

### § 477 Beweislastumkehr<sup>1</sup>

Zeigt sich innerhalb von sechs Monaten seit Gefahrübergang ein Sachmangel, so wird vermutet, dass die Sache bereits bei Gefahrübergang mangelhaft war, es sei denn, diese Vermutung ist mit der Art der Sache oder des Mangels unvereinbar.

#### Literatur:

*Grohmann/Gruschinske*, Beweislastumkehr gem. § 476 BGB – Tendenz zu einem effizienteren Verbraucherschutz?, ZGS 2005, 452 ff; *Gsell*, Die Beweislast für den Sachmangel beim Verbrauchsgüterkauf, JuS 2005, 967 ff; *Gsell*, Sachmangelbegriff und Reichweite der Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf, JZ 2008, 29 ff; *Kieselstein*, Die Anwendung des § 476 BGB in der neuesten Rechtsprechung, ZGS 2005, 338 ff; *Kieselstein*, Die Rechtsprechung des BGH zu § 476 BGB, ZGS 2006, 170 ff; *Klöhn*, Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf (§ 476 BGB), NJW 2007, 2811 ff; *R. Koch*, Die Erweiterung des Anwendungsbereichs der Beweislastumkehr im Kaufrecht, NJW 2017, 1068 ff; *Lorenz*, Sachmangel und Beweislastumkehr im Verbrauchsgüterkauf – Zur Reichweite der Vermutungsregelung in § 476 BGB, NJW 2004, 3020 ff; *Maulitzsch*, Der Ausschluss der Beweislastumkehr gem. § 476 BGB a. E., NJW 2006, 3091 ff; *Muthorst*, Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf – Die Grundmangel-Fälle zwischen EuGH und Bundesgerichtshof, GPR 2017,

<sup>2</sup> MK-BGB/Lorenz, § 475 Rn 41.

<sup>3</sup> Über sekundäre Behauptungslast *Baumgärtel/Laumen*, Bd 1, Kap 22 Rn 1 ff.

<sup>4</sup> MK-BGB/Lorenz, § 475 Rn 41.

<sup>5</sup> S oben § 438 Rdn 4.

<sup>1</sup> Stand der Vorschrift: Gesetz vom 28. April 2017, BGBl I 2017, S. 969.

222 ff; *Reinking*, Beweislastumkehr bei gebrauchten Sachen oder Legt ihr's nicht aus, so legt was unter, ZfS 2002, 7 f; *Reinking*, Die Beweislast und ihre Umkehr, DAR 2004, 550 ff; *Reinking*, Die Rechtsprechung des BGB zur Beweislastumkehr beim Autokauf, DAR 2007, 601 ff; *Revilla*, Die Rechtsprechung des BGH zu § 476 BGB (Beweislastumkehr) in der praktischen Anwendung, ZfS 2007, 616 ff; *Roth*, Beweislastumkehr beim Verbrauchsgüterkauf, ZIP 2004, 2025 ff; *Steinmeister*, Neues zur Gewährleistung beim Gebrauchtwagenkauf, SVR 2005, 204 ff; *von Westphalen*, Zur Auslegung von § 476 BGB bei Verschleiß und Bedienungsfehlern, ZGS 2005, 210 ff; *Witt*, Beweislastumkehr nach § 476 BGB bei äußerlichen Beschädigungen der Kaufsache, NJW 2005, 3468 ff.

Übersicht	Rdn		Rdn
I. Grundsätzliche Beweislastverteilung . . .	1	IV. Ausnahmen von der Beweislastumkehr . .	9
II. Beweislastumkehr . . . . .	2	1. Unvereinbarkeit . . . . .	9
1. Rückbezug auf Gefahrübergang . . . . .	2	2. Allgemeiner Erfahrungssatz . . . . .	10
2. Keine Haltbarkeitsgarantie . . . . .	3	3. Bestimmungsgemäßer Einbau . . . . .	11
3. Verdeckter oder offener Mangel . . . . .	4	V. Beweisführung zum Widerlegen der	
4. »Weiterfressender« Mangel . . . . .	5	Vermutung . . . . .	12
5. Vermutung für »Weiterfressen« eines		1. Beweis der Ordnungsmäßigkeit . . . . .	12
Mangels oder Entwicklung eines Mangels		2. Protokoll . . . . .	13
aus einem Mangelansatz . . . . .	6	3. Transportschaden . . . . .	14
III. Streit um Zeitpunkt des Gefahrüber-		4. Beweisvereitelung . . . . .	15
gangs . . . . .	7	5. Sekundäre Darlegungslast des Käufers . .	16

