fahrzeug als gestohlen gemeldet war. Der von der Behörde informierte E verlangt nun von K die Herausgabe „seines“ Mercedes. K lehnt dies ab und verlangt seinerseits von E die Herausgabe der Original-Zulassungspapiere und des Zweitschlüssels.

1. Kann E von K Herausgabe des Mercedes verlangen?

2. Kann K von E Herausgabe der Original-Zulassungspapiere und des Zweitschlüssels verlangen?

A) Sounds

1. Der Erwerber eines gebrauchten Kfz ist gutgläubig, wenn er sich die Fahrzeugpapiere aushändigen lässt und es sich dabei um nicht erkennbare Fälschungen handelt, selbst wenn es sich um ein Bargeschäft am Hauptbahnhof über knapp 50.000,- € handelt.

2. Ein Kaufinteressent, der eine Probefahrt mit einem Kraftfahrzeug unternimmt, ist nicht Besitzdiener des Verkäufers.

3. Die Überlassung eines Kraftfahrzeugs durch den Verkäufer zu einer unbegleiteten und auch nicht anderweitig überwachten Probefahrt eines Kaufinteressenten auf öffentlichen Straßen für eine gewisse Dauer (hier eine Stunde) ist keine Besitzlockerung, sondern führt zu einem freiwilligen Besitzverlust.

4. Wird das Fahrzeug in einem solchen Fall nicht zurückgegeben, liegt daher kein Abhandenkommen im Sinne des § 935 I S. 1 BGB vor.

B) Problemaufriss

Der nach kürzester Zeit bereits äußerst „populäre Fall“ behandelt zentrale Fragen der juristischen Ausbildung. Konkret geht es um die Frage des gutgläubigen Erwerbs.

Zentrales Problem des Falles ist die Frage, ob dem unmittelbaren Besitzer E der Mercedes-Van abhandengekommen ist. In diesem Fall wäre der gutgläubige Erwerb nämlich nach § 935 I S. 1 BGB ausgeschlossen, auch wenn der Erwerber gutgläubig i.S.d. § 932 II BGB war.

Der BGH lehnt - anders als die Vorinstanz (OLG Frankfurt am Main)⁹ - ein Abhandenkommen ab.

Die Entscheidungsgründe können kurz wie folgt zusammengefasst werden:

- Bei einer unbegleiteten Probefahrt liegt nicht nur eine Besitzlockerung vor, sondern eine Besitzaufgabe.
- N war mangels Abhängigkeitsverhältnis zu E nicht dessen Besitzdiener (§ 855 BGB), sodass auch kein Abhandenkommen durch ein sog. „Aufschwingen“ zum Eigenbesitzer vorlag.
- Werden dem Erwerber hervorragend gefälschte Fahrzeugpapiere vorgelegt, so führt auch ein Bargeschäft über 46.500,- € am Hauptbahnhof nicht zur Bösgläubigkeit des Erwerbers.
- Der Erwerber hat daher das Eigentum am Kfz gutgläubig erworben und damit auch analog § 952 BGB das Eigentum an der Zulassungsbescheinigung Teil II („Fahrzeugbrief“).
- Ein Anspruch auf Herausgabe des zweiten Fahrzeugschlüssels besteht hingegen nicht, weil dieser nicht übereignet wurde und als bloßes Zubehör nicht automatisch mit dem Kfz zusammen übereignet wird.

Die Fallfragen waren im Original Gegenstand der Klage (Frage 1) und einer Widerklage (Frage 2). Auch im Examen müssen Sie mit einer solchen prozessualen Einkleidung rechnen. Damit der Blick auf den wesentlichen Inhalt der Entscheidung nicht durch prozessuale Fragen überfrachtet wird, haben wir die Entscheidung für die Besprechung in der **Life&Law** in zwei Fallfragen aufgeteilt.

C) Lösung Frage 1

Fraglich ist, ob E von K Herausgabe des Mercedes-Van (im Folgenden: Kfz) verlangen kann.

I. Anspruch auf Herausgabe gem. § 985 BGB

Ein Anspruch auf Herausgabe stünde dem E gegen K nur dann zu, wenn er Eigentümer des Kfz ist und dem K kein Recht zum Besitz nach § 986 I S. 1 BGB zusteht.

hemmer-Methode: In Klausuren ist oft zu lesen, es sei eine Voraussetzung des Anspruches aus § 985 BGB, dass dem Anspruchsgegner kein Recht zum Besitz zusteht. Das ist nicht richtig.

Voraussetzungen eines Anspruches muss der Anspruchsteller beweisen. Das Recht zum Besitz ist aber eine vom Anspruchsgegner (dem Besitzer) zu beweisende Einwendung.

Der Wortlaut des § 986 I S. 1 BGB (... „kann die Herausgabe verweigern“) ist daher ungenau, da diese Formulierung auf eine Einrede hindeuten könnte. Es handelt sich aber nach allgemeiner Ansicht um eine Einwendung, die von Amts wegen zu berücksichtigen ist, auch wenn sich der Besitzer nicht darauf beruft (vgl. die Gesetzesüberschrift).

Klausur-Tipp: Schreiben Sie unter der Überschrift „Kein Recht zum Besitz gem. § 986 BGB“ als Obersatz: Der Anspruch aus § 985 BGB wäre ausgeschlossen, wenn dem „XY“ ein Recht zum Besitz i.S.d. § 986 I S. 1 BGB zustehen würde.

Ursprünglicher Eigentümer des Kfz war E.

E könnte das Eigentum aber verloren haben, wenn K das Kfz gutgläubig von N gem. §§ 929 S. 1, 932 I S. 1, II BGB erworben hätte.

1. Dingliche Einigung und Übergabe gem. § 929 S. 1 BGB