**I. Grundsätzliche Beweislastverteilung**

1 Die in § 477 (vom 1. Januar 2002 bis zum 31. Dezember 2017 in § 476) angeordnete Beweislastumkehr knüpft an den Grundsatz an, dass nach Gefahrübergang der Käufer mit dem Nachweis eines Sachmangels belastet ist<sup>2</sup>. Zu diesem Grundsatz gehört nicht nur überhaupt, eine ungünstige Abweichung der tatsächlichen von der geschuldeten Leistung zu belegen. Vielmehr muss der Käufer auch belegen, dass diese Abweichung oder zumindest deren Wurzel der Kaufsache schon bei Gefahrübergang anhaftete<sup>3</sup>. Der Gefahrübergang richtet sich gewöhnlich allein nach § 446, da die Regelung zum Versandkauf in § 447 I gemäß § 475 II beim Verbrauchsgüterkauf nur dann Anwendung findet, wenn der Käufer den Transport eigenständig organisierte. Allenfalls vertragliche Modifikationen, die den Käufer nicht gemäß § 476 I benachteiligen, können Berücksichtigung finden. Wegen der Beweislastverteilung zur Frage, ob der Fall eines Unternehmer-Verkäufers und eines Verbraucher-Käufers vorliegt, s oben § 433 Rdn 2 ff.

**II. Beweislastumkehr**

**1. Rückbezug auf Gefahrübergang**

2 Lediglich von dem rückwärtsgewandten Teil der Beweislast befreit die Vermutungsregelung des § 477 den Käufer, wenn der Mangel innerhalb von sechs Monaten sichtbar wird. Wegen Abweichung von der Sollbeschaffenheit überhaupt bleibt auch der vom Unternehmer kaufende Verbraucher in der Beweislast<sup>4</sup>, wie sie allgemein § 363 dem Gläubiger auferlegt, welcher eine angenommene Leistung beanstandet<sup>5</sup>. Betroffen sind sowohl neue als auch gebrauchte Waren<sup>6</sup>. Desgleichen

2 Siehe oben § 434 Rdn 1 ff, Rdn 19 ff.

3 Oben § 434 Rdn 25 ff.

4 BGH NJW 2007, 2621, 2622 = MDR 2007, 1245 = VersR 2008, 928; OLG Hamm NJW-RR 2015, 378, 379; OLG Brandenburg NJW-RR 2016, 220 = VersR 2016, 1197.

5 Gegenüberstellung der Beweislastumkehr zugunsten des Verbraucher-Käufers und § 363 durch BGH BGHZ 212, 224 ff Rz 54 = NJW 2017, 1093 ff (noch zu § 476).

6 BGH NJW 2005, 3490, 3492 = MDR 2006, 253; OLG Köln NJW-RR 2004, 268; OLG Stuttgart ZGS 2005, 156, 158; *Lorenz*, NJW 2004, 3020, 3021.

ist § 477 beim Tierkauf anwendbar<sup>7</sup>. Die Vorschrift ist gemäß § 476 I 1 unabdingbar. Für die Beweislastumkehr genügt, daß der Mangel innerhalb der sechsmonatigen Frist irgendjemandem auffällt<sup>8</sup>. Der Mangel muß nicht innerhalb der Zeit schon dem Käufer oder dem Verkäufer bekannt werden. Die in § 477 angeordnete Beweislastumkehr fußt auf dem Befund gelungenen Gefahrübergangs. Sie verändert nicht die bei Verzögerung des Gefahrübergangs sich ergebende Beweislast in Fragen von Schuldnerverzug oder Gläubigerverzug, die an eine Behauptung von Mangelhaftigkeit anknüpfen<sup>9</sup>.

## 2. Keine Haltbarkeitsgarantie

Die Regelung erzeugt keine gesetzliche Haltbarkeitsgarantie<sup>10</sup>. Erst recht entlastet § 477 den Käufer nicht vom Nachweis, dass überhaupt die Verkäuferleistung negativ vom Geschuldeten abweicht<sup>11</sup>. Die Vorschrift übernimmt aber die (schon vor der Schuldrechtsmodernisierung zum 1. Januar 2002 bekannte) schwächere Form einer beweislastumkehrenden Verkäufer-Garantie<sup>12</sup> ins Gesetz, verbunden mit der alten halbjährigen Gewährleistungsfrist (§ 477 I 1 Fall 1 in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung).

## 3. Verdeckter oder offener Mangel

Der Käufer braucht nicht zu belegen, dass der Mangel bislang verborgen gewesen sei. Das Merkmal »Sich-Zeigen« verlangt keinen bislang verdeckten Mangel<sup>13</sup>. Umgekehrt ist der Verkäufer nicht nur dann beweisbelastet, wenn er den Mangel, sollte der bei Gefahrübergang schon vorhanden gewesen sein, hätte entdecken können; § 477 setzt (obwohl die Regelung auf der Annahme im allgemeinen besserer Erkenntnismöglichkeiten des Unternehmers beruht<sup>14</sup>) nicht voraus, dass im Einzelfall der Verkäufer tatsächlich besseres Wissen oder auch nur bessere Erkenntnismöglichkeiten als der Käufer hatte<sup>15</sup>. Wohl hingegen muss der Käufer belegen, dass der Mangel zu irgendeinem Zeitpunkt innerhalb der sechsmonatigen Frist sich zeigte<sup>16</sup>, das heißt sichtbar war. Nicht wiederum braucht der Käufer zu beweisen, dass er noch innerhalb der Frist den Mangel dem Verkäufer anzeigte. Eben- sowenig kann der Verkäufer sich mit dem Nachweis entlasten, innerhalb der Frist keine Benach- richtigung erhalten zu haben. Die Frist des § 477 ist keine Frist zur Wahrnehmung der Vermutung, sondern betrifft nur den Tatbestand des Mangels selbst<sup>17</sup>. Erst recht ist nicht erforderlich, daß der Käufer den Mangel innerhalb der Frist bereits gerichtlich geltend macht.

## 4. »Weiterfressender« Mangel

Die Vermutung des § 477 betrifft nur den spätestens bei Fristablauf hervorgetretenen Stand an Mangelhaftigkeit. Keinen Schutz gewährt sie dem Käufer, der von einem später (das heißt: nach Verstreichen der sechsmonatigen Frist) sich zeigenden Mangel behauptet, er sei Folge eines in der Frist sich gezeigt habenden Mangels. Vielmehr muss der Käufer das »Weiterfressen« in die Zeit nach

7 OLG Hamm NJW-RR 2005, 1369; OLG Hamm ZGS 2006, 156, 157; BGH NJW 2006, 2250 ff; BGH NJW 2007, 2619 ff.

8 NK-BGB/Büdenbender, § 476 Rn 6.

9 S wegen Beweislast zum Gläubigerverzug NK-BGB/Büdenbender, § 476 Rn 9.

10 NK-BGB/Büdenbender, § 476 Rn 3.

11 BGH NJW 2004, 2299, 2300 m Anm Gsell, EWiR § 437 BGB 1/04, 903 f, und Looschelders/Benzenberg, VersR 2007, 233 f; BGH NJW 2005, 3490, 3491 f (FN 6); BGH NJW 2006, 434, 436 = MDR 2006, 510.

12 S oben § 443 Rdn 3.

13 BGH NJW 2005, 3490, 3492 (FN 6).

14 Siehe BGH NJW 2005, 283, 284.

15 BGH NJW 2007, 2619, 2620.

16 Bamberger/Roth/Faust, § 476 Rn 4; Witt, NJW 2005, 3468, 3469.

17 MK-BGB/Lorenz, § 476 Rn 8; Staudinger/Matusche-Beckmann (2014), § 476 Rn 15.

den ersten sechs Monaten belegen. Dabei darf er in Ansehung des Ausgangsmangels (Grundmangels) die Beweislastumkehr durchaus nutzen.

##### 5. Vermutung für »Weiterfressen« eines Mangels oder Entwicklung eines Mangels aus einem Mangelansatz

- 6 Ebensovien erzeugt § 477 nach der anfänglichen Rspr und Teilen der Literatur eine Vermutung für das »Weiterfressen« eines anderen Mangels (Grundmangels), wenn innerhalb der sechsmonatigen Frist ein Mangel sich zeigt, der unstreitig oder erwiesenermaßen der Kaufsache bei Gefahrübergang noch nicht anhaftete<sup>18</sup>. Hiernach wäre es am Käufer, den Grundmangel als bei Gefahrübergang bereits bestanden habend zu belegen. Diese enge Auslegung begegnet Bedenken. Insbesondere gegenüber verborgenen Mängeln, die sich nur allmählich zur Augenfälligkeit entwickeln und lediglich mit technischem Sonderwissen oder mit Prüfgerätschaften in frühem Zustand erkennen lassen, bliebe der Verbraucher-Käufer ungeschützt. § 477 dient aber dem Ausgleich eines gesetzlich unterstellten (wenn auch nicht notwendig in jedem Einzelfall gegebenen) Informationsgefälles zwischen Unternehmer-Verkäufer und Verbraucher-Käufer. Im Sinne effizienten Verbraucherschutzes ist die Mangelvermutung nicht auf bestimmte Quellen eingeschränkt zu verstehen. Hiernach greift die Beweislastumkehr des § 477 BGB auch dann, wenn die Ursache zwar nicht im unmittelbar betroffenen Bereich der Kaufsache liegen kann, aber ihre Verortung in einem anderen Bereich nicht ausgeschlossen ist<sup>19</sup>. Spätestens nach einer Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes aus dem Jahre 2015 wird man einer solchen großzügigen Handhabung der Beweislastumkehr nach § 477 nicht mehr entgegenreten können. Der Europäische Gerichtshof sieht aufgrund der europäischen Verbrauchsgüterkauf-Richtlinie 1999/44/EG beim Verbraucher-Käufer keinerlei Beweislast wegen der Quelle des innerhalb von sechs Monaten sichtbar gewordenen Mangels. Der Verbraucher-Käufer braucht lediglich die Vertragswidrigkeit der Kaufsache als Befund aus dem sechsmonatigen Zeitraum überhaupt beweisen. Den Grund für die Vertragswidrigkeit oder die Zurechenbarkeit zum Unternehmer-Verkäufer muss der Käufer nicht beweisen<sup>20</sup>. Dem schloss sich der BGH im Jahre 2016 in richtlinienkonformer Interpretation der Beweislastregelung an<sup>21</sup>. Zu dieser richtlinienkonformen Interpretation gehört, die den Käufer entlastende Vermutung sich darauf erstrecken zu lassen, dass der binnen sechs Monaten sichtbar gewordene Mangel zumindest schon im Keim bei Gefahrübergang angelegt war – wenn auch vielleicht an anderer Stelle als dort, wo er sich später zeigt<sup>22</sup>. Damit entfällt eine zunächst von der Rspr angebrachte Unterscheidung zwischen verborgenen und offenen Mängeln<sup>23</sup>; jene Unterscheidung hatte den Verbraucher-Käufer nur im Falle eines offenen Mangels mit Beweislastumkehr begünstigen und ihm für den (unter dem Aspekt wirksamen Verbraucherschutzes drängenderen) Fall des sich verborgen entwickelnden Mangels den Schutz versagen wollen. Der Fortfall jener Unterscheidung heißt, dass der Verbraucher-Käufer auch dann die Vermutung des § 477 genießt, wenn unstreitig die Sache bei Gefahrübergang den binnen sechs Monaten bemerkten Mangel noch nicht zeigte. Es ist demnach stets die Last des Verkäufers, den Beweis des Gegenteils nach § 292 ZPO zu führen. Er muss ohne Rücksicht auf die Frage, ob der sichtbar gewordene Mangel sich als ein in sich geschlossenes Phänomen darstellt oder nur als

18 Siehe BGH NJW 2004, 2299, 2300. Ferner *Gsell*, JuS 2005, 967, 970 ff; *dies.*, JZ 2008, 29, 30 ff; *Bamberger/Roth/Faust*, § 476 Rn 8 ff mwN; *Faust* selbst befürwortet allerdings Anwenden der Vermutung zugunsten Rückschlusses vom Mangel, der bei Gefahrübergang noch nicht vorlag, auf ursächlichen anderen Mangel.

19 Für Vermutung eines Grundmangels auch *Bamberger/Roth/Faust*, § 476 Rn 8 ff mwN; *Klöhn*, NJW 2007, 2811 ff, 2815; *Lorenz*, NJW 2004, 3020, 3021; MK-BGB/Lorenz, § 476 Rn 4, 25; *Reinking*, EWiR § 437 BGB 1/06, 227 f; *ders.*, DAR 2007, 601, 602; *Roth*, ZIP 2004, 2025, 2026.

20 EuGH NJW 2015, 2237, 2240 f m zust Anm *Hübner* = MDR 2015, 1167 = DAR 2015, 454 m Anm *Lorenz*.

21 BGHZ 212, 224 ff Rz 36 ff = NJW 2017, 1093 ff = MDR 2016, 1437 ff = JZ 2017, 570 ff (noch zu § 476 BGB). Zu dieser Entscheidung auch *Gsell*, JZ 2017, 576 ff; *Gutzeit*, JuS 2017, 357 ff.

22 BGHZ 212, 224 ff Rz 46 ff (FN 21).

23 BGHZ 212, 224 ff Rz 52 (FN 21).

mutmaßliche Folge einer entfernten Ursache, nachweisen, dass der aufgetretene Mangel nicht auf einem ihm zuzurechnenden Umstand beruht<sup>24</sup>.

### III. Streit um Zeitpunkt des Gefahrübergangs

Der Verkäufer ist beweisbelastet, wenn er einen frühen Gefahrübergang behauptet, um damit zu untermauern, dass er die Zeit seiner Beweisbelastung als verstrichen ansieht. Das entspricht der allgemeinen Regel<sup>25</sup>, dass den Beginn einer Rechte ausschließenden Frist belegt, wem der Ausschluss zugute kommt. Dieses Beweisziel ist nicht mit dem (freilich ebenfalls in den Bereich des Verkäufers fallenden<sup>26</sup>) Beweis zu verwechseln, dass der Gefahrübergang bereits vor dem feststehenden Zeitpunkt stattfand, in dem eine unerwünschte Beschaffenheit entstand.

Eine ihm günstige (und deswegen nicht an § 476 I scheiternde) Absprache zur Verlagerung des Gefahrübergangs belegt der Käufer.

### IV. Ausnahmen von der Beweislastumkehr

#### 1. Unvereinbarkeit

Die Vermutung, der Mangel sei schon bei Gefahrübergang vorhanden gewesen, gilt gemäß § 477 aE nicht ausnahmslos. Der Verkäufer muss die Umstände beweisen, aus denen sich Unvereinbarkeit von Art der Kaufsache oder Art des Mangels einerseits und Vermutung andererseits ergibt<sup>27</sup>. Es bedarf jedoch keines allgemeinen Erfahrungssatzes, um entgegen der Regel des § 477 anfängliche Mangelhaftigkeit vermuten zu dürfen<sup>28</sup>. Die bloße Möglichkeit anderer Ursachen wie Fremdeinwirkung oder Fehlgebrauch nach Gefahrübergang indessen hindert die von § 477 aufgestellte Vermutung noch nicht. Beispielsweise ist der innerhalb der Frist sichtbare Befund einer Verformung von Kotflügel und Stoßfänger eines Kraftwagens mit der Vermutung des § 477 vereinbar, so dass der Verkäufer die ordentliche Beschaffenheit des Wagens bei Gefahrübergang zu belegen hat<sup>29</sup>. Die Vermutung des § 477 versagt auch nicht, wenn eine festgestellte Abweichung (zB ein Motorschaden) typischerweise jederzeit eintreten kann, sich also ebenso sehr vor wie nach Gefahrübergang ereignen haben könnte<sup>30</sup>. So scheidet die Vermutung nicht notwendig daran, dass ein Schaden unbestritten beim Umgang mit der Kaufsache eintrat, solange nicht feststeht, dass die ungünstige Einwirkung nach Gefahrübergang geschah<sup>31</sup>. Die Vermutung greift auch wegen eines verschleißbedingten Mangels ein<sup>32</sup>. Nicht einmal ernsthafte Zweifel an der anfänglichen Mangelhaftigkeit schließen die Vermutung aus<sup>33</sup>.

#### 2. Allgemeiner Erfahrungssatz

Vielmehr müssen die vom Verkäufer angeführten Umstände mindestens die Intensität eines Anscheinsbeweises erreichen. Es muss zur Unbrauchbarkeit der Vermutungsregel ein allgemeiner

24 R. Koch, NJW 2017, 1068, 1070.

25 S oben § 186 Rdn 1.

26 S oben § 446 Rdn 4.

27 Bamberger/Roth/Faust, § 476 Rn 15.

28 Grohmann/Gruschinke, ZGS 2005, 452, 454; Gsell, JuS 2005, 967, 968; Reinking, ZfS 2002, 7 f. Einen Erfahrungssatz fordert hingegen OLG Stuttgart ZGS 2005, 276, 277.

29 BGH NJW 2005, 3490, 3492 (FN 6).

30 BGH NJW 2007, 2621, 2622 f m zust Anm Lorenz, NJW 2007, 2623. Vermutungsausschluss hingegen bei OLG ZGS 2005, 156, 158 f.

31 Nicht gutzuheißender Vermutungsausschluss jedoch bei OLG Stuttgart ZGS 2005, 276, 277.

32 OLG Koblenz NJW 2007, 1828. Anders der vom Gericht formulierte Leitsatz OLG Köln ZGS 2006, 276, den indessen die Gründe (ZGS 2006, 276, 277) nicht tragen, da sie nur den Nachweis des Mangels überhaupt betreffen, welcher nach einhelliger Auffassung auch im Verbrauchsgüterkauf dem Käufer obliegt (siehe oben Rdn 1 ff).

33 Gsell, JuS 2005, 967, 968.

Erfahrungssatz für nachträgliche Entstehung des Mangels streiten<sup>34</sup>. Allerdings braucht der Vortrag der Ausschlussumstände nicht die Schwelle zum Beweis des Gegenteils im Sinne von § 292 ZPO zu überschreiten<sup>35</sup> – sonst wäre der Ausschluss wegen Deckungsgleichheit mit der Widerlegung<sup>36</sup> überflüssig. Ein unzweifelhaftes Protokoll über eine sehr kurz vor dem Gefahrübergang von einem Fachmann vorgenommene Untersuchung kann je nach deren Intensität und Aussagegehalt des Protokolls einen Ausschluss der Vermutung begründen<sup>37</sup>. Doch betrifft (was dem Verkäufer freilich im Ergebnis gleichgültig sein wird) eine Untersuchung, wenn sie auf Mängel der später hervorgetretenen Art gerichtet ist, mehr die Widerlegung der Vermutung<sup>38</sup>.

### 3. Bestimmungsgemäßer Einbau

- 11 Der Käufer verliert den Schutz des § 477 nicht mit bestimmungsgemäßigem Einbau der Kaufsache durch ihn selbst oder durch einen Dritten<sup>39</sup>. Montagefehler des Verkäufers (§ 434 II 1) sind von der Beweislastumkehr wie andere Sachmängel erfasst<sup>40</sup>.

## V. Beweisführung zum Widerlegen der Vermutung

### 1. Beweis der Ordnungsmäßigkeit

- 12 Der Verkäufer widerlegt die Vermutung mit dem Beweis, dass die Kaufsache bei Gefahrübergang ordnungsgemäß war<sup>41</sup>. Allerdings muss der Verkäufer nicht Ordnungsmäßigkeit in jeder Hinsicht beweisen, sondern nur im Hinblick auf den reklamierten Mangel<sup>42</sup>. Es handelt sich um einen Beweis des Gegenteils im Sinne von § 292 ZPO<sup>43</sup>. Die Inhalte der Beweisführung sind nicht scharf von den Ausnahmen zur Vermutung gemäß § 477 aE zu trennen<sup>44</sup>. Der Trennung bedarf es indessen auch nicht, da ohnehin für beide Gesichtspunkte der Verkäufer beweisbelastet ist.

### 2. Protokoll

- 13 Zum Nachweis eignet sich (wie schon zum Ausschluss der Vermutung gemäß § 477 aE<sup>45</sup>) ein Untersuchungsprotokoll nur dann, wenn es zeitlich sehr nahe beim Gefahrübergang liegt und aus ihm Prüfung gerade zum Ausschluss des fraglichen Mangels hervorgeht<sup>46</sup>. Desgleichen wird man von einem Übernahmeprotokoll verlangen müssen, dass es Ordnungsmäßigkeit gerade im Hinblick auf das vom Käufer Beanstandete ausdrückt. Außerdem vermag der Käufer das Übernahmeprotokoll zu entwerten, wenn er vorträgt, dass man es ihm zur Unterschrift ohne wirkliche gemeinsame Beschau vorgelegt hatte.

### 3. Transportschaden

- 14 Im Versandhandel genügt nicht der Nachweis, dass die Ware ihren Schaden erst während des Transportes erlitt<sup>47</sup>. Denn ein früher Gefahrübergang beim Absenden gemäß § 447 I ist in § 475 II zum Vorteil des Käufers ausgeschlossen.

34 Gsell, Jus 2005, 967, 969; Maultzsch, NJW 2006, 3091, 3094 f.

35 Maultzsch, NJW 2006, 3091, 3094.

36 Zu ihr unten Rdn 12 ff.

37 Vgl. v. Westphalen, ZGS 2005, 210, 214.

38 Siehe sogleich Rdn 12 ff.

39 Betreffend Einbau (eines Teichbeckens) durch Dritten BGH NJW 2005, 283, 284.

40 MK-BGB/Lorenz, § 476 Rn 7.

41 Bamberger/Roth/Faust, § 476 Rn 14.

42 Bamberger/Roth/Faust, § 476 Rn 14; Palandt/Weidenkaff, § 477 Rn 8a.

43 Maultzsch, NJW 2006, 3091, 3092, MK-BGB/Lorenz, § 476 Rn 27.

44 Bamberger/Roth/Faust, § 476 Rn 18 aE.

45 S oben Rdn 10.

46 AG Potsdam ZGS 2003, 120, mit Anm Mankowski, EWiR § 476 BGB 1/03, 465 f.

47 AG Fürstenwalde NJW 2005, 2717 f.

#### 4. Beweisvereitelung

Wegen Beweisvereitelung durch den Käufer kann in Analogie zu §§ 427, 441 III 3, 444, 446, 453 II, 454 I ZPO iVm § 242 BGB die Beweislast an den Käufer zurückfallen<sup>48</sup>. 15

#### 5. Sekundäre Darlegungslast des Käufers

In vielerlei Hinsicht kann der Verkäufer in Beweisnot geraten. Das ist zwingend damit verbunden, 16 dass § 477 den Käufer aus dessen Beweisnot befreit. Grundsätzlich zählt die von § 477 verursachte Beweisnot zu den Risiken des Verkäufers im Verbrauchsgüterkauf, welche der Gesetzgeber der Unternehmenseite bewusst zuschiebt<sup>49</sup>. Das schließt jedoch eine sekundäre Darlegungslast des Käufers zu (angeblichen) Umständen in seinem Einflussbereich nicht aus. Wenn beispielsweise der Verkäufer behauptet, der Käufer habe die Sache falsch gebraucht, muss der Käufer dem gemäß § 138 II ZPO mit substantiiertem Vortrag entgegentreten. Versäumt der Käufer dies, gilt nach § 138 III ZPO das Vorbringen des Verkäufers als zugestanden<sup>50</sup>. Allerdings setzt das voraus, dass auch schon die Behauptung des Fehlgebrauchs eine gezielte und keine pauschale ist.

48 BGH NJW 2006, 434, 436; *Kieselstein*, ZGS 2006, 170, 172; vgl auch *Baumgärtel/Laumen*, Bd 1, Kap 16 Rn 46 ff zur Umkehr der konkreten Beweisführungslast.

49 Ähnlich BGH NJW 2005, 283, 284 mwN; v. *Westphalen*, ZGS 2005, 210, 213.

50 *Mautzsch*, NJW 2006, 3091, 3094; v. *Westphalen*, ZGS 2005, 210, 213 f.

1 Stand der Vorschrift: Gesetz vom 28. April 2017, BGBl I 2017, S. 969.